



Oswaldo Kidi Cambundo

Os contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos em Angola: um olhar sobre a nova lei. Lei nº 9/16 de 16 de junho

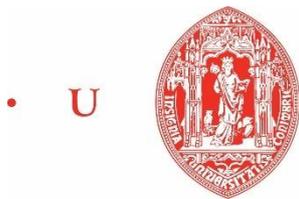
Dissertação de Mestrado em Direito na Especialização em Ciências Jurídico-Forenses,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Lício Lopes Martins

Maio 2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Oswaldo Kidi Cambundo

Os contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos em Angola :

um olhar sobre a nova lei.

Lei nº 9/16 de 16 de junho

The public works, supply and services contract in Angola:

from a new law perspective

9/16 law on June 16, 2016

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de estudos em Direito conducente ao grau de mestre, na especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientador: Lício Lopes Martins

Coimbra, 2018

Em memória do meu pai Justo Manuel Cambundo,

ausente, mas sempre presente.

Agradecimentos

Ao senhor professor Doutor Lícínio Lopes Martins, pela sábia e excelente orientação, pelo rigor e exigência que definiu como critério para elaboração desta dissertação, bem como o incentivo que sem saber fez despertar o meu interesse no Direito Administrativo através da forma como ministrava as suas aulas na licenciatura e no mestrado.

Á minha Mãe, pela força, apoio, coragem e determinação que me foi transmitindo ano após ano. Aos meus irmãos Emiliana, Emilia, Elsa, Venâncio, Carolina e Florinda por todo o apoio que me têm dado.

Ao meu tio Fernando Graça, pelos apoios, conselhos, força e sobretudo pela confiança que sempre depositou e continua a depositar em mim.

Agradecimento especial para a minha companheira Diana Rocha, pela companhia sempre em tudo, nas noites perdidas em várias salas de estudo, pela paciência incansável de ler varias vezes o meu trabalho. Agradeço também aos senhores Carlos Rocha e Lurdes Rocha por todo o apoio.

Á minha prima Judite dos Santos, pela força, incentivo e apoio que me deu desde os primeiros momentos da vinda para Portugal e ao longo da minha formação.

Agradecimento especial para as Fundações Rangel de Sampaio e Francisco Salgado Zenha, pelo importante papel que desempenharam ao longo da minha formação académica; licenciatura e mestrado.

Ao instituto Universitário Justiça e Paz pela disponibilidade incondicional sempre dos apoios prestados.

Á faculdade de Direito da Universidade Katyavala Bwyla, pela seleção dos contemplados para a vinda a Portugal e pelo apoio prestado durante a minha licenciatura.

Um agradecimento especial aos meus amigos e colegas de faculdade, Elzo dos Santos, Cipriano Dassala, Ulica Bravante, Odair Mchado, Garcia Chilundamo, Gabriel Mbilingui,

Alegria Chilekase, Marcio Cardona, Belarmino Antonio, Josias Niuca e Abel Chicunha; eles que se tornaram a minha família em Coimbra.

Por último, mas não menos importante, a todos aqueles que de forma direta ou indireta estiveram presentes em todo o meu percurso académico, o meu obrigado.

Resumo

O Estado angolano tem vindo a dar sinais de melhoramento no ramo da contratação pública, e para o efeito, têm sido aprovados diversos diplomas que visam aperfeiçoar este setor.

É verdade e são inquestionáveis os sinais dados, mas também é preciso dizer que a queda do preço do petróleo no ano de 2014 influenciou a que o Estado angolano tomasse certas medidas em alguns dos setores chave, como por exemplo o das finanças e o da economia. Como é obvio isto teve repercussões em toda a estrutura do Estado.

É fácil perceber a influência que teve a queda do preço do petróleo na economia angolana, basta pensar na excessiva “*petrodependencia*” a que Angola estava acostumada. Com o petróleo muito abaixo do preço normal, o Estado tinha que se reinventar, e assim o fez através da “uniformização” no setor da contratação pública, revogando a Lei nº 20/10 de 7 de setembro, Lei da contratação pública, e aprovando a Lei nº 9/16 de 16 de junho, Lei dos contratos públicos.

Apesar do grande avanço que se tem vindo a dar em termos de contratação pública, subsistem ainda algumas lacunas e imperfeições do regime que chamaram a nossa atenção, e é nisto que nos centraremos.

Palavras chaves: Estado angolano, contratação pública, imperfeições de regime, Lei dos contratos públicos, petróleo.

Abstract

The Angola' state has been improving the public procurement sector by reforming the legal framework. There is undeniable and unquestionable great achievement. However, the impact of the fall in the oil price in 2014 lead to changes in the essential sectors in Angola such as, the economics and finance. Therefore, it had an impact on the state' structure.

The impact of the fall in the oil price in the Angola' economy is well perceived thought the idea of the "largely oil-driven" perspective. In response to the drop in the oil price, the Angola government implemented measures and reforms in the legislations focused on the public procurement sector. Therefore, the law 20/10 of September 7, 2010 is now superseded by the law 9/16 law of June 16, 2016 on public procurement.

Despite the current achievement on public procurement, some imperfections and gaps are yet to be fulfilled. We aim to propose sustainable measures in order to influence considerable changes in the public procurement legal framework.

Keywords: Angola state, public procurement, state' imperfections, law on public procurement, oil.

Siglas e abreviaturas

Al – Alinea

Art – Artigo

Arts – Artigos

Cf. – Conforme

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CCP – Código dos Contratos Públicos

CRA – Constituição da República de Angola

CRP – Constituição da República Portuguesa

CEE – Comunidade Económica Europeia

CE – Comunidade Europeia

COT - Construção, Operação e Transferência

CPO - Construção, Propriedade, Operação

DC – Diretiva Comunitária

DUE – Direito da União Europeia

DL – Decreto Lei

DR – Diário da República

Ed. – Editora

EM – Estados Membros

FNLA – Frente Nacional para Libertação de Angola

IUC – Imprensa da Universidade de Coimbra

TJ – Tribunal de Justiça

EOP – Empreitada de Obras Públicas

LCP – Lei dos Contratos Públicos

Lda – Limitada

MPLA – Movimento Popular de Libertação de Angola

NLCP – Nova Lei da Contratação Pública

UE – União Europeia

UNITA – União Nacional para Independência Total de Angola

NPAA – Normas do Procedimento e da Atividade Administrativa

Nº - Número

OCDE - Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico

OM - Operação e Manutenção

p – paginas

PPP – Parceria Público-Privada

PCO - Projeto, Construção e Operação Projeto

PCFO – Projeto, Construção Financiamento Operação

SCUT – Sem custos para o utilizador

SS – Seguinte

V - Ver

SUMÁRIO

Resumo.....	5
Abstract.....	6
Siglas e abreviaturas.....	7
I. INTRODUÇÃO	11
II. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	16
2.1. Evolução histórica das concessões administrativas	21
2.2. Concessões segundo as diretivas europeias	24
2.2.1. Concessão de obras públicas no DUE.....	26
2.2.2. Concessão de serviços públicos no DUE.....	26
III – O CONCEITO DE CONCESSÃO DE OBRAS E DE SERVIÇOS PÚBLICOS	30
3.1. As concessões no direito interno dos Estados membros da UE.	30
3.1.1. Concessão de obras públicas no Direito português (art.426º - 428º do CCP).....	31
3.1.2. Concessão de serviços públicos no Direito português (art.429 e 430 do CCP).....	34
3.2. As concessões no Direito angolano	36
IV. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E AS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS	39
4.1. Introdução	39
4.2. Delimitação das PPP	42
4.2.1.PPP institucionalizada.....	44
4.2.2. PPP contratual	45
4.3. Empreitada de obras públicas	45
4.3.1. Empreitada de obras públicas no direito da união europeia.....	47
4.3.2. Empreitada de obras públicas no Direito português	49
4.3.3. Empreitada de obras públicas no Direito angolano.....	50
V. OS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS: “UM OLHAR SOBRE A NOVA LEI”.....	53
5.1. Introdução	53

5.2. Os contratos de concessão de obras e serviços públicos na NLCP, Lei nº 20/10 de 7 de setembro.....	53
5.3. Os contratos de concessão de obras e serviços públicos na LCP, Lei nº 9/16 de 16 de junho.	57
5.3.1. Inadequação do regime aplicável as concessões.	57
5.3.2. Ausência da partilha do risco na LCP	65
VI. CONCLUSÃO	71
Bibliografia	73

I. INTRODUÇÃO

Esta abordagem insere-se precisamente no âmbito da dissertação da tese de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na especialidade em Ciências Jurídico-forenses, cujo centro problemático são **os Contratos de Concessão de Obras e de Serviços Públicos em Angola; um olhar sobre a nova lei, lei n° 9/16 de 16 de junho.**

É imperioso perceber antes de tudo, que a presente dissertação, tem cariz estritamente académico e científico, fruto de uma investigação virada apenas para o desenvolvimento do tema em questão, por isso, não obstante alguns pontos críticos que vão surgindo ao longo do desenvolvimento da dissertação, a verdade é que ignoramos toda e qualquer questão política e ou partidária.

O gosto pelo Direito Administrativo, em particular o estudo do Direito dos Contratos Públicos como cadeira opcional da licenciatura em Direito, e as cadeiras de Direito Público I e II no ano curricular do Mestrado em Direito na especialidade de Ciências jurídico-forenses, foram entre outras as grandes razões motivadoras que influenciaram de forma decisiva na escolha deste tema que a meu ver é de suma importância.

Além das razões académicas, razões de carácter pessoal e patriótico serviram também de incentivo para a escolha deste tema.

Entendo que o Direito Administrativo em geral é uma área que necessita de ser muito trabalhada na realidade angolana, neste sentido, entendo que como angolano que sou, formado em Direito, me sinto na “obrigação” de contribuir positivamente no debate de uma das áreas deste ramo, foi assim que escolhi este tema, *contratos concessões de obras e de serviços públicos em Angola.*

A atuação de algumas Empresas de recolha de resíduos sólidos nas Capitais das províncias angolanas, o funcionamento das Empresas de limpeza, o fornecimento de alimentos nos Hospitais angolanos, o fornecimento de água e energia elétrica, a manutenção das autoestradas, os transportes públicos etc, são serviços que muitas vezes deixam a desejar, e, como tal, fazem suscitar no seio da sociedade, dos mais atentos pelo menos, perguntas que muitas vezes ficam sem respostas, e, neste sentido, sendo eu parte integrante desta mesma

sociedade, não é um assunto ao qual poderia ficar indiferente. É claro que estas questões motivam o lado mais curioso e crítico de qualquer cidadão que anseia ver esses serviços a funcionar com a devida normalidade e eficiência. A ansiedade é tanta, que, à medida que os cidadãos vão conhecendo outras realidades, vão procurando saber mais para melhor compreenderem o porquê de, em determinados países, certos serviços serem garantidos com eficiência e no nosso país pelo contrário, ou simplesmente não são garantidos, ou se forem não se compreende o seu funcionamento pela tamanha debilidade que lhe-é característico.

Com efeito, muitos são os que procuram dar respostas às perguntas para às quais até agora não encontram; tais como, em que termos são celebrados os contratos de concessão? Em que condições? Então porquê que muitas vezes os serviços prestados à base de contratos de concessão são caracterizados por uma grande debilidade? Quem fiscaliza esses contratos de concessão?

Estas são muitas das questões às quais ao longo da tese vamos procurar responder, tentando compreender algumas especificidades em torno das concessões em Angola e apresentar o nosso ponto de vista como forma que encontramos de contribuir no ramo.

A viver em Portugal há mais de seis anos, o desejo de regressar a Angola, minha *terra natal* é enorme, mas, não gostaria de voltar sem levar um pouco do muito que aqui aprendi, sendo uma das coisas mais importantes que daqui levo: *o conhecimento científico*. Conhecimento este que de alguma forma pode contribuir para o desenvolvimento da nossa terra, *Angola*. Este contributo, passa (*no nosso caso*) necessariamente por fazer um estudo minucioso numa das áreas que pouco se estuda e pouco se ensina, *a área da contratação pública*.

Com efeito, as categorias dos contratos que neste trabalho serão desenvolvidos, inserem-se no âmbito dos contratos públicos previstos no art. 1º, nº 2, do CCP¹, apesar do conceito de Contratos públicos plasmado no CCP português se afastar do conceito previsto na Diretiva 2014/24/UE respetivamente no art. 1º, nº 2².

¹ Código dos contratos públicos português.

² *Vide*, GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos, Almedina – p. 24 e 25.

Importa desde logo frisar, que o conceito referido não abrange todos os contratos da Administração Pública³, desde logo, os contratos de concessão de obras e de serviços públicos, que têm o seu regime jurídico regulado na Diretiva 2014/23/EU⁴.

A abordagem deste tema tem como objetivo, aprofundar mais o estudo sobre as concessões em Angola uma vez que tem sido uma área que sofre constantes alterações legislativas, e por ser uma área de extrema importância para o desenvolvimento de qualquer Estado. É também objetivo deste trabalho compreender o seu regime jurídico, e desta forma entrar na discussão e contribuir no debate em torno das concessões que é um dos modelos contratuais mais utilizados pela maioria dos Estados⁵.

É importante deixar desde já a ideia geral de que, estamos perante *categorias típicas de contratos administrativos*, cuja essência contratual é a atribuição de responsabilidade ao cocontratante para a realização de atividades públicas em que este substitui a Administração. Dito de outro modo, o que está em causa nestes contratos é o “despir-se” (não no todo) por parte do Estado de algumas atividades que se entende a nosso ver, serem melhor realizadas e desenvolvidas por entidades privadas, pelas razões que mais à frente veremos.

Posto isto, importa agora fazer uma breve referência daquilo que será o nosso percurso de estudo ao longo desta dissertação.

Em relação à organização e estrutura deste trabalho, importa dizer que se encontra dividido em partes, mais concretamente em três partes, sendo que, na **Primeira parte** (I) trataremos de questões mais históricas, abordando a evolução histórica dos contratos administrativos em geral, e em particular o caso das concessões administrativas. Neste ponto será também analisado o contributo de algumas Diretivas Europeias no âmbito da contratação pública, tais como a Diretiva nº 93/37/CEE e a Diretiva 2004/18/CEE revogada pela Diretiva nº 2014/24/EU relativa aos contratos públicos e a Diretiva nº 2014/23/EU relativa a adjudicação de contratos de concessão, todas do Parlamento europeu, entre outras.

³ GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos, Almedina – p. 25

⁴ Diretiva 2014/23/UE

⁵ O modelo concessivo na realidade europeia está muito presente, e tem impulsionado outros países fora da união europeia.

Na **segunda parte** (II) trataremos de definir e desenvolver os conceitos de concessão de obras e de serviços públicos. Serão ainda objeto de análise e desenvolvimento; servindo como base de comparação, os conceitos europeus sobre os contratos de concessão, particularmente o conceito destes contratos no Estado português, sendo a realidade que melhor conheço tendo-me formado em Portugal e por historicamente haver uma ligação muito forte deste país com Angola. Nesta parte abordaremos também a problemática dos contratos de *colaboração*, *coordenação* e *atribuição*, para que nos permita fazer o enquadramento dos contratos de concessão na respetiva categoria. Por fim, faremos referência à evolução legislativa dos diplomas aprovados em matéria de contratação pública em Angola e a alguns contratos de concessão celebrados em Angola no período colonial.

Esta segunda parte será ainda dedicada ao tratamento do modelo mais utilizado na prática concessiva, e outras figuras contratuais que mais se assemelham aos contratos de concessão de obras e de serviços públicos. Referimo-nos às Parcerias Público-Privadas ou simplesmente PPP, dentro das quais ainda faremos uma distinção entre PPP Institucionalizada as PPP Contratuais; e às Empreitadas de obras Públicas.

A **terceira parte** (III), consiste no centro problemático do presente estudo, dedicando-se ao tratamento das diferenças existentes entre a antiga «*Lei da Contração Pública de Angola*» e a nova «*Lei dos Contratos Públicos de Angola*», no que respeita aos contratos de concessão, salientando os progressos da nova lei, pese embora alguns aspetos fiquem aquém do que qualquer ordenamento atual possa exigir em matéria de contratação pública e que também serão alvo duma reflexão crítica.

Reservamos ainda nesta última parte a conclusão, fruto do resumo de todo o nosso trabalho que permitirá tirar algumas ilações próprias sobre como se processam estes contratos em Angola, e tentar de alguma forma deixar o meu contributo, de acordo com todo o conhecimento adquirido ao longo do curso e ao longo da feitura deste trabalho.

Parte I

II. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O termo contrato já é conhecido por quase todos nós, mas os contratos administrativos têm uma particularidade⁶ que lhes é própria⁷.

Contrato é em poucas palavras, o encontro de vontades convergente das partes contratantes, é essencial que a declaração de vontade de ambas as partes seja condição da sua existência, também assim o entende MARCELO REBELO DE SOUSA, dizendo o autor que no contrato Administrativo a manifestação de vontade de ambas as partes surge como requisito da existência e da validade do ato e não apenas da sua mera eficácia⁸. O CCP aprovado pelo Decreto-lei 442/91 de 15 de Novembro, já fornecia um conceito muito próximo àquele que acabamos de ver, este diploma definia o contrato Administrativo no seu art. 178º, nº 1, da seguinte forma: “contrato administrativo é o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”.

Dada as sucessivas alterações no CPA, hoje, este limita-se a dizer no seu art. 200º, nº 2, que “ são contratos administrativos os que como tal são classificados no Código dos Contratos Públicos ou em legislação especial”.

No Direito angolano⁹, o conceito de contrato administrativo vem previsto no art. 120º nº 1 do Decreto-Lei n.º 16-A/95 de 15 de Dezembro, definindo-o como o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de direito público entre Administração e um particular tendo como finalidade a realização de um interesse público. No nº 2 apresenta-se o leque daqueles que são considerados contratos públicos, dos quais constam os de concessão de obras e serviços públicos nas alíneas b) e c) respetivamente.

⁶ FREITAS, Lourenço Vilhena de, “existiram historicamente dois modelos de contrato de direito público, por um lado, o modelo de matriz francesa de contrato administrativo, que irradiou para Espanha, Portugal e Brasil, este é mais amplo na medida em que incorpora muitos tipos contratuais. Por outro lado, existe o modelo alemão e italiano de contrato de direito público. Direito dos Contratos Públicos e Administrativo. Ed. AAFDL, 2014, p. 36 e 37.

⁷ A doutrina não tem conseguido uma base de entendimento quanto a natureza do contrato público designadamente na sua conjugação com o contrato administrativo... SILVA, Jorge Andrade da, Código dos Contratos Públicos comentado e anotado, 2ª Ed. Almedina, 2014, p

⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Concurso Público na Formação do contrato administrativo, Lisboa 1994 Edições Jurídicas, p. 15.

⁹ CRAVEIRO Lara, Contratação Pública em Angola, Quid Iuris 2015, p. 51-56

Concordamos com os ensinamentos de FERNANDA PAULA OLIVEIRA e JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, quando afirmam que a noção de Contrato Público é, bastante ampla, abrangendo não apenas a espécie do Contrato Administrativo, mas admitindo a existência de contratos que assumem natureza jurídica privada¹⁰.

