



VIEIRA DE ALMEIDA
& Associados Sociedade de Advogados, R.L.

RESPOSTA À CONSULTA PÚBLICA PROMOVIDA
PELA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA RELATIVA AO
ESTUDO SOBRE CONCORRÊNCIA NO SETOR PORTUÁRIO

SVITZER

11 de Setembro de 2015

I. INTRODUÇÃO

A Svitzer Portugal S.A. (“**Svitzer**”) vem por este meio apresentar a sua posição no quadro da consulta pública lançada pela Autoridade da Concorrência (“**AdC**”) relativamente ao Estudo sobre Concorrência no Setor Portuário (“**Estudo**”).

Antes de mais, a Svitzer felicita a AdC pela iniciativa de realizar o Estudo e por colocá-lo em discussão pública. O setor portuário apresenta-se como histórica e estrategicamente vital para Portugal, pelo que a análise dos constrangimentos concorrenciais que o afetam representa um primeiro passo importante no incremento da respetiva eficiência e no desenvolvimento da economia portuguesa. A formulação de recomendações fundamentadas, tal como apresentadas pela AdC, constitui um segundo passo muito meritório nessa direção. A Svitzer faz votos no sentido de que o labor da AdC possa culminar no devido acolhimento por parte do Legislador e do Poder Executivo das recomendações formuladas no Estudo.

A Svitzer revê-se, em geral, na descrição do setor portuário português tal como efetuada pela AdC, sem prejuízo de aspetos parcelares que poderão beneficiar de um enfoque adicional. A Svitzer revê-se igualmente, em geral, na identificação dos constrangimentos concorrenciais levada a cabo pela AdC, nomeadamente ao nível que mais diretamente concerne a sua atividade: a prestação de serviços portuários e, em concreto, de reboque. A Svitzer subscreeve, pois, as recomendações formuladas pela AdC relativamente a este mercado, as quais se sintetizam no título da Recomendação 4: **liberalização do acesso ao mercado dos serviços portuários**.

Pela presente resposta a Svitzer pretende dar um contributo no sentido da concretização de alguns dos fatores identificados pela AdC e sublinhar a importância do fomento da concorrência no mercado dos serviços portuários em Portugal.

II. A SVITZER

O grupo Svitzer foi fundado em 1833 na Dinamarca tendo como atividade os salvamentos marítimos. A partir de 1870 o Grupo Svitzer passou a prestar igualmente serviços de reboque em porto e em terminais. A Svitzer iniciou a sua atividade em Portugal em Junho de 2005.

Apesar de manter a sua sede em Copenhaga, o Grupo Svitzer globalizou-se, estando hoje presente em mais de 40 países, operando em cerca de 130 portos e 34 terminais. Dispõe hoje em dia de 430 embarcações e emprega cerca de 4.000 pessoas.¹

Em Portugal, a Svitzer está presente nos portos de Lisboa e Sines, e opera 7 embarcações. Presta serviços de reboque e salvamento.

A Svitzer é, pois, um operador ativo nalguns portos portugueses, com um longo historial de prestação de serviços de reboque e salvamento a nível internacional que, pelo conhecimento direto que tem da atividade portuária, julga poder contribuir utilmente para a consulta pública promovida pela AdC.

III. LIBERALIZAÇÃO DO ACESSO AOS MERCADOS DOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS

A AdC afirma – muito corretamente – que “a promoção da concorrência no setor portuário deve fazer-se a dois níveis distintos: ao nível da concorrência no mercado e ao nível da concorrência pelo mercado.”² No que se refere aos serviços portuários, o nível determinante é efetivamente o primeiro (concorrência no mercado), pese embora o facto de atualmente a prestação de serviços portuários nalguns portos portugueses (Aveiro e Sines) estar sujeita a concessão e, nessa medida, se suscitar nesses portos igualmente a questão ao nível da concorrência pelo mercado.

Se a evolução do enquadramento legal da prestação de serviços portuários for a defendida pela AdC no Estudo e pela Comissão Europeia na proposta de Regulamento que estabelece um quadro normativo para o acesso ao mercado dos serviços portuários e a transparência financeira dos portos (“**Proposta de Regulamento**”), ou seja, a liberdade de acesso à prestação de serviços portuários, então a questão dos constrangimentos concorrenciais

¹ Para mais informação sobre o Grupo Svitzer ver www.svitzer.com.

² Enquadramento da Consulta Pública, pág. 12.

levantar-se-á somente ao nível da concorrência no mercado, sendo, aliás, esta a abordagem que a Svitzer convictamente sustenta.

a. Concorrência pelo mercado

Atualmente a prestação de serviços de reboque nos portos de Aveiro e de Sines encontra-se subordinada a um regime de concessão, pelo que a concorrência no mercado é inexistente. A Svitzer considera que não se justifica a imposição de um regime de concessão nestes portos, devendo, pois, a prestação de serviços de reboque ser sujeita a um regime de mero licenciamento.

Não se verificam em qualquer um destes portos características que impeçam a prestação de serviços de reboque em regime de simples licenciamento, nomeadamente quando comparados com outros portos portugueses onde vigora tal regime como Lisboa e Setúbal. Com efeito, nem do ponto de vista da configuração física, nem na perspetiva das condições de operação nesses portos, existem razões que justifiquem a imposição de um regime de concessão.

A atual vigência de um regime de concessão nos portos de Aveiro e de Sines é triplamente excludente da concorrência. Por um lado, implica uma restrição significativa à concorrência no mercado pela própria natureza excludente do regime da concessão.

Por outro lado, a possibilidade de renovação da concessão em favor dos incumbentes prolonga muito para além do justificável a exclusão de novos operadores que contribuam para a promoção da concorrência.

Por último, o recurso ao mecanismo da concessão implica o risco de o caderno de encargos do concurso favorecer indevidamente os operadores incumbentes ou – o que resulta no mesmo – prejudicar indevidamente os potenciais novos entrantes. Cite-se, a título de exemplo, o último concurso para a concessão de serviços de reboque no porto de Aveiro em 2013. As características técnicas exigidas pelo caderno de encargos (comprimento, velocidade máxima, calado e tonelagem bruta) adequavam-se na perfeição ao concessionário incumbente mas diferiam significativamente das características do equipamento que todos os outros potenciais candidatos poderiam apresentar. Apesar da sua dimensão internacional e de dispor de mais de 430 embarcações, a Svitzer dispunha em toda a sua frota mundial de um único rebocador que correspondia às características exigidas pelo caderno de encargos, sem que o Porto de Aveiro

apresente características de tal forma únicas no mundo que exijam tal diferenciação, nomeadamente em termos de segurança, preservação do ambiente ou qualidade do serviço. Este tipo de situação, potenciada pelo regime da concessão, permite ao incumbente apresentar uma proposta assente nas embarcações que já possui e que se afigura portanto rentável, e implica para os candidatos a novo entrante que detenham embarcações com características diferentes a impossibilidade de concorrer ou, em alternativa, a necessidade de efetuar um investimento que o coloca a médio prazo em inultrapassável desvantagem económica face ao incumbente.

No que respeita ao caso de Aveiro, saliente-se que a Svitzer apresentou uma queixa junto do então regulador - IPTM – bem como junto do Secretário de Estado das Infraestruturas, Transportes e Comunicações. Em resposta à queixa apresentada pela Svitzer pronunciou-se o IPTM da seguinte forma:

“Ora, não tendo sido invocada nem demonstrada a existência dessas razões ponderosas que justifiquem a derrogação do princípio geral da concorrência, e que teria de se situar nos domínios do interesse público, da segurança e da qualidade do serviço prestado, pilares fundamentais do exercício da atividade em causa, parece concluir que a opção da APA na escolha da concessão poderá estar ferida de ilegalidade, e sendo assim deve ser anulado o concurso público em assunto referenciado, ou pelo menos suspenso até se demonstrar que, no caso concreto do Porto de Aveiro o regime legal que melhor se lhe adequa é, de facto, a concessão. Acresce referir, retomando o art. 106.º, n.º 1, do TFUE, que quando o Estado atribui um direito exclusivo a um concessionário está a conferir-lhe algo equiparável a uma posição dominante, e o facto dessa posição dominante ter já 10 anos, com possibilidade de mais 10 anos (dado que o prazo de concessão será de 5 anos suscetível de ser objeto de prorrogação até um máximo de 5 anos, mediante requerimento do concessionário, sujeito a aprovação do concedente, e se a mesma for atribuída ao atual concessionário, estamos perante uma situação que pode configurar um abuso de posição dominante, incentivado pelo próprio Estado, o que contraria frontalmente a proibição constante do art. 102.º do TFUE.

Ou seja, a decisão de V. Ex.^{as}. em manter o regime de concessão como modalidade de prestação de serviço de reboque poderá ter como efeito útil criar barreiras à entrada de novos

operadores económicos, o que poderá configurar um abuso de posição dominante, que é proibido pela EU. [...]

Assim, também por esta racionalidade se entende que a decisão sub judice estará ferida de ilegalidade e por conseguinte deverá ser anulada, ou pelo menos suspensa, como atrás referido.”

Não obstante, a APA entendeu por bem levar avante o concurso com as características acima apontadas, tendo a Svitzer impugnado judicialmente a respetiva decisão (**Anexo 1** que aqui se junta) e estando o processo pendente.

Pelas razões acima apontadas, a Svitzer advoga a adoção em Portugal da abordagem consignada na Proposta de Regulamento que prevê, como regra, a liberdade de acesso à prestação de serviços portuários em todos os portos marítimos que integram a Rede Transeuropeia de Transportes (RTE-T), ou seja, Leixões, Aveiro, Lisboa, Setúbal, Sines e Portimão.³

b. Concorrência no mercado

Para que o setor portuário nacional possa, em benefício dos utilizadores, incrementar a sua eficiência e dessa forma aumentar a sua competitividade internacional, bem como a competitividade da própria economia portuguesa, torna-se necessária a adoção urgente em Portugal do princípio norteador da Proposta de Regulamento que visa a liberdade de acesso à prestação de serviços portuários nos portos marítimos europeus que integram a RTE-T, bem como de vários dos seguintes corolários que dele decorrem:

- a imposição pelas administrações portuárias de requisitos mínimos aos prestadores de determinados serviços portuários apenas poderá estar relacionada com as qualificações profissionais, os equipamentos necessários ou a segurança marítima, a segurança geral do porto e os aspetos ambientais relevantes;
- os requisitos mínimos exigidos não deverão ser utilizados para introduzir barreiras no mercado de forma implícita, devendo, por conseguinte, os critérios que os definem ser objetivos e proporcionais, assegurando o tratamento equitativo de todos os operadores, atuais e potenciais;

³ Para além dos sete portos nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira.

- quando a liberdade de prestação de serviços seja condicionada através de uma limitação do número de prestadores, a restrição deverá justificar-se somente por restrições de espaço ou reserva de terrenos na área do porto claramente documentados num plano formal de desenvolvimento portuário;
- o processo de seleção dos prestadores de serviços portuários, caso o número de prestadores seja limitado, deve seguir os princípios e a abordagem estabelecidos na Diretiva relativa à adjudicação de contratos de concessão;
- o recurso à imposição de obrigações de serviço público conducentes à limitação do número de prestadores de serviços portuários só pode justificar-se por razões de interesse público, a fim de assegurar a acessibilidade do serviço portuário a todos os utentes, a sua disponibilidade durante todo o ano e a sua acessibilidade económica a certas categorias de utentes;
- as administrações portuárias não deve discriminar entre prestadores de serviços portuários, nomeadamente em favor de uma empresa ou organismo em que detenham interesses;
- se a administração de um porto prestar, ela própria ou por intermédio de uma entidade por si controlada, direta ou indiretamente, serviços portuários na área do porto e, ao mesmo tempo, for ela a entidade responsável por determinar a limitação do número de prestadores de serviços portuários, então o número de prestadores de serviços não poderá ser inferior a dois;
- deverá haver lugar a uma contabilidade transparente que demonstre a utilização eficaz e adequada dos fundos públicos por parte das administrações portuárias;
- as administrações portuárias devem consultar as várias partes interessadas, tais como as empresas estabelecidas no porto, os prestadores dos serviços portuários e os utentes do porto, sobre as principais questões relativas ao adequado desenvolvimento do porto, ao seu desempenho e à sua capacidade para atrair e gerar atividades económicas, tais como questões relacionadas com a coordenação dos serviços portuários na zona do porto, as ligações com o *hinterland* ou os procedimentos administrativos portuários.

Fundamental para a consagração em Portugal do princípio da liberdade de acesso à prestação de serviços portuários é a abertura à iniciativa privada dos serviços de reboque que são ainda prestados direta e exclusivamente pelas autoridades portuárias nos portos de Leixões, Madeira e Açores. Estes serviços deveriam ser prestados unicamente por operadores privados. Com efeito, não se vislumbra razão para que sejam prestados por operadores públicos, dado existirem operadores privados interessados em, e capazes de, prestá-lo. Se por alguma razão se mantiver a prestação de serviços por parte das autoridades portuárias, pelo menos que tal prestação possa coexistir com a prestação por parte de operadores privados e que possa, em benefício dos utilizadores, existir concorrência entre operadores públicos e privados.

Condição importante para a existência de uma concorrência efetiva nos portos portugueses é a consagração, por via legal ou regulatória, de uma estrutura contratual que salvguarde a possibilidade de o operador obter retorno sobre o seu investimento. Por natureza, a prestação de serviços de reboque implica a realização de avultados investimentos na aquisição e manutenção das embarcações e equipamento necessários. Atualmente, a duração dos contratos é, nos termos do art. 9.º do Decreto-Lei nº 75/2001 de 27 de Fevereiro de 2001, de um ano (com possibilidade de renovação). Atento o valor dos investimentos exigidos para a prestação do serviço de reboque, a duração contratual de um mero ano é absolutamente insuscetível de assegurar qualquer retorno ao operador e introduz uma grave insegurança na economia do operador. A possibilidade de renovação contratual só parcialmente atenua este problema, dado que a renovação tem de ser consensual e não depende, pois, exclusivamente do operador. Assim sendo, a promoção da concorrência através da existência de vários operadores sólidos que disputem entre si a prestação de serviços de reboque nos diferentes portos ficaria mais bem assegurada através de uma duração contratual superior a um ano, não necessitando para tanto de exceder os cinco anos.

