

Orla costeira e portos marítimos: organização e modos jurídicos de exploração

Resumo

Com o presente artigo é propósito dos autores fornecer uma visão geral dos aspectos organizativos e dos principais instrumentos jurídicos de gestão dos portos marítimos. Relativamente à organização administrativa, procede-se a uma análise das suas principais coordenadas, assentes na Administração Central do Estado e na sua Administração Indirecta, seja de natureza institucional (Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P.) seja de natureza empresarial (Autoridades Portuárias, S. A.). Quanto às formas ou modos jurídicos de exploração/gestão, procede-se à caracterização e qualificação das principais figuras jurídicas a que se faz apelo para aquele efeito, designadamente a figura concessória nas diversas modalidades que pode assumir. Neste âmbito, são também tidos em conta os (novos) dados fornecidos pela Proposta de Lei dos Portos.

1. A Organização dos portos marítimos

1.1. Breve referência aos modos organizativos dos principais portos europeus

A organização dos principais portos marítimos europeus é marcada pela diversidade de modelos, prevalecendo nuns casos o modelo de gestão municipal, de que constituiu exemplo a Bélgica, e noutros, como sucede na generalidade dos países latinos, predomina um modelo organizatório assente no Estado. Por sua vez, no Reino Unido impera a autoridade portuária independente, na forma de *trust* ou de empresa privada.

Contudo, e não obstante a mencionada heterogeneidade dos figurinos organizatórios, pode concluir-se que, com a excepção dos grandes portos britânicos, o Estado surge como protagonista da administração da maioria dos portos europeus: directa ou, a maior parte das vezes, indirectamente - através de Autoridades Portuárias, com maior ou menor grau de autonomia. No contexto da gestão portuária na União Europeia, cabe, pois, ao poder público, local ou nacional, a principal responsabilidade pela gestão portuária.

Significa isto que, no contexto da diversidade de regimes portuários na Europa e por influência comunitária, há uma generalizada tendência para o reforço do modelo *landlord port*, no qual a titularidade das infra-estruturas e as funções reguladoras constituem monopólio público, enquanto os serviços portuários são privatizados e liberalizados^{1 2}.

¹ Uma visão geral e comparada dos modos de organização e regulação dos portos marítimos é-nos fornecida por Manuel Lopes Porto e João Nuno Calvão da Silva, in Estudo (inédito) elaborado para o Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito de Coimbra (CEDIPRE), sobre a *Organização e Regulação dos Portos Marítimos*, 2010.

² Sobre o modelo de gestão dos portos, o *Estudo de Metodologia de Apreciação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, (inédito), de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes Martins, CEDIPRE, 2009, págs. 2 e segs.

1.2. Referência às iniciativas da União Europeia

A União Europeia tem vindo a desenvolver algumas iniciativas no sentido de afirmar uma política comunitária para os portos marítimos, sendo de destacar nos tempos mais recentes, no quadro da Rede Transeuropeia de Transportes, a Comunicação da Comissão, de 1995, sobre *short sea shipping*, especialmente incidente sobre temas como a transparência, auxílios estaduais e a melhoria da eficiência portuária em geral, a que se sucedeu o Livro Verde sobre Portos e Infra-estruturas Marítimas, de 1997, que lança o desafio da criação de um quadro regulatório destinado a promover a liberalização do mercado de serviços portuários.

É nesta sequência que, em 2001, a Comissão elaborou a Comunicação “Reforçar a qualidade do serviço nos portos marítimos, um elemento essencial para o sistema de transportes na Europa”, na qual incluía uma proposta de Directiva relativa ao acesso ao mercado dos serviços portuários, tendo por principal objectivo o estabelecimento de regras sobre a utilização de concessões pelas autoridades portuárias na regulação do acesso ao mercado de potenciais fornecedores de serviços portuários, procurando, deste modo, assegurar a concorrência intra-porto. Contudo, esta proposta não viria a obter aprovação pelos órgãos comunitários (nem em 2003, nem, numa segunda tentativa, em 2006).

No ano de 2007, a Comissão emitiu um Comunicação sobre política portuária europeia na qual, embora afirmando o respeito pela heterogeneidade vigente nos portos europeus, sublinha a preferência por o modelo de gestão de tipo *landlord*, mas devendo ser claramente distinguidas as funções de gestão de infra-estrutura das de fornecimento de serviços comerciais³⁴.

1.3. Organização dos portos marítimos em Portugal

Em Portugal, as infra-estruturas portuárias constituem um serviço público da titularidade do Estado, integrando-se no domínio público. No caso dos portos das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, os respectivos Governos Regionais são proprietários e responsáveis pela sua gestão.

Sendo os portos portugueses detidos e geridos pelo Estado, os serviços portuários são, porém, desenvolvidos por empresas privadas, ao abrigo de contratos de concessão, na sequência de concursos públicos. Podemos, por isso, concluir, desde 1998, pela existência em Portugal do modelo *landlord* na organização portuária: as actividades comerciais são deixadas ao sector privado, cumprindo as autoridades portuárias tarefas de coordenação de actividades, segurança, ambiente, promoção do porto, entre outras⁵.

No entanto, atendendo à complexidade da organização portuária, afigura-se conveniente uma referência ao aparelho administrativo encarregado da gestão dos portos em Portugal. É o que se fará de seguida.

³ Cfr Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação sobre política portuária europeia*, de 2007.

⁴ Uma apresentação pormenorizada da política portuária da União Europeia consta de Estudo (inédito) elaborado por Suzana Tavares da Silva e Licínio Lopes Martins, *Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias*, CEDIPRE, 2009.

⁵ Na Proposta de Lei do Portos aprofunda-se o modelo *landlord* em Portugal, definindo-o como um modelo “que assenta na manutenção dos portos comerciais principais sob a titularidade pública e a atribuição de áreas da sua exploração comercial à iniciativa privada, em regime de serviço público ou de uso privativo, podendo o financiamento e a execução das infra-estruturas ser da responsabilidade pública ou privada, cabendo ao Estado directa ou indirectamente, designadamente através do IPTM, I. P., e das respectivas AP, exercer funções de autoridade, de supervisão e superintendência, de coordenação, de controlo e promoção geral do porto, assegurando um conjunto de serviços base” (Cfr. art. 10º/1 da proposta de lei n.º 280/X). A proposta de lei dos portos, apresentada pelo Governo em 11.5.2009, pode ser consultada em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=34537>.

1.3.1. Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações

Sendo o Estado titular dos portos, percebe-se a existência de um planeamento estratégico do sector, concretizado através do Plano Nacional Marítimo-Portuário (cfr. Decreto-Lei nº 146/2007, de 27 de Abril, que aprova a orgânica do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P.).

Por outro lado, também não é de estranhar que, ao nível administrativo, a lei reserve para o órgão competente do Governo – o Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações -, extensas competências decisórias, de coordenação e de controlo.

No exercício destes poderes, compete àquele Ministério: efectuar o acompanhamento estratégico das empresas e organismos tutelados; apreciar a legalidade e regularidade dos actos praticados pelos serviços e organismos sujeitos à tutela do respectivo Ministro; avaliar a gestão e os resultados destas entidades, através do controlo de auditoria técnica, de desempenho e financeira; apreciar a conformidade legal e regulamentar dos actos dos organismos sujeitos ao poder de tutela; avaliar o seu desempenho e gestão, através da realização de acções de inspecção e de auditoria; auditar os sistemas e procedimentos de controlo interno dos organismos tutelados, no quadro das responsabilidades cometidas ao Sistema de Controlo Interno da Administração Financeira do Estado pela Lei de Enquadramento Orçamental; controlar a aplicação eficaz, eficiente e económica dos dinheiros públicos de acordo com os objectivos definidos pelo Governo e avaliar os resultados obtidos em função dos meios disponíveis; desenvolver a acção disciplinar em serviços e organismos do MOP-TC, ou sujeitos à tutela do membro do Governo responsável pela área das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, quando tal competência lhe seja cometida; exercer o controlo técnico sobre todos os serviços e organismos do MOPTC, ou sujeitos à tutela do membro do Governo responsável pela área das Obras Públicas, Transportes e Comunicações.

Um dos organismos sujeitos à tutela do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações é o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM). Vejamos sinteticamente a sua estrutura e principais atribuições.

1.3.2. Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I.P. (IPTM)

Instituído pelo Decreto-Lei nº 257/2002, de 22 de Novembro de 2002, o IPTM, dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, integra-se na administração indirecta do Estado (instituto público), tendo resultado da fusão do Instituto Marítimo-Portuário (IMP), do Instituto Portuário do Norte, do Instituto Portuário do Centro, do Instituto Portuário do Sul e do Instituto da Navegabilidade do Douro. Em 2007, o Governo, através do Decreto-Lei 146/2007, de 27 de Abril, procedeu a uma nova reestruturação do Instituto, tendo os respectivos estatutos sido aprovados pela Portaria nº 544/2007, de 30 de Abril, que aprova os Estatutos do IPTM.

Quanto à sua estrutura organizativa interna⁶, o IPTM dispõe de órgãos e serviços centrais e periféricos: ao nível central, para além do órgão de topo – o Conselho Directivo -, o IPTM estrutura-se funcionalmente por direcções de serviços (seis) e por departamentos (dezas-seis); no plano periférico, temos as delegações regionais do IPTM (Delegação Regional Sul, Delegação Regional do Centro e a Delegação do Regional do Norte e Douro), que, por sua vez, integram direcções de serviços e departamentos, com excepção da Delegação do Centro que apenas comporta departamentos⁷.

⁶ Cfr. o Decreto-Lei nº 146/2007 e Portaria nº 544/2007, de 30 de Abril, que aprova os Estatutos do IPTM.

⁷ No essencial, compete às Delegações regionais assegurar a administração dos portos que permanecem sob gestão do IPTM, I. P., assim como promover a navegabilidade do rio Douro, apoiando o desenvolvimento das acções necessárias à concretização do novo modelo de gestão dos portos comerciais, portos de pesca e de náutica de recreio, desempenhando as funções de administração marítima que lhes sejam cometidas (artigo 12º da Portaria nº 544/2007).

Quanto ao âmbito funcional, compete ao IPTM, no quadro da sua acção reguladora, regulamentar, supervisionar e sancionar. Mas cabe-lhe ainda a administração dos portos designados como secundários, pois, com excepção dos portos de Leixões, Aveiro, Lisboa, Setúbal e Sines, cabe ao IPTM gerir, administrar e desenvolver os portos e áreas de domínio público, marítimo e fluvial, sujeitas à sua jurisdição (alínea f) do nº 2 do artigo 3º; alínea a) do nº 3 do artigo 3º, e alíneas c) e d) do nº 4 do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 146/2007).

Outro domínio importante é o do planeamento, concretizado designadamente na elaboração de planos das áreas portuárias em consonância com as directrizes do Plano Nacional Marítimo-Portuário e de projectos de infra-estruturas portuárias em relação aos portos sob a responsabilidade directa de gestão do IPTM (alínea e) do nº 3 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 146/2007) e coordenação da política portuária nacional (por exemplo, a coordenação das intervenções de outras entidades públicas ou privadas com intervenção na via navegável – cfr. a alínea e) do nº 4 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 146/2007).

Nos termos do Decreto-Lei nº 146/2007, as funções de regulação do IPTM são essencialmente dirigidas às entidades (organicamente exteriores ao IPTM) que actuam no sector marítimo-portuário (alínea d) do nº 2 do artigo 3º), concretizadas, designadamente, na aprovação de normas administrativas de regulamentação do sector (regulamentos administrativos); na aprovação, fixação, homologação de taxas, tarifas e preços (alínea j) do nº 4 do artigo 5º); na análise, apreciação e aprovação anual das propostas de regulamentos de tarifas de cada uma das administrações portuárias (alínea c) do artigo 16º); na actividade de promoção da avaliação dos níveis de serviço das administrações portuárias, designadamente em matéria tarifária (alínea d) do artigo 16º); na proposição de medidas que conduzam à harmonização de procedimentos, indicadores e instrumentos de gestão das administrações portuárias; na definição de requisitos gerais base para o acesso e manutenção nas actividades e na prestação de serviços portuários (alínea i) do artigo 16º) e de requisitos gerais base relativos ao transporte marítimo, nomeadamente para o acesso e manutenção na actividade de armador, de operador de transporte marítimo, de agente de navegação, bem como as referentes às actividades marítimo-turísticas, aos serviços de técnicos náuticos, nomeadamente de pilotagem e reboque, e ao apoio ao desenvolvimento sustentado da actividade sectorial (alínea j) do artigo 16º); no aprofundamento das questões de acesso ao mercado, de concorrência entre portos (alínea l) do artigo 16º). Cumpre ainda acrescentar, ter o IPTM competência para regular a economia das actividades marítimo-portuárias, designadamente de serviços de transporte marítimo e de exploração portuária, *autorizando, licenciando e fiscalizando as entidades do sector no exercício dessas actividades*, nos termos da lei e desenvolvendo sistemas de observação dos mercados, visando, nomeadamente, a protecção dos utilizadores (artigo 16º do Decreto-Lei nº 210/2006, de 27 de Outubro, que aprova a orgânica do Ministério das Obras Públicas).

1.3.3. Autoridades portuárias constituídas sob a forma de sociedades

Com o objectivo de proceder à reestruturação do sector marítimo-portuário e de perspectivar a evolução do modelo de gestão portuária num sentido empresarial, em 1998, as administrações dos cinco maiores portos portugueses (Lisboa, Sines, Aveiro, Setúbal e Leixões), então institutos públicos, foram transformadas em sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos⁸. Mais recentemente, com o objectivo de afastar o IPTM das

⁸ Com o Decreto-Lei nº 336/98, de 3 de Novembro, a Administração do Porto de Lisboa, instituto público, foi transformada em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APL – Administração do Porto de Lisboa, S.A.; com o Decreto-Lei nº 335/98, de 3 de Novembro, transformou-se a Administração do Porto de Leixões, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APDL – Administração do Porto do Douro e Leixões, S. A.; o Decreto-Lei nº 337/98, de 3 de Novembro, transformou a Administração do Porto de Sines, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APS – Administração do Porto de Sines, S. A.; o Decreto-Lei nº 339/98, de 3 de Novembro,

responsabilidades de gestão directa e de criar condições para uma maior competitividade para os portos, foi autonomizada a gestão de alguns portos de âmbito regional⁹.

Para além da sujeição a algumas das prerrogativas do IPTM, estas Autoridades Portuárias, S.A, estão também directamente sujeitas ao Estado, através do Conselho de Ministros¹⁰, do Ministério das Finanças e do Ministério das Obras Públicas¹¹, dispondo de extensos poderes de administração, gestão e de regulamentação, quer sobre o domínio público da sua jurisdição, quer no âmbito das actividades desenvolvidas.

2. Modos jurídicos de gestão dos portos marítimos: concessões portuárias e procedimentos adjudicatórios

A presente parte tem por objecto a análise da problemática das concessões portuárias e dos respectivos procedimentos adjudicatórios. Análise que será feita tendo já em conta a proposta de lei dos portos, em virtude de, por um lado, assumir um sentido prospectivo e, por outro, proceder a uma síntese e arrumação sistemática das diversas figuras contratuais que ao longo do tempo têm vindo a ser adoptadas no domínio da gestão dos portos.

Como decorre do título do estudo, a análise incidirá sobre dois aspectos: sobre os aspectos substantivos, caracterizando-se e qualificando-se as figuras contratuais que se propõe serem convocadas para a gestão dos portos; e sobre os aspectos procedimentais, isto é, sobre os procedimentos adjudicatórios destinados à celebração de contratos que tenham por objecto a concessão da exploração da actividade portuária *latu sensu*.

2.1. Caracterização sintética da actividade marítimo-portuária (*latu sensu*)

Por se afigurar importante para a caracterização das figuras contratuais a que adiante nos referiremos, convém, a título prévio, proceder a uma breve caracterização da actividade de gestão e exploração dos portos marítimos, retomando a linha do que foi referido na primeira parte deste estudo. E, neste domínio, os dados manifestados pela realidade das coisas dispensam uma incursão aprofundada sobre o tema, permitindo, quase intuitivamente, concluir que estamos ante uma actividade de serviço público, isto é, em face de uma actividade legalmente qualificada como um serviço público Estadual e exercida em regime de monopólio público¹².

