Uma lei geral das concessões em Angola?*

Mark Kirkby**

Sumário: I. O porquê da abordagem proposta; II. De que estamos a falar quando falamos de concessões; III. E as concessões confundem-se com as Parcerias Público-Privadas?; IV. Os aspetos fundamentais de um regime das concessões.

I. O porquê da abordagem proposta

1. Falar sobre concessões administrativas num congresso sobre compras públicas que reúne palestrantes da generalidade dos Países de Língua Portuguesa é seguramente uma oportunidade para uma análise comparada dos regimes jurídicos e dos instrumentos legislativos que, nos diversos ordenamentos, conformam o instituto concessório. Naturalmente, trata-se de um tema vasto que não se esgota no tempo de uma curta intervenção oral, mas que foi objeto de diversas abordagens com grande interesse por parte dos diversos membros

^{*} O presente texto traduz, no essencial, a passagem a escrito da intervenção que efetuámos no âmbito do II Congresso Internacional de Compras Públicas, realizado em Luanda, durante os dias 16, 17 e 18 de novembro de 2016, organizado pelo Serviço Nacional de Contratação Pública de Angola (SNCP) e pela Autoridade Reguladora das Aquisições Públicas de Cabo Verde (ARAP). O texto tem assim naturais marcas de oralidade, complementado apenas com algumas notas enquadradoras que considerámos relevantes. Nesta oportunidade, deixo uma congratulação especial às Senhoras Dr.ªs Rosária Filipe (SNCP) e Carla Soares de Sousa (ARAP) pela excelente organização e à Senhora Professora Isabel Celeste da Fonseca pelo amável convite e pela sua intervenção na coordenação científica do evento.

^{**} Advogado e sócio da Sérvulo & Associados, Investigador Assistente do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

deste painel. Pela nossa parte, pareceu-nos interessante revisitarmos as características essenciais do instituto concessório, distintivas desta figura nos diversos ordenamentos jurídicos "presentes" (e não só) para, por um lado, pormos em evidência os elementos fundamentais do seu regime jurídico, ou seja, os aspetos das concessões administrativas que "pedem" regulação jurídica e que devem ser acautelados independentemente do país em questão; e, por outro lado, para, a partir do debate comparado proporcionado pelo Congresso, desenvolvermos um "caso de estudo" em torno da legislação angolana – como tributo e agradecimento ao país anfitrião – em matéria de concessões, questionando-nos sobre a sua abrangência e suficiência.

2. A abordagem da temática das concessões no contexto angolano apresenta ainda outro motivo de interesse. É que, em virtude de o modelo económico angolano ter assumido um pendor fortemente intervencionista desde a independência, o recurso ao instituto concessório como forma de associar operadores privados à execução de grandes empreendimentos públicos tem sido muito escasso, limitando-se, no essencial, às concessões de exploração dominial ligadas à exploração de petróleo e diamantes. Contudo, num momento em que o país se confronta com a necessidade de realizar grandes investimentos em infraestruturas públicas de importância nuclear, ao mesmo tempo que atravessa constrangimentos financeiros conhecidos, ganha força a ideia de que as concessões podem em breve vir a ganhar outro protagonismo enquanto instrumento de captação de investimento privado para a infraestruturação do país¹.

3. A concessão é um instituto muito antigo do direito administrativo e cobre realidades contratuais² muito diversas. É frequente louvar-se a capacidade de deste instituto em adaptar-se às necessidades da atuação administrativa ao longo dos tempos.

As concessões mais populares no direito administrativo – em torno das quais, de resto, nasce o próprio conceito de *droit administratif* – são as "concessões de colaboração": contratos que atribuem ao co-contratante a responsabilidade pelo exercício de uma atividade pública, em substituição ou em vez da Administração. Há quem lhes chame também "concessões delegativas".

4. Este tipo de concessões surge na Europa liberal na viragem do Século XIX para o Século XX como instrumento de captação de investimentos privados para grandes infraestruturas públicas (ferrovia, energia, vias de comunicação), num contexto político-económico em que se pedia um recuo da intervenção pública na economia e se promovia o papel dos privados na execução e exploração dos grandes projetos públicos. Nestas concessões de "primeira geração", os empreendedores privados assumem pesados investimentos na realização de obras e serviços públicos e, em contrapartida, ficam com o direito de os explorar por sua conta e risco. Tipicamente, a remuneração do concessionário era assegurada através da cobrança de taxas aos utentes das infraestruturas ou serviços públicos em causa, com os quais o concessionário estabelecia uma relação direta em substituição do Estado.

