



Centrais hidroelétricas de Alqueva e Pedrogão

Auditoria ao Contrato de Concessão

Volume II - Contraditório







VOLUME II



AUDITORIA AO CONTRATO DE CONCESSÃO
DAS CENTRAIS HIDROELÉTRICAS
DE ALQUEVA E PEDROGÃO

FEVEREIRO 2016



Ficha Técnica

EQUIPA DE AUDITORIA

Maria José Brochado
João Rodrigues

APOIO Jurídico

Maria Cristina Bento

COORDENAÇÃO GERAL

Maria Gabriela Ramos
(Auditora Coordenador do DA IX) (*)

António Garcia
(Auditor Coordenador do DA IX) **

Maria Conceição Botelho
(Auditora Chefe do DA IX) **

Maria José Brochado
(Equiparada a Auditora Chefe)

* até agosto de 2014)

** a partir de agosto de 2014

CONCEPÇÃO, ARRANJO GRÁFICO E TRATAMENTO DE TEXTO

Ana Salina

*Este Relatório de Auditoria está
disponível no sítio do Tribunal de Contas
www.tcontas.pt*

*Para mais informações sobre o Tribunal
de Contas contacte:*

TRIBUNAL DE CONTAS
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 LISBOA

Tel: 00 351 21 794 51 00
Fax: 00 351 21 793 60 33
Linha Azul: 00 351 21 793 60 08/9
Email: geral@tcontas.pt





COMPOSIÇÃO DO PLENÁRIO DA 2.ª SECÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE APROVOU ESTE RELATÓRIO

Relator:

Conselheiro José Manuel Monteiro da Silva

Adjuntos:

Conselheiro João Manuel Macedo Ferreira Dias

Conselheiro António Manuel Fonseca da Silva

ESTRUTURA GERAL DO RELATÓRIO

VOLUME I

Sumário Executivo; Corpo do Relatório; Vista ao Ministério Público, Recomendação Final, Destinatários, Publicidade e Emolumentos; Anexos.

VOLUME II

Respostas ao contraditório.







IV RESPOSTAS AO CONTRADITÓRIO

1. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo Gabinete do Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia;
2. Resposta remetida, em sede de contraditório, pela Direção-geral do Tesouro e Finanças (DGTF);
3. Resposta remetida, em sede de contraditório, pela Direção-geral do Orçamento (DGO);
4. Resposta remetida, em sede de contraditório, pela Direção-geral de Energia e Geologia (DGEG);
5. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo Presidente da Autoridade da Concorrência;
6. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo Presidente do CA da EDIA, S.A.;
7. Resposta remetida, em sede de contraditório, pela EDP, S.A. através de advogados devidamente mandatados;
8. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo CA da REN, SGPS, S.A.;





1. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo Gabinete do Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia





MAOTE - Of. N.:543
Data:09-02-2015
19.06.02.



GOVERNO DE
PORTUGAL

MINISTÉRIO DO AMBIENTE,
ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E ENERGIA

À Mesa IX,
1. Assesou e recebeu.
2. Incluiu no âmbito
respectivo.
lx. 13.02.2015
J.

Exmo. Senhor
Juiz Conselheiro
Prof. Doutor José Manuel Monteiro da Silva
Tribunal de Contas
Av. Barbosa do Bocage, 61
1069-045 Lisboa

Assunto: **Relato da auditoria à concessão da exploração das centrais hidroeléctricas de Alqueva e Pedrogão. Exercício do contraditório.**

Encarrega-me o Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia de, em resposta à notificação de V. Exa., recebida em 5 de janeiro de 2015, relativa ao processo n.º 1/2013 – DA IX, prestar os seguintes esclarecimentos quanto ao procedimento de atribuição da garantia de potência, na modalidade de incentivo ao investimento, à EDP – Gestão de Produção de Energia, S.A. (EDP):

- i. Conforme informação facultada pela Direção-Geral de Energia e Geologia, através do ofício DGEG/2015 3/GA/CM/2015, de 23 de janeiro, dirigido a V. Exa., e para a qual, desde já, se remete, a Direção Regional do Ambiente e Recursos Naturais do Alentejo atribuiu à Empresa de Desenvolvimento e Infraestruturas do Alqueva, S.A. (EDIA), em 4 de setembro de 1995, o alvará de licença n.º 15/95-DAS/DUDH, válido por 7 anos, relativo à utilização do domínio público para construção de infraestrutura hidráulica do aproveitamento hidroelétrico (doravante “AH”) do Alqueva, na sequência da emissão de declaração de impacte ambiental favorável condicionada;
- ii. A licença provisória de produção de energia elétrica foi emitida pelo diretor-geral de Energia em 29 de novembro de 1995, tendo como pressupostos os factos constantes do ponto *iii*) do referido ofício da DGEG;
- iii. A redação dada pelo Decreto-Lei n.º 335/2001, de 24 de dezembro, ao n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32/95, de 11 de março, que constituiu a EDIA, passa a dispor que a exploração da componente elétrica será objeto de contratualização com a CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade;

BGTC 9 2 15 2418

Gabinete do Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia
Rua de “O Século”, 51 - 1200-433 Lisboa, PORTUGAL
TEL + 351 21 323 15 00 EMAIL gabinete.ministro@maote.gov.pt www.portugal.gov.pt



GOVERNO DE
PORTUGALMINISTÉRIO DO AMBIENTE,
ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E ENERGIA

- iv.* As licenças de exploração dos grupos 2 e 1 do AH Alqueva foram atribuídas à EDIA em 29 de março e 2 de julho de 2004, respetivamente;
- v.* As bases da concessão de gestão, exploração e utilização do domínio público hídrico do empreendimento de fins múltiplos de Alqueva (EFMA) foram aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro;
- vi.* As referidas bases referem que a concessão abrange a exploração da componente hidroelétrica, a qual pode ser efetuada pela EDIA, diretamente ou por intermédio de outra sociedade à qual seja cedida a exploração e subconcessionada a utilização do domínio público hídrico, no respeito pelos direitos adquiridos ao abrigo da legislação anterior, designadamente pelo artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 335/2001, de 24 de dezembro;
- vii.* O mesmo diploma autoriza ainda a cessão de exploração das centrais hidroelétricas integradas no EFMA;
- viii.* O contrato de concessão que titula a utilização dos recursos hídricos para captação de água para produção de energia elétrica foi celebrado entre o Estado e a EDIA em 17 de outubro de 2007, prevendo-se o pagamento de uma compensação financeira no montante de €195 000 000,00 (cento e noventa e cinco milhões de euros);
- ix.* A licença de produção, título que autoriza o início dos trabalhos de implementação do centro electroprodutor e independente do contrato de concessão para utilização de recursos hídricos, foi atribuída pela Direção-Geral de Energia e Geologia (DGEG) à EDIA na mesma data;
- x.* Em 18 de outubro de 2007, a EDIA requereu à DGEG, através de carta com data de 16 de outubro, a transmissão da licença de produção relativa ao AH do Alqueva, bem como da licença de exploração relativa ao AH de Pedrógão, por 35 anos, à EDP, invocando o disposto no Decreto-Lei n.º 313/2007, no contrato de concessão, nos direitos já atribuídos a terceiros e no acordo alcançado para a subconcessão e cessão de exploração;
- xi.* Em 24 de outubro de 2007, a EDIA celebrou com a EDP um contrato de cessão de exploração dos AH do Alqueva e de Pedrógão e de subconcessão do domínio público hídrico, no qual se lê que a EDIA transmite, sujeita a obtenção de autorização da DGEG, a licença de produção para o AH do Alqueva e a licença de exploração para o AH de Pedrógão;



GOVERNO DE
PORTUGAL

MINISTÉRIO DO AMBIENTE,
ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E ENERGIA

- xii. A EDIA recebeu da EDP €195 000 000,00 (cento e noventa e cinco milhões de euros) a título de compensação financeira e recebe, anualmente, da mesma empresa, €12 670 000,00 (doze milhões, seiscentos e setenta mil euros);
- xiii. Através de despacho da DGEG de 24 de outubro de 2007, são emitidas as licenças de produção e exploração a favor da EDP;
- xiv. Após a publicação da Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, a EDIA requereu à DGEG, em 8 de outubro de 2010, o reconhecimento ao direito ao incentivo ao investimento, relativo ao AH do Alqueva, pelo período de 1 de janeiro de 2011 a 1 de julho de 2017 e pelo valor de €4 800 000,00 (quatro milhões, oitocentos mil euros) por ano;
- xv. Este pedido é indeferido em 13 de janeiro de 2011, em virtude da transmissão, para a EDP, dos títulos acima identificados;
- xvi. Em 1 de abril de 2011, é deferido pedido semelhante, desta vez formulado pela EDP, fixando-se a remuneração anual de €20 000,00/MW para a mesma potência total de 240MW e para o mesmo período;
- xvii. Em 25 de fevereiro de 2011, a EDIA interpõe recurso hierárquico da decisão de indeferimento do pedido de reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento da garantia de potência, o qual foi indeferido, por se entender que a EDIA não preenchia os requisitos legais, nomeadamente os exigidos relativamente à titularidade do centro electroprodutor, que havia sido transmitida;
- xviii. Inconformada, a EDIA interpôs ação administrativa especial contra o então Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento;
- xix. A DGEG autorizou as transmissões das licenças em exercício de poderes previstos na lei, nomeadamente ao abrigo do disposto no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, na redação então em vigor, que determina que aquelas estão sujeitas a autorização da entidade licenciadora na sequência de pedido do titular, podendo ser concedida desde que observados os requisitos legais da sua atribuição;
- xx. Não se exige, portanto, neste caso, a promoção de procedimento concursal;



GOVERNO DE
PORTUGALMINISTÉRIO DO AMBIENTE,
ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO E ENERGIA

- xxvi. Já no que respeita à atribuição da garantia de potência, na modalidade de incentivo ao investimento, prevê a Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, que aquele é devido ao *respetivo titular pela colocação à disposição do operador do sistema de determinada potência instalada a partir do momento em que o centro electroprodutor inicia o seu funcionamento industrial (cfr. artigo 9.º)*, devendo aquele juntar cópia da licença de exploração aquando da apresentação do seu pedido;
- xxvii. A EDIA não estava, à data do pedido de atribuição do referido incentivo, em condições de cumprir estes requisitos, visto que, com a subconcessão, cessão de exploração e transmissão das licenças a favor da EDP, não podia assegurar a disponibilização da potência instalada do Alqueva, por ser esta a entidade exploradora do AH;
- xxviii. Neste contexto, conclui-se pela legalidade da atribuição da garantia de potência, na modalidade de incentivo ao investimento: a transmissão de licenças pode ser autorizada nos termos da lei, carecendo de pedido do respetivo titular, decisão da DGEG e correspondente averbamento ao título em causa. No que respeita à atribuição do incentivo, verifica-se que só os titulares dos centros electroprodutores podem dele beneficiar, sendo que a EIDA, tendo deixado de o ser em outubro de 2007, não estava habilitada, em 2010, para solicitar a sua atribuição;
- xxix. Finalmente, e à semelhança da posição assumida pela DGEG nos esclarecimentos prestados a V. Exa., rejeita-se o argumento de que a EDP não terá investido no AH, na medida em que as contrapartidas financeiras foram suportadas por esta, e não pela EDIA.

Permanecemos à disposição para qualquer questão adicional.

Com os melhores cumprimentos,

A Chefe do Gabinete

Patrícia Olmo Pincarilho

/PC/LF



2. Resposta remetida, em sede de contraditório, pela DGTF





MINISTÉRIO DAS FINANÇAS
Direção-Geral do Tesouro e Finanças

000388 15 JAN '15

A Mo IX
1. Anexar e receber
2. Incluir no dossiê
refe. l. 10.01.2015 #

Exmo. Senhor
Prof. Doutor José Manuel Monteiro da Silva
M.I. Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas
Av. Barbosa do Bocage, nº 61
1060-045 LISBOA

S/Ref: Processo nº 01/2013 -DA IX
Data: 31.12.2014 Saída nº 18712

N/Ref: DGTF/GACSE
Data: 15.01.2015

Assunto: Relato da Auditoria à Concessão da exploração das Centrais Hidroelétricas
de Alqueva e de Pedrogão.
Exercício do contraditório.

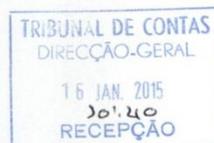
Relativamente ao assunto identificado em epígrafe, e no seguimento da notificação enviada por V. Exa., a
Direção-Geral do Tesouro e Finanças, vem por este meio comunicar que, não existem quaisquer
observações ao conteúdo do relato enviado por V.Exa., realizado no âmbito da auditoria supramencionada.

Com os melhores cumprimentos.

DIRETORA-GERAL


Elsa Roncon Santos

DGTC 16 1 '15 802



Indica-se que na resposta seja indicada a referência deste documento e nº de processo





3. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo DGO





DGOrcamento

GABINETE DA DIRETORA-GERAL

-1' Area 1x

1. Acesso = recepção
2. Incluído no âmbito respectivo.

V/Ref. :Of.980

Data V/Ref. : 22 Jan. 15

Lx. 13.2.2015
JF.

Exmo. Senhor

Prof. Doutor José Manuel Monteiro da Silva

Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas

Av. Barbosa du Bocage, 61

1069-45 LISBOA

N.º Proc : P 1025/2015

Data Emissor : 29 Jan. 15

ASSUNTO: Relato de Auditoria à Concessão da Exploração das Centrais Hidroelétricas de Alqueva e Pedrogão – Exercício do contraditório

No que respeita ao pedido formulado por esse Digníssimo Tribunal, através do ofício em referência e sobre o assunto identificado em epígrafe, informa-se que esta Direção – Geral não tem comentários a observar sobre o documento apresentado.

Com os melhores cumprimentos.

A Diretora-Geral

Manuela Proença

/PQ

DGTC 12 2 15 2695





4. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo DGEG





MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA



Direção Geral
de Energia e Geologia

23.JAN2015 000536

1
A Mesa IX
1. Assumir e receber
2. Ter de vir ao Comité
respectivo.
lx. 29.01.2015
d.

Exmo. Senhor
Juiz Conselheiro
Prof. Doutor José Manuel Monteiro da Silva
Tribunal de Contas
Av. Barbosa do Bocage, 61
1069 - 045 LISBOA

Sua referência:

Sua comunicação:

Nossa referência:

Processo n.º 1/2013 - DA IX

18713 de 31/12/2014

DGEG/2015
3/GA/CM/2015

ASSUNTO: Relato da Auditoria à Concessão da exploração das Centrais Hidroelétricas de Alqueva e Pedrogão - pronúncia da DGEG.

Em resposta ao solicitado pelo ofício de V. Exa acima referenciado, relativamente ao processo proc.º n.º 1/2013 - DA IX, a DGEG vem apresentar a sua pronúncia e ao mesmo tempo enviar os elementos de informação sobre os pagamentos realizados à EDP-P, pelos serviços da garantia de potência da central hidroelétrica do Alqueva (CHA), na modalidade incentivo ao investimento.

Aproveita-se ainda para informar que o presente ofício é igualmente enviado ao Gabinete do Exmo. Secretário de Estado da Energia, a solicitação deste, com vista à pronúncia do MAOTE.

Em moldes de nota introdutória da presente pronúncia, cumpre assinalar que vários dos assuntos abordados no Relato extravasam o quadro de competências da DGEG, tendo em conta que os Aproveitamentos Hidroelétricos do Alqueva e Pedrogão (AHAP) convocam matérias e a intervenção de entidades, que não exclusivamente a DGEG, em linha com os regimes jurídicos aplicáveis - do aproveitamento do domínio hídrico e o da produção de eletricidade de origem hídrica.

Av. 5 de Outubro, 87
1069-039 Lisboa
Tel.: 21 792 27 00/800
Fax: 21 793 95 40
Linha Azul: 21 792 28 61
www.dgge.pt

DGTC 26 1 15 1410





MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

Desde logo, a DGEG não é entidade competente para administrar o domínio hídrico, mesmo no caso de aproveitamentos com fins de produção de eletricidade, nem exerce competências nesta área. Cabe-lhe, sim, exercer competências no domínio do licenciamento da produção de eletricidade, incluindo os processos de atribuição de incentivos pelos serviços da garantia de potência.

Em segundo lugar, o licenciamento da produção de eletricidade de fonte hídrica é sempre precedido, por expressa determinação legal, da atribuição de um título de utilização do recurso hídrico (TUDH) com a finalidade da produção de eletricidade, e tal licenciamento só pode ser atribuído ao titular deste e em conformidade com este, significando isto, que havendo uma subconcessão a licença para o aproveitamento elétrico só pode ser concedida ao subconcessionário.

Feitas estas notas introdutórias e tendo presente o Relato passa a informar-se, o seguinte:

1 – Cronologia dos principais factos e normativos aplicáveis relevantes:

- i)* Em março de 2005, pelo Decreto-Lei n.º 32/95, de 11 de março, com as sucessivas alterações, por último o Decreto-Lei n.º 42/2007, de 22 de fevereiro, é **constituída a EDIA** – Empresa de Desenvolvimento e Infraestruturas do Alqueva, S.A. (EDIA), sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos. Nos termos do disposto no art.º 2.º, a EDIA *“é a entidade gestora do Empreendimento de Fins Múltiplos do Alqueva, que tem por objecto social a concepção, execução, construção e exploração daquele Empreendimento, contribuindo para a promoção do desenvolvimento económico e social na respectiva área de intervenção pelo aproveitamento das potencialidades do empreendimento.”*
- ii)* Em 4 de setembro de 1995, a Direção Regional do Ambiente e Recursos Naturais do Alentejo atribui à EDIA o **Alvará de Licença** n.º 15/95-DSA/DUDH, válido por 7 anos, relativo à utilização do domínio público para construção da infraestrutura hidráulica do AHA, na sequência da DIA favorável;

MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

iii) Em 29 de novembro de 1995, por despacho do Diretor Geral de Energia, foi atribuída à EDIA, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do DL 183/95, de 27 de julho, a **licença provisória de produção** de energia elétrica, de 30 de outubro de 1995, com a natureza de licença vinculada, para efeitos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 54.º do DL 182/95, de 27 de julho.

Esta decisão da DGE foi exarada sobre a Informação n.º 85/DSEE/95, de 30 de outubro, e teve pressupostas determinadas circunstâncias mencionadas na referida informação, e nomeadamente as constantes dos seus (6) anexos, destacando-se, pela relevância para o tema em apreço, os primeiros 5 anexos, a saber:

- Anexo 1- A acta do **Grupo de Trabalho da Comissão Luso Espanhola** para regular o Uso e Aproveitamento dos Rios Internacionais nas suas Zonas Fronteiriças, datada de 27 junho de 1977, na qual este grupo de trabalho se pronuncia sobre a conformidade do projeto do Alqueva;
- Anexo 2 – A **Deliberação do Conselho de Ministros**, datada de 8 de junho de 1995, prevendo (1) a transferência da exploração da CHA para a CPPE, pelo prazo de 30 anos, como contrapartida da sua participação financeira na execução do Aproveitamento Hidroelétrico do Alqueva, nos termos a constar de (2) protocolo homologado pelos Ministros do Planeamento e Administração do Território, da Indústria e Energia e do Ambiente e Recursos Naturais. No (3) termo do aludido prazo, a “*Central Hidroelétrica do Alqueva reverterá para a EDIA*” Na descrição introdutória desta Deliberação do Conselho de Ministros pode ler-se o seguinte: “*Procura-se, deste modo, reatar uma relação antiga de colaboração da EDP no âmbito do projeto de Alqueva, que teve como resultado o Decreto-Lei n.º 116/73, de 22 de março, e a atribuição àquela sociedade, para determinados efeitos, da qualidade de concessionária do aproveitamento hidroelétrico do rio Guadiana, nos escalões de Alqueva e Rocha da Galé*”. (sublinhado nosso)
- Anexo 3 – A **homologação**, datada de 11.9.95, pelo Ministro do Planeamento e Administração do Território, pelo Ministro da Indústria e Energia e pelo Ministro do Ambiente e Recursos Naturais do **Protocolo de Acordo** entre a Empresa de Desenvolvimento e Infra-Estruturas do Alqueva e a EDP, em representação da CPPE, e a Hidrorumo, assinado em 11.9.95, que estabeleceu o relacionamento entre as referidas empresas durante a fase de





MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

construção do AHA, bem como na fase da exploração, e prevendo, nomeadamente, a transferência da central para a CPPE, por 30 anos, como contrapartida da sua participação financeira (Cª 3ª) e cometendo a gestão das albufeiras à EDIA;

- Anexo 4 – O **Alvará de Licença** n.º 15/95-DSA/DUDH, emitido na sequência da DIA favorável (cf *ii*), supra);
- Anexo 5 – **DIA**, de 14.8.95, do Ministro do Ambiente e Recursos Naturais que emite parecer favorável ao EIA do projeto de Alqueva e determina a emissão da licença de utilização do domínio hídrico. (cf. doc. 4 e seus apêndices 1.1 a 1. 32, PA).

iv) Em dezembro de 2001, pelo Decreto-Lei n.º 335/2001 de 24 de Dezembro é alterado aquele Decreto-Lei n.º 32/95, sendo estabelecida uma nova redação do art.º 2.º, cujo n.º 4 passa a ter a seguinte redação:

“4 - A exploração da componente hidroeléctrica das infra-estruturas integrantes do sistema primário do empreendimento será objecto de contratualização com a CPPE - Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade, S. A., no respeito pelo disposto no contrato de concessão celebrado entre o Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e a Empresa de Desenvolvimento Desenvolvimento e Infra-Estruturas do Alqueva, S. A., e no Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março, que estabelece as bases da organização do Sistema Eléctrico Nacional.”
(sublinhados omissos no original)

v) Por ofícios de 29 de março e de 2 de julho de 2004 do Diretor de Serviços de Energia Elétrica, foram concedidas à EDIA **as licenças de exploração** relativas, respetivamente, aos Grupos 2 e 1 da Central Hidroeléctrica de Alqueva;

vi) Em 17 setembro de 2007, são aprovadas as **Bases da Concessão** pelo Decreto-Lei n.º 313/2007, da mesma data.

vii) A propósito da exploração hidroeléctrica de Alqueva e de Pedrógão, o artigo 4.º deste



MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

Decreto-Lei n.º 313/2007 de 17 de setembro vem dispor o seguinte:

- 1 - *A concessão abrange a exploração da componente hidroeléctrica das infra-estruturas integrantes do sistema primário do EFMA, incluindo a utilização privativa do respectivo domínio público hídrico e as actividades de gestão, exploração, manutenção e conservação das respectivas infra-estruturas integrantes do sistema primário do EFMA e venda da electricidade nela produzida, podendo ser efectuada pela EDIA, directamente ou por intermédio de outra sociedade à qual seja cedida a exploração e subconcessionada a utilização do domínio público hídrico para aquele fim, no respeito pelos direitos adquiridos ao abrigo de legislação anterior, designadamente pelo disposto no artigo 67.º do Decreto -Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, na redacção dada pelo Decreto -Lei n.º 56/97, de 14 de Março, e no n.º 4 do artigo 2.º do Decreto -Lei n.º 32/95, de 22 de Fevereiro, na redacção dada pelo Decreto -Lei n.º 335/2001, de 24 de Dezembro.*
- 2 - *É autorizada a subconcessão da utilização do domínio público hídrico para exploração da componente hidroeléctrica das infra-estruturas integrantes do sistema primário do EFMA, incluindo as actividades de gestão, exploração, manutenção e conservação das respectivas infra-estruturas integrantes do sistema primário do EFMA e venda da electricidade nela produzida.*
- 3 - *É igualmente autorizada a cessão de exploração das centrais hidroeléctricas integradas no EFMA.*
- 4 - *Fica ainda a EDIA ou a sociedade à qual seja subconcessionada a utilização do domínio público hídrico para exploração da componente hidroeléctrica do EFMA autorizada a realizar a construção de todas as infra-estruturas necessárias à duplicação da potência da central hidroeléctrica de Alqueva e à triplicação da potência da central hidroeléctrica de Pedrógão, aplicando-se a esta última o regime previsto no Decreto -Lei n.º 189/88, de 27 de Maio.*
- 5 - *A cessão de exploração das centrais hidroeléctricas integradas no EFMA bem como a subconcessão da utilização do domínio público hídrico para fins de exploração hidroeléctrica respeitarão os*





MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

direitos já atribuídos a terceiros sempre que seja possível a obtenção de acordo entre o titular desses direitos e a EDIA quanto aos termos e condições em que esses direitos e em especial a cessão e subconcessão devam ser exercidos.

6- Os direitos de terceiros a que se refere o número anterior caducam no caso de não ser possível obter acordo quanto aos termos e condições do respectivo exercício no prazo de seis meses após a data de entrada em vigor do presente decreto-lei.” (Sublinhados omissos no original)

viii) Em 17 de outubro de 2007, foi celebrado entre o Estado e a EDIA o **contrato de concessão** relativo à utilização dos recursos hídricos para captação de água destinada à rega e à produção de energia elétrica no sistema primário do Empreendimento de Fins Múltiplos do Alqueva, na sequência da aprovação das respetivas bases da concessão, pelo Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro (cf. Doc. 172, PA).

ix) A Cláusula 24.ª, n.º 8, do aludido contrato de concessão dispõe que: *«nos termos do n.º 8 do artigo 68.º da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, e para além da taxa de recursos hídricos devida e paga anualmente, é devida pela Concessionária ao Estado uma compensação financeira a título de renda, no montante de 195.000.000,00 €, a qual constitui receita do Estado e deverá ser paga até 30 dias após a outorga do presente contrato».*

x) Em 17 de outubro de 2007, a Direção-Geral de Energia e Geologia (DGEG) emite à EDIA a **licença de produção** de energia elétrica em regime ordinário para o centro eletroprodutor de Alqueva, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, dando sequência ao contrato de concessão e às bases da concessão aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro (cf. Doc. 8, PA).

MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

xi) Em 18 de outubro de 2007, a EDIA requer à DGEG, por carta datada de 16 de outubro, a transmissão da licença de produção relativa à Central Hidroelétrica de Alqueva, bem como da licença de exploração relativa à Central Hidroelétrica de Pedrogão, por 35 anos, invocando as autorizações para subconcessão e cessão de exploração dadas pelo DL 313/2007, o contrato de concessão, o direitos *“já atribuídos a terceiros”* e o acordo alcançado para a subconcessão e cessão de exploração, à EDP-P, enquanto *“cessionária dos respetivos direitos de exploração”*, acrescentando que o contrato será celebrado nos próximos dias (cf. Doc. 11, PA).

xii) Em 23 de outubro de 2007, a EDP-P requer à DGEG a transferência da titularidade das referidas licenças relativas a Pedrogão e para este efeito declara aceitar os termos da licença de produção relativa à Central Hidroelétrica de Alqueva, pelo prazo de 35 anos, invocando acordo com a EDIA cujo contrato será celebrado nos próximos dias (cf. Doc. 12-14, PA)..

xiii) Em 24 de outubro de 2007, a EDIA celebrou com a EDP-P um **contrato de cessão de exploração** das Centrais Hidroelétricas de Alqueva e Pedrógão e de **subconcessão do domínio público hídrico**, dando execução ao art.º 4.º das bases da concessão aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro. Nos termos deste contrato transfere para a EDP-P, pelo prazo de 35 anos, *“o direito exclusivo de possuir, utilizar e explorar”* as centrais de Alqueva e Pedrogão, bem como a *“livre alienação”* da energia nelas produzida, (CIº 4ª) e por outro lado, subconcessiona à cessionária da exploração *“os direitos exclusivos de utilização privativa do recurso hídrico para efeitos de captação de água exclusivamente para fins de produção hidroelétrica”* (CIº 5ª).

Ainda pela CIº 4ª, n.º 5, as partes contratantes acordam, ainda, que em virtude da cessão de exploração das centrais, *“a EDIA transmite a favor da Cessionária da Exploração, sujeita à obtenção das respetivas autorizações da Direção Geral de Energia e Geologia, a licença de produção (...) para a central*



MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

hidroelétrica de Alqueva e a licença de exploração da central hidroelétrica de Pedrogão” (cf. Doc. 108, PA).

- xiv)** Refira-se, que no considerado N deste mesmo contrato, pode ler-se o seguinte: “o artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro, determina que a exploração da componente hidroelétrica das infraestruturas integrantes do sistema primário do EFMA, incluindo a utilização privativa do respetivo domínio público hídrico, seja realizada no respeito pelos direitos adquiridos pela EDP Produção ao abrigo do disposto no artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de março, e no n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32/95, de 22 de fevereiro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 335/2001, de 24 de dezembro.”
- xv)** Nos termos da Cláusula 6.ª do aludido contrato de cessão de exploração das Centrais Hidroelétricas de Alqueva e Pedrogão e de subconcessão do domínio público hídrico, a EDIA recebeu da EDP-P, a título de compensação financeira, a quantia de cento e noventa e cinco milhões de Euros (€ 195.000.000,00), encontrando-se ainda a receber, durante todo o período de vigência do mesmo contrato, a quantia anual de doze milhões, seiscentos e setenta mil Euros (€ 12.670.000,00).
- xvi)** Por despacho de 24 de Outubro de 2007 da DGEG, na sequência dos aludidos pedidos de transmissão da EDIA e EDP-P supra referidos, são emitidas as licenças de produção e a licença de exploração relativas à Central Hidroelétrica de Alqueva e de Pedrogão, em nome da EDP-P (cf. Doc.15-18 e 21, 22, PA).
- xvii)** Em 20 de agosto de 2010, é publicada a Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto que estabelece o regime dos serviços da garantia de potência que os centros electroprodutores em



MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

regime ordinário podem prestar ao SEN, criando duas modalidades: os serviços de disponibilidade e o incentivo ao investimento.

xviii) Em 8 de outubro de 2010, a EDIA requereu à DGEG o reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento, previsto nos artigos 9.º e seguintes da Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, relativamente à Central Hidroelétrica de Alqueva (cf. Doc. 40, PA).

xix) Em 30 de novembro de 2010, a EDP-P requereu à DGEG o reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento, previsto nos artigos 9.º e seguintes da Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, relativamente à Central Hidroelétrica de Alqueva, para uma capacidade instalada de 240 MW, pelo período correspondente a 1 de janeiro de 2011 e 1 de julho de 2017, e o valor de € 4 800 000/ano (cf. Doc. 231, PA).

xx) Por despacho de 13 de janeiro de 2011 do Diretor de Serviços de Energia Elétrica é comunicado o indeferimento do pedido de reconhecimento do direito ao incentivo apresentado pela EDIA, em virtude de na sequência da celebração do contrato de cessão de exploração e subconcessão, entre a EDIA e a EDP-P, terem sido transferidas para esta última as licenças de produção e exploração da CHAlqueva (e Pedrogão)(cf. Doc. 41, PA).

xxi) Por despacho do Diretor-Geral de Energia e Geologia de 1 de abril de 2011 foi deferido o pedido de reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento formulado pela EDP-P para a Central Hidroelétrica de Alqueva, fixando uma remuneração anual de 20 000 €/MW, para uma potência total de 240 MW e pagamento a iniciar em 1 de janeiro de 2011 até 1 de junho de 2017 (cf. Doc. 251 a 258, PA).



MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

xxii) Em 25 de fevereiro de 2011, a EDIA interpõe recurso hierárquico do indeferimento do pedido de reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento da garantia de potência (cf. Doc. 122 a 258, PA).

xxiii) Por despachos do Diretor-Geral de Energia e Geologia de 31 de março e 5 de maio de 2011 foram proferidas **decisões de indeferimento do recurso hierárquico**, a última nos seguintes termos:

a) O não reconhecimento do deferimento tácito do pedido de reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento por parte da EDIA, em virtude do pedido não vir instruído em conformidade com o disposto no n.º 2, do art.º 12.º da Portaria n.º 765/2010, já que não a EDIS não era a exploradora da central e por isso o pedido não estava acompanhado de cópia da licença de exploração exigida pela alínea c), do n.º 1, do art.º 20.º, do DL 172/2006;

b) O indeferimento do pedido formulado pela mesma sociedade com vista ao reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento previsto nos artigos 9.º e seguintes da Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, em virtude de *“não poder ser reconhecido à EDIA o direito ao incentivo ao investimento, dado esta entidade não preencher os requisitos legais a que se reportam os artigos 9.º e 12.º da Portaria n.º 765/2010, designadamente por não se verificar que a mesma possa ser considerada como titular das infra-estruturas hidroelétricas em causa bem como entidade que haja suportado o investimento relativo à construção das mesmas”*. (cf. Doc. 136-142 e 205 a 215, PA).

xxiv) Este mesmo despacho de 5 de maio de 2011 **indefere**, também, o **recurso hierárquico** apresentado pela EDIA do despacho do Diretor de Serviços de Energia de 13 de janeiro de

MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

2011 supra referido e define a **posição final da DGEG sobre as motivações determinantes da não atribuição do incentivo ao investimento à EDIA, mas sim, à EDP-P**, respondendo neste âmbito às objeções colocadas pela EDIA no recurso hierárquico. (cf. Doc. 215, PA).

xxv) Em junho de 2011, não se conformando com as decisões da DGEG referidas supra, em 3. xvi), a EDIA interpôs no TAF Beja, contra o então Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento (MEID), a **Ação Administrativa Especial, Proc.º n.º 245/11.8 BEBJA**, em que requer:

- a. A anulação do despacho DGEG de 5 de Maio de 2011, que “indeferiu o pedido de reconhecimento do deferimento tácito do requerimento apresentado em 8 de Outubro de 2010 e indeferiu o pedido da Autora de reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento em capacidade de produção previsto na Portaria n.º 765/2010”;
- b. A anulação do despacho do Senhor Diretor-Geral de Energia e Geologia de 1 de Abril de 2011 que “deferiu o direito ao incentivo ao investimento requerido pela EDP – Gestão da Produção de Energia, S. A. para a central hidroelétrica de Alqueva”;
- c. O reconhecimento do deferimento tácito do requerimento apresentado pela EDIA em 8 de Outubro de 2010, solicitando o reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento em capacidade de produção de energia elétrica a longo prazo;
- d. A condenação do então MEID a praticar o ato administrativo devido, «designadamente ato que reconheça à Autora o direito ao incentivo ao investimento em capacidade de produção de energia elétrica a longo prazo, por referência ao investimento feito na central hidroelétrica de Alqueva, conferindo-lhe esse direito nos termos em que foi deferido à EDP – Gestão da Produção de Energia, S. A., com valores acrescidos de juros de mora vencidos e vincendos».

