



**CATÓLICA PORTO**  
ESCOLA DE DIREITO

---

# CONCESSÕES DE OBRAS E SERVIÇOS

## *RISCO E REMUNERAÇÃO*

*Mestrado em Direito Administrativo*

2015

*José Cruz Santos*

*Orientação: Prof. Doutor Mário Aroso de Almeida*

## Índice

ABREVIATURAS UTILIZADAS:.....	3
INTRODUÇÃO .....	5
Capítulo I - CONCESSÕES.....	6
1.1. De obras públicas .....	7
1.2. De serviço público .....	8
1.3. Figuras afins.....	9
1.3.1. Parceria Público Privada .....	9
1.3.2. Contrato de gestão.....	10
1.4. Modelos de Cash Flows.....	11
1.5. Project Finance.....	12
1.6. O Novo Conceito Comunitário de Concessão .....	13
Capítulo II - RISCO.....	15
2.1. Aproximação ao conceito.....	15
2.2. Incerteza e Imprevisão .....	17
2.3 O Princípio da Transferência de Risco Económico .....	20
2.4 Tipos de risco.....	21
2.4.1. Risco de conceção e de construção.....	22
2.4.2. Risco Financeiro ou de Financiamento .....	23
2.4.3. Risco de procura, mercado, utilização ou tráfego: .....	23
2.4.4. Risco de Disponibilidade .....	25
2.5. A dualidade funcional do risco.....	26
2.5.1. Risco com dimensão remuneratória .....	26
2.5.2. Risco como fonte de reposição do equilíbrio financeiro para a concessionária.....	28
Capítulo III - RISCO DE EXPLORAÇÃO .....	30
3.1. O conceito .....	30
3.1.1. Modo de remuneração .....	32
3.1.2. Suscetibilidade de suportar perdas.....	33
3.1.3. A exposição real à imprevisibilidade do mercado.....	34
3.1.4. A extensão da transferência do risco .....	35
3.2. Contratos onerosos comutativos, aleatórios e parciários .....	36
3.3. A remuneração por disponibilidade como imprópria da concessão .....	38
3.4. A invalidade do contrato por insuficiente risco de exploração.....	41
CONCLUSÃO .....	43
BIBLIOGRAFIA.....	45

## ABREVIATURAS UTILIZADAS:

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

Cns. – Considerando

(Com. Int.) - Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário (2000/C 121/02)

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código do Processo nos Tribunais Administrativos

CttC-BI – Contrato de Concessão da Beira Interior

CttC-CP – Contrato de Concessão da Costa da Prata

CttC-Fertagus – Contrato de Concessão Eixo Ferroviário Norte-Sul

CttC-GP – Contrato de Concessão do Grande Porto

CttC-GL – Contrato de Concessão da Grande Lisboa

CttC-MST – Contrato de Concessão Metro Sul do Tejo

DBFO – *Design Build Finance Operate*

EP – Estradas de Portugal, S.A.

PPP – Parceria Público Privada

RJEOP – Regime Jurídico da Empreitada de Obras Públicas

Dedico este trabalho com gratidão

às três pessoas a quem tudo devo

à tafdup

e agradeço os ensinamentos

ao Dr. Francisco Reis Lima

ao Prof. Doutor Mário Aroso de Almeida

à Prof.<sup>a</sup> Doutora Raquel Carvalho

ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral

e a todos os juristas que tornaram este estudo possível

## INTRODUÇÃO

Os cidadãos portugueses contactam diariamente com serviços económicos (como transportes rodoviários e ferroviários, o transporte de passageiros, as águas e resíduos, ou a energia, entre outros) assentes em contratos de concessão de obras e serviços, que constituem um instrumento importante para que o setor público nacional, constrangido pelo Tratado Orçamental e pela necessidade de contenção da despesa pública, canalize o investimento de capital e a gestão empresarial privados para a implementação e o desenvolvimento de obras e serviços de interesse público.

Estes tipos contratuais apresentam um especial e interessante recorte jurídico que os destaca em relação aos restantes contratos públicos objeto de legislação comunitária, e que gira em torno da incidência de um risco económico no modo de remuneração do concessionário. As concessões vêm ineditamente integrar a Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa à adjudicação de contratos de concessão, e o estudo das suas características específicas enquanto figura contratual e conceito jurídico enformará este trabalho, dividido em três partes, que convocam o Direito da Contratação Pública, o Direito Civil e das Obrigações e o Direito Administrativo Geral.

O capítulo I orienta-se em torno do conceito de concessão, desde a noção tradicional até ao novo conceito estabelecido pela diretiva, distinguindo-o das figuras das PPP e do contrato de gestão e passando pelos fluxos de receitas do concessionário e pela técnica de financiamento mais recorrente para o desenvolvimento dos projetos, o *project finance*.

O capítulo II versa sobre o conceito jurídico de risco enquanto o demarca do domínio da imprevisão e o analisa nos quatro tipos de risco com expressão económica mais relevante para as concessões, terminando por dividir o impacto do risco sobre o concessionário na remuneração e na reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

O capítulo III debruça-se sobre o risco de exploração, ao procurar produzir uma análise dos caracteres desse subconceito de carácter remuneratório e a sua aplicabilidade para a distinção entre os contratos públicos e as concessões, dando conta das possíveis consequências da nova regulação do direito comunitário em face da deturpação que, por via da prática contratual, vai adulterando o conceito de concessão e desprotegendo o setor público.

## Capítulo I – CONCESSÕES

As concessões são contratos a título oneroso adjudicados a um operador económico denominado *cessionário* que se compromete a executar obras ou a prestar serviços a uma entidade adjudicante designada *concedente*, que concede à primeira o direito de explorar e retirar frutos económicos dessa infraestrutura pública.

Estes negócios, de tipo relacional ou associativo<sup>1</sup>, pertencem à categoria dos contratos administrativos<sup>2</sup> de colaboração primária<sup>3</sup> e de subordinação<sup>4-5</sup>, com objeto passível de ato administrativo<sup>6</sup> em que se opera a “*transferência de poderes próprios de uma pessoa administrativa para um particular*” (entidade privada ou pública<sup>7</sup>) “*a fim de que este os exerça por sua conta e risco mas no interesse público*”<sup>8</sup>, sendo investido no exercício regular de funções públicas<sup>9</sup>, como a cobrança de taxas, e operando-se uma delegação de serviços públicos<sup>10</sup>.

Do ponto de vista da formação de contratos, a regulação destes dois tipos contratuais<sup>11</sup> tem sofrido várias mudanças nas últimas décadas. Inicialmente vigorava o princípio da livre escolha do concessionário, o que redundava na prevalência do ajuste direto com mera obrigação de se publicitar a intenção de contratar, tendo esta visão sido substituída a partir da década de 80<sup>12</sup> por outra mais influenciada por preocupações concorrenciais<sup>13</sup>, através da qual se foi estabelecendo a regra do concurso público para a escolha do concessionário, solução estabelecida na regulação fornecida pelo RJEOP<sup>14</sup>, em 1999. No art.º 31.º, n.º 1 do CCP são fornecidas três vias possíveis para o procedimento pré-contratual de concessões: o concurso

---

<sup>1</sup> (OJEDA 2006, 261)

<sup>2</sup> Trata-se de uma expressão que definha em termos de utilidade e utilização, como se percebe pela proliferação do termo *contratos públicos*, mormente na esfera processual, e pela clara redução do seu espaço legal na revisão do CPA, cfr. (CAUPERS 2007, 241-242); É importante, contudo, a sua permanência na órbita dos contratos de concessão, seja pela intensidade da regulação pública, seja pela característica de indiscutível prevalência do interesse público sobre o privado. (SOUSA/MATOS 2009, 274-275)

<sup>3</sup> (GONÇALVES 2015, 498)

<sup>4</sup> (ALMEIDA 2007, 13)

<sup>5</sup> (DIAS/OLIVEIRA 2010, 276-277)

<sup>6</sup> (ESTORNINHO 2012, 337)

<sup>7</sup> (SILVA 2010, 119)

<sup>8</sup> (CAETANO 1974, 92)

<sup>9</sup> Sobre os poderes públicos do concessionário, Cfr. (GONÇALVES 2008, 803). Assumindo que nunca lhes poderá ser concedido um “*poder geral*” de ius imperii, elenca exemplos de delegação de poderes públicos: regulamentares, impositivos e de execução coerciva, contratuais administrativos e de cobrança de taxas.

<sup>10</sup> (ESTORNINHO 2012, 334-336)

<sup>11</sup> Os contratos de concessão de obras e serviços públicos distinguem-se em função da utilidade central proporcionada pelo contrato.

<sup>12</sup> (TORGAL 2010, 963)

<sup>13</sup> Que é o “*verdadeiro paradigma comportamental*” das partes. (MOURA 2012, 44)

<sup>14</sup> Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março

público, o concurso limitado por prévia qualificação e o procedimento de negociação. Permanece ainda a possibilidade da *escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos*, por razões materiais (art.º 24.º CCP).

### 1.1. De obras públicas

Este contrato consiste na entrega pelo Concedente<sup>15</sup> ao Concessionário do poder de conceber e construir uma obra pública (*“coisas públicas artificiais, destinadas ao uso público directo ou ao estabelecimento de um serviço público”*<sup>16</sup>), cujo financiamento, por si obtido ou com capital privado<sup>17</sup>, será amortizado na fase de exploração, em que é disponibilizada a utilização da obra ao público.

É um tipo contratual que tem vindo a ser usado para promover empreendimentos públicos de elevada expressão financeira<sup>18</sup>, com maior propriedade no sector rodoviário e ferroviário, comprometendo-se o operador económico com a conceção, construção, financiamento e operacionalização (DBFO<sup>19</sup>) de uma obra pública.

Existe quem defenda uma divisão conceptual no caso das concessões de obras públicas rodoviárias<sup>20</sup> por entender que após a finalização da obra o concessionário procede à exploração da obra, e não à prestação de serviço público, adotando uma posição passiva que se destina a manter o bem em funcionamento para utilização pública e a recolher receitas para sua remuneração, pondo-se até a possibilidade de a fase de exploração estar regulada por um contrato público de serviços ou uma concessão de exploração de domínio público. Contudo, tendo em conta a pluricontratualidade<sup>21</sup> que reveste o que se chama contrato de concessão e as diferentes formas de remuneração durante a fase de exploração, mais do que discutir a pulverização de instrumentos negociais, deve na minha opinião tentar simplificar-se para

---

<sup>15</sup> Pode haver mais do que uma entidade adjudicante. Imagine-se a hipótese de um contrato de concessão trilateral para a construção de uma ponte, em que dois municípios são as entidades adjudicantes. Cfr. (GONÇALVES 2015, 420)

<sup>16</sup> (CAETANO 2001, 583)

<sup>17</sup> (MELO 2011, 90)

<sup>18</sup> (ALMEIDA 2005, 179)

<sup>19</sup> (TREPTE 2010, 206); (AMARO 2004, 108)

<sup>20</sup> (GONÇALVES 1999, 153); (AMARAL/TORGAL, 2002, 181); (CAETANO 1983, 1011)

<sup>21</sup> A arquitetura contratual de uma concessão de obras públicas é, segundo PEDRO MELO, a seguinte: contrato de concessão; contrato de empreitada ou projeto e construção; contrato de operação e manutenção; o contrato social da SPV (*special purpose vehicle*); o acordo parassocial; o acordo de realização e subscrição de capital; contratos de financiamento; contratos de seguro e acordos diretos. (MELO 2011, 43)

permitir uma unidade interpretativa<sup>22</sup> das concessões de obras e serviços e dos contratos na sua dependência<sup>23</sup>, na medida em que se distinguem da restante contratação pública europeia.

A Diretiva n.º 89/440/CEE, de 18 de Julho, prestou a primeira noção comunitária deste tipo contratual, que enquadrava como partilhando as características do contrato de empreitada de obras públicas<sup>24</sup>, “*com a excepção de que a contrapartida das obras consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado do pagamento de um preço*”, distinção que se funda na remuneração do contraente privado, a qual terá sempre que provir, ainda que em parte, do direito de exploração.

## 1.2. De serviço público

O contrato de concessão de serviço público<sup>25</sup> caracteriza-se pela *transferência da responsabilidade pela gestão de uma actividade de serviço público*<sup>26</sup>, por conta e risco do concessionário, de um bem ou serviço já compreendido na esfera pública (admitindo-se aqui a montagem de um novo serviço<sup>27</sup>), ou, por outro lado, a gestão e exploração de infraestruturas preexistentes<sup>28</sup>.

O concessionário é então remunerado, segundo o Código dos Contratos Públicos, através dos resultados financeiros da gestão, ou então diretamente pelo Concedente (art.º 407.º, n.º 2 do CCP), porventura em desvio da doutrina tradicional<sup>29</sup>, que considerava que o risco do direito de exploração teria que correr todo por conta do privado.

A concessão de serviços públicos, vista como um contrato *intuitu personae*<sup>30</sup> estava tradicionalmente excluída das diretivas da contratação pública<sup>31</sup>, o que não significava no entanto uma total liberdade no processo adjudicatório<sup>32</sup>, pois manter-se-ia obrigava à formação de um “*enquadramento principiológico*”<sup>33</sup> baseado nas traves mestras do Tratado da União

---

<sup>22</sup> (MENUDO 2005, 227)

<sup>23</sup> (MARTINS 2014, 699-700)

<sup>24</sup> Na empreitada de obras públicas, o cocontratante privado constrói a infraestrutura projetada, assume os riscos próprios de uma empreitada (concepção, construção, derrapagens e atrasos) e é pago por preço convencionado durante a empreitada ou a final. (CAETANO 1983, 1011)

<sup>25</sup> Sobre a inconsistência e descaracterização do serviço público, (AMARAL 2001, 537-539)

<sup>26</sup> (MAÇÃS 2008, 411)

<sup>27</sup> (SILVA 2010, 118)

<sup>28</sup> (MOURA 2012, 6)

<sup>29</sup> (CAETANO 1983, 1100)

<sup>30</sup> (CAMPOS 2010, 80)

<sup>31</sup> No art.º 17.º da Diretiva 2004/18, Cfr. (VIEIRA 2014, 20)

<sup>32</sup> (AYALA 2001, 19-23)

<sup>33</sup> (MEDEIROS 2008, 5)



Europeia<sup>34</sup>, como os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação em função da nacionalidade, da publicidade, da transparência, entre outros (art.º 43.º e art.º 49.º)<sup>35</sup>, atendendo a que é um contrato que versa sobre uma atividade económica<sup>36</sup> e é adjudicado pela Administração<sup>37</sup>.

Mesmo na concessão de serviços podem realizar-se pequenas obras, mas que sejam, no fundo, instrumentais<sup>38</sup> às prestações principais do contrato – gestão ou prestação de um serviço em termos de continuidade, regularidade, igualdade, adaptação às necessidades e universalidade.<sup>39</sup>

### 1.3. Figuras afins

#### 1.3.1. Parceria Público Privada

Ao contrário das concessões, não existe o contrato<sup>40</sup> de Parceria Público-Privada<sup>41</sup> – desde logo porque podem existir PPP de tipo contratual, como uma concessão, ou PPP de tipo institucional, que consiste numa *joint venture* ou empresa comum<sup>42</sup>. Inexiste um instrumento jurídico universal para PPP, mas o mais característico será o das concessões<sup>43</sup>.