Com o aparecimento do chamado *Estado social* – na Europa, a partir dos anos 40, afirmando-se no pós-guerra e evoluindo até aos anos 70 – o recurso às concessões públicas sofre um assinalável recuo porque, em virtude das conceções político-ideológicas vigentes, o Estado passa a desempenhar um papel fortemente intervencionista na economia e a assumir diretamente a execução e

¹¹ Sobre este evolução, cfr. Manuel António Freire, Subsídios para o estudo do regime de modificação dos contratos de concessão no direito angolano, Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de mestre em Direito Administrativo, pp. 12 e segs., disponível em <a href="http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10923/1/SUBS%C3%8DDIOS%20PARA%20O%20EST-UDO%20DO%20REGIME%20DE%20MODIFICA%C3%87%C3%83OM20DOS%20CONTRATOS%20DE%20CONCESS%C3%83O%20NO%20DIREITO%20ANGOLANO.pdf.

² Aliás, tradicionalmente admite-se que as concessões podem ser atribuídas por ato administrativo unilateral e não por contrato e que, consequentemente, os contratos de concessão têm um "objeto passível de ato administrativo", ainda que, dada a complexidade do objeto das modernas concessões, esta forma de atribuição concessória tenda a cair em desuso.

exploração de infraestruturas e serviços públicos essenciais que antes estavam confiados a privados.

Todavia, a partir dos anos 80 e 90, verifica-se um "regresso" às concessões na Europa, agora associadas ao conceito de Parcerias Público-Privadas (PPPs). No contexto de um fenómeno histórico por vezes associado a uma "falência do Estado social" - que é muito mais uma falência de um modelo económico e não de um modelo de proteção social -, os Estados endividados voltam a recorrer aos privados para o financiamento de grandes projetos públicos, não apenas nas áreas "clássicas" ligadas a infraestruturas rodoviárias, ferroviárias e portuárias e a redes energéticas, mas agora também em novas áreas de cariz mais social, como nos sistemas públicos de abastecimento de água e saneamento, hospitais, escolas e até prisões. Este alargamento da influência das concessões a tarefas públicas tradicionalmente reservadas ao Estado tem também muito que ver com uma nova alteração da forma de pensar o papel do Estado e da Administração Pública. Pontificam novamente conceções liberais que defendem uma privatização orgânica e funcional das funções administrativas, transferindo para os privados os riscos económicos da gestão de serviços e obras públicas e reservando para o Estado um papel essencialmente regulador.

5. Estas concessões de colaboração – em que o particular assume, de forma duradoura, a responsabilidade por, em nome próprio, desempenhar uma tarefa pública – esgotam a maioria dos tipos de concessões conhecidos e tipificados. Olhando por exemplo para o elenco dos "contratos administrativos" vertido no art. 120.º, n.º 2, das Normas do Procedimento e da Actividade Administrativa de Angola (NPAAA), aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 16-A/95, de 15 de dezembro, pertencem a esta constelação de contratos as concessões de obras públicas, as concessões de serviços públicos, as concessões de exploração de bens do domínio público e as concessões de exploração de jogos de fortuna ou azar.

6. Mas ao lado destas concessões de colaboração há um outro tipo de concessões: as concessões de atribuição³.

Estas reconduzem-se, essencialmente, à figura das concessões de uso privativo de bens do domínio público. Aqui o particular não é chamado a colaborar com a Administração no desempenho de uma tarefa pública nem a Administração é "cliente" do particular, ao contrário das demais concessões. Não se trata, portanto, de um instrumento de privatização orgânica de uma tarefa pública. Pelo contrário, as concessões de uso privativo de bens dominiais têm por efeito atribuir ao particular o direito de fazer um uso especial ou excecional de um bem público para o desenvolvimento de uma sua atividade privada mediante uma contrapartida a abonar ao ente público (normalmente, mediante o pagamento de taxas⁴). A diferença é radical: nas concessões atributivas, o concessionário não desenvolve uma atividade pública a pedido da Administração; pelo contrário, desenvolve uma atividade privada com base num bem público que pede à Administração.