Esta AAE foi contestada pelo MEID não estando ainda decidida pelo TAF Beja. Junta-se cópia da contestação do MEID (Doc. 305, PA).



MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

xvi) Em 14 de maio de 2012, é publicada a Portaria n.º 139/2012, da mesma data, que define os termos da alteração do regime dos serviços da garantia de potência a desenvolver em portaria complementar e **revoga a Portaria n.º 765/2010**, de 20 de agosto. Logo depois, é publicada a Portaria n.º 251/2012, de 20 de agosto, que produz efeitos a partir da data da entrada em vigor da Portaria n.º 139/2012, de 14 de maio, **ocorrida em 1 de junho de 2012**.

2 - Da conformidade da transferência das licenças de produção e exploração da EDIA para a EDP-P, no quadro da cessão de exploração e da subconcessão do domínio hídrico), à luz da Directiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho (D.2003) e do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto

Como ponto prévio deve recordar-se que a DGEG não tem competências em matéria de administração do domínio hídrico e da concessão ou transmissão ou oneração de títulos de utilização deste domínio público hídrico do Estado (TUDH), nos termos do respetivo regime jurídico, pelo que não se abordará estaparte da temática.

Apenas se dirá, que estando autorizada (acordada e contratada) a subconcessão da utilização do domínio hídrico relativo ao EFMA – é o que consta determinado no art.º 4.º do DL 313/2007 de 17 de setembro e remonta originariamente à Deliberação do Conselho de Ministros de 8.6.95 - tal opção condiciona irremediavelmente a transmissão da exploração das centrais hidroelétricas, uma vez que esta não poderá ser concedida a entidade diferente da que for destinatária da subconcessão da utilização do domínio hídrico para o mesmo aproveitamento hidroelétrico, do mesmo modo que não é legalmente possível conceder uma licença de produção de eletricidade de fonte hídrica para um determinado aproveitamento hidroelétrico, ao abrigo do DL 172/2006, sem prévio título de utilização do domínio hídrico respeitante ao mesmo aproveitamento hidroelétrico (cf art.º 8.º, n.º 8, do DL 172/2006, na versão vigente à data).



MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

Vejamos, agora, a questão à luz do regime da produção de eletricidade, no âmbito da Directiva n.º 2003/54/CE e do DL 172/2006, na versão vigente à data, focando a questão da eventual necessidade legal de um procedimento concursal.

A Directiva n.º 2003/54/CE (transposta pelos DL 29/2006 e 172/2006) trata a questão dos concursos no art.º 7.º, estabelecendo o seguinte:

“1. Os Estados-Membros devem, no interesse da segurança do fornecimento, garantir a possibilidade de criar novas capacidades ou medidas de eficiência energética/gestão da procura através da abertura de concursos ou de qualquer outro procedimento equivalente em termos de transparência e não discriminação, com base em critérios publicados. Esses procedimentos só podem, todavia, ser lançados se, com base no sistema de autorizações, as capacidades de produção em construção ou as medidas de eficiência energética/gestão da procura não forem suficientes para garantir a segurança do fornecimento.” (sublinhado nosso)

Esta disposição do art.º 7.º da D. 2003 privilegia – em matéria de atividade de produção - um sistema baseado em autorização administrativa e só em situações ou finalidades especiais bem definidas – e não presentes no caso da CHAlqueva - viabiliza o lançamento de procedimentos concursais.

O art.º 33.º do DL 172/2006, na versão vigente à data, adota a mesma orientação normativa, definindo as “situações especiais” em que se podem lançar concursos para capacidades de produção, privilegiando o “regime geral de acesso a esta atividade previsto neste capítulo” II, do mesmo diploma legal.

Por sua vez, o art.º 22.º do mesmo decreto-lei também não estabelece qualquer exigência de concurso, sujeitando as transmissões nele reguladas a mera autorização da entidade licenciadora, sendo certo, em boa verdade, que tal autorização já se encontrava concedida pelo n.º 2 e 3, do art.º 4.º do DL 313/2007 de 17 de setembro ou, se se quiser ir mais longe no tempo, remonta à Deliberação do Conselho de Ministros de 8.6.95.



**MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA**

Acresce que a intervenção da EDP-P, no quadro dos direitos transmitidos pelo contrato (incluindo a subconcessão) relativamente à componente hidroelétrica do EFMA se destinam a ser exercidos inteiramente por sua conta e risco, inexistindo qualquer relação típica de uma prestação de bens e serviços à EDIA, ou ao Estado, em resultado do referido contrato celebrado em 17 de outubro de 2007, sendo que a transmitente EDIA apenas retém, para si, os direitos de gestão e exploração da água para rega, de acordo com a divisão de esferas de atividade e influências originariamente desenhadas na Deliberação do Conselho de Ministros de 8.6.95 e depois retomadas em sucessivos diplomas legais e vertida, por fim, na Clª 20 do Contrato De cessão de Exploração e Subconcessão.

Assim, a intervenção da DGEG no sentido de viabilizar as transmissões das licenças não passa do exercício de poderes vinculados pela lei – por último, no art.º 4.º do DL 313/2007 de 17 de setembro, (ou originariamente na Deliberação do Conselho de Ministros de 8.6.95), sendo certo, além do mais, que não lhe cabe questionar comandos legais ou diretrizes vinculativas de órgãos superiores, mas executá-los, como exige o princípio da legalidade expresso no art.º 3.º do CPA, vigente à data (Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de janeiro)

3 - Dos serviços da garantia de potência, na modalidade de incentivo ao investimento em capacidade de produção, previstos na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto**3.1 - Da não atribuição à EDIA e atribuição à EDP – P, dos serviços da garantia de potência, na modalidade de incentivo ao investimento em capacidade de produção**

O regime do incentivo da garantia de potência encontrava-se contido na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, que previa dois mecanismos de apoio remuneratório dos serviços da garantia de potência: o serviço de disponibilidade de capacidade de produção e o incentivo ao investimento em capacidade de produção de energia elétrica, sendo que no caso em apreço, o incentivo relevante é este último – o incentivo ao investimento em capacidade de produção em função da potência instalada.

MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

Nos termos do seu art.º 9.º, “*O incentivo ao investimento em capacidade de produção de energia eléctrica, a longo prazo, consiste no pagamento de um montante em euros por cada megawatt de potência instalada num determinado centro electroprodutor, devido ao respectivo titular pela colocação à disposição do operador do sistema de determinada potência instalada, a partir do momento em que o centro electroprodutor inicia o seu funcionamento industrial.*”

A mesma portaria define ainda nos art.ºs 10.º, 11.º e 12.º, as centrais abrangidas, o seu reconhecimento administrativo pela DGEG e o modo de cálculo do incentivo, estabelecendo, a este propósito, que: “*Para ter direito a qualquer um dos incentivos ao investimento estabelecidos neste artigo, as instalações deverão ter uma potência média disponível anual nos períodos tarifários de ponta equivalente a 90 % da capacidade contratada ao abrigo do incentivo ao investimento.*” – cf art.º 11.º/6.

Foi em atenção a este regime da Portaria n.º 765/2010, de “colocação à disposição do operador do sistema [pelo titular do centro eletroprodutor] de determinada potência instalada” (art.º 9.º), e do apuramento do “montante anual do incentivo ao investimento” e da exigência de uma “potência média disponível anual nos períodos tarifários de ponta equivalente a 90 % da capacidade contratada” (art.º 11.º) e ainda, que para efeito “do reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento, o titular do centro electroprodutor deve requerer a atribuição da respectiva retribuição, mediante apresentação de cópia da licença de exploração” (art.º 12.º) que a DGEG indeferiu o pedido da EDIA de reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento.

Com efeito, por contrato de 24 de setembro de 2007, a EDIA subconcedera a utilização do domínio hídrico e ceder a exploração das central hidroelétrica do Alqueva (e Pedrogão) à EDP-P, negócio jurídico amplamente autorizado por decreto-lei e por deliberação do Conselho de Ministros, requerendo e transferindo para a EDP-P as respetivas licenças de produção e exploração, de que esta último passou a ser titular, e portanto, não estava em condições de assegurar a disponibilização ao operador do sistema (SEN) da potência instalada na central do Alqueva, requisito que só o titular da licença de exploração, ou seja, quem efetivamente detém e controla a exploração da



MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

central tem condições de assegurar, de acordo com o n.º 6 do art.º 11.º, da Portaria 765/2010 (cf Doc. 208, PA)

Mais, em vão se procurará encontrar no contrato de 24 de setembro de 2007 qualquer disposição que permitisse assegurar a DGEG de que a EDIA estava contratualmente habilitada a determinar ou sequer influenciar a disponibilidade da central e seu desempenho. É que a EDIA pura e simplesmente alienou tais direitos, retendo para si apenas a gestão e exploração da água para rega.

Acresce, inclusivamente, que quem suportou, efetivamente, o custo de investimento da central do Alqueva foi a sua contraparte EDP-P, na medida em que pagou à EDIA, nos termos da Clª 6 do Contrato de Subconcessão e Cessão de Exploração, de 24 de setembro de 2007, uma compensação financeira no valor de € 195.000.000,00, correspondente ao valor do investimento, a que acresce a quantia anual de € 12.670.000,00 por todo o período de vigência do referido contrato. (cf. Doc. 207, PA)

Nesta contexto, vigente à data do reconhecimento do direito ao incentivo da garantia de potência e que já remontava a 2007, data do Contrato de cessão de exploração e subconcessão, a postura da DGEG não podia ser outra senão a que seguiu. Se, por mera hipótese teórica, o incentivo tivesse sido atribuído à EDIA, estaria a DGEG a dar um incentivo pelo investimento na realização de um bem, em virtude da sua efetiva disponibilidade para a prestação de um serviço ao SEN (a garantia de potência), a quem de facto e de direito não estava em condições de poder prestar tal serviço. Simplesmente, porque alienara o bem.

3.2 – Do valor do incentivo ao investimento atribuído e seu pagamento

Como se referiu supra, no n.º 1 xvii), a DGEG reconheceu o direito da EDP-P a receber, a título de incentivo ao investimento, uma remuneração anual de 20 000 €/MW, para uma potência total de 240 MW, devendo o pagamento iniciar em 1 de janeiro de 2011 até 1 de junho de 2017.

Porém, o citado despacho DGEG de 1 de abril de 2011 deixou de produzir os efeitos nele indicados (no respeitante ao período de 1 de janeiro de 2011 até 1 de junho de 2017) a partir de 1 de junho de



MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

2012, em virtude da revogação da Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto pela Portaria 139/2012 de 14 de maio e sua entrada em vigor em 1 de junho de 2012 (art.ºs 1.º, 3.º e 4.º), data em que a Portaria n.º 251/2012, de 20 de agosto, também iniciou a produção de efeitos.

Acresce que o art.º 2.º desta Portaria 139/2012 vem dispor que:

“1 — A revogação prevista no artigo anterior não afeta as remunerações de serviços de garantia de potência prestadas ao abrigo da Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, cujo pagamento deva ocorrer até à data de entrada em vigor da presente portaria.” (sublinhados nossos)

Consequentemente, o período de benefício do incentivo ao investimento concedido ao abrigo da Portaria n.º 765/2010 ficou limitado ao período entre 1 de janeiro de 2011 e 1 de junho de 2012, nos termos do art.º 2.º da Portaria n.º 139/2012, de 14 de maio.

Assim, os pagamentos realizados ao abrigo da Portaria n.º 765/2010 não se prolongaram, nos termos inicialmente previstos no despacho DGEG de 1 de abril de 2011, ou seja, 20 000 €/MW/ano, até 1 de junho de 2017, pois ficaram compreendidos e limitados ao período de 1 de janeiro de 2011 até 1 de junho de 2012, data em que cessou a aplicação da Portaria n.º 765/2010, nos termos do art.º 1.º e 2.º da Portaria n.º 139/2012.

Anexa-se, conforme solicitado pelo Tribunal de Contas, a carta da REN – Rede Elétrica Nacional, SA, de 14.1.2015, refº 563/2015, com cópia da faturação emitida pela EDP-P, ao abrigo da Portaria 765/2010 e Portaria 139/2012, e os respetivos comprovativos do pagamento do incentivo ao investimento, elementos estes que a DGEG solicitou para resposta ao Tribunal.

Conforme resulta da supra referida carta da REN, os montantes pagos pela REN – Rede Elétrica Nacional, SA, nos termos do disposto no art.º 11.º, n.º 5, da Portaria 765/2010 e do ofício da DGEG n.º 3287, de 1 de abril (cf Doc 259, PA), foram os constantes do quadro seguinte:





MINISTÉRIO DO AMBIENTE, ORDENAMENTO
DO TERRITÓRIO E ENERGIA

CH ALQUEVA – grupos I e II (240 MW)	Período 1/jan/2011 a 1/jun/2012		
	Nº Fatura	Data pagamento	Montante (S/IVA)
	2004011096	21-06-2011	2.000.000,00
	2004011113	21-07-2011	400.000,00
	2004011178	22-08-2011	400.000,00
	2004011227	21-09-2011	400.000,00
	2004011274	24-10-2011	400.000,00
	2004011328	22-11-2011	400.000,00
	2004011406	22-12-2011	400.000,00
	2004011459	23-01-2012	400.000,00
	2004011541	20-02-2012	400.000,00
	2004011629	21-03-2012	400.000,00
	2004011652	23-04-2012	400.000,00
	2004011717	22-05-2012	400.000,00
	2004011777	21-06-2012	400.000,00
TOTAL			6.800.000,00

Fonte: REN – Rede Elétrica Nacional, SA, em 14.1.2015

É quanto cumpre levar ao conhecimento desse tribunal, manifestando total disponibilidade para os esclarecimentos adicionais, juntando, por anexo, cópia docs 1 (Ap 1.1 a 1.32) a 305, do Processo Administrativo. (PA).

Com os melhores cumprimentos,

Diretor – Geral
(Eng.º Carlos Almeida)

Anexo: o mencionado



5. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo Presidente da Autoridade da Concorrência



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

À MELH,

1. Acesso a receitas -

2. Índice no âmbito

Respectiva.

4. 10.01.2015

df.

Exmo. Senhor
Prof. Doutor José Manuel Monteiro da Silva
Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

S/referência	S/comunicação	N/referência	Data
		S-AdC/2015/384	15-01-2015

Assunto:	Auditoria à Concessão de exploração das Centrais Hidroelétricas de Alqueva e de Pedrogão
-----------------	---

Senhor Juiz Conselheiro,

Agradeço o ofício de Vossa Excelência, datado de 31 de Dezembro de 2014, através do qual nos fez chegar o Relato da Auditoria à Concessão de exploração das Centrais Hidroelétricas de Alqueva e de Pedrogão.

A Autoridade da Concorrência tinha sido contactada no âmbito deste processo de auditoria, tendo, nessa ocasião, remetido a sua Recomendação ao Governo relativa ao regime de Auxílios de Estado denominado por Custos para a manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC) e documentação referente à Operação de Concentração EDP/Ativos EDIA (Pedrogão*Alqueva).

Gostaria de enaltecer a iniciativa do Tribunal de Contas em debruçar-se sobre matéria tão complexa e de afirmar que esta Autoridade se revê plenamente na tese principal defendida no Relato de preferência pela atribuição da concessão em regime concorrencial ao invés do caminho seguido do ajuste direto.

Permito-me, contudo, colocar à consideração de Vossa Excelência a eventual integração no Relato de uma menção ao investimento efetuado pela EDP no incremento de potência da central de Alqueva, que se afigura um facto relevante. Enquanto a EDIA assumiu o investimento inicial na central hidroelétrica de Alqueva, a EDP assumiu o investimento no reforço de potência dessa central. A omissão deste dado em nada diminui as conclusões do Relato, mas a sua inclusão poderia contribuir para robustecê-lo e obviar a eventuais críticas de que o Relato ignora os investimentos no projeto também efetuados pela EDP.

Finalmente, manifesto a disponibilidade desta Autoridade para a prestação de qualquer esclarecimento reputado pertinente.

Com os melhores cumprimentos,

António Ferreira Gomes
Presidente

DGTC 16 1 15 795

Avenida de Berna, n.º 19 - 1050-037 Lisboa
Tel.: (+351) 21 790 2000 - Fax: (+351) 21 790 2094
www.concorrencia.pt



6. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo Presidente do CA da EDIA, S.A.





Empresa de Desenvolvimento
e Infra-estruturas do Alqueva, S.A.

SEDE
Rua Zeca Afonso, 2
7800-522 Beja
Tel (+351) 284 315 100
Fax (+351) 284 315 101

DELEGAÇÃO
Campo Grande, 46-D - 2º. Dtº.
1700-093 Lisboa
Tel: (+351) 21 799 03 00
Fax: (+351) 21 799 03 01

www.edia.pt

edia@edia.pt

Na sua resposta indique sempre a nossa referência

À Ação IX
1. Acesso - recepção
2. Redução do Somio
respetivo.

Exm.º Senhor

Prof. Doutor José Manuel Monteiro da Silva

Venerando Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas

Av. Barbosa do Bocage, 61

1069-045 LISBOA

Lx. 14.01.2015

JM

S/ Referência	S/ Comunicação	N/ Referência	Data
Proc. n.º 1/2013 - DA IX	18711, de 31.12.2014	147/PCA/GAJ/BJ/2015	12-01-2015

ASSUNTO: **Relato da Auditoria à Concessão da exploração das Centrais Hidroelétricas de Alqueva e de Pedrógão - exercício do contraditório.**

Relativamente ao assunto em epígrafe e em resposta ao solicitado no n.º 4 do ofício em referência, segue em anexo a informação pertinente. Os quadros 6 e 7 foram atualizados apenas com os anos de 2012 e 2013 na medida em que o ano de 2014 ainda não está encerrado. A informação dos quadros 1 e 5 foi atualizada com os anos de 2013 e 2014, porque apesar de 2014 não estar encerrado os valores recebidos são definitivos. No que respeita à informação dos quadros 1 e 5 retificaram-se também os valores dos anos anteriores porque não consideravam a última informação remetida pela EDIA a esse Tribunal em 21 de janeiro de 2013. No anexo remetemos também a informação enviada nessa data (pagamentos concessionária janeiro 2013). Nesse particular aspeto, merecerão revisão os n.ºs 30, 211 e 245 do Relato.

Para além do exposto sugerimos ainda as seguintes alterações:

- n.º 121 - quando se refere 8 anos de antecipação da finalização do investimento deve referir-se 12 anos (de 2025 para 2013);
- n.º 128 - quadro 2, a receita de 2005 deve ser €547.608,59;

No que respeita ao teor do relato apresentado, considera a EDIA que importará apenas clarificar ou esclarecer alguns aspetos.

Assim,

1. Embora a opção pela atribuição da subconcessão da exploração das centrais hidroelétricas de Alqueva e de Pedrógão à EDP por ajuste direto, tenha sido claramente uma opção do acionista corporizada em diploma legal aprovado para o efeito, admite-se que a mesma se tenha suportado numa fundamentação técnica, designadamente técnico-jurídica, baseada na alegação da existência de direitos adquiridos pela EDP;

alqueva  Lima nova
terra de água

CONTRIBUINTE: 503450189
CAPITAL SOCIAL: 387.267.750€ (CAP. PRÓPRIO: -343.794.020€)
MATRICULADA NA C.R.C. DE BEJA SOB O N.º: 01084/950316

MUSEUDNLUZ

NOUDAR  PARQUE
DE NATUREZA





Empresa de Desenvolvimento
e Infra-estruturas do Alqueva, S.A.

Pág. 2

2. Os estudos que a EDIA contratou junto do BPI e do BIG, no âmbito de uma assessoria financeira, têm por objeto a avaliação do negócio de exploração das duas referidas centrais e tanto a sua necessidade como a sua utilidade são independentes e autónomas da modalidade de contratação posteriormente adotada para a cessão dos referidos direitos de exploração. Aquando da contratação desses estudos a perspetiva era a de vir a ser realizado um concurso público para a alienação dos direitos de exploração das duas centrais, mas a necessidade de dispor de uma avaliação independente do negócio e a utilidade da estimativa então produzida não se perderam na decisão final de adotar um procedimento de ajuste direto para a referida contratação.

3. A EDIA não pode deixar de sublinhar a forma elucidativa como o Relato recebido descreve as opções do acionista que, ao longo do tempo e contrariando os pressupostos base iniciais do projeto, afetaram de forma particularmente impactante toda a economia do EFMA:

a) Era pressuposto base inicial que o Estado deveria assegurar, através de dotações de capital, o volume de investimento não coberto por fundos da União Europeia, assumindo-se claramente que o projeto nunca geraria um retorno que permitisse o recurso a capital alheio: ora, como é referido no Relato, tais dotações de capital foram manifestamente insuficiente e extemporâneas, o que conduziu a empresa ao endividamento;

b) Era pressuposto base inicial que as receitas de exploração da componente hidroelétrica do EFMA deveriam servir a economia do empreendimento, designadamente como elemento estrutural para a arquitetura do tarifário aplicável ao setor da agricultura, permitindo à entidade gestora internalizar todos os custos e, ainda assim, manter um tarifário competitivo: Ora, com bem evidencia o Relato, uma parte muito significativa dessa receita (€ 195 000 000) foi antecipada e imediatamente transferida para o Estado, para efeitos de redução do *deficit* público em 2007, a título de renda pela concessão das infraestruturas hidráulicas do empreendimento. Tal pagamento foi exigido ao abrigo do disposto no n.º 8 do artigo 68.º da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, cuja lógica subjacente aponta para a cobrança ao concessionário de uma renda pela exploração de infraestruturas que foram financiadas pelo Estado. Ora, no caso do EFMA, e como também sublinha o Relato, as infraestruturas em causa foram todas elas suportadas pela EDIA pelo que não existe fundamento para o pagamento daquela renda;

4. Sobre o pagamento do incentivo ao investimento, a EDIA aguardará pelas instruções desse Venerando Tribunal, no sentido de poder juntar o Relato agora recebido ao processo judicial em curso.





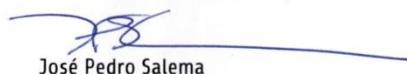
EDIA Empresa de Desenvolvimento
e Infra-estruturas do Alqueva, S.A.

Pág. 3

Na oportunidade, manifestamos naturalmente a nossa disponibilidade para quaisquer outras informações ou elementos adicionais que sejam julgados necessários.

Com os melhores cumprimentos,

O Presidente do Conselho de Administração



José Pedro Salema

DGTC 13 1 15 503



Quadro 1 - Pagamentos efetuados no âmbito do contrato
(informação enviada em 21/01/2013 estruturado no modelo definido pelo TC, excepto que por motivos de clarificação optámos por separar os valores de IVA em coluna autónoma)

untd: euros

pagamentos da concessionária	EDP (2007-2009)		Hidroelétrica do Guadiana (2010-2012)		Hidroelétrica do Guadiana (2013-2014)		Total	
	Valor	IVA	Valor	IVA	Valor	IVA	Valor	IVA
Pagamento Inicial	195.000.000,00	40.950.000,00					195.000.000,00	40.950.000,00
Rendas	25.340.000,00	5.068.000,00	38.300.000,00	8.555.600,00	21.757.152,00	5.004.144,96	85.397.152,00	18.627.744,96
Compensação Financeira			1.637.910,00	375.243,61	1.649.033,69	379.277,75	3.286.943,69	754.521,36
Total	220.340.000,00	46.018.000,00	39.937.910,00	8.930.843,61	23.406.185,69	5.383.422,71	283.684.095,69	60.332.266,32



Quadro 6 - Evolução dos Investimentos

unid: milhares de euros

	Até 2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
BARRAGEM DE ALQUEVA	587.119,23	14.375,72	4.815,05	2.063,54	2.736,08	1.959,15	11.380,12	2.181,30	603.869,96
CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE ALQUEVA	130.745,23	56,56	15,53	52,30	-	-	75,00	-	130.944,63
BARRAGEM DE PEDRÓGÃO	69.110,27	656,29	200,81	1.696,07	98,86	3,10	4,74	0,82	71.770,95
CENTRAL DE PEDRÓGÃO	15.744,75	42,06	-	225,97	-	-	-	-	16.012,78
Total	802.719,48	15.130,63	5.031,40	4.037,88	2.834,94	1.962,25	11.300,38	2.182,12	822.598,32



Quadro 7 - Evolução dos principais indicadores da situação financeira da EDIA

unid: milhares de euros

	2013	2012	2011	2010	2009	2008
Capital Realizado	387.268	387.268	387.192	387.191	387.191	291.563
Ativo Líquido	658.560*	988.365*	926.511*	876.765*	1.947.871	1.696.770
Passivo	1.012.354	1.316.900	1.265.985	1.194.225	1.559.214	1.405.207
Investimento	51.501	58.780	91.641	127.510	256.585	139.858
Fundos Comunitários **	21.186	104.648	65.328	111.790	142.194	50.26

*Montante após aplicação do reconhecimento de perdas por imparidade do setor água, ver Nota 17 Imparidade de Ativos Intangíveis no Relatório e Contas de 2013

**FEDER, FEOGA, FEADER e FUNDO DE COESÃO



Atualização do quadro emitido em 21 de Janeiro de 2013

	2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013		2014	
	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA
1 - Pagamento inicial e rendas	195.000,00	40.950,00	12.670,00	2.534,00	12.670,00	2.534,00	12.670,00	2.660,70	12.380,00	2.847,40	12.380,00	2.847,40	12.380,00	2.847,40	12.380,00	2.847,40
2 - Revisibilidade da compensação financeira (linha c) ponto 1.2. do Anexo VII)									-870,00	-200,10						
3 - Revisibilidade da compensação financeira (linha a) ponto 1.2. do Anexo VII)							73.784,38	15.494,72	601.960,31	138.450,87	962.165,31	221.298,02	395.530,17	96.511,94	1.255.503,52	288.763,81
4 - Revisibilidade da compensação financeira (linha b) ponto 1.2. do Anexo VII)													-1.501.424,00	-344.327,52	-1.501.424,00	-344.327,52
	195.000,00	40.950,00	12.670,00	2.534,00	12.670,00	2.534,00	12.443,784	2.676,195	12.111,960	2.785,751	13.342,165	3.068,698	11.272,106	2.492,584	12.134,000	2.790,838
	235.950,00		15.204,00		15.204,00		15.418,979		14.897,711		16.410,863		13.864,691		14.024,018	

- 1 - Pagamento inicial e rendas: ano de 2007 pagamento inicial; rendas de 2008 a 2014
 - 2 - Revisibilidade da compensação financeira (linha c) ponto 1.2. do Anexo VII) - não realização do reforço da central de Pedrógão
 - 3 - Revisibilidade da compensação financeira (linha a) ponto 1.2. do Anexo VII) - alteração dos volumes anuais das retiradas de água das albufeiras
 - 4 - Revisibilidade da compensação financeira (linha b) ponto 1.2. do Anexo VII) - alteração dos valores de investimento do reforço da central de Alqueva - A
- EDIA mantém um diferendo com a EDP relativamente ao apuramento dos valores a considerar no investimento no Reforço de Potência de Alqueva. A isso correspondem os valores negativos indicados nos anos 2013 e 2014 e que se verificarão ainda em 2015 e 2016.



Quadro enviado em 21 de Janeiro de 2013

	2007		2008		2009		2010		2011		2012	
	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA	Base Tributável	IVA
Fatura	195.000,00	40.950,00	12.670,00	2.534,00	12.670,00	2.534,00	12.670,00	2.534,00	12.380,00	2.497,40	12.380,00	2.497,40
NC									-870,00	-100,00		
Fatura							73.784,38	15.494,72	33.543,74	7.114,60	962.185,31	221.298,02
Fatura									12.111.860,71	2.785.751,11	13.343.145,16	3.068.698,68
	195.000,00	40.950,00	12.670,00	2.534,00	12.670,00	2.534,00	12.743.784,38	2.676.195,16	14.897.711,11	16.410.863,85		
	235.950,00		15.204,00		15.204,00		15.439,99					

Pagamento Inicial

Comp. financeira 2008 e 2009

Comp. financeira 2010

Comp. financeira 2011

Renda



7. Resposta remetida, em sede de contraditório, pela EDP, S.A.





MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

Rua Castilho, 165 - 1070-050 Lisboa | Tel.: (+351) 213 817 400 | Fax: (+351) 213 817 499
mlg@lisboa@mlgts.pt

CONFIDENCIAL

Ao
Tribunal de Contas
Gabinete do Juiz Conselheiro
Exmo. Senhor
Prof. Doutor José Manuel Monteiro Silva
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-045 Lisboa

A' Mesa IX,
1. Para o Juiz Conselheiro
respectivo.
LX. 2. 03. 2015
[Handwritten signature]

Lisboa, 25 de fevereiro de 2015

Processo n.º 1/2013 – DA IX

Assunto: Relato da Auditoria à Concessão da exploração das Centrais Hidroelétricas de Alqueva e de Pedrógão. Exercício do contraditório – elementos complementares

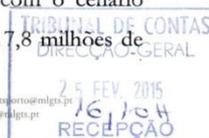
Exmo. Senhor Juiz Conselheiro,

Na sequência da pronúncia da EDP – Gestão da Produção de Energia, S.A. no âmbito do processo acima indicado, apresentada em 2 de fevereiro último, e da posterior consulta parcial do processo, realizada no passado dia 13 de fevereiro, vimos pela presente transmitir a V. Exa. um conjunto de considerações complementares em face dos novos elementos que nos foram disponibilizados.

Assim, a consulta dos estudos financeiros do BIG e do BPI permitiu clarificar os seguintes aspetos:

- a) Em primeiro lugar, confirma-se que no cenário de avaliação do valor de negócio de exploração das Centrais apresentado pelo BIG, que é comparável com o cenário subjacente ao Contrato de Cessão e Subconcessão, o montante de 217,8 milhões de

PORTO: Av. da Boavista, 3265 - 5.2. Edifício Oceanus - 4100-137 Porto | Tel.: (+351) 226 166 950 / 226 052 380 | Fax: (+351) 226 163 810 / 226 052 399 | mlgs@porto@mlgts.pt
FUNCHAL: Av. Arraigada, Edifício Marina Club, 73, 2º, Sala 212 - 9000-060 Funchal | Tel.: (+351) 291 200 040 | Fax: (+351) 291 200 049 | mlgs@madeira@mlgts.pt
Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados, Sociedade de Advogados, R. L. - Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

euros, contemplando já um horizonte temporal de 35 anos, a garantia de potência da CHA e incluindo já a CHP, é muito inferior ao montante de 390 milhões de euros de avaliação do negócio subjacente ao Contrato de Cessão e Subconcessão celebrado pela EDP Produção e pela EDIA.

- b) Em segundo lugar, foi agora possível constatar que o cenário central de avaliação do negócio no estudo do BPI, o qual contabilizava já a garantia de potência a favor do produtor e um horizonte temporal de exploração de 35 anos, apontava para um montante de 287 milhões de euros, também ele muito inferior ao valor de 390 milhões de euros de avaliação do negócio subjacente ao Contrato de Cessão e Subconcessão celebrado pela EDP Produção e pela EDIA.
- c) Em terceiro lugar, ambos os estudos incluem o direito à garantia de potência na avaliação do negócio de exploração das Centrais, claramente apontando no sentido de que qualquer contrato em virtude do qual a EDIA viesse a atribuir aquele negócio por valores iguais ou superiores aos dos estudos – como veio a ser o caso, através do Contrato de Cessão e Subconcessão – implicaria necessariamente que a EDIA seria adequadamente remunerada pelos montantes por si inicialmente suportados a título de investimento na componente hidroelétrica do aproveitamento e, conseqüentemente, que a entidade a quem fosse confiada a exploração das Centrais seria, na realidade, quem suporta o investimento dessa componente pelo período de exploração acordado, tendo portanto o direito a beneficiar da correspondente garantia de potência.

Em resultado da consideração destes aspetos, procedemos a uma ligeira reformulação de algumas passagens específicas do Contraditório, de que apresentamos em anexo uma nova versão, surgindo aquela reformulação nos parágrafos 4 a 6, 247, 250, 253, 261, 286 a 289, 304 (ii), 324, 325, 352 (ii) e 353 (iii).

Para maior facilidade de apreensão destes ajustamentos, aproveitamos ainda para juntar cópia da versão do Contraditório que foi entregue em 2 de fevereiro de 2015.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Com os melhores cumprimentos,

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

Carlos Botelho Moniz
Advogado

NIF 113 897 201 - 14^o B. P. Lisboa - 3258 - Cód. 212214
Rua Castilho, 165 - 1070-050 Lisboa
Tel: 21 361 74 97 - Fax: 21 361 74 98

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

Miguel Nogueira de Brito
Advogado

NIF 155 509 632 - 5^o B.P. Lisboa - 3298 - Cód. 212214
Rua Castilho, 165 - 1070-050 Lisboa
Tel: 21 361 74 43 - Fax: 21 361 74 98

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

Luís do Nascimento Ferreira
Advogado

NIF 223 472 852 - 1^o B. P. Loures-Mozarite - 3158 - Cód. 212214
Rua Castilho, 165 - 1070-050 Lisboa
Tel: 21 361 74 00 - Fax: 21 361 74 11

DGTC 25 2 15 3519



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

**RELATO DA AUDITORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS À
CONCESSÃO DA EXPLORAÇÃO DAS
CENTRAIS HIDROELÉCTRICAS DE ALQUEVA E DE PEDRÓGÃO**

PROCESSO N.º 1/2013 – DA IX

CONTRADITÓRIO DA EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, S.A.