Efectivamente, quer partindo de uma noção objectiva ou material de serviço público, assente na relevância da actividade concretamente em causa, quer partindo do elemento estrutural-orgânico, no sentido de serviço, departamento ou organização personalizada concebidos e instalados com o fim de desenvolver aquela mesma actividade, seremos sempre conduzidos àquela conclusão.

transformou a Junta Autónoma do Porto de Aveiro, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APA — Administração do Porto de Aveiro, S. A.; e o Decreto-Lei n.º 338/98, de 3 de Novembro, transformou a Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, instituto público, em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, passando a denominar-se APSS — Administração dos Portos de Setúbal e Sesimbra, S. A.

⁹ O Decreto-Lei n.º 211/2008, de 3 de Novembro, criou a Administração do Porto de Viana do Castelo, S. A., sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, cujo capital social foi inteiramente subscrito e realizado pela Administração dos Portos do Douro e Leixões, S. A., e com o Decreto-Lei n.º 210/2008, de 3 de Novembro, foi criada a Administração do Porto da Figueira da Foz, S. A., sob a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, cujo capital social foi inteiramente subscrito e realizado pela Administração do Porto de Aveiro, S. A.

¹⁰ Cfr. o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto. De acordo com o artigo 11.º deste diploma, são emitidas orientações estratégicas destinadas à globalidade do sector empresarial do Estado, através de resolução do Conselho de Ministros.

¹¹ Cfr. o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 210/2006, de 27 de Outubro, que aprova a orgânica do Ministério das Obras Públicas.

¹² Sobre a relevância que a actividade marítimo-portuária tem vindo a assumir no contexto europeu, o já mencionado *Estudo (inédito) de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes Martins, Estudo de Metodologia de Apreciação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, CEDIPRE, 2009.

Em todo caso, tomamos por decisivo para o efeito o primeiro dos elementos referidos, por duas razões fundamentais: em primeiro lugar, porque é a qualificação de uma determinada matéria ou tarefa como de interesse público, que à Administração caberá desenvolver como sua, como responsabilidade sua, que deve constituir, por princípio, o pressuposto da criação de pessoas colectivas públicas ou da instalação de departamentos; em segundo lugar, porque podem ser concebidas políticas e programas públicos, cuja execução directa - e, portanto, a concreta realização das prestações ao público, permitidas ou facultadas por aquelas políticas e programas - fica imediatamente a cargo de entidades privadas, isto é, sem a mediação da organização pública, em virtude da sua inexistência ou da sua insuficiência e, portanto, da inexistência ou insuficiência de serviços públicos entendidos em sentido orgânico ou subjectivo. O fundamental é que a Administração assuma a tarefa como atribuição sua, como responsabilidade que lhe cumpre prosseguir e garantir, independentemente de esta assunção ou formalização ser ou não acompanhada da criação ou instalação de unidades orgânicas e serviços de prestação directa ao público.

Mesmo numa aproximação necessariamente rudimentar, a actividade de gestão e de exploração (incluindo a construção das respectivas infra-estruturas) dos portos marítimos constitui tarefa ou missão imputável directamente à Administração pela mediação legislativa. Isto é, uma actividade que à Administração cumpre prosseguir e que esta assume como tarefa própria, como atribuição e responsabilidade suas, destinada à satisfação de necessidades colectivas, podendo a sua concreta realização ser reservada em exclusivo à Administração, ou ser por esta confiada, por acto jurídico-público (acto normativo, acto administrativo ou contrato), praticado com base na lei, a outras entidades, permitindo-lhes, deste modo, ter acesso ao exercício de uma actividade pública.

Esta noção de serviço público, embora não implique necessariamente a existência de qualquer monopólio constitucional ou legal a favor da Administração, tem, por conseguinte, utilidade mesmo nos casos em que as actividades em causa possam ser objecto de uma prossecução concorrente, alternativa ou complementar pelos particulares. O certo é que, no caso concreto da actividade de gestão e exploração dos portos marítimos, a lei reserva a sua titularidade (e prossecução), em regime de monopólio, à Administração, apenas admitindo o acesso dos privados à mesma através de um acto jurídico-público de natureza temporária, ainda que duradoura^{13 14}.

Os dados legais em vigor e os que se projectam (referimo-nos à Proposta de Lei dos Portos) confirmam as ilações anteriores.

Efectivamente, o Decreto-Lei nº 210/2006, de 27 de Outubro, que define a orgânica do Ministério da Obras Públicas, Transportes e Comunicações, no seu artigo 1º, atribuiu-lhe como missão definir, coordenar e executar a política nacional no domínio, entre outros, dos transportes marítimos, devendo, na prossecução desta missão, desenvolver o quadro legal e regulamentar da actividade de transportes marítimos e coordenar e promover a gestão e a modernização das infra-estruturas portuárias (artigo 2º).

Por sua vez, o Decreto-Lei nº 146/2007, de 27 de Abril, que aprova a lei orgânica do Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, I. P., (IPTM, I.P.) imputa a este Instituto o dever de prosseguir, no território nacional, as atribuições daquele Ministério no domínio do sector marítimo-portuário, exercendo a sua jurisdição portuária sobre as zonas dentro dos limites da largura máxima legal do domínio público marítimo, os canais de navegação e as zonas flúvio-marítimas e as terrestres,

¹³ Sem prejuízo do licenciamento de empresas prestadoras de serviços (alínea m) do nº 3 do artigo 3º, do Decreto-Lei nº 146/2007, de 27 de Abril, e artigos 88º e segs. da Proposta de Lei dos Portos. A este propósito refira-se que o regime de acesso ao exercício de actividades de cariz portuário encontra-se excluído do âmbito de aplicação da designada Directiva Serviços – Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno -, como resulta desde logo do considerando 21: “Os serviços de transporte, incluindo os transportes urbanos, os táxis e as ambulâncias, bem como os serviços portuários, deverão ser excluídos do âmbito de aplicação da presente directiva”.

¹⁴ O que se diz no texto não significa que todas as actividades desenvolvidas nos portos ou a partir dos portos constituam materialmente um serviço público.

bem como sobre as zonas terrestres e marítimas necessárias à exploração portuária e à execução e conservação das obras dos portos enumerados naquele diploma^{15 16}.

No âmbito da área de jurisdição legalmente definida, o IPTM tem por missão regular, fiscalizar e exercer funções de coordenação e planeamento do sector marítimo-portuário e supervisionar e regulamentar as actividades desenvolvidas neste sector¹⁷.

Por sua vez, no âmbito das autoridades portuárias, surge como traço comum aos diversos diplomas constitutivos a *reserva legal* a tais entidades dos poderes de atribuição de usos privativos e de definição da respectiva utilidade pública para efeitos de concessão, relativamente aos bens do domínio público que lhes estão afectos, bem como à prática de todos os actos respeitantes à execução, modificação e extinção da licença ou concessão, nos termos de competência delegada, e, ainda, o poder de licenciamento de actividades portuárias de exercício condicionado e concessão de serviços públicos portuários¹⁸.

O que se vem dizendo constitui uma decorrência normativa da Lei nº 88-A/97, de 25 de Julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, dispondo-se no seu artigo 1º que é vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso a determinadas actividades económicas, salvo quando concessionadas, constando entre elas, precisamente, a exploração de portos marítimos.

Por último, e em termos prospectivos, a Proposta de Lei dos Portos – Proposta de Lei nº 280/X -, que tem por objecto estabelecer o regime jurídico aplicável aos portos comerciais, aos portos de pesca e aos portos de recreio, definindo, designadamente, a utilização e gestão do domínio público portuário, a operação portuária e outros serviços portuários, acolhe, relativamente aos portos de interesse nacional¹⁹, o modelo de gestão *landlord port*²⁰, definindo-o

¹⁵ Os portos enumerados no diploma são: os de Vila Praia de Âncora, Castelo do Neiva, Esposende, Viana do Castelo, Póvoa do Varzim, Vila do Conde, Figueira da Foz, Nazaré, São Martinho do Porto, Peniche, Ericeira, Baleeira, Angeiras, Lagos, Alvor, Praia da Rocha, Portimão, Silves, Albufeira, Quarteira, Vilamoura, Faro, Olhão, Tavira, Fuseta, Santa Luzia e Cabanas, e ainda as infra-estruturas portuárias existentes ao longo do rio Guadiana entre Vila Real de Santo António e Mértola.

¹⁶ O IPTM tem também a sua jurisdição alargada ao rio Douro, abrangendo: i) O leito e as margens incluídos nos terrenos do domínio hídrico e as águas do rio Douro, desde a foz do rio Águeda, afluente da margem esquerda do rio Douro, até à respectiva barra, com excepção das áreas portuárias pertencentes à Administração dos Portos do Douro e Leixões, S. A., bem como os afluentes deste troço do rio Douro, até ao perfil em que o leito desse afluente se encontre à cota igual à cota máxima de retenção normal da albufeira do Douro em que esse afluente desagua, incluindo as eclusas e os cais de acostagem; ii) e os acessos fluviais aos cais de acostagem e às zonas de manobra, os terraplenos adjacentes às zonas portuárias e os acessos terrestres inseridos nestas áreas de ligação às vias municipais e nacionais.

¹⁷ Como já se referiu no texto, o IPTM tem também funções de gestão e administração directa dos portos e áreas de domínio público marítimo e fluvial sujeitos à sua jurisdição (alínea f) do nº 2 do artigo 3º, alínea a) do nº 3 do artigo 3º e alíneas c) e d) do nº 4 do artigo 3º) e funções de prestação directa de serviços relativos ao funcionamento dos portos, designadamente na assistência aos navios e no controlo da segurança da navegação (alínea c) do nº 3 do artigo 3º), que os pode concessionar e/ou licenciar (alínea j) do nº 3 do artigo 3º). Sobre as diversas funções do IPTM, registando a insuficiência de algumas delas, o *Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes, CEDIPRE, 2009, especialmente a págs. 32 e segs.

¹⁸ Refira-se que também a Proposta de Lei dos Portos (Proposta nº 280/X), no seu artigo 8º, defere às autoridades portuárias o exercício dos poderes atribuídos por lei e pelos respectivos estatutos sobre o domínio público portuário, incluindo todos os poderes de administração, de utilização e de emissão de títulos de utilização dos recursos hídricos sobre o domínio público hídrico e de fiscalização deste, competindo-lhes, designadamente, outorgar títulos de utilização privativa ou de exploração de bens dominiais tendo em vista o exercício das actividades disciplinadas na proposta de lei de cariz portuário ou de natureza logística, incluindo as actividades acessórias, complementares ou subsidiárias e ainda outras com as quais sejam compatíveis.

¹⁹ Nos termos do artigo 9º da Proposta de Lei nº 280/X, que constitui neste e noutros aspectos uma síntese do regime (ainda) vigente, consideram-se como portos de interesse nacional os portos comerciais que sejam administrados pelas administrações portuárias que revistam a forma de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos. Por sua vez, o artigo 13º da Proposta de Lei considera como portos de interesse regional e local, os portos de pesca e os portos e as infra-estruturas de navegação de recreio e de desporto, que não sejam classificados como portos de interesse nacional, nos termos da presente lei.

²⁰ Sobre o modelo de gestão dos portos, o já mencionado *Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, (inédito), de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes, págs. 2 e segs.

como um modelo que assenta na manutenção dos portos comerciais principais sob a titularidade pública e a atribuição de áreas da sua exploração comercial à iniciativa privada, *em regime de serviço público ou de uso privativo*, podendo o financiamento e a execução das infra-estruturas ser da responsabilidade pública ou privada, cabendo ao Estado directa ou indirectamente, designadamente através do IPTM, I. P., e das respectivas autoridades portuárias, exercer funções de autoridade, de supervisão e superintendência, de coordenação, de controlo e promoção geral do porto, assegurando um conjunto de serviços base (artigo 10º, nº 1, da Proposta de Lei nº 280/X, relativo ao modelo de gestão dos portos de interesse nacional).

No âmbito da institucionalização do modelo *landlord port* prossegue-se a promoção da participação da iniciativa privada na exploração da actividade portuária e a criação de um quadro de transparência na atribuição de concessões, tendo em vista a modernização dos portos, quer em termos da capacidade das infra-estruturas e instalações, quer de melhoria do seu desempenho.

A concretização daquele modelo de gestão é feito, no quadro da Proposta de Lei, através do estabelecimento do regime jurídico das concessões portuárias, definindo-se as regras das parcerias público-privadas, designadamente no que respeita à disciplina dos procedimentos concursais, tendo em vista a eficiência e a transparência da actividade concessionada, bem como as regras do seu acompanhamento.

2.2. Os modelos contratuais de gestão e exploração dos portos marítimos²¹

No seguimento do regime que tem vindo a ser adoptado neste domínio²², a Proposta de Lei nº 280/X, no seu artigo 42º, relativamente às actividades concessionadas (e tendo, precisamente, por epígrafe “Actividades concessionáveis”), dispõe que a prestação ao público das actividades de cariz portuário ou de natureza logística, incluindo as actividades acessórias, complementares ou subsidiárias, sujeitas ao cumprimento de certos requisitos e obrigações, nomeadamente de serviço público, a prosseguir por entidades privadas, em áreas do domínio público portuário, deve ser objecto de concessão, designadamente em regime de serviço público. As actividades aí enumeradas a título exemplificativo como constituindo objecto de concessão são as seguintes: carga e descarga de navios; movimentação, estacionamento, armazenagem, consolidação e desconsolidação de cargas portuárias; pilotagem; reboque; amarração; recolha de resíduos; exploração da náutica de recreio; exploração dos portos de pesca; tráfego de passageiros; e abastecimento de água.

Quanto ao regime substantivo e procedimental, a Proposta de Lei, no artigo 43º, determina que os procedimentos de formação e a execução dos contratos de concessão de serviço público relativos a actividades portuárias que sejam objecto deste tipo contratual seguem o regime previsto no Código dos Contratos Públicos para os contratos de concessão de serviço público e o regime das parcerias público-privadas, quando aplicável, com observância do disposto nos artigos seguintes, designadamente o artigo 46º, relativo às bases das concessões, *determinando que as concessões de serviço público da actividade de operação portuária regem-se pelas bases anexas à presente lei, da qual fazem parte integrante, sendo que às demais concessões de serviço público e às concessões de exploração do domínio público portuário aplicam-se, com as necessárias adaptações, as bases das concessões anteriormente referidas.*

²¹ Em virtude da Proposta de Lei, para além do seu sentido prospectivo, constituir uma espécie de síntese dos regimes contratuais que tradicionalmente têm vindo a ser usados na gestão dos portos, vamos, no texto, seguir as indicações que, na matéria, são nela projectadas.

²² Para uma visão comparativa dos modelos de gestão dos portos entre o actual regime e o previsto na Proposta de Lei dos Portos, o *Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias. Enquadramento Jurídico da Questão*, (inédito), de Suzana Tavares da Silva e de Licínio Lopes Martins, págs. 20 e segs.

2.2.1. As concessões de serviço público e as concessões de exploração do domínio público

Do regime anteriormente referido, pode concluir-se que a actividade portuária e o domínio público que lhe é legalmente afecto são objecto, quanto ao seu modelo de gestão e de exploração, de duas figuras contratuais fundamentais: a concessão de serviço público e a concessão de exploração do domínio público.

Nos pontos seguintes vamos dedicar um breve desenvolvimento a cada uma destas figuras, fazendo também referência às concessões de uso privativo do domínio público.

a) As concessões de serviço público da actividade de operação portuária

A concessão de serviço público assume um destaque particular na Proposta de Lei dos Portos no âmbito da gestão das actividades de operação portuária (artigos 81^o e segs. da Proposta de Lei).

A operação portuária é definida como a actividade de movimentação de cargas a embarcar ou a desembarcar dentro das zonas portuárias, compreendendo as actividades de estiva, desestiva, conferência, carga, descarga e transbordo, bem como a recepção, movimentação e arrumação de mercadorias manifestadas, em cais, parques e armazéns de terminais portuários.

