



MEMORANDO N.º 5/2016

Regulação da Mobilidade e Transportes

Assunto: Análise e Sugestões de Alterações ao Projeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos Relativas a Concessões, em Particular no Contexto Portuário

(Resposta ao E-Mail do Gabinete de Sua. Excelência a Ministra do Mar, datado de 5 de setembro de 2016)



MEMORANDO N.º 5/2016

Regulação da Mobilidade e Transportes

Análise e Sugestões de Alterações ao Projeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos Relativas a Concessões, em Particular no Contexto Portuário

I. INTRODUÇÃO

1. O presente documento visa emitir o parecer da AMT relativamente ao projeto de decreto-lei que procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e sucessivas alterações até à presente data, que nos foi remetido através do e-mail do Gabinete de Sua Excelência a Ministra do Mar, datado de 5 de setembro de 2016.
2. O projeto de diploma em apreço visa proceder à transposição do pacote das três Diretivas relativas à contratação pública – Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, a primeira das quais relativa à adjudicação de contratos de concessão, bem como à Diretiva 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa à faturação eletrónica nos contratos públicos.
3. Para emitir o presente parecer a AMT recorre à sua metodologia habitual enquanto regulador económico independente que, em conformidade com a missão que a lei lhe estabelece, substantiva um modelo de regulação económica de elevada qualidade que, em síntese, se exprime por suprir falhas de mercado, sem gerar falhas de Estado, construindo um paradigma de concorrência não falseada, sem restrições nem distorções, protegendo o bem público da mobilidade sustentável e eficiente e promovendo os equilíbrios dinâmico e resiliente de três racionalidades: a dos (1) investidores; a dos (2) profissionais / utilizadores / consumidores e/ou cidadãos; e a dos (3) contribuintes.

Naturalmente que a aplicação desta metodologia no caso presente vai dar especial atenção aos aspetos relativos ao regime de concessões, em especial no que concerne às infraestruturas e



serviços do Ecossistema da Mobilidade e Transportes, com destaque para a operação portuária, focando as questões essenciais que na nossa perspetiva deverão ser garantidas, na linha da avaliação detalhada e conclusões constantes da Pronúncia da AMT n.º 6/2016, 23 de maio, sem prejuízo de a AMT poder, em ulterior momento, apresentar comentários ou sugestões de alteração quanto a outros aspetos do projeto.

Para melhor compreensão deste Memorando inclui-se, no final, como parte integrante do mesmo, o Memorando da AMT n.º 1/2016-Regulação da Mobilidade e Transportes, de 20 de junho.

II. ANÁLISE E SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO DO PROJETO DE DIPLOMA

4. Como questão prévia importa recordar que, conforme detalhado na Pronúncia n.º 6/2016, a Diretiva 2014/23/UE, por se aplicar apenas a contratos de concessão (tal como é definida no artigo 5.º da Diretiva), é suscetível de, no contexto da operação portuária, ampliar as situações de distorção da concorrência advenientes da dualidade de modelo de contrato de operação portuária existente ao nível da UE, especificamente a concessão de serviço público e os contratos que têm por objeto a utilização do terreno, nomeadamente concessões dominiais, arrendamentos *ou land lease*, com claro prejuízo para o sistema portuário nacional.

Efetivamente, o simples facto de os países cujo modelo de operação portuária se baseia na figura de concessão, como Portugal, Espanha, França e Bélgica, deverem cumprir as exigências da Diretiva 2014/23/UE, coloca-os em desvantagem manifesta em relação a países como o Reino Unido, Países Baixos e Alemanha, onde predomina o modelo de *land lease* (à partida excluído do âmbito de aplicação da mesma Diretiva), potenciando situações de distorção de concorrência nos mercados onde se desenvolve a atividade portuária.

5. Assim sendo, **considera-se fundamental que o processo de revisão do CCP não resulte, no caso das concessões, num regime mais restritivo do que o permitido pela Diretiva 2014/23/UE.**
6. A este respeito, observa-se que, em algumas matérias, **as normas aplicáveis aos contratos de concessão**, tal como resultam das alterações constantes do projeto de diploma, **apresentam-se mais restritivas do que o regime decorrente da Diretiva 2014/23/UE**, nomeadamente ao nível do **prazo de vigência** das concessões e do regime de **modificações contratuais**, aspetos que a AMT assinalou anteriormente (Pronúncia nº 6/2016 e Memorando n.º 1/2016) serem essenciais no contexto da promoção da competitividade dos portos nacionais.



A AMT considera assim que, nestes aspetos, as opções legislativas e respetiva formulação legal deveriam ser reponderadas, conforme indicado nos pontos seguintes.

II.1. Vigência da Concessão

7. A Diretiva 2014/23/UE não estabelece um prazo específico para a duração das concessões, determinando apenas que as mesmas devem ter uma duração limitada, a qual deve ser calculada pela autoridade / entidade adjudicante em função das obras / serviços solicitados ao concessionário.

Dispõe igualmente que, no caso do seu prazo ser superior a 5 anos, a duração máxima não pode ser superior ao prazo durante o qual o concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras / serviços, a par da remuneração do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos.

Os investimentos a tomar em conta para efeitos do cálculo incluem, tanto os investimentos iniciais, como os investimentos realizados durante o prazo da concessão.

8. O projeto de diploma em análise, mantém, no artigo 410.º do CCP, quer a determinação de que o prazo deve ser fixado em função do período necessário para a amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade de exploração, do capital investido pelo concessionário, quer um prazo supletivo de 30 anos em caso de ausência de estipulação contratual, prazo este que já inclui quaisquer prorrogações, mas apenas as contratualmente previstas.

Além disso, o projeto de diploma admite agora no n.º 2 do referido artigo. 410.º a possibilidade de fixação, por lei especial, de um prazo supletivo diferente, ou prazo máximo.

9. A este respeito afigura-se que **seria mais adequado que o artigo 410.º do CCP, relativo ao prazo de vigência do contrato de concessão, seguisse a formulação da Diretiva 2014/23/UE, nomeadamente não se fixando qualquer prazo supletivo.**

De facto, sendo necessário que para qualquer concessão com prazo superior a 5 anos, a sua duração máxima esteja indexada ao prazo para amortização dos investimentos realizados, a par da remuneração do capital investido, não parece justificar-se nem ser adequada a estipulação de um prazo supletivo, o qual poderá não apresentar qualquer relação com o período necessário à amortização e remuneração do investimento.

10. Acresce que, em linha com o anteriormente referido pela AMT, deve aproveitar-se esta oportunidade de revisão do CCP para enfatizar mais uma vez que não se podem aceitar formulações que sejam mais restritivas do que as que constam da Diretiva 2014/23/UE. Ora, para esse efeito, havia que dar nova redação à norma relativa ao prazo dos contratos de concessão.

11. Sugere-se, assim, a seguinte redação para o artigo 410.º:

“

Artigo 410.º

[...]

1- O contrato deve fixar o respetivo prazo de vigência.

2- Para as concessões de prazo superior a 5 anos, a duração máxima do contrato não pode ser superior ao prazo durante o qual o concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração do capital investido.

3 – O prazo fixado no contrato pode ser prorrogado, designadamente em caso de modificação derivada da necessidade de obras ou serviços adicionais ou fundada em circunstâncias imprevisíveis, desde que a duração máxima do contrato não ultrapasse o prazo necessário para recuperação dos investimentos e remuneração do capital investido, nos termos do número anterior.”

II.2. Modificações Contratuais

12. Verifica-se que as normas sobre modificações de contratos de concessão são nalguns aspetos mais restritivas do que aquelas que resultam da Diretiva 2014/23/UE.