Lisboa, 2 de fevereiro de 2015



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

PLANO DA EXPOSIÇÃO

1.	INTRODUÇÃO	3
2.	QUESTÃO PRÉVIA: ERROS E OMISSÕES GRAVES QUE CONDICIONAM O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS	5
3.	ENQUADRAMENTO GERAL: O PROCEDIMENTO DE CONTRATUALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA EDP SOBRE AS CENTRAIS..	8
3.1.	CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA E SÍNTESE EVOLUTIVA DOS PRINCIPAIS FACTOS.....	9
3.1.1.	<i>Fase até 1995: o reconhecimento originário dos direitos da EDP Produção</i>	<i>9</i>
3.1.2.	<i>Fase entre 1995 e 2007: a tentativa da EDP Produção de contratualizar os direitos adquiridos.....</i>	<i>20</i>
3.1.3.	<i>Fase posterior a 2007: a contratualização dos direitos adquiridos da EDP Produção.....</i>	<i>40</i>
3.2.	APRECIÇÃO: A COMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DE CONTRATUALIZAÇÃO COM O DIREITO NACIONAL E O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA	47
3.2.1.	<i>A validade dos direitos adquiridos.....</i>	<i>47</i>
3.2.2.	<i>A conformidade com as regras do setor energético.....</i>	<i>51</i>
3.2.3.	<i>A conformidade com as regras de concorrência.....</i>	<i>52</i>
3.2.4.	<i>A conformidade com as regras do mercado interno.....</i>	<i>56</i>
4.	OS PAGAMENTOS PREVISTOS E EFETIVOS NO ÂMBITO DO CONTRATO DE CESSÃO E SUBCONCESSÃO	59
5.	INCENTIVO AO INVESTIMENTO EM CAPACIDADE DE PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	65
6.	CONCLUSÕES	72
	LISTA DE ANEXOS.....	77



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

1. INTRODUÇÃO

1. Através de ofício datado de 31 de dezembro de 2014 no âmbito do processo n.º 1/2013 – DA IX, dirigido à EDP – Energias de Portugal, S.A. (doravante, “**EDP**”) e por esta rececionado em 5 de janeiro último, veio o Tribunal de Contas notificar a EDP, para efeitos de exercício do contraditório, do relato (doravante, “**Relato**”) da auditoria por si conduzida (doravante, “**Auditoria**”) à concessão da exploração das centrais hidroelétricas de Alqueva e de Pedrógão (doravante, respetiva e individualmente, “**CHA**” e “**CHP**” e, em conjunto, “**Centrais**”).
2. Uma vez que a EDP – Gestão da Produção de Energia, S.A. (doravante, “**EDP Produção**”) é a entidade cessionária da exploração das Centrais e subconcessionária da utilização privativa do respetivo domínio público hídrico associado, entende-se que aquela sociedade está melhor posicionada para prestar esclarecimentos sobre as questões que possam constituir motivo de preocupação ou dúvida para o Tribunal de Contas neste fase preliminar da análise e, em qualquer caso, apresentar elementos informativos e documentais que, estamos certos, permitirão confirmar a legalidade das opções sucessiva e consistentemente tomadas pelo Estado Português em matéria de outorga, reconhecimento e regularização dos direitos de exploração das Centrais pela EDP Produção (diretamente e através das suas antecessoras legais).
3. Deste modo, o presente documento contém as respostas e observações da EDP Produção ao Relato, para efeitos de exercício do direito ao contraditório consignado no artigo 13.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (doravante, “**LOPTC**”) ⁽¹⁾ e nos artigos 38.º e 60.º do Regulamento da 2.ª Secção do Tribunal de Contas ⁽²⁾.
4. Importa ainda sublinhar que à EDP, na sequência de pedido formulado para o efeito, foi facultada a consulta de alguns dos documentos que estiveram na base do Relato, designadamente os estudos do BIG e do BPI, de 2007, identificados no Anexo III do mesmo, o que motivou a reformulação de algumas passagens, devidamente identificadas na carta que acompanha o envio da presente versão do Contraditório, cuja versão original foi apresentada, dentro do prazo determinado pelo Tribunal de Contas, em 2 de fevereiro de 2015.
5. Salienta-se, todavia, que, conforme despachos do Senhor Conselheiro responsável de 15 de janeiro e de 5 de fevereiro de 2015, não foi autorizada a consulta do Estudo Económico e Financeiro da EDIA, de julho de 2007, e das Notas e Memorandos da

(1) Aprovada pela Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, com a última redação conferida pela Lei n.º 2/2012, de 6 de janeiro.

(2) Aprovado por Resolução n.º 3/98 da 2.ª Secção, de 4 de junho, e alterado, pela última vez, pela Resolução n.º 3/2002 da 2.ª Secção, de 5 de junho.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

EDIA, igualmente identificados no citado Anexo III. Não obstante a EDP Produção ter solicitado cópia destes documentos ao Tribunal de Contas, uma vez que os mesmos poderiam conter informação relevante para efeitos do presente contraditório, não foi autorizada a emissão de cópia dos mesmos, ou a respetiva consulta, por alegadamente serem «documentos internos» da EDIA e conterem «informação reservada».

6. Conforme oportunamente transmitido pela EDP Produção ao Tribunal de Contas em reação à referida recusa de acesso, entendemos que no âmbito dum processo de auditoria com esta natureza não parece conforme aos princípios aplicáveis a utilização de elementos de prova cuja consulta não seja facultada a todos os intervenientes no processo. Para além disso, a natureza reservada invocada para negar o acesso aos solicitados documentos da EDIA é também extensível a todos os demais documentos que integram o processo referido em epígrafe, incluindo os disponibilizados pela EDP Produção sendo que todos os elementos do mesmo processo deverão ficar sujeitos à confidencialidade a que se refere a carta do Senhor Conselheiro responsável de 31 de dezembro de 2014.
7. Na medida do possível, o presente documento procura acompanhar a estrutura do Relato, introduzindo, embora, alguns ajustes formais que visam dar destaque a aspetos que, a nosso ver, não estão adequada ou suficientemente tratados ao longo do Relato. Assim, este documento obedece à seguinte sistematização:
 - (i) Começaremos por enunciar, no capítulo 2, um conjunto de **questões prévias** relacionadas com *erros e omissões graves* do Relato, que, em nossa opinião, acabam por **condicionar erradamente o entendimento** perflhado pelo Tribunal de Contas nesta fase preliminar da Auditoria;
 - (ii) No capítulo 3, apresenta-se uma síntese das principais **etapas do processo de atribuição, reconhecimento e formalização dos direitos da EDP Produção** à exploração da componente hidroelétrica das Centrais, explicitando-se as razões pelas quais o *procedimento de contratualização* adotado em 2007 entre o Estado Português e o Grupo EDP é plenamente **compatível com os princípios e as regras aplicáveis** ao abrigo do direito nacional e do direito da União Europeia (doravante, “UE”);
 - (iii) Seguidamente, o capítulo 4 trata de demonstrar que, ao contrário do que indicia o Relato, a *compensação financeira* a suportar pela EDP Produção como contrapartida da regularização dos seus direitos, não só permite **cobrir o montante dos compromissos** de participação do Grupo EDP nos *custos de investimento* das Centrais, como até **excede** esse montante, sendo ainda **superior à valia de mercado das Centrais**, tal como apurada através da *avaliação contemporânea*



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

elaborada por entidade financeira credível e independente (a do Banco BIG, única das duas que é tratada no Relato e cujas principais conclusões aí são apresentadas);

- (iv) O capítulo 5, por seu turno, procede à demonstração de que só à EDP, e não à EDIA, podia ser atribuído o *direito ao incentivo ao investimento*, nos termos previstos na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto;
- (v) Por fim, o capítulo 6 encerra uma síntese de **conclusões**, das quais se retira, em especial, que tanto o *procedimento* seguido para a contratualização da exploração das Centrais como a *compensação financeira* estipulada para o efeito são inteiramente **conformes aos princípios e às normas** nacionais e europeias e estão **em linha com condições de mercado**, o que não poderá deixar de ser reconhecido pelo Tribunal de Contas nas *fases subsequentes da Auditoria*.

2. QUESTÃO PRÉVIA: ERROS E OMISSÕES GRAVES QUE CONDICIONAM O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS

- 8. Antes de se entrar num exame mais detalhado do Relato, entendemos relevante alertar o Tribunal de Contas para a circunstância de o Relato encerrar, da nossa perspetiva, um conjunto importante de *erros e omissões* que acabam por **desvirtuar a análise preliminar que o Tribunal de Contas faz deste caso**.
- 9. Esta perceção é agravada pelo facto – que se lamenta mas que não podemos deixar de assinalar respeitosamente nesta sede, por ser a primeira vez que é dada oportunidade ao Grupo EDP de se pronunciar no âmbito da Auditoria – de o Relato se servir, por vezes, de uma linguagem *pouco objetiva* e que, em algumas passagens, mais se assemelha a um *libelo acusatório* pouco condizente com um estatuto de órgão de soberania, justamente erigido como tal pelo artigo 209.º, *ex vi* do artigo 110.º, ambos da Constituição da República Portuguesa (doravante, “**CRP**”) ⁽³⁾.
- 10. Reportamo-nos, a título meramente ilustrativo, a referências porventura pouco abonatórias para a posição da EDP – entidade com interesse manifesto e direto neste caso mas que, pelo que se percebe a partir do Relato, foi das poucas com um grau de envolvimento dessa magnitude a não ter podido colaborar até agora com a Auditoria ⁽⁴⁾ – como quando, por exemplo, se *(i)* considera que o memorando de entendimento

⁽³⁾ Nos termos do n.º 2 do artigo 59.º do Regulamento da 2.ª Secção do Tribunal de Contas, «[o] *relato de auditoria* deverá ser claro, preciso, objetivo, sustentado, de preferência não adjetivado, em particular no domínio das *conclusões* (...)». No mesmo sentido, cf. o Manual de Auditoria e de Procedimentos do Tribunal de Contas, Volume I, pp. 68, 97 e 103 disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/manual/manual.pdf>.

⁽⁴⁾ Opção que teria tido perfeito cabimento dentro das regras e boas práticas que regem as auditorias do Tribunal de Contas. Veja-se o Manual de Auditoria e de Procedimentos do Tribunal de Contas, pp. 102, 103, 106, 108, 127, 137 e 138.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

celebrado em 2003 entre a EDIA – Empresa de Desenvolvimento e Infra-Estruturas de Alqueva, S.A. (doravante, “EDIA”) e a EDP (doravante, “**Memorando de Entendimento**”) «representou o primeiro recuo nas pretensões da EDP ao direito exclusivo à exploração da CHA»⁽⁵⁾ ou (ii) se considera que os pareceres jurídicos em que a EDP se apoiou para melhor explicitar junto do Governo os seus direitos teriam sido «encomendados por aquela empresa para reclamar “os direitos adquiridos”»⁽⁶⁾.

11. De igual modo, não pode deixar de se assinalar nesta sede a circunstância de o Relato tomar posição expressa sobre uma questão em litígio entre a EDIA, o Estado Português e a EDP, mais concretamente a questão de saber a qual das duas empresas deve ser atribuído o direito à garantia de potência, na modalidade de reconhecimento do incentivo ao investimento, nos termos previstos na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto.
12. Tal questão constitui o objeto da ação administrativa especial intentada pela EDIA contra o Ministério da Economia, da Inovação e do Desenvolvimento, figurando a EDP Produção como contrainteressada, a qual se encontra pendente no Tribunal Administrativo e Fiscal de Beja, sob o processo n.º 245/11.8BEBJA.
13. Todavia, tal facto, devidamente reconhecido pelo Tribunal de Contas no parágrafo 224 do Corpo do Relato, não impediu este órgão jurisdicional de introduzir no mesmo documento afirmações como as constantes dos respetivos parágrafos 221 («Não faz sentido que à EDIA não tenha sido reconhecido o direito a esse incentivo, apenas porque transmitiu, por determinado período, a licença de produção de energia, como também não faz sentido que este tenha sido atribuído à EDP, enquanto cessionária da exploração») e 223 («Trata-se de mais um aspeto relevante em que a defesa do interesse público só estaria salvaguardada se a valência energética de Alqueva estivesse ao serviço do projeto EFMA, o que não aconteceu»).
14. Ora, sem prejuízo do disposto no artigo 1.º, n.º 3, da LOPTC, estranha-se que um órgão jurisdicional, como tal reconhecido no artigo 214.º da CRP, se permita **tomar posição sobre uma questão em litígio em sentido favorável a uma das partes, sem que sobre a mesma questão se haja ainda pronunciado o tribunal competente para a apreciar e em que a mesma se acha pendente.**
15. Na substância, é de relevar ainda que em todos os aspetos essenciais em que assenta a análise do Tribunal de Contas, este incorre em erros e omissões fundamentais que condicionam as conclusões gizadas.
16. Em primeiro lugar, o Tribunal de Contas parte do pressuposto absolutamente incorreto e incompreensível de que «[a] concessão da exploração da barragem do Alqueva e Pedrógão à

⁽⁵⁾ Cf. os parágrafos 63 e 102 do Relato e, dentro do mesmo registo, o respetivo parágrafo 161.

⁽⁶⁾ Cf. o parágrafo 20 do Relato e, no mesmo sentido, o parágrafo 194.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

EDP teve a sua génese no Protocolo e Acordo Complementar celebrados em 11 de setembro de 1995 (...)» (ênfase nosso) ⁽⁷⁾.

17. Não se vislumbra uma só alusão ao longo do Relato ao facto patente de que a génese deste direito de exploração reside antes na **concessão atribuída a uma sociedade antecessora da EDP Produção pelo Decreto-Lei n.º 116/73, de 22 de março** – cujo património foi integrado em pleno na atual EDP Produção – **diploma que constitui a base legal originária dos direitos adquiridos e que nunca foi revogado**.
18. Em segundo lugar, o essencial da argumentação do Tribunal de Contas nesta Auditoria passa por sustentar que «[a] **EDP nunca participou no investimento das infraestruturas da CHA**» (ênfase nosso) ⁽⁸⁾ e que nem sequer teria *honrado* os compromissos de participação nos custos de investimento do aproveitamento de Alqueva a que se teria vinculado junto do Estado Português.
19. Como se irá demonstrar de forma clara e fundamentada, a contrapartida financeira acordada entre a EDIA e a EDP Produção em 2007 foi **superior às verbas alguma vez estipuladas em compromissos anteriores** e, em particular, às próprias **avaliações financeiras do valor das Centrais em mercado realizadas por entidades bancárias credíveis e independentes a solicitação da EDIA**.
20. Não nos parece, portanto, razoável que o Tribunal de Contas opte por avançar para uma Auditoria centrada em «*apreciar o value for money*» subjacente à fórmula de contribuição financeira da EDP, e elabore o Relato nos termos em que o fez, sem sequer se ter preocupado em indagar, por direitas contas, se as suas alegações têm suporte na realidade que o próprio Tribunal de Contas invoca.
21. Em terceiro lugar, é ainda de assinalar que várias passagens do Relato denotam uma tentativa do Tribunal de Contas de sustentar que a EDIA deveria ter beneficiado, por parte do Estado Português, de um *tratamento distinto e preferencial* face à EDP por ser uma empresa de capitais exclusivamente públicos, fazendo até transparecer algum *preconceito* quanto à capacidade de a EDP, por se tratar de uma empresa privada, contribuir para a salvaguarda do interesse público e dos objetivos que estão ao serviço do projeto de Alqueva ⁽⁹⁾.
22. Esta visão é simplesmente inconciliável com os princípios e as regras básicas do direito europeu, que, como o Tribunal de Contas bem sabe, **vedam em absoluto uma**

⁽⁷⁾ Cf. o parágrafo 153 e, no mesmo sentido, os parágrafos 13 e 235.

⁽⁸⁾ Cf. os parágrafos 36, 40, 95, 109, § 4, 139, 216, 217 e 233.

⁽⁹⁾ Cf., a título de exemplo, os parágrafos 37, 39, 49, 98, alínea *a)*, 109, §§ 1 e 6, 129, 160, A, § 1, 197, 222, 223, 241 e 242.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

diferenciação entre empresas públicas e privadas no domínio do mercado interno e das regras de concorrência.

3. ENQUADRAMENTO GERAL: O PROCEDIMENTO DE CONTRATUALIZAÇÃO DOS DIREITOS DA EDP SOBRE AS CENTRAIS

23. A correta apreensão do processo que conduziu, em 2007, à regularização dos direitos de exploração da EDP Produção (e das entidades que a antecederam) sobre as Centrais postula que se comece por fazer um enquadramento da forma como foi evoluindo, no plano nacional e europeu, o regime jurídico aplicável à concessão, construção e exploração da CHA e da CHP.
24. Procurando seguir de perto as três etapas históricas identificadas no Relato, analisaremos em seguida: (i) a **fase até 1995**, que culmina com a celebração de um protocolo de acordo (doravante, “**Protocolo de Acordo**”) e de um acordo complementar ao Protocolo de Acordo (doravante, “**Acordo Complementar**”), entre a EDIA e a EDP, esta última atuando em representação da CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade, S.A. (doravante, “**CPPE**”) e da Hidrorumo – Projecto e Gestão, S.A. (doravante, “**Hidrorumo**”); (ii) a **fase entre 1995 e 2007**, incluindo a outorga, em 2003, do Memorando de Entendimento; e (iii) a **fase que cobre o encadeamento de eventos relevantes desde 2007 até ao dia de hoje**, incluindo os pressupostos conducentes à celebração, em 24 de outubro de 2007 entre a EDIA e a EDP, do contrato de cessão da exploração das Centrais e de subconcessão do respetivo domínio público hídrico (doravante, “**Contrato de Cessão e Subconcessão**”) ⁽¹⁰⁾.
25. O presente capítulo procura, em particular, dar resposta às considerações tecidas nos capítulos 3 e 4, secção 4.1, e em particular nos parágrafos 8-27, 52-127, 150-205 e 234-243 do Relato.

⁽¹⁰⁾ Cujas designação completa é contrato de exploração das centrais hidroelétricas de Alqueva e Pedrógão e de subconcessão do domínio público hídrico relativo à exploração da componente hidroelétrica das infraestruturas integrantes do sistema primário do Empreendimento de Fins Múltiplos de Alqueva (doravante, “**EFMA**”) e à subconcessão dos direitos de utilização privativa do domínio público hídrico associado para fins de produção de energia elétrica e para implantação de infraestruturas de produção de energia elétrica.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

3.1. CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA E SÍNTESE EVOLUTIVA DOS PRINCIPAIS FACTOS**3.1.1. Fase até 1995: o reconhecimento originário dos direitos da EDP Produção**

26. O Relato parece reconduzir a *gênese* dos direitos invocados pela EDP à década de 90 do século XX, considerando que teriam exclusivo arrimo no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar celebrados em 1995 entre a EDP e a EDIA. Porém, a origem dos direitos adquiridos reporta-se a momento muito anterior, algo que o Relato não trata nem valoriza. Torna-se, assim, imperativo recordar o papel da EDP na conceção, financiamento e exploração das Centrais.
27. Assim, em 1968, foi assinado um Convénio entre Portugal e Espanha para Regular o Uso e o Aproveitamento Hidráulico dos Troços Internacionais dos Rios Minho, Lima, Tejo, Guadiana, Chanca e seus afluentes, nos termos do qual ficou reservada para Portugal a utilização do troço do rio Guadiana entre os pontos de confluência deste com os rios Caia e Cuncos ⁽¹⁾.
28. Em 1969, a Hidroeléctrica do Zêzere, Lda. elaborou o primeiro projeto para a construção da designada *Central Hidroeléctrica e Estação Elevatória de Alqueva*, projeto que veio a ser aprovado por Despacho Ministerial de setembro de 1970.
29. Ainda em 1969, foi criada a Companhia Portuguesa de Electricidade, S.A.R.L. (doravante, “CPE”), que resultou da fusão de empresas que detinham parte da rede elétrica primária de eletricidade, entre elas, a Hidroeléctrica do Zêzere, Lda.
30. Através do Decreto-Lei n.º 116/73, de 22 de março, o Estado Português atribuiu à CPE a concessão do aproveitamento hidroelétrico do rio Guadiana, nos escalões de Alqueva e Rocha da Galé, conforme resulta expressamente do disposto no artigo 2.º do mencionado diploma:

«Para efeitos do disposto no Convénio aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48 661, de 5 de Novembro de 1968, e no estatuto e regulamentos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 206/71, de 14 de Maio, nomeadamente com vista a aquisição dos terrenos sujeitos a jurisdição espanhola a ocupar pelas obras a que se refere o artigo 1.º, fica reconhecida à C.P.E. a qualidade de concessionária do aproveitamento hidroelétrico do rio Guadiana, nos escalões de Alqueva e Rocha da Galé, independentemente da publicação do caderno de encargos da concessão» (ênfase nosso).

⁽¹⁾ Cf. o artigo 3.º, alínea e) do referido convénio, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48 661, de 5 de novembro de 1968.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

31. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de abril, procedeu à nacionalização de um conjunto de sociedades exploradoras do serviço público de produção, transporte e distribuição de eletricidade, incluindo a CPE.
32. No entanto, a nacionalização operada das empresas titulares de concessões de produção (e também de transporte e distribuição) de energia elétrica não extinguiu nem afetou os direitos anteriormente atribuídos às empresas então nacionalizadas. Com efeito, o ato público de nacionalização não se limitou a transferir para o Estado a propriedade das empresas nacionalizadas. Os artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 205-G/75 mantiveram também a própria identidade jurídica das empresas nacionalizadas.
33. O que o legislador fez foi socorrer-se da figura jurídica do *património autónomo*, que lhe permitiu manter a autonomia jurídica das empresas nacionalizadas – enquanto *empresas-objeto* ou *empresas-alvo* – e simultaneamente preservar de forma autónoma o complexo de direitos e obrigações de que essas empresas eram titulares, o que incluía forçosamente, no caso da CPE, a concessão do aproveitamento hidroelétrico de Alqueva outorgada em 1973. Na prática, a universalidade dos bens, direitos e obrigações que integravam o ativo e o passivo das sociedades nacionalizadas, bem como os que se encontravam afetos à sua exploração, foram transferidos para o Estado e integrados no património autónomo das respetivas empresas. As empresas nacionalizadas passaram então a assumir, em relação a todos os atos e contratos celebrados pelas *empresas-objeto*, a posição jurídica e contratual que estas detinham à data da nacionalização.
34. Em 1976 dá-se a constituição da Electricidade de Portugal – Empresa Pública (hoje, EDP), por via do Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de junho. Esta sociedade resultou da reestruturação e concentração, numa única entidade económico-jurídica, das empresas de produção, transporte e distribuição de energia elétrica que haviam sido nacionalizadas em 1975, pelo que o objeto social da nova sociedade passou a abranger estes três níveis da cadeia de valor do setor elétrico.
35. O ato legal fundador da então Electricidade de Portugal – Empresa Pública integrou expressamente nesta sociedade os patrimónios autónomos correspondentes às empresas nacionalizadas em 1975 e todos os direitos e as obrigações afetos a esses patrimónios, **incluindo uma referência inequívoca aos títulos de concessão dos aproveitamentos hidroelétricos** ⁽¹²⁾:

«a EDP terá todos os direitos e ficará sujeita a todas as obrigações que, pelos cadernos de encargos das concessões ou por qualquer outro título regulador do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia elétrica, sejam atribuídos ou impostos às sociedades nacionalizadas (...).

(12) Cf. os n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º e a alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 502/76.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL*Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

Mantêm-se em benefício da EDP as regalias reconhecidas por lei às sociedades concessionárias do serviço público de produção, transporte e distribuição de energia elétrica (...).

O património inicial da EDP é formado:

- a) *Pelos patrimónios autónomos referidos no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 205-G/75 e pelos bens, direitos e obrigações a eles igualmente afetos nos termos da mesma disposição legal (...).*
36. Por Resolução de 12 de dezembro de 1976, o Conselho de Ministros aprovou a realização de um aproveitamento de fins múltiplos no Alqueva e determinou que fosse constituída uma entidade com autonomia técnica e financeira para coordenar todas as ações a empreender para a realização do empreendimento, o que veio a ocorrer por via do Decreto-Lei n.º 298/77, de 21 de julho, que criou o Gabinete Coordenador do Alqueva. A criação desta entidade em nada afetou a concessão atribuída em 1973 à CPE, entretanto integrada no património da EDP.
 37. Em 1978, a EDP apresentou um projeto variante do aproveitamento hidroelétrico do Alqueva, tendo o Governo, através do Despacho Normativo n.º 326/78, de 18 de novembro, decidido não autorizar a assunção de quaisquer outros compromissos relacionados com a realização de despesas de investimento imputáveis ao empreendimento do Alqueva até ao final de 1979, sem prejuízo do aval às despesas entretanto suportadas pela EDP, referentes às obras preliminares em curso já contratadas ou cuja suspensão de execução se mostrasse prejudicial.
 38. Em 1980, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 395/80, de 21 de outubro, determinou que os Ministros das Finanças e do Plano, da Indústria e Energia e da Habitação e Obras Públicas promovessem a retoma dos trabalhos de construção da barragem do Alqueva e respetiva central hidroelétrica, devendo, para o efeito, ser celebrado um protocolo de acordo entre o Estado e a EDP.
 39. Este protocolo não chegou a ser formalizado, pois, quatro anos volvidos, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 5/84, de 12 de janeiro, determinou uma reformulação do projeto, com vista a relançar a obra do Alqueva inserida num modelo que permitisse uma *gestão empresarial* do aproveitamento económico da bacia do Guadiana, a qual, além da vertente energética, passaria ainda pelo aproveitamento agrícola e pelo abastecimento de água às populações e à indústria. Para o efeito, foi decidido que os planos de produção e investimento da EDP para 1984 seriam reformulados por forma a ter em conta a decisão do Governo de relançar a obra de aproveitamento do Alqueva e que se assinaria um protocolo de acordo entre o Estado e a EDP, que fixasse o faseamento dos trabalhos, a comparticipação do Orçamento do Estado no financiamento das despesas e as demais condições habituais em protocolos desta



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

natureza, com vista ao aproveitamento integral do potencial hidroelétrico da cascata do Guadiana.

40. Entretanto, em 1984 a EDP já tinha realizado os acessos às obras por ambas as margens, as instalações do estaleiro, as obras de derivação provisória e a piquetagem da albufeira, trabalhos que corresponderam a um montante de investimento, a preços correntes à data, de 1.252.705 contos entre 1975 e 1982, valor que foi devidamente reconhecido pelo Governo na já referida Resolução do Conselho de Ministros n.º 5/84.
41. Este facto contraria, só por si, a afirmação do Relato, absolutamente inexplicável, de que «[a] EDP nunca participou no investimento das infraestruturas da CHA» (ênfase nosso) ⁽¹³⁾. Voltaremos adiante a esta questão.
42. É nesta sequência que vem a ser celebrado, em 1985, entre o Governo Português e a EDP, o protocolo para o aproveitamento de fins múltiplos de Alqueva (doravante, “Protocolo de 1985”), que fixou alguns dos princípios e regras gerais em que assentaria a concretização do projeto durante a sua fase de construção, designadamente em matéria de definição e repartição dos custos remanescentes a suportar pela EDP, quanto à produção de energia elétrica, e pelo Estado, no que respeita aos outros fins do sobredito aproveitamento.
43. A respeito do Protocolo de 1985, afirma-se no Relato que aquele apenas estabelece os termos da parceria quanto à fase de construção do aproveitamento de Alqueva, «não existindo qualquer referência à sua exploração» ⁽¹⁴⁾.
44. Sucede que, neste ponto, o Tribunal de Contas olvida um aspeto da maior relevância. É que a exploração hidroelétrica estava, já nesta data e desde 1973, atribuída em concessão à CPE (hoje, EDP Produção). Ora, conforme se constata a partir da leitura do preâmbulo do Protocolo de 1985, o Estado Português e a EDP haviam negociado, em 3 de maio de 1979, um protocolo-quadro que exigia que cada empreendimento de fins múltiplos fosse objeto de um contrato ou protocolo especial que «deverá obrigatoriamente conter a especificação das condições técnicas e das disposições económicas e financeiras do aproveitamento, a definição do regime de propriedade com especificação das partes componentes a excluir do património da EDP e, bem assim, daquelas cuja conservação e exploração lhe não pertencem» (ênfase nosso) ⁽¹⁵⁾.
45. Atendendo ao estágio ainda inicial das obras de construção do empreendimento à época, optou-se então por diferir a regulamentação de alguns aspetos do regime para

⁽¹³⁾ Cf. os parágrafos 36, 40, 95, 109, § 4, 139, 216, 217 e 233.

⁽¹⁴⁾ Cf. o parágrafo 88.

⁽¹⁵⁾ Cf. o n.º 1, § 2, do preâmbulo.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

um momento mais próximo da conclusão dessas obras. Ainda assim, e como resulta claro do preâmbulo do Protocolo de 1985, o Estado reconheceu que, em tese, os empreendimentos de fins múltiplos poderiam comportar algumas componentes cuja exploração não seria cometida à EDP, mas sem pôr em causa a concessão da exploração da central já anteriormente atribuída à EDP desde 1973. Acaso o Estado não tivesse atribuído *ope legis* a concessão da exploração da CHA à CPE em 1973, no contrato ou protocolo especial a celebrar em conformidade com o estipulado no protocolo-quadro de 1979 o Estado poderia ter sopesado a possibilidade de não outorgar tal exploração ao Grupo EDP, o que não sucedeu no Protocolo de 1985 nem no Protocolo de Acordo e Acordo Complementar celebrados em 1995.

46. Daqui resulta que o Protocolo de 1985 nunca colocou em crise a atribuição anterior à EDP do direito a explorar a componente hidroelétrica do que viria a ser o EFMA, antes se limitando a adiar a regulamentação do exercício deste direito para momento posterior.
47. Em 1986, a EDP apresentou uma reformulação do projeto variante de 1978, tendo concluído, em março daquele ano, o projeto-base do Alqueva, o qual foi enviado, para aprovação, às Secretarias de Estado da Energia e do Ambiente e Recursos Naturais.
48. Já nos anos 90, o Governo ordenou a elaboração de um estudo de avaliação global e integrada do projeto, que servisse de base à decisão sobre a continuação do mesmo. Nesse estudo, concluiu-se pela importância estratégica do aproveitamento integrado, o que veio a dar azo a que, através do Decreto-Lei n.º 305/93, de 1 de setembro, fosse extinto o anterior Gabinete Coordenador do Alqueva e, no seu lugar, criada a Comissão Instaladora da Empresa do Alqueva, cuja principal incumbência era lançar a execução do projeto de aproveitamento hidráulico de fins múltiplos do Alqueva, tarefa que, nos termos do artigo 2.º, alínea *a*) do referido diploma, incluía a celebração de um protocolo de acordo entre o Estado e a EDP, associando esta empresa à continuidade da execução do projeto.
49. Por esta altura, e no quadro de uma política de racionalização das estruturas de produção, transporte e distribuição de energia elétrica em Portugal, o Decreto-Lei n.º 7/91, de 8 de janeiro, havia alterado a natureza jurídica da Electricidade de Portugal – Empresa Pública, convertendo-a de pessoa coletiva de direito público em pessoa coletiva de direito privado, com o estatuto de sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos e com a firma EDP – Electricidade de Portugal, S.A.
50. Uma vez mais, foi devidamente acautelada, entre as empresas envolvidas, a transição jurídico-económica dos patrimónios e das inerentes responsabilidades, estando previsto que a EDP – Electricidade de Portugal, S.A. sucedesse, de forma automática, global e por mero efeito legal, à Electricidade de Portugal – Empresa Pública, «*continua[ndo] a*



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

universalidade dos direitos e obrigações que constituem o seu património no momento da transformação»⁽¹⁶⁾.

51. Em paralelo, o Decreto-Lei n.º 7/91 determinou que a EDP – Electricidade de Portugal, S.A. procedesse, por meio de cisões simples, à formação de novas sociedades anónimas por si integralmente detidas e ao corresponde destaque das partes do seu património ⁽¹⁷⁾, abrindo assim caminho à *desverticalização das atividades de produção, transporte e distribuição de electricidade*, com empresas autónomas vocacionadas exclusivamente para cada uma destas atividades, a qual viria a ter lugar na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 131/94, de 19 de maio.
52. Nos termos do preceituado nos artigos 4.º e 5.º deste diploma, as atas das assembleias gerais da EDP onde foi deliberada a constituição das novas sociedades constituíram título bastante para os registos necessários, sendo que as relações ou posições jurídicas tituladas à época pela EDP – Electricidade de Portugal, S.A. foram transmitidas, sem alteração de garantias, para cada uma das sociedades resultantes da cisão. Em obediência ao disposto nestas normas, a Assembleia Geral da EDP – Electricidade de Portugal, S.A. de 18 de agosto de 1994 aprovou a constituição da CPPE (hoje designada EDP Produção), através do destaque do património constituído essencialmente pelas centrais, térmicas e hidroelétricas, que integravam o parque electroprodutor da EDP – Electricidade de Portugal, S.A. à época e da assunção das posições jurídicas de que esta sociedade era titular em contratos e em outras relações jurídicas em que era parte, nas matérias compreendidas no objeto social da CPPE, conforme excerto relevante da ata que ora se junta como **Anexo 1**.
53. Em resultado destas transformações, a CPPE sucedeu nos direitos e obrigações da EDP – Electricidade de Portugal, S.A. relativos à produção de energia elétrica, incluindo os respeitantes à exploração da componente hidroelétrica do aproveitamento de Alqueva.
54. O projeto de aproveitamento dos recursos hídricos do rio Guadiana passou, a partir da Resolução do Conselho de Ministros n.º 5/84, já referida, a adotar um *modelo de aproveitamento de fins múltiplos de base empresarial*, cujo regime veio a ser definitiva e concretamente estabelecido pelos Decretos-Leis n.ºs 32/95 e 33/95, ambos de 11 de fevereiro.
55. O primeiro destes diplomas criou a EDIA, empresa de capitais públicos, cujo objeto social consistia na conceção, execução, construção e exploração do EFMA, contribuindo para a promoção do desenvolvimento económico e social na respetiva área de intervenção por via do aproveitamento das potencialidades do projeto, ao passo

⁽¹⁶⁾ Cf. os n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 7/91.

