



DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

UMA ANÁLISE CRÍTICA AOS CRITÉRIOS (ECONÓMICOS) UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS NA AVALIAÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Lídia Raquel dos Santos Gaspar

142709033

Mestrado em Direito e Gestão 2009/2011

ORIENTADORES: PROFESSOR DOUTOR JOÃO CONFRARIA

MESTRE MARIA D' OLIVEIRA MARTINS

Lisboa, 31 de Março de 2011

AGRADECIMENTOS

Para a realização da presente dissertação, muito agradeço a motivação e orientação dadas pelo Professor Doutor João Confraria e pela Mestre Maria d' Oliveira Martins. No seu trabalho de Orientadores, revelaram sempre cordialidade, atenção e disponibilidade, apesar das suas ocupadas horas.

Gostaria, ainda, de agradecer ao pessoal de apoio da Biblioteca Almada Negreiros, da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa, e à Divisão de Apoio Processual da Secretaria do Tribunal de Contas, em particular, ao seu Coordenador, o Dr. Luís Filipe Paixão, bem como ao Director-Geral do Tribunal de Contas, o Venerando Juiz Conselheiro José Tavares, pela abertura das portas das instituições que representam.

Um muito obrigada à Família e aos Amigos que agilizaram estes últimos meses de pesquisa e de escrita e perderam o seu tempo a ler as linhas que se seguem.

ÍNDICE

Índice	3
Abreviaturas.....	4
1 Introdução.....	5
2 Enquadramento Geral das Parcerias Público-Privadas	6
2.1 Conceito e Fins das PPP	6
2.2 O regime jurídico aplicável às Parcerias Público-Privadas: Regime Jurídico das PPP ou Código dos Contratos Públicos?	8
2.3 Pressupostos e Procedimento das PPP.....	12
2.4 Implicações Orçamentais das PPP: a despesa pública e o comparador público..	14
3 Crítica de Critérios de Avaliação Utilizados Pelo Tribunal de Contas na Avaliação das PPP	20
3.1 O <i>VfM</i> e o interesse público no âmbito dos poderes de fiscalização do TC	20
3.2 Uma análise crítica aos critérios do TC na avaliação das PPP.....	23
4 Perspectivas de Evolução do Ordenamento Jurídico Português	31
4.1 A Análise Custo-Benefício	31
4.2 Proposta de alteração ao ordenamento jurídico Português	33
5 Conclusões	35
6 Bibliografia.....	38
7 Jurisprudência e Outras Publicações Online	39

ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
BAFO	<i>Best and Final Offer</i>
CAPM	<i>Capital Asset Pricing Model</i>
CCP	Código dos Contratos Públicos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSP	Comparador do Sector Público
3E's	Economia, Eficiência e Eficácia
EP	EP – Estradas de Portugal, S.A.
LEO	Lei do Enquadramento Orçamental
LOPTC	Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas
OE	Orçamento de Estado
PFI	<i>Private Finance Initiative</i>
PPP	Parceria Público-Privada / Parcerias Público-Privadas
RJPPP	Regime Jurídico das PPP aprovado pelo Decreto-Lei n.º 83/2006, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho
TC	Tribunal de Contas
TIR	Taxa Interna de Retorno
VfM	<i>Value for Money</i>

1 INTRODUÇÃO

Pretende a presente dissertação analisar criticamente o âmbito das competências do TC na avaliação das PPP.

Procuraremos determinar se, na avaliação das PPP, as competências legais do TC requerem uma análise meramente financeira (por ex.: de determinação do preço público da parceria, da adequação da TIR ao risco do projecto e custo de capital, de avaliação contínua do VfM) ou se existe espaço para analisar a rentabilidade económica da PPP (por ex.: na justificação do interesse público apresentada, que se encontra na génese do projecto).

Face às conclusões apresentadas, designadamente, *(i)* se se concluir que o TC se encontra vinculado a uma análise meramente financeira das PPP, cumpriremos o duplo objectivo de demonstrar as vantagens de incluir uma análise de rentabilidade económica e indicar a análise custo-benefício como bom método para cumprir estes objectivos; *(ii)* diferentemente, se se concluir que as competências do TC já incluem a análise de rentabilidade económica, então, iremos indicar a análise custo-benefício como bom método para cumprir estes objectivos.

2 ENQUADRAMENTO GERAL DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Numa dissertação em que se pretende analisar criticamente os critérios utilizados pelo TC na avaliação das PPP, a lógica obriga começar a mesma pela definição do objecto primeiro que se pretende tratar. Iniciamos, então, a nossa dissertação pela análise do conceito de PPP.

2.1 Conceito e Fins das PPP

Nos termos do n.º 1 do art. 2.º do RJPPP, “(...) *entende-se por parceria público-privada o contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.*”^{1 2}

Da definição legal retiramos que uma PPP é composta por cinco elementos fundamentais: *i*) a natureza jurídica: as PPP tomam a forma de um contrato ou união de contratos, *ii*) a natureza dos contraentes: um parceiro público e um parceiro privado, *iii*) o objecto: o parceiro privado obriga-se ao desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, *iv*) o carácter duradouro: excluindo colaborações pontuais ou contratos de execução instantânea, *v*) a transferência de risco

¹ A referência a este conceito reflecte, desde já, a adopção de uma posição relativa à eventual revogação do RJPPP com a entrada em vigor do CCP, questão que abordaremos no capítulo 2.20 *infra*.

² O conceito adoptado pelo legislador é um conceito restrito de PPP, por oposição a um conceito amplo de PPP como “*toda e qualquer forma de colaboração entre o sector público e privado*”, CABRAL, 2009: 13. Porém, o legislador optou “*por avançar para um conceito de PPP que engloba de forma indistinta diversas realidades (...)*”, CABRAL, 2009: 151, resultando que, apesar do conceito adoptado pelo legislador ser um conceito restrito por comparação ao modo de colaboração entre o sector público e privado, é um conceito relativamente amplo em face dos seus elementos caracterizadores.

No mesmo sentido, AZEVEDO, 2009: 120, “*Da noção consagrada ressalta, por igual, a preferência pelo conceito restrito de parceria, encarada como uma forma de colaboração entre o Estado e as empresas em volta de projectos comuns, disponibilizando o parceiro privado os conhecimentos técnicos e a capacidade financeira a fim de permitir ao ente público exercer as suas funções com maior eficácia.*”.

na execução da PPP para o parceiro privado: o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.³

Nos termos do art. 4.º do RJPPP, “*Constituem finalidades essenciais das parcerias público-privadas o acréscimo de eficiência na afectação de recursos públicos e a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte dos potenciais utentes e do parceiro público.*” (sublinhado nosso).

Considerando as finalidades elencadas, o investimento via PPP permite reduzir os encargos e riscos suportados pelo sector público, por transferir para o parceiro privado a

³ CABRAL, 2009: 152, identifica como “*elementos caracterizadores de base, por um lado, que se trata de um contrato de carácter duradouro e, por outro lado, que o mesmo, ainda que envolvendo o concurso de financiamento privado, visa prosseguir uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva.”, tendo este último elemento por referência “*a existência presente ou futura de uma infraestrutura, que com a PPP se trata de construir, renovar, financiar e/ou gerir.*”, que tendencialmente reverte para a propriedade pública no termo do projecto.*

AZEVEDO, 2009: 118, identifica três elementos fundamentais no conceito de PPP: “*a duração longa da relação entre os parceiros público e privado, o desenvolvimento de uma actividade tendente a dar satisfação a necessidades colectivas; o financiamento e a transferência do risco pelo investimento e pela exploração atribuídos ao parceiro privado.*”.

Já SIZA VIEIRA, 2008: 505-507, identifica quatro elementos de caracterização das PPP: “*O primeiro diz respeito à duração da relação contratual que se estabelece entre os parceiros: as PPP são, necessariamente, contratos de execução continuada. (...) O segundo respeita ao seu objecto: nas PPP há-de estar em causa o desenvolvimento, pelo parceiro privado de uma actividade apta a satisfazer uma necessidade colectiva. (...) O terceiro elemento de caracterização das parcerias corresponde aos meios. (...) Por motivos vários, entendemos que essencialmente relevante para este terceiro elemento de caracterização do conceito é o segmento que estabelece que a responsabilidade pela exploração incumbe ao parceiro privado. (...) Finalmente, a definição legal não atende ao modo de remuneração do parceiro privado.*”, podendo o parceiro privado ser remunerado directamente pelos utentes ou pela entidade pública contratante.

Por último, a Comissão Europeia também se refere a quatro elementos caracterizadores das PPP: a duração relativamente longa da relação, o modo de financiamento do projecto, o papel importante do agente económico na definição dos objectivos a atingir, na qualidade dos serviços propostos e no controlo do cumprimento desses objectivos, e a distribuição de risco entre o parceiro do sector público e o parceiro do sector privado. Cfr. Comissão das Comunidades Europeias, 2004: 3.

obrigação de desenvolver uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, em comparação com o *procurement* tradicional⁴.

Através da PPP, o parceiro público obtém (pelo menos) o mesmo resultado (ou uma melhoria qualitativa e quantitativa desse resultado), mediante a aplicação de menos recursos, concentrando-se no controlo sobre a execução da parceria. As PPP permitem, assim, ao sector público, obter o mesmo *outcome* utilizando os mesmos recursos, aparentando, assim, ser um modo de contratação mais eficiente.⁵ Justifica-se, deste modo, o recurso ao sector privado para a provisão de um bem ou serviço que venha satisfazer uma necessidade colectiva.

No entanto, tem sido sugerido que o recurso sucessivo às PPP pelo Estado Português é justificado sobretudo, pelo espaço orçamental criado pelas PPP. Abordaremos esta questão no capítulo 2.4 *infra*.

2.2 O regime jurídico aplicável às Parcerias Público-Privadas: Regime Jurídico das PPP ou Código dos Contratos Públicos?

Conforme referimos inicialmente, o regime jurídico aplicável às PPP é o RJPPP.

No entanto, este pressuposto antecipa a resposta a uma outra questão: a entrada em vigor do CCP revogou o RJPPP?