A actividade de operação portuária é prestada pelas empresas de estiva na área dominial portuária que lhe esteja afectada, mediante concessão em regime de serviço público²³, podendo ser por tipo de cargas e, em exclusivo, a atribuir nos termos previstos na Proposta de Lei e nas Bases a ela anexas. Fora das concessões, a operação portuária apenas pode ser prestada por empresas de estiva na área dominial portuária de uso comum nos casos taxativamente previstos na Proposta de Lei, isto é: i) quando, tendo sido lançado concurso para a atribuição de uma concessão de operação portuária numa determinada área dominial portuária, este tenha ficado deserto; ii) quando a autoridade portuária proceda a consulta prévia às empresas de estiva sobre o interesse em obterem a concessão e reconheça que o concurso vai ficar deserto; iii) e quando, por despacho do membro do Governo que tutela o sector marítimo-portuário, se reconheça a existência de interesse estratégico na manutenção deste regime.

Atenta a relevância que a concessão de serviço público tem vindo a assumir na gestão dos portos e, designadamente, a relevância que lhe é conferida em termos prospectivos pela Lei dos Portos, impõe-se proceder a uma breve análise desta figura, realçando alguns aspectos da sua evolução e o seu enquadramento no regime das parcerias público-privadas, dada a remissão que aquela proposta faz para esta figura.

Na noção clássica, através do contrato de concessão de serviço público as entidades públicas conferem, temporariamente, a uma entidade privada poderes para explorar um serviço público, sob fiscalização do concedente, durante o prazo estipulado, incluindo os investimentos necessários para a sua manutenção. O *cessionário actua por sua conta e risco*²⁴, como se fosse o próprio concedente, sendo remunerado por meio de taxas ou tarifas a pagar pelos utentes ou consumidores do respectivo serviço público.

²³ Efectivamente, nos termos do artigo 85^o da Proposta de Lei, relativo à prestação da operação portuária, a operação portuária é prestada pelas empresas de estiva, só podendo ser directamente prestada pelas autoridades portuárias mediante parecer prévio favorável do IPTM, I. P., num dos seguintes casos: i) quando se verifique a impossibilidade de empresas de estiva realizarem a operação portuária; ii) em caso de sequestro de uma concessão de operação portuária, durante o respectivo período; iii) Em caso de resgate, rescisão ou termo de uma concessão de operação portuária, enquanto a actividade não puder ser assegurada por empresas de estiva; iv) Quando se reconheça a existência de interesse estratégico para a economia nacional no exercício da actividade pela autoridade portuária; v) Para assegurar a livre concorrência, ouvida a Autoridade da Concorrência.

²⁴ Sem prejuízo do que ainda se dirá no texto sobre o acolhimento da figura das parcerias público-privadas, é aquela a noção que nos parece estar presente na Base VII das Bases anexas à Proposta de Lei que, sob a epígrafe "Regime de exploração", estabelece: "A exploração da concessão é realizada pela concessionária por sua conta e risco, em regime de serviço público e em conformidade com os regulamentos aprovados e as disposições aplicáveis da lei e do contrato".

No entanto, este figurino tradicional da concessão de serviço público tem registado algumas alterações substanciais, designadamente quanto aos modos de remuneração do concessionário.

Na verdade, os autores salientam que a concessão é sobretudo um modo de gestão de serviços públicos, advertindo, relativamente ao aspecto da remuneração, que ela não deve sujeitar-se a uma estrita lógica económica-financeira. Desde logo, o alargamento da técnica concessória à gestão de serviços públicos, de antemão não rentáveis, tem contribuído para atenuar a regra da gestão do serviço por conta e risco exclusivo do concessionário. As técnicas utilizadas são muito variadas e vão desde a previsão de empréstimos, subvenções, não faltando, hoje, exemplos de concessões, incluindo entre nós, em que o concedente aparece a suportar os eventuais “déficits” da exploração²⁵. Aliás, no direito português, não existe nenhum princípio ou norma jurídica que impeça de qualificar como concessão de serviço público o acto que concede a uma entidade o direito de gerir um serviço público e que estabelece como contrapartida do gestor uma remuneração suportada exclusivamente pelo concedente, aceitando-se que a remuneração do concessionário pode consistir exclusivamente numa retribuição a cargo do concedente, excluiu-se também que a concessão pressuponha a assunção de um risco económico-financeiro por parte do concessionário²⁶.

O dado essencial da figura, e que permite distingui-la de outras figuras concessórias, é, pois, a titularidade administrativa de uma actividade de serviço público, concebido como uma tarefa administrativa de prestação, ou seja, uma actividade de prestação em relação à qual existe uma responsabilidade administrativa de execução²⁷. Na verdade, a gestão do serviço público associada à concessão de serviço público exige o desenvolvimento de uma actividade prestacional, não se bastando com uma utilização de determinados bens pelos respectivos utilizadores.

Por último, e porque se pode afigurar importante no domínio das concessões portuárias, convirá realçar que também na concessão pode haver lugar ao pagamento de renda pela utilização de bens públicos dominiais ou patrimoniais pelo concessionário, sem excluir a hipótese de, em vez do pagamento directo de uma renda, a remuneração pela utilização dos bens dominiais poder ser tida em conta a outro título no equilíbrio da concessão²⁸.

Em virtude da sua importância prática na matéria, convém também fazer uma sintética referência ao entendimento comunitário da concessão de serviço público, que nos surge com algumas notas que o distinguem do atrás exposto.

Efectivamente, na sequência da Directiva 93/37/CE, que previu um regime especial para os procedimentos adjudicatórios de concessão de obras, viria a ser emitida a Comunicação interpretativa sobre concessões em Direito Comunitário (2000/C 121/02), com o objectivo de esclarecer os agentes económicos.

A Comunicação da Comissão considera que o contrato de concessão reveste-se, em geral, das mesmas características, qualquer que seja o objecto sobre o qual incide, concluindo que o critério relevante quer para a concessão de obra quer para a concessão de serviços públicos, é o da exploração. Seguindo este critério, a Comunicação conclui que uma concessão existe quando o operador suporta os riscos ligados ao serviço em causa - estabelecimento do serviço e sua exploração -, sendo remunerado pelo utente, designadamente através da cobrança de taxas. O modo de remuneração do operador é, como na concessão de obras, um

²⁵ Cfr. Fernanda Maçãs, A Concessão de Serviço Público e o Código dos Contratos Públicos, in *Estudos de Contração Pública I*, Centro de Estudos de Direito Público da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

²⁶ Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 139.

²⁷ Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos...*, pág. 109.

²⁸ Refira-se que o modelo económico-financeiro das concessões portuárias assenta essencialmente no modelo tarifário adoptado, como resulta da Base IX das Bases anexas à Proposta de Lei, nos termos da qual o tarifário deve ter em conta os interesses gerais do porto onde a concessão se integra, o equilíbrio económico da exploração e os princípios tarifários básicos em vigor na generalidade dos portos nacionais, devendo aquela Base ser conjugada com a Base XIII, relativa ao prazo de vigência do contrato de concessão, que deve ter em conta – e bem – o plano económico-financeiro da concessão.

elemento que permite determinar a assunção do risco de exploração. Tal como na concessão de obras, a concessão de serviços caracteriza-se por uma transferência da responsabilidade de exploração. Significa isto que, para o direito comunitário, as concessões não se distinguem pelo objecto, mas tão-só pelo critério da transferência do risco de exploração. Ou seja, a Comissão estabeleceu como critério decisivo e identificador da concessão a transferência da responsabilidade de exploração, que engloba os aspectos técnicos, financeiros e de gestão; numa concessão os riscos e imprevistos inerentes à exploração são transferidos para o concessionário. Nestes termos, sem álea económico-financeira, sem risco, não há, portanto, na perspectiva da Comissão, contrato de concessão - há sim, mero contrato público²⁹. A “concepção comunitária” da concessão assenta, pois, na transferência da responsabilidade de exploração para o operador económico, admitindo que a remuneração do concessionário pode consistir, em parte, num preço pago pela Administração.

Esta noção veio a ser aprofundada no Livro Verde sobre As Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões e na Directiva nº 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004.

Aquele Livro distingue as Parcerias público-privadas de tipo contratual, em que a colaboração entre as entidades públicas e as entidades privadas se baseia em relações exclusivamente contratuais³⁰, e as de tipo institucionalizado, que implicam a cooperação entre aquelas entidades através da criação de uma entidade distinta³¹.

As parcerias de tipo contratual podem assumir diferentes configurações, tendo por lastro comum a atribuição de tarefas ao parceiro privado, que incluem a concepção, o financiamento, a realização, a renovação, ou a exploração de uma obra ou de um serviço.

No âmbito das parcerias público-privadas de tipo contratual, o Livro Verde realça a técnica concessória, caracterizando-a do seguinte modo: *i)* existência de uma relação directa entre o parceiro privado e o utente final, dado que aquele presta um serviço ao público em lugar do parceiro público, embora sob o seu controle; *ii)* a remuneração do parceiro privado pode consistir em taxas cobradas aos utentes do serviço ou da obra, eventualmente acompanhadas de subvenções por parte do parceiro público³².

Conclui-se, pois, que também para o Livro Verde há parcerias de tipo concessório se o utente pagar taxas ao concessionário, o qual suporta os riscos inerentes à exploração. Nestes termos, o modelo concessório continua a ser caracterizado com base no elemento da exploração, com a transferência dos riscos para o concessionário.

Alguns anos mais tarde, a Directiva nº 2004/18/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, define a concessão de serviços como um contrato com as mesmas características que um contrato público de serviços, com excepção de que a contrapartida dos serviços a efectuar consiste quer unicamente no direito de exploração do serviço, quer nesse direito acompanhado de um pagamento.

²⁹ Cfr. Pedro Gonçalves e Rodrigo Esteves de Oliveira, *As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 48.

³⁰ Sobre as parcerias público-privadas contratuais é também relevante a recente Comunicação adoptada pela Comissão sobre a forma de explorar o potencial das parcerias público-privadas (IP/09/1740, de 19 de Novembro de 2009)

³¹ Sobre as parcerias público-privadas institucionalizadas é ainda relevante a Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (2008/C 91/02).

³² Mas as parcerias público-privadas podem ter outras aplicações, como aquelas em que o parceiro privado é incumbido da realização e gestão de infra-estruturas para a Administração Pública - como escolas, hospitais, centros penitenciários, infra-estruturas de transportes, etc. -, sem existir relação directa entre o parceiro privado e o utente, mas apenas entre o parceiro privado e a Administração. A remuneração do privado não assenta aqui em taxas cobradas aos utentes, mas sim em pagamentos regulares efectuados pelo parceiro público, que podem ser fixos ou calculados de formas variáveis, em função da disponibilidade da obra ou dos serviços associados, ou mesmo da frequência de utilização da obra.

O Código dos Contratos Públicos, no seu artigo 407º, viria, no essencial, a fazer a síntese conceitual do que se vem referindo, ao definir a concessão de serviços públicos como o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, directamente, pelo contraente público, adiantando, no seu artigo 413º, que *o contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário*.

Em todo caso, e na sequência da noção comunitária de concessão, haverá também que ter em conta o regime das parcerias público-privadas – figura, que, aliás, o Código dos Contratos Públicos também acolhe -, na medida em que a Proposta de Lei dos Portos expressamente para ela remete, elegendo-a como um dos instrumentos dinamizadores da explosão das infra-estruturas portuárias.

De qualquer modo, os contratos que tenham por objecto a concessão da gestão das operações portuárias – assim como qualquer outro contrato análogo – só poderão ser qualificados como uma parceria público-privada se replicarem a noção constante do no Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de Julho, que estabelece a disciplina jurídica geral para certos modelos de parcerias público-privadas. E, na noção legal, a parceria público-privada é o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, *e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado* (artigo 2º, nº1, do DL nº 86/2003).

Só reproduzidas, no caso concreto, estas características é que estaremos ante um contrato de concessão de serviços públicos que configura uma parceria público-privada, devendo, por conseguinte, ser observado o regime que o Código dos Contratos Públicos estabelece para esta figura, desde logo, os artigos 339º e segs., com as devidas adaptações, o artigo 67º, nº 3, quanto à competência para a nomeação do júri nos procedimentos relativos à formação dos contratos que configurem uma parceria público-privada, e o artigo 45º, quanto às peças do procedimento: os cadernos de encargos dos procedimentos de formação de contratos que configurem parcerias públicas-privadas devem submeter à concorrência os aspectos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela directa ou indirectamente afectos decorrentes da configuração do modelo contratual.

Devem, naturalmente, ser ainda observadas as regras previstas no Decreto-Lei nº 86/2003, especialmente quanto às autoridades portuárias, por força do artigo 2º, nº 6, que impõe a aplicação do regime deste diploma, com as devidas adaptações, às empresas do sector empresarial do Estado, do qual fazem parte aquelas autoridades. Por força daquele número, as parcerias público-privadas promovidas por empresas públicas sob a forma societária devem observar, com as devidas adaptações, as exigências materiais e os princípios constantes do mesmo, *designadamente* os resultantes dos artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 14º-C e 14º-F, sendo o respectivo acompanhamento e controlo pelos Ministros das Finanças e da tutela sectorial exercidos através da função accionista do Estado. O artigo 4º refere-se aos fins das parcerias público-privadas, o artigo 5º à repartição de responsabilidades entre o parceiro público e o parceiro privado, o artigo 6º aos pressupostos/requisitos do seu lançamento, designadamente o modelo financeiro em que se consubstancie o caso-base, o artigo 7º à partilha de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, o artigo 14º - C ao equilíbrio financeiro da parceria, à partilha de benefícios e à reposição do equilíbrio económico-financeiro da parceria e o artigo 14º-F aos procedimentos a adoptar na contratação de consultores externos para o acompanhamento dos processos de parcerias público-privadas.

Ainda nos termos do artigo 4º, nº 2, do mesmo diploma, o contrato de concessão de serviço público e o contrato de concessão de obras públicas constituem instrumentos privilegiados de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados, ficando, portanto, também abrangidos pelo seu regime, *maxime* na parte respeitante ao procedimento de formação da decisão de constituir a parceria. E neste âmbito é particularmente importante a demonstração do designado *value for money*, que merece um tratamento sistemático na Lei de Enquadramento Orçamental - Lei nº 91/2001, de 20 de Agosto, com as posteriores alterações (artigos 18º e 19º). Esta Lei estabeleceu quer o *princípio da comportabilidade*, prevendo que as “*despesas correspondentes a contratos de prestação de serviços em regime de financiamento privado ou outra forma de parceria dos sectores público e privado*” devem estruturar-se por programas, quer especificamente o *princípio do value for money*, prevendo no artigo 19º, nº 2, que “*a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objectivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas, devendo incluir, sempre que possível, a estimativa da sua incidência orçamental líquida*”.

Esta disposição remete-nos para a necessidade da definição de um “Caso Base”, isto é, para a definição de um *modelo de equação financeira*, baseado numa estimativa ou projecção dos custos e receitas e, portanto, da rentabilidade de um determinado projecto, que a entidade pública e o concorrente escolhido consideram determinante na fase da celebração do contrato. As soluções acolhidas no “Caso Base” irão reflectir e concretizar o inicial “equilíbrio de prestações” a que a negociação conduziu. Aquele modelo, traduzido no “Caso Base”, é essencial na eventualidade de uma necessidade de “reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato” (v.g., ocorrência de riscos não previstos não alocados ao parceiro privado).

Precisamente na linha do que temos vindo a dizer, a Proposta de Lei dos Portos, no seu artigo 43º, determina que os procedimentos de formação e a execução dos contratos de concessão de serviço público relativos a actividades portuárias que sejam objecto deste tipo contratual, para além de observarem o regime previsto no Código dos Contratos Públicos para os contratos de concessão de serviço público, devem também ser conformados pelo regime das parcerias público-privadas, quando aplicável, embora com a observância de algumas especialidades previstas naquela Proposta.

b) A concessão de serviço público e a concessão de obras públicas

A concessão de obras públicas é definida pelo Código dos Contratos Públicos como o contrato pelo qual o co-contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respectiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço.

No caso concreto do presente estudo, está em causa saber se o facto de o concessionário assumir a obrigação de efectuar obras nos portos – obras de construção, de conservação, de manutenção, etc., - altera a natureza do contrato, fazendo dele, eventualmente, um contrato de natureza mista, isto é, um contrato de concessão de serviço público e de concessão de obra pública.