⁽¹⁷⁾ Cf. os respetivos artigos 8.º a 10.º



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

que o segundo criou a Entidade Gestora do EFMA e a Comissão Consultiva para o Empreendimento do Alqueva, a qual integrava, entre outros, um representante da CPPE.

56. **A inclusão da exploração do EFMA no objeto social da EDIA** – que resultava do disposto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32/95 e do artigo 4.º dos Estatutos da EDIA anexos a este diploma – **só pode ser entendida no contexto da exploração integrada do aproveitamento**, como facilmente se entrevê pelo facto de *inter alia* não existir qualquer alusão nos Decretos-Leis n.ºs 32/95 e 33/95 à exploração da componente hidroelétrica do empreendimento, que estava cometida à EDP desde 1973.
57. E nem sequer se poderá dizer que a competência para a exploração *integrada* do EFMA *consumia* ou *extinguiu* o direito da EDP a respeito da exploração da vertente *hidroelétrica*, pois resultava inequivocamente do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 33/95 que a utilização do domínio hídrico na área do empreendimento estava sujeita ao regime da utilização do domínio hídrico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de fevereiro, de onde decorria, entre o mais, a **necessidade de a utilização privativa do domínio público hídrico para fins de captação de águas destinadas à produção de energia elétrica ser titulada por um contrato de concessão a celebrar entre a Administração do Estado e o interessado** ⁽¹⁸⁾.
58. No mesmo sentido milita ainda o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 32/95, que determinava que a EDIA sucede ao Estado na posição jurídica por este detida na Comissão Instaladora da Empresa do Alqueva, entidade criada pelo Decreto-Lei n.º 305/93 com a incumbência de executar o projeto de aproveitamento hidráulico de fins múltiplos do Alqueva, tarefa que contemplava a **celebração de um protocolo de acordo entre o Estado e a EDP, associando esta empresa à continuidade da execução do projeto**.
59. Em consequência, os Decretos-Leis n.ºs 32/95 e 33/95 em nada contendem com o direito à exploração da componente hidroelétrica do EFMA atribuído à CPE desde 1973.
60. Também em 1995, ocorreu uma *profunda alteração na organização e funcionamento* do Sistema Elétrico Nacional (doravante, “SEN”) para permitir a sua abertura gradual e futura a um regime de mercado, introduzida pelos Decretos-Leis n.ºs 182/95 a 188/95, todos de 27 de julho. No plano da produção de energia elétrica, esta modificação foi marcada pela passagem para um regime dualista de exploração, baseado em licenças de produção, concessões de direitos de utilização do domínio hídrico e, no caso do

(18) Cf. os artigos 3.º, n.º 1, alínea a), 9.º, 19.º e 31.º do Decreto-Lei n.º 46/94.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

designado Sistema Elétrico de Serviço Público, contratos de vinculação, em conformidade com o disposto no Decreto-Lei n.º 183/95.

61. Apesar da significativa mudança ocorrida, foi **assegurada a tutela jurídica dos direitos da EDP em relação à exploração da componente hidroelétrica do EFMA** (decorrentes da concessão atribuída em 1973, por lei, à CPE), mediante a consagração, no artigo 67.º do já referido Decreto-Lei n.º 182/95, de um regime especial no que respeita ao processo de estabelecimento e exploração de novos centros electroprodutores. Segundo esta norma, o **aproveitamento hidroelétrico do Alqueva não estava sujeito ao procedimento de consulta previsto na lei** (artigo 14.º do diploma) **para seleção da entidade encarregue de estabelecer e explorar novos centros electroprodutores.**
62. A razão para este regime especial assentava, segundo o legislador, no facto de o projeto técnico relativo ao Alqueva já se encontrar em aprovação e de se prever que viesse a ser objeto de um contrato de vinculação entre a entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte (doravante, “RNT”) e a CPPE, a estabelecer por ajuste direto, como forma de **respeitar os direitos da EDP e adequar a exploração da componente hidroelétrica do Alqueva ao novo modelo de funcionamento do SEN que então vigorava.**
63. Ainda em 1995, e como decorrência dos instrumentos legislativos e contratuais referidos anteriormente, foi celebrado, entre a EDIA e a EDP (esta última em representação da CPPE e da Hidrorumo), o Protocolo de Acordo, que tinha por objeto estabelecer os princípios de relacionamento jurídico entre aquelas empresas relativamente ao aproveitamento hidroelétrico de Alqueva durante a fase da sua construção e exploração. O Protocolo de Acordo foi homologado pelos Ministros do Planeamento e da Administração do Território, da Indústria e da Energia e do Ambiente e Recursos Naturais.
64. A cláusula 3.ª do Protocolo de Acordo determinava que «[a] **exploração da Central Hidroelétrica de Alqueva será transferida para a CPPE, como contrapartida da sua participação financeira na execução do projeto de Aproveitamento Hidroelétrico do Alqueva, pelo prazo de 30 anos (...)**» (ênfase nosso).
65. O Tribunal de Contas afirma a este respeito no Relato que o Protocolo de Acordo *«teve como objetivo a atribuição futura do direito da exploração da CHA à EDP»* (ênfase original) e que no mesmo protocolo se previa ainda *«que a Central de Alqueva viesse a ser concessionada à EDP»* (ênfase nosso) ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ Cf. os parágrafos 93 e 94 do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

66. Ora, com salvaguarda do muito respeito devido, **esta afirmação não tem qualquer arrimo no texto do Protocolo de Acordo nem correspondência na realidade jurídica e factual.** Em lado algum do Protocolo de Acordo se dispõe sobre a atribuição, contemporânea e menos ainda futura, de um qualquer *direito à exploração* da CHA pela EDP. Este direito integrava de há muito (desde 1973) a esfera jurídica das sucessivas sociedades pertencentes ao Grupo EDP, em resultado da concessão atribuída pelo Decreto-Lei n.º 116/73, de 22 de março. A única coisa que o Protocolo de Acordo se limita a fazer é, *reconhecendo e pressupondo* naturalmente a *existência pretérita desse direito, disciplinar* a forma como ele seria exercido.
67. Também a ideia de que o Protocolo de Acordo e o Acordo Complementar exigiriam que a EDP mantivesse a natureza de empresa pública como condição e pressuposto para a sua *exequibilidade* ⁽²⁰⁾ é totalmente desprovida de base legal ou contratual e não tem suporte na realidade. Por este raciocínio, a privatização da EDP teria retirado à empresa todos os direitos e obrigações de que dispunha.
68. O fundamento em que se esteia a apreciação expressa nas citadas passagens do Relato é a perspetiva em que se coloca o Tribunal de Contas nesta etapa preliminar da Auditoria, segundo a qual «[a] *concessão da exploração da barragem do Alqueva e Pedrógão à EDP teve a sua génese no Protocolo e Acordo Complementar celebrados em 11 de setembro de 1995 (...)*» (ênfase nosso) ⁽²¹⁾. Pelas razões apontadas no parágrafo anterior, **esta é uma opinião sem fundamento**, que pura e simplesmente **ignora todos os diplomas e compromissos aprovados pelo Estado antes de 1995.**
69. Desde logo, a génese da concessão da exploração atribuída à EDP é o Decreto-Lei n.º 116/73, de 22 de março, e não o Protocolo de Acordo ou o Acordo Complementar de 1995. Estes documentos, de natureza contratual, reconhecem o direito, mas não o constituem até porque a EDIA não teria competência para atribuir tal título originário à EDP por esta via, tendo até sido criada muitos anos após a constituição dos direitos da EDP. Este direito só poderia ser outorgado com base num ato jurídico do Estado Português, por ser o *proprietário do EFMA* e o *concedente do domínio público hídrico subjacente*. Vale a pena sublinhar que, em 1995 estava em vigor o regime da utilização do domínio hídrico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 46/94, de 22 de fevereiro, que determinava a necessidade de a utilização privativa do domínio hídrico para fins de captação de águas destinadas à produção de energia elétrica ser titulada por um contrato de concessão a celebrar entre a Administração do Estado e o interessado ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Cf. os parágrafos 98, alínea a), 109, § 1, e 160, A, § 1, do Relato.

⁽²¹⁾ Cf. o parágrafo 153 e, no mesmo sentido, os parágrafos 13 e 235.

⁽²²⁾ Cf. os artigos 3.º, n.º 1, alínea a), 9.º, 19.º e 31.º do Decreto-Lei n.º 46/94.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

70. Por outro lado, não se pode ver no Protocolo de Acordo ou no Acordo Complementar a *gênese* de um qualquer direito da EDP à exploração das Centrais, quando é sabido que esse direito assistia à EDP desde 1973, com base no Decreto-Lei n.º 116/73 e no reconhecimento dos diplomas e atos contratuais anteriormente identificados. Pelo contrário, o **Protocolo de Acordo e o Acordo Complementar são os sucedâneos do Protocolo de 1985, que, na sequência do protocolo-quadro negociado em 1979 entre o Estado e a EDP, respeitou o direito de concessão atribuído à EDP no que toca à exploração do ativo correspondente à componente hidroelétrica do EFMA, limitando-se a deferir a regulamentação do exercício desse direito para momento posterior** ⁽²³⁾.
71. Em face do exposto, não se pode confundir a atribuição originária da concessão à EDP por via do Decreto-Lei n.º 116/73 – verdadeira *gênese* do direito à exploração das Centrais – com as condições de exercício deste direito. O Protocolo de Acordo e o Acordo Complementar apenas se ocupam desta segunda questão, assumindo e pressupondo necessariamente como válido o direito à exploração. É nesta exata medida que o Protocolo de Acordo e o Acordo Complementar representam mais uma etapa da confirmação, pelo Estado Português, do direito da EDP à exploração da componente hidroelétrica do EFMA.
72. Para este efeito, ficou determinado nas cláusulas 5.ª a 8.ª do Protocolo de Acordo que caberia à EDIA proceder à construção do aproveitamento hidroelétrico do Alqueva por conta da EDP, assegurando-se, no entanto, que a EDP (através da CPPE e da Hidrorumo) teria de dar o seu acordo ao programa de trabalhos de construção, bem como ao respetivo orçamento apresentados pela EDIA, competindo ainda à EDP fiscalizar, monitorizar e acompanhar a construção da central pela EDIA.
73. Uma vez que, finda a construção CHA, caberia à EDP proceder à respetiva exploração, foi acordado que a **EDP participaria nos custos de investimento da componente hidroelétrica do EFMA pelo montante da sua valia elétrica líquida**, e ainda que a forma de concretizar, em cada ano, a participação da EDP seria em função da *proporção entre a valia elétrica líquida* do aproveitamento e os *custos totais de investimento*, atualizados à data da entrada em exploração, se outra forma não fosse acordada.
74. Na mesma data do Protocolo de Acordo foi ainda celebrado pela EDIA e pela EDP, e homologado pelo Governo, o Acordo Complementar, que detalhava a forma de cálculo da valia elétrica do aproveitamento, a qual correspondia à participação da EDP nos custos de investimento do projeto.

⁽²³⁾ Cf. os parágrafos 44 a 46 *supra*.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIÉDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL*Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

75. Chegados a este ponto, faz-se notar que o Relato apenas reflete uma parte dos princípios relativos às obrigações da EDP em matéria de custeio do investimento.
76. Na verdade, **embora estivesse prevista no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar, a título de princípio geral, a possibilidade de «participação anual da CPPE nos custos de investimento», em função «da proporção entre a valia elétrica líquida e os custos totais de investimento»** ⁽²⁴⁾, logo se contemplou outrossim a opção de as partes acordarem **«outras formas de realizar a participação da CPPE no Empreendimento com o pressuposto de indiferença financeira, balizado pelo limite da participação da CPPE no Aproveitamento previsto no n.º 3, pela taxa de atualização usada no cálculo da valia elétrica e pela correção monetária anual a fazer, por referência a Junho de 1994»** (ênfases nossos) ⁽²⁵⁾.
77. Apesar de o Relato ser totalmente omissivo quanto a esta prerrogativa essencial – o que, uma vez mais, se regista com surpresa – mister se torna concluir que, em face do acordado, **desde cedo que o Estado (através da EDIA) e a EDP contemplaram a possibilidade de a participação do Grupo EDP no investimento da componente hidroelétrica do EFMA não ter de revestir a forma de contribuições anuais, mas, ao invés, passar por outras modalidades de pagamento, desde que o limite da participação da EDP fosse o montante da valia elétrica líquida dessa componente.**
78. Foi precisamente o que veio a ocorrer em 2007, quando o Contrato de Cessão e Subconcessão definiu, para além da realização integral e direta pela EDP do investimento relativo aos reforços de potência de Alqueva e Pedrógão, não previstos em 1995, uma compensação financeira a pagar pela EDP Produção à EDIA, por um valor que, como veremos detalhadamente mais adiante, até excedeu a medida do compromisso financeiro estabelecido em 1995, assim contrariando por inteiro a leitura, errada, que perpassa repetidamente ao longo do Relato, de que esse contrato teria feito “tábua rasa” das obrigações financeiras que competiam à EDP ao abrigo do Protocolo de Acordo e do Acordo Complementar e, mais grave, de que a EDP não teria cumprido as responsabilidades que lhe eram devidas neste particular ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Cf., respetivamente, o n.º 3 da Cláusula 5.ª do Protocolo de Acordo e os n.ºs 2, 7 e 8 do ponto I do Acordo Complementar.

⁽²⁵⁾ Cf., respetivamente, o n.º 4 da Cláusula 5.ª do Protocolo de Acordo e o n.º 9 do ponto I do Acordo Complementar.

⁽²⁶⁾ Cf. os respetivos parágrafos 11, 22, 35, 36, 40, 41, 95, 109, § 4, 139, 195, 216, 217 e 233.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

3.1.2. Fase entre 1995 e 2007: a tentativa da EDP Produção de contratualizar os direitos adquiridos

79. Ainda antes da viragem para o novo século, o Governo, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/96, de 4 de janeiro, reforçou a decisão de avançar inequivocamente com o projeto do EFMA, cometendo à EDIA a obrigação de prosseguir, sem interrupções, o programa do empreendimento.
80. No ano seguinte foi aprovado o Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de março, que, apesar das inúmeras alterações introduzidas na legislação de 1995 do setor elétrico nacional, manteve a norma constante do artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 182/95, acrescentando apenas a necessidade de o contrato de vinculação relativo ao aproveitamento hidroelétrico de Alqueva a estabelecer por ajuste direto entre a entidade concessionária da RNT e a CPPE ser também sujeito a homologação da (hoje designada) Direção-Geral de Energia e Geologia.
81. Em 9 de dezembro de 1997 a CPPE dirigiu uma carta à EDIA, que ora se junta como **Anexo 2**, com uma *proposta de minuta de contrato de exploração da central de Alqueva*, com o objetivo de **concretizar a contratualização da exploração da componente hidroelétrica do EFMA a favor da CPPE e de acertar a compensação financeira devida e a respetiva forma de pagamento enquanto comparticipação no investimento**, tudo em conformidade com o previsto na Cláusula 3.ª do Protocolo de Acordo e na legislação vigente à época.
82. Novamente em 26 de maio de 1999, a CPPE remeteu outra carta à EDIA, que ora se junta como **Anexo 3**, exprimindo a sua surpresa por não ter recebido qualquer reação à carta endereçada em finais de 1997, em especial no que respeita à minuta de contrato proposta. A CPPE aproveitou entretanto esta segunda missiva para enviar nova minuta de contrato de exploração.
83. Uma vez mais, esta comunicação não obteve qualquer resposta da parte da EDIA.
84. Muito ao contrário do que afirma repetidamente o Tribunal de Contas ⁽²⁷⁾, o respaldo dos factos permite verificar o empenho e a diligência que a EDP, direta e indiretamente através das suas sociedades subsidiárias e antecessoras, sempre colocou no sentido de formalizar, não só os seus direitos mas também as suas obrigações em matéria de exploração da componente hidroelétrica do EFMA.
85. Já em 2001, o Decreto-Lei n.º 335/2001, de 24 de dezembro, que modificou os já referenciados Decretos-Leis n.ºs 32/95 e 33/95, manteve a previsão, constante do artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 182/95 (com as alterações entretanto introduzidas pelo

(27) Cf. os respetivos parágrafos 11, 22, 35, 36, 40, 41, 95, 109, § 4, 139, 195, 216, 217 e 233.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIÉDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

- Decreto-Lei n.º 56/97), no sentido de a exploração da componente hidroelétrica do EFMA ser «objeto de contratualização com a CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade, S. A., no respeito pelo disposto no contrato de concessão entre o Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e a Empresa de Desenvolvimento e Infra-Estruturas do Alqueva, S. A., e no Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março»⁽²⁸⁾.
86. Como bem nota o Tribunal de Contas, com a publicação do Decreto-Lei n.º 335/2001 «foi reforçada a determinação de contratualização com a CPPE (representada pela EDP) da exploração da vertente hidroelétrica do EFMA»⁽²⁹⁾.
87. Sucede, porém, que, na mesma passagem do Relato mas em jeito de nota de rodapé, o Tribunal de Contas parece sugerir que a obrigação de contratualização com a EDP a que se fez referência no parágrafo precedente estaria, em alguma medida, *fragilizada* pela circunstância de o n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 33/95, com a redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 335/2001, colocar a carga da EDIA «a utilização do domínio público hídrico do empreendimento para fins de rega e exploração hidroelétrica, nos termos de contrato de concessão a celebrar com o Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território, em representação do Estado» e, nesta conformidade, integrar no objeto social da EDIA «a concessão da referida utilização do domínio público hídrico»⁽³⁰⁾.
88. O eventual alcance pretendido pelo Tribunal de Contas com esta alusão merece que nos detenhamos um pouco mais sobre ela, sem prejuízo de se retomar o tema mais adiante.
89. Como observámos já⁽³¹⁾, os Decretos-Leis n.ºs 32/95 e 33/95, objeto de alteração pelo Decreto-Lei n.º 335/2001, eram totalmente *omissos* quanto à disciplina de exploração da componente hidroelétrica do EFMA, limitando-se, por um lado, a contemplar no objeto social da EDIA a exploração *integrada* do empreendimento e, por outro, a remeter a utilização privativa do domínio hídrico, designadamente para fins de produção de energia elétrica, para o regime de concessão previsto no Decreto-Lei n.º 46/94.
90. Daqui decorre que o Decreto-Lei n.º 335/2001 é verdadeiramente o primeiro diploma jurídico do ordenamento português que incorpora a exploração da componente hidroelétrica do EFMA entre as competências e responsabilidades da EDIA. Fê-lo, no entanto, de forma cauta e no absoluto respeito pelos direitos da EDP e pelas regras vigentes no direito nacional e no direito da UE. Vejamos de perto.

⁽²⁸⁾ Cf. o n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32/95, após a redação inserida pelo Decreto-Lei n.º 335/2001.

⁽²⁹⁾ Cf. o parágrafo 54 do Relato.

⁽³⁰⁾ Cf. a nota de rodapé 6 do Relato.

⁽³¹⁾ Cf. os parágrafos 54 a 59 *supra*.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

91. O próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 335/2001 se encarrega de confirmar que este diploma **não pretendeu criar qualquer situação jurídica nova nem atribuir direitos ex-novo na esfera da EDIA**. Do que se tratava era simplesmente de *clarificar* aspetos essenciais para o arranque operativo do projeto, à medida que se perspetivava a *conclusão iminente* de algumas infraestruturas, continuando a EDIA a centrar o seu domínio de atuação na atividade de *rega agrícola*. Nas palavras do legislador:

*«(...) tendo em consideração que, a partir de 2002, as infraestruturas integradas no EFMA irão sendo sucessivamente concluídas, viabilizando o arranque da respetiva exploração, impõe-se agora **clarificar** aspetos fundamentais relacionados com a envolvente económica e financeira de todo o projeto, designadamente tendo em vista o imperativo de assegurar uma eficiente afetação de recursos que garanta a sustentabilidade económica da EDIA a longo prazo. E mais se justifica essa **clarificação**, dada a circunstância de o aperfeiçoamento e consolidação dos projetos iniciais ter igualmente consentido uma estabilização do modelo tecnológico em que todo o EFMA assenta, permitindo uma mais precisa extrapolação das suas consequências para os planos económico e financeiro.*

*Assim, o presente diploma redefine o âmbito de intervenção da EDIA, cometendo-lhe responsabilidades concretas nos domínios da conceção, execução, construção, gestão e exploração das infraestruturas integrantes do sistema primário – entendendo-se este como o conjunto tecnologicamente integrado de infraestruturas que asseguram como **móbil principal da EDIA o desenvolvimento da atividade de captação, adução e distribuição de água ‘em alta’** (...)» (ênfases nossos).*

92. Uma leitura atenta do teor do Decreto-Lei n.º 335/2001 permite, com efeito, constatar que a única alteração de substância operada por este diploma no domínio da componente hidroelétrica do EFMA é a inclusão, no objeto e nas responsabilidades da EDIA, da utilização do domínio público hídrico do empreendimento para fins de rega e exploração hidroelétrica, o que seria concretizado por meio da celebração de um contrato de concessão com o Estado (representado pelo Ministro do Ambiente) ⁽³²⁾.
93. Só que uma realidade é a utilização do domínio público hídrico para efeitos de rega e produção hidroelétrica e outra, bem distinta, é a exploração da própria componente hidroelétrica do EFMA, *i.e.* das Centrais. A primeira foi cometida à EDIA pelo Decreto-Lei n.º 335/2001 como decorrência lógica e imediata de esta sociedade deter a competência de gestão e exploração *integrada* das infraestruturas do EFMA – competência que continuou a figurar no objeto social da EDIA ⁽³³⁾ – e de, para o

⁽³²⁾ Cf. a alínea *a)* do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32/95, a alínea *a)* do n.º 1 do artigo 4.º dos Estatutos da EDIA anexos a este diploma e o n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 33/95, todos na formulação resultante do Decreto-Lei n.º 335/2001.

⁽³³⁾ Cf. a alínea *ç)* do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32/95 e a alínea *ç)* do n.º 1 do artigo 4.º dos Estatutos da EDIA, na formulação dada pelo Decreto-Lei n.º 335/2001.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

cumprimento da sua missão, necessitar de título bastante para a utilização privativa do domínio hídrico em obediência ao disposto no Decreto-Lei n.º 46/94.

94. Já quanto à segunda realidade indicada, o Decreto-Lei n.º 335/2001 não deixa qualquer margem para dúvidas, estatuinto que a competência da EDIA neste campo é *instrumental* face ao exercício do direito detido pela EDP: «[a] *exploração da componente hidroelétrica das infraestruturas integrantes do sistema primário do empreendimento será objeto de contratualização com a CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade, S. A., no respeito pelo disposto no contrato de concessão entre o Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e a Empresa de Desenvolvimento e Infra-Estruturas do Alqueva, S. A., e no Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março*»⁽³⁴⁾.
95. Pretender ver no Decreto-Lei n.º 335/2001 uma atribuição nova e exclusiva à EDIA de um qualquer direito de explorar a componente hidroelétrica do EFMA equivaleria a sustentar que esse diploma teria pretendido *extinguir* o direito pertencente à EDP – o que manifestamente iria ao **arrepio da opção seguida pelo legislador português** e citada no parágrafo anterior – e, porventura pior, corresponderia a considerar que o **Decreto-Lei n.º 335/2001 violava o direito da UE**. Senão vejamos.
96. Quando o Decreto-Lei n.º 335/2001 foi aprovado, havia já entrado em vigor, no plano europeu, a Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade (doravante, “**Diretiva 96/92/CE**”), e havia inclusivamente expirado o seu prazo de transposição pelos Estados-Membros para as respetivas ordens internas⁽³⁵⁾.
97. Deste modo, quaisquer situações jurídicas que fossem constituídas *ex-novo* após o início de vigência da Diretiva 96/92/CE deveriam acautelar devidamente os postulados de *objetividade, transparência e não discriminação* aplicáveis à instalação de nova capacidade de geração.
98. Como nota o Tribunal de Justiça da União Europeia, um particular só pode pôr em causa uma adjudicação feita em violação das diretivas de contratação pública «**na condição, todavia, de a adjudicação ter sido feita depois de expirado o prazo para transposição previsto pela directiva**» (ênfase nosso)⁽³⁶⁾.
99. Adicionalmente, até à recente aprovação da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos

⁽³⁴⁾ Cf. o n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32/95, após a redação inserida pelo Decreto-Lei n.º 335/2001.

⁽³⁵⁾ A Diretiva 96/92/CE entrou em vigor a 20 de fevereiro de 1997, de acordo com o seu artigo 28.º, e o prazo de transposição terminou a 19 de fevereiro de 1999, conforme resulta do respetivo artigo 27.º

⁽³⁶⁾ Acórdão de 24 de setembro de 1998, *Walter Tögel*, processo C-76/97, n.º 52.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

de concessão (doravante, “**Diretiva 2014/23/UE**”), os contratos de concessão não estavam inteiramente submetidos a uma disciplina jurídica harmonizada no espaço europeu. As diretivas clássicas de contratação pública, que regulam a adjudicação de contratos públicos, excluem expressamente do seu âmbito de aplicação – desde a primeira geração, no início dos anos de 1970 – as chamadas *concessões de serviços*, só sendo aplicáveis às designadas *concessões de obras*.

100. Não obstante esta exclusão, está perfeitamente assente na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, pelo menos desde o acórdão *Telaustria* ⁽³⁷⁾, que, embora as concessões de serviços (como a que respeita à exploração da componente hidroelétrica do EFMA) não estejam sujeitas ao regime jurídico das diretivas sobre contratos públicos, as entidades concedentes que as outorguem estão, ainda assim, obrigadas a respeitar as regras e os princípios gerais dos Tratados, designadamente os que respeitam à *não discriminação* em razão da nacionalidade, à *igualdade de tratamento*, à *transparência*, ao *reconhecimento mútuo*, à *proporcionalidade* e à *salvaguarda da concorrência* no mercado interno. Em termos práticos, isto significa que as entidades concedentes têm, em geral, a obrigação de garantir, a favor de todos os *potenciais concorrentes*, um grau de *publicidade* adequado para garantir a *abertura à concorrência* do serviço concessionado, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação.
101. Na mesma linha do que sublinhámos já a propósito da Diretiva 96/92/CE, qualquer nova concessão que fosse atribuída originariamente à EDIA por efeito do Decreto-Lei n.º 335/2001 teria de respeitar os princípios ínsitos à referida jurisprudência europeia.
102. No caso específico do EFMA, a **compatibilidade do Decreto-Lei n.º 335/2001 com a legislação europeia vigente à data e reportada ao mercado interno da eletricidade e à outorga de concessões assenta na necessária conjugação e confluência de dois fatores: por um lado, o facto de a atribuição à EDP do direito de explorar a componente hidroelétrica do EFMA ter precedido, em muitos anos, o início da liberalização do mercado interno da eletricidade, a jurisprudência dos tribunais da União em matéria de adjudicação de concessões e até a própria adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia; por outro, a circunstância de o Decreto-Lei n.º 335/2001 condicionar explicitamente o exercício dessa prerrogativa de exploração à respetiva contratualização a favor da EDP, em decorrência dos direitos desta.**
103. Não deixa ainda de causar alguma estranheza que o Tribunal de Contas indicie, por várias vezes nesta matéria ⁽³⁸⁾, que a EDIA deveria beneficiar de um *tratamento distinto e*

⁽³⁷⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de dezembro de 2000, processo C-324/98.

⁽³⁸⁾ Cf. os parágrafos 37, 39, 49, 98, alínea a), 109, §§ 1 e 6, 129, 160, A, § 1, 197, 222, 223, 241 e 242 do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

preferencial face à EDP por ser uma empresa de capitais exclusivamente públicos. Ora, como é certamente do conhecimento do Tribunal de Contas, o atual artigo 106.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”) – anterior artigo 86.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia – **veda em absoluto tal diferenciação**.

104. À luz das regras europeias, as **empresas públicas e as empresas privadas estão sujeitas aos mesmos princípios e normas**. Em especial, a natureza pública de uma empresa não permite que se derroguem as regras de concorrência e as regras do mercado interno.
105. Tal decorre ainda do artigo 345.º do TFUE – que consagra o princípio da *neutralidade* no que refere ao regime de propriedade dos Estados-Membros – bem como da jurisprudência dos tribunais da UE, que reconheceram o princípio da igualdade entre as empresas públicas e privadas ⁽³⁹⁾.
106. Note-se, aliás, que se o Decreto-Lei n.º 335/2001 tivesse o alcance que o Relato lhe parece dar – isto é, o da atribuição *ex-novo* à EDIA da concessão da exploração da componente hidroelétrica do EFMA, sem respeito pelos direitos atribuídos à EDP em 1973 – então esse decreto-lei constituiria uma **violação grosseira do direito da UE em matéria de concessões**, tal como explicitado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no mencionado acórdão *Telaustria*. E a atribuição direta dessa concessão à EDIA estaria ferida de *ilegalidade* a essa luz.
107. Em síntese, o Decreto-Lei n.º 335/2001 veio, na esteira dos diplomas e atos jurídicos anteriores, confirmar o direito da EDP a explorar as Centrais, atribuído pelo Decreto-Lei n.º 116/73 e reconhecido sucessivamente pelo Protocolo de 1985, pelo Protocolo de Acordo e pelo Acordo Complementar. Atendendo à estimada aproximação da conclusão das obras do EFMA, o Decreto-Lei n.º 335/2001 foi o diploma que veio estabelecer, pela primeira vez, os traços principais do que viria a ser o figurino de contrato adotado em 2007.
108. Em março de 2003, foi celebrado entre o Estado Português, através do Instituto da Água (doravante, “INAG”), e a EDP um protocolo para a realização do acerto de contas entre a EDP e o Estado relativo aos aproveitamentos de fins múltiplos, que ora se junta como **Anexo 4**.
109. Logo na Cláusula Primeira deste protocolo é **reconhecido o esforço financeiro de investimento realizado no aproveitamento de fins múltiplos de Alqueva, por referência a preços de junho de 2002, suportado pela EDP em € 26.082.315,00**.

⁽³⁹⁾ Cf., entre muitos outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 2014, *Data Medical Service*, processo C-568/13, n.º 34; e de 23 de dezembro de 2009, *CoNISMa*, processo C-305/08, n.º 43.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

110. Este é mais um **facto ignorado pelo Tribunal de Contas e que contende, em toda a linha, com a ideia incompreensível de que «[a] EDP nunca participou no investimento das infraestruturas da CHA»** (ênfase nosso) ⁽⁴⁰⁾.
111. Ainda em 2003, foi publicada, no plano europeu, a Diretiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 96/92/CE (doravante, “**Diretiva 2003/54/CE**”). Esta diretiva veio representar um passo adicional no aprofundamento da abertura dos mercados de eletricidade à concorrência.
112. Em julho de 2003, foi celebrado o Memorando de Entendimento entre a EDIA e a EDP (em seu nome e da EDP Produção e da CPPE).
113. Como tivemos já ensejo de destacar, o Tribunal de Contas vê no Memorando de Entendimento «*o primeiro recuo nas pretensões da EDP ao direito exclusivo à exploração da CHA*» ⁽⁴¹⁾. Sem prescindir da posição expressa no capítulo inicial das questões prévias a respeito da linguagem de que se socorre o Relato neste ponto, que se lamenta, cabe sinalizar que o estabelecimento deste **Memorando de Entendimento assenta num conjunto de premissas que, por algum motivo que não se alcança, não são sequer aflorados no Relato mas que as partes quiseram expressamente registar**, a saber (a título ilustrativo):
- (i) A EDP encontra-se ligada ao projeto do Alqueva desde o seu início, tendo absorvido e sucedido nos direitos e obrigações à empresa (Hidroelétrica do Zêzere, Lda.) que elaborou o primeiro projeto para o Alqueva ⁽⁴²⁾;
 - (ii) A EDP, diretamente ou através de empresas suas participadas ou do seu grupo económico, tem estado sempre e ao longo do tempo associada ao empreendimento do Alqueva, quer na concessão do projeto, quer na execução de obras ⁽⁴³⁾;
 - (iii) O Decreto-Lei n.º 32/95, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 335/2001, reconhece à CPPE (hoje, EDP Produção) o direito a contratualizar com a EDIA a exploração da componente hidroelétrica do EFMA ⁽⁴⁴⁾;
 - (iv) O mesmo Decreto-Lei n.º 32/95, tal como alterado em 2001, reconhece ainda à EDIA o direito de utilização do domínio público hídrico do EFMA, nos termos de contrato de concessão a celebrar com o Governo ⁽⁴⁵⁾;

⁽⁴⁰⁾ Cf. os parágrafos 36, 40, 95, 109, § 4, 139, 216, 217 e 233.

⁽⁴¹⁾ Cf. os parágrafos 63 e 102 do Relato e, dentro do mesmo registo, o respetivo parágrafo 161.

⁽⁴²⁾ Cf. o considerando c).

⁽⁴³⁾ Cf. o considerando d).

⁽⁴⁴⁾ Cf. o considerando g).



