

PARECER N.º 46/2019

SUPERVISÃO – AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E MONITORIZAÇÃO SETORIAL

I – DO OBJETO

1. A Câmara Municipal de Portimão (Município) remeteu à Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) por via do Ofício n.º 10033/19, de 25-07-2019, a deliberação de prorrogação do “Contratado para a Prestação de Serviços de Circuitos de Transportes Urbanos no Concelho de Portimão” celebrado entre o Município e a Frota Azul – Transportes e Turismo, Lda. com efeitos até 30 de novembro de 2019 e o acordo de prorrogação celebrado.
2. Aquela comunicação é composta pelos documentos referidos tendo ainda sido prestados esclarecimentos adicionais, a pedido da AMT, em 30-07-2019 e 04-09-2019 e respondidos a 02-09-2019 e 06-09-2019.
3. O presente parecer, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, inscreve-se no cumprimento da missão da AMT enquanto regulador económico independente, de acordo com aquele diploma e com as exigências que emanam da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras Independentes, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.
4. A sua emissão fundamenta-se, assim, nas atribuições da AMT, previstas no n.º 1 do artigo 5.º dos Estatutos, designadamente, de zelar pelo cumprimento do enquadramento legal, nacional, internacional e da União Europeia, aplicável à regulação, supervisão, promoção e defesa da concorrência, visando o bem público, a defesa dos interesses dos cidadãos e dos operadores económicos, e de monitorização e acompanhamento das atividades dos mercados da mobilidade e dos transportes terrestres e fluviais, bem como na avaliação das políticas referentes ao *Ecossistema da Mobilidade e dos Transportes*.
5. Acrescem, ainda, nas atribuições da AMT:
 - Definição das regras e dos princípios gerais aplicáveis às obrigações de serviço público no setor regulado, com respeito do princípio da igualdade, da

transparência e da proporcionalidade das compensações financeiras, bem como ao estabelecimento dos níveis de serviço¹;

- Fiscalizar e auditar o cumprimento das obrigações legais, regulamentares e contratuais assumidas pelos concessionários e pelos prestadores do serviço público sujeitos à sua jurisdição, propondo, se for o caso, a aplicação de sanções contratuais²;
 - Proceder ao controlo anual das compensações concedidas às entidades que asseguram os serviços de interesse económico geral nos setores regulados³;
 - Promover a defesa dos direitos e interesses dos consumidores e utentes em relação aos preços, aos serviços e respetiva qualidade⁴.
6. Por outro lado, o presente parecer inscreve-se também no âmbito da reforma estrutural consubstanciada na Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, que aprovou o Regime Jurídico do Serviço Público de Transportes de Passageiros (RJSPTP), bem como do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007⁵ (Regulamento), relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros.
7. Nesta análise procurar-se-á aprofundar e avaliar as diversas questões regulatórias subjacentes ao pedido de parecer. Em primeiro lugar, o enquadramento e a *compliance* com aqueles diplomas bem como com o estabelecido no Código dos Contratos Públicos (CCP) (Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual) e subvenções públicas (Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto, na sua redação atual).
8. Em segundo lugar, através do modelo de regulação da AMT, pretende-se contribuir para o suprimento de falhas de mercado, sem gerar falhas de Estado ou de entidades e/ou atos normativos que, de algum modo, o representam, e construir um paradigma de concorrência não falseada, sem restrições ou distorções, protegendo o bem público da mobilidade eficiente e sustentável, promovendo, ainda, a confluência dos paradigmas societários subjacentes às diferentes racionalidades plurais e não aditivas, cada qual na sua autonomia própria e de verificação cumulativa, nomeadamente, *i)* a dos investidores, *ii)* a dos profissionais/utilizadores/utentes/consumidores e/ou cidadãos e *iii)* a dos contribuintes.

¹ Alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo 34.º e alíneas e) e k) do n.º 1 e a) do n.º 2 do artigo 5.º dos Estatutos.

² Alíneas c) e f) do n.º 2 do artigo 5.º e alínea b) do n.º 3 do artigo 34.º dos Estatutos.

³ Alínea c) do n.º 3 do artigo 34.º dos Estatutos.

⁴ Alínea m) do n.º 1 e alíneas j) e k) do n.º 2 do artigo 5.º dos Estatutos.

⁵ Alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338, do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2016.

II - DO ENQUADRAMENTO

9. O Município refere na sua comunicação que *“no contexto da leal cooperação entre Município e a AMT na regulação e monitorização do setor do transporte público de passageiros e com vista a promover a transparência no exercício da sua competências enquanto autoridade de transportes, o Município vem notificar V. Exa da deliberação da Câmara Municipal n.º 401/19, tomada em 24 de julho de 2019, que determinou a necessidade urgente de prorrogar o “Contrato para a Prestação de Serviços de Circuitos de Transportes Urbanos no Concelho de Portimão”, celebrado entre o Município de Portimão e a Frota Azul (Algarve) – Transportes e Turismo, Lda. até 30 de novembro de 2019, nos termos e para os efeitos do n.º 3 do artigo 19.º do Regime Jurídico do Serviço Público de Transportes de Passageiros, aprovado pela Lei n.º 52/2015, de 9 de junho e do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, bem como do próprio acordo de prorrogação já outorgado”.*
10. O preâmbulo da deliberação referenciada, estabelece, no seu preâmbulo, o seguinte enquadramento:
- *“Sucessivamente nos anos de 2003, 2004, 2006 e 2008, foram celebrados quatro contratos, nos termos da legislação aplicável, entre o Município de Portimão e a Frota Azul (Algarve) – Transportes e Turismo, Lda, com vista a garantir a disponibilidade do serviço público de transporte de passageiros no Município de Portimão;*
 - *Estes quatro contratos foram celebrados na sequência de um procedimento de negociação com publicação prévia de anúncio (O Contrato n.º 019/2003), de um contrato celebrado na sequência de um concurso limitado por prévia qualificação (o Contrato n.º 026/2006) e dois contratos celebrados por ajuste direto (o Contrato n.º 10/2004 e o Contrato n.º 003/2008), com fundamento no critério material aplicável a novos serviços que consistam na repetição de serviços similares aos anteriormente contratados na sequência de concurso público (Cfr alínea g) do n.º 1 do artigo 86.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho);*
 - *Os contratos referidos no Considerando anterior foram submetidos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas;*