Efectivamente, na grande maioria dos casos – e é o que sucede com as concessões de serviço público que têm por objecto a actividade portuária³³ -, o contrato de concessão não se limita a atribuir o poder ou o direito à gestão/exploração do serviço/actividade, pressupondo também a realização de obras quer para a instalação do serviço, quer para a

³³ Precisamente, no sentido do texto dispõe a Base V das Bases anexas à Proposta de Lei dos Portos que “*São da responsabilidade da concessionária todas as obras de construção, reparação e conservação dos bens que integram o estabelecimento*”.

sua conservação, manutenção e beneficiação, bem como a realização de obras de apoio à própria prestação do serviço³⁴.

Mesmo nestes casos, o objecto essencial do contrato continua a ser a gestão do serviço público concedido, razão pela qual o contrato deve continuar a ser qualificado como um contrato de concessão de serviço público, podendo, no máximo, e em face do concreto regime do contrato, poder *concluir-se pela natureza mista do contrato*, ou seja, um contrato de concessão de serviços públicos e de obras públicas, aplicando-se então o regime que o Código dos Contratos Públicos prevê para este figurino contratual, designadamente quanto à respectiva formação (artigo 32º daquele Código).

Mas note-se que tal circunstância não altera a qualidade do concessionário – o co-contratado é, na sua essência, um concessionário de um serviço público, embora com a obrigação de realizar obras públicas de instalação e montagem das infra-estruturas e dos estabelecimentos afectos àquela concessão.

c) A concessão de serviços públicos e subconcessão

Relativamente à subconcessão, parece-nos indiscutível a sua qualificação como contrato administrativo, pois, através dela, e sob prévia autorização do concedente, o concessionário confia a um terceiro, designado por subconcessionário, a execução de todos ou de alguns dos direitos-deveres concedidos pelo contrato, sem provocar no entanto qualquer alteração na sua posição em relação à Administração concedente³⁵.

Com a subconcessão, o concessionário dispõe de uma posição jurídica de direito público, atribuindo a um terceiro o direito de exercer uma actividade de serviço público, ou seja, a subconcessão versa sobre um objecto público que não pode figurar num contrato de direito civil³⁶. E porque assim é, na subconcessão vigora o princípio geral da proibição da liberdade de contratar, estando sujeita a uma prévia autorização da Administração concedente, que funciona como uma *condição de validade do contrato administrativo de subconcessão*. Outra coisa reside em saber se a sua formação está autónoma e especificamente sujeita a um procedimento adjudicatório ou se esta exigência já se encontra satisfeita com a celebração do contrato de concessão (contrato principal), sendo aquele apenas um contrato derivado. Questão que veremos à frente.

Nesta parte cumpre ainda salientar que a subconcessão deixa intacto o cumprimento das regras e obrigações inerentes à prestação do serviço público, ficando o concessionário onerado com o *dever de garantia* (responsabilidade de garantia) desse cumprimento por parte do subconcessionário.

d) A concessão de serviços públicos e a realização de obras (públicas)

Um outro aspecto que cumpre referir, directamente relacionado com o estatuto jurídico do concedente, tem a ver com a questão de saber se os contratos que o concessionário celebre com vista à realização de obras têm ou não a natureza de obra pública³⁷. A resposta a esta questão é, hoje, dada directamente pelo Código dos Contratos Públicos, no seu artigo

³⁴ Nos termos do artigo 407º, nº 1, do Código dos Contratos Públicos, entende-se por concessão de obra pública o contrato pelo qual o co-contratante se obriga à execução ou à concepção e execução de obras públicas, adquirindo em contrapartida o direito de proceder, durante um determinado período, à respectiva exploração, e, se assim estipulado, o direito ao pagamento de um preço.

³⁵ A subconcessão não se confunde com a cessão da posição contratual nem com a subcontratação, cujo regime consta dos artigos 316º e segs. do Código dos Contratos Públicos.

³⁶ Cfr. Pedro Gonçalves, *A Concessão de Serviços Públicos*, págs. 277 e segs.

³⁷ A Proposta de Lei dos Portos, no seu Capítulo IV, dedicado às dragagens e obras portuárias, determina, no artigo 76º, que as obras de dragagem dos portos, que visam a criação, melhoria ou manutenção das condições de acessibilidade marítima e de segurança para a navegação, dentro ou no acesso aos portos, têm a natureza de obras públicas, sendo o respectivo planeamento e execução da responsabilidade das respectivas AP.

409º, que sob a epígrafe “Exercício de poderes e prerrogativas de autoridade”, dispõe que as entidades adjudicantes podem conceder a execução ou a concepção e execução de obras públicas ou a gestão de serviços públicos. Ou seja, se a entidade concedente conferir ao concessionário do serviço público o poder de realização de obras nas infra-estruturas cedidas -, estas obras têm a natureza de obra pública, ficando, consequentemente, sujeitas ao respectivo regime procedimental e substantivo³⁸. Aliás, quanto à concessão de obras públicas, o artigo 426º do Código dos Contratos Públicos dispõe directamente que, em tudo quanto respeite às empreitadas de obras públicas cuja execução seja necessária para a realização do objecto da concessão e não seja regulado pela presente secção ou pelo contrato de concessão, é aplicável, com as necessárias adaptações, o regime previsto no capítulo I do título II da parte III do Código, ou seja, o regime do contrato de empreitada de obras públicas.

Mas relativamente aos concessionários de obras públicas, enquanto tais, que não são qualificados pelo Código dos Contratos Públicos como entidades adjudicantes (artigo 276º) - isto é, trata-se de entidades abrangidas pelo âmbito de aplicação daquele Código, mas não incluídas no âmbito de aplicação subjectivo do artigo 2º, nºs 1 e 2 -, há também que ter presente o regime previsto no artigo 276º, nos termos do qual os concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes estão sujeitos ao CCP, relativamente às empreitadas de valor igual ou superior a 5.150.000 Euros (artigo 276º).

Trata-se de uma disposição que pretende concretizar o regime previsto no artigo 63º da Directiva 2004/18/CE, que manda aos Estados-Membros tomar as medidas necessárias para que os concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes apliquem as regras de publicidade definidas no artigo 64º ao celebrarem contratos de empreitada de obras com terceiros. No entanto, para a Directiva não são consideradas terceiros as empresas que se tenham agrupado para obter a concessão, nem as empresas a elas associadas. Entendendo-se por «empresa associada» qualquer empresa em que o concessionário possa exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante, qualquer empresa que possa exercer uma influência dominante sobre o concessionário ou que, tal como o concessionário, esteja sujeita à influência dominante de outra empresa em virtude da propriedade, da participação financeira ou das regras que a rejam. Presume-se a existência de influência dominante quando, directa ou indirectamente, em relação a outra, uma empresa: a) detenha uma participação maioritária no capital subscrito da empresa; ou b) disponha da maioria dos votos correspondentes às acções emitidas pela empresa; ou c) possa designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direcção ou de fiscalização da empresa. A lista exaustiva dessas empresas deve ser apensa à candidatura à concessão, que deverá ser actualizada em função das posteriores alterações dos vínculos existentes entre as empresas.

No caso das infra-estruturas portuárias, quando o contrato de concessão de serviço público também assumir as características de uma concessão de obra pública, deve entender-se que o concessionário, não obstante ser um concessionário de serviços públicos, encontra-se abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 276º do Código dos Contratos Públicos, na parte relativa às empreitadas de obras públicas.

Por último, refira-se que o artigo 395º, nº 3, do Código dos Contratos Públicos determina a integração das obras realizadas no domínio público, nos seguintes termos: se a obra estiver, no todo ou em parte, em condições de ser recebida, a assinatura do auto de recepção nos termos do disposto nos números anteriores autoriza, no todo ou em parte, a abertura

³⁸ Nos termos do artigo 343º do Código dos Contratos Públicos, entende-se por empreitada de obras públicas o contrato oneroso que tenha por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção, considerando-se obra pública o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação, reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público.

da obra ao uso público ou a sua entrada em funcionamento e implica, sendo caso disso, a sua transferência para o domínio público, sem prejuízo das obrigações de garantia que impendem sobre o empreiteiro³⁹.

e) A concessão de serviços públicos e a utilização de bens do domínio público

Relacionado ainda com o contrato de concessão de serviço público, está o facto de o mesmo envolver (ou poder envolver) a utilização de bens do domínio público. A circunstância de estar em causa a gestão de serviços que envolve a utilização de infra-estruturas integradas no domínio público permite ainda incluir, pela natureza da obra em causa, cláusulas características de um outro tipo contratual: o da exploração do domínio público. Efectivamente, envolvendo, no caso, a concessão áreas integradas no domínio público marítimo (águas e margens), o respectivo contrato confere ao co-contratante poderes de exploração sobre tais parcelas dominiais⁴⁰. Desde logo, a concessão há-de envolver a delimitação da área concessionada às parcelas dominiais integradas (ou a integrar no domínio público). Aliás, com base na habilitação prevista no artigo 409º do Código dos Contratos Públicos, mediante estipulação contratual, o concessionário pode exercer, a título de poderes e prerrogativas de autoridade, a utilização, protecção e gestão das infra-estruturas afectas ao serviço público, bem como o licenciamento e concessão, nos termos da legislação aplicável à utilização do domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer actividade nos terrenos, edificações e outras infra-estruturas que lhe estejam afectas.

Mas, antes disso, o concessionário, para além do direito de explorar, em regime de exclusivo, a obra pública ou o serviço público concedidos, goza do direito de utilizar, nos termos da lei e do contrato, os bens do domínio público necessários ao desenvolvimento das actividades concedidas, bem como quaisquer outros previstos na lei ou no contrato (artigo 415º do Código dos Contratos Públicos)⁴¹. Neste mesmo sentido se dispõe na Proposta de Lei dos Portos, na Base IV, a qual, sob a epígrafe “Estabelecimento”, prescreve: o estabelecimento da concessão – concessão de serviço público - compreende os bens móveis e imóveis que lhe estão afectos, bem como os direitos e obrigações destinados à realização do interesse público subjacente à celebração do contrato.

E mesmo nos casos em que se configure autonomamente um contrato de exploração do domínio público, em face da ausência de um regime específico para este tipo de concessão de exploração – que não se prevê na Proposta de Lei dos Portos -, o Código dos Contratos Públicos resolve directamente a questão ao determinar a aplicação subsidiária do regime substantivo da concessão de obra pública e de serviços públicos à concessão de exploração de bens do domínio público (artigo 408º do Código dos Contratos Públicos)⁴².

³⁹ Sobre o regime do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos, Licínio Lopes, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos I*, in *Estudos de Contratação Pública II*, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁴⁰ O domínio hídrico é definido na Lei da Água - Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, em especial os artigos 56.º e segs., sobre a utilização de recursos hídricos dominiais - e nos diplomas que a complementam, em especial, o Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de Maio, contendo também disposições sobre a utilização dos recursos hídricos.

⁴¹ Aliás, nos termos do artigo 419º do Código dos Contratos Públicos, a concessão corresponde um estabelecimento, que integra os bens móveis e imóveis afectos àquela e os direitos e obrigações destinados à realização do interesse público subjacente à celebração do contrato, considerando-se para este efeito, afectos à concessão todos os bens existentes à data de celebração do contrato, assim como os bens a criar, construir, adquirir ou instalar pelo concessionário em cumprimento do mesmo, que sejam indispensáveis para o adequado desenvolvimento das actividades concedidas, independentemente de o direito de propriedade pertencer ao concedente, ao concessionário ou a terceiros.

⁴² O Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (RJPIP) contém um capítulo com preceitos genéricos sobre o domínio público (artigos 14.º a 30.º do Decreto-Lei nº 280/2007, de 7 de Agosto, emitido ao abrigo da autorização concedida pela Lei nº 10/2007, de 6 de Março.)

f) A concessão de exploração do domínio público e a concessão do uso privativo do domínio público portuário como contratos administrativos

Sobre estas figuras contratuais dispõe a alínea c) do nº 6 do artigo 1º do Código dos Contratos Públicos, que os qualifica como contratos administrativos, isto é, como contratos públicos que revestem a natureza de contratos administrativos, na medida em que conferem ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas, elegendo, deste modo, a natureza pública do objecto mediato do contrato como factor de administratividade do mesmo. Ou seja, o Código dos Contratos Públicos considera, em geral, como contratos administrativos aqueles que têm um objecto público, em consonância com o critério da carácter público do objecto, o que permite incluir na categoria não só os contratos que, efectivamente, atribuem ao co-contratante “direitos especiais sobre o domínio público” - o que levaria a incluir apenas as concessões de uso privativo e as concessões de exploração -, mas também todos os contratos que, mesmo na ausência de qualificação legal, tenham por objecto bens do domínio público. Conclusão que se reveste de especial importância para a determinação do âmbito de aplicação do Código, especialmente da sua Parte III, sobre o regime substantivo do contrato administrativo (cf. artigo 6.º, n.º 5)⁴³.

Estamos, aqui, pois, em face dos contratos administrativos sobre bens públicos. E, neste âmbito, os tipos contratuais mais relevantes são, sem dúvida, a concessão de exploração ou gestão e a concessão de uso privativo, sendo ambos contratos administrativos, na medida em que conferem ao co-contratante “direitos especiais sobre coisas públicas”, conforme estabelece a alínea c) do nº 6 do artigo 1º do Código dos Contratos Públicos. Relevância aquela que, aliás, também resulta da Proposta de Lei dos Portos, na sequência do que tem sucedido tradicionalmente neste domínio – o domínio portuário.

E nos termos do artigo 18º daquela Proposta, o domínio portuário de cada porto coincide com a área de jurisdição de cada uma das autoridades portuárias, compreendendo, designadamente, os bens do Estado afectos às respectivas autoridades portuárias, incluindo os do domínio público hídrico da titularidade do Estado, os bens de qualquer outro domínio público situados na área de jurisdição daquelas autoridades e os bens imóveis da propriedade da autoridade portuária ou de terceiros situados na respectiva área de jurisdição. E especificamente sobre o domínio público portuário dispõe o artigo 20º, inserindo em tal conceito o conjunto dos bens do Estado afectos às autoridades portuárias, incluindo os do domínio público hídrico da titularidade do Estado⁴⁴.

Quanto à respectiva utilização, a Proposta de Lei, embora acolha o princípio geral na matéria – o princípio da utilização comum do domínio público -, dispondo que os bens do domínio público portuário são de uso e fruição comuns, desde que sejam feitos no respeito da lei e dos condicionamentos definidos para o exercício de actividades portuárias (artigo 22º), prevê, de seguida, a sua utilização reservada ou excludente por particulares, determinando para o efeito que a exploração do domínio público portuário por entidades distintas das autoridades portuárias se faz através de contrato de concessão nos termos regulados na presente lei (nº 3 do artigo 23º).

Quanto aos títulos habilitantes, todas as utilizações privativas do domínio público portuário se encontram sujeitas a licença ou concessão de uso privativo, distinguindo a proposta entre contrato de concessão de uso privativo – que tem por objecto as utilizações que exijam a realização de investimentos em instalações fixas e indismontáveis -, estando todas as restantes utilizações sujeitas a licença de uso privativo.

⁴³ Neste sentido, Ana Raquel Moniz, *Contrato Público e Domínio Público. Os Contratos Sobre o Domínio Público à Luz do Código dos Contratos Públicos e da Nova Legislação Sobre o Domínio Público*, in *Estudos de Contratação Pública I*, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

⁴⁴ Mas note-se que, por força do nº 3 do mesmo artigo, que remete para o artigo 13.º da Lei da Água, aprovada pela Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro, nas áreas do domínio público hídrico afectas às autoridades portuárias, a competência da Administração da Região Hidrográfica para licenciamento e fiscalização da utilização dos recursos hídricos, é delegada em cada uma das autoridades portuárias, no âmbito da respectiva jurisdição.

A Proposta de Lei dos Portos, quanto aos títulos habilitantes do uso do domínio público, está em consonância quer com o regime do património imobiliário público, quer com a Proposta de Lei do Regime Geral do Domínio Público.

Efectivamente, segundo o disposto no artigo 30º do regime jurídico do património imobiliário público, a concessão de exploração ou gestão destina-se a transferir para os particulares, durante um determinado período de tempo e mediante o pagamento de uma taxa, poderes de gestão e de exploração de bens do domínio público. Em relação a estes bens, aquele contrato coloca o concessionário a actuar em nome e em lugar do concedente, nos termos contratados e, naturalmente, sob a fiscalização deste último.

