

CONFERÊNCIA FDL

O TdC E OS CONTRATOS PÚBLICOS

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

PEDRO MELO

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. A DELIMITAÇÃO DOGMÁTICA DO CONCEITO DE RISCO

O risco é um evento incerto, mas previsível.

Incerto quanto à sua ocorrência, que é contingente (*incertus an*);
Incerto quanto ao momento da sua verificação (*incertus quando*);
Incerto quanto às suas sequelas (*incertus quanto*).

O risco é incerto, mas previsível:

Só se *pode correr o risco* do que é previsível.



O risco termina onde começa a imprevisão

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

O risco difere das situações jur. imbuídas de imprevisibilidade:

- Da alteração de circunstâncias;
- Dos casos fortuitos e de força maior;
- Do “*caso imprevisto*”.

Onde há risco, o concessionário deve suportá-lo.

Nota: as novas Directivas reforçam esta ideia (*risco operacional*).

Onde há imprevisão, deverá haver, por princípio, direito ao reequilíbrio financeiro (REF – “garantia contratual” / JMM 1935).

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

2. ALOCAÇÃO OU DISTRIBUIÇÃO DO RISCO CONTRATUAL

A trave-mestra paramétrica e valorativa sobre a gestão do risco contratual:

“Os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respectiva capacidade de gerir esses mesmos riscos” (art. 7º, n.º 1, alínea a. da LPPP).

É o que se designa pela *“alocação óptima do risco contratual”*.

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

3. MATRIZ DE RISCO DE PROJECTOS INFRA-ESTRUTURAIS

- **risco do preço do Contrato de Empreitada;**
- **risco de erros & omissões (risco técnico);**
- **risco arqueológico;**
- **risco ambiental;**
- **risco de alterações legislativas / “risco político”;**
- **“risco judicial”.**

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

4. A DELIMITAÇÃO PRÁTICO-APLICATIVA DO RISCO

4.1. Cláusula Contratual “padrão” em Contratos de Concessão:

“A Concessionária assume, expressa, integral e exclusivamente, a responsabilidade por todos os riscos inerentes à Concessão, excepto nos casos especificamente previstos no Contrato de Concessão”.

4.2. O CCP e a LPPP prevêm (art. 413º CCP e art. 7º da LPPP):

“O Contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o concessionário”.

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

5. CAUSAS TÍPICAS DE REEQUILÍBRIO FINANCEIRO: (Cláusula de REF → *Risco do Concedente*)

- Exercício do poder de “*ius variandi*”;
- Alterações legislativas de carácter específico;
- Casos de Força Maior (“*Acts of God*”);
- Aprovação de traçados rodoviários fora do “corredor” aprovado na proposta submetida a concurso; em certa medida, ultrapassado (DL n.º 141/2006);

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

- **Introdução de portagens reais em lanços originariamente desprovidos de portagens;**
- **Atrasos nos processos expropriativos imputáveis ao Concedente;**
- **Achados Arqueológicos.**

Nota: atenção aos rácios previstos no Contrato e no “Caso Base” (v.g. TIR, RCAS Dívida, RC Vida do Empréstimo).

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Conclusão:

Com exceção dos casos expressamente consignados no contrato (particularmente, na cláusula de REF)



risco do Concessionário, donde, o concessionário deve suportar as inerentes consequências.

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Terá sentido, por exemplo, nos seguintes casos?