13. No entendimento da AMT, as regras sobre modificações contratuais constantes do CCP não devem ser mais restritivas do que aquelas que se encontram previstas na Diretiva 2014/23/UE, sob pena de terem um efeito desincentivador do investimento privado, o que apresenta fundamental relevância para o desenvolvimento sustentável e desempenho das infraestruturas e serviços em todo o Ecossistema da Mobilidade e Transportes.

Particularmente no que respeita ao setor marítimo-portuário, para além desse aspeto prejudicial à atração do investimento privado, agrava também as **distorções da concorrência** relativamente a portos estrangeiros, não apenas face aos portos que não dispõem de modelos



de organização que passam pela atribuição de concessões, mas também face aos portos situados em Estados-Membros da UE com modelos similares ao de Portugal, que optem por uma transposição mais *tout court* da Diretiva 2014/23/UE.

- 14.** Neste contexto, **as normas sobre modificações de contratos de concessão deverão ser redigidas em claro alinhamento com o disposto na Diretiva 2014/23/UE**, de forma a permitir **todos os mecanismos de modificação dos contratos durante o seu período de vigência aí assumidos**, conforme o artigo 43.º da Diretiva, abrangendo, entre as várias possibilidades de alteração contratual, a modificação, independentemente do seu valor monetário, que estiver prevista nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão, que podem incluir cláusulas de revisão dos valores, ou opções, incluindo designadamente eventuais prorrogações, indicando o seu âmbito, natureza e condições em que podem ser aplicadas, desde que não alterem a natureza global da concessão.
- 15.** Como se explicitou na Pronúncia da AMT n.º 6/2016, 23 de maio, a **AMT defende a revisão dos diplomas que atualmente regulam a operação portuária**, que para efeitos do CCP constituem **lei especial**.

Assim sendo, o que é importante acautelar é que esta possibilidade de revisão dos diplomas relativos à operação portuária não é prejudicada pela atual versão do Projeto de revisão do CCP.

De uma forma geral considera-se ser possível (até na base do artigo 280º, nº 2 do CCP) dar sequência tangível à proposta constante da Pronúncia da AMT nº 6/2016, de 23 de maio, o que neste mesmo sentido é afirmado nas conclusões do presente memorando.

II.3. Modelo Organizativo da Operação Portuária

- 16.** Tal como anteriormente referido pela AMT, é importante garantir a **possibilidade de uma Administração Portuária, na sua estratégia para tornar o seu porto mais competitivo, escolher entre os modelos de concessão e de licenciamento** na prestação ao público da atividade de movimentação de cargas, otimizando o investimento, qualidade e eficiência do serviço prestado, mas sem comprometer o paradigma de concorrência inclusiva, acautelando eventuais situações de distorção da concorrência.
- 17.** Verifica-se que o **artigo 1.º, n.º 3, do CCP**, tal como alterado pelo projeto de decreto-lei, **estende a aplicação de todo o Código aos procedimentos destinados à atribuição unilateral**, pelas entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, de quaisquer vantagens ou

benefícios, através de ato administrativo ou equiparado, em **substituição da celebração de um contrato público**.

Esta disposição **não se aplicará aos procedimentos levados a cabo pelas Administrações Portuárias, entidades adjudicantes no setor marítimo portuário**, as quais caem no âmbito de aplicação do artigo 7.º do CCP, pelo que a sua modificação nos termos constantes do projeto não suscita qualquer proposta de alteração, do ponto de vista do regime aplicável à exploração marítimo-portuária.

III. CONCLUSÕES

18. Importa salvaguardar que o projeto de decreto-lei que revê o CCP não bloqueie de forma alguma o conteúdo substantivo das medidas constantes da citada Pronúncia da AMT n.º 6/2016, de forma a não prejudicar o crescimento e competitividade do sistema portuário nacional, nomeadamente quando comparado com o seu homólogo da vizinha Espanha e dos prevacentes nos países do Norte da Europa, desde o Reino Unido à Suécia.
19. Reafirmam-se integralmente as conclusões da nossa Pronúncia n.º 6/2016, de 23 de maio, cuja validade e pertinência advém cada vez mais reforçada, tal como já se havia delineado no Memorando da AMT n.º 1/2016-Regulação da Mobilidade e Transportes, de 20 de junho, e que em síntese se resume:
 - 19.1. À não limitação a 30 anos do prazo para as concessões de movimentação de carga nas áreas portuárias, devendo esse prazo ser fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração do capital investido;
 - 19.2. A permitir a modificação de contratos de concessão durante o seu período de vigência, incluindo nomeadamente a eventual prorrogação do seu prazo;
 - 19.3. A não condicionar a autonomia concorrencial das Administrações Portuárias nas suas opções de escolha e de definição de modelo organizativo das operações portuárias (concessão ou licenciamento).
20. Em termos gerais, observa-se que as normas do CCP aplicáveis aos contratos de concessão, tal como resultam do projeto de diploma, **apresentam-se mais restritivas do que o regime decorrente da Diretiva 2014/23/UE**, nomeadamente ao nível do prazo de vigência das concessões e do regime de modificações contratuais, aspetos que, do ponto de vista da



AMT, devem ser revistos, até porque prejudicam o efeito útil do primeiro ponto destas conclusões.

21. Assim sendo, considera-se essencial:

- 21.1. Alterar o artigo 410.º do CCP, no sentido da não fixação de qualquer prazo supletivo e regular de modo mais explícito as condições de prorrogação do contrato de concessão, sendo apresentado no ponto 11. deste Memorando uma proposta de redação para o efeito.**
- 21.2. Dar nova redação ao artigo 420º-A do CCP, transpondo *ipsis verbis* o leque de possibilidades de modificação contratual previstas na Diretiva 2014/23/UE, garantindo-se, por esta via, que a norma do CCP nunca será mais restritiva do que a Diretiva.**
- 21.3. Garantir a possibilidade de uma Administração Portuária, na sua estratégia para tomar o seu porto mais competitivo, escolher entre os modelos de concessão e de licenciamento, ou seja, manter as entidades adjudicantes no setor marítimo portuário fora do âmbito de aplicação do artigo 1º, nº 3 do CCP.**

Lisboa, em 21 de setembro de 2016.

O Presidente do Conselho de Administração

João Carvalho



Memorando N.º 1/2016

Regulação da Mobilidade e Transportes

Assunto: Revisão do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto que estabelece o Regime Jurídico da Operação Portuária

20 de junho de 2016

Regulação da Mobilidade e Transportes

MEMORANDO

Assunto: Revisão do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto que estabelece o Regime Jurídico da Operação Portuária

I. INTRODUÇÃO

1. O objeto do presente Memorando circunscreve-se aos aspetos relevantes a considerar no âmbito de uma revisão do Regime Jurídico da Operação Portuária, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, no contexto de promover um quadro de nivelamento do *playing field* aos vários níveis da dimensão geográfica dos mercados relevantes da operação portuária, corrigindo situações de distorção da concorrência associadas ao quadro vigente, incluindo nomeadamente as disparidades na organização dos sistemas portuários na Europa, em associação com a transposição da Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, bem como a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos.
2. Este Memorando, pautado pelo princípio de atuação da AMT, enquanto Regulador Económico Independente, de suprir falhas do mercado, sem gerar falhas do Estado, construindo um paradigma de concorrência não falseada ou inclusiva, protegendo o bem público da mobilidade sustentável e promovendo os equilíbrios dinâmico e resiliente de três racionalidades: a dos (1) investidores; a dos (2) profissionais / utilizadores / consumidores e/ou cidadãos; e a dos (3) contribuintes, **tem como referencial a Pronúncia desta Autoridade n.º 6/2016**, no âmbito da Regulação da Mobilidade e Transportes, preparada em 23 de maio de 2016 para S.Ex.^a a Ministra do Mar.