Por sua vez, de acordo com o artigo 28º do regime jurídico do património imobiliário público, a concessão de uso privativo destina-se a conferir ao concessionário⁴⁵, durante um determinado período e mediante o pagamento de taxa, poderes exclusivos de fruição dos bens do domínio público. O direito de uso privativo constitui, pois, um direito de aproveitamento ou utilização do domínio público atribuído a pessoa determinada mediante acto (licença) ou contrato administrativo. A concessão de uso privativo constitui uma forma de proporcionar ao concessionário a fruição do domínio público para a prossecução dos seus interesses.

Também a Proposta de Lei do Regime Geral do Domínio Público procede a uma distinção dos títulos habilitantes da utilização do domínio público pelos particulares.

Quanto à utilização privativa, aquela Proposta, à semelhança do que sucede com a Proposta de Lei dos Portos, faz uma distinção entre a licença e a concessão, em função do critério da duração previsível do uso (mais longo para a concessão) e do grau do investimento financeiro exigido ao particular, que pode ser avaliado tendo em conta a sua natureza e o seu volume. Tratando-se de uso de duração inferior a dez anos e que não exija obras ou instalações fixas, o título será, por princípio, a licença. Se tiver duração superior ou sendo indispensáveis obras e instalações fixas ou sendo necessário um investimento significativo, o título habilitante será o da concessão (artigo 29º, nºs 3, 4 e 5).

O reflexo da distinção referida encontra-se também presente – e bem – no regime jurídico da utilização do domínio público portuário projectado pela Proposta de Lei dos Portos (artigos 24º e segs. da Proposta, designadamente no artigo 28º).

Refira-se ainda que a Proposta Lei do Regime Geral do Domínio Público, também à semelhança do que prevê a Proposta de Lei dos Portos, considera uso privativo o que implique a ocupação de uma parte ou da totalidade de determinados bens do domínio público, com a consequente limitação ou exclusão do uso comum (artigo 28º, nº 3). A Proposta continua, pois, a acolher a doutrina de que o uso privativo confere a faculdade de aproveitamento de bens do domínio público de forma individual e exclusiva, conforme o título jurídico habilitante (artigo 29º, nº 1, e artigo 35º).

Relativamente à concessão de exploração do domínio público, e também de modo semelhante ao que sucede na Proposta de Lei dos Portos, que nesta parte remete para as Bases da Concessão do Serviço Público, também a Proposta de Lei do Regime Geral do Domínio Público concede relevo à *transferência de risco para o concessionário*, que deverá ser efectiva e significativa (artigo 66º).

Do que tem vindo a dizer-se, resulta que a grande nota distintiva entre ambos os tipos de concessões reside no facto de a concessão da exploração do domínio público atribuir ao particular não um mero direito à utilização/aproveitamento dos bens, mas o direito de exercer a actividade - até então na titularidade da Administração - de gerir os bens do domínio público, onde se inclui o exercício do poder de autotutela.

Deste modo, encontrando-se a gestão de um bem dominial confiada a um particular, e diferentemente do que sucede na concessão de uso privativo que não implica a transferência de quaisquer poderes públicos, aquele passa a exercer os poderes públicos inerentes àquela

⁴⁵ O artigo 28.º refere-se a “particulares”, mas as concessões de uso privativo podem ser celebradas entre dois entes públicos.

actividade (isto é, exerce a administração do domínio público), entre os quais se inclui a decisão acerca da atribuição dos direitos de uso privativo⁴⁶. Sem prejuízo das especificidades resultantes das cláusulas contratuais, aos concessionários de exploração apenas não estão confiados os poderes, que, incluídos no conteúdo do direito de propriedade pública, se destinem a alterar a situação jurídica dos bens⁴⁷.

Um dos campos privilegiados da concessão de exploração é o *domínio público infra-estrutural*, cujo regime jurídico assenta na separação entre a titularidade e a gestão, razão pela qual a gestão de algumas infra-estruturas encontra-se confiada a entidades privadas não apenas através de uma concessão da exploração do domínio público (autónoma), mas também mediante uma concessão de serviço público, em que a actividade de prestação de serviços públicos pressupõe a gestão de um bem dominial, ou mediante uma concessão de obra pública, em que esta última assumo o estatuto da dominialidade.

Aliás, os direitos e deveres que caracterizam as concessões dominiais aparecem, com frequência, incluídos noutros tipos contratuais – precisamente, em regra, em concessões de serviços públicos ou de obras públicas. E já atrás referimos que a alínea c) do artigo 415º e a alínea c) do nº 2 do artigo 409º do Código dos Contratos Públicos conferem aos concessionários de serviços públicos e de obras públicas não apenas o direito a utilizar bens dominiais quando estes se encontrem afectos à concessão, mas ainda o direito de conceder a terceiros o uso privativo desses bens. Mas naturalmente que nas hipóteses em que o concessionário de serviços públicos (ou de obras públicas) não tenha competência para dispor de direitos sobre o domínio público, a celebração daqueles contratos pressupõe ou a intervenção do titular dominial ou da entidade a quem se encontra devolvida a respectiva gestão (no caso, as autoridades portuárias)⁴⁸, mediante acto legislativo ou contrato de concessão dominial.

Sobre a matéria ainda uma nota relativamente à aplicação do regime substantivo dos contratos administrativos, previsto na Parte III do Código dos Contratos Públicos, aos contratos agora em causa.

Como é sabido, o âmbito de aplicação daquela parte do Código tem por base o conceito de contrato administrativo, tal como resulta do nº 5 do artigo 1º do mesmo Código.

Nestes termos, e em face da ausência de um regime especial, são desde logo mobilizáveis para os contratos que agora nos ocupam as disposições relativas ao regime geral do contrato administrativo, constantes do Título I da Parte III, sob a epígrafe “Contratos administrativos em geral” (artigos 278º a 335º), sem prejuízo, também já o referimos, quanto à concessão de exploração do domínio público, da aplicação (subsidiária) do regime da concessão de serviços públicos e de obras públicas.

⁴⁶ De notar que, pressupondo a exploração do domínio público a utilização de outros bens dominiais pelo concessionário (da exploração), não se torna necessária a celebração de um outro contrato, encontrando-se tal utilização coberta pela concessão de exploração. Expressamente neste sentido, cf. artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de Março: “sempre que na área abrangida pela concessão [de exploração] se encontrem imóveis que se integrem no domínio público e cuja ocupação seja considerada pelo concessionário e reconhecida pelo membro do Governo competente como necessária para efeitos da exploração, sobrepondo-se esta utilidade àquela a que tais imóveis se achem afectos, a concessão abrangerá também os referidos imóveis, sem prejuízo do pagamento da adequada e devida retribuição”.

⁴⁷ Cfr. Ana Raquel Moniz, *Contrato Público e Domínio Público...*

⁴⁸ Na linha do que tem vindo a suceder com os respectivos diplomas estatutários, o artigo 8º da Proposta de Lei dos Portos, defere às autoridades portuárias o exercício dos poderes atribuídos por lei e pelos respectivos estatutos sobre o domínio público portuário, incluindo todos os poderes de administração, de utilização e de emissão de títulos de utilização dos recursos hídricos sobre o domínio público hídrico e de fiscalização deste, competindo-lhe, designadamente, no âmbito das respectivas atribuições em matéria portuária, outorgar títulos de utilização privativa ou de exploração de bens dominiais tendo em vista o exercício das actividades disciplinadas na Proposta de Lei de cariz portuário ou de natureza logística, incluindo as actividades acessórias, complementares ou subsidiárias e ainda outras com as quais sejam compatíveis.

g) Síntese sobre o regime substantivo dos contratos de concessão

Relativamente ao regime substantivo dos contratos de concessão, designadamente de serviço público (e também de obras públicas), as entidades adjudicantes – qualquer entidade adjudicante -, dispõe hoje de um regime geral, que se encontra previsto no Código dos Contratos Públicos, não sendo, pois, necessário, ao contrário do que sucedia anteriormente, um regime próprio para cada concessão (sem prejuízo, naturalmente, da fixação ou previsão de cláusulas específicas justificadas em função das características das concessões concretamente em causa).

O mesmo pode dizer-se para o regime de conformação da relação contratual - validade do contrato, regime da execução do contrato, da modificação, extinção, modos de cumprimento e incumprimento, poderes da entidade adjudicante, etc. -, também (hoje) extensamente previsto naquele Código.

De igual modo, o mesmo vale para a concessão de exploração ou gestão do domínio público por, na ausência de um regime autonomamente estabelecido, se aplicar subsidiariamente o regime que o Código dos Contratos Públicos prevê para concessão de serviços públicos e de obras públicas.

E quanto à concessão de uso privativo do domínio público, dado que se trata de um contrato administrativo (aliás, de natureza duradoura), a conclusão é também a mesma, aplicando-se as disposições da Parte III do Código dos Contratos Públicos, salvo na parte em que a lei estabeleça (ou habilite a estabelecer) um regime próprio ou específico. Aliás, a Proposta de Lei do Regime Geral do Domínio Público vem confirmar esta posição, ao remeter precisamente, também quanto a esta concessão, e não apenas quanto à concessão de exploração, para o regime da Parte III daquele Código.

Sobre esta matéria, a Proposta de Lei dos Portos estabelece as Bases das Concessões de Serviços Públicos, que também é aplicável às concessões de exploração⁴⁹, pretendendo, para além disso, estabelecer um regime exaustivo sobre o uso privativo, o que faz no articulado da própria Proposta de Lei, sendo nesta parte quase auto-suficiente. Em todo o caso, já o referimos, nas partes não directamente previstas deverá, quanto à concessão de uso privativo, recorrer-se também ao regime geral do contrato administrativo previsto no Código dos Contratos Administrativos

Aquelas Bases, na parte relativa ao regime substantivo das concessões, replicam, no essencial, o regime geral que o Código dos Contratos Públicos prevê para o contrato administrativo, não se justificando, por isso, proceder a uma sua análise na especialidade.

3. O regime de contratação pública aplicável à celebração de contratos de concessão relativos ao sector marítimo-portuário

Assente que os contratos administrativos de concessão relativos ao sector marítimo-portuário (concessões portuárias) se reconduzem, fundamentalmente, atenta a sua fisionomia material e funcional específica, a concessões dominiais (de utilização privativa ou de exploração do domínio público portuário) e a concessões de serviço público (relativas a actividades de cariz portuário ou de natureza logística a exercer nas áreas portuárias), importa, uma vez caracterizados os tipos contratuais em equação e identificado o regime jurídico-substantivo por que se rege a respectiva execução (nos termos consignados na parte III do Código dos Contratos Públicos), proceder ao respectivo enquadramento no domínio da contratação pública, determinando se e em que medida as concessões portuárias se encontram adstritas

⁴⁹ O artigo 46º, sob a epígrafe “Bases das concessões”, estabelece que as concessões de serviço público da actividade de operação portuária regem-se pelas bases anexas à presente lei, da qual fazem parte integrante, sendo que às demais concessões de serviço público e às concessões de exploração do domínio público portuário aplicam-se, com as necessárias adaptações, aquelas bases.

à observância das regras definidas na parte II do Código dos Contratos Públicos em matéria de procedimentos de matriz pré-contratual dirigidos à adjudicação de contratos públicos⁵⁰.

Em ordem à consecução deste desiderato, segmentaremos a nossa análise em três blocos essencialmente distintos, um destinado a aferir do alcance da aplicação das regras de contratação pública às concessões dominiais de natureza portuária; outro com o intuito de medir o impacto daquelas mesmas regras sobre as concessões de serviço público relativas às actividades de carácter portuário ou de natureza logística a exercer nas áreas portuárias; e um último tendo por escopo projectar o alcance da constelação de princípios de direito comunitário com relevância imediata no domínio da contratação pública (na interpretação que lhes tem sido emprestada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia) sobre os contratos, como é o caso, designadamente, das concessões dominiais e de serviço público no sector portuário, que não se encontrem directamente cobertos pelo âmbito de aplicação objectivo das directivas comunitárias em matéria de contratos públicos.

Tal opção deve-se, desde logo, à circunstância de nos confrontarmos com tipos contratuais – concessões dominiais e concessões de serviço público – que, não obstante participarem de uma idêntica raiz concessória, se apresentam como essencialmente autónomos, dado que em causa está, respectivamente, a utilização e a exploração de bens dominiais ou a gestão de serviços públicos.

A isto acresce, ainda, o facto, não menos relevante, sobretudo na óptica do presente estudo, de lhes ser dispensado ou tributado, pelo CCP, um tratamento profundamente diferenciado ao nível dos procedimentos públicos adjudicatórios a observar em ordem à respectiva celebração, que, neste domínio específico e em boa verdade, ignora ou praticamente esquece as concessões dominiais por contraponto com a disciplina tendencialmente exaustiva que estabelece para as concessões de serviço público.

Por fim, a alusão ao direito comunitário da contratação pública e aos seus postulados enformadores resulta, sobretudo, da necessidade de evidenciar, o que se mostrará particularmente importante para as concessões portuárias de natureza dominial, que, quaisquer que sejam as dúvidas que subsistam por relação à inserção no âmbito de aplicação objectivo do CCP de determinados tipos de contratos, na perspectiva de uma adequada leitura dos princípios comunitários relevantes neste sector do ordenamento, se deve ter por adquirido que, com vista à efectiva implementação de uma dinâmica concorrencial de mercado, deve haver lugar para a necessária observância de regras mínimas de publicidade e de transparência em ordem à respectiva adjudicação.

3.1. O regime de contratação pública aplicável às concessões dominiais (de utilização privativa e de exploração do domínio público) de natureza portuária.

Conforme já o fizemos notar, o CCP não contempla as concessões dominiais entre o leque de contratos públicos que submete *expressis verbis* às regras da contratação pública consignadas na sua parte II.

Tal, aliás, afigura-se plenamente justificado em face da intenção primeira subjacente ao referido diploma legal, a qual apontava, antes do mais, para a transposição para a ordem jurídica interna da directiva n.º 2004/17/CE, de 31.03.04, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e da directiva n.º 2004/18/CE, de 31.03.04, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

⁵⁰ Doravante, atentas as frequentes referências ao Código dos Contratos Públicos, passamos a identificá-lo apenas por Código ou tão só por CCP.

Ora, entre os contratos públicos situados no perímetro objectivo de aplicação das directivas em causa avultam, sobretudo, os contratos de solicitação de bens e serviços ao mercado, os também denominados «*marchés publics*» – empreitada de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis e prestação de serviços – o que justifica, só por si, que as concessões dominiais, por não reunirem os caracteres próprios deste tipo de contratos, tenham sido expulsas do âmbito material de sujeição por aquelas delimitado.

Tal não obviou, ainda assim, a que o CCP tivesse incluído no seu âmbito objectivo de previsão outros contratos que não os acabados de referir, designadamente, o contrato de concessão de obras públicas, o contrato de concessão de serviços públicos e o contrato de sociedade, impondo-se, contudo, a advertência de que, de toda a maneira, nos deparamos com tipos contratuais que ou já obedeciam a uma disciplina, ainda que incipiente, no quadro das próprias directivas objecto de transposição (caso particular da concessão de obras públicas) ou se encontravam na agenda comunitária (caso paradigmático das concessões de serviço público, mas, também, do contrato de sociedade em virtude da sua importância vital no contexto da constituição de parcerias público-privadas institucionalizadas).

Independentemente das razões de variada ordem que conduziram ao silêncio do CCP sobre as concessões dominiais, o certo é que este silêncio do Código nos obriga a um exercício de enquadramento, ou não, destes contratos no seu âmbito de aplicação objectivo.

De acordo com o disposto no artigo 1º, nº 2, do CCP, «*o regime da contratação pública estabelecido na parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código*».

No fundo, a parte II do Código, em que se apresenta condensada ou recortada, nas suas traves mestras, a disciplina a que encontra subordinada a actividade de contratação pública a desenvolver por parte das entidades adjudicantes mencionadas no respectivo artigo 2º (entidades integradas no sector administrativo tradicional e organismos de direito público na acepção comunitária do termo), é extensiva, na sua aplicação, aos procedimentos públicos adjudicatórios relativos a quaisquer contratos (independentemente da sua natureza jurídico-administrativa ou jurídico-privada) a celebrar pelas referidos poderes adjudicadores, conquanto as prestações dos mesmos emergentes estejam ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado (artigos 5º, nº 1 e 16º, nº 2).