Pese embora o DL 16-A/95 elenque aqueles que são considerados contratos públicos, numa espécie de taxatividade, importa dizer que este não é o nosso entendimento, até porque nos parece muito redutor o conceito dado por aquele DL, entendemos sim, que deve ser visto numa perspectiva mais ampla, e não reduzir ao conceito previsto no DL 16-A/95, pelo que esta definição dada pelo DL não esgota a ideia de contrato público.

O termo “contrato” é originário do *Direito civil*¹¹, por isso para que o contrato existisse era necessário o encontro de vontades convergentes que atrás referimos. Se as coisas se passavam desta forma no direito civil, era legítimo que se *questionasse como é que se manifestava a vontade da Administração pública*, sendo ela entidade pública, isto porque, nos contratos de direito privado há e sempre houve igualdade e liberdade contratual entre as partes¹², o que segundo alguns Autores, não acontece nos contratos celebrados entre uma entidade pública e privada, na medida em que a paridade não é aquela que conhecemos no direito civil.

Importa porém referir, que o facto da Administração passar a contratar não nos pode dar a entender que ela deixa de ser uma Administração de autoridade, ou seja, ela reserva o seu *ius imperii*, pelo que apenas se trata de um poder discricionário que lhe é conferido, de escolher uma forma de atuação convencional ou negocial; no caso uma atuação através de um contrato administrativo¹³. Como é sabido por quase todos nós, todas as sociedades são formadas por um conjunto de pessoas; pessoas estas que compõem a *população* como um dos elementos constitutivo do Estado, além do território, do governo e da soberania.

Neste sentido, para explicar a forma como se manifesta a vontade da administração nos contratos públicos, socorremo-nos concordantemente das palavras de ANTONIO MOREIRA BARBOSA DE MELO, quando afirma que a ordem jurídica do Estado se

¹⁰ OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina 2013, 3ª Edição p. 58

¹¹ *Idem*, FREITAS, Lourenço Vilhena de, p.37

¹² V. MELO Pedro, *A distribuição do Risco nos contratos de concessão de obras Públicas*. p. 18 e 19 Almedina

¹³ V. PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do contraente público no CCP*, p. 13 Coimbra Editora

reconduz à “*reunião das vontades particulares*”, significa isto dizer por um lado, que qualquer autoridade no exercício da *suma potesta*, está vinculada no mínimo, a elaborar as suas decisões como se elas fossem obra da vontade reunida de todo o povo, e por outro lado, qualquer súbdito fica obrigado até onde queira ser cidadão a considerá-las como se ele próprio tivesse participado na elaboração delas¹⁴, portanto, a pergunta que atrás se colocou encontra aqui resposta. Dito de outro modo, uma vez que o Estado se reconduz à reunião das vontades particulares, então as entidades tidas legalmente como adjudicantes; previstas no art.2º, do CCP português e no art.6º, da LCP angolana; desde que celebrem contratos que revistam natureza administrativa; são entidades que em nome das vontades particulares manifestam a vontade da Administração pública nestes contratos.

Nos primórdios, a atividade contratual da Administração pública, deveu-se ao facto de existir obras e serviços aos quais ela só por si não conseguia dar respostas. Dado as dificuldades de meios económicos, financeiros, técnicos e tecnológicos, a Administração viu-se na obrigação de recorrer à ajuda ou colaboração dos particulares para a auxiliarem nestas tarefas.

Convém porém elucidar que tradicionalmente a teoria do contrato administrativo desenvolveu-se em três fases, sendo que, limitar-nos-emos apenas a cita-las. A primeira fase estava subdividida em dois critérios, o da jurisdição competente e o critério da forma e formalidades do contrato.

A segunda é a fase da substantivação do contrato, tendo sido subdividida em seis critérios, sendo eles: o critério da natureza das partes, o do fim de utilidade pública, o do objeto do serviço, o da sujeição, o das cláusulas exorbitantes e por fim o das cláusulas mistas, exorbitantes e ou serviço público.

A terceira e última fase, é segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO, a fase do conformismo e regresso às origens, tendo sido esta fase subdividida em dois critérios, o do regime jurídico e o do ambiente¹⁵.

¹⁴ V. A. M. Barbosa de Melo, Estudo de Contratação Pública – I p. 7. Coimbra Editora

¹⁵ V. ESTORNINHO, Maria João. Direito Europeu dos Contratos Públicos, Almedina, p. 134 - 153

A figura dos contratos administrativos, não foi aceite com facilidade¹⁶ ou ligeireza, como se pode imaginar, ela passou por períodos de bastante oscilação, chegando mesmo a ser rejeitada por alguma doutrina, principalmente a doutrina alemã. DIOGO FREITAS DO AMARAL cita os Autores *Jellinek, Fleiner, Laband e Otto Mayer*, como os principais defensores da ideia de negação da admissibilidade do contrato no direito público. A ideia da negação apareceu também pelo facto de alguns Autores julgarem haver uma incompatibilidade e divergência entre o contrato e a atuação de uma Administração de autoridade. A doutrina alemã teve esse olhar negativo relativamente à autonomia da figura do contrato Administrativo, tudo por causa do interesse público, chegando mesmo a afirmar que *o poder público não é negociável*, PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA cita OTTO MAYER como um dos Autores que revelou resistência a qualquer tipo de contratualização pública da atividade administrativa¹⁷. Estes Autores, apresentavam algumas razões para fundamentar as suas pretensões, alegando como primeiro argumento, o facto de o Estado ser soberano e por isso não se puder vincular por contrato diante de particulares, em segundo lugar, afirmavam que o contrato pressupõe igualdade entre as partes, algo que só pode existir no direito privado, (como vimos não é bem assim, na medida em que as entidades adjudicantes manifestam a vontade da Administração de que haja igualdade entre elas), e por ultimo defendiam que é possível aceitar uma figura idêntica ao contrato, mas que seja específica do direito público¹⁸.

A ideia defendida pela doutrina alemã, foi rapidamente rejeitada pelos contratualistas, digo, aqueles que aceitam e defendem a ideia de uma Administração contratante, rejeitam-na argumentando que nem toda a Administração Pública é o Estado, ao lado do Estado existem outras entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria e que não são soberanas, argumentam também com maioria de razão, *a nosso ver*, que o Estado quando atua no âmbito do direito administrativo, não é o Estado-soberano, ou seja, não atua enquanto Estado soberano, mas sim como Estado-Administração¹⁹.

Por um lado, questionava-se a igualdade contratual entre as partes, sendo que uma era pública e a outra era privada, não se compreendia até que ponto haveria igualdade

¹⁶ V. Mais sobre este ponto, SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Concurso Público na Formação do contrato administrativo, Lisboa 1994 Edições Jurídicas, p. 9-32

¹⁷ V. PEREIRA, Pedro Miguel Matias. O Poder do Contraente Público no CCP. Coimbra Editora- p. 14

¹⁸ AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo Vol. II, Almedina, p. 504 e 505.

¹⁹ Idem, AMARAL, Diogo Freitas do, p. 506-509.

negocial, na medida em que o Estado iluminista tendeu a configurar-se como “*o senhor absoluto de todos os assuntos públicos*”²⁰, por outro lado, questionava-se a vinculação à legalidade, a autoridade administrativa e a sujeição ao interesse público na medida em o interesse público era o traço caracterizador da atividade administrativa²¹.

Relativamente a este ponto, convém referir que, tal como acontece nos contratos de direito privado, o contrato administrativo apesar de ser contrato público, deve supor o carácter voluntário de modo que tenha uma das características fundamentais dos contratos, que é a liberdade contratual das partes, pois, só assim será um verdadeiro contrato. Relativamente à igualdade e liberdade das partes pensamos que não subsistem dúvidas quanto a isso, desde que haja deveres e obrigações para ambas as partes, e desde que se tenha em conta tudo que dissemos em relação a manifestação de vontade daquelas entidades do art.2º, do CCP e art.6º da LCP.

No tocante à modelação ou contornos do contrato, verifica-se algumas restrições, isto porque muitas vezes o conteúdo contratual já resulta da lei ou de regulamentos, o que poderá implicar uma redução negocial entre as partes na medida em que aqueles normativos revestem carácter imperativo²². A nosso ver, a posição adotada pelo CCP parece-nos certa, pelo que, não concordando com a ideia de equiparar no todo o contrato público ao contrato de direito privado, pelo que, deve estar sempre presente as características próprias que separam estas duas figuras contratuais. Uma ideia contrária a esta seria, a nosso ver, subverter as características originárias do poder da Administração que está fortemente vinculada ao dever de uma boa Administração.

Data desde os anos 70 do século passado que a União Europeia tem vindo a desenvolver mecanismos respeitantes à contratação pública; razões de eficiência e rapidez podem ter estado na base para a mudança de paradigma.

Com efeito, para compreender a evolução histórica da atividade contratual da Administração, é mister perceber o paradigma que tomou o Estado Liberal. Ao contrário do Estado iluminista que era claramente intervencionista, ordenador e chamado a atuar pelos

²⁰ V. A. M. Barbosa de Melo, Estudo de Contratação Pública – I p. 11. Coimbra Editora

²¹ V. ANDRADE, Carlos Vieira De. Lições de Direito Administrativo, 4ª Edição p, 254. Imprensa da Universidade de Coimbra.

²² V. PEREIRA, Pedro Miguel Matias. O Poder do Contraente Público no CCP. Coimbra Editora- p. 15,16 e 17

métodos despóticos das luzes, o Estado liberal à medida que o tempo passava, algumas atividades deixavam de fazer parte das tarefas que tinham de ser levadas a cabo necessariamente pela Administração, o que levou de certo modo a que a Administração passasse a contratar, talvez por insuficiência de meios humanos, técnicos ou mesmo financeiros.

Um aspeto importante a reter, é o facto de a contratação por parte da Administração pública ter surgido por razões de necessidades e não de forma privilegiada como alguns Autores afirmam, certo é que, essa necessidade apareceu por haver obras e bens e serviços dos quais a Administração precisava e não conseguia só por si satisfazer²³.

Houve também como nos escreve MARIA JOÃO ESTORNINHO “momentos em que a Administração Pública recorreu à colaboração dos particulares para que estes a ajudassem a desempenhar atividades de prestação de bens e serviços, isto verificou-se numa época em que, a Administração considerando-se guardiã do interesse público, pretendeu conservar aquilo que, de uma forma egoísta, entendia ser seu monopólio, mas que no fundo não conseguia dar resposta satisfatória”²⁴.

2.1. Evolução histórica das concessões administrativas

Através das concessões Administrativas²⁵, passou a existir um verdadeiro fenómeno substitutivo, ou seja, as tarefas que eram levadas a cabo pela Administração pública que, como vimos tinha o monopólio, passam nesta fase a serem levadas a cabo por particulares através de concessões²⁶. No mesmo sentido, DIOGO FREITAS DO AMARAL E LINO TORGA ao caracterizarem a natureza do contrato administrativo, referindo-se às concessões e baseando-se no art.178º, nº 1 CPA de 1991, já afirmavam que as concessões têm por objeto a transferência para um particular do exercício de uma atividade pública legalmente

²³ V. ESTORNINHO, Maria João. Direito Europeu dos Contratos Públicos, Almedina, p.127, 128

²⁴ V. ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Almedina 2012, p. 16

²⁵ GONÇALVES, Pedro, Concessão de Serviços Públicos, Almedina, 1999, p. 49-60

²⁶ V. ESTORNINHO, Maria João. Direito... Almedina 2006, p. 128

reservada à Administração e que o concessionário desempenhará por sua conta e risco tais contratos, mas sempre tendo em conta o interesse geral²⁷.

Os casos que deram origem em grande escala às concessões administrativas e que muitas vezes são referidos por alguns Autores, surgido com o Estado liberal do século XIX, são, os contratos para construção de caminhos-de-ferro, contratos no setor das telecomunicações, no setor das águas²⁸, assim como também o setor da energia elétrica.

As concessões viveram períodos de crise, sobretudo nos meados e finais do século XX, que se justificou pelas conceções ideológicas que suportavam o Estado social administrativo²⁹ dessa época, em que as funções de gestão dos grandes serviços públicos eram assuntos do Estado.

Ainda nos finais do século XX, as concessões tomaram um novo rumo, surgindo como uma técnica ao serviço da “estratégia de privatização”, coerente com o Estado regulador³⁰. Enfatizando essa ideia, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, apontam como momento do apogeu das contratações públicas o fim da Segunda Guerra Mundial, o advento do Estado social e as modernas realidades da Administração prestacional³¹. No mesmo sentido, PEDRO MELO considera que o século XIX tem sido apontado como o século das “grandes concessões” sendo que, nesta altura já estava afastada a ideia de privilégio que era associado às concessões, pelo que, a concessão passou a corresponder ao fenómeno da substituição do Estado por entidades particulares na prossecução de tarefas do interesse público³². Na mesma ordem de ideias vai PEDRO GONÇALVES, afirmando que a concessão de serviços públicos começou por ser essencialmente um expediente de natureza financeira, um modo de instalação de infraestruturas públicas à custa de dinheiros privados³³. Esta substituição do Estado pelos parceiros privados através da técnica concessória como se pode ver, não foi apenas pelo facto de os agentes privados terem melhores técnicas de trabalho ou estarem melhor

²⁷ Mais sobre este ponto vide, Estudos sobre concessões e outros atos da Administração. AMARAL, Diogo Freitas do, e TORGA, Lino, Almedina 2002, P, 24-25.

²⁸ Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Coimbra, 2015, por: ANJOS, Joana Catarina Neto dos, Contrato de Concessão de Serviço Municipal de água. p. 11-21

²⁹ V. GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos, Almedina – p. 499

³⁰ *Ibidem...*, GONÇALVES, Pedro Costa

³¹ V. SOUSA, Marcelo Rebelo De/Matos, André Salgado De. Contratos Públicos-Direito Adm. Geral Tomo III – Publicações Dom Quixote, p. 16

³² V. MELO Pedro, A distribuição do Risco nos contratos de concessão de obras Públicas. p 31 a 35 Almedina

³³ GONÇALVES, Pedro, Concessão de Serviços Públicos, Almedina, 1999, p. 101-104

preparados para a realização de tais tarefas do Estado, foi sim, como enfatiza PEDRO GONÇALVES, um instrumento de publicitação de certas atividades económicas, que torna possível que um Estado insolvente assumia como sua a tarefa de construir e de instalar empresas de tão grande vulto, sem a técnica concessória, o Estado liberal não teria podido assumir e fomentar tais atividades de serviço público³⁴.

No caso de Angola, em relação às concessões, também não foi diferente a forma como era pensado estes contratos, pelo que, as concessões tinham e ainda têm esse carácter substitutivo do Estado por agentes privados na realização de tarefas que tradicionalmente competiam em exclusivo ao Estado.

Pese embora a prática concessiva em Angola seja pouco usada comparando a outros Estados, os da EU principalmente, a verdade é que essa técnica já remonta há muitas décadas, ainda que na altura tudo estivesse sob o comando das autoridades portuguesas³⁵, devido ao processo colonial, a verdade é que já se faziam contratos de concessão.

Podemos apontar aqui, a título de exemplo, alguns contratos de concessão celebrados já nos anos sessenta, entre o Governo-Geral de Angola e a Sociedade anónima de responsabilidade limitada, denominada «Hidro-Eléctrica do Alto Catumbela» para a concessão do aproveitamento hidro-elétrico da Bacia do Rio Catumbela³⁶, e o contrato de concessão celebrado entre o Governo Português e a Angol, sociedade portuguesa de exploração de Petróleos, sociedade anónima de responsabilidade limitada, contrato celebrado para a concessão de direitos de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e exploração de jazigos de hidrocarbonetos em determinadas áreas do Estado angolano³⁷.

Relativamente ao primeiro contrato, é de notar que o Estado deixava-se substituir por entidades privadas numa função que era originariamente sua, mas não deixava de frisar que a concessão era dada com a declaração de utilidade pública, artigo décimo desse contrato de concessão. Significava isto dizer que o Estado permitia tal como acontece nos dias de hoje, que uma empresa privada o substituísse numa função que era sua.

³⁴ *Ibidem*..., GONÇALVES, Pedro, 1999, p. 105

³⁵ A independência de Angola só se deu á 11 de novembro de 1975.

³⁶ Vide, Contrato celebrado entre o Governo-geral de angola e a Hidro-Eléctrica do Alto Catumbela», S.A.R.L, de 24 de fevereiro de 1961 em Luanda.

³⁷ Contrato celebrado entre o Governo Português e a Angol, S.A.R.L de 27 de outubro de 1972, Luanda.

Quanto às questões dos prazos, artigo nono e décimo quarto; questões dos riscos, artigo décimo quinto, e questões ligadas ao funcionamento regular dos serviços, artigo vigésimo, todos do contrato de concessão em questão, não se encontram até hoje grandes diferenças no que toca ao processamento destas questões, pelo que, se processam quase da mesma forma, sendo que essas questões são naturalmente, tendo em conta as exigências atuais, mais elaboradas e pormenorizadas comparativamente aos antigos contratos.

Em relação ao segundo contrato relativo à exploração petrolífera, não existe grande diferença comparativamente ao primeiro sendo que as modalidades e os termos giram em torno das mesmas condições, apenas diferindo no objeto.

2.2. Concessões segundo as diretivas europeias

De acordo com a doutrina comunitária³⁸, a matéria das concessões não é um assunto novo, de acordo com os estudos realizados, constatamos que uma das primeiras Diretivas em matéria de coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, foi a Diretiva nº 71/305/CEE do Conselho, de 26 de junho de 1971, tendo sido substancialmente alterada sucessivas vezes. Seguiram posteriormente as Diretiva nº 93/37/CEE, Diretiva 2004/18/CEE revogada pela Diretiva nº 2014/24/UE relativa aos contratos públicos e a Diretiva nº 2014/23/UE de 26 de fevereiro de 2014 relativa à adjudicação de contratos de concessão, e por fim a Diretiva 2014/25/UE relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE todas do Parlamento europeu. As concessões podem ser de obras ou de serviços públicas³⁹.

Para este trabalho interessa particularmente a Diretiva nº 2014/23/UE de 26 de fevereiro de 2014 relativa à adjudicação de contratos de concessão, estabelecendo-se nela o conceito de concessão de obras e de serviços públicos que os Estados Membros não podem ignorar. Os conceitos de concessão de obras e de serviços públicos estão previstos no art.5º, nº 1º al. a) e b) respetivamente.

³⁸ Vide também Diretiva 17/CE/2004 e Diretiva 18/CE/2004

³⁹ Diretiva2014/23/UE

Segundo PEDRO SIZA VIEIRA, as concessões no direito comunitário existem “na medida em que é atribuído a uma agente privado um encargo ou uma tarefa, inicialmente a cargo das Administrações públicas, em que a remuneração do privado esteja de alguma forma ligada à exploração de um ativo ou de um determinado serviço”⁴⁰.