3. Igualmente, identificam-se **outros aspetos relevantes** a equacionar no âmbito da revisão do Regime Jurídico da Operação Portuária, visando o favorecimento do crescimento sustentado da competitividade do sistema portuário português no quadro da formação, desenvolvimento e consolidação do Mercado Interno de Transportes, enquanto mercado concorrencial, sem restrições nem distorções, nomeadamente promovendo um **ambiente de estabilidade e incentivo à criação de valor e investimento produtivo, com base num quadro regulatório simples, estável e previsível, baseado em regras e procedimentos transparentes, sindicáveis e de longo ciclo de vida.**

II. CONTEXTO

4. O Regime Jurídico da Operação Portuária em Portugal foi estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, que determina, no seu artigo 3.º, que:

"1 - A prestação ao público da atividade de movimentação de cargas é considerada de interesse público.

2 – A atividade de movimentação de cargas pode ser prestada ao público:

- a) Mediante concessão de serviço público a empresas de estiva;*
- b) Mediante licenciamento;*
- c) Pela autoridade portuária.*

3 – O regime de licenciamento apenas terá aplicação quando:

- a) Tendo sido efetuada consulta prévia às empresas de estiva em atividade, se verifique, comprovadamente, por despacho fundamentado do Ministro do Mar, a possibilidade de o concurso ficar deserto;*
- b) Se reconheça, por resolução do Conselho de Ministros, a existência de interesse estratégico para a economia nacional na manutenção deste regime.*



- 4 – *A autoridade portuária apenas pode exercer diretamente a atividade de operação portuária em caso de insuficiente prestação de serviço por empresa de estiva ou para assegurar a livre concorrência, devendo neste caso ser previamente ouvida a Direção-Geral de Concorrência e Preços.*”.
5. O atual diploma praticamente só considera o modelo de concessão de serviço público, sendo a atividade portuária exercida em terminais de uso privativo meramente residual, apenas referenciada no seu artigo 5.º cujo teor se transcreve seguidamente:
- “1 – *Os titulares de direitos de uso privativo de participação do domínio público, de concessões de exploração de bens dominiais, de concessões de serviço público ou de obras públicas portuárias podem realizar livremente, na área que lhes está afeta, operações de movimentação de cargas, desde que as mercadorias provenham ou se destinem ao seu próprio estabelecimento industrial e as operações se enquadrem no exercício normal da atividade prevista no respetivo título de uso privativo ou no objeto da concessão.*
- 2 – *Na realização das operações de movimentação de cargas a que se refere o número anterior apenas deve ser utilizado pessoal detentor de carteira profissional.*”.

Determina igualmente no n.º 1 do artigo 26.º que *“A atividade de movimentação de carga em cada cais ou terminal deve ser atribuída pela autoridade portuária às empresas de estiva mediante concessão de serviço público, que pode integrar também uma concessão de obras públicas.”*.

Estabelece, ainda, no n.º 1 do artigo 29.º que *“O prazo das concessões de serviço público de movimentação de carga não pode exceder 30 anos e deve ser estabelecido em função dos investimentos em equipamentos fixos ou em obras portuárias.”*.

III. MEDIDAS POLÍTICAS PARA O AUMENTO DO NIVELAMENTO DO *PLAYING FIELD*, TENDO EM VISTA O AUMENTO DA COMPETITIVIDADE DO SISTEMA PORTUÁRIO PORTUGUÊS

III.1. Modelos contratuais de operação portuária, especificamente a sua divisão entre terminais de uso privativo e terminais de serviço público

6. Desde a reforma legislativa do setor portuário nacional de 1993, materializada essencialmente no Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, em que se optou por percorrer um caminho de privatização da operação portuária, a mesma passou a ser exercida por operadores privados ao abrigo de dois modelos contratuais, especificamente os *contratos de concessão de serviço público* e os *contratos de concessão de utilização privativa de domínio público*.
7. Os terminais de uso privativo não estão obrigados ao cumprimento de diversos requisitos técnicos que o diploma em análise estabelece para os terminais de serviço público.

Além disso, beneficiam da possibilidade de duração máxima da concessão significativamente mais alargada, na medida em que, apesar de em ambos os modelos contratuais - concessão de serviço público e concessão de utilização privativa – a duração da concessão estar associada ao período necessário para a amortização dos investimentos, presentemente, o Regime Jurídico da Operação Portuária limita as concessões de serviço público a 30 anos, enquanto que as concessões de utilização privativa podem estender-se até 75 anos, nos termos da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, também conhecida pela “Lei da Água”, permitindo a rentabilização de um investimento mais expressivo.

Estas disparidades são indutoras de uma situação de distorção da concorrência entres os dois tipos de terminais (serviço público / utilização privativa).

8. Por sua vez, as evidências recolhidas da experiência dos últimos anos têm revelado que a atividade de operação portuária é essencialmente orientada para a prossecução do interesse privado dos próprios operadores, dos armadores e dos utilizadores finais dos portos, num contexto competitivo intra e inter portos.

De facto, o interesse público a acautelar no contexto da execução desses contratos de concessão tem sido o associado às questões intrínsecas da promoção e defesa da concorrência não falseada, assegurando a não discriminação, a universalidade de acesso, a transparência da formação de preços e o incentivo a uma utilização eficiente do recurso dominial público.

9. Em face do exposto, considera-se que:

9.1. A coexistência de dois modelos cria inquestionavelmente distorções da concorrência, uma vez que os requisitos técnicos e a duração máxima dos contratos que a lei consagra para um e para outro são substancialmente distintos, especificamente:

9.1.1. A prestação de serviços de movimentação de cargas nas áreas portuárias de prestação de serviço público tem que ser realizada por empresa de estiva, enquanto que as operações de movimentação de cargas nas áreas portuárias de serviço privativo podem ser realizadas livremente, estando apenas sujeitas às normas do regulamento de exploração ou de utilização do respetivo porto, nomeadamente no que respeita à segurança da operação e à responsabilidade pela utilização das infraestruturas e equipamentos portuários.

Será de assinalar que o licenciamento das empresas de estiva está dependente do preenchimento de requisitos gerais de acesso à atividade e de requisitos específicos associados às circunstâncias do licenciamento pretendido, envolvendo elementos de idoneidade económica e financeira, incluindo a realização de seguros obrigatórios de prestação de caução, bem como de capacidade técnica, incluindo a titularidade de equipamento necessário à operação pretendida e necessidade de realização de um capital social mínimo.

As empresas de estiva estão igualmente sujeitas ao cumprimento de obrigações, nomeadamente em termos da prestação de informações técnicas respeitantes às operações realizadas ou a realizar, sempre que solicitadas.