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

- (v) No âmbito da legislação do setor elétrico português, não existe qualquer enquadramento legal específico atinente a centros electroprodutores integrados em empreendimentos de fins múltiplos ⁽⁴⁵⁾;
- (vi) O Memorando de Entendimento surge na sequência de negociações anteriores e de propostas avançadas pela EDP pelo menos desde 1997, com o intuito de procurar, desde cedo, regularizar o exercício dos direitos que lhe assistem neste campo ⁽⁴⁷⁾;
- (vii) «A EDIA e a EDP entendem estar perante múltiplas vinculações, pretendendo ambas encontrar uma solução que assegure equilibradamente os direitos emergentes de tais compromissos» ⁽⁴⁸⁾;
- (viii) A valia elétrica líquida continuou a ser o parâmetro de referência para o valor de exploração da componente hidroelétrica do EFMA ⁽⁴⁹⁾, tal como estipulado desde 1995 no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar;
- (ix) A empresa comum deve contratar com a CPPE ou com outra sociedade do Grupo EDP a prestação de serviços de operação e manutenção das Centrais ⁽⁵⁰⁾.
114. No seu Relato, o Tribunal de Contas opta por focar exclusivamente a análise do Memorando de Entendimento no *modelo* então consagrado, que previa a constituição de uma sociedade anónima, participada pela EDIA e pela EDP, destinada a explorar a componente hidroelétrica do EFMA. Como bem sabe o Tribunal de Contas, esse modelo **não viria a ter sequência prática**.
115. Em qualquer caso, o Memorando de Entendimento não pode ser apreendido como se fosse uma *peça isolada e apartada* do histórico do processo, mas antes por referência ao **contexto específico em que surgiu e que vem explicitado nos seus considerandos**, apesar de aparentemente ignorados ou desvalorizados pelo Tribunal de Contas. Em especial, é manifesto que o Memorando de Entendimento tem que ser visto como **mais um elemento da longa negociação que vinha sendo feita entre a EDIA e a EDP na tentativa de regularizar uma situação jurídica que não era contestada por qualquer das partes**, como resulta dos mencionados considerandos.
116. Longe de pôr em causa o direito da EDP à exploração da componente hidroelétrica do EFMA – como pretende o Tribunal de Contas – o Memorando de Entendimento

⁽⁴⁵⁾ Cf. o considerando i).

⁽⁴⁶⁾ Cf. o considerando k).

⁽⁴⁷⁾ Cf. o considerando l).

⁽⁴⁸⁾ Cf. o considerando n).

⁽⁴⁹⁾ Cf. as Cláusulas Quarta e Quinta.

⁽⁵⁰⁾ Cf. a Cláusula Oitava.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

reconhece plenamente a existência e validade de tal direito e expressa tão-somente a divergência existente à data entre a EDIA e a EDP sobre a melhor forma de o formalizar, numa ambiência jurídica que, como referenciado já, era caracterizada pela ausência de um quadro legal que apontasse para soluções únicas e claras.

117. Dito de outra forma, não há nada no Memorando de Entendimento que impacte sobre o direito à exploração da componente hidroelétrica do EFMA, que pertencia à EDP e que é pressuposto pela EDIA nessa sede. Mesmo no plano *conceptual*, se a EDP não dispusesse desse direito na sua esfera jurídica e tal não fosse reconhecido pela EDIA, nem poderiam as partes negociar uma partilha do exercício desse direito. A justeza destas conclusões é tão válida do ponto de vista do eventual *simbolismo* que se pretendesse associar ao modelo de exploração contemplado no dito memorando como da perspetiva do seu verdadeiro *valor jurídico*.
118. De um lado, além dos impressivos considerando já mencionados e de todo o passado de diplomas e atos jurídicos que, com um *sentido único*, antecederam a celebração do Memorando de Entendimento, vale ainda a pena trazer à colação o esclarecimento prestado pela EDIA ao Tribunal de Contas no decurso da corrente Auditoria: «[a] **EDIA nunca equacionou a hipótese de a exploração das centrais de Alqueva e Pedrogão poder ser feita, por si, diretamente, pelo que nunca sentiu a necessidade de elaborar ou encomendar estudo**» (ênfase nosso) ⁽⁵¹⁾.
119. De outro lado, e transposto o exame da questão para o plano jurídico – pois é este que norteia verdadeiramente a atuação de um órgão de soberania – sempre se dirá que, independentemente das opções ponderadas, negociadas ou até acertadas entre a EDIA e a EDP ao nível bilateral, o **Memorando de Entendimento não teria a possibilidade de revogar ou contrariar qualquer preceito de lei imperativa ⁽⁵²⁾ e o Estado, na qualidade de proprietário das infraestruturas integrantes do EFMA e de concedente do domínio público hídrico adjacente, era livre de dar, ou não, o seu assentimento ao modelo previsto no Memorando de Entendimento**. No fim de contas, a própria EDIA só foi criada em 1995, muitos anos após a atribuição legal da exploração às sociedades antecessoras da EDP Produção.
120. Como a realidade demonstrou, esse modelo nunca passou à prática, pelo que, não se concretizando os pressupostos em que havia sido negociada uma opção de compromisso, o exercício dos direitos adquiridos caberia em exclusivo ao seu titular, a EDP.

⁽⁵¹⁾ Cf. o parágrafo 171 e a nota de rodapé 50 do Relato.

⁽⁵²⁾ Sendo particularmente relevantes nesta altura os Decretos-Leis n.ºs 116/73, 32/95, 33/95 e 182/95 (nas suas sucessivas redações) pelas razões já apontadas em texto.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL*Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

121. Em síntese quanto a este aspeto, não podemos concordar com a apreciação do Tribunal de Contas que vê no Memorando de Entendimento um retrocesso face ao direito de exploração da EDP em resultado das sociedades de que provém o seu património.
122. Tendo em vista a recente publicação da Diretiva 2003/54/CE, começaram a ser dados passos, no plano legislativo interno, para antecipar essa ulterior transposição e permitir simultaneamente o arranque do mercado ibérico de eletricidade (doravante, “MIBEL”). Entre estes passos contam-se proeminentemente a decisão de fazer cessar antecipadamente os contratos de aquisição de energia (doravante, “CAE”) celebrados entre a entidade concessionária da RNT e as entidades titulares de licenças vinculadas de produção de energia elétrica, substituindo-os pelo mecanismo dos custos para a manutenção do equilíbrio contratual (doravante, “CMEC”). Esta questão foi inicialmente disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto, e objeto de desenvolvimento no Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, adotado após a decisão da Comissão Europeia que aprovou essa transição jurídica da perspetiva das regras sobre ajudas de Estado ⁽⁵³⁾.
123. Dado que os diplomas reguladores do EFMA assentavam na ideia, vigente até então, de que a exploração da respetiva componente hidroelétrica pela EDP seria objeto da celebração de um CAE por ajuste direto, ao terminar com o papel de *single buyer* da energia produzida por parte da entidade concessionária da RNT, o Decreto-Lei n.º 185/2003 veio determinar, no seu artigo 18.º, que, até à revisão daqueles diplomas, as condições de funcionamento, exploração e remuneração da CHA seriam definidas por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da economia e do ambiente.
124. O regime *transitório* de remuneração da CHA foi estabelecido pela Portaria n.º 1458/2004, de 9 de dezembro, que fixou a remuneração devida à central desde o início de exploração ⁽⁵⁴⁾ e até quatro meses após a entrada em vigor dessa portaria. Uns meses mais tarde, a Portaria n.º 614/2005, de 27 de julho, prorrogou o regime *transitório* de remuneração até 31 de dezembro de 2005.
125. Também a propósito deste tema nos permitimos discordar respeitosamente do raciocínio pressuposto no Relato.
126. De facto, o artigo 8.º da Portaria n.º 1458/2004 dispõe que «**[p]ara os efeitos previstos nesta portaria, a entidade exploradora da CHA poderá ser a própria EDIA ou outra entidade, reconhecida pela DGGE, a quem legitimamente tenha sido atribuída a exploração da Central**» (ênfase nosso).

⁽⁵³⁾ Decisão C(2004)3468 final, de 22.11.2004, no processo N 161/2004 – *Custos Ociosos em Portugal*.

⁽⁵⁴⁾ Que ocorreu em 13.02.2004 para o Grupo 2 e em 18.06.2004 para o Grupo 1.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

127. Ora, os efeitos previstos na portaria eram, apenas e tão-só, a fixação da remuneração da CHA a título transitório. O próprio âmbito de abrangência temporal da remuneração estabelecida – pouco mais de 1 ano na redação original e menos de 2 anos na formulação introduzida pela Portaria n.º 614/2005 – facilmente permite perceber que estava apenas em causa a disciplina da exploração da CHA por um período *efêmero*. Entendimento que é confirmado pelo preâmbulo da Portaria n.º 1458/2004, que, ao reportar-se ao diploma habilitador dessa mesma portaria, reitera que «o Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de Agosto, determinou que as condições de funcionamento, de exploração e de remuneração da Central se efetuassem, **transitoriamente**, em termos a definir por portaria dos Ministros da Economia e das Cidades, Ordenamento do Território e Ambiente» (ênfase nosso).
128. Não se consegue, portanto, alcançar em que medida é que o regime transitório enunciado impediria a EDP de «invocar um direito exclusivo à exploração da referida central hidroelétrica, uma vez que nem tinha sido celebrado o contrato de vinculação previsto no artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, com a alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de março» ⁽⁵⁵⁾.
129. Em primeiro lugar, reconhecendo o Tribunal de Contas – como faz ⁽⁵⁶⁾ – que (i) o Decreto-Lei n.º 185/2003 introduziu um regime jurídico de «caráter transitório» quanto ao funcionamento do SEN, (ii) a Portaria n.º 1458/2004 «veio fixar, também a título transitório, as condições de remuneração, funcionamento e exploração da CHA» e (iii) a norma que previa a possibilidade de a CHA ser explorada pela EDIA ou por outra entidade a quem legitimamente tenha sido atribuída a exploração da CHA é aplicável «[p]ara os efeitos previstos nesta portaria», não se vislumbra como pode este encadeamento factual conduzir à conclusão que o Tribunal de Contas enuncia.
130. Para mais sabendo-se que, mesmo estando somente em questão a definição do regime transitório de funcionamento, exploração e remuneração da CHA, nem assim o Estado Português deixou de acautelar na Portaria n.º 1458/2004 a possibilidade de, em consequência do direito conferido à EDP, esta entidade assumir desde logo a exploração da CHA na sua fase de arranque e durante esse curto hiato temporal.
131. A natureza transitória do regime assim previsto resulta ainda da circunstância de, durante esse período, a exploração da CHA pela EDIA ter sido realizada ao abrigo de uma licença provisória de produção de energia elétrica, que lhe foi atribuída pela então Direcção-Geral de Energia, conforme cópia que ora se junta como Anexo 5. Além do carácter *intrinsecamente precário e transitório* desta licença, foi nela expressamente previsto que «[a] exploração da central hidroelétrica será, durante

⁽⁵⁵⁾ Cf. o parágrafo 68 do Relato.

⁽⁵⁶⁾ Cf. os parágrafos 64 a 68 do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL*Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

os primeiros trinta anos, transferida para a CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Electricidade (...)» (ênfase nosso) ⁽⁷⁾.

132. Essa licença provisória veio a ser convertida, já em 2007, numa licença *definitiva* de produção emitida pela Direção-Geral de Energia e Geologia no pressuposto da celebração do Contrato de Cessão e Subconcessão e entretanto transmitida a favor da EDP Produção, conforme ofício de que se junta cópia como **Anexo 6**.
133. Ainda no âmbito da natureza transitória do período de exploração da CHA coberto pela Portaria n.º 1458/2004, a EDIA e a EDP celebraram, em 17 de março de 2005, o contrato de prestação de serviços de operação e manutenção da CHA a que faz referência o n.º 105 do Relato, ao abrigo do qual a CPPE se comprometeu a assegurar a operação e manutenção dessa central durante uma vigência temporária.
134. Foi ainda devido à natureza transitória das condições de funcionamento, exploração e remuneração da CHA durante esse curto período que, mais tarde, o legislador, através do n.º 1, do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro, sentiu a **necessidade de ratificar os atos praticados pela EDIA, no exercício das atividades que integram o seu objeto social, praticados após a data da sua criação e antes da celebração do Contrato de Cessão e Subconcessão**.
135. Em consequência, o modelo de exploração da componente hidroelétrica do EFMA que vigorou até à outorga do Contrato de Cessão e Subconcessão teve uma natureza exclusivamente transitória e precária, destinando-se somente a **garantir o aproveitamento do potencial hidroelétrico do empreendimento até à consecução dos acordos de execução dos direitos atribuídos à EDP**.
136. O segundo aspeto que se nos oferece sinalizar no seguimento da conclusão retirada pelo Tribunal de Contas ainda a propósito das alegadas implicações jurídicas da Portaria n.º 1458/2004 é o de que a **falta de celebração do CAE entre a EDP Produção e a entidade concessionária da RNT relativo à CHA nada tem que ver com a substância do direito da EDP Produção à exploração da componente hidroelétrica do EFMA**.
137. Dado que o Decreto-Lei n.º 185/2003 tinha entretanto já alterado as regras de enquadramento legal da atividade de geração de eletricidade, anunciando a cessação dos CAE, a inexistência desse contrato vinculado no que se refere à CHA **demonstra apenas que teria de ser necessariamente no contexto do novo quadro jurídico do SEN que se achariam as soluções para formalizar os direitos da EDP Produção nas várias vertentes relevantes**. A celebração de um CAE, nesse novo enquadramento legislativo, não faria sentido.

⁽⁷⁾ Cf. o ponto 5, n.º 2.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

138. Em complemento disso, e como o preâmbulo da Portaria n.º 614/2005 assume abertamente, para que a CHA iniciasse a sua exploração em regime de mercado – ou seja, fora da ambiência de produção vinculada que caracterizava os CAE – seria ainda *«necessário finalizar o contrato com a concessionária da Rede Nacional de Transporte (RNT), visto que os serviços de sistema a contratar condicionam a negociação do valor da parcela de energia e potências»*.
139. Também em 2005 foi publicada a Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, que aprovou a Lei da Água (doravante, “**Lei da Água**”) no contexto da transposição, para a ordem jurídica nacional, da Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000, que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água.
140. No que releva para o caso que nos ocupa, a Lei da Água veio, pela primeira vez, definir um quadro de regulação claro e preciso em matéria de gestão e exploração de recursos hídricos em empreendimentos de fins múltiplos, consideradas como tal as infraestruturas hidráulicas de âmbito regional ou nacional concebidas e geridas para realizar mais do que uma utilização principal ⁽⁵⁸⁾.
141. Confirmando a necessidade de a utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público para produção de energia elétrica ser precedida e titulada por um contrato de concessão, a Lei da Água dispõe que, no caso de a escolha do concessionário recair sobre uma empresa pública a quem caiba a exploração de um empreendimento de fins múltiplos, essa escolha pode ser realizada por decreto-lei ⁽⁵⁹⁾.
142. Entretanto, em 2006 foi transposta em Portugal a Diretiva 2003/54/CE, pelo Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, e pelo Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, que veio concretizar plenamente a liberalização das atividades de produção e comercialização de energia elétrica e instituir um exigente regime de separação (*unbundling*) entre as atividades desenvolvidas em regime de mercado e as atividades reguladas.
143. A narrativa estrutural do Relato passa por sustentar, que *«[c]om a publicação do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, que estabeleceu as bases gerais do setor elétrico nacional, foram dissipadas quaisquer dúvidas sobre eventuais direitos da EDP sobre a CHA. (...) A alegação dos direitos adquiridos de exploração da CHA reclamados pela EDP não era compatível com o novo quadro legal. Tanto mais que o artigo 79.º do Decreto-Lei n.º 29/2006 procedeu à revogação expressa*

⁽⁵⁸⁾ Cf. o n.º 1 do artigo 76.º da Lei da Água.

⁽⁵⁹⁾ Cf. o n.º 4 do artigo 68.º e o artigo 76.º



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL*Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, e do Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de março, diplomas que a EDP invocou para a sustentação dos seus direitos»⁽⁶⁰⁾.

144. Pretende assim o Tribunal de Contas que o pacote legislativo de 2006 teria revogado o direito da EDP à exploração da componente hidroelétrica do EFMA. Com salvaguarda do devido respeito, os fundamentos arrefigados para este fim não podem colher.
145. A reserva expressa pelo Tribunal recolhe aparente justificação no facto, que não se contesta evidentemente, de o Decreto-Lei n.º 29/2006 ter operado uma revogação do Decreto-Lei n.º 182/95.
146. Ora, **estranho seria**, dizemos nós, **que o Decreto-Lei n.º 29/2006** – ao instituir um SEN *integrado*, em que a atividade de geração de eletricidade seria exercida em regime de *livre concorrência* e mediante a atribuição de uma mera *licença* – **tivesse mantido em vigor o quadro jurídico proveniente do Decreto-Lei n.º 182/95**, que assentava na convivência de *dois subsistemas* elétricos dotados de *características vincadamente diferentes* e em que a atividade de produção de energia elétrica a partir de empreendimentos hídricos integrados no Sistema Elétrico de Serviço Público carecia de *três títulos distintos*: (i) um CAE a celebrar com a entidade concessionária da RNT; (ii) uma *licença de produção em regime vinculado*; e (iii) um *contrato de concessão para utilização privativa do domínio público hídrico*.
147. No que para o caso releva, a revogação do Decreto-Lei n.º 182/95 pelo Decreto-Lei n.º 29/2006 não teve, nem podia ter tido, o efeito pretendido pelo Tribunal de Contas de extinguir o direito já adquirido pela EDP. Desde logo, a visão subscrita pelo Tribunal de Contas neste ponto é, dizemo-lo de forma respeitosa, estritamente *formalista*.
148. Recordamos que a norma específica do diploma de 1995 que versava sobre o EFMA era o artigo 67.º, em que se previa (na redação do Decreto-Lei n.º 56/97) que o aproveitamento hidroelétrico do Alqueva não estava sujeito ao procedimento de consulta previsto na lei (artigo 14.º do diploma) para seleção da entidade encarregue de estabelecer e explorar novos centros electroprodutores, devendo antes ser objeto da celebração, por ajuste direto, de um CAE entre a entidade concessionária da RNT e a CPPE.
149. Para se pretender que a abrogação do Decreto-Lei n.º 182/95, e em especial do seu artigo 67.º, extinguiria o direito da EDP a explorar a componente hidroelétrica do EFMA seria necessário, primeiro que tudo, que esse diploma e essa norma fossem a **fonte originária e exclusiva desse direito**. De outra forma, **tendo o direito outra génese, nunca poderia essa revogação, mesmo no plano dos princípios, conduzir ao efeito que o Tribunal de Contas lhe quer atribuir**.

⁽⁶⁰⁾ Cf. os parágrafos 69, 74 e 75.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

150. O que facilmente se observa, em verdade, é que o **artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 182/95 não é, nem nunca foi, a fonte única e originária do direito da EDP**. Em rigor, a previsão de celebração de um CAE entre a entidade concessionária da RNT e a CPPE era apenas um **instrumento, ao lado de vários outros** (*v.g.*, o título de subconcessão para utilização privativa do domínio público hídrico), **com vista a implementar uma das vertentes do exercício desse direito**.
151. A **celebração do CAE não se confunde com a criação do direito que justificava essa celebração à luz do quadro legal vigente em 1995**. Da mesma forma que a substituição da outorga desse CAE pela emissão de uma licença em resultado do novo enquadramento jurídico trazido pelos Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006 em nada afeta ou extingue o direito da EDP a explorar a componente hidroelétrica do EFMA ao abrigo dos títulos jurídicos que, a cada momento, permitam operacionalizar esse direito.
152. Da perspetiva *formalista* em que se coloca o Tribunal de Contas, sempre seria de relevar que os Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006 **não revogaram os diplomas especificamente reguladores do EFMA** (Decretos-Leis n.ºs 32/95 e 33/95, alterados pelo Decreto-Lei n.º 335/2001), que, como o próprio Relato reconhece ⁽⁶¹⁾, constituem «*regime especiais*» face aos diplomas de 2006 que definiram as *bases gerais* da organização e funcionamento do SEN.
153. Manda a regra contida no n.º 3 do artigo 7.º do Código Civil que «[a] *lei geral não revoga a lei especial, exceto se outra for a intenção inequívoca do legislador*». Além de os Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006 não terem revogado os diplomas de 1995 reguladores do EFMA, **de lado algum desses atos legislativos se retira uma «intenção inequívoca» de extinguir ou anular os efeitos produzidos por estes diplomas ou, menos ainda, o direito da EDP que aí vem pressuposto e reconhecido**.
154. Além do mais, é seguro que os diplomas de base do setor elétrico de 2006 **não revogaram a génese do direito da EDP, que é a atribuição da concessão operada a favor da CPE pelo Decreto-Lei n.º 116/73, nem outros instrumentos que foram sucessivamente confirmando e conformando a melhor forma de implementar esse direito quando as Centrais estivessem concluídas**, a saber: (i) o Protocolo de 1985; (ii) o Protocolo de Acordo e o Acordo Complementar; e (iii) a licença provisória de produção de energia elétrica para a CHA atribuída à EDIA na condição de ser transmitida para a CPPE (atual EDP Produção) e de, nessa altura se converter em definitiva.

⁽⁶¹⁾ Cf. o parágrafo 76.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

155. A posição do Tribunal de Contas obrigaria a “passar por cima” dos efeitos jurídicos resultantes de sucessivos atos outorgados pelo Estado Português, no uso do seu *ius imperi*, e pela própria EDP, no uso da respetiva liberdade contratual, sem que tal resulte de preceito algum dos Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006.
156. Assim, tendo o **direito à exploração hidroelétrica sido atribuído por lei à EDP em momento prévio à adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia e à instituição de qualquer norma ou linha jurisprudencial, interna ou europeia, que verse sobre a abertura à concorrência do setor elétrico, e estando esse direito apenas carecido de formalização atendendo ao longo período de construção das Centrais – sendo certo que de há muito que a EDP vinha insistindo para que ocorresse tal formalização – a publicação, em 2006, do novo quadro legal do setor elétrico não pode implicar qualquer ablação do direito da EDP (pois, nesse caso, teria o Estado pretendido realizar uma expropriação sem a necessária compensação), devendo antes ser entendida como uma mera modificação de instrumentos jurídicos, que se destina a permitir outras formas de concretização desse direito.**
157. Mesmo procurando ir além da *forma* e buscar alguma *substância* na alegação do Tribunal de Contas de que o direito da EDP era incompatível com o quadro legal aprovado em 2006, não podemos respeitosamente concordar com esta posição.
158. Há muito que o Estado Português vinha sentindo a necessidade de consagrar *regimes especiais e transitórios* para garantir a formalização dos títulos jurídicos que permitiriam à EDP assumir a exploração da componente hidroelétrica do EFMA. Fê-lo sucessivamente atendendo aos direitos pré-existentes da EDP, à ausência de uma disciplina jurídica especificamente orientada para a exploração de centrais integradas em empreendimentos de fins múltiplos e ao facto de a construção das Centrais só ter ficado concluída mais de 30 anos após a concessão atribuída *ope legis*.
159. Em 2006, e a propósito justamente desta questão, a EDP colocou à apreciação e ponderação do ilustre juríconsulto e catedrático Senhor Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho o tema da validade do direito da EDP ao abrigo da reforma do setor elétrico de 2006, a fim de, caso assim o entendesse, proferir o seu douto parecer jurídico a esse respeito. Como é evidente pelo prestígio e credibilidade da figura do Professor Doutor Gomes Canotilho, o parecer em causa não lhe foi «*encomendado*» pela EDP, ao contrário do que afirma textualmente, com qualificativos pouco próprios, o Tribunal de Contas ⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ Cf. os parágrafos 20 e 194 do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

160. O sobredito parecer veio a ser emitido em 11 de dezembro de 2006 e foi também levado ao conhecimento do Estado Português. Sobre o alcance do direito que a EDP adquiriu a explorar a componente hidroelétrica do EFMA e a proteção jurídica desses direitos, conclui o Professor Gomes Canotilho ⁽⁶³⁾:

«(...) o legislador nacional salvaguardou, ao longo dos sucessivos regimes jurídicos que disciplinaram a produção de energia elétrica a partir de centrais hidroelétricas, o caso particular da CHA, no pressuposto de que se tratava de um aproveitamento hidroelétrico especial, cujo regime jurídico coenvolvia interesses vários, o que fundamentava a respetiva disciplina jurídica através de regras especiais. (...)

De resto, a solução de salvaguardar os efeitos produzidos em matéria de direito de energia é a que melhor se adequa aos princípios e regras subjacentes ao sector, quer porque nos reportamos a uma atividade – produção de energia elétrica – que envolve avultados recursos económico-financeiros de investimento, apenas amortizáveis a longo prazo, quer porque as exigências de liberalização do mercado a nível europeu, atendendo ao atraso tecnológico em alguns casos e à dificuldade em ultrapassar problemas de adaptação das legislações internas, têm sido compatibilizadas com soluções normativas flexíveis e de aplicação paulatina».

161. Dito de outra forma. Nada legitima pressupor que, **ao cabo de todo este tempo e de todas as obrigações de dimensão legal e contratual assumidas, os Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006 teriam vindo simplesmente extinguir direitos já adquiridos, bem como obrigações geradas e situações jurídicas e de facto constituídas nesse pressuposto, sem esboçar ou sopesar o mínimo de responsabilidade pelas contingências daí derivadas e sem avançar com uma solução alternativa para a concessão da exploração das Centrais.**
162. **Acaso o Tribunal de Contas também defenderá, em coerência, que era ilegal, à luz do novo quadro jurídico do SEN e dos princípios e regras da UE, a manutenção em vigor dos CAE para lá de 2006, com base nos contratos existentes à data e celebrados ao abrigo do enquadramento legal de 1995, para os produtores que optassem por não fazer cessar os seus contratos, como efetivamente aconteceu com 2 dos 3 produtores vinculados em Portugal ⁽⁶⁴⁾? Ou o facto de a concessão da RNT atribuída à REN – Rede Eléctrica Nacional, S.A. (doravante, “REN”) pelos Decretos-Leis n.ºs 182/95 e 185/95 ter sido mantida e revalidada em 2006 por mero efeito legal?**
163. E nem se diga que estas opções só seriam justificáveis no plano nacional e europeu por dizerem respeito a situações jurídicas já inteiramente *consolidadas e formalizadas* na ordem

⁽⁶³⁾ Cf. as páginas 22 e 44 do parecer indicado no parágrafo 237 do Relato.

⁽⁶⁴⁾ A EDP foi o único operador que aceitou fazer cessar antecipadamente os CAE das suas centrais, libertando a correspondente energia para mercado.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

jurídica em momento anterior à Diretiva 2003/54/CE e aos Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006.

164. Basta atentar na evidência de que a referida Diretiva e estes diplomas, ao mesmo tempo que determinaram a *elegibilidade* de todos os consumidores de energia elétrica, procederam também à criação da figura *essencial*, mas até aí *inexistente*, do *comercializador de último recurso de eletricidade*, tendo a responsabilidade e competência para o exercício desta atividade sido cometidas *ope legis* a novas sociedades a constituir pelos operadores das redes de distribuição durante o prazo de duração das respetivas concessões – o que bem se compreende por se tratar de uma missão anteriormente assumida por estes operadores ⁽⁶⁵⁾.
165. Da mesma forma que o artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 172/2006 determinou, a título de regra geral, que «[a]s concessões previstas no presente decreto-lei consideram-se, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, atribuídas às entidades que à data da entrada em vigor do presente decreto-lei exerçam as correspondentes atividades» (ênfase nosso).
166. E não é por *existir* o artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 172/2006 que o seu teor se torna *automaticamente compatível* com as regras nacionais e europeias. Pela mesma lógica *formalista* que este raciocínio encerra, vimos já que, ao não se terem revogado em 2006 os diplomas enquadradores do EFMA, mantiveram-se plenamente em vigor na ordem jurídica, pelo menos, as normas desses diplomas que reconheciam inequivocamente o direito da CPPE (hoje, EDP Produção) à exploração da componente hidroelétrica do EFMA em resultado da concessão de 1973 atribuída por lei à CPE, cujo património foi nacionalizado e integrado sucessivamente na Electricidade de Portugal – Empresa Pública e na EDP – Electricidade de Portugal, S.A. (hoje, EDP) e subsequentemente transferido para a atual EDP Produção.
167. Acresce ainda que as disposições de 1995 que estabeleceram as bases legais do setor elétrico foram já adotadas em legislação que iniciava o longo processo legislativo de liberalização do setor elétrico, designadamente criando, no âmbito específico da produção de eletricidade, o designado Sistema Elétrico Não Vinculado, em que o acesso a essa atividade era livre e o seu exercício decorria em condições de mercado.
168. Evidentemente que não se ignora que a Diretiva 2003/54/CE e a reforma de 2006 do SEN trouxeram princípios e regras inteiramente orientados para uma lógica de abertura do setor à concorrência. Simplesmente, como estes exemplos ilustram, **não se podem confundir situações jurídicas novas com direitos adquiridos.**

⁽⁶⁵⁾ Cf. o artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, o artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 172/2006 e o considerando (27) e o artigo 3.º, n.º 3 da Diretiva 2003/54/CE.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

169. Todos os casos acima referidos têm um fundamento e um pressuposto em comum com a posição jurídica da EDP face à exploração da componente hidroelétrica do EFMA, que é o de que, **independentemente dos títulos jurídicos que vão sendo mais adequados a dado passo da evolução do ordenamento jurídico para tutelar e corporizar os direitos subjacentes a tais títulos, as regras nacionais e europeias respeitam e reconhecem os direitos adquiridos e subjetivos formados em data anterior à do surgimento dessas regras.**
170. **Não se trata, portanto, de uma situação de revogação de direitos adquiridos**, ao contrário do que argumenta o Tribunal de Contas, **mas, quanto muito, de revogação de modelos jurídicos de disciplina do SEN e de estabelecimento genérico de princípios gerais para a respetiva organização e funcionamento aplicáveis a novas situações jurídicas.** Justamente por isto, a questão da existência ou inexistência dos direitos adquiridos da EDP neste caso não pode ser analisada como se se tratasse de um problema de *sucessão* de leis no tempo, pois os novos diplomas não revogaram os direitos em causa, mas antes de *interpretação e aplicação* de leis no tempo.
171. É um princípio basilar das ordens jurídicas dos Estados-Membros da União que as *leis só dispõem para o futuro*. E ainda que, em situações excecionais e devidamente fundamentadas, lhes seja atribuída eficácia *retroativa* (o que nitidamente não é o caso dos diplomas que temos vindo a examinar), ficam *ressalvados* os direitos e os efeitos produzidos por normas anteriores ⁽⁶⁶⁾. **É por isso que os direitos são “adquiridos”. Caso contrário, os seus titulares teriam de ser compensados pela perda sofrida.**
172. É, por isso, com surpresa que se constata que, sendo este o aspeto primacial da Auditoria do Tribunal de Contas, o Relato passa ao lado da análise de *fundo* desta questão. **Não se vislumbra, na verdade, sequer uma referência e uma preocupação em torno das consequências financeiras que resultariam para o Estado Português de ter levemente debelado o direito conferido à EDP sem qualquer justificação e contrapartida.** Da mesma forma que não há uma palavra no Relato sobre o facto de tais contingências terem naturalmente “pesado” na decisão tomada pelo Estado em 2007 de regularizar finalmente o direito da EDP a explorar a componente hidroelétrica do EFMA, como sempre faria qualquer investidor privado em condições de mercado colocado perante as mesmas condições. Retomaremos este ponto mais adiante.
173. Não nos parece, portanto, que haja base para considerar que a entrada em vigor da segunda geração de regras nacionais e europeias sobre o mercado interno da eletricidade teria o objetivo ou o efeito de retirar, sem mais, à EDP Produção o direito que foi originariamente atribuído em 1973 a uma sociedade que a antecedeu e que foi

⁽⁶⁶⁾ Entre nós, veja-se o artigo 12.º do Código Civil.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

outorgado de forma inteiramente legal e legítima à luz das regras vigentes à data. Isto, num tempo em que **não existiam ainda diretivas sobre o mercado interno da eletricidade e em que os tribunais da União não tinham ainda gizado jurisprudência aplicável à outorga de contratos de concessão. Mesmo que se entendesse que a obrigação de abertura à concorrência dos contratos de concessão decorre dos próprios tratados europeus originários, o direito de concessão atribuído às entidades antecessoras da EDP é muito anterior à adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia, pelo que a entrada de Portugal na Comunidade não põe naturalmente em causa esse direito.**

174. Tal como assinalámos já no contexto das diretivas sobre contratos públicos, o Tribunal de Justiça da União Europeia confirma que um particular só pode pôr em causa uma adjudicação feita em violação das diretivas de contratação pública **«na condição, todavia, de a adjudicação ter sido feita depois de expirado o prazo para transposição previsto pela directiva»** (ênfase nosso) ⁽⁶⁷⁾.
175. Ademais, qualquer pretensão de ver na Diretiva 2003/54/CE e nos Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006 um qualquer direito da EDIA a assumir a exploração das Centrais em lugar da EDP Produção – *quod non* – seria frontalmente contra as normas desses textos legais e os princípios e regras de direito da União, pois, aí assim, estaria em causa a atribuição de um direito constituído *ex-novo* já posteriormente às diretivas europeias, à jurisprudência e ao ato de adesão a que se fez referência no parágrafo anterior.
176. A natureza pública da EDIA não infirma, de forma alguma, esta conclusão, dado que os artigos 106.º e 315.º do TFUE inibem qualquer derrogação às regras dos tratados e ao direito derivado europeu fundada na distinção entre empresas públicas e privadas. Trata-se, aliás, de um princípio geral do direito da UE que o Relato pura e simplesmente ignora.
177. No mesmo sentido confluí também a vontade contemporânea do Estado, na veste simultânea de legislador, proprietário do EFMA e concedente do uso privativo do domínio hídrico a este associado, expressa pela atuação que precedeu e se seguiu à reforma do setor elétrico de 2006 e que culminou, uns escassos meses mais tarde, na celebração do Contrato de Cessão e Subconcessão.