Com a entrada em vigor do CCP, conseguiu-se o “*triplo propósito de conferir à matéria da contratação pública a certeza e segurança jurídicas próprias de qualquer iniciativa de codificação, realizar a transposição de importantes directivas comunitárias para a ordem jurídica nacional (...) e adaptar o nosso Direito Administrativo ao ambiente contratual que actualmente envolve a função administrativa (...)*”⁶. Mas como se relaciona o CCP com as PPP, de modo a suscitar a questão da possível revogação do RJPPP pelo CCP?

⁴ Referimo-nos aos modos de contratação em que o Estado (ou o sector público em geral) assume o desenvolvimento e exploração de todo o projecto, contratando, directamente, na construção, na exploração, na manutenção e no financiamento do projecto.

⁵ A questão da *eficiência* das PPP voltará a ser analisada quando nos referirmos ao *VfM*, no capítulo 2.4 *infra*.

⁶ AZEVEDO, 2009: 128-129.

A questão coloca-se por, no entendimento de Maria Eduarda Azevedo e de Pedro Siza Vieira, o conceito de PPP a que se refere o CCP é diferente do conceito de PPP a que se refere o RJPPP. Se os diplomas se referem à mesma realidade, mas a percebem de modo diferente, então, é provável que tais diplomas sejam incompatíveis e um terá, necessariamente, de se sobrepor ao outro para salvaguardar a coerência no ordenamento jurídico.

O CCP previa no seu anteprojecto uma definição de PPP que ia ao encontro do conceito de PFI inglês⁷. Ao abdicar da intenção de oferecer um conceito de PPP, o legislador “*encarou as PPP’s como um modelo de contratação capaz de se reconduzir a vários tipos contratuais, não como uma nova modalidade contratual, remetendo a definição para um diploma próprio.*”⁸. No entanto, tanto Maria Eduarda Azevedo como Pedro Siza Vieira concordam que o regime previsto no CCP aplica-se às PPP de modelo PFI e às PPP de modelo concessivo que gerem encargos financeiros para o Estado, excluindo da sua aplicação as PPP de modelo concessivo auto-sustentáveis, cujos encargos financeiros sejam suportados pelos utentes. Este conceito de PPP seria, consequentemente, mais restrito que (e, como tal, diferente do) o conceito oferecido pelo RJPPP.

Conforme refere Pedro Siza Vieira “*Para nós, o elemento decisivo para esta avaliação é a referência do art. 45º [do CCP] (...). Deste preceito resulta, a nosso ver, que só se devem considerar como PPP para efeitos do Código os contratos que, de entre aqueles que se compreendam no referido conceito amplo [de PPP], impliquem encargos financeiros para o parceiro público que devam ser submetidos à concorrência.*”^{9 10}.

⁷ Existem dois sistemas de PPP: as PPP de tipo contratual, assente em relações contratuais entre o parceiro público e o parceiro privado, e as PPP de tipo institucional, que implica a criação de uma terceira entidade detida pelo parceiro público e pelo parceiro privado.

No sistema de PPP de tipo contratual ainda se podem distinguir entre as PPP de inspiração PFI e as PPP de modelo concessivo, caracterizando-se as primeiras por a remuneração do parceiro privado ser efectuada pelo parceiro público, em função da disponibilidade ou da frequência de utilização da infra-estrutura, e as segundas pela remuneração do parceiro privado ser efectuada directamente pelo utente ou pelo utente e o parceiro público, em função da procura da infra-estrutura.

Para melhor referência, Comissão das Comunidades Europeias, 2004: 8 - 9, e CABRAL, 2009: 58 e ss.

⁸ AZEVEDO, 2009: 129, e SIZA VIEIRA, 2008: 514.

⁹ SIZA VIEIRA, 2008: 515.

¹⁰ AZEVEDO, 2009: 129.

Não podemos acompanhar este entendimento. A norma refere-se, de facto, a “*encargos para a entidade adjudicante*” e não a “*encargos financeiros para a entidade adjudicante*”, pelo que toda a PPP de tipo contratual que gere encargos para o parceiro público, ainda que de natureza não financeira, deve estar sujeita ao procedimento adjudicatório relevante previsto no CCP.

Pensar diferentemente permitiria subtrair ao âmbito do CCP a adjudicação de, por exemplo, uma concessão rodoviária em modelo PPP financiada pelos utentes, e permitir uma negociação directa entre um parceiro público e um parceiro privado sobre a concessão, sem que outros concorrentes pudessem integrar tal negociação, apesar do valor do contrato representar (possivelmente) milhões de euros no mercado. Isto por, na sua redacção inicial, não se prever um encargo financeiro para o Estado. Não nos parece que o legislador tivesse esta intenção em mente, sobretudo, quando refere no art. 45º do CCP “*(...) que devam ser submetidos à concorrência.*”.

Supondo que, em fase de execução da concessão rodoviária, se verificasse o incumprimento sucessivo do nível inferior da banda de tráfego; em processo de reposição do equilíbrio financeiro, e apesar de o contrato original nada referir, a concessionária teria direito a receber uma compensação pecuniária do parceiro público ou, ainda, uma prorrogação do prazo inicial da concessão. Tanto a solução da compensação pecuniária como a prorrogação do prazo da concessão representam um valor que pode ascender a milhões de euros, mas, como a concessão não foi objecto do procedimento adjudicatório aplicável, estaríamos a subtrair à concorrência um negócio que o legislador claramente pretende ver sujeito às normas da concorrência.

Nestes termos, não encontramos fundamento para que o conceito (amplo) de PPP previsto do RJPPP não seja o conceito de PPP a que se refere o CCP. De facto, não tendo o legislador oferecido um conceito diferente de PPP no CCP, mas pressupondo este conceito no CCP, não entendemos o propósito de criar no ordenamento jurídico dois conceitos de PPP. Afinal, se o legislador não distinguiu entre dois conceitos de PPP, porque há-de o intérprete fazê-lo?¹¹

Concluindo pela existência de um único conceito de PPP, como articular as referências que o CCP faz às PPP, em particular, sobre “*a decisão de contratar, a competência para a nomeação do júri nos procedimentos relativos à formação dos contratos que*

¹¹ Recordamos o art. 9.º do Código Civil.

configurem uma parceria, as regras detalhadas sobre a execução e a modificação dos contratos PPP, incluindo os preceitos sobre a sua fiscalização e acompanhamento, bem como sobre a partilha de benefícios.”¹²?

Para Pedro Siza Vieira, pode concluir-se que o CCP revogou o RJPPP, carecendo o legislador de concretizar o conceito de PPP relevante para efeitos de CCP, bem como as regras relativas à decisão de contratar. “*Desde já adiantamos que, a nosso ver, a definição não é aquela que consta do Decreto-Lei nº 86/2003 que, aliás se deve ter por revogado por força da entrada em vigor do Código.*”¹³ (sublinhado nosso). Então, o regime das PPP encontra-se exclusivamente regulado pelo CCP.

Maria Eduarda Azevedo difere um pouco. “*Na verdade, perante a não indicação expressa dos normativos revogados, a norma revogatória potencia ora uma interpretação lata, que admite o afastamento da legislação da PPP no seu todo, ora uma interpretação restrita, em que a revogação cobre tão só as normas concorrentes do Código e da lei PPP, assumindo o primado das primeiras.*”¹⁴, tornando-se necessária a intervenção do legislador para oferecer um conceito unívoco de PPP e de estender o regime jurídico existente às PPP de tipo institucional¹⁵. Assim, a Autora entende que dois cenários são possíveis: ou o CCP revogou o RJPPP, e apenas o primeiro rege as PPP, ou o CCP coexiste com o RJPPP, sobrepondo-se às normas do segundo que lhe sejam concorrentes.

Acompanhamos o entendimento restrito apresentado por Maria Eduarda Azevedo. Apenas, parece não existir norma no RJPPP que tenha o mesmo âmbito de aplicação que outra norma do CCP, pelo que não nos parecem concorrentes.

Conforme refere Nazaré Costa Cabral, “*tal regime [das PPP], recentemente alterado (...) conviveu com a legislação aplicável em matéria de contratação pública, situação*

¹² AZEVEDO, 2009: 129.

¹³ SIZA VIEIRA, 2008: 482.

¹⁴ AZEVEDO, 2009: 130.

¹⁵ Salientamos que, apesar de não se encontrarem expressamente reguladas as PPP de tipo institucional, todo o acto mediante o 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 (...)* Entre esses princípios incluem-se os da transparência, da igualdade de tratamento, da proporcionalidade e do reconhecimento mútuo.”, Comissão das Comunidades Europeias, 2004: 5.

que se mantém e aprofunda com a recente aprovação do Código dos Contratos Públicos (...) Poder-se-á assim dizer que o regime das PPP foi recentemente interseccionado pela nova regulamentação jurídica dos contratos públicos (...)”¹⁶, sendo “o aplicador do Direito (...) chamado a “trazer” e a conjugar, intercaladamente, os dois regimes ao longo do procedimento pré-contratual e na contratualização -, mas, também, curiosamente, ao longo da vida da PPP (...)”¹⁷.

Parece-nos ser esta a posição mais razoável. O legislador consagrou dois diplomas diferentes que se referem à mesma matéria: o RJPPP, que se refere ao procedimento pré-contratual da PPP, que regula o modo de intervenção dos *stakeholders públicos*¹⁸ no lançamento de uma PPP, definindo as funções do parceiro público; e o CCP, que se refere à contratação entre o parceiro público e o parceiro privado, definindo a conduta das duas partes em sede de procedimento adjudicatório e contratação.¹⁹ Cada diploma tem o seu âmbito de aplicação definido sobre aquela matéria. Os respectivos âmbitos de aplicação são compatíveis e complementares. Então, é de algum bom senso concluir que o legislador²⁰ pretendeu que ambos os diplomas permaneçam em vigor, cada um regulando o que está em falta no outro.

Assim, tendo os diplomas destinatários e finalidades diferentes, concluímos que ambos estão em vigor: as PPP são reguladas pelo RJPPP, remetendo-se para o CCP a regulamentação do procedimento adjudicatório aplicável, para efeitos de lançamento da parceria²¹.

2.3 Pressupostos e Procedimento das PPP

Tendo em mente o regime jurídico aplicável a uma PPP, é necessário perceber que pressupostos têm de estar reunidos para o lançamento e contratação de uma PPP.