- 9.1.2.** As concessões de utilização privativa podem estender-se até 75 anos, enquanto que as concessões de serviço público estão limitadas a 30 anos, penalizando a rentabilização de investimentos de maior dimensão nestas últimas e, conseqüentemente, induzindo condições de exploração menos competitivas.
- 9.2.** Mesmo admitindo não ser exequível em cada porto homogeneizar totalmente os regimes de exploração suprarreferidos, então ter-se-ia que se avançar para um objetivo de reduzir substancialmente as diferenças entre os dois modelos, sujeitando ambos os tipos de terminais às mesmas exigências, nomeadamente em matérias de reporte de informação, níveis mínimos de atividade e duração máxima dos contratos de concessão.
- 9.3.** Igualmente, importa explicitar os critérios em que poderá ser atribuída uma concessão de utilização privativa, bem como o procedimento de decisão do destino a dar ao respetivo terminal e ainda a tramitação do processo de seleção do respetivo concessionário.
- 9.4.** É, ainda, legítimo questionar se os serviços prestados pelos operadores portuários de movimentação de cargas devem continuar a ser realmente qualificados como de *serviço público*, merecendo reequacionar a opção constante do Regime Jurídico da Operação Portuária, que força o modelo contratual de concessão de serviço público para a operação portuária.
- 10.** Os fundamentos de base ao constante do ponto anterior são os seguintes:
- 10.1.** Relativamente à aproximação dos requisitos das operações portuárias realizadas em terminais de uso privativo aos dos terminais de serviço público:
- 10.1.1.** Não existe justificação para que se ignorem as iniludíveis distorções de concorrência, subjacentes a um ordenamento jurídico que esteja estruturado num modelo dual (concessão de serviço público / utilização privativa), quando em ambos os casos está em causa uma única realidade: a utilização de espaço portuário e a realização de operações portuárias.

10.1.2. Igualmente, não se deve esquecer o desnivelamento do *playing field* entre terminais privados e terminais públicos, induzido pela possibilidade de os primeiros poderem operar ao abrigo de contratos de duração significativamente mais prolongada, proporcionando-lhes inequivocamente melhores condições para a rentabilização do investimento;

10.1.3. O Regime Jurídico da Operação Portuária trata detalhadamente apenas a exploração em regime de concessão de serviço público nos terminais portuários, implicando que os terminais de uso privativo funcionem sob o regime de mera utilização dominial, com recurso a um título de utilização de recursos hídricos – licença ou concessão de utilização privativa emitida ao abrigo da Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, na sua redação atual, e demais legislação complementar), determinados por instrumentos contratuais ou administrativos sem especial vocação portuária.

10.2. No que concerne à opção legislativa em vigor de qualificação da atividade de movimentação de cargas nos portos como de serviço público:

10.2.1. A noção de serviço público não é estática ao longo do tempo, nem uniforme em todos os setores de atividade, e, muito menos, nos diferentes países.

Por via de regra, a noção de serviço público pode referir-se a um conjunto de obrigações orientadas para a satisfação de fins de interesse geral, bem como ao conjunto das estruturas organizacionais que se dedicam a proporcionar e gerir os meios necessários à satisfação desse interesse.

Mas não existe um modelo europeu de serviço público, nem sequer um consenso sobre se os serviços portuários se encontram dentro da esfera do serviço público;

10.2.2. Surge diminuída a relevância de um interesse geral servido pela operação portuária de cada terminal, tendo em consideração, tal

como referido anteriormente, que a operação portuária é hoje essencialmente orientada para a prossecução do interesse privado dos próprios operadores, armadores e utilizadores finais dos portos, num contexto competitivo intra e inter portos.

Colocando-se, assim, apenas aspetos intrínsecos à promoção e defesa da concorrência não falseada, não se afigura necessário que a prestação ao público da atividade de movimentação de cargas tenha que ser através de concessão de serviço público, existindo outras áreas de atividade em que se suscitam idênticas preocupações, sem que, com isso, decorra a sua qualificação como de serviço público.

11. Para se materializar a aproximação dos requisitos das operações portuárias realizadas em terminais de uso privativo relativamente aos terminais de serviço público, torna-se necessário, no contexto da revisão do Decreto-Lei nº 298/93, de 28 de agosto:

11.1. Homogeneizar o mais possível o regime jurídico comum a terminais de uso público e de uso privativo, efetuando uma revisão geral do atual artigo 5.º (movimentação de cargas nas áreas portuárias de serviço privativo), no sentido de, em especial:

11.1.1. Alargar os requisitos inerentes à operação portuária aos terminais de uso privativo, sem prejuízo da possibilidade de excecionar ou reduzir algumas das exigências, assente em critérios devidamente identificados e justificados.

11.1.2. Explicitar os critérios para atribuir as concessões de terminais de uso privativo.

11.1.3. Sujeitar ambos os tipos de terminais – de serviço público ou de uso privativo - às mesmas exigências, nomeadamente em matérias de reporte de informação e de manutenção de níveis mínimos de atividade.

11.1.4. Conjugando com os elementos explanados mais adiante, relativos às distorções de concorrência num mercado portuário alargado à Península Ibérica, eliminar o limite máximo de 30 anos para as concessões de serviço público de movimentação de carga nos portos.

11.2. A par da revisão do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, justifica-se igualmente a alteração, em conformidade, do Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, que aprova as bases gerais das concessões de serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias.

III.2. Situações de operação através de licenciamento

12. Nos principais portos comerciais, designadamente nos terminais públicos dos portos de Leixões, Lisboa, Setúbal e Sines, e em conformidade com a regra estabelecida no Regime Jurídico da Operação Portuária, a modalidade de operação portuária prevalecente é o de concessão de serviço público a empresa de estiva.

13. De acordo com o referido Regime Jurídico da Operação Portuária, o recurso ao regime de licenciamento para a prestação ao público da atividade de movimentação de cargas apenas poderá ser aplicado, conforme explicitado no n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, quando, decorrente de consulta prévia às empresas de estiva em atividade, se verificar, comprovadamente, por despacho fundamentado do Ministro da tutela setorial, a possibilidade de o concurso ficar deserto, ou se reconheça, por Resolução do Conselho de Ministros, a existência de interesse estratégico para a economia nacional no regime de licenciamento.

Este regime é o atualmente aplicado no porto de Aveiro, com exceção do Terminal Sul, mas também utilizado em outros portos comerciais de menor dimensão (Viana do Castelo, Figueira da Foz, Portimão e Faro) e mesmo pontualmente em alguns terminais dos portos principais.

14. Observa-se, contudo, que a manutenção do regime de licenciamento nas infraestruturas portuárias referidas, após a publicação em 1993 do Regime Jurídico

da Operação Portuária, não foi objeto da comprovação, por despacho do membro do Governo com a tutela setorial, de que os concursos para as concessões poderiam ter ficado desertos, ou de existir um interesse estratégico para a economia nacional na manutenção do regime de licenciamento.

Igualmente, esta situação não se apresenta conforme com a Lei n.º 88-A/97, de 25 de junho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas, alterada e republicada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho, que veda a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, através da alínea d) do n.º 1 do artigo 1.º, o acesso à atividade económica de exploração de portos marítimos, salvo quando concessionada.

15. Importa, contudo, anotar que a envolvente, características e inserção de um porto num mercado de reduzida dimensão, poderão inviabilizar o investimento privado, justificando o recurso ao modelo de licenciamento na prestação ao público da atividade de movimentação de cargas.

16. Comparando os atuais regimes de concessão e de licenciamento em termos de obrigações do operador privado, observa-se uma responsabilização, designadamente em termos financeiros, significativamente maior no primeiro caso, em que o concessionário está sujeito aos seguintes ónus que não se aplicam no caso do regime de licenciamento:

- Obrigações de investimento;
- Pagamento de rendas / taxas de uso dominial;
- Publicação de tarifas máximas;
- Reversão de bens para a concedente no término da concessão.

Por sua vez, as concessões estão limitadas no tempo, apresentam um risco efetivo de negócio, que é reduzido no caso do regime de licenciamento, e estão sujeitas a regras contratuais de equilíbrio económico e financeiro, o que não acontece na figura de licenciamento (que, na prática, funciona como um “alvará”).