Isto é, para lá do universo de contratos especificado, a título essencialmente exemplificativo, no Código, este mostra-se igualmente aplicável, pelo que se refere ao regime de contratação pública pelo mesmo instituído, a todos e quaisquer outros contratos adicionais, a celebrar pelas entidades adjudicantes elencadas no seu artigo 2º, desde que caracterizados pela nota da sua exposição à concorrência de mercado.

Assim, a análise preliminar que se impõe empreender passa, fundamentalmente, por apurar se as concessões dominiais ou melhor as prestações emergentes desses contratos de concessão de utilização privativa ou de exploração de bens públicos estão ou ao menos são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado.

A resposta parece não poder deixar de ser positiva, uma vez que, abstraindo da questão, que se nos afigura irrelevante deste ponto de vista, de determinar se em causa está a satisfação de interesses de natureza primordialmente privada (concessão de utilização privativa do domínio público) ou de matriz essencialmente pública (concessão de exploração do domínio público), o que não deixa de ser verdade, em qualquer circunstância, é que, a menos que tal seja legítima e expressamente vedado por lei, há um número tendencialmente indeterminado de operadores económicos interessados no desenvolvimento das actividades (também) económicas de utilização ou de exploração de bens do domínio público, o que se afigura, só por si, como condição necessária e suficiente para afirmar que há, ao menos potencialmente, mercado e, nessa medida, espaço para a abertura efectiva destes sectores à concorrência.

Posto isto, isto é, assente o pressuposto de que as concessões dominiais em geral e as concessões relativas à utilização privativa ou à exploração do domínio público portuário em especial devem ser perspectivadas como contratos de que emergem prestações que estão ou são susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, o que implicaria a respectiva submissão de princípio aos procedimentos públicos adjudicatórios definidos na parte II do CCP (em particular os procedimentos de ajuste directo, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, negociação e diálogo concorrencial, conforme previstos no artigo 16.º, n.º 1, alíneas a) a e), do referido diploma legal), convém esclarecer que esta sujeição regra dos procedimentos pré-contratuais dirigidos à respectiva adjudicação à parte II daquele Código pode soçobrar em razão da natureza de que concretamente se revista a respectiva entidade adjudicante.

Com efeito, se estiver em causa um contrato de concessão da exploração ou gestão do domínio público marítimo-portuário a celebrar entre duas das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, n.º 1, do CCP, o mesmo encontra-se, por expressa determinação legal (artigo 6.º, n.º 1, do Código), excluído do seu âmbito objectivo de aplicação pelo que concerne à disciplina pelo mesmo instituída, na sua parte II, em matéria de contratação pública, o mesmo sucedendo, aliás, por força do disposto no artigo 6.º, n.º 2, do mesmo diploma legal, se a entidade adjudicante de um contrato de utilização privativa ou de exploração do domínio público portuário consubstanciar um organismo de direito público para efeitos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, do CCP ou, por último, se estivermos perante a concessão de utilização privativa de parcelas do domínio público marítimo-portuário por parte de concessionários privados da respectiva exploração (artigo 3.º, n.º 2, do Código).

Na verdade, sempre que esteja em causa a formação de contratos a estabelecer entre entidades adjudicantes pertencentes à administração pública em sentido clássico, o Código só releva, pelo que respeita à determinação imperativa dos procedimentos pré-contratuais aos mesmos aplicáveis, relativamente aos contratos que, atentas as respectivas prestações típicas, sejam de considerar como empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços (art.º 6.º, n.º 1, do CCP), o que significa que o contrato de concessão de exploração (ou, no limite, de concessão de utilização privativa) a celebrar por duas das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º, n.º 1, do CCP, porque ausente do elenco taxativo ou fechado de tipos contratuais previsto no referido preceito do Código – artigo 6.º, n.º 1, do CCP –, não está sujeito às regras de contratação pública contidas na parte II do Código.

De igual modo, todos os contratos celebrados por *organismos de direito público* (artigo 2.º, n.º 2, do CCP), entre si ou com terceiros operadores económicos, cujas prestações típicas aos mesmos associadas não permitam a sua recondução aos tipos atrás apontados (empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços), deixam, igualmente, de estar subordinados à parte II do CCP (artigo 6.º, n.º 2, do CCP), o que quer dizer que qualquer concessão de uso privativo ou de gestão do domínio público portuário outorgada por um organismo de direito público não tem que ser precedida, porque não incluída no catálogo legal de contratos atrás mencionado, de um dos procedimentos públicos pré-contratuais previstos e regulados no Código no quadro normativo definido para a contratação pública⁵¹.

⁵¹ A noção de «organismo de direito público», como é sabido, pressupõe que nos confrontemos com pessoas colectivas, públicas ou privadas, criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial, conquanto sejam (i) maioritariamente financiadas pelas entidades públicas referidas no artigo 2.º, n.º 1, do CCP (ii) sujeitas ao seu controlo de gestão ou (iii) integradas por órgãos de administração, gestão ou fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas. Emergem, assim, enquanto preditados indefectíveis, de verificação cumulativa e permanente, da noção comunitária de «organismo de direito público» (artigo 1.º, n.º 9, da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março), a personalidade jurídica, a estreita dependência ou sujeição à influência dominante de um poder público e a criação para satisfazer necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial. Com esta criação jurisprudencial (afirmada embrionariamente, pela primeira vez, no Acórdão Beentjes – C-31/87), pretendeu o TJCE «suprimir os entraves à livre

Por fim, também os contratos de concessão do uso privativo de bens públicos portuários de natureza dominial celebrados por concessionários privados da correspondente exploração ficam de fora do âmbito objectivo de previsão do Código, porquanto estes concessionários, apesar de desempenharem funções materialmente administrativas não são, só por si e enquanto tais, entidades adjudicantes para efeitos do disposto no artigo 2.º do CCP.

Pese embora o que antecede, a inclinação vai, cada vez mais, no sentido de, a pretexto da definição do enquadramento normativo específico aplicável a determinados sectores da vida económico-social, estabelecer regimes *ad hoc* mais finos capazes de captar, na sua intrínseca complexidade, as especificidades próprias desses sectores do ordenamento objecto de regulação autónoma.

Tal é o que sucede, desde logo, com a proposta de lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público*, a qual prevê, nos seus artigos 78.º a 82.º, um «procedimento adjudicatório» específico e relativamente autónomo para a atribuição/adjudicação de contratos administrativos de concessão de uso privativo ou de exploração do domínio público.

Aprofundando a linha de orientação inaugurada pelo estatuído no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto (relativo à conformação do regime jurídico aplicável ao património imobiliário público – RJPIP), em que se determinava, precisamente, que «as entidades abrangidas pelo presente decreto-lei devem, na gestão dos bens imóveis, assegurar aos interessados em contratar ou em os utilizar uma concorrência efectiva», a Proposta de Lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* vem estabelecer, enquanto princípio de alcance geral válido para os procedimentos públicos adjudicatórios de contratos de concessão de uso privativo ou de exploração de bens do domínio público, que «a atribuição de concessões é realizada através de um procedimento concorrencial destinado à formação de um contrato administrativo» (artigo 80.º da referida proposta de lei).

Este procedimento público adjudicatório, de iniciativa oficiosa (embora possa haver requerimento de qualquer interessado particular a solicitar a respectiva abertura pela Administração), passa por uma decisão de abertura que (i) identifica as necessidades públicas a satisfazer com o procedimento e (ii) aprova a sua prévia avaliação jurídica e económico-financeira, bem como os respectivos programa e caderno de encargos (artigo 78.º da mencionada Proposta de Lei).

A avaliação jurídica e económico-financeira prévia centra-se, em especial, na indagação das vantagens associadas ao recurso à concessão, por contraposição a formas alternativas

circulação de serviços e de mercadorias e, assim, proteger os interesses dos operadores económicos estabelecidos num Estado-Membro que desejem propor bens e serviços às entidades adjudicantes estabelecidas noutro Estado-Membro». No fundo, procurava-se «excluir simultaneamente o risco de preferência dos proponentes ou candidatos nacionais e a possibilidade de um organismo financiado ou controlado pelo Estado, pelas autarquias locais ou por outro organismo de direito público se deixar levar por considerações não económicas». Para o efeito, propugnava-se um conceito autónomo e funcional de organismo de direito público, que, partindo da indiferença pela forma jurídica, pública ou privada, assumida pela pessoa colectiva concretamente em causa, procurava submeter ao estatuto de entidade adjudicante (obrigada ao cumprimento das regras da contratação pública) todo e qualquer sujeito de imputação final de direitos e deveres cuja actividade não se desenvolvesse num contexto de mercado concorrencial («oferta de bens e serviços num mercado livre, em concorrência com outros operadores económicos» - TJCE). Cfr., sobre a natureza estritamente comunitária da noção de organismo de direito público, que deve, em razão disso mesmo, ser objecto de uma interpretação funcional, autónoma e uniforme, em toda a comunidade, conforme é justamente acentuado pelo TJCE em múltiplos dos seus Acórdãos, José María Gimeno Feliu, *El Nuevo Ámbito Subjetivo de Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: Luces y Sombras*, *Revista de Administración Pública*, (RAP), 176, 2008, p. 21 (nota 20) e, ainda, sobre os pressupostos cumulativos a que obedece a fisionomia do conceito de matriz exclusivamente comunitária de organismo de direito público, Pedro Gonçalves, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, 2007, p. 224 a 227. V., por fim, em geral, sobre a noção de organismo de direito público, Christopher Bovis, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford University Press, 2006, p. 205; Sue Arrowsmith, *The Law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet and Maxwell, 2005, p. 1464 e segs.; V. Caputi Jambrenghi, «L'organismo di diritto pubblico», *Diritto Amministrativo*, 2000, p. 13 e segs.; Daniele Marrama, «Contributo sull'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico»», *Diritto Amministrativo*, 2000, p. 585 e segs.; Roberto Garofoli, «Gli organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profile ancora problematici», in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano Giuffrè, 2005, p. 155 e segs., e in *Trattato sui contratti pubblici*, I, Giuffrè, 2007, p. 555 e segs..

de satisfação das mesmas necessidades colectivas, e incide sobre apreciação do esquema jurídico de repartição dos riscos e benefícios projectados no caderno de encargos e, igualmente, caso se preveja uma fase de negociação, sobre o possível resultado contratual (artigo 79.^o da mesma proposta de diploma legal).

Em matéria de procedimentos adjudicatórios concretamente aplicáveis às referidas concessões dominiais parece valer uma remissão em bloco para o disposto no CCP, ainda que com ressalva das adaptações introduzidas pela referida Proposta de Lei (artigo 80.^o, n.^o 2, da Proposta de Lei).

Esta remissão deve entender-se como sendo feita para o disposto no artigo 21.^o do CCP – escolha do procedimento de formação de outros contratos –, ainda que se nos afigurasse como materialmente mais ajustada uma solução que contemplasse o reenvio para o disposto no artigo 31.^o do mesmo diploma legal em que se encontram justamente contemplados os critérios para a selecção dos procedimentos pré-contratuais aplicáveis a outras concessões que não as de natureza dominial.

De todo o modo, o legislador não se ficou por este reenvio global para o CCP, antes teve a preocupação de enxertar uma nova causa legitimadora do recurso ao procedimento de ajuste directo, que resulta da circunstância da concessão assentar num modelo de negócio ou em tecnologia originais, cujo desenvolvimento seja relevante para o interesse público, devendo essa mesma relevância para a comunidade globalmente considerada ser objecto de expresse reconhecimento pelos órgãos competentes para o efeito, em particular pelo Conselho de Ministros na hipótese de bens pertencentes ao domínio público do Estado (artigo 80.^o, n.^{os} 3 e 4, da Proposta de Lei).

Acresce que, regra geral, os procedimentos pré-contratuais tendo por escopo a atribuição de concessões de uso privativo ou de exploração de bens públicos devem contemplar, obrigatoriamente, excepto se particulares circunstâncias do mercado o tornarem inconveniente para o interesse público, uma fase de negociação, incumbindo à entidade adjudicante prover à regulamentação da negociação no programa do procedimento, estabelecendo, designadamente, os objectivos e parâmetros a que a mesma deverá necessariamente obedecer (artigo 81.^o da Proposta de Lei).

Por fim, pode ser dada preferência na adjudicação ao particular que tenha requerido a abertura do procedimento público adjudicatório do contrato de concessão dominial de que concretamente se trate, contanto que (i) o acto adjudicatório ocorra dentro do prazo de três anos a contar da data de entrada do requerimento particular (ii) a pretensão do particular se caracterize pela originalidade do negócio a desenvolver ou da tecnologia a utilizar e (iii) apenas tenham sido submetidos à concorrência aspectos quantitativos do contrato a celebrar (artigo 82.^o da Proposta de Lei).

Ao regime acabado de sumariar vem-se sobrepor a disciplina, de teor ainda mais específico, traçada pela denominada Proposta de Lei dos Portos.

Particularmente pelo que respeita à densificação da disciplina jurídico-normativa conformadora dos procedimentos públicos adjudicatórios de concessões dominiais portuárias, a Proposta de Lei sob apreciação dedica uma particular atenção às concessões de uso privativo, deixando, do mesmo passo, relativamente na sombra as concessões de exploração ou de gestão do domínio público marítimo-portuário (artigo 8.^o, n.^o 3 e 10.^o, n.^o 3, da Proposta de Lei dos Portos).

Na realidade, o artigo 30.^o da Proposta de Lei dos Portos estabelece que «os títulos de uso privativo previstos na presente lei são atribuídos mediante procedimento concursal, salvo nos casos previstos nos artigos 32.^o e 33.^o».

O procedimento concursal em causa deve ser publicitado no sítio da *Internet* e nas instalações da autoridade portuária especificamente em causa, devendo identificar, designadamente, o bem dominial em causa, as principais características da sua utilização, os critérios de escolha do adjudicatário e, se aplicável, os critérios de qualificação dos concorrentes (artigo 31.^o, n.os 1 e 2, da Proposta de Lei dos Portos).

O prazo para apresentação de propostas é fixado, regra geral, em 30 dias (podendo ser inferior no caso de atribuição de licenças), devendo o júri previamente designado para o efeito, decorridos que sejam 30 dias sobre o termo do prazo para apresentação das propostas, elaborar

um relatório preliminar (projecto de relatório lhe chama a proposta de lei em questão), contendo a apreciação do mérito das propostas admitidas e a sua ordenação para efeitos de atribuição do uso privativo (artigo 31.º, n.ºs 3 e 4, da Proposta de Lei dos Portos).

Este relatório preliminar é enviado aos concorrentes para efeitos de audiência prévia dos interessados, a exercer por escrito em prazo nunca inferior a 10 dias, findo o qual o júri, ponderados os respectivos contributos (caso existam), procede à elaboração de um relatório final em que propõe, ao competente órgão da autoridade portuária, a adjudicação do contrato ao concorrente que tenha apresentado melhor proposta (proposta classificada em primeiro lugar) ou, em alternativa, se for caso disso, a não adjudicação por razões de interesse público devidamente fundamentadas (artigo 31.º, n.ºs 5 e 6, da Proposta de Lei dos Portos).

Por fim, cabe referir que o título resultante do procedimento concursal deve ser outorgado no prazo máximo de 30 dias a contar da notificação da adjudicação, produzindo efeitos desde a data da sua aceitação (licença de uso privativo) ou assinatura (contrato de concessão de uso privativo), consoante os casos (artigo 31.º, n.º 7, da Proposta de Lei dos Portos).

A Proposta de Lei dos Portos franqueia as portas ao ajuste directo de contratos de concessão de utilização privativa do domínio público portuário não apenas nas hipóteses contempladas no CCP, mas também sempre que esteja em causa a atribuição de licenças de uso privativo de duração inferior a um ano ou procedimentos de adjudicação de contratos de concessão de utilização privativa desencadeados por iniciativa particular, hipótese em que a autoridade portuária publicita o pedido apresentado pelo interessado particular na *Internet* e nas suas instalações pelo prazo de 30 dias, decorrido o qual, sem que seja apresentado um pedido concorrente, pode adjudicar ao único proponente por ajuste directo (artigos 32.º e 33.º da Proposta de Lei dos Portos).