⁽⁶⁷⁾ Acórdão de 24 de setembro de 1998, *Walter Tögel*, processo C-76/97, n.º 52.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015***3.1.3. Fase posterior a 2007: a contratualização dos direitos adquiridos da EDP Produção**

178. O Relato parece assentar no pressuposto de que as negociações entre a EDIA e a EDP com vista à formalização dos direitos desta sobre a componente hidroelétrica do EFMA só teriam começado após a aprovação do quadro jurídico do SEN aprovado em 2006 ⁽⁶⁸⁾, quando vimos já que essas negociações vinham decorrendo, com diferentes ritmos, desde há largos anos atrás.
179. Não obstante as disposições e os compromissos referidos, e malgrado o empenho da EDP, não se encontrava ainda concretizada a formalização das condições de exercício do direito da EDP Produção à exploração da componente hidroelétrica do EFMA, por razões que não lhe eram imputáveis e que incluíam, nomeadamente, a falta de celebração, entre o Estado e a EDIA, do contrato de concessão de uso privativo dos recursos do domínio público hídrico relativo ao EFMA previsto no Decreto-Lei n.º 33/95, na redação resultante do Decreto-Lei n.º 335/2001.
180. Entrando em 2007, foram aprovados nesse ano quatro diplomas essenciais, cuja leitura tem de ser feita em bloco, os quais permitiram finalmente regularizar os títulos jurídicos necessários ao exercício dos direitos adquiridos da EDP Produção.
181. Assim, o Decreto-Lei n.º 42/2007, de 22 de fevereiro, começou por redefinir as infraestruturas afetas ao EFMA, sob gestão da EDIA, bem como as competências relativas ao uso e concessão dessas infraestruturas e outros bens do domínio público instrumentais para a sua atividade. A aprovação deste diploma deve-se a várias circunstâncias enunciadas no seu preâmbulo e no seu articulado, designadamente: (i) o facto de a última intervenção legislativa no sentido de definir o âmbito de intervenção da EDIA datar de 2001 (através do Decreto-Lei n.º 335/2001) e de, desde então, muitas das infraestruturas integradas no EFMA terem sido concluídas; (ii) a necessidade de conformar a regulamentação do EFMA ao novo quadro regulador da gestão dos recursos hídricos, que sofreu importantes alterações por força da Lei da Água; e (iii) a conveniência de adequar alguns aspetos da legislação vigente em termos energéticos à fase de exploração do EFMA, ajustando-o, em particular, às alterações entretanto ocorridas no setor da energia.
182. O Decreto-Lei n.º 42/2007 revogou os Decretos-Leis n.ºs 32/95 e 33/95, bem como o Decreto-Lei n.º 335/2001 que os havia alterado. À semelhança do que ocorria com os diplomas de 1995 e 2001 que definiram o âmbito de atuação da EDIA e conformaram as principais envolventes do EFMA, o Decreto-Lei n.º 42/2007 continuou a cometer à

⁽⁶⁸⁾ No parágrafo 78, o Tribunal de Contas afirma que «[a]pós a publicação do Decreto-Lei n.º 172/2006 e legislação complementar, ficaram então reunidas as condições para o início do processo negocial relativo ao contrato de concessão em causa».



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

- EDIA a responsabilidade de gerir, explorar, manter e conservar as infraestruturas integrantes do sistema primário do EFMA, aqui incluída a utilização do domínio público hídrico afeto ao empreendimento para fins de rega e exploração hidroelétrica ⁽⁶⁹⁾. O Decreto-Lei n.º 42/2007 acrescentou ainda que o uso do domínio hídrico seria titulado por um contrato de concessão a celebrar nos termos da Lei da Água e que a exploração da componente hidroelétrica do EFMA seria atribuída no respeito pelos princípios subjacentes aos Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006 ⁽⁷⁰⁾.
183. Ora, conforme tivemos oportunidade de verificar nos parágrafos 139 a 177 das presentes observações, **nem as disposições relevantes da Lei da Água nem os «princípios subjacentes» aos Decretos-Leis n.ºs 29/2006 e 172/2006 implicaram qualquer ablação do direito atribuído à antecessora da EDP Produção em 1973.**
184. Deve ainda ter-se em consideração que a análise do Decreto-Lei n.º 42/2007 terá de ser feita à luz da «*unidade do sistema jurídico*» e das «*circunstâncias em que a lei foi elaborada*», quer dizer, considerando a *mens legis*, como ordena o artigo 9.º do Código Civil.
185. Deste prisma, o Decreto-Lei n.º 42/2007, longe de constituir o *fin da linha* no processo de regularização dos títulos de exploração da componente hidroelétrica do EFMA, foi antes um *passo intermédio* que permitiu, como resulta do seu preâmbulo e das suas normas, compatibilizar o estatuto da EDIA e o quadro regulador do EFMA com as especificidades dos empreendimentos de fins múltiplos.
186. Entre estas especificidades contava-se a obrigação, decorrente do n.º 4 do artigo 68.º e do artigo 76.º da Lei da Água, de primeiro se celebrar um contrato de concessão entre o Estado e a entidade gestora do empreendimento, para só depois haver lugar, sendo esse o caso, à contratualização, entre a entidade gestora e os interessados, do exercício de direitos sobre componentes específicas dos aproveitamentos de fins múltiplos.
187. Transpondo este quadro normativo para a situação particular do EFMA, tal implicava que o Estado português estaria obrigado a atribuir à EDIA a gestão do EFMA, em bloco, para efeitos de administração das diversas infraestruturas integrantes do empreendimento. Sabendo-se que uma das componentes infraestruturais do EFMA é a que respeita à produção de eletricidade a partir de aproveitamentos hidroelétricos, daqui decorre que a concessão da gestão e exploração do EFMA, a par da concessão de utilização privativa do domínio público hídrico, teria que ser feita em primeira linha à EDIA e só depois, restrita à componente hidroelétrica e respetivos direitos de utilização hídrica, atribuída por esta à EDP.

⁽⁶⁹⁾ Cf. os n.ºs 1 e 4 do artigo 2.º, as alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 3.º e as alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 4.º dos Estatutos que constituem o Anexo I.

⁽⁷⁰⁾ Cf. o n.º 4 do artigo 3.º



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

188. Nesta senda, o Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de maio, definiu um novo regime de utilização dos recursos hídricos e de formalização dos respetivos títulos, confirmando que «[o]s empreendimentos de fins múltiplos originariamente constituídos para realizar mais do que uma utilização principal são geridos, em cada caso, por uma única entidade pública ou privada» e que a concessão de uso privativo pode «ser diretamente atribuída por decreto-lei às entidades públicas empresariais e às demais empresas públicas a quem deva caber a exploração de empreendimentos de fins múltiplos»⁽¹⁾.
189. O n.º 5 do artigo 91.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007 dispunha: «As empresas a quem já tenha sido atribuída, ao abrigo do artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, a execução e exploração de centros electroprodutores, e desde que o Estado já tenha definido as condições de ligação desses centros à Rede Elétrica Pública, nos termos do Decreto-Lei n.º 312/2001, de 10 de Dezembro, mantém os direitos e obrigações assumidos, devendo a construção e exploração do respetivo aproveitamento hidroelétrico ser titulada por contrato de concessão com o Estado, a celebrar, nos termos da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, e do presente diploma, no prazo de dois anos». Era este o caso da CHA, cujas condições de ligação à rede foram definidas ao abrigo do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 312/2001. No caso da CHP, e uma vez que está em causa um centro hidroelétrico de geração com base em fonte renovável, as condições de ligação à rede obedeceram igualmente ao disposto em legislação anterior, em concreto o Decreto-Lei n.º 168/99, de 18 de maio.
190. Escassos meses volvidos, e sempre dentro da mesma linha jurídica, o Decreto-Lei n.º 311/2007, de 17 de setembro, estabeleceu o primeiro regime jurídico integrado de constituição e gestão dos empreendimentos de fins múltiplos.
191. Reconhecendo o que resultava já do corpo normativo anterior, reafirma-se com clareza a exigência de a gestão de cada empreendimento ser atribuída numa lógica integrada e unitária. Ainda assim, clarifica-se o seguinte, no n.º 1 do artigo 4.º:
- «A gestão do empreendimento de fins múltiplos compreende unicamente a administração das infraestruturas hidráulicas e de outros bens e meios que constituam partes comuns às várias utilizações dos recursos hídricos, não se substituindo, no mais, aos direitos e obrigações dos utilizadores individuais nem às atividades económicas por estes desenvolvidas»* (ênfase nosso).
192. Como princípio geral, e na sequência do disposto nos já referidos artigo 76.º da Lei da Água e artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, foi reafirmada a exigência de a gestão de cada empreendimento de fins múltiplos ser atribuída. Ficou ainda estipulado no respetivo artigo 25.º que o disposto no Decreto-Lei n.º 311/2007 não prejudicava o

(1) Cf., respetivamente, o n.º 1 do artigo 7.º e o n.º 1 do artigo 24.º



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

regime jurídico aplicável à gestão, exploração, manutenção e conservação das infraestruturas integrantes do EFMA.

193. No mesmo dia de aprovação do Decreto-Lei n.º 311/2007, foi igualmente adotado o Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro, que aprovou as bases da concessão de gestão, exploração e utilização privativa do domínio público hídrico do EFMA.
194. Estando nesta fase concluída a construção das Centrais e tendo já sido iniciada a respetiva operação, e existindo finalmente um quadro legal claro e preciso para a gestão e exploração dos empreendimentos de fins múltiplos, era então chegada a altura de **formalizar e compatibilizar o feixe de direitos e deveres que impendiam sobre o EFMA.**
195. Como observa o Tribunal de Contas, sem contudo daí retirar as consequências devidas, o Decreto-Lei n.º 313/2007 *«enquadrou a concessão dos direitos de exploração das centrais hidroelétricas de Alqueva e de Pedrógão, no respeito pelos direitos adquiridos por terceiros ao abrigo de legislação anterior»* ⁽⁷²⁾.
196. Tendo mediado mais de 30 anos entre a concessão da exploração da componente hidroelétrica do EFMA atribuída à CPE e o momento da contratualização deste direito, **o legislador expressou de forma clara o reconhecimento da existência e manutenção deste direito e a necessidade de o acomodar às sucessivas obrigações legais e contratuais que recaíam sobre as partes envolvidas.**
197. Basta atentar nos considerandos e no articulado do Decreto-Lei n.º 313/2007 para se perceber que não houve aí qualquer inflexão legislativa que tivesse por desiderato ou efeito privar a EDP do direito adquirido à exploração da componente hidroelétrica do EFMA e, conseqüentemente, indemnizá-la por essa privação. Numa palavra, não há nenhum *novo* direito atribuído à EDP, mas apenas a formalização, nesse concreto momento histórico, da única solução jurídica legalmente admissível à luz das normas nacionais e europeias que regulam os recursos hídricos e energéticos do País e do direito conferido à EDP em 1973.
198. Atendendo ao enquadramento jurídico aplicável, por um lado, à gestão de empreendimentos de fins múltiplos, constante do Decreto-Lei n.º 311/2007, e, por outro, à outorga de títulos de uso privativo do domínio público hídrico em aproveitamos do género, tal como resultante da Lei da Água e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, a concessão formalizada pelo Estado a favor da EDIA nos termos do Decreto-Lei n.º 313/2007 compreendeu a universalidade das infraestruturas do EFMA e teve duas vertentes, expressas no artigo 2.º deste diploma: a concessão da *gestão e exploração do EFMA* e a concessão da *utilização privativa do domínio público hídrico associado.*

⁽⁷²⁾ Cf. os parágrafos 124 e 180 do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

199. A utilização deste modelo contratual é o corolário lógico das exigências legais acima referidas, de onde decorre que a gestão de um empreendimento de fins múltiplos e a concessão dos respetivos direitos associados tem necessariamente de começar por ser atribuída pelo Estado a uma única entidade gestora. E embora a concessão da gestão e exploração do empreendimento, de um lado, e a concessão da utilização privativa do domínio público hídrico associado, de outro, pudessem em tese ser atribuídas através de dois instrumentos contratuais distintos, o facto é que as especificidades próprias do EFMA, designadamente a previsão de a EDIA subconcessionar de seguida essa exploração e utilização à EDP na sua componente hidroelétrica, justificaram a sua contratualização unitária, como decorre de forma clarividente dos considerandos preambulares do Decreto-Lei n.º 313/2007, em termos que justificam detalhada atenção:

*«O empreendimento de fins múltiplos de Alqueva (EFMA), pelos seus antecedentes históricos, dimensão e natureza, pela sua importância no desenvolvimento das regiões por ele abrangidas e pela particularidade de que se reveste no âmbito do aproveitamento dos recursos hídricos nacionais, associados à **necessidade de consolidação de situações preexistentes constituídas ao abrigo da regulamentação que sucessivamente veio regendo a exploração do EFMA, impõe um tratamento particular desta situação, o qual deve observar, adaptando, os princípios definidos para a utilização do domínio público hídrico e produção hidroelétrica atualmente em vigor.** (...)*

O presente decreto-lei, confirmando o estatuto singular do EFMA face aos outros empreendimentos de fins múltiplos previstos na lei, preconiza já a regularização do título contratual adequado à regulamentação dos termos e condições de gestão, exploração e utilização do domínio público hídrico afeto ao EFMA para fins de rega e exploração hidroelétrica, o qual deverá revestir a forma de contrato de concessão e respeitar os termos da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro. (...)

As características próprias do EFMA, a sucessiva regulamentação que especificamente sobre ele recaiu, bem como o conjunto de direitos e obrigações assumidos pelo Estado e pela EDIA perante terceiros, tornam indissociáveis as regras de gestão de exploração do empreendimento das condições de utilização do domínio público hídrico associado e recomendam a sua contratualização unitária, motivo pelo qual se entende justificada a aprovação das bases da concessão a atribuir à entidade gestora.

Importa, assim, assegurar a definição dos termos em que terá lugar a formalização, mediante outorga dos respetivos contratos, de todos os compromissos e direitos legalmente atribuídos por atos legislativos anteriores à EDIA e a terceiros com relação à exploração do EFMA.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

Aproveita-se agora para clarificar o modo como os diversos direitos em presença se articulam entre si, atualizando-os também face ao novo quadro legislativo em vigor (...)» (ênfases nossos).

200. Nesta medida, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 313/2007 autorizou desde logo a EDIA a subconcessionar o uso privativo do domínio hídrico e a ceder a exploração das centrais hidroelétricas integradas no EFMA, «no respeito pelos direitos adquiridos ao abrigo de legislação anterior, designadamente pelo disposto no artigo 67.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 56/97, de 14 de Março, e no n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 32/95, de 22 de Fevereiro, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 335/2001, de 24 de Dezembro».
201. Adiante-se, desde já, que a única forma de compatibilizar este quadro legislativo com as regras nacionais e europeias que regem o setor energético e o mercado interno é precisamente através de uma constatação que o Tribunal de Contas nem aborda.
202. Na verdade, o regime do Decreto-Lei n.º 313/2007 e o Contrato de Cessão e Subconcessão que nele se baseou são inteiramente conformes às referidas regras porque se suportam em dois pressupostos absolutamente essenciais.
203. O primeiro pressuposto é o de que, pelas razões já avançadas, a concessão atribuída à EDIA num primeiro momento é a única forma de permitir subsequentemente a formalização da concessão que era pertença da EDP; nas palavras do Decreto-Lei n.º 313/2007 tratou-se de «assegurar a definição dos termos em que terá lugar a formalização, mediante outorga dos respetivos contratos, de todos os compromissos e direitos legalmente atribuídos por atos legislativos anteriores à EDIA e a terceiros com relação à exploração do EFMA». Logo, o modelo de *interposição* da concessão à EDIA não afetou de forma alguma a posição jurídica da EDP, nem teve o efeito de atribuir qualquer direito subjetivo àquela, uma vez que (i) tal procedimento decorria somente de um *formalismo legal* imposto pela Lei da Água e pelas regras de 2007 do domínio hídrico nos termos que vimos já e (ii) estava *condicionado* à cedência da exploração e do uso privativo no respeito pelos direitos adquiridos da EDP.
204. Outro aspeto que confirma a *transitoriedade* da responsabilidade da EDIA nesta matéria é o facto de o legislador, através do n.º 1, do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 313/2007, ter tido **necessidade de ratificar os atos praticados pela EDIA, no exercício das atividades que integram o seu objeto social, praticados entre a data da sua criação e a celebração do Contrato de Cessão e Subconcessão.**
205. A segunda premissa da validade do modelo seguido é a de que a **gênese dos direitos da EDP remonta a um período muito anterior ao início da liberalização do mercado interno da eletricidade e às regras europeias em matéria de adjudicação de concessões.** Mesmo que se entendesse que a obrigação de abertura à concorrência dos contratos de concessão decorre dos próprios



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

tratados europeus originários, o direito de concessão atribuído às entidades antecessoras da EDP é muito anterior à adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia, pelo que a entrada de Portugal na Comunidade não põe naturalmente em causa esse mesmo direito.

206. Caso não estivessem reunidos estes dois pressupostos cumulativos e contemporâneos da aprovação do Decreto-Lei n.º 313/2007, a outorga de um eventual direito de exploração à EDIA nesta altura ou, em qualquer caso, após os eventos referidos no parágrafo anterior, padeceria das fragilidades já apontadas ⁽⁷³⁾ em matéria de conformação com as regras nacionais e europeias que disciplinam o setor energético e o mercado interno.
207. A referência aos diplomas de 1995 e 2001, que é feita no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 313/2007, é meramente *exemplificativa* de algumas das bases legais que foram acolhendo e reconhecendo, ao longo do tempo, o direito adquirido da EDP, como facilmente se percebe pela utilização do vocábulo «*designadamente*», que precede a referência a tais diplomas, e pela alusão a «*todos os compromissos e direitos legalmente atribuídos*» que consta do preâmbulo.
208. Independentemente da técnica legislativa utilizada no artigo 4.º, uma leitura *teleológica* e *sistemática* do diploma em causa à luz de todo o corpo de normas legais e contratuais que o antecedeu permite concluir que o **direito atribuído à antecessora da EDP Produção pelo Decreto-Lei n.º 116/73, de explorar o que é hoje a componente hidroelétrica do EFMA, nunca foi revogado, tendo apenas as condições para a formalização do seu exercício sido compreensivelmente ajustadas às regras vigentes, em cada momento, no contexto da gestão e exploração dos recursos energéticos e hídricos nacionais.**
209. Neste seguimento, a concessão para a gestão e exploração do EFMA e para a utilização privativa do respetivo domínio público foi formalizada através de um único contrato, celebrado em 17 de outubro de 2007 entre a EDIA e o Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, após homologação dos Ministros de Estado e das Finanças e da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas.
210. A 24 de outubro de 2007 celebrou-se o Contrato de Cessão e Subconcessão entre a EDIA e a EDP Produção, que regula os termos e as condições da exploração da componente hidroelétrica do sistema primário do EFMA pela EDP Produção, sendo conferido pela EDIA a esta entidade, por um prazo de 35 anos, título bastante para utilizar as infraestruturas, os equipamentos e os recursos relativos aos aproveitamentos

⁽⁷³⁾ Cf. os parágrafos 96 a 104 e 168 a 176 *supra*.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

em causa para fins de produção de energia elétrica e implantação de infraestruturas hidráulicas para as mesmas finalidades.

211. Na medida em que se limita a dar seguimento aos considerandos, às disposições normativas e às bases de concessão que integram o Decreto-Lei n.º 313/2007, o Contrato de Cessão e Subconcessão conclui e encerra integralmente a regulamentação contratual do acordado entre o Estado Português e a EDP (diretamente e através das sociedades suas subsidiárias e antecessoras) para cabal cumprimento das disposições legais e contratuais aplicáveis e anteriormente referidas.

3.2. APRECIÇÃO: A COMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DE CONTRATUALIZAÇÃO COM O DIREITO NACIONAL E O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

212. Como decorre do que precede, entendemos respeitosamente que não assiste razão ao Tribunal de Contas quando alega que o Contrato de Cessão e Subconcessão (i) invocou direitos adquiridos que estariam pretensamente *revogados*, (ii) seria incompatível com as regras nacionais e europeias relativas ao *setor energético*, à *concorrência* e ao *mercado interno* e (iii) não considerou nem respeitou as obrigações assumidas pela EDP no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar quanto à *participação nos custos de investimento* do EFMA ⁽⁷⁴⁾. São questões de que passamos agora a ocupar-nos, deixando apenas este último ponto (iii) para o capítulo seguinte, por nos parecer que merece tratamento autónomo.
213. Uma vez que o Tribunal de Contas não concretiza em que consistem especificada e individualmente cada uma das desconformidades alegadas e as normas individuais supostamente infringidas, irá cobrir-se cada um dos aspetos referidos de forma exaustiva, para que não subsistam dúvidas ou reservas quanto à legalidade do procedimento de contratualização dos direitos da EDP Produção.
214. Damos aqui por reproduzidas as considerações expendidas no capítulo 3.1 do presente documento.

3.2.1. A validade dos direitos adquiridos

215. Com o devido respeito, a análise do Tribunal de Contas quanto à validade dos direitos da EDP Produção à data de celebração do Contrato de Cessão e Subconcessão parte de uma *premissa errada*, que acaba por condicionar a sua apreciação conclusiva nesta matéria. Para o Tribunal de Contas «[a] concessão da exploração da barragem do Alqueva e Pedrógão à EDP teve a sua génese no Protocolo e Acordo Complementar

⁽⁷⁴⁾ Cf. os parágrafos 8 a 23, 68, 69 a 78, 84 a 127, 150 a 205 e 234 a 243 do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

celebrados em 11 de setembro de 1995 (...)» (ênfase nosso) ⁽⁷⁵⁾, quando, na realidade, a origem desse direito remonta ao Decreto-Lei n.º 116/73, de 22 de março, que atribuiu à CPE a concessão do aproveitamento hidroelétrico do rio Guadiana, nos escalões de Alqueva e Rocha da Galé.

216. Pese embora o Tribunal de Contas inclua o diploma de 1973 num lote de outros atos legislativos que alega estarem revogados em 2007 ⁽⁷⁶⁾, **não o logra demonstrar** por qualquer via ou sustentação. Nem tal tentativa teria sucesso, pois o direito em questão **permaneceu sempre válido ao longo do iter legislativo e contratual conformador das várias valências do EFMA, até à sua efetiva formalização em 2007.**
217. Um par de anos após a CPE ter recebido a concessão do aproveitamento hidroelétrico de Alqueva, esta sociedade foi abrangida pela vaga de nacionalizações levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 205-G/75. Este diploma conservou intacto o património das sociedades objeto de nacionalização, passando as *sociedades nacionalizadas* a assumir a posição jurídica das *empresas objeto de nacionalização* (incluindo, quanto à CPE, aquela concessão), como decorre dos artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 205-G/75.
218. Um ano mais tarde é constituída a Electricidade de Portugal – Empresa Pública pela mão do Decreto-Lei n.º 502/76. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º deste diploma integraram explicitamente nessa sociedade os *patrimónios das sociedades nacionalizadas* em 1975, agregando, pois, a concessão originária de 1973 outorgada à então designada CPE. Mais tarde, com a transformação da Electricidade de Portugal – Empresa Pública em sociedade anónima de capitais públicos e a cisão do seu património em função das respetivas unidades de negócio, em conformidade com os Decretos-Leis n.ºs 7/91 e 131/94, foi constituída a CPPE (hoje denominada EDP Produção), que sucedeu nos direitos e obrigações relativos à produção de energia elétrica, incluindo os respeitantes ao empreendimento de Alqueva ⁽⁷⁷⁾.
219. Em 1984, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 5/84 determinou que o projeto de aproveitamento dos recursos hídricos do rio Guadiana (aqui incluído o escalão de Alqueva) passasse a adotar um modelo de *aproveitamento de fins múltiplos de base empresarial*. Para além do **reconhecimento do investimento realizado já pela EDP até à data**, ficou ainda estipulado que os planos de produção e investimento da EDP fossem reformulados à luz desse novo modelo e que se **assinasse um protocolo de acordo entre o Estado e a EDP, que fixasse o faseamento dos trabalhos e a comparticipação financeira de cada uma das partes.**

⁽⁷⁵⁾ Cf. o parágrafo 153 e, no mesmo sentido, os parágrafos 13 e 235.

⁽⁷⁶⁾ Cf. o parágrafo 11 do Relato.

⁽⁷⁷⁾ Veja-se também a ata de constituição da CPPE, junta como **Anexo 1**.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

220. Foi neste contexto que surgiu o Protocolo de 1985. Este documento assenta no pressuposto dos direitos já detidos pela EDP à época decorrentes da concessão de 1973, no domínio da exploração hidroelétrica do empreendimento de Alqueva, tendo optado por relegar a *formalização* do exercício desse direito para momento mais próximo da conclusão do aproveitamento.
221. O novo modelo empresarial delineado para o projeto de Alqueva veio a conhecer *implementação jurídica* apenas em 1995, com a criação da EDIA pelo Decreto-Lei n.º 32/95, a definição do perímetro inicial do EFMA através do Decreto-Lei n.º 33/95 e a celebração, entre a EDIA e o Grupo EDP, do Protocolo de Acordo e do Acordo Complementar.
222. Em 1995 deu-se também uma substancial *modificação na forma de organização e funcionamento* do SEN para permitir a sua gradual *abertura a um regime de mercado*, consubstanciada nos Decretos-Leis n.ºs 182/95 a 188/95, numa altura em que estava já na forja a conclusão da primeira geração de diretivas europeias sobre o mercado interno da eletricidade.
223. Da conjugação destes vários instrumentos *legais e contratuais* de 1995 resultou manifestamente que, apesar das mudanças introduzidas no quadro de desenvolvimento da atividade de geração elétrica, foi, mais uma vez, **reconhecida tutela jurídica ao direito que a EDP adquiriu em 1973**, por via da transmissão e incorporação do património e das posições jurídicas da CPE. Em concreto, previu-se que a **exploração da CHA seria assegurada pela CPPE e titulada por um CAE**.
224. Ao contrário do que avança o Tribunal de Contas, estes atos legislativos e contratuais não se confundem com a génese do direito da EDP, pois essa remonta a 1973. O que se fez em 1995 foi somente adequar o direito de exploração ao novo modelo de organização e funcionamento do setor elétrico.
225. Esta estipulação foi reforçada em 2001, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 335/2001.
226. Contrariamente ao sustentado pelo Tribunal de Contas, o Memorando de Entendimento que se seguiu não representou um revés nos direitos da EDP. Como tivemos já oportunidade de clarificar, esse memorando parte do pressuposto – ignorado pelo Tribunal de Contas mas plenamente reconhecido pela EDIA e pela EDP nos considerandos do documento – de que a EDP detinha o direito de explorar a componente hidroelétrica do EFMA.
227. Conforme sobejamente demonstrado já, o Memorando de Entendimento resulta do esforço da EDP e da EDIA de procurar encontrar uma forma *consensualizada* de formalizar o exercício desse direito. Tal memorando **nunca poderia**, como é manifesto, **revogar um direito constituído ao abrigo da Lei**. Ademais, não tendo o modelo aí consagrado merecido *seqüência* por parte do Estado – a quem sempre



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

- competiria definir o *figurino final* da contratualização dos direitos da EDP uma vez concluídas as Centrais – **não se concretizaram os pressupostos em que havia sido tentada uma solução de compromisso, pelo que o exercício dos direitos adquiridos caberia em exclusivo ao seu titular, a EDP.**
228. Com a aprovação da Diretiva 2003/54/CE e a intenção de se antecipar a plena liberalização dos mercados energéticos no quadro europeu e do arranque do MIBEL, o Decreto-Lei n.º 185/2003, complementado pelas Portarias n.ºs 1458/2004 e 614/2005, veio novamente **acautelar as especificidades do EFMA que advinham dos direitos adquiridos da EDP, pressupondo-os e reconhecendo-os em toda a sua extensão.** Uma vez que a liberalização iria implicar uma revisão da forma de organização e funcionamento do SEN que estava subjacente aos Decretos-Leis n.ºs 182/95 a 188/95, foram então estabelecidas as condições para assegurar o funcionamento, a exploração e a remuneração da CHA a título *transitório*, até que fossem formalizados os direitos da EDP.
229. Essas condições transitórias foram ainda suportadas numa licença provisória de produção de energia elétrica atribuída à EDIA na condição de ser transmitida para a CPPE (atual EDP Produção), convertendo-se, nessa altura, em definitiva, bem como num contrato de prestação de serviços celebrado entre a EDIA e a EDP, que levou a que esta entidade tenha assegurado a operação e manutenção das Centrais durante um período transitório.
230. Chegamos então à reforma do SEN levada a cabo pelos Decretos-Lei n.ºs 29/2006 e 172/2006.
231. A tese defendida no Relato a este propósito consiste em considerar que o direito da EDP a explorar a componente hidroelétrica do EFMA teve a sua génese no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar, celebrados no seguimento da legislação de 1995 que estabeleceu os princípios gerais do SEN, e, com a revogação desta legislação pelos diplomas de 2006, aquele mesmo direito teria também cessado.
232. Como abundantemente se demonstrou, esta tese não pode ser admitida, pelas seguintes razões:
- (i) O Tribunal de Contas **não reconduz a constituição do direito adquirido da EDP à base legal correta**, pois a fonte originária desse direito consiste no Decreto-Lei n.º 116/73, que atribuiu à antecessora da EDP a concessão do aproveitamento hidroelétrico de Alqueva, e não nos instrumentos legislativos e contratuais aprovados em 1995.
 - (ii) O Tribunal de Contas faz **depender o destino dos direitos adquiridos da EDP, validamente constituídos, dos sucessivos regimes gerais que se**



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

destinavam somente a regular aspetos específicos do exercício desses direitos quando estivesse concluída a construção das Centrais. Ora, um regime geral posterior à constituição dos direitos adquiridos da EDP só teria o efeito de os fazer cessar se lhe tivesse sido atribuída expressamente *eficácia retroativa*, o que não sucedeu, e reconhecida à EDP a consequente *tutela indemnizatória*.

- (iii) Apesar de a legislação de 2006 ter revogado os diplomas de 1995, não veio afetar os direitos validamente constituídos ao abrigo de legislação anterior. Por outras palavras, **não pode confundir-se a revogação de um regime legal com a extinção dos direitos constituídos ao abrigo de regimes anteriores, que nem sequer foram objeto de revogação.**
- (iv) O que acaba de ser dito é confirmado pela circunstância de **diplomas posteriores a 2006** – designadamente os Decretos-Leis n.ºs 311/2007 e 313/2007 – **reconhecerem expressamente, como não podia deixar de ser, os direitos adquiridos da EDP.**

3.2.2. A conformidade com as regras do setor energético

233. Não se põe, naturalmente, em causa que os diplomas que reformularam o setor da eletricidade em 2006 substituíram em bloco os regimes de 1995 e completaram o processo de liberalização do setor anteriormente iniciado.
234. Contudo, os diplomas de 2006, no seguimento da Diretiva 2003/54/CE que os mesmos se destinaram a transpor para a ordem interna, salvaguardaram, de acordo com os princípios de aplicação da lei no tempo, como não poderia deixar de ser, os direitos adquiridos por quaisquer entidades que à data da entrada em vigor desses diplomas os pudessem invocar, entre os quais se contam também os direitos da EDP.
235. Conforme já anteriormente se afirmou, a **substituição dum regime legal tem efeitos para o futuro, não afetando situações anteriormente constituídas.**
236. Isso apenas não sucederá se o novo regime expressamente se atribuir *efeitos retroativos*, caso em que não poderão deixar de ser acautelados os respetivos *direitos de compensação*.
237. Assim, por exemplo, a cessação dos CAE pela legislação que vinha sendo aprovada internamente desde 2003, na sequência da publicação da Diretiva 2003/54/CE e da instituição do MIBEL, foi acompanhada pela introdução de um mecanismo indemnizatório, os CMEC, previstos no Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.
238. Aliás, não obstante a cessação dos CAE e a revogação dos diplomas de 1995 ao abrigo dos quais os mesmos foram celebrados, houve produtores vinculados – o que, registe-



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

se, não foi o caso da EDP – que optaram por manter os seus contratos em vigor para lá de 2006, no respeito pelos direitos adquiridos nos termos do regime anterior.

239. Acresce ainda que as disposições de 1995 que estabeleceram as bases legais do setor elétrico foram já adotadas em legislação que iniciava o longo processo legislativo de liberalização do setor elétrico, designadamente criando, no âmbito específico da produção de eletricidade, o designado Sistema Elétrico Não Vinculado, em que o acesso a essa atividade era livre e o seu exercício decorria em condições de mercado.
240. Em face do exposto, resulta claro que a revogação do regime de 1995 pela legislação de 2006 não afetou os direitos da EDP e teve apenas, em relação a estes, o efeito de *dispensar* que o exercício dos mesmos se fizesse através da celebração dum CAE, devendo esse exercício ocorrer através da atribuição dum título de utilização privativa do domínio público hídrico e duma licença de produção.