17. Neste contexto, será de considerar que:

- 17.1.** Atualmente, a operação portuária praticada em terminais de serviço público em regime de licenciamento não cumpre integralmente com os requisitos legais estabelecidos no Regime Jurídico da Operação Portuária (Decreto-Lei n.º 298/93) e na Lei n.º 88-A/97, de 25 de junho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas, justificando a ponderação de medidas corretivas que conformem a prática com o direito.
- 17.2.** Em linha com o elemento constante do ponto 9.4, a par do interesse no crescente envolvimento da participação dos privados no investimento e gestão portuária, merece igualmente ponderar-se a oportunidade de se permitir o acesso à atividade de exploração de portos marítimos por empresas privadas ou outras entidades da mesma natureza, sem restringi-la à figura de concessão, como atualmente imposto pela referida Lei n.º 88-A/97.
- 17.3.** Deveria ser permitida a possibilidade de uma Administração Portuária escolher entre os modelos de concessão e de licenciamento na prestação ao público da atividade de movimentação de cargas, na sua estratégia para tornar o seu porto mais competitivo e de criação das condições mais propícias à atração do investimento por parte da iniciativa privada.
- 17.4.** Essa opção deverá, no entanto, ser suportada num modelo de exploração e de financiamento sustentável e que não seja suscetível de introduzir eventuais situações de distorção da concorrência relativamente a outras infraestruturas portuárias, bem como cumprindo escrupulosamente as normas constantes do Tratado sobre o Funcionamento da UE sobre concorrência não falseada e auxílios de Estado, constantes dos seus artigos 106.º e 107.º.

Em particular, deverão ser avaliadas e adotadas medidas corretoras de eventuais situações de distorção de concorrência entre agentes económicos operando no mesmo mercado relevante, tendo em consideração, designadamente, fatores associados ao investimento exigido e sua reversão

para o Estado livres de ónus e encargos, bem como à integração da tarifação do uso dominial.

18.A fundamentação que justifica o ponto anterior é a seguinte:

18.1. A prática da manutenção do regime de licenciamento na operação portuária, sem verificação dos requisitos do Regime Jurídico da Operação Portuária, não tem suporte no atual quadro legal.

Em paralelo com a desconformidade observada entre a prática e o Regime Jurídico da Operação Portuária, será de assinalar parecer haver alguma incoerência entre este regime e a lei que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas, que veda outra figura de envolvimento dos privados na exploração de portos marítimos que não a de concessão, ilustrando a necessidade de ser ponderada uma revisão da legislação.

A este propósito merce ser igualmente aduzida a fundamentação constante do ponto **10.2** deste Memorando.

18.2. Num contexto de descentralização da gestão portuária e de uma maior autonomia e responsabilidade de gestão das Administrações Portuárias, afigura-se oportuno dotar estas últimas de poderes para, atendendo às condições locais e de mercado, implementar a melhor estratégia para tornar o seu porto mais competitivo, adotando o modelo gestão portuária que optimize o investimento, qualidade e eficiência do serviço prestado.

Esta funcionalidade que se pretende atribuir às Administrações Portuárias está também em linha com o seu estatuto de empresa, uma vez que todas elas são Sociedades Anónimas de capitais exclusivamente públicos, tendo, neste contexto, a obrigação de desenvolverem estratégias proactivas no mercado, cujo objetivo inclui a gestão do território do Domínio Público que lhes está confiado.

18.3. Deve ser garantido que a atividade de operação portuária é desenvolvida num paradigma de concorrência inclusiva, sem distorções que sejam suscetíveis

de colocar agentes económicos em condições de desigualdade para o exercício da mesma atividade de movimentação de cargas nos portos portugueses, e efetivo cumprimento do normativo nacional e comunitário aplicável.

19.A possibilidade de uma Administração Portuária poder escolher entre os modelos de concessão e de licenciamento na prestação ao público da atividade de movimentação de cargas, envolve:

19.1. A revisão do n.º 3 de artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, não condicionado a utilização do regime de licenciamento à não existência de interessados na concessão ou à existência de interesse estratégico para a economia nacional.

19.2. Também, a alteração da Lei n.º 88-A/97, de 25 de junho, designadamente no que reporta à alínea d) do n.º 1 do artigo 1.º, na redação atual dada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho, no sentido de permitir o acesso a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, à atividade económica de exploração de portos marítimos, sem o restringir à figura da concessão.

III.3. Assimetrias de *playing field* entre Portugal e Espanha, atenta a disparidade existente de regras de concessão de operação portuária em vigor nos dois países

20.O referido Regime Jurídico de Operação Portuária Português, que vigora há praticamente 23 anos, limita, como já mencionado anteriormente, a 30 anos o prazo máximo das concessões de serviço público de movimentação de carga.

21.Por sua vez, a legislação espanhola relativa aos portos e marinha mercante, e que anteriormente limitava as concessões administrativas sobre o Domínio Público Portuário a 35 anos, foi alterada em 2014, com o objetivo expresso de melhorar a competitividade do sistema portuário e aumentar o investimento privado em infraestruturas portuárias, conferindo a faculdade de aumentar o prazo dos contratos

de concessão até 50 anos, prorrogáveis até 75 anos, em função do investimento realizado.

Estes prazos são também aplicáveis a prorrogações dos contratos de concessão já existentes, a pedido dos concessionários, com fundamento nomeadamente na realização de novo investimento ou numa redução de pelo menos 20% das taxas máximas incluídas nos títulos de concessão.

22. Os portos portugueses encontram-se em concorrência direta com os portos espanhóis, quer em termos de procura, quer de oferta de serviços de operação portuária, partilhando geograficamente importantes mercados portuários relevantes, nomeadamente no âmbito da carga contentorizada.

23. Considera-se, relativamente ao prazo das concessões de operação portuária, que:

23.1. A supracitada alteração da legislação espanhola, aumentando significativamente os prazos das concessões portuárias, provocou uma claríssima distorção da concorrência, materializada num desnivelamento do *playing field*, em desfavor dos portos portugueses, os quais operam numa mesma dimensão geográfica – ibérica - dos mercados portuários relevantes.

23.2. Reforçando os elementos tratados no Capítulo III.1, deverá ser eliminada a limitação de 30 anos da duração da concessão do serviço público de movimentação de carga nos portos, estabelecida no Regime Jurídico da Operação Portuária.

23.3. O prazo da concessão deve ser limitado em função das obras, equipamentos, ou serviços objeto da concessão, permitindo a expectativa do concessionário recuperar os investimentos realizados para o cumprimento dos objetivos contratuais da concessão, incluindo quer os investimentos iniciais quer os investimentos realizados durante o período da concessão, a par da remuneração do capital investido.

Este aspeto não deve prejudicar a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos, considerando-se que o concessionário

assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão, tal como explicitado no 2.º parágrafo da alínea b) do n.º 1 do Artigo 5.º da Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão.

24. Os principais fundamentos do ponto anterior são essencialmente os seguintes:

- 24.1.** Deve ser reposto o nível de *playing field* ao nível ibérico da operação portuária, atualmente inexistente pela disparidade das regras da concessão existentes entre Portugal e Espanha, em prejuízo do sistema portuário nacional, na medida em que da perspetiva do investidor privado, o regime legal espanhol pode ser apreendido como mais interessante, pois, ao eliminar o risco de perda da concessão no médio prazo, oferece condições de operação economicamente mais vantajosas e permite a prática de serviços a preços mais baixos e indutores de maior competitividade aos carregadores e à economia.
- 24.2.** Este aspeto assume uma importância particular, na medida em que, conforme assinalado anteriormente, é iniludível a partilha e disputa dos portos de Portugal e de Espanha pelo mesmo mercado relevante, sendo quaisquer distorções de concorrência, decorrentes de vincadas assimetrias nas condições legais de operação entre Portugal e Espanha, com potenciais efeitos de novas barreiras à entrada, incompatíveis com o Mercado Comum e reforçando o potencial de desvio de eventual investimento em infraestruturas portuárias de Portugal para Espanha.
- 24.3.** A limitação do prazo de concessão de 30 anos atualmente imposto pela legislação nacional poderá revelar-se, em alguns casos, pouco atrativa para a rentabilização de futuros investimentos de capital muito intensivo, nomeadamente quando exigido ao concessionário, para além da responsabilidade de investimento na superestrutura e equipamentos,

também a construção de raiz da infraestrutura em terminais portuários especializados de movimentação de mercadorias.

