

**Avaliação de opções estratégicas para o
aumento da capacidade aeroportuária da região de Lisboa**

Parecer B + Esclarecimentos

**Análise e enquadramento das opções segundo o Contrato de Concessão
vigente entre o Estado e a ANA Aeroportos, e implicações no calendário**



PT 6 – Jurídico

Coordenação: Raquel Carvalho

Dezembro de 2023



Transformative Legal Experts

ESTUDO JURÍDICO

DAS VIAS DE EXPANSÃO DA CAPACIDADE AEROPORTUÁRIA DE LISBOA NO QUADRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

27 de outubro de 2023

ÍNDICE

0.	CONSULTA	3
1.	ENQUADRAMENTO FACTUAL E NORMATIVO; SEQUÊNCIA	4
2.	ENQUADRAMENTO DO CONTRATO DE CONCESSÃO	11
3.	OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO E DELIMITAÇÃO DO EXCLUSIVO (TERRITORIAL) DA CONCESSIONÁRIA	15
3.1.	Introdução e colocação do problema	15
3.2.	Sentido e alcance do disposto na cláusula 5.5. do Contrato de Concessão	17
3.2.1.	Desenvolvimento de infraestruturas aeroportuárias fora do raio de 75 km	17
3.2.2.	Desenvolvimento de infraestruturas aeroportuárias dentro do raio de 75 km	18
3.2.2.1.	<i>Pela Concessionária</i>	18
3.2.2.2.	<i>Por terceiros</i>	22
3.3.	Consequências da violação do direito de exclusivo territorial da Concessionária	22
3.4.	Conclusões intercalares	24
4.	VIAS CONTRATUAIS DE EXPANSÃO DA CAPACIDADE AEROPORTUÁRIA DA ZONA OU ÁREA DE LISBOA	25
4.1.	Novo Aeroporto de Lisboa (NAL)	25
4.1.1.	Do conceito de NAL	26
4.1.2.	Do procedimento do NAL	29
4.1.1.1.	<i>Relatório Inicial</i>	30
4.1.1.2.	<i>Candidatura ao NAL</i>	32
4.1.1.3.	<i>Aprovação Provisória do Concedente</i>	33
4.1.1.4.	<i>Contratos do NAL e Aprovação Final do Concedente</i>	35
4.1.1.5.	<i>Incumprimento de deveres e prazos intercalares no procedimento do NAL</i>	36
4.2.	Alternativa da Concessionária para o NAL	45
4.2.1.	Cláusula 42.3. do Contrato de Concessão	45
4.2.2.	Cláusula 45.4.(b) do Contrato de Concessão	46
4.3.	Alternativa do Concedente para o NAL	47
4.4.	Encerramento do Aeroporto Humberto Delgado	49
4.5.	Ilustração das vias contratuais de expansão da capacidade aeroportuária da área de Lisboa	51
4.6.	Conclusões intercalares	52
5.	STATUS QUO	53
6.	OUTROS REGIMES CONTRATUAIS RELEVANTES	63
6.1.	Reposição do equilíbrio económico e financeiro do Contrato de Concessão	63
6.2.	Modificação objetiva do Contrato de Concessão	66
6.3.	Cessação (resolução) do Contrato de Concessão	68
6.4.	Articulação com a exploração dos aeroportos da Região Autónoma da Madeira	72
7.	CONCLUSÕES FINAIS EM FACE DAS SOLUÇÕES DE EXPANSÃO CONSIDERADAS	76
	ANEXO	84
	DOCUMENTAÇÃO ANALISADA	84

ESTUDO JURÍDICO

0. CONSULTA

Foi-nos solicitada pela Comissão Técnica Independente criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2022, de 14 de outubro¹, a elaboração de um estudo jurídico sobre o Contrato de Concessão de Serviço Público Aeroportuário nos Aeroportos Situados em Portugal Continental e na Região Autónoma dos Açores (“Contrato” ou “Contrato de Concessão”)² *“considerando as Opções Estratégicas 1-2-3 e as Opções Estratégicas 4-5, designadamente quanto a implicações em sede de eventual reposição do equilíbrio financeiro ou de resolução do Contrato de Concessão, e analisando igualmente a posição jurídica da Concessionária nas diferentes fases previstas no Capítulo XI do Contrato de Concessão”*³.

Pretende-se, concretamente, clarificar o tratamento contratual dado à hipótese de expansão da capacidade aeroportuária da região de Lisboa – desde logo, em termos de limitações ou constrangimentos que possam daí decorrer em termos procedimentais e de direitos ou deveres que assistam às respetivas Partes –, bem como apurar como se comportam, nesse contexto, cada uma das soluções de expansão que estão a ser equacionadas (e que incluem, para além das cinco opções estratégicas governamentais⁴, três soluções adicionalmente identificadas pela Comissão Técnica Independente)⁵.

¹ Alterada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 86/2023, de 26 de julho.

² Disponível em www.utap.gov.pt. Os termos iniciados por letra maiúscula no presente Estudo têm o sentido que lhes é atribuído na cláusula 1.ª do Contrato de Concessão.

³ Cfr. cláusula 23.ª do Caderno de Encargos do procedimento de ajuste direto da “*aquisição de serviços de consultoria jurídica, acompanhamento e elaboração de estudo do Contrato de Concessão, a que corresponde o “Pacote de Trabalho 6 [...]”*”.

⁴ Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2022, compete à Comissão Técnica Independente a realização, revisão e avaliação dos estudos, projetos e planos sobre as seguintes opções estratégicas:

- Opção estratégica 1 — solução dual, com o Aeroporto Humberto Delgado (“AHD”) como aeroporto principal e com um novo aeroporto no Montijo como complementar;
- Opção estratégica 2 — solução dual, com um novo aeroporto no Montijo como aeroporto principal (e como potencial substituto do AHD) e com o AHD como complementar;
- Opção estratégica 3 — solução unitária, com um novo aeroporto no Campo de Tiro de Alcochete;
- Opção estratégica 4 — solução dual, com o AHD como principal e com um novo aeroporto complementar em Santarém;
- Opção estratégica 5 — solução unitária, com um novo aeroporto em Santarém.

⁵ São elas:

- Solução dual, com um novo aeroporto principal no Campo de Tiro de Alcochete e com o AHD como complementar;
- Solução dual, com o AHD como aeroporto principal e com um novo aeroporto em Vendas Novas como complementar; e
- Solução unitária, com um novo aeroporto em Vendas Novas.

1. ENQUADRAMENTO FACTUAL E NORMATIVO; SEQUÊNCIA

1. Da análise da documentação e informação fornecidas⁶ e, bem assim, de outros elementos consultados, foram apurados os seguintes factos relevantes para o presente Estudo, que se dão como assentes:

- a) A Empresa Pública Aeroportos e Navegação Aérea, ANA, E.P., foi constituída pelo Decreto-Lei n.º 246/79, de 25 de julho, como uma pessoa coletiva de direito público, integralmente detida pelo Estado Português (“Estado” ou “Concedente”), cabendo-lhe a exploração e desenvolvimento, em moldes empresariais, do serviço público de apoio à aviação civil, tanto na vertente do tráfego aéreo, quanto na infraestrutural;
- b) Só muito mais tarde, por força do Decreto-Lei n.º 404/98, de 18 de dezembro, veio aquela empresa a ser transformada⁷ em sociedade anónima com a denominação ANA – Aeroportos de Portugal, S.A. (“ANA” ou “Concessionária”), à qual foi atribuída, por lei, a concessão de serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil;
- c) Em 2010, foram aprovadas as bases da concessão daquele serviço público, pelo Decreto-Lei n.º 33/2010, de 14 de abril, com o propósito de vir a ser celebrado o contrato de concessão previsto no Decreto-Lei n.º 404/98;
- d) Nesta sequência, foi, então, aprovada a minuta do contrato de concessão do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil a celebrar entre o Estado e a ANA, anexa à Resolução do Conselho de Ministros n.º 34/2010, de 6 de maio (na redação que lhe foi conferida pela Declaração de Retificação n.º 14/2010, de 18 de maio);
- e) Malgrado o quadro legal estabelecido para o efeito, este contrato de concessão nunca chegou a ser celebrado, continuando a ANA sem regulação contratual da concessão que (pelo menos desde 1998) lhe estava atribuída;
- f) Um ponto de viragem surge, depois, com o Decreto-Lei n.º 254/2012, de 28 de novembro⁸, que, revogando as bases de 2010, estabeleceu o novo quadro jurídico geral da concessão de serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil em Portugal, atribuída à ANA, que seria, esse sim, concretizado por contrato de concessão a celebrar entre o Estado e a ANA depois de autorizado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 104/2012, de 12 de dezembro;
- g) Em 14.12.2012, o Estado e a ANA – à data ainda empresa de capitais exclusivamente públicos – celebraram, enfim, o Contrato de Concessão objeto do presente Estudo;

⁶ Cfr. Anexo ao presente Estudo.

⁷ Não sem antes se ter procedido à cisão da atividade de navegação aérea, que resultou na criação da Empresa Pública Navegação Aérea de Portugal (NAV, E.P.).

⁸ Mais tarde alterado pelo Decreto-Lei n.º 108/2013, de 31 de julho.

- h) Pouco depois, concretizando um desígnio antigo⁹ e uma exigência do Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal, conclui-se o processo de privatização do capital social da ANA previsto no Plano Estratégico dos Transportes para o horizonte 2011-2015¹⁰, que havia sido autorizado pelo Decreto-Lei n.º 232/2012, de 29 de outubro, e que culminou na escolha da VINCI — Concessions, SAS para adquirente, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 111-F/2012, de 28 de dezembro;
- i) Em linha com o Plano Estratégico dos Transportes para o horizonte 2011-2015¹¹, a ANA elaborou e apresentou ao Estado um conjunto de estudos técnicos sobre a expansão da capacidade aeroportuária na área de Lisboa¹²;
- j) Em 2016 – no quadro da execução do Contrato de Concessão e, em particular, das obrigações da Concessionária de monitorização e estudo anual da capacidade das infraestruturas do AHD –, verificou-se o primeiro Fator de Capacidade previsto no Contrato de Concessão, com o total anual de Passageiros a ultrapassar os 22 milhões;
- k) Neste contexto, a ANA manifestou ao Estado a sua intenção de apresentar uma proposta de solução para a expansão da capacidade aeroportuária da área de Lisboa como Alternativa da Concessionária para o Novo Aeroporto de Lisboa (“NAL”), ao abrigo do disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão, conjugando o aumento da capacidade aeroportuária instalada no AHD com o desenvolvimento de um aeroporto complementar no Montijo, na base aérea n.º 6;
- l) Prevendo-se a verificação de um Fator de Desencadeamento no ano de 2017, e com o intuito de acelerar o processo de expansão da capacidade aeroportuária da área de Lisboa, o Estado Português e a ANA celebraram, em 15.02.2017, um memorando de entendimento, no qual definiram o processo para a expansão da referida capacidade aeroportuária, “*aprofunda[ndo] e d[ando] execução à Alternativa da Concessionária ao NAL prevista no Contrato de Concessão*”¹³ (“Memorando de Entendimento”);
- m) Neste sentido, em 31.10.2017, a ANA apresentou uma proposta técnica, financeira e jurídica preliminar, não vinculativa, de Alternativa da Concessionária para o NAL, ao abrigo do disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão e da cláusula 4.ª do Memorando de Entendimento, que contemplava uma solução dual, conjugando o aumento da capacidade aeroportuária instalada no AHD com o desenvolvimento de um aeroporto complementar no Montijo, na base aérea n.º 6;

⁹ Já anunciado no Programa de Privatizações aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/96, de 5 de março.

¹⁰ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, de 10 de novembro.

¹¹ Cfr. capítulo 8.4. do Plano Estratégico dos Transportes para o horizonte 2011-2015, aprovado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, de 10 de novembro.

¹² Designadamente, o “*Estudo de localização de uma infraestrutura aeroportuária complementar na região de Lisboa*”, elaborado pela ANA, datado de outubro de 2012, identificado no anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2022, de 14 de outubro, como um dos estudos a consultar pela Comissão Técnica Independente.

¹³ Cfr. cláusulas 1.ª e 8.ª do Memorando de Entendimento.

- n) Rececionada e analisada a proposta apresentada, o Concedente remeteu à ANA, em 29.12.2017, os seus comentários e pedidos de esclarecimento sobre a mesma;
- o) Em 10.01.2018, a ANA respondeu aos comentários e aos pedidos de esclarecimento que lhe foram remetidos pelo Concedente;
- p) Antecipando-se um procedimento de modificação do Contrato de Concessão, o Secretário de Estado das Infraestruturas, por despacho datado de 06.02.2018, secundado por despacho posterior do Secretário de Estado Adjunto e das Finanças, propôs a constituição de uma comissão de negociação, nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, comissão essa que veio a ser constituída através do Despacho n.º 2989/2018, de 23 de março, da Coordenadora da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos ("UTAP");
- q) Entretanto, mediante carta datada de 13.03.2018, a ANA havia já enviado ao Concedente o *"Relatório Anual de Avaliação da Capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias"* do AHD, relativo ao ano de 2017, tendo, então, notificado o Concedente da verificação de um Fator de Desencadeamento, nos termos do disposto na cláusula 44.2. do Contrato de Concessão, em consequência da verificação dos quatro Fatores de Capacidade previstos no Contrato de Concessão;
- r) Não obstante manter o interesse no desenvolvimento das diligências tendentes à implementação da Alternativa da Concessionária para o NAL, o Concedente comunicou à ANA, nos termos do disposto na cláusula 45.1. do Contrato de Concessão, por carta de 11.04.2018, pretender que a Concessionária elaborasse e apresentasse *"um Relatório Inicial (High Level Assumption Report) sobre o desenvolvimento da capacidade aeroportuária para Lisboa, de acordo com as Especificações Mínimas para o NAL constantes do Anexo 16"* ao Contrato de Concessão, no prazo contratualmente estabelecido;
- s) Todavia, procurando assegurar o empenho das Partes no processo negocial em curso para desenvolvimento da Alternativa da Concessionária para o NAL, o Concedente comunicou, depois, à ANA, por carta de 07.05.2018, a suspensão do prazo para apresentação do Relatório Inicial previsto na cláusula 45.1. do Contrato de Concessão, entre os dias 11.04.2018 e 29.06.2018, que se reiniciaria caso as Partes não lograssem alcançar um acordo até esta data;
- t) Posteriormente, por ofício de 09.07.2018, o Concedente prorrogou a suspensão do prazo para apresentação do Relatório Inicial até ao dia 20.07.2018;
- u) Em 14.08.2018, o Estado Português e a ANA celebraram um Acordo Complementar ao Memorando de Entendimento, com o objetivo de *"regular as obrigações e vontade das Partes no contexto do Processo Negocial [da Alternativa da Concessionária para o NAL], considerando ainda a verificação, no decurso do mesmo, de um Fator de*

*Desencadeamento e consequente desencadeamento do processo de desenvolvimento do NAL*¹⁴ (“Acordo Complementar n.º 1”);

- v) Acordo esse que determinou a suspensão do “prazo para a Concessionária elaborar e apresentar, nos termos da Cláusula 45.3. do Contrato de Concessão, o Relatório Inicial de desenvolvimento do NAL”, e a inibição do exercício pelo Concedente de “quaisquer direitos relativos ao desenvolvimento do NAL previstos nas Cláusulas 45 e seguintes do Capítulo XI do Contrato de Concessão”, entre o dia 14.08.2018 e a conclusão do Processo Negocial da Alternativa da Concessionária para o NAL¹⁵;
- w) Com a evolução do processo negocial, e com o intuito de estabilizar “os principais elementos, sobretudo relativos à Regulação Económica, à solução técnica e aos pressupostos financeiros e operacionais, relativamente aos quais já exist[ia] um entendimento entre as Partes”¹⁶, o Estado e a ANA celebraram, em 08.01.2019, o Acordo Complementar n.º 2 ao Memorando de Entendimento (“Acordo Complementar n.º 2”);
- x) Em 2019, a ANA submeteu à Agência Portuguesa do Ambiente (“APA”) um estudo de impacte ambiental do projeto de construção de um aeroporto complementar no Montijo, na base aérea n.º 6, dando início ao procedimento de avaliação de impacte ambiental;
- y) Em 21.01.2020, a APA emitiu Declaração de Impacte Ambiental favorável condicionada para o projeto de construção de um aeroporto complementar no Montijo;
- z) Em março de 2021, a Autoridade Nacional da Aviação Civil (“ANAC”) indeferiu liminarmente o pedido de apreciação prévia de viabilidade da construção de um aeroporto complementar no Montijo, com fundamento na ausência de “[p]arecer favorável de todas as câmaras municipais dos concelhos potencialmente afetados, quer por superfícies de desobstrução quer por razões ambientais”, nos termos do disposto no artigo 5.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 186/2007, de 10 de maio, na versão em vigor à data¹⁷;
- aa) Por carta datada de 12.04.2021, a Concessionária comunicou ao Concedente entender que “o Processo Negocial, enquadrado e regulado pelo Memorando de Entendimento, pelo Acordo Complementar n.º 1 e pelo Acordo Complementar n.º 2, se encontra extinto,

¹⁴ Cfr. cláusula 2.ª do Acordo Complementar n.º 1.

¹⁵ Cfr. cláusula 6.1. do Acordo Complementar n.º 1. Nos termos do disposto nas cláusulas 6.2. e 6.3. do Acordo Complementar n.º 1, o Processo Negocial da Alternativa da Concessionária para o NAL considera-se concluído nos seguintes casos:

- (i) Entrada em vigor dos “instrumentos contratuais de modificação” por acordo negocial;
- (ii) No termo do prazo estabelecido na cláusula 3.2. do Acordo Complementar n.º 1 (90 dias úteis desde a respetiva celebração, mais tarde fixado no dia 31.10.2019) ou das eventuais prorrogações;
- (iii) Não aprovação do relatório da Comissão de Negociação “pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa”, na sequência da assinatura da Ata Final;
- (iv) Ausência de entrada em vigor dos “instrumentos contratuais de modificação do Contrato de Concessão aprovados nos termos legais e assinados pelas Partes”.

¹⁶ Cfr. cláusula 2.1. do Acordo Complementar n.º 2.

¹⁷ Este enquadramento foi, entretanto, alterado por força da entrada em vigor da Lei n.º 37/2023, de 31 de julho, que altera o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 186/2007, de 10 de maio.

por caducidade”, manifestando, no entanto, “a sua total disponibilidade para colaborar no aprofundamento e realização da alternativa selecionada pelo Estado ap[ós] a conclusão do procedimento de avaliação ambiental estratégica que irá ser realizado”;

- bb) *Através da Portaria n.º 278-A/2021, de 9 de julho, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. (“IMT”) foi autorizado a assumir os encargos plurianuais necessários à “aquisição de serviços destinada à elaboração do relatório de avaliação ambiental estratégica, bem como a avaliação e controlo decorrentes do procedimento de definição da solução aeroportuária, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 232/2007 de 15 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 58/2011, de 4 de maio”;*
- cc) *Nesta sequência, por via do Despacho n.º 7273-A/2021, de 21 de julho, o Ministro das Infraestruturas e da Habitação delegou no IMT as competências referentes à tramitação de um concurso público internacional para a contratação da coordenação e execução da avaliação ambiental estratégica do aumento da capacidade aeroportuária da área de Lisboa;*
- dd) *No exercício das competências que lhe foram delegadas, o IMT promoveu a publicação do Anúncio de procedimento n.º 13071/2021, de 18 de outubro, em Diário da República, 2.ª série, n.º 202, bem como do Anúncio de concurso n.º 2021/S 204-533648, no Jornal Oficial da União Europeia, referente ao concurso público para a “[a]quisição de serviços destinados ao Desenvolvimento da avaliação ambiental estratégica do Plano de Ampliação da Capacidade Aeroportuárias da Região de Lisboa, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 232/2007 de 15 de junho, na sua redação atual e serviços conexos”;*
- ee) *Por carta datada de 17.11.2021, a Concessionária comunicou ao Concedente entender que os encargos associados à proposta apresentada no âmbito da Alternativa da Concessionária para o NAL “deverão ser forçosamente equacionados nos custos de qualquer solução que resulte do processo de avaliação ambiental estratégica (“AAE”) (...), e/ou nos acordos vinculativos para o desenvolvimento do NAL ou da Alternativa da Concessionária para o NAL, consoante a solução final que vier a ser determinada para a região de Lisboa, na sequência do AAE”;*
- ff) *O concurso público internacional lançado pelo IMT seguiu os seus trâmites, tendo sido adjudicado o contrato a celebrar na sequência do mesmo;*
- gg) *No entanto, através do Despacho n.º 7980-C/2022, de 29 de junho, o Secretário de Estado das Infraestruturas declarou “a ocorrência de uma circunstância que inviabiliza a outorga do contrato a celebrar na sequência do concurso público para aquisição de serviços destinados ao desenvolvimento da avaliação ambiental estratégica do Plano de Ampliação da Capacidade Aeroportuária da Região de Lisboa, publicitado pelo anúncio de procedimento n.º 13071/2021, de 18 de outubro, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 202, ao abrigo do n.º 1 do artigo 87.º-A do CCP”, e atribuiu ao LNEC “o desenvolvimento da avaliação ambiental estratégica do Plano de Ampliação da*

Capacidade Aeroportuária da Região de Lisboa, nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de junho, na sua redação atual”;

- hh) Despacho esse que foi revogado no dia seguinte, através do Despacho n.º 8022-F/2022, de 30 de junho;
- ii) Mantendo-se o propósito de realizar uma avaliação ambiental estratégica do aumento da capacidade aeroportuária da região de Lisboa, foi criada a atual Comissão Técnica Independente, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2022, de 14 de outubro, para avaliar as opções estratégicas aí elencadas para aumentar a capacidade aeroportuária da área de Lisboa, bem como para coordenar e realizar a avaliação ambiental estratégica, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 232/2007, de 15 de junho.

2. Partindo deste enquadramento factual e normativo, o presente Estudo centra-se na análise das vias de expansão da capacidade aeroportuária da área de Lisboa, num plano (estritamente) contratual¹⁸.

Para tal, necessário se torna delimitar e precisar, antes de mais e sobretudo, o regime que se deverá extrair do Contrato de Concessão no que respeita ao desenvolvimento de novas infraestruturas aeroportuárias, nomeadamente identificando obrigações e direitos das Partes, de prestação ou compensação, para, a final, apurar potenciais impactos ou constrangimentos daí decorrentes para a implementação de cada uma das oito soluções de expansão que estão a ser equacionadas.

¹⁸ Trata-se, em rigor, de um Estudo que incide sobre o regime do Contrato de Concessão – cujos termos se assumem como plenamente válidos e em vigor –, analisando e clarificando o sentido e a mecânica contratual do desenvolvimento de novas infraestruturas aeroportuárias e constrangimentos que poderão daí decorrer para a implementação das soluções em causa, encontrando-se fora do escopo do presente Estudo a análise de quaisquer outros temas, incluindo os relacionados com a adjudicação do Contrato de Concessão, a privatização da ANA ou eventuais exigências legais, desde logo procedimentais, para a implementação das soluções aqui consideradas.

3. Tendo em vista uma maior facilidade e clareza de identificação, sistematização e cenarização no presente Estudo, as soluções para expansão da capacidade aeroportuária da região de Lisboa serão agrupadas, exclusivamente para estes efeitos, da seguinte forma:

A. Soluções unitárias

A.1. Solução unitária com um novo aeroporto (substituto do AHD) situado dentro do raio de 75 km do AHD:

A.1.i. Novo aeroporto no Montijo¹⁹ (OE 2);

A.1.ii. Novo aeroporto no Campo de Tiro de Alcochete (OE 3);

A.2. Solução unitária com um novo aeroporto (substituto do AHD) situado fora do raio de 75 km do AHD:

A.2.i. Novo aeroporto em Santarém (OE 5);

A.2.ii. Novo aeroporto em Vendas Novas²⁰.

B. Soluções duais

B.1. Solução dual com o AHD como aeroporto principal e novo aeroporto complementar situado dentro do raio de 75 km do AHD:

B.1.i. AHD principal e novo aeroporto complementar no Montijo (OE 1);

B.2. Solução dual com novo aeroporto principal situado dentro do raio de 75 km do AHD e AHD como complementar:

B.2.i. Novo aeroporto principal no Montijo e AHD complementar²¹ (OE 2);

B.2.ii. Novo aeroporto principal no Campo de Tiro de Alcochete e AHD complementar.

B.3. Solução dual com o AHD como aeroporto principal e novo aeroporto complementar situado fora do raio de 75 km do AHD:

B.3.i. AHD principal e novo aeroporto complementar em Santarém (OE 4);

B.3.ii. AHD principal e novo aeroporto complementar em Vendas Novas²²;

¹⁹ Ainda que com transição progressiva de aeroporto complementar para principal, com possibilidade de substituição integral do AHD.

²⁰ Para efeitos do presente Estudo, considerar-se-á que o eventual aeroporto em Vendas Novas (principal ou complementar) será construído fora do raio de 75 km do AHD, à semelhança do que sucede com o eventual aeroporto em Santarém. De acordo com a informação que nos foi disponibilizada, a conclusão quanto à sua localização dentro ou fora do referido raio requererá uma maior concretização, sendo a distância efetiva calculada de acordo o *Airport Reference Point* (ARP). Caso se venha a concluir que a localização do eventual novo aeroporto em Vendas Novas se situará, ao invés, dentro do referido raio de 75 km, deverá, então, esta solução ser equiparada, para efeitos do presente Estudo, à solução A.1..

²¹ Embora inicialmente como aeroporto complementar com transição progressiva para principal e possibilidade de substituição integral do AHD.

²² A eventual conclusão pela localização do potencial novo aeroporto em Vendas Novas dentro do raio de 75 km do AHD implicará a equiparação desta solução, para efeitos do presente Estudo, à solução B.1..

2. ENQUADRAMENTO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

4. Antes ainda de nos debruçarmos sobre o Contrato de Concessão e de entrarmos na análise detalhada das suas disposições, importa deixar aqui uma nota introdutória sobre a sua natureza e as regras que devem nortear a tarefa de apuramento do respetivo sentido.

5. Nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 254/2012, de 28 de novembro, e do Contrato de Concessão, foi atribuída à ANA a *“concessão de serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil nos aeroportos de Lisboa (Portela), do Porto (Francisco Sá Carneiro), de Faro, de Ponta Delgada (João Paulo II), de Santa Maria, da Horta e das Flores e do Terminal Civil de Beja”*²³.

6. Na sua génese, a técnica concessória encontra-se associada à atribuição a um privado da responsabilidade pela execução de tarefas contidas na esfera jurídica da Administração ou materialmente públicas. Neste quadro, a concessão de *serviço público* diferencia-se pelas atividades que integram o seu objeto – o direito à gestão do serviço público –, em regra reforçadas por direitos exclusivos ou especiais e cujo exercício se pauta pelos princípios da continuidade, regularidade, igualdade e adaptação²⁴.

7. No nosso ordenamento jurídico, a concessão de serviço público constitui um contrato administrativo típico e nominado. Tratando-se de um contrato administrativo por determinação legal, essa qualificação não suscita dúvidas, dispensando-se a verificação de fatores de administratividade.

Decorre, pois, do Código dos Contratos Públicos (“CCP”)²⁵ que o contrato de concessão de serviço público é aquele *“pelo qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público”*.

Pois bem, no caso do Contrato de Concessão, é notório que se encontram reunidos todos os requisitos próprios do tipo contratual da concessão de serviço público, gerindo a ANA, em seu nome e sob sua responsabilidade, o serviço público aeroportuário de suporte à aviação civil, pelo período de 50 anos e mediante remuneração proveniente dos resultados financeiros dessa exploração.

8. Quanto ao regime legal aplicável, anuncia-se no referido Contrato²⁶ a aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 254/2012, de 28 de novembro – que aprova o quadro geral da Concessão e é especialmente relevante em matéria de licenciamento e cobrança de taxas pela ANA – e do CCP, que incorpora o regime substantivo de execução dos contratos administrativos.

²³ As referências ao Aeroporto da Portela deverão considerar-se feitas ao AHD, denominação atual do aeroporto de Lisboa.

²⁴ Sobre este tipo de contrato, cfr., por todos, PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, 1999.

²⁵ Cfr. artigo 407.º, n.º 2, do Código aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual.

²⁶ Cfr. cláusula 2.1. do Contrato de Concessão.

Deve ser equacionado, ainda, o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas (Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, na sua redação atual)²⁷, que estabelece um conjunto de regras e procedimentos especiais, a observar pelo Concedente, em particular para efeitos de modificação ou renegociação do contrato, resolução ou, em geral, exercício de prerrogativas unilaterais.

9. Com especial relevância para o presente Estudo, importa, ainda, enunciar, os critérios a que deverá obedecer a interpretação do (deste) contrato administrativo.

E, adiante-se, estes critérios não vão ser encontrados de forma expressa e direta nos regimes legais aplicáveis (acima referidos). Pelo contrário, “[c]onstata-se que o legislador, deliberadamente ou não, não verteu na legislação vigente qualquer enunciado normativo conexo com a interpretação do contrato administrativo: não existe qualquer comando legal orientador da atividade interpretativa direcionada à determinação do sentido e alcance da declaração negocial tendente à produção de efeitos numa relação jurídica administrativa”^{28/29}.

10. Na ausência de um regime administrativo específico, é usual que a solução venha a convocar o regime geral de interpretação e integração dos negócios jurídicos constante do Código Civil, fazendo-o relevar em toda a contratação jurídica, seja ela privada ou pública, ainda que, nesta última, matizado ou mediado pelas normas e princípios que norteiam a atuação pública.

11. Neste quadro, a regra geral de interpretação dos negócios jurídicos consagrada no artigo 236.º, n.º 1, do Código Civil acolhe a denominada teoria da *impressão* do destinatário, estabelecendo um critério interpretativo objetivo e normativo. A declaração de vontade deve, então, ser interpretada com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante; não se trata, pois, de determinar a vontade real do declarante, mas, antes, o sentido que juridicamente deve atribuir-se à declaração.

De forma coerente, vai-se mais longe nos contratos formais – como aquele objeto do presente Estudo –, afirmando-se que a declaração não pode “*valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento, ainda que imperfeitamente exposto*”³⁰.

E, em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, estatui, por seu turno, o artigo 237.º do Código Civil que nos negócios onerosos prevalece o sentido que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.

²⁷ Entendemos, pois, que o Contrato de Concessão configura um contrato de parceria para efeitos do referido diploma, não estando abrangido por nenhuma das hipóteses de exclusão do respetivo âmbito de aplicação. É esta, aliás, a posição da UTAP e tem sido este regime aplicado pelo Estado no âmbito da execução do Contrato – cfr., por todos, o já referido Despacho n.º 2989/2018, de 23 de março, da Coordenadora da UTAP.

²⁸ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Contratos Administrativos e Boa Fé*, Lisboa, 2019, p. 73.

²⁹ Não encontramos já, pois, uma regra equivalente à do artigo 186.º, n.º 2, do anterior Código do Procedimento Administrativo, que, ainda que de forma sistematicamente equívoca, dispunha que: “o disposto no número anterior [sobre atos administrativos que interpretem cláusulas contratuais] não prejudica a aplicação das disposições gerais da lei civil relativas aos contratos bilaterais, a menos que tais preceitos tenham sido afastados por vontade expressa dos contratantes”. Esta norma foi revogada pelo CCP, sem substituição: “[t]al revogação e, sobretudo, a ausência de norma simétrica no CCP é elucidativa, como é relativamente pacífico na doutrina, da autonomização dos critérios que presidem à interpretação dos contratos administrativos” – cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Contratos Administrativos*, p. 117.

³⁰ Cfr. artigo 238.º do Código Civil.

12. Assumindo este ponto de partida, não deixa de ser verdade que, atendendo à natureza público-administrativa dos contratos, e não obstante a vocação aplicativa das regras comuns de interpretação do negócio jurídico, se justifica a sua sujeição cumulativa a algumas condicionantes particulares derivadas da sua natureza específica, que podem introduzir alguns desvios ou acrescentos pontuais às regras do Código Civil, em particular à luz dos princípios da contratação pública, da concorrência e da prossecução do interesse público.