3.2.3. A conformidade com as regras de concorrência

241. As eventuais implicações do procedimento no plano das regras de concorrência só poderiam, em tese, convocar questões relacionadas com o *controlo de operações de concentração* – aspeto que ficou encerrado por via da decisão da Autoridade da Concorrência a que faz referência o Relato – ou, eventualmente, com as regras de *auxílios de Estado*.
242. Quanto a estas últimas, decorre do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE que, para que uma medida constitua um auxílio de Estado, é necessário que reúna **cumulativamente** os seguintes requisitos: tratar-se de uma medida (i) *imputável* ao Estado, (ii) financiada por *recursos estatais*, (iii) que concede uma *vantagem económica e seletiva* a uma ou mais empresas, (iv) que é suscetível de *afetar as trocas comerciais* entre Estados-Membros e (v) que é suscetível de *falsear a concorrência* ⁽⁸⁾.
243. Assim, entre os elementos necessariamente constitutivos da qualificação de uma medida como ajuda estatal conta-se a **existência de uma vantagem económica para o beneficiário**.
244. Para averiguar se uma determinada transação económica entre o Estado e um privado comporta uma vantagem económica nesta aceção, os tribunais da UE e a Comissão Europeia socorrem-se do chamado **princípio do investidor em economia de**

⁽⁸⁾ Veja-se, entre muitos outros, o acórdão do Tribunal de Justiça, de 24 de julho de 2003, *Altmark Trans*, processo C-280/00, n.º 75.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIÉDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

- mercado**, o qual, no âmbito da venda de empresas ou ativos públicos, traduz-se no **princípio do vendedor numa economia de mercado** ⁽⁷⁹⁾.
245. À luz destes princípios, exclui-se a presença de uma vantagem económica se o Estado, ao alienar tais empresas ou ativos, se **comportar como se comportaria um operador privado em condições normais de mercado e colocado perante as mesmas circunstâncias**.
246. Mesmo admitindo que estes princípios seriam aplicáveis nos casos de atribuição de direitos de *concessão* ou *utilização de bens do domínio público com valor económico*, nada resulta do Relato no sentido de explicar, e menos ainda demonstrar, que a contrapartida financeira estipulada no Contrato de Cessão e Subconcessão implicaria qualquer vantagem económica para a EDP fora dos parâmetros normais de mercado.
247. Pelo contrário, e como se verá em maior detalhe no capítulo seguinte, o valor de participação da EDP nos custos de investimento do EFMA foi **bastante superior ao montante previsto no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar e ultrapassou largamente os valores apurados nas avaliações financeiras realizadas por entidades bancárias credíveis e independentes, a solicitação da EDIA** [o Banco Português de Investimento (doravante, “BPI”) e o Banco de Investimento Global (doravante, “BIG”)].
248. Acresce ainda que uma eventual decisão do Estado que tivesse passado por violar os direitos adquiridos da EDP comportaria *contingências financeiras*, que o Estado e qualquer operador privado nas mesmas circunstâncias **não poderiam deixar de sopesar no quadro do procedimento a adotar**.
249. A **falta de viabilidade económica de potenciais alternativas** resulta, pois, para o Estado – como teria resultado para um investidor privado – da conjugação primária de, pelo menos, estes dois aspetos: por um lado, a circunstância de o Estado ter acordado previamente com a EDP um *valor máximo de participação* nos custos de investimento; e por outro lado, o facto de a eventual violação deste compromisso anterior, ou, no limite, do próprio direito de exploração atribuído e reconhecido à EDP, implicar uma compensação (*prejuízo financeiro*) que teria de ser coberta no quadro das soluções alternativas que se pretendessem adotar.
250. A isto acresce um condicionalismo contemporâneo da decisão de 2007 do Estado Português, que incompreensivelmente não é minimamente valorizado pelo Tribunal de Contas. Reportamo-nos aos relatórios de avaliação levados a cabo pelos consultores

⁽⁷⁹⁾ Cf. o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (hoje Tribunal Geral da União Europeia), de 29 de março de 2007, *Scott c. Comissão*, processo T-366/00, n.º 105, bem como o *Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão Europeia – Documento de Orientação sobre o financiamento, a reestruturação e a privatização de empresas públicas, em conformidade com as regras dos ancílios estatais*, SWD (2012)14, de 10.02.2012, p. 10.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

financeiros credíveis e independentes contratados pela EDIA em 2007 – o BIG e o BPI – na perspectiva de apurar, nas próprias palavras do Tribunal de Contas, «os intervalos de valorização do negócio de exploração da CHA e da CHP»⁽⁸⁰⁾ e de «obter duas avaliações independentes do negócio»⁽⁸¹⁾.

251. O Tribunal de Contas afirma, a este propósito, «que a EDIA despendeu 35 mil euros em assessoria externa no âmbito do processo concursal do parceiro privado a associar à exploração da componente hidroelétrica do EFMA, **sem qualquer efeito prático para a empresa**»⁽⁸²⁾ (ênfase nosso). De outro passo, descredibiliza-se o estudo financeiro do BPI, para o qual o Tribunal de Contas não dá sequer a conhecer as respetivas conclusões, com o argumento de que o mesmo se apresenta «demasiado simplificado e evidencia pouca densidade nos pressupostos e nas notas explicativas»⁽⁸³⁾.
252. Ora, como o Tribunal de Contas não pode deixar de reconhecer, estas avaliações prévias, realizadas por entidades financeiras credíveis e independentes a solicitação da própria EDIA (não da EDP), ao invés de serem desprovidas de qualquer efeito prático, constituem verdadeiramente um **parâmetro crucial e insuspeito para apurar a valia de mercado dos ativos em causa e a respetiva contrapartida financeira suportada pela EDP no âmbito do Contrato de Cessão e Subconcessão das Centrais**.
253. O Tribunal de Contas, que tanto critica o Estado por não ter seguido a via do concurso público, vem depois, seletiva e convenientemente, olvidar os estudos do BIG e do BPI, alegadamente preparatórios desse concurso, que apontavam para valores de mercado muito inferiores ao montante acordado entre a EDIA e a EDP.
254. No campo específico dos auxílios de Estado, os tribunais da UE e a Comissão Europeia têm afirmado repetidamente que **não é necessário proceder a um concurso público para se determinar o “valor de mercado” de um ativo cedido pelo Estado**. A fixação unilateral de tal valor pelo Estado é suficiente para assegurar a ausência de uma vantagem económica indevida na aceção do n.º 1 do artigo 107.º do TFUE, **se tal valor tiver correspondência numa compensação apurada de forma objetiva**.
255. A título de exemplo, o Tribunal de Primeira Instância (hoje, Tribunal Geral) foi chamado a apreciar, em 2007, uma venda de um terreno pelas autoridades francesas, num caso em que a Comissão alegava que teria sido estipulado um preço inferior ao seu

⁽⁸⁰⁾ Cf. o parágrafo 187 do Relato.

⁽⁸¹⁾ Cf. o parágrafo 24 do Relato.

⁽⁸²⁾ Cf. o parágrafo 189 do Relato e, na mesma linha, o respetivo parágrafo 115.

⁽⁸³⁾ Cf. o parágrafo 185 do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

valor de mercado da perspetiva das regras sobre ajudas estatais ⁽⁸⁴⁾. No decurso do procedimento administrativo, as partes apresentaram à Comissão *avaliações alternativas* que, sem terem sido a base direta e imediata do preço de venda, *justificavam* o preço de mercado acordado, apontando até para *valores inferiores*. Contudo, a Comissão não tomou estes elementos em devida conta.

256. O Tribunal de Primeira Instância começou por censurar a Comissão porque esta «*não se interrogou sobre a eventual pertinência*» de uma avaliação alternativa «*então realizada[s] por uma autoridade independente e a respeito da qual a Comissão, no mínimo, se deveria ter interrogado (...) em conformidade com a sua obrigação de exame diligente e imparcial dos autos no quadro do artigo 88.º CE* [atual artigo 108.º do TFUE]» ⁽⁸⁵⁾ (ênfases nossos).
257. Neste processo, a Comissão havia invocado a falta de utilidade de tais avaliações, entre outros aspetos, porque foram realizadas alguns anos depois da venda em causa. A este argumento contrapôs o Tribunal que «*[e]mbora as avaliações em causa não tenham sido efetuadas no momento da venda controvertida, podiam ser úteis na medida em que eram as únicas avaliações, aparentemente independentes, destinadas a determinar o valor de mercado do terreno em causa utilizando métodos de avaliação geralmente aceites*» ⁽⁸⁶⁾ (ênfase nosso).
258. Nestas circunstâncias, concluiu o Tribunal, a Comissão devia ter considerado as avaliações indicadas e, como tal, anulou a decisão da Comissão na parte respeitante à venda do terreno por um preço preferencial.
259. A importância das avaliações independentes para a parametrização do valor de mercado de uma transação levada a cabo pelo Estado é ainda reconhecida pela Comissão Europeia no âmbito específico das disposições sobre auxílios de Estado ⁽⁸⁷⁾.
260. Nesta medida, não pode o Tribunal de Contas simplesmente ignorar a **importância das avaliações financeiras realizadas por peritos independentes, a pedido da própria EDIA, para aferir o valor do negócio subjacente à compensação financeira prevista no Contrato de Cessão e Subconcessão, para mais tendo tal ocorrido em momento prévio ao da sua celebração.**
261. Não é assim compreensível que o Tribunal de Contas não faça **uma única referência à constatação óbvia de que a contrapartida financeira devida pela EDP**

⁽⁸⁴⁾ Cf. o acórdão *Scott*, cit., n.ºs 124-142.

⁽⁸⁵⁾ Acórdão *Scott*, cit., n.ºs 124, 125 e 132.

⁽⁸⁶⁾ Cf. os n.ºs 133-134 do acórdão.

⁽⁸⁷⁾ Cf. o *Documento de Orientação sobre o financiamento, a reestruturação e a privatização de empresas públicas*, cit., p. 14, bem como a *Comunicação da Comissão no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos*, JOUE C 209, de 10.07.1997, p. 3.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

Produção ao abrigo desse contrato é muito superior a qualquer dos valores e cenários de mercado apurados pelas avaliações do BIG e do BPI, incluindo no cenário comparável com o negócio subjacente ao dito contrato, tal como apresentados nos parágrafos 186 e 187 e no Quadro 4 do Relato, no que se refere ao estudo do BIG, e como constantes das páginas 47 ss. do estudo do BPI.

3.2.4. A conformidade com as regras do mercado interno

262. Por diversas ocasiões, o Tribunal de Contas invoca a suposta violação, neste caso, dos princípios e das regras de contratação pública, sem, contudo, concretizar uma única norma, um único diploma ou um único acórdão em abono dessa posição ⁽⁸⁸⁾.
263. Como resulta das observações expostas *supra* no capítulo 3.1 não pode, em verdade, aceitar-se a perspetiva em que se coloca o Tribunal de Contas.
264. Atendendo à natureza do vínculo jurídico que subjaz à concessão de exploração da componente hidroelétrica do EFMA, estamos indubitavelmente na presença de atos do tipo *concessão de serviços públicos*, na aceção do termo à luz do direito da UE, e não de um *contrato público* de serviços ou de empreitadas ⁽⁸⁹⁾.
265. Como certamente não é ignorado pelo Tribunal de Contas, as **Diretivas europeias relativas à adjudicação de contratos públicos não regulam as concessões de serviços**. A exclusão destes contratos verifica-se desde a primeira geração de Diretivas de Contratos Públicos (no início dos anos 70 ⁽⁹⁰⁾), persistiu nas Diretivas da década de 90 (apesar de nelas serem incluídas as *concessões de obras públicas* ⁽⁹¹⁾) e do início do ano

⁽⁸⁸⁾ Cf., por exemplo, os parágrafos 12, 17, 109, § 6, 127, 179 e 240 do Relato.

⁽⁸⁹⁾ A diferença entre as duas figuras assenta no conceito de *risco de exploração*. Para a distinção entre *concessões e contratos públicos*, por um lado, e *concessões de serviços e concessões de obras*, por outro, vejam-se o considerando (18) e o n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva 2014/23/UE, bem como as Secções 2.1-2.4 da *Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário*, JOUE C 121, de 29.04.2000, p. 2.

⁽⁹⁰⁾ Cf. a Diretiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, e a Diretiva 77/62/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1976, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos de fornecimento de direito público.

⁽⁹¹⁾ Cf. a Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, a Diretiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, a Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, e a Diretiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL*Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

- 2000 ⁽⁹²⁾ e mantêm-se nas Diretivas atualmente em vigor, de 2014, as quais se aplicam somente aos *procedimentos de contratação pública* e não de *concessão* ⁽⁹³⁾.
266. Deste modo, a Diretiva 2014/23/UE representa o primeiro texto legislativo europeu relativo à adjudicação de contratos de concessão.
267. O mesmo se passou durante largos anos em Portugal, de forma tributária do direito da UE, pois o Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, «*contém, pela primeira vez em Portugal, uma disciplina geral sobre concessões de obras públicas e de serviços públicos*» ⁽⁹⁴⁾.
268. Apesar de as concessões de serviços não estarem sujeitas ao regime jurídico das diretivas de contratos públicos, o Tribunal de Justiça da União Europeia confirmou, a partir do Acórdão *Telaustria*, que as entidades adjudicantes que as outorguem estão, no entanto, obrigadas a respeitar as regras e os princípios dos tratados, na medida em que se trata de uma adjudicação através de um ato estatal (quer se trate de um ato contratual, quer se trate de um ato unilateral que tenha obtido o consentimento do terceiro adjudicatário), que tem por objeto a prestação de atividades económicas.
269. Desta jurisprudência, retomada e consolidada em vários acórdãos posteriores ⁽⁹⁵⁾ e na própria prática decisória da Comissão Europeia ⁽⁹⁶⁾, resulta que, em regra, as concessões de serviços públicos têm que ser adjudicadas mediante procedimentos *concorrenciais não discriminatórios*, que garantam a *igualdade de tratamento*, a *transparência*, o *reconhecimento mútuo* e a *proporcionalidade*.
270. As regras em causa não eram aplicáveis em 2007 à celebração do Contrato de Cessão e Subconcessão, pelo motivo simples de que esse contrato se limitou a **concretizar, após a conclusão da obra, a concessão atribuída à EDP pelo Decreto-Lei n.º 116/73, que está na origem desse contrato e que foi outorgada em momento muito**

⁽⁹²⁾ Cf. o artigo 18.º da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e o artigo 17.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

⁽⁹³⁾ Cf. os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, e os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE.

⁽⁹⁴⁾ Cf. o ponto 5 do preâmbulo do referido código.

⁽⁹⁵⁾ Cf. os acórdãos do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2005, *Parking Brixen*, processo C-458/03, n.ºs 46-49; de 6 de abril de 2006, *ANAV*, processo C-410/04, n.ºs 18-21; e de 13 de setembro de 2007, *Comissão c. Itália*, processo C-260/04, n.ºs 22-24.

⁽⁹⁶⁾ Cf. as Secções 2.4 e 3.1 da *Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário*, cit.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

anterior às regras e à jurisprudência da UE em matéria de concessões e até à própria adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia.

271. A adjudicação de tal concessão ocorre, pois, numa época em que Portugal não fazia ainda parte da ordem jurídica comunitária e em que nenhuma instância europeia defendia a obrigatoriedade, baseada diretamente nas regras dos tratados originários, de sujeição das concessões de serviços a procedimento concorrencial. Pelo contrário, a adjudicação direta desses contratos era, na altura, entendida como perfeitamente normal e compatível com as regras europeias de direito originário e de direito derivado.
272. Tal como sinalizámos já no contexto das diretivas sobre contratos públicos, o Tribunal de Justiça da União Europeia confirma que um particular só pode pôr em causa uma adjudicação feita em violação das diretivas de contratação pública «*na condição, todavia, de a adjudicação ter sido feita depois de expirado o prazo para transposição previsto pela diretiva*» (ênfase nosso) ⁽⁹⁷⁾.
273. Pelo contrário, as mesmas regras eram seguramente aplicáveis aquando da celebração do contrato entre o Estado e a EDIA em 2007 – ou a qualquer concessão da exploração da componente hidroelétrica do EFMA que se entendesse que teria sido atribuída à EDIA posteriormente à criação dessas regras, como parece sustentar o Tribunal de Contas a partir do Decreto-Lei n.º 335/2001 ⁽⁹⁸⁾ – a menos que, como ocorreu neste caso, a EDIA estivesse **obrigada a ceder a sua posição a favor de uma entidade cujo direito de concessão remontasse a um período anterior aos eventos indicados nos parágrafos anteriores.**
274. Como tivemos já oportunidade de assinalar, as regras dos Tratados da UE respeitantes ao mercado interno e à concorrência aplicam-se indiferentemente às empresas públicas e privadas. Tal facto decorre inequivocamente do artigo 106.º do TFUE e ainda do artigo 345.º do TFUE – que consagra o princípio da neutralidade no que refere ao regime de propriedade dos Estados-Membros – bem como da jurisprudência dos tribunais da UE, que reconheceram o princípio da igualdade entre as empresas públicas e privadas ⁽⁹⁹⁾.
275. Nesta conformidade, a compatibilização do procedimento de contratualização seguido em 2007 com as regras da UE relativas às concessões de serviço público só é possível

⁽⁹⁷⁾ Acórdão de 24 de setembro de 1998, *Walter Tögel*, processo C-76/97, n.º 52.

⁽⁹⁸⁾ Como notámos já, o Decreto-Lei n.º 335/2001 foi o primeiro diploma jurídico a incorporar a exploração da componente hidroelétrica do EFMA entre as competências e responsabilidades da EDIA. Fê-lo, no entanto, respeitando em absoluto os direitos da EDP e as regras vigentes no direito nacional e no direito da EU. Cf. os parágrafos 85 a 107 do presente documento.

⁽⁹⁹⁾ Cf., entre muitos outros, os acórdãos do Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 2014, *Data Medical Service*, processo C-568/13, n.º 34; e de 23 de dezembro de 2009, *CoNISMa*, processo C-305/08, n.º 43.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

porque esse procedimento se destinou apenas a regularizar um direito constituído em momento anterior ao surgimento dessas regras.

4. OS PAGAMENTOS PREVISTOS E EFETIVOS NO ÂMBITO DO CONTRATO DE CESSÃO E SUBCONCESSÃO

276. Em vários pontos do Relato, mais precisamente nos parágrafos 28-49, 128-149, 185-189, 206-233 e 244-246, são enunciados diversos factos respeitantes aos pagamentos efetuados pela EDP à EDIA no âmbito da execução do Contrato de Cessão e Subconcessão, tomando-se ainda posição sobre os mesmos.
277. O sentido geral da argumentação desenvolvida nesta parte do Relato parece ser o seguinte:
- (i) Em primeiro lugar, sustenta-se repetidamente (cf. §§ 35, 36, 109, 216) que a EDP não participou ou efetuou qualquer investimento no âmbito da CHA, o que permite desde logo questionar qual o enquadramento dos montantes pagos pela EDP à EDIA no âmbito do Contrato de Cessão e Subconcessão. A este propósito surge como motivo de perplexidade que o Relato, apesar de mencionar por diversas vezes os montantes do investimento na CHA, nunca chegou a relacionar esses montantes com aqueles que já foram pagos e com os que continuarão a ser pagos durante o prazo de vigência do referido contrato.
 - (ii) Em segundo lugar, sustenta-se que o instrumento da garantia de potência consistente no incentivo ao investimento, previsto na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, deveria ter sido atribuído à EDIA e não à EDP.
 - (iii) Por último, invoca-se que a atribuição do incentivo ao investimento à EDP teve como efeito que esta empresa entre 2010 e 2012 apenas suportou pela concessão e exploração das Centrais cerca de metade do valor anual fixado contratualmente, sendo que o montante inicial pago apenas gerou nas contas da EDIA um proveito financeiro de cerca de setecentos mil euros, atendendo a que o mesmo se destinou a melhorar o défice público em 2007 (cf. §§ 230 e 231).
278. Na exposição subsequente, começaremos por demonstrar que o valor que está a ser pago pela EDP à EDIA ao abrigo do Contrato de Cessão e Subconcessão **compensa, tanto quanto era devido, esta última empresa pelo investimento efetuado na conceção e construção das Centrais**. Seguidamente, procederemos à demonstração de que o **direito ao incentivo ao investimento apenas podia ser atribuído, nos termos do regime legal aplicável, à EDP, e nunca à EDIA**. Finalmente, demonstraremos ser **falsa a afirmação de que a EDP apenas suportou metade do**



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

valor anual fixado contratualmente pela concessão e exploração das Centrais entre 2010 e 2012.

279. Ao longo do Relato são feitas diversas menções aos pagamentos efetuados pela EDP à EDIA ao abrigo do Contrato de Cessão e Subconcessão, celebrado entre ambas as empresas em 24 de outubro de 2007, bem como ao valor do negócio de exploração das Centrais e ao investimento realizado pela EDIA nas mesmas Centrais.
280. Assim, resulta dos parágrafos 28, 133 e 206 do Relato que o valor global da concessão das Centrais a pagar pela EDP foi fixado em 638,45 milhões de euros, [=€195M+€12.670.000x35anos (prazo de duração do Contrato de Cessão e Subconcessão, de acordo com o estipulado na respetiva Cláusula 39.ª)], valor que corresponde a uma soma aritmética dos pagamentos devidos pela EDP ao longo do prazo de exploração de 35 anos.
281. Efetivamente, e ainda de acordo com o Relato, a valorização do negócio cifrou-se em 390 milhões de euros (valor atualizado à data de início da exploração pela EDP), conforme previsto nos respetivos parágrafos 122 e 123.
282. Por seu turno, segundo decorre dos Quadros 1 e 5 e dos parágrafos 30 e 211 do Relato, a EDP já teria pago à EDIA até Setembro de 2012, ao abrigo do mencionado contrato, o montante de 397,8 milhões de euros, incluindo IVA. Na realidade, nem mesmo no que respeita aos valores já pagos pela EDP, o Relato apresenta os valores corretos, apesar de o apuramento dos «*montantes de compensações anuais pagos a cada um dos beneficiários*» seja um dos objetivos essenciais da Auditoria do Tribunal de Contas ⁽¹⁰⁰⁾. Na realidade, os montantes que foram pagos até setembro de 2012 ascendem a 297,8 milhões de euros, o que corresponde ao cumprimento fiel das verbas previstas no Contrato de Cessão e Subconcessão, incluindo acertos relativos à utilização da água e a encargos suportados pela EDIA (conforme faturas que se juntam como **Anexo 11**, cobrindo o período entre o Contrato de Cessão e Subconcessão e o final de 2014).
283. No parágrafo 128 do Relato refere-se que «*a atividade da CHA e da CHP gerou receitas para a EDIA no valor de 30 milhões de euros*», desde 2004 até 2007, data da formalização da atribuição da concessão das Centrais à EDP. No entanto, este valor terá necessariamente de ser deduzido dos correspondentes gastos, como decorre do Quadro 2, pois só assim é possível apurar as efetivas receitas líquidas auferidas pela EDIA durante esse período. Para além disso, é manifesto que no que respeita ao ano de 2005 existe um erro grosseiro nas receitas indicadas.
284. Acresce ainda que de acordo com o estudo efetuado pelo BIG, como se refere no Quadro 4 do Relato, o valor do negócio de exploração das Centrais foi avaliado entre

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. o parágrafo 4, § 2, do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

- cerca de 136 milhões de euros e 239 milhões de euros consoante os diversos cenários possíveis (isto é, considerando a construção apenas da CHA, ou também da CHP, bem como a construção, ou não, do reforço de potência da CHA e da CHP e ainda a contabilização, ou não, da garantia de potência).
285. No cenário comparável do estudo do BIG com a estrutura do negócio subjacente ao Contrato de Cessão e Subconcessão, o valor de exploração apurado pelo BIG é de 207,8 milhões de euros, ou 217,8 milhões de euros, caso se contabilize a extensão da concessão por mais cinco anos (trinta e cinco anos no total), conforme referido no parágrafo 186, § 5, do Relato.
286. Já no caso do BPI, constata-se que o cenário central de avaliação do negócio, que contabilizava já a garantia de potência a favor do produtor e um horizonte temporal de exploração de 35 anos, apontava para um montante de 287 milhões de euros (cf. pp. 43, 47 e 50 e ss. do estudo em causa).
287. Importa realçar que os estudos em causa visavam avaliar o *valor de mercado* do negócio de exploração das Centrais, no âmbito de um alegado processo concursal de seleção do parceiro privado a associar à exploração da componente hidroelétrica do EFMA, como se refere no parágrafo 181 do Relato. Neste sentido, trata-se de parâmetros fundamentais para determinar a valia em mercado das Centrais.
288. É certo que, no estudo do BIG, os diversos cenários apresentados consideravam o caso base de uma duração da concessão de 30 anos, mas do mesmo estudo decorre que a extensão da concessão por mais 5 anos (para perfazer o total de 35 anos que de facto veio a ser fixado no Contrato de Cessão e Subconcessão) implicaria um acréscimo do valor de negócio de cerca de 10 milhões de euros (cf. parágrafo 186 do Relato). Já no caso do BPI o cenário central contemplava já um direito de exploração por 35 anos.
289. Em qualquer caso, ambos os estudos incluem o direito à garantia de potência na avaliação do negócio de exploração das Centrais, claramente apontando no sentido de que qualquer contrato em virtude do qual a EDIA viesse a atribuir aquele negócio por valores iguais ou superiores aos dos estudos – como veio a ser o caso, através do Contrato de Cessão e Subconcessão – implicaria necessariamente que a EDIA seria adequadamente remunerada pelos montantes por si inicialmente suportados a título de investimento na componente hidroelétrica do aproveitamento e, conseqüentemente, que a entidade a quem fosse confiada a exploração das Centrais seria, na realidade, quem suporta o investimento dessa componente pelo período de exploração acordado, tendo portanto o direito a beneficiar da correspondente garantia de potência.
290. Finalmente, de acordo com o Quadro 6 e o parágrafo 219, a evolução do investimento nas barragens de Alqueva e Pedrógão e nas Centrais, entre 1995 e 2011, surge fixada no montante global de 831,7 milhões de euros. Não se compreende, desde logo, por que



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

razão o Relato refere este montante, sabendo-se que no mesmo Relatório e Contas da EDIA respeitante ao exercício de 2011, de onde aquele valor foi extraído, existem outros valores de investimento respeitantes concretamente aos escalões hidroelétricos de Alqueva e de Pedrógão. Com efeito, não é perceptível a diferença da agregação do investimento por programa e por projeto que se retira desse Relatório e Contas e a razão da escolha que foi feita pelo Tribunal de Contas ao ter optado apenas por apresentar o investimento por programa, o que conduz a um valor de investimento superior.

291. Apesar dos montantes pagos pela EDP, sustenta-se repetidamente no Relato que a mesma não participou no investimento relativo às Centrais, «apesar de esta participação estar prevista desde 1995» (cf. § 36), e de «o Acordo complementar ao Protocolo de 1995 o prevem» (cf. § 40; no mesmo sentido, cf., ainda, o § 139).
292. Desde logo, e mesmo antes da participação fixada em 1995, já a EDP havia suportado uma componente relevante do investimento global no aproveitamento hidroelétrico de Alqueva.
293. Cabe, com efeito, recordar que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 5/84 reconheceu devidamente o investimento realizado pela EDP entre 1975 e 1982, o qual ascendia, à época, a 1.252.705 contos.
294. No mesmo sentido, o protocolo celebrado em março de 2003 entre o Estado Português, através do INAG, e a EDP reconhece que o esforço financeiro de investimento feito pela EDP no aproveitamento de fins múltiplos de Alqueva ascendia já, por referência a preços de junho de 2002, a € 26.082.315.
295. Trata-se de factos que são simplesmente **ignorados pelo Tribunal de Contas e que contrariam, por inteiro, também em relação ao período anterior a 1995, a afirmação de que «[a] EDP nunca participou no investimento das infraestruturas da CHA»** (ênfase nosso) ⁽¹⁰¹⁾.
296. No âmbito específico do Protocolo de Acordo, a Cláusula 5.ª, n.º 1 previa que «A CPPE [atualmente EDP – Gestão da Produção de Energia, S.A.] participará nos custos de investimento do Aproveitamento Hidroelétrico do Alqueva, pelo montante da valia elétrica líquida» e o n.º 3 previa que «a participação anual da CPPE [atualmente EDP – Gestão da Produção de Energia, S.A.] nos custos de investimento do Aproveitamento Hidroelétrico de Alqueva será função da proporção entre a valia elétrica líquida e os custos totais do investimento, atualizados à data da entrada em exploração».
297. Repare-se, aliás, que nos termos da Parte I, n.º 9, do Acordo Complementar, as partes podiam acordar outras formas de concretizar a participação nos custos de investimento

⁽¹⁰¹⁾ Cf. os parágrafos 36, 40, 95, 109, § 4, 139, 216, 217 e 233.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

- devidos, com os pressupostos de indiferença financeira e balizadas pelo limite da participação da então CPPE que estava previsto.
298. Por seu turno, na Parte I, n.º 6, do Acordo Complementar estipulou-se que *«a relação entre a valia elétrica líquida e os custos totais de investimento do Aproveitamento Hidroelétrico de Alqueva previstos no Anexo II ao presente Acordo Complementar, atualizados à data da entrada em exploração, é de 35,1%»*.
299. De acordo com a Parte I, n.º 3, do Acordo Complementar, a valia elétrica bruta do aproveitamento (valor da exploração da componente hidroelétrica) foi fixada em 40.262 milhares de contos a preços de junho de 1994, a que correspondia uma valia elétrica líquida (aquela a que a EDP estava obrigada) no montante de 38.503 milhares de contos, atendendo aos custos de operação e manutenção fixados em 1.759 milhares de contos. Aquele montante equivale, na moeda atual, a uma valia elétrica bruta de cerca de 201 milhões de euros e a uma valia elétrica líquida de cerca de 192 milhões de euros, valores atualizados para a data de início de exploração, novamente por referência a preços de junho de 1994, conforme resultava do Acordo Complementar.
300. A EDIA e a EDP Produção concluíram que o **valor global das valias elétricas dos aproveitamentos hidroelétricos de Alqueva e de Pedrógão era de 317 milhões de euros, correspondente a uma valia elétrica de Alqueva de cerca de 284 milhões de euros e a uma valia elétrica de Pedrógão de cerca de 33 milhões de euros, valores que representam uma atualização, por referência a 2006, dos montantes previstos no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar**. Junta-se, como **Anexo 7, Anexo 8, Anexo 9 e Anexo 10**, cópia da correspondência trocada entre a EDIA e a EDP Produção em 2006 onde se comprovam estes valores.
301. Em virtude das negociações entre as partes, o **valor final da contrapartida financeira a pagar pela EDP Produção a título da valia elétrica líquida de Alqueva e de Pedrógão acabou por ser bastante superior a 317 milhões de euros, fixando-se em 390 milhões de euros**, considerando também os reforços de potência, cujo investimento de construção e exploração foi cometido, nos termos do n.º 1 da Cláusula 7.ª do Contrato de Cessão e Subconcessão, à EDP Produção.
302. A proporção entre este montante de 390 milhões de euros, correspondente à valia elétrica líquida, e o custo total do investimento realizado constante do Quadro 6 é superior aos 35,1% **que seriam devidos pela EDP conforme contemplado no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar**.
303. Esta conclusão é válida tanto na perspetiva das obrigações a que a EDP se achava vinculada ao abrigo do Protocolo de Acordo e do Acordo Complementar, como na perspetiva do valor de mercado dos ativos em questão apurado por entidades financeiras credíveis e independentes.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

304. O que acaba de ser dito é facilmente demonstrável no contexto do próprio Relato. Com efeito:
- (i) O montante de 390 milhões de euros (valor do negócio), devido ao abrigo do Contrato de Cessão e Subconcessão, é **superior a 35,1% do investimento referido no Quadro 6.**
 - (ii) O mesmo montante de 390 milhões de euros é **consideravelmente superior ao valor do negócio de exploração das Centrais**, fixado, no máximo, de acordo com o estudo do Banco BIG, em 217,8 milhões de euros (isto é, o produto da soma entre o cenário de exploração contemplado no Quadro 4 que é comparável com a estrutura de negócio subjacente ao Contrato de Cessão e Subconcessão e a valia da extensão do prazo de concessão por mais 5 anos estimada em 10 milhões de euros no parágrafo 186 do Relato), e em 287 milhões de euros, no cenário central do estudo do BPI (cf. pp. 47 e 50 ss.).
 - (iii) O montante anual a pagar pela EDP à EDIA ao abrigo do Contrato de Cessão e Subconcessão, no valor de 12,7 milhões de euros, sem considerar o pagamento inicial efetuado (195 milhões de euros, que representaria, se fosse pago ao longo dos 35 anos do período de exploração, a **duplicação** daquele montante anual), é **muito superior à receita média anual obtida pela EDIA com a exploração da atividade das Centrais durante os únicos dois anos em que é credível fazer esta comparação, ou seja 2006 e 2007** ⁽¹⁰²⁾, uma vez que o valor atrás referido excede o valor das receitas obtidas pela EDIA em tais anos, uma vez subtraídos os respetivos encargos (de acordo com o referido no parágrafo 128 e no Quadro 2 do Relato). De facto, o que a EDP paga à EDIA é superior em 10,4 milhões de euros ao que esta obteve através de exploração direta em 2006, e em 8,3 milhões de euros em 2007.
305. Em suma, a afirmação de que a EDP não participou no esforço de financiamento relativo às barragens de Alqueva e Pedrógão e às Centrais **não é correta e não apresenta qualquer suporte nos factos considerados pelo próprio Relato**. Esta afirmação ignora ainda o facto de estar previsto desde o Protocolo de Acordo e do Acordo Complementar que as partes poderiam estabelecer formas alternativas de participação da EDP no investimento, que não passassem necessariamente por uma contribuição anual ao longo da construção das Centrais.

⁽¹⁰²⁾ Não se consideram os anos de 2004 e 2005, igualmente incluídos no Quadro 2 do Relato, uma vez que em 2004 as Centrais não estiveram em exploração em situação comparável com os restantes anos e não são apresentados quaisquer gastos da EDIA para esse ano e em 2005 existe um erro grosseiro no valor de receitas que é apresentado.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

306. Pelo contrário, deve ter-se ainda em conta que a EDP, para além de participar no investimento respeitante às barragens de Alqueva e Pedrógão e às Centrais, suportou, por si só, o investimento relativo ao reforço de potência de Alqueva, sendo certo que a EDIA terá a possibilidade de o explorar por um período de cerca de 40 anos, após a vigência do Contrato de Cessão e Subconcessão.
307. Repare-se, aliás, que o valor relativo dessa mesma participação será ainda superior se se tomar em consideração que o investimento relativo às Centrais foi financiado em parte com recurso a Fundos Estruturais e a empréstimos de longo prazo contraídos junto do BEI.
308. Isto significa, na prática, que os cálculos efetuados pelo Tribunal de Contas, ao considerarem montantes *brutos* de investimento suportados pela EDIA, não atribui o devido relevo à circunstância de parte muito significativa desse investimento ter sido suportado não apenas pela EDP, mas também por via de Fundos Estruturais e de empréstimos do BEI ⁽¹⁰³⁾. Ora, mesmo neste cenário, a EDP participou nos custos em causa em **montante situado acima do que seria devido**.

