

**Recomendação da Autoridade da Concorrência
relativa ao regime de acesso a títulos de utilização
privativa para cais em vias navegáveis**



Janeiro 2019

1. Sumário Executivo

1. A Autoridade da Concorrência (AdC) tem entre as suas atribuições a de “*contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou do Governo*”¹, bem como “*formular sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório*”².
2. Em 27 de julho de 2017 a AdC procedeu à abertura de processo de avaliação de impacto concorrencial (PAIC 8/2017) ao regime de acesso a títulos de utilização privativa para cais de suporte a cruzeiros/navegação turística na Via Navegável do Douro (VND).
3. Tendo por base a informação recolhida no âmbito do PAIC 8/2017, a AdC identificou um conjunto de constrangimentos concorrenciais que decorrem do regime de acesso a títulos de utilização privativa para cais na VND.
4. Nesse sentido, apresenta-se um conjunto de recomendações com vista a mitigar as restrições à concorrência identificadas com vista a promover a concorrência pelo mercado no momento da atribuição das licenças de uso privativo e, por outro lado, promover a concorrência no mercado após a atribuição das licenças.

2. Enquadramento legal dos títulos de utilização privativa para cais em vias navegáveis

5. A utilização dos recursos hídricos pelos particulares rege-se pelo Capítulo V da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro (usualmente designada “Lei da Água”) e demais legislação complementar, em especial, o Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, que estabelece o regime da utilização dos recursos hídricos.
6. De forma a poderem operar no mercado dos cruzeiros fluviais, os operadores necessitam de um título de utilização de recursos hídricos, *in casu*, uma licença de acostagem em um ou mais cais de utilização privativa, a qual, no que diz respeito à VND, é atribuída pela Administração dos Portos do Douro, Leixões e Viana do Castelo, S.A. (APDL)³.
7. Os títulos de utilização privativa conferem aos seus titulares o direito de utilização exclusiva dos recursos e a realização de obras e construções, se o título as incluir⁴.
8. De acordo com o enquadramento legal, a licença é concedida pelo prazo máximo de 10 anos, sendo a fundamentação apresentada para este período relacionado com a sua necessidade para a amortização dos investimentos associados⁵. Findo o prazo fixado no título de licença, as instalações desmontáveis são removidas e as instalações fixas são demolidas, salvo se a administração optar pela reversão a título gratuito. No caso de remoção ou demolição, o titular de licença deve repor a seu cargo a situação que existia anteriormente à execução das obras⁶.
9. A Lei da Água prevê o ressarcimento do titular da licença caso esta seja revogada⁷ e quando o titular tenha realizado, ao abrigo do título, investimentos em instalações fixas, no pressuposto expresso ou implícito de uma duração mínima de utilização.

¹ Conforme al. g) do artigo 5.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

² Conforme al. d) do artigo 5.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

³ Conforme artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 335/98, de 3 de novembro.

⁴ Cfr. artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

⁵ Cfr. artigo 67.º da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro.

⁶ Cfr. artigo 69.º da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro.

⁷ Por exemplo, devido ao não cumprimento dos requisitos gerais e elementos essenciais do título.

10. No que diz respeito à atribuição da licença de acostagem, esta é atribuída mediante pedido apresentado por um particular ou através de procedimento concursal⁸.
11. Nos casos em que a atribuição da licença resulte de iniciativa pública, a APDL deverá proceder à publicitação dos termos da utilização a licenciar através de anúncio em Diário da República e afixação de editais onde constem as principais características da utilização em causa, os critérios de escolha e os elementos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 226-A/2007, convidando os interessados a apresentar propostas num prazo de 30 dias, com as respetivas condições de exploração⁹.
12. O anterior titular pode manifestar interesse na continuação da utilização, no prazo de um ano antes do termo do respetivo título, gozando de direito de preferência, desde que, no prazo de 10 dias após a adjudicação do procedimento concursal comunique sujeitar-se às condições da proposta selecionada¹⁰.
13. Nos casos em que é efetuado um pedido por um particular, a APDL deverá proceder à publicitação do pedido apresentado através da afixação de editais e da publicação nos locais de estilo durante o prazo de 30 dias. Na eventualidade de existirem outros interessados, a APDL inicia um procedimento concursal¹¹. Nestes casos, o primeiro requerente goza do direito de preferência desde que comunique, no prazo de 10 dias a contar da notificação da escolha da proposta, sujeitar-se às condições da proposta selecionada, salvo tratando-se de anterior titular que manifeste interesse na continuação da utilização¹².
14. Com efeito, o direito de preferência pode ser utilizado pelo anterior titular, tanto no procedimento de iniciativa particular, como no de iniciativa pública, desde que tenha manifestado o devido interesse.
15. Importa ainda referir que a prorrogação do prazo de validade do título de utilização até à decisão final do procedimento de concurso pode ser concedida desde que não exceda o prazo máximo de 2 anos¹³.
16. Adicionalmente, caso a licença tenha um prazo igual ou inferior a um ano, não necessita de ser atribuída através de procedimento concursal¹⁴.