IV. REDEFINIÇÃO DO MODELO DE GOVERNAÇÃO

É um facto que se verifica atualmente nas autoridades portuárias uma confusão de funções e objetivos que não pode senão acentuar alguma ineficiência relativa dos portos portugueses e que contribui para distorções inadmissíveis da concorrência. A Svitzer reputa de essencial a implementação da recomendação da AdC no sentido de uma clara separação entre a atividade

regulatória, a atividade de administração portuária e as atividades comerciais de prestação de serviços e exploração de terminais portuários.

A Svitzer subscreve a posição da AdC quanto à conveniência da pronta entrada em operação do novo regulador Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (“AMT”), de forma a que a função regulatória seja assumida em exclusivo pela AMT e as autoridades portuárias se remetam à sua função natural de administração portuária. A Svitzer faz votos para que o novo regulador disponha dos meios necessários ao cabal cumprimento da sua função.

No que respeita às atividades comerciais de prestação de serviços por parte das autoridades portuárias, retoma-se aqui o que acima se sustentou, no sentido da abertura à iniciativa privada dos serviços de reboque que são ainda prestados direta e exclusivamente pelas autoridades portuárias nos portos de Leixões, Madeira e Açores e da saída das autoridades portuárias do campo desta prestação de serviços, atenta a existência de operadores privados interessados em, e capazes de, assegurar os serviços.

Condição importante para a existência de uma concorrência efetiva nos portos portugueses é, como salienta a AdC na sua Recomendação 1, a publicação de um conjunto de indicadores de desempenho dos portos que permitam a avaliação da respetiva eficiência e produtividade. No entanto, sublinha-se que não é somente em relação à eficiência e produtividade que devem ser definidos, publicados e fiscalizados determinados indicadores: tal abordagem deve igualmente ser seguida no que se refere à qualidade do serviço e à segurança. Se for possível prestar serviços com baixos níveis de qualidade e de segurança e, portanto, com estruturas de custos mais baixas do que as de operadores que pugnem por elevados níveis de qualidade e/ou segurança, tal implicará a prazo uma espiral descendente nos níveis de qualidade e segurança dos portos portugueses que poderá comprometer definitivamente a sua competitividade internacional e implicar sérios riscos para a integridade dos utilizadores.

Idêntica preocupação se manifesta aqui relativamente à fiscalização pelas autoridades portuárias do cumprimento da lei por parte dos prestadores de serviços. É imperioso que o cumprimento das obrigações legais seja cabalmente fiscalizado e que o respetivo incumprimento seja devidamente sancionado. De outra forma, prejudicam-se os operadores cumpridores e beneficiam-se os infratores.

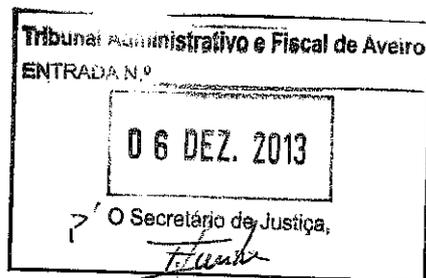
V. CONCLUSÃO

A Svitzer revê-se, em geral, na identificação efetuada pela AdC dos constrangimentos concorrenciais no setor portuário português e subscreve as recomendações constantes do Estudo, nomeadamente no que se refere à prestação de serviços de reboque.

A Svitzer ressalta como ponto mais importante da sua posição expressa através do presente documento a urgência na adoção em Portugal da abordagem consignada na Proposta de Regulamento que prevê, como regra, a liberdade de acesso à prestação de serviços portuários em todos os portos marítimos que integram a Rede Transeuropeia de Transportes a qual inclui Leixões, Aveiro, Lisboa, Setúbal, Sines e Portimão.⁴

Junta: um anexo.

⁴ Para além dos sete portos nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira.



Tribunal Administrativo e Fiscal de Aveiro

Proc. 982/13.2 BEAUR

Exmo. Senhor Juiz de Direito:

Svitzer Portugal - Reboques Marítimos, S.A., com sede na Gare Marítima da Rocha, Rocha Conde de Óbidos, 1350 - 352 Lisboa, pessoa colectiva número 507037910, matriculada na Conservatória de Registo Comercial de Lisboa sob o mesmo número, doravante abreviadamente designada por "Svitzer" ou "Autora",

Vem, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 100º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos ("CPTA"), propor contra

A **Administração do Porto de Aveiro, S.A.**, sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, criada através do Decreto-Lei n.º 339/98, de 3 de Novembro, com sede no Edifício 9 - Forte da Barra, Apartado 91, 3834 - 908 Gafanha da Nazaré, pessoa colectiva número 501431535 e matriculada na Conservatória de Registo Comercial de Ílhavo sob o mesmo número, nos termos do disposto no artigo 10.º/ 2 do CPTA, doravante abreviadamente designada por "APA" ou "Ré",

Processo urgente de contencioso pré-contratual, relativo a procedimento de formação de contratos, para **impugnação da decisão de adjudicação** (deliberação do Conselho de Administração da Administração do Porto de Aveiro, S.A., de 31 de Julho de 2013) do Concurso Público para a "*Concessão da Actividade de Reboque, em Regime de Serviço Público, no Porto de Aveiro*",

E para

Anulação do Contrato de Concessão da Actividade de Reboque, em Regime de Serviço Público, no Porto de Aveiro celebrado entre a APA e a Tinita - Transportes e Reboques Marítimos, S.A. (doravante "Tinita"), outorgado a 28 de Outubro de 2013, de cuja existência a Autora teve conhecimento no passado dia 5 de Novembro de 2013 através do fax enviado pela APA e que se junta como **documento n.º 1**, e cuja cópia a Autora logrou obter no dia 2 de Dezembro de 2013, adiante junta como **documento n.º 2**,

e ainda para

Intimação da Administração do Porto de Aveiro, S.A. para a adopção do regime de livre concorrência sob licença no porto de Aveiro para a prestação de serviços de reboque, solução essa que melhor salvaguarda o interesse público e os interesses do próprio porto de Aveiro e a única que cumpre as normas e regras legais.

O que faz nos termos e com os fundamentos seguintes:

1) DOS FACTOS:

- 1.º A Autora é uma sociedade que se dedica à prestação de serviços de reboque, no mar e em porto, bem como busca e salvamento marítimo, serviços marítimos diversos, no mar e em porto, remoção de destroços, combate a incêndios, prevenção e combate à poluição no mar e em porto, assistência em manobras, incluindo amarração e desamarração, assistência em ancoradouro a qualquer tipo de navio ou embarcação, transporte de pessoas e bens (v. a certidão de acesso permanente da Autora, disponível com o código de acesso 5662-3143-3541 em www.portaldaempresa.pt).
- 2.º A Ré é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, como resulta do artigo 1.º do respectivos Estatutos, que resulta da transformação da Junta Autónoma do Porto de Aveiro, operada pelo Decreto-Lei n.º 339/98, de 3 de Novembro.
- 3.º Os Estatutos da Ré foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 339/98, de 3 de Novembro, e publicados em anexo ao mesmo, tendo sido alterados pelo Decreto-Lei n.º 40/2002, de 28 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 46/2002, de 2 de Março, e pela Deliberação da Assembleia Geral de 31 de Março de 2008.
- 4.º A actividade de reboque é de importância inquestionável para o regular funcionamento dos portos, contribuindo para assegurar a qualidade dos serviços portuários.
- 5.º É um pressuposto essencial para a atracção de maiores volumes de carga e, conse-



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

quentemente, para o reforço da importância do sector marítimo e portuário.

- 6.º O exercício da actividade de reboque de embarcações nos portos nacionais mereceu ser regulado em regime autónomo: o Decreto-Lei n.º 75/2001, de 27 de Fevereiro.
- 7.º Nele se determina que o serviço de reboque nas áreas portuárias pode ser prestado pela autoridade portuária, mediante licenciamento ou mediante concessão.
- 8.º Compete à autoridade portuária a escolha do regime de prestação de serviços de reboque que melhor se adegue à situação concreta de cada porto.
- 9.º Assim, enquanto em alguns portos é a própria autoridade portuária que a executa directamente, em outros portos são as empresas privadas que concorrem entre si e, noutros ainda, é apenas uma empresa privada que actua.

O Concurso

- 10.º Através do Anúncio de procedimento n.º 50/2013, publicado no Diário da República, n.º 5, II Série, de 8 de Janeiro de 2013, foi lançado o Concurso Público para a “Concessão da Actividade de Reboque, em Regime de Serviço Público, no Porto de Aveiro”, doravante abreviadamente designado por “Concurso Público” (cfr. **documento n.º 3**, adiante junto).
- 11.º Como resulta do disposto no artigo 2.º do Programa de Concurso (“PC”), a entidade adjudicante é a APA (cfr. **documento n.º 4**, adiante junto).
- 12.º De acordo com o artigo 2.º do PC e com a Base I do Caderno de Encargos (cfr. **documento n.º 5**, adiante junto) o Concurso Público promovido pela Ré tem por objecto a celebração de um *contrato de concessão para a prestação, em regime de serviço público, da actividade de reboque na área do porto de Aveiro, bem como a passagem de cabos nos duques d'alba das pontes-cais do Terminal de Granéis Líquidos do referido porto.*
- 13.º Especificando a Base I, n.º 2, do Caderno de Encargos (documento n.º 5), que o serviço público concessionado consiste no exclusivo da prestação de serviço de apoio a embarcações e outros objectos flutuantes com o propósito de os deslocar

ou de auxiliar as suas manobras.

- 14.º Em tudo o que não esteja especialmente previsto nas peças do procedimento, o Concurso Público rege-se pelo regime estabelecido no Código dos Contratos Públicos (“CCP”), e demais legislação aplicável, nomeadamente o Decreto-Lei n.º 75/2001, de 27 de Fevereiro (v. ponto 17 do Anúncio e artigo 27.º do PC; cfr. documentos 3 e 4).
- 15.º As propostas deveriam ser apresentadas na plataforma electrónica www.anogov.com até às 19h00m do dia 25 de Março de 2013 (v. artigo 10.1 do PC, cfr. documento n.º 4).

O Critério de Adjudicação

- 16.º Nos termos do artigo 12.º do PC, o critério de adjudicação adoptado neste Concurso Público é o da proposta economicamente mais vantajosa (cfr. documento n.º 4).

O Processamento do Concurso

- 17.º Atendendo à actividade que desenvolve, nomeadamente nos portos de Lisboa e de Sines, a SVITZER adquiriu o PC o CE do Concurso Público, tendo em vista apresentar uma proposta ao referido procedimento pré-contratual.
- 18.º No dia 4 de Fevereiro de 2013, a Svitzer apresentou um vasto pedido de esclarecimentos relativamente ao teor das peças concursais, nos termos do disposto no artigo 50.º do CCP e do artigo 5.º do PC (cfr. documento n.º 6, adiante junto).
- 19.º Analisado o teor do PC (documento n.º 4), do CE (documento n.º 5) e dos esclarecimentos prestados pela APA em 27 de Fevereiro de 2013 (cfr. documento n.º 7, adiante junto), apenas a 26 dias da apresentação das propostas, a Svitzer viu-se forçada a não concorrer à prestação desse serviço, pelos motivos que adiante se explanarão.
- 20.º De acordo com as informações obtidas pela Autora, apenas a Tinita – Transportes e Reboques Marítimos, S.A. (doravante “Tinita”) apresentou proposta no Concurso Público.



TIAGÓ SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

21.º A Tinita, além de única concorrente, é a actual e futura concessionária do serviço.

A Reacção da Svitzer

22.º A ora Autora alertou o Instituto de Mobilidade e dos Transportes, I.P. ("IMT"), para o facto de o concurso ser prejudicial para o interesse público e violador das normas da concorrência e aguardou pelos resultados da actuação da entidade reguladora (cfr. **documentos n.º 8 e 9**, adiante junto).

23.º Na sequência de exposição da Autora, o IMT, entidade legalmente competente no sector, pronunciou-se sobre o Concurso, dirigindo à APA a comunicação junta como **documento n.º 10**, recomendando a anulação ou, pelo menos, a suspensão do procedimento concursal.

24.º Confiante que a legalidade e o bom-senso prevaleceriam, e que a aparente inatividade do Concurso Público parecia indiciar, no dia 5 de Agosto de 2013 a Svitzer apresentou junto da APA requerimento para emissão de licença para a prestação de serviços de reboque a embarcações e navios na área de jurisdição portuária da APA, a partir do dia 1 de Fevereiro de 2014, ao abrigo do disposto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 75/2001, de 27 de Fevereiro, conforme **documento n.º 11**, adiante junto.

25.º No dia 5 de Novembro de 2013 a Svitzer foi notificada por fax do projecto de decisão da APA de indeferimento do requerimento de emissão de licença (cfr. documento n.º 1), em virtude da (i) decisão de adjudicação do Concurso Público proferida pelo Conselho de Administração da APA, em 31 de Julho de 2013; e da (ii) outorga do Contrato de Concessão da Actividade de Reboque, em Regime de Serviço Público, no Porto de Aveiro, em 28 de Outubro de 2013.

26.º Ora, a Svitzer não se pode conformar com a situação explanada, nem com a atitude da APA, que, além de ilegal, não prossegue o interesse público e viola as mais elementares regras da concorrência.