5. INCENTIVO AO INVESTIMENTO EM CAPACIDADE DE PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

309. Nos parágrafos 212 e seguintes do Relato sustenta-se que o incentivo ao investimento em capacidade de produção de energia elétrica deveria ter sido atribuído à EDIA, e não à EDP, como veio a suceder através do despacho do Diretor Geral de Energia e Geologia de 1 de abril de 2011.
310. A argumentação expendida no Relato a este propósito desenvolve-se, em síntese, nos seguintes passos:
- (i) O regime previsto na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, abrange dois mecanismos no âmbito da garantia de potência, sendo que «*o incentivo ao serviço de disponibilidade destina-se à entidade que detém a exploração da Central, enquanto o incentivo ao investimento é atribuído à entidade responsável pelo investimento no estabelecimento da Centrais*» (cf. § 215 do Relato).
 - (ii) No caso da CHA, «*todo o investimento necessário à construção e estabelecimento da mesma foi assegurado pela EDIA, não tendo a EDP feito qualquer investimentos*», sendo que

⁽¹⁰³⁾ A este propósito, é de salientar que apenas nos anos de 1995 a 2003, segundo dados do próprio Tribunal de Contas, o montante de investimento suportado por via dessas comparticipações concedidas à EDIA ascendeu a cerca de **396 milhões de euros** (cf. Relatório n.º 03/05, 2.ª Secção, do Tribunal de Contas, *Auditoria de Follow-Up à EDIA – Projeto EFMA*, de fevereiro de 2005, p.39).



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

«quando da entrada em funcionamento industrial do CHA em 2004, a titular era a EDLA» (cf. §§ 216 e 217).

- (iii) Não faz sentido reconhecer o direito em causa à EDP, quer porque a mesma apenas surge, a partir de 2007 e por um período de 35 anos, como mera cessionária da exploração da CHA, quer ainda por não constituir fundamento para esse reconhecimento o facto de lhe ter sido transmitida, pelo período de tempo mencionado, a licença de produção de energia (cf. § 221).
- (iv) Está em causa o montante global de € 36.400.000,00, verba esta que, «a ser canalizada para a EDLA seria essencial ao reforço da sustentabilidade do projeto EFMA e não se entende que não tenha sido afeto ao setor público para ser encaminhado para um operador privado» [sic] (cf. § 222).
311. Para além desta argumentação, o Relato toma ainda posição sobre o novo regime da garantia de potência, afirmando a este propósito que «de acordo com o n.º 2 do artigo 19.º da Portaria n.º 251/2012, de 20 de agosto, a EDP teria que devolver as verbas já recebidas relativamente à CHA e que ascendiam a cerca de 12 milhões de euros à data da publicação da portaria» (cf. § 229).
312. Pois bem, importa começar por sublinhar que todos os passos da argumentação expandida no Relato sobre o assunto em causa se mostram *incorretos*, ou baseados em pressupostos de facto *errados*.
313. Assim: (i) é **incompleta** a descrição do regime da garantia de potência contido na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto; (ii) é **errada, ou pelo menos grosseiramente incompleta**, a afirmação de que a EDLA assegurou todo o investimento relativo à CHA, sendo **irrelevante** que a mesma fosse titular deste centro eletroprodutor em 2004; (iii) é igualmente **errada** a qualificação da posição da EDP em relação à CHA como uma simples cessionária de exploração; (iv) é absolutamente **irrelevante**, na perspetiva da respetiva atribuição, que a verba relativa ao incentivo ao investimento seja essencial ao reforço da sustentabilidade do projeto EFMA. Vejamos cada um destes aspetos mais em detalhe.
314. Contrariamente ao que resulta do Relato, a garantia de potência não foi criada pela Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, mas antes pelo Decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de Julho, que veio, através do seu artigo 4.º, aditar um novo artigo 33.º-A ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, com a seguinte redação:

«1 – Com vista a promover a garantia de abastecimento, um adequado grau de cobertura da procura de eletricidade e uma adequada gestão da disponibilidade dos centros electroprodutores é definido, nos termos constantes em portaria do membro do Governo



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

responsável pela área da energia, um mecanismo de remuneração da garantia de potência disponibilizada pelos centros electroprodutores em regime ordinário.

2 – Os encargos associados ao mecanismo de remuneração da garantia de potência devem ser suportados por todos os consumidores de energia elétrica, devendo ser repercutidos na tarifa de uso global de sistema ou noutra tarifa aplicável à globalidade dos consumidores de energia elétrica nos termos a definir no Regulamento Tarifário.»

315. Mas já antes o mecanismo de garantia de potência surge identificado no ordenamento jurídico nacional através do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto, diploma que estabeleceu determinadas regras necessárias ao início do funcionamento do mercado no âmbito do MIBEL, na perspetiva de antecipação de uma reformulação profunda das regras de organização e funcionamento do setor elétrico nacional. De acordo com o n.º 2 da disposição citada, «*os produtores em regime ordinário que participem no mercado sob qualquer forma de contratação têm direito a um pagamento de potência dependente da sua disponibilidade no período de maior procura ou de escassez de oferta*».
316. Estes antecedentes do mecanismo da garantia de potência permitem compreender um traço essencial do respetivo regime que é ignorado no Relato. Trata-se de o legislador ter, desde sempre, entendido que a atribuição dos direitos no âmbito da garantia de potência – seja qual for o instrumento em causa, isto é, o serviço de disponibilidade ou o incentivo ao investimento – se faz aos **produtores de energia elétrica e não a quaisquer outras entidades**.
317. Este aspeto do regime da garantia de potência não se verifica apenas quando esteja em causa o serviço de *disponibilidade*, como erradamente se afirma no Relato, mas também em relação ao incentivo ao *investimento*.
318. Com efeito, resulta expressamente do disposto nos artigos 9.º e 12.º, n.º 2, da Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, que o incentivo ao investimento é atribuído ao **titular do centro eletroprodutor** a que respeite, mediante a apresentação da cópia da licença de exploração a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.
319. Para que uma entidade possa exigir o reconhecimento do incentivo ao investimento tem, pois, de demonstrar preencher dois requisitos cumulativos: (i) por um lado, ser *titular da licença* de exploração respeitante ao centro electroprodutor elegível; (ii) por outro lado, ter *realizado ou suportado o investimento* na construção e instalação do centro eletroprodutor em causa.
320. Ora, em **primeiro lugar**, a EDP é titular do centro eletroprodutor e é também ela, naturalmente, a titular da licença de exploração relativa à CHA, como resulta do despacho da DGEG de 24 de outubro de 2007, a qual transferiu para si a licença



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

anteriormente concedida à EDIA (cf. **Anexo 6**). Para além disso, a EDP é também titular dos direitos de utilização privativa de recursos hídricos do domínio público previstos no artigo 61.º, alínea d), da Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro, cuja subconcessão está prevista no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro, em virtude do Contrato de Cessão e Subconcessão.

321. Esta circunstância de **só a EDP ter direito à atribuição do direito ao incentivo ao investimento** previsto na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, enquanto titular do centro eletroprodutor em causa, decorre ainda de só esta empresa, enquanto titular da respetiva licença de exploração, estar em condições de assegurar a *disponibilização de potência* de acordo com o disposto no artigo 11.º, n.º 6, da citada portaria. Esta disposição, ao fazer depender a atribuição do direito em causa da verificação de uma potência média disponível anual nos períodos tarifários de ponta equivalente a 90% da capacidade contratada ao abrigo do incentivo ao investimento, mostra bem que a exploração da central por parte do requerente do direito ao incentivo ao investimento é uma condição *necessária*, ainda que não *suficiente*, do reconhecimento desse mesmo direito. Seria, em qualquer caso, estranho que a EDIA tivesse o direito de receber valores que estão necessariamente dependentes da atuação de terceiros.
322. Em **segundo lugar**, o reconhecimento à EDP do direito ao incentivo ao investimento resulta ainda do facto de esta ter **suportado e remunerado o investimento relativo à CHA**, correspondente ao período em que fará a sua exploração, uma vez que pagou à EDIA, a título de compensação financeira, nos termos previstos na Cláusula 6.ª do Contrato de Cessão e Subconcessão, a quantia de € 195.000.000,00, a que acresce a quantia anual de € 12.670.000,00, a ser paga durante 35 anos.
323. O pagamento dos montantes em causa constitui, aliás, um facto não desconhecido pelo Relato mas que o mesmo se recusa persistentemente – e, diga-se, incompreensivelmente – a relacionar com a matéria em apreço. Sobre a evidência de que a compensação financeira paga à EDIA no âmbito do mencionado contrato implica que a EDP é a entidade que suportou o investimento relativo à construção da CHA, na parte correspondente ao período de 35 anos de exploração, remete-se para o exposto *supra* no capítulo 4 do presente documento.
324. A esse propósito, importa aqui em especial salientar que ambos os estudos financeiros realizados, pelo BIG e pelo BPI, a solicitação da EDIA incluem o direito à garantia de potência na avaliação do negócio de exploração das Centrais.
325. O que acaba de ser dito aponta claramente no sentido de que qualquer contrato em virtude do qual a EDIA viesse a atribuir aquele negócio por valores iguais ou superiores aos dos estudos – como veio a ser o caso, através do Contrato de Cessão e Subconcessão – implicaria necessariamente que a EDIA seria adequadamente



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

- remunerada pelos montantes por si inicialmente suportados a título de investimento na componente hidroelétrica do aproveitamento e, conseqüentemente, que a entidade a quem fosse confiada a exploração das Centrais seria, na realidade, quem suporta o investimento dessa componente pelo período de exploração acordado, tendo portanto o direito a beneficiar da correspondente garantia de potência.
326. De resto, os montantes envolvidos, bem como o próprio clausulado do Contrato de Cessão e Subconcessão, tornam claro não estarmos perante um mero contrato de cessão de exploração, sem a virtualidade de transmitir à EDP os direitos de natureza jurídico-pública que lhe permitiriam arrogar-se a qualidade de titular da CHA.
327. Pelo contrário, através do contrato em causa, a EDIA não se limitou a ceder a exploração do centro eletroprodutor em causa, mas também subconcedeu o direito de uso privativo dos recursos hídricos do domínio público, de acordo com o previsto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 313/2007, de 17 de setembro, transmitindo-lhe assim todos os direitos que é possível constituir sobre a CHA, bem como as respetivas licenças de exploração e de produção.
328. Para além disso, e ao contrário do que sucede nos verdadeiros contratos de cessão de exploração, o contrato celebrado entre a EDIA e a EDP atribui a esta última um papel decisivo na própria manutenção do centro eletroprodutor, ao admitir que esta possa defender a sua posse nos termos previstos nos artigos 1276.º e seguintes do Código Civil (Cláusula 22.ª), ao colocar a cargo da EDP todos os encargos relativos à atividade de produção de eletricidade (Cláusula 20.ª), comprometendo-se esta última a construir os reforços de potência de Alqueva e Pedrógão (Cláusula 7.ª), e ao excluir um direito de resolução do contrato por parte da EDIA sem fundamento em incumprimento (Cláusula 27.ª).
329. Acresce ainda que, como decorre inequivocamente do estipulado na Cláusula 20.ª do contrato celebrado entre a EDIA e a EDP, as partes estabeleceram uma clara divisão entre todos os aspetos respeitantes à atividade de produção de energia, postos a cargo da EDP, e os aspetos relativos à atividade de captação de água para rega, considerados da responsabilidade da EDIA.
330. Ora, sucede que a garantia de potência não apresenta qualquer vocação para financiar a atividade de captação de água para rega, no contexto do EFMA, como erradamente se deixa subentender no parágrafo 222 do Relato. Pelo contrário, como se deixou claro na exposição antecedente, o mecanismo em causa visa fomentar o setor de produção de energia elétrica, como decorre do disposto no artigo 33.º-A, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, quando aí se estabelece que o mencionado mecanismo se destina a «promover a garantia de abastecimento, um adequado grau de cobertura da procura de eletricidade e uma adequada gestão da disponibilidade dos centros electroprodutores».



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL***Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

331. Consubstanciaria, por essa razão, um caso claro de fraude à lei que através das quantias recebidas a título de garantia de potência se pretendesse reforçar «a sustentabilidade do projeto EFMA», como se afirma no parágrafo 222 do Relato.
332. Suplementarmente, importa ainda referir um conjunto de disposições legislativas injustificadamente ignoradas no Relato e que, todavia, apontam de forma inequívoca no sentido de o direito ao incentivo ao investimento dever ser, como foi, atribuído à EDP.
333. Assim, **em primeiro lugar**, é a EDP que, enquanto titular da CHA, suporta os *custos da tarifa social*, sendo certo que o artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, considera como contrapartida deste encargo a atribuição dos incentivos relativos à garantia de potência. É, pois, fácil, em caso de dúvida, averiguar qual a entidade à qual, relativamente a um centro eletroprodutor, deve ser reconhecido o direito à garantia de potência, em qualquer das suas modalidades: basta perguntar qual a **entidade que suporta os custos com a tarifa social** em resultado da exploração desse mesmo centro eletroprodutor.
334. Ora, não restam dúvidas que só a EDP, e não a EDIA, suporta esses mesmos custos, como resulta, por exemplo, do Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 39/2012, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 87, de 7 de maio de 2013. Em tal parecer foi adotado o entendimento que a EDP Produção, enquanto entidade que desenvolve a atividade de produção de energia, deveria suportar os custos com a tarifa social, sem possibilidade de repercussão tarifária, designadamente em virtude de se entender que tais custos surgem como uma compensação pelos benefícios e vantagens associados a, entre outros, o incentivo ao investimento (cf. *Diário da República* citado, p. 14409).
335. **Em segundo lugar**, o reconhecimento do direito ao incentivo ao investimento à EDP resulta ainda de ser esta a entidade que, enquanto titular da licença de exploração relativa à CHA, suporta a *Contribuição Especial sobre o Sector Energético*, nos termos previstos nos artigos 2.º e 3.º do respetivo regime, aprovado pelo artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, e mantido pelo artigo 238.º da Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro.
336. Tanto quanto se sabe, não foi a EDIA a suportar tal contribuição.
337. Estranha-se, por último, que no Relato se afirme que, em virtude do disposto no artigo 19.º, n.º 2, da Portaria n.º 251/2012, de 20 de agosto, «a EDP teria que devolver as verbas já recebidas relativamente à CHA e que ascendiam a cerca de 12 milhões de euros à data da publicação da portaria» (cf. § 229).
338. O artigo 19.º, n.º 2, da Portaria n.º 251/2012, de 20 de agosto, estabelece que caso «a aplicação do regime de remuneração previsto na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, resulte na



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

obrigação de restituição de parte ou totalidade dos montantes recebidos por um centro eletroprodutor, este tem o prazo de 45 dias úteis a contar da entrada em vigor da presente portaria para proceder a essa restituição».

339. Ora, desde logo, não se compreende como é que se pode afirmar que a EDP teria de devolver, ao abrigo da citada norma, a quantia de 12 milhões de euros.
340. É certo que no parágrafo 39 do Relato se afirma que «o valor do incentivo ao investimento para o período de 2011 a 2017 foi fixado em 36,4 milhões de euros, isto é, 6 milhões por ano». Por seu turno, no parágrafo 40 afirma-se que «em 2011 e 2012, a EDP beneficiou do Estado português, a título de incentivo ao investimento». Mas daqui não se segue que a EDP tivesse de «devolver ao Estado, até 25 de setembro de 2012, as verbas já recebidas a título de investimento, isto é, cerca de 12 milhões de euros».
341. Antes de mais, o artigo 19.º, n.º 2, da Portaria n.º 251/2012, de 20 de agosto, não é aplicável ao caso.
342. Com efeito, o artigo 2.º, n.º 1, da Portaria n.º 139/2012, de 14 de maio, revoga a Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, mas prevê que essa revogação **não afeta as remunerações de serviços de garantia de potência prestadas ao seu abrigo cujo pagamento deva ocorrer até à data de entrada em vigor da Portaria n.º 139/2012, de 14 de maio, a qual ocorreu em 1 de junho de 2012**, como decorre do respetivo artigo 4.º.
343. Deste modo, nem a Portaria n.º 139/2012, de 14 de maio, nem a Portaria n.º 251/2012, de 20 de agosto, puseram em causa os montantes recebidos a título de garantia de potência recebidos até ao final de maio de 2012.
344. Para além disso, o montante previsto para o período de 2011 a 2017, a título de incentivo ao investimento, era de 33,6 milhões de euros, resultante de um montante anual de 4,8 milhões de euros, e não de 36,4 milhões de euros, como erradamente se afirma nos parágrafos 39, 138 e 222 do Relato.
345. Para obter o montante mencionado de 36,4 milhões de euros, teríamos de considerar uma potência de 260MW (7 anos x € 20 mil x 260MW = € 36,4 milhões). No entanto, a potência considerada para o cálculo da garantia de potência é a potência líquida (240MW), ou seja, o valor por ano é de 4,8 milhões de euros o que perfaz, para o período de 2011 a 2017, um valor global de 33,6 milhões de euros (cf. Despacho DGEG de 1 de abril de 2011).
346. Em 2012 a EDP recebeu garantia de potência até maio de 2012 (5/12 x € 4,8 milhões), ou seja, não tem qualquer valor a devolver, pelo que é absolutamente falso o afirmado nos parágrafos 44 e 229 do Relato.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

347. Importa ainda esclarecer que não foi atribuída à EDP, como erradamente se afirma no parágrafo 246 do Relato, a quantia de 6 milhões de euros por ano, a partir de 2010, a título de incentivo ao investimento. Pelo contrário, a quantia atribuída a este título foi de 4,8 milhões de euros por ano, a partir de 1 de janeiro de 2011, como resulta do exposto anteriormente.
348. Consequentemente, é falso que «a EDP entre 2010 e 2012 apenas suportou pela concessão das duas centrais cerca de 50% do valor anual fixado contratualmente» (cf. § 246).

6. CONCLUSÕES

349. No Relato da Auditoria do Tribunal de Contas à concessão da exploração das Centrais sustenta-se, em síntese, o seguinte:
- (i) O direito da EDP a explorar a componente hidroelétrica do EFMA teve a sua génese no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar, celebrados no seguimento da legislação de 1995 que estabeleceu os princípios gerais do SEN, e, com a revogação dessa legislação pelos diplomas de 2006, aquele mesmo direito teria também cessado.
 - (ii) Os direitos adquiridos da EDP são incompatíveis com os diplomas de 2006, adotados no seguimento da Diretiva 2003/54/CE, que reformularam o sector elétrico, substituindo em bloco os regimes de 1995, e completaram o processo de liberalização do sector, bem como com as regras de concorrência e com as regras do mercado interno em matéria de contratação pública.
 - (iii) A EDP não participou no investimento relativo às Centrais, apesar de esta participação estar prevista desde 1995.
 - (iv) O incentivo ao investimento em capacidade de produção de energia elétrica deveria ter sido atribuído à EDIA, e não à EDP, como veio a suceder através do despacho do Diretor Geral de Energia e Geologia de 1 de abril de 2011.
350. Contrariamente à primeira tese defendida pelo Tribunal de Contas, os direitos adquiridos da EDP não foram constituídos pelos diplomas de 1995, nem cessaram com a revogação destes operada pela legislação de 2006, como decorre do que abundantemente se explicitou no capítulo 3 da presente pronúncia, e a seguir se enuncia abreviadamente:
- (i) O Tribunal de Contas não reconduz a constituição do direito adquirido da EDP à base legal correta, pois a fonte originária desse direito consiste no Decreto-Lei n.º 116/73, que atribuiu à antecessora da EDP a concessão do aproveitamento



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIÉDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL*Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015*

hidroelétrico de Alqueva, e não nos instrumentos legislativos e contratuais aprovados em 1995.

- (ii) O Tribunal de Contas faz depender o destino dos direitos adquiridos da EDP, validamente constituídos, dos sucessivos regimes gerais que se destinavam somente a regular aspetos específicos do exercício desses direitos quando estivesse concluída a construção das Centrais. Ora, um regime geral posterior à constituição dos direitos adquiridos da EDP só teria o efeito de os fazer cessar se lhe tivesse sido atribuída expressamente *eficácia retroativa*, o que não sucedeu, e reconhecida à EDP a consequente *tutela indemnizatória*.
- (iii) Apesar de a legislação de 2006 ter revogado os diplomas de 1995, não veio afetar os direitos validamente constituídos ao abrigo de legislação anterior. Por outras palavras, não pode confundir-se a revogação de um regime legal com a extinção dos direitos constituídos ao abrigo de regimes anteriores, que nem sequer foram objeto de revogação.
- (iv) O que acaba de ser dito é confirmado pela circunstância de diplomas posteriores a 2006 – designadamente os Decretos-Leis n.ºs 311/2007 e 313/2007 – reconhecerem expressamente, como não podia deixar de ser, os direitos adquiridos da EDP.

351. Contrariamente à segunda tese sustentada pelo Tribunal de Contas, os direitos adquiridos da EDP não são incompatíveis com os diplomas de 2006, com as regras de concorrência, ou com as regras do mercado interno em matéria de contratação pública, conforme se demonstrou à sociedade no capítulo 3, e a seguir se expõe brevemente:

- (i) Desde logo, os diplomas de 2006 salvaguardaram, de acordo com os princípios de aplicação da lei no tempo, os direitos adquiridos por quaisquer entidades que à data da entrada em vigor desses diplomas os pudessem invocar, entre os quais se contam também os direitos da EDP.

Para além disso, a substituição dum regime legal tem efeitos para o futuro, não afetando situações anteriormente constituídas, o que apenas não sucederá se o novo regime expressamente se atribuisse efeitos retroativos, caso em que não poderiam deixar de ser acautelados os respetivos direitos de compensação.

A revogação do regime de 1995 pela legislação de 2006 não afetou os direitos da EDP e teve apenas, em relação a estes, o efeito de *dispensar* que o exercício dos mesmos se fizesse através da celebração dum CAE, devendo esse exercício ocorrer através da atribuição dum título de utilização privativa do domínio público hídrico e duma licença de produção.



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

- (ii) Quanto à observância das regras de concorrência, em particular as normas sobre auxílios de Estado, importa ter presente que, nos termos das normas e da jurisprudência europeias, se exclui a presença de uma vantagem económica, e a consequente qualificação duma medida como ajuda estatal, se o Estado, ao dispor de um ativo público, se comportar como um operador privado em condições normais de mercado e colocado perante as mesmas circunstâncias.

Mesmo admitindo que estes princípios seriam aplicáveis nos casos de atribuição de direitos de concessão ou utilização de bens do domínio público com valor económico, é manifesto que a contrapartida financeira estipulada no Contrato de Cessão e Subconcessão não envolveu qualquer vantagem económica para a EDP fora dos parâmetros normais de mercado.

Pelo contrário, o valor de participação da EDP nos custos de investimento do EFMA foi bastante superior ao montante previsto no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar e ultrapassou ainda os valores apurados nas avaliações financeiras, realizadas por entidades bancárias credíveis e independentes, a solicitação da EDIA.

- (iii) As regras do mercado interno em matéria de contratação pública a que alude o Relato não se aplicam às concessões de serviços público, como a que está em causa.

Em qualquer caso, as regras gerais dos tratados que fundamentam a abertura à concorrência desses contratos de concessão, não eram aplicáveis em 2007 à celebração do Contrato de Cessão e Subconcessão, pelo motivo simples de que esse contrato se limitou a concretizar direitos adquiridos anteriores à adoção dessas regras e à própria adesão de Portugal à então Comunidade Económica Europeia.

352. Contrariamente à tese sustentada pelo Relato, a EDP, não só participou no investimento relativo às barragens de Alqueva e de Pedrógão e às Centrais, como o fez em montante superior ao que seria devido em qualquer dos cenários referidos no Relato e nos estudos financeiros solicitados pela EDIA, conforme se expôs no capítulo 4, em termos que a seguir se resumem:

- (i) O montante de 390 milhões de euros (valor do negócio), devido ao abrigo do Contrato de Cessão e Subconcessão, é superior a 35,1% do investimento constante do Quadro 6.
- (ii) O mesmo montante de 390 milhões de euros é consideravelmente superior ao valor do negócio de exploração das Centrais, fixado, no máximo, de acordo com o estudo do BIG, em 217,8 milhões de euros (isto é, o produto da soma



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

entre o cenário de exploração contemplado no Quadro 4 que é comparável com a estrutura de negócio subjacente ao Contrato de Cessão e Subconcessão e a valia da extensão do prazo de concessão por mais 5 anos estimada em 10 milhões de euros no parágrafo 186 do Relato), e em 287 milhões de euros, de acordo com o cenário central do estudo do BPI (cf. pp. 47 e 50 ss.).

(iii) O montante anual a pagar pela EDP à EDIA ao abrigo do Contrato de Cessão e Subconcessão, no valor de 12,7 milhões de euros, sem considerar o pagamento inicial efetuado (195 milhões de euros, que representaria, se fosse pago ao longo dos 35 anos do período de exploração, a duplicação daquele montante anual), é muito superior à receita média anual obtida pela EDIA com a exploração da atividade das Centrais durante os únicos dois anos em que é credível fazer esta comparação, ou seja 2006 e 2007, uma vez que o valor atrás referido excede o valor das receitas obtidas pela EDIA em tais anos, subtraídos os respetivos encargos. De facto, o que a EDP paga à EDIA é superior em 10,4 milhões de euros ao que esta obteve através de exploração direta em 2006, e em 8,3 milhões de euros em 2007.

353. Contrariamente à quarta tese sustentada pelo Relato, só à EDP, e nunca à EDIA, poderia ter sido atribuído o direito ao incentivo ao investimento, nos termos previstos na Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto, como se expôs no capítulo 5, e a seguir se expõe:

- (i) É a EDP a titular do centro eletroprodutor, uma vez que detém a licença de exploração relativa à CHA – como exigem os artigos 9.º e 12.º, n.º 2, da Portaria n.º 765/2010, de 20 de agosto – e os direitos de utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público associados, isto é, todos os direitos de que é possível dispor em relação à CHA.
- (ii) Foi a EDP que suportou o investimento relativo à CHA, aliás em montante superior ao que estava previsto no Protocolo de Acordo e no Acordo Complementar.
- (iii) Ambos os estudos financeiros solicitados pela EDIA (BIG e BPI) incluem o direito à garantia de potência na avaliação do negócio de exploração das Centrais.

Daqui resulta claramente que qualquer contrato em virtude do qual a EDIA viesse a atribuir aquele negócio por valores iguais ou superiores aos dos estudos – como veio a ser o caso, através do Contrato de Cessão e Subconcessão – implicaria necessariamente que a EDIA seria adequadamente remunerada pelos montantes por si inicialmente suportados a título de investimento na componente hidroelétrica do aproveitamento e, consequentemente, que a



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**CONFIDENCIAL**

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

entidade a quem fosse confiada a exploração das Centrais seria, na realidade, quem suporta o investimento dessa componente pelo período de exploração acordado, tendo portanto o direito a beneficiar da correspondente garantia de potência.

- (iv) Não é correto encarar o Contrato de Cessão e Subconcessão como uma mera cessão de exploração, sem a virtualidade de transferir para a EDP a titularidade do centro eletroprodutor de Alqueva.
- (v) É a EDP que, enquanto titular da CHA, suporta os *custos da tarifa social*, sendo certo que o artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, considera como contrapartida deste encargo a atribuição dos incentivos relativos à garantia de potência.
- (vi) É também a EDP que, enquanto titular da licença de exploração relativa à CHA, suporta a Contribuição Especial sobre o Sector Energético, que a EDIA não tem evidentemente vindo a suportar.
- (vii) Em 2012 a EDP apenas recebeu garantia de potência até maio de 2012 (5/12 x € 4,8 milhões), pelo que, conforme previsto no artigo 4.º da Portaria n.º 139/2012, de 14 de maio, que salvaguarda expressamente as remunerações de serviços de garantia de potência prestada até 1 de junho de 2012, data de entrada em vigor dessa portaria, a EDP não tem qualquer valor a devolver.

Nestes termos, solicita-se que os presentes esclarecimentos sejam devidamente ponderados na fase subsequente da Auditoria, devendo considerar-se que, no que toca à matéria coberta pelo presente Contraditório, as observações da Auditoria constantes do Relato não apresentam justificação, para os efeitos do disposto no artigo 61.º, n.º 2, do Regulamento da 2.ª Secção do Tribunal de Contas.

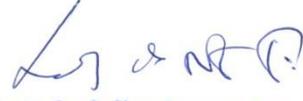
Os Advogados



MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**Carlos Botelho Moniz**
AdvogadoNIF 113 807 201 - 14.º D. F. Lisboa - 3335 - Cédula 4701
Rua Castilho, 165 - 1070-050 Lisboa
Tel.: 21 381 74 97 - Fax: 21 381 74 11

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**Miguel Nogueira de Brito**
AdvogadoNIF 155 509 612 - 5.º B.F. Lisboa - 3298 - Cédula 9775L
Rua Castilho, 165 - 1070-050 Lisboa
Tlx.: 21 381 74 43 - Fax: 21 381 74 98

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS**Luís do Nascimento Ferreira**
AdvogadoNIF 222 472 352 - 1.º B. P. Loures-Moscavide - 3158 - Cédula 21221-E
Rua Castilho, 165 - 1070-050 Lisboa
Tel.: 21 381 74 97 - Fax: 21 381 74 11

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

CONFIDENCIAL

Versão consolidada com as informações complementares de 25.02.2015

LISTA DE ANEXOS

- Anexo 1.** Excertos da ata da Assembleia Geral da EDP de 18 de agosto de 1994
- Anexo 2.** Carta dirigida pela CPPE à EDIA em 9 de dezembro de 1997
- Anexo 3.** Carta dirigida pela CPPE à EDIA em 26 de maio de 1999
- Anexo 4.** Protocolo entre o INAG e a EDP, de 17 de março de 2003
- Anexo 5.** Licença provisória de produção de energia elétrica para a CHA, atribuída à EDIA
- Anexo 6.** Transferência da licença definitiva de produção de energia elétrica para a CHA, a favor da EDP Produção
- Anexo 7.** Carta dirigida pela EDP Produção à EDIA em 25 de maio de 2006
- Anexo 8.** Carta dirigida pela EDIA à EDP Produção em 6 de junho de 2006
- Anexo 9.** Carta dirigida pela EDP Produção à EDIA em 5 de julho de 2006
- Anexo 10.** Carta dirigida pela EDP Produção à EDIA em 2 de maio de 2007
- Anexo 11.** Faturas emitidas pela EDIA ao abrigo do Contrato de Cessão e Subconcessão



8. Resposta remetida, em sede de contraditório, pelo CA da REN





REN

Conselho de Administração

À Area IX
1. Acesso - recepção
2. Budeis no Annúe
respeitos.

Ex.mo Senhor
Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas
Prof. Doutor José Manuel Monteiro da Silvar
Tribunal de Contas
Av. Barbosa du Bocage, 61
1069-042 Lisboa

4.28.1.2015

J

19/01/2015

ref: REN - 778/2015

Assunto: Relato da Auditoria à Concessão da exploração das Centrais Hidroeléctricas de Alqueva e de Pedrógão. Exercício do contraditório.

REN - REDE ELÉCTRICA NACIONAL, S.A., sociedade concessionária com o número único de pessoa coletiva e matrícula 507866673, com sede na Avenida dos Estados Unidos da América, nº 55, 1749-061 Lisboa, com o capital social de 586 758 993 Euros, de ora em diante designada por REN, tendo sido notificada do conteúdo do Relato de Auditoria em referência para que, querendo, se pronunciar sobre o seu conteúdo para efeito do exercício do contraditório, vem expor a V. Exa. o seguinte:

1. O Relato de Auditoria foi analisado pelos serviços da REN e revisitadas as interações tidas e/ou relações contratuais mantidas ao logo dos anos com a EDIA- Empresa de Desenvolvimento e Infra-estruturas de Alqueva ("EDIA"), incluindo o "Contrato de Compra e Venda de Energia e Potência e de Serviços de Sistema", de 30 de março de 2005, e o "Contrato de Venda de Energia", de 10 de julho de 2007 que vigorou entre 1 janeiro de 2006 e 30 junho de 2007.



REN - Redes Energéticas Nacionais SGPS, S.A.
Av. Estados Unidos da América, 55
1749-061 LISBOA
Telefone: (+351) 210 013 500 | Fax: (+351) 210 013 310
Apartado 50316 - 1708-001 LISBOA

DGTC 20 1 15 960

Capital Social: 534.000.000 euros
NIPC: 503 264 032
info.portal@ren.pt www.ren.pt

J

Ⓞ





REN - 778/2015

Pág.
2

2. Procedeu-se, igualmente, à análise da atuação da REN, na sua qualidade de gestor técnico global do Sistema Eléctrico Nacional (SEN), no que respeita aos incentivos ao investimento concedidos à Central Hidroelétrica de Alqueva, nos termos do disposto nas portarias nº 765/2010 de 20 de agosto, nº 139/2012 de 12 de maio, e nº 251/2012 de 20 de agosto.

3. Da análise efectuada, e de acordo com a melhor opinião da REN, nada foi identificado e que releve informar no âmbito do Relato de Auditoria.

Manifestamos a nossa total disponibilidade para prestar os esclarecimentos adicionais que V. Exa. entenda por necessários.

Com os melhores cumprimentos,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jorge Pereira', written in a cursive style.

REN – Rede Eléctrica Nacional, SA

Conselho de Administração

FIM