O n.º 1 do art. 6.º do RJPPP exige que estejam verificados: *a)* o cumprimento das normas relativas à programação financeira plurianual constantes da LEO, *b)* a definição

¹⁶ CABRAL, 2009: 148.

¹⁷ CABRAL, 2009: 148.

¹⁸ CABRAL, 2009: 148.

¹⁹ CABRAL, 2009: 149.

²⁰ Cfr. n.º 3 do art. 9.º do Código Civil.

²¹ Cfr. n.º 5 do art. 10.º do RJPPP.

dos objectivos da parceria e dos resultados pretendidos, de modo a poder distribuir-se a responsabilidade das partes adequadamente, *c*) a configuração de um modelo de parceria que apresente vantagens para o parceiro público em face da contratação tradicional²² e que permita ao parceiro privado uma adequada remuneração dos montantes investidos em função do risco assumido, *d*) a obtenção prévia de todas as autorizações e pareceres administrativos exigidos, de modo a poder transferir o risco da execução para o parceiro privado, *e*) a concepção de modelo de parceria que evite modificações unilaterais do contrato e situações potenciadoras de processos de reposição do equilíbrio financeiro, *f*) a consagração das exigências para a obtenção de um resultado negocial economicamente competitivo, e *g*) a identificação da entidade obrigada a suportar os encargos referentes aos pagamentos a realizar ao parceiro privado.

Verificados os pressupostos para o lançamento de uma PPP, podemos identificar duas fases procedimentais até à contratação final da PPP: uma preliminar e uma pré-adjudicatória.²³

A fase preliminar decorre desde a identificação da necessidade colectiva a satisfazer até à decisão de lançamento da PPP, e é composta por sete momentos relevantes: *(i)* a identificação da necessidade colectiva pelo ministro da tutela sectorial, nos termos do n.º 1 do art. 8.º do RJPPP; *(ii)* a notificação do Ministro das Finanças, pelo ministro da tutela sectorial da identificação daquela necessidade, que deve ser acompanhada do estudo estratégico e das minutas dos instrumentos jurídicos para a realização do procedimento prévio à contratação, de acordo com a mesma disposição; *(iii)* a PARPÚBLICA realiza os estudos, elabora os pareceres necessários e indica os nomes da comissão de acompanhamento, nos termos das disposições conjugadas do art. 13.º do RJPPP e do n.º 2 do art. único do Despacho normativo n.º 35/2003, de 20 de Agosto; *(iv)* nomeação da Comissão de Acompanhamento, por força do n.º 3 do art. 8.º do RJPPP; *(v)* emissão de relatório da Comissão de Acompanhamento, no qual deve constar a recomendação da decisão a tomar sobre o lançamento da PPP, bem como a verificação dos pressupostos indicados no art. 6.º do RJPPP e *supra* referidos, segundo o n.º 6 e n.º 7 do art. 8.º do referido diploma; *(vi)* nomeação da Comissão de Avaliação

²² O legislador refere-se ao CSP, que iremos abordar no capítulo 2.4 *infra*.

²³ Para melhor referência nesta matéria cfr. CABRAL, 2009: 177 e ss.

de Propostas²⁴ até ao início do procedimento prévio da parceria, nos termos do n.º 1 do art. 9.º do RJPPP; e (vii) a emissão do despacho conjunto que determina o lançamento da PPP pelo Ministro das Finanças e pelo ministro da tutela sectorial respectivo, ao abrigo do n.º 3 do art. 10.º do RJPPP.

Este despacho conjunto deve indicar todos os elementos constantes do n.º 4 do art. 10.º do RJPPP.

O lançamento da parceria realiza-se “segundo o procedimento adjudicatório aplicável, nos termos da legislação relativa à contratação pública”.²⁵

É a partir daqui que se inicia a fase pré-adjudicatória, regulada pelo RJPPP e pelo CCP, composta por quatro momentos relevantes: (i) o lançamento da PPP, parecendo mais adequada a adopção do diálogo concorrencial como procedimento adjudicatório aplicável²⁶, correndo o procedimento nos termos do CCP, (ii) emissão de relatório do Júri, apreciando as propostas apresentadas e indicando a avaliação quantitativa dos encargos para o parceiro público e a estimativa do impacto potencial dos riscos afectos ao parceiro público, nos termos do n.º 2 do art. 9.º do RJPPP, (iii) emissão do despacho conjunto de adjudicação pelo Ministro das Finanças e ministro da tutela sectorial, após a análise do relatório referido em (ii), nos termos do n.º 1 do art. 11.º do RJPPP, e (iv) a contratação da PPP, nos termos dos arts. 94.º e ss. do CCP.²⁷

2.4 Implicações Orçamentais das PPP: a despesa pública e o comparador público

Nas palavras do TC, “Uma das vantagens mais marcantes da opção PPP (...) [é ser] uma oportunidade para os Estados desenvolverem múltiplas infra-estruturas essenciais,

²⁴ Esta Comissão toma a designação de Júri, nos termos do n.º 3 do art. 67.º do CCP.

²⁵ Cfr. n.º 5 do art. 10.º do RJPPP.

²⁶ Nos termos do n.º 1 art. 30.º do CCP, pode adoptar-se o procedimento de diálogo concorrencial “(...) quando o contrato a celebrar, qualquer que seja o seu objecto, seja particularmente complexo (...)”, podendo a complexidade ocorrer na definição da solução técnica, na definição dos meios técnicos ou na definição da estrutura jurídica ou estrutura financeira inerentes ao contrato a celebrar, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo.

²⁷ Salientamos que a fiscalização e controlo das PPP são exercidos pela Inspeção-Geral das Finanças, nos termos das disposições conjugadas do art. 12.º do RJPPP e do Despacho n.º 13940/2003 (2.ª Série), de 17 de Julho, da Ministra das Finanças.

sem onerar efectivamente a dívida pública e, simultaneamente, permitirem uma diluição do respectivo esforço financeiro associado às elevadas despesas de capital dos projectos infra-estruturais.”^{28 29}.

Como é que o investimento via PPP permite a criação deste espaço orçamental?

Nos termos da alínea d) do n.º 3 e do n.º 1 do art. 18.º da LEO, as despesas inscritas no OE correspondentes a contratos de parceria dos sectores público e privado devem estruturar-se por programas. De acordo com o n.º 1 do art. 19.º da LEO, o programa referente a despesas³⁰ correspondentes a medidas de carácter plurianual³¹ deve incluir “*um conjunto de indicadores que permitam avaliar a economia, a eficiência e a eficácia da sua realização.*”. Nos termos do n.º 2 do mesmo art., esta avaliação toma “*como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida.*”. Este programa alternativo consagra o princípio do CSP, através do qual se analisa a criação de valor financeiro pela implementação do projecto via PPP.^{32 33}

²⁸ TC, Linhas de Orientação (*Guide Lines*), 2008: 9.

²⁹ No mesmo sentido, AZEVEDO, 2009: 108, “*As Parcerias Público-Privadas (PPP) representam um instrumento de intervenção ao dispor dos Governos para enfrentar os desafios e as exigências da sociedade e da economia no que respeita ao reforço do investimento público e à modernização dos serviços públicos, consubstanciando formas variadas de prestação de bens infra-estruturais e serviços públicos por parte de operadores privados, cuja provisão era assegurada tradicionalmente pelo universo público*”.

³⁰ Estas despesas devem ser incluídas no Mapa XVI - “Despesas correspondentes a programas” e no Mapa XVII – “Responsabilidades contratuais plurianuais dos serviços integrados e dos serviços e fundos autónomos, agrupados por ministérios”, nos termos do art. 32.º da LEO.

³¹ Com os encargos plurianuais deve estar inscrita a verba total prevista, bem como os encargos relativos ao ano em causa e aos dois anos subsequentes, com carácter meramente indicativo.

³² CABRAL, 2009: 198 e ss.

³³ A redução de custos que se espera da PPP, em face da contratação tradicional, resulta da conjugação de esforços do sector público e do sector privado. Pressupondo que os mercados concorrenciais são o mecanismo mais eficiente na afectação de recursos, então, “*a intervenção pública é justificável do ponto de vista económico quando se verificam imperfeições de mercado.*”, conforme refere AZEVEDO, 2008: 425. No entanto, pela via das PPP, não se pretende fazer substituir o Estado (ou o sector público) ao mercado. Pretende-se que, através da sua intervenção, o Estado corrija as falhas de mercado eventualmente existentes de modo a atingir-se o nível óptimo (e socialmente desejável) de prestação daquele bem ou serviço. A participação do sector privado permite, por sua vez, evitar a substituição das

Salientamos que a lei do OE deve incluir o limite máximo de compromissos a assumir com contratos de parceria dos sectores públicos e privados³⁴ e a memória descritiva das razões que justificam o recurso à PPP, face ao CSP.^{35 36}

A resposta à questão formulada prende-se com as receitas que devem ser incluídas no OE.

Como refere Pedro Siza Vieira, nas concessões clássicas “*os activos são construídos pelos concessionários e em que os respectivos proveitos correspondem a pagamentos dos utentes, nenhum problema se levanta deste ponto de vista [contabilístico]*”³⁷. Relativamente aos projectos PFI³⁸, o investimento será imputado, a título de locação operacional ou a título de locação financeira, ao parceiro que estiver exposto à maioria dos riscos e às vantagens associadas à propriedade.³⁹

Segundo o Eurostat, esta alocação de riscos pode ser efectuada considerando o risco da construção e o risco da exploração (leia-se, disponibilidade ou procura). Se o parceiro privado suporta apenas o risco da construção, então, o investimento deve ser considerado como público e registado como locação financeira; se o parceiro privado assume o risco da construção e o risco da disponibilidade e/ou o risco da procura da infra-estrutura, então, o investimento deve ser considerado como *off-balance sheet* para o Estado e registado como locação operacional.^{40 41 42}

O TC também identifica três cenários possíveis. No primeiro, “*o Estado fica obrigado a realizar pagamentos regulares à sociedade e (...) assume grande parte dos riscos e*

falhas de mercado pelas falhas de Estado. “*Deste modo, as PPP’s são susceptíveis de ser encaradas como uma forma de minorar as falhas de mercado mediante a associação dos pontos fortes da provisão pública e privada.*”, AZEVEDO, 2008: 427.