Assim, dispõe hoje o artigo 280.º do CCP, sob a epígrafe “*direito aplicável*”, que “[e]m tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial, ou não resultar da aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, é subsidiariamente aplicável à execução dos contratos administrativos, com as necessárias adaptações, o direito civil”, reconhecendo a aplicação subsidiária e adaptada do direito civil.

13. Neste sentido, têm vindo a ser identificadas e trabalhadas as especificidades da aplicação daquelas regras no quadro dos contratos administrativos, que podem ser resumidas, nos seguintes vetores: (i) elemento linguístico; (ii) contexto comunicativo; (iii) elemento genético; e (iv) elemento sistemático³¹. Trata-se, sobretudo, de salientar a especial relevância (e limitação) decorrente dos procedimentos de formação do contrato, a globalidade das suas disposições e os comportamentos das partes, tudo enquadrado no princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público (desde logo, para se poder atribuir primazia à vontade *real*).

Em suma: “[r]etiram-se [...] três diretrizes interpretativas relevantes: (i) não pode ser atribuído um significado interpretativo ao clausulado do contrato administrativo que, quando contrastado com o apuramento da melhor proposta do mercado, viole os limites legais à modificação do contrato previstos na lei, maxime, introduzindo alterações que, se fizessem parte das peças do procedimento, teriam ocasionado a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas; (ii) o significado de expressões ambíguas deve orientar-se à presunção de que os órgãos da entidade pública exerceram as suas competências no âmbito das atribuições da entidade pública, de molde a maximizar os interesses públicos em jogo, de modo semelhante ao que ocorre em contratos de tipologia idêntica, e não para benefício dos interesses privados dos co-contratantes; (iii) o sentido interpretativo deve maximizar os princípios administrativos de direito interno e comunitário, nomeadamente a igualdade, imparcialidade, concorrência, bem como os ainda princípios específicos da realidade da contratação pública, como, por exemplo, a intangibilidade das propostas”³².

³¹ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Contratos Administrativos*, pp. 98 ss.. Cfr., também, com critérios próximos, M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS que identificam argumentos *linguísticos, genéticos, sistemáticos* e de *comportamento posterior das partes* – cfr. *Direito Administrativo Geral*, III, Lisboa, 2007, pp. 340-341. Já MARCELLO CAETANO defendia que na interpretação dos contratos administrativos era necessário atender aos seguintes princípios decorrentes da sua natureza: (i) tipicidade; (ii) relevância do procedimento pré-contratual no apuramento da vontade real das partes; (iii) colaboração subordinada do particular com a Administração; (iv) proteção do interesse privado do co-contratante; e (v) natureza opinativa dos atos administrativos que versam o sentido de cláusulas contratuais – cfr. *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 10.ª ed., 2005, pp. 610-614.

³² Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Contratos Administrativos*, p. 124 (sublinhado nosso).

14. Mas, isto dito, constata-se que, por defeito, a especificidade da interpretação dos contratos administrativos, em geral – e, em concreto, do Contrato de Concessão –, acaba, na maioria das vezes, por não se afastar muito das diretrizes hermenêuticas gerais fixadas nos referidos preceitos do Código Civil. Desde logo, por um lado, porque os princípios de direito administrativo postulam, precisamente, critérios interpretativos de matriz objetiva com foco na letra do contrato, que constitui simultaneamente um limite interpretativo. E, por outro lado, porque, também no direito civil não se excluem preocupações relacionadas com a sistematicidade e a indagação da vontade real das partes retirada da fase de formação do negócio, além de que se estabelece expressamente no artigo 237.º a relevância interpretativa do equilíbrio das prestações. Ora, este equilíbrio é central e indissociável, no quadro dos contratos administrativos, do princípio do equilíbrio económico e financeiro, de tal forma que «o *"maior equilíbrio das prestações"* pressupõe a conjugação da prossecução do fim de interesse público com a manutenção da equação económico-financeira subjacente ao contrato»³³.

15. São estas, pois, as ferramentas que estarão presentes e subjacentes à exegese do regime decorrente do Contrato de Concessão, com vista a averiguar de que forma poderá este conviver com as soluções de expansão da capacidade aeroportuária que estão a ser equacionadas.

³³ Cfr. TIAGO AMORIM, "Sobre a Interpretação do Contrato Administrativo", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 79 – Vol. I/II – Jan./Jun. 2019, p. 309.

3. OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO E DELIMITAÇÃO DO EXCLUSIVO (TERRITORIAL) DA CONCESSIONÁRIA

3.1. Introdução e colocação do problema

16. Logo no diploma que aprovou o quadro geral da atual Concessão, anuncia-se que a “ANA, S. A., detém, em regime de exclusivo, a concessão de serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil nos aeroportos de Lisboa (Portela), do Porto (Francisco Sá Carneiro), de Faro, de Ponta Delgada (João Paulo II), de Santa Maria, da Horta e das Flores e do Terminal Civil de Beja”, cabendo-lhe, no que releva para a presente análise, a prestação de atividades e serviços aeroportuários naqueles aeroportos, “assim como a prestação das atividades de conceção, de projeto, de construção, de reforço, de reconstrução, de extensão, de desativação e de encerramento de aeroportos”³⁴ – isto, acrescenta-se, “nos termos do contrato de concessão”.

17. Estas diretrizes refletiram-se, depois, no objeto do contrato a celebrar; antes de mais, na definição das incumbências e dos direitos da Concessionária relativamente à rede aeroportuária existente³⁵. Mas não só: “nos termos do contrato de concessão”, a rede aeroportuária da ANA não se limita às infraestruturas existentes, consagrando-se, ainda, um direito (de opção) da Concessionária quanto ao desenvolvimento de uma infraestrutura futura, concretizado no “direito exclusivo (por um período limitado) [de] apresentar ao Concedente uma proposta de conceção, construção, financiamento e/ou exploração e gestão do Novo Aeroporto de Lisboa (NAL), de acordo com o disposto no Capítulo XI (Novo Aeroporto de Lisboa)”^{36/37}.

Será este, pois, o âmbito essencial das tarefas administrativas contratualmente delegadas na ANA, assente na atribuição do direito a desenvolver e explorar a rede constituída pelos aeroportos públicos incluídos no objeto do Contrato de Concessão, acrescida de uma nova infraestrutura aeroportuária que possa resultar de uma solução de expansão da capacidade aeroportuária da zona ou área de Lisboa³⁸ que venha a ser implementada no quadro e dentro dos limites daquele contrato.

18. Mas este direito de exclusivo que reveste a Concessão não é absoluto, surgindo acompanhado de uma dimensão *territorial* por referência à qual se recorta.

³⁴ Cfr artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 254/2012, de 28 de novembro.

³⁵ Que abrangem, não só a prestação das atividades e serviços aeroportuários, mas também as atividades comerciais que possam ser desenvolvidas nos aeroportos ou noutras áreas afetas à Concessão [cfr. cláusula 5.1. e 5.2.(c)].

³⁶ Cfr. cláusula 5.2.(a) do Contrato de Concessão. Isto vem em linha com o que se previa já no n.º 1 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 104/2012, que autorizou “a celebração do contrato de concessão de serviço público aeroportuário entre o Estado Português e a ANA – Aeroportos de Portugal, S.A. (ANA, S.A.), com o seguinte objeto: [...] d) Atribuição à ANA, S.A., do direito exclusivo de apresentação ao Estado de propostas de conceção, construção, financiamento e ou exploração e gestão do novo aeroporto de Lisboa, de acordo com o previsto no contrato de concessão”.

³⁷ O objeto do Contrato de Concessão compreende ainda “a prestação de atividades de conceção, de projeto, de construção, de reforço, de reconstrução, de extensão, de desativação e de encerramento de Aeroportos, nos termos do presente Contrato de Concessão” – cfr. cláusula 5.2.(b) – o que parece não estar direcionado ao desenvolvimento de novas infraestruturas aeroportuárias, não se afigurando especialmente relevante para os presentes efeitos.

³⁸ Expressões que utilizaremos indistintamente à semelhança do que se verifica no Contrato de Concessão.

Esta dimensão é introduzida na cláusula 5.5. do Contrato de Concessão, que define um raio de 75 km em torno de cada um dos aeroportos do continente incluídos na Concessão, dentro do qual o Concedente se vincula a uma *prestação de facto negativo*, qual seja a de não desenvolver ou autorizar o desenvolvimento de nenhum aeroporto³⁹. Funciona, pois, simultaneamente, como uma área de compressão das prerrogativas do Estado e de proteção dos direitos de exploração da Concessionária.

19. Ora, a consagração e delimitação de um exclusivo de *natureza territorial* a favor da Concessionária deve ser encarada com naturalidade⁴⁰, tratando-se, como é o caso, de uma concessão caracterizada pela transferência do risco de exploração (procura) para a ANA, em que a respetiva remuneração assenta, exclusivamente, nas receitas provenientes da prestação aos respetivos utilizadores e utentes de atividades e serviços da Concessão.

É essa delimitação geográfica que, funcionando como uma proteção da concorrência (de maior ou menor grau), cria, neste tipo de contratos, um contexto favorável a que promotores (e financiadores) arrisquem investimentos avultados sem garantia de retorno; pois, se têm de decidir com base em projeções, é natural que a manutenção dos respetivos pressupostos (como a configuração conhecida do mercado) se torne essencial na sua avaliação de risco. Por outras palavras, se “*o Estado entrega ao concessionário a exploração de um bem e fá-lo sem lhe garantir um resultado certo, um resultado à partida considerado como simetricamente equivalente ao da prestação a cargo do co-contratante, é compreensível — até natural — que tenha de o compensar com a atribuição de [...] uma posição de âmbito territorial*”⁴¹.

Tendencialmente, verifica-se, então, que o âmbito geográfico de uma dada concessão coincide com o âmbito do direito de exclusivo territorial atribuído à concessionária, permitindo-lhe preservar o seu monopólio até um certo limite, que aceita ao celebrar o contrato.

20. Assente este princípio, não se olvida que “*o sentido da protecção jurídica conferida pelas referidas cláusulas de exclusivo não é unívoco, variando de contrato para contrato – de concessão para concessão –, sendo essencial o recurso à qualificação e à interpretação de cada contrato de concessão para sindicarem especificamente o conteúdo das suas cláusulas*”⁴².

Impõe-se, assim, que procuremos, no Contrato de Concessão, o sentido e o alcance do direito de exclusivo territorial aí consagrado.

³⁹ Com exceção dos aeroportos ou aeródromos previstos na cláusula 5.6. do Contrato de Concessão.

⁴⁰ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão*, pp. 66 ss..

⁴¹ Cfr. LINO TORGAL/J. OLIVEIRA GERALDES, “Concessões de atividades públicas e direito de exclusivo”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, outubro/ dezembro de 2012, p. 1125.

⁴² Cfr. LINO TORGAL/J. OLIVEIRA GERALDES, “Concessões...”, p. 1121.

3.2. **Sentido e alcance do disposto na cláusula 5.5. do Contrato de Concessão**

21. Atentemos, então, na cláusula 5.5. do Contrato de Concessão, segundo a qual:

"Sem prejuízo do disposto no número seguinte e na Cláusula 51, o Concedente não pode desenvolver ou autorizar o desenvolvimento de nenhum aeroporto situado:

- (a) no raio de setenta e cinco quilómetros (75) km⁴³ do Aeroporto da Portela, do Aeroporto Francisco Sá Carneiro, do Aeroporto Internacional de Faro e do Terminal Civil de Beja [...]; e/ou*
- (b) nas ilhas de São Miguel, Santa Maria, Faial e Flores [...]"*,

para, de seguida, averiguarmos que comandos devem ser daqui retirados quanto ao desenvolvimento de novas infraestruturas aeroportuárias⁴⁴, seja dentro, seja fora, do raio de 75 km do AHD⁴⁵.

3.2.1. **Desenvolvimento de infraestruturas aeroportuárias fora do raio de 75 km**

22. Resulta *prima facie* deste preceito a regra de que o Concedente não pode desenvolver ou autorizar o desenvolvimento de nenhum aeroporto situado no raio de 75 km de cada um dos aeroportos existentes em Portugal Continental⁴⁶ – a já referida prestação de facto negativo. Isto, acrescentamos, seja a terceiros, seja à própria Concessionária, *salvo na medida do que já resulte do Contrato de Concessão*⁴⁷.

Estamos, pois, perante um exclusivo territorial definido contratualmente pela **negativa**, enquanto garantia geográfica de não concorrência através da coartação da iniciativa e poderes do Estado (*obrigação estadual de não concorrência*) dentro do referido perímetro. Vale isto por dizer que, a contrario, fora do mesmo perímetro, já poderá o Estado, dentro do quadro legal aplicável, desenvolver ou autorizar livremente novos aeroportos, a terceiros ou à Concessionária, sem repercussões diretas contratuais⁴⁸.

⁴³ Esta fronteira encontra-se traçada apenas no Contrato de Concessão, que não esclarece, no entanto, com precisão, entre que pontos (do exterior desse perímetro) deve ser medida esta distância.

⁴⁴ No presente Estudo, as referências a "infraestruturas aeroportuárias" deverão ser entendidas como a aeroportos tecnicamente elegíveis para a implementação das soluções de expansão consideradas.

⁴⁵ Que é o único que poderá relevar para os presentes efeitos.

⁴⁶ Exceção é feita, a todo o tempo, ao desenvolvimento de aeroportos com outras características, concretamente "aerportos ou aeródromos que (i) não sejam fundamentalmente utilizados para o transporte de Passageiros civis e (ii) atendam exclusivamente a aeronaves com um peso máximo de pré-descolagem até vinte e cinco (25) toneladas ou com capacidade de transporte de passageiros até vinte (20) lugares" – cfr. cláusula 5.6., cuja aplicação não é, no entanto, convocada no caso vertente. De forma mais limitada, exceciona-se ainda a aplicação da cláusula 51.^a, que será mencionada de forma autónoma no n.º 4.3..

⁴⁷ A Concessionária não tem direito a desenvolver ou explorar quaisquer infraestruturas dentro daquele raio, mas apenas as que se encontram previstas no Contrato de Concessão, como melhor se abordará *infra*.

⁴⁸ Como se demonstrará *infra*, no n.º 4.3..

23. Mas a relevância desta delimitação territorial não se esgota aqui. Tratando-se de uma regra aparentemente simples, o apuramento do seu real alcance deve ser levado a cabo em ambos os sentidos (dentro e fora do raio definido), convocando a sua articulação com outros regimes contratuais.

3.2.2. Desenvolvimento de infraestruturas aeroportuárias dentro do raio de 75 km

24. Nesse sentido, torna-se útil começar por clarificar quais as infraestruturas aeroportuárias que, nos termos do Contrato de Concessão, podem ser desenvolvidas no interior do referido raio geográfico, seja pela Concessionária (**3.2.2.1.**), seja por terceiros (**3.2.2.2.**).

Vejamos.

3.2.2.1. Pela Concessionária

25. Já sabemos que a fronteira de 75 km em torno de cada aeroporto situado em Portugal continental tem uma função garantística da sua exploração pela ANA: dentro daquele raio, não pode (deve poder) haver concorrência, constituindo o âmbito territorial do exclusivo concedido à Concessionária que lhe permitirá (em tese) diminuir o risco de perturbações na procura (e, logo, na receita).

Num exercício inverso, não significa isto, porém, que, dentro daquele raio, possa a Concessionária desenvolver quaisquer aeroportos – ou seja, a delimitação do exclusivo territorial não nos elucida sobre o objeto da Concessão nem atribui à Concessionária, pela **positiva**, direitos sobre quaisquer aeroportos futuros dentro do raio contratualmente definido⁴⁹. Recorde-se que um âmbito deste tipo chegou a constar de versão anterior do Contrato de Concessão. Com efeito, tal como constava das bases da concessão e da minuta de contrato aprovadas em 2010⁵⁰, a Concessionária teria “o direito de incluir na Concessão qualquer Aeroporto ou outro aeródromo existente ou futuro: a) Que se [situasse] no raio de 150 km contado do exterior do perímetro de quaisquer dos Aeroportos de Lisboa (Portela), do Porto (Francisco Sá Carneiro), de Faro e do NAL”^{51/52}. Fá-lo-ia através do exercício de um direito de opção sobre qualquer aeroporto a criar (ou a incluir) naquele raio, caso

⁴⁹ Tenhamos presente que a rede de aeroportos públicos que a ANA explora decorre de uma habilitação legal prévia (consentaneamente concretizada, depois, no contrato); esse âmbito coincide com as infraestruturas concretas e limites previstos no Contrato de Concessão, sendo dificilmente sustentável num ambiente liberalizado admitir-se um objeto contratual indefinidamente expansível, sobre quaisquer aeroportos futuros.

⁵⁰ Cfr. Decreto-Lei n.º 33/2010, de 14 de abril, e Resolução do Conselho de Ministros n.º 34/2010, de 6 de maio (retificada pela Declaração de Retificação n.º 14/2010, de 18 de maio).

⁵¹ Ou que se situasse nas ilhas de São Miguel, de Santa Maria, do Faial e das Flores - cfr. n.º 7.1. da minuta de contrato de concessão aprovada em 2010.

⁵² O NAL estava, então, incluído no objeto imediato da concessão (com prazo de início de exploração fixado, à partida, para o final de 2017) e, em tudo o mais, qualquer novo aeroporto que o Concedente pretendesse que fosse desenvolvido ou incluído naquele perímetro teria de ser notificado à Concessionária para efeitos de potencial inclusão no contrato. Não sendo aceite essa inclusão, i.e., não exercendo a Concessionária o seu direito de opção, ficaria, aí sim, a infraestrutura fora do contrato sem qualquer direito à reposição do equilíbrio financeiro pelo Concedente.

aceitasse as condições propostas pelo Concedente – o que conduzia a que o objeto daquela concessão pudesse (pelo menos em abstrato) ter um alcance mais vasto do que o da atual.

26. Mas não foi este o modelo que vingou no atual Contrato de Concessão. Pelo contrário, a Concessionária foi incumbida da exploração de infraestruturas aeroportuárias concretas; o exclusivo territorial é, em rigor, secundário/instrumental (e defensivo) da exploração de cada uma delas, em torno da qual se recorta um campo de proteção.

Assim, e em primeira linha, cabe-lhe o desenvolvimento de atividades e serviços incluídos no âmbito do Contrato de Concessão por referência às infraestruturas aeroportuárias *existentes*; mantém-se, não obstante, a possibilidade de *extensão* desse âmbito, mas agora única e exclusivamente para efeitos do NAL (e suas alternativas contratualmente definidas).

27. Parecendo, à partida, pacífica, do ponto de vista do Contrato e da Concessionária, a implementação do NAL (ou de uma sua alternativa) pela Concessionária no interior do raio de 75 km, mais controversa será, mesmo no plano contratual, a possibilidade de esse mesmo NAL ser desenvolvido pela Concessionária, no quadro do Contrato de Concessão, mas já fora desse raio.

28. Na verdade, importa começar por referir que o Contrato de Concessão não responde diretamente a esta questão, não posicionando ou estabelecendo expressamente uma ligação entre a localização do NAL e o raio territorial de 75 km.

Podia, assim, ensaiar-se a tese de que o NAL não se encontraria territorialmente limitado no Contrato de Concessão, mas porventura apenas orientado finalisticamente para a expansão da capacidade aeroportuária da zona de Lisboa, independente da sua localização. No limite, qualquer aeroporto que visasse substituir o AHD, onde quer que se localizasse em Portugal Continental, poderia corresponder ao “NAL” para efeitos contratuais, assistindo à ANA um direito exclusivo de apresentar e negociar a sua proposta. Esta seria, enfim, a leitura mais maximalista dos direitos da Concessionária, ancorada numa interpretação de cariz mais subjetivo e teleológico.

29. Não obstante, antes de ir por aí – e pese embora a equivocidade e falta de clareza que pauta o Contrato de Concessão, em geral (e o seu capítulo XI, em particular) –, encontramos fortes razões a depor no sentido de se tratar, ao invés, de uma infraestrutura a localizar-se no interior do referido perímetro, na área ou na zona de Lisboa.

30. Começando, como se deve começar, pelo **clausulado contratual**. Porque, importa não esquecer, o NAL não é uma solução abstrata, uma ideia. Não se poderá confundir, pois, com qualquer terminologia utilizada na praça pública ou com um qualquer aeroporto ou solução que se possa apontar para dar resposta à falta de capacidade da rede aeroportuária existente.

O NAL que releva para este Estudo, que releva para aferição dos direitos das partes no Contrato de Concessão, não pode ser outro senão o NAL conforme definido e interpretado à luz desse mesmo contrato, com o sentido e o alcance que daí resulte. E, recorde-se, “[o]s enunciados linguísticos através dos quais foi exteriorizado o contrato constituem o ponto de partida e o limite da interpretação”⁵³.

31. Dito isto, para efeitos do Contrato de Concessão, define-se como NAL “o novo aeroporto para Lisboa que o Concedente poderá pretender para substituir o aeroporto da Portela”. Continuando, ao longo de todo o Contrato, as referências vão sendo invariavelmente feitas ao NAL como o aeroporto **de** Lisboa, **para** Lisboa, **situado na área de Lisboa**, substituindo o aeroporto **de** Lisboa e visando dotar de maior capacidade a **área** e a **zona** de Lisboa.

Esta coerência (que falta em tantas outras referências contratuais), não deixa de ser impressionante e de apontar para um critério de *localização* do NAL e não de *área de influência*. Especialmente ilustrativo disto mesmo é o disposto na cláusula 43.1. – a única que versa sobre o tema da localização [“*Manutenção do(s) local(is)*”] –, ao determinar que “o Concedente deve envidar esforços razoáveis para identificar quaisquer locais, **situados na área de Lisboa**, que considere adequados para o desenvolvimento do NAL”⁵⁴.

Vale isto por dizer que, segundo julgamos correto e corresponder ao sentido objetivo e a que chega o declaratório normal, o NAL deve **situar-se na área ou zona de Lisboa e não apenas servir a área ou zona de Lisboa**.

32. Este é, em rigor, o verdadeiro critério contratual, que deveria bastar para balizar a localização do aeroporto sobre o qual a ANA tem um direito de “primeira oferta”.

Mas, não sendo clara ou inequívoca a fronteira desta área ou zona⁵⁵, dificultando a definição, pela *positiva*, desta localização, importa, numa segunda fase, convocar outras pistas geográficas do Contrato, para ajudar a traçar estes limites, ainda que pela *negativa*.

É aqui que deve relevar, cremos, o exclusivo territorial da própria Concessão. Entendemos, pois, que, o que quer que possa ser a área ou zona de Lisboa, não deverá esta situar-se para além do raio de 75 km do AHD⁵⁶.

Em retrospectiva, não deixa de ser sugestivo também que, historicamente⁵⁷, todas as localizações que haviam sido até recentemente consideradas para o NAL tenham sido sempre, em linha com esta leitura, situadas num raio inferior ao de 75 km do AHD e, como tal, assumidas (e anunciadas) como uma incumbência da ANA nos termos do Contrato de Concessão.

⁵³ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Contratos Administrativos*, p. 98.

⁵⁴ Sem destaque no original.

⁵⁵ Poderá, não se olvida, ser difícil concretizar esta área de forma inequívoca e com um critério geográfico válido; poderia porventura ensaiar-se referências como Grande Lisboa ou Área Metropolitana de Lisboa, se suportadas tecnicamente.

⁵⁶ Esperando-se até, intuitivamente, que seja inferior a esse perímetro.

⁵⁷ Cfr., por todos, resenha histórica constante dos termos de referência em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2022.

33. No mesmo sentido depõem argumentos sistemáticos e de contexto:

- O sentido acima extraído é o que julgamos mais consentâneo com o **exclusivo territorial** atribuído à Concessionária no Contrato de Concessão. Pois será precisamente por se pretender que o NAL se situe dentro da área geográfica sobre a qual a Concessionária detém um direito de exclusivo e por vir a substituir uma infraestrutura que lhe cabe explorar (o AHD), que se justifica a atribuição direta à ANA, logo no Contrato de Concessão, de um direito (também exclusivo) de opção sobre o NAL. Ou seja: se era na zona de Lisboa que se pretendia instalar um novo aeroporto, ou o Estado incluía logo esse eventual direito no âmbito do Contrato e na esfera da Concessionária ou, então, teria de esperar pelo termo do Contrato de Concessão para promover a nova infraestrutura, pelo menos sem contingências financeiras significativas associadas.
- De outra perspetiva, a configuração contratual do NAL enquanto infraestrutura situada dentro do exclusivo territorial da ANA transparece da própria mecânica do Termo da Opção da Concessionária, cujo principal efeito é, nos termos das disposições conjugadas das cláusulas 51.^a e 5.5., o de libertar o Concedente para a sua própria Alternativa para o NAL, “invadindo” o raio de 75 km. Ora, se o NAL se pudesse localizar para lá do referido raio, nunca o Concedente teria estado, em bom rigor, limitado (como se viu *supra*).
- De notar também que, caso se admitisse que poderia o NAL situar-se fora do raio de 75 km, tal conduziria a que a Concessionária passasse a ter uma infraestrutura (NAL) explorada sem qualquer âmbito territorial de proteção (que se define apenas em torno das infraestruturas existentes^{58/59}) – já que não se prevê, em caso de desenvolvimento do NAL, a atribuição de um novo perímetro territorial de proteção da concorrência –, o que, como se viu, seria pouco consentâneo com os modelos deste tipo de concessões, em geral, e com a configuração desta, em particular.
- Finalmente, na falta de clareza, entendemos que, como resulta do enquadramento inicial, deverá sempre prevalecer a interpretação mais consentânea com o princípio da concorrência e, logo, mais restritiva quanto à extensão do exclusivo da Concessionária – que seria, ademais, implícito –, pelo que rejeitaríamos, logo por essa razão, qualquer tentativa de maximizar uma prerrogativa da Concessionária que é, por natureza, excecional.

Nesse sentido, “sendo [...] o exclusivo uma exceção aberta ao princípio da liberdade de trabalho, comércio ou indústria, nesse caso em benefício de uma iniciativa privada, a actividade por ele abrangida deve sempre ser devidamente especificada e restrita ao

⁵⁸ Recorde-se que, em Portugal Continental, o exclusivo territorial é recortado pelo raio de 75 km do AHD, do Aeroporto Francisco Sá Carneiro, do Aeroporto Internacional de Faro e do Terminal Civil de Beja [cfr. cláusula 5.5.(a) do Contrato de Concessão].

⁵⁹ Não era assim na versão do contrato de 2010 – que traçava uma fronteira de proteção em torno do próprio NAL, considerando a sua localização de forma autónoma das dos demais aeroportos – cfr. Base V, n.º 1, das bases aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 33/20120, de 14 de abril.

*indispensável à exploração do serviço*⁶⁰. Trata-se de um *privilégio* da concessionária em face dos seus concorrentes, pelo que “a regra é a de que o exclusivo seja específico”, desde logo “quanto aos lugares abrangidos”⁶¹, devendo a sua delimitação ser absolutamente expressa, concreta e precisa.

34. Uma nota final para referir que cremos deverem estas conclusões estender-se, *mutatis mutandis*, às Alternativas da Concessionária ou do Concedente para o NAL.

3.2.2.2. Por terceiros

35. Num outro plano, fora do quadro de execução do Contrato de Concessão pela Concessionária (nos termos acabados de expor), e conforme se retira da mencionada cláusula 5.5., a proibição de desenvolvimento de novas infraestruturas dentro do raio de 75 km apenas cede perante a verificação do Termo da Opção da Concessionária, tal como configurado contratualmente, a partir da qual terá o Estado a faculdade de implementar a solução de expansão da capacidade aeroportuária na área ou zona de Lisboa que julgue mais adequada com recurso a terceiros, podendo proceder à Modificação do Contrato de Concessão ou, na falta de acordo com a ANA, resolvê-lo (mediante compensação equivalente à do Incumprimento do Concedente).

3.3. Consequências da violação do direito de exclusivo territorial da Concessionária

36. Conhecido o alcance e sentido que cremos ser de retirar do disposto na cláusula 5.5. do Contrato de Concessão, resta saber quais as consequências da respetiva violação pelo Estado.

37. Deixando agora de parte a hipótese de desenvolvimento do NAL pela Concessionária (cenário de que nos ocuparemos *infra*), verificámos já que, nas circunstâncias identificadas nos n.ºs 3.2.1. e 3.2.2.2., o desenvolvimento de novas infraestruturas aeroportuárias por terceiros ocorreria, ainda, em linha com as disposições do Contrato de Concessão, **sem constituir incumprimento de qualquer obrigação contratual do Concedente perante a Concessionária** (seja porque se estaria fora do raio de 75 km, seja porque já teria expirado a opção da Concessionária para o NAL).

Não se descortina, então, nestes casos, base suficiente para, por si só, assacar ao Concedente qualquer responsabilidade contratual, não se prevendo ademais um direito da Concessionária à reposição do equilíbrio financeiro do seu Contrato (ao contrário do que sucederia no caso de se tratar de uma violação da cláusula 5.5.)⁶². Isto, ainda que se verifique um impacto negativo na exploração do AHD pela ANA.

⁶⁰ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra, 2003-reimp., p. 251.

⁶¹ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Princípios...*, p. 223.

⁶² Por esta razão, se tivéssemos de antecipar uma eventual reação por parte da ANA à instalação de um segundo aeroporto fora do raio de 75km, cremos que a argumentação passaria, não tanto por invocar eventuais vias residuais legais para

Não vemos, de facto, por que deveriam tais cenários subsumir-se aos eventos que o Contrato de Concessão (ou a lei) elenca como passíveis de desencadear o mecanismo de Reequilíbrio, seja porque também não se verificaria (i) uma Modificação do Contrato de Concessão; (ii) uma Alteração das Circunstâncias (que teria de ser anormal e imprevisível e não estar coberta pelos riscos expressamente assumidos pelas Partes); ou (iii) uma Alteração Relevante da Lei (que, a existir, teria de dirigir-se à Concessão ou à Concessionária, o que não nos parece ser o caso ainda que a instalação de um aeroporto fora do raio contratual pudesse implicar intermediação legislativa).

Em bom rigor, a autorização ou o desenvolvimento pelo Estado de um aeroporto fora do raio de 75km (n.º 3.2.1.), não consubstanciando um incumprimento pelo Concedente do Contrato de Concessão, apenas poderia ter relevante impacto contratual caso, adicionalmente e a montante, se avançasse com o encerramento do AHD, reduzindo por essa via a rede aeroportuária da ANA.

Já no caso de, verificado o Termo da Opção, se avançar para a Alternativa do Concedente para o NAL (n.º 3.2.2.2.), “a contratação de uma ou mais entidades terceiras para a conceção, construção, financiamento e exploração da Alternativa do Concedente para o NAL” encontra-se expressamente consagrada no Contrato⁶³, podendo fundamentar a resolução do Contrato de Concessão pelo Concedente ou uma Modificação contratual, nomeadamente para incluir ou excluir a nova infraestrutura e encerrar o AHD.

38. De forma completamente distinta, a **violação do disposto na cláusula 5.5. do Contrato de Concessão** teria de resultar do eventual desenvolvimento ou de autorização de desenvolvimento por terceiro de uma nova infraestrutura aeroportuária, dentro do raio de 75 km e antes do Termo da Opção.

Nesse caso, a Concessionária teria direito à reposição do equilíbrio financeiro do Contrato nos termos da respetiva cláusula 25.1.(c)⁶⁴, desde que verificadas todas as condições contratuais aplicáveis, incluindo o Limite Mínimo para Acionar o Reequilíbrio.

Dando-se o caso, porém, de este reequilíbrio “se revelar extremamente oneroso para o Concedente, este poderá resolver o [...] Contrato de Concessão, mediante uma notificação escrita à Concessionária com trinta (30) dias de antecedência”^{65/66}, caso em que será devido pagamento de uma indemnização calculada nos termos previstos para a Resolução por Incumprimento do Concedente⁶⁷.

ressarcir os impactos negativos sobre o AHD de um segundo aeroporto (supostamente) concorrencial, mas mais provavelmente por contestar o pressuposto geográfico, sustentando (mal, a nosso ver) que o NAL não se encontra territorialmente limitado no Contrato de Concessão.

⁶³ Cfr. cláusula 51.1. do Contrato de Concessão.

⁶⁴ Nestes casos, “[i]nexiste, portanto, um efeito ablativo na esfera do concedente, o qual continua a ser titular do poder de conferir a terceiros licença de actuação concorrencial, apenas estando onerado com a reposição do equilíbrio económico-financeiro dos contratos de concessão que, em certo contexto geográfico, tenha celebrado com outras entidades concessionárias.” - cfr. LINO TORGAL/J. OLIVEIRA GERALDES, “Concessões...”, p. 1123.