3. Licenças de utilização privativa existentes na VND

17. No âmbito do PAIC 8/2017, a AdC recolheu informação relativa às licenças de utilização privativas na VND, assim como à forma de atribuição dessas mesmas licenças.
18. De acordo com a informação referente a outubro e novembro de 2017, entre a foz do Douro e 200m a montante da ponte de D. Luís I (*i.e.*, zona Porto/Gaia), a APDL atribuiu 14 títulos de utilização privativa (todos estes foram lançados através de procedimento público com editais publicados no dia 28/03/2017). Desses títulos, 8 foram atribuídos ao titular anterior por períodos de 10 anos mediante procedimentos concursais. Em 4 dessas situações, o anterior titular exerceu o direito de preferência.

⁸ Cfr. artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

⁹ Cfr. n.º 4, artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

¹⁰ Cfr. n.º 8, artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

¹¹ Cfr. n.º 5, artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

¹² Cfr. n.º 6, artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

¹³ Cfr. n.º 9, artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

¹⁴ Cfr. alínea b), n.º 1, artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio.

19. Dos restantes 6 títulos, 3 ainda se encontravam pendentes de lançamento de procedimento concursal¹⁵ e 2 foram atribuídos em procedimentos concursais na sequência de um pedido por um particular onde foi exercido o direito de preferência.
20. Por fim, destaca-se o caso do Cais Acostável de Gaia, Topo Poente cuja licença foi atribuída em 2000 diretamente ao titular, sem procedimento concursal, ainda estando, atualmente, a ser utilizada pelo mesmo titular.
21. Mais releva notar que, conforme informação disponibilizada pela APDL, em 3 títulos, as respetivas licenças permitem prorrogações sucessivas, sem abertura de procedimento concursal. Tal não parece ser consentâneo com o enquadramento legal em vigor (*cf.* Decreto-Lei 226-A/2007). Efetivamente, a APDL referiu que, para os 3 títulos em causa, iria lançar procedimento concursal.
22. Entre 200m a montante da Ponte de D. Luís I e Barca d’Alva, a APDL atribuiu 20 títulos de utilização privativa. Apenas uma licença foi atribuída por recurso a procedimento concursal, por um período de 10 anos. As restantes licenças foram atribuídas sem recurso a procedimento concursal, por prazos de 1 ano. Constata-se, ainda, que existe uma variabilidade entre as taxas de valor anual, independentemente de o prazo ser sempre de 1 ano. O termo de vigência destas licenças de 1 ano ocorreu no final de 2017. Sem prejuízo, não se dispõe informação sobre a situação atual destas mesmas licenças, nomeadamente, se foram atribuídas ao titular anterior ou se foram lançadas a concurso.