³⁴ Cfr. alínea l) do n.º 1 do art. 31.º da LEO.

³⁵ Cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 37.º da LEO.

³⁶ Para melhor referência sobre a matéria AZEVEDO, 2009: 298 e ss.

³⁷ SIZA VIEIRA, 2008: 497.

³⁸ Relembramos que este autor adopta um conceito restrito de PPP para efeitos do CCP. Cfr. capítulo 2.2 *supra*.

³⁹ SIZA VIEIRA, 2008: 497.

⁴⁰ SIZA VIEIRA, 2008: 499.

⁴¹ TC, Linhas de Orientação, 2008: 23 - 24.

⁴² CABRAL, 2009: 109 e ss.

benefícios associados à propriedade do activo durante a sua fase de exploração.”⁴³, tratando-se de um investimento público que tem como contrapartida um empréstimo do mesmo montante, concorrendo para a dívida pública e para o défice. O activo é registado no balanço do Estado, o valor do activo é registado como investimento no exercício em que é disponibilizado, aumentando a dívida pública pelo seu valor, e os pagamentos realizados pelo parceiro público são registados como amortização de capital e pagamento de juros.^{44 45}

No segundo cenário, “*o Estado realiza pagamentos regulares por serviços resultantes dos activos construídos e explorados por sociedades privadas*”⁴⁶, assumindo estas últimas os riscos e benefícios associados à propriedade. Tratando-se de um investimento, o investimento e financiamento respectivo são assumidos no património da empresa privada, sendo os pagamentos devidos pelo parceiro público inscritos como despesa corrente no OE do ano em que são devidos.⁴⁷ Apesar dos pagamentos do parceiro público serem devidos durante toda a vida da parceria, apenas são inscritos, anualmente, os valores devidos nesse ano, concorrendo para o défice, mas não para a dívida pública.

No terceiro cenário, o projecto é auto-sustentável, pelo que o Estado não está obrigado a realizar qualquer espécie de pagamentos, não concorrendo o projecto para o défice nem para a dívida pública.⁴⁸

O TC tem criticado a prática orçamental relativa às PPP por não ser realista. No relatório de auditoria n.º 4/2007, da 2.ª Secção, o TC recomenda que “*Os encargos adicionais com as PPP (...) deverão ser objecto de previsão em termos orçamentais de modo a assegurar uma estimativa mais credível do custo efectivo dos contratos PPP e (...) evitar a suborçamentação.*”⁴⁹ De facto, o OE só assume os encargos previstos e já assumidos, não incluindo custos adicionais. Para o TC, deveria incluir-se no CSP a

⁴³ TC, Linhas de Orientação, 2008: 22.

⁴⁴ SIZA VIEIRA, 2008: 497 - 498.

⁴⁵ Contabilisticamente, o tratamento é semelhante à locação financeira, assumindo o parceiro público a figura de locatário.

⁴⁶ TC, Linhas de Orientação, 2008: 22.

⁴⁷ O tratamento contabilístico é semelhante à locação operacional, assumindo o parceiro público o papel de locatário.

⁴⁸ TC, Linhas de Orientação, 2008: 23.

⁴⁹ TC, Relatório de Auditoria n.º 4/2007: 28.

valorização dos riscos que pudessem levar ao incremento de despesas (como as modificações unilaterais das PPP pelo parceiro público, que originam processos de reequilíbrio financeiro), dado que em praticamente todas as PPP celebradas ocorreram já encargos adicionais.⁵⁰

Esta não é a única crítica apontada pelo TC ao CSP. No mesmo relatório de auditoria, o TC relembra “*a obrigatoriedade de proceder à elaboração de um adequado “comparador público”*”⁵¹, por a sua falta promover as PPP “*face a outras formas de “aquisição”, [por] oferecerem a possibilidade de não onerar a dívida pública (...) não se acautelando, ao menos de início, a respectiva comportabilidade orçamental a longo prazo.*”⁵².

Através do CSP, ponderam-se os riscos e custos da PPP para o Estado, verificando-se a “*sua comportabilidade financeira e do respectivo value for money*”⁵³ e a capacidade do parceiro privado para gerir os riscos que lhe são imputados.

Salienta o TC, no relatório de auditoria n.º 10/2008, 1.º volume, da 2.ª Secção, que em várias PPP não foi realizado o CSP, apesar de obrigatório. Noutras, a elaboração do CSP não é fiável por falta de experiência ou de incorporação de experiência no sector ou, ainda, por falta de orientação relativamente à elaboração do mesmo. Constatou-se, ainda, que a contratação via PPP é preferida pela presunção de ineficiência que impende sobre o Estado, em vez da eficiência gerada pelo recurso ao sector privado.⁵⁴

O CSP é uma avaliação *ex ante* à contratação⁵⁵ que funciona como um projecto alternativo em que se estima o custo (em valores actualizados)⁵⁶ do projecto, caso este fosse desenvolvido mediante o recurso à contratação pública tradicional, e se compara este custo com a BAFO do concorrente preferido, também em valores actualizados.⁵⁷ O

⁵⁰ TC, Relatório de Auditoria n.º 4/2007: 29 - 30.

⁵¹ TC, Relatório de Auditoria n.º 4/2007: 33.

⁵² TC, Relatório de Auditoria n.º 4/2007: 33.

⁵³ TC, Relatório de Auditoria n.º 4/2007: 34.

⁵⁴ TC, Relatório de Auditoria n.º 10/2008, 1.º Vol.: 40 e ss, e 60.

⁵⁵ Discordamos da generalidade da doutrina. Entendemos que o CSP deveria ser exercido *ex ante* ao lançamento da PPP, funcionando a comparação entre as opções de contratação possíveis. Parece-nos ser esta a solução que melhor se coaduna com o disposto no art. 6.º do RJPPP.

⁵⁶ A taxa de desconto foi fixada em 4% mediante o Despacho n.º 13208/2003 (2.ª Série), de 7 de Julho, da Ministra das Finanças.

⁵⁷ AZEVEDO, 2009: 453 e ss.

CSP inclui os custos associados ao desenvolvimento do projecto, o custo dos riscos assumidos pelo parceiro público, o custo dos riscos a assumir pelo parceiro privado na PPP, acrescido dos custos fiscais que o sector privado suportaria com aquele projecto. O projecto PPP deve incluir os custos associados à remuneração do parceiro privado, incluindo a remuneração dos capitais (à partida, superiores, por o custo do endividamento ser naturalmente superior ao custo de endividamento público⁵⁸), e o custo dos riscos assumidos pelo parceiro público, não sendo relevante a neutralidade fiscal, dado que o projecto é desenvolvido pelo sector privado.

Na eventualidade de os custos associados à PPP serem inferiores, então, o CSP conclui pela opção PPP.⁵⁹

Apesar de o CSP determinar qual a opção com menor custo financeiro, entre a PPP e a contratação tradicional, é o *VfM* que justifica o recurso à PPP.

O *VfM* é a criação de valor gerada pela opção PPP por comparação à contratação tradicional, independentemente do cariz quantitativo ou qualitativo dessa criação de valor, i.e., o *VfM* é a obtenção de mais valor com os recursos disponíveis. O *VfM* reflecte-se em três dimensões: na Eficácia (*spending wisely*) – melhorando a relação entre os resultados pretendidos e a despesa pública, na Eficiência (*spending well*) – melhorando a relação entre os recursos utilizados e os resultados alcançados, e na Economia (*spending less*) – minimizar os recursos aplicados.⁶⁰

Assim, *VfM* e CSP estão intimamente associados, sendo o CSP uma vertente quantitativa do *VfM*.

⁵⁸ Conforme resulta da fórmula do CAPM.

⁵⁹ CABRAL, 2009: 78 e ss.

⁶⁰ AZEVEDO, 2009: 454.

3 CRÍTICA DE CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS NA AVALIAÇÃO DAS PPP

3.1 O VfM e o interesse público no âmbito dos poderes de fiscalização do TC

Definido o VfM impõe-se distinguir a análise do VfM da análise de rendibilidade económica do projecto.

Conforme referimos no capítulo 2.4 *supra*, a análise do VfM é a verificação de criação de valor pela implementação do projecto via PPP, por oposição a outros meios de implementação do projecto. Por exemplo, analisando a vertente quantitativa do VfM, verificam-se os custos associados ao desenvolvimento do projecto pela contratação tradicional, através do CSP. Na eventualidade de os custos do CSP serem superiores aos custos para o parceiro público decorrentes da implementação do projecto via PPP, então, o parceiro público deve optar pela opção PPP, pela menor aplicação de recursos na obtenção do mesmo resultado que esta oferece. Aqui estão verificados os 3E's: existe Eficácia, porque se obtém o mesmo resultado com recurso a menos dívida pública, a Eficiência, porque se aplicam menos recursos para obter o mesmo resultado, e a Economia, porque se gastam menos recursos.

Ora, a análise do VfM é uma análise de custos e benefícios aplicada ao *modo* de implementação do projecto. Nas palavras do TC, “*Deve notar-se que o comparador público não constitui apenas um repositório de custos históricos. Ele pretende, nomeadamente, contribuir para validar ou invalidar a PPP, face a outras alternativas de aquisição, sendo necessário, no entanto, ter atenção a diferença de lógicas subjacentes a tais alternativas. Assim, a lógica dominante nas PPP é a focada nos resultados pretendidos, em termos de serviço público (o que implica uma prévia ponderação custo-benefício), e não no detalhe das especificações técnicas (...).*”⁶¹ (sublinhado nosso), e da Comissão Europeia, “*a solução das PPP não é milagrosa: para cada projecto há que avaliar se a parceria conduz realmente a um valor acrescentado do serviço ou das obras em questão, comparada com outras opções como a celebração de um contrato mais tradicional*”⁶².

⁶¹ TC, Relatório de Auditoria n.º 4/2007: 35.

⁶² TC, Ac. n.º 169/2009: 29, nota de rodapé n.º 46.