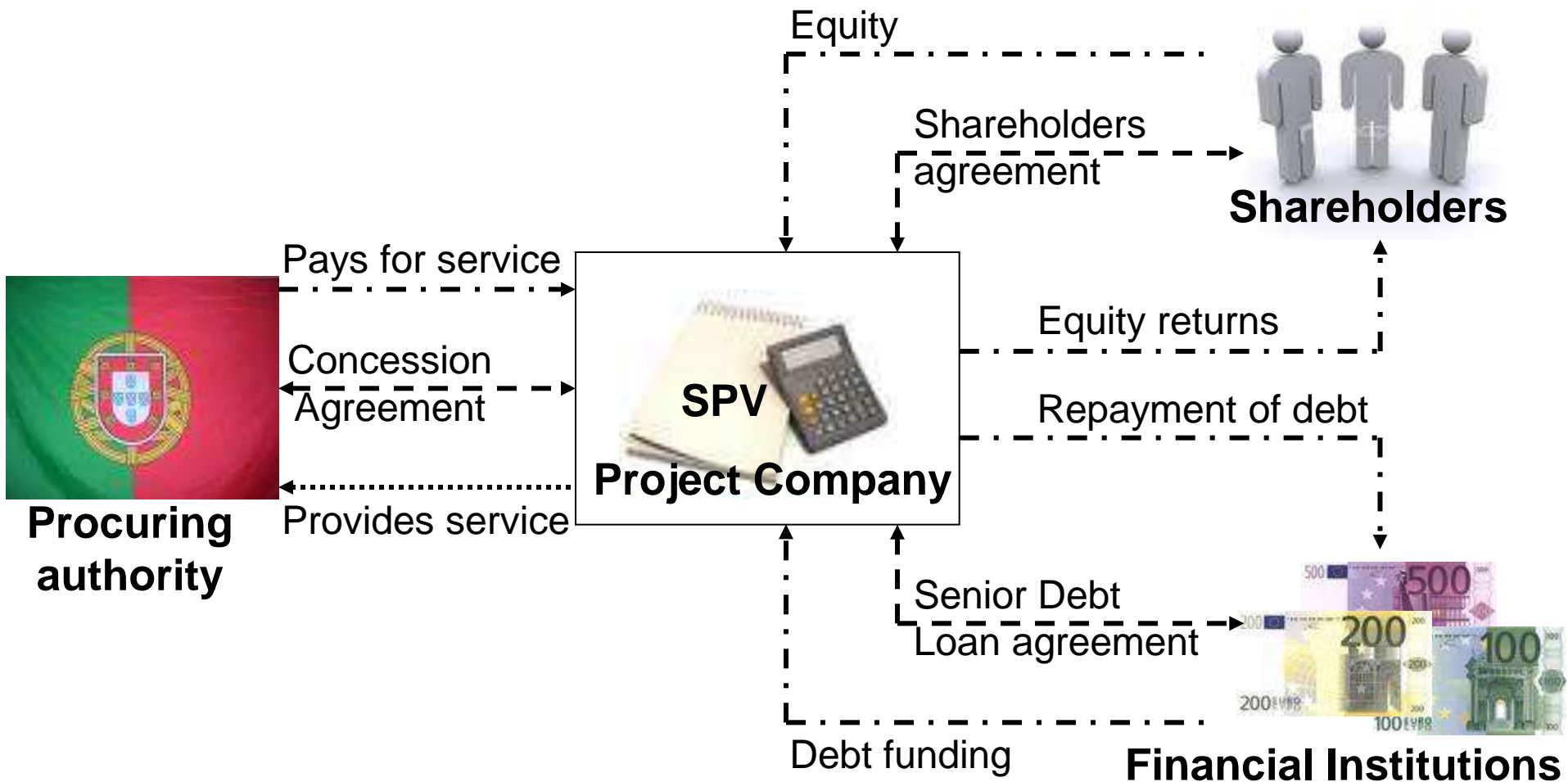
- **“risco” judicial.**
- **“risco” ambiental.**
- **“risco de alterações legislativas gerais – v.g., impostos”.**

Em caso de imprevisão (alteração de circunstâncias ou FM)

