

PARECER N.º 53/AMT/2021

Objeto: 3.^a Adenda ao contrato de concessão do serviço público de movimentação de cargas no Terminal de Granéis Sólidos da [confidencial], no porto de Setúbal

Contexto: Parecer previsto na alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º dos Estatutos da AMT, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, sobre a prorrogação da vigência, por um período de um ano da concessão do serviço público de movimentação de cargas no terminal portuário [confidencial], no porto de Setúbal

Destinatário: Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S.A.

[versão não confidencial]

Lisboa, em 11 de junho de 2021

I. ENQUADRAMENTO

II. Objeto

1. O presente Parecer da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) é emitido ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º dos Estatutos da AMT, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, tendo por objeto a prorrogação da vigência, por um período de um ano, até 30 de junho de 2021, do contrato de serviço público de movimentação de cargas no Terminal de Granéis Sólidos [confidencial] (TPS), que foi celebrado em 30 de junho de 1995 entre a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra (APSS), como concedente, e a sociedade comercial então designada [[confidencial]] como concessionária, tendo sido objeto de três adendas, em 2011, 2016 e 2020 (Contrato).
2. O Contrato decorre da convolação de uma anterior licença de uso privativo de terrenos do domínio público, em concessão de serviço público, nos termos do artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro (DL 298/93).
3. Considerando que o Contrato foi outorgado por um prazo de vinte cinco anos (cfr. Cláusula 20.ª do Contrato, na sua redação original de 30 de junho de 1995), o seu termo ocorreria em 30 de junho de 2020.

Todavia, em 30 de junho de 2020, foi celebrada uma adenda ao Contrato, através da qual as partes acordaram “estender o prazo do Contrato de Concessão até às 24h00 (vinte e quatro horas) do dia 30 (trinta) de junho de 2021 (dois mil e vinte e um).” - cfr. n.º 1 da Cláusula 2.ª da adenda de 30 de junho de 2020.

4. Em 12 de março 2021, na primeira reunião do Grupo de Trabalho, constituído por Despacho de Suas Excelências, o Secretário de Estado das Finanças e o Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações, que tem como missão estudar, avaliar e propor às tutelas setorial e financeira o enquadramento legal e económico-financeiro subjacente à exploração do TPS, no qual a AMT foi convidada a participar nas suas reuniões, na qualidade de Observadora (cfr. alínea f) do n.º 2 do referido Despacho), foi referido que o atual contrato de concessão de serviço público de movimentação de cargas nesse terminal foi prorrogado em 2020, por mais um ano.

5. Considerando que, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º dos Estatutos da AMT, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, no exercício dos seus poderes de regulação, compete à AMT emitir parecer prévio vinculativo sobre peças de procedimento de formação dos contratos de concessão ou de prestação de serviços públicos nos setores regulados, ou sobre alterações promovidas aos contratos em vigor, e que a prorrogação do Contrato, ocorrida em 30 de junho de 2020, foi efetuada sem a emissão do referido parecer prévio, a AMT procedeu à devida sinalização do facto.
6. Este Parecer foi solicitado pela APSS, através da Carta n.º 391/2021- G.J., de 1 de abril de 2021.

III. Contexto

7. Cumpre assinalar que este pedido de Parecer, bem como a 3.ª adenda ao Contrato, que constitui o seu objeto, surgiram num contexto da pandemia de covid-19, com todas as dificuldades de caráter económico, social, cultural que lhe estão subjacentes.
8. Os motivos subjacentes à prorrogação do prazo da concessão, pelo período de um ano, encontram-se explanados nos Considerandos da 3.ª adenda ao Contrato, em particular, nos Considerandos E, F e G, que se reproduzem:

“E. Aproximando-se o termo da concessão, é fundamental assegurar a sua continuação, de modo a que o serviço público continue a ser prestado e assim o interesse público salvaguardado;

F. Como atualmente previsto no artigo 312.º do Código dos Contratos Públicos por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias no caso, a não conclusão do projeto Melhoria da Acessibilidade Marítima ao Porto de Setúbal e, mais recentemente, a pandemia covid-19, bem como a conveniência em que o Porto de Setúbal obtenha as melhores condições possíveis para o serviço público a prestar no terminal - a APSS, S.A., por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas pode modificar o Contrato de Concessão estendendo o seu prazo de duração por forma a garantir que o serviço público assegurado pela concessão do TPS continua a ser prestado e da melhor forma;

G. A extensão do prazo de vigência do Contrato de Concessão é a possível e suficiente para assegurar que o serviço público continua a ser prestado e permitir o oportuno

lançamento de concurso para outorgar nova concessão de serviço público em termos a definir, sem prejuízo de uma eventual nova prorrogação se verificados os pressupostos legais e a Concedente a considerar oportuna;”.