Ainda que se possa efectuar uma análise custo-benefício para determinar se existe criação de valor na implementação do projecto pela via PPP por comparação ao CSP, não é o mesmo que analisar a criação de valor da execução do projecto *per se*.⁶³ Ora, a análise de rendibilidade económica do projecto é a análise da criação de valor pela implementação do projecto.

Parece-nos que a criação de valor para a comunidade do projecto justifica a execução do mesmo, pelo que deve-se proceder a esta análise em sede de justificação de interesse público⁶⁴.

Como é que o *VfM* e o interesse público são avaliados e fiscalizados pelo TC?

Salientamos que a fiscalização do TC relevante é a fiscalização prévia. Ora, se é a criação de valor do projecto para a comunidade que justifica a sua execução, então, é necessário fiscalizar a criação de valor antes da execução da PPP, de modo a que os recursos aplicados em cada PPP sejam recursos aplicados em projectos que criem valor e, preferencialmente, sejam a melhor alternativa de aplicação de recursos. Assim, só tem sentido avaliar e fiscalizar o *VfM* e o interesse público antes da execução do projecto.

Ora, o visto prévio é uma análise de legalidade, incluindo a *legalidade financeira*.⁶⁵ Compete ao TC, nos termos da alínea c) do n.º 2 do art. 5.º da LOPTC, “*Fiscalizar previamente a legalidade e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades (...)*”, onde se incluem as PPP, e o n.º 1 do art. 44.º da LOPTC, “*A fiscalização prévia tem por fim verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conforme às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria.*”.

⁶³ “A análise *value for money* reporta-se ao recurso ao modelo PFI, e não a esta outra questão, que deve ser colocada a montante, e que se reporta à própria necessidade e conveniência do investimento.”, SIZA VIEIRA, 2008: 503.

⁶⁴ Cfr. alínea e) do n.º 4 do art. 10.º do RJPPP.

⁶⁵ “(...) o conteúdo dos poderes de fiscalização prévia exercidos circunscreveu-se, primeiramente, à legalidade financeira, evoluindo, posteriormente no sentido de compreender “as leis em vigor”; por outro lado, em certos períodos, a lei previu, relativamente aos contratos, o poder de o Tribunal fiscalizar o mérito das “suas condições”.”, cfr. TAVARES, Junho de 1997: 96. O regime jurídico de 1989 relegou a análise do mérito das condições de celebração dos contratos para sede de fiscalização sucessiva.

Sabendo que o visto prévio verifica a conformidade do acto com o ordenamento jurídico, podemos deduzir que, relativamente às PPP, para além do cabimento orçamental, deve o TC verificar, pelo menos, o cumprimento do disposto no RJPPP e no CCP, quando aplicável.

Focando-nos no RJPPP, no escopo da análise a efectuar pelo TC encontra-se a verificação dos pressupostos para o lançamento das PPP enunciados no art. 6.º, o cumprimento do formalismo na preparação e estudo das PPP, previsto nos arts. 8.º e 9.º, e o cumprimento do formalismo no lançamento e adjudicação da PPP, nos termos dos arts. 10.º e 11.º.

O TC deve verificar, designadamente, por um lado, se os objectivos enunciados no projecto são melhor cumpridos mediante o lançamento de uma PPP ou, nos termos do n.º 2 do art. 19.º da LEO, por um programa alternativo, ou seja, se a PPP melhor cumpre os critérios dos 3E's do que o CSP; e se foi demonstrado o interesse público do projecto, por outro.

Ora, não referindo a lei o modo de demonstração do interesse público do projecto, os Ministros das Finanças e da tutela sectorial têm ampla liberdade nos termos e forma de demonstração do interesse público, relevando apenas o resultado de *efectiva* demonstração de *existência* do interesse público.

Podemos concluir que não existe a obrigatoriedade de analisar a rendibilidade económica do projecto, por parte dos Ministros das Finanças e da tutela sectorial, no âmbito da demonstração do interesse público, nem, conseqüentemente, por parte do TC, na verificação do cumprimento da legalidade da PPP para efeitos de obtenção de visto prévio. Assim, não se incluindo uma análise económica do projecto em sede de verificação de legalidade, a inexistência de rendibilidade económica do projecto, i.e., o facto de o projecto não gerar valor acrescentado para a comunidade, não constitui fundamento de recusa para o visto prévio. Deste modo, os efeitos financeiros da PPP (até então suspensos) podem produzir-se.

Esta conclusão é suportada pelo n.º 3 do art. 44.º da LOPTC, segundo a qual constituem fundamento de recusa do visto prévio a nulidade, a falta de cabimento orçamental da verba em análise, a violação de normas financeiras e qualquer ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro.

3.2 Uma análise crítica aos critérios do TC na avaliação das PPP

Concluimos que o visto prévio é um visto centrado na legalidade e que o TC se encontra obrigado a realizar uma análise económica no âmbito da avaliação dos 3E's e do *VfM*, não estando obrigado a efectuar uma análise económica do projecto, designadamente, em sede de avaliação do interesse público.

Assim, podemos concluir que está incluída na análise de legalidade a verificação da demonstração do *VfM* e do interesse público. Encontrando-se o parceiro público obrigado à sua demonstração, nos termos do RJPPP, o TC pode recusar o visto prévio a uma PPP, em sede de fiscalização prévia, cujo (i) *VfM*, incluindo a realização do CSP, e (ii) interesse público na implementação do projecto não tenham sido demonstrados.

Por outras palavras, o parceiro público tem de justificar por que vai realizar o projecto pela opção PPP, por oposição à contratação tradicional, e, mais do que isso, o parceiro público tem de demonstrar como seleccionou o projecto a executar. A ausência destes elementos é uma violação do disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 6.º e da alínea e) do n.º 4 do art. 10.º do RJPPP, constituindo uma ilegalidade e, como tal, fundamento de recusa do visto prévio, nos termos do n.º 3 do art. 44.º da LOPTC.

Para além da avaliação de legalidade que o TC pode fazer sobre o *VfM* e o interesse público, nos termos da legislação em vigor, procuraremos determinar como pode o TC efectuar uma análise económica do projecto na justificação do interesse público, de modo a assegurar a boa afectação dos recursos públicos.

Esta questão não se coloca com a mesma pertinência na contratação tradicional dado que, aí, a entidade contratante tem de lidar directamente com a escassez de recursos a aplicar nos projectos. Porém, nas PPP, o parceiro público não tem de assumir o valor total da parceria no OE, pela criação de espaço orçamental que as PPP permitem, tendo maior margem de manobra nos investimentos a realizar e no endividamento a assumir, que se dilui nos anos económicos e orçamentais subsequentes. Podendo o parceiro público diluir o endividamento, pode contrair maiores dívidas, sem que estas sejam directa e individualmente sindicáveis. Assim, uma boa afectação de recursos fica prejudicada.

A realização de uma análise económica do projecto determina a criação de valor do projecto para a comunidade e, conseqüentemente, se o projecto deve ou não ser implementado. Sabendo que os recursos são escassos e susceptíveis de aplicação

alternativa, a análise económica permite aferir, perante várias alternativas, qual o projecto que gera maior valor para a comunidade, auxiliando a tomada de decisão política na determinação de qual o projecto onde aplicar os recursos.

Relativamente à justificação do interesse público na execução de uma PPP, em sede de fiscalização prévia, constatamos que o TC nunca se pronunciou sobre a mesma.

Analisando os critérios de avaliação das PPP pelo TC, desde 2006⁶⁶, verificamos que em sede de fiscalização prévia, o TC foca-se na legalidade do procedimento⁶⁷ aplicável à PPP *sub judice* e na necessidade de realização do CSP.

Resulta do Ac. n.º 160/2009, de 02 de Novembro, referente ao contrato de subconcessão da via designada por Douro Interior, do Ac. n.º 161/2009, de 02 de Novembro, referente ao contrato de subconcessão da Auto-Estrada Transmontana, do Ac. n.º 164/2009, de 17 de Novembro, referente ao contrato de subconcessão da auto-estrada do Baixo Alentejo, do Ac. n.º 168/2009, de 23 de Novembro, referente ao contrato de subconcessão da via designada por Algarve Litoral, e do Ac. n.º 169/2009, de 23 de Novembro, referente ao contrato de subconcessão do Litoral Oeste, todos da 1.ª Secção em Subsecção⁶⁸, que o TC veio salientar a obrigatoriedade de realização do CSP, imposta pela alínea c) do n.º 1 do art. 6.º do RJPPP, e preterida pela EP, concessionária.

Argumenta a EP que não se encontra obrigada a realizar o CSP: *i)* não são aplicáveis ao lançamento e contratação de PPP por empresas públicas sob forma societária, as exigências materiais e princípios de natureza estritamente procedimental (como o CSP); *ii)* nos termos da legislação aplicável, a EP deve privilegiar as PPP; *iii)* competia ao Governo a realização do CSP, uma vez que foi o Governo quem lançou a subconcessão; e *iv)* a LEO não se aplica às empresas públicas.

O TC discordou, entendendo que não é aceitável que se considere que a demonstração das vantagens de constituição de uma PPP se traduza numa exigência meramente procedimental. O CSP é uma exigência material fundamental para a constituição de uma PPP. O TC reconhece que o Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de Novembro, determina

⁶⁶ Consideramos 2006 por ser a data de entrada em vigor do RJPPP na sua actual redacção.

⁶⁷ TC, Ac. n.º 111/2009 e Ac. n.º 157/2009, em que foi recusado o visto prévio aos contratos pela nulidade do acto procedimental por falta de concurso público obrigatório, elemento essencial do procedimento de adjudicação.

⁶⁸ Nenhum dos Acs. transitou em julgado.

que a EP deve privilegiar a atribuição de subconcessões em regime de PPP, devendo, no entanto, avaliar, em cada caso, qual a solução mais adequada. Ora, o CSP é o meio para esse fim. Por último, o TC retorquiu que, ainda que a LEO não seja directamente aplicável às empresas públicas, por remissão da alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º do RJPPP, sempre o n.º 2 do art. 19.º da LEO é aplicável, obrigando à realização do CSP.

