

As Parcerias Público-Privadas em Portugal. Lições e Recomendações

Rui Cunha Marques¹; Duarte Silva²
rcmar@civil.ist.utl.pt, dnsilva@rave.pt

(recebido em 31 de Março de 2008; aceite em 19 de Setembro de 2008)

Resumo. A limitação dos recursos públicos e os requisitos de qualidade de serviço, cada vez mais exigentes, têm conduzido à procura crescente da modalidade de contratação pública de parceria público-privada (PPP). Os princípios subjacentes à instituição das PPP validam, inequivocamente, a opção por este regime. No entanto, nem sempre o seu desenvolvimento alcança os objectivos pretendidos, esquecendo-se que, no essencial, uma PPP envolve uma relação comercial entre público e privado, onde se partilham os riscos, os benefícios e as responsabilidades. Este documento procura realizar um balanço da implementação das PPP em Portugal, reflectindo-se sobre o seu desempenho em dois sectores distintos.

Palavras-chave: parcerias público-privadas, auto-estradas, serviços de água, *value for money*

Abstract. The public resources scarcity and the more and more challenging quality of service requirements have led to the growing demand of the public-private partnerships (PPP). The principles underlying the PPP adoption endorse, undoubtedly, the option for this model. However, not always does their development reach the objectives defined. Sometimes it is forgotten that at its core a PPP entails a commercial relationship between public and private, where the risks, benefits and responsibilities are shared. This document aims at assessing the PPP implementation in Portugal and provides an insight into their performance in two distinct sectors.

Keywords: Organizational public-private partnerships, highways, water services, value for money

1 Professor Auxiliar e Investigador, B.Sc., M.Sc., Ph.D., Centro de Sistema Urbanos e Regionais (CESUR), DECivil-IST, Pais, 1049-001 Lisboa, Portugal

1 Modelo de contratação pública baseado nas PPP

De acordo com o livro verde da Comissão Europeia (COM327/2004), uma PPP pode ser definida como “a forma de cooperação entre as autoridades públicas e as empresas, tendo por objectivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço”. Subjacente ao seu desenvolvimento estão implícitos vários princípios (TC, 2006), designadamente a duração relativamente longa do projecto, podendo chegar a várias décadas, a satisfação de necessidades colectivas definidas pelo sector público, a obtenção de determinados objectivos (especificações exigenciais), o financiamento total ou parcial do projecto pelo sector privado e uma adequada partilha dos riscos, devendo ser válida a regra da sua alocação a quem o consegue gerir melhor.³

A opção por uma PPP, em detrimento dos modelos de contratação pública tradicional, apresenta várias vantagens, nas quais se salientam a partilha de riscos e a transferência de responsabilidades, a maior agilidade do financiamento desencadeando um número mais elevado de infra-estruturas construídas (maior dinamismo) e um custo global do projecto inferior ao prestado pela entidade pública, resultante de soluções mais inovadoras e dos ganhos de eficiência e eficácia obtidos pelo sector privado, o que conjuntamente com a melhor qualidade de serviço fornecida garante um melhor *value for money* na prestação de serviços públicos no modelo de PPP.

Noutra perspectiva, as PPP requerem uma preparação muito cuidada dos concursos, sendo necessária a definição clara, rigorosa e exaustiva das necessidades e exigências de desempenho da infra-estrutura ou do serviço objecto da parceria que, por vezes, não são fáceis de integrar no processo de concurso (Williamson, 1976). Esta abordagem, voltada para os *outputs* e não para os *inputs*, deve igualmente ser integrada no processo de avaliação das propostas e, em particular, na fase de negociação ou de diálogo concorrencial. Os concursos exigem, muitas vezes, documentação desnecessária, que só complica a etapa de avaliação das propostas. Outro aspecto negativo diz respeito à dependência que as PPP (muitas vezes de envergadura nacional) têm, por vezes, de entidades externas ao seu objecto, condicionando ou, pelo menos, atrasando a sua instituição. Os parceiros públicos são, também com frequência, dotados de pessoal pouco qualificado e preparado para o envolvimento nestes projectos que, na maioria das vezes, são

2 Rede Ferroviária de Alta Velocidade (RAVE), Assessor do Conselho de Administração. B.Sc.

³ O EUROSTAT, para efeitos de contabilização nas contas públicas, determina que o risco da construção e o risco de procura ou, em alternativa, o risco de disponibilidade devem ser suportados pelo parceiro privado.

bastante complexos. Embora recorram sistematicamente a consultadoria especializada, a mesma ocorre de forma pontual, não acompanhando todo o ciclo do projecto. Nas PPP todas as fases são importantes, desde a identificação e formulação inicial, à preparação e avaliação prévia, à fase de concurso e ao acompanhamento e monitorização. É oportuno relembrar que os contratos referentes às PPP são sempre incompletos por natureza (Williamson, 1986), podendo inclusivamente existir falhas no estabelecimento contratual que implique a reposição do equilíbrio económico-financeiro e que leve a penalizações relevantes para o parceiro público.⁴

Em suma, para cada projecto há que avaliar se a opção de PPP apresenta uma mais-valia real (fornece *value for money* do projecto) em relação às opções de contratação pública alternativas. Para tal, muito poderá contribuir a construção do comparador público, isto é, da determinação do custo público comparável de implementação do projecto, sendo certo que este deve também incluir os custos de natureza não financeira (sociais, ambientais,...). Neste contexto, a maioria das PPP em Portugal, tal como noutros países, não tem utilizado este instrumento e quando o emprega o mesmo é determinado de forma pouco rigorosa e adoptando cenários de ganhos de eficiência pessimistas ou pouco favoráveis (*vide* sobre o comparador Quiggin, 2004). Este artigo discute a implementação das PPP em Portugal através da análise crítica e construtiva da sua instituição em dois sectores distintos. Depois desta introdução os diferentes formatos institucionais das PPP são apresentados. De seguida, as experiências em Portugal da implementação de PPP nos sectores rodoviário e da água são analisadas, discutidas. São também efectuadas recomendações neste âmbito. Por último, apresentam-se as principais conclusões, que incluem um conjunto de propostas, para melhoria da modalidade de contratação pública baseada em PPP.