9. Através do seu ofício n.º 4384-CA/2011, de 22.04.2021, a AMT solicitou à APSS elementos adicionais justificativos da prorrogação do prazo do Contrato em apreço, designadamente, e atento o Considerando F. da 3.ª adenda do Contrato, quais foram os impactos decorrentes da não conclusão do projeto Melhoria da Acessibilidade Marítima ao Porto de Setúbal, e da pandemia de covid-19, que justificaram a referida prorrogação desta concessão.

10. Em 17.05.2021, através da sua comunicação com a referência S/00598/2025-DNPL, a APSS remeteu à AMT os elementos adicionais que considerou adequados para justificar a prorrogação do contrato. Em síntese, a APSS alega que:

10.1. A complexidade e a duração do processo de desenvolvimento das dragagens de melhoria das acessibilidades marítimas ao porto de Setúbal, implicaram a indefinição das condições para o lançamento de uma nova concessão.

Com efeito, entendeu a APSS que o lançamento de um concurso público para a outorga de nova concessão sem se assegurar que as condições essenciais (designadamente o acesso marítimo previsto no projeto Melhoria da Acessibilidade Marítima ao Porto de Setúbal) estivessem garantidas violaria o princípio da cautela financeira, especialmente importante nos contratos com longos períodos de execução, valores financeiros relevantes e elevada complexidade, em que se é importante a avaliação prévia do seu impacto financeiro, esta de pouco servirá se os seus pressupostos não forem certos e/ou não se concretizarem.

Esta obra, prevista na Resolução do Conselho de Ministros n.º 61-A/2015, de 20 de agosto, que aprovou o Plano Estratégico dos Transportes e Infraestruturas - PETI3+, para o horizonte 2014-2020, incorporando os resultados da Avaliação Ambiental Estratégica, pretende concretizar um projeto estrategicamente importante para o Porto de Setúbal - e para a cidade, a região e o país, e que visa o acesso aos navios do tráfego Short-Sea/Panamax de tipo Under-Panamax de 3.000-4.000 TEU até 12 m de calado, vital para manter a posição relativa do Porto de Setúbal, a nível ibérico e nacional, face ao aumento do calado dos navios e à ampliação do Canal do Panamá, através de dragagens de primeiro estabelecimento (com cotas de dragagem entre -15,0 m ZH e -13,5 m ZH, e larguras de rasto entre 200 e 280 m, com um volume de 3,47 milhões de metros cúbicos na primeira fase do projeto) dos canais de navegação Canal da Barra e Canal Norte, e deposição dos dragados em aterro a nascente do terminal ro-ro e na base do delta.

Ora, esta empreitada foi objeto de impugnações judiciais, cujo desfecho pode revelar-se contrário aos interesses portuários. Acresce, ainda, refere a APSS, que, entre maio e outubro de cada ano, a Declaração de Impacte Ambiental que sustenta a empreitada impede a realização de dragagens, pelo que o efeito das suspensões é potenciado por a parte principal da empreitada apenas se poder realizar numa janela temporal limitada.

Além destes fatores exógenos às partes da empreitada verificou-se, precisamente no primeiro trimestre de 2020, coincidindo com o início da pandemia, dificuldades do empreiteiro em realizar a obra nos termos contratados, tendo abandonado unilateralmente as dragagens no final de fevereiro de 2020, temendo-se então um desfecho litigioso que prejudicasse a conclusão da empreitada (que apenas em 2021 se viria a concluir).

Importa ainda referir que, depois da consignação da obra, foi detetada em outubro de 2018 a presença de material lodoso com possança desconhecida o que, conjugado com sucessivas providências cautelares e pedidos de decretamento provisório (pelos associações [confidencial].), levou à suspensão da empreitada.