27.º No dia 15 de Novembro de 2013 a Svitzer requereu à APA (cfr. **Documento n.º 12**, adiante junto) certidão da decisão de adjudicação e do contrato celebrado de cuja existência teve conhecimento no dia 5 de Novembro através do fax cuja cópia se juntou como documento n.º 1.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 28.º Certidão que apenas foi recepcionada pela Autora no dia 2 de Dezembro de 2013 (documento n.º 2).
- 29.º Juntamente com a presente acção administrativa para anulação do acto de adjudicação e do contrato de concessão, bem como a intimação da APA para a adopção de comportamento, a Svitzer intentou junto deste Tribunal procedimento cautelar para suspensão de eficácia da decisão de adjudicação do Concurso Público e do Contrato de Concessão, outorgado a 28 de Outubro de 2013.

II. Do Direito

- 30.º O Concurso Público promovido pela Ré tem por objecto a celebração de um contrato de concessão de serviço público, encontrando-se, por força da lei (v. artigo 16.º/2 c) do CCP) e das peças do procedimento (v. artigo 27.º do PP; cfr. documento n.º 4), sujeito às regras do CCP.
- 31.º No entanto, o modelo de avaliação das propostas adoptado no Concurso Público *sub judice* não cumpre as exigências legalmente estabelecidas quanto a esta matéria, violando claramente o disposto nos artigos 75.º/1 e 132.º/4 do CCP, como se passa a demonstrar.

II.A) Da Ilegalidade da Decisão de Adjudicação

- 32.º A decisão de adjudicação proferida pelo Conselho de Administração da Administração do Porto de Aveiro, S.A., enferma de diversos vícios que determinam a respectiva ilegalidade, mais concretamente:
- (i) A adjudicação aplica um critério de adjudicação que integra elementos que não poderiam ter sido avaliados em sede de um Concurso Público, em virtude de dizerem respeito às características dos concorrentes;
 - (ii) A adjudicação resulta ainda da aplicação de critérios que têm por efeito impedir, restringir e falsear a concorrência em clara violação do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e dos artigos 102.º e 106.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), em desobediência e desconsideração frontal pela recomendação e decisão do IMT, entidade reguladora com competência legalmente definida no sector.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

Vejamos agora, separadamente, cada um destes vícios.

A) Da valoração de elementos relativos a características dos concorrentes

- 33.º O critério de adjudicação adoptado neste Concurso Público era o da proposta economicamente mais vantajosa.
- 34.º Os factores e subfactores a ter em conta para a análise e classificação das propostas, bem como as respectivas ponderações são os seguintes (cfr. artigo 12.2. do documento n.º 4):

Factores e subfactores de avaliação	Ponderações		
A- VALOR DAS TARIFAS	60%		
B- CARACTERÍSTICAS DA FROTA OBRIGATÓRIA	40%		
B.1 - Rebocador 1		20%	
R1A - Tipo de propulsão			20%
R1B - Arqueação Bruta			12%
R1C - Comprimento fora-a-fora			12%
R1D - Calado máximo			13%
R1E - Velocidade máxima			15%
R1F - Força de tração			20%
R1G - Bomba de combate a incêndios			8%
			100%
B.2 - Rebocador 2		30%	
R1A - Tipo de propulsão			20%
R1B - Arqueação Bruta			12%
R1C - Comprimento fora-a-fora			12%
R1D - Calado máximo			13%
R1E - Velocidade máxima			15%
R1F - Força de tração			20%
R1G - Bomba de combate a incêndios			8%
			100%
B.3 - Rebocador 3		50%	
R1A - Tipo de propulsão			10%
R1B - Arqueação Bruta			10%
R1C - Comprimento fora-a-fora			12%
R1D - Calado máximo			15%
R1E - Velocidade máxima			30%
R1F - Força de tração			15%
R1G - Bomba de combate a incêndios			8%
			100%
	100%	100%	



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 35.º Determina o artigo 12.2.2 do PC que a pontuação final das propostas, após a aplicação dos critérios de avaliação, será apurada através da seguinte fórmula:

$$Pfi = (0,6 * Pvti *) + (0,4 * Pcfi *)$$

Em que,

Pfi = Pontuação final da proposta i

$Pvti$ = Pontuação da proposta i no fator “Valor das tarifas”

$Pcfi$ = Pontuação da proposta i no fator “Características da Frota Obrigatória”

- 36.º Por sua vez, o factor de avaliação “Valor das Tarifas” (Pvt) é pontuado numa escala de 0 a 5, sendo a atribuição de pontuações efectuada de acordo com os critérios constantes do quadro seguinte (v. artigo 12.2.3.3 do PC, cfr. documento n.º 4):

Critério	Pontuação (Pvt)
O valor ponderado das tarifas propostas por serviço de reboque e escalão de comprimento de navio, conforme definido na alínea a) do ponto 2.6.2 do Anexo IV do Caderno de Encargos, é inferior a € 1.283,00 e superior ou igual a € 1.251,00.	1
O valor ponderado das tarifas propostas por serviço de reboque e escalão de comprimento de navio, conforme definido na alínea a) do ponto 2.6.2 do Anexo IV do Caderno de Encargos, é inferior a € 1.251,00 e superior ou igual a € 1.219,00.	2
O valor ponderado das tarifas propostas por serviço de reboque e escalão de comprimento de navio, conforme definido na alínea a) do ponto 2.6.2 do Anexo IV do Caderno de Encargos, é inferior a € 1.219,00 e superior ou igual a € 1.187,00.	3
O valor ponderado das tarifas propostas por serviço de reboque e escalão de comprimento de navio, conforme definido na alínea a) do ponto 2.6.2 do Anexo IV do Caderno de Encargos, é inferior a € 1.187,00 e superior ou igual a € 1.155,00.	4
O valor ponderado das tarifas propostas por serviço de reboque e escalão de comprimento de navio, conforme definido na alínea a) do ponto 2.6.2 do Anexo IV do Caderno de Encargos, é inferior a € 1.155,00.	5

- 37.º No âmbito do factor de avaliação “Características da Frota Obrigatória” (Pct), a pontuação das propostas é calculada de acordo com a seguinte fórmula (v. artigo 12.2.4.2 do PC; cfr. documento n.º 4):

$$Pcfi = 0,2*(0,2*R1A_i + 0,12*R1B_i + 0,12*R1C_i + 0,13*R1D_i + 0,15*R1E_i + 0,2*R1F_i + 0,08*R1G_i) + 0,3*(0,2*R2A_i + 0,12*R2B_i + 0,12*R2C_i + 0,13*R2D_i + 0,15*R2E_i + 0,2*R2F_i + 0,08*R2G_i) + 0,5*(0,10*R3A_i + 0,10*R3B_i + 0,12*R3C_i + 0,15*R3D_i + 0,30*R3E_i + 0,15*R3F_i + 0,08*R3G_i)$$

Em que,

$Pcfi$ = Pontuação da proposta i no factor “Características da Frota Obrigatória”;



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- R1A_i**= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Tipo de propulsão” do Rebocador 1;
R1B_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Arqueação bruta” do Rebocador 1;
R1C_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Comprimento fora-a-fora” do Rebocador 1;
R1D_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Calado máximo” do Rebocador 1;
R1E_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Velocidade máxima” do Rebocador 1;
R1F_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Força de tração” do Rebocador 1;
R1G_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Bomba de combate a incêndios” do Rebocador 1;
R2A_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Tipo de propulsão” do Rebocador 2;
R2B_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Arqueação bruta” do Rebocador 2;
R2C_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Comprimento fora-a-fora” do Rebocador 2;
R2D_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Calado máximo” do Rebocador 2;
R2E_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Velocidade máxima” do Rebocador 2;
R2F_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Força de tração” do Rebocador 2;
R2G_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Bomba de combate a incêndios” do Rebocador 2;
R3A_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Tipo de propulsão” do Rebocador 3;
R3B_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Arqueação bruta” do Rebocador 3;
R3C_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Comprimento fora-a-fora” do Rebocador 3;
R3D_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Calado máximo” do Rebocador 3;
R3E_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Velocidade máxima” do Rebocador 3;
R3F_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Força de tração” do Rebocador 3;
R3G_i= Pontuação da proposta *i* no subfactor “Bomba de combate a incêndios” do Rebocador 3.

- 38.º** E o factor de avaliação “Características da Frota Obrigatória” é igualmente pontuado numa escala de 0 a 5, sendo a atribuição de pontuações dos subfactores efectuada de acordo com os critérios constantes dos quadros seguintes (v. artigo 12.2.4.3 do PC; cfr. documento n.º 4):



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

R1 - REBOCADOR 1

R1A - Subfactor "Tipo de Propulsão":

Tipo de propulsão	Pontuação (R1A)
- Dois hélices com tubeira fixa	1
- Dois hélices com tubeira móvel	2
- Azimutal, com propulsores a vante	3
- Cicloidal, com propulsores a vante	4
- Azimutal, com propulsores a ré (ASD)	5

R1B - Subfactor "Arqueação bruta":

Arqueação bruta (GT)	Pontuação (R1B)
> 135 <= 150	1
> 120 <= 135	2
> 110 <= 120	3
> 90 <= 110	4
<= 90	5

R1C - Subfactor "Comprimento fora-a-fora":

Comprimento fora-a-fora (m)	Pontuação (R1C)
> 24 <= 26	1
> 23 <= 24	2
> 21 <= 23	3
> 19 <= 21	4
<= 19	5

R1D - Subfactor "Calado máximo":

Calado máximo (m)	Pontuação (R1D)
<= 1,0	1
> 1,0 <= 1,5	2
> 1,5 <= 2,0	3
> 2,0 <= 2,5	4
> 2,5 <= 3,0	5

R1E - Subfactor "Velocidade máxima":

Velocidade máxima (nós)	Pontuação (R1E)
> 10,0 <= 10,5	1
> 10,5 <= 11,0	2
> 11,0 <= 11,5	3
> 11,5 <= 12,0	4
>= 12	5

R1F - Subfactor "Força de tração":

Força de tração (ton)	Pontuação (R1F)
>= 22 < 23	1
>= 23 < 24	2
>= 24 < 25	3
>= 25 < 26	4
>= 26	5

R1G - Subfactor "Bomba de combate a incêndios":

Bomba de combate a incêndios (m ³ /h)	Pontuação (R1G)
>= 200 < 250	1
>= 250 < 300	2
>= 300 < 350	3
>= 350 < 400	4
>= 400	5



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

R2 - REBOCADOR 2

R2A - Subfactor "Tipo de Propulsão":

Tipo de propulsão	Pontuação (R2A)
- Cicloidal, com propulsores a vante	3
Azimutal, com propulsores a vante	5

R2B - Subfactor "Arqueação bruta":

Arqueação bruta (GT)	Pontuação (R2B)
> 125 <= 150	1
> 150 <= 175	2
> 175 <= 200	3
> 200 <= 250	4
> 250 <= 300	5

R2C - Subfactor "Comprimento fora-a-fora":

Comprimento fora-a-fora (m)	Pontuação (R2C)
> 22,5 <= 23,0	1
> 23,0 <= 23,5	2
> 23,5 <= 24,0	3
> 24,0 <= 27,0	4
> 27,0 <= 30,0	5

R2D - Subfactor "Calado máximo":

Calado máximo (m)	Pontuação (R2D)
> 3,0 <= 3,5	1
> 3,5 <= 4,0	2
> 4,0 <= 4,5	3
> 4,5 <= 5,0	4
> 5,0 <= 5,5	5

R2E - Subfactor "Velocidade máxima":

Velocidade máxima (nós)	Pontuação (R2E)
> 10,0 <= 10,5	1
> 10,5 <= 11,0	2
> 11,0 <= 11,5	3
> 11,5 <= 12,0	4
> = 12	5

R2F - Subfactor "Força de tração":

Força de tração (ton)	Pontuação (R2F)
> = 34,0 < 34,5	1
> = 34,5 < 35,0	2
> = 35,0 < 35,5	3
> = 35,5 < 36	4
> = 36,0	5

R2G - Subfactor "Bomba de combate a incêndios":

Bomba de combate a incêndios (m ³ /h)	Pontuação (R2G)
> = 500 < 550	1
> = 550 < 600	2
> = 600 < 650	3
> = 650 < 700	4
> = 700	5



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

R3 - REBOCADOR 3

R3A - Subfactor "Arqueação bruta":

Arqueação bruta (GT)	Pontuação (R3A)
> 125 <= 150	1
> 150 <= 175	2
> 175 <= 200	3
> 200 <= 250	4
> 250 <= 300	5

R3B - Subfactor "Comprimento fora-a-fora":

Comprimento fora-a-fora (m)	Pontuação (R3B)
> 22,5 <= 23,0	1
> 23,0 <= 23,5	2
> 23,5 <= 24,0	3
> 24,0 <= 27,0	4
> 27,0 <= 30,0	5

R3C - Subfactor "Calado máximo":

Calado máximo (m)	Pontuação (R3C)
> 4,0 <= 4,2	1
> 4,2 <= 4,4	2
> 4,4 <= 4,6	3
> 4,6 <= 4,8	4
> 4,8 <= 5,0	5

R1D - Subfactor "Velocidade máxima":

Velocidade máxima (nós)	Pontuação (R3D)
> 10,0 <= 10,5	1
> 10,5 <= 11,0	2
> 11,0 <= 11,5	3
> 11,5 <= 12,0	4
> = 12	5

R3E - Subfactor "Força de tração":

Força de tração (ton)	Pontuação (R3E)
> = 45,0 < 48	1
> = 48,0 < 50,0	2
> = 50,0 < 52,0	3
> = 52,0 < 55,0	4
> = 55,0	5

R3F - Subfactor "Guincho":

Guinchos de tração	Pontuação (R3F)
- Guincho de tração apenas à proa	1
- Guincho de tração à proa e à popa	5

R3G - Subfactor "Bomba de combate a incêndios":

Bomba de combate a incêndios (m ³ /h)	Pontuação (R3G)
> = 600 < 700	1
> = 700 < 800	2
> = 800 < 900	3
> = 900 < 1000	4
> = 1000	5