⁶⁵ Cfr. cláusula 25.4. do Contrato de Concessão.

⁶⁶ Pese embora esta violação do Contrato pelo Concedente não se encontre tipificada no Contrato de Concessão, não nos parece de excluir a possibilidade de a mesma ser invocada como fundamento de resolução do contrato por iniciativa da Concessionária.

⁶⁷ Cfr. cláusula 25.5. do Contrato de Concessão.

3.4. Conclusões intercalares

- a.** Qualquer nova infraestrutura aeroportuária que se venha a situar para lá do raio de 75 km do AHD pode ser atribuída ou desenvolvida, fora do quadro do Contrato de Concessão, sem necessidade de articulação ou negociação prévia com a ANA e sem que isso, só por si, implique responsabilidade contratual do Estado ou atribua à Concessionária um direito à reposição do equilíbrio financeiro do Contrato.
- b.** Dentro desse raio, e até ao Termo da Opção, o direito de exclusivo territorial da Concessionária, tal como delineado no Contrato de Concessão, determina que apenas se equacione o desenvolvimento das infraestruturas enquadradas no seu objeto e, por essa via, atribuídas à Concessionária, sob pena, agora sim, de o Concedente ficar obrigado a repor o equilíbrio financeiro do Contrato de Concessão ou, caso venha a resolvê-lo, ao pagamento de uma compensação equivalente à que seria devida em caso de Incumprimento do Contrato pelo Concedente.
- c.** Para além da exploração dos aeroportos existentes nele expressamente identificados, o objeto do Contrato de Concessão prevê a possibilidade de inclusão de uma nova infraestrutura aeroportuária que resulte da implementação do NAL, ou de uma das suas Alternativas (da Concessionária ou do Concedente), nos termos contratualmente definidos.
- d.** A nova infraestrutura aeroportuária que possa consubstanciar o NAL ou a Alternativa da Concessionária ou do Concedente para o NAL deve situar-se na área ou zona de Lisboa (e nunca fora do raio de 75 km do AHD), não podendo o contrário resultar dos Contratos do NAL ou de instrumento de Modificação do Contrato de Concessão.

4. VIAS CONTRATUAIS DE EXPANSÃO DA CAPACIDADE AEROPORTUÁRIA DA ZONA OU ÁREA DE LISBOA

39. A expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa constitui uma necessidade e um propósito reconhecidos e assumidos há muito pelo Estado Português⁶⁸ e, nessa medida, foi, desde logo, enquadrada no Contrato de Concessão, que lhe reserva um capítulo autónomo (capítulo XI), no qual foram contratualmente definidos os termos e os procedimentos a adotar para o efeito.

Trata-se, porém, de uma regulação contratual dotada de uma enorme complexidade, e que suscita desafios de aplicação assinaláveis, prestando-se a dúvidas e equívocos que dificultam o apuramento do regime aplicável, pelo menos, com a robustez e a incontestabilidade desejáveis.

Como pedra-de-toque do regime contratual em causa, encontra-se o exclusivo de apresentação de proposta pela ANA, cujo papel é dificilmente contornável na economia do Contrato de Concessão, pese embora as vias e os procedimentos previstos revelem, depois, acentuadas dificuldades de articulação, sequência ou consequência, com significativo potencial de impasse, que procuraremos, de seguida, dilucidar.

Vejamos, então, o que nos parece de reter no que respeita às vias contratuais para a expansão aeroportuária da área ou zona de Lisboa, a saber: o Novo Aeroporto de Lisboa (NAL) (4.1.), a Alternativa da Concessionária para o NAL (4.2.) e a Alternativa do Concedente para o NAL (4.3.).

4.1. Novo Aeroporto de Lisboa (NAL)

40. Conforme decorre do que se disse até ao momento, a regulação contratual da expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa foi construída em torno do conceito de *Novo Aeroporto de Lisboa* (NAL). A própria epígrafe do capítulo XI ("*Novo Aeroporto de Lisboa*") denota, aliás, isso mesmo. Mas também o objeto da Concessão o deixa transparecer, ao consagrar um direito de opção da Concessionária relativamente ao desenvolvimento do NAL, traduzido no "*direito exclusivo (por um período limitado) da Concessionária apresentar ao Concedente uma proposta de conceção, construção, financiamento e/ou exploração e gestão do Novo Aeroporto de Lisboa (NAL), de acordo com o disposto no Capítulo XI (Novo Aeroporto de Lisboa)*"⁶⁹.

A compreensão das vias contratuais de expansão aeroportuária da área de Lisboa pressupõe, portanto, a compreensão do que seja o NAL no quadro do Contrato de Concessão.

⁶⁸ Recorde-se que a expansão da capacidade aeroportuária da área de Lisboa é objeto de discussão, pelo menos, desde os anos 60 do século passado, conforme resulta dos antecedentes e resenha histórica constantes dos termos de referência em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2022, de 14 de outubro.

⁶⁹ Cfr. cláusula 5.2.(a) do Contrato de Concessão.

4.1.1. Do conceito de NAL

41. O Contrato de Concessão, já se sabe, define NAL como “o **novo aeroporto** para Lisboa que o Concedente poderá pretender desenvolver **para substituir o Aeroporto da Portela**, o qual, após o Termo da Opção inclui a Alternativa do Concedente para o NAL”⁷⁰.

Refere-se, ainda, no Anexo 16 (Especificações Mínimas para o NAL) que “será **um aeródromo** de Código 4E/4F que, a longo prazo, poderá dispor de quatro pistas paralelas”⁷¹.

E, de forma transversal, a menção contratual é feita no singular, a um aeroporto e a um local:

- o direito de opção atribuído à Concessionária tem por objeto a “conceção, construção, financiamento e/ou exploração **do Novo Aeroporto** de Lisboa”⁷²;
- o Relatório Inicial (“*High Level Assumption Report*”) a elaborar e a apresentar pela Concessionária deve incluir, entre outros elementos, “**o local** proposto” para o “desenvolvimento da capacidade aeroportuária para a área de Lisboa”⁷³;
- a Candidatura ao NAL da Concessionária deve compreender, entre outros elementos, um “*Relatório de Consultas* (“*Stakeholder Consultation Report*”) que inclua os principais comentários dos cinco (5) maiores operadores aéreos e de outras partes interessadas [...] e das Entidades Públicas sobre: (i) **o local** que preferem para o NAL”⁷⁴;
- a Candidatura ao NAL deve, ainda, compreender um “*Relatório sobre o Local Selecionado*”⁷⁵ para o NAL;
- no caso de “**o local** selecionado para o NAL pertencer a uma Autoridade Pública ou integrar o domínio público do Estado” é estabelecido o dever de o Concedente, após a Aprovação Final do NAL, “diligenciar no sentido de disponibilizar **o local** para a Concessionária”⁷⁶.

O Contrato de Concessão parece, pois, apontar no sentido de que o NAL, para os devidos efeitos contratuais, constitui *um único e novo aeroporto*, destinado a substituir o AHD e, nessa medida, também principal. Donde poderia parecer decorrer que o direito exclusivo da Concessionária, consagrado no Contrato de Concessão, se restringiria à apresentação de uma proposta para um novo e único aeroporto, substitutivo do AHD (e, acrescente-se, em linha com as conclusões do capítulo anterior, localizado na área ou zona de Lisboa).

42. Sucede que as opções estratégicas para a expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa objeto de análise pela Comissão Técnica Independente incluem, não apenas soluções

⁷⁰ Cfr. cláusula 1.ª do Contrato de Concessão (destaque nosso).

⁷¹ Cfr. ponto 1.2. do Anexo 16 ao Contrato de Concessão (destaque nosso).

⁷² Cfr. cláusula 5.2.(a) do Contrato de Concessão (destaque nosso).

⁷³ Cfr. cláusula 45.3. do Contrato de Concessão (destaque nosso).

⁷⁴ Cfr. cláusula 46.1.(a) do Contrato de Concessão (destaque nosso).

⁷⁵ Cfr. cláusula 46.1.(b) do Contrato de Concessão (destaque nosso).

⁷⁶ Cfr. cláusula 50.1. do Contrato de Concessão (destaque nosso).

unitárias, de construção de um novo aeroporto substitutivo do AHD⁷⁷ – e, portanto, passíveis, à partida, de serem configuradas como NAL no quadro do Contrato de Concessão –, mas, também, soluções duais, que conjugam o desenvolvimento da capacidade aeroportuária do AHD (como aeroporto principal ou complementar) com a construção de um novo aeroporto (principal ou complementar)⁷⁸.

E se a possibilidade de recondução das soluções unitárias ao conceito de NAL, no quadro do Contrato de Concessão, se afigura clara, já a hipótese de, na economia global e sistemática do Contrato, se conseguir acomodar uma solução dual como NAL se depara com dificuldades não despidiendas.

43. Com efeito, poderia equacionar-se, em abstrato, a hipótese de as soluções duais se subsumirem no NAL como soluções de substituição do AHD enquanto aeroporto único da área de Lisboa por uma solução combinada (AHD e um novo aeroporto). Esta leitura não encontra, no entanto, grande amparo objetivo no clausulado do Contrato de Concessão ou na respetiva sistemática, que apontam no sentido da concretização do conceito de NAL como o *novo e único aeroporto a construir na área ou zona de Lisboa, para substituir o AHD*.

44. E, no mesmo sentido aponta, também, uma leitura sistemática e integrada com as demais disposições do Contrato de Concessão, decorrente da contraposição entre o conceito de NAL e o conceito de Alternativa da Concessionária para o NAL: se, por um lado, o NAL é definido como o *"novo aeroporto [...] para substituir o Aeroporto da Portela"*, já na Alternativa da Concessionária para o NAL se encontram vários indícios quanto à possibilidade de ser adotada uma solução que não implique necessariamente o encerramento do AHD.

Desde logo, estabelece-se o dever de a Concessionária *"envidar esforços razoáveis no sentido de apurar [...] (a) se o aumento da capacidade operacional existente das Infraestruturas Aeroportuárias do Aeroporto da Portela, ou (b) **se o desenvolvimento de locais alternativos ou das infraestruturas existentes** para fazer face ao crescimento esperado da procura para [...] uma maior capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias na zona de Lisboa, se afiguram alternativas mais eficientes e menos dispendiosas para o Concedente do que o desenvolvimento do NAL"*⁷⁹.

Admite-se, assim, no quadro da Alternativa da Concessionária para o NAL, a apresentação de soluções alternativas para o NAL, incluindo quer o aumento da capacidade aeroportuária do AHD, quer o desenvolvimento de *"locais alternativos ou das infraestruturas existentes"* – o que compreende, segundo cremos, a apresentação de soluções duais como Alternativas da Concessionária para o NAL ao abrigo do disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão.

45. Mas mais: o Contrato de Concessão, não só admite a apresentação de soluções duais como Alternativa da Concessionária para o NAL, como parece, aliás, quando a Alternativa da

⁷⁷ Soluções A.1.i., A.1.ii., A.2.i. e A.2.ii..

⁷⁸ Soluções B.1.i., B.2.i., B.2.ii., B.3.i. e B.3.ii..

⁷⁹ Cfr. cláusula 42.3. do Contrato de Concessão (destaque e sublinhado nossos).

Concessionária para o NAL surge no âmbito do procedimento do NAL⁸⁰ prevê-la nesse pressuposto. Senão vejamos.

Além da apresentação de um Relatório Inicial, elaborado de acordo com as Especificações Mínimas para o NAL ou especificações alternativas indicadas pelo Concedente, a ANA poderá, ainda, apresentar um relatório inicial alternativo, elaborado de acordo com especificações alternativas para o NAL e/ou um relatório inicial alternativo para uma Alternativa da Concessionária para o NAL⁸¹. Ora, prevendo o Contrato de Concessão a apresentação pela Concessionária de um Relatório Inicial para o NAL e, eventualmente, de um relatório inicial alternativo para o NAL com base em especificações técnicas alternativas da iniciativa da própria, ambos referentes a soluções unitárias, de construção de um único aeroporto substitutivo do AHD, então, a interpretação da Alternativa da Concessionária para o NAL, no âmbito da cláusula 45.4.(b) do Contrato de Concessão, como destinando-se a soluções duais, afigura-se, a nosso ver, como a única interpretação suscetível de conferir qualquer efeito útil à referida cláusula. Assim, prevê-se nesta disposição que a Alternativa da Concessionária para o NAL *“demonstre que não é provável que ocorra um Fator de Desencadeamento no Aeroporto da Portela, no prazo mínimo de dez (10) anos a contar da conclusão da Alternativa da Concessionária para o NAL”*; aqui se percebe que esta alternativa há de incorporar um modelo dual, coexistindo com o AHD, mas necessariamente num equilíbrio que assegure que, da articulação entre os dois, não se prevê que o mesmo congestionamento volte a ocorrer naquele aeroporto.

46. Esta interpretação pode porventura encontrar explicação na evolução histórica e no contexto da celebração do Contrato de Concessão. Se, até 2010, se previa a construção imediata *“do Novo Aeroporto de Lisboa (NAL)”*⁸² (único e substitutivo do AHD), *“no local previamente determinado pelo Concedente”*⁸³, já, em 2011, o Governo declarava pretender mandar a ANA para elaborar uma *“[a]nálise comparativa das restantes infra-estruturas aeroportuárias da região de Lisboa, sua capacidade e viabilidade em vir a acomodar tráfego internacional em duas vertentes: uma exclusivamente intra-espaco Schengen, outra entre espaços Schengen e não-Schengen”*⁸⁴ e, em outubro de 2012 (dois meses antes da assinatura do Contrato de Concessão), a ANA preparava um *“Estudo de localização de uma infraestrutura aeroportuária complementar na região de Lisboa”*⁸⁵.

Confrontando os textos contratuais de 2010 e de 2012 e, em especial os respetivos regimes do NAL – e sabendo a crise financeira profunda em que o país (e o mundo) entretanto mergulhou –, atrevemo-nos a assumir um recuo no planeamento estratégico desta infraestrutura, que deixa de ser *certa* para ser *eventual* (se e quando se viesse a revelar necessária, por verificação de um Fator

⁸⁰ Cfr. cláusula 45.4.(b) do Contrato de Concessão.

⁸¹ Cfr. cláusulas 45.3. e 45.4. do Contrato de Concessão.

⁸² Cfr. n.º 3 da Base IV das bases da concessão de exploração do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil, aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 33/2010, de 14 de abril.

⁸³ Cfr. n.º 1 da Base XXXI das bases da concessão de exploração do serviço público aeroportuário de apoio à aviação civil, aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 33/2010, de 14 de abril.

⁸⁴ Cfr. capítulo 8.4. do Plano Estratégico dos Transportes para o horizonte 2011-2015, aprovado em anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 45/2011, de 10 de novembro.

⁸⁵ Cfr. Estudos a consultar pela Comissão Técnica Independente, elencados no anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 89/2022, de 14 de outubro.

de Desencadeamento); e de ser necessariamente *maximalista* (um novo aeroporto substitutivo, com encerramento do AHD) para poder ser mais *minimalista*, se suficiente (um investimento mais contido, complementar, apenas na medida do necessário).

Esta inversão refletiu-se, depois, no clausulado do Contrato de Concessão de 2012, que veio acomodar uma série de possibilidades e eventualidades de uma forma que nos parece pouco conseguida, com disposições enxertadas e desarticuladas, sem a fluidez e a coerência desejáveis. Restou, pois, um contrato que continua a ter como eixo principal de expansão o NAL, (único) para o qual existe um procedimento e se comina o encerramento do AHD⁸⁶. Lateralmente, passam a prever-se as alternativas da Concessionária, anunciadas como devendo ser “*mais eficientes e menos dispendiosas*”, e que são remetidas para um processo de Modificação que constitui, no fundo, uma negociação com relevante amplitude para as partes procurarem, então, acomodar o melhor possível a solução perfilhada.

47. Por tudo o que se vem de expor, entendemos dever o NAL constituir, no quadro do Contrato de Concessão, um *novo e único aeroporto*, substitutivo do AHD, pelo que vemos com grande dificuldade a possibilidade de soluções duais poderem ser enquadradas no Contrato de Concessão como NAL, tendo maior vocação para serem acomodadas no quadro de uma Alternativa da Concessionária para o NAL (como sucedeu nas negociações mais recentes).

4.1.2. Do procedimento do NAL

48. Estabilizado o conceito de NAL, importa compreender o regime contratual estabelecido no capítulo XI do Contrato de Concessão, que concretiza o exercício pela Concessionária do direito exclusivo de apresentação de uma proposta para o NAL.

49. A Concessionária encontra-se, antes de mais, obrigada a realizar e a apresentar, anualmente, “um ***Estudo Anual de Capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias da Portela***, no prazo de noventa (90) dias a contar de cada ano transcorrido sobre a Data da Assinatura”⁸⁷. Este estudo, que versa “sobre o volume de tráfego aéreo e o volume de passageiros, necessário para avaliar o desencadeamento de algum dos Fatores de Capacidade” elencados na cláusula 1.^a do Contrato de Concessão⁸⁸, configura o momento imediatamente antecedente ao início da tramitação do procedimento do NAL.

⁸⁶ No Contrato de Concessão, apenas uma única cláusula admite a possibilidade de, no âmbito do NAL, não vir a ser encerrado o AHD (não sendo, assim, substitutivo); referimo-nos à cláusula 49.^a, segundo a qual a emissão da Aprovação Final do NAL gera para as Partes a obrigação de: (i) desenvolvimento do NAL, nos termos estabelecidos nos Contratos do NAL; e de (ii) preparação da “*reversão das Infraestruturas Aeroportuárias da Portela (se as Partes acordarem na substituição do Aeroporto da Portela pelo NAL)* para o Concedente, de acordo com o Plano de Transferência da Portela” – sublinhado e destaque nossos. É a única disposição que aponta para a possibilidade de um NAL não substitutivo (por ex., complementar *stand-alone*), pelo que, malgrado a incoerência, não nos parece suficiente para inverter o próprio conceito de NAL. Em termos sistemáticos, acreditamos que possa ser um resquício mal enquadrado da possibilidade de, no âmbito da primeira fase do procedimento do NAL poder ser incluída uma proposta dual enquanto Alternativa da Concessionária – cfr. 45.5.(b).

⁸⁷ Cfr. cláusula 44.1. do Contrato de Concessão (destaque nosso).

⁸⁸ A cláusula 1.^a do Contrato de Concessão define como Fatores de Capacidade do Aeroporto da Portela os seguintes:

Demonstrando-se a verificação de, pelo menos, três Fatores de Capacidade no mesmo Ano da Concessão⁸⁹, deve, então, a Concessionária notificar o Concedente da ocorrência de um **Fator de Desencadeamento**^{90/91}. E é precisamente esta notificação da ocorrência de um Fator de Desencadeamento que espoleta o procedimento do NAL nos termos e para os efeitos do Contrato de Concessão.

4.1.1.1. Relatório Inicial

50. A partir desta notificação⁹², o Concedente dispõe de um prazo de 30 dias para “*informar a Concessionária se pretende que esta elabore um Relatório Inicial* (“High Level Assumption Report”) *sobre o desenvolvimento da capacidade aeroportuária para Lisboa, de acordo com as Especificações Mínimas para o NAL constantes do Anexo 16, ou de quaisquer especificações alternativas exigidas pelo Concedente*”⁹³. Esta informação encontra-se consagrada como um verdadeiro dever, pelo que, no prazo contratualmente estabelecido, deve o Concedente comunicar à Concessionária se pretende avançar com o procedimento do NAL, solicitando-lhe a apresentação de um Relatório Inicial, ou se, pelo contrário, não pretende avançar com este procedimento⁹⁴. O incumprimento deste dever não se encontra, no entanto, cominado com qualquer consequência especificamente prevista para o efeito no Contrato de Concessão.

Após a **notificação do Concedente** de que pretende avançar com o procedimento do NAL, a Concessionária dispõe de um prazo de 6 meses para apresentar o **Relatório Inicial**⁹⁵. Apresentação essa que se encontra configurada como um dever da Concessionária. Não obstante, mais uma vez, não se identifica qualquer consequência específica para o incumprimento deste dever.

-
- (i) “total anual de Passageiros superior a vinte e dois milhões (22.000.000)”;
 - (ii) “total anual de movimentos de tráfego aéreo comercial superior a cento e oitenta e cinco mil (185.000)”;
 - (iii) “total de Passageiros de Terminal no trigésimo (30) dia útil dos doze (12) meses antecedentes, superior a oitenta mil (80.000)”;
 - (iv) “total anual de movimentos de tráfego aéreo comercial no trigésimo (30) dia útil do ano, superior a quinhentos e oitenta (580)”;
 - ou
 - (v) “Classificação do Aeroporto da Portela com o pior desempenho, por “Média de Atrasos por Partida” (“Average Delay per Departure”), de vinte aeroportos da União Europeia, por duas vezes consecutivas no relatório anual da Eurocontrol (“Eurocontrol’s Central Office of Delay Analysis” (**CODA**))”.

⁸⁹ De acordo com a definição de Ano da Concessão constante da cláusula 1.ª do Contrato de Concessão, com exceção do primeiro Ano da Concessão (2012), todos os demais correspondem a anos civis.

⁹⁰ Cfr. cláusula 44.2. do Contrato de Concessão.

⁹¹ Não obstante essa verificação, a Concessionária poderá demonstrar, “por escrito, ao Concedente que é possível continuar a assegurar as suas obrigações no que respeita ao Aeroporto da Portela [...] por um período de mais cinco (5) anos” – cfr. cláusula 45.2. do Contrato de Concessão.

⁹² Ou da receção da demonstração da Concessionária de que consegue continuar a assegurar as suas obrigações de manutenção, de desenvolvimento e de níveis de serviço, por mais 5 anos – cfr. cláusula 45.1.(b) do Contrato de Concessão.

⁹³ Cfr. cláusula 45.1. do Contrato de Concessão.

⁹⁴ Cfr. cláusula 45.1. do Contrato de Concessão.

⁹⁵ Cfr. cláusula 45.3. do Contrato de Concessão.

Este relatório deverá incluir uma “*proposta indicativa de desenvolvimento da capacidade aeroportuária para a área de Lisboa*” – elaborada de acordo com o Anexo 16 ou com as especificações alternativas do Concedente⁹⁶, consoante o caso –, incluindo:

- (i) proposta de local;
- (ii) “*uma estimativa preliminar dos custos e principais especificações*”;
- (iii) “*propostas de financiamento da construção*”; e
- (iv) “*uma proposta de duração e conclusão da construção*”⁹⁷.

Durante este prazo de 6 meses, considerando a Concessionária “*que as Especificações Mínimas para o NAL não são, à data, a solução mais eficiente para o desenvolvimento da capacidade aeroportuária para a área de Lisboa*”, poderá, ainda, apresentar, fundamentadamente e além do Relatório Inicial:

- (i) “*um relatório inicial (“high level assumption report”) alternativo, com base em especificações alternativas para o NAL*”; e /ou
- (ii) “*um relatório inicial (“high level assumption report”) alternativo para uma Alternativa da Concessionária para o NAL, desde que demonstre que não é provável que ocorra um Fator de Desencadeamento no Aeroporto da Portela, no prazo mínimo de dez (10) anos a contar da conclusão da Alternativa da Concessionária para o NAL*”⁹⁸.

51. Rececionado o Relatório Inicial, que poderá ser acompanhado de relatórios alternativos, o Concedente dispõe de um prazo de 30 dias para:

- (i) “*confirmar por escrito à Concessionária se pretende que esta prepare a **Candidatura ao NAL***” – hipótese em que continua a aplicar-se o capítulo XI do Contrato de Concessão, prosseguindo o procedimento do NAL e consumando-se a **Data de Início do Período de Exercício da Opção**⁹⁹; ou
- (ii) “*solicitar por escrito à Concessionária que apresente uma **Modificação da Concessionária** para implementar uma Alternativa da Concessionária para o NAL, proposta ao abrigo da Cláusula 45.4 (b)*”¹⁰⁰ – hipótese em que passa a aplicar-se o regime da cláusula 53.ª do Contrato de Concessão, referente às modificações objetivas do Contrato.

⁹⁶ Cfr. cláusula 45.3. do Contrato de Concessão.

⁹⁷ Cfr. cláusula 45.3. do Contrato de Concessão.

⁹⁸ Cfr. cláusula 45.4. do Contrato de Concessão.

⁹⁹ Cfr. cláusula 1.ª do Contrato de Concessão (destaque nosso).

¹⁰⁰ Cfr. cláusula 45.5. do Contrato de Concessão (destaque nosso).

Novamente, a resposta ao Relatório(s) Inicial(is) apresentado(s) pela Concessionária encontra-se configurada como um dever do Concedente, não se atribuindo uma consequência específica ao respetivo incumprimento.

4.1.1.2. Candidatura ao NAL

52. Caso o Concedente notifique a Concessionária de que pretende que esta prepare e apresente a Candidatura ao NAL, a Concessionária dispõe de um prazo 36 meses a contar da data da receção dessa notificação para preparar a **Candidatura ao NAL**, assumindo os encargos decorrentes da mesma¹⁰¹.

A Candidatura ao NAL deverá compreender um conjunto de relatórios e de documentos, com prazos intercalares de submissão, nos seguintes termos:

- (i) *"um Relatório das Consultas ("Stakeholder Consultation Report") que inclua os principais comentários dos cinco (5) maiores operadores aéreos e de outras partes interessadas (notificadas à Concessionária pelo Concedente) e das Entidades Públicas sobre: (i) o local que preferem para o NAL, (ii) as principais especificações para o NAL e (iii) os níveis das Taxas Aeroportuárias"*, a apresentar no prazo de 6 meses a contar da Data de Início do Período de Exercício da Opção;
- (ii) *"um Relatório sobre o Local Selecionado e um Estudo de Impacte Ambiental ("Site Selection Report & Environmental Impact Survey") que inclua a justificação do local proposto e uma síntese do impacte ambiental negativo passível de resultar do desenvolvimento"* da solução proposta, a apresentar no prazo de 12 meses a contar da Data de Início do Período de Exercício da Opção;
- (iii) *"[u]m Relatório Técnico ("Engineering, Cost & Construction Report") que inclua uma proposta de planeamento, da calendarização da construção, da estrutura de subcontratação e um orçamento para a construção do NAL"*, a apresentar no prazo de 18 meses a contar da Data de Início do Período de Exercício da Opção;
- (iv) *"um Relatório Financeiro ("Financial Feasibility Report") que inclua a solução de financiamento proposta para o NAL e a confirmação da disponibilidade das instituições financiadoras para financiar a construção do NAL"*, a apresentar no prazo de 24 meses a contar da Data de Início do Período de Exercício da Opção; e
- (v) *"uma Candidatura Completa ao NAL"*, que inclua, pelo menos, as *"versões finais acordadas"* dos relatórios previamente apresentados [elencados nas alíneas (i) a (iv)], a apresentar no prazo de 36 meses a contar da Data de Início do Período de Exercício da Opção¹⁰².

¹⁰¹ Cfr. cláusula 46.1. do Contrato de Concessão.

¹⁰² Cfr. cláusula 46.1. do Contrato de Concessão.

Embora o Contrato de Concessão consagre a apresentação da Candidatura ao NAL como um dever, na sequência da confirmação do Concedente nesse sentido, e fixe o prazo de 36 meses para o efeito¹⁰³, não se encontra prevista qualquer consequência específica para o incumprimento deste dever pela Concessionária.

4.1.1.3. Aprovação Provisória do Concedente

53. Uma vez apresentada a Candidatura ao NAL, o Concedente aprecia-a, de acordo com os fatores elencados na cláusula 47.1. do Contrato de Concessão¹⁰⁴, e notifica a Concessionária, no prazo de 90 dias a contar da data da receção da Candidatura Completa ao NAL, da sua decisão de **(Decisão do Concedente)**:

- (i) *"aprovação provisória da Candidatura ao NAL (**Aprovação Provisória do Concedente**)"*; ou
- (ii) *"solicitação de determinadas especificações e elementos conexos adicionais (**Solicitações Adicionais do Concedente**)"*; ou
- (iii) *"**rejeição expressa e fundamentada** da Candidatura ao NAL, caso não respeite"* (destaque nosso):
 - a. *"as Especificações Mínimas para o NAL"*;
 - b. *"o interesse público"*;
 - c. *"a política nacional de infraestruturas de transportes"*; ou
 - d. *"a política nacional da rede integrada de serviços"*¹⁰⁵.

54. A ausência de Aprovação Provisória da Candidatura ao NAL pelo Concedente não implica, no entanto, necessariamente, o termo do procedimento do NAL, na medida em que o Concedente poderá, ainda, num prazo razoável a fixar, requerer à Concessionária a sua revisão, seja para contemplar Solicitações Adicionais do Concedente, seja para propor soluções para as causas de rejeição da Candidatura ao NAL, consoante o caso¹⁰⁶. E poderá fazê-lo, tudo indica, repetidas vezes.

55. A Concessionária poderá, não obstante, considerar que não tem capacidade para efetuar a revisão pretendida pelo Concedente, caso em que lhe deverá comunicar esse facto, por escrito, no

¹⁰³ Cfr. cláusulas 46.1. e 46.1.(e) do Contrato de Concessão.

¹⁰⁴ A saber: *"o cumprimento das Especificações Mínimas para o NAL, constantes do Anexo 16" e "as propostas, juntas à Candidatura ao NAL, de operadores aéreos que representem no mínimo sessenta e cinco por cento (65%) do tráfego anual de Passageiros do Aeroporto da Portela, por referência ao último Estudo Anual de Capacidade"* – cfr. cláusula 47.1. do Contrato de Concessão.

¹⁰⁵ Cfr. cláusula 47.2. do Contrato de Concessão.

¹⁰⁶ Cfr. cláusula 47.4. do Contrato de Concessão.

prazo de 30 dias, indicando os motivos subjacentes¹⁰⁷. Esta notificação determina contratualmente a verificação do Termo da Opção e a passagem para a fase da Alternativa do Concedente^{108/109}.

56. Num outro plano, importa ter presente que, na ótica do Concedente, a solicitação da revisão da Candidatura ao NAL se assume como uma mera faculdade, colocando-se ainda a questão de saber o que sucede caso o Concedente não pretenda exercê-la: o procedimento do NAL não prossegue é certo, mas também não se prevê a respetiva conclusão.

Isto porque o Contrato de Concessão não atribui qualquer outro efeito ao não exercício pelo Concedente da faculdade de requerer a revisão da Candidatura ao NAL que não seja a paralisação do procedimento: que não avança, pois para tal seria necessária a Aprovação Provisória do Concedente¹¹⁰, mas também não termina, porquanto não houve Aprovação Final do NAL¹¹¹, nem Termo da Opção¹¹² (cuj a contagem do prazo só se inicia com a Aprovação Provisória)¹¹³.

57. Não se ignora que este efeito paralisador do procedimento do NAL decorrente do não exercício pelo Concedente de uma mera faculdade possa suscitar alguma perplexidade¹¹⁴, podendo, inclusive, motivar uma pretensão de aplicação analógica do efeito conferido pelo Contrato à comunicação pela Concessionária de que considera não ter capacidade para proceder à revisão da Candidatura ao NAL: o Termo da Opção e consequente passagem para a Alternativa do Concedente para o NAL¹¹⁵. Esta aplicação, por analogia, sempre dependeria, no entanto, da prévia determinação da verificação de uma omissão carente de integração – o que nos parece não se verificar *in casu*.

Na verdade, a regulação do procedimento do NAL, constante do capítulo XI do Contrato de Concessão, tal como a entendemos, revela um incentivo à constante negociação entre as Partes, que deverão preferencialmente chegar a um acordo expresso sobre a solução a implementar.

Neste contexto, não terão pretendido as Partes, parece-nos, conferir ao Concedente a possibilidade de rejeitar a Candidatura ao NAL sem mais, passando, assim, para a fase da Alternativa do Concedente para o NAL, contornando o exclusivo da Concessionária. Pelo contrário, julgamos terem as Partes dado preferência à revisão da Candidatura ao NAL, seja restringindo os motivos de rejeição expressa e fundamentada pelo Concedente [cfr. cláusula 47.2.(c)], seja conferindo à Concessionária a oportunidade de rever a Candidatura ao NAL antes de se avançar para a Alternativa do Concedente.