10.2. A segunda, resulta do impacto que a pandemia covid-19 poderia ter tido de acordo com a percepção à data na atividade do Porto de Setúbal e mais especificamente nos seus terminais portuários.

Alega a APSS que, segundo os últimos dados disponíveis data, no primeiro trimestre de 2020 escalaram o Porto de Setúbal um total de 389 navios, registando-se uma redução de 3% (-6% em número de navios e -16% em tonelagem comparando março de 2020 com março de 2019). A quebra no número de escala nos navios em atividade comercial e na sua dimensão média neste período terá sido resultado da desaceleração da atividade económica (e do comércio mundial) que já se fazia sentir desde o início do ano no Extremo e Médio Oriente devido aos efeitos da pandemia. Mais adianta que, no mesmo período, em termos acumulados movimentaram-se 1,6 milhões de toneladas, denotando-se uma desaceleração da movimentação de mercadorias como consequência da suspensão da atividade industrial e redução dos indicadores de consumo como consequência da declaração do estado de emergência em várias regiões do mundo (-10% de movimentação de mercadorias, em toneladas, comparando março de 2020 com março de 2019).

Os rendimentos obtidos pela APSS, S.A., desceram [confidencial].%, comparando março de 2020 com março de 2019.

Assinala ainda a APSS que o primeiro trimestre de 2020 apenas foi parcialmente afetado pela pandemia (apenas declarada em 11 de março), pelo que as expectativas eram as piores.

Seria, pois, imprudente, com risco para a satisfação da necessidade expectável pela concessão e para a percepção de receitas pela APSS ou sua responsabilização, o lançamento de um concurso público, nestas condições, para adjudicação de uma concessão de serviço público por prazo relevante para satisfação de uma necessidade futura - potenciação da área atualmente utilizada pela [confidencial].--, que pode, sem prejuízo para o interesse público, ser diferida no tempo.

IV. PARECER DA AMT

V. Considerações Preliminares

11. O presente Parecer é emitido pela AMT no exercício das suas atribuições de Regulador Económico Independente com jurisdição no Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes, nos termos da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (Lei-Quadro das Entidades Reguladoras), tendo em vista a promoção e defesa do interesse público da Mobilidade Inclusiva, Eficiente e Sustentável (MobiLES), enquanto direito de cidadania e componente essencial de uma cultura geradora de um quadro regulatório com regras claras, coerentes e estáveis que incentivem o investimento sustentado, produtivo e estruturante, em particular no Ecossistema do Portuário.

12. A emissão de parecer prévio vinculativo inscreve-se no cumprimento da missão da AMT e fundamenta-se nas atribuições da AMT, previstas nos seus Estatutos, designadamente:

- 12.1.** Zelar pelo cumprimento do enquadramento legal, nacional, internacional e da União Europeia (UE), aplicável à regulação, supervisão, promoção e defesa da concorrência, visando o bem público, a defesa dos interesses dos cidadãos e dos operadores económicos, e de monitorização e acompanhamento das atividades dos mercados da mobilidade e dos transportes terrestres e fluviais, bem como na avaliação das políticas referentes ao Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes (alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º);
- 12.2.** Regular o acesso à infraestrutura, de modo a que seja livre e não discriminatório (alínea b) do n.º 4 do artigo 5.º);
- 12.3.** Apoiar o Governo na análise dos programas de concursos e cadernos de encargos das concessões dos serviços e de operações portuárias, bem como da respetiva renovação, propostos pelas administrações portuárias (alínea h) do n.º 4 artigo 5.º); e, ainda,
- 12.4.** Emitir parecer prévio vinculativo sobre peças de procedimento de formação dos contratos de concessão ou de prestação de serviços públicos nos setores regulados, ou sobre alterações promovidas aos contratos em vigor (alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º);
- 12.5.** Fiscalizar e auditar o cumprimento das obrigações legais, regulamentares e contratuais, assumidas pelos concessionários e pelos prestadores do serviço público sujeitos à sua jurisdição, propondo a aplicação de sanções contratuais (alínea b) do n.º 3 do artigo 34.º).