7. Perante a diferença assinalada, justifica-se perguntar por que ambas as figuras se reconduzem ao conceito de "concessão", o que é que têm em comum

³ A distinção "concessões de colaboração" vs. "concessões de atribuição" filia-se numa distinção paralela, mas mais ampla, entre "contratos administrativos de colaboração" e "contratos administrativos de atribuição", perfilhada originariamente em Portugal por Sérvulo Correia. Segundo este Autor, os contratos de colaboração "são aqueles pelos quais uma das partes se obriga a proporcionar à outra uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas, mediante remuneração". Nestes contratos, que se reconduzem aos contratos com objeto passível de contrato de direito privado, a prestação fundamental é a do co-contratante da pessoa coletiva pública, correspondendo em geral a situações em que o particular presta a sua atividade à Administração. Pelo contrário, "os contratos de atribuição têm por causa-função atribuir uma certa vantagem ao co--contratante da Administração. Nestes contratos, a prestação da Administração é que é essencial e caracterizadora e as do administrado são apenas a contrapartida, ou uma consequência, ou uma condição da vantagem recebida. Neles, o interesse público é prosseguido mais através dos direitos conferidos ao contraente particular do que as obrigações que assume" (Cfr. Legalidade e autonomia contratual da Administração, Almedina, 1987, p. 420). Do universo das concessões o Autor apenas encaminha para a figura dos "contratos de atribuição" as concessões de utilização privativa de bens do domínio público.

⁴ Por exemplo, quando o particular pede o direito a utilizar a margem de um rio para fixar um ancoradouro para o seu negócio de barcos de recreio, a ocupar a via pública para instalar um posto de abastecimento de combustível, a ocupar o espaço do domínio público marítimo para instalar um restaurante de praia.

que justifique o seu tratamento unitário debaixo do mesmo conceito. Pedro Costa Gonçalves⁵ assinala como traço identificador da figura da concessão o fator "derivação", no sentido de que, em todas as concessões, o objeto do contrato se refere a algo que apenas a Administração pode "oferecer" porque parte de algo que lhe pertence: "o direito concedido deriva sempre de um direito da Administração". Ou seja, "a concessão administrativa pode albergar ou referir--se a dois efeitos jurídicos: a transferência de um direito da Administração para o concessionário (concessões translativas)", que é o que sucede na atribuição do direito de exploração, gestão ou exercício de atividades públicas inerente às concessões de obras públicas, serviços públicos, exploração de bens do domínio público ou concessões de jogos, "ou a criação de um direito a partir de um poder da Administração e sua atribuição ao concessionário (concessões constitutivas)", que é o que sucede na atribuição do direito de utilização privativa do domínio público, já que, aqui, apenas a Administração tem o poder de atribuir o direito ao aproveitamento privado do bem, ainda que não tenha ela própria o direito de desenvolver essa atividade (porque é privada).

Ora, num congresso internacional de compras públicas, apenas faz sentido falar das concessões de colaboração, em que a Administração Pública é "cliente" do concessionário, adquirindo-lhe, por exemplo, o desenvolvimento de uma obra pública ou de um serviço público, tendo menos interesse as concessões privativas do domínio público, em que é o privado que surge interessado numa "prestação" que apenas a Administração pode efetuar.

III. E as concessões confundem-se com as Parcerias Público-Privadas?

8. É frequente associar as concessões administrativas às PPPs, o que não é correto. Com efeito, se é certo que as PPPs mais relevantes são normalmente instituídas através de contratos de concessão, a verdade é que há concessões administrativas que não são PPPs e PPPs que não são concessões administrativas.

O conceito de PPPs é um conceito legal que visa abarcar todas as realidades contratuais em que os privados são chamados a assumir, de forma duradoura, a realização de tarefas públicas que envolvem grandes investimentos públicos e/ou privados e em que o particular assume responsabilidades e riscos relevantes ao nível do financiamento, investimento e exploração do empreendimento em causa (cfr. art. 2.º, n.º 1, da Lei sobre Parcerias Público-Privadas angolana, aprovada pela Lei n.º 2/11, de 14 de janeiro, ou o art. 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 111/2011, de 23 de maio, português).