2 Diversidade de modelos de PPP

As PPP podem ser classificadas de diferentes formas. No direito comunitário são vulgarmente escalonadas em PPP do tipo puramente contratual, em que a parceria entre os sectores público e privado assenta em relações exclusivamente contratuais, e em PPP do tipo institucionalizado, implicando a cooperação entre os sectores público e privado numa entidade distinta.⁵ Em Portugal, a administração central do

⁴ Um estudo recente, efectuado pelo Banco Mundial (Guasch, 2003), refere que na América Latina, 3 em cada 4 (74,4%) contratos de concessão são renegociados. Destes, 66 % são desencadeados pelos operadores e 88 % envolvem o método de regulação por limite de preços (*price cap regulation*).

⁵ Refira-se que o Código de Contratos Públicos, aprovado já em 2008 (Decreto-lei n.º 18 de 29 de Janeiro), distingue as modalidades de concessão e de PPP contrariando, de certa forma, a legislação

Estado tem preferido a primeira hipótese. O segundo modelo tem, sobretudo, sido uma opção para os municípios na constituição de empresas mistas (empresas municipais com capitais maioritariamente públicos) para a prestação de alguns serviços públicos (água, águas residuais, resíduos sólidos, reabilitação urbana,...). A classificação das PPP é, por vezes, também associada à duração dos contratos, sendo denominadas, neste caso, de PPP de longa e de curta duração. Neste contexto, devem ser analisados os acontecimentos imprevisíveis, a incerteza do futuro e a transferência dos activos entre contratos sucessivos. Como os preços, a tecnologia de produção e a procura não são conhecidos com rigor e se alteram ao longo do tempo, e dado que as PPP, além da operação, envolvem também o investimento em activos de longa duração e irrecuperáveis (*sunk*), a duração do contrato é uma assunto controverso e da maior relevância (Posner, 1972). As PPP são também classificadas em função das fases de projecto, que incluem, entre outros modelos, o DBO (concepção, construção e operação), o BOO (construção, propriedade e operação), o BOOT (construção, propriedade, operação e transferência), o DBM (concepção, construção e manutenção) e o DFBO (concepção, construção, financiamento e operação, sendo a propriedade pública ou privada no período de delegação).⁶ Estes modelos têm apanágios distintos relativos à propriedade dos activos fixos, ao investimento, ao risco, à remuneração e à duração contratual (Marques, 2005).

3 A experiência em Portugal

3.1 Enquadramento regulamentar

O Decreto-Lei n.º 86/2003 veio regulamentar o regime de contratação pública baseado em PPP. Este diploma, horizontal a todos os sectores, tem por objecto a definição das normas gerais aplicáveis à intervenção do Estado na definição, concepção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das PPP. Esta norma sofreu, passados três anos, várias alterações através do Decreto-Lei n.º 141/2006 que procura a sua simplificação e o melhor acautelamento do interesse público, designadamente no que concerne à eficácia da partilha de riscos e dos benefícios alcançados, assim como esclareceu o direito a indemnização da entidade privada. Refira-se que em diversos sectores,

comunitária existente neste domínio. Esta opção do legislador, na opinião dos autores não foi feliz, lançando alguma confusão.

⁶ Refira-se que o próprio conceito de PPP confere um sentido mais lato do que este, incluindo também outras configurações jurídicas como os contratos de gestão ou de arrendamento (*affermage*) ou mesmo a privatização material dos serviços públicos.

como no do ambiente, da saúde ou dos transportes, existe regulamentação específica que visa contemplar as suas especificidades individuais. Alguma desta regulamentação foi mesmo produzida em data anterior ao Decreto-Lei n.º 86/2003, documento normativo de cúpula das PPP.

Em 2004, a Comissão entre outros documentos relevantes (*vide* CE, 2004a, b e 2005) lançou um livro verde intitulado “Parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões (COM327/2004)”. Este documento, cujo objectivo visa o desenvolvimento das PPP em condições de concorrência efectiva e de clareza jurídica, fornece vários contributos relevantes, quer para as PPP puramente contratuais quer para as PPP institucionalizadas. A Directiva 2004/18/CEE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, estabeleceu regras para o diálogo concorrencial.

O Código dos Contratos Públicos, aprovado recentemente, para além de sistematizar vários documentos normativos, introduz algumas novidades e melhorias para a contratação pública em Portugal. No que concerne às PPP efectua poucas alterações, remetendo quase sempre para a regulação sectorial. De qualquer forma, melhora os procedimentos de avaliação das propostas e aumenta a transparência ao mesmo tempo que simplifica alguns processos, conduzindo a resultados positivos também no que concerne às PPP.