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 39.º Ora, nos termos do disposto no artigo 12.º do Programa de Concurso (cfr. Documento n.º 4), o factor “Características da Frota Obrigatória” era, por sua vez, densificado por diversos sub-factores relativos às especificidades técnicas dos três rebocadores cuja afectação à concessão era exigida aos concorrentes, a que foram atribuídos coeficientes de ponderação de, respectivamente, 20%, 30% e 50% (cfr. artigos 47.º, 50.º e 51.º *supra*).
- 40.º A avaliação das propostas teve assim em consideração aspectos que não dizem intrinsecamente respeito às propostas apresentadas.
- 41.º Antes se referindo, apenas, às características dos respectivos proponentes.
- 42.º Como resulta da própria designação do factor, é a capacidade técnica dos concorrentes que é aferida em sede de “Características da Frota Obrigatória”.
- 43.º Aliás, os elementos nos quais o Júri se baseou para proceder à avaliação deste factor foram as características técnicas de cada um dos três rebocadores, tais como, o tipo de propulsão, a arqueação bruta, o comprimento fora-a-fora, o calado máximo, a velocidade máxima, a força de tração e a bomba de combate a incêndios, conforme resulta claramente do artigo 12.º do PC (cfr. documento n.º 4)
- 44.º E como, de resto, foi confirmado pelas próprias respostas aos pedidos de esclarecimento publicitadas em 27.02.2013 (cfr. Documento n.º 7).
- 45.º Ora, o procedimento pré-contratual adoptado pela Ré para a celebração do contrato de concessão da actividade de reboque, em regime de serviço público, no porto de Aveiro, revestia a modalidade de Concurso Público (cfr. o Anúncio junto como Documento n.º 3 e o artigo 1.º do Programa de Concurso, junto como Documento n.º 4).
- 46.º Nos termos do CCP, cujo regime era aplicável ao procedimento pré-contratual *sub judice*, como já se referiu (cfr. ponto 17 do Anúncio, junto como documento n.º 3, bem como artigo 27.º do PC, junto como documento n.º 4), o concurso público não integra fase de prévia qualificação dos concorrentes, pelo que não podem as entidades adjudicantes, neste tipo de procedimentos, avaliar a capacidade técnica dos autores das propostas apresentadas.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 47.º Na verdade, o CCP estabelece uma relação de alternatividade entre o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação, na medida em que os dois procedimentos podem ser adoptados precisamente para a celebração dos mesmos contratos.
- 48.º No entanto, apesar de ambos os procedimentos poderem ser utilizados para a formação de contratos de concessão de serviços públicos, como expressamente determina o artigo 31.º/1 do CCP, existe uma diferença estrutural que os separa, e que reside no facto de o concurso limitado por prévia qualificação permitir (ou melhor, impor) uma avaliação da capacidade técnica e financeira dos proponentes, o que não se verifica no concurso público.
- 49.º A lei é assim bastante clara na liberdade de escolha conferida às entidades adjudicantes:
- Se o que se pretende é apenas escolher a melhor proposta, a entidade adjudicante pode optar pelo procedimento, mais célere, de concurso público, ficando, em contrapartida, impedida de aferir da capacidade técnica e financeira dos concorrentes;
 - Se, ao invés, não basta escolher a melhor proposta, antes é necessário garantir que apenas determinadas entidades com determinada capacidade técnica e/ou financeira possam apresentar-se a concurso, nesse caso a entidade adjudicante deverá lançar um concurso limitado por prévia qualificação, sujeitando-se à maior morosidade daí inerente (comparativamente com o concurso público).
- 50.º O que, à luz do CCP, não pode suceder é que as entidades adjudicantes escolham, passe a expressão, “o melhor de dois mundos”, adoptando o concurso público mas pretendendo, ainda assim, avaliar a capacidade técnica dos concorrentes.
- 51.º Por este motivo, o artigo 75.º/1 do CCP preceitua claramente que “Os factores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa (...) não pode[m] dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”.
- 52.º Assim, a APA poderia, se o pretendesse, ter lançado mão *ab initio* de um concurso limitado por prévia qualificação para a celebração do contrato de “*concessão da actividade de reboque, em regime de serviço público, no porto de Aveiro*”.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 53.º Se tal tivesse ocorrido – mas só nesse caso –, a APA estaria habilitada a indagar da capacidade técnica dos concorrentes, nomeadamente solicitando-lhes a apresentação de memória descritiva da sua frota e das respectivas características técnicas, entre as quais poderia incluir o comprimento fora-a-fora, a velocidade máxima e o calado dos rebocadores.
- 54.º Porém, tendo optado por lançar um concurso público comum, a APA abdicou dessa faculdade e vinculou-se a decidir pela adjudicação apenas tendo em conta os atributos da melhor proposta apresentada.
- 55.º Estando impedida de basear a sua escolha em factores exteriores à proposta, nomeadamente a capacidade técnica dos concorrentes (tais como o comprimento fora-a-fora, a velocidade máxima e o calado dos rebocadores), uma vez que tais factores apenas podem ser avaliados em sede de qualificação dos candidatos (cfr. artigos 162.º a 188.º, 193.º, 194.º a), 197.º, 198.º, 204.º/1, 205.º a) e 208.º do CCP).
- 56.º E nem sequer poderia ter sido acrescentada pela APA ao procedimento concursal sub iudice, sob pena de violação do princípio da tipicidade procedimental (sobre este princípio, considerando que o mesmo decorre dos artigos 1.º/2 e 16.º do CCP, cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 09.06.2011, processo n.º 07228/11, disponível em www.dgsi.pt).
- 57.º Assim, tendo adoptado um Concurso Público, a APA não poderia, em circunstância alguma, atender a aspectos como o comprimento fora-a-fora, a velocidade máxima e o calado dos rebocadores em sede de capacidade técnica dos concorrentes, uma vez que esta apreciação está reservada para os procedimentos que integram uma fase de prévia qualificação.
- 58.º Por outro lado, mesmo que tais aspectos pudessem ser tidos em conta – e não podiam –, nunca poderiam ser utilizados em sede de avaliação das propostas.
- 59.º Na verdade, nos termos do artigo 56.º/2 do CCP, considera-se atributo da proposta “qualquer elemento ou característica da mesma que diga respeito a um aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos”.
- 60.º Ora, como resulta do já acima citado artigo 75.º/1 do CCP, quando seja adoptado o critério da proposta economicamente mais vantajosa, os factores e eventuais sub-

factores que densifiquem este critério “*devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos*”, ou seja, precisamente os atributos a que se refere o artigo 56.º/2 do CCP.

- 61.º Significa isto que, mesmo nos procedimentos em que é legalmente possível à entidade adjudicante avaliar a capacidade técnica e financeira dos concorrentes – o que não era aqui o caso, uma vez que, à luz do CCP, o concurso público não inclui uma fase de prévia qualificação –, tais aspectos nunca relevam para a avaliação das propostas.
- 62.º As propostas devem ser avaliadas unicamente com base nos seus atributos, ou seja, na resposta dos concorrentes quanto a aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência pelo caderno de encargos.
- 63.º Neste caso estão em causa o preço a cobrar aos utentes, a disponibilidade de serviço, o desempenho na prestação de serviço público, o índice de qualidade de serviço, o tempo de espera de um navio, os índices de segurança nas manobras efectuadas, entre outros atributos das propostas.
- 64.º A inclusão, no critério de adjudicação, de factores unicamente respeitantes a aspectos ou características intrinsecamente ligadas à esfera dos próprios concorrentes constitui assim uma dupla violação do disposto no artigo 75.º/1 do CCP, pois:
- (i) Por um lado, viola esta norma na parte em que a mesma impede que o critério de adjudicação integre factores que digam “respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”, defraudando a lei ao visar a avaliação da sua capacidade técnica e financeira no âmbito de um procedimento que o CCP configurou como sendo um procedimento que visa unicamente a escolha da melhor proposta, abstractando das características dos respectivos proponentes;
- (ii) Por outro lado, viola a mesma norma na parte em que erige a capacidade técnica dos concorrentes em elemento determinante da maior ou menor pontuação das propostas por si apresentadas, sendo certo que, mesmo nos procedimentos em que a capacidade técnica pode efectivamente ser avaliada (concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação ou diálogo concorrencial), tais aspectos não influenciam minimamente a valoração das propostas.
- 65.º E, a decisão de adjudicação proferida pelo Conselho de Administração da APA em 31.07.2013, na medida em que homologa a ordenação de proposta resultante da



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

aplicação de um critério de adjudicação flagrantemente violador do disposto no artigo 75.º/1 do CCP, é igualmente ilegal.

- 66.º Contra o exposto não se invoque que a Ré se limitou a aplicar o critério de adjudicação tal como este se encontrava plasmado no artigo 12.º do Programa de Concurso (cfr. Documento n.º 3), pois, sendo esta norma ilegal, na parte em que contraria o disposto no artigo 75.º/1 do CCP, não poderia a APA deixar de dar prevalência à lei em detrimento daquela norma concursal, como decorre inequivocamente do artigo 51.º do CCP.
- 67.º Aliás, como já foi claramente afirmado pelo TCA Sul, “O acto de adjudicação pode ser ilegal com base na ilegalidade de um qualquer acto anterior ou de uma ilegalidade normativa concursal” (cfr. Acórdão de 09.06.2011, processo n.º 07228/11, disponível em www.dgsi.pt).
- 68.º De referir que este factor tinha um coeficiente de ponderação de 40%, representando assim uma inegável influência na avaliação das propostas.
- 69.º A relevância do factor em causa é tal que, como a seguir melhor se explanará, apenas a actual Concessionária dispõe de rebocadores que cumprem todas e cada uma das características técnicas exigidas (mesmo o comprimento fora-a-fora corresponde ao exigido ao centímetro).
- 70.º O que significa que foi posto a concurso um serviço economicamente ineficiente, sendo que a ineficiência será paga ou pelo utilizador do porto ou pelo concessionário, se decidir internalizar o custo, salvo se o concessionário voltar a ser o mesmo, porque já fez todo o investimento existente...
- 71.º A este propósito, cumpre ainda ter presente que, como também já foi decidido pelo Supremo Tribunal Administrativo:
I – Em matéria de concursos, é preventivo o escopo das regras que os dominam, pelo que a Administração deve pautar-se por actuações isentas e imparciais.
II – O simples risco de lesão e o perigo de parcialidade, constituem fundamento bastante para a anulação, mesmo que se desconheça em concreto a efectiva violação dos interesses de algum concorrente.” (cfr. Acórdão de 09.12.2004, processo n.º 0594/04, disponível em www.dgsi.pt).

- 72.º Face ao exposto, é forçoso concluir que a decisão de adjudicação aqui impugnada, ao atender às “Características da Frota Obrigatória”, é manifestamente ilegal, por violação do disposto no artigo 75.º/1 e 132.º, n.º4 do CCP.
- 73.º Determina o artigo 75.º do CCP, n.º 1 que
- “Os factores e os eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa devem abranger todos, e apenas, os aspectos da execução do contrato a celebrar submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, não podendo dizer respeito, directa ou indirectamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”.
- 74.º Desta forma, a lei visa impedir que na apreciação do mérito das propostas interfiram factos, situações ou qualidades dos proponentes, o que tem a ver não com o valor intrínseco das propostas, mas com a habilitação dos concorrentes (SILVA, Jorge Andrade de - Código dos Contratos Público, Comentado e Anotado - Almedina, 3.ª Edição 2010, p. 316).
- 75.º Ainda a este propósito, a aplicação do artigo 75.º, n.º 1, deve ter em conta “*que há factores e subfactores pura e simplesmente inadmissíveis*” (TAVARES, Gonçalo Guerra e DENTE, Nuno Monteiro - Código dos Contratos Públicos, Regime da Contratação Pública, Comentado - Almedida, Volume I, p.282).
- 76.º Como referem os mesmo autores “não pode a entidade adjudicante eleger factores ou subfactores que digam respeito a situações, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes” (idem, p.283).
- 77.º Ora, no caso em apreço, os subfactores fixados pela Entidade Adjudicante, em sede de Vaila Técnica, são legalmente inadmissíveis, porquanto se referem à capacidade técnica dos concorrentes, *in casu*, a características dos rebocadores que nada se prendem com a valia técnica, tais como o comprimento fora-a-fora, a velocidade máxima e o calado dos rebocadores.
- 78.º Para efeitos de prestação de serviço de reboque, objecto do Concurso, a exigência e valoração de tais subfactores é equiparável à exigência e valoração de apresentação de rebocadores de determinada cor.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

79.º A sua inadmissibilidade resulta assim evidente à luz do supra transcrito artigo 75.º, n.º 1 do CCP, cuja aplicação determina, por sua vez, a ilegalidade da decisão de adjudicação ora impugnada.

B) Da violação do artigo 11.º da Lei da Concorrência, dos artigos 102.º e 106.º do TFUE

80.º Antes de mais há que apreender que a atribuição pelo Estado de um direito exclusivo tem por definição o efeito de condicionar e restringir o direito de iniciativa privada e os princípios da concorrência e da não discriminação, alicerces da organização jurídico-económica do Estado Português e da própria União Europeia.

81.º O Princípio da concorrência traduz o reconhecimento da liberdade de iniciativa económica privada e da economia de mercado como modo principal de satisfação das necessidades económicas gerais e coloca-as ao serviço do interesse público, permitindo que a escolha recaia efectivamente na *melhor proposta*, em vez de privilegiar os nacionais, os amigos ou os mais poderosos.

82.º Nesta perspectiva, é um *umbrella principle*, o que dificulta a sua distinção face a outros princípios, como o da igualdade, e implica diferentes manifestações, entre as quais, o princípio da comparabilidade e da intangibilidade das propostas e o princípio da estabilidade das peças do procedimento, dos concorrentes, e dos candidatos (Freitas do Amaral, Diogo (2011), *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª edição, Almedina, pp. 581).

83.º Cabe por isso ao Estado privilegiar, por regra, o funcionamento do mercado por agentes económicos privados em detrimento de soluções que inibam o livre acesso privado à organização económica.