Os objetivos da regulação das PPPs são essencialmente os de assegurar uma correta planificação da parceria, quer ao nível da *decisão* de desenvolver o projeto com parceiros privados em alternativa ao desenvolvimento direto pelo Estado, quer ao nível da *correta alocação dos riscos contratuais entre as partes*. Por isso o regime das PPPs é muito centrado nos estudos estratégicos do projeto em fase pré-decisória, nomeadamente na análise da viabilidade económico-financeira da parceria e sua comportabilidade orçamental, com forte intervenção do membro do Governo com atribuições na área das finanças, e na avaliação dos riscos. Há também uma preocupação em limitar e enquadrar os mecanismos de alteração das PPPs que possam comprometer a boa execução financeira do contrato e levar a derrapagens nos encargos públicos inicialmente previstos.

9. Ora, este tipo de projetos públicos, em que o particular assume "de forma duradoura a realização de uma tarefa pública, em que a responsabilidade pelo financiamento, investimento e exploração e riscos associados lhe incumbem no todo ou em parte", pode ser instituído através de contratos de concessão (o que é o mais frequente), mas também pode ser instituído por outros tipos de contratos, como, por exemplo, o contrato de *fornecimento contínuo*, o contrato de *prestação de serviços* e o contrato de *gestão* – é isso mesmo que resulta, nomeadamente, do art. 2.º, n.º 4, da Lei sobre Parcerias Público-Privadas angolana.

IV. Os aspetos fundamentais de um regime das concessões

10. Aqui chegados, importa identificar os diferentes aspetos de regime que têm, no essencial, de ser acautelados nos ordenamentos jurídicos que pretendam fazer uso dos contratos de concessão (e que se filiam na "família jurídica" a que pertencem indubitavelmente os Países de Língua Portuguesa) e afe-

⁵ A concessão de serviços públicos, Almedina, 1999, pp. 54-55.

rir se os mesmos estão presentes no nosso "caso de estudo", ou seja, no ordenamento jurídico angolano.

A) A lei habilitante

390

11. Como qualquer atuação administrativa, a celebração de contratos de concessão obedece ao princípio da legalidade, o que, na sua dimensão positiva, impõe a precedência de lei habilitante, isto é, de uma norma de competência que preveja o poder de a Administração produzir, através de contratos, os efeitos jurídicos constitutivos e translativos inerentes à concessão. O princípio da precedência de lei impõe, note-se, uma dupla habilitação legal, ou se preferirmos, uma dupla competência: i) a competência dispositiva para a produção de determinados efeitos jurídicos – i.e., a atribuição ao concessionário do direito de desenvolver uma tarefa pública ou de utilizar um bem público –, e ii) a competência para produzir esses efeitos jurídicos através de um contrato.

Em Portugal, o objeto público dos contratos de concessão – uma atividade reservada à Administração ou cujo desenvolvimento apenas a Administração pode permitir – levou a que até há menos de uma década se entendesse não existir uma habilitação legal genérica para a celebração de contratos de concessão. Consequentemente, a decisão de concessionar determinado empreendimento público dependia da aprovação de um diploma legal específico que continha as "Bases Legais" da concessão em causa. Note-se que esta prática convivia com a circunstância de (pelo menos) desde 1991, com a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo (CPA), estar consagrado de forma muito ampla um princípio de autonomia pública contratual⁶, nos termos do qual "os órgãos administrativos, na prossecução das atribuições das pessoas colectivas em que se integram, podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer"

⁶ A autonomia pública contratual reconduz-se "à permissão da criação, no âmbito [...] dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e a titularidade e exercício do correspondente poder ou, por outras palavras, a margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo Direito Administrativo" (cfr. Sérvulo Correia, Legalidade e autonomia contratual da Administração, cit., pp. 777-778).

(cfr. art. 179.°, n.° 1, do CPA de 1991), afirmando o contrato administrativo como um instrumento normal de exercício da atividade administrativa a par do ato administrativo. Contudo, nem por isso se considerava que a Administração estava genericamente habilitada a outorgar concessões administrativas, parecendo indispensável um ato legislativo que definisse também "um conteúdo mínimo da relação de concessão (v.g., poderes de fiscalização, prazo, possibilidade de resgate)", o que era assegurado pelas já referidas Bases da Concessão, aprovadas por diplomas legais específicos para cada caso.