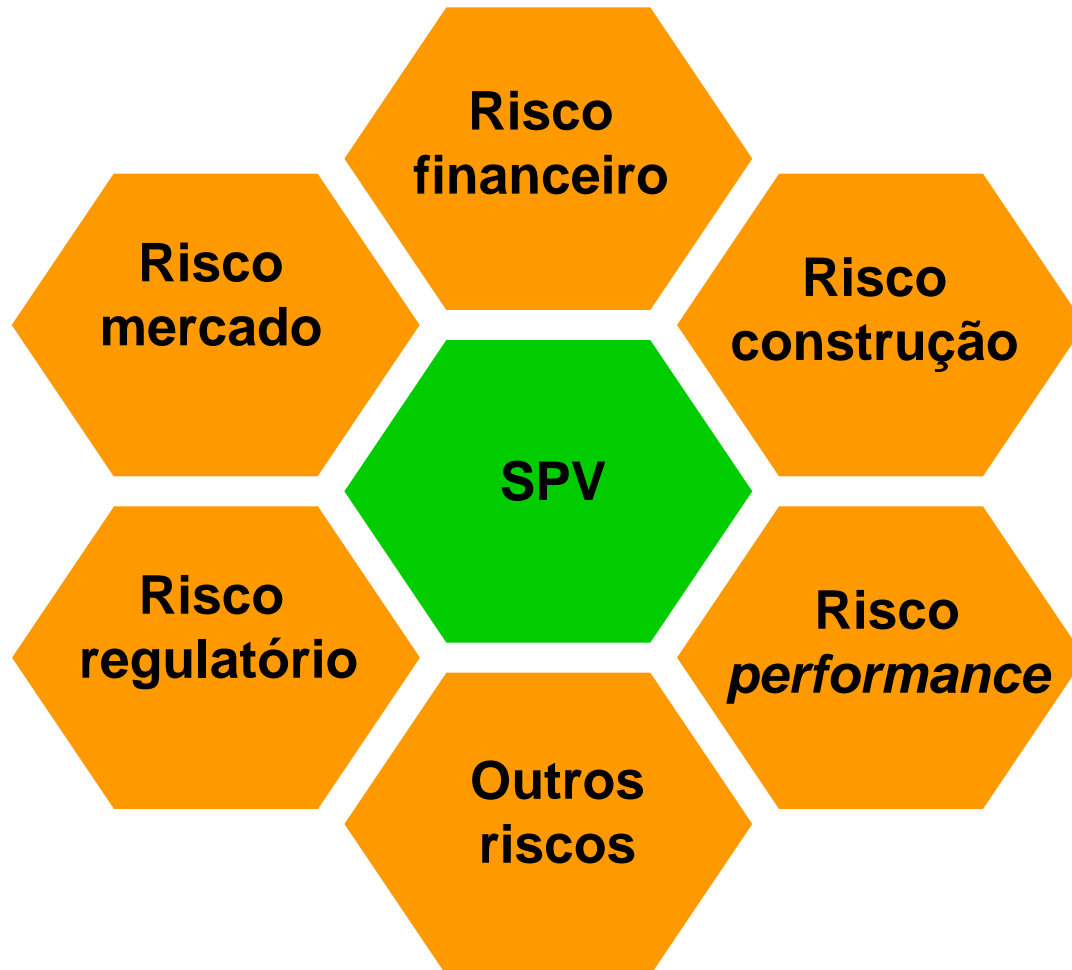


REF / Modificação do Contrato (art. 314º do CCP)

