

Estudo sobre a CONCORRÊNCIA NO SECTOR PORTUÁRIO

Contributo da AOPPD – Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões

I - A AOPPD – Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões integra a Direcção da CPDL Comunidade Portuária do Douro e Leixões e, nessa qualidade, subscreveu o documento intitulado “Um contributo das Comunidades Portuárias dos Portos Portuguesas do Continente” cujo conteúdo lhe mereceu pleno acordo em todas as abordagens e críticas que ele comporta e designadamente com o comentário final que lhe é imputado, ou seja, a falta de rigor na apreciação do Sistema Portuário Nacional, o manifesto contraste e divergência que esta apreciação patenteia face a apreciações expelidas por entidades internacionais credíveis e, finalmente, recomendações desajustadas em resultado de assentarem em premissas desacertadas.

Intentar-se-á produzir um contributo construtivo ao denominado *Estudo* ora sob consulta, tendencialmente dirigido às recomendações/interpretações que nele se enunciam relativamente aos modelos de exploração da actividade de movimentação de mercadorias, num contexto também dirigido à realidade que pela Europa se vive e às diferenças que se verificam.

O carácter tendencioso do documento em apreciação, a que pretensiosamente foi atribuído o título de *Estudo*, está presente ao longo do documento que parece desenhado com um claro objetivo e, para aparentemente o justificar, distorce factos.

A título de mero exemplo, na apreciação que faz do Índice de Desempenho Logístico induz-se inequivocamente a ideia de que a prestação de serviços nos portos é componente considerada na área da Qualidade das Infraestruturas e, como tal, também ela responsável pelo maior diferencial de desempenho de Portugal face ao de outros países referidos. Tal não corresponde à verdade pois a prestação de serviços portuários é, no Índice de Desempenho Logístico, considerada no âmbito da Qualidade e Competência Logística, segmento em que o país regista a sua melhor classificação relativa (20.º), em comum com a Localização e Seguimento (*Tracking and Tracing*).

De igual modo, na apreciação que é feita relativamente ao Índice de Competitividade do *World Economic Forum 2014-2015* mais uma vez se induz o leitor num equívoco, ao referir que o foco

Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões

da análise sujeita a apreciação neste item é a qualidade da rede de portos, quando é de facto, mais uma vez, a qualidade da infraestrutura portuária (*Quality of port infrastructure*).

E, embora não considerando que no contexto global as classificações obtidas sejam desprezíveis, mas antes considerando que existe sempre a possibilidade de fazer melhor, o que se tem que apontar é que a responsabilidade destas apreciações menos positivas das infraestruturas portuárias são imputáveis exclusivamente ao Estado e à falta de investimento estatal nas mesmas, quer ao nível dos terminais portuários existentes – que são os que foram colocados a concurso público para concessão – quer ao nível dos acessos terrestres e marítimos às referidas infraestruturas em que, salvo raras exceções, os nossos portos estão em condições deploráveis.

Mas para inverter essa situação, ao contrário do que a AdC parece pretender, é necessário que os entes sectoriais, incluindo os públicos, tenham capacidade financeira para investir e isso só é possível se a sua atividade for rentável.

II - De entre a multiplicidade de contratos administrativos que a lei prevê para a exploração da actividade de movimentação de mercadorias nos portos, destaca-se, para o que ora interessa, o “Contrato de Concessão de Serviço Público”, o qual é pacificamente reconhecido **como um acordo pelo qual uma pessoa colectiva de direito público transfere para outra pessoa, durante o prazo estipulado, o seu poder de estabelecer e explorar em regime de exclusividade determinado serviço público, para ser exercido por conta e risco do concessionário mas sempre no interesse público.**

Igualmente se reconhece facilmente que esse contrato é um acto bilateral e constitutivo de direitos que deve ser utilizado para proteger com garantias suficientes os investimentos vultuosos – seja em obras, aquisição de equipamentos, preparação da actividade de exploração, etc - que nos termos contratuais tem de ser realizados, sempre com fim de utilidade pública.

No que aos portos especificamente respeita, compete às Autoridades Portuárias, nos termos legais, a atribuição de usos privativos e definição do respectivo interesse público para efeitos de concessão, relativamente aos bens do domínio público que lhe está afecto, bem como à prática de todos os actos respeitantes à execução, modificação e extinção da licença ou concessão e bem assim o licenciamento e a prática de todos os actos que esse licenciamento exige, nos termos da legislação aplicável.

Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões

Finalmente e também nos termos da lei, a **atribuição de uma concessão tem de ser precedida de concurso cujas peças têm de ser aprovadas pela Tutela**, e impõe-se recordar que as concessões de exploração da actividade de movimentação de cargas que se realizaram no Porto de Leixões – à semelhança dos outros portos – foram precedidas de concurso público internacional devidamente publicitado nos órgãos oficiais de comunicação da U.E..

A isto ainda acresce que tem de ser reconhecido que o sector portuário nacional é dos mais transparentes da Europa, dele sendo publicitados por diversos meios de comunicação – incluindo a Internet - os tarifários das Autoridades Portuárias e os tarifários máximos dos terminais portuários de serviço público, o que não é prática comum a outros países.

Face ao que sumariamente se acabou de expender, afigura-se-nos ser lícito poder afirmar que:

1. O modelo adequado e legal para a exploração de um terminal portuário é o da concessão;
2. A exploração de um terminal envolve a necessidade de realização de avultados investimentos de diversa ordem que têm de ser amortizados no prazo de vigência;
3. A exploração é realizada por conta e risco da concessionária, sempre salvaguardado o interesse público;
4. A atribuição de uma concessão portuária é precedida do lançamento de um concurso público internacional.
5. As tarifas máximas praticadas são transparentes e conhecidas, seja do lado público como do privado.

Se analisarmos com intenção e isenção o conteúdo destas premissas enformadoras do regime de atribuição de uma concessão portuária, não parece admissível que se conclua que as concessões actuais possam violar a concorrência porque conformam-se com o modelo jurídico vigente, foram abertas internacionalmente a todos os potenciais interessados, envolvem investimentos elevados e justificam, por isso, prazo máximo de amortização, são exercidas sob risco do concessionário e com resguardo do interesse público que é reconhecido à actividade sob tarifas máximas transparentes e não será seguramente, por isso, o acolhimento das Recomendações para a redefinição do modelo de concessões previsto no ponto 5.2 do enquadramento, que as tornará mais transparentes.

Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões

Ao invés, em nosso aviso, estas recomendações, para além da prévia sustentabilidade jurídica que exigiriam e que com dificuldade se concebe

1. Criariam uma enorme insegurança e instabilidade na exploração;
2. Propiciariam a violação de direitos adquiridos;
3. Consubstanciarium uma solução economicamente desastrosa ao gerar um desincentivo ou, até, paralisia nos investimentos – que são nesta actividade inelutavelmente vultuosos - por irrecuperáveis no contexto do tempo de exploração e na precariedade com que ela seria exercida;
4. Gerariam ineficiências operacionais e distorções concorrenciais face ao desinvestimento que provocaria e que caracterizaram a generalidade dos portos e terminais portugueses até ao final do século XX;
5. Marginalizariam os nossos portos nos fortíssimos mercados concorrenciais em que se inserem e que quotidianamente se desmudam e exigem uma estabilidade temporal sustentável e vigorosamente consolidada.

III) Perpassando por mais algumas das Recomendações constantes do referido ponto sinteticamente se reforça e reitera a contribuição das comunidades, lembrando:

1. Os condicionalismos à competitividade dos portos resultam de diferentes factores alheios aos prestadores de serviço nos terminais, uns designadamente de natureza infra estrutural e outros absolutamente exógenos a sua actividade e, por conseguinte, arredados do seu controlo;
2. O número existente de portos e terminais resultam da dimensão do mercado que servem;
3. A especialização de portos ou terminais justifica-se na sua localização, infra estruturas disponíveis e hinterland que os utiliza;
4. Existe concorrência entre terminais dentro e entre portos;
5. Uma situação de domínio não fere só por si a concorrência se esse domínio for justificável, v.g. por limitações de espaço sendo certo que essas situações não são censuráveis pelos tribunais europeus; a censura tão só recai sobre o **abuso** do domínio pelo que o que se justifica é um controlo sobre a actividade para evitar que ele ocorra.

IV - A exploração de terminais portuários na U.E. é caracterizada por regimes jurídicos diferenciados, fundamentalmente caracterizados uns pelo facto de se basearem em meros contratos de “*land lease*” e outros pela atribuição mediante contratos de concessão.

Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões

Daqui resulta que a prestação de serviços inerentes à exploração de terminais nos portos europeus, incluindo a movimentação de carga, em que as empresas exercem rigorosamente a mesma actividade, é efetuada em condições absolutamente díspares, que ferem as mais elementares regras de concorrência, sem que tal seja objeto de apreciação neste documento.