A ideia central aqui, é a de que, os riscos⁴¹ correm por conta do cocontratante, ou seja, a possibilidade de perder ou ganhar com os custos do contrato, está inerente à forma como a atividade explorada pelo concessionário vai evoluir⁴². Na verdade, esses riscos são os investimentos que o particular realiza na obra, no caso das obras públicas, na medida em que o seu retorno dependerá da cobrança de taxa aos utentes consoante o uso da obra^{43 44}. Tanto a contratação pública assim como toda a atividade administrativa, estão sujeitas não só às normas do direito interno, mas também às normas do direito da união europeia.

De acordo com as conceções europeias, quando a Administração pública decide realizar uma concessão de obras ou de serviços públicos, deve respeitar os princípios⁴⁵ comunitários interpretados segundo as normas do DUE⁴⁶, nos termos estabelecidos pela jurisprudência do TJ⁴⁷, princípios estes que se materializam nos princípios da igualdade, transparência, publicidade, imparcialidade, reconhecimento mútuo, proporcionalidade bem como no princípio da tutela jurisdicional efetiva dos interessados⁴⁸.

⁴⁰ Caderno de Justiça Administrativa, Universidade de Coimbra nº 64 Ano 2007, p. 47

⁴¹ V. MELO, Pedro, A distribuição do Risco nos contratos de concessão de obras Públicas. p. 127 a 134. Almedina

⁴² Neste ponto, é importante também salientar, que o particular ao contratar com a Administração pública, assume os riscos que do contrato podem advir, por isso, há que existir um dinamismo por parte do particular, de modo a que a atividade não dê prejuízos. Daí que talvez as concessões sejam uma boa forma de realizar a atividade Administrativa, porque obriga os concessionários a garantir um trabalho de qualidade e eficiente.

⁴³ Estudos sobre concessões e outros atos da Administração. AMARAL, Diogo Freitas do e TORRAL, Lino, Almedina 2002, p. 27

⁴⁴ É o que acontece com as SCUTS em Portugal. A SCUT, pode ser entendido como um modelo de financiamento de autoestradas e vias rápidas através do pagamento de portagens pelo utilizador, daí o nome que se dá, sem custos para o utilizador. As autoestradas e vias rápidas são contruídas por empresas privadas que ficam com o direito de explorar a obra durante um determinado período, ou podem ser construídas pelo Estado e este no fim pode dar em concessão.

⁴⁵ No mesmo sentido, ANJOS, Joana Catarina Neto dos, Dissertação...p. 89-91

⁴⁶ Vide, art.3º Diretiva nº 2014/23/UE de 26 de fevereiro de 2014 relativa a adjudicação de contratos de concessão.

⁴⁷ V. ANDRADE, Carlos Vieira De. Lições de Direito Administrativo, 4ª Edição p, 264. Imprensa da Universidade de Coimbra

⁴⁸ Cit. ANDRADE, Carlos Vieira De. p, 264. IUC

2.2.1. Concessão de obras públicas no DUE

O legislador comunitário submeteu a concessão de obras públicas⁴⁹ a um conjunto de determinadas obrigações de publicidade quando haja intenção de contratar⁵⁰, mas deixou o processo de seleção do parceiro privado ao critério das entidades adjudicantes⁵¹.

A concessão de obras públicas distingue-se da empreitada de obras públicas⁵². Nesta última, o cocontratante é (*pode ser*) pago ao longo da execução da obra, naquela como vimos, os riscos correm (*não exclusivamente*) por conta do cocontratante na medida em que faz um investimento para no futuro usufruir do direito de exploração da obra construída e financiada por si. Outra forma de pagamento ou contrapartida na concessão de obras públicas é a combinação do pagamento de um preço mais a exploração da obra⁵³.

Para delimitar o contrato de concessão de obras públicas face ao contrato de empreitada de obras públicas, MARIA JOÃO ESTORNINHO diz que o legislador comunitário se baseou nos conceitos constantes da Diretiva nº 93/37/CEE, que dispunha que as empreitadas de obras públicas são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um empreiteiro e uma entidade adjudicante (...) ⁵⁴. Hoje, parece haver mudança de paradigma, isto porque a Diretiva 2004/18/CE equipara a concessão de obras públicas às empreitadas de obras públicas na medida em que afirma ter as mesmas características, veja-se o art.1º nº 3 daquele diploma, com a diferença de que a contrapartida das obras a efetuar consiste, quer unicamente no direito de exploração da obra, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

2.2.2. Concessão de serviços públicos no DUE

Em relação a estes contratos, importa salientar que já remontam à época romana, tradicionalmente constituem um instrumento privilegiado que a administração utiliza para delegar serviços públicos. Com efeito, no direito francês fala-se em gestão delegada ou indireta em sentido amplo, nesta medida, significa que a exploração do serviço público é

⁴⁹ *Idem*, Diretiva 2004/18/CE, art. 1º nº 3

⁵⁰ V. VIEIRA, Pedro Siza, Caderno de Justiça Administrativa, Universidade de Coimbra nº 64 Ano 2007, p. 48

⁵¹ V. ESTORNINHO, Maria João. Direito Europeu dos Contratos Públicos. Almedina 2006, p. 107

⁵² *Vide*, Diretiva 2004/18/CE

⁵³ Cit. ESTORNINHO, Maria João, p. 108

⁵⁴ *Idem*, ESTORNINHO, Maria João, p. 107-112

confiada a uma entidade privada ou pública diferente da contratante, que assume em nome próprio a responsabilidade pela gestão⁵⁵.

Neste sentido, importa desde logo frisar que é possível destringir uma tripla divisão de concessão de serviços públicos dentro da técnica concessória como forma de gestão privada de serviços públicos; sendo esta divisão a seguinte:

a) Concessão de serviços públicos

Na concessão de serviços públicos, o Estado atribui amplos poderes a uma entidade privada para explorar um serviço público durante um determinado tempo sob sua fiscalização. A entidade privada atua por conta própria e assume o risco ligado à concessão, sendo remunerado através de tarifas pagas pelos utentes⁵⁶, aliás, esta ideia está contida na Diretiva 2004/18/CE⁵⁷, contrariando em grande medida o conceito tradicional defendido por MARCELO CAETANO, citado por JORGE ANDRADE DA SILVA. Entendia aquele Autor, que “através da concessão do serviço público, procedia-se à transferência temporária do exercício de direitos e deveres da pessoa coletiva de direito público necessários à gestão do serviço pelo concessionário, que assume por sua conta e risco”⁵⁸.

b) Contrato de gestão

Nestes contratos, a administração confere poderes a uma entidade privada para administrar os meios afetos a um serviço público, (gestão de plataforma informática das universidades públicas, por exemplo), atribui-lhe essa responsabilidade para prestar esse serviço, mas essa mesma atividade é desenvolvida por conta e risco da própria administração que conserva a responsabilidade financeira pelo serviço⁵⁹.

c) Arrendamento de serviço público

Arrendamento de serviço público é uma modalidade de concessão que tem sido muito utilizada em França, verifica-se quando uma entidade privada recebe dos utentes a tarifa devida pelos serviços prestados, mas paga à Administração uma renda fixa pelo uso dos bens

⁵⁵ Vide, FERNANDA Maçãs, Estudo de Contratação Pública – I p. 378. Coimbra Editora

⁵⁶ *Idem*, FERNANDA Maçãs, p. 380

⁵⁷ *Idem*, Diretiva 2004/18/CE, art. 1º nº 4

⁵⁸ SILVA, Jorge Andrade da, Código dos contratos Públicos comentado e anotado, 2ª Ed. Almedina, 2014, p. 960.

⁵⁹ *Idem*, FERNANDA Maçãs, p. 380

que lhe são confiados, sendo que, entre uma e outra está a diferença que configura a sua remuneração⁶⁰.

Há ainda que distinguir a concessão de serviços públicos de uma outra figura que pode confundir-se, referimo-nos aos contratos públicos de serviços. Apesar de na Diretiva 2004/18/CEE que como vimos foi revogada pela Diretiva nº 2014/24/UE, constar uma definição com características próximas, a verdade é que, existe uma diferença entre as concessões de serviços públicos e os contratos públicos de serviços. Uma das diferenças que importa aqui mencionar, consiste no facto de neste, a contrapartida ser certa e limitar-se a alguns tipos de serviços, constantes no art.1º, nº 9 que remete para o nº 6 do mesmo artigo da Diretiva nº 2014/24/UE de 26 de Fevereiro de 2014, e não depender da exploração de um serviço, já a concessão de serviços públicos, trata-se de confiar a prestação e a gestão de um serviço, cuja contrapartida pode consistir num único direito de exploração do serviço que constitui o objeto do contrato, ou combinando o direito de exploração do serviço acompanhado de um preço.

Segundo PEDRO SIZA VIEIRA, não existe para a concessão de serviços públicos, um regime comunitário pré-contratual, mas está fixada a doutrina de que a adjudicação dessas concessões deve respeitar os princípios gerais de Direito comunitário⁶¹, designadamente os princípios da publicidade, da transparência e da não discriminação⁶².

⁶⁰ *Idem*, p. 380

⁶¹ V. VIEIRA, Pedro Siza, Caderno de Justiça Administrativa, Universidade de Coimbra nº 64 Ano 2007, p. 48

⁶² ESTORNINHO, Maria João, Curso de..., p. 123 - 125

Parte II

III – O CONCEITO DE CONCESSÃO DE OBRAS E DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O termo concessão deriva da palavra conceder, como a própria palavra nos indica, para haver concessão tem de existir um concedente, aquele que concede ou cede, e um concessionário, aquele a quem é concedida ou cedida uma obra ou serviço. O concedente é o Estado, ou seja, aquelas entidades públicas designadas de adjudicantes art.2º, do CCP ou entidades públicas contratantes art.6º, da LCP⁶³, e o concessionário é normalmente uma entidade privada que perante o Estado assume a responsabilidade de conceção e execução de uma tarefa, ou fornecimento e gestão de atividade ou serviço público, em seu próprio nome, cuja remuneração poderá consistir num direito de exploração da obra ou serviço, ou numa remuneração direta pelo concedente que poderá ser total ou parcial da atividade concedida, consoante seja concessão de obra ou serviço⁶⁴.

Está aqui em causa a realização e/ou execução de obra, gestão de um serviço ou de uma atividade que inicialmente caberia ao Estado executar ou gerir, mas muitas vezes por insuficiências de meios financeiros, capacidade técnica e científica e ainda por vezes razões de eficiência, podem estar na base da preferência por parte do Estado a contratar com particulares para o exercício de tais atividades.

3.1. As concessões no direito interno dos Estados membros da UE.

O caso particular de Portugal art.407º do CCP

As concessões inserem-se na categoria dos contratos administrativos previstos e regulados no CCP Parte III. De acordo com JORGE ANDRADE DA SILVA, “o contrato de concessão traduz sempre uma colaboração de uma entidade privada com uma pessoa coletiva pública na realização de uma ou mais atribuições desta última”⁶⁵.

O conceito de concessão de obras e de serviços⁶⁶ públicos resultou do artigo 385º⁶⁷⁶⁸, (Artigo do projeto de Código), e segundo PEDRO SIZA VIEIRA, o conceito de concessão

⁶³ LCP art.6º

⁶⁴ CCP art.407º nº 1 e 2

⁶⁵ SILVA, Jorge Andrade da, Código dos..., *cit.* p. 959.

⁶⁶ *Vide*, GONÇALVES, Pedro, Concessão..., p. 98 e 99

⁶⁷ V. Projeto de Código do Código dos Contratos Público

⁶⁸ GONÇALVES, Pedro, Concessão..., *cit.* p. 151-156

plasmado nesse artigo, reconduz-se de algum modo à noção de concessão contida na Diretiva 2004/18/CE que já resultava do DL n°59/99 de 2 de março⁶⁹.

Apesar do ordenamento jurídico interno português conhecer um CCP em 2008, importa frisar, que o projeto do diploma data o ano de 2007⁷⁰. Por influência europeia relativamente à imposição de transposição de Diretivas, por parte dos EM, estes são obrigados a elaborar leis que não ofendam princípios de direito comunitário, neste sentido os seus diplomas terão de estar conforme aquele direito.

Em Portugal como em outros países, utilizaram-se inicialmente os contratos de direito administrativo para satisfazer necessidades de gestão, como é o caso da execução de obras através de contratos de empreitada, contratos de aquisição de bens e serviços, assim como a administração dos bens de domínio público⁷¹. Porém, estes contratos têm subjacente a categoria dos contratos de *colaboração*, como teremos oportunidade de ver, designadamente os contratos de concessão⁷², inserindo-se estes nas categorias contratuais que são o cerne deste trabalho, respetivamente o contrato de concessão de obras e de serviços públicos.

3.1.1. Concessão de obras públicas no Direito português (art.426º - 428º do CCP)

O art.385º, n° 1, do projeto do CCP, definia a concessão de obras públicas como, contrato pelo qual o cocontratante se obrigava à execução de uma obra pública, ou conjuntamente à sua conceção e execução, adquirindo o direito de proceder à respetiva exploração e, se for o caso acompanhado do pagamento de um preço⁷³.

O atual CCP, adota uma noção legal mais ampla de contratos públicos, art.1º, n° 2, abrangendo neste sentido, todos os contratos celebrados pela Administração pública no seguimento da sua função, conforme o artigo 266º n°1 da CRP primeira parte, desde que,

⁶⁹ Cit. VIEIRA, Pedro Siza, Caderno de..., n° 64 Ano 2007, p. 48

⁷⁰ Vide, ESTORNINHO, Maria João. Curso de Direito dos Contratos Públicos. Almedina 2012, p. 312 ss.

⁷¹ V. ANDRADE, Carlos Vieira De. Lições de Direito Administrativo 4ª Edição p, 254

⁷² Mais sobre este ponto vide GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos, Almedina – p. 493

⁷³ FREITAS, Lourenço Vilhena de, “embora o modo normal de remuneração do concessionário sejam as taxas pagas diretamente pelos utentes da obra construída e concebida, nada impede que possa ser o concessionário pago pela própria administração concedente”. Direito dos Contratos Públicos e Administrativo. Ed. AAFDL, 2014, p. 678 e 679.

celebrados por uma das entidades previstas no artigo 2º do CCP. Sendo a noção ampla, abrange grosso modo o contrato de concessão de obras públicas.

Atualmente a noção consta no art.407º, nº 1 do CCP. Neste sentido, convém clarear, que estamos perante uma das classificações típicas dos contratos administrativos que se inserem na categoria dos contratos de *colaboração* quanto ao fim, alguns autores denominam mesmo a concessão como um *modelo especial de colaboração entre a Administração pública e os particulares*⁷⁴, e nesta medida distinguem-se⁷⁵ das outras figuras contratuais, como; os contratos de atribuição e de coordenação.

a) *Contratos de colaboração vs Contratos de atribuição*

Como já dissemos, ficou claro que a concessão é um contrato de colaboração, e o que se visa na concessão é a atribuição ao concessionário da gestão de um serviço público⁷⁶, sendo assim, os primeiros visam associar uma das partes “*o particular*” para desempenhar uma função essencialmente administrativa. Os segundos têm no cerne a outorga de uma vantagem por parte da administração a favor do cocontratante⁷⁷.

b) *Contratos de colaboração vs Contratos de coordenação*

A diferença entre estes contratos não nos parece ser algo muito complexo como se possa pensar. A diferença reside essencialmente no cocontratante, ou seja, o que diferencia são os sujeitos com o qual a administração vai estabelecer essa relação contratual. No primeiro caso, a Administração contrata com um particular, atribuindo-lhe algumas funções essencialmente administrativas que serão levadas a cabo por este. No segundo caso, verifica-se um contrato de realização de tarefas públicas de interesse comum⁷⁸, e por isso, são celebrados entre duas *pessoas coletivas públicas* ou por dois entes públicos com o objetivo da realização das tarefas de interesse comum⁷⁹.

Apesar de nos contratos *interadministrativo* (artigo 338º, nº 2 do CCP) estar previsto a aplicação de regime idêntico àquele que é aplicado nos contratos entre um ente público e

⁷⁴ GONÇALVES, ...*cit.* p.165

⁷⁵ *Ibidem*, p. 160 e ss.

⁷⁶ GONÇALVES, Pedro, *Concessão...cit.* p.161

⁷⁷ V. SOUSA, Marcelo Rebelo De/MATOS, André Salgado De. *Contratos Públicos-Direito Adm. Geral Tomo III – Publicações Dom Quixote*, p. 52

⁷⁸ V. ANDRADE, Carlos Vieira De. *Lições de Direito Administrativo 4ª Edição* p, 272

⁷⁹ Vide, SOUSA, Marcelo Rebelo De/MATOS, André Salgado De. *Contratos Públicos-Direito Adm. Geral Tomo III – Publicações Dom Quixote*, p. 52 e 53

um privado, a verdade é que, essa é uma característica essencial dos contratos de colaboração, pelo que, nos contratos de coordenação tal só acontece quando um dos entes públicos se submete ao exercício de poderes de autoridade pelo outro⁸⁰.

Portanto, subscrevemos aqui a característica essencial do contrato de colaboração apresentada por PEDRO COSTA GONÇALVES, afirma o Autor que, “a colaboração público-privada assenta na divergência essencial de interesses entre as partes, em que do lado do ente público radica o interesse público, e do lado do cocontratante privado assenta essencialmente o lucro”⁸¹. Diferentemente nos contratos de coordenação ainda que aplicado o regime (art.338º, nº2 do CCP) da contratação público-privada (colaboração), continua a ser diferente, isto é, as partes envolvidas no contrato têm interesses idênticos, que é a prossecução do interesse público.

Contudo importa salientar⁸², que a concessão de obras públicas prende-se essencialmente com a execução e/ou construção de uma determinada obra (sobre coisa⁸³) pública levada a cabo por uma entidade privada, que se obriga perante a Administração a realizar (construir) a referida obra, e que terá como contrapartida necessária o direito de a explorar durante um determinado tempo⁸⁴.

No mesmo sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO reitera que, na concessão o particular constrói a obra por sua conta, com o seu capital, (não é a Administração que remunera), e depois é ele que abre a obra ao público e a explora durante vários anos cobrando taxas de utilização aos utentes pelas quais se vai ressarcir do investimento que ele próprio fez, ao assumir e financiar a respetiva construção⁸⁵.

⁸⁰ CCP art.338º nº 1 e 2

⁸¹ GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, Almedina – p. 495

⁸² CCP art.289 e 291

⁸³ NETO, António Pitra - Resumos sobre Matérias de Direito Administrativo, Mayamba Editora Lda – p. 133 (Luanda-Angola)

⁸⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo De/MATOS, André Salgado De. Contratos Públicos-Direito Adm. Geral Tomo III – Publicações Dom Quixote, p. 56

⁸⁵ ESTORNINHO, Maria João. Curso de..., p. 142

3.1.2. Concessão de serviços públicos no Direito português (art.429 e 430 do CCP)

No projeto do CCP de 2007, a concessão de serviços públicos estava consagrada no art.385º, nº 2, segundo PEDRO SIZA VIEIRA é uma definição correta, mas que afasta-se da noção da Diretiva nº 18/2004/CE. De acordo com o Autor, o Código consagra a ideia de que, o que é transferido para o particular é a responsabilidade pela gestão de uma atividade de serviços públicos, correspondendo assim ao conceito tradicional de concessão de serviços públicos⁸⁶, segundo o qual, parte da noção de um conjunto de atividades que a lei coloca a cargo da Administração Pública e que se desenvolve numa atividade de prestação⁸⁷, para satisfação de necessidades coletivas sentidas individualmente⁸⁸.