13. O parecer prévio vinculativo é um elemento formal do procedimento atinente à alteração promovida no Contrato.
14. A falta do parecer obrigatório vinculativo da AMT, que não foi solicitado pela entidade com competência dispositiva sobre a matéria, no caso a APSS, contaminando o procedimento de um vício de forma, transmite tal invalidade à 3.ª adenda do Contrato.
15. E, à luz do Código do Procedimento Administrativo (CPA), é entendimento desta Autoridade, que a preterição desta formalidade procedural enquadra a invalidade do ato, a celebração da 3.ª adenda do Contrato, no regime da anulabilidade, conforme resulta dos artigos 161.º e 162.º do CPA.
16. Nessa conformidade, e atento o disposto na alínea c) do n.º 5 do artigo 163.º do CPA, o efeito anulatório do ato não se produz quando “*se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo.*”
17. Atenta a prossecução e proteção do interesse público (cfr. artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa e o artigo 4.º do CPA), importa proceder à avaliação da eventual existência de um prejuízo relevante para a destruição de um ato, atendendo sempre às circunstâncias do caso concreto.
18. Para o efeito, importa agora proceder a uma avaliação de prognose póstuma para aferir se caso o parecer tivesse sido emitido, o mesmo teria sido favorável, de forma a permitir a prorrogação por um ano do contrato, ocorrida em 2020.
19. A análise subjacente a este parecer pretende avaliar as questões regulatórias subjacentes ao pedido de parecer, aplicando a metodologia de Regulação Económica de Elevada Qualidade (REEQ) suportada nos pilares estratégicos de: (1) avaliação de *compliance* das vertentes determinantes do Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes; (2) conhecimento comprehensivo e atualizado dos mercados da mobilidade; (3) supressão de falhas de mercado; (4) redução e, tendencialmente, eliminação de falhas de Estado, incluindo as do legislador, enquanto organizador da economia, e de regulamentação; e (5) promoção do equilíbrio dinâmico e resiliente das Racionalidades, não aditivas e de verificação cumulativa, dos Investidores, dos Empreendedores / Profissionais / Utilizadores / Consumidores e dos Contribuintes.

No que mais releva, e que será desenvolvido nas seções seguintes, envolve o enquadramento e a *compliance* com os instrumentos contratuais e legais enquadradores, em particular com o estabelecido no Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual), bem como uma referência à economicidade da Adenda n.º 3 ao contrato na perspetiva dos Investidores, dos Empreendedores/ Profissionais/Utilizadores /Consumidores e dos Contribuintes.

VI. Avaliação de Compliance

VII. Alterações contratuais

20. Em 30 de junho de 2020, a APSS e a [confidencial]., celebraram uma adenda ao contrato de concessão, através da qual acordaram na alteração da cláusula 20.^a do Contrato, prorrogando-o pelo prazo de um ano.

21. E, em face desta prorrogação acordaram, igualmente, através da referida Adenda, que (i) “*não cabe à Concedente nos termos do Contrato de Concessão nem caberá nos termos da presente Adenda a responsabilidade pelo pagamento de qualquer valor ou pela execução de quaisquer trabalhos ou instalação de qualquer equipamento ou a sua manutenção*”; (ii) “*a obrigação do Concedente prevista no n.º 2 da Cláusula 5.^a e no Anexo VI do Contrato de Concessão é suspensa pelo período correspondente à presente prorrogação, ou seja, até às 24h00 (vinte e quatro horas) do dia 30 (trinta) de junho de 2021 (dois mil e vinte e um)*”.

22. Tal como atrás referido estamos perante um contrato de concessão celebrado em 30 de junho de 1995, pelo prazo de vinte e cinco anos, cujo término ocorreria em 30 de junho de 2020, mas foi prorrogado pelo período de um ano. E, é sobre esta prorrogação que o objeto do parecer da AMT se inscreve.

23. Atentas estas alterações contratuais, importa agora proceder à análise jurídica sumária dessas alterações, à luz do Contrato de Concessão.

- **Enquadramento legal**

24. Antes de se entrar na análise concreta das referidas alterações, importa delimitar o quadro legal aplicável, tendo em consideração que, tendo o contrato sido outorgado no ano de 1995, entretanto entraram em vigor vários diplomas legislativos sobre o regime geral da

execução de contratos administrativos, estando atualmente em vigor, no quadro da legislação nacional, o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

25. A este propósito, cumpre referir que, dispõe o n.º 2 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, que o CCP só é aplicável à execução dos contratos administrativos celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após a data da sua entrada em vigor, ou seja, 29 de julho de 2008.