Esta realidade mudou, no entanto, com a aprovação do Código dos Contratos Públicos português pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que, para além de conter uma Parte III dedicada ao "regime substantivo dos contratos administrativos" que dedica o seu Título I ao regime dos "contratos administrativos em geral", contém o Capítulo II do Título II que consagra o regime específico dos "contratos de concessões de obras públicas e de serviços públicos", que é extensível às concessões de exploração de bens do domínio público, em que são regulados os aspetos fundamentais de qualquer concessão. A partir daqui, entende-se que há uma habilitação legal genérica para a celebração de contratos de concessão de obras públicas, de serviços públicos e de exploração de bens dominiais públicos que permite a celebração deste tipo de contratos sem a necessidade de uma previsão legal específica para cada concessão e conquanto, claro está, essa concessão não invada atividades legalmente vedadas à iniciativa económica privada⁸.

 Ora, é muito duvidoso que em Angola este problema esteja definitivamente resolvido no âmbito da legislação vigente.

É certo que a art. 121.º das NPAAA também acolhe de forma ampla o princípio da autonomia pública contratual, ao reconhecer genericamente a capacidade para as entidades públicas celebrarem contratos administrativos: "Na prossecução das atribuições da pessoa colectiva em que se integram os seus órgãos, podem celebrar contratos administrativos". E também é verdade que a Lei

⁷ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, A concessão de serviços públicos, cit., p. 111.

⁸ Situação semelhante existe em Cabo Verde, com o Regime Jurídico dos Contratos Administrativos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 50/2015, de 23 de setembro (cfr. arts. 48.º e segs.).

dos Contratos Públicos angolana aplica-se à *formação* dos contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas [cfr. arts. 5.º, alíneas f) e g), 48.º e 51.º]. Sucede que nem este diploma, nem qualquer outro, contêm um regime substantivo geral dos contratos administrativos ou, mais especificamente, das concessões administrativas, que regule os aspetos essenciais da relação concessória na fase da execução dos contratos, ao contrário do que sucede, por exemplo, com o Código dos Contratos Públicos português ou com o Regime Jurídico dos Contratos Administrativos cabo-verdiano. A opção do legislador angolano foi a de prever o regime substantivo das empreitadas de obras públicas e das aquisições e locações de bens móveis e prestações de serviços, deixando de parte as concessões, porventura antecipando a aprovação de um diploma específico para estes contratos que, contudo, ainda não ocorreu.

Consequentemente, acompanhamos ao Autores angolanosº que defendem a utilidade da aprovação de uma lei que contenha o regime substantivo dos contratos de concessão, nomeadamente das concessões de colaboração, como forma de conferir segurança jurídica à Administração no lançamento de novas concessões administrativas para a estruturação de grandes projetos públicos infraestruturais e de clarificar a competência geral das autoridades administrativas para a celebração deste tipo de contratos.

B) O procedimento pré-contratual

13. As concessões são muitas vezes atribuídas a entidades públicas e aí podem ser atribuídas diretamente por ato, por contrato ou até por diploma legal¹⁰, sem que daí derive qualquer lesão de princípios fundamentais da ativi-

⁹ Sobre este vazio legal e sobre a utilidade de aprovar um diploma legal que contenha o regime substantivo dos contratos de concessão, cfr. Carlos Feijó, "Projeto de Decreto-Lei sobre o Regime Jurídico das Concessões", in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, n.º 7, 2006, e Manuel António Freire, Subsidios para o estudo do regime de modificação dos contratos de concessão no direito angolano, cit., p. 17.

¹⁰ É o caso das concessões de exploração de bens do domínio público legalmente atribuídas à Sonangol E.P. e à Endiama E.P., concessionárias de hidrocarbonetos e de direitos mineiros, respetivamente. dade administrativa¹¹. Já se o contrato for atribuído a operadores privados que retiram do mesmo um benefício económico e que, portanto, tem o potencial de suscitar o interesse concorrencial do mercado, os *princípios da igualdade* e da *imparcialidade* impõem, salvo situações excecionais, um procedimento concorrencial. Com efeito, sempre que o contrato envolva prestações que suscitam o interesse de uma pluralidade de entidades privadas, que, para prosseguirem os seus fins específicos, pretendem contratar com a Administração, todas elas devem ter oportunidade de apresentar uma proposta no âmbito de um procedimento competitivo aberto. É por isso que as leis especiais que preveem a atribuição de direitos suscetíveis de serem disputados por uma pluralidade de interessados consagram, por via de regra, a sua atribuição através de procedimentos concursais¹² e é isso que decorre das leis gerais da contratação pública vigentes nos diversos Países de Língua Portuguesa.