O nº2 do art.407º, do atual CCP estabelece o conceito de concessão de serviços públicos, segundo o qual, concessão de serviços públicos⁸⁹, é o contrato através do qual, um particular, normalmente pessoa coletiva (designada de concessionário) obriga-se em nome próprio e sob sua responsabilidade perante um ente público (designado de concedente) a garantir⁹⁰ durante um determinado tempo, o funcionamento e assistência de um serviço público tendo como contraprestação os resultados financeiros dessa gestão, ou então ser pago diretamente pelo concedente⁹¹.

Nas concessões de serviços públicos, como se pode ler na definição do código, o cocontratante obriga-se à gestão de uma atividade ou serviço público que é por definição da responsabilidade da Administração, e esta, por razões que julgar justificadas, confia essa

⁸⁶ SILVA, Jorge Andrade da, apresenta o conceito de Serviço Público numa perspetiva material e orgânica, citando SÉRVULO CORREIA. Numa *perspetiva material*, é uma atividade ou empreendimento, assumida por uma pessoa coletiva de direito público, tendente a satisfação de necessidades de interesse geral, e numa *perspetiva orgânica*, são organizações humanas criadas no seio de cada pessoa coletiva pública com fim de desempenhar as atribuições desta, sob direção dos respetivos órgãos. Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado, Almedina 6ª Edição, p. 875 e 876.

⁸⁷ AMARAL, Diogo Freitas do/TORGA Lino, Estudos sobre Concessões e outros atos da Administração, Almedina, 2002, p. 291.

⁸⁸ V. VIEIRA, Pedro Siza, Caderno de Justiça Administrativa, Universidade de Coimbra nº 64 Ano 2007, p 49.

⁸⁹ GONÇALVES, Pedro, concessão... *cit.* p. 103. A originária concessão de serviços públicos é atribuída por uma pessoa de direito público (Estado ou município) a uma pessoa de direito privado, que assumisse o dever de instalar a empresa (fazendo os investimentos necessário).

⁹⁰ Ao Invés da expressão “gerir” que se refere o CCP, optamos por utilizar o termo “garantir” para significar que, a assunção de responsabilidade por parte do concessionário perante o concedente. Na verdade, entendemos que o que o cocontratante faz, é dar garantias de que vai realizar ou prestar com eficiência determinado serviço, ao fazê-lo, assume uma responsabilidade.

⁹¹ Pense-se por ex. numa Empresa que em nome próprio se obrigou perante um hospital, escola ou universidade pública a garantir os seus serviços informáticos e assistência técnica dos computadores e de outros materiais informáticos dos mesmos estabelecimentos.

mesma atividade a um outro ente, o cocontratante, cuja contraprestação será nos moldes e termos que for acordado, como prevê a 2ª parte do n.º 2 do art. 407º, do CCP. Aliás, como nota bem PEDRO SIZA VIEIRA citado por LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, a concessão de serviços públicos distingue-se da concessão de obras públicas pelo modo de satisfação das necessidades coletivas⁹².

No mesmo sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO salienta que “o Estado nas concessões de serviços público assume sobretudo uma tarefa de garantia e de controlo, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução tende a ser substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação ou, até, por uma mera responsabilidade de controlo ou de fiscalização”⁹³.

Estes contratos têm por objeto a prestação de serviços públicos ou a gestão de uma atividade pública comercial e económica. O que se verifica nestes contratos é uma delegação de funções públicas a um particular⁹⁴, atribuindo-lhe responsabilidade pela execução de um serviço público⁹⁵.

Contudo, preferimos acompanhar a definição de concessão de serviços públicos dada por PEDRO GONÇALVES, o Autor define a concessão de serviços públicos como a *convenção pela qual uma pessoa coletiva de direito público cfr. art. 2º CCP, (entidade pública contratante art. 6º, da LCP) encarrega uma pessoa coletiva de direito privado, denominado de cocontratante ou concessionário, de instalar uma empresa de serviços públicos e, posteriormente de a fazer funcionar, explorando o serviço público por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxas cobradas aos utentes*⁹⁶.

⁹² *Idem*, FREITAS, Lourenço Vilhena de, “a atividade proporcionada pelo concessionário á Administração ou aos utentes, consoante o caso na própria disponibilização da obra, enquanto na concessão de serviços públicos o que está em causa é a gestão por conta própria e sob responsabilidade da concessionária de uma atividade de serviços públicos”.

⁹³ V. ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos...*, Almedina 2006, p. 88

⁹⁴ Cf. SILVA, Jorge Andrade da, p. 875, “a organização e funcionamento estão submetidos predominantemente ao Direito Público e aos princípios da atividade da Administração Pública, mesmo geridos por uma entidade privada”

⁹⁵ V. ESTORNINHO, Maria João, *Curso de Direito dos...*, Almedina 2012, p. 335 e 336

⁹⁶ GONÇALVES, Pedro, *Concessão...*, *cit.* p. 104

3.2. As concessões no Direito angolano

Angola situa-se a sul do continente africano, é um país cuja extensão territorial e recursos naturais são invejáveis, mas cujos anseios do seu povo ficaram infelizmente condicionados com o processo colonial. A sua independência é relativamente recente, data de 11 de novembro de 1975, quando os três movimentos de libertação de Angola FNLA, MPLA e UNITA, enfrentaram os colonialistas portugueses para pôr fim ao então regime colonial, sendo que, a independência veio mesmo a ser proclamada na data acima referida, pelo primeiro presidente da então República Popular de Angola, Dr. António Agostinho Neto, naquela que é hoje a sua capital, *Luanda*.

Feita esta introdução, e porque assim fica mais fácil perceber que a história de Angola está intrinsecamente ligada à de Portugal, pelo que, é compreensível que as suas raízes no campo do Direito tenham muitas similitudes com o direito português.

Em relação às concessões⁹⁷, como é compreensível, a história não relata propriamente uma grande evolução histórica, por esta razão, não trataremos de forma pormenorizada a sua evolução no âmbito da doutrina, apenas mencionaremos alguns diplomas legais que surgiram ao longo dos tempos no campo da contratação pública, e faremos alusão a alguns contratos de concessão celebrados em Angola ainda na era colonial.

Neste sentido, importa fazer referência à antiga Lei da Contratação Pública, Lei n.º 20/10 de 7 de setembro⁹⁸, lei que revogou os diplomas que contrariassem o presente diploma, isto é dito no art.361.º com a epígrafe: Revogação de Direito Anterior, transcrevendo que; São revogadas todas as disposições legais que contrariem a presente lei, nomeadamente o Decreto n.º 40/05⁹⁹, de 8 de Junho, relativo à Empreitada de Obras Públicas, o Decreto n.º 26/00, relativo à Aquisição, Uso e Abate de Veículos do Estado de 12 de Maio e o Decreto

⁹⁷ MIRANDA, Agostinho de/MARQUES J.P. Remédio. Direito Mineiro Angolano – Edições 70, p. 146-152. Estes Autores apresentam de acordo com a Lei n.º 16/94, uma modalidade de contrato a duas fases nos termos da alínea *a*) do n.º4. Segundo os Autores, esta Lei apresenta duas formas de contrato de concessão, sendo a *concessão direta da exploração* e a *concessão de exploração derivada de anterior licença de prospeção e pesquisa*. O que mais chama a atenção são as incongruências que o diploma apresentava e a flagrante ausência de transparência no processo de licenciamento, *rectius* Concurso Público, chegando mesmo estes Autores a fazerem uma analogia que há uma espécie de contrato consigo mesmo...

⁹⁸ Diário da República I serie n.º 19, de 12 de maio de 2000

⁹⁹ CRAVEIRO Lara, Contratação Pública em Angola, Reflexões sobre a nova Lei. p. 13-19.

nº 7/96, de 16 de Fevereiro, relativo ao regime de realização de Despesas Públicas, Prestação de Serviços, Aquisição de Bens etc.

Contudo, no âmbito das concessões ainda é possível referir alguns diplomas sobre a atividade Mineira em Angola. O setor Mineiro é considerado como um dos setores mais importantes e fundamentais da economia angolana, razão pela qual tem merecido uma especial atenção por parte do executivo angolano, e isto justifica o valor legislativo que se tem dado a este setor. Sobre as concessões neste setor, é possível apresentar dois dos grandes diplomas legais, referindo primeiramente a Lei nº 30/91 que veio liberalizar a posse e a comercialização de Diamantes, com a ideia errónea de que os cidadãos podiam apropriar-se¹⁰⁰ de riqueza que pertencesse constitucionalmente ao Estado, desde que fosse em benefício de toda a nação, ideia, do nosso ponto de vista, própria dos anos 90.

Após a Lei nº 30/91, seguiram-se vários outros diplomas como, a Lei nº 11/92 de 17 de Janeiro, das atividades Geológicas e Mineiras, Lei n.º16/94, de 7 de Outubro, Lei dos Diamantes; Lei n.º17/94, de 7 de Outubro; Decreto n.º7-A/00, de 11 de Fevereiro, sobre a Delimitação das Áreas de Concessão de Direitos Mineiros; Decreto n.º7-B/00, de 11 de Fevereiro, sobre o Exercício da Atividade de Comercialização de Diamantes; Decreto n.º36/03, de 27 de Junho, sobre a Política de Atribuição de Direitos Mineiros para o Subsector Diamantífero; Decreto n.º33/08, de 7 de Maio, que regula a Atribuição de Direitos Mineiros sobre alguns Minerais Estratégicos. Com efeito, importa referir que todos esses diplomas e mais alguns, foram posteriormente revogados pelo Código Mineiro aprovado pela Lei nº 31/11 de 23 de setembro.

Até à aprovação da Nova Lei da Contratação Pública, Lei nº20/10 de 7 setembro, parecia estar tudo resolvido, a verdade é que não ficou, uma vez a NLCP não estabeleceu um regime para todos os contratos; a título de exemplo são os contratos de concessão de obras públicas e serviços públicos, sendo que esta lei limitava a sua aplicação à fase de formação, e lei especial regulava a parte restante do contrato, art.350º da NLCP¹⁰¹.

¹⁰⁰ MIRANDA, Agostinho de/MARQUES J.P. Remédio, p. 49-60

¹⁰¹ *Idem*, CRAVEIRO Lara, Quid Iuris 2015 p. 49-51.

Como consequência, uma vez que o problema não ficou resolvido, foi aprovada a Lei dos Contratos Públicos, Lei nº 9/16 de 16 de junho. Em sede própria nos pronunciaremos a respeito dessa Lei.

Até antes da aprovação da NLCP e da LCP, os regimes jurídicos dos contratos públicos encontravam-se dispersos em vários diplomas, a NLCP tentou uniformizar, mas não conseguiu, talvez por esquecimento do legislador ou quiçá por outras razões, mas louvamos o avanço dado nesta matéria, coisa que não se viu durante muito tempo. Já a LCP, parece que vai mais longe na medida em que estabelece um único diploma que congrega o regime de formação dos contratos mais relevantes ou importantes na prática administrativa angolana, mais concretamente no âmbito da contratação pública, além de que, o diploma incorpora o regime de execução de contratos referentes a empreitada, locação e aquisição de bens e serviços.

Em relação aos contratos de concessão celebrados em Angola no período colonial como já referido anteriormente, importa dizer que estes nos ajudaram a perceber o rumo que os contratos de concessão tomaram até a realidade atual, a este propósito veja-se mais uma vez o Contrato celebrado entre o Governo-geral de Angola e a «Hidro-Elétrica do Alto Catumbela, SARL» para a concessão do aproveitamento hidroelétrico da bacia hidrográfica do Rio Catumbela, celebrado em 24 de Fevereiro de 1961¹⁰², e o Contrato entre o Governo Português e a Angol para a concessão dos direitos de prospeção, pesquisa, desenvolvimento e exploração de jazigo de hidrocarbonetos sólidos, líquidos e gasosos em determinadas áreas do Estado de Angola, celebrado em 1 de Junho de 1967¹⁰³.

¹⁰² Imprensa Nacional de Angola - 1971

¹⁰³ Boletim Oficial nº 301, 2ª série, 28-12-972, Imprensa Nacional de Angola.

IV. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E AS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS

4.1. Introdução

Importa adiantar, que neste ponto não será tratado todo o percurso das Parcerias Público-Privadas “PPP” nem da empreitada de obras públicas, no entanto, faremos uma pequena exposição referente às mesmas para melhor compreender as concessões.

O Decreto-Lei 86/2003 de 26 de Abril, constitui a primeira iniciativa legislativa com finalidades específicas dirigida às parcerias público-privadas, procurando deste modo potenciar o aproveitamento pelo setor público e a capacidade de gestão do setor privado¹⁰⁴, como é óbvio, deve aquele diploma considerar-se revogado com a entrada do CCP de 2008, aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro, mas convém frisar que o CCP não disciplinou toda a matéria relativa às PPP, em particular os procedimentos internos a observar pelo setor público, quer na fase de preparação e desenvolvimento dos projetos, quer na fase de execução e acompanhamento dos contratos, por isso, deve nessas fase ser aplicado o DL nº 111/2012, de 23 de Maio.

Nos termos do nº1, do art.2º, do DL, PPP é o *contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.*

Neste sentido, a primeira ideia a ter em conta em relação ao que se disse, é que estamos perante contratos de *colaboração*, cujo objetivo é assegurar o financiamento, para a renovação, construção, gestão e/ou a manutenção de um serviço público por parte de um particular.

Uma segunda ideia deve ser também a de que em sentido amplo, PPP significa mecanismos ou formas que as entidades públicas encontraram como modelo de colaborar com as entidades privadas na satisfação de necessidades do interesse público através de contratos de concessão.

¹⁰⁴ Vide, AZEVEDO, Sérgio de. PPP e o custo de um Estado fraco. Alêtheia Editores – 2014, p. 51

Em terceiro lugar, as PPP têm subjacente a ideia de mobilização do capital privado para realização de tarefas públicas, e neste sentido consubstancia-se a ideia restrita de PPP¹⁰⁵
106.

Posto isto, sem ignorar de resto os outros pontos, estamos de acordo com o ponto de vista sobre as parcerias público-privada apresentada por SALVADOR FERREIRA, segundo o qual, “parceria público-privada é vista como um mecanismo com a melhor relação custo/eficácia e eficiência para implementação de políticas públicas sobre um leque variado de questões e agendas”¹⁰⁷. Acrescenta dizendo que, elas são muitas vezes percebidas como sendo o veículo mais apropriado para responder às necessidades sociais e económicas, porque pressupõem um maior envolvimento de todos os setores da sociedade no processo de decisão¹⁰⁸.

Contudo, não está esgotada a definição de PPP¹⁰⁹, até porque a doutrina não é unanime quanto à sua definição, pelo que, o seu conceito tem variado consoante os seus agentes na prática concessiva.

Só para termos uma ideia, são várias as entidades que se têm debatido em torno desta matéria, a este propósito, socorremo-nos de JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, que nos apresenta o entendimento de PPP do ponto de vista de várias entidades¹¹⁰. Para o *Banco Mundial*, PPP significa o envolvimento de ambas as partes, Estado e Privado, na constituição de uma entidade autónoma, sendo que, neste caso, as entidades envolvidas assumem as responsabilidades por atos dessa nova organização. Neste entendimento, a PPP está

¹⁰⁵ Ver conceito de PPP numa visão financeira em: dissertação de mestrado apresentada no Instituto Superior de Setúbal por CORREIA, Vanda Cristina Charrua, p. 5-10

¹⁰⁶ Em Angola ainda vigora o modelo de contratação tradicional onde o Estado assume todos os riscos, mesmo aqueles em que não é a parte mais capacitada para geri-lo (ex. falhas de projetos, desvios nos custos, etc). Para nós isso atualmente não faz sentido, o Estado não tem que assumir riscos que a partida são espectáveis pelo concessionário. Também repudiamos o modelo de contratação tradicional sob pena de sobrecarregar o Estado com despesas derivadas desses contratos.

¹⁰⁷ V. FERREIRA, Salvador. *Parceria Público-privada em Angola – Edição Chá de Caxinde – 2011*, p. 15

¹⁰⁸ Cf. FERREIRA, Salvador..., p. 21

¹⁰⁹ Art.2º da Lei das PPP de Angola, Lei nº 2/11 de 14 de janeiro. Entende-se por PPP, o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas obrigam-se, de forma duradoura, perante o parceiro público a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte ao parceiro privado Gerais ou em parte, ao parceiro privado.

¹¹⁰ SILVA, José Manuel Braz da. *Parceria Público Privada*, Almedina 2012, p. 19

associada a ideia de partilha de riscos, responsabilidades e ganhos entre as partes, apenas se justificando quando existe o benefício *value at money* para os contribuintes.

A *Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico*, adiante designada OCDE, entende que existe um acordo entre o Estado e uma ou mais entidades privadas, sendo que neste entendimento a parte privada compromete-se a disponibilizar um serviço ou produto de forma concertada com os objetivos do Estado e simultaneamente com a rentabilidade por si esperada. Aqui há uma exigência de transferência efetiva de risco para o parceiro privado.

Finalmente para a *Comissão Europeia*, PPP traduz-se numa parceria entre duas ou mais partes que concordam em trabalhar em cooperação para alcançar um objetivo conjunto ou compatível, existindo nesta medida autoridade e responsabilidade dividida, recursos conjuntos para investimento passivo, assunção de risco e ganhos partilhados¹¹¹.

Ao contrario do que se pode pensar, a PPP é diferente do contrato *Private Finance Initiative*, “*PFI*” contratos através do qual a Administração pública escolhia uma entidade privada que assumisse o encargo de projetar e construir um bem, assim como assumir a responsabilidade pela manutenção desse bem, e que a remuneração do privado ficaria assegurada pelo pagamento de uma taxa não diretamente à entidade privada, mas sim à entidade pública contratante e esta por sua vez faz a entrega ao parceiro privado¹¹². Mais rigorosamente o Project Finance é uma das formas de financiamento¹¹³ das PPP, ou seja, o Project Finance visa o financiamento de infraestruturas a longo prazo com base nos cash-flows¹¹⁴ do projeto¹¹⁵.

¹¹¹ A ideia apresentada neste ponto, parece ignorar ou pelo menos não dá importância ao facto de os outros parceiros serem necessariamente entidades privadas, pelo que, entendendo a ideia como ela é apresentada, parece-nos que se aceita que os parceiros tanto podem ser privados ou mesmo entidades públicas.

¹¹² V. VIEIRA, Pedro Siza, Estudo de Contratação Pública – I p. 482-485

¹¹³ No mesmo sentido, SANTOS, José Cruz, Dissertação..., p.12 e 13, com a simples diferença de que este Autor se refere apenas a União europeia e Estados Membro como as entidades que mais utilizam essa técnica. Nos entendemos que é uma técnica que tem sido utilizada pela generalidade dos Estados mundiais que optam por técnica concessiva.