25. Para corrigir as assimetrias de *playing field* entre Portugal e Espanha, atenta a disparidade existente de regras de concessão de operação portuária em vigor nos dois países, torna-se necessário proceder às seguintes alterações legislativas:

25.1. Revisão do Decreto-Lei nº 298/93, de 28 de agosto, especificamente no que concerne ao seu artigo 29.º, relativo ao prazo das concessões, eliminando o prazo da duração máxima da concessão e determinando a limitação da duração de cada contrato de concessão em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para alcançar os objetivos contratuais, tomando em conta, tanto os investimentos iniciais como os investimentos realizados durante o prazo de concessão.

25.2. Consequente revisão em conformidade do Decreto-Lei nº 324/94, de 30 de dezembro, que aprova as bases gerais das concessões de serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias.

26. A par destas alterações legislativas, importa acautelar, no normativo nacional que concretize a transposição Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, a não fixação do prazo da duração máxima da concessão, limitando-se ao disposto no artigo 18.º da Diretiva, e prever mecanismos de eventual prorrogação dos contratos de concessão.

III.4. Assimetria entre o modelo de operação portuária prevalecente no Reino Unido, Países Baixos e Alemanha em comparação com o modelo correspondente em Portugal, Espanha, França e Bélgica

27. Observa-se igualmente uma dualidade de modelo de contrato de operação portuária existente ao nível da UE, especificamente a concessão de serviço público e os contratos que têm por objeto a utilização do terreno, nomeadamente concessões

dominiais, arrendamentos ou *land lease*, a qual propicia situações de distorção da concorrência com claríssimo prejuízo para o sistema portuário nacional.

De facto, as situações de distorção de concorrência subjacentes a esta dualidade europeia na operação portuária, significam que os países cujo modelo de operação portuária se baseia na figura de concessão, como Portugal, Espanha, França e Bélgica, estão em desvantagem manifesta em relação a países como o Reino Unido, Países Baixos e Alemanha, onde predomina o modelo *de land lease*.

28. Estas distorções de concorrência são ampliadas pela Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, atualmente em fase de transposição, pelo facto de esta Diretiva se aplicar, não a todos os contratos de operação de terminais portuários, mas apenas aos contratos de operação portuária sob a forma de concessão.

Este aspeto tem um grande alcance concorrencial na medida em que a operação portuária é titulada por contratos de concessão apenas em alguns países da Europa, como Portugal, Espanha, França e Bélgica, ao passo que em países como os Países Baixos, Alemanha ou Reino Unido, sucede precisamente que a mesma operação portuária ocorre sob a forma de contratos de arrendamento (*land lease*).

29. Atualmente, no que concerne ao direito interno nacional, o Código dos Contratos Públicos (CCP) já regula as concessões com regras procedimentais idênticas às dos contratos públicos do denominado setor tradicional, pelo que a *compliance* com as disposições da Diretiva 2014/23/UE apenas implica, em consequência da sua transposição, a uma maior densificação, procedendo a algumas revisões, nomeadamente ao nível dos conceitos, dado que esta Diretiva não introduz uma disciplina jurídica mais apertada de regras imperativas daquelas que já vigoram no quadro do atual CCP.

30. Por sua vez, está atualmente em discussão ao nível das instituições europeias a proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos (Regulamento (UE) dos Serviços Portuários), cuja versão inicial foi apresentada pela CE, através do documento COM (2013) 296 final, datado de 23 de maio de 2013, assinalando-se de seguida os seus aspetos

mais relevantes no contexto da assimetria do modelo de operação portuária ao nível da UE:

- 30.1.** As disposições do Regulamento aplicar-se-ão a todos os portos marítimos da Rede Transeuropeia de Transportes.
- 30.2.** Apesar de se aplicar aos vários tipos de serviços portuários (bancas, movimentação de carga, amarração, serviços de passageiros, meios portuários de receção, pilotagem e reboque), o seu artigo 11.º isenta os serviços de movimentação de carga, passageiros e pilotagem das disposições relativas ao acesso ao mercado dos serviços portuários.
- 30.3.** Apresentava como objeto, na sua proposta inicial, estabelecer um quadro claro de acesso ao mercado dos serviços portuários e regras comuns em matéria de transparência financeira e de tarifação a aplicar pelas Administrações Portuárias e pelos prestadores de serviços portuários. Contudo, na sua versão atual, a componente do acesso ao mercado dos serviços portuários foi substituída por uma outra designada por organização dos serviços portuários.

No contexto da eliminação das disposições relativas ao acesso ao mercado, a atual proposta de Regulamento deixou de obrigar, no caso de limitação do número de prestadores de serviços portuários, à aplicação das regras relativas a procedimentos de adjudicações, às garantias processuais e à duração máxima dos contratos estabelecidas na Diretiva 2014/23/UE, permitindo assim a assimetria de procedimentos no contexto da prestação de serviços portuários nos vários sistemas portuários da UE.

31. Nesta conjuntura, considera-se que:

- 31.1.** No âmbito do processo de transposição da Diretiva 2014/23/UE para o direito nacional, deverão ser acautelados os dois seguintes aspetos essenciais que, em conjugação com as propostas de medidas legislativas apresentadas em capítulos anteriores, permitem mitigar os desequilíbrios de *playing field* existentes, em prejuízo dos portos nacionais, decorrentes das assimetrias da legislação entre Portugal e Espanha e das assimetrias de modelo de

operação portuária relativamente ao prevalecente em países como o Reino Unido, Países Baixos e Alemanha:

31.1.1. Não fixação de um prazo específico máximo para a duração das concessões, ficando essa duração limitada nos termos do artigo 18.º da citada Diretiva 2014/23/UE e do Código dos Contratos Públicos, ou seja, determinando a limitação da duração de cada contrato de concessão em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para alcançar os objetivos contratuais, tomando em conta, tanto os investimentos iniciais como os investimentos realizados durante o prazo de concessão.

31.1.2. A previsão explícita de mecanismos de modificação de contratos de concessão durante o seu período de vigência, incluindo nomeadamente a eventual prorrogação do seu prazo.

31.2. As alterações legislativas identificadas nos capítulos anteriores deverão estar em *compliance* com a nova legislação resultante do processo de transposição da Diretiva 2014/23/UE.

32. Suportando-se na seguinte fundamentação económica:

32.1. É imperativo desenvolver e consolidar o Mercado Interno de Transportes, num paradigma de concorrência inclusiva em mercado fortemente globalizado, representando os portos componentes nodais chave da cadeia logística internacional e constituindo os principais pontos de acesso da RTE-T, a partir dos quais se organizam os fluxos logísticos multimodais na UE.

32.2. Qualquer medida que se adote deverá promover o nivelamento do *playing field* no âmbito da UE, eliminando, sempre que possível, situações de distorção da concorrência no Espaço Europeu que possam induzir um plano de desigualdade entre elementos da RTE-T e do Ecossistema de Mobilidade e dos Transportes em geral e do sistema portuário em particular.