¹⁰⁷ Cfr. cláusula 47.4. do Contrato de Concessão.

¹⁰⁸ Cfr. cláusula 47.5. do Contrato de Concessão. A Alternativa do Concedente para o NAL encontra-se regulada na cláusula 51.^a do Contrato de Concessão e será analisada *infra* no n.º 4.3.

¹⁰⁹ Esta notificação constitui um dever da Concessionária, mas não se encontra prevista qualquer consequência específica para o caso de tal não vir a ocorrer.

¹¹⁰ Cfr. cláusula 48.1. do Contrato de Concessão.

¹¹¹ Cfr. cláusula 49.^a do Contrato de Concessão.

¹¹² Cfr. cláusulas 48.3. e 51.^a do Contrato de Concessão.

¹¹³ Cfr. cláusula 48.3. do Contrato de Concessão.

¹¹⁴ Diferencia-se, em todo o caso, na sua essência e consequências, de situações de inação no procedimento do NAL que decorram do incumprimento de deveres – ocupar-nos-emos destas no n.º 4.1.1.5..

¹¹⁵ Cfr. cláusulas 47.4. e 47.5. do Contrato de Concessão.

Assim, julgamos não ser de aplicar, por analogia, o Termo da Opção caso o Concedente não aprove provisoriamente a Candidatura ao NAL, nem solicite a respetiva revisão. Também não nos parece que uma tal inação do Concedente seja equiparável sistematicamente às demais situações de Termo da Opção, pois a única hipótese em que se comina esse efeito, para além da não Aprovação Final, é, precisamente, quase uma desistência (por falta de capacidade) da Concessionária, que funciona, na prática, como uma renúncia ao seu direito exclusivo – o que em nada se aproxima da hipótese que ora se analisa.

58. Poderá, assim, concluir-se que, verificada a Data de Início do Período de Exercício da Opção (confirmando o Concedente que pretende que a Concessionária elabore a Candidatura ao NAL), o Concedente vê-se impedido de, por sua iniciativa, pôr termo ao procedimento do NAL, até ao termo do prazo para emissão da Aprovação Final do NAL.

Pelo que, não pretendendo o Concedente implementar a solução da Candidatura ao NAL, a melhor opção de que dispõe passa por aprovar provisoriamente essa Candidatura, esperando pelo decurso do prazo de 12 meses de modo a forçar a verificação do Termo da Opção e poder avançar com a Alternativa do Concedente para o NAL¹¹⁶.

4.1.1.4. Contratos do NAL e Aprovação Final do Concedente

59. Provisoriamente aprovada a Candidatura ao NAL, Concedente e Concessionária dispõem de um prazo de 12 meses para *"envidar[em] os melhores esforços para obter um acordo relativamente a todos os documentos e autorizações necessárias para a conceção, construção, financiamento e exploração (os Contratos do NAL) da Candidatura ao NAL"*¹¹⁷. À Aprovação Provisória do Concedente segue-se, assim, um processo negocial dos concretos termos e condições do exercício do direito de opção pela Concessionária.

Alcançado um acordo quanto aos Contratos do NAL, o Concedente comunica à Concessionária a Aprovação Final do NAL, sendo os mesmos celebrados¹¹⁸.

A ausência de notificação da Aprovação Final do NAL dentro do prazo contratualmente estabelecido implica o **Termo da Opção**, de acordo com o disposto na cláusula 48.3., exceto se *"as Partes acordarem por escrito"* na prorrogação do prazo por mais 6 meses, *"em virtude de existir uma elevada probabilidade de acordarem os Contratos do NAL"*¹¹⁹ nesse prazo.

¹¹⁶ Cfr. cláusula 48.3. do Contrato de Concessão. Esta hipótese não é, no entanto, totalmente isenta de riscos, atenta a obrigação de as Partes envidarem *"os melhores esforços para obter um acordo relativamente a todos os documentos e autorizações necessárias para a conceção, construção, financiamento e exploração (os Contratos do NAL) da Candidatura ao NAL"* – cfr. cláusula 48.1. do Contrato de Concessão.

¹¹⁷ Cfr. cláusula 48.1. do Contrato de Concessão.

¹¹⁸ Cfr. cláusula 48.1. do Contrato de Concessão. A partir deste momento, *"a Concessionária fica desobrigada do cumprimento das obrigações de desenvolvimento previstas na Cláusula 16.2 (b) e na Cláusula 17 relativamente ao Aeroporto da Portela, mantendo-se, contudo, vinculada a observar todas as demais obrigações previstas no [...] Contrato de Concessão"* – cfr. cláusula 48.2. do Contrato de Concessão.

¹¹⁹ Cfr. cláusula 48.4. do Contrato de Concessão.

60. A emissão da Aprovação Final do NAL gera para as Partes a obrigação de desenvolvimento do NAL, nos termos estabelecidos nos Contratos do NAL, e de preparação da “*reversão das Infraestruturas Aeroportuárias da Portela*”¹²⁰.

4.1.1.5. Incumprimento de deveres e prazos intercalares no procedimento do NAL

61. Conforme resulta da descrição *supra*, o procedimento do NAL é composto por um conjunto de fases sequenciais, sucessivamente dependentes da anterior, que culminará (i) com a Aprovação Final do NAL e subsequente desenvolvimento do mesmo¹²¹ ou (ii) com o Termo da Opção da Concessionária e passagem para a Alternativa do Concedente para o NAL¹²².

Como se viu, ao longo da tramitação do procedimento do NAL são vários os momentos em que se coloca a eventualidade de incumprimento dos deveres contratualmente impostos às Partes ou de não exercício de faculdades procedimentais, sem que se encontre prevista qualquer consequência específica para o efeito. Dada a interdependência entre as várias fases, bastará a não verificação de uma (por inação de uma das Partes) para impedir não só a passagem para a fase seguinte do procedimento, como, também, a conclusão do mesmo (ou para impedir a verificação do Termo da Opção).

Importa, assim, procurar descortinar o efeito desses eventuais incumprimentos no procedimento do NAL e, acima de tudo, compreender se e em que medida poderão os mesmos determinar o Termo da Opção.

62. O capítulo XI do Contrato de Concessão consagra um conjunto de deveres da Concessionária, no âmbito do procedimento do NAL, sem que se encontre prevista qualquer consequência específica para o respetivo incumprimento, a saber:

- (i) Elaboração e apresentação do Relatório Inicial no prazo de 6 meses a contar da solicitação do Concedente¹²³;
- (ii) Apresentação da Candidatura ao NAL, seja dos vários relatórios elencados nas alíneas (a) a (d) da cláusula 46.1. do Contrato de Concessão nos prazos aí previstos, seja da Candidatura Completa ao NAL, no prazo de 36 meses a contar da Data de Início do Período de Exercício da Opção¹²⁴;
- (iii) Revisão da Candidatura ao NAL, em cumprimento da notificação do Concedente ao abrigo da cláusula 47.3. do Contrato de Concessão;

¹²⁰ Cfr. cláusula 49.ª do Contrato de Concessão. Sobre a referência aqui incluída à possibilidade de não encerramento do AHD, cfr. NR 87.

¹²¹ Cfr. cláusulas 48.1. e 49.ª do Contrato de Concessão.

¹²² Cfr. cláusulas 48.3. e 51.1. do Contrato de Concessão.

¹²³ Cfr. cláusula 45.3. do Contrato de Concessão.

¹²⁴ Cfr. cláusula 46.1. do Contrato de Concessão.

- (iv) Notificação ao Concedente de que considera não ter capacidade para rever a Candidatura ao NAL, no prazo de 30 dias a contar da notificação para o efeito¹²⁵.

A ausência de previsão de consequências específicas para o incumprimento destes deveres significa, pois, que o respetivo incumprimento pela Concessionária impede o termo do procedimento do NAL. Tal ausência poderia eventualmente ser colmatada, por analogia, considerando-se que o incumprimento pela Concessionária dos deveres *supra* elencados determinaria o Termo da Opção, podendo o Concedente avançar para a Alternativa do Concedente para o NAL. Todavia, não cremos verificar-se qualquer lacuna que careça de integração e, portanto, que seja suscetível de ser colmatada por analogia.

Vejamos em detalhe.

63. A ausência de previsão expressa de uma consequência específica para os eventuais incumprimentos da Concessionária identificados *supra* não significa a ausência absoluta de regulação no quadro do Contrato de Concessão. Embora o capítulo XI do Contrato, que regula especificamente o NAL, nada diga a este respeito, não pode o restante clausulado do Contrato de Concessão ser, para este efeito, desconsiderado.

O Contrato de Concessão começa por dedicar a cláusula 59.^a à regulação do “*Incumprimento da Concessionária e Penalidades Contratuais*”, nos termos da qual:

- “59.1 *Sem prejuízo do disposto na lei e das penalidades especificamente previstas no presente Contrato de Concessão, o incumprimento ou o cumprimento defeituoso pela Concessionária de quaisquer obrigações emergentes do presente Contrato de Concessão ou das determinações do Concedente, emitidas no âmbito da lei ou do presente Contrato de Concessão, podem determinar a aplicação à Concessionária de multas contratuais de acordo com as disposições previstas no Anexo 7.*
- 59.2 *As multas contratuais previstas no Anexo 7 aplicam-se pelo tempo que durar o incumprimento, o cumprimento defeituoso da obrigação contratual ou das determinações do Concedente.*
- 59.3 *O montante acumulado das multas contratuais previstas na presente Cláusula e no Anexo 7 não poderá exceder 7,5% das Receitas Reguladas em cada Ano da Concessão.*
- 59.4 *As multas são exigíveis nos termos fixados na respetiva notificação à Concessionária.*
- 59.5 *No ato de aplicação da multa, se tal se justificar, é fixado ainda à Concessionária um prazo razoável para que esta cumpra a obrigação em falta.*
- 59.6 *Se a Concessionária, findo esse prazo, continuar sem cumprir a obrigação em causa, pode a multa ser agravada, sem prejuízo do direito que ao Concedente assiste de resolver o presente Contrato de Concessão.”*

Donde resulta que o incumprimento pela Concessionária das obrigações decorrentes do Contrato de Concessão pode determinar a aplicação de sanções contratuais “*de acordo com as disposições previstas no Anexo 7*”. Poder-se-ia achar estarmos perante uma cláusula geral relativa

¹²⁵ Cfr. cláusula 47.4. do Contrato de Concessão.

a sanções contratuais, cujo montante seria determinado de acordo com o disposto no referido Anexo 7. O que significaria que teríamos encontrado a consequência do eventual incumprimento pela Concessionária dos deveres que sobre ela impendem nos termos do Contrato de Concessão e, em especial, no âmbito do procedimento do NAL: a aplicação de sanções contratuais.

Sucede, porém, que o Anexo 7 consagra o Regime de Qualidade do Serviço Aeroportuário, regulando os respetivos níveis de serviço, e regula, de facto, a aplicação de sanções contratuais, incluindo, inclusive, uma “*tabela de penalidades*”¹²⁶, mas apenas com fundamento no “*não cumprimento dos níveis estabelecidos no Regime de Qualidade de Serviço Aeroportuário*”¹²⁷, nada dizendo quanto ao incumprimento das demais obrigações da Concessionária no quadro do Contrato de Concessão.

Assim, e contrariamente ao que seria expectável, atenta a epígrafe da cláusula 59.^a e a redação da citada cláusula 59.1., e na ausência de outra prescrição sancionatória ou de qualquer determinação quanto ao eventual montante das sanções pecuniárias a aplicar, designadamente através de limites mínimos e máximos ou de fórmulas matemáticas, julgamos que a cláusula 59.^a apenas regula (e permite) a aplicação de sanções contratuais em caso de incumprimento pela Concessionária das suas obrigações referentes aos Níveis de Serviço, nos termos do disposto no Anexo 7 ao Contrato de Concessão.

64. A ausência de uma regulação geral sobre a aplicação de sanções contratuais ao incumprimento das obrigações que impendem sobre as Partes no quadro do Contrato de Concessão torna-se, aliás, evidente quanto se compara a redação da citada cláusula 59.^a com a redação da cláusula 53.^a da minuta do contrato de concessão aprovada em 2010¹²⁸, nos termos da qual:

“53.1 - Sem prejuízo do previsto na lei e das penalidades especificamente previstas neste Contrato, incluindo os respetivos anexos, e do direito de resolução pelo Concedente nos termos previstos no presente Contrato, o incumprimento ou o cumprimento defeituoso pela Concessionária de quaisquer obrigações emergentes do presente Contrato, ou das determinações do Concedente emitidas no âmbito da lei ou do presente Contrato, originam a aplicação à Concessionária de multas contratuais, em montante cujo valor varia em função da gravidade da falta entre um mínimo de (euro) 10 000 (dez mil euros) e um máximo de (euro) 1 000 000 (um milhão de euros), relativamente a cada uma das situações de incumprimento.

53.2 - A multa contratual aplicada nos termos do número anterior é diária pelo tempo que durar o incumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação contratual ou das determinações do Concedente.

53.3 - Excluindo as penalidades especificamente previstas no presente Contrato, nomeadamente no anexo n.º 6, o montante acumulado das multas, em cada ano civil, não poderá exceder o valor máximo de 2 % do total das receitas das atividades reguladas, registado no ano civil anterior.

¹²⁶ Cfr. definição de “*Níveis de Serviço*” constante da cláusula 1.^a do Contrato de Concessão.

¹²⁷ Cfr. n.º 1 da Parte A (“*Princípios Gerais*”) do Anexo 7 ao Contrato de Concessão.

¹²⁸ Cfr. minuta aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 34/2010, de 6 de maio (tal como retificada pela Declaração de Retificação n.º 14/2010, de 18 de maio).

53.4 - As multas são exigíveis nos termos fixados na respetiva notificação à Concessionária.

53.5 - No ato de aplicação da multa, se tal se justificar, é fixado ainda à Concessionária um prazo razoável para que esta cumpra a obrigação em falta.

53.6 - Se a Concessionária, dentro desse prazo, continuar sem cumprir pode a multa ser agravada, sem prejuízo do direito que ao Concedente assiste de rescindir o presente Contrato.

53.7 - Os montantes mínimos e máximos referidos no n.º 1 são atualizados de forma automática, no início de cada ano civil, por aplicação da taxa oficial de variação do IPC, referente ao ano anterior.”

65. Assim, tivesse a redação da citada cláusula 53.^a sido mantida no contrato assinado em 2012 e poderíamos concluir que o eventual incumprimento dos deveres da Concessionária no âmbito do procedimento do NAL fundamentaria a aplicação de sanções pecuniárias de montante a determinar tendo em conta o disposto nos respetivos n.ºs 1, 2 e 3.

No entanto, tendo as Partes estabelecido no Contrato de Concessão um regime de sanções contratuais distinto, determinando na respetiva cláusula 59.1. que as eventuais penalidades contratuais seriam aplicáveis “*de acordo com as disposições previstas no Anexo 7*”, que regula apenas os Níveis de Serviço, julgamos que ao eventual incumprimento pela Concessionária de um dever previsto no âmbito do procedimento do NAL não será aplicável qualquer sanção contratual ao abrigo do disposto na referida cláusula 59.^a.

66. Isto não significa, no entanto, que tal eventual incumprimento não seja passível de ser sancionado pelo Concedente. Com efeito, a cláusula 59.1. não deixa de antecipar que o regime aí previsto não prejudica o “*disposto na lei*”.

E, de facto, o CCP regula a aplicação das sanções contratuais no respetivo artigo 329.º, determinando, em particular, o respetivo n.º 1 que “*o contraente público pode, a título sancionatório, resolver o contrato e aplicar as sanções previstas no contrato ou na lei em caso de incumprimento pelo cocontratante*” (destaque nosso). À falta de cominação legal, como será o caso, o CCP faz, assim, depender a aplicação de sanções contratuais por incumprimento do cocontratante da expressa previsão das mesmas no contrato¹²⁹.

Donde, na ausência de habilitação expressa no Contrato de Concessão para o efeito, não poderá o Concedente, ao abrigo do disposto no CCP, aplicar quaisquer sanções contratuais à Concessionária por incumprimento dos deveres consagrados no âmbito do procedimento do NAL.

67. Analisados os demais regimes jurídicos aplicáveis à concessão de serviço público aeroportuário e ao Contrato de Concessão, em especial, não se identifica qualquer disposição que regule a eventual aplicação de sanções contratuais pelo Concedente, pelo que não se encontra qualquer fundamento legal ou contratual para a eventual aplicação de sanções contratuais à

¹²⁹ Cfr., entre outros, CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no CCP”, in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, p. 551; PEDRO COSTA GONÇALVES, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, in *Estudos da Contratação Pública*, I, Coimbra, 2008, p. 602; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, II, Lisboa, 2022, p. 248; DUARTE RODRIGUES SILVA/ GONÇALO BARGADO, “Algumas reflexões sobre as exigências de determinabilidade (tipicidade) na previsão de sanções pecuniárias contratuais administrativas” in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 16, janeiro/abril de 2023, p. 73.

Concessionária pelo incumprimento das obrigações a que se encontra adstrita nos termos do Contrato de Concessão, com exceção, naturalmente, das obrigações cujo incumprimento é expressamente cominado com a aplicação de sanções pecuniárias¹³⁰.

Tudo pareceria indicar estarmos, afinal, perante uma omissão de regulação quanto às eventuais consequências do incumprimento da Concessionária no âmbito do procedimento do NAL.

68. No entanto, o Contrato de Concessão volta a tratar o tema do incumprimento da Concessionária – numa organização sistemática que não se pode deixar de estranhar – na cláusula 62.^a, que regula a “*Caducidade e Resolução do Contrato de Concessão*”.

Neste âmbito, a cláusula 62.4. determina que, para efeitos do disposto no Contrato de Concessão, constituem Incumprimentos da Concessionária, entre outros, “o **incumprimento grave das obrigações decorrentes do presente Contrato de Concessão**, incluindo qualquer incumprimento que (não sendo sujeito ao regime das multas contratuais consagrado no Anexo 7): (i) não cesse no prazo de seis (6) meses a contar da notificação do Concedente para esse efeito; ou (ii) que se verifique em cinco (5) situações consecutivas da mesma natureza”¹³¹.

Recorde-se que os eventuais incumprimentos aqui em causa dizem respeito a obrigações da Concessionária no âmbito do procedimento do NAL. Trata-se de obrigações referentes ao exercício pela Concessionária do “*direito exclusivo (por um período limitado)*” de apresentar uma proposta para o NAL, o qual constitui parte do objeto do Contrato de Concessão¹³². Mas trata-se, também, de obrigações cujo incumprimento implicará a paralisação do procedimento e, consequentemente, a impossibilidade de se alcançar uma solução para a expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa.

Atenta a relevância do procedimento do NAL no quadro do Contrato de Concessão (e fora dele) e, bem assim, os efeitos decorrentes dos eventuais incumprimentos em apreço, julgamos que os mesmos não podem deixar de ser qualificados como *incumprimentos graves* das obrigações da Concessionária resultantes do Contrato de Concessão, nos termos e para os efeitos do disposto na cláusula 62.4.(b).

69. Enquanto Incumprimentos da Concessionária, ser-lhes-á aplicável o disposto na cláusula 62.5.: tendo tomado conhecimento de um Incumprimento da Concessionária ou de uma situação suscetível de o consubstanciar, deve o Concedente notificá-la desse facto, logo que possível, e o mais tardar até 15 dias após a “*data em que tomou conhecimento do facto ou situação que deu origem ou é razoavelmente suscetível de dar origem ao incumprimento*”¹³³.

¹³⁰ Referimo-nos não apenas ao incumprimento dos Níveis de Serviço (cfr. cláusula 59.^a e Anexo 7), mas também ao incumprimento das obrigações de manutenção e de desenvolvimento (cfr. cláusula 20.2.), das obrigações ambientais (cfr. cláusula 30.7.) e das obrigações relativas ao encerramento do AHD (cfr. cláusula 52.4.).

¹³¹ Cfr. cláusula 62.4.(b) do Contrato de Concessão (destaque e sublinhado nossos).

¹³² Cfr. cláusula 5.2.(a) do Contrato de Concessão.

¹³³ Cfr. cláusula 62.5.(a) do Contrato de Concessão. Não ignoramos o facto de, nos termos desta cláusula, a “*Concessionária deve[r] notificar o Concedente do incumprimento*”, no entanto, atento o racional subjacente a este regime, aquela que é a prática comum neste tipo de contratos e, acima de tudo, comparando a redação desta cláusula com a redação da cláusula 62.7.(d), julgamos tratar-se de um lapso de escrita. Pelo que, em linha com o disposto no artigo 325.º, n.º 1, do CCP, onde se lê “a *Concessionária deve notificar o Concedente do incumprimento*” deve ler-se, cremos, “o Concedente deve notificar a Concessionária do incumprimento”.

Notificada do incumprimento pelo Concedente, a Concessionária deve saná-lo, no prazo de 90 dias¹³⁴, cumprindo o dever a que se encontra adstrita. Em alternativa, a Concessionária poderá, ainda, propor ao Concedente um plano para a sanção do incumprimento, que apenas poderá ser aplicado após aceitação pelo Concedente¹³⁵.

Caso a Concessionária não sane o incumprimento no prazo contratualmente fixado ou nos termos do plano, consoante o caso, o Concedente poderá resolver o Contrato de Concessão, notificando a Concessionária, por escrito¹³⁶. Embora a cláusula 62.5.(b) do Contrato de Concessão preveja, também, o direito de o Concedente “*intervir na Concessão e sanar diretamente o incumprimento*”¹³⁷, julgamos não ser a mesma aplicável em caso de um incumprimento pela Concessionária no âmbito do procedimento do NAL, por ser incompatível com o direito exclusivo conferido pelo Contrato de Concessão. Com efeito, concretizando o procedimento do NAL o exercício pela Concessionária do direito exclusivo de apresentar ao Concedente uma proposta para o NAL, não se compreenderia que pudesse o Concedente substituir-se à Concessionária na promoção da apresentação dessa proposta.

70. Conclui-se, assim, que o Contrato de Concessão regula efetivamente os eventuais incumprimentos da Concessionária suscetíveis de impedir a conclusão do procedimento do NAL: a tais incumprimentos deverá aplicar-se o regime dos Incumprimentos da Concessionária, podendo, em caso de ausência de sanção, culminar com a resolução do Contrato de Concessão.

Não se verifica, portanto, qualquer omissão que justifique a aplicação analógica do Termo da Opção da Concessionária.

71. Acresce que, sempre que as Partes pretenderam atribuir o efeito do Termo da Opção fizeram-no de forma expressa. Com efeito, o Contrato de Concessão determina expressamente o Termo da Opção em duas situações:

- (i) Caso, na sequência de solicitação pelo Concedente da revisão da Candidatura ao NAL, a Concessionária comunique ao Concedente não ter capacidade para a realizar¹³⁸;
- (ii) Caso a Aprovação Final do NAL não seja emitida no prazo de 12 meses (ou de 18 meses, em caso de prorrogação) a contar da data da Aprovação Provisória da Candidatura ao NAL¹³⁹.

Tudo indica, portanto, que as Partes não atribuíram o efeito do Termo da Opção à inação da Concessionária nas situações *supra* enunciadas, porque não pretenderam fazê-lo, motivadas, cremos, pela convicção de que a Concessionária terá todo o interesse no exercício do seu direito de

¹³⁴ Cfr. cláusula 62.5.(a) do Contrato de Concessão.

¹³⁵ Cfr. cláusula 62.5.(b) do Contrato de Concessão.

¹³⁶ Cfr. cláusula 62.5.(b)(i) do Contrato de Concessão. O exercício deste direito depende, no entanto, da “*prévia notificação das Instituições Financeiras nos termos do Acordo Direto*” – cfr. cláusula 62.3. do Contrato de Concessão.

¹³⁷ Cfr. cláusula 62.5.(b)(ii) do Contrato de Concessão.

¹³⁸ Cfr. cláusulas 47.4. e 47.5. do Contrato de Concessão.

¹³⁹ Cfr. cláusulas 48.3. e 48.4. do Contrato de Concessão.

opção, pelo que não atrasará ou bloqueará o procedimento que lhe permite precisamente exercer esse direito. Em qualquer caso, o Contrato de Concessão não deixa de prever a consequência (embora não específica) dessa eventual inação: as Consequências do Incumprimento da Concessionária, com eventual resolução do Contrato de Concessão.

72. Note-se, ainda, que, nos termos do disposto na cláusula 28.5. do Contrato de Concessão, o *“Concedente pode executar a Garantia Bancária de Cumprimento no caso de a Concessionária não remediar o incumprimento de qualquer obrigação assumida no presente Contrato de Concessão, no prazo de trinta (30) dias a contar da data da notificação do Concedente para esse efeito”*.

Embora se compreenda a pretensão das Partes ao consagrarem a faculdade de o Concedente executar a Garantia Bancária de Cumprimento em caso de ausência de sanção de eventuais incumprimentos da Concessionária, não pode deixar de se assinalar tratar-se de mais uma aparente incongruência no quadro do Contrato de Concessão. Porque, na verdade, o prazo de 30 dias para sanção do incumprimento corresponde a apenas um terço do prazo para sanção dos Incumprimentos da Concessionária.

Em abstrato, poderá então equacionar-se a conciliação dos regimes da execução da Garantia Bancária de Cumprimento (com um âmbito mais amplo, aplicável a quaisquer incumprimentos da Concessionária)¹⁴⁰ e das consequências dos Incumprimentos da Concessionária¹⁴¹ da seguinte forma: se a Concessionária não sanar o incumprimento no prazo de 30 dias, o Concedente poderá executar a Garantia Bancária de Cumprimento; se, nos 60 dias seguintes, a Concessionária continuar sem sanar o incumprimento, o Concedente poderá resolver o Contrato de Concessão.

73. Mas não são apenas os incumprimentos da Concessionária que podem impedir a tramitação e a conclusão do procedimento do NAL. O mesmo sucede com o eventual incumprimento pelo Concedente dos deveres que sobre si impendem no âmbito do mesmo procedimento, a saber:

- (i) Comunicação à Concessionária se pretende que esta apresente o Relatório Inicial¹⁴²;
- (ii) Confirmação de que pretende que a Concessionária prepare a Candidatura ao NAL ou solicitação da apresentação de uma Modificação da Concessionária para implementação da Alternativa da Concessionária para o NAL¹⁴³;
- (iii) Decisão do Concedente sobre a Candidatura ao NAL¹⁴⁴;
- (iv) Notificação da Aprovação Final do NAL caso as Partes cheguem a acordo sobre os Contratos do NAL¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Cfr. cláusula 28.5. do Contrato de Concessão.

¹⁴¹ Cfr. cláusula 62.5. do Contrato de Concessão.

¹⁴² Cfr. cláusula 45.1. do Contrato de Concessão.

¹⁴³ Cfr. cláusula 45.5. do Contrato de Concessão.

¹⁴⁴ Cfr. cláusula 47.2. do Contrato de Concessão.

¹⁴⁵ Cfr. cláusula 48.1. do Contrato de Concessão.

74. Enquanto contrato administrativo, o Contrato de Concessão não prevê a possibilidade de aplicação de sanções pela Concessionária em caso de incumprimento pelo Concedente das obrigações contratuais a que se encontra adstrito. Com efeito, o CCP atribui ao contraente público o poder de fiscalização da execução do contrato e, em consequência, o poder de aplicação de sanções ao cocontratante em caso de incumprimento do contrato¹⁴⁶.

75. No entanto, o Contrato de Concessão também regula eventuais incumprimentos do Concedente, conferindo à Concessionária meios de reação aos mesmos. Assim, nos termos e para os efeitos do disposto no Contrato de Concessão, as seguintes situações constituem Incumprimentos do Concedente¹⁴⁷:

- "(i) o incumprimento grave das obrigações decorrentes do presente Contrato que afete substancialmente ou impossibilite a Concessionária de (i) cumprir as principais obrigações emergentes do Contrato de Concessão ou (ii) gerar receitas durante três (3) meses, sem que tenha havido lugar ao reequilíbrio económico e financeiro da Concessão, de acordo com o disposto na Cláusula 25.3; e*
- (ii) o exercício ilícito dos poderes de autoridade do Concedente quando torne contrária à boa fé a exigência do cumprimento da obrigação de prestar Atividades e Serviços Aeroportuários".*

À semelhança do que se disse a propósito dos Incumprimentos da Concessionária, cremos que também os eventuais incumprimentos do Concedente no âmbito do procedimento do NAL devem ser qualificados como Incumprimentos do Concedente, nos termos e para os efeitos do Contrato de Concessão. Recorde-se que se trata de incumprimentos que impedem a conclusão do procedimento do NAL e, portanto, a expansão da capacidade aeroportuária da região de Lisboa. Mas, acima de tudo, trata-se de incumprimentos que impedem o exercício pela Concessionária do direito exclusivo que lhe foi conferido pelo Estado por via do Contrato de Concessão e que integra o próprio objeto da Concessão, pelo que o respeito por este direito e a permissão do respetivo exercício nos termos do Contrato de Concessão não podem deixar de ser entendidos como integrando o leque de "*principais obrigações emergentes do Contrato de Concessão*".

76. Tomando conhecimento de um Incumprimento do Concedente ou de um facto ou situação suscetível de o originar, a Concessionária deve notificar o Concedente logo que possível, e o mais tardar até 15 dias após o conhecimento do mesmo¹⁴⁸. Na sequência desta notificação, o Concedente dispõe de 15 dias adicionais para sanar o incumprimento, se possível¹⁴⁹.

A ausência de sanção do Incumprimento do Concedente no referido prazo parece conferir à Concessionária o direito de resolver o Contrato de Concessão. Com efeito, embora a cláusula 62.7. do Contrato de Concessão tenha implícito este direito de resolução, seja na respetiva epígrafe

¹⁴⁶ Cfr. artigo 302.º, alíneas b) e d), e artigo 305.º, n.º 1, do CCP.

¹⁴⁷ Cfr. cláusula 62.7.(a) do Contrato de Concessão.

¹⁴⁸ Cfr. cláusula 62.7.(d) do Contrato de Concessão.

¹⁴⁹ Cfr. cláusula 62.7.(d) do Contrato de Concessão.

(“Resolução por Incumprimento do Concedente”), seja na redação da cláusula 62.7.(e)¹⁵⁰, a verdade é que não se identifica qualquer cláusula que, à semelhança do que sucede na cláusula 62.5.(b) referente aos Incumprimentos da Concessionária, determine expressamente que a omissão de sanção confere à Concessionária o direito de resolução.

Em qualquer caso, atento o disposto no artigo 332.º, n.º 1, do CCP, julgamos ser possível ultrapassar esta questão, concluindo, nos termos do referido artigo conjugado com o disposto na cláusula 62.7., pelo direito de resolução da Concessionária em caso de ausência de sanção do Incumprimento pelo Concedente. Com efeito, o referido artigo 332.º, n.º 1, do CCP, que regula a “[r]esolução do contrato por iniciativa do co-contratante”, determina que:

“1 - **Sem prejuízo de outras situações de grave violação das obrigações assumidas pelo contraente público especialmente previstas no contrato** e independentemente do direito de indemnização, o cocontratante tem o direito de resolver o contrato nas seguintes situações:

- a) *Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias;*
- b) *Incumprimento definitivo do contrato por facto imputável ao contraente público;*
- c) *Incumprimento de obrigações pecuniárias pelo contraente público por período superior a seis meses ou quando o montante em dívida exceda 25% do preço contratual, excluindo juros;*
- d) *Exercício ilícito dos poderes tipificados no capítulo sobre conformação da relação contratual pelo contraente público, quando tornem contrária à boa-fé a exigência pela parte pública da manutenção do contrato;*
- e) *Incumprimento pelo contraente público de decisões judiciais ou arbitrais respeitantes ao contrato.”* (destaque nosso).

Ora, constituindo os eventuais incumprimentos do Concedente em apreço, **“incumprimento[s] grave[s] das obrigações decorrentes do [...] Contrato que afete substancialmente ou impossibilite a Concessionária de (i) cumprir as principais obrigações emergentes do Contrato de Concessão”**¹⁵¹, julgamos resultar, de uma leitura conjugada do 332.º, n.º 1, do CCP, com a cláusula 62.7.(a)(i) do Contrato de Concessão, que, em caso de não sanção do Incumprimento pelo Concedente no prazo contratualmente estabelecido, tem a Concessionária direito a resolver o Contrato “quando tal não implique grave prejuízo para o interesse público, ou caso implique tal prejuízo, quando a manutenção do [...] Contrato de Concessão se revele excessivamente onerosa para a Concessionária”¹⁵² (resta saber, depois, se teria incentivo para o fazer com este fundamento).