Na hipótese, alternativa, de serem apresentados mais propostas de adjudicação abre-se um procedimento concursal entre os interessados, gozando, contudo, o primeiro requerente do direito de preferência, desde que comunique, no prazo de 10 dias, que aceita sujeitar-se às condições da proposta seleccionada (artigo 33.º da Proposta de Lei dos Portos).

Quanto às concessões de exploração do domínio público marítimo -portuário, a Proposta de Lei dos Portos revela-se bastante mais lacónica, sem, no entanto, deixar de lhes fazer menção, nomeadamente nos seus artigos 15.º e 16.º, sempre que em causa esteja a gestão, pelo IPTM, I.P., dos portos de pesca e dos portos e infra-estruturas de navegação de recreio e de desporto.

Em ambos os casos se aponta para a contratualização da respectiva gestão com terceiros, de preferência municípios ou associações de municípios (artigos 15.º, n.º 1 e 16.º, n.º 2, da Proposta de Lei dos Portos), o que mais não configura, afinal, do que a entrega da exploração destes bens públicos (portos secundários), em regime de concessão, a terceiros operadores económicos, independentemente da sua natureza pública ou privada.

Não deixa, contudo, de ser curioso que a Proposta de Lei dos Portos nada acrescente sobre os procedimentos públicos de matriz pré-contratual a que se deve guardar fidelidade nestas situações, em especial quando se trata de devolver a gestão ou exploração de bens públicos portuários a terceiros privados em sentido jurídico-material.

Em face do complexo enquadramento normativo atrás delineado para o regime de contratação pública que se deve ter por aplicável às concessões portuárias de carácter dominial, torna-se absolutamente indispensável figurar vários cenários alternativos em ordem a operar a redução da sua imanente complexidade e a potenciar uma sua adequada compreensão.

Assim, e em primeiro lugar, devemos partir dos dados actualmente vigentes, abstraindo seja da disciplina vertida na Proposta de Lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* para os procedimentos públicos adjudicatórios de concessões dominiais, seja das regras definidas na Proposta de Lei dos Portos em particular para as concessões de utilização privativa de parcelas do domínio público portuário.

Neste primeiro cenário, circunscrito exclusivamente ao que se dispõe no CCP, teríamos que as concessões de utilização privativa do domínio público portuário a atribuir pelas autoridades portuárias, atenta a sua condição de sociedades anónimas de capitais exclusivamente públicos (o que faz delas organismos de direito público para efeitos do previsto no artigo 2.º, n.º 2, do CCP), estariam isentas, nos termos do disposto no artigo 6.º, n.º 2, do mesmo diploma legal e excepção feita à previsão de regimes *ad hoc* de contratação pública por lei especial, da observância de quaisquer procedimentos públicos de natureza pré-contratual, uma vez que as concessões dominiais não figuram entre a constelação de contratos cuja adjudicação por organismos de direito público (nomeadamente por sociedades de capitais integralmente públicos, como é o caso) é feita depender da abertura de procedimentos públicos adjudicatórios abertos ou semi-abertos.

Da mesma forma, e agora pelo que se reporta às concessões de exploração do domínio público portuário, designadamente as adjudicadas por pessoas colectivas públicas a entidades de igual natureza (vg., Estado-municípios), resultaria, também, do disposto do artigo 6.º, n.º 1, do CCP, a exclusão da respectiva sujeição a quaisquer procedimentos públicos adjudicatórios, salvo, claro está, no caso de estabelecimento de procedimentos especiais de contratação pública por lei específica, dado que, também nesta situação (e conforme já mencionado), não é possível, no contexto dos contratos a celebrar entre as entidades adjudicantes previstas no artigo 2.º, n.º 1, do CCP (entidades integradas na administração em sentido clássico), subordinados ao lançamento de procedimentos de natureza concorrencial, descortinar qualquer referência às concessões de matriz dominial.

Por último, também estariam subtraídos à obrigatoriedade de perfilhar procedimentos pré-contratuais de natureza juspublicística no contexto da adjudicação de contratos de concessão da utilização privativa de bens integrados no domínio público portuário os concessionários privados a que coubesse a respectiva exploração em regime de concessão e isto porque estes últimos não são, só por si e enquanto tais, entidades adjudicantes à luz do artigo 2.º, n.º 2, do CCP.

Termos em que restaria a submissão ao CCP, designadamente à norma, de vocação eminentemente residual, que estabelece os procedimentos adjudicatórios de matriz pré-contratual extensivos a todos e quaisquer contratos que, estando submetidos a uma lógica concorrencial, não se subsumam no âmbito de previsão de nenhuma outra norma do CCP relativa à delimitação do seu âmbito objectivo de aplicação (artigo 21.º do CCP), dos contratos de concessão de utilização privativa ou de exploração de bens do domínio público marítimo-portuário adjudicados pelas entidades adjudicantes pertencentes ao sector público administrativo clássico (artigo 2.º, n.º 1, do CCP) a terceiros operadores económicos privados.

Ainda de harmonia com este quadro, o procedimento regra a adoptar seria, independentemente do valor do contrato de concessão dominial portuária a celebrar, o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação (*princípio da intercambialidade* entre concurso público e concurso limitado por prévia qualificação), podendo, ainda, haver lugar para o ajuste directo, no caso de contratos de valor inferior a 100.000 euros ou em que, por razões de ordem material, se justifique a dispensa do recurso ao concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação (artigo 21.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CCP)⁵².

⁵² Apesar de conhecerem uma fisionomia profundamente diferenciada, o legislador deixa ao critério discricionário da entidade adjudicante a opção, em cada caso (e independentemente do valor dos contratos a celebrar), pelo procedimento de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação. Ainda que o regime aplicável a cada um destes procedimentos pré-contratuais se revele sensivelmente distinto noutros planos, o certo é que a sua linha divisória assenta, sobretudo, na previsão (concurso limitado por prévia qualificação), ou não (concurso público), de uma fase de pré-qualificação dos candidatos em função da capacidade técnica e financeira concretamente demonstradas no âmbito do procedimento, uma vez superada esta fase, os candidatos, desde que qualificados, são então convidados a apresentar as correspondentes propostas, seguindo então a tramitação do procedimento, intencionalmente dirigida à apreciação do respectivo mérito, nos termos essencialmente definidos para o procedimento de concurso público.

Um outro cenário passaria pela consideração da entrada em vigor, o que se afigura no mínimo expectável, da Proposta de Lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público*, hipótese em que, ao menos aparentemente, a adjudicação de contratos de concessão de bens do domínio público portuário, seja de utilização privativa seja de exploração ou gestão de bens do domínio público e independentemente da natureza da respectiva entidade adjudicante, estaria sempre dependente da abertura de um procedimento, mais ou menos aberto, de natureza concorrencial (aí incluídos, em via de princípio e na falta de especificação legal, os procedimentos de ajuste directo com convite a mais de uma entidade, de negociação, de diálogo concorrencial, de concurso limitado por prévia qualificação e de concurso público)⁵³.

Este procedimento teria como seus traços vertebradores, essencialmente distintivos, os seguintes:

- avaliação prévia da respectiva utilidade económica e financeira;
- inclusão de uma causa autónoma de ajuste directo para lá das recenseadas no CCP – concessão assente em modelo de negócio ou em tecnologia originais e cujo desenvolvimento seja expressamente reconhecido como relevante para o interesse público;
- enxerto, em regra, de uma fase de negociação (o que excluí, nestas hipóteses, o recurso ao diálogo concorrencial e ao concurso limitado como modalidades adjudicatórias de concessões dominiais, porquanto, de acordo com o CCP, se revelam incompatíveis com a integração de uma sub-fase procedimental de negociação das propostas), à semelhança do que vale para as concessões de obras públicas e de serviços públicos no âmbito do CCP (artigos 149.º a 154.º deste último diploma legal), a qual pode ser excluída pela entidade adjudicante, ao abrigo de um poder discricionário mitigado, sempre que «*particulares circunstâncias do mercado a tornem inconveniente para o interesse público*»;
- preferência, na adjudicação, mediante a observância de requisitos legais pré-estabelecidos, ao particular que haja requerido a abertura do procedimento atributivo da concessão.

Por fim, teríamos um último cenário, ao menos parcialmente sobreposto com o anteriormente assinalado (em especial pelo que se refere à tramitação pré-contratual a cumprir no contexto da adjudicação de concessões de utilização privativa de bens do domínio público marítimo-portuário), precipitado lógico e indissociável de uma também provável entrada em vigor da Proposta de Lei dos Portos.

De acordo com esta perspectiva, teríamos que, em matéria de concessões de exploração ou de gestão de bens integrados no domínio público marítimo-portuário, tudo se passaria, em face da omissão da Lei de Portos pelo que concerne aos procedimentos públicos adjudicatórios aplicáveis a esta categoria específica de concessões dominiais, fundamentalmente de harmonia com o regime recortado pela proposta de lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* nos termos acabados de enunciar, já pelo que respeita às concessões de uso privativo haveria que atender à disciplina singular contida na Proposta de Lei dos Portos.

Conforme já tivemos oportunidade de o evidenciar, a Proposta de Lei dos Portos aponta, a este propósito específico, para um modelo concursal de adjudicação de contratos de concessão de utilização privativa de bens do domínio público marítimo-portuário, isto é, não basta o recurso a procedimentos de matriz concorrencial, abertos ou semi-abertos, antes

⁵³ Obviamente que tal não afasta, ao menos em nosso entender, a exclusão do âmbito objectivo incidência da proposta de lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* das concessões dominiais que se subordinem, em especial, ao disposto nos n.os 1 e 2 do art.º 5.º do CCP. Cfr., em particular, pelo que se refere à análise do art.º 5.º, n.º 2, do referido diploma legal, em que se acha vertida, nos seus pressupostos fundamentais, a dogmática das relações *in house*, fruto do intenso labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), Pedro Gonçalves, (n. 1), p. 49 a 54 e 178 a 189, bem como, em termos fundamentalmente concordantes, Bernardo Azevedo, *Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*, *Estudos de Contratação Pública – I*, 2008, p. 115 a 145.

se exigindo uma sua matriz declaradamente concursal, o que significa que apenas se abre espaço para o concurso público e para o concurso limitado por prévia qualificação enquanto modalidades de procedimento pré-contratual admissíveis em ordem à adjudicação das concessões de uso privativo de bens públicos portuários.

Enquanto desvios mais sensíveis à tramitação comum definida no CCP para a adjudicação de contratos públicos, impõe-se registar o seguinte:

- Previsão de uma causa autónoma de ajuste directo, a par das demais hipóteses consignadas no CCP, consubstanciada na atribuição da concessão de utilização privativa ao seu requerente particular, desde que, na sequência da publicitação externa do respectivo pedido, não tenha sido apresentado nenhum pedido concorrente (o mesmo se estabelecendo, aliás, para as licenças de uso privativo com prazo até um ano);

- Estabelecimento, ao menos aparente, de um procedimento mais simplificado de apreciação do mérito das propostas, que não tem de responder às exigências postas pelo complexo modelo de avaliação das mesmas definido no artigo 139.º do CCP.

- Inexigibilidade do princípio da dupla audiência prévia postulado pelo CCP (vg. artigos 124.º e 148.º do CCP), desde que, na sequência das observações apresentadas pelos concorrentes em sede de relatório preliminar, haja lugar, no contexto da elaboração do relatório final, para a (proposta de) exclusão de propostas anteriormente admitidas ou para a (proposta de) alteração da ordenação das propostas constante do relatório preliminar;

- Abertura do elenco de causas de não adjudicação, por relação à indicação exaustiva (pelo menos de acordo com os que sufragam semelhante linha de entendimento) contida no artigo 79.º, n.º 1, do CCP, dotando-se a Administração de verdadeiros poderes discricionários capazes de caucionar, neste domínio particular, qualquer decisão negativa de adjudicação, desde que estribada em *razões de interesse público devidamente fundamentadas*⁵⁴.

3.2. O regime de contratação pública aplicável às concessões de serviço público relativas às actividades de cariz portuário e de natureza logística a exercer nas áreas portuárias.

A concessão de serviço público, outro dos tipos contratuais de manifestação recorrente no domínio do sector portuário, sobretudo no contexto da operação portuária, tem persistido em manter-se arredada do âmbito objectivo de previsão das directivas comunitárias em matéria de contratação pública e isto não obstante as múltiplas discussões travadas a este propósito particular⁵⁵.

O carácter *intuitu personae* do contrato em causa torná-lo-ia no mínimo refractário à sujeição às regras puras do mercado, a implicar a sua exposição indiscriminada à concorrência aberta dos operadores económicos actantes no sector de actividade concretamente em causa, uma vez que a base de confiança subjacente à selecção do co-contratante da Administração poderia ficar definitivamente comprometida na hipótese de se dar exclusiva preferência a procedimentos pré-contratuais de natureza aberta ou semi-aberta.

⁵⁴ Sobre a submissão das concessões dominiais, em geral, às regras da contratação pública, ainda que apenas na perspectiva da delimitação do âmbito objectivo de aplicação da parte II do CCP, Ana Raquel Moniz, Contrato público e domínio público, *Estudos de Contratação Pública – I*, 2008, p. 831 a 892 (*maxime* p. 846-852).

⁵⁵ Em ordem à determinação do critério que marca a linha divisória entre o contrato público de prestação de serviços (subordinado ao regime jurídico específico definido pelas directivas relativas aos contratos públicos) e a concessão de serviço público (sujeita ao regime menos rigoroso decorrente da aplicabilidade directa dos princípios gerais do Tratado), cfr. o acórdão *Parking Brixen*, em que o TJCE defende que enquanto «o contrato público de serviços (...) comporta uma contrapartida que é paga directamente pela entidade adjudicante ao prestador de serviços», a concessão de serviço público importa que «a remuneração do prestador de serviços provém não da autoridade pública, mas de montantes pagos por terceiros pela utilização» do serviço prestado, daí decorrendo inexoravelmente que é ao prestador de serviços que cabe a assunção do risco pela exploração dos serviços em questão. No mesmo sentido, cfr., ainda, Biagio Gilberti, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, *Foro Amministrativo – Consiglio Stato (FA)*, 2006, p. 45 e 46, que sublinha que é na transferência do «risco empresarial» para o concessionário que descansa afinal o signo distintivo da figura da concessão de serviço público por relação à do contrato público de prestação de serviços.

Pese embora o que antecede, a verdade é que o nosso legislador, antecipando-se à tendência, que se tem vindo a avolumar no espaço comunitário, de fazer depender a adjudicação de concessões de serviço público da observância de procedimentos públicos adjudicatórios prévios, ainda que com grau de abertura variável, veio a submeter, definitivamente, as mesmas, não obstante o tratamento jurídico-normativo de feição marcadamente especial(izada) que lhes consagrou, aos procedimentos públicos adjudicatórios previstos no CCP para a adjudicação de contratos públicos (artigo 31.º do CCP).

De harmonia com o disposto no referido artigo 31.º do CCP, a adjudicação de concessões de serviços públicos (o mesmo valendo, aliás, para as concessões de obras públicas) está, em princípio e indiferentemente, subordinada aos procedimentos de concurso público, de concurso limitado por prévia qualificação e de negociação.

Além disso, sempre que a escolha, de teor fundamentalmente discricionário, da responsabilidade da entidade adjudicante, venha a recair sobre o procedimento de concurso público, aquela pode ainda optar, ao abrigo da respectiva autonomia pública decisória, por abrir espaço, no respectivo contexto, para uma fase de negociação das propostas, em razão do disposto nos artigos 149.º a 154.º do CCP ⁵⁶.

Sempre que, devido à complexidade do contrato de concessão de serviços públicos a celebrar, não se revele ou mostre objectivamente possível a abertura imediata de um procedimento de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, haverá lugar para o lançamento de um procedimento de diálogo concorrencial, sendo os candidatos previamente qualificados «convidados» a apresentar a solução técnica, jurídica ou económico-financeira que se lhes afigure mais razoável ou ajustada tendo em vista o objectivo final a atingir com a adjudicação do contrato que especificamente se encontre em causa. Em sequência, haverá ainda lugar para uma fase de diálogo com os candidatos sobre as soluções apresentadas e, apenas quando a solução final se encontrar devidamente estabilizada, se abrirá espaço, propriamente, para a apresentação das propostas e adjudicação àquela que se apresentar como mais vantajosa na perspectiva da satisfação do interesse público.