- *Em 30 de junho de 2010, foi cedida a posição contratual do Município de Portimão nos quatro contratos mencionados à Portimão Urbis E.E., S.A, cessão da posição contratual esta que foi igualmente visada pelo Tribunal de Contas;*
- *Em 30 de outubro de 2013, estes quatro contratos foram modificados e unificados mediante a celebração entre as partes de um aditamento ao contrato;*
- *A unificação contratual dá lugar a um contrato único, denominado “Contrato para a Prestação de Serviços de Circuitos de Transportes Urbanos no Concelho de Portimão”, que tem como termo original o dia 28 de julho, prorrogável até 28 de julho de 2019; (...);⁶*
- *Ao abrigo do disposto no artigo 7.º e no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, o contrato único em apreço mantém-se em vigor até ao termo da sua duração (isto é, 28 de julho de 2019);*
- *Em 28 de junho de 2016, foi celebrado entre a Portimão Urbis, E.M., SA, a Frota Azul (Algarve) – Transportes e Turismo, Lda., e o Município de Portimão um acordo de cessão de posição contratual, pelo qual o município de Portimão sucede na posição contratual assumida pela Portimão Urbis, E.M., SA, no referido “Contrato para a Prestação de Serviços de Circuitos de Transportes Urbanos no Concelho de Portimão”.*

11. Feito o enquadramento, o Município considera:

- *“O Município de Portimão tem realizado um conjunto de trabalhos de preparação de um concurso público;*
- *Com efeito, foi já elaborado estudo técnico para a elaboração do modelo e rede e análise das alternativas de modalidade do contrato de serviço público a adotar, forma já contratados serviços jurídicos para a preparação das peças concursais e acompanhamento ao longo do concurso, tendo já sido iniciada a discussão sobre os termos do caderno de encargos, e encontra-se em curso o trabalho de avaliação económico-financeira da rede⁷;*

⁶ Por ofício 895/204, de 13-03-2014, o Tribunal de Contas considerou que “o presente contrato não está sujeito a visto prévio, por não se enquadrar em nenhuma das alíneas do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC”.

⁷ Refere que “Com vista a ultrapassar este conjunto de dificuldades supervenientes, de modo a minimizar o seu impacto negativo na preparação do concurso, o Município de Portimão já tem adotado várias medidas nesse sentido, - entre outros - em junho de 2018, o Município de Portimão chegou a adjudicar o Contrato n.º 049/2018 relativo à aquisição de serviços para o Estudo Técnico

- *Não obstante, a preparação do concurso público tem sido dificultada por um conjunto de factores externos, inimputáveis e incontornáveis pelo Município de Portimão;*
- *Com efeito, e por um lado, constitui facto notório que o setor de transporte público de passageiros em Portugal está a passar uma fase transitória, em que se atesta um défice estrutural de informação, que dificulta seriamente o planeamento e a conceção do serviço público de transporte de passageiros por quaisquer autoridades de transportes;*
- *Por outro lado, nota-se uma grande instabilidade do ordenamento jurídico regulador do setor dos transportes de passageiros em Portugal;*
- *Efetivamente é inegável que a publicação de numerosos atos normativos que complementam a regulação constante do RJSPTP – a este propósito basta pensar-se no recente Decreto-Lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro, que consagra as novas regras de planeamento do transporte escolar, e na Portaria n.º 298/2018, de 19 de novembro, e no Regulamento n.º 430/2019, de 16 de maio, que trouxeram alterações estruturais à regulação da matéria de títulos de transporte e de tarifas;*
- *Todas estas novas regulações e regulamentações obrigam as autoridades de transportes a constantemente reestruturar uma vicissitude imprevisível que impossibilita o cumprimento do calendário subjacente ao plano inicial da preparação do concurso;*
- *A este propósito, cumpre ainda referir-se que a afetação temporária de uma parte significativa dos recursos humanos que fazem parte da equipa responsável pela preparação do concurso à implementação do Programa de Apoio à Redução Tarifária (...) também constitui uma necessidade superveniente imprevisível que causou inevitavelmente impactos e atrasos na preparação do concurso.”*

12. Nesta sequência:

- *“No entanto, apesar das diligências adotadas, em sede de parecer prévio vinculativo, o caderno de encargos e o programa de concurso, constata-se que é objetivamente impossível recuperar completamente o atraso causado na*

para a Execução do Plano Operacional da Rede de Transportes Públicos “Vai Vem” e o Contrato n.º 033/2019 – “Aquisição de serviços de assessoria jurídica para o contrato de serviço público de transporte de passageiros municipal “Vai & Vem” – (...).

preparação do concurso por estes factores externos, supervenientes, imprevisíveis e imputáveis ao próprio Município de Portimão;

- *Este atraso conduz à manifesta impossibilidade da conclusão do concurso público (...) no próximo da 28 de julho;*
- *Neste quadro, verifica-se um risco iminente de rutura do serviço público de transporte rodoviário de passageiros no Município de Portimão;*
- *No propósito de proteger a população contra o risco iminente da rutura do serviço público de transporte de passageiros, quer o legislador europeu quer o legislador português preveem “medidas de emergência” para o efeito;*
- *Com efeito, o n.º 5 do artigo 5.º do Regulamento (CE) 1370/2007 e o n.º 3 do artigo 19.º do RJSPTP legitimam expressamente a possibilidade de prorrogação de contratos de serviço público “em caso de rutura ou de risco iminente de rutura dos serviços”;*
- *Aliás, é indiscutível que as entidades públicas estão obrigadas a garantir a continuidade do serviço público, protegendo o direito fundamental à mobilidade da população; (...)”*

13. [confidencial]

14. [confidencial]

15. A Cláusula 3.^a estabelece que o Município (depois da Portimão Urbis ter cedido a posição contratual) pagará à Frota Azul a diferença entre o valor anual referido e o produto da venda de títulos de transporte (que constitui receita do Município), acrescido de comissões devidas aos diversos pontos de venda, suportadas pela Frota Azul.