¹⁵⁰ Note-se que a cláusula 62.7.(e) faz referência à “resolução do [...] Contrato de Concessão, de acordo com o disposto na presente Cláusula 62.7”.

¹⁵¹ Cfr. cláusula 62.7.(a)(i) do Contrato de Concessão (destaque nosso).

¹⁵² Cfr. cláusula 62.7.(b) do Contrato de Concessão. Este direito é exercido por recurso à arbitragem de acordo com o previsto no capítulo XV – cfr. cláusula 62.7.(e) do Contrato de Concessão.

4.2. **Alternativa da Concessionária para o NAL**

77. Sem prejuízo do procedimento do NAL, o Contrato de Concessão prevê a possibilidade de a Concessionária apresentar uma alternativa sua para o desenvolvimento da capacidade aeroportuária de Lisboa (Alternativa da Concessionária para o NAL).

Atento o conceito de NAL tal como o entendemos, como um *novo e único aeroporto*, para substituir o AHD, não se nos afigura adequado enquadrar, no Contrato de Concessão, soluções unitárias como Alternativas da Concessionária para o NAL. A substituição do AHD por um único aeroporto deverá, antes, ser equacionada como NAL ou, posteriormente, como Alternativa do Concedente para o NAL.

Diferentemente, a Alternativa da Concessionária para o NAL poderá acomodar soluções duais – aliás, recorde-se que, a nosso ver, a Alternativa da Concessionária ao abrigo da cláusula 45.4.(b) deverá constituir uma solução dual – ou de desenvolvimento da capacidade instalada do AHD.

78. A Concessionária poderá, então, apresentar uma Alternativa para o NAL em dois momentos distintos:

- (i) “Até à celebração de acordos vinculativos para o desenvolvimento do NAL”¹⁵³ (**4.2.1.**);
ou
- (ii) Juntamente com o “Relatório Inicial [...] sobre o desenvolvimento da capacidade aeroportuária para Lisboa”¹⁵⁴ (**4.2.2.**).

Em ambos os casos, a proposta de Alternativa da Concessionária para o NAL irá resultar numa modificação do Contrato de Concessão proposta pela Concessionária (**Modificação da Concessionária**)¹⁵⁵.

Vejamos melhor em que se traduzem estas duas hipóteses.

4.2.1. Cláusula 42.3. do Contrato de Concessão

79. A cláusula 42.3. do Contrato de Concessão impõe à Concessionária o dever de, “[a]té à celebração pelo Concedente de acordos vinculativos para o desenvolvimento do NAL, [...] envidar esforços razoáveis no sentido de apurar [...]: (a) se o aumento da capacidade operacional existente das Infraestruturas Aeroportuárias do Aeroporto da Portela, ou (b) se o desenvolvimento de locais alternativos ou das infraestruturas existentes para fazer face ao crescimento esperado da procura para [...] uma maior capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias na zona de Lisboa, se afiguram alternativas mais eficientes e menos dispendiosas para o Concedente do que o desenvolvimento do NAL”¹⁵⁶. Caso a Concessionária, no cumprimento deste dever, encontre alternativas para o

¹⁵³ Cfr. cláusula 42.3. do Contrato de Concessão.

¹⁵⁴ Cfr. cláusulas 1.ª e 45.4. do Contrato de Concessão.

¹⁵⁵ Cfr. cláusulas 42.3. e 45.5.(b) do Contrato de Concessão.

¹⁵⁶ Cfr. cláusula 42.3. do Contrato de Concessão.

desenvolvimento da capacidade aeroportuária na zona de Lisboa, “*mais eficientes e menos dispendiosas para o Concedente*” do que o NAL, pode apresentar propostas ao Concedente, “*na modalidade de propostas de Modificação da Concessionária*”¹⁵⁷ (Alternativas da Concessionária para o NAL).

A Alternativa da Concessionária para o NAL será sujeita à apreciação do Concedente, que poderá aceitá-la ou rejeitá-la¹⁵⁸. Não se prevê, no entanto, pelo menos de maneira expressa, no Contrato de Concessão, qual o procedimento, termos e timings a que deverá obedecer este cenário. Em todo o caso, tratando-se de uma modificação objetiva do Contrato, deve a mesma ser acordada por via negocial, aplicando-se o regime contratual da Modificação da Concessionária¹⁵⁹ e, potencialmente, o regime do Reequilíbrio Financeiro do Contrato¹⁶⁰.

Parece, pois, ser de afastar a aplicação do procedimento do NAL neste âmbito, seja porque a sua rigidez não se nos afigura compatível com a negociação de uma modificação do Contrato, seja porque não se verifica qualquer omissão de regulação. Com efeito, constituindo a Alternativa da Concessionária para o NAL uma solução alternativa ao NAL, como, aliás, o próprio conceito indica, bem se compreende que as Partes tenham pretendido não regular exaustivamente o respetivo procedimento, tal como fizeram para o NAL, permitindo que, se e quando fosse apresentada uma Alternativa da Concessionária para o NAL, pudessem acordar na melhor forma de a implementar.

4.2.2. Cláusula 45.4.(b) do Contrato de Concessão

80. O Contrato de Concessão prevê, ainda, a possibilidade de apresentação, pela Concessionária, de uma Alternativa da Concessionária para o NAL, no prazo de 6 meses a contar da comunicação pelo Concedente de que pretende que a Concessionária elabore o Relatório Inicial¹⁶¹. Com efeito, quando a Concessionária “*considere que as Especificações Mínimas para o NAL não são, à data, a solução mais eficiente para o desenvolvimento da capacidade aeroportuária para a área de Lisboa*”, o Contrato de Concessão volta a admitir a apresentação pela Concessionária de uma Alternativa da Concessionária para o NAL¹⁶².

81. A apresentação da Alternativa da Concessionária para o NAL dependerá, no entanto, da demonstração de que “*não é provável que ocorra um Fator de Desencadeamento no Aeroporto da Portela, no prazo mínimo de dez (10) anos a contar da conclusão da Alternativa da Concessionária para o NAL*”¹⁶³. O sentido deste segmento final da cláusula 45.4.(b) não é evidente, porquanto tendo-se já verificado um Fator de Desencadeamento, que espoletou o procedimento do NAL em curso,

¹⁵⁷ Cfr. cláusula 42.3. do Contrato de Concessão.

¹⁵⁸ Cfr. cláusula 53.3. do Contrato de Concessão.

¹⁵⁹ Cfr. cláusula 53.^a do Contrato de Concessão, que será analisado *infra* no n.º 6.2..

¹⁶⁰ Cfr. cláusula 25.^a do Contrato de Concessão, que será analisada *infra* no n.º 6.1..

¹⁶¹ Cfr. cláusula 45.4. do Contrato de Concessão.

¹⁶² Cfr. cláusula 45.4.(b) do Contrato de Concessão.

¹⁶³ Cfr. cláusula 45.4.(b) do Contrato de Concessão.

parece difícil, se não mesmo impossível, admitir a demonstração da probabilidade de não se verificar (novamente) um Fator de Desencadeamento num período de 10 anos. Ora, para se retirar um conteúdo útil deste preceito, importa recuperar o que antes se concluiu quanto à vocação da Alternativa da Concessionária para o NAL para acomodar soluções de cariz dual.

Configurando a Alternativa da Concessionária para o NAL uma solução dual, que conjuga o desenvolvimento da capacidade do AHD com a construção de um novo aeroporto, parece-nos que o segundo segmento desta cláusula deve ser lido da seguinte forma: pretendendo apresentar uma Alternativa da Concessionária para o NAL, a ANA deve demonstrar, no relatório inicial alternativo, que “*não é provável que ocorra um Fator de Desencadeamento no Aeroporto da Portela*”, no prazo mínimo de 10 anos a contar da data da conclusão¹⁶⁴ do novo aeroporto (complementar ou principal) que integra, juntamente com o AHD, a Alternativa da Concessionária para o NAL. Com efeito, apenas após este momento se poderá considerar concluída a Alternativa da Concessionária para o NAL¹⁶⁵.

Rececionada a Alternativa da Concessionária para o NAL, o Concedente dispõe de um prazo de 30 dias para, querendo, “*solicitar por escrito à Concessionária que apresente uma Modificação da Concessionária para implementar uma Alternativa da Concessionária para o NAL*”¹⁶⁶. Tal implica a consensualização da modificação contratual nos termos da cláusula 53.^a e o eventual direito da Concessionária à reposição do equilíbrio financeiro do Contrato nos termos da cláusula 25.^a¹⁶⁷.

4.3. Alternativa do Concedente para o NAL

82. Após o Termo da Opção, a Concessionária deixa de beneficiar da opção (*right of first option*) de desenvolver o NAL, nos termos do Contrato de Concessão¹⁶⁸.

A partir de então, pode o Concedente “*celebrar, a qualquer momento, acordos para aumentar a capacidade aeroportuária na zona de Lisboa (Alternativa do Concedente para o NAL)*”, com a Concessionária¹⁶⁹ ou com um terceiro, sem se encontrar obrigado a desenvolver a Alternativa do Concedente para o NAL de acordo com as Especificações Mínimas para o NAL, elencadas no Anexo 16 ao Contrato de Concessão¹⁷⁰. Deve, não obstante, comunicar esta sua decisão à

¹⁶⁴ Não se afigura claro o que se deva entender como “conclusão” para efeitos do disposto na cláusula 45.4.(b) do Contrato de Concessão. Em abstrato, poderá equacionar-se a possibilidade de ser entendida como construção ou até como entrada em funcionamento.

¹⁶⁵ A aferição do momento relevante para efeitos da “conclusão da Alternativa da Concessionária para o NAL” dependerá, naturalmente, de uma análise casuística, porquanto depende da concreta configuração da Alternativa em causa. Com efeito, incluindo a Alternativa da Concessionária para o NAL um eventual desenvolvimento da capacidade instalada do AHD posterior à “conclusão” do novo aeroporto, parece-nos que apenas após a “conclusão” do desenvolvimento do AHD se poderá considerar concluída a Alternativa da Concessionária para o NAL. No fundo, tudo dependerá das obras a realizar para a execução da Alternativa e da respetiva previsão de execução.

¹⁶⁶ Cfr. cláusula 45.5.(b) do Contrato de Concessão.

¹⁶⁷ Aspectos que serão analisados *infra* nos n.ºs 6.1. e 6.2..

¹⁶⁸ Cfr. cláusula 48.3. do Contrato de Concessão.

¹⁶⁹ Recorde-se que a análise de uma eventual adjudicação da Alternativa do Concedente para o NAL à Concessionária se encontra fora do escopo do presente Estudo.

¹⁷⁰ Cfr. cláusula 51.1. do Contrato de Concessão.

Concessionária¹⁷¹. Esta comunicação constitui um dever do Concedente, pelo que, em caso de incumprimento, será aplicável o regime dos Incumprimentos do Concedente¹⁷².

83. Aqui chegado, o Concedente poderá, desde logo, *resolver* o Contrato de Concessão¹⁷³, com efeitos que, salvo decisão sua em contrário, apenas deverão produzir-se antes “do início das atividades das linhas aéreas comerciais na Alternativa do Concedente para o NAL” e “do encerramento das atividades das linhas aéreas comerciais no Aeroporto da Portela” ou “do momento a partir do qual uma nova entidade concessionária, escolhida pelo Concedente, inicie a exploração da Concessão”¹⁷⁴.

Neste cenário, ainda, a Concessionária terá direito a uma indemnização a apurar nos termos do disposto na cláusula 62.7.(e) do Contrato de Concessão¹⁷⁵ (i.e., equivalente à da resolução do contrato por Incumprimento do Concedente).

84. Caso o Concedente opte, antes, pela *não resolução*, as Partes devem negociar um acordo para a Modificação do Contrato de Concessão¹⁷⁶, a alcançar no prazo de 6 meses, findo o qual qualquer das Partes pode avançar para a resolução, com os efeitos e consequências acabadas de descrever.

Esta modificação objetiva poderá traduzir-se, nos termos previstos na cláusula 51.3. do Contrato de Concessão, no ajustamento do objeto do Contrato de Concessão para abranger “a exploração e gestão futuras da Alternativa do Concedente para o NAL” e/ou para alterar o objeto da Concessão, podendo, designadamente, “incluir ou excluir a Alternativa do Concedente para o NAL” e excluir o AHD¹⁷⁷.

85. Sem surpresa, o âmbito da negociação da Alternativa do Concedente presta-se a alguma dúvida e incoerência. Ainda assim, diríamos que, em face da latitude que apresenta e considerando também que se trata de um cenário consensual, existe base contratual para serem, nesta sede, equacionadas várias realidades, desde logo com espaço para acomodar soluções duais ou de aeroporto único.

O que não pode permitir, isso sim, é que, por via desta Modificação ao Contrato de Concessão, sejam incluídas no objeto do Contrato infraestruturas aeroportuárias que extravasam o direito de exclusivo territorial da Concessionária (o raio de 75 km do AHD), devendo situar-se idealmente na área ou zona de Lisboa.

Caso a opção do Concedente passe pela implementação de uma nova infraestrutura aeroportuária para lá do raio de 75 km do AHD, essa possibilidade é permitida, a todo o tempo, não

¹⁷¹ Cfr. cláusula 51.1. do Contrato de Concessão.

¹⁷² Regime que foi analisado *supra* no n.º 4.1.2., para o qual se remete.

¹⁷³ Cfr. cláusula 51.1. do Contrato de Concessão.

¹⁷⁴ Cfr. cláusula 51.4. do Contrato de Concessão. Apesar dos termos equívocos em que se encontra redigida a cláusula 51.2., parece-nos que esta leitura poderá ter suporte na remissão que dela consta para a cláusula 51.4.

¹⁷⁵ Cfr. cláusula 51.5. do Contrato de Concessão.

¹⁷⁶ Cfr. cláusula 51.3. do Contrato de Concessão.

¹⁷⁷ Cfr. cláusula 51.3. do Contrato de Concessão.

se encontrando dependente, ao contrário da Alternativa para o NAL, da verificação do Termo da Opção.

4.4. Encerramento do Aeroporto Humberto Delgado

86. Uma última palavra para mencionar o regime constante da cláusula 52.^a a propósito do encerramento do AHD, disposição que, por razões insondáveis, não ficou inserida no capítulo XI (NAL), mas, antes, no capítulo seguinte (capítulo XII, referente a Modificações objetivas da Concessão).

Atentemos, então no teor desta cláusula:

- "52.1 Sem prejuízo do disposto na Cláusula 51.1 e na Cláusula 51.4, a Concessionária assegura a regular exploração e gestão do Aeroporto da Portela até à Data de Início da Exploração do NAL.*
- 52.2 A Concessionária compromete-se a proceder ao encerramento total das instalações do Aeroporto da Portela, sem que tal lhe confira o direito ao reequilíbrio económico e financeiro da Concessão.*
- 52.3 A Concessionária procede:*
- (a) ao encerramento do Aeroporto da Portela, em cumprimento com todas as normas e requisitos legais exigíveis para o efeito, nos termos e na data definidos pelo Concedente; e*
 - (b) à transferência dos equipamentos e dos serviços afetos à atividade do Aeroporto da Portela, para o NAL, de acordo com as instruções e o plano que deve ser submetido à aprovação do Concedente (Plano de Transferência da Portela).*
- 52.4 Caso a Concessionária não respeite o disposto no número anterior, fica sujeita a penalidades, em montante a determinar pelo Concedente segundo a gravidade da falta, às quais não se aplicam os limites previstos na Cláusula 59.3, aplicando-se antes os limites estabelecidos no Código dos Contratos Públicos.*
- 52.5 Todos os encargos suportados com a reconversão, a demolição, a descontaminação de solos, de equipamentos e de outras obrigações de preservação ambiental, subsequentes ao encerramento do Aeroporto da Portela, bem como os decorrentes da afetação das áreas e dos edifícios a outros fins, não são da responsabilidade da Concessionária.*
- 52.6 Após o encerramento do Aeroporto da Portela, a Concessionária deve manter e financiar a guarda e a segurança do Aeroporto, bem como assegurar, por um período não superior a trinta e seis (36) meses, o acesso dos prospetivos compradores ao mesmo, quando tal for requerido pelo Concedente e até, caso ocorra antes:*
- (a) à venda do Aeroporto da Portela, pelo Concedente a uma entidade terceira; ou*
 - (b) ao termo do Prazo da Concessão.*
- 52.7 O Concedente tem o direito a receber o montante proveniente da alienação dos bens afetos ao Aeroporto da Portela a uma entidade terceira."*

87. Conjugando o sentido literal desta cláusula com o que vem de se expor quanto às alternativas de expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa, não custa concluir que se trata de uma disposição redigida por referência à implementação do NAL e respetivos procedimentos. E, nessa medida, dá resposta a hipóteses de desenvolvimento de um *novo e único aeroporto localizado na área de Lisboa*, que, visando substituir o AHD, implicaria a sua desativação e encerramento.

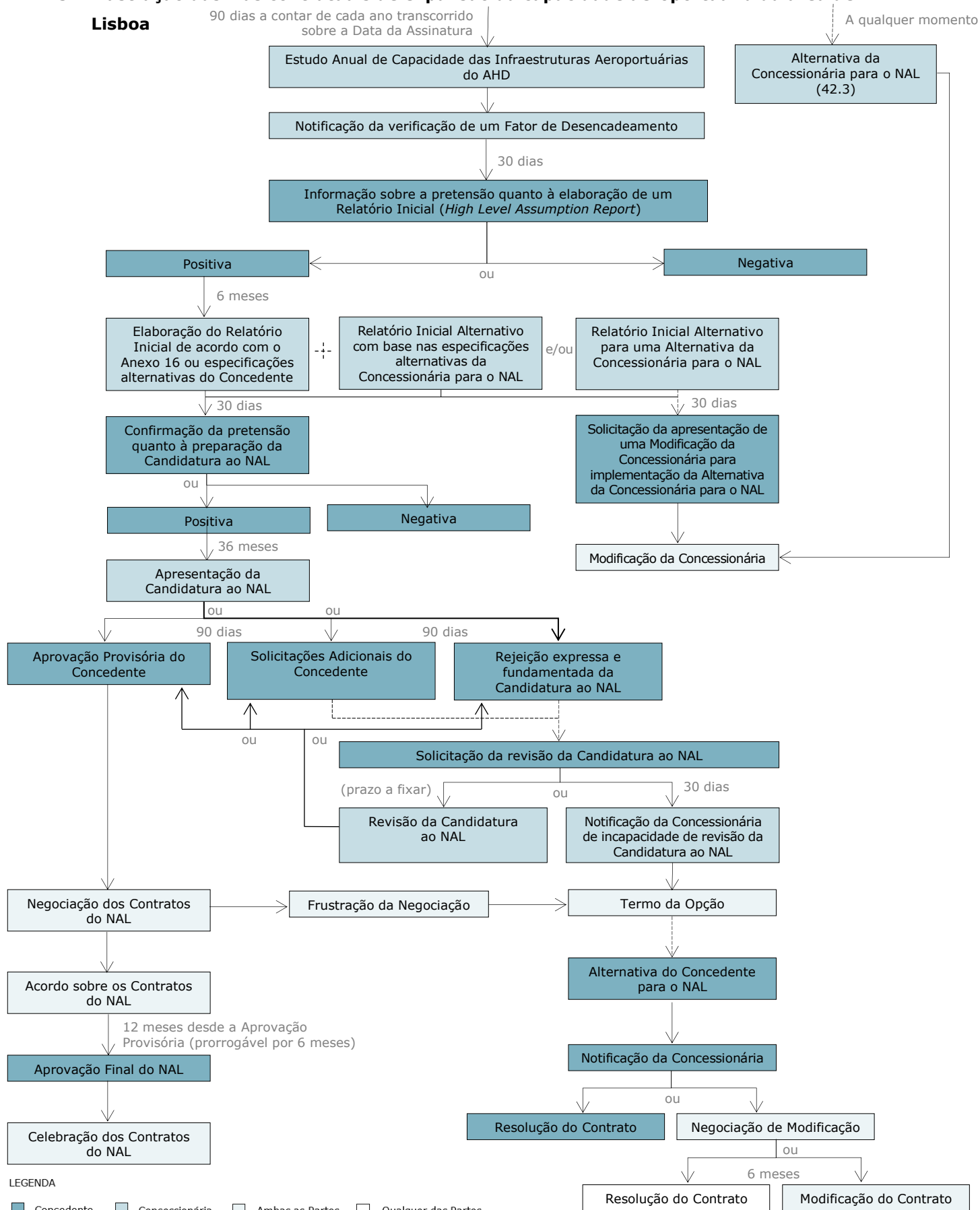
88. A corroborar esta leitura, não deixa de ser sugestiva que a redação desta cláusula corresponde quase integralmente ao teor do n.º 34 da minuta de contrato de concessão aprovada pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 34/2010, de 6 de maio (tal como retificada).

Pois bem, assim se vê que uma tal disposição contratual foi pensada para uma solução unitária, dado que não existia mais nenhum cenário, no referido diploma, que não o de um NAL tal como o entendemos. Recorde-se que o “NAL”, nos diplomas de 2010, estava incluído no objeto certo e imediato da Concessão, numa localização fixada pelo Concedente e em substituição da Portela (com prazo de início de exploração fixado para 2017).

89. A dificuldade de articulação desta cláusula com outros cenários, duais, existindo à partida, acaba por ser mitigada, a nosso ver, pelo facto de os mesmos contemplarem negociações de modificação objetiva do Contrato entre as Partes.

Na verdade, deixando de parte a hipótese de resolução do Contrato de Concessão na Alternativa do Concedente para o NAL (que se encontra ressalvada na cláusula 52.1.), os cenários alternativos, em que poderiam ser implementadas soluções duais são, em qualquer caso, cenários negociais de modificações ao Contrato, seja uma Alternativa da Concessionária ou uma Alternativa do Concedente para o NAL. Ora, nessa sede, seria acomodável e recomendável que se regulassem quaisquer impactos em termos de exploração do AHD no novo figurino.

4.5. Ilustração das vias contratuais de expansão da capacidade aeroportuária da área de Lisboa



4.6. Conclusões intercalares

- a. No quadro do Contrato de Concessão, o NAL deve ser perspectivado como um *novo e único aeroporto*, para substituir o AHD, localizado na área ou zona de Lisboa, pelo que apenas lhe deverão ser reconduzíveis (e ao respetivo procedimento) soluções unitárias; vemos, pois, com dificuldade/risco o enquadramento de soluções duais como NAL, para estes efeitos.
- b. Já a Alternativa da Concessionária para o NAL poderá ser dual, mas aparentemente não substitutiva. Podendo esta surgir, por iniciativa da Concessionária, a qualquer momento, ou no contexto dos relatórios iniciais, conduz não à aplicação do procedimento do NAL, mas antes à Modificação do Contrato de Concessão, procedimento para o qual não existe uma densificação contratual.
- c. Verificado o Termo da Opção e podendo o Concedente avançar para a Alternativa do Concedente para o NAL (dentro do raio de 75 km), para além da resolução do Contrato de Concessão, abre-se a oportunidade de negociação entre as Partes sobre a sua eventual Modificação. O âmbito desta negociação encontra-se definido em termos suficientemente amplos, cremos, para que possam aí ser equacionados cenários duais ou unitários. O que esta negociação já não poderá comportar, a nosso ver, será a inclusão, por via desta Modificação ao Contrato de Concessão, de infraestruturas aeroportuárias para lá do raio de 75 km do AHD.

5. STATUS QUO

90. Aqui chegados, e clarificado aquele que se entende ser o sentido da regulação contratual das vias de expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa, não apenas do regime constante do capítulo XI do Contrato de Concessão, mas, também, dos demais regimes contratuais cuja aplicação é convocada pelas soluções em apreço, importa procurar determinar a concreta fase procedimental em que as Partes se encontram atualmente, para, mais tarde, se identificarem os riscos atinentes à eventual implementação das soluções equacionadas.

Neste âmbito, recorde-se o enquadramento factual inicialmente alinhado, do qual resulta que, desde 2018, tramitaram (resta saber se continuam a tramitar) em simultâneo dois procedimentos tendentes ao desenvolvimento da capacidade aeroportuária de Lisboa: um referente à negociação encetada pela comissão de negociação constituída ao abrigo do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio (incluindo a consensualização prévia, em 2017, do Memorando de Entendimento) e um outro iniciado com a notificação pela Concessionária da verificação de um Fator de Desencadeamento.

Vejamos, então, cada um destes procedimentos, em detalhe.

91. Começando pelo procedimento negocial e seus antecedentes, importa relembrar, resumidamente, os seguintes termos:

- Antecipando-se a verificação de um Fator de Desencadeamento no ano de 2017, e tendo a Concessionária comunicado ao Estado a sua intenção de apresentar uma proposta para a expansão da capacidade aeroportuária da área de Lisboa, ao abrigo do disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão, que conjugaria o desenvolvimento da capacidade instalada do AHD com a construção de um aeroporto complementar no Montijo, as Partes celebraram, em 15.02.2017, o Memorando de Entendimento. Memorando esse que tinha por objeto *“a definição e prossecução do processo para a expansão da capacidade aeroportuária na região de Lisboa no curto, médio e longo prazos”*¹⁷⁸, procurando *“aprofunda[r] e da[r] execução à Alternativa da Concessionária ao NAL prevista no Contrato de Concessão”*¹⁷⁹.
- Neste sentido, as Partes regularam, na respetiva cláusula 4.ª, o “[p]rocedimento relativo à Alternativa da Concessionária para o NAL”, que seguiria *“os termos da Cláusula 42.3 do Contrato de Concessão”*¹⁸⁰, segundo o qual:
 - (i) A Concessionária apresentaria *“um relatório com a proposta de Alternativa da Concessionária ao NAL, baseada no desenvolvimento de capacidade aeroportuária complementar no Montijo e num novo Plano Diretor para o Aeroporto Humberto*

¹⁷⁸ Cfr. cláusula 1.ª do Memorando de Entendimento.

¹⁷⁹ Cfr. cláusula 8.ª do Memorando de Entendimento.

¹⁸⁰ Cfr. cláusula 4.1. do Memorando de Entendimento.

Delgado", no prazo de 180 dias a contar da celebração do Memorando¹⁸¹. Relatório esse que incluiria, pelo menos, os seguintes elementos:

- a. *"local proposto para o desenvolvimento das infraestruturas aeroportuárias"*;
- b. *"estimativa preliminar dos custos e principais especificações"*;
- c. *"soluções de financiamento da construção (incluindo atualização do regime das Taxas Aeroportuárias e/ou prorrogação do Prazo da Concessão)"*;
- d. *"duração e conclusão da construção"*.

(ii) A proposta apresentada pela Concessionária encontrar-se-ia sujeita a aceitação pelo Concedente¹⁸²;

(iii) Caso o Concedente aceitasse a proposta, a Concessionária apresentaria a sua candidatura, que deveria incluir os elementos elencados na cláusula 46.^a do Contrato de Concessão¹⁸³.

- Posteriormente, a ANA solicitou ao Estado, por carta de 08.08.2017, a determinação do prazo de entrega da proposta para o dia 31.10.2017, com fundamento na demora na disponibilização de elementos necessários à elaboração e apresentação da proposta.
- Em 31.10.2017, a ANA apresentou, ao abrigo do disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão e da cláusula 4.^a do Memorando de Entendimento, uma *"proposta para o desenvolvimento, concessão, financiamento, construção e operação do Projeto Aeroporto Humberto Delgado + Montijo"*.
- Nesta sequência, foi constituída uma comissão de negociação para negociar com a Concessionária uma eventual modificação do Contrato de Concessão para acomodar a implementação da Alternativa da Concessionária para o NAL.
- Em 14.08.2018, com o intuito de *"regular as obrigações e vontade das Partes no contexto do Processo Negocial, considerando ainda a verificação, no decurso do mesmo, de um Fator de Desencadeamento e consequente desencadeamento do processo de desenvolvimento do NAL"*¹⁸⁴, as Partes celebraram o Acordo Complementar n.º 1. Nos termos deste Acordo, a *"negociação [...] deve[ria] ser concluída no prazo máximo de 90 dias úteis a contar da celebração do [...] Acordo e ser formalizada através de uma Ata Final que contenha em anexo uma proposta final de Alternativa da Concessionária para o NAL"*¹⁸⁵. Prazo esse que *"pode[ria] ser prorrogado por acordo entre as Partes"*¹⁸⁶.

¹⁸¹ Cfr. cláusula 4.1. do Memorando de Entendimento.

¹⁸² Cfr. cláusula 4.2. do Memorando de Entendimento.

¹⁸³ Cfr. cláusula 4.2. do Memorando de Entendimento.

¹⁸⁴ Cfr. cláusula 2.^a do Acordo Complementar n.º 1.

¹⁸⁵ Cfr. cláusula 3.2. do Acordo Complementar n.º 1.

¹⁸⁶ Cfr. cláusula 3.4. do Acordo Complementar n.º 1.

- Com o avanço do processo negocial, as Partes celebraram o Acordo Complementar n.º 2, em 08.01.2019, com o objetivo de *“estabiliza[r] os principais elementos, sobretudo relativos à Regulação Económica, à solução técnica e aos pressupostos financeiros e operacionais, relativamente aos quais já existe um entendimento entre as Partes”*¹⁸⁷.
- Encontrando-se, ainda, em curso o processo negocial, *“[a]s Partes acorda[ra]m a prorrogação do prazo previsto no n.º 2 da Cláusula 3.ª do Acordo Complementar n.º 1 até 31 de outubro de 2019”*¹⁸⁸, *“devendo a Ata Final [...] ser formalizada, desejavelmente, até 30 dias úteis após o conhecimento do teor da Declaração de Impacte Ambiental relativa ao Aeroporto do Montijo”*¹⁸⁹.
- A Declaração de Impacte Ambiental favorável, embora condicionada, só veio a ser emitida pela APA, em 21.01.2020.
- No entanto, o processo negocial não avançou, não tendo sido formalizada a Ata Final do processo negocial, conforme se previa nos Acordos Complementares n.ºs 1 e 2.
- Atenta a *“expiração do prazo contratualmente previsto para a conclusão do Processo Negocial”*, a ANA comunicou ao Estado, por carta de 12.04.2021, entender que *“o Processo Negocial, enquadrado e regulado pelo Memorando de Entendimento, pelo Acordo Complementar n.º 1 e pelo Acordo Complementar n.º 2, se encontra extinto, por caducidade”*.

92. Conclui-se, portanto, que o procedimento *supra* descrito foi adotado ao abrigo do disposto na **cláusula 42.3.** do Contrato de Concessão, enquanto **Alternativa da Concessionária para o NAL**, pelo que a proposta preliminar da Concessionária para o aumento da capacidade do AHD e para o desenvolvimento da Base Aérea n.º 6, situada no Montijo, como complementar, não poderá deixar de constituir uma Alternativa da Concessionária para o NAL, apresentada, ainda que de forma preliminar e não vinculativa, ao abrigo do disposto na referida cláusula.

Com efeito, não só os factos carreados para o presente Estudo (cfr. n.º 1) apontam invariavelmente nesse sentido, como, aliás, as Partes são expressas e inequívocas quanto ao enquadramento contratual do procedimento e da proposta apresentada:

- O Memorando de Entendimento que, recorde-se, *“aprofunda e dá execução à Alternativa da Concessionária ao NAL prevista no Contrato de Concessão”*¹⁹⁰, estabelece, na respetiva cláusula 4.ª, o *“[p]rocedimento relativo à Alternativa da Concessionária para o NAL”* (destaque nosso). Procedimento esse que deveria seguir *“os termos da Cláusula 42.3 do Contrato de Concessão”*, prevendo-se a apresentação

¹⁸⁷ Cfr. cláusula 2.ª do Acordo Complementar n.º 2.

¹⁸⁸ Cfr. cláusula 5.1. do Acordo Complementar n.º 2.

¹⁸⁹ Cfr. cláusula 5.2. do Acordo Complementar n.º 2.