4. Análise jusconcorrencial

4.1. Atribuição de licenças de utilização privativa

23. A informação disponibilizada permite constatar a existência de atribuições de títulos de utilização privativa de cais na VND que não foram objeto de procedimento concursal, bem como a utilização de prorrogações sucessivas em determinados casos. Constatou-se, ainda, a coexistência de licenças com títulos já expirados, títulos com concurso, títulos sem concurso e títulos provisórios em locais aproximados.
24. **A existência de alguns títulos sem procedimentos concursais, o recurso a prorrogações sucessivas e a discriminação a nível do tipo de atribuição das licenças de acostagem ao longo da VND suscitam preocupações ao nível da concorrência pelo mercado e ao nível da eficiência na exploração dos direitos em causa.**
25. Para se promover a concorrência pelo mercado é necessário assegurar procedimentos de seleção objetivos, proporcionais e não discriminatórios, mitigando as barreiras à entrada de novos operadores no momento da atribuição da licença.

4.2. Direito de exclusividade na atribuição licenças de utilização privativa

26. A Lei da Água separa o regime das concessões (artigo 68.º) do regime das licenças (artigo 67.º). No caso do regime das concessões, a Lei da Água confere, ao titular de uma licença de uso privativo, o direito de utilização exclusiva, não se sucedendo no caso do regime das licenças.
27. O Decreto-Lei n.º 226-A/2007 não procede a uma separação idêntica à Lei da Água ao referir, na alínea 1 do artigo 3.º, que:

“As licenças e concessões de uso privativo, enquanto se mantiverem, conferem aos seus titulares o direito de utilização exclusiva, para os fins e

¹⁵ No momento do envio da informação por parte da APDL relativa às licenças de utilização privadas na VND.

com os limites consignados no respectivo título constitutivo, das parcelas do domínio público hídrico a que respeitam.”

28. Nessa medida, o decreto-lei em apreço parece ser mais restritivo no que diz respeito à atribuição das licenças de uso privativo face à Lei da Água, exigindo a atribuição aos titulares do direito de utilização exclusiva das parcelas do domínio público hídrico a que respeitam.
29. Os direitos de exclusividade são usualmente atribuídos como uma forma de estímulo à realização de investimentos em infraestruturas que seriam improváveis sem uma garantia de exclusividade.
30. **No entanto, a atribuição de direitos de exclusividade é passível de limitar a concorrência no mercado ao restringir o acesso a uma determinada licença para acostagem a uma única empresa¹⁶ e, assim, limitando a escolha dos consumidores finais.**
31. O regime atual confere ao titular o direito de exclusividade na utilização privativa de um determinado posto de acostagem para um período de 24 horas durante a duração contratualizada (*e.g.*, 5 anos).
32. Com efeito, este regime de acesso não permite configurações alternativas como sejam a atribuição de uma licença para utilização privativa de um posto durante um determinado período do dia (*e.g.*, a faixa horária entre as 12:00 e 23:59), sendo o restante período atribuído a um outro operador. Uma configuração deste tipo teria particular interesse para locais com maior procura (*e.g.*, na zona do Porto/Gaia), bem como em períodos do ano com maior procura (*e.g.*, no verão), promovendo, assim, a concorrência no mercado, em benefício dos consumidores finais.

4.3. Direito de preferência a titulares pré-existent

33. Com base na informação disponibilizada no âmbito do PAIC 8/2018, é possível verificar que a atribuição de licenças de acostagem na VND tem sido realizada, em geral, aos titulares pré-existent via direitos de preferência. Nesse sentido, importa avaliar se o direito de preferência poderá afetar o grau de concorrência pelo mercado (em termos de participação e estratégias de licitação), assim como o desempenho dos titulares pré-existent das licenças em causa.
34. A este respeito, **a literatura económica mostra que uma cláusula de direito de preferência¹⁷ beneficia o detentor do direito**, em prejuízo dos demais concorrentes. Contudo, **o impacto em termos da concorrência e do resultado do procedimento depende das circunstâncias específicas em causa¹⁸.**
35. Com efeito, o impacto na eficiência do procedimento de um direito de preferência que conceda ao seu detentor o direito de igualar a melhor proposta (*“right-of-first-refusal”*) depende das circunstâncias específicas em que é previsto, nomeadamente, a base em que é concedido o direito de preferência.

¹⁶ Na VND existe um posto de acostagem público - Posto de Acostagem Público no Cais do Ouro - cujas regras de utilização são administradas pela APDL e que permite a utilização do posto de acostagem por diferentes operadores. Segundo o regulamento da APDL, a utilização do posto em causa *“reveste-se de especial importância por tratar-se de uma infraestrutura única”*. Vide [Regulamento do posto de acostagem público no cais do ouro](#), APDL.