16. A Cláusula 10.^a estabelece que se as condições constantes do contrato não forem cumpridas, o adjudicatário sujeita-se à aplicação da penalidade prevista no caderno de encargos.

17. [confidencial]⁸.

18. As cláusulas 6.^a e 7.^a preveem a possibilidade de proceder à avaliação do serviço prestado, através de um índice de qualidade e de inquéritos junto dos utilizadores.

⁸ [confidencial]

19. Por solicitação da AMT, o Município enviou os dados atuais e históricos *“que sistematiza os indicadores de desempenho da rede atual no que diz respeito às características da oferta nos diversos períodos ao longo do ano (período escolar, férias escolar, dias úteis, sábados, domingos e feriados) e para todo o ano. Esta tabela inclui também a informação sobre a evolução da procura desde 2014 e níveis de cobertura das receitas pelos custos”*.
20. Tal tabela apresenta, por linha: (i) Veículos utilizados; (ii) Extensão (km); (iii) N.º total de paragens; (iv) Distância média entre paragens; (v) Total tempo de percurso; (vi) Velocidade comercial; (vii) Circulações por dia; (viii) Veículos.km por dia; (ix) Veículo.km ano; (x) Procura anual de 2014 a 2018; (xi) Extensão média km; (xii) Índice de sinuosidade; (xiii) Comparação do tempo média de viagem em transporte público e em transporte individual; (xiv) Passageiros; (xv) Custos e receitas; (xvi) Taxa de cobertura.
21. [confidencial]
22. [confidencial]
23. [confidencial].⁹
24. [confidencial].¹⁰
25. [confidencial]
26. No que se refere à taxa de cobertura, o Município considera que *“este valor surge em linha com os níveis de cobertura apresentados por alguns sistemas de TPR municipalizados (e.g. SMTUC, STCP ou TUB), mas são bastante inferiores aos verificados outros operadores de TPR nos quais é possível encontrar taxas de cobertura entre os 70% e os 90% dos custos globais (e.g., Carris, Horários do Funchal ou grupo Barraqueiro).”*
27. Reconhece o Município que *“o risco de operação da rede “Vai e Vem” está hoje todo do lado da autarquia, sendo que a Frota Azul apresenta os custos de produção à autarquia e devolve as receitas por si cobradas, não existindo neste processo nenhum incentivo a que o operador procure aumentar a procura e a qualidade do serviço que proporciona. Em sede do processo de contratualização é fundamental assegurar que o risco é*

⁹ [confidencial]

¹⁰ [confidencial]

repartido entre as duas entidades, promovendo um saudável aumento da qualidade de serviço proporcionado pelo operador”.

28. [confidencial]
29. No que se refere à informação solicitada pela AMT sobre relatórios de avaliação de desempenho e cumprimento das obrigações contratuais e se foram anteriormente apurados incumprimentos e aplicadas sanções (e quais), o Município respondeu *“Este Sector desconhece a existência de relatórios de avaliação de desempenho e de cumprimento das obrigações contratuais”.*
30. Tendo também sido solicitada informação sobre o cumprimento do artigo 22.º do RJSPTP, o Município informou que *“contrariamente ao estipulado no artigo 22.º do RJSPTP, o operador do Serviço Público de Transporte de Passageiros Municipal “Vai&Vem”, até à data, ainda não registou os serviços públicos de transporte de passageiros em exploração num sistema de informação de âmbito nacional”.*
31. Quanto a direitos dos passageiros, o Município informou que o operador dá cumprimento *“genericamente” às obrigações do Decreto-Lei n.9/2015, de 15 de janeiro e que na página do operador <https://www.frota-azul.pt/frotaazul/Frota-Azul> está disponível o acesso ao Livro de reclamações eletrónico.*

III – DA ANÁLISE

32. Antes demais, a título de enquadramento, de referir que com a entrada em vigor do RJSPTP, bem como do Regulamento, produziu-se uma profunda reforma a nível nacional e europeu, em que todos os operadores do mercado de transporte sujeitos a obrigações de serviço público (OSP) e com compensação financeira em razão da OSP e/ou atribuição de direito exclusivo passaram a estar abrangidos pela obrigação de celebração de contrato de serviço público entre o operador e a autoridade de transportes competente, tendo como regra a atribuição através de procedimento de contratação pública (modelo de “concorrência-regulada”).
33. Tal norma articula-se com o artigo 18.º e com o artigo 5.º do Regulamento, bem como com o CCP e que procede à transposição de diretivas europeias no domínio da contratação pública, que estabelece que a seleção de qualquer operador que preste serviços públicos de transporte de passageiros que incluam obrigações de serviço público e respetivas compensações e/ou atribuição de direitos exclusivos, deve ser