Por fim, cumpre igualmente enfatizar que o recurso ao procedimento de ajuste directo é, para os contratos de concessão de serviços públicos, significativamente simplificado, sendo admitido à entidade adjudicante socorrer-se desta modalidade de procedimento de adjudicação, desde que tal seja ditado ou justificado por razões de interesse público relevante, o que, em bom rigor, significa reconhecer à Administração o poder de discricionariamente modelar, em cada momento, qual o procedimento pré-contratual que se mostra, em concreto, mais adequado à selecção do seu co-contratante externo.

No caso das concessões de serviço público, há ainda que advertir para os reflexos que daí emergem em matéria de configuração da exacta fisionomia assumida pelas peças do procedimento, uma vez que os cadernos de encargos relativos a procedimentos públicos adjudicatórios desta categoria de contratos têm sempre que incluir um código de exploração com os direitos e obrigações das partes e dos terceiros utentes dos serviços (artigo 44.º do CCP).

Resta acrescentar que relativamente às concessões de serviços públicos portuários a Proposta de Lei dos Portos (artigo 42.º) se limita a afirmar o princípio geral, de harmonia com o que dispõe a lei actualmente em vigor neste domínio particular (designadamente os Decretos-Lei n.os 298/93 e 324/94, respectivamente de 28 de Agosto e de 30 de Dezembro) de que «a prestação ao público das actividades de cariz portuário ou de natureza logística (...) deve ser objecto de concessão, designadamente em regime de serviço público».

⁵⁶ Importa referir que o leque de entidades adjudicantes, em virtude de nos encontrarmos no domínio dos sectores ditos especiais (colocação à disposição dos transportadores marítimos ou fluviais de quaisquer terminais de transporte, designadamente portos marítimos ou interiores – art.º 9.º, n.º 1, alínea b), ii)), tende para um alargamento exponencial, em virtude do disposto no art.º 7.º do CCP.

Especificamente pelo que respeita ao procedimento de formação a que se encontram adstritos os contratos de concessão de serviços públicos relativos a actividades portuárias, é determinado, pelo artigo 43.º da Proposta de Lei dos Portos, igualmente em linha com o que se estabelecia para o direito anterior (que estabelecia o concurso público como procedimento típico de adjudicação desta categoria de contratos concessórios), que os mesmos seguem «o regime previsto no CCP para os contratos de concessão de serviço público».

A única especialidade de regime que é introduzida prende-se com os programas de procedimento e cadernos de encargos, os quais são elaborados (e aprovados) pela autoridade portuária concedente mediante parecer prévio do IPTM, I.P., para a generalidade das concessões de serviço público no sector das actividades portuárias, sucedendo, contudo, que, se o prazo da concessão for superior a dez anos, terá que haver intervenção, necessária, do Governo, a que caberá a respectiva aprovação, através de Resolução do Conselho de Ministros, também precedida de parecer prévio do IPTM, I.P., (artigo 44.º da Lei dos Portos) ^{57 58}.

Por fim, apenas uma nota para salientar que também a subconcessão (total ou parcial) - designadamente quando a possibilidade de a mesma se efectuar não se encontrar prevista nas peças procedimentais dirigidas à celebração do contrato principal - deve ser sujeita à observância de procedimentos mínimos de publicidade (*obrigação de transparência*), de forma a garantir quer a abertura do mercado à concorrência de todos os potenciais interessados, quer o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

3.3. O regime de contratação pública aplicável às concessões de utilização privativa e de exploração de bens integrados no domínio público marítimo-portuário e, bem assim, às concessões de serviço público relativas às actividades de cariz portuário e de natureza logística a exercer nas áreas portuárias, na sua condição de contratos não incluídos no âmbito objectivo de incidência das directivas comunitárias relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos.

A linha de tendência que tem vindo a ganhar força no direito comunitário, impulsionada em larga escala pela jurisprudência do TJUE, mas também pela própria Comissão, vai, claramente, no sentido de que a adjudicação dos contratos de concessão de serviços públicos (a que poderíamos juntar, conforme vimos, os contratos de concessão dominiais), não estando embora coberta pelo âmbito de incidência das directivas relativas aos procedimentos de adjudicação de contratos públicos, deve, porém, estar, ainda assim, sujeita, por força da aplicação directa e imediata do Tratado, a regras mínimas de publicidade e de transparência, por forma a assegurar o respeito pelas princípios da igualdade, não discriminação em razão da nacionalidade, mútuo reconhecimento, paridade de tratamento e imparcialidade, enquanto sustentáculos de um mercado aberto e concorrencial.

Neste sentido, de que a celebração de contratos de concessão de serviços públicos (o mesmo se poderia afirmar, acrescentamo-lo nós, para as concessões dominiais), isenta embora da aplicação das regras detalhadas constantes das directivas comunitárias relativas aos mercados públicos, fica ainda assim obrigada «a respeitar as regras fundamentais do Tratado em geral e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade em particular», se veio a pronunciar expressamente o TJCE no Acórdão *Telaustria* (Processo n.º C-324/98).

⁵⁷ Não pode ainda deixar de se fazer notar que, de harmonia com o estabelecido no art.º 15.º, n.º 2, da proposta de Lei dos Portos, a exploração das «áreas dos portos de pesca necessárias à realização do serviço público de venda do pescado em lota» são contratualizadas entre o IPTM, I.P. e a entidade a quem legalmente incumba a exploração desse serviço, obedecendo a formação do contrato em causa ao procedimento de ajuste directo e sendo a respectiva adjudicação objecto de despacho conjunto das respectivas tutelas, no qual se fixa o preço da concessão (art.º 15.º, n.º 3, da referida proposta de lei).

⁵⁸ Cfr., sobre o regime jurídico recortado para as concessões de serviço público pelo CCP, Fernanda Maçãs, A concessão de serviço público e o código dos contratos públicos, *Estudos de Contratação Pública - I*, 2008, p. 371 a 430 (em especial p. 404-408).

O TJCE fez, contudo, questão de clarificar, no mesmo acórdão, que do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade resulta «uma obrigação de transparência que permite à entidade adjudicante assegurar-se de que o referido princípio é respeitado», sendo que esta «obrigação de transparência a cargo da entidade adjudicante consiste em garantir, a favor dos potenciais concorrentes, um grau de publicidade adequado para assegurar a abertura do mercado dos contratos de serviços à concorrência, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.»

De harmonia com esta linha de entendimento se encontra, igualmente, a posição assumida pela Comissão seja no *Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, COM (2004), de 30.04.2004 (com especial realce para as considerações constantes dos seus § 29 a 31), seja na *Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI)*, (2008/C 91/02), de 12.04.08 (em particular no seu ponto 2.1).

De referir, ainda, que também no caso de contratos públicos situados abaixo dos limiares comunitários fixados pelas directivas como condição necessária para a respectiva aplicabilidade (ou apenas parcialmente abrangidos pelas mesmas), há lugar para a necessária observância de procedimentos mínimos de publicidade (*obrigação de transparência*) por forma a garantir a abertura do mercado à concorrência de todos os potenciais interessados, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.

Este imperativo, afirmado recorrentemente pela jurisprudência do TJCE, designadamente através do acórdão *Ben Mousten Vestergaard* (Processo n.º C-59/00), encontra-se hoje formalmente condensado na *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*, (2006/C 179/02), de 01.08.2006.

Claro está que a relevância desta posição assumida pelas instâncias comunitárias por relação aos contratos não abrangidos pelas normas de incidência objectiva das directivas comunitárias em matéria de contratação pública acaba por ser tendencialmente marginal se circunscrevermos a nossa preocupação apenas aos contratos de concessão de serviços públicos, porquanto estes últimos já dispõem de uma regulação específica e autónoma no CCP destinada, justamente, a delimitar o espectro de procedimentos públicos adjudicatórios aplicáveis à sua formação.

No entanto o mesmo já não sucede com as concessões dominiais, que, na falta de aprovação de uma regulamentação *ad hoc* tendo por finalidade definir os procedimentos pré-contratuais aplicáveis à sua formação (caso da Proposta de Lei relativa à definição do *regime geral dos bens do domínio público* e da proposta de lei dos portos) e perante a contingência de vir a prevalecer um entendimento (contrário ao nosso) que vote pela sua não sujeição ao CCP, passariam a figurar, precisamente, entre os contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias, mas, ainda assim, adstritos ao respeito, no contexto da sua formação, de procedimentos mínimos de publicidade (*obrigação de transparência*), por forma a garantir a abertura do mercado à concorrência de todos os potenciais interessados, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação^{59 60}.

⁵⁹ V., Sobre tudo isto, na doutrina, Sue Arrowsmith, *The past and the future evolution of EC procurement law: from framework to common code?*, *Public Contract Law Journal (PCLJ)*, n.º 35, vol. III, 2006, p. 365 a 367; Luca R. Perfetti, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, *DA*, 2, 2006, p. 398 a 402 e 404 a 406 e, especificamente pelo que toca aos contratos públicos situados abaixo dos limiares definidos pelas directivas comunitárias, cfr., sinteticamente, Frédéric Rolin, *Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats in house*, *AJDA*, 2005, p. 901.

⁶⁰ Resta, por último, referir que sempre que estas concessões dominiais ou de serviços públicos no sector marítimo-portuário derem origem à constituição de parcerias público-privadas, haverá que guardar fidelidade não só ao regime específico instituído pelo Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho), como igualmente às especialidades que daí decorrem em matéria de contratação pública – v. art.º 37.º (órgão competente para a decisão de contratar); art.º 45 (caderno de encargos) e art.º 67.º, n.º 3 (regras de designação do júri), todos do CCP.

4. A gestão dos portos e a preservação da biodiversidade marinha: as águas de lastro

Por último, é ainda de assinalar as preocupações ambientais que têm vindo a assumir importância crescente no âmbito dos sistemas de gestão dos portos, quer ao nível nacional, quer ao nível internacional.

Efectivamente, ante a consciencialização de que navegação constitui uma das principais vias de introdução, através das águas de lastro e dos cascos das embarcações, de espécies que constituem uma causa de ameaça à preservação da biodiversidade marinha, de há alguns anos a esta parte que têm vindo a ser adoptadas medidas no sentido de os sistemas de gestão dos portos marítimos assumirem esta questão como uma das suas preocupações centrais.

Em Portugal, na sequência da Resolução A.868 (20), de Novembro de 1997, da Organização Marítima Internacional, que aprovou as orientações para o controle e gestão da água de lastro dos navios para minimizar a transferência de organismos aquáticos nocivos e agentes patogénicos, foi publicado o Decreto-Lei n.º 565/99, de 21 de Dezembro, que veio regular a introdução na Natureza de espécies não indígenas da flora e da fauna. Relativamente às águas de lastro, estabelece este diploma que, ao enchimento e despejo das águas de lastro dos navios, são aplicáveis as regras definidas nas linhas orientadoras da Organização Marítima Internacional (IMO) e do Conselho Internacional para a Exploração do Mar (ICES).

O principal objectivo destas orientações de fonte internacional é o de auxiliar os Estados e as autoridades relacionadas com a matéria, os comandantes de navios, os operadores e armadores e as autoridades portuárias, bem como outras entidades interessadas, a minimizar os riscos da introdução de organismos aquáticos nocivos e agentes patogénicos, provenientes da água utilizada como lastro pelos navios e dos sedimentos nela contidos e, ao mesmo tempo, resguardar a segurança dos navios.

Contudo, aquela Resolução não se limita a estabelecer meras orientações, prevendo, pelo contrário, indicações suficientemente precisas, dirigidas quer aos directos responsáveis dos navios, quer ao Estado do Porto, determinando, relativamente a este, entre outras coisas, que deve dotar os portos de instalações disponíveis para recebimento e tratamento da água utilizada como lastro, para permitir um esgoto ambientalmente seguro dos sedimentos existentes nos tanques de lastro. Adiantando ainda que a descarga da água utilizada como lastro pelos navios nas instalações de recepção e/ou de tratamento existentes no porto deve ser feita por meio de um controle adequado.

Também o Plano de Ordenamento do Espaço Marítimo, elaborado na sequência e no âmbito da Estratégia Nacional para o Mar, constante da Resolução do Conselho de Ministros n.º 163/2006, de 12 de Dezembro, incluiu o controlo e gestão da água de lastro num dos seus objectivos fundamentais: a redução da poluição associada ao transporte marítimo.

Semelhante objecto tem vindo a constar de Directivas da União Europeia, designadamente das Directivas n.ºs 98/25/CE, do Conselho, de 27 de Abril, 98/42/CE, da Comissão, de 19 de Junho, e 99/97/CE, da Comissão, de 13 de Dezembro, relativas à aplicação, aos navios que escalem os portos da Comunidade ou naveguem em águas sob jurisdição dos Estados membros, das normas internacionais respeitantes à segurança da navegação, à prevenção da poluição e às condições de vida e de trabalho a bordo dos navios, prevendo mecanismos de inspecção pelo Estado do porto⁶¹.

As regras das Directivas foram transpostas para a ordem jurídica portuguesa através do Decreto-Lei n.º 156/2000, de 22 de Julho, tendo aprovado o Regulamento de Inspecção de Navios Estrangeiros, alterado pelo Decreto-Lei n.º 284/2003, de 8 de Novembro⁶².

⁶¹ Aquelas Directivas alteraram a Directiva n.º 95/21/CE, do Conselho, de 19 de Junho.

⁶² O Regulamento de Inspecção de Navios Estrangeiros, havia sido inicialmente aprovado pelo Decreto-Lei n.º 195/98, de 10 de Julho, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 156/2000, de 22 de Julho, e pelo presente diploma.

Nos termos daquele Regulamento, o IPTM deve realizar, anualmente, um número total de inspecções correspondente a, pelo menos, 25% do número médio anual de navios distintos que tenham escalado os portos nacionais, calculado com base nos três últimos anos civis.

Por sua vez, as administrações portuárias, ou outras entidades com competência em matéria de jurisdição portuária, devem disponibilizar ao IPTM e às capitánias dos portos a identificação dos navios estrangeiros abrangidos pelo Regulamento que entrem em todos os portos nacionais sob a sua jurisdição.

As autoridades portuárias dispõem também de estudos de caracterização das águas de lastro e de regulamentos que definem as condições ambientais e de segurança portuária da navegação.

Nos termos daqueles regulamentos, os navios devem subscrever à chegada o formulário de movimentação de águas de lastro, nos termos do já mencionado Decreto-Lei nº 565/99, de 21 de Dezembro, e da Resolução A.868(20), de 27 de Novembro de 1997, da Organização Marítima Internacional.

Entre outras regras determinadas pelas autoridades portuárias, podem destacar-se: as operações de lastro/deslastro directo de e para as águas portuárias devem ser reduzidas ao estritamente necessário para assegurar a segurança do navio; o lastro proveniente dos tanques de carga só pode ser bombeado para terra; o lastro permanente e o segregado só podem ser bombeados para as águas portuárias se não estiverem contaminados, devendo o navio assegurar-se previamente da inexistência de quaisquer produtos poluentes; em caso de dúvida, podem ser exigidas amostras do lastro, que devem ser seladas na presença de legal representante do navio, da autoridade portuária e da autoridade marítima; e sempre que for julgado conveniente, poderão ser mandadas selar as válvulas de fundo e sondados os tanques com lastro; etc.

Em face desta breve e genérica referência à questão ambiental, designadamente à preservação da biodiversidade marítima, no contexto da governação dos portos, pode concluir-se que, ao nível legal e regulamentar, Portugal tem vindo a adoptar medidas que, pelo menos abstractamente, se revelam apropriadas a salvaguardar aquele património natural.

Palavras-Chave: Portos marítimos; aspectos organizacionais; instrumentos jurídicos de gestão; concessão; contratos públicos; importância das questões ambientais.

Licínio Lopes Martins e Bernardo Azevedo
Assistentes da Faculdade de Direito de Coimbra