Concluiu o TC que a ausência do CSP implica a falta de demonstração que a execução do projecto pela via PPP é a melhor alternativa. Assim, com toda a probabilidade, a violação de lei alterou o resultado financeiro do procedimento. Com a realização do CSP, provavelmente, o resultado obtido seria diferente, com melhor protecção dos interesses financeiros públicos, pelo que o TC recusou o visto prévio em todos os contratos *supra* referidos, nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

Em momento algum, o TC se pronunciou quanto à justificação ou existência de interesse público do projecto.

O TC vai um pouco mais longe no Ac. n.º 12/2010, de 26 de Março, da 1.ª Secção em Subsecção, em que apreciou o contrato reformado de subconcessão do Douro Interior, ao qual foi introduzido um estudo comparativo do sector público, inexistente no contrato de subconcessão apreciado pelo Ac. n.º 160/2009, de 02 de Novembro. Do CSP ora realizado, resultou que os custos para a EP seriam inferiores pela execução da PPP. Apesar desta conclusão, a realização do CSP foi posterior à contratação, o que não afasta a ilegalidade do procedimento. Mais, este cenário dificulta a recusa do visto prévio pelo TC, dado que, estando a obra já em execução, a subconcessionária assumiu compromissos e fez investimentos, pelo que a recusa do visto prévio pode redundar em pagamentos ou pedidos de indemnização, prejudiciais às finanças públicas. *“a legislação anterior à Lei n.º 98/97, previa que, acima de determinados montantes, os contratos fossem sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal em minuta, antes, portanto, da respectiva assinatura e produção de efeitos, assim se prevenindo a assumpção de relevantes compromissos financeiros por contratos aos quais podia vir a ser recusado o visto. Neste sentido, veja-se, designadamente, o disposto no artigo 13.º, n.º 1, alínea c), da Lei n.º 86/89, de 8 de Setembro. Afigura-se-nos que o presente caso é bem elucidativo do acerto dessa solução e deveria levar o legislador a*

reponderar a solução legislativa actual, substituindo-a por uma solução idêntica à referida, a fim de evitar a futura ocorrência de situações similares.”⁶⁹.

Apesar de não se referir à eventual existência de interesse público do projecto, a solução apresentada pelo TC poderia ser útil para se definir o momento adequado para a verificação do interesse público do projecto. Na eventualidade de se concluir que o projecto não criaria valor para a comunidade, o TC poderia recusar o visto prévio em fase anterior à contratação e à execução dos contratos, prevenindo eventuais prejuízos para o parceiro público e para o parceiro privado decorrentes da recusa do visto.

Porém, o momento de apreciação do interesse público não é o cerne da presente dissertação, pelo que regressamos à análise de jurisprudência do TC sobre a justificação do interesse público.

Em sede de fiscalização concomitante, o TC aventurou-se a tecer alguns comentários nesta matéria.

No já citado relatório de auditoria n.º 4/2007, refere o TC que *“Deve sublinhar-se que, na nossa perspectiva, não se trata unicamente de consolidar a opção pela parceria enquanto forma alternativa de “aquisição”. O facto de estarem em causa dinheiros públicos exige que o veículo de obtenção do serviço público (construção e exploração de infra-estrutura, p. ex.) [o projecto], se justifique não só em termos de custo-benefício, como se demonstre, desde logo, a melhor alternativa de aplicação de recursos.”* (sublinhado nosso)⁷⁰.

Esta posição do TC é um primeiro reconhecimento que o projecto não só tem de se justificar a si próprio, como só existe interesse público na execução do mesmo quando este for a melhor alternativa possível de aplicação de recursos.

Mais, no relatório de auditoria n.º 10/2008, da 2.ª Secção, o TC pronuncia-se sobre a utilidade da realização da análise custo-benefício para se aferir da rendibilidade do investimento pela via PPP observada no termo da construção do projecto e durante a sua implementação (*ex post*)⁷¹, e para escolher a melhor alternativa de execução do projecto em alterações suscitadas durante a execução do mesmo (*in medias res*)⁷².⁷³

⁶⁹ TC, Ac. n.º 12/2010: 38.

⁷⁰ TC, Relatório de Auditoria n.º 4/2007: 32.

⁷¹ “A alteração do tipo de vias de comunicação rodoviária disponíveis, com o maior número de quilómetros de auto-estrada terá contribuído decisivamente para a **segurança rodoviária** em geral.

O recurso e recomendação da análise custo-benefício pelo TC, no termo dos projectos e durante a execução dos mesmos, cria espaço para a realização de uma análise custo-benefício *ex ante*, em que se possa aferir previamente à execução do projecto a criação de valor do mesmo.

Se se deve avaliar a rendibilidade económica de um projecto *ex post* para confirmar se o investimento no projecto valeu a pena, i.e., se se justificou a aplicação de recursos por parte do parceiro público no projecto, então, *a fortiori*, para assegurar a boa aplicação destes recursos, a rendibilidade económica do projecto deve ser prevista e avaliada antes da execução do mesmo. Só assim se consegue evitar a aplicação de recursos em projectos que venham a destruir valor ou que não fossem a melhor aplicação alternativa de recursos.

Conclui-se que, na avaliação das PPP em sede de fiscalização prévia, o TC se foca na análise dos 3E's e do *VfM*. Em sede de fiscalização concomitante, o TC reconhece a

Assim, há que sublinhar a evolução positiva das mesmas vias, em termos de segurança. (...) Portugal passou de 144,1 mortos por milhar de quilómetros de auto-estrada, em 1995, para 63,2 mortos por milhar de quilómetros de auto-estrada, em 2004 (...).

*Os efeitos fizeram-se sentir também ao nível dos **tempos de deslocação**. Questionada sobre este aspecto a EP refere como exemplo (...) um percurso Lisboa-Guarda encurtou cerca de 100km – 300 actualmente – e cerca de **4 horas**, para não falar das deslocações para Caminha ou Chaves”. É também sublinhado pela EP que a redução de custos de transporte e sobretudo de tempo de deslocação são hoje um inequívoco factor de **coesão nacional**.”, TC, Ac. n.º 10/2008: 78.*

⁷² *“Ora, no que diz respeito à conservação das espécies, o espírito subjacente à legislação em vigor e aplicável parece ser, justamente, a possibilidade de ponderação de outros interesses relevantes, (...) nos quais cumulativamente não existam alternativas satisfatórias e não seja prejudicada a manutenção das populações das espécies em causa na sua área de distribuição natural.*

Para decidir sobre a mesma rivalidade, infere-se a necessidade de, ser ponderada uma análise custo-benefício, bem como a adequada atribuição de conteúdo aos conceitos utilizados na formulação supra o que nem sempre será tarefa fácil, principalmente quando estão em causa valores não traduzíveis, com facilidade, na mesma unidade de expressão.

Num dos exemplos analisados, no qual estão em causa colónias de roedores, o estudo, mandado efectuar a um especialista, (...) apontavam para que com a obra não estivesse em causa o estatuto da espécie a nível nacional, embora se admitisse impacto significativo ou muito significativo a nível local e regional. Em consequência, era admitida como boa solução a construção de viadutos, a par de outras medidas adicionais (...).” (sublinhado nosso), TC, Ac. n.º 10/2008: 114.

⁷³ A qualificação da análise custo-benefício em função do momento de execução da mesma é dada por BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 3 - 4.

utilidade de analisar a rendibilidade económica do projecto no decurso da sua execução, para assegurar a racionalidade da execução do mesmo, e no seu termo, para verificar se o projecto criou valor.

Tendo já referido a vantagem de introduzir uma análise de rendibilidade económica do projecto antes da sua execução via PPP, resta-nos demonstrar a utilidade da análise custo-benefício como mecanismo de demonstração da rendibilidade económica.

A justificação da selecção do projecto, para aplicação dos recursos financeiros públicos, é abordada nas *supra* referidas Linhas de Orientação (*Guide Lines*) e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP do TC.

Na metodologia de controlo dos 5P, o TC divide a auditoria às PPP em cinco fases de controlo distintas. Na primeira fase, referente ao Planeamento do Projecto, o TC entende que o auditor deve “*aferir o trabalho realizado pelo Estado/parceiro público durante a fase de estudo, preparação e avaliação prévia do projecto a realizar, bem como analisar os suportes de decisão conducentes à elegibilidade do projecto.*”⁷⁴, designadamente, “*Identificar os critérios de selecção, que fundamentaram a escolha do projecto; (...)*”⁷⁵.

Salientamos que esta exigência é diferente de “*Constatar se o Estado/parceiro público identificou e estudou outros modelos alternativos para a execução do projecto; (...) Verificar se o Estado/parceiro público procedeu a uma adequada estimativa do custo público comparável, bem como se identificou o potencial VFM para cada opção; (...)*”⁷⁶, que se referem aos 3E’s e ao VFM. Na primeira exigência, o auditor deve constatar como se procedeu à selecção do projecto em face de projectos alternativos, ou seja, porque é que este projecto deve ser executado em detrimento de outros. Nas outras exigências, o auditor deve perceber porque é que o projecto foi executado via PPP, por oposição à contratação tradicional, ou a outros moldes de configuração de PPP.

No mesmo sentido, o TC sugere que o auditor se questione “*1. De que forma foi justificado o interesse público e o nível de prioridade do projecto a desenvolver? 2. Foram estudadas hipóteses alternativas ao projecto, bem como aos respectivos modelos de execução a desenvolver? (...) 4. Foi elaborado um credível comparador público que*

⁷⁴ TC, Linhas de Orientação, 2008: 30.

⁷⁵ TC, Linhas de Orientação, 2008: 30.

⁷⁶ TC, Linhas de Orientação, 2008: 30 - 31.

demonstre o VFM da opção PPP face a outras alternativas?”⁷⁷, devendo as PPP ser “empreendidas em projectos prioritários e não em qualquer projecto, de modo a subordinar a aplicação dos dinheiros públicos a princípios de eficiência e racionalidade económica.”⁷⁸.

O entendimento do TC está em consonância com o disposto nas *Guidelines on Best Practice for the Audit of Public/Private Finance and Concessions (revised)* do INTOSAI.