- efetuada por procedimento concursal, aberto, imparcial, transparente e não discriminatório.
34. Por outro lado, refere o artigo 8.º do Regulamento que *“Até 2 de dezembro de 2019, os Estados-Membros tomam medidas para dar gradualmente cumprimento ao disposto no artigo 5.º a fim de evitar anomalias estruturais graves, nomeadamente relacionadas com a capacidade de transporte.”*
 35. De referir que o Regulamento refere, no artigo 5.º, indistintamente *“procedimentos de adjudicação”, “formas de adjudicação” ou “adjudicação”,* mas precedida dos necessários *“procedimentos”* ou mesmo *“participação em adjudicações de contratos por concurso”,* pelo que não decorrerá que a adjudicação (ato administrativo adjudicatório em sentido próprio) deva, impreterivelmente, ser efetuada antes daquela data. Aliás, referem as orientações da Comissão que *“a obrigação de dar gradualmente cumprimento ao disposto no artigo 5.º, imposta aos Estados-Membros, é razoável apenas se disser respeito à obrigação de aplicar procedimentos abertos, transparentes, não-discriminatórios e imparciais na adjudicação de contratos de serviço público”* e *“aplicar a regra geral de adjudicação dos contratos de serviço público por concurso, aberto a todos os operadores em condições equitativas, transparentes e imparciais.”*
 36. Portanto, quando os Estados-Membros devem tomar medidas adequadas para dar gradualmente cumprimento a esta exigência durante o período transitório, o que está em causa é, neste período, iniciar o processo que leve à contratação efetiva, sendo o valor final a salvaguardar o de que exista decisão efetiva de submissão à concorrência antes do fim do período transitório.
 37. Até porque, tendo em conta os procedimentos e prazos imperativos subjacentes ao lançamento de tais procedimentos, incluindo eventuais vicissitudes, como impugnações judiciais, bem como os prazos inerentes à emissão de pareceres de entidades competentes, como a AMT e o Tribunal de Contas, poderá verificar-se que mesmo os procedimentos lançados no período transitório poderão não se encontrar adjudicados até 3 de dezembro de 2019.
 38. A AMT tem efetuado um intenso trabalho de monitorização sistemática da implementação deste regime que representa uma relevante reforma de nível nacional e europeu, tendo emitido, desde 2016, diversas orientações às autoridades de transportes

sobre a preparação da contratualização de serviços de transportes¹¹, além de ter realizado ações informativas em todo o país, e ter emitido diversos Pareceres Prévios Vinculativos sobre as peças de procedimentos de formação de contratos de concessão ou de prestação de serviços públicos.

39. Neste contexto, foi emitida uma informação “Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007 – Obrigatoriedade de Submissão à Concorrência”¹², na qual se recorda que a adoção de um procedimento de atribuição de serviços de transporte público de passageiros diferente do concurso público (*maxime*, ajuste direto) é limitado, tendo em conta que:

- “O n.º 1 do artigo 19.º do RJSPTP estabelece que a exploração do serviço público do transporte de passageiros pode ser adjudicada por ajuste direto, pelas autoridades de transportes competentes a (i) operadores internos; ou (ii) a outros operadores de serviço público, nos termos do Artigo 5.º do Regulamento e no respeito pelo disposto no CCP;
- Os números seguintes do mesmo Artigo 19.º do RJSPTP, em consonância com o Regulamento, esclarecem quais as restantes situações nas quais é legalmente admissível o recurso ao ajuste direto (ou a outras situações de atribuição direta, como é o caso de prorrogação de contratos de serviço público já em vigor). Assim: (i) a exploração do serviço público de transporte de

¹¹ Entre eles: (i) Esclarecimento para fundamentação do processo de parecer prévio vinculativo sobre peças de procedimento de formação dos contratos de concessão ou de prestação de serviços públicos, ou sobre alterações promovidas aos contratos em vigor, previstas no Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, e que está disponível em http://www.amt-autoridade.pt/media/1505/site_informacao_stakeholders.pdf correspondendo, na generalidade, às necessidades de fundamentação de um processo de contratualização de serviços públicos de transporte de passageiros. Naturalmente, será de adaptar aos casos concretos. (ii) *Road-Map* para a contratualização de serviços públicos de transportes: <https://gtatransportes.files.wordpress.com/2018/11/c2abroadmapc2bb-para-a-contratualizac3a7c3a3o-de-servic3a7os-pc3babclicos-de-transportes.pdf>; (iii) Guião de suporte ao Período Transitório de aplicação da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho: https://gtatransportes.files.wordpress.com/2017/12/guiaorjsptp_01-04-20161.pdf (iv) Guião de preparação de procedimentos concursais, incluindo formulário tipo de caderno de encargos: <https://gtatransportes.files.wordpress.com/2018/11/quic3a3o-de-apoio-c3a0-preparac3a7c3a3o-e-conduc3a7c3a3o-de-procedimentos-de-contratac3a7c3a3o-versc3a3o-previa.pdf> (v) Apresentação pública da AMT sobre o parecer prévio vinculativo: <https://gtatransportes.files.wordpress.com/2017/12/amt-conferencia-nacional-at1.pdf> (vi) esclarecimento prestado pela AMT, com sugestões de indicadores relevantes para monitorização contratual que poderão ser inseridos nos futuros contratos de serviço público: https://gtatransportes.files.wordpress.com/2018/10/csie_indicadores_monitorizacao_supervisao_at-2.pdf ; (vii) Informação sobre Auxílios de Estado e compensações: https://www.amt-autoridade.pt/media/1955/auxilios_estado_osp_transportes.pdf (viii) Orientações para o Planeamento de serviços públicos de Transportes: <https://gtat.pt/planeamento-e-avaliacao-de-servicos-de-transporte/> ; (ix) Versões públicas de pareceres prévios vinculativos emitidos pela AMT <https://www.amt-autoridade.pt/pronuncias-e-pareceres/#tab-2> (apenas disponíveis os pareceres relativos a processos já findos – após visto do Tribunal de Contas). (x) Apresentação da AMT em conferência organizada em parceria com a Associação Nacional dos Municípios Portugueses – ANMP – <http://www.amt-autoridade.pt/media/1220/workshop-11-10-versao-10-10.pdf>; (xi) Orientação para definição de serviços mínimos de acordo com a Lei n.º 52/2015, de 9 de junho: <https://gtatransportes.files.wordpress.com/2018/12/Guia-para-a-definicao-de-«servicos-minimos»-PUB.pdf> ; (xii) Apresentações relativas a procedimentos de contratação e avaliação de propostas: <https://gtat.pt/seminarios-conferencias/> (xiii) Experiências de contratação internacionais; <https://gtat.pt/estudos/> (xiv) Normas de qualidade nos transportes públicos: <https://gtat.pt/estudos-e-guioes/>