¹¹⁴ No mesmo sentido, SANTOS, José Cruz, Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Católica, p. 11 e 12, Cash-flows (fluxo de caixa) reportam-se à fonte de receita líquida do concessionário e são excelentes arquétipos para percepção do modo de remuneração dos concessionários consequentemente da transferência de risco em concessão.

¹¹⁵ *Ibidem*, CORREIA, Vanda Cristina Charrua, p.11-14

4.2. Delimitação das PPP

A lei não estabelece um significado biunívoco entre concessões e as PPP^{116 117}. Fundamental para definir e compreender as Parcerias Público-Privadas deve ser através do risco¹¹⁸, neste sentido, segundo CARLOS OLIVEIRA CRUZ e RUI MARQUES, citados por SÉRGIO AZEVEDO, definem risco no conceito de PPP, como a incerteza vista pelo investidor ou pelo Estado¹¹⁹. O risco é visto numa perspetiva partilhada (art.413º, CCP) entre o parceiro público e privado. Daí que talvez SÉRGIO AZEVEDO diga que “o facto de num determinado modelo de PPP o parceiro privado ter a responsabilidade de construir, financiar e gerir a infraestrutura, não significa, contudo, que suporte os principais riscos associados”¹²⁰.

A questão do risco já constava na Diretiva 2004/18/CE, tendo deixado a ideia de que, do contrato resultaria para o concessionário o direito próprio sobre a obra ou serviço que abrangesse o direito a cobrar determinadas quantias em formas de taxa a terceiros que fizessem a utilização dos serviços, e que os riscos inerentes à montagem financeira ficassem a cargo deste.

No mesmo sentido, relativamente à partilha dos riscos, PEDRO COSTA GONÇALVES fala de partilha de responsabilidade e de distribuição de riscos¹²¹.

Importa também neste ponto mencionar que constituem características fundamentais das PPP segundo LICÍNIO LOPES, *a)* a relação duradoura relativamente longa, *b)* o modo de financiamento do projeto deve ser assegurado em parte pelo parceiro privado, *c)* o agente económico participa em diferentes fases do projeto e *d)* o risco é dividido (partilhado) entre os parceiro Público e Privado¹²².

¹¹⁶ Vide, GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina – p. 504

¹¹⁷ Em relação as PPP, importa referir, que o ordenamento jurídico angolano trata essa questão de forma diferente, prevendo um regime especial numa lei extravagante, referimo-nos da Lei nº 2/11 de 14 janeiro. Nesta lei estabelece-se o conceito de PPP, como o contrato ou a união de contratos, por via das quais, entidades privadas, designadas por parceiros privados; se obrigam de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente a satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o respetivo acompanhamento e controlo é feito pelos respetivos departamentos ministeriais e de tutela setorial, exercidos através da função acionista do Estado, art.2º da Lei. Aliás, o art.2, nº 1 al. b) da LCP reforça essa ideia de carácter especial das PPP.

¹¹⁸ Art.7º da Lei das PPP de Angola, Lei nº 2/11 de 14 de janeiro.

¹¹⁹ V. AZEVEDO, Sérgio de. *PPP e o custo de um Estado fraco*. Alêtheia Editores – 2014, p. 22

¹²⁰ *Idem*, AZEVEDO, Sérgio de, p. 23

¹²¹ *Idem*, GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos...*, Almedina – p. 503

¹²² *Vide*, LOPES, Licínio, *Tese de Doutoramento: Empreitada de obras pública* – p. 408

Não muito longe daquelas características, JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA apresenta também algumas notas caracterizadoras¹²³ das PPP, sendo a primeira, *a*) parceria entre setor privado e o público, ou entre o setor público, *b*) ambos os setores trabalham em cooperação para alcançar um determinado objetivo e *c*) existência de partilha de risco e de responsabilidades entre as partes envolvidas.

Na mesma senda, MARIA JOÃO ESTORNINHO também apresenta alguns traços caracterizadores das PPP, afirmando a Autora que elas se caracterizam em função de fatores como a duração, o modo de financiamento, a repartição de tarefas e a distribuição de risco¹²⁴.

Para compreender a relação das Parcerias Público-Privada e os contratos de concessão, é importante ter em conta os modelos ou tipos de Parcerias Público-Privadas existentes.

Sendo assim, em relação aos modelos, de acordo com a sistematização apresentada por JOSÉ MANUEL BRAZ DA SILVA, as PPP podem variar consoante o nível de envolvimento da parte privada, neste sentido podemos ter os seguintes modelos: Operação e Manutenção (OM), Projeto, Construção e Operação (PCO), Projeto, Construção Financiamento Operação (PCFO), Construção, Operação e Transferência (COT) e por fim Construção, Propriedade, Operação (CPO).

Já quanto aos tipos, MARIA JOÃO ESTORNINHO apresenta dois tipos, PPP institucionalizadas e PPP contratuais.

Na verdade, parece-nos que tanto os *modelos* assim como os *tipos* que atrás se referiu, são a face da mesma moeda, na medida em que aqueles acabam por ser absorvidos num ou noutro tipo de PPP, ou seja, a modalidade a adotar num dos tipos de PPP será em função do objetivo e envolvimento que se quer na PPP.

Vejamos:

No modelo OM, pode optar-se, pela responsabilização da parte privada por todas as manutenções e operações, ou então não será responsável pelo financiamento, mas poderá

¹²³ SILVA, José Manuel Braz da. *Parceria Público Privada*, Almedina 2012, p. 20

¹²⁴ V. ESTORNINHO, Maria João, *Direto Europeu dos...*, p.101

gerir um fundo de capital. Neste caso, a aplicação do fundo de capital será definida pela entidade privada, em conjunto com a entidade pública.

De acordo com o modelo PCO, a entidade privada será responsável pelo projeto, construção, operação e manutenção num determinado período, com a particularidade de no final desse período deverá ocorrer uma transferência para a esfera jurídica da entidade pública.

PCFO, nesta modalidade, o parceiro privado assume a responsabilidade do financiamento, do projeto, construção, operação e manutenção. A entidade pública detém a totalidade da propriedade.

Relativamente ao COT, aqui o parceiro privado, como acontece na anterior, também é responsável pelo financiamento do projeto, sua construção, operação e manutenção, com a diferença de o ser durante o período concessivo, e também pelo facto do ativo ser transferido novamente para a entidade pública, no final daquele período a custo zero.

Finalmente, temos o modelo CPO, em que o parceiro privado detém a propriedade do ativo de forma permanente, e a entidade pública concorda apenas com a aquisição por um período previamente estabelecido dos bens ou serviços disponibilizados.

4.2.1.PPP institucionalizada

A originalidade dessa nomenclatura deriva do direito comunitário, concretamente da comunicação interpretativa da Comissão sobre aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões. (2008/C 91/02).

A PPP institucionalizada é um tipo de colaboração ou cooperação Público-Privado que faz nascer uma entidade¹²⁵ (sociedade) distinta de capital misto de parceiros públicos e de parceiros privados¹²⁶, entidade essa, cujo objetivo é levar a cabo a satisfação de interesse público através da realização de uma atividade economicamente viável¹²⁷.

¹²⁵ Este é o entendimento que o Banco Mundial tem sobre PPP, criação de uma entidade distinta dos parceiros público e privado.

¹²⁶ V. GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos... *cit.* p. 503

¹²⁷ Idem, ESTORNINHO, Maria João, Direito..., *cit.* p. 101

4.2.2. PPP contratual

A PPP contratual, também conhecida por PPP puramente contratual, como a própria designação indica traduz-nos duas ideias; a primeira é a de que na sua base tem de ter um contrato, e em segundo lugar a presunção de que a PPP institucionalizada tem também uma fonte contratual, mas que não lhe é característica própria. Já a PPP contratual baseia-se unicamente numa relação contratual, sendo um dos modelos mais conhecidos do modelo concessivo¹²⁸. Através dessa relação que se estabelece sobretudo nos contratos de concessões de obras e de serviços públicos, os parceiros privados assumem a responsabilidade de financiamento e de exploração de tarefas públicas¹²⁹.

4.3. Empreitada de obras públicas

É momento de nos pronunciarmos em relação à Empreitada de Obras Públicas. Importa deixar claro que apesar de constar na mesma parte das PPP, não pode de maneira alguma dar a entender que pretendemos fazer alguma comparação ou relação entre as duas figuras, pelo que, é apenas uma forma que encontramos para a sistematização ou organização do trabalho.

Esta é uma matéria de grande relevância para os Estados em geral, em particular para os Estados da UE, e em especial para o Estado angolano.

Posto isto, passaremos a apresentar algumas evoluções que o seu conceito foi sofrendo ao longo dos tempos, olhando um pouco para a realidade europeia, dando alguma atenção especial ao direito português, e culminar com a visão apresentada pela LCP.

Entendemos introduzir a matéria da empreitada de obras públicas neste trabalho, não só pela importância que ela tem enquanto modelo contratual por excelência de muitos países, mas também porque tem alguma relação com a matéria das concessões. Por esta e outras razões, julgamos pertinente introduzir este ponto para análise, mesmo sendo apenas ao nível do seu conceito¹³⁰.

¹²⁸ Os modelos concessivos que aqui se fazem referência, são as concessões de obras e de serviços públicos.

¹²⁹ GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito...*, *cit.* p. 504

¹³⁰ Redação do Anexo II da Diretiva 2014/18/EU. No caso dos contratos de empreitada de obras, a totalidade das prescrições técnicas constantes, nomeadamente, dos documentos do concurso, que definem as características exigidas ao material, produto ou fornecimento e que permitem caracterizá-los de modo a que correspondam à utilização a que a autoridade adjudicante os destina; essas características incluem os níveis de desempenho ambiental e climático, a conceção que preveja todas as utilizações (incluindo a acessibilidade por parte das pessoas com deficiência) e a avaliação da conformidade, o desempenho, a segurança ou as dimensões,

Todo este percurso evolutivo em torno da definição da EOP, tem uma razão de ser, não é de todo um discurso inútil ou de bagatela, mas justifica-se devido ao facto de haver alguma similitude, entre estas e as concessões (*sobretudo as de obras públicas*).

Antes mesmo de avançarmos para qualquer análise, importa desde já deixar claro que uma coisa é concessão (*de obra pública*) e outra bem diferente é empreitada de obras públicas.

Sendo assim, por empreitada de obras publicas entende-se nos termos do nº1, do art.343 do CCP, tratar-se de um contrato oneroso que tenha por objeto quer a execução quer, conjuntamente, a conceção e a execução de uma obra pública¹³¹ (...).

Nos termos da LCP, art.181º, nº1, entende-se por empreitada de obras publicas, o contrato oneroso que tenha por objeto a execução ou a conceção e a execução de uma obra pública¹³². Pelo contrario, estaremos perante uma concessão (*de obras públicas*) quando a execução e/ou construção de uma determinada obra pública (*coisa pública artificial, destinada a utilização direta do público*) levada a cabo por uma entidade privada, que se obriga perante a Administração a realizar ou construir a referida obra, e que terá como contrapartida necessária o direito de explorar a obra durante um determinado tempo. Portanto, na empreitada de obras públicas já há determinação do preço, ou seja, o preço já é apriori fixado na celebração do contrato, já na concessão pelo contrário, o concessionário pode ver a satisfação do seu investimento no futuro, na medida em que vai cobrando taxas de utilização aos utentes.

Baseando-se no conteúdo já aqui apresentado, relativamente ao conceito de Contrato Administrativo e de Contrato Público, importa reforçar que a Empreitada de Obras Públicas é sim um contrato público, por isso enquadra-se perfeitamente no conceito de contrato administrativo¹³³.

incluindo os procedimentos relativos à garantia de qualidade, a terminologia, os símbolos, os ensaios e métodos de ensaio, a embalagem, a marcação e a rotulagem, as instruções de utilização, bem como os procedimentos e métodos de produção em qualquer das fases do ciclo de vida dos trabalhos; as características incluem igualmente as regras de conceção e cálculo dos custos, as condições de ensaio, de controlo e de receção das obras, bem como as técnicas ou métodos de construção e todas as outras condições de carácter técnico que a autoridade adjudicante possa exigir, por meio de regulamentação geral ou especial, no que respeita às obras acabadas e aos materiais ou elementos integrantes dessas obras;

¹³¹ N°2 do art.343º do CCP

¹³² N°2 do art.181º da NLCP

¹³³ NPAA, art.120º nº 2 a)

4.3.1. Empreitada de obras públicas no direito da união europeia

Os primeiros passos sobre contratação pública no direito europeu, já data o ano de 1957, em que no próprio tratado de Roma já se fazia menção entre outros assuntos, à necessidade de um mercado único, à abertura de concursos públicos nacionais a operadores económicos estrangeiros¹³⁴.

Esta ideia não se esgotou no tratado, aparecendo várias necessidades que “*obrigaram*” os Estados a elaborar diplomas que tratassem da matéria de forma mais cabal, neste sentido, foi então dado um outro passo, que foi a aprovação da Diretiva de 17 de setembro de 1969. Depois desta foram surgindo sucessivas diretivas, nomeadamente as Diretivas 70/32/CEE¹³⁵ e 71/304/CEE¹³⁶.

Como se pode ver, houve e ainda tem havido uma crescente evolução em matéria de empreitada de obras públicas, que como é óbvio têm tido consequências diretas nos EM.

A missão de melhorar cada vez mais o conteúdo e regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas não se ficou pela 71/304/CEE, pelo que, outros importantes e significativos passos vieram a ser dados pelas Diretivas 71/305/CEE relativa aos procedimentos de adjudicação dos contratos de Empreitadas de Obras Públicas e posteriormente pela Diretiva 77/62/CEE¹³⁷. Por fim, foi aprovada a Diretiva 2004/18/CE, que veio posteriormente a ser revogada pela Diretiva 2014/24/UE do Parlamento europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos.

É importante ainda salientar, que a evolução que houve em relação à matéria de empreitada de obras públicas, não se esgota no leque de Diretivas que aqui apresentamos, julgamos que é compreensível que num trabalho como este não seja possível fazer o percurso completo ou detalhado desta evolução¹³⁸.

Como é óbvio, se houve sucessivas alterações legislativas muita coisa deve ter mudado nestas alterações, e um dos aspetos que nos chamou à atenção é o próprio *conceito* de empreitadas de obras públicas.

¹³⁴ MARTINS, Licínio Lopes, Empreitadas de..., cit. p. 25-32.

¹³⁵ DC, 70/32/CEE

¹³⁶ DC, 71/304/CEE

¹³⁷ DC, 77/62/CEE

¹³⁸ Vide, MARTINS, Licínio Lopes, p. 25-70

Na Diretivas 71/305/CEE estabeleceu-se como *contratos de empreitada de obras públicas*, aqueles que são celebrados por escrito a título oneroso entre um empreiteiro - pessoa singular ou coletiva - e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), e que têm por objeto uma das atividades mencionadas no artigo 2º, da Diretiva do Conselho, de 26 de Julho de 1971, relativa à supressão das restrições à livre prestação de serviços no domínio dos contratos de empreitada de obras públicas e à adjudicação de obras públicas por intermédio de agências ou de sucursais¹³⁹.

Na Diretiva 2004/18/CE¹⁴⁰, por exemplo, entedia-se que, *Contratos de empreitada de obras públicas* são contratos públicos que têm por objeto quer a execução, quer conjuntamente a conceção e a execução, quer ainda a realização, por qualquer meio, de trabalhos relacionados com uma das atividades na aceção do anexo I ou de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante¹⁴¹.

Diversamente, a Diretiva 2014/24/UE, apresenta-se-nos com um conceito bastante atual, na medida em que se afasta claramente dos dois conceitos anteriormente apresentados, primeiro porque não define cabalmente o que é uma empreitada de obras públicas, e segundo porque apenas se limita a dar as características dos contratos que podem ser qualificados como empreitadas de obras públicas. Diz literalmente no seu art.1º nº 6, com a epigrafe “Âmbito de aplicação e definições”: *Contratos de empreitada de obras públicas*¹⁴², contratos públicos que tenham por objeto: *a)* A execução ou a conceção e execução conjuntas de obras relacionadas com uma das atividades na aceção do Anexo II; *b)* A execução ou a conceção e execução conjuntas de uma obra; *c)* A realização, por qualquer meio, de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela autoridade adjudicante que exerce uma influência decisiva sobre o tipo ou a conceção da obra.

Em relação à evolução da empreitada de obras públicas no direito da união europeia, interessou-nos apresentar este percurso. Por fim, dizer que os EM, vão adaptando a sua realidade à realidade europeia através da transposição das Diretivas.

¹³⁹ DC, 71/305/CEE, art.1º a)

¹⁴⁰ DC, 2004/18/CE

¹⁴¹ DC, 2004/18/CE, art.1º b)

¹⁴² DC, 2014/24/UE

4.3.2. Empreitada de obras públicas no Direito português

Relativamente à empreitada de obras públicas no Direito português, importa dizer que é um dos modelos contratuais que tem sido muito bem trabalhado, daí que ao longo dos anos sofreu e ainda sofre constantes alterações¹⁴³.

Com efeito, não faremos o percurso evolutivo completo dessa figura, apenas vamos focar-nos na noção de empreitada de obras públicas que foi dada por diversos diplomas¹⁴⁴, e que de alguma forma representa uma evolução, ainda que conceitual.

Neste sentido, importa fazer referência a um dos diplomas fundamentais em matéria de empreitada de obras públicas, referimo-nos ao Decreto-lei nº 59/99 de 2 de Março, relativo ao regime jurídico da empreitada de obras públicas, pelo que, constatamos que o diploma não fornecia propriamente um conceito de empreitada de obras públicas, limitando-se a definir o que era “Obras Públicas”¹⁴⁵, para significar que os contratos que fossem celebrados como EOP, abrangessem aquele conceito do art.1º nº 1, do DL. Ainda em relação ao DL, é curioso ver que era bastante extensivo na medida em que, abrangia matérias que hoje fazem parte dos contratos de concessão de serviços públicos, como é o caso das “*limpezas*”. No mesmo sentido, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS afirma que devem agora ser considerados como prestação de serviços¹⁴⁶.

De notar que o DL fazia distinção dos tipos de empreitadas, sendo que as dividia em três tipos de empreitadas, conforme do art.8º nº 1, al. *a*) por preço global, *b*) por serie de preços e *c*) por percentagem. Hoje como afirma também LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, sumiu-se a diferença entre tipos de empreitada, abandonando-se assim aquela distinção¹⁴⁷.

As constantes alterações legislativas no âmbito desta matéria, fez com que se revogasse aquele DL relativo ao regime jurídico da empreitada de obras públicas, dando assim lugar a aprovação do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro que aprovou o CCP.

¹⁴³ DL nº18/2008, de 29/01; DL nº 245/2003, 07/10; Lei nº 13/2002, de 19/02; DL nº 159/2000, de27/07; Lei nº 163/99, de 14/09; DL nº 59/99, de 02/03

¹⁴⁴ MARTINS, Licínio Lopes, Empreitadas de Obras Públicas, Teses, Almedina 2014, p.264-291

¹⁴⁵ Idem, art.1º nº 1, 2.