É sabido que os procedimentos concorrenciais podem ter configurações distintas consoante os ordenamentos jurídicos em causa: podem ter uma fase de qualificação, destinada a aferir a capacidade técnica, económica e financeira dos candidatos, como sucede nos concursos limitados com publicação de anúncio ou por prévia qualificação, ou não ter e os particulares apresentarem logo uma proposta; podem ter uma fase de negociação das propostas, ou não ter esta fase e a entidade adjudicante limitar-se a avaliar as propostas tal como foram inicialmente apresentadas. Seja como for, há um *adquirido jurídico* que é inerente à forma como os nossos ordenamentos jurídicos olham para os procedimentos concorrenciais, ou seja, os elementos mínimos que têm de estar reunidos para que se possa falar de um procedimento concorrencial: *i*) tem de ser aberto a todos através da publicação de um anúncio; *ii*) tem de permitir a apresentação de propostas em condições de igualdade; *iii*) não pode impor especificações técnicas ou contratuais discriminatórias que confiram uma vantagem ou impo-

¹¹ Em Portugal, a atribuição de concessões a entidades públicas à margem das regras da contratação pública pode, em certos casos, violar o Direito da União Europeia, mas isso é tema que não releva neste contexto.

¹² Veja-se o art. 44.º, n.º 3, da Lei Geral das Actividades Petrolíferas de Angola, aprovada pela Lei n.º 10/04, de 12 de novembro, de onde resulta que se a concessionária nacional (Sonangol), que foi investida da concessão geral da exploração petrolífera por diploma legal, pretender escolher uma empresa privada associada, deve abrir concurso público.

nham uma desvantagem injustificada a algum participante; iv) todas as propostas devem ser avaliadas de acordo com critérios objetivos definidos em momento anterior ao da apresentação e abertura das propostas¹³.

Por outro lado, a preservação da integridade dos procedimentos concorrenciais obriga a que se imponham limites à alteração dos contratos celebrados na sequência dos concursos, já que essas alterações poderiam configurar a atribuição de vantagens ao adjudicatário à margem da concorrência ou poderiam ditar a escolha de um adjudicatário diferente caso tivessem sido conhecidas por todos os concorrentes antes da apresentação das suas propostas¹⁴.

14. Voltando ao nosso caso de estudo, parece evidente que, quanto à fase pré-contratual, o legislador angolano acautelou as preocupações com a concorrência na atribuição das concessões administrativas na legislação geral da contratação pública. Como já dissemos, a Lei dos Contratos Públicos angolana aplica-se à *formação* dos contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas [cfr. arts. 5.°, alíneas f) e g), 48.º e 51.º]. Neste ponto, vai inclusivamente mais longe do que, por exemplo, a legislação portuguesa, já que a lei angolana impõe por via de regra os procedimentos concursais sem estabelecer qualquer exceção específica para a outorga de concessões (cfr. arts. 26.º e segs.), ao passo que o legislador português consagra uma insólita exceção no art. 31.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos, admitindo a atribuição das concessões de servi-

¹³ Sobre o "conteúdo mínimo" dos procedimentos concursais cfr. Mark Kirkby (com a colaboração de Márcio Daniel), "Actos administrativos sujeitos a procedimentos adjudicatórios de contratação pública – o artigo 1.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos", in Revista de Contratos Públicos, n.º 5, 2012, pp. 194 e segs.

14 Este princípio é concretizado no art. 313.º do Código dos Contratos Públicos Português:

ços públicos por ajuste direto "quando razões de interesse público relevante o justifiquem" 15.