Relativamente ao *scoping the project* pelo auditor, entende-se que “*In reviewing this subject the SAI [Supreme Audit Institution] will need to have a clear understanding of how the organization chose this project ahead of other possible uses of its resources and what its objectives were in doing this.*”⁷⁹. Esta *guideline* é justificada por “*The use of public/private finance or concession may be a means through which a project can be delivered earlier than if it had been financed as a purely public sector project. While this may be an advantage, it can mean that poor quality projects are developed simply because they can be financed this way and that high quality projects, which can only be financed as public projects, are deferred. It therefore makes sense for the SAI to examine how the audited body considered its priorities amongst competing projects.*”⁸⁰.

No entendimento do INTOSAI, o sector público sente-se atraído pela execução do projecto pela via PPP com recurso a financiamento privado, evitando o endividamento público. Ora, o recurso ao financiamento privado pode motivar a execução de projectos de menor qualidade em detrimento de projectos de maior qualidade, i.e., que criem maior valor para a comunidade, apenas porque os primeiros consomem menos recursos públicos. De facto, pode-se cair no erro de executar projectos apenas para se mostrar obra feita, diferindo para o futuro os custos da sua implementação, e sem que o projecto gere valor. Assim, é necessário que a selecção de um projecto seja devidamente justificada, e que o interesse público na sua execução devidamente demonstrado.

Nestes termos, pelas Linhas de Orientação do TC e pelas *Guidelines* do INTOSAI pode e deve ser exigida a demonstração do interesse público na execução de um projecto,

⁷⁷ TC, Linhas de Orientação, 2008: 41.

⁷⁸ TC, Linhas de Orientação, 2008: 57.

⁷⁹ INTOSAI, Novembro de 2007: 5.

⁸⁰ INTOSAI, Novembro de 2007: 14.

provando que o projecto era “*a melhor alternativa de aplicação de recursos*”, nas palavras do TC.

Tendo já concluído que o TC não se pronuncia sobre a demonstração do interesse público do projecto, mas que reconhece a importância de se demonstrar que o projecto a executar deve ser a melhor aplicação alternativa de recursos, então, a apreciação da demonstração do interesse público deve ser efectuada em sede de fiscalização prévia, de modo a prevenir a aplicação de recursos públicos em projectos que não sejam a melhor aplicação alternativa.

Relembrando o disposto na alínea e) do n.º 4 do art. 10.º do RJPPP, é uma exigência legal a demonstração de interesse público da execução do projecto. Ora, o TC pode fiscalizar o cumprimento da legalidade do procedimento aplicado à PPP, podendo, assim, apreciar que foi demonstrado o interesse público da execução do projecto. No entanto, falta a exigência legal de que a demonstração de interesse público seja feita mediante uma análise de rentabilidade económica ou, em alternativa, que a apreciação do TC do interesse público seja feita mediante uma análise de rentabilidade económica. Apreciaremos, novamente, esta questão no capítulo 4.2 *infra*.

4 PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

4.1 A Análise Custo-Benefício

A análise custo-benefício permite avaliar a criação ou destruição de valor de um projecto mediante a avaliação e comparação dos seus impactos positivos (benefícios) e dos seus impactos negativos (custos). Existe criação de valor sempre que os benefícios gerados são superiores aos custos gerados e existe destruição de valor sempre que os benefícios gerados são inferiores aos custos gerados.

Boardman, Greenberg, Vining, Weimer referem que a análise custo-benefício é “*a systematic cataloguing of impacts as benefits (pros) and costs (cons), valuing in dollars (assigning weights)*”⁸¹, *and then determining the net benefits of the proposal relative to the status quo (net benefits equal benefits minus costs).*”⁸², levando em conta “*all of the costs and benefits to society as a whole.*”⁸³. A análise custo-benefício apresenta a vantagem, face a outras análises de rendibilidade económica, de considerar os impactos do projecto para toda a sociedade. Mais, a análise custo-benefício *ex ante* contribui, directa e imediatamente para o processo de decisão político⁸⁴.

“*CBA [Cost-Benefit Analysis] compares the net social benefits of investing resources in a particular project with the net social benefits of a hypothetical project that would be displaced if the project under evaluation were to proceed. The displaced hypothetical project is (...) the status quo, which means there is no change in government policy. (...) If a project would displace a specific alternative rather than a hypothetical one, it should be evaluated relative to the specific alternative.*”⁸⁵, e, se existe mais do que uma

⁸¹ A avaliação dos custos e benefícios costuma ser feita mediante o critério de *willingness-to-pay*. Avalia-se o custo mediante o montante que um sujeito está disposto a pagar para não suportar aquele custo e avalia-se o benefício mediante o montante que um sujeito está disposto a pagar para obter aquele benefício.

Na análise custo-benefício, os recursos aplicados no projecto são valorizados em termos de custos de oportunidade. BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 29, e WEIMER, VINING, 2005: 340.

⁸² BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 1 - 2, e WEIMER, VINING, 2005: 382.

⁸³ BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 1 - 2, e WEIMER, VINING, 2005: 382.

⁸⁴ BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 3.

⁸⁵ BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 8.

alternativa, então, *“the rule is (...) select the project with the largest NPV. (...) Thus, selecting the project with the largest NPV is equivalent to selecting the project with the largest present value of the net social benefits.”*^{86 87}.

Resumidamente, a análise custo-benefício mede todos os impactos de um projecto, determina a criação ou destruição de valor resultante desse projecto, e compara o resultado (o valor actual líquido) com os projectos alternativos. Deve ser seleccionado o projecto que apresentar maior valor actual líquido, porque é esse o projecto que gera maior valor para a comunidade.

A análise custo-benefício é baseada no critério de eficiência de Kaldor-Hicks, encontrando o seu fundamento último no critério de eficiência de Pareto.^{88 89 90} Aplicada à análise custo-benefício, este critério significa que um projecto deve ser implementado sempre que gera mais benefícios do que custos.⁹¹ É um critério de eficiência mais prático e de maior exequibilidade dos projectos do que o critério de eficiência de Pareto.

Assim, aplicar a análise custo-benefício aos projectos a executar, permite uma comparação directa entre os mesmos, revelando qual o projecto que irá gerar maior valor.

Se se aplicar a análise custo-benefício ao disposto na alínea e) do n.º 4 do art. 10.º do RJPPP, então, o órgão executivo fica vinculado a investir os recursos públicos à sua disposição no projecto que gera maior valor para a comunidade, uma vez que é este que se encontra justificado na óptica do interesse público. Se se incluir a análise custo-

⁸⁶ BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 14.

⁸⁷ No mesmo sentido WEIMER, VINING, 2005: 340, *“Once all the impacts have been reduced to dollars, the evaluation rule is relatively straightforward: choose that alternative that generates the largest aggregate net benefits (in dollars).”*, e 410, *“When all of the available policies are mutually exclusive, we maximize efficiency by choosing the one with the largest positive net benefits.”*.

⁸⁸ *“The basic principle underlying cost-benefit analysis is the Kaldor-Hicks criterion: a policy should be adopted only if those who will gain could fully compensate losers and still be better off. (...) a necessary condition for adopting a policy is that it have the potential to be Pareto improving.”*, WEIMER, VINING, 2005: 384.

⁸⁹ BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 26.

⁹⁰ WEIMER, VINING, 2005: 71.

⁹¹ BOARDMAN, GREENBERG, VINING, WEIMER, 2001: 29.

benefício na fiscalização prévia do projecto, então, mais facilmente o TC verifica se se encontra justificado o interesse público.

4.2 Proposta de alteração ao ordenamento jurídico Português

Sujeitar a demonstração do interesse público a uma análise de rendibilidade económica como a análise custo-benefício, importa uma alteração ao disposto na alínea e) do n.º 4 do art. 10.º do RJPPP, de modo a fazer constar essa restrição. Em vez de se fazer constar “*a demonstração do seu interesse público;*”, deve fazer-se constar “*a demonstração do seu interesse público, mediante a realização de uma análise custo-benefício*”.

Diferentemente, se a vinculação à análise custo-benefício deve ser imposta ao TC, então, a alteração legislativa deve fazer-se sentir no n.º 3 do art. 44.º da LOPTC, “*Constitui fundamento da recusa do visto a desconformidade dos actos, contratos e demais instrumentos referidos com as leis em vigor que implique:*

(...)

d) no caso das parcerias dos sectores público e privado, a falta de demonstração do interesse público no projecto, mediante uma análise custo-benefício.”.

Necessariamente que a opção pela segunda alternativa torna a análise custo-benefício recomendável para o órgão executivo, uma vez que a execução da análise custo-benefício assegura a obtenção do visto prévio do TC.

No entanto, impor a vinculação ao órgão executivo ou ao TC tem consequências diferentes.

No primeiro cenário, o órgão executivo passa a estar vinculado à aplicação de recursos em projectos que não impliquem a preterição de outros projectos que gerem maior valor. Tal exigência colide com a liberdade de decisão que é assegurada a este órgão⁹².

No segundo cenário, é razoável impor ao TC uma fiscalização mais exigente sobre as PPP. Em primeiro lugar, porque, até 1989, o TC podia conhecer do mérito dos actos e contratos a que eram solicitados o visto prévio, recusando o visto se entendesse que o clausulado não prosseguia o melhor interesse para as finanças públicas. Em segundo

⁹² Cfr. art. 197.º e ss. da CRP.

lugar, porque o TC é o órgão público que exerce o mais elevado nível de controlo externo no nosso ordenamento jurídico. Em terceiro lugar, porque tal exigência seria recebida pela alínea d) do n.º 1 do art. 214.º da CRP. Por último, porque o próprio TC reconhece a necessidade de realizar esta análise custo-benefício⁹³. Esta solução não colide com a liberdade do órgão executivo de tomar as suas decisões, mas, sem dúvida, que obriga a que este actue *diligentemente*.

A adopção desta solução oferece um critério (i) objectivo na verificação do interesse público em desenvolver um determinado projecto, quantificando a criação de valor que esse projecto gera, e (ii) controlável por um órgão de fiscalização independente. Através da análise-custo benefício, mais facilmente se compara o projecto com outros, melhor se afere o mérito da decisão do órgão executivo em prosseguir com o investimento e previne-se a aplicação de recursos em projectos de menor valor. Assim, garante-se uma melhor e mais eficiente aplicação dos recursos públicos em projectos desenvolvidos pela via PPP.