Denota-se todavia uma identidade<sup>44</sup> entre o que se designa como fenómeno PPP e as concessões (embora alguns autores as considerem como um mero componente da PPP<sup>45</sup>), nomeadamente quanto à longevidade dos contratos, à (ideal) transferência de risco e ao carácter intrínseco de colaboração pública e privada, assim como com muitos problemas político-económicos em comum entre as duas figuras.

O principal elemento diferenciador<sup>46</sup> entre as PPP e outras quaisquer colaborações entre público e privado é a delimitação negativa ao nível do valor do contrato: não constituem PPP as parcerias que envolvam “*um encargo bruto para o setor público inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros*”.

---

<sup>34</sup> (MARTINS 2003, 225)

<sup>35</sup> TJUE: Ac. *Telaustria*, Processo C-260/04

<sup>36</sup> (CAMPOS 2010, 81)

<sup>37</sup> (Com. Int. 2.4)

<sup>38</sup> (VIANA 2007, 384)

<sup>39</sup> (GONÇALVES 2013, 440) e art.º 429.º do CCP

<sup>40</sup> (AZEVEDO 2014, 112)

<sup>41</sup> A expressão *public-private partnership* surgiu em finais do séc. XX (VIEIRA 2008, 482)

<sup>42</sup> Livro Verde das Parcerias Público-Privadas (COM/2004/0327)

<sup>43</sup> (AZEVEDO 2009, 305)

<sup>44</sup> (CEDOUA/FDUC/IGAT 2006, 29)

<sup>45</sup> (POMMER 2014, 305)

<sup>46</sup> (CABRAL 2009, 157)

No entanto, as PPP caracterizam-se por reunirem na mesma colaboração uma variedade de contratos<sup>47</sup>, constituindo no fundo um *umbrella term*<sup>48</sup> para designar uma realidade vasta mas que encontra na ciência jurídica muitos pontos de atinência com a concessão, nomeadamente por esta corresponder ao contrato que conjuga mais adequadamente a colaboração público-privada<sup>49</sup>, mas que no quadro desta vem sendo deturpada.

### 1.3.2. Contrato de gestão<sup>50</sup>

Neste contrato, a entidade adjudicante confere a um privado poderes de administração de um dado serviço público, mas por conta e risco do ente público, que mantém a responsabilidade financeira. Aqui não há uma intenção de concessionar, mas simplesmente a vontade de contratar operadores económicos que conduzam a gestão de uma unidade pública e que serão remunerados de modo fixo e seguro. Continua a ter-se uma delegação de serviço público e um contrato administrativo de colaboração<sup>51</sup>, mas a sua classificação como concessão de serviços implicaria a efetiva transferência de risco para o cocontratante.

Os contratos de gestão são o instrumento jurídico utilizado nas PPP da saúde, ainda que o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de Agosto<sup>52</sup> refira, paradoxalmente, que revestem “*a natureza de verdadeiro contrato de concessão de serviço público*” embora “*o Estado mantenha em maior grau a responsabilidade*”.

Estes contratos de gestão, divididos em gestão de edifício e gestão de estabelecimento hospitalar, poderão não consubstanciar uma transferência suficiente de risco para que se considere estarmos em presença de uma concessão de serviços, e, mesmo sem apurar qual o *nomen* a aplicar – se o legal, se o contratual, mas sempre se dirá que “*o nome atribuído pelas partes não vincula o intérprete*”<sup>53</sup> –, para efeitos de procedimento contratual, em todo o caso será de adotar o regime mais pesado da contratação pública de serviços tradicional.

---

<sup>47</sup> Tome-se como exemplo o *Contrato relativo à concepção, projecto, fornecimento, montagem, construção, gestão e manutenção do SIRESP*, que não configura, sendo uma PPP, uma concessão, mas contrato público de prestação de serviços. No mesmo sentido, (VIEIRA 2008, 510)

<sup>48</sup> (GONÇALVES 2015, 502)

<sup>49</sup> (SOBRAL/CRUZ 2011, 11) (AZEVEDO 2009, 447)

<sup>50</sup> Em Portugal utiliza-se este contrato frequentemente no sector da Saúde, havendo uma separação funcional da gestão entre a gestão da infraestrutura e do estabelecimento hospitalar. Veja-se o contrato de gestão do Hospital de Braga.

<sup>51</sup> (GONÇALVES 2008, 455)

<sup>52</sup> Que define o regime jurídico das parcerias em saúde com gestão e financiamentos privados

<sup>53</sup> (VIEIRA 2014, 23)

#### 1.4. Modelos de Cash Flows

Os modelos de *cash flows* (*fluxo de caixa*)<sup>54</sup> reportam-se à fonte da receita ilíquida do concessionário e são excelentes arquétipos para a perceção do modo de remuneração do concessionário e conseqüentemente da transferência de risco em concessões.

O primeiro é o *modelo concessivo* ou *liberal*, em que a remuneração cabe aos próprios utilizadores do serviço, através de taxas cobradas e percebidas pelo concessionário<sup>55</sup>. É o que se passa nas concessões rodoviárias com o sistema de portagens reais. Desta forma, o empreendimento ou serviço é gerido de forma autossustentável, onerando os efetivos utilizadores e não os contribuintes em geral – o que é profundamente mais consentâneo com o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos<sup>56</sup>, dado que são os cidadãos que gozam das infraestruturas que custeiam a sua execução. Este é o modelo clássico que tem vindo a ser defendido no Conseil D'Etat francês<sup>57</sup> e pela Comissão Europeia<sup>58</sup>.

O segundo é o *modelo orçamental* ou PFI (*Private Finance Initiative*), no qual o pagamento ao privado se realiza por conta exclusiva do orçamento do Concedente. Uma das grandes valias das concessões modernas consiste em adiar<sup>59</sup> ou lateralizar o pagamento para prestação de serviços ou construção de empreendimentos de interesse geral com financiamento privado. Assim, o ente público efetua pagamentos diretamente ao concessionário, podendo ou não tomar em conta a real utilização do bem (*risco de procura*) para o apuramento das quantias a entregar. Nestes casos, privilegia-se o pagamento pelos contribuintes em detrimento do princípio do utilizador-pagador.

O terceiro é o *modelo misto*, em que existe uma remuneração direta do concedente concomitante com a cobrança de tarifas aos utilizadores. Esta foi a solução encontrada para a concessão rodoviária Lusoponte, e envereda por uma divisão dos riscos económicos envolvidos no contrato<sup>60</sup>, sendo também uma forma de respeitar o conteúdo remuneratório essencial das concessões, com preços mais acessíveis para os utentes.

---

<sup>54</sup> (CABRAL 2009, 93)

<sup>55</sup> Embora sendo uma relação contratual de direito privado entre concessionário e utente, o que deverá ser conduzido ao conceito de preço (GONÇALVES/MARTINS 2004, 292-294)

<sup>56</sup> (VIEIRA 2004, 150)

<sup>57</sup> (MAÇÃS 2008, 383)

<sup>58</sup> (Com. Int.)

<sup>59</sup> (ALMEIDA 2005, 180)

<sup>60</sup> (MELO 2011, 44)

Como se pode ver, a opção por um ou outro *modelo* pode comportar tanto um desinteresse para o sector privado no envolvimento num determinado projeto como uma elevada oneração para o lado público da relação a estabelecer. É certo que existem determinados projetos que, não obstante a sua importância para a coletividade, não têm condições de atratividade para um putativo concessionário, e, nesse sentido, a entidade que concede terá que compor uma solução mitigada para existir uma matriz de risco equilibrada que mantenha a continuidade de serviço público bem como uma justiça contratual interna<sup>61</sup>.

### 1.5. Project Finance

*Project Finance* é uma técnica de financiamento<sup>62</sup> de grandes investimentos<sup>63</sup> muito utilizada nas concessões de obras públicas europeias e nacionais<sup>64</sup>, e constitui uma alternativa menos onerosa para orçamentos e contribuintes. O *Project Finance* vertebra-se no *cash flows* advenientes da exploração da infraestrutura como modo de reembolso do capital investido e dívida gerada pelo concessionário<sup>65</sup>.

A vantagem deste método assenta em dois vetores fundamentais. O primeiro é a autonomia patrimonial do projeto, uma vez que pressupõe a criação de uma pessoa coletiva distinta dos operadores económicos adjudicatários, uma sociedade veículo (*special purpose vehicle*)<sup>66</sup>, prevista no art.º 411.º CCP, que irá contrair a dívida e explorar o estabelecimento ou infraestrutura, baseando a cobertura destes encargos na capacidade de gerar receitas que se irão destinar a solver, em primeira linha, o financiamento proveniente de fontes externas – *debt*, que corresponde a 70% a 90% do capital do projeto<sup>67</sup> - e só mais tarde remunerar efetivamente os acionistas – *equity return* – da sociedade de propósito específico<sup>68</sup>.

E o segundo é, como já se disse, a rentabilidade própria do projeto. Condição necessária para o sucesso deste fator é a *performance* do concessionário<sup>69</sup> (cuja fiscalização e controlo deve ser

---

<sup>61</sup> (TORGAL/GERALDES 2012, 1111)

<sup>62</sup> Apesar de originária dos mercados financeiros do sector privado foi importada para as finanças públicas desde a década de 70.

<sup>63</sup> Sobre os “sinais” de risco e project finance no CCP, (MARTINS 2014, 388)

<sup>64</sup> (AMARAL 2001, 534); (MELO 2011, 42)

<sup>65</sup> (FERREIRA/REBELO 2004, 9)

<sup>66</sup> Para mais desenvolvimentos, (DIAS 2004, 129-140)

<sup>67</sup> (OLIVEIRA 2015, 91)

<sup>68</sup> (ARAÚJO 2003, 6)

<sup>69</sup> (AMARAL 2001, 535)

do interesse do concedente<sup>70</sup>, que não se pode eximir à sua função de garantia<sup>71</sup>) tanto na fase de construção e desenvolvimento do empreendimento (obras públicas) ou montagem e preparação (serviços públicos), como de seguida na condução eficiente da fase de exploração<sup>72</sup>. É da análise feita à viabilidade do projetado que depende a decisão de investir dos financiadores externos, pois eles próprios assumem um risco, na medida em que dispõem de garantias limitadas<sup>73</sup> (*limited recourse financing*) ou até de nenhum tipo de garantia (*non-recourse financing*)<sup>74</sup>, estando adstritos aos *cash flows*<sup>75</sup> que venham a entrar no balanço do SPV para satisfazer o “*serviço da dívida*”<sup>76</sup>.

## 1.6. O Novo Conceito Comunitário de Concessão

Se os “*marchés publics*” sempre estiveram sujeitos a apertadas regras de adjudicação teleologicamente comprometidas com a concorrência na União, as modalidades de “*delegation de service public*” ficaram durante muito tempo, nomeadamente devido ao carácter de *intuitu personae*<sup>77</sup> desses contratos, deixados à livre escolha do parceiro pelas Administrações<sup>78</sup>. No entanto, a preocupação gerada pela insegurança jurídica na definição da fronteira entre contratos públicos e concessões<sup>79</sup>, levou a Comissão Europeia, em 2011, e de seguida o Parlamento Europeu e do Conselho a emitir a Diretiva 2014/23/UE do 26 de fevereiro de 2014 relativa à adjudicação de contratos de concessão, cuja transposição deve ser assegurada até 18 de Abril de 2016<sup>80</sup>.

Esta quarta geração de diretivas, orientada para a eficiência dos gastos do sector público<sup>81</sup>, vem prever pela primeira vez, a título principal, os contratos de concessão e consolidar a posição adotada pela Comissão<sup>82</sup> relativamente à concessão de obras (já objeto de alguma regulação

---

<sup>70</sup> (OTERO 2001, 41)

<sup>71</sup> “(...) a Administração depois de celebrado o contrato, não pode demitir-se da sua função realizadora dos interesses colectivos. A ela pertence a atribuição de cumprir a missão a que correspondem as obrigações estipuladas no contrato.” (CAETANO 2010, 183)

<sup>72</sup> (MELO 2011, 44)

<sup>73</sup> Estas garantias nunca poderão ser constituídas sobre o domínio público, nomeadamente a obra ou serviço público objeto da concessão, portanto frequentemente existem terceiros garantes nesta relação jurídica. (AMARAL 2001, 535)

<sup>74</sup> (OLIVEIRA 2015, 197)

<sup>75</sup> (DIAS 2004, 117)

<sup>76</sup> (MELO, 44)

<sup>77</sup> (GONÇALVES/OLIVEIRA 2001, 54)

<sup>78</sup> (VIEIRA 2004, 135)

<sup>79</sup> Cfr. Cns. 18 da Diretiva; (SOLÀ 2015, 91)

<sup>80</sup> Cfr. art.º 54.º da Diretiva; (LÓPEZ 2014, 101)

<sup>81</sup> (FELIÚ 2014b, 16) (COMBA 2014, 39-45)

<sup>82</sup> (Com. Int.)

pelas Diretivas da década anterior) e à concessão de serviço, consagrando a assunção do risco de exploração como o elemento determinante e principal para a caracterização do conceito de concessão<sup>83</sup>.

Inovador também é o modo de definir os contratos de concessão de obras e de serviços, já que o legislador comunitário oferece uma noção autónoma desprovida do elemento 'público' no *nomen*, sem recurso a uma descrição por referência aos contratos públicos de empreitada e de serviços (art.º 5.º, n.º 1):

- a) *«Concessão de obras», um contrato a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a execução de obras a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração da obra que constitui o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento;*
  
- b) *«Concessão de serviços», um contrato a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a prestação e a gestão de serviços distintos da execução de obras referida na alínea a) a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.*

***A adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos.”***

A instituição deste novo conceito parte da necessidade premente de uma segurança jurídica mais intensa na distinção entre *marchés publics* e verdadeiras concessões, não obstante a orientação geral, mas sem força normativa, que vinha sendo prestada por doutrina, jurisprudência e instituições da União.

Do ponto de vista procedimental, é claramente mais flexível do que o regime clássico consignado às adjudicações de obras, bens e serviços (2014/24/CE). A partir do limiar de valor de 5.186.000,00 euros<sup>84</sup> os Estados-Membros terão que proceder à publicação de anúncio

---

<sup>83</sup> Cfr. Cns. 18, 19 e 20 da Diretiva.