¹⁴⁶ FREITAS, Lourenço Vilhena de, Direito dos Contratos Públicos e Administrativos, Ed. aafdl, p. 668.

¹⁴⁷ Idem, FREITAS, Lourenço Vilhena de, p. 667.

O CCP veio trazer uma nova visão em matéria de EOP, e como consequência estabeleceu um conceito, que como vimos, não existia no Decreto-lei nº 59/99.

Assim, o CCP estabelece a noção de EOP no art.343º nº 1, dizendo que “*entende-se por empreitada de obras públicas o contrato oneroso que tenha por objeto quer a execução quer, conjuntamente, a conceção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na atividade de construção*”. De seguida o nº 2 define então o que é obra pública.

Ainda no que toca ao conceito de empreitada¹⁴⁸, importa referir que houve um enorme avanço, tendo se chegado a um conceito de empreitada de obra pública¹⁴⁹ mais rigoroso que corresponde aos tempos e às exigências atuais, abandonando-se assim o conceito previsto nos diplomas anteriores ao CCP.

4.3.3. Empreitada de obras públicas no Direito angolano

No Direito angolano o contrato de empreitada de obras públicas continua a ser por excelência a modalidade privilegiada do Estado, em matéria de contratação pública, prova disso é a especial atenção que mereceu na densificação do seu regime jurídico, tanto na NLCP assim como na LCP.

É importante recordar os ditos sobre a evolução das concessões em Angola (*supra* ponto 2), lembrando o processo de independência, proclamada em 1975, seguido de um longo conflito armado (*guerra civil*) por mais de três décadas que justificam, a nosso ver, a lenta evolução de Angola nesta matéria, uma vez que o país vive à sensivelmente pouco mais de dezasseis anos em paz efetiva

A empreitada de obras públicas na ordem jurídica angolana¹⁵⁰ tem merecido especial atenção, a título de exemplo, tínhamos a NLCP, onde já era tratado o regime das EOP ao mais pequeno pormenor, respetivamente TITULO V, Capítulo I e II.

¹⁴⁸ Dispensamos a apresentação cabal do regime das EOP, uma vez que o centro problemático deste trabalho é outro, para um entendimento de forma aprofundada a cerca do regime jurídico das EOP, *vide* FREITAS, Lourenço Vilhena de, Direito dos Contratos Públicos e Administrativos, Ed. aafdl, p. 668-676

¹⁴⁹ Art.343 do CCP,

¹⁵⁰ Cf. CRAVEIRO Lara, *cit...* p. 231 ss, e SILVA Jorge Andrade da, Lei da Contratação Pública de Angola Comentada e Anotada, 2ª Ed. Almedina 2014, p. 311-404. Tanto o primeiro como o segundo Autor, tratam de forma pormenorizada a questão do regime jurídico da empreitada na ordem jurídica angolana, mas tratam-na a luz da já revogada NLCP.

No art.180º da NLCP, encontrávamos no nº1 a noção de *empreitada de obras públicas* e no nº 2 estabelecia-se então a noção de *obras públicas*.

Em setembro de 2016 foi revogada a NLCP, dando lugar à LCP. Curiosamente, em relação às EOP, houve um salto, mas um salto que se traduz apenas numa mudança de artigo, (art.180º da NLCP para o art.181º da LCP), mas em termos de substância no conceito não houve absolutamente nenhum avanço, houve uma espécie de transportação do conceito da antiga para a nova lei. Outro facto curioso, que nos chamou à atenção, é a própria noção de empreitada de obras públicas, parecendo-nos uma importação da noção de empreitada de obras publicas prevista no DL português, com a diferença da previsão de ser um contrato *oneroso*¹⁵¹ na LCP, coisa que não existia no DL português (DL nº 59/99 de 2 de Março), não que a importação seja de todo negativa, mas apenas criticamos o facto de a noção abarcar ainda atividades que do nosso ponto de vista hoje deviam caber no âmbito da prestação de serviço, por intermedio de um contrato de concessão de serviços públicos, referimo-nos à atividade de *limpeza* prevista no nº 2 do art.181º da LCP.

Com efeito, as similitudes entre o DL português e a LCP não se ficaram pela noção, pelo que, a divisão de tipo de empreitada *por preço global, por serie de preço e por percentagem*¹⁵² que já constavam naquele DL, ainda existe na LCP no art.185º. De resto, por quase boa parte da LCP é notório a influência daquele DL, pelo que, é motivo bastante que conforta o nosso dito no (*ponto 2*) sobre a influência portuguesa no direito angolano.

¹⁵¹SILVA, Jorge Andrade da, Lei da Contratação Pública de Angola Comentada e Anotada, 2ª Ed. Almedina 2014, p. 311

¹⁵² CRAVEIRO, Lara, Contratação Publica em Angola, Reflexões sobre a nova Lei. Ed. Quid Juiris sociedade, p. 231-286

Parte III

V. OS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS: “UM OLHAR SOBRE A NOVA LEI”.

5.1. Introdução

Chegados aqui é então momento de nos debruçarmos sobre a problemática a que nos propusemos, ou seja, no fundo é dizer, que esta é a parte central do nosso trabalho como já ficara referenciado na introdução geral, o que significa dizer que toda a atenção estará agora virada para o tema da tese.

Sem ignorar o que dissemos sobre as concessões¹⁵³ no direito angolano, (*vide supra* 3.2) convém frisar que as concessões já começam a ser uma modalidade contratual cada vez mais utilizada, pelo que no contexto atual configura para qualquer Estado um mecanismo que serve de alavanca para trilhar o desenvolvimento.

Como vimos, no direito angolano esta matéria nunca teve um regime autónomo, (*com exceção dos setores petrolífero e diamantífero*) aliás, pelo menos há alguns anos, esta não foi de todo a modalidade privilegiada do Estado angolano.

Nesta parte importa adiantar que trataremos apenas o caso das concessões de obras e serviços públicos, pelo que, os setores especiais não encontraram aqui espaço.

É igualmente importante salientar, que apesar de estar subentendido no *ponto I*, o que se disse sobre as concessões no direito angolano, relativamente à sua evolução e os diplomas aprovados no âmbito desta matéria, merecerá aqui uma especial atenção, a Lei nº 20/10 de 7 de setembro (NLCP), por ser o último diploma sobre contratação pública a ser aprovado antes da Lei nº 9/16 de 16 de junho (LCP).

5.2. Os contratos de concessão de obras e serviços públicos na NLCP, Lei nº 20/10 de 7 de setembro.

Esta lei representou na época, na ordem jurídica angolana, o maior avanço já alguma vez visto em matéria de contratação pública, como vimos, antes dela o regime da contratação pública encontrava-se na sua maioria em legislação extravagante¹⁵⁴, razão pela qual houve várias alterações até se chegar à NLCP.

¹⁵³ Não se inclui as concessões dos setores especiais, como diamantífero e petrolífero.

¹⁵⁴ Cf. CRAVEIRO, Lara, p. 15-18

Com a conquista da *paz definitiva* em 2002, parecia que o caminho para a República de Angola trilhar o desenvolvimento estava à vista, tanto é que passado sete a oito anos foi aprovada a primeira Constituição da República de Angola, e com ela outros passos foram dados.

O desenvolvimento de um Estado com uma realidade como era a de Angola, passava por construção das infraestruturas que não existiam e reconstrução daquelas que ficaram destruídas durante a guerra civil, mas para o efeito era importante que a área da contratação pública estivesse bem regulamentada, pensamos nós que foi neste sentido que o executivo angolano trabalhou para tentar aperfeiçoar a regulamentação na área da contratação pública.

Depois da aprovação da CRA em 2010, introduziu-se na ordem jurídica angolana um novo paradigma constitucional, com efeito, houve consequências em matéria de contratação pública, reconhecendo-se na Constituição no seu art.198º, nº1, que, a *administração pública prossegue, nos termos da Constituição e da lei, o interesse público, devendo, no exercício da sua atividade, reger-se pelos princípios¹⁵⁵ da igualdade, legalidade, justiça, proporcionalidade, imparcialidade, responsabilização, probidade administrativa e respeito pelo património público*. A partir daqui ficou aberto o caminho para um gigantesco passo sobre a regulamentação com rigor no campo da contratação pública, e neste sentido foi aprovada a então a Lei nº 20/10, de 7 de setembro, tendo entrado em vigor três meses mais tarde, ou seja, no dia 7 de dezembro do mesmo ano.

Nos termos da lei, art.1º, diz-se que “a presente lei *estabelece as bases gerais e o regime jurídico relativos à contratação pública*, e logo a seguir no nº1 do art.2º, demarca-se então o seu círculo de aplicação “a presente lei é aplicável à contratação de empreitadas de obras públicas, à locação e aquisição de bens móveis e imóveis e à aquisição de serviços por parte de uma entidade pública contratante. Na mesma sequência, o nº 2 do art.2º, é que estendia a aplicação desta lei aos contratos de concessão de obras e serviços públicos, mas apenas aplicável à sua formação¹⁵⁶, já o seu regime substantivo era objeto de legislação especial conforme o art.350º da NLCP.

¹⁵⁵ SILVEIRA, Paula de Castro/Rodrigues, Luís Graça, Novo regime dos contratos públicos e contrapartidas em Angola, p. 22

¹⁵⁶ Cf. SILVA, Jorge Andrade da, p. 14 e 15

A lei surgiu principalmente para uniformizar a disciplina jurídica aplicável à formação dos contratos de empreitada de obras públicas¹⁵⁷ e à aquisição de bens e serviços pelas entidades públicas previstas no art.4 da NLCP¹⁵⁸.

Antes mesmo que se entre na questão das concessões no âmbito desta lei, importa deixar algumas notas bastantes positivas e que mudaram de forma profunda o regime da contratação pública na praça nacional.

A NLCP insere-se, como já ficou subentendido, num acompanhar da evolução da sociedade e das exigências que o Estado naquela altura aclamava, com o objetivo de dar respostas e soluções às questões e aos factos que foram aparecendo ao longo do tempo, e que entravava de alguma maneira a evolução no âmbito da matéria da contratação pública. Neste sentido, tendo se verificado ao longo do tempo, nos contratos públicos, ausência de supervisão e fiscalização, o que dava origem à corrupção¹⁵⁹, locupletamento ilícito e desvio de fundos públicos, configurando-se estas práticas um travão para o desenvolvimento, a NLCP veio de alguma forma minimizar essas práticas, estabelecendo um regime jurídico que dificultasse a prática desses atos, por isso, é a nosso ver um ponto que merece um enaltecimento. No mesmo sentido, JOSÉ M. OLIVEIRA ANTUNES/LURDES PEREIRA COUTINHO e ANA FILIPA DA FRANCA afirmando que, a NLCP insere-se num esforço do país para estabelecer regras de concorrência e transparência nos procedimentos de adjudicação, para o estabelecimento de regras de éticas nos processos de contratação e para consagrar regras de conduta de funcionários públicos e concorrentes privados¹⁶⁰.

Por fim, há quem diga que a NLCP configura um motivo de orgulho e ambição para que Angola se torne uma potência económica e competitiva¹⁶¹.

Convém, no entanto, esclarecer que estes não configuram os únicos pontos que mereçam ser enalticidos, há vários pontos ou elementos que poderiam aqui serem elevados, limitamo-nos apenas a estes porque achamos que são os mais importantes na medida em que entram com maior incidência a área da contratação pública.

¹⁵⁷ Mais em CRAVEIRO, Lara, p. 57-71

¹⁵⁸ SILVA, Jorge Andrade da, p. 26-29

¹⁵⁹ CRAVEIRO, Lara, p. 15

¹⁶⁰ ANTUNES, José M. Oliveira/ COUTINHO, Lurdes Pereira e FRANCA, Ana Filipa da, Lei da contratação pública de Angola, Almedina, 2014 2ª Ed. p. 8-12

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 13

Como é bom de ver, a NLCP tem toda a dignidade que merece, mas não podemos de todo, afirmar que conseguiu de forma cabal resolver todos os problemas ligados à contratação pública, tanto é que, identificamos algumas insuficiências em termos de regulamentação, que mereceram a nossa reflexão crítica; referimo-nos à ausência de regulamentação ou falta de regime aplicável aos contratos de concessão de obras e serviços públicos.

As concessões de obras e serviços públicos estão previstas na NLCP no art.350º, diz-se neste artigo, que *“lei especial deve regular a concessão de obras e serviços públicos, com respeito pelos princípios estabelecidos na presente lei”*^{162 163}.

A nossa crítica prende-se com o facto de a NLCP ter *“negado”* a previsão do regime de um contrato muito importante como é a concessão, ou seja, não compreendemos a razão do legislador não estabelecer um regime próprio para disciplinar os contratos de concessão, tendo remetido este para lei especial art.350º, NLCP.

Louvamos o passo que se deu em termos de contratação pública em Angola, mas achamos que em 2010, altura em que se aprovou a NLCP, já era altura de estabelecer um regime próprio para concessões, primeiro pela importância que elas têm no âmbito da contratação pública, segundo porque uma vez que já se caminhava para um novo paradigma com a aprovação da nova lei, tendo como objetivo tornar a contratação pública mais transparente e como um meio de afirmação da competitividade e potencializar a economia nacional, entendemos nós, que as concessões que aqui se estuda, são contratos de extrema importância na vida prática quando se trata de contratação pública, nesta medida, julgamos que o legislador nunca deveria ter esquecido ou ignorado o regime jurídico desses contratos, por isso, criticamos esse facto, o legislador deveria tê-lo já previsto, coisa que como vimos não fez.

A nossa crítica, vai neste sentido porque, uma vez que se logrou a aprovação de uma legislação que visava uniformizar a contratação pública com objetivos de evitar aquelas práticas respeitantes à corrupção, transparência, impunidade e outras, não me parece que a deixar omissa a regulamentação de contratos como são as concessões, que pela sua natureza

¹⁶² Cf. SILVA, Jorge Andrade da, p. 608

¹⁶³ Cf. CRAVEIRO, Lara, p. 19-45

prática, eficiência e até de uma execução relativamente fácil e mais vantagosa para o Estado, se conseguisse evitar tais práticas.

Portanto, somos da opinião que a uniformização que foi feita no âmbito da contratação pública, não deveria ter deixado de parte o regime dos contratos de concessão, pois a celebração destes contratos por parte do Estado, o ajudam de forma prática, célere e até mesmo de forma económica na realização de algumas tarefas que ao Estado caberiam, e por mais que ele próprio quisesse realizar não o faria tão bem, isto porque a conjuntura atual reconhece que os parceiros privados têm demonstrado melhor competência e *know-how* para a realização de tais tarefas. Entendemos que o Estado deve hoje ser um regulador e fiscalizador¹⁶⁴.

5.3. Os contratos de concessão de obras e serviços públicos na LCP, Lei nº 9/16 de 16 de junho.

Depois de nos termos debruçado sobre os contratos de concessão no âmbito da NLCP, tendo identificado muitos pontos positivos que mereceram o nosso mais elevado grau de consideração e reconhecimento de avanço significativo, identificamos também pontos negativos que não ficaram isentos da nossa crítica. Agora é momento de nos centrarmos no campo de aplicação da LCP aos contratos de concessão, pronunciando-se de forma crítica sobre o regime que lhes é aplicável e a ausência da partilha do risco na lei.

5.3.1. Inadequação do regime aplicável as concessões.

O primeiro reparo que fazemos na LCP é desde logo a mudança de designação, ou seja, abandonou-se a nomenclatura anterior, Lei da Contratação Pública, passando então a chamar-se Lei dos Contratos Públicos.

A LCP, é de longe o maior avanço já alguma vez visto em termos de uniformização do regime de formação e execução de contratos públicos na ordem jurídica angolana, ela surge há mais ou menos cinco anos após ter vigorado a antiga NLCP. A LCP é também fruto das muitas imperfeições e omissões que haviam na antiga NLCP, como por exemplo, a previsão adaptada de regimes para os contratos de concessões de obras e de serviços públicos, e não só.

¹⁶⁴ O Estado não pode ser mais “papista que o papa”, não faz sentido, hoje assumir a ideia do modelo tradicional de contratação pública onde o Estado assume todos os riscos...

Sem ignorar todos os objetivos que se visou alcançar com a NLCP, como o combate a práticas de corrupção, desvios de fundos públicos, impunidade, assim como se visou também a implementação de princípios norteadores da contratação pública¹⁶⁵, para servir como instrumento de revisão mais abrangente, com o propósito de colmatar lacunas detetadas e introduzir aperfeiçoamento que a experiência na aplicação da lei revelou serem necessárias. Todos estes objetivos são também em grande medida objetivos da LCP, ainda que apenas com a intenção de melhorar cada vez mais, na medida em que eles já remontam ao período da NLCP.

Todavia, a LCP tem a sua peculiaridade, e esta demarca completamente as diferenças existentes entre elas, em termos das épocas de surgimento, podendo mesmo dizer-se que a NLCP surgiu por necessidades que a prática em matéria de contratação pública exige, enquanto que a LCP aparece num contexto em que a necessidade não era apenas a luta contra a corrupção e outras práticas capazes de colocarem em causa o bom andamento da contratação pública, mas também a luta contra a *crise* económica que se instalou no país nos finais de 2013 e início de 2014, prova disso, pode ler-se no preambulo da lei, quando se afirma em relação às concessões, dizendo que” *o regime jurídico agora reformado incentiva e estimula a participação do empresariado angolano, através da concessão às entidades públicas contratantes de vários mecanismos, transversais aos diferentes procedimentos, que permitem promover a sua contratação preferencial e priorizar a produção nacional*”. Por tudo isto, julgamos que a LCP apareceu não apenas para corrigir as imperfeições e colmatar lacunas, mas também para servir de instrumento para ajudar o Estado a fazer face à crise.

Deixando para lá as motivações do aparecimento de cada uma das leis, a verdade é que a LCP melhorou em quase todos os aspetos, aliás, essa era a intenção, mas ainda assim, alguns contratos ficaram sem um tratamento regulamentar específico, e outros aspetos ficaram sem uma previsão legal.

Relativamente aos contratos de concessão no que diz respeito ao regime aplicável no âmbito da LCP, convém antes referir que, nos pontos anteriores dissemos que eles são de grande importância prática, razão pela qual defendemos que a NLCP deveria, na altura, ter consagrado um regime para os mesmos, coisa que não aconteceu.

¹⁶⁵ Cf. CRAVEIRO, Lara, p. 19-45

Na LCP, é possível observar que o legislador foi mais cuidadoso e atencioso, pese embora não tanto quanto gostaríamos que fosse, mas acaba por reconhecer que as concessões são contratos de grande relevância prática ao afirmar no preâmbulo da lei que, *o presente diploma congrega o regime de formação dos contratos mais relevantes na prática administrativa angolana*¹⁶⁶, e as concessões estão incluídas nestes contratos de maior relevância prática na medida em que já é possível identificar um regime para elas através da leitura do art.1º, e 2, nº1 a) e nº2 da lei.

Relativamente à aplicação da LCP aos contratos de concessão, importa primeiramente olharmos para o art.2º, nº1, onde se pode ler que: A presente Lei é aplicável à formação e execução de contratos de empreitada de obras públicas, locação ou aquisição de bens moveis e de aquisição de serviços celebrados por uma entidade pública contratante, bem como: a), b) e c). As entidades públicas contratantes^{167 168} são as que estão previstas no art.6º.