⁹³ TC, Relatório de Auditoria n.º 4/2007: 32, “*O facto de estarem em causa dinheiros públicos exige que o veículo de obtenção do serviço público (construção e exploração de infra-estrutura, p. ex.), se justifique não só em termos de custo-benefício, como se demonstre, desde logo, a melhor alternativa de aplicação de recursos.*”

Não se afigura, por isso, que tal nível de exigência se mostre incompatível com a liberdade de decisão a nível dos órgãos políticos, mas é-lhe inerente o dever de diligência na ponderação do contingente dos meios, nomeadamente financeiros, relativamente às estratégias públicas.”.

5 CONCLUSÕES

I. As PPP encontram-se definidas no n.º 1 do art. 2.º do RJPPP, sendo compostas por cinco elementos fundamentais: *i)* a natureza jurídica, *ii)* a natureza dos contraentes, *iii)* o objecto, *iv)* o carácter duradouro, *v)* a transferência de risco na execução da PPP para o parceiro privado.

II. A entrada em vigor do CCP suscitou a questão da sua compatibilidade com o RJPPP pela sua referência a um conceito de PPP. Para os autores que entendem este conceito como diferente do conceito constante do RJPPP, pela redacção do art. 45.º do CCP, o CCP veio revogar o RJPPP, ou, pelo menos, revogar as normas concorrentes com as suas. Interpretamos o conceito de “*encargos*” do art. 45.º do CCP de modo abrangente, pelo que entendemos que os dois diplomas se referem a um mesmo conceito de PPP. Assim, os dois diplomas encontram-se em vigor, cada um regulando uma área específica do procedimento das PPP, tendo âmbitos de aplicação complementares.

III. Para a formação de uma PPP encontramos duas grandes fases: uma preliminar e uma pré-adjudicatória. A fase preliminar decorre desde a identificação da necessidade colectiva a satisfazer até à decisão de lançamento da PPP. A fase pré-adjudicatória decorre desde o lançamento da PPP até à contratação.

IV. O RJPPP e a LEO obrigam à realização do CSP como pressuposto para o lançamento de uma PPP, que se justifica pelo *VfM*. As PPP tendem a apresentar menos custos para o parceiro público que o CSP, pelo esforço de 3E's que implicam, e criam espaço orçamental. Sempre que o parceiro privado assuma o risco de construção e o risco de disponibilidade ou procura da infra-estrutura, o investimento fica *off-balance sheet* para o Estado, não concorrendo para a dívida pública, e libertando recursos para outras finalidades.

V. O *VfM* é a verificação de criação de valor pela implementação do projecto via PPP, por oposição a outros meios de implementação do projecto. A análise de rendibilidade

económica do projecto é a análise da criação de valor pela implementação do projecto *per se*, que justifica a execução do mesmo. Assim, deve ser integrada na justificação de interesse público do projecto.

VI. As competências actuais do TC centram-se na legalidade, permitindo que este verifique se foi justificado o *VfM* e o interesse público do projecto, constituindo a sua ausência ilegalidade suficiente para a recusa do visto prévio, nos termos do n.º 3 do art. 44.º da LOPTC. Porém, não integram a realização de uma análise de rendibilidade económica do projecto.

VII. A análise de rendibilidade económica de um projecto é pertinente nas PPP, por oposição à contratação tradicional, pela diluição do endividamento a assumir pelo parceiro público que as PPP permitem. Através da análise de rendibilidade económica determina-se qual o projecto que cria maior valor e qual se revela a melhor aplicação alternativa de recursos públicos.

VIII. Em sede de fiscalização concomitante, o TC entende que os projectos desenvolvidos em PPP têm de se justificar como sendo a melhor aplicação alternativa de recursos. O próprio TC aplica a análise custo-benefício *ex post* e *in medias res* na avaliação de projectos. Por maioria de razão, o TC abre, assim, caminho à realização de uma análise análise custo-benefício *ex ante* para se justificar a aplicação de recursos. Nas Linhas de Orientação do TC e nas *Guidelines* do INTOSAI, exige-se a justificação da selecção do projecto, em detrimento de projectos alternativos. Aqui, na selecção do projecto, reside a sua justificação em sede de interesse público.

IX. A análise custo-benefício é um bom método de análise de rendibilidade económica de um projecto por permitir avaliar os impactos de um projecto para toda a comunidade, quantificando os benefícios e os custos mediante a *willingness-to-pay* dos sujeitos, e determinando o valor actual líquido do projecto (benefício actual líquido menos custo actual líquido). Pela análise custo-benefício deve-se investir no projecto com maior valor actual líquido.

X. Para implementar a análise custo-benefício, deve proceder-se a uma alteração legislativa, passando a constar no n.º 3 do art. 44.º da LOPTC que constitui fundamento de recusa do visto prévio: *“d) no caso das parcerias dos sectores público e privado, a falta de demonstração do interesse público no projecto, mediante uma análise custo-benefício.”*.

XI. O TC é o órgão adequado no ordenamento jurídico português para ficar vinculado à fiscalização da verificação do interesse público das PPP, mediante uma análise custo-benefício. A implementação da análise custo-benefício como verificação do interesse público não colide com a liberdade de decisão política do órgão executivo, e assegura uma melhor e mais eficiente aplicação dos recursos públicos em projectos desenvolvidos pela via PPP.

6 BIBLIOGRAFIA

Azevedo, Maria Eduarda (2008), *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma nova Governação Pública*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Azevedo, Maria Eduarda (2009), *O enquadramento legal das parcerias público-privadas em Portugal: aspectos jurídico-financeiros*, Lisboa, Ciência e Técnica Fiscal. - Centro de Estudos Fiscais, 1900, n.º 423, 107-152

Boardman, A., Greenberg, D., Vining A., and Weimer, D. (2001), *Cost Benefit Analysis. Concepts and Practice*, Upper Saddle River NJ: Prentice Hall

Cabral, Nazaré da Costa (2009), *As Parcerias Público Privadas*, n.º 9 da Coleção Cadernos IDEFF, Lisboa, Almedina

Confraria, João (2005), *Regulação e Concorrência – Desafios do século XXI*, Lisboa, Universidade Católica Editora

Kirkpatrick, C. and Parker, D. (2007), *Regulatory Impact Assessment*, Cheltenham: Edward Elgar

Simões, Jorge Abreu (2004), *As parcerias público-privadas no sector da saúde em Portugal*, Lisboa, Revista Portuguesa de Saúde Pública, Volume Temático 4, 79-90

Simões, Jorge Abreu (Fevereiro de 2010), *A Iniciativa PPP na Saúde: Aspectos de Política, Finanças e Gestão*, Coimbra, IDEFF, Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina

Siza Vieira, Pedro (2008), *O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas*, Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito de Coimbra, 481-517

Tavares, José (Junho de 1997), *O Visto do Tribunal de Contas: Conceito, Natureza e Enquadramento na Actividade da Administração*, Lisboa, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Weimer, D. and Vining, A. (2005), *Policy Analysis: Concepts and Practice*, Upper Saddle River NJ: Prentice Hall, 4th edition

Winter, Harold (2005), *Trade-Offs– An Introduction to Economic Reasoning and Social Issues*, The University of Chicago Press

7 JURISPRUDÊNCIA E OUTRAS PUBLICAÇÕES ONLINE

Comissão das Comunidades Europeias (2004)

Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões, Bruxelas

http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327, em 27 de Novembro de 2010

INTOSAI

Guidelines on Best Practice for the Audit of Risk in Public/Private Partnership (PPP), Outubro de 2004, Budapeste

http://www.nao.org.uk/nao/intosai/wgap/INTOSAI_PPP_English%20.pdf, em 27 de Novembro de 2010

Guidelines on Best Practice for the Audit of Public/Private Finance and Concessions (revised), Novembro de 2007, Cidade do México

http://www.nao.org.uk/nao/intosai/wgap/7588RC_Booklet_UK.pdf, em 27 de Novembro de 2010

Tribunal de Contas

Acórdão n.º 96/2008, de 15 de Julho, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2008/1sss/ac096-2008-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Acórdão n.º 111/2009, de 12 de Maio, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac111-2009-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Acórdão n.º 157/2009, de 21 de Outubro, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac159-2009-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Acórdão n.º 160/2009, de 02 de Novembro, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac160-2009-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Acórdão n.º 161/2009, de 02 de Novembro, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac161-2009-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Acórdão n.º 164/2009, de 17 de Novembro, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac164-2009-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Acórdão n.º 168/2009, de 23 de Novembro, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac168-2009-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Acórdão n.º 169/2009, de 23 de Novembro, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2009/1sss/ac169-2009-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Acórdão n.º 12/2010, de 26 de Março, da 1.ª Secção em Subsecção

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2010/1sss/ac012-2010-1sss.pdf>, em 22 de Janeiro de 2011

Linhas de Orientação (Guide Lines) e Procedimentos para o desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP, 2008

<http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/LinhasOrientaPPP.pdf>, em 25 de Setembro de 2010

Relatório de Auditoria n.º 24/2002, da 2.ª Secção, *Auditoria à Concessão de transporte ferroviário Eixo – Norte-Sul – Concessão Fertagus*

http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2002/24-2002.pdf, em 25 de Setembro de 2010

Relatório de Auditoria n.º 4/2007, da 2.ª Secção, *Auditoria aos Encargos do Estado com as Parcerias Público-Privadas – Concessões Rodoviárias e Ferroviárias*

http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2007/audit-dgtc-rel004-2007-2s.pdf, em 25 de Setembro de 2010

Relatório de Auditoria n.º 10/2008, da 2.ª Secção, *Auditoria à Gestão das Parcerias Público-Privadas – Concessões Rodoviárias*

http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2008/audit-dgtc-rel010-2008-2s.pdf, em 25 de Setembro de 2010

Relatório de Auditoria n.º 06/2009, da 2.ª Secção, *Ampliação do Aeroporto Francisco Sá Carneiro – Auditoria Temática às derrapagens em obras públicas – Quarto Relatório Vertical*

http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2009/audit-dgtc-rel006-2009-2s.pdf, em 25 de Setembro de 2010