<sup>84</sup> Que na Diretiva 18/2004/CE era de 6.242.000 euros (art.º 56.º). “O valor de uma concessão é o total do volume de negócios do concessionário gerado ao longo da duração do contrato, sem IVA, conforme

internacional<sup>85</sup>, de acordo com o art.º 31.º, divulgando a sua intenção em adjudicar uma concessão, e organizarão fases pré-contratuais tendentes à abertura à concorrência, arbitrando o legislador comunitário a possibilidade de escolha do procedimento, contanto sejam respeitados os restantes princípios de contratação pública: igualdade de tratamento e não discriminação, imparcialidade, transparência, prevenção da corrupção e de conflitos de interesses, entre outros.

Mesmo com a cristalização de uma coordenação mínima entre os procedimentos adjudicatórios dos Estados-Membros, assim como com as consequências ao nível da segurança jurídica e das garantias processuais plasmadas nas Diretivas “Recursos”<sup>86</sup>, a mudança digna de maior nota é inquestionavelmente a introdução do elemento “*risco de exploração*”, que adiante trataremos com atenção, mas que vem revolucionar no recorte da figura da concessão, podendo estar em condições de debelar uma hodierna deturpação da sua identidade.

## Capítulo II - RISCO

### 2.1. Aproximação ao conceito

O conceito jurídico de *risco* é um conceito indeterminado cuja delimitação conceptual se demonstra difícil e intrincada, e que é insuscetível de ser definido de modo uniforme, tendo em conta a sua polissemia e utilidade para diversos ramos do direito e de outras ciências<sup>87</sup>. Não obstante a sua importância na caracterização do conceito de concessão<sup>88</sup>, não é exclusivo a qualquer tipo contratual, nem ao Direito Administrativo.

O legislador comunitário identifica o risco, embora fora do domínio em questão, como “*a probabilidade de ocorrência (...) de um incidente*”<sup>89</sup> ou “*a probabilidade de que um efeito específico ocorra dentro de um período determinado ou em circunstâncias determinadas*”<sup>90</sup>

---

*estimado pela autoridade ou entidade contratante, em contrapartida das obras e dos serviços que foram objeto da concessão, bem como dos fornecimentos relacionados com tais obras e serviços.”*(art.º 8, n.º 2 da Diretiva 23/2014/CE)

<sup>85</sup> Em que o objetivo é dar a conhecer aos operadores económicos do espaço europeu a abertura do processo, o que se pode chamar de *anúncio individual ou anúncio de concurso*. (VIANA 2007, 525 e ss.)

<sup>86</sup> As Diretivas «Meios de recurso» (Diretiva 89/665/CEE e Diretiva 92/13/EEC) coordenam os sistemas de recurso jurisdicional previstos nas legislações nacionais no caso dos contratos públicos. Ambas foram substancialmente alteradas pela Diretiva 2007/66/CE.

<sup>87</sup> Sobre este conceito, detalhadamente cfr. (MELO, 2011, pp. 61-79)

<sup>88</sup> A noção é convocada nos artigos 413.º, 416.º, art.º 320.º, 324.º, art.º 303.º, n.º 3, 340.º n.º 1, al. b) art.º 282.º, n.º 6, art.º 312.º, a) do atual CCP.

<sup>89</sup> Art.º 4.º, n.º 7 do Código Aduaneiro Comunitário, Regulamento (CE) n.º 450/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2008.

<sup>90</sup> Directiva 96/82/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2003, transposta pelo DL n.º 254/2007, de 12 de Julho.

BAPTISTA MACHADO presta-nos uma precisa, concisa e elucidativa definição de risco: “o *perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica*”<sup>91</sup>, que todavia convoca a necessidade de destrinçar os termos risco e perigo. Enquanto o perigo é sempre negativo, o conceito de risco, neste domínio, é um conceito de valor semântico ambíguo, uma vez que pode ao mesmo tempo abarcar um perigo<sup>92</sup> e uma oportunidade lucrativa.

Deste modo, o concessionário que assume um grau mais elevado de risco estará sujeito uma maior possibilidade de sofrer perdas e não cobrir os investimentos e despesas, mas simultaneamente, a colocar-se na posição de vir a obter lucros mais expressivos em virtude da maior amplitude de incerteza acolhida na sua posição jurídica contratual<sup>93</sup>, que se terá que refletir num prémio mais avultado<sup>94</sup>.

Destaque-se todavia que “*a mera adjudicação do contrato conduz a riscos*”<sup>95</sup>, porquanto, a título de exemplo, a entidade a quem é adjudicada uma aquisição de serviços, tem primeiro que se munir dos recursos técnicos e humanos necessários para a execução do contrato; o empreiteiro corre riscos na conceção e construção antes de entregar a obra pública ao contraente público; ambos os contratos encerram risco de incumprimento pelo contraente público<sup>96</sup>.

É a translação de um direito de exploração por via contratual o traço distintivo que eleva a concessão a contrato público de nível colaborativo superior, ao se destacar dos *marchés publics*, (com correspectividade de prestações e separação de prestações entre as partes) em que a álea do negócio condiciona o conteúdo económico do sinalagma e os contraentes trabalham em comum para o sucesso do projeto.

Para este efeito, o da partilha de riscos em concessão, deve ser realizado um “*juízo, essencialmente empírico e cognitivo, de prognose do risco*”<sup>97</sup>, em que se avaliam dois fatores: o grau de probabilidade de verificação de danos e a sua dimensão ou valor. É necessária a circunscrição da matéria que pode constituir um risco num dado projeto, sob dois critérios: a

---

<sup>91</sup> (*apud* MELO 2011, 64)

<sup>92</sup> (NÓBREGA 2011, 3)

<sup>93</sup> (SEGUIDO 2014, 134)

<sup>94</sup> (MONTEIRO 2007, 10)

<sup>95</sup> (MARTINS 2014, 596)

<sup>96</sup> (GONÇALVES 2008b, 620-624)

<sup>97</sup> (VELOSO 2003, 337)



avaliação quantitativa – que envolve análises financeiras e matemáticas complexas, mas releva para a formulação das propostas dos concorrentes e para a determinação do valor da proposta – e a avaliação qualitativa<sup>98</sup> – que busca uma identificação dos tipos de risco no sentido de os distribuir entre atores públicos e privados.

Assim, o risco e a sua transferência para o parceiro privado são partes integrantes e estruturantes do conceito de concessão – destaca-se a força injuntiva o art.º 413.º CCP, conferindo ao conceito indeterminado estatuto de condição *sine qua non* –, que devem constar no clausulado contratual, de maneira a que ambas as partes possam saber como alocar as perdas geradas<sup>99</sup> no âmbito da concessão.

A fórmula utilizada mais frequentemente<sup>100</sup> é “a Concessionária assume, expressa, integral e exclusivamente, a responsabilidade por todos os riscos inerentes à Concessão, exceto nos casos especificamente previstos no Contrato de Concessão.”<sup>101</sup>. Contudo esta é uma formulação muito genérica e com pouco relevo jurídico, porquanto são estabelecidas várias exceções ao longo dos contratos, desde logo as reservadas ao campo da imprevisão.

## 2.2. Incerteza e Imprevisão

*“O risco acaba onde começa a imprevisão”<sup>102</sup>*

No desenho de uma matriz dos riscos concessivos será obrigatório delimitar o que pode ser integrado na álea financeira normal do contrato, ou o que pode justificar uma modificação ou resolução do contrato de concessão.

Com especial relevância para contratos administrativos de longa duração, a cláusula *rebus sic stantibus*<sup>103</sup> (que foi seguida pelas teorias da pressuposição, da imprevisão e a doutrina da base do negócio<sup>104</sup>) implica um desvio ao princípio da força vinculativa do contrato por alteração da

---

<sup>98</sup> (TERRINHA 2011, 113-114)

<sup>99</sup> (CALABRESI 1961, 499)

<sup>100</sup> (MELO 2011, 150)

<sup>101</sup> CttC-GL: Base LXXXII n.º 1

<sup>102</sup> (MELO 2011, 74)

<sup>103</sup> “enquanto as coisas permanecerem; os contratos (...) só obrigam enquanto se mantiverem as circunstâncias em que foram concluídos”. (OLIVEIRA 1996, 63)

<sup>104</sup> (VASCONCELOS 2010, 361)

circunstâncias de formação do negócio,<sup>105</sup> baseado na justiça e boa fé contratuais. Ao admitir mutações no centro do negócio em função da alteração de circunstâncias, provoca a chamada *desromanização*<sup>106</sup> do contrato, no sentido em que ultrapassa o princípio da imutabilidade dos negócios jurídicos (*pacta sunt servanda*) e apenas na medida de uma alteração anormal que provoque um desequilíbrio nas prestações aquando das declarações negociais.<sup>107</sup>

Se as circunstâncias em que os contratantes fundaram a sua decisão de contratar sofrerem uma “alteração anormal que subverta a economia do contrato, tornando-o lesivo para uma das partes”<sup>108</sup> poderá haver uma modificação objetiva do contrato “desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” (art.º 312.º, al. a) do CCP), caso contrário, este poderá ser resolvido por iniciativa do cocontratante.

Do excerto legal, em específico *in fine*, alcança-se que os *riscos próprios do contrato* correspondem à delimitação negativa do que está coberto pela imprevisão<sup>109</sup>, pelo que é necessário discriminar os casos compreendidos no âmbito do risco e quem é responsável por esse risco daqueles que extravasam este plano e se integram no domínio da imprevisão e força maior.

É possível inexistir, contudo, a remissão legal entre a alteração de circunstâncias e o equilíbrio das prestações contratuais conforme ALEXANDRA LEITÃO parece propor<sup>110</sup>: o art.º 281.º impede a assunção contratual de direitos e obrigações desproporcionados (princípio da proporcionalidade) pelo contraente público, ao passo que a alteração de circunstâncias se situa no campo da imprevisão, em eventualidades que não integram a previsão do contrato<sup>111</sup> e que obrigam à sua modificação e reequilíbrio financeiro por força dos postulados da boa fé e da confiança – nas palavras de MENEZES CORDEIRO: “os *particulares aderem a uma equação financeira assegurada pela Administração; não podem ser desamparados por superveniências*”.

---

<sup>105</sup> (CANARIS 1997, 64)

<sup>106</sup> (MELO 2008, 20-21) dando conta de os contratos duradouros já não serem a expressão imutável da vontade das partes na sua celebração, mas antes acordo de vontades orientador das condutas dos contratantes, que estará sujeito a arranjos, especialmente em face da adaptabilidade do conceito de interesse público. (AMIGO 1997, 299)

<sup>107</sup> (LEITÃO 2002, 131)

<sup>108</sup> (TELES 2002, 345)

<sup>109</sup> (LEITÃO 2012, 5)

<sup>110</sup> (LEITÃO 2012, 5)

<sup>111</sup> (VASCONCELOS 2010, 360)

A única possível tangência prender-se-á com o critério de aferição do *quantum* compensatório, que tem de ser feito com recurso a um juízo de equidade e não deixar nenhuma parte em situação mais favorável do que no equilíbrio económico-financeiro original constante do Caso Base<sup>112-113</sup>.

Também no campo da imprevisão militam os casos de força maior e dos casos fortuitos, que têm subjacente *“a ideia de inevitabilidade: será todo o acontecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências”*<sup>114</sup>

Num contrato de concessão, o aparecimento de um caso de força maior pode produzir os seguintes resultados: exoneração do cumprimento das obrigações diretamente afetadas – desde que o concessionário tenha sido impedido de cumprir pontualmente –, reposição do equilíbrio financeiro ou ainda resolução do contrato, *“caso a impossibilidade do respetivo cumprimento se torne definitiva ou a reposição do equilíbrio financeiro da Concessão se revele excessivamente onerosa para o Concedente”*<sup>115</sup>.

Concluindo, o risco aceitável será o que operar no quadro de eventos incertos, mas previsíveis, devidamente balizados e expectáveis em termos de bom senso e experiência comum, posto que a assunção total de responsabilidade nestas circunstâncias por parte do privado geraria situações injustas e dissuasoras da colaboração entre setores público e privado, uma vez que os operadores económicos não terão interesse na assunção de tarefas comprometidas com a prossecução do interesse público se estiverem obrigados a cumpri-las integralmente e independentemente de desequilíbrios provocados por eventos imprevistos, sem direito a qualquer compensação<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> (MARTINS 2010, 392)

<sup>113</sup> *“As Partes acordam que o Caso Base constante de anexo ao Contrato de Concessão representa a equação financeira com base na qual é efectuada a reposição do equilíbrio financeiro da Concessão”* CttC-GP Base LXXXIII, n.º 1

<sup>114</sup> Acórdão do STA de 14 de Janeiro de 2010, Proc. 056608 e Acórdão do STJ de 27 de Setembro de 1994, Proc. 084991

<sup>115</sup> *“Consideram-se casos de força maior: actos de guerra ou subversão, hostilidades ou invasão, tumultos, rebelião, terrorismo ou epidemias, radiações atómicas, fogo, raio, explosão, graves inundações, ciclones, tremores de terra e outros cataclismos naturais que directamente afectem as actividades compreendidas na Concessão”*; CttC-GP Base LXXVI

<sup>116</sup> (MELO 2014, 303)

### 2.3 O Princípio da Transferência de Risco Económico

Todos os contratos são suscetíveis de conter algum tipo de risco<sup>117</sup>, mesmo os de natureza instantânea, mas o papel do risco no conceito de concessão é muito mais significativo do que nos *marchés publics* de obras, bens e serviços pois, sem absorção de risco de natureza concessiva pelo particular, este tipo contratual tornar-se-ia, como refere OJEDA, um *engendro irreconocible*<sup>118</sup>.

É um elemento caracterizador e determinante, pelo que depende da assunção deste risco económico a concretização do tipo contratual de obras ou serviços públicos, cuja previsão no CCP (art.º 413.º) tem valor de norma injuntiva, ainda que lata e obscura<sup>119</sup>.

Nesse sentido cumpre à Administração garantir a conformidade do contrato com a lei<sup>120</sup>, não sendo lícito ancorar na natureza consensual do contrato a retenção do risco na esfera do concedente, pelo que se deve ter por existente um *princípio da transferência de risco económico* (“*el principio de riesgo y ventura del concesionario*”<sup>121</sup>) como corolário do princípio da legalidade<sup>122</sup> e limitação da autonomia contratual pública<sup>123</sup> no contrato de concessão.

Se anteriormente existia a visão generalizada de que na concessão o risco (de exploração) era todo transferido para o concessionário, essa visão foi-se esbatendo em direção a uma partilha de riscos<sup>124</sup>, pelo que hoje se pode dizer que a concessão consiste num instrumento contratual de assunção de risco e de corresponsivas recompensas.<sup>125</sup>

Em primeiro lugar, a remuneração do contraente privado deve assentar em condições que integrem um risco económico significativo, mormente estabelecendo uma correlação entre o funcionamento da concessão e os pagamentos ao operador económico.

Era nestes termos que o direito derivado comunitário até 2014 entendia a concessão, por exemplo, de obras: “*um contrato que apresenta as mesmas características que o contrato de empreitada de obras públicas, com exceção de que a contrapartida das obras a efectuar*

---

<sup>117</sup> Questão a que era feita referência no art.º 195.º, n.º 2 do revogado RJEOP, referindo-se aos riscos próprios do empreiteiro.