3.2 Sector rodoviário

3.2.1 Introdução

A história das parcerias no sector rodoviário, no formato de concessões, começa em 1972 com a constituição da BRISA, a qual foi, posteriormente, nacionalizada (25 de Abril de 1974), para mais recentemente (entre 1997 e 1999) ser reprivatizada. Pelo meio, ganhou o concurso das Auto-estradas do Norte em 1985 e beneficiou de sucessivas revisões contratuais. Em 1994, é adjudicada a concessão para travessias do Rio Tejo à Lusoponte. A preparação do programa de concessões em pacote iniciou-se em 1996, com os primeiros passos formais a darem-se com a publicação do Decreto-Lei n.º 9/97, de 10 de Janeiro, relativo às concessões com portagem, e o Decreto-Lei n.º 267/97, de 2 de Outubro, das concessões SCUT (sem custo para o utilizador). Essas normas foram progressivamente alteradas, de modo a incluir novas concessões ou a alterar outras anteriormente aprovadas. Desse pacote, com os consecutivos acrescentos, já se encontram adjudicadas 11 concessões, estando 3 outras em concurso e as restantes em preparação. No quadro seguinte

resume-se a informação genérica sobre cada uma das concessões rodoviárias efectuadas em Portugal até 2007.⁷

Quadro 1 – Concessões rodoviárias efectuadas em Portugal

Concessão	Concessionária	Extensão (km)		Investimento em construção (M€)
		A contratar	Contratada	
BRISA	Brisa		1089	1285*
Travessias do Tejo	LUSOPONTE		24	925
Norte	AENOR		166	350
Oeste	AE do Atlântico		167	839
SCUT Beira Interior	Scutvias		178	438
SCUT Interior Norte	Norscut		155	499
SCUT Algarve	Euroscut		129	243
SCUT Costa de Prata	Lusoscute		105	298
SCUT Grande Porto	Lusoscute		72	465
SCUT Beiras Litoral e Alta	Lusoscute		176	753
SCUT do Norte Litoral	Euroscute		115	228
Litoral Centro	Brisal		105	440
Malveira-Ericeira	Mafratlântico		28	128
Grande Lisboa	-	104		143
Douro Litoral	-	121		641
Lisboa Norte	-	27		165
Baixo Tejo		25		75
Circular de Leiria		10		60
IP3/IC12		170		825
Túnel do Marão		30		370
Alto Alentejo		50		125
Baixo Alentejo		116		305
Totais	22 concessões	653	2509	9600

* Investimentos da BRISA reportam apenas ao período entre 1999 e 2007

⁷ Refira-se que em 2007 foi lançado um conjunto significativo de novas PPP rodoviárias, estando previstas para 2008 o lançamento de novas parcerias que permitem quase concluir o Plano Rodoviário Nacional (PRN2000).

3.2.2 Méritos do programa de concessões rodoviária

Procura-se resistir à crítica póstuma, até porque quando muito repetida, como se tem verificado no caso das concessões SCUT, pode conduzir a que modalidades conceptualmente meritórias, e que podem ter o seu campo de actuação, sejam sumariamente abandonadas em detrimento de soluções mais tradicionais. O que se julga ser relevante aqui efectuar é uma avaliação séria e isenta do passado, apontar sem receio os aspectos positivos do que foi feito e ter a humildade de reconhecer os erros para que possam ser corrigidos no futuro. Assim, no âmbito dos principais méritos do programa de concessões rodoviárias em apreço, encontram-se *inter alia*, a antecipação da conclusão da rede nacional de auto-estradas, uma demonstração de capacidade de concretização invulgar, quer por parte do Estado quer por parte dos privados, com o conseqüente impulso para a economia nacional, a salvaguarda da manutenção da rede concessionada durante um extenso período (até 30 anos), a transferência de grande parte dos riscos para o sector privado, o estímulo do tecido empresarial português para novos desafios e competências e a redução da sinistralidade rodoviária. Em relação a este último desiderato, foram adicionalmente fixados objectivos contratuais, com prémios e penalizações associadas. Do lado da disponibilidade, foram também impostos limites admissíveis para o encerramento de vias, a partir dos quais são aplicadas sanções.

3.2.3 Análise das concessões rodoviárias

Os problemas existentes nas concessões rodoviárias tiveram, sobretudo três tipos de conseqüências, a saber, reequilíbrios financeiros e, dessa forma, encargos adicionais para o Estado, princípios de contratação prejudicados e controlo e fiscalização das concessões debilitados. A génese destas penalizações assenta na ausência atempada da avaliação ambiental, em causas políticas, nas expropriações, na fraca preparação técnica dos concursos, no processo de aprendizagem não rentabilizado e nas insuficiências na organização dos serviços do Estado.

a) Avaliação ambiental

Embora tenha sido detectado e alertado, desde o primeiro instante, para o risco de lançamento de concursos sem aprovações ambientais, face aos calendários políticos apertados, as entidades respectivas optaram, em consciência, por avançar nesses moldes. Os resultados foram os esperados, tendo apenas constituído surpresa a sua magnitude, ampliada, aliás, pelo endurecimento da legislação ambiental. Em concreto, observaram-se traçados aprovados em sede ambiental diversos dos que estiveram subjacentes à contratação, com conseqüente sobrecustos e pedidos de reposição do equilíbrio financeiro das concessões. Esta questão sentiu-se, com

especial incidência, na Concessão Norte, com portagem real, e nas concessões SCUT do Interior Norte e do Norte Litoral. A medida encontrada para não repetir estas experiências foi instituída por via legislativa (obrigatoriedade, antes do lançamento da PPP, da Declaração de Impacte Ambiental - DIA). O remédio prescrito é, talvez, cego em excesso, pois não promove uma avaliação séria do risco subjacente a cada caso. Ora, não se deve esquecer que tanto a avaliação ambiental como a contratualização das concessões são processos muito morosos e que, como esta regra obriga à sua sequencialidade, se irão prolongar por muito mais do que a estabilidade governativa suporta.

b) Causas políticas

A par da ausência de aprovação ambiental, a introdução de modificações unilaterais aos contratos, por razões eminentemente políticas, foi outra das causas que mais reclamações provocou por parte das concessionárias. Neste caso, as consequências são mais fáceis de antever por parte dos agentes de decisão, sendo, por isso, menos compreensíveis. Nesta categoria, salientam-se as instruções para construção de nós de ligação suplementares aos preconizados contratualmente, que se tornaram quase habituais, e as modificações impostas a traçados já aprovados ambientalmente. Os exemplos mais flagrantes destas modificações ocorreram nas concessões SCUT da Costa de Prata (Estarreja), e das Beiras Litoral e Alta, na passagem por Viseu, onde se adivinham avultados pedidos de compensação por parte das concessionárias.