A alínea que mais nos interessa é a alínea a), na medida em que diz que; a presente Lei aplica-se à formação dos demais contratos a concluir pelas entidades previstas no art.6º, que não estejam sujeitas a um regime legal especial, é o caso das concessões¹⁶⁹, logo a seguir, o nº2 do mesmo art.2º, diz que à execução dos contratos públicos não regulados pela presente Lei aplica-se, subsidiariamente, as disposições previstas nos Títulos V ou VI, conforme as especificidades. Ora, as concessões aparecem definidas na LCP art.5º alíneas f) e g), mas não estão devidamente reguladas, sendo assim, parece-nos que o legislador pretendeu aplicar às concessões os títulos constantes do art.2º, nº2.

Em termos de formação e execução dos contratos, não só os de concessão, mas na sua generalidade aplica-se a LCP, ou seja, esta é a lei que serve de base geral para a formação e execução de todo e qualquer contrato público a ser celebrado por qualquer pessoa coletiva pública ou privada, quando estiver em causa o exercício de funções materialmente

¹⁶⁶ DR, I série- nº 98

¹⁶⁷ Cf. SILVA, Jorge Andrade da, p. 26,27 e 28, CRAVEIRO, Lara, p. 57-69

¹⁶⁸ GONÇALVES, Pedro, Concessão de..., *cit.* p. 230-142. O Autor apresenta uma visão relativamente aos sujeitos envolvidos nos contratos de concessão, no caso de serviços, mas *entendemos* que o entendimento pode também ser extensível às de obra. O Autor diz que na generalidade dos casos, a concessão de serviços públicos não pode ser explicada se não tiver em conta a posição jurídica dos utentes ou beneficiários do serviço.

¹⁶⁹ Cf. Manual Prático da Contratação Pública angolana. Luanda, setembro de 2016. Em determinados sectores, existem diplomas especiais que definem o regime de formação das concessões, excluindo-se a aplicação da LCP. Por exemplo, das concessões no sector petrolífero, sector dos transportes, no sector diamantífero bem como no sector de exploração dos jogos de fortuna e azar.

administrativa. A LCP aplica-se também à formação dos contratos cuja concretização seja efetuada por intermédio de uma Parceria Público-Privada¹⁷⁰, nos termos do art.2º, nº1, b). A formação dos contratos está prevista e regulada no Título III.

O conceito de concessão de obras¹⁷¹ e serviços¹⁷² públicos, vem previsto no art.5º, f) e g) respetivamente. Define-se na alínea f) a *concessão de obras públicas*¹⁷³, como o contrato pelo qual o cocontratante, concessionário, se obriga, perante uma entidade pública contratante, concedente, à execução ou à concessão e execução, de uma obra pública, mediante a contrapartida da exploração dessa obra¹⁷⁴, por um determinado período de tempo e, *se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço*. O conceito não trás muito de novo comparativamente à definição da NLCP, pelo que, apenas acrescenta a última parte da alínea que apresentamos em *itálico*.

Já a definição de *concessão de serviços públicos*, vem estabelecida na alínea g) como o contrato pelo qual o cocontratante, concessionário, se obriga, perante uma entidade pública contratante, concedente a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade uma atividade de serviço público, por um determinado período de tempo, sendo remunerado diretamente pelo concedente ou através da totalidade ou parte da atividade concedida. Também em relação a este conceito, não há muito que se diga, houve uma reestruturação da definição, e foi retirado do conceito apenas a parte que se referia ao cocontratante atuar *em nome do interesse público*¹⁷⁵.

Até aqui está claro que esta é a lei aplicável aos contratos de concessão, mas convém desde logo aclarar que apesar dessa aplicação, a LCP apresenta muitos problemas

¹⁷⁰ Lei das PPP, Lei nº 2/11 de 14 janeiro.

¹⁷¹ *Ibidem*, GONÇALVES, Pedro, p. 90-92, De acordo com o autor, a concessão de obras públicas é, em rigor, *uma dupla concessão*, de *construção* e de *exploração* de uma obra pública.

¹⁷² *Ibidem*, p. 102-107

¹⁷³ Numa leitura comparada com a definição prevista no CCP art.407º, nº1, é possível chegar a conclusão que o legislador angolano não foi muito rigoroso ao estabelecer o conceito de concessão, não o foi na medida em que dá a entender que a contrapartida é, sem mais um direito que já está implícito no contrato, ao passo que o CCP, vê a contrapartida como um direito que será adquirido pelo concessionário, ou seja, a ideia que fica é a de que na LCP, o cocontratante já tem um direito e no CCP o concessionário adquire um direito de explorar a obra durante determinado período de tempo.

¹⁷⁴ Cf. GONÇALVES, Pedro, p. 153, A exploração da obra pública traduz-se no fim de contas na recolha dos rendimentos que a obra proporciona ou gera, e não na gestão de um serviço público...

¹⁷⁵ Cf. CRAVEIRO, Lara, p. 55 e 56

concernentes à sua formação e principalmente na sua execução, pelo menos para os contratos que estamos a analisar.

Uma vez que os contratos de concessão não estão devidamente regulamentados na LCP, apenas se prevê a aplicação da lei conforme o art.2º, nº2, a conclusão a que se chega de acordo com este artigo, é que para as concessões aplica-se os regimes previstos nos Títulos V ou VI relativos à execução dos contratos de empreitada de obras públicas, locação e aquisição de bens moveis e de aquisição de serviços respetivamente, nos termos do art.181º á 400º.

Ao longo deste trabalho temos vindo a chamar à atenção com o nosso posicionamento em relação aos pontos que a lei melhorou e aqueles em que ainda não foram para além da simples previsão, neste sentido, e de acordo com o que está subentendido na lei, os regimes para os quais a lei remete para adaptar os contratos de concessão, não é, do meu ponto de vista, o mais apropriado para a execução do contrato de concessão, todavia, a ser este o regime a aplicar de forma adaptada, apresentar-se-ão vários problemas.

Já nos tínhamos pronunciado relativamente à importância dos contratos de concessão, por isso, é imperioso que o legislador não se limite a remeter para o regime de outros contratos a regulamentação das concessões, elas merecem um tratamento autónomo, mas o nosso legislador fez exatamente o contrário.

O legislador remete a execução do contrato de concessão de obras públicas para o Título V, relativo à execução do contrato de empreitada de obras públicas, e remete para o Título VI o contrato de concessão de serviços públicos, Título que se refere à execução dos contratos de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, mais concretamente ao Capítulo IV referente às disposições específicas relativas a contratos de aquisição de serviços.

Um dos problemas que se nos apresenta em relação à aplicação do regime da empreitada à concessão de obras públicas, é de facto a divisão tripartida dos tipos de empreitada existentes^{176 177}, *por preço global, por serie de preço e por percentagem*. Desde logo, levantaria a questão de saber qual o regime do tipo de empreitada que se adequa à

¹⁷⁶ No direito português já foi abandonado a divisão tripartida dos tipos de empreitada. Cf. FREITAS, Lourenço Vilhena de, p. 667

¹⁷⁷ *Vide*, SILVA, Jorge Andrade da, p. 322-386

concessão de obras públicas, para o poder aplicar de forma adaptada. Teríamos à partida, de encontrar solução optando pelo tipo que melhor se aplicará ou então faríamos adaptação consoante os casos, parece-me ser este o caso, apesar de reconhecer que a empreitada por percentagem é a que mais se aproxima da concessão de obras públicas, isto porque, tendo em conta os dois conceitos, ou seja, *na concessão de obras públicas, o concessionário, obriga-se, perante uma entidade pública contratante, à execução ou à conceção e execução, de uma obra pública, e, se assim estipulado, o pagamento de preço (art.2º, f)*), já em relação à empreitada por percentagem diz-se ser o *contrato pelo qual o empreiteiro assume a obrigação de executar a obra por preço correspondente (art.218º, nº1)*. Como se observa há pequenos pontos de contactos, daí o facto de afirmarmos que esta última se enquadra melhor no regime da concessão de obra.

Em relação à *concessão de serviços públicos*¹⁷⁸, como vimos, é remetido para o Título VI e conseqüentemente a aplicação do Capítulo IV que se refere às disposições específicas relativas aos contratos de aquisição de serviços. O conceito de aquisição de serviços¹⁷⁹ encontramos-lo na al. d) do art.5º, da LCP, como *contrato pelo qual uma entidade pública contratante obtém certo resultado do trabalho manual, ou de consultoria, mediante o pagamento de um preço, ao passo que o conceito de concessão de serviços públicos*¹⁸⁰ encontramos como já se disse na al. g) do art.5º.

Olhando para a remissão que o legislador angolano faz, há uma clara evidência de recurso ao regime jurídico português, na medida em que há uma grande coincidência de regime. Notamos duas ligeiras diferenças nos dois regimes, a primeira é relativamente ao conceito, o legislador português parece-nos mais concreto ao estabelecer nos termos do art.450º, do CCP um conceito simples, prático e de fácil compreensão, *entende-se por aquisição de serviço o contrato pelo qual um contraente público adquire a prestação de um ou vários tipos de serviços mediante o pagamento de um preço*. Conceito completamente simplificado e muito diferente daquele que está previsto no art.5º, al. d) da LCP.

Uma segunda diferença é a de que, enquanto o legislador angolano remete por completo a disciplina do contrato de concessão de serviços públicos ao regime de execução

¹⁷⁸ Cf. FREITAS, Lourenço Vilhena de, Direito dos..., *cit.* p. 119 e 120, 695 e 196

¹⁷⁹ O conceito constante da LCP distancia-se muito do conceito de serviços públicos estabelecidos pelo CCP art.450.

¹⁸⁰ GONÇALVES, Pedro, Concessão de..., *cit.* p. 101-107

dos contratos de aquisição de serviços, e acaba de seguida por remeter com as necessárias adaptações (art.398º) para as normas relativas aos contratos de aquisição de bens moveis (art.384), o legislador português ao invés, faz uma remissão para o regime da empreitada de obras públicas, mas apenas no que respeita a trabalhos complementares (cfr.art.438º, CCP) e mais uma outra remissão para tudo o que não estiver regulado, aplicando-se com as necessárias adaptações o disposto no capítulo sobre contratos de aquisição de bens e serviços (cfr.art.451º, do CCP) e não como fez o nosso legislador ao remeter totalmente o regime das concessões de serviços públicos para o regime de execução dos contratos de aquisição de serviços.

Todavia, importa aclarar que o que se está a fazer não é uma simples e inútil comparação de regimes, essa comparação é propositada para nos ajudar a entender até que ponto o regime estabelecido para adaptar às concessões de serviço público é a escolha mais acertada do legislador angolano, pelo que, continuamos a defender a previsão de regime autónomo para as concessões, e só nos casos lacunosos se recorria a outros regimes para adaptação.

Nos termos do art.353º, em tudo quanto não estiver regulado na presente lei ou em lei especial, são subsidiariamente aplicáveis à execução dos contratos regulados pelo presente Título (VI), as restantes normas de direito administrativo e, na falta destas, o direito civil. Esta norma ajuda-nos a clarificar a aplicação desse regime às concessões de serviço.

Seja como for, tanto um como outro não se afiguram apropriados para adaptar às concessões, ou seja, nem o regime da empreitada assim como o da aquisição de serviços são adequados para a concessão de obras e serviços públicos respetivamente.

De facto, os contratos em estudo neste trabalho, têm efetivamente algumas semelhanças com a empreitada de obras públicas e a aquisição de serviços, mas daí a aceitar a aplicação do seu regime jurídico na totalidade é que não nos parece viável nem aconselhável, pelo facto de colocar em causa outros aspetos que ficariam sem regime a aplicar tendo em conta a especificidade dos contratos de concessão.

Já no caso da *concessão de obras públicas* por exemplo, PEDRO GONÇALVES elucida as diferenças¹⁸¹ existentes entre ambas, afirmando que um dos pressupostos da

¹⁸¹ GONÇALVES, Pedro, *Concessão...cit.*155

empreitada é a existência de um *empreiteiro* e um *dono da obra*, facto que a ser adaptado na concessão de obras públicas originaria muitos problemas, isto porque, na concessão de obras públicas, durante a fase¹⁸² da construção (Capítulo III, art.224º, ss.), o concessionário atua como sendo ele próprio o dono da obra¹⁸³, em vez das entidades adjudicantes previstas no art.6º, e 182º, nº 1, 2 e 3 da LCP. O autor termina dizendo de maneira muito elucidativa, que há na concessão de obras públicas uma verdadeira *concessão da construção*, em que uma autoridade administrativa (cfr.art.6º, e 182º, nº1, 2 e 3 da LCP) atribui a um particular a sua posição de *dono da obra*, transmitindo-lhe os seus direitos próprios relativos à fase da construção, que compreende conceção da obra, projeto, exploração, direção e fiscalização dos trabalhos. Nesta ordem de ideias, fica mais fácil concordar com os ensinamentos de PEDRO GONÇALVES que a concessão de obras públicas é, em rigor, uma dupla concessão, de construção e de exploração de obra pública¹⁸⁴, o que consequentemente reforça os nossos argumentos em relação a inadequação da adaptação do regime a que o legislador submete os contratos de concessão de obras públicas.

A ser o regime da empreitada de obras públicas a aplicar-se à execução dos contratos de concessão de obras públicas e o regime da aquisição de serviço à execução dos contratos de concessão de serviços públicos, eles mostrar-se-ão muitas vezes inadequados, incompletos e lacunosos por haver como dissemos, aspetos que ficarão sem regime para regular, tendo em conta as particularidades muito específicas a eles ligadas.

Basta olharmos por exemplo para a questão relativa à fiscalização, que na empreitada é feita pelo dono da obra nos termos do art.265º, nº1, ao passo que na concessão é feita pelo concessionário, e com razão uma vez que o risco corre por sua conta, não fazendo sentido do nosso ponto de vista que seja o concedente a fiscalizar. Mais uma vez temos aqui um dos muitos pontos que só nos ajudam a comprovar a inadequação do regime da execução da empreitada à execução da concessão.

¹⁸² SILVEIRA, Paula de Castro/Rodrigues, Luís Graça, Novo regime dos contratos públicos e contrapartidas em Angola, p. 19-21

¹⁸³ GONÇALVES, Pedro, Concessão...*cit.* p. 91

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 93

5.3.2. Ausência da partilha do risco na LCP

Este é talvez o ponto que no nosso entender e tendo em conta as exigências atuais, merece uma crítica mais acentuada, primeiro pela ausência na lei e segundo pela importância que esta matéria representa no âmbito dos contratos de concessão.

Uma coisa é certa, todos os contratos são suscetíveis de riscos, seja de que natureza forem¹⁸⁵, sendo assim, não se consegue perceber a opção do legislador em não ter previsto a partilha do risco na NLCP nem na atual LCP. Neste sentido, questiona-se: será um esquecimento do legislador ou uma matéria com a qual o legislador não simpatiza muito e como tal não dá importância? Ora, é uma questão à qual só o legislador saberá responder com certidão.

Posto isto, cabe-nos pronunciar de forma crítica sobre a importância que o assunto representa no campo concessivo, por isso, vamos centrar o nosso estudo naquilo que nos diz respeito.

O risco é hoje uma das questões mais importantes no campo da contratação pública, principalmente em matéria de concessão ou se preferirmos nas PPP¹⁸⁶, na medida em que esses contratos são de longa duração ou a longo prazo, como tal ao longo do seu período de vigência poderá enfrentar vários problemas que poderão repercutir-se em riscos para a manutenção do contrato. Neste sentido, naturalmente que aqueles que pretendem vincular-se, quererão acautelar a sua posição, e essa cautela é muitas vezes através da partilha do risco, de modo a evitar que se assumam todo e qualquer risco.

Importa, porém, entender efetivamente qual o conceito de *risco*, de modo a esclarecer o seu sentido prático e a sua importância em matéria de concessão. Já nos pronunciamos em relação ao conceito de risco nos pontos anteriores (*supra*, ponto IV), mas apenas para demonstrar alguns elementos caracterizadores.

Com efeito, o risco pode ter diversos significados e sentidos, mas na perspetiva de partilha no âmbito dos contratos de concessão, por risco deve entender-se o perigo das escolhas ou preferências. Nas concessões, o concessionário ao relacionar-se com o concedente sabe à partida que terá de correr alguns riscos, mas mesmo assim opta em

¹⁸⁵ Os contratos podem ser de natureza instantânea ou duradoura.

¹⁸⁶ Conceito de PPP no art.2º, nº1 do DL nº 111/2012, de 23 de maio.

participar no processo de seleção (concurso público, e outros tipos de procedimentos previstos na LCP, art.22º,) estabelecido pelo concedente para colaborar na satisfação de uma necessidade coletiva.

Há, no entanto, quem defina o risco como a incerteza vista pelo investidor ou pelo Estado, neste caso, o risco é visto numa perspetiva partilhada (cf. art413º, do CCP) entre o parceiro público e o parceiro privado¹⁸⁷. É esta a perspetiva que nos interessa analisar. De resto, convém elucidar que muitas vezes quando se fala de riscos ou partilha de riscos tem se entendido que eles recaem apenas sobre o concessionário, pelo que, não deve ser esse o entendimento ou sentido que se deva ter, ou seja, como já atrás referimos, o facto de numa determinada concessão o parceiro privado assumir a responsabilidade de financiar, construir, gerir ou mesmo construir e gerir a infraestrutura, não pode significar, contudo, que tenha que suportar todo e qualquer risco associado com o projeto¹⁸⁸, pelo que, terá de se encontrar um equilíbrio^{189 190}.

Será injusto e até atentatório às boas práticas concessivas encarregar todo e qualquer tipo de risco ao concessionário¹⁹¹, por outro lado, configuraria um verdadeiro desincentivo à colaboração dos parceiros privados na realização de tarefas públicas que muitas vezes interessarão mais ao Estado.

Muitas vezes o Estado pode encontrar-se em situação económica difícil, e nesta medida torna-se difícil a satisfação das suas necessidades, por isso, interessa-lhe o recurso à colaboração dos parceiros privados. É neste sentido que fazemos referência à injustiça da sobrecarga dos riscos ao concessionário e do equilíbrio que terá de haver na transferência dos mesmos a este último.

Entendemos, porém, que terão de ser tidos em conta todos os detalhes na celebração do contrato, de modo a impedir que se transfira todos os tipos de riscos ao concessionário, só assim será possível delimitar os riscos que podem ser assumidos por cada um deles e

¹⁸⁷ O parceiro privado terá direitos de exclusivo, cf. TORGAL, Lino/GERALDES, João de Oliveira, em concessão de atividades públicas e Direito de Exclusivo, p. 1116-1120.

¹⁸⁸ Mesmo que tenha direito de exclusivo, o nosso entendimento é que deva haver sempre um equilíbrio.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Pedro Costa, fala de partilha de responsabilidade e de distribuição de riscos Direito dos Contratos Públicos, Almedina – p. 503

¹⁹⁰ Cit. LOPES, Licínio, Tese de Doutoramento: Empreitada de obras pública – p. 388 e 389.