¹⁹⁰ Cfr. cláusula 8.ª do Memorando de Entendimento (destaque nosso).

pela Concessionária de uma “*proposta de **Alternativa da Concessionária ao NAL***”¹⁹¹. O Memorando de Entendimento compreende, aliás, um conjunto de referências à “***Alternativa da Concessionária para o NAL***”¹⁹²;

- O Acordo Complementar n.º 1 faz referência à apresentação pela Concessionária, em 31.10.2017, “*nos termos e para os efeitos da **Cláusula 42.3** do Contrato de Concessão e Cláusula 4 do MdE, de uma **proposta preliminar, não vinculativa, de Alternativa da Concessionária para o NAL***”¹⁹³. O processo negocial em curso é definido como “*o processo de negociação de uma **Alternativa da Concessionária para o NAL** nos termos do Contrato de Concessão, do MdE e do presente Acordo*”¹⁹⁴, prevendo-se a apresentação pela Concessionária de uma “*proposta final de **Alternativa da Concessionária para o NAL***”¹⁹⁵.
- O Acordo Complementar n.º 2 refere-se, novamente, à apresentação pela Concessionária, em 31.10.2017, “*nos termos e para os efeitos da **Cláusula 42.3** do Contrato de Concessão [...] e da Cláusula 4 do Memorando de Entendimento [...], de uma **proposta preliminar, não vinculativa, de Alternativa da Concessionária para o NAL***”¹⁹⁶, ao “*processo de negociação de uma **Alternativa da Concessionária para o NAL***”¹⁹⁷, e à apresentação pela Concessionária de uma “*Proposta Final de **Alternativa da Concessionária para o NAL***”¹⁹⁸, definida como “*a proposta definitiva e vinculativa da Concessionária para uma **Alternativa da Concessionária para o NAL***”¹⁹⁹.
- A carta da Concessionária de 31.10.2017 anuncia a submissão de uma «*Proposta preliminar da ANA [...] que consubstancia a “**Alternativa da Concessionária para o NAL**”, prevista na **Cláusula 42.3** do Contrato de Concessão*».
- A carta remetida pela Concessionária em 12.04.2021, faz referência à celebração de “*um Memorando de Entendimento em 15 de fevereiro de 2017 tendo em vista a prossecução do processo para a expansão da capacidade aeroportuária na região de Lisboa e, nesse âmbito, a definição dos termos de apresentação de uma **Alternativa da Concessionária para o NAL** ao abrigo da **cláusula 42.3** do Contrato de Concessão*” e, bem assim, à “*apresentação, junto do Concedente, nos termos e para os efeitos da **cláusula 42.3** do Contrato de Concessão e da cláusula 4 do Memorando*

¹⁹¹ Cfr. cláusula 4.1. do Memorando de Entendimento (destaque nosso).

¹⁹² Cfr. cláusulas 3.6., 4.ª, 7.ª e 8.ª do Memorando de Entendimento (destaque nosso).

¹⁹³ Cfr. considerando n.º 3 do Acordo Complementar n.º 1 (destaque nosso).

¹⁹⁴ Cfr. cláusula 1.2.(c) do Acordo Complementar n.º 1 (destaque nosso).

¹⁹⁵ Cfr. cláusulas 3.2., 4.ª e 5.3. do Acordo Complementar n.º 1 (destaque nosso).

¹⁹⁶ Cfr. considerando n.º 1 do Acordo Complementar n.º 2 (destaque nosso).

¹⁹⁷ Cfr. considerando n.º 2 do Acordo Complementar n.º 2 (destaque nosso).

¹⁹⁸ Cfr. cláusula 2.1. do Acordo Complementar n.º 2 (destaque nosso).

¹⁹⁹ Cfr. cláusula 1.2.(f) do Acordo Complementar n.º 2 (destaque nosso).

de Entendimento, de uma **proposta preliminar, não vinculativa, de Alternativa da Concessionária para o NAL**” (destaques nossos).

93. Em suma: na sequência de manifestação da Concessionária nesse sentido, as Partes acordaram, então, na tramitação de um processo negocial para eventual implementação de uma Alternativa da Concessionária ao NAL, ao abrigo do disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão – que, recorde-se, pode ser equacionada em qualquer momento, até à celebração dos Contratos do NAL.

Não prevendo a cláusula 42.3. qualquer procedimento a tramitar especificamente para o efeito, as Partes, definiram um procedimento de Alternativa da Concessionária para o NAL (aplicável a esta concreta Alternativa) semelhante, embora não coincidente, ao procedimento do NAL, materializado no Memorando de Entendimento e densificado nos posteriores Acordos Complementares. Em particular, previa-se a apresentação pela Concessionária de um relatório com a sua proposta, que deveria compreender, pelo menos, os elementos previstos na cláusula 45.3. do Contrato de Concessão para o Relatório Inicial (*High Level Assumption Report*), bem como a posterior apresentação de uma candidatura que deveria incluir, pelo menos, os elementos previstos na cláusula 46.^a do Contrato de Concessão para a Candidatura ao NAL, caso o Concedente aceitasse a proposta preliminar apresentada pela Concessionária.

Concluídas as negociações, este procedimento terminaria com a aprovação pelo Concedente da proposta final de Alternativa da Concessionária para o NAL e subsequente outorga e entrada em vigor da modificação objetiva do Contrato negociada.

Sucede que, como se viu, por vicissitudes várias, o processo negocial não avançou além da estabilização formal de aspetos referentes ao investimento e ao modelo económico-financeiro, através da celebração do Acordo Complementar n.º 2. Assim, embora a Concessionária tenha apresentado uma proposta preliminar de Alternativa da Concessionária para o NAL (idêntica ao Relatório Inicial), não chegou a apresentar a proposta final da sua Alternativa.

O processo negocial nunca chegou a ser formalmente concluído, tendo, entretanto, sido ultrapassado o prazo previsto para a sua conclusão. Recorde-se que o Acordo Complementar n.º 1 estabeleceu um prazo inicial para a conclusão da negociação, posteriormente prorrogado pelo Acordo Complementar n.º 2 até 31.10.2019²⁰⁰.

Ultrapassado o prazo fixado para o efeito sem que as Partes tenham logrado acordar nos concretos termos da modificação do Contrato de Concessão, de modo a implementar a Alternativa da Concessionária para o NAL, não poderá deixar de se concluir pela extinção do processo negocial, por caducidade. E, consequentemente, pela **extinção do processo da Alternativa da Concessionária para o NAL, ao abrigo do disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão,**

²⁰⁰ Cfr. cláusula 3.2. do Acordo Complementar n.º 1 e cláusula 5.2. do Acordo Complementar n.º 2.

por referência a uma solução dual, de desenvolvimento da capacidade do AHD e de construção de um novo aeroporto complementar no Montijo.

94. Esta extinção não impacta, no entanto, diretamente a execução do regime constante do capítulo XI, implicando apenas a extinção do processo de negociação desta concreta Alternativa da Concessionária para o NAL.

Na verdade, embora a cláusula 42.3. do Contrato de Concessão não concretize o procedimento a adotar para a Alternativa da Concessionária para o NAL, não prevendo as consequências decorrentes quer da sua frustração, quer da respetiva implementação, determina que as propostas de Alternativa da Concessionária para o NAL consubstanciam propostas de Modificação da Concessionária, pelo que devem seguir o respetivo regime. Ora, o regime da modificação do Contrato, como se verá²⁰¹ e dentro naturalmente das limitações legais, assenta na autonomia das Partes, cabendo-lhes, pois, definir os termos do concreto procedimento que pretendem tramitar, tal como fizeram.

Não se nos afigura, pois, admissível qualquer eventual pretensão de aplicação por analogia do procedimento do NAL ao processo negocial de uma Alternativa da Concessionária para o NAL, e, em especial, do Termo da Opção em caso de frustração das negociações dessa Alternativa. Seja porque, no quadro do Contrato de Concessão, não existe Termo da Opção na Alternativa da Concessionária para o NAL, mas apenas no âmbito do procedimento do NAL. Seja também porque, tal aplicação sempre implicaria atribuir à frustração da negociação de uma Alternativa da Concessionária para o NAL efeitos que as Partes não pretenderam atribuir.

Tratando-se de um processo negocial tendente à modificação do Contrato, independente do procedimento do NAL, a respetiva extinção não impacta pois (diretamente) este procedimento, mantendo as Partes todos os direitos e deveres previstos no capítulo XI relativamente ao procedimento do NAL. Este entendimento encontra, aliás, acolhimento no Acordo Complementar n.º 1, que regula a retoma do procedimento do NAL após a conclusão do processo negocial.

95. Paralelamente ao processo negocial referente à Alternativa da Concessionária para o NAL, foi iniciado um outro procedimento para o desenvolvimento da capacidade aeroportuária da região de Lisboa, o procedimento do NAL, nos seguintes termos:

- Por carta de 13.03.2018, a ANA notificou o Concedente da verificação de um Fator de Desencadeamento, ao abrigo do disposto na cláusula 44.2. do Contrato de Concessão, por referência ao ano de 2017. Notificação essa que espoletou o procedimento do NAL *supra* detalhadamente explanado.
- Nesta sequência, o Concedente notificou a Concessionária, por carta de 11.04.2018, *“nos termos e para os efeitos do disposto na Cláusula 45.1 do Contrato de Concessão [...] pretende[r] que, no prazo contratualmente convencionado, esta elabor[ass]e e*

²⁰¹ Cfr. n.º 6.2. *infra*.

apresent[ass]e um Relatório Inicial (High Level Assumption Report) sobre o desenvolvimento da capacidade aeroportuária para Lisboa, de acordo com as Especificações Mínimas para o NAL, constantes do Anexo 16”.

- Consciente “*da circunstância de [a Concessionária] não ter [...] possibilidade de alocar recursos ao desenvolvimento concomitante da Alternativa da Concessionária ao NAL e do Relatório Inicial de desenvolvimento do NAL, não se pretendendo [...] que [...] [a Concessionária] se [visse] [...] na contingência de ter de sustentar o enfoque e dedicação ao processo negocial em curso*”, o Concedente determinou, por carta de 07.05.2018, a suspensão excecional “*do prazo para apresentação do Relatório Inicial nos termos da Cláusula 45.1 do Contrato de Concessão, desde 11 de abril de 2018 até ao dia 29 [...] de junho, reiniciando-se este prazo se, até essa data, não tiver sido alcançado um acordo entre as partes*”.
- Suspensão essa que foi, inicialmente, prorrogada, por ofício de 09.07.2018, até ao dia 20.07.2018 e, posteriormente, pelo Acordo Complementar n.º 1, desde a sua celebração, em 14.08.2018, até à “conclusão” do processo negocial em curso.

96. Portanto, na sequência da notificação de um Fator de Desencadeamento e, consequentemente, do início do procedimento do NAL, o Concedente comunicou à Concessionária pretender que esta elaborasse o Relatório Inicial de acordo com as Especificações Mínimas para o NAL elencadas no Anexo 16 ao Contrato de Concessão. Comunicação essa que determinou o início da contagem do prazo de 6 meses para a elaboração do Relatório Inicial pela Concessionária²⁰².

Este prazo foi, no entanto, objeto de sucessivas suspensões, que culminaram na cláusula 6.ª do Acordo Complementar n.º 1, de modo a permitir às Partes concentrarem esforços na conclusão favorável do processo negocial da Alternativa da Concessionária para o NAL.

Não tendo as Partes logrado concluir favoravelmente o referido processo negocial, importa averiguar o efeito da frustração dessa negociação agora no procedimento do NAL e, em particular, no prazo para apresentação do Relatório Inicial pela Concessionária.

97. A vigência do Memorando de Entendimento e dos Acordos Complementares parece-nos controversa, considerando que, na cláusula 5.3. do Acordo Complementar n.º 2, se estabelece que “[s]em prejuízo do disposto na Cláusula 6.ª do Acordo Complementar n.º 1, a conclusão do Processo Negocial determina a cessação dos efeitos do presente Acordo, do Acordo Complementar n.º 1 e do MdE”.

Não obstante as diferentes interpretações admitidas pela citada cláusula, quer no sentido de que a conclusão aí referida se reconduz às situações de conclusão do processo negocial elencadas nas cláusulas 6.2. e 6.3. do Acordo Complementar n.º 1, quer no sentido de que a conclusão relevante neste âmbito será a decorrente da economia da cláusula 5.ª do Acordo Complementar

²⁰² Cfr. cláusula 45.3. do Contrato de Concessão.

n.º 2, correspondendo à formalização da Ata Final na sequência da finalização da negociação e da consensualização das minutas de modificação do Contrato²⁰³, certo é que a cláusula 6.ª do Acordo Complementar n.º 1 mantém a sua vigência. Com efeito, a ressalva constante da citada cláusula 5.3. do Acordo Complementar n.º 2 atribui à referida cláusula 6.ª uma vocação de sobrevivência em face de qualquer cessação de efeitos dos instrumentos que regularam o processo negocial da Alternativa da Concessionária para o NAL. Pelo que, independentemente da vigência ou não dos referidos instrumentos, importa analisar, em detalhe, a suspensão prevista na cláusula 6.ª do Acordo Complementar n.º 1.

98. Ora, nos termos do disposto na cláusula 6.ª do Acordo Complementar n.º 1:

- "1. Com a assinatura do presente Acordo e até que o Processo Negocial seja concluído mediante a verificação de alguma das circunstâncias previstas nos números 2 e 3:*
 - a) Suspende-se o prazo para a Concessionária elaborar e apresentar, nos termos da Cláusula 45.3. do Contrato de Concessão, o Relatório Inicial de desenvolvimento do NAL; e*
 - b) O Concedente fica inibido de exercer quaisquer direitos relativos ao desenvolvimento do NAL previstos nas Cláusulas 45 e seguintes do Capítulo XI do Contrato de Concessão.*
- 2. No caso de a negociação entre a Concessionária e a Comissão de Negociação ser concluída favoravelmente e os respetivos instrumentos contratuais de modificação entrarem em vigor, o Processo Negocial dá-se por concluído, sendo aplicável, desse momento em diante, o disposto no Contrato de Concessão alterado pelos referidos instrumentos de modificação.*
- 3. No caso de:*
 - (a) A negociação em curso entre a Concessionária e a Comissão de Negociação não ser concluída favoravelmente nos termos e prazo estabelecidos no n.º 2 da Cláusula 3.ª, considerando, para o efeito, eventuais prorrogações estabelecidas nos termos do n.º 4 da mesma cláusula;*
 - (b) A negociação ser concluída favoravelmente com a assinatura da Ata Final e o relatório da Comissão de Negociação não ser aprovado pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa; ou*
 - (c) Os instrumentos contratuais de modificação do Contrato de Concessão aprovados nos termos legais e assinados pelas Partes, por qualquer razão, não entrarem em vigor;**o Processo Negocial dá-se, em qualquer dos casos, por concluído, cessando a suspensão do prazo e a inibição de direitos estabelecidos o número 1.*
- 4. Em qualquer dos casos referidos no número anterior, o Concedente pode, querendo, dar sequência ao processo previsto nas Cláusulas 45 e seguintes do Contrato de Concessão, contando-se o prazo previsto na Cláusula 45.3 do Contrato de Concessão a partir da data em que tal decisão do Concedente seja notificada à Concessionária."*

²⁰³ Cfr. cláusula 5.1. do Acordo Complementar n.º 2.

Nos termos da citada cláusula, uma vez concluído o processo negocial, a suspensão do prazo para apresentação do Relatório Inicial e da inibição do exercício dos direitos do Concedente referentes ao procedimento do NAL cessariam²⁰⁴. Acrescentando-se que, caso o processo negocial não resultasse na entrada em vigor de uma modificação ao Contrato²⁰⁵, “o Concedente pode[ria], querendo, dar sequência” ao procedimento do NAL, iniciando-se a contagem do prazo para elaboração do Relatório Inicial a partir da data da notificação do Concedente para o efeito²⁰⁶.

Estamos, pois, perante um aparente conflito de regulação entre o disposto nas cláusulas 6.3. e 6.4. do Acordo Complementar n.º 1. Se, por um lado, se prevê a cessação da suspensão do prazo para apresentação do Relatório Inicial, e, consequentemente, a retoma do procedimento do NAL, como consequências necessárias da conclusão do processo negocial sem a entrada em vigor de uma modificação ao Contrato, por outro lado, o prosseguimento do procedimento do NAL, em tal caso, é consagrado como uma mera faculdade do Concedente, dependente de uma sua eventual notificação à Concessionária.

99. Embora a aplicação do disposto nas cláusulas 6.3. ou 6.4. do Acordo Complementar n.º 1 não seja totalmente indiferente, a verdade é que, em termos práticos, estará, em qualquer caso, em causa uma notificação do Concedente à Concessionária, seja no âmbito do regime das Consequências do Incumprimento da Concessionária, seja no exercício da faculdade conferida pela cláusula 6.4. do referido Acordo.

Com efeito, aplicando-se o disposto na cláusula 6.3. do Acordo Complementar n.º 1, concluir-se-ia pela retoma da contagem do prazo para apresentação do Relatório Inicial na sequência do termo do prazo para conclusão do processo negocial. Pelo que, passados 4 anos desde a retoma da contagem do prazo de 6 meses, a Concessionária encontrar-se-ia em incumprimento do dever previsto na cláusula 45.3. do Contrato de Concessão, devendo o Concedente notificá-la para que sane o incumprimento no prazo de 90 dias, sob pena do eventual exercício pelo Concedente do direito de resolução do Contrato²⁰⁷.

Pelo contrário, aplicando-se o disposto na cláusula 6.4. do Acordo Complementar n.º 1, concluir-se-ia que o prazo para apresentação do Relatório Inicial apenas reiniciaria a sua contagem se e quando a Concessionária fosse notificada para o efeito. A Concessionária não se encontraria, portanto, em situação de incumprimento, gozando de um prazo de 6 meses para a elaboração do Relatório Inicial a contar da data da notificação.

100. Neste âmbito, e embora seja possível sustentar que as referidas cláusulas 6.3. e 6.4. do Acordo Complementar n.º 1 não sejam afinal incompatíveis, constituindo a cláusula 6.4. uma concretização do disposto na cláusula 6.3., cremos que a aplicação das regras gerais referentes à interpretação e o princípio da boa-fé apontam invariavelmente no sentido de se considerar que a

²⁰⁴ Cfr. cláusulas 6.1. e 6.3. do Acordo Complementar n.º 1.

²⁰⁵ Nos casos previstos na cláusula 6.3. do Acordo Complementar n.º 1.

²⁰⁶ Cfr. cláusulas 6.3. e 6.4. do Acordo Complementar n.º 1.

²⁰⁷ Cfr. cláusulas 62.5.(a) e 62.5.(b)(i) do Contrato de Concessão.

retoma do prazo para apresentação do Relatório Inicial apenas ocorrerá se e quando o Concedente notificar a Concessionária para o efeito.

Não afastamos, pois, a possibilidade de as cláusulas 6.3. ou 6.4. do Acordo Complementar n.º 1 serem interpretadas no sentido de que a cessação da suspensão do prazo para apresentação do Relatório Inicial e da inibição do exercício pelo Concedente de direitos relativos ao procedimento do NAL determinada pela cláusula 6.3. apenas opera nos termos do disposto na cláusula 6.4., isto é, com a notificação do Concedente à Concessionária.

No entanto, e em qualquer caso, resultando da cláusula 6.4. a evidência de que as Partes pretenderam atribuir ao Concedente a faculdade de retomar o procedimento do NAL se e quando pretender, não se compreenderia e seria, aliás, atentatório do princípio da boa-fé, se o Concedente viesse agora procurar impor o disposto na referida cláusula 6.3., ignorando o que consta do número imediatamente a seguir, sustentando um pretenso incumprimento da Concessionária. Ainda para mais se considerarmos que, tanto quanto é do nosso conhecimento, nos últimos 4 anos, contados desde a frustração do processo negocial, o Concedente nada disse à Concessionária sobre qualquer pretenso incumprimento neste âmbito.

Neste sentido aponta, igualmente, a regra interpretativa referente ao equilíbrio das prestações, nos termos da qual, não sendo claro o sentido a conferir à declaração negocial, deverá prevalecer o sentido que assegure, em maior medida, o equilíbrio entre as prestações das Partes. Sendo inequívoco, parece-nos, que, no presente caso, a interpretação mais equilibrada será aquela segundo a qual deverá o Concedente notificar a Concessionária se e quando pretender que esta apresente um Relatório Inicial, retomando-se, nesse momento, o procedimento do NAL, que se encontra, atualmente, parado, e iniciando-se a contagem do prazo de 6 meses. Esta, julgamos, será a interpretação da cláusula 6.4. mais equilibrada e consentânea com a vontade objetiva das Partes, pelo que julgamos ser a interpretação mais sólida e prudente.

101. Em face do exposto, conclui-se que a retoma do procedimento do NAL se encontra, afinal, na disponibilidade do Concedente. No entanto, não se tendo verificado, ainda, o Termo da Opção – que, recorde-se, apenas se encontra previsto no Contrato de Concessão nas fases de apreciação da Candidatura ao NAL e de Aprovação Final da mesma –, o eventual desenvolvimento do NAL dependerá da prévia retoma na fase do Relatório Inicial e posterior tramitação e conclusão do procedimento do NAL.

6. OUTROS REGIMES CONTRATUAIS RELEVANTES

102. Por fim, clarificada aquela que se entende ser a fase do procedimento do NAL em que as Partes se encontram atualmente, e previamente à ponderação concreta das soluções de expansão equacionadas, importa concluir o enquadramento contratual relevante, analisando os demais regimes que, embora não integrem formalmente o quadro contratual da expansão, regulam as consequências potencialmente decorrentes da conclusão favorável de qualquer um dos procedimentos previstos no Contrato.

Importa, portanto, analisar os regimes contratuais da reposição do equilíbrio económico e financeiro do Contrato de Concessão (**6.1.**), da modificação objetiva do Contrato (**6.2.**) e da cessação (resolução) do mesmo (**6.3.**). Como nota final, será ainda considerada a articulação do Contrato com a exploração dos aeroportos da Região Autónoma da Madeira ("RAM") (**6.4.**).

6.1. Reposição do equilíbrio económico e financeiro do Contrato de Concessão

103. Nos termos do disposto no CCP, “[h]á lugar a reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excecional, no próprio contrato”²⁰⁸. Neste sentido, além do regime da reposição do equilíbrio financeiro do contrato constante dos artigos 282.º e 314.º do CCP, importa, ainda, e em especial, considerar o regime contratualmente estabelecido.

Ora, o Contrato de Concessão regula a reposição do equilíbrio económico e financeiro ou o “Reequilíbrio Económico e Financeiro da Concessão” na respetiva cláusula 25.^a. Nos termos da referida cláusula, e de modo parcialmente coincidente com o que consta do CCP^{209/210}, o direito da Concessionária ao Reequilíbrio depende da verificação dos seguintes pressupostos:

- (i) Verificação, no mesmo Ano da Concessão, de um ou de múltiplos **Evento(s) de Reequilíbrio**, a saber²¹¹:
 - a. “a Concessionária esteja obrigada a implementar uma Modificação do Concedente ou o Concedente aceite uma proposta de Modificação da Concessionária de acordo com o disposto na Cláusula 53”;

²⁰⁸ Cfr. artigo 282.º, n.º 1, do CCP.

²⁰⁹ O artigo 314.º, n.º 1, do CCP, prevê como eventos geradores do direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato a “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias [...] imputável a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante” e a modificação objetiva do contrato por razões de interesse público.

²¹⁰ Como principais diferenças entre o regime legal e contratual destacam-se os seguintes aspetos: (i) a aceitação pelo Concedente de uma Modificação da Concessionária e a violação do direito de exclusivo territorial da Concessionária constituem Eventos de Reequilíbrio, que, constituindo aspetos específicos do Contrato, não encontram equivalente no CCP; (ii) a alteração das circunstâncias apenas confere à concessionária, nos termos do CCP, direito à modificação objetiva do contrato ou a uma compensação calculada de acordo com critérios de equidade – cfr. artigo 314.º, n.º 2, do CCP; (iii) a Alteração Relevante da Lei, tal como definida no Contrato, não abrange todas as situações potencialmente reconduzíveis à alteração prevista no artigo 314.º, n.º 1, alínea a), do CCP, exigindo uma conexão com a Concessão ao restringir-se a alterações legislativas relativas ao ambiente, à saúde e à segurança de pessoas ou a alterações legislativas especificamente aplicáveis à Concessão, à Concessionária e/ou “especificamente relacionada[s] com a prestação de serviços iguais ou similares às Atividades e Serviços Aeroportuários e/ou às Atividades da Concessão ou com a detenção de ações em sociedades cuja atividade principal seja a exploração e manutenção de Aeroportos” – cfr. cláusula 1.^a do Contrato de Concessão.

²¹¹ Cfr. cláusulas 25.1. e 25.2. do Contrato de Concessão.

- b. Uma Alteração das Circunstâncias conforme definida na cláusula 1.^a do Contrato;
 - c. Uma violação do direito de exclusivo territorial da Concessionária consagrado na cláusula 5.5.;
 - d. Uma Alteração Relevante da Lei conforme definida na cláusula 1.^a;
- (ii) Que resulte(m) diretamente na verificação de um dos seguintes **triggers**²¹²:
- a. O “*aumento dos custos operacionais ou [...] [a] perda de receitas da Concessão, durante um período de (12) meses, que exceda o Limite Mínimo para Acionar o Reequilíbrio*”²¹³; ou
 - b. A necessidade de realização de “*um investimento que, em conjunto com o investimento realizado nos últimos três anos em consequência da verificação do mesmo tipo de Evento de Reequilíbrio, exceda o Limite Mínimo para Acionar o Reequilíbrio*”²¹⁴.

A verificação dos pressupostos *supra* elencados gera, então, o direito da Concessionária ao Reequilíbrio, isto é, o direito de a Concessionária ser resposta na “*situação económica e financeira [...] em que se encontrava à data imediatamente anterior [...] [ao início do] Evento de Reequilíbrio*”²¹⁵.

104. Tomando conhecimento da verificação de uma situação suscetível de constituir ou de originar um Evento de Reequilíbrio, deve a Concessionária notificar, de imediato, o Concedente desse facto, e o mais tardar até 30 dias após a respetiva verificação²¹⁶. A Concessionária deverá, ainda, demonstrar ao Concedente “*que se encontra a envidar esforços razoáveis para mitigar os efeitos do Evento de Reequilíbrio*”, sob pena de não poder exercer o correspondente direito²¹⁷.

105. A reposição do equilíbrio financeiro do Contrato poderá materializar-se numa ou várias das seguintes **Modalidades de Reequilíbrio**²¹⁸:

- (a) “*alteração das taxas sujeitas a regulação económica, efetuada nos termos do Anexo 12, na sequência de consulta prévia à Autoridade Reguladora*”;
- (b) “*atribuição de comparticipação ou compensação direta pelo Concedente*”;
- (c) “*prorrogação do Prazo da Concessão*”; ou

²¹² Cfr. cláusula 25.2. do Contrato de Concessão.

²¹³ Nos termos da cláusula 1.^a do Contrato de Concessão, o Limite Mínimo para Acionar o Reequilíbrio corresponde EUR 1 000 000,00 (Indexado), “*no caso de uma Modificação do Concedente que imponha à Concessionária o cumprimento de obrigações adicionais de acordo com o disposto na Cláusula 8.6*” e a EUR 20 000 000,00 (Indexado), nos demais casos.

²¹⁴ EUR 20 000 000,00 (Indexado), com exceção “*de uma Modificação do Concedente que imponha à Concessionária o cumprimento de obrigações adicionais de acordo com o disposto na Cláusula 8.6*”, caso em que será EUR 1 000 000,00 (Indexado) – cfr. cláusula 1.^a do Contrato de Concessão.

²¹⁵ Cfr. cláusula 25.3. do Contrato de Concessão.

²¹⁶ Cfr. cláusula 25.11. do Contrato de Concessão.

²¹⁷ Cfr. cláusula 25.12. do Contrato de Concessão.

²¹⁸ Cfr. cláusula 25.7. do Contrato de Concessão.

(d) “qualquer outra forma que seja acordada entre as Partes”.

Embora se trate, à partida, de um elenco fechado, a verdade é que, na prática, atenta a abertura da citada alínea (d), poderá ser adotada a modalidade que não só se revele a mais adequada em face das concretas circunstâncias do Evento de Reequilíbrio e dos efeitos do mesmo na execução do Contrato, mas, acima de tudo, a modalidade consensualizada entre as Partes.

106. O Reequilíbrio é objeto de negociação entre as Partes, que devem ser concluídas até 90 dias após solicitação da Concessionária para início das negociações²¹⁹. Para este efeito, deverá ser constituída e nomeada uma comissão de negociação, em representação do Concedente²²⁰.

A eventual reposição do equilíbrio financeiro mediante alteração das taxas sujeitas a regulação económica apresenta, no entanto, uma especificidade relevante, por se preverem no Contrato de Concessão negociações Concessionária e a ANAC²²¹. Neste caso, não sendo a negociação concluída favoravelmente no prazo de 30 dias, deve o Concedente optar por uma outra Modalidade de Reequilíbrio de entre aquelas que se encontram elencadas na cláusula 25.7.²²².

O Reequilíbrio acordado entre as Partes será “*único, completo e final*” relativamente ao concreto Evento de Reequilíbrio que o motivou, tal como unanimemente determinado pelo Contrato de Concessão e pelo CCP²²³.

107. Por fim, e de forma inovatória face ao regime legal nesta matéria, o Contrato de Concessão prevê que, revelando-se o Reequilíbrio “*extremamente oneroso*” para o Concedente, poderá o mesmo resolver o Contrato²²⁴. Neste caso, deve o Concedente notificar, por escrito, a Concessionária, com uma antecedência de 30 dias relativamente à resolução²²⁵.

A resolução do Contrato deverá, no entanto, ser acompanhada de uma indemnização, a pagar à Concessionária nos 60 dias posteriores ao Termo da Concessão, calculada nos termos previstos para a Resolução em Caso de Força Maior Prolongado (cláusula 62.6.), nos casos decorrentes de uma Alteração das Circunstâncias, e calculada nos termos previstos para a Resolução por Incumprimento do Concedente (cláusula 62.7.), nos demais casos²²⁶.

²¹⁹ Cfr. cláusula 25.8. do Contrato de Concessão.

²²⁰ Cfr. artigos 21.º, n.º 1, e 22.º, do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

²²¹ Cfr. cláusula 25.9. do Contrato de Concessão. Esta exigência contratual terá, no entanto, de ser compatibilizada com o regime legal e a necessária constituição de uma comissão de negociação, representante do Concedente nas negociações, nos termos do disposto nos artigos 21.º, n.º 1, e 22.º, n.º 3, alínea a), do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio. Esta compatibilização poderá passar, designadamente, pela nomeação de representantes da ANAC para a comissão de negociação ou até pelo envolvimento da ANAC ao longo da negociação, dando o seu aval às negociações e ao resultado final das mesmas.

²²² Cfr. cláusula 25.9. do Contrato de Concessão.

²²³ Cfr. cláusula 25.10. do Contrato de Concessão e artigo 282.º, n.º 4, do CCP.

²²⁴ Cfr. cláusula 25.4. do Contrato de Concessão.

²²⁵ Cfr. cláusula 25.4. do Contrato de Concessão.

²²⁶ Cfr. cláusula 25.5. do Contrato de Concessão.

6.2. Modificação objetiva do Contrato de Concessão

108. À semelhança do que se vem de expor, também o regime da modificação objetiva do Contrato exige a análise conjugada das disposições legais e contratuais aplicáveis.

Embora o Contrato de Concessão dedique o capítulo XII às “*Modificações Objetivas da Concessão*”, o que indicaria uma regulação contratual completa e aprofundada do tema, constata-se que apenas a cláusula 53.^a regula efetivamente a modificação objetiva do Contrato de Concessão. A cláusula 52.^a, que regula o “*Encerramento do Aeroporto da Portela*”, já tivemos oportunidade de o dizer, encontra-se equivocadamente localizada no referido capítulo XII, quando, cremos, seria sistematicamente mais correta a sua inserção no capítulo XI referente ao NAL.

A nossa análise centrar-se-á, portanto, no regime consagrado na cláusula 53.^a do Contrato de Concessão e, bem assim, nos artigos 311.º a 315.º do CCP, partindo da diferenciação central entre dois tipos de modificações objetivas^{227/228}: as modificações por acordo das Partes e as modificações unilaterais.