<sup>118</sup> (*apud* VIANA 2007, 383)

<sup>119</sup> (SILVA 2010b, 1027)

<sup>120</sup> (ESTORNINHO 2012, 448)

<sup>121</sup> (GÓMEZ-FERRER 2005, 82-88)

<sup>122</sup> (GONÇALVES 2003, 97)

<sup>123</sup> (VIEIRA 2007, 53)

<sup>124</sup> (CABRAL 2009, 160)

<sup>125</sup> (OJEDA 2006, 155)

*consiste quer unicamente no direito de exploração da obra quer nesse direito acompanhado de um pagamento*<sup>126</sup>.

Por outro lado, trata-se de uma relação jurídica com um prazo longo de execução, vulnerável a que surjam vicissitudes indesejáveis no seu decurso, servindo a alocação do risco operada no contrato para alocar o seu reporte. De seguida, a precipuidade do elemento risco na concessão deve-se também à própria génese desta colaboração, que se enraíza no poder produtivo, *know-how* e eficiência do particular<sup>127</sup> na dirimção de riscos.

Não se pode no entanto radicalizar este problema. Muitas vezes o concedente idealiza projetos avultados, cujos investimentos em esquemas de ação e organização privatisticamente orientados para o lucro, mas temperados pelas obrigações de continuidade e universalidade dos serviços, não podem ser totalmente satisfeitos por pagamentos à medida das possibilidades dos utentes<sup>128</sup>. Nesse sentido, o concedente poderá assumir algum do risco concessivo a fim de tornar as taxas mais acessíveis aos utentes<sup>129</sup>, sem depauperar ou colocar em risco de insolvência o SPV, *conditio sine qua non* para a manutenção da atividade de cariz público que lhe foi delegada, impreterivelmente por via de uma clara repartição contratual de riscos, fornecendo a segurança jurídica necessária às partes e protegendo os interesses do erário público, bem como os operadores económicos preteridos no processo de seleção do concessionário<sup>130</sup>.

## 2.4 Tipos de risco

Autores estrangeiros e nacionais dividem os tipos de riscos que podem afetar uma concessão de obras ou serviços em três níveis de dimensão: macro, meso e micro<sup>131</sup>.

Os riscos de nível *macro* são superiores ao projeto, embora influenciem o seu desenvolvimento. Neste campo podemos elencar os riscos de natureza politico-legislativa (mais especificamente, na legislação fiscal, ambiental e industrial, bem como a estabilidade política) riscos macroeconómicos (taxas de juro, inflação, acontecimentos económicos), sociais e meteorológicos.

---

<sup>126</sup> Art.º 1.º, n.º 3 da Diretiva 2004/18

<sup>127</sup> (KERF, et al. 1998, 23)

<sup>128</sup> (AMARAL 2001, 540)

<sup>129</sup> (VIANA 2007, 381)

<sup>130</sup> (FELIÚ 2014, 148)

<sup>131</sup> Entre outros, (TERRINHA 2011, 117); (LI/AKINTOYE/HARDCASTLE, 2001, 897)

Os de nível *meso* estão relacionados diretamente com o projeto, isto é, com a sua concepção (tanto prévia como superveniente), construção, posterior operacionalização e manutenção, bem como a procura, o retorno e o serviço da dívida.

No nível *micro* situam-se os riscos mais residuais, como a superveniência de responsabilidade civil, descoordenação entre concedente, concessionário, subcontratados e empregados ou a falta de experiência na utilização de poderes de autoridade.<sup>132</sup>

Todos estes riscos devem situar-se na esfera do concedente, na esfera do concessionário ou em alternativa proporcionar uma partilha de riscos. Vejamos mais de perto os riscos de nível *meso*, conexos com o investimento e remuneração, distintivos da técnica concessória.

#### 2.4.1. Risco de concepção e de construção

Este risco – mais eminente nas concessões de obras – engloba não só a tarefa de projetar como a execução subsequente da obra, no que toca a atrasos, deterioração, incumprimento do caderno de encargos e derrapagem dos custos que se venham a revelar superiores ao orçamentado.<sup>133</sup>

É uma obrigação a cargo do cocontratante privado, e deverá ser ele a correr o risco, não por ser a parte em melhores condições de o controlar, mas porque esse risco é inerente a um contrato de obras. Tem no entanto o concessionário a prerrogativa de contratar outra entidade para a execução da empreitada, transferindo-lhe o risco neste domínio, uma vez que o operador económico escolhido não tem necessariamente que deter meios próprios para a obra<sup>134</sup>, mas tão só coordenar vários elementos (eventualmente externos<sup>135</sup>) no sentido de desenvolver a ação necessária à execução do contrato.

Por isso, o concessionário de obras – e também o de serviços, quando tenha que proceder a obras acessórias ao contrato – terá que edificar com qualidade e perenidade<sup>136</sup> por forma a acautelar prejuízos emergentes deste risco.

---

<sup>132</sup> Baseado nos resultados integrantes do *paper de* (LI/AKINTOYE/HARDCASTLE, 2002, 412-413)

<sup>133</sup> (MELO 2011, 160)

<sup>134</sup> TJUE: Ac. *La Scala*, Processo C-399/98

<sup>135</sup> O CCP opera uma extensão do regime de contratação pública aos contratos a celebrar por concessionários de obras públicas no art.º 276.

<sup>136</sup> (GUEDES 2011, 16)

#### 2.4.2. Risco Financeiro ou de Financiamento

Essencialmente, este é o risco de não obter o retorno dos montantes investidos na concessão bem como o risco de surgirem atrasos no serviço pontual da dívida por redução do *cash flow*. Neste aspeto, assiste-se uma pulverização<sup>137</sup> de risco de financiamento entre entes públicos, promotores do projeto, financiadores, seguradoras etc.<sup>138</sup>.

Em tempos de *project finance*, não terá que ser nenhum dos contraentes a suportar a maior parte do risco financeiro, pois será o *Special Purpose Vehicle*, o centro orgânico de ligação e condução dos compromissos concessivos, que terá que fazer face ao pagamento aos bancos, obrigacionistas (*lenders*) e só mais tarde aos acionistas (*stakeholders*).<sup>139</sup>

Este domínio não inclui o risco de obtenção de financiamento: é normalmente ao concessionário que cabe obter o capital necessário para investir nas atividades a ser desenvolvidas na concessão, para os quais celebra acordos ou contratos de financiamento, sem a intervenção, em regra, do contraente público.<sup>140</sup>

No entanto, e por vezes, atendendo que o financiamento externo é em parte garantido, quanto à conclusão de objetivos do projeto<sup>141</sup>, em modo *Limited Recourse Project*, quase sempre se verificará um grau de risco superior a impender sobre quem constitui a garantia (real ou contratual) e sobre o capital de risco (*equity*) investido pelos acionistas.

No que concerne ao risco que apresenta a variabilidade da taxa de juro ou dos valores de câmbio<sup>142</sup> (já no nível *macro* de riscos) será comum o recurso a *hedging agreements*, *swaps* ou simples seguros, de forma a cobrir este perigo financeiro.<sup>143</sup>

#### 2.4.3. Risco de procura, mercado, utilização ou tráfego:

O conceito clássico de concessão assenta na primordialidade do risco de procura, uma vez que, se o concessionário é pago através de taxas dos utentes do serviço, os *cash flows* dependerão

---

<sup>137</sup> (MOLINA/GUADAMILLAS 2008, 938)

<sup>138</sup> (YESCOMBE 2007, 121)

<sup>139</sup> (MELO 2011, 147)

<sup>140</sup> CttC-Fertagus: Base XII e CttC-GP: Base XIX

<sup>141</sup> (DIAS 2004, 155-157)

<sup>142</sup> (VIEIRA 2004, 112)

<sup>143</sup> (GUEDES 2011, 16)

da procura que a obra ou serviço tenha<sup>144</sup> e, em última análise, do direito de exploração. Os tarifários aplicáveis deverão ser objeto de revisão periódica<sup>145</sup> entre as partes com base nas flutuações económicas e na despesa e receita do concessionário<sup>146</sup>. Poderá ser transferido para o privado o risco de procura independentemente de quem realiza os pagamentos – se os utentes do serviço, se diretamente o concedente, em função do número de utentes<sup>147</sup>.

O aspeto mais relevante deste risco é a amplitude de incerteza que o caracteriza: tanto pode o serviço ter uma procura acima do expectável, o que gerará um lucro superior ao perspectivado no *caso-base*, como pode ter uma utilização muito inferior à projetada, resultando numa diminuição das receitas do ente privado.

Por outro lado, em algumas concessões rodoviárias germina ao lado deste risco o risco relacionado com a cobrança de taxas podendo o concessionário arrecadar, além das taxas devidas, as coimas e custos administrativos pela cobrança secundária ou coerciva<sup>148</sup>, embora se relacionem não com a concessão de obras mas com o serviço de cobrança de portagens<sup>149</sup>.

De qualquer modo, em circunstâncias normais, se o concessionário detiver o risco de tráfego, a concessão tenderá a não exigir fluxos financeiros por parte da Administração, uma vez que a rentabilidade interna do projeto gerará fundos para cobrir o investimento inicial (*capital expenditure*), despesas operacionais (*operational expenditure*), e pagar juros aos financiadores e dividendos ao acionistas<sup>150</sup>.

Os contratos de concessão são celebrados de acordo com uma estimativa da procura para aquele bem ou serviço, e é nesse pressuposto que se definem as prestações de parte a parte, elaborando-se um modelo denominado Caso Base<sup>151</sup> que acompanha o contrato, contendo um conjunto de projeções macro e microeconómicas com os fluxos financeiros que previsivelmente sejam gerados na concessão.

Nas projeções deste caso base está incluída a taxa interna de rentabilidade (TIR), que remunera *lenders e stakeholders* e cujas estimativas atualizadas que lhes permitem assegurar-se se a

---

<sup>144</sup> “São os cash flows gerados pela exploração do empreendimento que deverão, por si só, garantir a cobertura dos encargos de financiamento e assegurar a remuneração desejada para os capitais próprios investidos.” TC: Relatório n.º 31/2000 – 2ª Secção, Junho de 2000, Volume I, p. 35

<sup>145</sup> (CORDEIRO 2007, 89) (TREUMER 2014, 295)

<sup>146</sup> Cfr. Cttc-CP: Base LVII –P, n.º 5

<sup>147</sup> É o que acontece no modelo *orçamental* em *shadow toll*.

<sup>148</sup> (SOUSA 2003, 65)

<sup>149</sup> CttC-CP: Base LVII –T

<sup>150</sup> (YESCOMBE 2007, 225)

<sup>151</sup> (ALMEIDA 2005, 178)



concessão continuará a gerar um *output* que cubra os seus investimentos<sup>152</sup>. A procura real, contudo, diverge frequentemente das estimativas iniciais, enviesando-se ao longo do ciclo de vida da concessão, o que leva a distorções que obrigam à renegociação do contrato<sup>153</sup>.

Por vezes, essas flutuações estabelecem-se no intervalo balizado no Caso Base, pelo que pertencem à álea normal do negócio; por outras, a procura verificada é demasiado discrepante, pelo que isso já pertencerá à “*álea garantizada*”<sup>154</sup>, que levará a uma renegociação no sentido de dissipar os prejuízos entre as partes – fala-se não apenas da imprevisão mas também na dificuldade de, numa longevidade de décadas, não conseguir prever eficazmente o futuro e o contrato assumir carácter *aleatório*<sup>155</sup> para uma das partes<sup>156</sup>.

#### 2.4.4. Risco de Disponibilidade

O risco de disponibilidade, crescentemente usado como critério remuneratório nas concessões<sup>157</sup>, consiste no risco de o objeto da concessão se encontrar em funcionamento ou em serviço, quer seja rodovia, ferrovia, hospital ou ponto de cobrança de portagens. O concessionário corre o risco de suportar despesas suplementares para a manutenção do estado de disponibilidade, bem como penalizações sobre as falhas de disponibilidade<sup>158</sup>.

Existe risco de disponibilidade quando os pagamentos podem ser reduzidos se o bem não estiver disponível, ou não se apresentar nas condições especificadas no contrato, e essa falha terá que afetar significativamente a receita do contratante privado<sup>159</sup>. No fundo este risco liga-se à necessidade de o bem objeto da concessão estar apto a ser utilizado, tanto do ponto de vista da construção como da manutenção, para que se possa asseverar a disponibilização ao público.<sup>160</sup>

---

<sup>152</sup> (YESCOMBE 2007, 150)

<sup>153</sup> (MOLINA/GUADAMILLAS 2008, 772)

<sup>154</sup> (FELIÚ 2014, 147)

<sup>155</sup> (GÓMEZ-FERRER 2005, 83)

<sup>156</sup> Este problema obrigou ao pedido de renegociação da concessão Fertagus, caso contrário o Estado teria provavelmente que registar prejuízos durante toda a concessão, o que colocou o concedente numa posição mais fraca para negociar. Referindo-se ao risco de renegociação, (MONTEIRO 2007, 11); Cfr. TC: Relatório n.º 12/2012 e Relatório n.º 11/2015 – ambos da 2.ª secção.

<sup>157</sup> Por exemplo, em 21 concessões rodoviárias, só 5 (Douro Litoral, Litoral Centro, Oeste, Brisa e Lusoponte) não são pagas em função da disponibilidade. As restantes 16 concessões rodoviárias, com sistema por disponibilidade, representam dois terços de todos os encargos líquidos com PPP. Cfr. Boletim Trimestral PPP – 4.º Trimestre de 2014, UTAP

<sup>158</sup> Este risco é normalmente suportado pelo concessionário, numa distribuição de risco inversa à do direito civil (*res perit domino*), em que o perigo de deterioração corre por conta do seu proprietário, neste caso, o Estado. (LEITÃO 2002, 121)

<sup>159</sup> (VIEIRA 2008, 499)

<sup>160</sup> (VIEIRA 2007, 51)

Também denominado risco operacional ou de execução<sup>161</sup>, isto é, o risco associado à exploração do ativo e provisão dos bens, o privado tem sempre que garantir a disponibilidade (em quantidade e qualidade) que foi contratualmente estabelecida para os utilizadores finais<sup>162</sup>, tendo que proceder a despesa pela frequência do bem.

Porém, o risco de disponibilidade passa muito pelo cumprimento pontual do segmento ‘*conceção e construção*’, e só marginalmente se verifica no que diz respeito à fase de exploração, sendo a verificação do evento indesejável ‘*indisponibilidade*’ de baixa probabilidade<sup>163</sup> e de curta duração (fruto da sinistralidade, por exemplo).

Associado a este risco, no plano prático das concessões rodoviárias<sup>164</sup>, está o risco de sinistralidade nas vias concessionadas, cujos índices servem de coeficiente positivo ou negativo (mais/menos,  $\pm$ ) para o cálculo tanto da remuneração como do pagamento de prémio ao concessionário ou de aplicação de multas pelo concedente<sup>165</sup>.