84.º A liberdade de concorrência é, nestes termos, uma manifestação institucional da liberdade de empresa e, enquanto tal, está simultaneamente garantida e regulada pelo direito da concorrência, constitucional, infra-constitucional e também comunitário (artigos 101.º e segs. do Tratado de Funcionamento da União Europeia).

85.º De facto, esta referência de grau constitucional tornou-se qualificada a partir da adesão de Portugal às comunidades europeias (Miguel Assis Raimundo (2013), *A*

Formação dos Contratos Públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público,
Editora AAFDL, pp 32-40).

- 86.º Como expressamente sustentado nos Acórdãos *Terminaux* e *RTT Belge*, “um sistema de concorrência não falseado, como o que é previsto pelo Tratado (de Roma, de 1957), exige igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos” (Lino Torgal (2010), *Concessão de obras Públicas e Ajuste Directo*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Almedina, p. 987).
- 87.º Importa agora, debruçarmo-nos no artigo 11.º da Lei da Concorrência e nos artigos 102.º e 106.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) e na sua violação pela decisão de adjudicação.
- 88.º Por um lado, a opção subjacente ao Concurso de sujeitar a prestação de serviços de reboque à celebração de um contrato de concessão em regime de exclusivo substancia uma exploração abusiva de posição dominante perpetrada conjuntamente pela APA e pela actual Concessionária, contrária e violadora do disposto nos artigos 2.º, 3.º e 11.º da Lei da Concorrência, e é, no seu todo, prejudicial para o interesse público em geral e para os interesses do porto de Aveiro em particular.
- 89.º Na verdade, determina o artigo 11.º da Lei da Concorrência que,
“1 — É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.
2 — Pode ser considerado abusivo, nomeadamente:
a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando -os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos;
e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demons-



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

tre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.”

- 90.º A decisão de adjudicação proferida viola o TFUE, na medida em que determina o seu artigo 102.º que, “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;*
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;*
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- d) Subordinar a celebração o de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos”.*

- 91.º Acresce que, nos termos do artigo 106.º do TFUE:

“1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas”.

- 92.º A este propósito é oportuno citar Cunha Rodrigues: “De harmonia com o artigo 106.º, n.º 1 do TFUE, os direitos exclusivos ou especiais só podem limitar a concorrência em determinados mercados, na medida em que essas restrições sejam necessárias para o cumprimento da missão específica de serviço público.” (in RODRIGUES, Nuno Cunha – A Contratação Pública como Instrumento de Polí-

tica Económica – Almedina, Coimbra, 2013 p. 455).

- 93.º A legislação sobre contratação pública, como alude Cunha Rodrigues “não assume a defesa intransigente da concorrência dissociando-a da eficiência da administração pública (máxime da despesa pública). Assim, a (mera) aplicação do direito da contratação pública sem ter em consideração as estruturas do mercado implica o risco de consolidação ou agravamentos das estruturas anticoncorrenciais o que determina, por exemplo, que as entidades adjudicantes devam evitar abrir concursos que só possam ser executados por uma única empresa ou por um pequeno número de operadores no mercado.” (in RODRIGUES, Nuno Cunha – A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica – Almedina, Coimbra, 2013 p. 455).
- 94.º Dúvidas não há que a decisão da APA de atribuir uma concessão para a actividade de reboque no porto de Aveiro, em vez de a sujeitar a licenciamento, é uma prática ilegal restritiva da concorrência. (*“A prossecução, por entidades públicas (como entidades adjudicantes), de objectivos secundários ou horizontais, dito de outra forma, o exercício da função instrumental dos contratos públicos pode contender com o direito da concorrência, nomeadamente quando a realização daqueles objectivos produz impacto no mercado, podendo revelar-se excessiva ou desproporcionada, permitindo detectar uma prática de abuso de posição dominante.”*) (in RODRIGUES, Nuno Cunha – A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica – Almedina, Coimbra, 2013 p. 395 e 396).
- 95.º Na verdade, tal decisão consubstancia a criação de um monopólio, que impede que outros operadores prestem actividade, criando uma barreira à entrada sem que se verifiquem os pressupostos legais para o efeito, uma vez que, no caso em apreço, não há qualquer esforço criativo ou investimento que justifique a atribuição de direito de exclusivo. Sobre esta matéria refere Cunha Rodrigues que *“O TJ tem focado a atenção na interpretação conjugada do disposto naquele artigo e no artigo 102.º do TFUE”. [...] É que a atribuição de direitos especiais ou exclusivos nos termos do artigo 106.º, n.º 1, implica, frequentemente, a criação de um monopólio em determinado mercado.*” (in RODRIGUES, Nuno Cunha – A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica – Almedina, Coimbra, 2013 p. 449).
- 96.º Assim, de acordo com o supra transcrito artigo 106.º, a APA está inequivocamente abrangida pelas regras da concorrência e caso viole qualquer normativo está sujeita às sanções legalmente previstas, como qualquer outra empresa.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 97.º Ora, a decisão de adjudicação de uma concessão em regime de exclusividade, por um lado, e por outro lado, ao aplicar critério de adjudicação que, além de irrelevante impedia a apresentação de proposta por outros operadores do mercado, consubstancia uma acção concertada de abuso de posição dominante.
- 98.º Abuso de posição dominante que é expressamente proibido pelos artigos 11.º da Lei da Concorrência e 102.º e 106.º do TFUE, o que fere a decisão de adjudicação de ilegalidade, também por este motivo.
- C) Da utilização de critérios que têm por efeito impedir e falsear a concorrência e da desconsideração pela recomendação expressa do Regulador***
- 99.º Como vimos referindo, os critérios erigidos pela APA no Concurso Público restringem a concorrência.
- 100.º As regras específicas do 132.º, n.º 4, do CCP podem incluir “quaisquer regras específicas sobre o procedimento de concurso público consideradas convenientes pela entidade adjudicante”.
- 101.º No entanto, os critérios utilizados pela Ré vão além do que esta pudesse considerar como conveniente, na medida em que têm como efeito o impedimento, a restrição ou falseamento da concorrência, prejudicando, em última análise, os utentes do porto e, bem assim, o interesse público (com repercussões na economia regional e nacional).
- 102.º É que o serviço posto a concurso está manifestamente sobredimensionado para as reais exigências do porto de Aveiro, sobredimensionamento esse que conduzirá forçosamente a um injustificado e desnecessário acréscimo de custos para os utilizadores dos rebocadores. (“Ora o Estado, ao atribuir direitos especiais ou exclusivos, devem ter em conta a capacidade da entidade a quem estes são atribuídos para responder à procura existente no mercado” - in RODRIGUES, Nuno Cunha - *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica* - Almedina, Coimbra, 2013 p. 455).
- 103.º E por essa razão, os critérios erigidos pela APA falseiam e restringem a concorrência e a opõem-se à prossecução do interesse público.

Vejamos:



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 104.º As características técnicas exigidas no Concurso sob análise são o comprimento, a velocidade máxima, o calado e a tonelagem bruta (GT) dos rebocadores.
- 105.º Elas restringem desmesurada e injustificadamente a apresentação de propostas por outras empresas que não a actual prestadora de serviços, porque as características dos rebocadores exigidos no concurso são manifestamente sobrecapitadas.
- 106.º E essas exigências não se prendem com as boas práticas da operação ou com as necessidades ou características do porto de Aveiro – pelo contrário, são-lhe adversas.
- 107.º As exigências constantes das peças de concurso são tão desajustadas que do cotejo de todas elas é praticamente impossível encontrar no mercado embarcações que satisfaçam todas as características técnicas exigidas cumulativamente.
- 108.º No caso em apreço, o sobredimensionamento do Concurso face às reais exigências do porto de Aveiro, reflecte-se nas seguintes exigências concursais:
- i) Número de rebocadores;
 - ii) Força de tracção;
 - iii) Velocidade máxima e calado;
 - iv) Material de combate a incêndios.
- 109.º Tudo conforme se extrai do ponto 8.1. e Anexo I do PC; Base V e Anexo II do CE; Bases XIV, XV e XVI do CE; Respostas a esclarecimentos e alíneas f), h) e i) do ponto 8.2 do PC.
- Vejamos uma a uma.
- I. Três rebocadores
- 110.º Não há motivo para exigir 3 (três) rebocadores para actuar no porto de Aveiro, atento o histórico de movimentação do mesmo.
- 111.º Uma simples comparação com o porto de Lisboa – onde o serviço de rebocadores existente funciona em regime de concorrência ocorre uma movimentação de navios 3,3 vezes superior à do porto de Aveiro e uma movimentação de navios com um total de GT 17,3 vezes superior à do porto de Aveiro.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 112.º No porto de Lisboa escalam navios de dimensões e calados muito superiores.
- 113.º No entanto, no porto de Lisboa bastam 5 (cinco) rebocadores.
- 114.º O que significa que é manifestamente exagerado exigir 3 (três) rebocadores para a operação no porto de Aveiro.
- II. Força de tracção**
- 115.º Por outro lado, exigem as peças de concurso na definição da frota de 3 (três) rebocadores a afectar à concessão constante do Anexo I do PC e do Anexo II do CE, que os mesmos tenham uma força de tracção manifestamente excessiva.
- 116.º Em concreto, exige-se rebocadores com força de tracção de ≥ 22 ton. + ≥ 34 ton. + ≥ 45 ton. (num total de ≥ 101 ton.).
- 117.º Ora, a actividade de serviços de reboque a desenvolver no porto de Aveiro não carece de uma força de tracção tão elevada.
- 118.º Pelo contrário, a tipologia e características dos rebocadores exigidos afiguram-se na verdade como erradas e contraproducentes para a melhor operação no porto de Aveiro.
- 119.º Mais uma vez, é útil comparar o serviço exigido com o serviço existente num porto que funciona em regime de concorrência - o porto de Lisboa.
- 120.º Aí, nenhum dos 5 (cinco) rebocadores da Svitzer que aí operam tem mais de 40 toneladas de força de tracção.
- 121.º Nem a autoridade portuária de Lisboa o exige.
- 122.º E repete-se que os navios que escalam o porto de Lisboa têm comprimento, calado e tonelagem muito superiores aos que escalam o porto de Aveiro.
- 123.º Ora, no Concurso sob análise, é exigido que um dos rebocadores tenha 45 tonela-

das de força de tracção.

124.º Essa exigência é incompreensível, porquanto esta força de tracção só é necessária para as operações de manobra de navios com mais de 200 metros.

125.º E o porto de Aveiro não tem condições para receber esses navios, não sendo expectável que tais navios escalem no porto de Aveiro.

III. Velocidade máxima e calado

126.º As características técnicas como a velocidade máxima e o calado dos rebocadores não são relevantes para a análise e avaliação de rebocadores de qualidade para operar no porto de Aveiro, ou em qualquer porto.

127.º A sua exigência cumulativamente com as demais exigências concursais restringe manifestamente a concorrência, sem qualquer benefício para o porto ou para as operações aí a desenvolver.

128.º E do ponto de vista técnico, estas exigências estão desenhadas de molde a que o serviço venha a ser prestado por rebocadores com tipologia e características erradas para a operação no porto de Aveiro.

IV. Material de combate a incêndio

129.º As peças concursais exigem que todos e cada um dos 3 (três) rebocadores a afectar à concessão possuam material de combate a incêndios.

130.º A este propósito veja-se ainda a resposta ao pedido de esclarecimento efectuada pela Svitzer sob o n.º 34 “Nas características dos rebocadores são mencionadas “bombas de combate a incêndio”, esta menção inclui apenas bombas ou inclui também monitores de combate a incêndio?”, ao qual obteve a resposta de que “A menção a que o concorrente alude inclui também os monitores de combate a incêndio. Assim, para que não restem dúvidas, procede-se à seguinte rectificação: sempre que nas peças de concurso se leia “Bomba de combate a incêndios”, deverá passar a ler-se “Sistema de combate a incêndios”.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 131.º Ora, a esmagadora maioria dos rebocadores que opera nos portos europeus não possui um sistema de combate a incêndios tão complexo.
- 132.º Nem as autoridades portuárias europeias o exigem.
- 133.º Acresce ainda que a exigência de um sistema de incêndios tão complexo e dispendioso se impõe a todos e a cada um dos 3 (três) rebocadores a afectar à concessão.
- 134.º É uma exigência que não se compreende e que consubstancia um manifesto excesso de zelo, porquanto as normas de segurança e prevenção de incêndios bastar-se-iam com um sistema mais simples.
- 135.º Ou, pelo menos, com a sua exigência relativamente a apenas 1 (um) dos rebocadores a afectar à concessão.
- 136.º No caso do porto de Lisboa, apenas se exige que 1 (um) dos 5 (cinco) rebocadores que aí a Svitzer opera possua sistema de combate a incêndios.
- 137.º E não se crê que o porto de Lisboa tenha exigências inferiores ao porto de Aveiro neste domínio.

V. O excesso de capacidade instalada é uma ineficiência e prejudica o interesse público

- 138.º Ora, aqui chegados impõe-se concluir que ao solicitar-se a prestação de serviços com um excesso de capacidade instalada é o interesse público que sai diminuído.
- 139.º De facto, toda essa capacidade instalada tem um custo, que aliás não será diminuído.
- 140.º Mas esse custo não poderá ser recuperado de forma eficiente, porque o porto de Aveiro não tem actividade que o permita.
- 141.º Por isso, esse custo terá sempre de ser suportado pelos utilizadores do porto, pagando preços mais altos.