¹² Disponível em: <https://www.amt-autoridade.pt/media/1739/informacao-regulamento-ajustes-diretos.pdf>

passageiros pode ainda ser adjudicada por ajuste direto pela autoridade de transportes competente em situações excecionais destinadas a assegurar o interesse público, designadamente em caso de rutura ou de risco eminente de rutura de serviços ou em situações de emergência; (ii) nestas situações (de emergência), a autoridade de transportes competente pode, em alternativa ao ajuste direto, optar pela prorrogação, mediante acordo com o operador de serviço público, do prazo de um determinado contrato de serviço público; (iii) em qualquer dos casos referidos nos n.ºs 2 e 3 do Artigo 19.º (rutura ou risco eminente de rutura de serviço e situações de emergência), o período de contratação não pode exceder o período necessário à conclusão de um procedimento concursal, nos termos do RJSPTP e da demais legislação aplicável, não podendo, em caso algum, exceder os dois anos;

- *No que respeita à possibilidade de recorrer ao ajuste direto no caso de “contratos de pequeno valor”/regra de minimis (prevista no Regulamento, mas não densificada no RJSPTP, e não tendo reflexo no CCP) (...) o recurso ao ajuste direto pelas autoridades de transporte nos termos do Regulamento (limiares de mínimos estabelecidos no que respeita aos montantes e ativos afetos à operação de transporte) apenas é admissível se tal se compaginar com os limites estabelecidos na legislação nacional aplicável à disciplina vigente da contratação pública (CCP).”*

40. Do mesmo passo, foi também referido que a possibilidade de recurso excecional a um ajuste direto depende da verificação prévia, por parte das autoridades de transportes, de requisitos específicos previstos na lei quando, onde e caso se verifique que devem ser demonstrados e terá sempre que ser justificada face ao caso concreto, nomeadamente no que se refere à não imputabilidade às entidades adjudicantes das circunstâncias invocadas.
41. Neste contexto, a Comunidade Intermunicipal, em que se integra o Município, já lançou o concurso público para os serviços de transportes na região, o que não se verificou ainda com o Município, quanto aos serviços municipais, ainda que se considere que se encontra no âmbito do período transitório do Regulamento e que a atual prestação de serviços decorre igualmente de outros procedimentos concursais e está enquadrada contratualmente.
42. Não se pode deixar de referir que, pelo menos desde 2015, são claras as obrigações legais nesta sede, sendo que o Município não assumiu competências de autoridade de

transportes este ano, mas desde que celebra contratos com um operador, pelo que se infere que as necessidades em causa são periódicas e previsíveis.

43. Naturalmente, sendo previsível o fim do contrato em vigor e que a preparação de Concurso Público, que enquadre a prestação dos serviços públicos em vigor, enfrentava delongas, a rutura ou risco de rutura iminente de serviços também seria objetivamente previsível para a autarquia.
44. De sublinhar igualmente que as alegações de que a regulamentação ao RJSPTP tem sido um fator de perturbação ao processo de desenvolvimento de procedimentos contratuais não tem qualquer aderência ao conteúdo de tais atos regulamentadores, uma vez que os mesmos vieram a especificar matérias relevantes, auxiliando as autoridades de transportes na aplicação do RJSPTP. Como já se referiu, a existência de regulamentação não consubstancia argumento condicionante da obrigatoriedade de fundamentar e prosseguir os necessários procedimentos administrativos.
45. Aliás, tais alterações verificaram-se no fim de 2018 e início de 2019, tendo os preparativos para o concurso público sido iniciados em 2019, pelo que não se poderão considerar que existam fatores supervenientes, imprevisíveis e inimputáveis ao Município de Portimão, uma vez que se encontrava na disponibilidade do mesmo planear o lançamento de um novo concurso, uma vez que há vários anos sabia da data limite do atual contrato, bem como era do seu conhecimento a necessidade de aspetos do RJSPTP serem regulamentados¹³
46. Independentemente de a AMT ter considerado, na informação referida, que mesmo o artigo 19.º do RJSPTP – situação de emergência – não dá cobertura genérica a qualquer ajuste direito e que se trata de uma medida excecional face a situações que não devem ser imputáveis às entidades adjudicantes (caso contrário, justificaria a sua utilização recorrente para justificar a não submissão à concorrência), haverá, contudo, numa ótica de proporcionalidade, de considerar os dois interesses públicos em presença – por um lado, um vetor relacionado com a promoção e defesa da concorrência, assegurando o acesso ao mercado do transporte rodoviário de passageiros de novos operadores, tendo em conta os princípios da imparcialidade, transparência e não discriminação (via procedimento de contratação pública), e, por outro, o vetor relacionado com o acesso ao sistema de transporte público por parte de todos os cidadãos, evitando situações de

¹³ Como aliás consta de declaração de voto inserida na Deliberação da Autarquia já referida.

rutura ou risco de rutura iminente de serviços, que podem conduzir a situações de emergência e de salvaguarda do direito à mobilidade.