Ao contrário da opinião que prevalece na Europa, onde é inequívoco que a Directiva das Concessões não se aplica à exploração de terminais portuários fundada em contratos de *“land lease”* e em que díspares juslaboralistas europeus que a interpretaram – designadamente da Espanha e Itália – defendem que a mesma não se aplica às concessões portuárias, a AdC não tem dúvidas de que a Directiva das Concessões se aplica às concessões de exploração de terminais portuários.

Não sendo este o momento nem o meio para debater este tema, não deixamos de aqui mais uma vez salientar que se ocorrer uma aplicação não generalizada da Directiva das Concessões a todos os contratos de exploração de terminais portuários na Europa, e estando o quase universo do regime das concessões circunscrito ao nosso país, à Espanha e Itália, lá incorreremos novamente, no contexto europeu, numa situação que podemos referenciar como de *“orgulhosamente sós”*.

De acordo com os contratos e com o regime geral, expirado o prazo de concessão – ou o da prorrogação que neles se prevê – a concessão caduca pelo que o prosseguimento da actividade deverá ser sujeito a um novo procedimento concursal. Acontece, todavia, que, aprovada a directiva e se ela for aplicável aos nossos portos, aquele novo procedimento deverá ser regimentado pelos preceitos que a directiva – introduzida em legislação nacional – vier a prescrever.

Assim sendo, se a directiva só se aplicar aos terminais portuários explorados sob o regime da concessão, estes, para além de até ao termo do prazo já em si estarem prejudicados pela diferenciação de regimes nacionais sobre a matéria que ocorre entre os países do norte e do sul, verão a sua situação ser agravada pelo facto de passarem a estar sujeitos às regras que a directiva vem introduzir; ao invés, os terminais dos portos aos quais ela não se aplicará, tão-somente porque o regime jurídico não se qualifica como concessão, é formalmente diferente, embora seja exercida rigorosamente a mesma actividade, continuarão a reger-se pelos

Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões

respectivos regimes nacionais que já hoje são bastante mais beneficentes; cava-se, assim, um fosso ainda mais profundo nas condições de exercício da mesma actividade.

Ora, se é certo que o facto de um porto ficar de fora do âmbito da directiva não o exime da sujeição aos específicos regimes nacionais, já hoje, como se disse bastante diferentes, a verdade é que:

1. Se houver diferenciação de regimes na exploração de terminais nos portos europeus, os que ficarem sob a alçada da directiva serão sujeitos a um regime muito mais gravoso, abstrata e comparativamente analisado;
2. Se o regime de exploração continuar a arrear-se na subsidiariedade nacional todos os portos ficarão sujeitos ao regime nacional vigente, sem prejuízo, todavia, de cada um poder reivindicar (mais por via tendencialmente legislativa, mas eventualmente também por via contratual), que lhe seja aplicado um regime mais favorável, idêntico ao que usufruem outros portos com quem concorrem, o que lhes estará vedado se sujeitos a regras europeias (nacionalmente convertidas).

Ou seja, andaram os portos europeus a lutar, uns para defenderem os regimes de que já beneficiavam – os países do norte com prazos que vão até para lá dos oitenta anos – outros – os países do sul - a reclamar que, pelo menos fosse instituído um só regime para todos os portos europeus em que se exerce a mesma actividade, para evitar distorções de concorrência.

Mas porque a directiva se pode aplicar aos portos, veja-se o que os nossos vizinhos espanhóis recentemente fizeram: aumentaram os prazos das novas concessões para 50 anos e criaram regras de prorrogação dos prazos das actuais para prazos mais elevados.

Aqui em Portugal passa-se o contrário, para além, não obstante sobejamente avisado, ninguém se preocupar em acompanhar as reformas levadas a efeito noutros países, conscientes da diferenciação de regimes que aqueles ainda continuaram a beneficiar, em nada agimos para esbater as diferenças discriminatórias quando exercemos a mesma actividade: ao invés, recomenda-se andar ao contrário, ou seja, aumentar ainda mais a discriminação mediante proposta de um novo regime que seguramente nos marginaliza e afasta dos nossos concorrentes.

Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões

V - Algumas das afirmações que são produzidas no documento são meramente tendenciosas e mal-intencionadas e acabam mesmo por colocar em causa o papel da própria AdC.