Tem evidentemente vantagens: fornece segurança ao concedente do ponto de vista orçamental, o que proporciona que os *cash flows*, em condições normais, estejam mais seguros e balizados e estimula o privado a cumprir com prazos e padrões de qualidade, pois a sua *performance* tem influência na vertente remuneração.

## 2.5. A dualidade funcional do risco

### 2.5.1. Risco com dimensão remuneratória

A Diretiva 2004/18/CE do Parlamento e do Conselho definia as concessões de obras e serviços por referência aos contratos públicos de empreitada de obras e serviços, aditando o segmento caracterizador e distintivo do contrato de concessão, “*com exceção de que a contrapartida dos serviços a prestar consiste quer unicamente no direito de exploração da obra/serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*”.

À exceção da duração longa do contrato, e pensando em termos exegéticos, o que outorgava individualidade tipológica às concessões, a nível comunitário, era essencialmente o *direito de*

---

<sup>161</sup> (RODRIGUES 2015, 184)

<sup>162</sup> (SILVA 2009, 54)

<sup>163</sup> (YESCOMBE 2007, 20)

<sup>164</sup> Cfr. CttC-GL: Base LXII-A; CttC-CP: Base LXV-A

<sup>165</sup> Cfr. CttC-GP: Base LXV-A; CttC-BI: Base XLIX

*exploração da obra ou serviço*, entenda-se, o direito a gerir e a obter as receitas advenientes da própria atividade pública para remuneração do concessionário.<sup>166</sup>

A definição clássica tem vindo, contudo, a ser posta em causa<sup>167</sup>. Desde logo o art.º 407.º do CCP vem desrespeitando o que se acaba de assinalar<sup>168</sup>, abrindo a porta a que seja pago simplesmente um preço pelo Concedente, defraudando-se o elemento do risco com dimensão remuneratória ínsito na definição comunitária e indubitavelmente distintivo<sup>169</sup> dos *marchés publics* de obras e serviços.

A remuneração do concessionário é determinada em função do grau de risco que esteja previsto no contrato, a que se acrescentam receitas que incidem sobre custos administrativos, coimas, receitas publicitárias. Existem duas matrizes de risco usuais que influem quantificação da remuneração pelos serviços prestados pelo concessionário: uma baseada na utilização da obra ou serviço e outra assente na disponibilidade efetiva do bem<sup>170</sup>.

É irrelevante para esta análise a escolha de um modelo concessório que determine a fonte direta dos *cash flows*, já que nos nossos dias a remuneração pelos utentes deixou de ser a forma exclusiva de pagamento. O que importa é apurar a incidência do risco como condicionante dos pagamentos, pois decorre do conceito de concessão (e distingue-o dos contratos de obras ou serviços) que o direito de exploração deve desempenhar um papel central na remuneração do cocontratante, através do direito de exploração da obra ou serviço. Pela mesma razão, a certeza na retribuição ou a assunção do passivo do SPV pelo concedente afastam o dado contrato da categoria da concessão<sup>171</sup>.

A *remuneração em função da utilização* (risco de tráfego, procura ou mercado) é o método que está ligado ao intento original das concessões e que proporciona uma maior autossustentabilidade do projeto<sup>172</sup>. Neste plano, o cocontratante recebe na medida dos cidadãos que utilizem a unidade concessionada, podendo os *cash flows* advir de taxas aplicadas aos utentes ou, por outro lado, de pagamentos feitos com base no critério da utilização mas

---

<sup>166</sup> Para além do direito comunitário derivado, também a doutrina se exprime no sentido de a remuneração do concessionário ser idealmente integrada por taxas a cobrar aos utentes. Como exemplos: (AMARAL 2001, 537), (MAÇÃS 2008, 381)

<sup>167</sup> Cfr. (TORGAL/GERALDES 2012, 1100-1104)

<sup>168</sup> (SILVA 2010b, 1019)

<sup>169</sup> (CAUPERS 2005, 91)

<sup>170</sup> (MONTEIRO 2007, 1)

<sup>171</sup> (VIEIRA 2004, 135)

<sup>172</sup> No entanto é impraticável a sua utilização para concessões sem vertente lucrativa como prisões ou escolas.

retirados de cofres públicos (*shadow toll*). Seja qual for a proveniência concreta da receita, o que importa realçar é que o “*nível de pagamentos varia em função da efectiva utilização do bem*”<sup>173</sup>.

Já os *pagamentos por disponibilidade* partem de questões endémicas à concessão: *a aptidão de uma infraestrutura estar em serviço na extensão contratada*. No caso de parte das concessões rodoviárias, o concessionário presta o serviço de cobrança de portagens reais<sup>174</sup> mas entrega-as diretamente à EP, sendo remunerado pelo funcionamento adequado das vias concessionadas e do serviço de cobrança, podendo receber um valor residual por cada utilizador. No geral, em modelo de disponibilidade, o concessionário recebe pelo cumprimento pontual do contrato um rendimento fixo, que poderá ser reduzido no caso de cortes de vias ou por falhas de desempenho. Isto é, o privado é remunerado apenas por cumprir, em termos normais, o contrato de concessão.

Em Portugal, existem duas concessões rodoviárias (Norte e Grande Lisboa) com um regime remuneratório de risco contratual misto, integrando a EP nesta distribuição. A concessionária, embora proceda à cobrança de taxas, é remunerada em função do risco de disponibilidade, pelo concedente, e entrega os valores recebidos nas portagens em cobrança primária, secundária ou coerciva à EP, que assume parte do risco de tráfego<sup>175</sup>. Aqui o nicho de riscos e benefícios é particularmente visível: a concessionária tem, no máximo, 60 dias para pagar todas as taxas devidas pelos utentes da via à EP, independentemente da sua efetiva cobrança; mas em troca, se a procura real exceder a prevista no contrato de concessão, a concessionária receberá o equivalente a 25% das receitas de portagem.

#### 2.5.2. Risco como fonte de reposição do equilíbrio financeiro para a concessionária

Conforme indica o art.º 282.º CCP, a reposição do equilíbrio financeiro depende da expressa previsão legal ou contratual das *fattispecies* que decorrem da verificação de riscos produtores de impactos negativos no equilíbrio económico-financeiro com que se formou a vontade pré-contratual do adjudicatário, isto é, a projeção de negócio em que se integra a distribuição de riscos constante do contrato<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> (VIEIRA 2008, 499)

<sup>174</sup> (MELO 2011, 147)

<sup>175</sup> Cfr. CttC-GL: Base LXVI-A e B

<sup>176</sup> (MARI 2000, 1434)

O equilíbrio económico-financeiro da concessão assenta num complexo esquema de receitas e encargos para o contraente privado: se de um lado despende recursos com a construção, fornecimento, custos operacionais, impostos, encargos com juros e serviço da dívida, pode receber pagamentos diretamente dos utentes, obter remuneração ou contribuições financeiras do Estado, auxílios comunitários, receitas comerciais ou publicitárias, entre outros.

A reposição do equilíbrio financeiro é a técnica que permite devolver as partes à “*equação-base*”<sup>177</sup> económica inicial, sem que nenhuma deva sair mais beneficiada das negociações<sup>178</sup>. Na atividade contratual pública portuguesa, nomeadamente tendo em conta a expansão do fenómeno concessório, têm sido comuns as vicissitudes que conferem o direito de reposição do equilíbrio financeiro aos concessionários, a quem cabe o ónus de a pedir ao Concedente<sup>179</sup>.

Para além dos casos de força maior, como já vimos, também as modificações unilaterais em prossecução do interesse público que extravasem os poderes de conformação contratual do ente público (*fait du prince*)<sup>180</sup> abrem a prerrogativa de reequilíbrio económico ao concessionário<sup>181</sup>, o que se justifica pela alteração das prestações contratuais esperadas do contraente privado, e apenas na medida em que suscitem alterações danosas nos *cash flows* ou encargos do concessionário.

Com o risco de alterações legislativas de carácter específico que se repercutam sobre os fluxos financeiros da concessão haverá igualmente nascimento do direito referido. Dessas alterações estão excluídas as alterações à lei geral, designadamente fiscal<sup>182</sup> e ambiental, por motivos de justiça e igualdade: se aquele enquadramento legislativo é aplicável aos operadores económicos congéneres da estrutura acionista do SPV, então estar-se-ia a beneficiar injustificadamente o cocontratante<sup>183</sup> por estar a contratar com a Administração. Nesses termos, as alterações às leis gerais do campo ambiental e tributário estão usualmente excluídas do risco legislativo do

---

<sup>177</sup> (MARTINS 2014, 579)

<sup>178</sup> (FELIÚ 2014, 147)

<sup>179</sup> (SILVA 2010b, 668)

<sup>180</sup> (LEITÃO 2012, 9)

<sup>181</sup> A reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato, nomeadamente em virtude da modificação unilateral, surge como proteção do privado por um ato ablativo da Administração que implica o sacrifício de direitos patrimoniais em favor do setor público, que deverá ser indemnizado à luz do direito à propriedade privada e do direito à justa indemnização pela ablação (art.º 62.º CRP), atendendo a “*um alcance expropriativo*” que as perdas do concessionário assumem e a justa repartição de encargos públicos.

<sup>182</sup> Acórdão do STA de 17 de Maio de 1995, Proc. 018848

<sup>183</sup> CttC-CP: Base LXXXIV, n.º 2

concedente<sup>184</sup>, porquanto só por alterações legislativas de carácter específico ou modificações unilaterais será o risco legislativo assumido pelo concedente<sup>185</sup> e se procederá à reposição do equilíbrio financeiro<sup>186</sup>.

Também no caso de serem fortuitamente encontrados vestígios e peças de valor arqueológico<sup>187</sup> ou na hipótese de risco ambiental<sup>188-189</sup> pode haver atrasos na fase de construção (e por sua vez no serviço da dívida e no risco de financiamento), pelo que se estes riscos estiverem na esfera do concedente, este não só estará impedido de aplicar multas contratuais por atrasos como poderá ter que repor o equilíbrio financeiro da concessão a favor do concessionário<sup>190</sup>.

A reposição do equilíbrio financeiro pode ser feita com recurso a renegociação de tarifas (a pagar pelos utilizadores ou pelo concedente), a prorrogação do prazo das prestações ou da concessão, a atribuição de compensação direta pelo concedente ou a qualquer outra acordada pelas partes<sup>191</sup>.

## Capítulo III - RISCO DE EXPLORAÇÃO

### 3.1. O conceito

A nova Diretiva vem modelar, com singular minúcia, a figura contratual da concessão, estabelecendo uma clara distinção (importante desde logo para o plano pré-contratual, mas não só<sup>192</sup>) entre contratos públicos de obras e serviços e concessões de obras e serviços, que já não radica apenas no modo de remuneração dos concessionários – associando-a nas anteriores diretivas ao direito de exploração – mas agora, e determinantemente, na “*transferência para o concessionário de um risco de exploração de carácter económico*” elevando o risco de exploração a *topos* interpretativo e “*elemento constitutivo essencial*”<sup>193</sup> dos tipos contratuais mais complexos do *procurement* comunitário.

---

<sup>184</sup> Cfr. CttC-GP: Base LXXXIV, n.º 2

<sup>185</sup> (GUASCH 2004, 124)

<sup>186</sup> TC: Relatório n.º 14/2003 – 2.ª secção, p. 64; Vicissitude enquadrável no conceito de ‘*fait du prince*’, cfr. (MELO 2011, 163-164)

<sup>187</sup> Versando muito sobre o risco de achados arqueológicos, cfr. TC: Relatório n.º 2/2012 – 1.ª Secção. pp. 8-16

<sup>188</sup> Boletim Trimestral PPP – 2.º Trimestre de 2015, UTAP, p. 17

<sup>189</sup> (MELO 2011, 155)

<sup>190</sup> Relatório n.º 14/2003 – 2.ª Secção

<sup>191</sup> (SILVA 2013, p. 26); TC, Relatório n.º 14/2003, p. 63

<sup>192</sup> P. ex. a duração máxima admitida para o contrato.

<sup>193</sup> (MELO 2011, 53)

Um dos principais motores para a conceptualização da concessão em função do risco de exploração foi sem dúvida a jurisprudência do TJUE. Com os acórdãos *Parking Brixen* (C-458/03), *Eurawasser* (C-206/08), *Privater Stadler* (C-274/09), *Norma.-Dekom* (C-348/10) foi sendo concretizado o que se deveria entender por concessão e por risco de exploração, o que não deixa de ser permeável a alguma ambiguidade<sup>194</sup>.

O conceito de risco de exploração não pertence à tipologia de riscos apresentada anteriormente. Conjuga-os, entre normas de direito público e cláusulas contratuais, distribuindo-os pelas partes no sentido de estabelecer uma composição equilibrada dos riscos assumidos por ambas, não só no aspeto de eficiência orientada pelo *value for money*<sup>195</sup>, mas também com a preocupação de ser transmitido ao concessionário um risco significativo – ligado à procura, à oferta, ou a ambos – que caso contrário seria suportado pela autoridade ou entidade adjudicante.

Desta forma, pode ser assegurada a prossecução do interesse público, apoiada no investimento de verbas privadas e numa colaboração com mais-valias de *performance* e eficiência do que a gestão pública direta; ao partilhar com o concessionário a exposição às incertezas do mercado, as perdas emergentes de fatores extrínsecos à gestão da concessão não impenderão unicamente sobre o ente público.

Este fundamento económico imanente à técnica concessória reflete-se sobre a assunção de um risco de natureza económica pelo concessionário, pelo que a transferência do *risco de exploração* será o fator decisivo para que um contrato possa ser qualificado como de concessão<sup>196</sup>.

Por outro lado, o concedente deve procurar idealizar um projeto rentável e atrativo com interesse económico capaz de catalisar a concorrência entre os operadores económicos europeus. Se por outro lado, ao serem outorgadas compensações para cobertura de perdas, estará sempre a haver um efeito “*desincentivador*”<sup>197</sup> à gestão e execução eficazes de um contrato.

A imposição de um risco de exploração demasiado abrangente ou o desequilíbrio do contrato a favor do concedente terá que corresponder a uma remuneração potencial mais avultada para o privado. Será fundamentalmente ao nível da remuneração que se verificará a existência de uma

---

<sup>194</sup> (SOLÀ 2014, 105)

<sup>195</sup> (COMBA 2014, 39)

<sup>196</sup> (MELO 2011, 52)

<sup>197</sup> (VICTORIA 2013, 153)

incerteza quanto à contraprestação recebida pelo concessionário<sup>198</sup>, subordinada à influência do mercado no resultado económico da concessão e consubstanciando o *risco de exploração*.

### 3.1.1. Modo de remuneração

A Diretiva admite que o concessionário seja remunerado tanto através do direito de exploração, como por este acompanhado do pagamento de um preço pela Administração<sup>199</sup>. No que diz respeito à remuneração em função do direito de exploração, o fluxo financeiro pode advir de taxas dos utentes ou do próprio orçamento do concedente, sendo outrossim preponderante que haja uma ligação entre a retribuição do cocontratante e o risco exploratório do empreendimento ou serviço.