c) Expropriações

A alocação do risco de expropriações foi o erro involuntário que maiores consequências negativas trouxe ao programa de concessões rodoviárias, com reclamação de compensações associadas a ascenderem a muitos milhões de Euros. Na origem desse erro esteve a convicção de que, por tradição, devem ser os serviços do Estado a promover os processos de expropriação. O problema surgiu quando, por questões de equilíbrio contratual, foi necessário fixar contratualmente um prazo para a disponibilização de parcelas expropriadas. Cedo se percebeu que o Estado não tinha capacidade para gerir tantos processos em simultâneo com a pressão do prazo, acabando, no entanto, por serem concursadas e adjudicadas oito concessões nestes termos. As concessões já adjudicadas em moldes inversos revelaram que os privados não só têm capacidade para ficar com essa responsabilidade como se garante uma maior flexibilidade no planeamento, que permite acomodar eventuais atrasos nas expropriações. Outro aspecto associado prende-se com a conciliação entre a concepção e as expropriações. Neste particular, embora haja quem advogue que ao passarem-se os custos de expropriação para o parceiro privado haverá uma

grande tentação para a subordinação dos preceitos técnicos ao custo de expropriação, não é menos verdade que na situação inversa a concepção é desenvolvida alheia ao território a ocupar, conduzido a soluções igualmente irracionais.

d) Fraca preparação técnica dos concursos

Em muitos casos os estudos de base patenteados a concurso estavam ainda numa fase incipiente. Noutros, em fase mais avançada, não foi assegurada a conveniente partilha de informação dentro do organismo responsável (Estradas de Portugal, E.P.E., doravante EP). O resultado foi a fraca capacidade em definir com rigor os requisitos técnicos a respeitar pelos concorrentes, levando a grande divergência na qualidade técnica das propostas. Mas mesmo quando o conhecimento técnico do objecto a concurso foi mais profundo, a fidelidade extremista aos princípios subjacentes às PPP, sob o argumento de que a transferência de risco e responsabilidade está necessariamente associada a uma total liberdade de concepção, levaram a que não se fixasse mais rigidamente os requisitos técnicos. Assim, os representantes do Estado conduziram os processos de modo a que as insuficiências detectadas fossem sanadas nas fases de negociação dos concursos. A consequência foi assistir-se a propostas finais com alterações substanciais face à primeira fase dos concursos, pondo em causa os mais elementares princípios de contratação pública. O exemplo mais ilustrativo deste fenómeno foi a não definição *a priori* dos nós de ligação a assegurar nas auto-estradas, para depois, em fase de negociação, ser solicitado aos concorrentes a sua consideração. Além disso, também do lado da procura e da manutenção e exploração o desconhecimento reinou. Esta falta de conhecimento constituiu uma fragilidade do Estado tanto na fase de concurso como na fase de execução do contrato.

e) Processo de aprendizagem não rentabilizado

No início do programa, o ritmo elevado de lançamento de concursos não permitiu amadurecer as experiências adquiridas, de modo a permitir incorporar os ensinamentos retirados nos concursos seguintes. Este contexto foi particularmente desajustado, tendo em conta que se tratava de matérias novas em Portugal (ainda que baseadas no modelo inglês, sobejamente citado em termos internacionais). Nestes casos, não se deve ter receio de errar, devendo-se, sim, avançar lentamente, de modo a ir corrigindo o percurso de forma progressiva. No programa de concessões rodoviárias pouco disso se fez, e os erros repetiram-se invariavelmente. Curiosamente, os contributos mais expressivos para a divulgação dos resultados do programa e melhoria do processo não vieram da entidade mais directamente responsável (EP), mas da Párpública e do Tribunal de Contas (*vide* TC, 2003 e

2005a e b). Esses contributos surgiram sob a forma de legislação e de recomendações na sequência de auditorias ao programa. Sem se pretender retirar o seu mérito, julga-se que pecam por escassez, revelando, por vezes, algum desajustamento por não reflectirem, na medida certa e atempadamente, as questões relativas aos problemas de gestão corrente dos contratos, nem a visão do lado privado.

f) Insuficiências na organização dos serviços do Estado

A ambição do programa de concessões rodoviárias contrastou com a precariedade dos meios afectos à sua coordenação, condução e gestão por parte do Estado. Com efeito, enquanto se avolumavam as concessões em concurso, projecto, construção e serviço, assistia-se a uma quase estagnação dos recursos humanos alocados ao seu controlo. Não é, pois, de estranhar que a qualidade e prontidão da resposta fornecida pelos serviços se fossem degradando. Regista-se também alguma inoperância das estruturas dirigentes para adaptar, de forma mais conveniente, os serviços às solicitações e responsabilidades que sobre eles imperam. Entre os resultados mais visíveis destas insuficiências podemos referir a dilatação dos prazos consumidos na contratualização de novas concessões, a notória fragilidade negocial nos processos de reposição do equilíbrio financeiro das concessões, a falibilidade do controlo dos níveis de tráfego, que constituem base dos pagamentos do Estado nas concessões SCUT e a ausência de um controlo mínimo das condições de exploração das auto-estradas, não estando sequer a ser cumpridas as disposições contratuais relativas a sinistralidade e disponibilidade, as quais eram precisamente uma das virtudes apontadas ao programa.