- 142.º Esses preços irão custear a capacidade efectivamente necessária e que usufruem, bem como a que não usufruem mas não deixou de ser exigida.
- 143.º Numa palavra: está a ser posto a concurso um serviço economicamente ineficiente, sendo que a ineficiência será paga ou pelo utilizador do porto ou pelo concessionário, se decidir internalizar o custo.
- 144.º A questão é que para o actual concessionário não se verifica a mesma inibição porque já fez todo o investimento existente...
- 145.º Esta exigência de requisitos desnecessários tem como consequência a inviabilização de apresentação de propostas a concurso por parte de entidades potencialmente interessadas na concessão, à excepção da actual prestadora de serviços.
- 146.º Tal consubstancia um verdadeiro Auxílio Público expressamente proibido no artigo 65.º da Lei da Concorrência, violando ainda os mais elementares princípios da contratação pública, e resultando na prestação de um serviço mais oneroso e inoperacional, em evidente prejuízo do interesse público.
- 147.º Acresce que as peças do concurso não têm elementos estatísticos de cariz operacional.
- 148.º O modelo de avaliação das propostas fixado no ponto 12.2. do PC contempla elementos que ou são irrelevantes para o serviço a prestar ou até que desvirtuam a escolha da melhor solução técnica.
- 149.º A concessão foi atribuída em função de aspectos irrelevantes ou até que premeiam características prejudiciais para o mérito do serviço a prestar.
- 150.º É entendimento comum dos técnicos que para um bom entendimento de manobrabilidade do rebocador, devem ser considerados alguns princípios básicos. Estes princípios incluem:
- o ponto pivot,
 - ponto de tracção,
 - ponto de estabelecer,
 - ponto lateral de pressão,
 - modo directo e indirecto de reboque,



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- estabilidade do rebocador”.

- 151.º Dito de outro modo, os rebocadores que tenham de efectuar manobras de navios devem ter a capacidade de:
- (i) inverter a força;
 - (ii) reagir rapidamente; e
 - (iii) manobrar o navio de maneira a que seja necessário o mínimo espaço tanto para o navio como para o rebocador.
- 152.º Na verdade, (i) quanto mais baixo for o tempo de resposta do rebocador; (ii) quanto mais comprido o cabo de manobra; e (iii) quanto menor for a força do rebocador, maior será é o espaço de manobra necessário para o rebocador e para o navio.
- 153.º Deveriam pois ser estes os verdadeiros critérios relevantes para apurar a bondade ou adequação de um rebocador ao serviço exigido – e como elemento de qualificação e não como critério de adjudicação.
- 154.º E mesmo a boa avaliação do tamanho e da força do rebocador não se realiza segundo a lógica do PC de “quanto maior, melhor”, ou “quanto mais forte, melhor”.
- 155.º Pelo contrário, essas características dos rebocadores devem estar sempre relacionados com o tamanho do navio de forma dinâmica. Rebocadores grandes e com força não devem por norma manobrar navios pequenos, uma vez que a acção deste rebocador, num caso destes, pode induzir a grandes movimentos no navio que está a ser manobrado, resultando numa manobra ineficiente e, em casos mais graves, poderá causar sérios danos no navio.
- 156.º A configuração dos rebocadores deve ser planeada, tendo em consideração, entre outros, a disponibilidade dos rebocadores, a capacidade e limitação dos diferentes rebocadores, as manobras a serem executadas, a influência do vento e as correntes.
- 157.º Mais: além da irrelevância das características técnicas exigidas, a atribuição das pontuações nos termos em que foi definida no PC desvirtua por completo a análise e a escolha dos melhores rebocadores para as operações do porto de Aveiro.
- 158.º Os rebocadores que obtiverem uma maior pontuação não serão – com grande pro-

habilidade – os rebocadores mais indicados para operar no porto de Aveiro.

- 159.º Na verdade, nos termos do ponto 12.4.4.3. do PC, a atribuição de maior pontuação ao rebocador que possua maior velocidade, maior calado ou maior comprimento, redundará num erro grosseiro.
- 160.º Porquanto para o tipo de operações e de manobras em causa: a maior velocidade do rebocador não tem qualquer relevância.
- 161.º Na verdade, quanto mais baixa a velocidade maior é eficiência na manobra do rebocador, o calado do rebocador não tem qualquer influência na manobrabilidade, o comprimento do rebocador deve ser determinado para garantir a melhor manobrabilidade possível, o que significa que o facto de um rebocador ser maior, não significa necessariamente que desempenhe melhor as operações.
- 162.º Face ao exposto é forçoso concluir que a decisão de adjudicação proferida além de impedir e falsear a concorrência, consubstancia a escolha de solução tecnicamente menos indicada para o porto de Aveiro.
- 163.º Por outro lado, como acima referido, na sequência de exposição da Requerente, o IMT, entidade legalmente competente no sector, pronunciou-se sobre o Concurso, dirigindo à APA a comunicação junta como documento n.º 10, onde se lê que:

“Ora, não tendo sido invocada nem demonstrada a existência dessas razões ponderosas que justifiquem a derrogação do princípio geral da concorrência, e que se teriam de se situar nos domínios do interesse público da segurança e da qualidade do serviço prestado, pilares fundamentais no exercício da atividade em causa, **parece concluir que a opção da APA na escolha da concessão poderá estar ferida de ilegalidade, e sendo assim deve ser anulado o concurso público em assunto referenciado, ou pelo menos suspenso até se demonstrar que, no caso concreto do porto de Aveiro, o regime legal que melhor se lhe adequa é, de fato, a concessão.** Acresce referir, retomando o disposto no artigo 106.º, n.º 1 do TFUE, que quando o Estado atribui um direito exclusivo a um concessionário está a conferir-lhe algo equiparável a uma posição dominante, e o facto dessa posição dominante ter já uma duração de 10 anos, com possibilidade de mais 10 anos (dado que o prazo de concessão será de 5 anos suscetível de ser objecto de prorrogação até ao máximo de 5 anos, mediante requerimento do concessionário, sujeito a aprovação



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

do concedente), e se a mesma for atribuída ao atual concessionário, estamos perante uma situação que pode configurar um abuso de posição dominante, incentivado pelo próprio Estado, o que contraria frontalmente a proibição constante do artigo 102.º do TFUE.

Ou seja, a decisão de V.Exas., em manter o regime de concessão como modalidade da prestação da atividade de reboque poderá ter como efeito útil criar barreiras à entrada de novos operadores económicos, o que poderá configurar um abuso de posição dominante, que é proibido pela UE.

[...]

Assim, também por esta racionalidade, se entende que a decisão sub judice estará ferida de ilegalidade e por conseguinte deverá ser anulada, ou pelo menos suspensa, conforme atrás referido.

Em face de tudo o que antecede, e em conclusão, somos do entendimento que o concurso público em apreço deverá ser anulado, por se considerar que a decisão de se optar pelo regime da concessão conflitua frontalmente com o princípio da concorrência, indispensável ao bom funcionamento do mercado interno, e por conseguinte prejudicar o efeito útil dos artigos 102.º e 107.º do TFUE. Ou eventualmente, suspenso até que fique demonstrado pela autoridade portuária que o regime jurídico que melhor se adequa ao porto de Aveiro é, de fato, a concessão, e que tal decisão não ofende o direito comunitário, nos moldes atrás enunciados.

Com efeito, a prossecução do presente concurso, pode motivar, por qualquer interessado uma queixa à Comissão Europeia, o que em última análise prejudica o bom nome de Portugal.” (sublinhado nosso).

164.º No entanto, a Requerida, fazendo tábua rasa, da recomendação expressa do Regulador para **suspender e anular o Concurso**, prosseguiu os seus trâmites, profere decisão de adjudicação e celebrando contrato de concessão por um prazo de 5 a 10 anos.

165.º Ora, como bem refere o ofício remetido pelo Gabinete do Senhor Secretário de Estado das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, Carlos Lopes, em 15 de Abril de 2013: “Sem prejuízo do sobredito, e nos termos do legalmente consigna-

do no Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de outubro, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT) é o organismo da administração indireta do Estado que prossegue atribuições do Ministério da Economia e do Emprego e que tem por missão, entre outros aspectos, supervisionar e regular a atividade económica do sector dos portos comerciais e transportes marítimos.”

- 166.º** Competências expressamente consagradas no Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de Outubro, cujo artigo 3.º n.º 5 define como atribuições do IMT, em matéria relativa ao sector dos portos comerciais, da navegabilidade do rio Douro e transportes marítimos: b) *Supervisionar o cumprimento de objetivos económicos, financeiros e orçamentais traçados para o sector marítimo-portuário, exercendo a coordenação do seu planeamento e desenvolvimento estratégico;* c) *Regular a economia das atividades comerciais no sector marítimo-portuário, designadamente de serviços de transporte marítimo e de exploração portuária, autorizando, licenciando e fiscalizando as entidades do sector;* d) *Estudar e propor normas e critérios económicos aplicáveis ao sector comercial marítimo-portuário e assegurar o cumprimento das normas nacionais e internacionais aplicáveis ao sector.*
- 167.º** Tanto assim é que, de acordo com o artigo 9.º, alínea l) do mesmo diploma legal compete ao IMT “emitir parecer sobre os programas de concursos e cadernos de encargos das concessões dos serviços e de operações portuárias, bem como sobre a respetiva renovação, propostos pelas administrações portuárias, sempre que a lei preveja a intervenção da tutela”.
- 168.º** As competências do IMT acima descritas são ainda confirmadas pelos poderes de autoridade e sancionatórios consagrados no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de Outubro.
- 169.º** Perante o quadro legal acima referido, não poderia/deveria a APA ter prosseguido o Concurso e, muito menos, celebrado o contrato de concessão, perante a recomendação expressa e fundamentada do IMT para anular ou suspender o concurso.
- 170.º** Assim, a decisão de adjudicação proferida além de ilegal, nos termos supra expostos, consubstancia ainda uma desconsideração frontal – e inaceitável – da recomendação do IMT, nos termos do disposto nos artigos 3.º n.º 5, 9.º, n.º 3 l) e 14.º do Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de Outubro.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

D) Violação do Princípio da Igualdade

- 171.º Como acima referido, atendendo à escassa informação disponibilizada nas peças de Concurso, a SVITZER solicitou à APA informação adicional, a qual nunca foi disponibilizada à Requerente.
- 172.º Esta falta de informação impediu a Svitzer, bem como qualquer outro concorrente, de elaborar uma proposta económico-financeira equilibrada, quanto mais atractiva para a APA.
- 173.º Com excepção da actual prestadora de serviços que, por possuir tal informação, ficou numa posição privilegiada face aos demais concorrentes.
- 174.º Na verdade, sem ter acesso a informação tão elementar quanto:
- (i) ao número de manobras realizadas com rebocador nos últimos anos;
 - (ii) ao tipo de manobras por rebocador (uma vez que estes têm preços de diferentes de acordo com as regras de tarifas no caderno de encargos);
 - (iii) ao número de navios que utilizam rebocadores;
 - (iv) ao volume de tráfego, expresso em classes de navios, segundo o seu comprimento e número de manobras por rebocador;
 - (v) ao horário;
 - (vi) ao histórico do porto, pelo menos, referente a 2012;
 - (vii) às projecções do próprio porto para a actividade de 2014 em diante,
- não é possível elaborar documentos financeiros como os exigidos nas alíneas f), h) e i) do ponto 8.2. do Programa de Concurso.
- 175.º Mas mais ainda, para elaborar as propostas terão de ser os próprios concorrentes a desvendar elementos essenciais que, inexplicavelmente, não são revelados pela APA. Com excepção da actual prestadora de serviços, que conhece directamente os factos.
- 176.º Nesta circunstância encontra-se a exigência feita aos Concorrentes, no ponto 8.2. alínea i) do PC, para elaborarem e apresentarem um *“Mapa com a estimativa da procura para um período de cinco anos, incluindo a previsão do volume de tráfego, expresso em classes de navios, segundo o seu comprimento e respectivo número de manobras*

previsto prestar por rebocador, o qual deverá ser elaborado de acordo com o Anexo VI do Caderno de Encargos.”

- 177.º** Relativamente ao qual a APA alerta que “A Administração Portuária não dispõe de informação produzida por entidade independente que possa configurar base fiável para os concorrentes construírem o modelo de procura. Assim toda a informação disponível para tal efeito encontra-se vertida no Anexo VIII. Ressalva-se, porém, que a informação constante do aludido anexo configura um mero referencial histórico, não conferindo aos concorrentes quaisquer expectativas ou direitos, mormente indemnizatórios, no caso de não serem alcançadas ou serem ultrapassadas as projecções construídas com base em tal informação”.
- 178.º** O que reitera na resposta ao pedido de esclarecimento formulado sob n.º 15, em que afirma que “De acordo com o disposto na alínea i) do ponto 8.2, a APA, S.A. (...) Não dispõe de informação produzida por entidade independente que possa configurar base fiável para os concorrentes construírem o modelo de procura”.
- 179.º** Ora, não é possível elaborar um mapa com a estimativa da procura para um período de cinco anos, incluindo a previsão do volume de tráfego, expresso em classes de navios, segundo o seu comprimento e respectivo número de manobras previsto prestar por rebocador, sem as projecções da própria autoridade portuária.
- 180.º** A tarefa dos potenciais concorrentes é ainda dificultada pelo facto de a Entidade Adjudicante não disponibilizar os números de actividades de reboque no passado, em especial do último ano, elementos que apenas a autoridade portuária e a actual prestadora de serviços possuem.
- 181.º** Na verdade, os únicos dados disponibilizados pela APA são os constantes do Anexo VIII do PC e as respostas aos pedidos de esclarecimento formulados sob os n.ºs 16, 17, 20 a 22 e 75, que, apenas por facilidade de exposição aqui se reproduzem:
“16. Os movimentos a que se refere o Anexo VIII são todos os movimentos portuários do porto de Aveiro? Ou são apenas os movimentos portuários em que foram requeridos serviços de rebocador?”
R: “Os movimentos em causa referem-se ao histórico dos navios comerciais que escalaram o Porto de Aveiro”.
17. “Se são todos os movimentos portuários do porto de Aveiro, de quantos desses foram movimentos portuários com rebocador?”



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

R: Os valores constantes do Anexo VIII constituem um mero referencial histórico do nível da actividade portuária registada pelo porto de Aveiro, tal como se estabelece na alínea i) do ponto 8.2. do Programa de Concurso, sendo da total responsabilidade dos concorrentes elaborar a projecção da actividade do serviço de reboque, devendo a mesmas assegurar o cumprimento do disposto no ponto 8.1. da referida peça do concurso”.