- 32.3.** A proposta de Regulamento (UE) dos Serviços Portuários não contribui para a concretização de um quadro claro de acesso ao mercado global de serviços portuários, o qual deveria ser um dos objetivos iniciais daquele Regulamento, e favorece a manutenção da distorção de concorrência subjacente à referida dualidade europeia dos modelos de operação portuária, amplificada pela Diretiva 2014/23/UE, com as consequentes distorções de concorrência no Mercado Interno, fomentando o desnivelamento do *playing field* (em desfavor do sistema portuário português).
- 32.4.** Existe, também, a um nível geográfico alargado ao Espaço Europeu, efeitos de substituição entre terminais de portos em países diferentes, sendo igualmente importante a concorrência entre portos na captação de investimento privado que não poderá ser ignorada.
- 33.** Para reduzir o efeito da assimetria entre modelos de operação portuária na União Europeia, caminhando no sentido do nivelamento do *playing field* dos portos nacionais nos mercados relevantes da operação portuária, aos níveis ibérico e europeu, importa, a par das alterações legislativas identificadas anteriormente no contexto do Regime Jurídico da Operação Portuária e das bases gerais das concessões de serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias, atender aos seguintes aspetos na transposição, para o direito interno, da Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão:
- 33.1.1.** A não fixação de um prazo máximo para a duração das concessões, a qual deverá ser limitada exclusivamente nos termos constantes do artigo 18.º da Diretiva, ou seja, em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para alcançar os objetivos contratuais, tomando em conta, tanto os investimentos iniciais como os investimentos realizados durante o prazo de concessão.
- 33.1.2.** A previsão explícita de mecanismos de modificação de contratos de concessão durante o seu período de vigência, incluindo nomeadamente

a eventual prorrogação das concessões, com base em regras claras, precisas e inequívocas, indicando o âmbito e a natureza das eventuais modificações, bem como as condições em que podem ser aplicadas, desde que não alterem a natureza global da concessão, e sem prejuízo de outras situações de modificação de contratos previstas na Diretiva.

34. Estando a decorrer atualmente o processo de alteração do Código dos Contratos Públicos, tendo em vista, nomeadamente, a transposição do pacote das três Diretivas relativas à contratação pública – Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – importa que o mesmo não bloqueie de forma alguma o conteúdo substantivo deste memorando, ou seja, a não obrigatoriedade do recurso à figura de concessões e, para estas últimas, não seja imposto um limite de 30 anos, e sim um prazo limitado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para alcançar os objetivos contratuais.

IV. OUTROS ASPETOS RELEVANTES A EQUACIONAR NO ÂMBITO DA REVISÃO DO REGIME JURÍDICO DA OPERAÇÃO PORTUÁRIA, VISANDO O FAVORECIMENTO DO CRESCIMENTO SUSTENTADO DA COMPETITIVIDADE DO SISTEMA PORTUÁRIO PORTUGUÊS

35. A revisão do Regime Jurídico da Operação Portuária, em conjugação com as bases gerais das concessões de serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias, para além da mitigação dos efeitos das situações anteriormente abordadas de desnivelamento de *playing field* a que o sistema portuário português se encontra atualmente exposto, constitui uma oportunidade para a melhoria da competitividade deste sistema portuário, atualizando uma legislação que já data de há quase um quartel, tendo presente os vários desenvolvimentos legislativos (nacionais, da União Europeia e internacionais), procedimentais e tecnológicos entretanto ocorridos, com relevância no contexto da atividade de operação portuária.

36. Considera-se, neste contexto, que a revisão do Decreto-Lei nº 298/93, de 28 de agosto, em paralelo com o Decreto-Lei nº 324/94, de 30 de dezembro, pode,

também, constituir-se como um instrumento potenciador da redução do custo de movimentação de carga nos portos, incentivador da criação de valor e investimento produtivo, com base nos seguintes princípios gerais:

- 36.1.** Induzir a máxima utilização e produtividade dos recursos portuários e não o máximo da receita dos portos, seja das Administrações Portuárias ou dos exploradores do terminal.
 - 36.2.** Conter obrigações de resultados quanto ao desempenho das infraestruturas portuárias durante o período da concessão.
 - 36.3.** Prever incentivos positivos e negativos que potenciem o desempenho pretendido, designadamente obrigações de reporte, remuneração variável, garantias e sanções contratuais;
 - 36.4.** Preceder as novas concessões de procedimento concursal com critérios de adjudicação objetivos que potenciem a futura máxima atividade das infraestruturas portuárias.
 - 36.5.** Contemplar a assunção pelos concessionários do risco operacional, ligado à procura ou à oferta, ou a ambos, ou seja, não havendo garantia, em condições normais de exploração, que o concessionário recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão.
- 37.** Estas considerações são fundamentadas no princípio de que o crescimento sustentado da competitividade do sistema portuário português, no quadro da formação, desenvolvimento e consolidação do Mercado Interno de Transportes, enquanto mercado concorrencial, sem restrições nem distorções, deverá basear-se num ambiente de estabilidade e incentivo à criação de valor e investimento produtivo, com base num quadro regulatório simples, estável e previsível, baseado em regras e procedimentos transparentes, sindicáveis e de longo ciclo.
- 38.** A contribuição do normativo nacional sobre operação portuária, designadamente do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, e do Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, como elemento potenciador de um crescimento sustentável da

competitividade do sistema portuário português, deverá passar pela introdução de alterações adicionais nesses diplomas, relativamente às identificadas em capítulos anteriores, no sentido designadamente de:

- 38.1.** Aperfeiçoamento da aplicação do modelo de *landlord port* aos contratos de concessão, devendo estes ser dotados de mecanismos capazes de promover o alinhamento dos interesses das partes, num ambiente de minimização de assimetria de informação, acomodando com maior acuidade as preocupações das Administrações Portuárias associadas à escassez de recursos, oferta e procura de serviços, eficiência, eficácia, concorrência e formação de preços, adequação tecnológica e, de um modo geral, o fomento a atividade económica associada ao porto.
- 38.2.** Harmonização de soluções e conceitos com o Código dos Contratos Públicos, Lei da Água e regime do património do Estado.
- 38.3.** Preparação de procedimentos pré-contatuais gizados de feição a estimular a apresentação de propostas que maximizem a satisfação do interesse público prosseguido pelo contrato de operação portuária.
- 38.4.** Revisão da metodologia de seleção dos concessionários de acordo com o modelo "*scoring auction*".
- 38.5.** Consideração de regras sobre obrigações e incentivos de desempenho, com o reporte de informação ou de auditoria e acompanhamento do regulador setorial.
- 38.6.** Adoção obrigatória de indicadores de desempenho objetivos e sua ligação direta a sistemas de incentivos positivos ou negativos, ou seja, bonificações ou penalidades.
- 38.7.** Fixação de regras de transparência, nomeadamente de divulgação de preços praticados.