Ao permitir-se que a remuneração do concessionário possa ser feita com base num rendimento seguro e fixo entregue pelo concedente, *“exclui-se também que a concessão pressuponha a assunção de um risco económico-financeiro por parte do concessionário<sup>200</sup>”*, risco que tem que ser transferido em medida significativa, e que implica a suscetibilidade de surgimento de perdas potenciais para o concessionário.

No Ac. *Telaustria* (C-324/98), considerou-se, entre outros elementos importantes para o domínio concessório, que o facto de a contrapartida fornecida pelo concedente à adjudicatária *“consistir na obtenção por esta última do direito de explorar, com vista à sua retribuição, a sua própria prestação”<sup>201</sup>* conferiria natureza concessiva ao contrato.

No Acórdão *Parking Brixen*, o TJUE pronunciou-se pela subsunção da concessão de serviços ao caso concreto, em detrimento do contrato público de serviços – parque de estacionamento em que o prestador era pago pelos utilizadores –, uma vez que quando os montantes entregues ao privado provêm dos beneficiários (remuneração pela procura) podemos presumir<sup>202</sup> a transferência do risco de exploração<sup>203</sup>.

Isto não significa que deva sempre provir uma fração remuneratória diretamente dos utilizadores da concessão, pois é irrelevante se é o direito público ou privado que regula esse

---

<sup>198</sup> (PEZ 2007, 13)

<sup>199</sup> Conquanto desta vez o legislador recorra ao risco de exploração pela primeira vez para definir concessões, já há algum tempo se debruça sobre o modo de remuneração como fator decisivo para a delimitação de conceitos.

<sup>200</sup> (GONÇALVES 1999, 142)

<sup>201</sup> Parágrafo 58.

<sup>202</sup> (CAMPOS 2010, 73)

<sup>203</sup> Parágrafos 40-43. Já no Ac. *BFI Holding* ficou assente que o mero pagamento de um preço por parte do contraente público reduzia o tipo contratual ao contrato de serviços, parágrafos 24 e 25.



parâmetro<sup>204</sup>. A Diretiva admite, no Cns. 18, que a retribuição seja toda cumprida em modelo orçamental, “quando a recuperação dos investimentos e dos custos suportados pelo operador na execução da obra ou na prestação do serviço dependerem da procura real ou do fornecimento do serviço ou do bem”.

A concessão tem que ser caracterizada pela incerteza no volume de *cash flows* que constituam receita do concessionário, pois “aqui a remuneração do contraente particular, a fortuna da concessão, aparece de alguma forma vinculada à sorte da exploração.”<sup>205</sup>

### 3.1.2. Suscetibilidade de suportar perdas

Um dos requisitos principais é a suscetibilidade de o adjudicatário sofrer perdas no decurso normal do contrato, podendo não conseguir cumprir as expectativas financeiras que tinha previsto e que se destinavam a cobrir os capitais investidos pelos financiadores em montagem ou construção e em exploração, bem como os juros respetivos e naturalmente os dividendos, indispensáveis para quem decide fazer negócio.

A previsão contratual que envolva o ressarcimento dos prejuízos do concessionário pelo concedente, isentando-o de perdas, nomeadamente como acontece no sistema de bandas de tráfego<sup>206</sup> (que provou ser perigoso para o concedente pela falibilidade das estimativas iniciais<sup>207</sup>) não é compatível com a transferência do risco de exploração.

É o caso da Concessão Metro Sul do Tejo: o concessionário é remunerado pelo direito de exploração do serviço (receitas de taxas, publicidade, áreas comerciais), mas o risco de tráfego é da responsabilidade do concedente: se a procura não alcançar o limite mínimo da banda inferior, nasce um dever de compensação pelo concedente, que ao isentar o operador económico de perdas, falha a transferência do risco de exploração<sup>208</sup>.

A cobertura de perdas, garantia de dividendos<sup>209</sup> ou o pagamento de um preço fixo que equivalha às responsabilidades para o contraente privado descaracteriza o tipo concessivo, tornando-o em contrato de obras ou serviços – tal como entendeu o TJUE no caso *Norma-Dekom*

---

<sup>204</sup> *Eurawasser*, p. 55

<sup>205</sup> (MAÇÃS 2008, 410)

<sup>206</sup> Um sistema de bandas de tráfego implica o apuramento de uma estimativa de três bandas de utilização da via concessionada: a mínima ou inferior, a de referência e a máxima ou superior. Cfr. CttC-MST, Anexo IV.

<sup>207</sup> TC: Relatório n.º 11/2015 – 2.ª secção, ponto 28, p. 7

<sup>208</sup> (SOBRAL/CRUZ 2011, 18)

<sup>209</sup> (TORRALBA/GERALDES 2012, 1100)

(C-348/10), em que, num contrato de transporte de passageiros, o setor público entregava uma compensação ao privado pelas suas perdas, não sendo o contrato qualificado como de concessão.

Podemos portanto concluir que a outorga de uma rede de segurança financeira geral que isente o concessionário de perdas é um requisito negativo para a formação do conceito de concessão, o que não significa que a Diretiva enjeite as *“indemnizações parciais”*, nomeadamente por modificações objetivas do contrato pelo concedente (art.º 43.º), rescisão ou por força maior.

### 3.1.3. A exposição real à imprevisibilidade do mercado

A assunção de risco de exploração deve ser sempre avaliada em termos externos à gestão da concessão e ao cumprimento das prestações centrais do contrato. O preenchimento deste requisito principal *“envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado”*, materializado numa transferência do risco de exploração, ligado à procura ou à oferta, ou a ambos<sup>210</sup>.

Assim, os riscos gerais e transversais a qualquer contrato como os *“associados a má gestão, a incumprimentos contratuais por parte do operador económico”* não podem ser caracterizadores do risco de exploração, pois neles incorrem os adjudicatários dos contratos públicos simples, pelo que não são prestáveis para o conceito de concessão, cujo traço distintivo reside no papel de terceiros exteriores à relação contratual. Será como tal correto dizer que a existência de risco de exploração numa concessão de obras nunca poderá ser confirmada na fase de construção, pese embora a importância dos montantes em investimento e despesas, visto não haver nesse momento contacto entre concessão e mercado.

O risco de exploração deve proteger o concedente (sem que este se exima do seu poder de fiscalização) da responsabilidade plena quanto ao desempenho financeiro e quanto aos encargos e perdas advenientes de fatores extrínsecos ao controlo das partes, e que representem riscos de tipo concessivo, subordinados à álea do mercado, como *“o risco de concorrência da parte de outros operadores, o risco de inadequação entre a oferta e a procura de serviços, o risco de insolvência dos devedores do preço dos serviços prestados, o risco de falta de cobertura integral das despesas de exploração com as receitas”*<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> *“Por risco de procura deverá entender-se o risco associado à procura efetiva de obras ou serviços que são objeto do contrato. Por risco de oferta entende-se o risco associado ao fornecimento de obras ou à prestação de serviços que são objeto do contrato, em particular o risco de a prestação de serviços não corresponder à procura”* – Cns. 20 da Diretiva

<sup>211</sup> TJUE: Ac. *Privater Stadler*, parágrafo 37.

Assim se entende que os pagamentos baseados na utilização efetiva do bem ou serviço satisfaçam de imediato a exigência do legislador comunitário para a formação de contrato de concessão<sup>212</sup>, dado que é indiscutivelmente o mercado – baseado em circunstâncias como ofertas alternativa ou o tarifário aplicado – a marcar a matriz de risco suportada pelo adjudicatário, que modela a sua remuneração.

Esta translação do risco de exploração deve conduzir-se com respeito ao princípio do equilíbrio económico do contrato<sup>213</sup>, para que haja uma equivalência entre as obrigações impostas e as vantagens outorgadas, não só para despertar o interesse em concorrer dos operadores económicos, mas também por respeito ao princípio da igualdade<sup>214</sup> e da justiça distributiva, porque não é justo criar bens públicos à custa de património alheio.<sup>215</sup>

#### 3.1.4. A extensão da transferência do risco

A extensão da transferência do risco não tem que ser absoluta, possuindo um recorte variável, pelo que pode haver uma concessão válida com diferentes dimensões neste componente. A pedra-de-toque neste aspeto reside na transmissão total ou pelo menos significativa do risco suportado pelo concedente para o concessionário (mesmo no caso das “concessões constitutivas”<sup>216</sup> de novos direitos), que não pode ser investido de um risco de exploração que não recairia em caso de gestão pública direta sobre o ente adjudicante<sup>217</sup>.

Existem serviços de interesse geral com uma regulação setorial que os protege pela sua importância para a comunidade e limita o risco de antemão, o que não tem que afetar a qualificação do contrato como de concessão pois “*mesmo que o risco suportado pelo poder público seja muito limitado, para que se conclua pela existência de uma concessão de serviços é necessário que o poder público transfira para o concessionário a totalidade ou, pelo menos, uma parte significativa do risco de exploração que suporta.*”<sup>218</sup>.

---

<sup>212</sup> (MCGOWAN 2011, 131)

<sup>213</sup> Este princípio funciona como “antídoto frente a las consecuencias ilimitadas que pudiera provocar el principio de riesgo y ventura”(SOLÀ 2014, 135)

<sup>214</sup> (MARTINS 2014, 705)

<sup>215</sup> (FELIÚ 2014, 150)

<sup>216</sup> (GONÇALVES/MARTINS 2004, 227)

<sup>217</sup> TJUE: Ac. *Eurawasser* (C-206/08), Parágrafo 75

<sup>218</sup> Ac. *Eurawasser*, parágrafo 77, em que o TJUE considerou que, pelo carácter essencial dos serviços de abastecimento de água e de evacuação de águas residuais era natural que o risco fosse limitado pelo próprio regime jurídico do serviço.

Na mesma linha, mas de perspectiva diferente, esteve o Acórdão *Privater Stadler*, que versava sobre um serviço de ambulâncias adjudicado por uma associação de municípios, que se pode conceber como de primeira necessidade. Neste aresto foi admitida a existência parcial de risco de exploração em virtude dos seguintes fatores: a remuneração não provinha do concedente, sendo a sua maior fatia enformada por taxas negociadas e pagas por organismos de segurança social em função da procura; não estavam previstas compensações para o operador se os custos ultrapassassem as receitas<sup>219</sup>; existia o risco de não pagamento das taxas pela parcela de utilizadores do serviço que não fossem segurados pelos organismos de segurança social; e a inexistência de um direito de exclusivo, estando a concessão sujeita a concorrência de outros operadores.

O direito comunitário autoriza portanto a configuração de uma concessão em que o risco seja limitado em virtude do carácter de utilidade pública do setor, designadamente quando o serviço é prestado em troca de tarifas regulamentadas por lei ou regulamento, porquanto se basta a transferência de todo ou da maior parte do risco ínsito à atividade para o concessionário. Contudo, deve ser assegurado que as perdas potenciais assumidas “*não sejam meramente nominais ou insignificantes*”, ponto que deve ser aferido através de um juízo de proporcionalidade, que se relacione diretamente com as receitas potenciais do concessionário, que deve assumir um risco de exploração “*en proporción substancial*”<sup>220</sup>.

### 3.2. Contratos onerosos comutativos, aleatórios e parciários

Esta classificação dos contratos onerosos, proveniente da ciência jusprivatística, é especialmente útil para a demarcação da fronteira entre os simples contratos públicos e os contratos de concessão.

Nos contratos comutativos há uma correspectividade de prestações entre as partes, tendencialmente simétricas (p. ex. compra e venda); nos contratos aleatórios, “*a existência/valor de uma ou de ambas as prestações das partes depende de um facto futuro, incerto e incontrolável pelas partes*”<sup>221</sup>, (contratos de jogo e aposta ou de *swap*); nos contratos parciários, a remuneração de uma ou ambas as partes está sujeita à sua “*participação no*

---

<sup>219</sup> (SOLÀ 2014, 105)

<sup>220</sup> (MOLINA/GUADAMILLAS 2008, p. 936)

<sup>221</sup> Acórdão de 29-01-2015 do STJ, Proc. n.º 531/11.7TVLSB.L1.S1

*resultado da operação económica subjacente ao contrato*<sup>222</sup> e o sinalagma varia consoante o risco assumido por cada uma das partes e o lucro produz-se conforme o sucesso da parceria.

Os contratos regulados pelas diretivas de *procurement* têm todos indiscutivelmente carácter bilateral oneroso, por envolverem, em termos gerais, o recebimento de uma vantagem e o sacrifício de um direito de parte a parte, ainda que possamos dizer que, em algumas verdadeiras concessões, possa não existir onerosidade para o ente público.

A Diretiva, ao prever a tipicidade na remuneração por via do direito de exploração e na impossibilidade de pagamento de um mero preço pelo concedente, define implicitamente a comutatividade do contrato como um critério negativo para a qualificação do mesmo como de concessão<sup>223</sup>, que ultrapassa a remuneração simples dos contratos públicos de obras, bens e serviços.

Nesses *marchés publics* existe uma simples troca de prestações<sup>224</sup> – não obstante alguns prémios acessórios contratualizados, designadamente por conclusão mais rápida da obra –, sendo a prestação fundamental do contrato o preço a pagar pelo concedente<sup>225</sup>, proveniente do seu orçamento e por si entregue ao cocontratante, que presta um serviço ou constrói um bem e que sabe, à data da celebração do negócio, o valor que irá receber a final<sup>226</sup>.

Sem transferência de risco de exploração, as prestações contratuais a cargo do privado no contrato de concessão poderiam ser satisfeitas com os tipos da contratação pública tradicional, sendo o privado remunerado por um normal preço: se o ente adjudicante estiver interessado em construir uma obra pública, pode adjudicar uma empreitada; se precisar de uma empresa gestora de um estabelecimento público, pode celebrar meramente um contrato público de serviços.

Nos contratos parciários, os contraentes são participantes num interesse comum<sup>227</sup>, partilhando perdas e benefícios<sup>228</sup> do negócio, eivado pela repartição de risco e por uma colaboração intensa. É nesta categoria que se inserem as concessões, em que idealmente as vantagens (económicas e de interesse público) das partes dependem do sucesso do serviço, do mesmo modo que pela matriz de risco se dividem prejuízos.

---

<sup>222</sup> (TORGAL/GERALDES 2012, 1108)

<sup>223</sup> (PEZ 2007, 12)

<sup>224</sup> (TORGAL/GERALDES 2012, 1108)

<sup>225</sup> (SOUSA 2011, 441)

<sup>226</sup> (COSTA 1994, 309)

<sup>227</sup> (OJEDA 2006, 264)

<sup>228</sup> (ARRUE 2005, 10)

No direito da contratação pública, pode apresentar-se o fator distintivo nos seguintes termos: se o concedente paga um preço ao cocontratante pela obra ou serviço, durante ou no fim dessa prestação, é um contrato comutativo; se o concessionário é pago através da exploração (ainda que de forma mediata), será um contrato parciário (ou aleatório) e portanto uma concessão<sup>229</sup>.