¹⁷ Usualmente referida na literatura como *“right-of-first-refusal”*.

¹⁸ Vide Bikhchandani, S., Lippman, S. A., & Reade, R. (2005). “On the Right-of-First-Refusal”. *Advances in Theoretical Economics*, 5(1), 1–42; Burguet, R., & Perry, M. (2009). “Preferred suppliers in auction markets”. *Rand Journal of Economics*, 40(2), 283–295; Lee, Joon-Suk (2008) “Favoritism in asymmetric procurement auctions” *International Journal of Industrial Organization*, 26, 1407-1424; Chouinard, H. (2009). “Auctions with and without the right of first refusal and national park service concession contracts”. *American Journal of Agricultural Economics*, 87, 1082–1087.

36. De acordo com Lee (2008)¹⁹ um direito de preferência pode, teoricamente, beneficiar a entidade adjudicante caso o direito seja concedido a um participante com menor probabilidade de ganhar, na medida em que os concorrentes que não gozam de um direito de preferência terão incentivos para apresentar propostas mais agressivas/competitivas.
37. Contudo, no caso em concreto, **os procedimentos concursais dizem respeito a licenças já atribuídas no passado** e quando novamente lançadas a concurso por iniciativa pública, o direito de preferência é **concedido ao incumbente da licença (caso este demonstre interesse)**.
38. Nestes casos, o incumbente já usufruirá, à partida, de vantagens comparativamente com os seus concorrentes devido à existência de assimetrias de informação, como seja o conhecimento mais aprofundado dos custos e da procura dos serviços para quais o cais é utilizado.
39. Nestes moldes, a potencial vantagem *supra* referida da atribuição do direito de preferência para a eficiência do procedimento é eliminada.
40. Com efeito, nestas circunstâncias, o direito de preferência poderá ter um impacto negativo nas condições de concorrência na medida em que poderá:
- Diminuir os incentivos dos potenciais concorrentes em participar nos procedimentos concursais dada a probabilidade mais reduzida de ganharem a licença, aliado ao facto de dar a conhecer ao incumbente as suas propostas no caso de classificados em primeiro lugar; e
 - Facilitar uma coordenação de comportamentos através de uma divisão de licenças entre os diversos incumbentes na VND.
41. **O direito de preferência, quando concedido ao titular pré-existente, em combinação com a longa duração dos títulos de utilização privativa favorece os operadores incumbentes face a novos entrantes e gera barreiras à entrada.**
42. Em resposta ao pedido de elementos da AdC, a APDL notou que um regime sem um direito de preferência ao titular pré-existente poderá resultar numa deterioração do desempenho do operador ao longo do período de duração da licença, bem como numa diminuição dos incentivos em investir muito antes da caducidade da licença.
43. A este respeito, sempre seria necessário fundamentar da necessidade de conferir incentivos adicionais ao investimento. Importa ainda referir que existem outras formas passíveis de ser consideradas para efeitos de promoção aos incentivos ao investimento, com menor impacto em termos de concorrência, como sejam os mecanismos de transferência do capital investido.
44. No que diz respeito ao aspeto do desempenho, poderá ser considerado uma regra de “*use it or lose it*” de modo a incentivar a utilização eficiente do cais e, evitando, também, eventuais comportamentos estratégicos por parte dos operadores.

5. Conclusão e recomendações

45. Em síntese, considera-se crucial reduzir o risco de encerramento do mercado a novos entrantes na utilização privativa dos cais na VND, promovendo, por um lado, a

¹⁹ Lee, Joon-Suk (2008) “Favoritism in asymmetric procurement auctions” *International Journal of Industrial Organization*, 26, 1407-1424.

concorrência pelo mercado no momento da atribuição das licenças de uso privativo e, por outro lado, a concorrência no mercado após a atribuição das licenças.