“20. A APA sabe e pode disponibilizar o número de serviços prestados de passagem de cabos?”

R: O número de serviços prestados referentes à passagem de cabos depende da projecção realizada pelo concorrente relativamente ao número de navios que este preveja venham a escalar a ponte-cais n.º 20 do Terminal de Granéis Líquidos.

Sem prejuízo, esclarece-se que, com a desactivação da ponte-cais n.º 22, em março de 2010, o movimento desta foi integralmente transferido para a ponte-cais n.º 20, que registou 28 escalas em 2009, 93 em 2010 e 123 em 2011. De realçar que a cada escala corresponde a prestação de 2 serviços (1 amarração e 1 desamarração). Ressalta-se, ainda, que a informação ora prestada configura um mero referencial histórico, não conferindo aos concorrentes quaisquer expectativas ou direitos, mormente indemnizatórios, no caso de não serem alcançadas ou serem ultrapassadas as projecções construídas com base em tal informação”.

“21. A APA dispõe e pode disponibilizar os mesmos dados referidos no Anexo VIII, bem como os acima solicitados, relativamente ao ano de 2012?”

R: “Os dados disponibilizados pela APA, S.A. em sede do presente concurso público correspondem aos dados actualizados da actividade do Porto de Aveiro à data da sua abertura. Informa-se, no entanto, que o tráfego de mercadorias e de navios registado no porto de Aveiro em 2012 pode ser obtido através da consulta a fontes públicas, nomeadamente o portal desta Administração portuária na Internet (www.portodeaveiro.pt)”.

“22. A APA sabe e pode disponibilizar o movimento de navios do ano de 2012 relativamente a cada item do regulamento tarifário onde conste um valor ou uma percentagem a aplicar em função do comprimento do navio e/ou GT, por terminal?”

R: “Relativamente ao ano de 2012, não se encontra disponível outra informação para além da constante do portal da APA, S.A., na internet.”

“75. Para além do plano de actividades plurianual da Base XIII, a APA também produzirá projecções futuras?”

R: “Não. Ressalta-se, mais uma vez, que o risco de mercado encontra-se, no âmbito do presente concurso, alocado à concessionária”.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 182.º Cumprê no entanto referir que, ao contrário das respostas aos pedidos de esclarecimentos sob os números 21 e 22, a informação disponibilizada no portal da APA não contém os dados solicitados pela Svitzer.
- 183.º Em suma, a parca e insuficiente informação dada pela APA respeita ao ano de 2011; ao passo que o contrato de concessão deverá entrar em vigor em 2014.
- 184.º Ora, é manifesta a essencialidade da informação em falta, sendo a sua indisponibilidade impeditiva da elaboração de proposta a apresentar ao Concurso.
- 185.º Falta essa que além de incompreensível, é ilegal e falseia claramente a concorrência.
- 186.º Porquanto a actual prestadora de serviços possui toda essa informação, o que a coloca em situação discriminatória de ilegal vantagem relativamente aos demais concorrentes.
- 187.º Este tratamento mais favorável concedido pela APA à Tinita face aos demais concorrentes consubstancia a violação dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.
- 188.º Princípios norteadores da actuação dos órgãos e agentes administrativos, plasmados no artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa.
- 189.º E consagrados também no artigo 1.º, n.º 4 do CCP e no artigo 5.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.
- 190.º No que respeita ao Princípio da igualdade é forçoso reconhecer que a APA utilizou uma dualidade de critérios no que concerne ao acesso à informação necessária para a apresentação de uma proposta séria e atractiva.
- 191.º Pois havendo um concorrente com informação privilegiada (como a Tinita), pela actividade desenvolvida em Aveiro, há outros (como a Autora) que, não exercendo actividade nesse porto, não têm acesso a informação de extrema relevância, salvo se a APA lha fornecer.
- 192.º Corolário do princípio da Igualdade é ainda é o da autovinculação da Administra-



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

ção que, associado ao princípio da imparcialidade, impede a APA de não disponibilizar a informação nas peças do concurso, nem nos esclarecimentos solicitados, nem em qualquer outro suporte ainda que expressamente instada para o efeito.

- 193.º** Face ao exposto, a decisão de adjudicação proferida é manifestamente ilegal por (i) aplicação de critério de adjudicação que integra elementos que não poderiam ter sido avaliados em sede de um Concurso Público, em virtude de dizerem respeito às características dos concorrentes, em clara violação do disposto nos artigos 75.º/1 e 132.º/4 do CCP e por (ii) aplicação de critérios que têm por efeito impedir, restringir e falsear a concorrência em clara violação do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e dos artigos 102.º e 106.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).
- 194.º** Acresce que o modelo de avaliação das propostas constitui um ponto fundamental nas peças de qualquer procedimento, não sendo possível à entidade adjudicante proceder à adjudicação e celebração do contrato caso não disponha de parâmetros para avaliar as propostas.
- 195.º** Nesta linha, a ilegalidade do artigo 12.º do PC acarreta necessariamente, não apenas a declaração de nulidade ou anulação desta norma concursal, bem como da decisão de adjudicação que homologa avaliação que aplica tal critério, mas também a inutilidade e impossibilidade objectiva de prossecução de todo o Concurso Público.
- 196.º** Deste modo, deverá a decisão de adjudicação, e o Concurso Público para a “*Concessão da Actividade de Reboque, em Regime de Serviço Público, no Porto de Aveiro*”, ser anulados.

II.B) Do pedido de anulação do Contrato

- 197.º** Como acima demonstrado, o critério de avaliação definido pela APA é claramente ilegal, inquinando todo o processo concursal,
- 198.º** Na verdade o ilegal modelo de avaliação das propostas constitui um ponto fundamental no procedimento, não sendo possível à APA proceder à adjudicação e celebração do contrato caso sem esses parâmetros de avaliação das propostas.

- 199.º Assim, a ilegalidade do critério de avaliação das propostas implica necessariamente a ilegalidade da decisão de adjudicação que homologa avaliação de proposta efectuada à luz desses mesmos critérios.
- 200.º Por sua vez, a ilegalidade da decisão de adjudicação acarreta necessariamente também a declaração de nulidade ou anulação do Contrato celebrado em sua execução.
- 201.º Determina o artigo 283.º, n.ºs 1 e 2 do CCP que
*“1 - Os contratos são nulos se a nulidade do acto procedimental em tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo.
2 - Os contratos são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração”*.
- 202.º No caso em apreço, tendo o contrato celebrado entre a APA e a Tinita assentado na decisão ilegal de adjudicação de 31.07.2013, e numa norma do programa do concurso que fixa um critério de adjudicação ilegal (artigo 12.º PC), o contrato celebrado padece de invalidade derivada decorrente da ilegalidade do acto de adjudicação.
- 203.º A este propósito a jurisprudência nacional é unânime e desde sempre sustentou que
*“Naturalmente que no domínio do procedimento de formação do contrato, o acto de adjudicação se apresenta na sua estrutura intrínseca como “(..) “idóneo a influenciar irreversivelmente a configuração final do contrato; isto é, a identidade do contraente privado ou o conteúdo do contrato” na hipótese, naturalmente, em que a anulação do acto pré-contratual só venha a ser decretada em momento no qual o contrato já tenha sido celebrado.
Em princípio, a anulação de um acto do tipo mencionado repercute-se sobre a declaração formal de vontade mediante a qual a Administração se vinculou, exprimindo o seu consentimento, em termos de acarretar a invalidade do contrato. (...)”* (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, no processo n.º 01844/06, no Acórdão proferido em 26.10.2006, disponível em www.dgsi.pt).
- 204.º Estamos, portanto, no domínio da invalidade derivada ou consequential evidenciada na pendência da presente causa à luz do disposto nos artigos 47.º, nº 2, alínea c), 63.º, nº 2, e 102.º, nº 4, todos do CPTA, cujo regime substantivo repousa no artigo 185.º, nº 1, do Código de Procedimento Administrativo, “os contratos



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

administrativos são nulos ou anuláveis (...) quando forem nulos ou anuláveis os actos administrativos de que haja dependido a sua celebração”.

- 205.º De modo, se um contrato for celebrado com base em acto administrativo pré-contratual que também o seja, o contrato é inválido “(...) não por causa de um vício próprio mas em consequência da invalidade (rectius, da invalidação) de um acto prévio (...) [importando] dizer que, apesar da fórmula ambígua do artº 185º nº 1 do CPA, uma situação de invalidade derivada só ocorre quando o acto prévio é invalidade após a celebração do contrato. (...)” (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, no processo n.º 01844/06, no Acórdão proferido em 26.10.2006, disponível em www.dgsi.pt).
- 206.º Tese e posição mantida e reiterada ao longo dos anos, como decorre, nomeadamente, dos Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferidos, respectivamente, no processo n.º 076911, em 12.08.2011, e em 24.01.2013, no processo n.º 09446/12, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.
- 207.º Por outro lado, o Contrato celebrado padece ainda de vícios próprios na medida em que consubstancia o abuso de posição dominante, em clara violação do artigo 6.º da Lei da Concorrência e dos artigos 102.º e 106.º do TFUE, nos termos e fundamentos acima exposto e que, apenas para evitar repetições, aqui se dão por integralmente reproduzidos.
- 208.º Face ao exposto não há como não concluir pela ilegalidade do Contrato celebrado entre a APA e a Tinita em 28.10.2013, por invalidade derivada decorrente da ilegalidade do acto de adjudicação e do de 31.07.2013 e da norma do PC que fixa um critério de adjudicação ilegal (artigo 12.º PC), nos termos do disposto no artigo 283.º do CPTA; bem como por vícios próprios, por violação do artigo 6.º da Lei da Concorrência e dos artigos 102.º e 106.º do TFUE.

II.C) Da Não Aplicação do Princípio do Aproveitamento do Acto

- 209.º E nem se recorra à invocação do princípio do aproveitamento do acto, para sustentar uma eventual manutenção do acto de adjudicação e do contrato sob análise (cujo conteúdo resulta e é determinado pela aplicação daqueles factores), apesar da ilegalidade dos critérios de adjudicação.

- 210.º Isto porque as ilegalidades dos critérios de adjudicação são de tal forma graves que inquinam todo o processo concursal, não sendo possível antever qual o resultado do Concurso caso nenhuma ilegalidade tivesse sido cometida.
- 211.º Por conseguinte, não é possível no presente caso recorrer ao princípio do aproveitamento do acto, sendo imperiosa a declaração de nulidade ou a anulação do acto de adjudicação e do contrato celebrado na sua sequência.
- 212.º Desde logo, sublinha-se que as ilegalidades contidas no critério de adjudicação influenciaram directamente o número de interessados, tendo apenas um concorrente apresentado proposta no Concurso Público.
- 213.º Por outro lado, cumpre sublinhar que as ilegalidades contidas no critério de adjudicação incidiram sobre factores com grande peso na avaliação e classificação das propostas.
- 214.º Ora, estando em causa vícios na elaboração do critério de adjudicação, vertido no Programa do Concurso, a verificação das ilegalidades acima referidas apenas pode dar lugar a “proceder-se a outro programa de concurso, pois foi logo nele que se fixaram os critérios ilegais”.
- 215.º Ou seja, a reconstituição do ordenamento jurídico, na sequência da declaração da ilegalidade do critério de adjudicação adoptado, não pode pura e simplesmente passar pela supressão das ilegalidades detectadas e pela avaliação da proposta à luz do critério de adjudicação assim amputado.
- 216.º De resto, tal tarefa nem sequer seria possível, porquanto implicaria que o Tribunal se substituísse à Administração e reconstruir parcialmente o critério de adjudicação adoptado no Concurso, com um coeficiente de ponderação de 40%, simulando de seguida uma avaliação da proposta à luz de um critério que não foi o estabelecido pela entidade adjudicante APA.
- 217.º Significa isto, em suma, que para expurgar a ilegalidade que inquinava os sub-critérios seria necessário que o Tribunal construísse *ex novo* toda uma nova “régua de pontuações”, arvorando-se em Administração e substituindo-se à APA na qualidade de entidade adjudicante do Concurso em causa, o que seria uma clara violação do princípio legal e constitucional da separação de poderes (cfr. artigos 111.º/1



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

da Constituição e 3.º/1 do CPTA).

- 218.º** De referir, a este propósito, que o facto de estarmos perante sub-critérios com atributos quantitativos (e, portanto, objectivamente mensuráveis) não altera os dados da questão, uma vez que a lei não impõe que as entidades adjudicantes observem uma determinada regra na elaboração das fórmulas de avaliação das propostas, tratando-se de uma matéria eminentemente discricionária.
- 219.º** Foi neste sentido que muitos outros Acórdãos têm afastado a aplicação do princípio do aproveitamento dos actos em casos em que não é possível assegurar, com inteira certeza, que as ilegalidades dos actos viciados não afectaram o resultado final do procedimento:
- *“O princípio do aproveitamento do acto administrativo não vale quando, na dedução silogística do acto a conclusão não está necessariamente implícita nas premissas externadas por serem diferentes os efeitos estatuídos na norma cuja aplicação ao caso se julga correcta ou por a decisão pressupor a formulação de um juízo valorativo diferente em função de uma norma ou sentido diferente daquele que foi aplicado”* (cfr. Acórdão do STA de 05.02.1997, proferido no processo n.º 021142, disponível em www.dgsi.pt);
 - *“Não se podendo concluir, com segurança, que da execução da decisão anulatória não resultará alteração da posição relativa final dos concorrentes em causa mantendo-se o mesmo concorrente como o melhor classificado, não tem aplicação o princípio do aproveitamento do acto administrativo”* (cfr. Acórdão do STA de 16.06.2005, proferido no processo n.º 01204/03, disponível em www.dgsi.pt);
 - *“Não pode ser negada a eficácia invalidante a um vício de violação de lei, traduzido na aceitação de alteração das propostas, em aspectos proibidos, uma vez que não podemos afirmar com inteira segurança qual o sentido do acto de adjudicação se o concurso tivesse decorrido de acordo com as regras estabelecidas no respectivo Programa”*. (cfr. Acórdão do STA de 18.10.2007, proferido no processo n.º 047307, disponível em www.dgsi.pt);
 - *“Preterida a audiência prévia, não podendo o Tribunal firmar a certeza de que se a formalidade tivesse sido cumprida o resultado final do concurso seria, inelutavelmente, o mesmo, não pode salvar-se a adjudicação em nome do princípio do aproveitamento do acto administrativo”* (cfr. Acórdão do STA de 07.02.2009, proferido no processo n.º 0192/09, disponível em www.dgsi.pt);
 - *“O princípio do aproveitamento do acto administrativo, resultante da inoperacionalidade do vício constatado, só pode valer nos casos de actividade vinculada da Administração quando se possa afirmar, sem margem para quaisquer dúvidas, que o novo*

acto a praticar em execução do julgado anulatório teria forçosamente idêntico conteúdo decisório” (cfr. Acórdão do STA de 05.03.2009, proferido no processo n.º 01129/08, disponível em www.dgsi.pt).