Quais são as barreiras de ordem legal à entrada ou acesso à operação de infraestruturas portuárias que a AdC identificou? A afirmação de que existem é gratuita, não tem fundamento!

E sobre a concentração empresarial existente não se podem deixar de colocar algumas questões pertinentes e que importa serem respondidas para se poder avaliar as alegações que são feitas: então a AdC não foi chamada a pronunciar-se nos projetos de concentração que se verificaram no setor dos operadores portuários? E não se pronunciou favoravelmente em todos eles? E em todos os casos não o fez respeitando a Lei vigente?

Se a resposta às perguntas anteriores for, como é, afirmativa, então é este pretensão *Estudo* que está ferido de ilegalidade e que persegue objetivos que não são nem os da Lei, nem os da AdC.

Vai aliás no mesmo sentido a indução da suspeição de que "... operadores de terminais portuários ... controlam armadores e agentes de navegação), não se excluindo que desta integração vertical possam resultar entraves adicionais à concorrência no mercado, em particular se o operador integrado verticalmente passar a impedir ou a dificultar, em benefício das suas próprias empresas que atuam a jusante, o acesso dos concorrentes ...". Isto é uma afirmação inaceitável, própria de mentes delirantes e obcecadas no seu cego objetivo.

Aliás no *Estudo*, a páginas 77 e seguintes, os autores limitam-se a enumerar "possíveis condutas anti-concorrenciais" reportando-se a meras referências internacionais e não indicando qualquer facto ou indício relacionado com o setor portuário em Portugal.

Para além de tudo o mais, os autores do *Estudo* manifestam desconhecer o complexo processo de negociação dos custos das cadeias logísticas de base marítima ou em que pelo menos um dos sectores é cumprido por via marítima. Por exemplo, no que aos terminais de contentores respeita, se por utilizadores das infraestruturas portuárias se pretende referir os donos das cargas, estes não têm quaisquer negociações com os terminais mas tão só com os operadores das Linhas de Navegação; se se pretende referir estes, limitamo-nos a recomendar a leitura de qualquer publicação especializada que facilmente esclarecerá do contrário.

Ao longo do *Estudo* os seus autores limitam-se a enunciar lugares comuns da atividade ou a apresentarem dados das infraestruturas disponíveis, das quantidades de cargas movimentadas

Associação dos Operadores Portuários dos Portos do Douro e Leixões

e dos navios que passaram pelos portos nacionais, tudo no sentido de procurarem dar um carácter eminentemente técnico a um estudo que não o é.

Releve-se ainda que no que concerne a Indicadores de produtividade no setor portuário e a avaliação de performance de terminais, o *Estudo* mais uma vez fica pela enumeração de lugares comuns que preenchem várias folhas, sem nunca referir quaisquer dados concretos relativos ao setor portuário nacional.

A apresentação que é feita nas tabelas 12 e 13 do que é denominado “Índice de Vantagem Comparativa Revelada dos portos do Continente (2013)” é mais uma das demonstradas asneiras que qualquer utilizador portuário identifica e que a tecnostrutura pretende demonstrar como verdade incontornável.

O Estudo porfia no seu ataque aos operadores portuários! Não a quaisquer uns, mas em concreto a alguns dos atuais, aqueles que não tiveram medo de investir no setor, (os únicos) que não tiveram receio de concorrer a concursos públicos internacionais em que se disputaram as (atuais) concessões que lhes foram atribuídas e que ao longo dos anos tudo têm feito no sentido de inverter a situação caótica que caracterizava os portos portugueses algumas décadas atrás.

Tal evidência está demonstrada na Recomendação 2 constante do Estudo em que se recomenda “... que não sejam exercidas as cláusulas de renovação/extensão temporal que possam constar de alguns dos atuais contratos de concessão, devendo estas concessões ser, o quando antes, abertas à concorrência em novo procedimento competitivo de atribuição das mesmas”.

Mas então estas, as atuais, concessões não foram atribuídas em procedimentos competitivos?

Os operadores portuários são genericamente acusados de apresentarem “níveis de rentabilidade significativos”, como se tal fosse indício de qualquer crime e daí não resultassem benefícios para o País (pelos impostos cobrados), para a Economia (pela capacidade de investimento evidenciada) e para a Sociedade (pela emprego criado).

Parece que para a AdC ter empresas nacionais rentáveis é um mal a combater. Talvez porventura por isso o operador do maior terminal de contentores nacional – que tem exclusivamente acionistas não nacionais – não foi objeto de análise.