Nesta conformidade, e considerando que o Contrato de Concessão em apreço foi celebrado na sequência de procedimento de formação iniciado antes dessa data, conclui-se, à partida, que não se lhe aplicam, por esta via, as disposições do CCP em matéria de modificação de contratos administrativos, bem como no que se refere a prorrogações, expressas ou tácitas, do prazo de execução das prestações que constituem o objeto desses mesmos contratos.

26. Contudo, tal não significa que as soluções vertidas no CCP não relevem nesta análise. Com efeito, em linha com a prática do Tribunal de Contas, quer em sede de fiscalização prévia, quer em sede de fiscalização sucessiva, tais soluções são de ter em conta, apesar de não serem diretamente aplicáveis, na medida em que dão forma de lei a orientações que eram já anteriormente propugnadas na doutrina e na jurisprudência (nacional e do direito da UE) ou tomam partido num dos sentidos possíveis relativamente a aspetos em torno dos quais existia controvérsia.

27. Não sendo o CCP diretamente aplicável à execução do contrato aqui em causa, deveremos recorrer aos princípios gerais de direito, designadamente em matéria de contratos públicos, e, na parte aplicável, ao CPA¹, que se continua a aplicar a contratos administrativos como aquele aqui em causa, ao Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, que estabelece o regime jurídico da operação portuária, definindo as respetivas condições de acesso e de exercício, e ao Decreto-Lei n.º 324/84, de 30 de dezembro, que aprovou as bases gerais das concessões do serviço público portuário de movimentação de cargas.

28. No quadro do direito da UE, será de chamar à colação a Diretiva n.º 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, a Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do

¹ Na versão em vigor à data da celebração do contrato, isto é, aquela que originariamente resulta do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, posteriormente alterado.

Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, e a Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

- **Dos limites gerais à modificação dos contratos administrativos**

29. Os contratos devem ser pontualmente cumpridos, ou seja, nos termos acordados. Este é o princípio geral de qualquer contrato.

30. Contudo, tal não significa, porém, que não possam ser modificados.

31. Com efeito, a possibilidade de modificação do conteúdo dos contratos administrativos em função dos valores e interesses subjacentes à sua celebração é admitida, conforme decorre da alínea a) do artigo 180.º do CPA.

Neste sentido, durante a duração do contrato, o interesse público pode justificar a estipulação de novas obrigações, formalizadas através de uma alteração ao contrato original, alteração essa que tanto pode resultar de uma imposição da Administração, como de um acordo desta com o particular.

32. Contudo, existem limites à modificação do contrato, na medida em que nem todas as modificações ao contrato são permitidas. As alterações substanciais, ou seja, aquelas que conduzem, na prática, à execução de um contrato completamente diferente, não são admissíveis. Ou seja, se as partes pretenderem alterar a natureza, o objeto ou os elementos essenciais do conteúdo do contrato, o que pretendem, em suma, é mudar de contrato e não mudar o contrato. E, se assim for, deverão fazer cessar o mesmo e proceder à celebração de um novo contrato, nos termos da lei e na sequência do adequado procedimento pré-contratual.

33. Este limite referente à intangibilidade do objeto dos contratos administrativos aplica-se, quer ao poder de modificação unilateral do contrato pela Administração, justificando a disposição estabelecida na alínea a) do artigo 180.º do CPA, quer à modificação, resultante da vontade das partes. E pretende, por um lado, proteger o cocontratante privado quanto à possibilidade de poder ser obrigado a realizar uma atividade diversa da inicialmente convencionada e, por outro lado, garantir a salvaguarda dos princípios gerais da legalidade, da publicidade e da transparência, salvaguardando igualmente um paradigma de concorrência não falseada.