3.2.4 Recomendações

Não obstante os benefícios obtidos com a aplicação do modelo PPP, existe a consciência de que o mesmo não percorreu uma trajectória da forma mais adequada. Um dos principais problemas atrás referidos, que condicionou o seu mérito, diz respeito à interferência política na implementação das PPP, actividade que, após a fase inicial de estratégia e planeamento de índole político, é de cariz essencialmente técnico. Como medida de mitigação deste efeito julga-se que, por um lado, devem ser inseridas regras nos contratos que dificultem a introdução discricionária de modificações das condições de desenvolvimento das concessões pelo Estado e, por outro lado, obrigar ao recurso pelas concessionárias, a procedimentos de contratação concursal quando essas modificações são inevitáveis. Outro dos aspectos negativos mencionado relaciona-se com a falta de preparação técnica dos concursos, assim como se apontam as insuficiências na organização dos serviços do Estado. Perante o exposto, numa perspectiva há que desenvolver os estudos nas

várias vertentes até um estado que assegure um nível de conhecimento confortável aos agentes públicos, o que poderá ter o efeito suplementar de reduzir os riscos de concepção, contribuir para uma melhor preparação de propostas e permitir atrair mais concorrência. Noutra perspectiva, deve distinguir-se entre a flexibilidade de projecto, a qual, essa sim, deve efectivamente ser facultada aos parceiros privados, e o planeamento físico da rede, o qual se deve manter sempre do lado público, devendo os requisitos técnicos mínimos a respeitar pelos concorrentes ser fixados de forma mais estreita e imperativa. Afigura-se, portanto, imprescindível um maior esforço e cooperação entre os diversos *stakeholders*. Do lado da entidade EP, importa ainda que exista a consciência de que a sua responsabilidade ultrapassa a gestão corrente dos assuntos rodoviários, devendo desempenhar um papel na transmissão de ensinamentos para outros sectores. Refira-se também que urge, por tudo o referido, inverter a ideia de que no modelo de PPP, ao passar-se a gestão de serviços públicos para responsabilidade privada, o Estado se pode esvaziar dessas funções. Na realidade não é assim, a gestão delega-se, mas a responsabilidade não é de todo delegável. O Estado é sempre o responsável último perante o cidadão e não pode demitir-se das suas funções de supervisão, controlo e fiscalização. Deve, por isso, assegurar previamente à contratualização de uma concessão uma estrutura eficaz que assuma esse papel, assente numa profissionalização da actividade de gestão de contratos, com autonomia de acção e relativa independência do acompanhamento puramente técnico. Por último, saliente-se que o comparador público não foi em nenhum caso estimado, prejudicando a eficácia da PPP, devendo, como tal, ser previamente determinado para a realização de futuras PPP no sector dos transportes.

3.3 – Sector da água

3.3.1 Introdução

Em Portugal a responsabilidade da gestão dos serviços de água e de águas residuais (SAAR) era, até há pouco tempo, um exclusivo da administração local.⁸ O Decreto-Lei n.º 372/93 alterou a lei de delimitação de sectores, permitindo o acesso de capitais privados, anteriormente vedado à actividade neste sector. O Decreto-Lei n.º 379/93, na concretização daquela norma, definiu o regime jurídico de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes. O diploma permite a concessão pelo Estado (sem concurso)

⁸ O cenário é idêntico no que concerne à actividade de recolha e tratamento dos resíduos sólidos urbanos.

da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais a entidade pública de natureza empresarial ou a empresas de capital maioritariamente público, e ainda a concessão pelos municípios (sujeita a concurso público) da gestão e exploração dos sistemas municipais a empresas, sem olhar à titularidade dos seus capitais, e a associações de utilizadores. O Decreto-Lei n.º 147/95 regulamentou o regime jurídico da concessão dos sistemas municipais.

Em 1998, através da Lei n.º 58/98, foi aberta a possibilidade da transformação dos serviços em régie directa ou indirecta (serviços municipais e serviços municipalizados) em empresas municipais. Estas podem ser criadas segundo três formatos, mormente a empresa municipal pura, resultante da transformação do serviço em régie numa empresa municipal de capitais totalmente detidos por esse município, a originária na associação de vários municípios e a parceira com entidades de outra natureza, públicas ou privadas, não podendo o capital destas ser maioritário.⁹

Em 1997 foi criado o Instituto Regulador de Águas e Resíduos (IRAR). Os objectivos do IRAR consistem em assegurar a qualidade dos serviços prestados, supervisionar e garantir o equilíbrio do sector, nos termos do seu Estatuto e da lei. O IRAR tem funções relevantes em relação aos SAAR concessionados, designadamente, no que concerne à redacção do processo de concurso e do contrato de concessão e à supervisão da qualidade de serviço, ainda que não tenha atribuições de estabelecimento de preços e tarifas. Neste âmbito, o IRAR só se pronunciará caso seja necessário promover a reposição do equilíbrio económico-financeiro. O IRAR adopta o modelo *sunshine* da regulação da qualidade de serviço baseado na comparação, discussão e publicitação do desempenho dos serviços de água e de águas residuais concessionários, usando um conjunto de indicadores de desempenho como instrumento de *benchmarking* e uma classificação por um sistema de bolas, designadamente verde, amarela e vermelha em função do desempenho evidenciado pelas entidades gestoras.¹⁰

⁹ Refira-se que esta lei foi alterada recentemente pela Lei do Sector Empresarial Local (Lei n.º 53 de 29 de Dezembro de 2006), que entre as principais alterações dizem respeito à obrigatoriedade da realização de concurso público para a escolha de sócios privados, a sujeição a regulação sectorial quando esta exista (caso da água e dos resíduos) e a possibilidade do capital da entidade privada ser maioritário, ainda que o controlo tenha de continuar nas mãos do(s) município(s).

¹⁰ O uso de *benchmarking* nestes sectores assume uma importância fundamental, em virtude dos mesmos serem dotados de significativas falhas de mercado (e. g. monopólio natural, investimentos irrecuperáveis, informação assimétrica, externalidades e bens quase-públicos). Para uma discussão sobre as potencialidades da ferramenta de *benchmarking* neste sector, *vide* Marques e Witte (2008).