109. A cláusula 53.1. anuncia, desde logo, que “[q]ualquer das Partes pode requerer, por escrito à outra Parte, uma Modificação”. Em linha, aliás, com o que resulta do artigo 311.º, n.º 1, alínea a), do CCP, segundo o qual: “o contrato pode ser modificado por [...] [a]cordo das partes”²²⁹.

As negociações tendentes à modificação do Contrato podem, portanto, ser iniciadas por qualquer uma das Partes, através da apresentação de requerimento nesse sentido, seguindo-se as negociações para consensualização dos concretos termos da modificação a realizar.

Neste âmbito, o Contrato de Concessão regula apenas a iniciativa da Concessionária, determinando que esta poderá propor modificações objetivas do Contrato, denominadas **Modificações da Concessionária**²³⁰, que o Concedente poderá aceitar ou rejeitar²³¹. Ressalvam-se, no entanto, as modificações decorrentes de uma Alteração da Lei, que poderão ser, de imediato, implementadas pela Concessionária, sem que careçam de autorização do Concedente²³².

Embora o Contrato de Concessão não regule em concreto essa possibilidade, e atenta a redação da citada cláusula 53.1., não se poderá naturalmente afastar, nem em abstrato, nem na prática, a possibilidade de o Concedente apresentar à Concessionária as suas próprias propostas de modificação.

²²⁷ O Contrato de Concessão define Modificação como “uma modificação das Atividades e Serviços Aeroportuários, das Atividades Comerciais, das Obrigações Específicas de Desenvolvimento, ou de outros trabalhos e serviços prestados ao abrigo do presente Contrato de Concessão” – cfr. cláusula 1.^a. Embora, em abstrato, se possam admitir modificações objetivas do Contrato que não consubstanciem uma Modificação nos termos do Contrato de Concessão, tal possibilidade não afeta as conclusões do presente Estudo atenta a escassa regulação contratual da matéria, que conduz a que seja, em grande medida, regulada diretamente pelas disposições do CCP.

²²⁸ Não se ignora que o Contrato poderá ser, ainda, modificado por decisão judicial ou administrativa, nos termos do disposto no artigo 311.º, n.º 1, alínea b), do CCP. No entanto, atento o objeto do presente Estudo, não se aborda esta questão.

²²⁹ Cfr. artigo 311.º, n.º 1, alínea a), do CCP.

²³⁰ Conforme definidas na cláusula 1.^a do Contrato de Concessão.

²³¹ Cfr. cláusula 53.3. do Contrato de Concessão.

²³² Cfr. cláusula 53.3. do Contrato de Concessão.

110. Num outro plano, a modificação objetiva do Contrato de Concessão poderá, ainda, ser imposta pelo Concedente (**Modificação do Concedente**)²³³, no exercício do poder de “*modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público*”, reconhecido no artigo 302.º do CCP.

111. Em regra, a Concessionária encontra-se obrigada a implementar as Modificações do Concedente, imposta no exercício de um poder público, apenas podendo eximir-se de tal obrigação quando a implementação da modificação²³⁴:

- (a) “*afete gravemente a saúde e a segurança de qualquer pessoa*”; ou
- (b) “*tenha como consequência um desvio grave da natureza ou objeto da Concessão*”;
- (c) “*modifique substancialmente a distribuição do risco da Concessão*”; ou
- (d) “*seja impossível do ponto de vista técnico ou em virtude de inexistir tempo suficiente para esse efeito antes da caducidade do presente Contrato de Concessão.*”

A implementação da Modificação do Concedente é, em qualquer caso, acompanhada do correspondente direito da Concessionária à reposição do equilíbrio financeiro do Contrato de Concessão, nos termos *supra* descritos²³⁵.

112. As modificações objetivas não se encontram, no entanto, na total disponibilidade das Partes, encontrando-se sujeitas aos limites previstos no artigo 313.º do CCP.

Estes limites não foram vertidos no Contrato, que prevê como única limitação a que a “*Concessionária não pode contrair Dívida Sénior para financiar a implementação de uma Modificação sem autorização prévia por escrito do Concedente, o qual poderá requerer a informação razoavelmente necessária para esse efeito*”²³⁶.

Ora, nos termos do artigo 313.º, n.º 1, do CCP, as Modificações do Concedente, da Concessionária ou qualquer outra modificação objetiva, não poderão traduzir-se “*na alteração da natureza global do contrato, considerando as prestações principais que constituem o seu objeto*”.

Para além deste limite, as modificações por interesse público não poderão, ainda, “*ter lugar quando implicar uma modificação substancial do contrato ou configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência*”²³⁷, salvo se forem de “*valor inferior aos limiares referidos nos n.os 2, 3 ou 4 do artigo 474.º [do CCP], consoante o caso, e inferior a 10% ou, em contratos de empreitada de obras públicas, a 15% do preço contratual inicial*” ou se decorrerem “*de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, desde que a natureza duradoura*

²³³ Cfr. cláusula 1.ª do Contrato de Concessão.

²³⁴ Cfr. cláusula 53.2. do Contrato de Concessão.

²³⁵ Cfr. cláusula 53.4. do Contrato de Concessão e n.º 6.1. *supra*.

²³⁶ Cfr. cláusula 53.5. do Contrato de Concessão.

²³⁷ Cfr. artigo 313.º, n.º 2, do CCP.

do vínculo contratual e o decurso do tempo as justifique, e desde que o seu valor não ultrapasse 50% do preço contratual inicial”²³⁸.

113. Por fim, note-se que, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, qualquer Modificação do Concedente suscetível de implicar “[u]m *acréscimo dos encargos previstos para o setor público, exceto se o respetivo valor não exceder, em termos anuais, 1 milhão de euros brutos ou em termos acumulados 10 milhões de euros brutos, em valores atualizados*” ou “[u]ma *redução de encargos para o parceiro privado*” deverá ser necessariamente precedida de parecer da UTAP²³⁹.

Uma vez imposta uma Modificação do Concedente, proposta uma Modificação da Concessionária ou requerida uma qualquer modificação ao Contrato de Concessão, deverá ser, à partida, constituída uma comissão de negociação do Contrato, ao abrigo do disposto nos artigos 21.º, n.º 1, e 22.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

6.3. Cessação (resolução) do Contrato de Concessão

114. A conclusão da análise dos demais regimes contratuais não poderia deixar de versar sobre o regime aplicável à cessação do Contrato de Concessão, incluindo não apenas o respetivo procedimento, mas também as consequências daí decorrentes.

115. O Contrato de Concessão prevê, em linha, aliás, com o que resulta do CCP²⁴⁰, duas causas de extinção do Contrato: a caducidade²⁴¹ e a resolução (sancionatória, em Caso de Força Maior Prolongado²⁴², por razões de interesse público e no âmbito do procedimento do NAL).

Como decorre dos capítulos antecedentes, relevante para a conclusão da análise do enquadramento contratual das vias de expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa será o regime da resolução do Contrato de Concessão, convocado que foi, em diversos momentos, na análise até aqui empreendida.

116. O Contrato começa por regular a resolução por incumprimento da Concessionária e do Concedente. Este regime foi já objeto de análise detalhada, pelo que se remete para o que se deixou dito a este propósito no n.º 4.1.1.5..

²³⁸ Cfr. artigo 313.º, n.º 3, alíneas a) e b), do CCP. Note-se que, tratando-se de modificações sucessivas, será relevante o valor acumulado das várias modificações, no primeiro caso, e o valor de cada modificação individualmente considerada, no segundo caso – artigo 313.º, n.º 4, do CCP.

²³⁹ Cfr. artigo 20.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

²⁴⁰ Cfr. artigo 330.º do CCP.

²⁴¹ A extinção do Contrato por mero decurso do prazo encontra-se prevista na cláusula 62.1. do Contrato de Concessão. Atento o objeto do presente Estudo, esta causa de extinção não será aqui analisada. Em qualquer caso, tendo o Contrato de Concessão sido celebrado por um prazo de 50 anos, a respetiva caducidade apenas relevará em 2062 – cfr. cláusula 7.1. do Contrato de Concessão.

²⁴² Regulada na cláusula 62.6. do Contrato de Concessão, mas que não será analisada no presente Estudo, atento o respetivo objeto.

Em qualquer caso, reiteram-se os aspetos mais relevantes deste regime:

- Resolução por Incumprimento da Concessionária:
 - (i) Verificação de um Incumprimento da Concessionária elencado na cláusula 62.4. do Contrato ou de qualquer das situações previstas no artigo 333.º, n.º 1, do CCP;
 - (ii) Notificação pelo Concedente, logo que possível e até 15 dias após tomar conhecimento do Incumprimento, para que a Concessionária sane o Incumprimento verificado, se possível²⁴³;
 - (iii) Direito do Concedente de resolver o Contrato, mediante notificação escrita, em caso de não sanção do Incumprimento nos 90 dias posteriores à notificação²⁴⁴;
 - (iv) Reversão para o Concedente dos Bens afetos à Concessão, de acordo com as cláusulas 67.ª e 68.ª, e pagamento às Instituições Financiadoras de um montante correspondente a 90% *“da Dívida no Termo da Concessão [...] deduzido [...] de qualquer pagamento em dívida, no Termo da Concessão”*²⁴⁵.
- Resolução por Incumprimento do Concedente:
 - (i) Verificação de um Incumprimento do Concedente elencado na cláusula 62.7.(a) do Contrato ou de qualquer das situações previstas no artigo 332.º, n.º 1, do CCP;
 - (ii) Notificação pela Concessionária, logo que possível e até 15 dias após tomar conhecimento do Incumprimento, para que o Concedente sane o Incumprimento verificado, se possível²⁴⁶;
 - (iii) Direito da Concessionária a resolver o Contrato, *“quando tal não implique grave prejuízo para o interesse público, ou caso implique tal prejuízo, quando a manutenção do [...] Contrato de Concessão se revele excessivamente onerosa para a Concessionária”*, em caso de não sanção do Incumprimento nos 15 dias posteriores à notificação²⁴⁷;
 - (iv) Resolução do Contrato por recurso a arbitragem, nos termos do capítulo XV²⁴⁸;

²⁴³ Cfr. cláusula 62.5.(a) do Contrato de Concessão.

²⁴⁴ Cfr. cláusula 62.5.(b)(i) do Contrato de Concessão.

²⁴⁵ Cfr. cláusulas 62.2. e 62.5.(c) do Contrato de Concessão e artigo 423.º, n.º 3, do CCP.

²⁴⁶ Cfr. cláusula 62.7.(d) do Contrato de Concessão.

²⁴⁷ Cfr. cláusulas 62.7.(d) e 62.7.(b) do Contrato de Concessão. Sobre o direito da Concessionária a resolver o Contrato, cfr. n.º 4.1.1.5..

²⁴⁸ Cfr. cláusula 62.7.(c) do Contrato de Concessão e artigo 332.º, n.º 3, do CCP.

- (v) Reversão para o Concedente dos Bens afetos à Concessão, nos termos das cláusulas 67.^a e 68.^a, e pagamento à Concessionária, nos termos das cláusulas 62.8. e 63.^a, de montante correspondente ao somatório das seguintes parcelas²⁴⁹:

"(i) *Dívida no Termo da Concessão;*

(ii) *Responsabilidades perante Entidades Terceiras, salvo as responsabilidades que resultarem dos Contratos celebrados com Entidades Terceiras que devam ser transmitidos para o Concedente nos termos das Cláusulas 62.9 (b) e 64.2; e*

(iii) *o montante que somado (a) aos dividendos (ou outras distribuições de capital) pagos pela Concessionária até ao Termo da Concessão e (b) aos juros pagos e ao capital reembolsado nos termos dos Contratos de Financiamento dos Acionistas até ao Termo da Concessão, tendo em conta a data em que tais pagamentos foram feitos, gera uma taxa interna de rentabilidade real sobre:*

(A) *todos os montantes (excluindo qualquer montante que represente Dívida Sénior) pagos pelos (i) Acionistas Iniciais pela compra das ações da Concessionária e (ii) pela Concessionária a título do Pagamento Inicial,*

acrescido, sem dupla contagem,

(B) *dos montantes disponibilizados ao abrigo dos Contratos de Financiamento dos Acionistas,*

com vista a atingir um valor igual ao Limiar do Valor da TIR dos Capitais Próprios;

- (iv) *deduzido de qualquer pagamento em dívida, no Termo da Concessão, ao abrigo do disposto na Cláusula 6 (Pagamento Inicial) e Cláusula 27 (Partilha de Receitas)".*

117. A resolução sancionatória do Contrato carece, no entanto, da prévia notificação das Instituições Financiadoras, devendo o Concedente notificar o Agente das Instituições Financiadoras da sua intenção de resolução do Contrato com uma antecedência de, pelo menos, 90 dias relativamente à data pretendida²⁵⁰.

Notificadas da intenção do Concedente, as Instituições Financiadoras podem exercer o direito de Step-In que lhes é reconhecido no Anexo 17 (*Modelo de Acordo Directo*)^{251/252}. Este direito poderá ser exercido através da assunção pelas "Instituições Financiadoras, diretamente, através de uma Entidade Controlada ou de uma Terceira Entidade por aquelas indicada" da "posição contratual da Concessionária no Contrato de Concessão, durante um determinado período ("Período de Step-in")"

²⁴⁹ Cfr. cláusulas 62.2. e 62.7.(e) do Contrato de Concessão.

²⁵⁰ Cfr. cláusula 62.3. do Contrato de Concessão, cláusula 2.3. do Anexo 17 ao Contrato de Concessão (*Modelo de Acordo Directo* – que se assume que se encontre válido e em plena produção de efeitos) e artigo 423.º, n.º 2, do CCP. Note-se que, nos termos do disposto na cláusula 62.3. do Contrato de Concessão, apenas se exige a prévia notificação das Instituições Financiadoras nos casos de resolução previstos na cláusula 62.^a (resolução sancionatória e em Caso de Força Maior Prolongado), pelo que esta prévia notificação não será necessária nos demais casos de resolução, nomeadamente nos que se encontram previstos no âmbito do procedimento do NAL.

²⁵¹ Cfr. cláusula 2.4. do Anexo 17 ao Contrato de Concessão (*Modelo de Acordo Directo*) e artigo 322.º, n.ºs 1 e 2, do CCP.

²⁵² O direito de Step-In das Instituições Financiadoras poderá, ainda, ser exercido nos casos em que se verifique uma "situação que, nos termos dos Contratos de Financiamento, confira às Instituições Financiadoras o direito de declararem o vencimento antecipado dos seus créditos sobre a Concessionária e de executarem as garantias prestadas pela mesma" - cfr. cláusula 2.1. do Anexo 17.

ou através da “transmissão para as Instituições Financiadoras, diretamente, através de uma Entidade Controlada ou de uma Terceira Entidade por aquelas indicada, das ações representativas da totalidade do capital social da Concessionária, incluindo dos respetivos direitos de voto”²⁵³. O exercício deste direito através de uma Entidade Controlada ou de uma Terceira Entidade depende, no entanto, da prévia aprovação pelo Concedente, no sentido de confirmar “que a entidade em causa dispõe de capacidades técnicas e recursos financeiros suficientes para o bom e pontual cumprimento do Contrato de Concessão ou, conforme aplicável, de que tem capacidade para ser acionista da Concessionária”²⁵⁴.

Exercido o Direito de Step-In, “[a]s Instituições Financiadoras, a Entidade Controlada ou a Terceira Entidade, conforme aplicável, obrigam-se a sanar qualquer incumprimento do Contrato de Concessão, ou a diligenciar no sentido de obter a sanção de qualquer incumprimento do Contrato de Concessão, que se verifique na data de exercício do direito de Step-In (Data de Exercício do Direito de Step-In), por um período razoável fixado pelo Concedente, bem como a pagar ao Concedente qualquer montante ou multa devidos, no prazo de dez (10) dias úteis a contar da Data de Exercício do Direito de Step-In”²⁵⁵.

118. Todavia, e como se viu, a resolução sancionatória não constitui o único caso de resolução contratual e legalmente previsto. Com efeito, o Concedente poderá, ainda, resolver o Contrato por razões de interesse público através do resgate da Concessão.

Nos termos do disposto no artigo 422.º, n.º 1, do CCP, o “concedente pode resgatar a concessão, por razões de interesse público, **após o decurso do prazo fixado no contrato** ou, na sua falta, decorrido um terço do prazo de vigência do contrato” (destaque nosso).

Neste sentido, determina a cláusula 64.1. do Contrato de Concessão que o “Concedente pode resgatar a Concessão de acordo com a Lei aplicável, quando motivos de interesse público o justifiquem e **desde que transcorridos vinte e cinco (25) anos sobre a Data da Assinatura**, mediante comunicação escrita à Concessionária com, pelo menos, seis (6) meses de antecedência” (destaque nosso).

Assim, e independentemente da eventual verificação de motivos de interesse público, tendo o Contrato de Concessão sido assinado em 14.12.2012, o resgate da Concessão apenas poderá ser equacionado a partir de 2037, não configurando uma opção ao dispor do Concedente para efeitos da expansão da capacidade aeroportuária.

119. Resolvido o Contrato, independentemente do respetivo fundamento, o Concedente poderá, querendo, assumir as posições contratuais detidas pela Concessionária em determinados Contratos Celebrados com Entidades Terceiras²⁵⁶. A Concessionária manter-se-á, no entanto,

²⁵³ Cfr. cláusula 2.1. do Anexo 17 ao Contrato de Concessão (Modelo de Acordo Directo) e artigo 322.º, n.º 3, do CCP.

²⁵⁴ Cfr. cláusula 2.1. do Anexo 17 ao Contrato de Concessão (Modelo de Acordo Directo).

²⁵⁵ Cfr. cláusula 2.2. do Anexo 17 ao Contrato de Concessão (Modelo de Acordo Directo).

²⁵⁶ Cfr. cláusula 62.9.(b) do Contrato de Concessão. Os Contratos celebrados com Entidades Terceiras correspondem aos “contratos (com exceção dos Contratos de Financiamento) celebrados entre a Concessionária e Entidades Terceiras (com

“responsável pelas obrigações e deveres assumidos anteriormente à data da cessão da posição contratual, devendo, em consequência, indemnizar o Concedente por quaisquer custos, perdas ou responsabilidades anteriores a essa data”²⁵⁷.

120. Por fim, importa abordar a possibilidade de “resolução parcial” do Contrato de Concessão, designadamente através da exclusão do AHD do objeto do Contrato. Tratar-se-ia, portanto, de um instituto próximo da redução do negócio jurídico, que permitiria evitar que a impossibilidade de implementação de uma solução para a expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa, no quadro do Contrato, provocasse a resolução e a perda da concessão de serviço público aeroportuário “em bloco” pela ANA.

O Contrato de Concessão não consagra expressamente esta possibilidade de resolução parcial do Contrato, nem, aliás, o nosso ordenamento jurídico. Com efeito, nos termos do Contrato de Concessão, como, aliás, nos termos do CCP, a resolução constitui uma causa de extinção do Contrato, implicando, portanto, a extinção “[d]as relações contratuais existentes entre as Partes”²⁵⁸. Vemos, portanto, com alguma dificuldade a resolução meramente parcial do Contrato, solução que seria unilateral.

Em qualquer caso, julgamos que os efeitos pretendidos com a invocação de uma eventual “resolução parcial” podem e devem ser obtidos através da aplicação de uma outra figura expressamente prevista no Contrato e no CCP: a modificação objetiva do Contrato.

Com efeito, e sem prejuízo do necessário respeito pelos limites à modificação do Contrato (desde logo, a necessidade de preservação do objeto), podem as Partes acordar na redução do âmbito da Concessão e acomodar, na medida do adequado, o âmbito remanescente e a regulação contratual do mesmo.

6.4. Articulação com a exploração dos aeroportos da Região Autónoma da Madeira

121. Antes ainda de encerrarmos a nossa análise, uma nota final quanto à questão de saber se poderá alguma vicissitude que venha porventura a ocorrer na execução do Contrato de Concessão impactar, a montante, no contrato de concessão de serviço público aeroportuário nos aeroportos situados na RAM (“Contrato de Concessão RAM”²⁵⁹). Isto tendo em conta que estas infraestruturas aeroportuárias integram, também, a rede aeroportuária da ANA e que, no plano contratual, pese embora existam dois contratos (dois títulos formais autónomos), deles decorre uma disciplina materialmente muito semelhante, executada pelas mesmas partes e durante o mesmo prazo.

exceção das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo com a Concessionária) que [...] se relacionem exclusivamente com o exercício das Atividades da Concessão; e [que] [...] sejam celebrados em condições comerciais equitativas (arms' length)” – cfr. cláusula 1.ª do Contrato de Concessão.

²⁵⁷ Cfr. cláusula 62.9.(b) do Contrato de Concessão.

²⁵⁸ Cfr. cláusula 62.2. do Contrato de Concessão.

²⁵⁹ Disponível em www.utap.gov.pt, cuja versão, muito embora não esteja assinada (mas meramente rubricada) pelas partes, se assume como encontrando-se inalterada e a produzir plenamente os seus efeitos.

Mas vejamos como e em que termos.

122. Até 2012, a exploração dos aeroportos da Madeira estava a cargo da ANAM – Aeroportos e Navegação Aérea da Madeira, S.A. (“ANAM”), entidade empresarial cujo capital social estava dividido entre RAM (20%) e Estado Português (10% diretamente e 70% através da ANA), ao abrigo de um contrato de concessão outorgado pela primeira²⁶⁰.

Para se chegar ao atual enquadramento – de identidade de partes e de harmonização de regimes contratuais –, foram necessárias, então, uma série de modificações subjetivas e objetivas a esse contrato, que tiveram lugar numa fase em que o Estado Português era, ainda, o detentor do capital social da ANA, mas em que o processo de privatização se encontrava já em estado avançado, com seleção do adquirente, pese embora não tivesse sido ainda efetivada a transmissão. Como pano de fundo desta reorganização, encontrava-se ainda, pois, o contexto de emergência financeira que então se vivia e no qual se enquadrava o objetivo da privatização da ANA e da gestão das infraestruturas aeroportuárias nacionais.

123. Importa enunciar, então, de forma breve, a evolução do Contrato de Concessão RAM até à sua configuração atual:

- Através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2013, de 14 de junho, foi autorizada a celebração de um acordo quadro entre o Estado Português e a RAM, conducente à integração dos aeroportos situados na RAM na rede aeroportuária nacional, no qual se regulasse um conjunto de operações jurídicas, com destaque para:
 - A alienação à ANA da participação social detida pela RAM na ANAM;
 - A cessão da utilização, gestão e exploração dos bens do domínio público aeroportuário da RAM, pelo período de 50 anos, e a cessão da posição contratual da RAM ao Estado Português; e
 - O pagamento de uma contrapartida pelos direitos cedidos no montante de EUR 80 000 000,00.

Este acordo quadro veio a ser assinado em 24.06.2013.

- Ao nível regional, foi, então, aprovado o processo de alienação das ações detidas pela RAM na ANAM, pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 11/2013/M, de 15 julho;
- E, ainda, através do Decreto Legislativo Regional n.º 25-A/2013/M, de 26 de julho, foi aprovado o regime da utilização, gestão e exploração dos bens do domínio público regional aeroportuário e os termos da revisão do Contrato de Concessão RAM. Neste diploma, ficou o Estado Português, uma vez concedente do Contrato de Concessão RAM, autorizado não só a *“proceder a alterações [...] por forma que este passe a ser materialmente idêntico ao contrato de concessão ANA”*, mas também a *“extinguir o*

²⁶⁰ Autorizado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 8/92/M, de 21 de abril, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 7-A/2000/M, de 15 de março, e pelo Decreto Legislativo Regional n.º 4/2010/M, de 19 de abril.

contrato de concessão ANAM, a qualquer momento, desde que mediante a integração do seu objeto na concessão ANA, passando a existir apenas esta última”.

- Nesta sequência, o Decreto-Lei n.º 108/2013, de 31 de julho, veio alterar o Decreto-Lei n.º 254/2012, de 28 de novembro, para integrar os aeroportos da Madeira na rede aeroportuária gerida pela ANA e potencialmente no objeto da Concessão da ANA que, nos termos do artigo 5.º, n.º 6, deste diploma (então aditado) *“pode ser ampliado no sentido de incluir os aeroportos situados na Região Autónoma da Madeira, atualmente geridos pela ANAM, S.A., mediante alteração do contrato de concessão”.*
- Finalmente²⁶¹, foi celebrado o Contrato de Concessão RAM alterado, entre o Estado Português e a ANAM, S.A., a 10.09.2013, na sequência de contrato administrativo celebrado entre a RAM e o Estado Português a 6 de setembro anterior, no qual as partes acordaram os novos termos deste contrato e a posição contratual de concedente foi cedida.
- Já depois da transmissão efetiva do capital social da ANA para o Grupo Vinci, terá ainda ocorrido uma operação de fusão por incorporação da ANAM na ANA, tendo esta sucedido na posição jurídica daquela como concessionária no Contrato de Concessão RAM desde outubro de 2014²⁶².

124. Em suma, fruto de todas estas modificações, operou-se uma verdadeira convergência objetiva e subjetiva entre os dois contratos, resultante: (i) da substituição do concedente originário pelo Estado Português; (ii) da substituição (por sucessão²⁶³) da concessionária originária pela ANA; e (iii) da modificação objetiva do Contrato de Concessão RAM de forma a harmonizá-lo e a torná-lo materialmente equivalente ao Contrato de Concessão da ANA.

Constata-se, assim, que, a ANA é hoje concessionária de dois contratos de concessão de serviço público aeroportuário que, muito embora tenham as mesmas partes e um regime contratual muito similar, se mantêm dois títulos jurídicos formalmente distintos e autónomos. E, sendo certo que se prevê na lei²⁶⁴ a possibilidade de estes contratos virem a ser alterados no sentido de incluir os aeroportos da Madeira no Contrato de Concessão, tal nunca veio a suceder.

125. Assim sendo, não haverá, à partida, interpenetração entre a execução dos Contratos de Concessão RAM e da ANA, enquanto títulos, em abstrato, independentes, pelo que a regra deverá ser a de que não deverão as vicissitudes da execução do Contrato de Concessão impactar ou repercutir-se na relação contratual referente aos aeroportos da RAM, salvo na medida em que o Contrato de Concessão RAM disponha em sentido diferente.

²⁶¹ E depois de outorgado contrato administrativo entre a RAM e o Estado Português, no dia 6.09.2013.

²⁶² Cfr., por todos, Relatório de Gestão e Contas da ANA (2019), disponível em https://www.ana.pt/sites/default/files/documents/rgc_2019_0.pdf.

²⁶³ Na verdade, esta hipótese foi considerada desde o início, tendo ficado previsto no próprio Contrato de Concessão RAM que a ANAM ficava, desde logo, autorizada *“a proceder a uma fusão por incorporação com a Acionista Inicial, nos termos da qual esta será a sucessora legal e universal do seu património e de todas as suas posições jurídicas”* – cfr. cláusula 43.4..

²⁶⁴ Cfr. artigo 5.º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 254/2012.

126. E, de facto, em termos de articulação da respetiva vigência, o Contrato de Concessão RAM prevê efetivamente alguma interdependência com o Contrato de Concessão da ANA, contemplando o que aí se designa de “*extinção consequencial*”.

Com efeito, prevê-se expressamente na sua cláusula 50.8. a regra de que “*a cessação, por qualquer motivo, do Contrato de Concessão ANA implica a extinção do*” Contrato de Concessão RAM nos mesmos termos, aplicando-se as cláusulas do Contrato de Concessão ANA, em função do fundamento que estiver na origem da extinção²⁶⁵.

Ainda assim, este efeito extintivo derivado (“*consequencial*”) pode não se verificar caso o Concedente, “*mediante uma comunicação escrita à Concessionária e desde que as Partes alcancem um acordo para a manutenção do presente Contrato de Concessão no prazo de três (3) meses a contar da data da indicada comunicação*”²⁶⁶.

127. Esta interdependência verificar-se-ia, ainda, no regime do reequilíbrio económico e financeiro do contrato, prevendo a respetiva cláusula 25.2. que a concessionária apenas terá direito ao reequilíbrio do contrato quando a verificação dos *triggers* elencados na cláusula 25.3. resultar diretamente de um ou de vários eventos de reequilíbrio nos termos da cláusula 25.1. ou de “*um ou vários Eventos de Reequilíbrio, juntamente com um ou vários eventos de reequilíbrio previstos no Contrato de Concessão ANA*”²⁶⁷.

No entanto, atenta a redação da citada cláusula, parece-nos que a mera verificação de um evento de reequilíbrio nos termos do Contrato de Concessão ANA não será suscetível de impactar a execução do Contrato de Concessão RAM, conferindo à concessionária direito à reposição do equilíbrio económico e financeiro do contrato, uma vez que se exige um impacto específico na concessão RAM (ainda que esse impacto possa ser acompanhado de um impacto no Contrato de Concessão ANA).

128. Será, então, apenas neste quadro que os regimes contratuais comunicarão entre si, não se antevendo repercussões (do ponto de vista jurídico e não operacional, naturalmente) em cenários que não comprometam a vigência do Contrato de Concessão da ANA.

²⁶⁵ Cfr. cláusula 50.8.(a) do Contrato de Concessão RAM.

²⁶⁶ Cfr. cláusula 50.8.(b) do Contrato de Concessão RAM.

²⁶⁷ Cfr. cláusula 25.2.(iii) do Contrato de Concessão RAM.

7. CONCLUSÕES FINAIS EM FACE DAS SOLUÇÕES DE EXPANSÃO CONSIDERADAS

À luz dos elementos carreados para o presente Estudo e do sentido e alcance que retiramos das disposições relevantes do Contrato de Concessão, tal como se vem de expor, extraímos, em síntese, as seguintes conclusões acerca do tratamento contratual da expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa, aqui confrontadas e concretizadas em função de cada solução considerada:

- 1.^a** O Contrato de Concessão, nos vários e complexos regimes aqui convocados, longe de primar pela clareza e coerência desejáveis, suscita desafios de interpretação e de aplicação assinaláveis, que obrigam a uma descodificação hermenêutica minuciosa com vista a, ultrapassando a equivocidade do clausulado, apurar o sentido contratual relevante.
- 2.^a** Apenas poderão ser desenvolvidas, fora do quadro do Contrato de Concessão e sem necessidade de articulação ou negociação prévia com a ANA, novas infraestruturas aeroportuárias que se venham a situar para lá do raio de 75 km do AHD.
- 3.^a** Dentro desse perímetro, o Contrato de Concessão apenas admite, na presente fase, o desenvolvimento de novas infraestruturas enquadradas como NAL ou uma Alternativa da Concessionária para o NAL, que, nos termos contratualmente definidos, devem situar-se na área ou zona de Lisboa (e nunca fora do raio de 75 km do AHD) e ser, em primeira linha, negociadas com a ANA, que detém uma posição dificilmente contornável nos termos do Contrato, enquanto titular de um direito de “primeira opção”.
- 4.^a** Só assim deixará de ser depois de verificado o Termo da Opção, nos termos contratualmente previstos – que exigem que se avance no procedimento do NAL até (i) a Concessionária reconhecer e justificar a sua incapacidade de rever a Candidatura ao NAL para efeitos de Aprovação Provisória; ou de, (ii) havendo Aprovação Provisória, se ultrapassar o prazo de Aprovação Final –, ou, no limite, depois de se verificar incumprimento grave, não sanado, de deveres das Partes nesse procedimento que justifique a resolução do Contrato de Concessão.

- 5.^a** Verificado o Termo da Opção e podendo o Concedente avançar para a Alternativa do Concedente para o NAL (também ela dentro do raio de 75 km), para além da resolução do Contrato de Concessão, abre-se a oportunidade de negociação entre as Partes sobre a sua eventual modificação, em termos suficientemente amplos para que possam aí ser acomodadas soluções duais ou unitárias, pela Concessionária ou por terceiros, prevendo-se a possibilidade de ajustar o âmbito do Contrato na medida do necessário.
- 6.^a** Não se atingiu ainda, no entanto, essa fase de desenvolvimento do procedimento contratual do NAL, nem cremos que tenha havido qualquer outro momento que pudesse permitir a equiparação de efeitos à verificação do Termo da Opção e que pudesse, assim, abrir as portas à implementação da Alternativa do Concedente para o NAL, nos termos e para os efeitos da cláusula 51.^a do Contrato de Concessão.
- 7.^a** Em rigor, os procedimentos contratuais que estarão atualmente ao dispor são: (i) a Alternativa da Concessionária para o NAL, a iniciar em qualquer momento, ao abrigo do disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão; (ii) a retoma pelo Concedente do procedimento do NAL, que se encontra suspenso na fase do Relatório Inicial; ou, ainda, (iii) a apresentação de uma Alternativa da Concessionária no contexto e depois de retomado o procedimento do NAL.
- 8.^a** Nesse quadro, as soluções unitárias serão as que terão maior cabimento no procedimento do NAL – que deve ser perspectivado, no Contrato de Concessão, como um *novo e único aeroporto*, localizado na área ou zona de Lisboa e substitutivo do AHD –, enquanto a Alternativa da Concessionária para o NAL terá uma maior vocação para acomodar soluções duais, não substitutivas.