47. Ou seja, independentemente de poder ser imputado ao Município o não lançamento de concurso público em tempo, facto é que estava em causa a prestação de um serviço público à população.
48. E quanto a situações de rutura ou risco de rutura iminente de serviços haverá que valorar o direito à mobilidade dos cidadãos, independentemente da interruptibilidade do serviço público e o despoletar dos competentes procedimentos administrativos poder ter sido antecipada pelo Município.
49. Nesse sentido, admitir-se-á a possibilidade de lançamento do ajuste direto, nos termos previstos no artigo 19.º do RJSPTP, sendo que tal consideração parte do pressuposto de se tratar de um contrato destinado a assegurar a continuidade e ininterruptibilidade do serviço público já disponibilizado à população, na pendência da preparação de um procedimento concursal, e numa curta duração, até 30 de novembro de 2019.
50. Contudo, a mesma questão se irá colocar naquela data, uma vez que, mesmo que o concurso seja lançado, não estará, naturalmente, adjudicado naquela data, tendo de, previsivelmente, se equacionar novo procedimento para assegurar a manutenção do serviço.
51. Nessa data, já se considerará menos justificável, ainda, o recurso a novo ajuste direto, sem que se tenha procedido ao lançamento do concurso (atento o prazo de 3 de dezembro de 2019), bem como sem que se tenham em conta outras matérias relativas ao conteúdo e obrigações contratuais, como adiante se explicitará.
52. De recordar que o artigo 23.º do RJSPTP estabelece, por seu turno, que *"as autoridades de transportes competentes podem impor obrigações de serviço público¹⁴ ao operador de serviço público, as quais devem ser formuladas de forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis."*

¹⁴ Tal como refere Comunicação da Comissão - Orientações para a interpretação do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, publicada no Jornal Oficial da União Europeia C/92 de 29 de março de 2014. "Conforme dispõe o artigo 14.º do TFUE, «a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respetivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços [de interesse económico geral] funcionem com base em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões». De acordo com o Protocolo n.º 26, as autoridades nacionais, regionais e locais têm um papel essencial e gozam de um amplo poder de apreciação na prestação, execução e organização de serviços de interesse económico geral de uma forma que atenda tanto quanto possível às necessidades dos utilizadores (...). Assim, no quadro definido pelo regulamento (CE) n.º 1370/2007, os Estados-Membros beneficiam de uma ampla margem de discricionariedade na definição das obrigações de serviço público em sintonia com as necessidades dos utentes.

53. Noutra vertente, o artigo 24.º do RJSPTP estabelece que *"o cumprimento de obrigações de serviço público pode conferir o direito a uma compensação por obrigação de serviço público, a atribuir pela autoridade de transportes competente ao operador de serviço público respetivo"*, nos termos do anexo ao Regulamento e do Decreto-Lei n.º 167/2008, de 26 de agosto, na sua redação atual.
54. De referir que, de acordo com a Comissão, *"a presunção de compatibilidade e a exoneração a que faz referência o parágrafo anterior, não excluem a possibilidade de as compensações pela prestação de serviços de transporte público constituírem auxílio estatal. Para o não serem, as compensações terão de satisfazer as quatro condições estabelecidas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Altmark."*¹⁵ ¹⁶
55. Referem os n.ºs 3 e 4 do artigo 24.º do RJSPTP que *"a compensação por obrigação de serviço público não pode exceder um montante que corresponda ao efeito financeiro líquido decorrente da soma das incidências, positivas ou negativas, da execução da obrigação de serviço público sobre os custos e as receitas do operador de serviço público"*, sendo que as incidências *"(...) são calculadas comparando a totalidade de custos e receitas do operador de serviço público num cenário de existência de obrigação de serviço público, com os decorrentes de um cenário sem existência de obrigação de serviço público e em que os serviços abrangidos são explorados em condições de mercado."*¹⁷
56. O Regulamento estabelece ainda que devem ser definidas *"claramente as obrigações de serviço público que os operadores de serviço público devem cumprir e as zonas*

¹⁵ Processo C-280/00, Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Coletânea 2003, p. I-7747). Ver também a secção 3 da comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral (JO C 8 de 11.1.2012, p. 4).

¹⁶ O Tribunal entende que: (i) Existe a necessidade de definir e atribuir de modo claro e transparente as obrigações de serviço público desde o início para que se possa deduzir com exatidão quais as obrigações de serviço público impostas às empresas (ii) Os parâmetros com base nos quais o montante exato de compensação é calculado, devem ser previamente estabelecidos, de forma objetiva e transparente, a fim de evitar que inclua uma vantagem económica suscetível de favorecer a empresa beneficiária em relação às empresas concorrentes; (iii) É necessário efetuar um juízo de proporcionalidade entre o montante da compensação atribuída e o custo suplementar suportado com o cumprimento das obrigações de serviço público com o intuito de evitar casos de compensação excessiva. Assim, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações. (iv) Como critério de eficiência deve existir um procedimento de contratação pública que possibilite selecionar o candidato que apresente as melhores condições para proceder ao fornecimento do serviço de interesse económico geral ao menor custo possível para a coletividade e, alternativamente, quando não seja empregue o procedimento de concurso público, o nível da compensação deve basear-se na análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respetivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações.

¹⁷ Estatui também o amplamente citado Regulamento que *"as compensações ligadas a contratos de serviço público adjudicados por ajuste direto ao abrigo dos n.ºs 2, 4, 5 ou 6 do artigo 5.º ou ligadas a uma regra geral devem ser calculadas de acordo com as regras estabelecidas"* no respetivo anexo, sendo que *"a compensação não pode exceder um montante que corresponda ao efeito financeiro líquido decorrente da soma das incidências, positivas ou negativas, da execução da obrigação de serviço público sobre os custos e as receitas do operador de serviço público. As incidências devem ser avaliadas comparando a situação em que é executada a obrigação de serviço público com a situação que teria existido se a obrigação não tivesse sido executada"*.

geográficas abrangidas”, estabelecendo “antecipadamente e de modo objetivo e transparente: i) os parâmetros com base nos quais deve ser calculada a compensação, se for caso disso, e ii) a natureza e a extensão dos direitos exclusivos eventualmente concedidos, por forma a evitar sobrecompensações (...)” devendo aqueles parâmetros ser determinados “(...) de modo a que cada compensação não possa, em caso algum, exceder o montante necessário para a cobertura do efeito financeiro líquido sobre os custos e as receitas decorrentes da execução das obrigações de serviço público, tendo em conta as respetivas receitas, conservadas pelo operador de serviço público, e um lucro razoável.”.

