

27 de julho de 2012

mozambique@vda.pt

Novo Regulamento da Lei sobre PPP, PGD e CE

No passado dia 4 de Julho foi publicado o Regulamento da Lei sobre Parcerias-Público-Privadas (PPP), Projetos de Grande Dimensão (PGD) e Concessões Empresariais (CE), o qual, em cumprimento do artigo 40.º da Lei n.º 15/2011, de 10 de Agosto (Lei sobre PPP, PGD e CE), estabelece os procedimentos aplicáveis ao processo de contratação, implementação e monitorização das PPP, PGD e CE.

O diploma em causa regulamenta com algum detalhe as regras previstas na referida Lei, tratando as matérias referentes (i) às competências da Tutela Sectorial e Financeira, da Autoridade Reguladora e da Entidade Implementadora; (ii) às Fases do procedimento pré-contratual dos Empreendimentos; (iii) aos tipos de procedimentos de contratação pública; (iv) às garantias financeiras e incentivos ao investimento; (v) aos contratos e respetivas revisões ou alterações; (vi) à execução contratual, resgate, causas de rescisão, entre outros; (vii) à prevenção e mitigação de riscos na PPP; e (viii) à partilha de benefícios.

1. Contratação pública

Os tipos de procedimentos de contratação pública previstos são o concurso público, o concurso com prévia qualificação (semelhantes, em termos gerais, ao concurso público e ao concurso limitado por prévia qualificação previstos no Código dos Contratos Públicos português), o concurso em duas etapas e o ajuste direto. O concurso em duas etapas é usado em empreendimentos em que a complexidade técnica subjacente ou a necessidade de uma melhor fundamentação ou clarificação técnica da iniciativa do empreendimento não permita ao ente público definir prévia e precisamente as especificações técnicas mais adequadas ao interesse público. Por seu lado, o ajuste direto é um procedimento de último recurso ao qual se pode recorrer apenas “em situações ponderosas e devidamente fundamentadas pela entidade pública” – o que é um conceito bastante indeterminado podendo dar lugar a fundamentação das mais diversas naturezas – ou no caso em que um concurso prévio tenha ficado deserto ou tenha havido desistência pelo concorrente vencedor.

De notar que os processos de contratação podem ser invalidados ou anulados sempre que o resultado da análise das propostas e das negociações não corresponda aos fins do interesse público subjacente à constituição da PPP em causa, nos termos da documentação do concurso e da lei aplicável. Também aqui a possibilidade de invalidação ou anulação sustenta-se em conceitos indeterminados, conferindo uma significativa margem de liberdade ao ente público.

A avaliação das propostas é feita em duas fases – numa primeira fase, às propostas técnicas tendo em vista o apuramento dos concorrentes elegíveis à abertura das propostas financeiras. Quanto aos critérios relevantes para avaliação, o Regulamento não é muito claro. Refere-se, por um lado, ao apuramento da ordem de classificação dos concorrentes apurados com base nos seguintes critérios: (i) dimensão do investimento a realizar; (ii) níveis de produção ou prestação

dos serviços em vista; (iii) nível e impacto dos benefícios financeiros; (iv) nível e impacto dos benefícios socioeconómicos. Menciona logo de seguida, por outro lado, a avaliação da viabilidade económico-financeira e da partilha, com equidade, dos benefícios bem como da assunção dos riscos, a realizar com base no modelo económico-financeiro de referência aprovado pela tutela.

2. Garantias e incentivos

Importa ainda salientar a matéria relativa às Garantias e Incentivos. O Regulamento estabelece as regras aplicáveis à forma e termos da prestação de garantias financeiras pela entidade contratada, à prestação de facilidades financeiras pelo ente público, às garantias e incentivos ao investimento e ainda ao acesso a garantias contra riscos não comerciais.

No que, em particular, se refere à prestação de facilidades financeiras, estabelece o Regulamento que o Conselho de Ministros pode autorizar, ponderado o interesse estratégico nacional ou socioeconómico particular, a viabilização económico-financeira de uma PPP que seja economicamente viável mas financeiramente não exequível, por via das seguintes formas, alternativas ou combináveis: (i) comparticipação do Estado ou de outra entidade pública no seu financiamento, a título de subsídio ou de participação no capital social ou através da prestação de garantia financeira; (ii) facilitação do acesso a financiamentos solicitados junto de instituições multilaterais ou governamentais; (iii) concessão do subsídio ou compensação da diferença entre o custo real e o preço ou tarifa fixados pelo Governo.

3. Contratos

O Regulamento estabelece ainda o núcleo essencial dos contratos, prevendo de forma expressa um leque significativo de cláusulas que deverão obrigatoriamente constar dos contratos relativos a esses empreendimentos, bem como uma série de formalidades a cumprir como sejam a sujeição a fiscalização prévia e a publicação dos termos principais do Contrato em Boletim da República.