### 3.3. A remuneração por disponibilidade como imprópria da concessão

A remuneração do concessionário por disponibilidade da obra ou serviço concessionado é uma modalidade que representa dois terços dos encargos públicos com as PPP portuguesas – e representa cerca de 95% dos encargos líquidos com concessões rodoviárias, com mais de mil milhões de euros de encargos líquidos anuais em 2014<sup>230</sup>.

A proposta de diretiva da Comissão Europeia<sup>231</sup> continha dois conceitos que poderiam consubstanciar o risco de exploração: o *risco de procura* e o *risco de disponibilidade*. Contudo este último foi retirado em plenário do Parlamento Europeu por não ser suficientemente claro e substituído por *risco de oferta* de modo a “associar esta definição às decisões do concessionário relativamente aos investimentos efetuados na concessão”<sup>232</sup>, aproximando o conceito do problema da exposição ao mercado e afastando-a da questão do cumprimento contratual.

Não se deveria confundir o risco de disponibilidade como critério concessivo com o incumprimento do que está contratualmente definido e que cabe ao contratante privado<sup>233</sup>. Neste modelo por disponibilidade, o concessionário recebe um pagamento conforme a sua adimplência e gestão do contrato de concessão, o que não só pode constituir um rendimento quase fixo, como não suscita uma “*exposição real à imprevisibilidade do mercado*” por parte do privado.

Tomemos o exemplo das concessões rodoviárias: as prestações contratuais a que o concessionário se obrigou passam, no mínimo, pela execução das tarefas de construção e pela manutenção dos lanços de autoestrada. É essa a sua principal prestação. Ao manter, durante

---

<sup>229</sup> (CAUPERS 2005, 90)

<sup>230</sup> Segundo o Boletim Trimestral PPP – 2.º Trimestre de 2015, UTAP, p. 28, prevê-se que este valor venha a crescer 25% este ano.

<sup>231</sup> COM (2011) 897 final

<sup>232</sup> Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adjudicação de contratos de concessão, A7-0030/2013 (COM(2011)0897 – C7-0004/2012 – 2011/0437(COD))

<sup>233</sup> (Melo 2011, 78)

um certo período, a via em funcionamento (disponível), o concessionário estará a cumprir o contrato que celebrou e a gerir riscos próprios de um qualquer negócio sinalagmático.

Atente-se neste excerto do Contrato de Concessão da Grande Lisboa, como simples exemplo que ajuda a compreender a relação entre obrigações fundamentais do contrato e modo de remuneração por disponibilidade, donde podem ser tiradas ilações sobre a comutatividade deste contrato:

***“(Base XLIV) 1 — A Concessionária obriga-se a manter, durante a vigência do Contrato de Concessão, e a expensas suas, a Auto -Estrada e os demais bens que constituem o objecto da Concessão em funcionamento ininterrupto e permanente, em bom estado de conservação e perfeitas condições de utilização e segurança, nos termos e condições estabelecidos nas disposições legais e regulamentares aplicáveis e do Contrato de Concessão, realizando, oportunamente, as reparações, as renovações e as adaptações que, de acordo com as mesmas disposições, para o efeito se tornem necessárias e todos os trabalhos e alterações necessários para que o Empreendimento Concessionado satisfaça cabal e permanentemente o fim a que se destina.”***

Como se pode ver, a concessionária assume um risco de disponibilidade que no fundo é uma obrigação de manutenção e preservação. Acontecendo uma falha de disponibilidade, a conduta do ente privado estará situada no âmbito do incumprimento desta obrigação. Se o bem que integra a concessão está em serviço, o concessionário será pago pela disponibilidade, mas no fundo estará a receber uma contrapartida por cumprir o contrato, conforme indica o art.º 288.º CCP.

É exatamente a esses riscos intrínsecos e genéricos que a diretiva faz referência quando diz: *“Riscos como os associados a má gestão, a incumprimentos contratuais por parte do operador económico ou a casos de força maior não são decisivos para efeitos da classificação como concessão, já que esses riscos são inerentes a todos os contratos, sejam eles contratos públicos ou concessões.”*, porque em quaisquer das figuras do *procurement law* se exige *“a exacta e pontual execução das prestações contratuais”*<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> (GONÇALVES 2008b, 580)

A remuneração anual que o concessionário recebe<sup>235</sup> (neste e noutros contratos por disponibilidade<sup>236</sup>) é definida com base nas condições de acessibilidade, de segurança e de circulação dos lanços de autoestrada, que compõem a sua disponibilidade<sup>237</sup>, com base numa fórmula que contém duas tarifas diárias por disponibilidade, uma delas atualizável; a receita do privado está sujeita a deduções por falhas de disponibilidade, que representam menos de 1%<sup>238</sup> do contrato e que, enquanto “*sanções pela inexecução do contrato*”<sup>239</sup>, não são prejuízos próprios da concessão (art.º 302.º, *al. d*)) mas pertencem aos poderes do contraente público em todos os tipos contratuais<sup>240</sup>.

Deste modo, e em condições normais (uma vez que em caso de imprevisão, haverá lugar a reequilíbrio financeiro do contrato), bastará ao privado cumprir regularmente o contrato, não falhando a disponibilidade do bem concessionado – que como refere YESCOMBE quanto à experiência britânica, é de risco reduzido a partir do momento em que fica completada a infraestrutura<sup>241</sup> – e receberá, em virtude do equilíbrio económico do contrato, uma retribuição aproximadamente certa e suficiente para cobrir o investimento realizado, que se reconduzirá ao conceito de preço<sup>242</sup>, o que a Diretiva proíbe.

Existe ainda um elemento literal importante: a definição de concessão integra a remuneração pelo direito de exploração, ou seja, as vantagens emergentes da exploração. A remuneração por disponibilidade assenta no dever de exploração, isto é, a retribuição depende do cumprimento das obrigações assumidas pelo cocontratante, e não por qualquer direito seu.

Quando o concessionário suporta apenas o risco de disponibilidade, há que duvidar se existe uma verdadeira transferência de risco que permita enformar uma concessão, uma vez que a disponibilidade apresenta uma identidade muito forte com o cumprimento das prestações contratuais. ESTEVE PARDO refere, na mesma linha, que o risco de construção e o risco de

---

<sup>235</sup> Podendo em alguns casos receber complementos relativos exploração das áreas de serviço e do serviço de cobrança de portagens. Contudo, a disponibilidade corresponde a 90% do volume retributivo dos concessionários. Cfr. (FERNANDO 2013, 60)

<sup>236</sup> Costa da Prata, Norte Litoral, Grande Porto e Beira Litoral/Beira Alta, Norte, Grande Lisboa, e no futuro a Ex-Scut Beira Interior, Algarve e Interior Norte

<sup>237</sup> CttC-GP: Base LXVI-A, n.º 12

<sup>238</sup> Ver TC: Relatório n.º 15/2012 – 2.ª Secção, p. 39

<sup>239</sup> (ALMEIDA 2007, 10)

<sup>240</sup> Embora PEDRO GONÇALVES considere as deduções por *performance* uma penalização económica, do que discordamos no que tange à indisponibilidade, por ser incumprimento (GONÇALVES 2008, 595).

<sup>241</sup> (YESCOMBE 2007, 267)

<sup>242</sup> Aliás, uma combinação entre uma empreitada de obras públicas para a construção e um contrato público de serviços para a manutenção e operação da autoestrada serviria acabada de enunciar, uma vez que o risco que influenciaria a remuneração do concessionário estaria sempre ligado à comutatividade, ao cumprimento das prestações essenciais a cargo do contraente privado, assumindo a concessão uma função dilatória do pagamento no tempo.



disponibilidade sempre foram e ainda são característicos da contratação pública tradicional, uma vez que são próprios, intrínsecos às atividades.<sup>243</sup>

Apesar disso, o mercado de concessões demonstra uma preferência pela retribuição por disponibilidade, que é um risco mais fácil de controlar.<sup>244</sup> A lógica subjacente à cedência dos concedentes neste ponto “é sempre a mesma, “comprar a prazo”, diluindo a despesa pública ao longo dos futuros orçamentos.”<sup>245</sup>, em virtude da função financeira<sup>246</sup> da decisão de contratar uma concessão.

### 3.4. A invalidade do contrato por insuficiente risco de exploração

A celebração de contratos de concessão que não respeitem os mínimos de transferência de risco de exploração poderá conduzir à sua invalidade por violação de disposição legal<sup>247</sup>, estatuída no art.º 413.º do CCP (“O contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência do risco para o concessionário”) com o conceito genérico de *risco* e que, em sede de transposição, será atualizada para o risco de exploração, desejavelmente de modo menos lato e ambíguo, e com vinculação pelo direito comunitário<sup>248</sup>.

O nosso CCP prevê um regime de *invalidade própria do contrato* (art.º 284.º), diversa da invalidade derivada por vícios procedimentais (art.º 283.º e 283.º-A) – oriunda da Diretiva Recursos – que gera a anulabilidade<sup>249</sup> dos contratos celebrados com ofensa de princípios e normas, pela injuntividade que o princípio da legalidade lhes confere.<sup>250</sup>

Embora se possa colocar a hipótese de enveredar pela invalidade parcial, ensaiando-se as soluções de redução ou conversão dos negócios jurídicos (art.º 285.º, n.º 3)<sup>251</sup> nos contratos com “*risco irrisório*”<sup>252</sup>, a essencialidade do risco nestes contratos implicaria uma alteração drástica que, por força do princípio da concorrência, não seria autorizada sem abertura de novo procedimento pré-contratual.

---

<sup>243</sup> (PARDO 2005, 166)

<sup>244</sup> (VICTORIA 2013, 156)

<sup>245</sup> (GARCIA 2004, 283)

<sup>246</sup> (GONÇALVES/MARTINS 2004, 251)

<sup>247</sup> (GONÇALVES 2003, 97;142)

<sup>248</sup> (OTERO 2001, 51)

<sup>249</sup> E não a nulidade, como prevê o Código Civil para a mesma possibilidade. (SILVA/GOMES 2012, 63)

<sup>250</sup> (SILVA 2010b, 676)

<sup>251</sup> (AMORIM 2008, 655)

<sup>252</sup> (MELO 2011, 110)

Em virtude do facto de a concessão possuir objeto passível de ato administrativo, dever-se-á aplicar o regime de invalidade própria de ato administrativo (art.º 285.º, n.º 1) e seguir-se o regime da ação administrativa comum<sup>253</sup> (art.º 37.º, n.º 2, h) CPTA), podendo a invalidade ser pedida pelos sujeitos constantes do n.º 1 do art.º 40.º do CPTA.

O prazo para propositura da ação na hipótese em apreço é de exíguos 6 meses<sup>254</sup>, a partir do qual se convalidará o vício de insuficiência de risco de exploração para o concessionário, no regime da anulabilidade<sup>255</sup>, apesar de, havendo nulidade (art.º 284.º, n.º 3), o contrato possa ser a todo tempo impugnado<sup>256</sup>.

Prevê o novo CPA que o ato, ou neste caso, contrato praticado com desvio de poder para fins de interesse privado será nulo (art.º 161, n.º 2, *al. e*). Será contudo de duvidar da aplicabilidade prática desta nova causa de nulidade, cujo regime parece ter que ser em todos os casos cumulada com a *al. c*) do mesmo número, que se refere aos atos “*objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível ou constitua ou seja determinado pela prática de um crime*”, o que envolverá a prova do delito *de funcionário* contra a autonomia intencional ou patrimonial do Estado<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> (ALMEIDA 2004, 100-101)

<sup>254</sup> (ALMEIDA 2010, 337)

<sup>255</sup> (AMORIM 2008, 651)

<sup>256</sup> (AMARAL 2001, 405)

<sup>257</sup> (COSTA 2001, 654 e ss.)

## CONCLUSÃO

O estudo acabado de apresentar permite aglomerar um conjunto de conclusões úteis para a nova oportunidade para legislar sobre concessões de obras e serviços, no sentido de um melhor aproveitamento das potencialidades do mercado e de uma maior eficiência nos gastos públicos, a caminho de uma Administração de resultado<sup>258</sup> em que as decisões de conceder<sup>259</sup> não se repercutam numa sobreoneração futura constituinte de uma injustiça intergeracional<sup>260</sup>.

1. Os contratos de concessão de obras e serviços provenientes do Direito Comunitário distinguem-se entre si pela utilidade principal do objeto contratual; e dos restantes contratos públicos de obras, serviços e bens, pela forma de remuneração do concessionário, associada ao direito de exploração do bem concessionado.
2. As PPP não constituem um tipo contratual, mas antes se materializam contratualmente por várias figuras, dentre as quais as concessões; o contrato de gestão, muito utilizado nas PPP da Saúde, corresponderá a uma concessão de serviços sem transferência de risco para o cocontratante;
3. Os *cash flows* do concessionário podem ser regidos pelos modelos *concessivo*, de utilizador-pagador, que permite uma maior igualdade na repartição dos encargos públicos do que o modelo *orçamental*, em que a remuneração provém do orçamento do concedente ou dos modelos *mistos*, com pagamentos a cargo tanto dos utentes como do concedente;
4. O *project finance* é uma técnica de financiamento recorrente nas concessões, em que os ativos e passivos do projeto estão na autonomia patrimonial de uma sociedade-veículo, servindo a rendibilidade interna do mesmo para a remuneração de financiadores externos e acionistas;
5. Com a transposição da diretiva, o conceito de concessão manterá a sua especificidade ao nível remuneratório em simultâneo com a introdução do conceito de risco de exploração;
6. O risco é um conceito indeterminado presente em todos os contratos públicos e que na concessão deve ser transferido significativamente para o concessionário enquanto possibilidade da emergência de perdas ou ganhos de cariz económico;
7. O risco delimita negativamente o campo da imprevisão e força maior: se o primeiro é incerto mas previsível, os seguintes não seriam previsíveis pelo concessionário e obrigam à modificação ou resolução do contrato;

---

<sup>258</sup> (MARTINS 2014, 593), (MACHETE 2004, 177)

<sup>259</sup> (GONÇALVES 1999, 206)

<sup>260</sup> (RUIZ 2006, 278)

8. O tipo contratual concessivo encerra um princípio da transferência de risco económico, que representa uma limitação da autonomia contratual pública pela legalidade, centrado na influência dos riscos de conceção, construção, financiamento, procura e disponibilidade para a correlação entre investimento e remuneração;
9. A alocação do risco na concessão apresenta uma função dual: modela a retribuição do particular e gera um direito de reposição do equilíbrio financeiro do contrato;
10. A obrigatoriedade de transferência do risco de exploração para o concessionário para a consumação da figura da concessão implica um desconhecimento, que não pode ser insignificante, quanto à recuperação dos investimentos e despesas do concessionário, fundada numa exposição às incertezas do mercado;
11. Para não isentar o cocontratante de perdas, a autoridade ou entidade adjudicante estará proibida de prever no contrato um rendimento fixo e seguro ou arbitrar compensações de cobertura de prejuízos, bem como prestar garantias a financiadores;
12. O risco de exploração tem que ser total ou pelo menos significativamente transferido, existindo concessão mesmo que os riscos a transferir sejam reduzidos em virtude do setor em causa;
13. Os contratos públicos simples são contratos comutativos, com corresponsabilidade de prestações, e os contratos de concessão são contratos parciais, em que a remuneração está dependente da participação no resultado financeiro da concessão;
14. A remuneração por disponibilidade do bem objeto de concessão representa uma comutatividade na medida em que a contraprestação recebida pelo contraente privado se refere ao cumprimento das obrigações por ele assumidas e não à incerteza do mercado, sendo aquele pago pelo mero cumprimento;
15. A insatisfatória transferência de risco de exploração poderá levar à invalidade própria do contrato por violação de disposição legal, o que pode ser conseguido através de uma ação administrativa comum.