57. No mesmo sentido, dita o Anexo ao Regulamento que *“para calcular as incidências financeiras líquidas, a autoridade competente deve tomar como referencial as seguintes regras: custos incorridos em relação a uma obrigação de serviço público ou a um conjunto de obrigações de serviço público impostas pela autoridade ou autoridades competentes, incluídas num contrato de serviço público e/ou numa regra geral, menos as incidências financeiras positivas geradas na rede explorada ao abrigo da obrigação ou obrigações de serviço público em causa, menos as receitas decorrentes da aplicação do tarifário ou quaisquer outras receitas decorrentes do cumprimento da obrigação ou obrigações de serviço público em causa, mais um lucro razoável¹⁸, igual ao efeito financeiro líquido.”.*
58. Além disso, o n.º 3 do referido anexo releva ainda que *“a execução da obrigação de serviço público pode ter um impacto sobre as eventuais atividades de transporte de um operador para além da obrigação ou obrigações de serviço público em causa”,* pelo que, *“para evitar a sobrecompensação ou a falta de compensação, devem, por conseguinte, ser tidos em conta, ao proceder ao cálculo da incidência financeira líquida, os efeitos financeiros quantificáveis sobre as redes do operador.”.*
59. Por outro lado, o n.º 5 do anexo estabelece que *“a fim de aumentar a transparência e de evitar subvenções cruzadas, quando um operador de serviço público explora simultaneamente serviços sujeitos a obrigações de serviço público de transportes que beneficiam de compensação e outras atividades, a contabilidade dos referidos serviços públicos deve ser separada, satisfazendo, no mínimo, as seguintes condições:*

¹⁸ Segundo o Regulamento, *“Por «lucro razoável» entende-se uma taxa de remuneração do capital que seja habitual no setor num determinado Estado-Membro, e que deve ter em conta o risco, ou a inexistência de risco, incorrido pelo operador de serviço público devido à intervenção da autoridade pública”.*

- *as contas correspondentes a cada uma destas atividades de exploração devem ser separadas, e a parte dos ativos correspondentes e os custos fixos devem ser afetados segundo as normas contabilísticas e fiscais em vigor;*
- *todos os custos variáveis, uma contribuição adequada para os custos fixos e um lucro razoável ligados a qualquer outra atividade do operador de serviço público não podem, em caso algum, ser imputados ao serviço público em causa;*
- *os custos de serviço público devem ser equilibrados pelas receitas de exploração e pelos pagamentos das autoridades públicas, sem transferência possível das receitas para outro sector de atividade do operador de serviço público¹⁹.*

60. Finalmente, o ponto 7 do anexo refere que *“o método de compensação deve incentivar a manutenção ou o desenvolvimento de uma gestão eficaz por parte do operador de serviço público, que possa ser apreciada objetivamente, e uma prestação de serviços de transporte de passageiros com um nível de qualidade suficientemente elevado.”*²⁰
61. Ora, no caso concreto existem obrigações contratuais, mas são genéricas, estabelecendo o cumprimento de carreiras e horários, não existindo indicadores claros sobre as obrigações de *performance* ou de transmissão de informação, sendo estabelecida uma sanção genérica de aplicação de penalidades, que não é quantificada nem graduada, em função da gravidade e da importância da obrigação contratual.
62. Aliás, como refere o estudo que o Município elaborou, não existem mecanismos de incentivo à eficiência, designadamente de maximização da receita e da procura, o que coloca o risco na parte pública, de uma prestação de serviços que não tem mecanismos de orientação para a qualidade e eficiência do serviço prestado.
63. Acresce ainda que o Município refere desconhecer a existência de relatórios de avaliação de desempenho e de cumprimento das obrigações contratuais, o que indicia que não é efetuada uma avaliação da prestação do serviço público, no que se refere ao (in)cumprimento das obrigações contratuais. Ou seja, não existe evidência da verificação de que aqueles percursos e aqueles horários foram efetivamente percorridos/praticados.

¹⁹ No mesmo sentido, as disposições já mencionadas na Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto.

²⁰ Recordamos, para este efeito, as informações prestadas pela AMT, quando aos estudos de base que devem ser efetuados, no sentido de as condições contratuais serem conformes com o enquadramento legal e jurisprudencial aplicável.

64. Por outro lado, ainda que o valor contratual, que se destina a remunerar o operador pela prestação do serviço de transportes em concreto, esteja baseado na quantificação dos principais indicadores de exploração quanto a gastos e rendimentos associados, no pressuposto de determinada matriz tarifária – o que do ponto de vista formal é relevante e deve ser tido em conta no racional de construção do valor contratual - o certo é que se baseia em dados comunicados pelo operador, não existindo também evidência de que tenham sido objeto de confirmação por via de certificação e/ou auditoria.
65. Face aos elementos prestados, ainda que, com base em *benchmarking* se considere que os valores de operação estão em linha com operadores semelhantes, não existe evidência de que o serviço definido à partida é efetivamente realizado e que os valores declarados pelo operador justificam o pagamento de uma compensação, cujos valores não terão sido auditados.
66. Por outro lado, importa ponderar a existência de uma relação direta entre o pagamento de compensações financeiras ou financiamento e o integral cumprimento dos termos do contrato de serviço público, com evidentes vantagens para a execução contratual, representando também um incentivo à qualidade, com evidentes benefícios na rentabilidade e lucro do operador, tendentes, na generalidade, a assegurar a sustentabilidade económica, financeira e social do modelo contratual²¹.
67. Ainda que a atuação de uma autoridade de transportes se possa reconduzir à definição de intervenções estratégicas, táticas e operacionais e os contratos sejam, na maior parte das vezes, instrumentos claramente operacionais, a aferição dos seu cumprimento por objetivos estratégicos e mesmo que parcialmente indeterminados podem, potencialmente, dificultar a monitorização da atividade e o seu reporte detalhado, bem como a gestão operacional e contratual, e ainda a auditoria e fiscalização de toda a execução contratual.²²