V. CONCLUSÕES

- 39.** Os portos são elementos determinantes dos corredores transeuropeus, constituindo verdadeiros nós logísticos, a partir dos quais se organizam os fluxos logísticos multimodais, sendo indispensável que, a par da sua localização e adequação da capacidade infraestrutural para operação dos navios e cargas mais exigentes no mercado que servem, mantenham e promovam a melhoria contínua de procedimentos, abertos e transparentes, que permita uma prestação de serviços eficiente e de elevada qualidade aos navios e às cargas, bem como a criação de condições favoráveis ao investimento, reduzindo os custos de contexto, potenciando a contribuição da logística e internalizando um novo ambiente de regulação económica e de promoção e defesa da concorrência.
- 40.** Neste contexto, é necessário promover e manter um quadro de nivelamento do *playing field* designadamente aos vários níveis da dimensão geográfica dos mercados portuários relevantes, ou seja, nacional, ibérico e da UE, corrigindo, em paralelo, situações de distorção da concorrência associadas ao atual quadro vigente, quer a nível nacional quer a nível da UE, apontando-se de seguida diversas medidas de política que permitem a sua concretização e que poderão sintetizar-se em:
- 40.1.** Rever o Regime Jurídico da Operação Portuária (Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto) e, em consequência, do Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, que aprova as bases gerais das concessões de serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias, no sentido de:
- 40.1.1.** Alargar os requisitos inerentes à operação portuária aos terminais de uso privativo, explicitar os critérios em que este último tipo de concessão pode ser atribuída e sujeitar, quer os terminais de serviço público, quer os terminais de uso privativo, às mesmas exigências, nomeadamente em matérias de reporte de informação e níveis mínimos de atividade;
- 40.1.2.** Eliminar a limitação de 30 anos do prazo da duração máxima da concessão do Regime Jurídico da Operação Portuária, duração essa que deverá ser definida em função dos investimentos necessários aos objetivos contratuais da concessão, a par da remuneração do capital;

40.1.3. Permitir a possibilidade de uma Administração Portuária, na sua estratégia para tornar o seu porto mais competitivo, escolher entre os modelos de concessão e de licenciamento na prestação ao público da atividade de movimentação de cargas, otimizando o investimento, qualidade e eficiência do serviço prestado, mas não suscetível de comprometer o paradigma de concorrência inclusiva, acautelando eventuais situações de distorção da concorrência;

Em linha com este aspeto, possibilitar a conformação legal do recurso, nos casos justificáveis, ao regime de licenciamento na prestação ao público da atividade de movimentação de carga nos portos, obviando à situação de incumprimento atualmente verificada na aplicação daquele regime.

40.2. Integrar no quadro da revisão do Regime Jurídico da Operação Portuária uma reavaliação da opção atualmente existente que força o modelo contratual de concessão de serviço público para a operação portuária.

40.3. Ponderar a revisão da Lei n.º 88-A/97, de 25 de junho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas, na sua redação atual dada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho, designadamente no que concerne à alínea d) do n.º 1 do artigo 1.º, no sentido de permitir o acesso a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, à atividade económica de exploração de portos marítimos, sem a restringir à figura de concessão.

40.4. Ser acautelada no processo de transposição da Diretiva 2014/23/UE para o direito nacional, e em alinhamento com as alterações legislativas propostas para o Regime Jurídico da Operação Portuária:

40.4.1. A não fixação de um prazo máximo para a duração das concessões, a qual deverá ser limitada exclusivamente nos termos constantes do artigo 18.º da Diretiva, ou seja, em função dos investimentos realizados.

40.4.2. A previsão explícita de mecanismos de modificação de contratos de concessão durante o seu período de vigência, incluindo nomeadamente a eventual prorrogação do seu prazo.

Efetivamente, é fundamental que os processos que estão em curso nos domínios da transposição do pacote das três Diretivas relativas à contratação pública – Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE - designadamente de alteração do Código dos Contratos Públicos, não bloqueiem de forma alguma o conteúdo substantivo deste memorando, ou seja, a não obrigatoriedade do recurso à figura de concessões e, para estas últimas, não imponham um limite de 30 anos.

41. A par destas medidas no sentido do nivelamento do *playing field* dos portos nacionais, justifica-se aproveitar a revisão do Regime Jurídico da Operação Portuária e das bases gerais das concessões de serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias para introduzir outros aspetos relevantes que favorecem o crescimento sustentado do sistema portuário português, designadamente:

41.1. Aperfeiçoamento da aplicação do modelo de *landlord port* aos contratos de concessão, dotando-os de mecanismos capazes de promover o alinhamento dos interesses das partes, num ambiente de minimização de assimetria de informação, acomodando com maior acuidade as preocupações das Administrações Portuárias associadas à escassez de recursos, oferta e procura de serviços, eficiência económica, eficiência operacional, concorrência e formação de preços, adequação tecnológica e, de um modo geral, o fomento a atividade económica associada ao porto.

41.2. Harmonização de soluções e conceitos com o Código dos Contratos Públicos, Lei da Água e regime do património do Estado.

41.3. Preparação de procedimentos pré-contatuais gizados de feição a estimular a apresentação de propostas que maximizem a satisfação do interesse público prosseguido pelo contrato de operação portuária.

- 41.4. Revisão da metodologia de seleção dos concessionários de acordo com o modelo "scoring auction".
- 41.5. Consideração de regras sobre obrigações e incentivos de desempenho, com o reporte de informação ou de auditoria e acompanhamento do regulador setorial.
- 41.6. Adoção obrigatória de indicadores de desempenho objetivos e sua ligação direta a sistemas de incentivos positivos ou negativos, ou seja, bonificações ou penalidades.
- 41.7. Fixação de regras de transparência, nomeadamente de divulgação de preços praticados.
42. Como sumula final, vamos sumarizar os princípios gerais e concretos que devem presidir à revisão do Decreto-lei n.º 298/93, de 28 de agosto, que estabelece o Regime Jurídico da Operação Portuária, bem como do Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, que aprova as bases gerais das concessões de serviço público de movimentação de cargas em áreas portuárias:
- 42.1. Redigir os n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, da seguinte maneira, eliminado o n.º 4:
- 2 - Cabe as Administrações Portuárias escolherem a forma contratual de movimentação das cargas na sua área de jurisdição, seja através da concessão de serviço público, que deverá ser a mesma para qualquer tipo de terminal, seja através de licenciamento.***
- Suprimir o atual n.º 3 e reconverter o atual n.º 4 para n.º 3, com a seguinte nova redação: ***s decisões das Administrações Portuárias sobre a matéria do ponto anterior carecem de parecer prévio vinculativo da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes.***
- 42.2. O artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, deve ser reformulado no sentido de **homogeneizar** o mais possível o regime jurídico comum a terminais de uso público e de uso privado.

42.3. Redigir o artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, da seguinte forma:

1 – O prazo das concessões de movimentação de carga nas áreas portuárias é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para alcançar os objetivos contratuais, tomando em conta, tanto os investimentos iniciais como os investimentos realizados durante o prazo de concessão.

(manter o n.º 2)

Acrescentar um novo n.º 3 com a seguinte redação: **O prazo inicial da concessão pode ser prorrogado com fundamento na necessidade de assegurar o cumprimento do disposto no n.º 1.**

42.4. As normas do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, relativas aos procedimentos concursais para adjudicação das concessões e decorrentes contratos, designadamente no contexto do **Capítulo V**, deverão ser ajustadas em função dos aspetos relevantes que favorecem o **crescimento sustentado do sistema portuário português** identificados no ponto 41.

42.5. Por princípio, as demais normas constantes do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto manter-se-ão em vigor, sem prejuízo, naturalmente, dos ajustamentos técnicos que se vierem a revelar necessários.

42.6. Redigir a Base XIII das Bases das Concessões anexas ao Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, da seguinte forma:

1 – O contrato de concessão é outorgado por prazo determinado, e deve ser estabelecido em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário para alcançar os objetivos contratuais, tomando em conta, tanto os investimentos

iniciais como os investimentos realizados durante o prazo de concessão.

2 - O prazo inicial da concessão pode ser prorrogado com fundamento na necessidade de assegurar o cumprimento do disposto no n.º 1.

42.7. As Bases da Concessões relativas ao Capítulo III (Exploração), anexas ao Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, deverão ser ajustadas em função dos aspetos relevantes que favorecem o **crescimento sustentado do sistema portuário português** identificados no ponto **41**.

42.8. Por princípio, as demais Bases das Concessões constantes do anexo ao Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, manter-se-ão em vigor, sem prejuízo, naturalmente, dos ajustamentos técnicos que se vierem a revelar necessários.

O Presidente do Conselho de Administração

João Carvalho