Todavia, a ausência de um regime jurídico substantivo geral dos contratos administrativos ou de um regime substantivo geral das concessões, na medida em que isso implica a inexistência de um regime geral de modificação dos contratos administrativos e, em particular, dos contratos de concessão, que imponha limites claros a possíveis alterações contratuais, pode fazer perigar os princípios da igualdade, da imparcialidade e da concorrência convocados pelo princípio da integridade do procedimento pré-contratual atrás referido. Ainda que se possa defender a extensão analógica dos limites previstos para as modificações dos contratos de aquisição e locação de bens móveis e prestação de serviços (art. 363.º da Lei dos Contratos Públicos angolana) às concessões, temos aqui mais um cenário de relevância da aprovação de uma lei que contemple o regime substantivo das concessões administrativas¹⁶.

C) O regime substantivo específico das concessões

15. As concessões de colaboração implicam a associação do concessionário ao desempenho de uma tarefa pública, durante um período muito prolongado; com a elevada responsabilidade de este se relacionar diretamente com os utentes na prestação de utilidades económicas e socais fundamentais; e com o encargo de realizar pesados investimentos em infraestruturas de interesse público por sua conta e risco.

A esta luz, e muito sinteticamente, o regime substantivo dos contratos de concessão terá sempre entre os seus objetivos essenciais:

 a) Assegurar que a Administração Pública tenha instrumentos para adequar de forma permanente o contrato ao interesse público que lhe está inerente ou de lhe pôr termo quando considere que o mesmo já não representa a melhor

[&]quot;1 – A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato. 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não sería alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação".

¹⁵ Aspeto que será seguramente revisto em breve no âmbito da transposição para o ordenamento jurídico português da nova Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que versa precisamente sobre a adjudicação de contratos de concessão.

¹⁶ Neste sentido e desenvolvidamente, cfr. Manuel António Freire, Subsídios para o estudo do regime de modificação dos contratos de concessão no direito angolano, cit., pp. 43 e segs.

Mark Kirkby

forma de prosseguir aquela atividade administrativa — isto implica o estabelecimento de regimes específicos que reconheçam ao concedente o poder unilateral de modificar e resolver o contrato por motivos de interesse público; como nas concessões o interesse público tem de ser balanceado com a proteção dos investimentos privados no empreendimento público e com a necessidade de os amortizar, o instituto da resolução unilateral ganha aqui contornos específicos que tomam forma na figura do "resgate" da concessão;

- b) Salvaguardar a possibilidade de intervir diretamente no empreendimento concessionado perante incumprimentos do concessionário que ponham em causa a continuidade da prestação das tarefas públicas em causa, o que é assegurado através do instituto do "sequestro da concessão";
- c) Preservar a natureza pessoal do contrato, limitando a possibilidade das modificações subjetivas ao contrato, seja através da limitação da cessão da posição contratual e da subcontratação, seja através da limitação de medidas de efeito equivalente como a alteração da estrutura societária ou a alienação ou oneração de ações da sociedade concessionária;
- d) Definir um estatuto dos bens afetos à concessão, que, acautelando o princípio da continuidade do serviço público ou da tarefa pública objeto da concessão, sujeite os bens a cláusulas de reversão e transferência, com fortíssimas limitações à sua alienação ou oneração na vigência da concessão;
- e) Definir o regime de relacionamento do concessionário com os cidadãos destinatários ou utentes da atividade pública concessionada;
- f) Salvaguardar o equilíbrio económico-financeiro do contrato e o exclusivo concessório do concessionário, como condição de captação de investimento privado para a realização de grandes empreendimentos públicos;
- g) Quando o projeto concessionado é estruturado através de financiamentos bancários que têm como garantia as receitas da concessão (project finance), regular as condições em que os bancos financiadores podem intervir na concessão para salvaguardar os seus direitos (step-in dos bancos);
- h) Assegurar a possibilidade de recurso à arbitragem para a resolução de litígios entre as partes, como condição de confiança dos investidores, em particular, os estrangeiros.

16. Estes aspetos do regime substantivo das concessões, entre outros que poderíamos identificar, são aqueles que efetivamente estão por acautelar na legislação geral angolana – mas que são acautelados em diversa legislação especial a propósito das concessões de exploração de bens dominiais vigentes no país –, e que porventura mais justificariam uma resposta positiva à pergunta que intitula o presente texto: justifica-se a produção de uma lei que contemple o regime geral substantivo das concessões de colaboração em Angola.