3.3.2 Experiências de PPP no sector da água em Portugal

No sector da água em Portugal as parcerias com o sector privado podem ser instituídas de duas formas, nomeadamente através de concessões (PPP do tipo puramente contratual) ou de constituição de empresas mistas (PPP do tipo institucionalizado).

Em relação ao primeiro formato de PPP referido, em Portugal, até Dezembro de 2007, foram realizados 31 concursos de concessão de sistemas municipais de água e de águas residuais (em “baixa”), correspondendo a 2,0 milhões de habitantes, quase 19 % do total da população residente para o abastecimento de água e 16 % para o saneamento de águas residuais. Nessa data tinham entrado em funcionamento 24 sistemas (próximo de 1,8 milhões de habitantes). Encontram-se vários processos concursais a decorrer, sendo expectável que até ao final de 2008 se alcance os 20 % de população servida por PPP do tipo contratual.

O quadro 2 ilustra os sistemas municipais concessionados em Portugal. Em simultâneo foram realizados alguns concursos cujo objecto foi o abastecimento de água em “alta” (e. g. Carvoeiro) ou o saneamento de águas residuais em “alta” (e. g. Covilhã).

Nos últimos anos, a modalidade de PPP referente à constituição de empresas de capitais mistos (PPP do tipo institucionalizado) tem ganho destaque crescente. Embora estas não deixem de ser empresas municipais (com capital maioritário do município), integram um sócio minoritário de natureza privada. Até Dezembro de 2007 foram criadas 3 empresas, encontrando-se mais 1 em fase final de adjudicação e 2 outras em concurso, envolvendo cerca de 500 000 habitantes no total. Várias outras entidades anunciaram também a opção por esta modalidade, encontrando-se em fase de preparação do concurso.¹¹

3.3.3 Análise das PPP efectuadas no sector da água

Conforme já enfatizado, as PPP, se correctamente instituídas e supervisionadas, podem constituir um modelo de desenvolvimento e organizatório muito eficaz na prestação de serviços públicos. Todavia, caso a redacção do contrato seja deficiente, não sejam criadas condições para a competição para o acesso ao mercado ou as obrigações de serviço público não sejam acauteladas e reguladas assim como a manutenção e melhoria da qualidade de serviço, esta pode tornar-se numa solução perversa. Em Portugal, e em relação ao formato das PPP referente às concessões,

¹¹ Refira-se que os municípios em Portugal têm aderido em massa à empresarialização dos serviços públicos através de empresas municipais. Mais de 20% da população é já servida por empresas municipais ainda que a modalidade predominante, até à data, seja aquela na qual o(s) município(s) detêm a totalidade do capital subscrito.

Quadro 2 – Sistemas municipais (“baixa”) concessionados

Sistema	Atribuições	População*	Empresa	Início	Período**
Mafra	Água	54 358	CGE de Mafra	1995	25
Fafe	Água	52 757	Indáqua Fafe	1996	25
Ourém	Água	46 216	CGE de Ourém	1996	25
Setúbal	Água e saneamento	113 934	Águas do Sado	1997	25
Planalto Beirão	Água	77 017	Águas do Planalto	1997	15
Figueira da Foz	Água e saneamento	62 601	Águas da Figueira	1997	25
Batalha	Água	15 002	Águas do Lena	1997	15
Trancoso	Água e saneamento	10 889	Águas do Teja	1997	25
Santo Tirso	Água	72 416	Indáqua S. Tirso	1999	25
Sta. M.ª da Feira	Água e saneamento	e 135 964	Indáqua Feira	1999	35
Valongo	Água e saneamento	e 88 005	Águas de Valongo	2000	30
Paredes	Água e saneamento	e 83 376	SBPAR	2000	30
Alcanena	Água	14 600	Lusáqua Alcanena	2001	15
Carrazeda	Água e saneamento	e 7642	Águas de Carrazeda	2001	30
Cascais	Água e saneamento	e 170 683	Águas de Cascais	2001	25
Gondomar	Água e saneamento	e 164 096	Águas de Gondomar	2002	25
Alenquer	Água e saneamento	e 39 180	Águas de Alenquer	2003	25
Paços de Ferreira	Água e saneamento	e 52 985	AGS P. Ferreira	2004	35
Barcelos	Água e saneamento	e 122 096	Águas de Barcelos	2004	30
Marco de Canavezes	Água e saneamento	e 52 419	Águas do Marco	2005	35
Matosinhos	Água e saneamento	e 167 026	Indáqua Matosinhos	2007	25
Vila do Conde	Água e saneamento	e 74 391	Indáqua V. Conde	2007	40
Abrantes	Saneamento	42 235	Abrantagua	2007	25
Campo Maior	Água e saneamento	e 8387	Áqualia C. Maior	2007	30

Outros sistemas já adjudicados: Elvas
 Outros sistemas em fase final de adjudicação: Azambuja
 Outros sistemas cujo concurso foi anulado: Vila Real, Penafiel, Lousada, Póvoa de Varzim, Tavira e Espinho
 * Censos 2001 (INE); ** Anos

embora o balanço seja positivo, nos 24 sistemas concessionados há exemplos menos conseguidos. Realce-se que este sector em Portugal não depende exclusivamente de uma regulação contratual, existindo uma entidade externa que regula o sector (IRAR). Mesmo assim, o traço mais marcante do cenário português consiste na presença de alguma desregulação do seu funcionamento, pelo menos na fase inicial. O crescente protagonismo do regulador (IRAR) nos últimos anos tem invertido esse sucedido, através do sistema de comparação e publicitação do desempenho das entidades gestoras concessionárias.¹² De qualquer forma, o

¹² Refira-se que o balanço dos últimos três anos de regulação tem sido muito positivo. A qualidade de serviço tem melhorado consideravelmente entre as entidades gestoras concessionárias. Porém, os preços têm também subido, visto que a entidade reguladora só intervém, neste âmbito, nas situações particulares referidas.