Ou seja, os limites à modificação do contrato alicerçam-se no princípio da intangibilidade do núcleo essencial do objeto do contrato (fim do contrato) e, no princípio da concorrência (fim da proteção da concorrência), conforme decorre do artigo 313.º do CCP. E a proteção da concorrência estende-se aos operadores económicos que concorreram ou que poderiam ter concorrido à adjudicação do contrato inicial, e aos potenciais concorrentes a uma nova adjudicação, sendo, portanto, irrelevante, se o contrato é modificado por um ato unilateral ou por acordo entre as partes, prevenindo-se, desta forma, quaisquer situações de manipulação do poder de modificação por parte do contraente público em conluio com o cocontratante.

34. Concluindo, qualquer alteração introduzida num contrato público, durante a sua vigência, só é admissível se dessa modificação não resultar a estipulação de aspetos substancialmente diferentes do contrato inicial, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes em renegociar os termos essenciais do contrato.

Acresce que, qualquer modificação deve, igualmente, proteger o equilíbrio económico-financeiro do contrato. E, para esse efeito, poderão ser adotadas diversas medidas, como seja a prorrogação do prazo de duração do contrato ou diminuição das obrigações a cargo do cocontratante.

35. Em suma, o princípio geral é o de que uma modificação substancial das disposições de uma concessão durante o seu período de vigência é considerada uma nova adjudicação e obriga a um novo procedimento de adjudicação.

36. E, uma modificação é considerada substancial quando torna a concessão substancialmente diferente do contrato inicialmente celebrado. Uma modificação é considerada substancial, ainda, quando se verificar uma das seguintes condições: (i) introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de adjudicação original, teriam permitido a seleção de outros candidatos ou a adjudicação da concessão a outro requerente ou proponente; (ii) altera o equilíbrio económico da concessão a favor do concessionário; (iii) alarga consideravelmente o âmbito da concessão.

37. Em derrogação ao princípio geral, uma modificação da concessão não obriga a um novo procedimento de adjudicação, se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais da concessão em cláusulas de revisão, que podem incluir cláusulas de revisão dos valores, ou opções claras, precisas e

inequívocas, que devem indicar o respetivo âmbito e a natureza, e que não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global da concessão.

VIII. Prorrogação do prazo da concessão

38. A prorrogação pelo período de um ano do contrato surge, tal como assinalado na Secção III, no contexto de duas ocorrências não previsíveis:

38.1. Do surgimento da pandemia de covid-19 que tem assolado todo o planeta desde o início do ano de 2020, e em especial em Portugal a partir de março desse ano, tendo provocado fortes impactos negativos, praticamente sem precedentes na contemporaneidade, em particular aos níveis sanitário, social, cultural e económico, os quais ainda perduram.

Esta situação tem obrigado à adoção de um vasto conjunto de medidas excepcionais e temporárias de controlo sanitário, cujo horizonte temporal ainda não pode ser determinado com segurança, que têm provocado significativos impactos na sociedade e economia mundial, da UE e de Portugal, afetando naturalmente também o Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes, em geral, e o Ecossistema Portuário, em particular.

No âmbito do Ecossistema Portuário foram maioritariamente responsáveis por uma contração do movimento de carga de -6% em 2020, cuja recuperação em 2021 não se antevê fácil, dado o efeito duradouro das alterações verificadas principalmente na estrutura do mercado dos produtos petrolíferos.

38.2. A complexidade e a duração do processo de desenvolvimento das dragagens de melhoria das acessibilidades marítimas ao porto de Setúbal, que implicaram a indefinição das condições para o lançamento de uma nova concessão, o que violaria o princípio da cautela financeira, especialmente importante nos contratos com longos períodos de execução, valores financeiros relevantes e elevada complexidade, em que, se é importante a avaliação prévia do seu impacto financeiro, esta de pouco servirá se os seus pressupostos não são certos e/ou não se concretizam.

Efetivamente, a respetiva empreitada foi objeto de impugnações judiciais, cujo desfecho pode revelar-se contrário aos interesses portuários, e que não seriam inicialmente previsíveis em face dos estudos e autorizações obtidas pela APSS, em particular da Declaração de Impacte Ambiental.

39. Ponderadas as dificuldades incontornáveis suscitadas pelo presente contexto da pandemia de covid-19, bem como das vicissitudes processo de desenvolvimento das dragagens de melhoria das acessibilidades marítimas ao porto de Setúbal, tal como assinaladas na seção anterior, resulta, na perspetiva da AMT, que a prorrogação do contrato de concessão, e atentos os motivos apontados, não contende com o princípio da concorrência e é acomodável com os limites à modificação do Contrato, pelo que se considera que os requisitos básicos de *compliance* se encontram presentes.