9.^a Em suma, concretizando as principais diretrizes do Contrato de Concessão no que respeita às soluções *unitárias* consideradas, por um lado:

A.1. Solução unitária com um novo aeroporto (substituto do AHD) situado dentro do raio de 75 km do AHD²⁶⁸:

- Esta solução integra-se, ainda, no perímetro do exclusivo da Concessionária, pelo que a sua implementação deverá começar por se enquadrar nos procedimentos do Contrato de Concessão. Em concreto, uma infraestrutura deste tipo subsume-se no conceito contratual de NAL, pelo que a respetiva implementação deverá passar, antes de mais, pela retoma desse procedimento.
- Para o efeito, o Concedente deverá notificar a Concessionária, ao abrigo do disposto na cláusula 6.4. do Acordo Complementar n.º 1, para apresentar o Relatório Inicial (com base nas especificações do Anexo 16 ou outras que entenda indicar), com reinício da contagem do prazo de 6 meses.
- Muito embora caiba à Concessionária, neste âmbito, propor a localização do NAL, não vemos razão que obste a que o Concedente faça a sua proposta e suscite a sua adoção pela Concessionária. Nem vemos, aliás, por que não haveria incentivo por parte da ANA para o fazer, preservado que fosse (como seria) o seu direito de primeira opção.
- No decurso do prazo de elaboração do Relatório Inicial, a ANA pode vir a apresentar, adicionalmente, especificações alternativas para o NAL, cabendo ao Concedente indicar sobre quais deverá assentar a sua Candidatura ao NAL.
- Só deverá ser equacionado o desenvolvimento desta solução por terceiros, (i) caso se verifique o Termo da Opção (por incapacidade declarada da Concessionária para rever a sua Candidatura ou por decurso do prazo da respetiva Aprovação Final), ou, no limite, (ii) depois de se verificar incumprimento grave, não sanado, de deveres das Partes no procedimento que justifiquem a resolução do Contrato de Concessão.
- A violação do exclusivo da Concessionária – permitindo a um terceiro o desenvolvimento de um aeroporto dentro do referido raio antes do Termo da Opção – obriga o Concedente à reposição do equilíbrio financeiro do Contrato de Concessão ou, caso venha a resolvê-lo, por excessiva onerosidade dessa reposição, ao pagamento de uma compensação equivalente à que seria devida em caso de Incumprimento do Contrato pelo Concedente.
- Caso tal viesse a ocorrer, e porque se trataria de um aeroporto substitutivo, teriam ainda de ser acordados com a ANA os termos do encerramento do AHD e o

²⁶⁸ A.1.i. (novo aeroporto no Montijo) e A.1.ii. (novo aeroporto no Campo de Tiro de Alcochete).

correspondente ajustamento do Contrato de Concessão, o que seria enquadrado como uma Modificação do Concedente passível, também e nos mesmos termos, de fundamentar o direito da Concessionária ao Reequilíbrio – aqui, cremos, com maior probabilidade de se revelar um exercício excessivamente oneroso para o Concedente ao ponto de se equacionar, antes, a resolução com pagamento de uma compensação equivalente à que seria devida em caso de Incumprimento do Contrato pelo Concedente.

A.2. Solução unitária com um novo aeroporto (substituto do AHD) situado fora do raio de 75 km do AHD²⁶⁹:

- O Contrato de Concessão não prejudica o desenvolvimento de novas infraestruturas aeroportuárias, fora do quadro da Concessão e por terceiros (ou pela própria ANA), sem necessidade de articulação ou negociação prévia com a Concessionária, desde que as mesmas se situem para lá do raio de 75 km de cada aeroporto situado em Portugal Continental.
- A intervenção do Estado na sua implementação, fosse autorizativa de um projeto de iniciativa privada, fosse de concedente de uma nova infraestrutura pública, não deveria implicar, por si só, responsabilidade contratual do Estado, que não incumpria, ao fazê-lo, qualquer obrigação sua do Contrato de Concessão.
- Não vemos também que devesse ter a Concessionária direito ao Reequilíbrio por força do desenvolvimento da nova infraestrutura, mesmo no caso da adoção de diplomas legais para o efeito (que não deveriam considerar-se uma Alteração Específica da Lei por não ser especificamente aplicável à Concessão ou à Concessionária).
- Não obstante, tratando-se de um aeroporto substitutivo, teriam ainda de ser acordados, a montante, com a ANA os termos do encerramento do AHD e o correspondente ajustamento do Contrato de Concessão, o que seria, isso sim, enquadrado como uma Modificação do Concedente (ou da lei, consoante o caso) passível de fundamentar o direito da Concessionária ao Reequilíbrio e, caso o mesmo se revelasse excessivamente oneroso para o Concedente, a resolução do Contrato com pagamento de uma compensação equivalente à que seria devida em caso de Incumprimento do Contrato pelo Concedente.

²⁶⁹ A.2.1. (novo aeroporto em Santarém) e A.2.ii. (novo aeroporto em Vendas Novas).

10.^a E, por outro lado, concretizando as principais diretrizes do Contrato de Concessão no que respeita às soluções *duais* consideradas:

B.1. Solução **dual** com o AHD como aeroporto principal e novo aeroporto complementar situado **dentro do raio de 75 km** do AHD²⁷⁰:

- Esta solução integra-se, ainda, no perímetro do exclusivo da Concessionária, pelo que a sua implementação deverá começar por se enquadrar nos procedimentos do Contrato de Concessão. Em particular, este tipo de solução dual integra-se e adequa-se melhor ao formato da Alternativa da Concessionária para o NAL.
- Muito embora se trate de um procedimento da iniciativa da Concessionária, não vemos razão que obste a que seja o Concedente a suscitar a exploração dessa Alternativa e a localização preferencial. Nem vemos, aliás, por que não haveria incentivo por parte da ANA para o fazer, preservado que fosse (como seria) o seu direito de primeira opção.
- Sendo possível que esta Alternativa seja espoletada no contexto do procedimento do NAL, tal poderá ser desnecessário, pelo tempo que envolve, sendo mais eficiente manter a atual suspensão desse procedimento, enquadrando uma nova (ainda que repetida) Alternativa da Concessionária no disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão.
- Deverá notar-se, no entanto, que a frustração da negociação da Modificação da Concessionária associada à sua Alternativa não gera a verificação do Termo da Opção, mantendo o exclusivo da ANA temporalmente intacto. Não havendo perspectiva de entendimento negocial quanto à Alternativa, poderá, então, vir a ser preferível retomar o procedimento do NAL e uma solução unitária, com a hipótese de, não havendo Aprovação Final, vir o Concedente a avançar com a sua própria Alternativa.
- Só então deverá ser equacionado o desenvolvimento desta solução por terceiros, concretamente: (i) caso se verifique o Termo da Opção (por incapacidade declarada da Concessionária para rever a sua Candidatura ou por decurso do prazo da respetiva Aprovação Final), ou, no limite, (ii) depois de se verificar incumprimento grave, não sanado, de deveres das Partes no procedimento que justifiquem a resolução do Contrato de Concessão.
- A violação do exclusivo da Concessionária – permitindo a um terceiro o desenvolvimento de um aeroporto dentro do referido raio antes do Termo da Opção – obriga o Concedente à reposição do equilíbrio financeiro do Contrato de Concessão ou, caso venha a resolvê-lo, por excessiva onerosidade dessa

²⁷⁰ B.1.i. (AHD principal e novo aeroporto complementar no Montijo).

reposição, ao pagamento de uma compensação equivalente à que seria devida em caso de Incumprimento do Contrato pelo Concedente.

- Caso tal viesse a ocorrer e se pretendesse uma operação complementar e integrada, seria especialmente relevante regular essa articulação entre os dois gestores aeroportuários. Neste cenário, admitimos que se pudessem suscitar também Modificações do Concedente ao Contrato de Concessão passíveis de gerar o direito da Concessionária à reposição do equilíbrio financeiro, agora com esse fundamento, de alteração da operação do AHD.

B.2. Solução **dual com novo aeroporto principal situado **dentro do raio de 75 km** do AHD e AHD como complementar²⁷¹:**

- Esta solução integra-se, ainda, no perímetro do exclusivo da Concessionária, pelo que a sua implementação deverá começar por se enquadrar nos procedimentos do Contrato de Concessão. Em particular, este tipo de solução dual integra-se e adequa-se melhor ao formato da Alternativa da Concessionária para o NAL.
- Muito embora se trate de um procedimento da iniciativa da Concessionária, não vemos razão que obste a que seja o Concedente a suscitar a exploração dessa Alternativa e a localização preferencial. Nem vemos, aliás, por que não haveria incentivo por parte da ANA para o fazer, preservado que fosse (como seria) o seu direito de primeira opção.
- Sendo possível que esta Alternativa seja espoletada no contexto do procedimento do NAL, tal poderá ser desnecessário, pelo tempo que envolve, sendo mais eficiente manter a atual suspensão desse procedimento, enquadrando uma nova Alternativa da Concessionária no disposto na cláusula 42.3. do Contrato de Concessão.
- Deverá notar-se, no entanto, que a frustração da negociação da Modificação da Concessionária associada à sua Alternativa não gera a verificação do Termo da Opção, mantendo o exclusivo da ANA temporalmente intacto. Não havendo perspectiva de entendimento negocial quanto à Alternativa, poderá, então, vir a ser preferível retomar o procedimento do NAL e uma solução unitária, com a hipótese de, não havendo Aprovação Final, vir o Concedente a avançar com a sua própria Alternativa.
- Só então deverá ser equacionado o desenvolvimento desta solução por terceiros, concretamente: (i) caso se verifique o Termo da Opção (por incapacidade declarada da Concessionária para rever a sua Candidatura ou por decurso do prazo da respetiva Aprovação Final), ou, no limite, (ii) depois de se verificar

²⁷¹ B.2.1. (novo aeroporto principal no Montijo e AHD complementar) e B.2.ii. (novo aeroporto principal no Campo de Tiro de Alcochete e AHD complementar).

incumprimento grave, não sanado, de deveres das Partes no procedimento que justifiquem a resolução do Contrato de Concessão.

- A violação do exclusivo da Concessionária – permitindo a um terceiro o desenvolvimento de um aeroporto dentro do referido raio antes do Termo da Opção – obriga o Concedente à reposição do equilíbrio financeiro do Contrato de Concessão ou, caso venha a resolvê-lo, por excessiva onerosidade dessa reposição, ao pagamento de uma compensação equivalente à que seria devida em caso de Incumprimento do Contrato pelo Concedente.
- Caso tal viesse a ocorrer e se pretendesse uma operação complementar e integrada, seria especialmente relevante regular essa articulação entre os dois gestores aeroportuários. Neste cenário, admitimos que se pudessem suscitar também Modificações do Concedente ao Contrato de Concessão passíveis de gerar o direito da Concessionária à reposição do equilíbrio financeiro, agora com esse fundamento, de alteração da operação do AHD.

B.3. Solução dual com o AHD como aeroporto principal e com um novo aeroporto complementar situado fora do raio de 75 km do AHD²⁷²:

- Esta solução tem a particularidade de associar um aeroporto gerido pela ANA ao abrigo do Contrato de Concessão com uma nova infraestrutura gerida fora do âmbito desse Contrato, o que não se consegue através de um procedimento contratual, precisamente porque extravasa o Contrato.
- O Contrato de Concessão, já se sabe, não prejudica o desenvolvimento de uma tal nova infraestrutura aeroportuária, fora do quadro da Concessão e por terceiros (ou pela própria ANA), sem necessidade de articulação ou negociação prévia com a Concessionária, situada que esteja para lá do raio de 75 km do AHD.
- A intervenção do Estado na sua implementação, fosse autorizativa de um projeto de iniciativa privada, fosse de concedente de uma nova infraestrutura pública, não deveria implicar, por si só, responsabilidade contratual do Estado, que não incumpre, ao fazê-lo, qualquer obrigação sua nos termos do Contrato de Concessão.
- Não vemos também que devesse ter a Concessionária direito ao Reequilíbrio por força do desenvolvimento da nova infraestrutura complementar, mesmo no caso da adoção de diplomas legais para o efeito (que não deveriam considerar-se uma Alteração Específica da Lei por não ser especificamente aplicável à Concessão ou à Concessionária).

²⁷² B.3.i. (AHD principal e novo aeroporto complementar em Santarém) e B.3.ii. (AHD principal e novo aeroporto complementar em Vendas Novas).

- No entanto, caso se pretendesse uma operação complementar e integrada, seria especialmente relevante regular essa articulação entre os dois gestores aeroportuários. Neste cenário, admitimos que se pudessem suscitar Modificações do Concedente ao Contrato de Concessão passíveis de gerar o direito da Concessionária à reposição do equilíbrio financeiro com fundamento na alteração da operação do AHD.

11.^a Por fim, importa reter que, num cenário disruptivo, a regra é a de que a resolução do Contrato de Concessão deverá fazer cessar integralmente os efeitos, não só da relação jurídica que titula a gestão da rede aeroportuária de Portugal Continental e Açores, mas também, a montante, o Contrato de Concessão RAM, que prevê a hipótese de extinção derivada ou consequential.

Lisboa, 27 de outubro de 2023.

Esta é, salvo melhor, a opinião de



MARIA ZAGALLO
Advogada



CATARINA PAULINO ALVES
Advogada

ANEXO

DOCUMENTAÇÃO ANALISADA

1.	Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut, datado de 25.10.2012, para a VINCI, com o assunto: <i>"Standard procedure for licensing of airports"</i> .
2.	Contrato de Concessão de Serviço Público Aeroportuário nos Aeroportos Situados em Portugal Continental e na Região Autónoma dos Açores celebrado entre o Estado Português e a ANA, em 14.12.2012.
3.	Contrato de Concessão de Serviço Público Aeroportuário nos Aeroportos Situados na Região Autónoma da Madeira celebrado entre o Estado Português e a ANAM S.A. em 10.09.2013.
4.	Memorando de Entendimento celebrado entre o Estado Português e a ANA, em 15.02.2017.
5.	Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut para Carlos Lacerda, datado de 28.07.2017, com o assunto: <i>"Análise obrigações e riscos para ANA S.A. no contexto do NAL"</i> .
6.	Carta remetida pela ANA, datada de 31.10.2017, dirigida ao Ministro das Finanças e ao Ministro do Planeamento e das Infraestruturas, com o assunto <i>"Projeto de Expansão da Capacidade Aeroportuária de Lisboa: Aeroporto Humberto Delgado + Montijo. Carta de Intenções"</i> , e proposta técnica, financeira e jurídica preliminar, não vinculativa, da ANA para a solução aeroportuária para a região de Lisboa, remetida em anexo.
7.	Carta remetida pela ANA, com a referência n.º 652221, datada de 13.03.2018, dirigida ao Ministro do Planeamento e Infraestruturas, com conhecimento do Ministro das Finanças, com o assunto: <i>"Estudo Anual de Capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias e Informação de Fatores de Desencadeamento"</i> , e o Estudo Anual de Avaliação da Capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias do Aeroporto Humberto Delgado – Lisboa relativo ao ano de 2017, remetido em anexo.
8.	Carta remetida pelo Concedente, com a referência n.º 854/2018, datada de 11.04.2018, dirigida ao Presidente da Comissão Executiva da ANA, com o assunto: <i>"Estudo Anual de Capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias e Informação de Fator de Desencadeamento"</i> .
9.	Ofício remetido pelo Chefe de Gabinete do Secretário de Estado das Infraestruturas, com a referência n.º 856/2018, datado de 11.04.2018, dirigido à Chefe de Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e das Finanças, com o assunto: <i>"Estudo Anual de Capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias e Informação de Fator de Desencadeamento"</i> .
10.	Ofício remetido pelo Chefe de Gabinete do Secretário de Estado das Infraestruturas, com a referência n.º 1032/2018, datado de 07.05.2018, dirigido ao Presidente da ANA e à Chefe de Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e das Finanças, com o assunto: <i>"Estudo Anual de Capacidade das Infraestruturas Aeroportuárias e Informação de Fator de Desencadeamento"</i> .
11.	Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut, datado de 04.07.2018, para a VINCI, com o assunto: <i>"Standard procedure for licensing of airports"</i> .
12.	Mensagem de correio eletrónico remetida por Mónica Carneiro Pacheco, da CMS Rui Pena & Arnaut, para Thierry Ligonnière, da ANA, e José Luís Arnaut, da CMS Rui Pena & Arnaut, em 24.07.2018, sob o assunto: <i>"Sumário executivo da análise feita [RPNA.BMFO]"</i> .
13.	Acordo Complementar n.º 1 ao Memorando de Entendimento de 15.02.2017, celebrado entre o Estado Português e a ANA, em 14.08.2018.
14.	Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut, datado de 30.10.2018, para a ANA, com o assunto: <i>"Strategic Environmental Assessment – several issues related to the Montijo Project"</i> .
15.	Acordo Complementar n.º 2 ao Memorando de Entendimento de 15.02.2017, celebrado entre o Estado Português e a ANA, em 08.01.2019.

DOCUMENTAÇÃO ANALISADA

16. Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut, datado de 29.01.2019, para a ANA, com o assunto: *"Strategic Environmental Assessment"*.
17. Parecer elaborado por Paulo Otero, datado de 21.04.2020.
18. Parecer elaborado por Vital Moreira, datado de 10.07.2020, para a CMS Rui Pena & Arnaut, em representação da ANA.
19. Mensagem de correio eletrónico remetida por Raphael Pourny e José Luís Arnaut, ambos da CMS Rui Pena & Arnaut, para Thierry Ligonnière, da ANA, em 29.09.2020, sob o assunto *"Contrato de Concessão ANA – Suspensão das Obrigações Específicas de Desenvolvimento (Anexo 9) e necessidade de novo acordo complementar [RPNA.vkph]"*.
20. Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut para a ANA, datado de 04.12.2020, com o assunto: *"PROJETO AHD + MONTIJO – Trigger"*.
21. Carta remetida pela ANA, com a referência n.º 720283, datada de 29.01.2021, dirigida ao Ministro das Infraestruturas e da Habitação, ao Ministro das Finanças, com o assunto *"Contrato de Concessão de Serviço Público Aeroportuário nos Aeroportos situados em Portugal Continental e nos Aeroportos dos Açores"*.
22. Nota à Comunicação Social elaborada pelo Gabinete do Ministro das Infraestruturas e da Habitação, datada de 06.03.2021.
23. Carta remetida pela ANA, com a referência n.º 723576, datada de 12.04.2021, dirigida ao Ministro de Estado e das Finanças e ao Ministro das Infraestruturas e da Habitação, com o assunto: *"Caducidade do Processo Negocial relativo ao Aeroporto do Montijo | Processo de expansão da capacidade aeroportuária na região de Lisboa"*
24. Carta remetida pela ANA, com a referência 732278, datada de 17.11.2021, dirigida ao Ministro das Infraestruturas e da Habitação e ao Ministro de Estado e das Finanças, com o assunto *"Concessão do Serviço Público Aeroportuário nos aeroportos nacionais. Solução aeroportuária para a região de Lisboa. Recuperação dos encargos incorridos"*.
25. Carta remetida pela ANA, com a referência n.º 740072, datada de 25.05.2022, dirigida à Presidente do Conselho de Administração da ANAC, com o assunto *"Contrato de Concessão do Serviço Público Aeroportuário – obrigações específicas de desenvolvimento (OED) – relatório de cumprimento das OED em 2021"*.
26. Reportagem jornalística elaborada Filipe Alves e publicada no Jornal Económico em 15.07.2022, com o título: *"ANA pode avançar com aeroporto em Alcochete no âmbito da atual concessão?"*.
27. Reportagem jornalística elaborada Filipe Alves e publicada no Jornal Económico em 15.07.2022, com o título: *"Novo aeroporto em Alcochete sem concurso seria "duvidoso"?"*.
28. Mensagens de correio eletrónico trocadas entre Francisco J. Sebastian, Head of Legal Affairs da ANA, e Mónica Carneiro Pacheco e Duarte Lebre de Freitas, ambos da CMS Rui Pena & Arnaut, entre 25.07.2022 e 16.08.2022, sob o assunto: *"Contrato de Concessão – Alcochete"*.
29. Nota jurídica elaborada pela CMS Portugal, datada de 23.09.2022.
30. Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut, datado de 28.09.2022, para a ANA, com o assunto: *"Development of new airport in mainland Portugal"*.
31. Carta remetida pela ANA, com a referência n.º 745182, datada de 30.09.2022, dirigida ao Ministro das Infraestruturas e da Habitação, ao Ministro das Finanças e à Presidente do Conselho de Administração da ANAC, com o assunto *"Concessões aeroportuárias – obrigações específicas de desenvolvimento – Aeroporto Humberto Delgado"*, e documento anexo (listagem-proposta de projetos, sob o título *"Obrigações específicas de desenvolvimento"*).

DOCUMENTAÇÃO ANALISADA

- | | |
|-----|--|
| 32. | Parecer elaborado por Fernanda Paula Oliveira e Dulce Margarida de Jesus Lopes, para a ANA, datado de 26.10.2022. |
| 33. | Parecer elaborado por Miguel Assis Raimundo, datado de 31.10.2022, para a ANA, com o título: <i>"Da relação entre Avaliação Ambiental Estratégica e Avaliação de Impacto Ambiental – o caso do Aeroporto de Lisboa"</i> . |
| 34. | Mensagem de correio eletrónico remetida por Francisco J. Sebastian, Head of Legal Affairs da ANA, para Mónica Carneiro Pacheco e Duarte Lebre de Freitas, ambos da CMS Rui Pena & Arnaut, em 12.01.2023, sob o assunto: "concessão – NAL –". |
| 35. | Mensagem de correio eletrónico remetida por Mónica Carneiro Pacheco, da CMS Rui Pena & Arnaut, para Francisco J. Sebastian, Head of Legal Affairs da ANA, em 12.01.2023, sob o assunto: "concessão – NAL – [CMS-DOCS.FID692569]". |
| 36. | Mensagem de correio eletrónico remetida por Francisco J. Sebastian, Head of Legal Affairs da ANA, para José Luís Arnaut, da CMS Rui Pena & Arnaut, Thierry Ligonnière, da ANA e Raphael Pourny, da ANA, em 13.01.2023, sob o assunto: "Contrato de Concessão – NAL – Montijo". |
| 37. | Sumário Executivo elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut, datado de 26.01.2023, para a ANA, com o assunto: "Remediation rights of the Grantor – Executive Summary". |
| 38. | Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut, datado de 26.01.2023, para a ANA, com o assunto: "Remediation rights of the Grantor". |
| 39. | Memorando elaborado pela CMS Rui Pena & Arnaut, datado de 26.01.2023, para a ANA, com o assunto: "Anaysis of possible invocation by the Portuguese State of change of circumstances in the ANA Concession Agreement". |
| 40. | Parecer jurídico elaborado pela Sérvulo & Associados, datado de 27.02.2023, com o título: <i>"Da admissibilidade jurídica da construção e exploração de um aeroporto por iniciativa privada e das potenciais consequências da autorização estadual dessas atividades"</i> . |
| 41. | <i>Legal Note</i> elaborada pela CMS Rui Pena & Arnaut, datada de 23.09.2023. |
| 42. | Resposta elaborada pela CMS Rui Pena & Arnaut ao requerimento apresentado pelo Ministério Público, dirigida ao Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, no âmbito do Processo n.º 262/20.7BEALM. |
| 43. | Minuta de acordo para a prorrogação do prazo estabelecido na cláusula 3.2 do Memorando de Entendimento, a ser dirigida ao Ministro das Infraestruturas e Habitação e ao Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais, com o assunto: <i>"Processo Negocial relativo ao Aeroporto do Montijo – Prorrogação do Prazo"</i> . |
| 44. | Minuta de Memorando de Entendimento a ser celebrado entre o Estado Português e a ANA. |
| 45. | Nota elaborada pela CMS Rui Pena & Arnaut, com o título <i>"Necessidade de Avaliação Ambiental Estratégica no contexto do Projecto do Aeroporto do Montijo"</i> . |

Esclarecimento sobre a transição (*phase out*) do AHD¹

Na sequência do pedido de esclarecimento que nos foi dirigido pela Senhora Coordenadora do Pacote de Trabalho 6, em 05.11.2023, relativamente à transição (*phase out*) do AHD para a nova solução de expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa, cumpre esclarecer que o Contrato de Concessão não é omisso nem ignora que a adoção de uma solução para o aumento da capacidade aeroportuária de Lisboa, seja ela dual ou unitária, exige a articulação da exploração do novo aeroporto, principal ou complementar, com a exploração do AHD.

Vejamos como e em que termos.

1. Da expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa no quadro do Contrato de Concessão

Recorde-se que o Contrato de Concessão apenas regula soluções de expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa que operem no seu âmbito, **dentro** do exclusivo territorial atribuído à ANA delimitado por um raio de 75 km do AHD².

E, dentro do referido raio, o ponto de partida do Contrato é o de que as vias contratuais de expansão **envolvem a, e são desenvolvidas pela, Concessionária**, seja no contexto do NAL³, seja no contexto de uma Alternativa da Concessionária para o NAL⁴.

Só assim não será se for desencadeada a **Alternativa do Concedente para o NAL⁵**, o que só poderá suceder depois de verificado o Termo da Opção (que ainda não ocorreu). Apenas e só neste caso, o Contrato de Concessão admite uma solução de expansão dentro do referido raio que envolva a atribuição do desenvolvimento a terceiros.

Tendo isto presente, identifiquemos, então, o enquadramento contratual da transição da operação do AHD em cada uma destas hipóteses.

¹ Salvo se do contexto claramente resultar sentido diverso, os termos iniciados neste documento por letra maiúscula têm o sentido que lhes é atribuído no nosso Estudo Jurídico de 27.10.2023.

² Cfr. cláusula 5.5.(a) do Contrato de Concessão.

³ Definido na cláusula 1.ª do Contrato de Concessão e regulado no respetivo capítulo XI.

⁴ Definida na cláusula 1.ª do Contrato de Concessão e regulada nas respetivas cláusulas 42.3. e 45.5.(b).

⁵ Definida na cláusula 1.ª do Contrato de Concessão e regulada na respetiva cláusula 51.ª.

1.1. Das vias contratuais de expansão que envolvem a Concessionária

No quadro do Contrato de Concessão, o NAL é assumido como uma solução substitutiva do AHD, pelo que a sua adoção implicará a construção de um novo e único aeroporto e, consequentemente, o encerramento do AHD e a transferência da respetiva operação para o NAL. Motivo pelo qual o Contrato de Concessão regula, nas respetivas cláusulas 49.^a e 52.^a, a exploração do AHD até ao início da exploração do NAL⁶, o encerramento do AHD⁷ e a transferência das infraestruturas aeroportuárias do AHD para o Estado, nos termos do Plano de Transferência da Portela⁸.

Já a Alternativa da Concessionária para o NAL tem vocação para acomodar soluções duais, que não implicarão o encerramento do AHD, mas apenas a transferência de parte da respetiva operação para um novo aeroporto, principal ou complementar, a construir. Nesta hipótese, o Contrato de Concessão nada diz quanto ao encerramento do AHD, nem a transferência das respetivas infraestruturas aeroportuárias para o Estado, uma vez que o mesmo se manterá, em alguma medida, em operação. Mas também não regula os exatos termos em que essa operação será afetada, transitória ou definitivamente, o que se percebe, já que tal dependerá, desde logo, de um modelo concreto de complementaridade, não antecipável em abstrato. Mas importa não esquecer que, constituindo a Alternativa da Concessionária para o NAL uma Modificação da Concessionária⁹, sempre será a sua implementação negociada entre as Partes. Negociação essa que compreenderá, necessariamente, a consensualização da transferência de parte da operação do AHD para o novo aeroporto e um modelo de transição.

Em ambos os casos (NAL e Alternativa da Concessionária para o NAL), tratar-se-á sempre (tal como o Contrato o prevê) de uma transição entre infraestruturas aeroportuárias exploradas pela mesma entidade: a Concessionária. Bem se compreende, portanto, que o Contrato de Concessão não tenha de ser definitivo ou exaustivo a este propósito, deixando (sobretudo no caso da Alternativa) para um momento posterior, de maior definição e atualidade, a concretização entre as partes do melhor modelo de transição.

⁶ Cfr. cláusula 52.1. do Contrato de Concessão.

⁷ Cfr. cláusula 52.^a do Contrato de Concessão.

⁸ Cfr. cláusula 49.(b) e 52.3.(b) do Contrato de Concessão.

⁹ Cfr. cláusulas 42.3. e 45.5.(b) do Contrato de Concessão.

1.2. Da via contratual de expansão que pode envolver terceiros

O Contrato de Concessão prevê, ainda, a possibilidade de a expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa envolver terceiros, que não a Concessionária. Tal só poderá ocorrer, já se sabe, depois de verificado o Termo da Opção, com vista à implementação da Alternativa do Concedente para o NAL¹⁰, que poderá constituir uma solução dual ou unitária.

A implementação da Alternativa do Concedente para o NAL poderá implicar a modificação do Contrato de Concessão¹¹, caso em que a transição será consensualizada com a ANA no quadro da negociação dessa modificação.

Mas poderá também conduzir à resolução do Contrato de Concessão pelo Concedente ou, em caso de frustração das negociações tendentes à modificação¹², por qualquer das Partes. Caso tal venha a suceder, o período de transição do AHD encontra-se assegurado no Contrato de Concessão ao exigir-se que a resolução não produza efeitos antes do início da operação aérea comercial da Alternativa do Concedente para o NAL e do encerramento da operação aérea comercial do AHD ou do início da exploração da Concessão aeroportuária por uma nova concessionária, prevendo-se, no entanto, a possibilidade de o Concedente antecipar a produção de tais efeitos¹³.

2. Da expansão da capacidade aeroportuária de Lisboa fora do quadro do Contrato de Concessão

Diferentemente, o desenvolvimento de uma nova infraestrutura aeroportuária para lá do raio de 75 km do AHD não se encontra abrangida pela regulação do Contrato de Concessão, escapando ao exclusivo territorial de que a ANA é titular.

No entanto, caso a solução de expansão que venha a ser adotada pelo Concedente se dirija também à operação do AHD, implicando a sua alteração ou cessação, a mesma implicará, então, uma modificação do Contrato de Concessão, aplicando-se, agora sim, o regime contratual e legalmente previsto para o efeito.

Concretamente, tratando-se de um aeroporto substitutivo, teriam de ser acordados com a ANA os termos do encerramento do AHD e o correspondente ajustamento do Contrato de Concessão, o que seria enquadrado como uma Modificação do Concedente (ou da lei, consoante o caso) passível de fundamentar o direito da Concessionária ao Reequilíbrio e, caso o mesmo se revelasse excessivamente oneroso para o Concedente, a resolução do Contrato com pagamento de uma compensação equivalente à que seria devida em caso de Incumprimento do Contrato pelo Concedente.

¹⁰ Cfr. cláusula 51.1. do Contrato de Concessão.

¹¹ Cfr. cláusula 51.3. do Contrato de Concessão.

¹² Cfr. cláusulas 51.1. e 51.4. do Contrato de Concessão.

¹³ Cfr. cláusula 51.4. do Contrato de Concessão.

Estas implicações seriam semelhantes, *mutatis mutandis*, caso se pretendesse implementar uma solução dual com uma operação complementar e integrada entre os dois gestores aeroportuários (a ANA e o que desenvolvesse o novo aeroporto), em que a exploração do AHD tal como configurada no Contrato tivesse de ser alterada.

Lisboa, 10 de novembro de 2023.