¹⁹¹ Cit. ANJOS, Joana Catarina Neto dos, concessão de serviço municipal de água, Dissertação de mestrado, apresentada à Universidade de Coimbra, 2015, p.71-75

aqueles que poderão ser partilhados¹⁹². Com efeito, nos termos do art.413º, nº1, do CCP, o concessionário só deve assumir o risco de *exploração*¹⁹³ que se traduz em risco da *procura* e *oferta* ou de ambos. Mesmo aqui, o entendimento que se deve ter, achamos nós, que não pode ser tão linear, pelo que, atualmente deve-se ter um entendimento mais inclinado para a partilha entre o parceiro público e privado, mas também se compreende que seja o parceiro privado a assumir mais riscos por se entender que neste tipo de colaboração presume-se que o parceiro privado tem o *know-how*, e nesta medida está em melhores condições para diminuir os riscos.

Sendo assim, e por tudo quanto se disse, para esse efeito, o *risco* deve entender-se como o elemento que caracteriza um determinado contrato de concessão, que liga o concedente ao concessionário durante um tempo relativamente longo, onde este último assumirá a responsabilidade do investimento¹⁹⁴, mostrando-se disponível a suportar o risco, assumindo nesta medida o perigo relacionado com a exploração, mas que a entidade pública adjudicante assumirá também os riscos que não sejam espectáveis por parte do parceiro privado.

Ora, se é criticável a transferência de todos ou boa parte dos riscos ao concessionário, é igualmente criticável, mas agora com uma tonalidade mais acentuada, o facto de uma lei da contratação pública que é, no fundo a lei base, não ter previsto uma matéria tão importante como é a partilha do risco, como é o caso da LCP.

A partilha do risco é um elemento de grande importância nos contratos de concessão, mas também noutros contratos de longa duração, isto porque serve como elemento que caracteriza o contrato. Mas, mais do que isso, em Portugal por exemplo, o art.413º, do CCP, é visto como uma norma imperativa, pelo que a entidade pública contratante está impedida

¹⁹² Cfr. GUIMARÃES, Fernando Vernalha, Repartição de risco nas parcerias público-privadas. Tomo de Direito Administrativo e constitucional, Ed. 1, abril de 2017, Brasil. Num contrato de concessão, é costumeiro que haja concentração de investimentos do concessionário nos primeiros anos do contrato (fase pré-operacional), sendo que a sua amortização dependerá do desenvolvimento de todo o ciclo de operação, quando haverá a percepção de receitas. É evidente que o rompimento precoce da relação contratual gera risco de prejuízos significativos ao concessionário, o que instala uma forte suscetibilidade sua ao risco de comportamentos oportunistas do poder concedente – que pode se materializar em exigências do regulador ou do poder concedente de investimentos não previstos ou em iniciativas de reequilibrar o contrato para reduzir taxas de retorno.

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>.

¹⁹³ Tradicionalmente o conceito de concessão assenta nos riscos da procura e exploração.

¹⁹⁴ O investimento que aqui se refere, é económico-financeiro, mas também humano, técnico ou tecnológico, relacionado com a atividade a desenvolver.

na fase da celebração do contrato, de assumir os riscos constantes nesta norma, há como que um limite de contratar por parte da entidade pública contratante.

Na sua maioria, os contratos de concessão envolvem também um período de exploração ou de gerência consoante se trate de concessão de obras ou de serviços públicos, nesta medida é um contrato de longa duração, com efeito, durante todo o tempo de vigência do contrato, poderá haver muitos riscos associados que poderão surgir. Neste sentido, é importante que se saiba a quem recaem determinados riscos, é exatamente aqui onde se colocarão muitos problemas na prática, uma vez que a LCP não regula esta questão.

A não estar previsto na LCP a partilha do risco, uma vez que ela remete¹⁹⁵ para o regime da empreitada de obras públicas e da aquisição de serviços, a conclusão a que eventualmente se possa chegar, é a de que os riscos associados aos contratos de concessão, corram por conta do Estado, o que para nós não pode ser. Uma tal assunção dos riscos por parte do Estado, configuraria uma grande injustiça para o Estado enquanto ente que contrata em pé de igualdade com o concessionário, mas que acaba neste caso, por ficar numa posição de desvantagem¹⁹⁶. Será igualmente injusto para os cidadãos que suportam direta ou indiretamente os custos por via dos impostos. Ainda, poderá representar uma subcarga para os cofres do Estado.

Neste sentido, a não previsão da partilha do risco¹⁹⁷, faz com que, todos os objetivos que se visou alcançar com a LCP continuam a subsistir, ou seja, as imperfeições constantes na lei anterior, o impedimento de eventuais enriquecimentos sem causa, o desvio de fundos públicos, que se pretendeu colmatar e impedir, podem ainda subsistir pela ausência da

¹⁹⁵ A remissão que aqui se refere é relativa a concessão de obras e de serviços públicos. No primeiro caso como já ficou dito, remete-se para a empreitada de obras públicas e no segundo para a aquisição de serviços.

¹⁹⁶ Aceitar que o Estado assumira os riscos como a LCP nos dá a entender, seria aceitar que o Estado deve ser o mais vulnerável, o que não é verdade.

¹⁹⁷ *Ibidem*, GUIMARÃES, Fernando Vernalha, Repartição de risco nas parcerias público-privadas. Tomo de Direito Administrativo e constitucional, Ed. 1, abril de 2017, Brasil. Isso se passa especialmente com o poder concedente, que tem prejuízos de diversas ordens num cenário de extinção precoce do contrato (descontinuidade na prestação do serviço público, desenvolvimento do processo de extinção da concessão, custos com a reinauguração do processo de licitação-contratação, prejuízos políticos ao governo etc.). Essa suscetibilidade de uma parte em relação à outra pode gerar aquilo que se denomina de efeito de *lock-in*, pondo-a como refém da extinção da relação jurídico-contratual. Lacunas contratuais podem favorecer, neste contexto, a adoção de práticas oportunistas pelo concessionário, gerando impasses (*holdup*) que desaguardam na oportunidade de renovações e revisões contratuais em contratos ainda jovens, com riscos para a estabilidade e continuidade do vínculo. Minimizar a incompletude dos contratos em matéria de alocação e riscos pode concorrer para evitar práticas desta natureza.

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>.

previsão da partilha do risco, pondo em causa o alcance de todos os objetivos que se pretendeu com o êxito desejado. Uma vez que o concessionário não enfrentará riscos nenhuns, é claro que vê vantagens nisso, e será muito mais fácil os empresários (os *lobby ou lobbying*¹⁹⁸) influentes participarem nesse tipo de parceria com o Estado, já que o seu envolvimento não representa nenhum perigo.

Compreender estas situações não parece difícil, basta pensar no que se tem passado na nossa realidade com as empresas que operam no campo da recolha de resíduos sólidos nas capitais das províncias, em que os procedimentos de seleção já são associados ou conotados à falta de transparência¹⁹⁹, eivados na maior parte das vezes por vícios de procedimento e outros, havendo mesmo quem afirme que tem havido uma espécie de contratos consigo mesmo na medida em que o órgão competente (art.31º, LCP) para autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar e a decidir contratar, não escolhe nenhum dos tipos de procedimentos previstos na lei (art.22º, LCP), limita-se a selecionar a sua própria empresa²⁰⁰. Muitas das vezes estas entidades são detentoras de poderes que intimidam, por isso ninguém se atreverá a fiscalizar a execução dos contratos, tanto na fase da execução ou mesmo na fase de exploração.

Portanto, é por isso que temos vindo a repudiar o facto da não previsão ou regulação da matéria relativa à partilha do risco, sendo um elemento que caracteriza os contratos de longa duração como são os de concessão, é imperativo que o legislador ao elaborar um determinado diploma legal não se deva esquecer de questões tao importantes como estas.

A nosso ver, a LCP já deveria ter regulado esta matéria. Compreende-se que não estivesse previsto na NLCP por ser a primeira lei que pretendeu uniformizar o regime da

¹⁹⁸ Lobby ou lobbying, é uma expressão inglesa, que tem sido usada normalmente para significar grupo de pessoas físicas ou jurídicas que têm um mesmo objetivo, e por isso tentam exercer influência sobre o poder governamental ou legislativo para que estes tomem decisões que vá de encontro com os seus objetivos. São também chamados de grupos de pressão.

¹⁹⁹ Aqui basta pensar no debate parlamentar angolano numa intervenção do Deputado Adalberto da Costa Júnior, (UNITA) referente a falta de fiscalização das obras de construção das estradas. Dizia o Deputado, que o governante pede a sua parte, e custo sai acrescido muitas vezes pelo tripulo ou quadruplo porque quando é questionado ao concessionário como conseguiu a obra aparece uma serie de pagamentos, paguei ao português, ao brasileiro, ao ministro e depois paguei-me a mim. É claro que dessa forma a obra fica elevadíssima de custos, e no final das contas quem paga são os cidadãos. Arquivos audiovisual da Assembleia da República de Angola.

²⁰⁰ Este é um assunto do domínio de todos nós, muitas vezes quem tem o poder para decidir contratar também é um empresário que opera no mesmo ramo, é claro que não haverá transparência, já para não falar que são atividade incompatíveis.

contratação pública, é neste sentido que é compreensível devido às muitas questões que podem ter estado no fundo da questão como por exemplo a inexperiência ou mesmo a falta de especialistas na matéria. Já não é compreensível, aliás, é até criticável a ausência da partilha do risco na LCP. Esta crítica vem no sentido de julgarmos ter havido tempo suficiente para prever certas questões, a NLCP vigorou durante seis anos, passado esse tempo sentiu-se necessidade de a alterar, ora, questões como introduzir aspetos que já não se encontravam previstos na antiga lei e até ter ajuda de especialistas na matéria (caso tenham sido estas as causas dessa lacuna) não me parecem hoje justificáveis.

Mas se a lacuna for propositada, é recomendável que se analise esta questão, porque se não, estaremos a sobrecarregar o Estado com despesas que seriam à partida do concessionário se se tivesse previsto na lei a partilha do risco. Estaríamos também a sobrecarregar os contribuintes que confiam nas instituições e ajudam o Estado a suportar as despesas. Noutro polo, estaríamos a beneficiar o concessionário que não assume risco nenhum, e neste sentido acaba por ser o mais beneficiado.

Na lei relativa às PPP, Lei nº 2/11 de 14 de janeiro²⁰¹, está regulada a repartição de responsabilidade no art.5º, dizendo aí que; *no âmbito das parcerias público-privadas incumbe ao parceiro público o acompanhamento e controlo da execução do objeto da parceria, de forma a garantir que sejam alcançados os fins de interesse público subjacente ao parceiro privado cabe, preferencialmente, o financiamento, bem como o exercício e a gestão da atividade contratada.* Aqui é possível ver uma possível repartição de responsabilidade, usando a expressão da lei, sendo que mais abaixo o art.7º, fala da *partilha do risco*, ainda que de forma muito genérica. Embora o art.2º, desta lei permita a aplicação aos contratos de concessão, isto não nos ajuda em muito, primeiro porque parece que o âmbito de aplicação desta lei se limita durante o tempo de vigência da NLCP e já não depois da aprovação da LCP, segundo, pelo facto de a LCP remeter a regulação dos contratos de concessão ao regime dos contratos de empreitadas de obras públicas e aquisição de serviços. Por último pelo facto de a LCP não remeter nenhuma questão relativa aos contratos de concessão a uma lei especial.

²⁰¹ V. arts. 2º, 5º, 6º e 7º.

VI. CONCLUSÃO

A área da contratação pública desde muito cedo despertou a minha curiosidade, daí que logo que tive a oportunidade de debruçar sobre uma temática no âmbito da Dissertação de mestrado na especialidade em ciências jurídico forenses, não hesitei na escolha da área para qual deveria escrever, nem no tema que pretendia investigar para apresentar.

Tomei a decisão de debruçar sobre este tema pelas razões já apresentadas na parte introdutória, mas mais do que aquelas, era também objetivo pronunciar-me sobre as falhas que o legislador eventualmente se tenha esquecido, como é o caso de um regime autónomo para os contratos de concessão e a previsão da partilha do risco nos contratos de concessão entre a entidade concedente e o concessionário.

Tentei ao máximo nesta dissertação identificar as falhas constantes na LCP, e pronunciar-me sobre elas acentuando os progressos, mas também criticando as imperfeições. Dada a importância que a área da contratação pública representa para Angola em particular, e uma vez que se ensina pouco sobre esta área do direito nas Universidades angolanas, tanto nas públicas como nas privadas, sentimo-nos na obrigação de entrar e contribuir nesta área do direito com o tema concessão de obras e de serviços públicos em Angola: um olhar sobre a nova lei.

Findo o estudo desta temática, chegamos à conclusão que o contrato de concessão se traduz sempre numa colaboração entre uma entidade pública e privada para execução de uma obra ou gestão de um serviço com objetivo de satisfazer necessidades coletivas, onde o concessionário se obriga perante o concedente, garantindo o financiamento e assumindo ele próprio os riscos de exploração.

Não tendo o legislador angolano previsto um regime autónomo para regular as concessões, nem a partilha do risco na LCP, foi motivo bastante para nos chamar à atenção, de maneira a pronunciarmo-nos de forma crítica sobre este facto.

Concordando com a inadequação do regime para o qual o legislador remete para regular as concessões, e a lacuna deixada em relação à partilha do risco, entendo que deva rever-se este regime, porque está mais do que claro que ele na maior parte das vezes se mostrará inadequado, incompleto e lacunoso por haver aspetos que ficarão sem regime para os regular, tendo em conta as especificidades muito ligadas a estes. Neste sentido,

recomenda-se uma regulação autónoma das concessões de modo a impedir que certas matérias fiquem sem regulamentação ou mesmo impedir adaptações que podem mostrar-se inadequadas e prejudiciais para qualquer das partes envolvidas no contrato.

Em relação à previsão da partilha do risco no âmbito dos contratos de concessão, é uma questão fundamental, e até vital para a subsistência do contrato, pelo que é complicado hoje em dia, aceitar ou compreender uma legislação que não preveja esta questão.

Uma vez que o objetivo da lei era uniformizar tanto quanto possível esta matéria, não é compreensível que agora o legislador remeta a execução do contrato para um regime previsto na LCP e a partilha do risco para outra lei especial. Neste contexto, sugere-se que o regime para o qual o legislador remete, preveja já a questão da partilha do risco, ou então estabeleça um regime próprio e autónomo para as concessões.

Chegamos também à conclusão de que, a *repartição de responsabilidade* prevista no art.5º, e a *partilha do risco* previsto no art.7º, ambos da Lei nº 2/11 de 14 de janeiro, não é aplicável aos contratos de concessão pelas razões que já invocamos, e mesmo que fosse aplicável, subsistiria a dúvida na medida em que a lei não é muito clara quando se refere à repartição da responsabilidade, pelo que, não se sabe se nessa responsabilidade o legislador pretendia englobar o risco, pelo que, a imprecisão subsiste. Relativamente ao art.7º, desta lei, que fala da partilha do risco, acreditamos que foi um bom passo o legislador ter previsto na lei de 2011, apesar de ter plasmado uma norma bastante genérica, não se percebe o porquê de em 2016 quando se pretendeu uniformizar a lei dos contratos públicos, o legislador não ter previsto a partilha do risco.

Por fim, recomenda-se que não se sobrecarregue o Estado com todas as incertezas que acarretam os contratos de concessão, pelo menos aquelas que sejam espectáveis pelo concessionário.

Bibliografia

- ANJOS, Joana Catarina Neto dos** - Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de Coimbra, 2015 - Contrato de Concessão de Serviço Municipal de água
- ANTUNES, José M. Oliveira/ COUTINHO, Lurdes Pereira e FRANCA, Ana Filipa da** - Lei da contratação pública de Angola, Almedina, 2014, 2ª Ed.
- AMARAL, Diogo Freitas do, e TORGA, Lino** - Estudos sobre Concessões e outros atos da Administração, Almedina 2002.
- ANDRADE, Carlos Vieira De** - Lições de Direito Administrativo, 4ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra.
- AMARAL, Diogo Freitas do** - Curso de Direito Administrativo Vol. II, Almedina.
- AZEVEDO, Sérgio de** - PPP e o custo de um Estado fraco. Alêtheia Editores – 2014
- CORREIA, Vanda Cristina Charrua** - Dissertação de Mestrado apresentada no Instituto Superior de Setúbal, 2014.
- CRAVEIRO Lara** - Contratação Pública em Angola, Quid Iuris 2015.
- MELO, A. M. Barbosa de** - Estudo de Contratação Pública, Coimbra Editora.
- MANÇÃS, Fernanda** - Estudo da Contratação Pública, Coimbra Editora.
- ESTORNINHO, Maria João** - Direito Europeu dos Contratos Públicos, Almedina.
- ESTORNINHO, Maria João** - Curso de Direito dos Contratos Públicos. Almedina 2012.
- FERREIRA, Salvador** - Parceria Público-privada em Angola – Edição Chá de Caxinde – 2011
- FREITA, Lourenço Vilhena de** - Direito dos Contratos Públicos e Administrativo. Ed. AAFDL, 2014
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha** - Repartição de risco nas parcerias público-privadas. Tomo de Direito Administrativo e constitucional, Ed. 1, abril de 2017, Brasil.
- GONÇALVES, Pedro Costa** - Direito dos Contratos Públicos, Almedina.
- GONÇALVES, Pedro** - Concessão de Serviços Públicos, Almedina, 1999.
- SANTOS, José Cruz** - Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Católica, 2015.
- SILVA, Jorge Andrade da** - Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado, 2ª Ed. Almedina, 2014.
- SILVA, José Manuel Braz da** - Parceria Público Privada, Almedina 2012.

SOUSA, Marcelo Rebelo de - O Concurso Público na Formação do contrato administrativo, Lisboa 1994 Edições Jurídicas.

SOUSA, Marcelo Rebelo De/Matos, André Salgado De - Contratos Públicos-Direito Adm. Geral Tomo III – Publicações Dom Quixote.

LOPES, Licínio - Teses de Doutoramento: Empreitada de obras pública, Almedina, 2014.

MELO, Pedro - A distribuição do Risco nos contratos de concessão de obras Públicas, Almedina.

MIRANDA, Agostinho de/MARQUES J.P. Remédio - Direito Mineiro Angolano – Edições 70

NETO, António Pitra - Resumos sobre Matérias de Direito Administrativo, Mayamba Editora Lda, Luanda-Angola.

OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo - Noções Fundamentais de Direito Administrativo, Almedina 2013, 3ª Edição.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias - Os Poderes do contraente público no CCP, Coimbra Editora.

VIEIRA, Pedro Siza - Caderno de Justiça Administrativa, Universidade de Coimbra nº 64 Ano 2007.

VIEIRA, Pedro Siza - Estudo de Contratação Pública.

FERREIRA, Salvador - Parceria Público-privada em Angola – Edição Chá de Caxinde – 2011.

SILVEIRA, Paula de Castro/Rodrigues, Luís Graça, Novo regime dos contratos públicos e contrapartidas em Angola - Vidaeconomica