IX. Economicidade da Adenda n.º 3 do Contrato, nas Perspetivas dos Investidores, Empreendedores/ Profissionais / Utilizadores / Consumidores e dos Contribuintes

40. A Adenda n.º 3 ao contrato de serviço público de movimentação de cargas no Terminal de Granéis Sólidos da [confidencial].), outorgada em 30 de junho de 2020, prolonga a vigência do contrato em apreço até 30 de junho de 2021, sem alteração dos demais termos contratuais, incluindo os regulamentos de exploração e de tarifas, sem prejuízo da manutenção do equilíbrio contratual.

41. As Partes (APSS e Concessionária [confidencial].) acordaram igualmente que:

41.1. Não cabe à Concedente, nos termos do contrato de Contrato de Concessão, nem caberá nos termos da respetiva Adenda n.º 3, a responsabilidade pelo pagamento de qualquer valor ou a execução de quaisquer trabalhos ou instalação de qualquer equipamento ou a sua manutenção;

41.2. É suspensa a obrigação da Concedente, no período correspondente à presente prorrogação, de execução das dragagens de primeiro estabelecimento no Canal Norte e na Bacia de Manobra do Terminal necessárias à sua operacionalidade (n.º 2 da cláusula contratual 5.ª e Anexo VI);

42. Integra ainda o clausulado da Adenda n.º 3 em apreço, a declaração da [confidencial] de não ter direito, à data (2020.06.30), a haver da APSS, qualquer compensação ou indemnização relativa à execução do Contrato de Concessão, incluindo a alteração do prazo de vigência nos termos dessa mesma Adenda.

- 43.** Só por si, a prorrogação da vigência do contrato por mais um ano, sem alteração das demais condições contratuais, tal como referido, num contexto de forte restrição da atividade económica, em resultado da prolongada situação epidemiológica, e acautelados os aspetos concornciais, decorrentes da salvaguarda dos requisitos de *compliance* com a lei vigente tratada na Seção VI, particularmente no que concerne aos limites gerais à modificação dos contratos administrativos, não se afigura suscetível de alterar o equilíbrio entre as perspetivas dos Investidores, dos Empreendedores/ Profissionais/ Utilizadores/Consumidores e dos Contribuintes, do contrato original, celebrado em 1995.
- 44.** Importa mencionar que, com a conclusão de uma concessão de longa duração (neste caso de 25 anos) de um importante ativo público, como é o caso de um terminal portuário que presta um serviço público de movimentação de cargas, se torna necessário uma cuidadosa ponderação dos termos e conjuntura em que essa atividade deverá prosseguir no futuro.
- 44.1.** Tal como já era objetivo do Regime Jurídico da Operação portuária, estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 298/93, de 28 de agosto, bem como das bases gerais das concessões de serviço público de movimentação de cargas nas áreas portuárias, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de dezembro, importa que, a cada momento, se procurem adotar as melhores soluções atinentes à modernização dos portos nacionais, designadamente reduzindo os seus custos e promovendo as soluções mais racionais e eficientes, designadamente em termos de dotação de recursos humanos e materiais.
- 44.2.** Deve ter-se em vista uma produtividade e competitividade crescente, naturalmente num contexto de sustentabilidade, integrando as exigências ambientais, económicas, financeiras e sociais, em sintonia com a Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas, para o Desenvolvimento Sustentável, bem como com o Pacto Ecológico Europeu.
- 45.** Um dos elementos determinantes para a definição dos termos da concessão da exploração de uma infraestrutura como um terminal portuário é exatamente o investimento requerido para o seu funcionamento eficaz e eficiente, sendo também neste contexto que a Diretiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, visou estabelecer um quadro jurídico adequado, equilibrado e flexível, garantindo naturalmente um acesso efetivo e não discriminatório de todos os operadores económicos ao mercado

e a segurança jurídica, promovendo investimentos públicos em infraestruturas e serviços estratégicos para o cidadão.