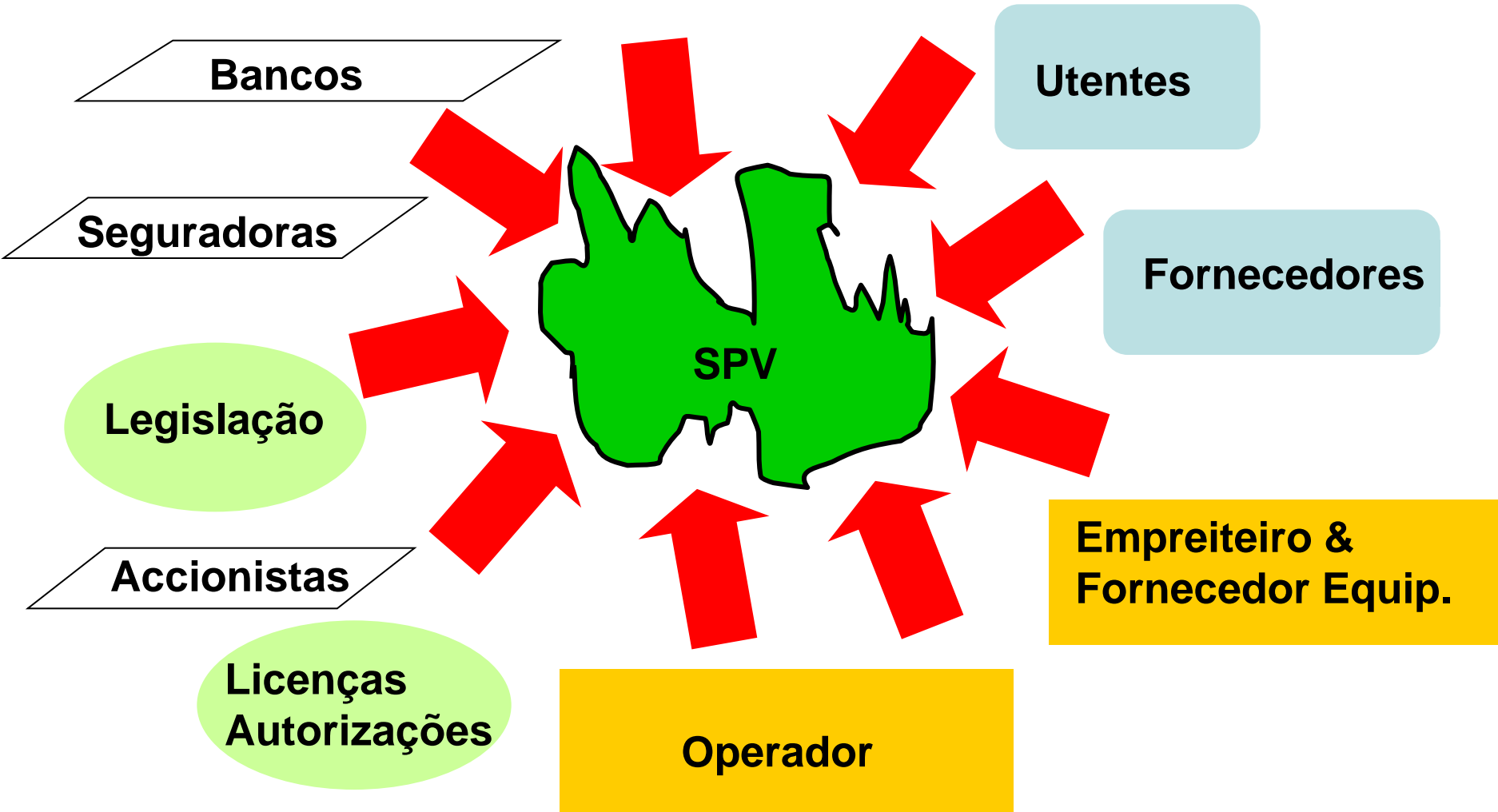
ESTRUTURA TÍPICA DE UMA PPP *(financiada em regime de project finance)*