46. Para assegurar que as licenças de uso privativo ao longo da VND sejam atribuídas de forma transparente, objetiva e não discriminatória, importa promover uma atribuição das licenças através de procedimentos concursais abertos, atraindo o maior número de participantes possível e sem a atribuição de direitos de preferência ao titular pré-existente. O direito de preferência, quando atribuído ao incumbente, poderá garantir uma vantagem competitiva adicional, aumentando a probabilidade de este ganhar a licença. Efetivamente, a atribuição de licenças tem promovido a manutenção dos incumbentes na VND.
47. A promoção da concorrência no mercado é passível de se intensificar através de uma utilização de uma mesma parcela por mais do que um operador durante períodos diferentes do dia. No entanto, o enquadramento legal atual exige que a administração portuária conceda um direito de utilização exclusiva da parcela (física) em causa por parte do operador. Uma alteração legislativa permitiria considerar configurações alternativas ao regime atual de acesso a licenças de uso privativo de parcelas do domínio público hídrico.
48. Assim, e tendo presente que compete à AdC contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português sempre que este possa afetar adversamente a concorrência, **vem a AdC sugerir um conjunto de propostas de alteração legislativa ao Governo (Recomendação 1 e 2), bem como recomendações dirigidas à APDL (Recomendação 3, 4 e 5)** que visam mitigar as preocupações jusconcorrenciais identificadas.

Recomendação 1: Recomenda-se que seja efetuada uma alteração do n.º 8, artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, eliminando o direito de preferência ao titular pré-existente.

Com esta recomendação pretende-se promover a concorrência pelo mercado ao assegurar que potenciais interessados, que não sejam titulares pré-existentes, tenham efetivamente uma possibilidade real de ganhar a licença.

Recomendação 2: Recomenda-se que se proceda a uma alteração do artigo 3.º do Decreto-Lei 226-A/2007, no sentido de (i) se introduzir uma separação mais clara entre o regime das concessões e o regime das licenças de utilizações privativas, e (ii) eliminar a obrigatoriedade de atribuição de um direito de exclusividade na utilização privativa de uma parcela (física) do domínio público hídrico.

Esta recomendação visa introduzir a possibilidade de considerar configurações alternativas na atribuição das licenças de uso privativo de parcelas do domínio público hídrico que promovam uma maior concorrência no mercado.

Em concreto, seria possível considerar um regime de licenças que permitisse a exploração de um mesmo posto por mais de um operador, com a definição prévia de faixas horárias, incluindo cláusulas “*use it or lose it*” para limitar a possibilidade de encerramento estratégico no mercado. A título ilustrativo, o objeto em concurso passaria pela utilização exclusiva de uma faixa horária programada durante a qual o(s) navio(s) chega(m) e parte(m) de um determinado cais durante um determinado período (e.g., 5 anos). Estas faixas horárias seriam definidas previamente à abertura do(s) concurso(s). Esta configuração alternativa engloba o atual regime na medida em que um operador pode ganhar as licenças de utilização exclusiva de todas as faixas horárias (i.e., 24 horas), sem prejuízo permite também configurações em que mais do que um operador utilize a parcela de domínio público hídrico, quando tal se afigura adequado.

Recomendação 3: No caso de implementação da Recomendação 2, importa que a APDL avalie a implementação de uma configuração alternativa ao regime atual que promova a eficiente utilização do domínio público hídrico de forma a promover a concorrência no mercado e a eficiente utilização do domínio público, diminuindo a probabilidade de existirem títulos de uso privativo não utilizados ou subutilizados.

Recomendação 4: O acesso de operadores às licenças de utilização dos cais deve ser efetuado em condições objetivas, transparentes e não-discriminatórias. Com efeito, devem ser lançadas a concurso as licenças com títulos já expirados e com títulos sem concurso. Esta recomendação visa promover as condições de concorrência na atribuição das licenças.

Recomendação 5: No momento de atribuição de licenças com titulares pré-existentes, a administração portuária deve disponibilizar aos participantes, informação que permita a elaboração de propostas com estimativas de custos e valor mais precisas, reduzindo a assimetria entre o incumbente e restantes participantes. Esta recomendação visa promover as condições de concorrência na atribuição das licenças.