O desafio lançado pela Diretiva 2014/23/UE numa tarefa que deverá passar por uma redefinição das exigências para a aplicação do regime jurídico comunitário que ultrapasse o paradigma da *distribuição* de riscos e seja orientado em torno da incidência de um risco de exploração que gere incerteza na quantificação da remuneração do concessionário.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2004
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Parcerias público-privadas: a experiência portuguesa*, in *Direito e Justiça – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 2005
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, CJA n.º 66, 2007
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, 2010
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo – Vol. II*, Com a colaboração de Lino Torgal, Almedina, 2001
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO/TORGAL, LINO, *Estudos sobre Concessões e outros actos da Administração (Pareceres)*, Almedina, 2002
- AMARO, JOÃO PONTES, *Modelos de Parceria Público-Privada* in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004
- AMIGO, MANUEL GARCIA, *El Contrato en la Perspectiva Comunitaria*, in *Contratos: Actualidade e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, 1997
- AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública - I*, Almedina, 2008
- ARAÚJO, WAGNER FREDERICO GOMES DE, *A parceria público-privada no Project Finance como estratégia de garantia de investimentos em infra-estrutura e seu papel na reforma do Estado brasileiro*, CSAP/Fundação João Pinheiro, 2003  
([http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/3Es/3es\\_2003/2003\\_3ES93.pdf](http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/3Es/3es_2003/2003_3ES93.pdf))
- ARRUE, XABIER BASOZABAL, *Contrato parciario – Caracterización dogmática, legislación aplicable*, Revista InDret n.º 1, Barcelona, 2005
- AYALA, BERNARDO DINIZ, *O método de escolha do co-contratante da Administração nas concessões de serviços públicos*, in CJA n.º 26, 2001
- AZEVEDO, MARIA EDUARDA, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, 2009
- AZEVEDO, MARIA EDUARDA, *As Parcerias Público Privadas: A Evolução do Enquadramento Jurídico* in *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2014

- CABRAL, NAZARÉ COSTA, *As Parcerias Público-Privadas*, Cadernos IDEFF n.º 9, Almedina, 2009
- CAETANO, MARCELLO, *Subsídios Para o Estudo da Teoria da Concessão de Serviços Públicos*, in *Estudos de Direito Administrativo*, Edições Ática, 1974
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo – Tomo II*, Revista e Atualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Almedina, 1983
- CAETANO, MARCELLO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, 3.ª reimpressão portuguesa, Almedina, 2010
- CALABRESI, GUIDO, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *The Yale Law Journal* Vol. 70, N.º 4, Março 1961
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, *A Liberdade e a Justiça Contratual na «Sociedade de Direito Privado»*, in *Contratos: Actualidade e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, 1997
- CAUPERS, JOÃO, *Empreitadas e Concessões de Obras Públicas in Direito e Justiça – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 2005
- CAUPERS, JOÃO, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora, Lisboa, 2007
- CEDOUA/FDUC/IGAT, *Contratação Pública Autárquica*, Almedina, 2006
- COMBA, MARIO E., *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in *Modernising Public Procurement. The New Directive.*, DJØF Publishing, 2014
- COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA, *Anotação ao art.º 372.º in AAVV, Comentário Conimbricense do Código Penal – tomo III*, Coimbra Editora, 2001
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 6.ª edição, Almedina, 1994
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Cadernos O Direito n.º 2, 2007
- DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Project Finance (Primeiras Notas)* in *Miscelâneas n.º 3 – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, Almedina, 2004
- DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO/OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, 2010
- ESTEVE, JOSÉ PARDO, *Participación pública y privada en las concesiones. la distribucion de riesgos en las fórmulas de financiación privada.*, in *Direito e Justiça – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 2005
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2012
- FELIÚ, JOSÉ MARIA GIMENO, *El Nuevo Paquete Legislativo Comunitario sobre Contratación Pública. De la Burocracia a la Estrategia.*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014

- FELIÚ, JOSÉ MARIA GIMENO, *El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. las opciones de transposición en españa en la propuesta de reforma*, in *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, 2014b
- FERNANDO, HELENA, *Um contributo para a análise das Parcerias Público-Privadas rodoviárias em Portugal*, Dissertação de Mestrado da Faculdade de Economia do Porto, 2013
- FERREIRA, EDUARDO PAZ/REBELO, MARTA, *O Novo Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas em Portugal*, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004
- GARCIA, ANTÓNIO, *Acompanhamento, Avaliação e Controlos das PPP*, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004
- GÓMEZ-FERRER, RAFAEL MORAN, *Concesión de obra pública y Contrato de Obra Pública*, in *Direito e Justiça – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 2005
- GONÇALVES, PEDRO, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, 1999
- GONÇALVES, PEDRO, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, 2003
- GONÇALVES, PEDRO, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2008
- GONÇALVES, PEDRO, *Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo*, in *Estudos de Contratação Pública - I*, Almedina, 2008b
- GONÇALVES, PEDRO, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra Editora, 2013
- GONÇALVES, PEDRO, *Direito dos Contratos Públicos*, Colaboração de Carla Machado e José Azevedo Moreira, Almedina, Coimbra, 2015
- GONÇALVES, PEDRO/RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade*, Coimbra Editora, 2001
- GONÇALVES, PEDRO/MARTINS, LICÍNIO LOPES, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, in *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra Editora, 2004
- GUASCH, J. LUIS, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, The World Bank, Washington, 2004
- GUEDES, JOANA, *Parcerias Público-Privadas e a Distribuição Do Risco*, Dissertação de Mestrado da Universidade Católica Portuguesa, 2011
- KERF, MICHEL, et al., *Concessions for Infrastructure – A Guide to Their Design and Award*, The World Bank, 1998

- LEITÃO, ALEXANDRA, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*, texto apresentado no V Encontro de Professores de Direito Público, em 2012 ([http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf))
- LEITÃO, LUÍS MANUEL DE MENEZES, *Direito das Obrigações, Vol. II*, Almedina, 2002
- LI, BING/AKINTOYE, AKINTOLA/HARDCASTLE, CLIFF, *Risk analysis and allocation in public private partnership projects*, in *17th ARCOM Annual Conference, Vol.2*, 2001. ([http://www.arcom.ac.uk/-docs/proceedings/ar2001-895-904\\_Li\\_Akintoye\\_and\\_Hardcastle.pdf](http://www.arcom.ac.uk/-docs/proceedings/ar2001-895-904_Li_Akintoye_and_Hardcastle.pdf))
- LI, BING/AKINTOYE, AKINTOLA/HARDCASTLE, CLIFF, *Risks and risk treatments in public private partnership projects*, in *18th ARCOM Annual Conference, Vol. I*, 2002 ([http://www.arcom.ac.uk/-docs/proceedings/ar2002-403-414\\_Li\\_Akintoye\\_and\\_Hardcastle.pdf](http://www.arcom.ac.uk/-docs/proceedings/ar2002-403-414_Li_Akintoye_and_Hardcastle.pdf))
- LÓPEZ, FRANCISCO BLANCO, *La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El “riesgo operacional”*, in *Derecho y Salud, Volumen 24. Extraordinario XXIII Congreso*, Asociación Juristas de la Salud 2014
- MAÇÃS, FERNANDA, *A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública - I*, Almedina, 2008
- MACHETE, RUI CHANCERELLE DE, *Estudos de Direito Público*, Coimbra Editora, 2004
- MARI, ANGELO, *Le Infrastrutture in Trattato di Diritto Amministrativo – vol. II*, Dott. A. Giuffré Editore, 2000
- MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *A concessão de serviços públicos – a emergência de um novo direito comunitário da concorrência*, in *Estudos de Direito Público Vol. I – Direito da União Europeia Direito Internacional Público Direito Constitucional*, Almedina, 2003
- MARTINS, LICÍNIO LOPES, *Alguns aspectos do contratos de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos* in *Estudos de Contratação Pública - III*, Almedina, 2010
- MARTINS, LICÍNIO LOPES, *Empreitada de Obras Públicas – O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, 2014
- MCGOWAN, DAVID, *Concessions – Rescue, Risk and Remuneration*, in *Public Procurement Law Review*, Issue 4, Thomson Reuters, 2011
- MEDEIROS, RUI, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, in CJA n.º 69, 2008
- MELO, BARBOSA DE, *A Ideia de contrato no centro do universo jurídico-público*, in *Estudos de Contratação Pública - I*, Almedina, 2008



- MELO, PEDRO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, 2011
- MELO, PEDRO, *Concessão de Obras e Serviços Públicos – em especial, a alocação do respectivo risco contratual*, in *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2014
- MENUDO, FRANCISCO LÓPEZ, *Regime jurídico global ou pluralidade de regimes especiais para as concessões?* in *Direito e Justiça – VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 2005
- MOLINA, JOSÉ ANTONIO MORENO /GUADAMILLAS, FRANCISCO PLEITE, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Wolters Kluwer/La Ley, 2008
- MONTEIRO, RUI, *PPP and Fiscal Risks - Experiences from Portugal* in *International Seminar on Strengthening Public Investment and Managing Fiscal Risks from Public-Private Partnerships*, 2007
- MOURA, NUNO DE SOUSA, *A Salvaguarda do Princípio da Concorrência em sede de modificações contratuais na vigência de concessões de serviços públicos*, Dissertação de Mestrado da Universidade Católica Portuguesa, 2012
- NÓBREGA, MARCOS, *Riscos Em Projetos De Infraestrutura: Incompletude Contratual; Concessões De Serviço Público e PPP* in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* n.º 24, 2011
- OJEDA, ALBERTO RUIZ, *La Concesión de Obra Pública*, Thomson Civitas Aranzadi, 2006
- OLIVEIRA, ANA PERESTRELLO, *Manual de Corporate Finance*, Almedina, 2015
- OLIVEIRA FERNANDO, *Breve Glossário de Latim para Juristas*, Edições Cosmos, 1996
- OTERO, PAULO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, in *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 2001
- PEZ, THOMAS, *Le risque dans les contrats administratifs*, Résumé de la these, 2007 ([http://www.asso-afda.fr/IMG/pdf/Resume\\_prix\\_AFDA\\_2007.pdf](http://www.asso-afda.fr/IMG/pdf/Resume_prix_AFDA_2007.pdf))
- POMMER, SIEGLINDE, *Public Private Partnerships in EU Public Contract Law*, Bruylant, 2014
- QUIGGIN, JOHN, *Risk, PPPs and the Public Sector Comparator*, in *Australian Accounting Review*, Julho de 2004
- RODRIGUES NUNO CUNHA, *A Experiência com Parcerias Público-Privadas em Portugal*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira* n.º 1, 2015
- SEGUIDO, FRANCISCO PUERTA, *El contrato de concesión de obra pública como instrumento de colaboración privada en el desarrollo de infraestructuras: el desastre económico de las autopistas*, in *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, 2014
- SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Dicionário de Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2010

- SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010b
- SILVA, LUÍSA GABRIELA VAZ AREZ MONTEIRO DA, *A reposição do equilíbrio financeiro nos contratos administrativos - em especial, no contrato de empreitada de obras públicas*, Dissertação de Mestrado da Universidade Católica Portuguesa, 2013
- SILVA, NUNO SOUSA E/GOMES, PEDRO CERQUEIRA, *Invalidades Contratuais no CCP – Visita de Estudo*, Separata da *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas* n.º 21, 2012
- SILVA, PEDRO, *Fundamentos e Modelos nas Parcerias Público-Privadas da Saúde*, Almedina, 2009
- SOBRAL, ANA PAULA ROLLAND/CRUZ, JOSÉ NEVES, *Parcerias Público-Privadas: Enquadramento e Avaliação das Concessões Ferroviárias em Portugal*, in *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*, n.º 28, 2011
- SOLÀ, JOAN PERDIGÓ, *Aproximación a la Directiva 2014/23/UE*, in *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, 2014
- SOUSA, MARCELO REBELO DE/ MATOS, ANDRÉ SALGADO, *Direito Administrativo Geral - Tomo III - Actividade administrativa*, Dom Quixote, 2009
- SOUSA, NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE, *Noções de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 2011
- SOUSA, RUI PEREIRA, *Contratos de Concessão – Perspectiva Económica, Financeira e Contabilística*, Áreas Editora, 2003
- TELES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, Almedina, 2002
- TERRINHA, LUÍS HELENO, *Parcerias Público-Privadas e Alocação de Risco*, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas* n.º 20, 2011
- TREPTE, PETER, *Public Procurement in the EU*, Oxford University Press, 2010
- TORRAL, LINO, *Concessão de Obras Públicas e Ajuste Directo* in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010
- TORRAL, LINO/GERALDES, JOÃO DE OLIVEIRA, *Concessões de Actividades Públicas e Direito de Exclusivo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Outubro/Dezembro de 2012
- TREUMER, STEEN, *Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive*, in *Modernising Public Procurement. The New Directive.*, DJØF Publishing, 2014
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2010
- VELOSO, JOSÉ ANTÓNIO, *Prevenção de riscos para a gestão de bancos e fiscalização da idoneidade de accionistas qualificados* in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Vol. II, Coimbra Editora, 2003

- VIANA, CLÁUDIA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007
- VICTORIA, XIMENO LAZO, *El Futuro del Mercado Concesional en Europa*, in *Revista CEFLEGAL*, CEF núm. 154, 2013
- VIEIRA, ANTÓNIO PEDRO DOS SANTOS BONET DA GRAÇA, *Concessão de Serviço Público - O Estado, a RTP e o Serviço Público de Televisão*, Dissertação de Mestrado da Universidade Católica Portuguesa, 2014
- VIEIRA, PEDRO SIZA, *Os Tipos Contratuais Subjacentes às Parcerias Público-Privadas em Portugal*, in *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF, 2004
- VIEIRA, PEDRO SIZA, *Regime das concessões de obras públicas e serviços públicos*, in *CJA n.º 64*, 2007
- VIEIRA, PEDRO SIZA, *O Código dos Contratos Públicos e as Parcerias Público-Privadas*, in *Estudos de Contratação Pública - I*, Almedina, 2008
- YESCOMBE, E. R., *Public-private partnerships – Principles of Policy and Finance*, Butterworth-Heinemann, 2007