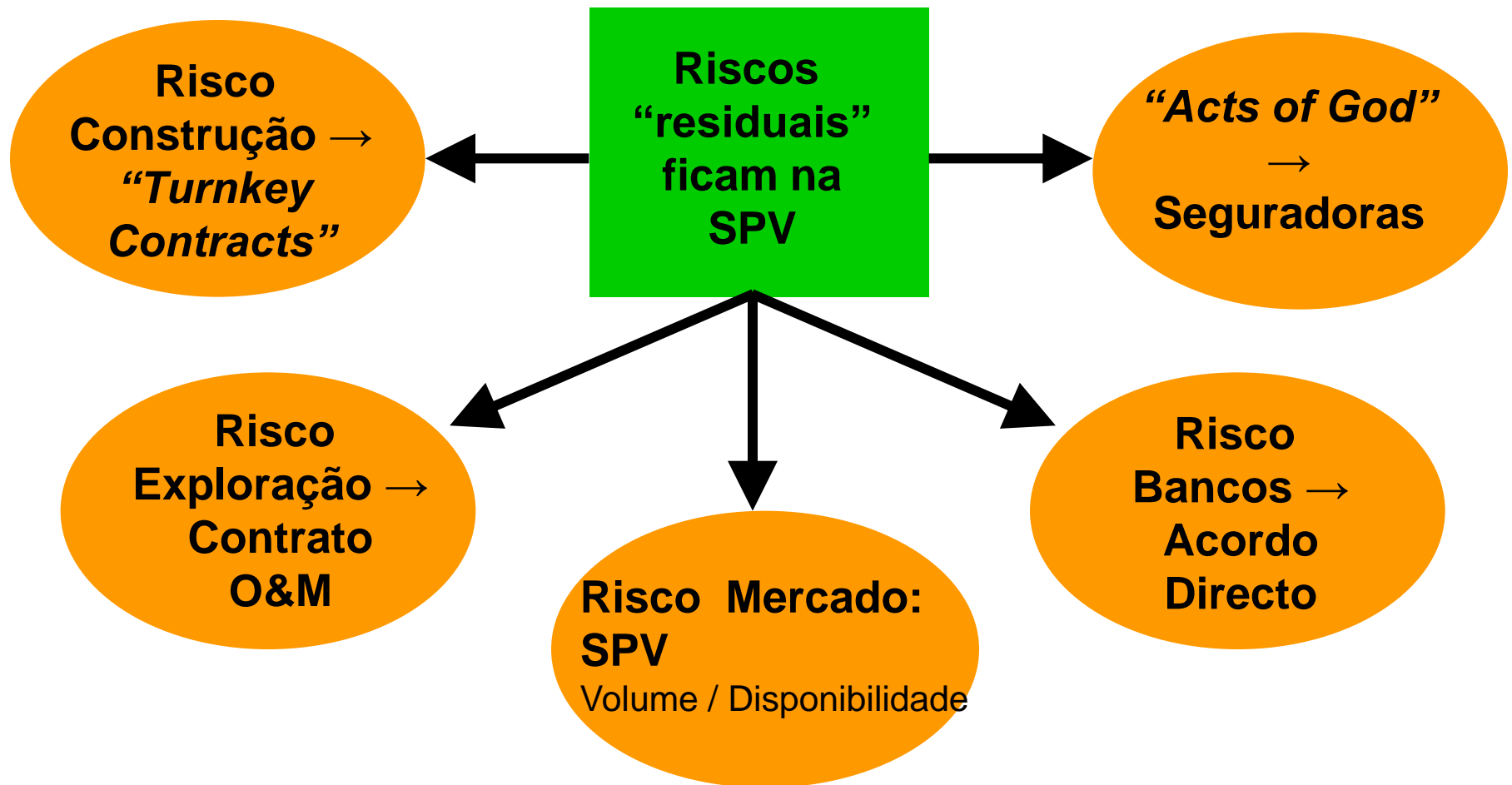
Áreas de Risco das PPP / CONCESSÕES



Pressões s/ SPV



Alocação do Risco é “chave”



A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

6. PEDIDO DE REEQUILÍBRIO FINANCEIRO:

- Observar as regras contratuais (v.g. prazo para invocar REF);
- Demonstração de que a quebra de receitas ou o aumento de custos atinge os rácios / limiares contratuais.
- Início de negociações sobre o pedido de REF.

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Duas possibilidades:

1ª). O Concedente e o Concessionário chegam a acordo:



Definição da forma de implementar o REF

(v.g., pagamento directo / prorrogação do prazo da concessão)

Haverá intervenção do TdC (fiscalização prévia do REF) ?

Pode haver (arts. 5º e 46º da LOPTC):

- **Modificação objectiva e**
- **Incremento dos encargos ou responsabilidades financeiras.**

A GESTÃO DE RISCOS E A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS


2ª). O Concedente e o Concessionário não chegam a acordo:



**O Concessionário conforma-se ou recorre à arbitragem
(cláusulas compromissórias, por regra)**

Neste caso não haverá, por princípio, intervenção do TdC.

Nota: nos CEOP as modificações objectivas resultantes de trabalhos a mais ou de suprimento de E&O estão isentos de fiscalização prévia (fiscalização concomitante e sucessiva).



The map displays the following international connections:

- CENTRAL AND EASTERN EUROPE ■ CENTRO E LESTE EUROPEU
- PORTUGAL ■ PORTUGAL
- CAPE VERDE ■ CABO VERDE
- BRAZIL ■ BRASIL
- ANGOLA ■ ANGOLA
- MOZAMBIQUE ■ MOÇAMBIQUE
- CHINA ■ CHINA
- MACAO ■ MACAU
- EAST TIMOR ■ TIMOR LESTE

LISBOA
Av. da Liberdade, 224
Edifício Eurolex
1250-148 Lisboa,
Portugal
T. (+351) 213 197 300
F. (+351) 213 197 400

PORTO
Rua S. João de Brito,
605-E, 1º - 1.2,
4100-455 Porto,
Portugal
T. (+351) 226 074 700
F. (+351) 226 074 750

FARO
Rua Pinheiro Chagas,
16 - 2º Dto
8000-406 Faro
Portugal
T. (+351) 289 887 630
F. (+351) 289 887 639

PLMJ PARCERIAS NACIONAIS
COMBIA - AÇORES - GUINÉ-BISSAU - YEMU

PLMJ INTERNATIONAL LEGAL NETWORK
MEMBROS: ANGOLA - BRASIL - CAPE VERDE - CHINA
EAST TIMOR - MACAO - MOZAMBIQUE - PORTUGAL

www.plmj.com email geral: plmjlaw@plmj.pt PLMJ - Sociedade de Advogados R.L. www.plmjnetwork.com

PEDRO MELO

Sócio da PLMJ

Coordenador da Área de Prática
de Direito Público

pedro.melo@plmj.com

T. (+351) 21 319 74 84