procedimento das PPP aquando da realização das concessões, em virtude da legislação sectorial produzida, é muito precário, não existindo uma correcta avaliação do risco envolvido e da sua partilha, nem a realização do comparador público e nem uma segunda fase de negociação e de melhoria das condições contratuais oferecidas. O município quando decide concessionar o seu SAAR fá-lo, na maioria dos casos, em situação limite de desespero (vítima do *scissors effect*), não por opção exclusivamente ideológica ou de maximização do *value for money*. Não efectua nenhum estudo de viabilidade económico/financeira (muito menos o cálculo do comparador) nem especifica convenientemente os serviços a concessionar (e. g. não conhece o cadastro em detalhe). Com os critérios de adjudicação normalmente pedidos, e que estão de acordo com a lei em vigor, não está garantida a comparabilidade das propostas e, por conseguinte, que seja seleccionada a melhor proposta e, o que é mais grave, incentiva a procura dos reequilíbrios financeiros.¹³ Além disso, existe naturalmente um problema de escala da maioria dos municípios, que complica a aplicação da procedimentalização das PPP imposta pelo Decreto-Lei n.º 86/2003 (e agora pelo Decreto-Lei n.º 141/2006). Numa publicação recente (Marques, 2005) são apontados alguns dos problemas que condicionam a eficácia das PPP no sector da água, designadamente: a) ausência de competição para o mercado efectiva; b) insuficiência e ineficácia de monitorização dos sistemas concessionados; c) falta de dimensão da maioria dos municípios e d) insuficiência de regulamentação. A acrescer a tudo isto, refira-se ainda que o Estado tem interesse como empresário no sector e que a sua regulação tem sido, de forma significativa, condicionada pelo deficiente estatuto do IRAR, quer pela sua falta de independência (orgânica e funcional) quer pela ausência de ferramentas de actuação que lhe permitam uma maior eficácia (Marques, 2006).¹⁴

No que concerne à segunda modalidade das PPP, referente à constituição de empresas mistas, a procedimentalização da sua operacionalização é mais próxima da de outros sectores, em conformidade com o documento normativo de cúpula das PPP (Decreto-Lei n.º 86/2003). Embora se registe apenas um número limitado de experiências e a obrigatoriedade de lançamento de concurso seja discutível [não obstante a recomendação da Autoridade da Concorrência (Recomendação n.º 2 de 2006) sobre a sua instituição], existe uma segunda fase de negociação, a qual

¹³ A legislação obriga que o critério da tarifa média tenha um peso mínimo de 70 %, mas não especifica regras para a sua determinação. Um concorrente pode idealizar um cenário irrealista de desenvolvimento futuro (e. g. estimativa de consumos), garantido, desta forma, a menor tarifa, mas simultaneamente estando protegido pela existência de renegociação do contrato se a variação dos consumos for diferente da prevista, acontecendo o mesmo com os investimentos. O Decreto-lei 147 de 21 de Junho de 1995 prevê também critérios qualitativos (e. g. segurança) que não devem ser objecto de negociação em serviços essenciais como o do abastecimento de água.

¹⁴ Refira-se que, independentemente do referido, o papel do IRAR, no âmbito das suas atribuições, nos últimos anos, tem sido positivo, aliás como atesta o relatório de auditoria do Tribunal de Contas sobre a regulação do sector da água em Portugal.

permite melhorar bastante a proposta inicial em favor da entidade pública. Porém, os mesmos problemas quanto ao comparador e à correcta partilha de riscos subsistem.

Por último, refira-se que para ambas as modalidades (concessão ou constituição de empresa mista) a etapa relativa à fase de concurso público é muito demorada. Normalmente, mesmo sem impugnação, é sempre superior a 1 ano, podendo chegar aos 5 anos, existindo uma probabilidade do concurso não ser adjudicado. Pelo contrário, a sua preparação e motivação são analisadas e decididas num curto espaço de tempo. Quase sempre, os concursos são lançados com muito pouca informação sobre os sistemas, objecto das PPP, o que prejudica não só a avaliação das propostas como mitiga os potenciais ganhos que o concedente poderia alcançar.

3.3.4 Recomendações

No sector da água as PPP têm sido relativamente bem sucedidas, ainda que os seus benefícios pudessem ser bem maiores. Uma das principais limitações, que requer maior atenção, constitui a preparação dos projectos de parceria. A existência de regulamentação específica, deficiente, e o facto de a sua promoção ser efectuada a nível municipal têm comprometido a sua eficácia e, por vezes, a sua própria sustentação financeira. A legislação deve ser alterada, no sentido de uma maior exigência ao nível de preparação dos projectos e do lançamento dos concursos públicos, ganhando-se também, simultaneamente, uma maior agilização na fase, quase sempre conturbada, de avaliação das propostas. Além disso, deve ocorrer uma maior sensibilização junto dos municípios, alertando para as vantagens da sua associação e do lançamento de projectos supra-municipais. As cláusulas contratuais devem igualmente assegurar a partilha adequada dos riscos, sobretudo das condições relativas à reposição do equilíbrio financeiro e o comparador público deve também ser sempre estimado, funcionando este como um *price cap* para os municípios. Os projectos só devem ser desencadeados após a definição dos objectivos na perspectiva dos *outputs* e da quantificação respectiva dos custos para os municípios, procurando-se, sempre que possível, promover as soluções inovadoras e os ganhos de eficiência. A qualidade de serviço deve ser contemplada na formação dos contratos, através de procedimentos objectivos e de fácil aplicação, premiando-se os melhores e penalizando-se os piores desempenhos. No sector da água os procedimentos de constituição das PPP estão muito longe do referido e desejável, esperando-se que os ganhos com as PPP pudessem ser superiores e, sobretudo, geradores de mais experiências de parcerias neste sector.