Em matéria de execução dos contratos, o diploma regula, designadamente, as revisões ou alterações contratuais, as quais só terão lugar mediante mútuo acordo ou para efeitos de correção ou ajustamento de situações decorrentes de eventos ou fatores alheios à vontade e à capacidade de domínio profissional ou de gestão das partes e ainda para mitigação dos efeitos de eventos de força maior que resultem ou condicionem substancialmente o cumprimento ou o alcance de (i) prazos de implementação do empreendimento, (ii) níveis e tipos de investimento, (iii) níveis de produção e de satisfação das necessidades acordados, (iv) indicadores ou rácios contratualmente acordados, ou (v) outros.

Acrescente-se, no que respeita especificamente ao regime relativo às PPP, que estas podem revestir as modalidades de: (i) contrato de concessão, (ii) contrato de gestão e exploração e (iii) contrato de gestão, com prazos de duração máxima de 30, 20 e 10 anos respetivamente.

4. Partilha de riscos e benefícios

No que se refere ao princípio da partilha de riscos e de benefícios previsto na Lei sobre PPP, PGD e CE, o Regulamento estabelece, por um lado, a alocação, e as formas de prevenção e mitigação, de riscos nas PPP e, por outro lado, as formas de partilha de benefícios em empreendimentos de PPP, PGD e CE.

A partilha de benefícios financeiros passa por medidas como (i) o dever de assegurar a inclusão de uma participação de 5% a 20% no capital do promotor privado, reservada para aquisição preferencialmente por pessoas singulares moçambicanas; (ii) a oportunidade de participação de pessoas coletivas moçambicanas no empreendimento; (iii) a contribuição do empreendimento para a geração de efeito cambial positivo para a Balança de Pagamentos; (iv) a previsão

Novo Regulamento da Lei sobre PPP, PGD e CE

no contrato da partilha de benefícios diretos extraordinários, por via de constituição de reserva de estabilização económica do empreendimento, repartição do valor do benefício extraordinário anual, realização de projetos de investimento ou de programas de responsabilidade social, ou outras; (v) o pagamento ao Estado de taxa de adjudicação, bônus ou prémio de assinatura, taxa de concessão, etc.

Prevê-se ainda, adicionalmente aos benefícios socioeconómicos a que se refere a Lei sobre PPP, PGD e CE, a inclusão de cláusulas contratuais referentes à preservação do meio-ambiente, bem como programas de responsabilidade, desenvolvimento e sustentabilidade sociais, a acordar com as populações visadas.

5. Renegociação de contratos em vigor

Em linha com a Lei sobre PPP, PGD e CE, o Regulamento vem regular o tratamento dado à renegociação de cláusulas contratuais já outorgadas à data da respetiva entrada em vigor, por forma a garantir que a avaliação dos efeitos para cada parte contratante decorrentes da renegociação seja complementada com a verificação da adequação de medidas que assegurem a prevenção e mitigação de riscos e a partilha, com equidade, dos benefícios esperados inerentes ao empreendimento. O resultado da avaliação é traduzido na demonstração do efeito material de cada cláusula, considerando-se de efeito material relevante para justificar a renegociação as cláusulas cujo resultado global represente um prejuízo ou perdas de receita para o Estado de quantia total igual ou superior a 25.000.000 meticais por ano.

Finalmente, o presente Regulamento entrou em vigor na data da sua publicação.

Para mais informações, contacte:

Vanda Cascão | VdA, Partner: vc@vda.pt

Nuno Castelão | VdA, Head of International Relations: nc@vda.pt

Isabel Garcia | Silva Garcia, Partner: Isabel.garcia@silvagarcia.co.mz

Ana Rita Almeida Campos | VdA, Head of Business & Practice Mozambique: arc@vda.pt

Catarina Pinto Correia | VdA, Managing Associate: cpc@vda.pt

Ana Luís de Sousa | VdA, Managing Associate: als@vda.pt

LISBOA

Av. Duarte Pacheco, 26
1070-110 Lisboa Portugal
lisboa@vda.pt

PORTO

Av. da Boavista, 3433 - 8º
4100-138 Porto Portugal
porto@vda.pt

MADEIRA

Calçada de S. Lourenço, 3 - 2º C
9000-061 Funchal Portugal
madeira@vda.pt

ANGOLA

Paulo Antunes Advogados
angola@vda.pt

MOÇAMBIQUE

Silva Garcia Advogados e Consultores
mozambique@vda.pt

BRASIL

Pinheiro Neto Advogados
brazil@vda.pt

Esta informação é de distribuição reservada, destinando-se exclusivamente aos clientes Vieira de Almeida & Associados / Silva Garcia Advogados, e não deve ser entendida como qualquer forma de publicidade, pelo que se encontra vedada a sua cópia ou circulação. A informação proporcionada e as opiniões expressas são de carácter geral, não substituindo o recurso a aconselhamento jurídico adequado para a resolução dos casos concretos.

www.vda.pt