- 220.º Desta forma, atentas as ilegalidades dos critérios de adjudicação aplicados, não é possível, no caso em apreço, aplicar o princípio do Aproveitamento do Acto, sendo imperioso anular a decisão de adjudicação e o contrato celebrado em sua execução.

II.D) Da Intimação da Administração do Porto de Aveiro, S.A. para a adopção de comportamento

- 221.º Cumulativamente aos pedidos de anulação do Acto de adjudicação e do Contrato, requer ainda a Svitzer a condenação da APAP à adopção do comportamento adequado e legal, qua seja, o da adopção do regime de livre concorrência sob licença no porto de Aveiro para a prestação de serviços de reboque, nos termos do disposto no artigo 37.º, n.º 4 do CPTA, solução essa que melhor salvaguarda o interesse público e os interesses do próprio porto de Aveiro e a única que cumpre as normas e regras concorrenciais.
- 222.º Como se compreende do que atrás se explanou a opção pelo regime de concessão de serviço público impede que a exploração do serviço de reboques no porto de Aveiro ocorra num ambiente de concorrência em benefício dos utilizadores do porto, sem que se verifique qualquer causa justificativa para tanto.
- 223.º Esta opção subtrai, sem qualquer justificação, uma actividade à livre iniciativa e ao mercado, em regime de licença, para atribuir a um agente económico privado o direito de prestar um serviço de reboques em regime de *monopólio* durante um determinado período de tempo.
- 224.º A actividade de reboque é de importância inquestionável para o regular funcionamento dos portos, contribuindo para assegurar a qualidade dos serviços portuários.
- 225.º É um pressuposto essencial para a atracção de maiores volumes de carga e, consequentemente, para o reforço da importância do sector marítimo e portuário.



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

- 226.º A actividade em causa exige grande especificidade, dado que convoca um conjunto de saberes e competências únicos e requer a utilização de equipamentos especializados que envolvem um investimento avultado.
- 227.º É por todos esses motivos que o exercício da actividade de reboque de embarcações nos portos nacionais mereceu ser regulado em regime autónomo: o Decreto-Lei n.º 75/2001, de 27 de Fevereiro.
- 228.º O regime acima referido determina que o serviço de reboque nas áreas portuárias pode ser prestado pela autoridade portuária, mediante licenciamento ou mediante concessão.
- 229.º Compete à autoridade portuária a escolha do regime de prestação de serviços de reboque que melhor se adegue à situação concreta de cada porto.
- 230.º Assim, enquanto em alguns portos é a própria autoridade portuária que a executa directamente, em outros portos são as empresas privadas que concorrem entre si e, noutros ainda, é apenas uma empresa privada que actua.
- 231.º Aquele diploma define, assim, três modalidades jurídicas do exercício do serviço de reboque nas áreas portuárias, quais sejam:
- a) O regime de concorrência e mercado aberto, através de licenciamento de empresas privadas que satisfaçam os requisitos mínimos;
 - b) A prestação directa da autoridade portuária; e
 - c) A concessão de serviço a empresas privadas.
- 232.º Cabe à autoridade portuária optar pelo regime jurídico de prestação de serviços de reboque que melhor se adegue às especificidades de cada porto.
- 233.º Contudo, esta opção na escolha do regime não pode ser discricionária e livre da prossecução dos objectivos legalmente consagrados, nomeadamente:
- a) Assegurar que a actividade de reboque é prestada em todos os portos em

- que ela é necessária;
- b) Garantir que as operações são efectuadas em condições de segurança e de preservação do ambiente;
 - c) Garantir que os serviços de reboque são prestados nas melhores condições de eficiência económica.
- 234.º Consoante a situação concreta de cada porto, a autoridade portuária deve optar pelo regime de prestação de serviços de reboque que melhor salvaguarde os três objectivos acima referidos.
- 235.º O regime de prestação de serviços de reboque deve ser idealmente prestado num ambiente de concorrência, em regime de licença, pois como se compreende é num regime de concorrência que se produzem os maiores estímulos à eficiência económica, em claro benefício para os utilizadores dos rebocadores.
- 236.º Por razões de segurança ou de qualidade de serviço, nomeadamente pela natureza de determinadas actividades de certos terminais – e não em toda uma área portuárias –, admite-se que o serviço de reboque seja prestado em regime de exclusivo por um privado, em regime de concessão, e não em mercado aberto sob licença.
- 237.º E, ainda assim, apenas na medida estritamente necessária a preservar esses outros valores, sob pena de restringir ilegitimamente o direito de livre iniciativa.
- 238.º Numa situação normal, a faculdade de escolher o prestador do serviço de reboque é daquele que o paga, ou seja, o utilizador do porto.
- 239.º Diferentemente, em casos excepcionais, e sobretudo atendendo a especiais deveres de segurança ou de qualidade, essa escolha cabe a administração portuária por meio de uma concessão.
- 240.º Em causa, nestes casos de excepção, não está a eficiência económica e daí o recurso a esta solução tenha de ser excepcional.
- 241.º Por isso, a concessão de serviços de reboque em regime de exclusivo ocorre tipicamente em **terminais** que procedem à movimentação de mercadorias perigosas,



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

nomeadamente os combustíveis líquidos, os gases de petróleo liquefeito e o carvão a granel.

- 242.º É o que sucede, a título de exemplo, no porto de Sines, em que nos terminais que movimentam essas cargas os navios são servidos por serviços de reboques sob concessão. Mas só nesses terminais.
- 243.º Perante os valores *segurança e preservação do ambiente* a livre concorrência deve ceder; mas - note-se bem - no resto da área portuária do porto de Sines os serviços de reboque são prestados em regime de concorrência, sob licença.
- 244.º É situação análoga ocorre de resto no porto de Lisboa.
- 245.º É que de outra forma a livre concorrência estaria injustificadamente a ser afastada.
- 246.º Ora, no caso sob análise e atendendo às características do porto de Aveiro, não se alcança por que motivo optou a APA pela prestação de serviços de reboque em regime de concessão em toda a área portuária.
- 247.º Como decorre do ponto 1 do PC a autoridade portuária de Aveiro decidiu promover Concurso para a “Concessão da Actividade de Reboque, em Regime de Serviço público, no Porto de Aveiro, nos termos previstos no Caderno de Encargos”.
- 248.º Sendo certo que, nos termos da Base I do Caderno de Encargos (“CE”), “A concessão tem por objecto a prestação, em serviço público, da actividade de reboque na área do porto de Aveiro, bem como a passagem de cabos nos duques d’alva das pontes-cais do Terminal de Granéis Líquidos do referido porto, em conformidade com os regulamentos aprovados e as disposições aplicáveis da lei e do contrato”.
- 249.º Mais refere o número 2 da mesma Base I do CE que “O serviço público concessionado consiste no exclusivo da prestação de serviço de apoio a embarcações e outros objectos flutuantes com o propósito de os deslocar ou de auxiliar as suas manobras”.
- 250.º Ou seja, o serviço de reboque a prestar no porto de Aveiro é um serviço de reboque comum, regular, sem acrescidas exigências ou especiais cuidados do ponto de vista da segurança, da preservação do ambiente ou da qualidade do serviço.

- 251.º Pelo menos as peças do concurso não patenteiam nenhuma dessas preocupações.
- 252.º Não existe nenhuma especial exigência no equipamento ou na concepção operacional que indique estarmos perante uma área portuária com especiais requisitos que impedem a prestação de serviços em regime de livre concorrência.
- 253.º Acresce que não estão em causa serviços que impliquem necessariamente a realização pelos prestadores de avultados investimentos só amortizáveis através de uma concessão.
- 254.º Aliás, não existe qualquer razão técnica e/ou económica que fundamente o compromisso da APA perante o concessionário a não autorizar outras empresas a, exercendo a mesma actividade daquele, virem fazer-lhe concorrência directa no âmbito geográfico da concessão, e, por outro lado, a não lhe fazer ela própria (APA) essa concorrência.
- 255.º Assim, a opção por um regime de concessão para a prestação de serviços de reboque (i) não só não se justifica; (ii) como não é a opção que melhor salvaguarda os interesses do porto, nem o interesse público; (iii) como ainda conduzirá necessariamente a um injustificado e desnecessário acréscimo de custos para os utilizadores dos rebocadores; (iv) consubstanciando uma exploração abusiva, proibida nos termos do artigo 6.º da Lei da Concorrência.
- 256.º Pelo contrário, considera a Autora que, tendo em conta a natureza dos serviços em questão, a salvaguarda dos interesses erigidos pelo legislador - condições de segurança e preservação do ambiente e serviços prestados nas melhores condições de eficiência económica - só é alcançável no porto de Aveiro através do regime de livre concorrência sob licenciamento.
- 257.º E nem se diga que o regime de licenciamento pode fazer perigar a salvaguarda da segurança ou da preservação do ambiente, porquanto os prestadores de serviços de reboque são previamente escrutinados pela autoridade portuária através da emissão da respectiva licença para operar nesse porto.
- 258.º A adopção do regime de licenciamento para a prestação de serviços de reboque permitiria que vários operadores actuassem em concorrência, competindo ao utilizador dos serviços, a seu benefício, a escolha do prestador que lhe oferecesse as



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

melhores condições operacionais e de preço.

- 259.º Por essa razão, sublinhe-se, em todos os portos nacionais e europeus os serviços de reboque são prestados em regime de mercado aberto sob licença. Porque é o regime que, manifesta e comprovadamente, melhor assegura a livre concorrência, a livre prestação de serviços e, em consequência, o interesse público e portuário.
- 260.º Termos em que deve a APA ser intimada à adopção do regime de licenciamento para a prestação de serviços de reboque, solução que melhor salvaguarda o interesse público e os interesses do próprio porto de Aveiro, e a única que cumpre o disposto no Decreto-Lei 75/2001, de 27 de Fevereiro e no regime legal nacional e comunitário da Concorrência.

Nestes termos, deverá a presente Acção ser julgada totalmente procedente, por provada, e, em consequência:

a) Ser declarado nula ou anulada a deliberação do Conselho de Administração da Administração do Porto de Aveiro, S.A., de 31 de Julho de 2013, de adjudicação do Concurso Público para a “Concessão da Actividade de Reboque, em Regime de Serviço Público, no Porto de Aveiro”; e

b) Ser anulado o Concurso Público referido na alínea anterior;

c) Ser anulado o Contrato de Concessão da Actividade de Reboque, em Regime de Serviço Público, no Porto de Aveiro, outorgado a 28 de Outubro de 2013; bem como

d) Ser a Administração do Porto de Aveiro, S.A. intimada para proceder à adopção do regime de livre concorrência sob licença no porto de Aveiro para a prestação de serviços de reboque.

III) Meios de prova

III.1) Documental

Os 12 (doze) documentos juntos a este articulado, que aqui se dão por integrados e reproduzidos.

III.2) Testemunhal

Caso esse douto Tribunal entenda proceder à produção de prova testemunhal, desde já se requer a inquirição das seguintes testemunhas:

1. Eduardo Pinhanços dos Santos, divorciado, director de operações, com domicílio profissional na Gare Marítima da Rocha, Rocha Conde de Óbidos, 1350 - 352 Lisboa.
2. Rui Jorge Bolinhas Rolo, casado, coordenador de operações, com domicílio profissional na Gare Marítima da Rocha, Rocha Conde de Óbidos, 1350 - 352 Lisboa.
3. Marta Santos Machado Morais dos Reis Borges, casada, responsável financeira, com domicílio profissional na Gare Marítima da Rocha, Rocha Conde de Óbidos, 1350 - 352 Lisboa.

Valor da acção:

€ 204.800,00 (duzentos e quatro mil e oitocentos euros)

Junta:

Cópia certificada de Procuração forense, 12 (doze) documentos, duplicados e cópias legais, bem como documento comprovativo do pagamento da taxa de justiça inicial.

OS ADVOGADOS



TIAGO SOUZA D'ALTE

Advogado

tsa@tsadvogados.pt

Largo Rafael Bordalo Pinheiro 16

1200 - 369 Lisboa

T: +351 213 254 051 F: +351 213 254 111

NIF 222800267 - C.P. 19100L



TIAGO SOUZA D'ALTE ADVOGADOS

Isabel Pires Marques

ISABEL PIRES MARQUES

Advogada

ipm@tsaadvogados.pt

Largo Rafael Bordalo Pinheiro 16

1200 - 369 Lisboa

T: +351 213 254 051 F: +351 213 254 111

NIF 204608058 - C.P. 17239L

João Caré

JOÃO CARÉ

Advogado Estagiário

jpc@tsaadvogados.pt

Largo Rafael Bordalo Pinheiro 16

1200 - 369 Lisboa

T: +351 213 254 051 F: +351 213 254 111

NIF 213759292 - C.P. 35426L,