4 Conclusões

O presente documento procurou apresentar algumas reflexões sobre o modelo de contratação pública de PPP. Analisaram-se, no essencial, a sua aplicação em dois sectores (rodoviário e serviços de água e de águas residuais). A instituição deste formato de contratação possui muitas vantagens sendo, por isso, de incentivar. O seu potencial pode, no entanto, ser mitigado ou mesmo a sua implementação ser prejudicial, se as várias etapas das fases de projecto das PPP não forem desenvolvidas convenientemente. Nesta secção final

do documento são feitas algumas propostas a implementar em Portugal, que, com base na experiência dos autores, podem gerar diversos benefícios.

Propõe-se, em primeiro lugar, a criação de um Observatório para as PPP em Portugal que abranja todos os sectores. Em conformidade com o que se passa noutros países, a sua instituição conduz, não só a uma partilha de experiências e de conhecimentos a nível supra-sectorial, como aumenta a transparência e responsabilização destes processos, que, naturalmente, pela sua essência (serviços públicos) são de extrema sensibilidade para a opinião pública. Este Observatório não invalida as responsabilidades que as entidades sectoriais têm na matéria.

Em segundo lugar, deverá ser sempre estimado o comparador público. Esta ferramenta encontra-se já prevista desde do DL 86/2003, mas nem sempre tem sido aplicada, como é o caso do sector da água. Os procedimentos adoptados bem como os aspectos valorizados devem ser tornados públicos. Realce-se ainda que o comparador deverá corresponder ao *value for money* do projecto, integrando também os custos de natureza não financeira. Igualmente, a matriz de riscos deverá ser claramente conhecida.

Em terceiro lugar, o processo de concurso deve incluir uma minuta do contrato, definindo-se concretamente quais as cláusulas que são ou não negociáveis. Esta prática, já experimentada noutros países, permitirá a obtenção evidente de benefícios e contribuirá para a transparência dos processos.

Em quarto lugar, recomenda-se que sejam fixados, nos documentos do concurso ou numa fase prévia de admissibilidade, de forma rigorosa e imperativa, os requisitos técnicos mínimos a assegurar, promovendo o seu respeito a critério de exclusão de propostas. Só assim se evitará que sejam seleccionadas propostas desajustadas e se poderá conferir à avaliação um cariz preponderantemente financeiro, com benefícios para a sua objectividade e transparência. Neste particular deve ser desmistificada a ideia de que a transferência de risco e a responsabilidade têm de ser acompanhadas de uma total liberdade de concepção, devendo ser definida claramente a linha entre o planeamento e o projecto, nem que para o efeito se substitua o termo “concepção” por “projecto” no objecto dos contratos.

Por último, refira-se que as PPP não podem ser lançadas se não estiver definido e dimensionado *a priori* quem vai efectuar a monitorização e controlo da PPP, procurando-se que a gestão do contrato seja a mais profissionalizada possível. Neste contexto, deve também evitar-se que quem aprecia a gestão técnica desempenhe simultaneamente funções na gestão do contrato. Saliente-se que a avaliação do seu desempenho é fundamental para o sucesso da PPP, devendo-se, sobretudo, efectuar a comparação da *performance* com outras entidades do mesmo sector. Neste domínio não será demais recordar que a gestão se delega mas a responsabilidade não e que, por conseguinte, o parceiro público não pode, de forma alguma, demitir-se da regulação *ex post* das PPP.

Bibliografia

- CE (2004a). *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. COM (2004) 327. Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.
- CE (2004b). *Resource book on PPP case studies*. Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em http://ec.europa.eu/regional_policy/.
- CE (2005c). *Public-private partnerships and community law on public procurement and concessions*. COM(2005) 569. Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em http://ec.europa.eu/regional_policy/.
- Guasch, J. (2003) *Concessions: bust or boom? An empirical analysis of fifteen years of experience in concessions in Latin America and Caribbean*. Washington D. C.: Banco Mundial.
- Marques, R. (2005). *A regulação de serviços públicos*. Lisboa: Ed. Sílabo
- Marques, R. (2006). “A yardstick competition model for Portuguese water and sewerage services regulation”. *Utilities Policy*, V. 14, n.º 3, pp. 175-184.
- Marques, R. & Witte, D. (2008). “Toward a benchmarking paradigm in drinking water sector”. *Public Money & Management* (forthcoming).
- Posner, R. (1972). “The appropriate scope of regulation in the cable television industry”. *Bell Journal of Economics and Management Science*, V. 3, n.º 1, pp. 98-129.
- Quiggin, J. (2004). “Risk, PPPs and the public sector comparator”. *Australian Accounting Review*, V. 14, n.º 2, pp. 51-61.
- TC (2003). *Auditoria às concessões rodoviária em regime de portagem SCUT*. Relatório n.º 14/03 – 2ª Secção, Lisboa: Tribunal de Contas. Disponível em <https://www.tcontas.pt/>.
- TC (2005a). *Encargos do Estado com as parcerias público privadas: Concessões rodoviárias e ferroviárias*. Relatório de Auditoria n.º 33/05, Lisboa: Tribunal de Contas. Disponível em <https://www.tcontas.pt/>.
- TC (2005b). *Concessões rodoviárias em regime de portagem SCUT. Follow-up*. Relatório n.º 34/05 – 2ª Secção, Lisboa: Tribunal de Contas. Disponível em <https://www.tcontas.pt/>.
- TC (2006). O controlo externo das parcerias público-privadas. A experiência portuguesa. In *IV Assembleia Geral da Organização das ISC da CPLP*, Maputo, 19 a 21 de Julho.
- Williamson, O. (1976). “Franchising bidding for natural monopolies – in general and with respect to CATV”. *Bell Journal of Economics*, V. 7, n.º 1, pp. 73-104.
- Williamson, O. (1985). *The economic institutions of capitalism: Firms, markets and relational contracting*. Nova Iorque: Free Press.