Nestes termos, a duração máxima do prazo de concessão não pode ser superior ao prazo durante o qual um concessionário pode razoavelmente esperar recuperar os investimentos realizados para a exploração das obras ou dos serviços, a par da remuneração razoável do capital investido, tomando em consideração os investimentos requeridos para alcançar os objetivos contratuais específicos.

46. Por sua vez, a realização do investimento, e que se pretende sustentado, produtivo e estruturante, terá que ser suportado num quadro de estabilidade, com regras claras, coerentes e convincentes que inspirem confiança nos investidores.

46.1. Ora, as vicissitudes decorrentes da conjuntura vigente, quer do contexto pandémico de covid-19, quer do processo de desenvolvimento das dragagens de melhoria das acessibilidades marítimas ao porto de Setúbal, apresentadas na Seção **VIII**, acarretam a indefinição dos fatores essenciais para o necessário quadro de estabilidade referido e, consequentemente, dos termos concretos do objeto da concessão.

46.2. Assim, a decisão de adiar o lançamento de uma nova concessão, e em aplicação do princípio da cautela financeira, tal como mencionado nos pontos **10.1** e **38.2**, apresenta-se, na perspetiva da AMT, consentânea com a perspetiva de garantir um quadro de estabilidade para um efetivo investimento sustentado, produtivo e estruturante, logo adequado na perspetiva dos Investidores

47. Igualmente, esta decisão permite uma reflexão ponderada relativamente à implementação da melhor solução de modelo de exploração do Terminal de Granéis Sólidos do Porto de Setúbal, num contexto continuidade da atividade portuária neste terminal, maximizando a sua produtividade e o associado reflexo positivo para a Sociedade e Economia Portuguesa, beneficiando potencialmente, também, quer os Empreendedores e Profissionais que atuam no contexto da atividade portuária, quer os clientes, por outras palavras os Utilizadores/Consumidores deste serviço portuário, em particular o tecido industrial que exerce a sua atividade com base nos produtos movimentados no TPS.

48. Tendo ainda em consideração que, na perspetiva dos Contribuintes, deve ser ponderada a resiliência da sociedade e da economia face à carga fiscal, bem como a percepção dos

cidadãos quanto às escolhas públicas relativas à utilização do valor dos impostos, em particular face à adequação dos serviços proporcionados e como percebidos, importa que os termos em que será prosseguida a atividade na presente infraestrutura portuária, garantam a não geração de custos adicionais para o Estado que o lançamento de uma nova concessão sem estarem acautelados os fatores essenciais à sua completa definição poderiam acarretar.

Assim, a prorrogação do prazo da atual concessão por um ano, também se afigura uma decisão prudente na perspetiva dos Contribuintes.

- 49.** Em reforço do exposto e tendo também em perspetiva a maximização do contributo para as dimensões de inclusividade, eficiência e sustentabilidade da MobIES, foi constituído, por Despacho Conjunto dos Senhores Secretário de Estado das Finanças e Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações, de 26 de fevereiro de 2021, um Grupo de Trabalho que tem como missão estudar, avaliar e propor à tutela setorial e financeira o enquadramento legal e económico-financeiro subjacente à exploração do Terminal de Granéis Sólidos do Porto de Setúbal, cujos trabalhos se encontram em curso, e que a AMT acompanha, tal como determinado no Despacho, na qualidade de observador.

X. CONCLUSÕES

- 50.** Em face de tudo o que se deixou dito, e nos termos e para os efeitos previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º dos Estatutos desta Autoridade, aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, a AMT emite parecer favorável à prorrogação, por um período de um ano, da vigência do contrato de concessão de serviço público de movimentação de cargas no terminal portuário [confidencial]., (TPS), no porto de Setúbal, até 30 de junho de 2021.
- 51.** Importa precisar que o objeto do presente Parecer se circunscreve exclusivamente à prorrogação da vigência, até 30 de junho de 2021, do contrato de serviço público de movimentação de cargas no TPS, não integrando, naturalmente, qualquer elemento de apreciação pela AMT relativamente processo em curso e em análise pelo Grupo de Trabalho referido no ponto **49**, relativamente ao enquadramento legal e económico-financeiro subjacente à exploração do Terminal de Granéis Sólidos do Porto de Setúbal.

Lisboa, 11 de junho de 2021

O Presidente do Conselho de Administração

João Carvalho