²¹ Conforme consta da Comunicação da Comissão já citada, “O considerando 27 do regulamento precisa que os parâmetros de compensação, em caso de adjudicação sem concurso e de aplicação de regras gerais, deverão assegurar a adequação da compensação e corresponder a uma «preocupação de eficácia e qualidade dos serviços». Quer isto dizer que as autoridades competentes deverão incentivar os prestadores, através do mecanismo de compensação, a tornarem-se mais eficientes, isto é, a prestarem o serviço com o nível de desempenho e qualidade exigido e o menor consumo de recursos possível. As regras de compensação estabelecidas no regulamento (CE) n.º 1370/2007 deixam alguma margem de manobra às autoridades competentes quanto à conceção dos regimes de incentivo para os prestadores de serviços públicos. Em qualquer caso, as autoridades são obrigadas a «incentivar a manutenção ou o desenvolvimento de uma gestão eficaz por parte do operador de serviço público, que possa ser apreciada objetivamente» (ponto 7 do anexo). Implica isto que o regime de compensação deve ser concebido de modo a garantir, pelo menos, alguma melhoria na eficiência ao longo do tempo. (...) Os incentivos à eficiência deverão, por conseguinte, incidir na redução de custos e/ou no aumento da qualidade e nível do serviço.”

²² O n.º 6 artigo 31.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, estabelece que “independentemente das obrigações de controlo e fiscalização previstas na presente lei e na lei comercial, o desempenho da empresa local deve ser objeto de avaliação anual pelos respetivos órgãos sociais, incluindo a elaboração de um relatório com a análise comparativa das projeções decorrentes dos estudos referidos nos n.os 1 e 2 e a efetiva situação económico -financeira da empresa local, o qual é obrigatoriamente comunicado à Inspeção -Geral de Finanças.”

68. A existência de incentivos e obrigações claras, quer do lado dos instrumentos de gestão contratual da empresa, quer do lado da autoridade de transportes para promover uma gestão eficiente da empresa e do sistema é um dos principais objetivos do enquadramento legal europeu aplicável²³, pelo que quanto mais objetivos e vinculativos forem os instrumentos de gestão estratégicos e operacionais, maiores garantias existirão da sua efetiva aplicação, monitorização e fiscalização.
69. Nesse sentido, uma aferição periódica e sistemática, mensal ou trimestral, sem prejuízo da anual, designadamente por via de um Plano de Operação e indicadores contratuais, permitiria isolar incumprimentos e encontrar, com maior facilidade as causas, e eventualmente ajustar os horários e frequências afixadas, tornando mais transparente a oferta de transporte público que a empresa consegue efetivamente disponibilizar e não aquela que estimava disponibilizar. Esta aferição, que é possível tendo em conta a disponibilidade de sistemas de apoio à exploração, permite comunicar com os passageiros de forma mais correta, clara e transparente, bem como permite desagregar, de forma objetiva, as medições anuais do cumprimento de horários e frequências.
70. Quanto à informação base para a monitorização e execução contratual, entende-se que devem existir ferramentas informáticas que permitam ao Município fazer uma avaliação permanente da performance da empresa e do cumprimento dos ditames legais²⁴
71. É certo que cabe ao Município definir o nível de serviço que entende que pode suportar, a nível operacional e financeiro, mas também cabe à AMT, entre outras matérias, pugnar pela objetividade e transparência das relações legais e contratuais nos setores regulados, o que inclui os passageiros.

O artigo 31.º estabelece que a “a gestão das empresas locais deve articular -se com os objetivos prosseguidos pelas entidades públicas participantes no respetivo capital social, visando a satisfação das necessidades de interesse geral ou a promoção do desenvolvimento local e regional, assegurando a viabilidade económica e o equilíbrio financeiro.” Por seu lado, o n.º 1 do artigo 32.º estabelece que “a deliberação de constituição das empresas locais ou de aquisição de participações que confirmam uma influência dominante, nos termos da presente lei, deve ser sempre precedida dos necessários estudos técnicos, nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando -se a viabilidade e sustentabilidade económica e financeira das unidades, através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial, sob pena de nulidade e de responsabilidade financeira”.

²³ Ver nota anterior.

²⁴ Tal como referido nas Orientações da Comissão: “O contrato de serviço público deve também, por princípio, estipular verificações regulares durante a sua vigência, para se detetarem precocemente situações evidentes de sobrecompensação e lhes pôr termo, em particular se o contrato for de longa duração. As autoridades competentes são obrigadas a verificar a observância das condições contratuais durante a vigência dos contratos de serviço público. Para ajudar a efetuar estas verificações de forma normalizada, poderão criar-se ferramentas informáticas. A existência de sobrecompensação deve ser avaliada separadamente para cada contrato de serviço público, a fim de evitar que lucros excessivos de um serviço público se diluam na média de vários contratos. No caso da investigação ex post, a eventualidade de as compensações recebidas excederem o efeito financeiro líquido do serviço público, conforme definido no anexo do regulamento, pode ser avaliada com base nos dados financeiros relativos às receitas e custos reais, uma vez que os regimes de compensação já estarão criados. O método, contudo, não muda: a compensação não deve exceder o montante a que a empresa teria direito de acordo com os parâmetros estabelecidos no contrato, ainda que esse montante não seja suficiente para cobrir os custos líquidos reais.”

72. De referir que nos termos do plasmado no artigo 44.º do RJSPTP, o incumprimento de obrigações de serviço público poderá levar, em caso de incumprimento grave ou reiterado, à suspensão do pagamento das compensações ou à instauração de procedimentos contraordenacionais, nos termos do artigo 46.º do RJSPTP²⁵.
73. Nesse sentido, haverá que definir o que se considera incumprimento grave, o que pressupõe que possam existir outro tipo de incumprimentos. Se por um lado a aplicação de uma sanção grave de resolução pode ser desmotivadora do incumprimento, por outro, tal não se afigura que seja exequível para toda e qualquer infração, além de que a aplicação indistinta de sanções a uma multiplicidade de obrigações ou a não existência de critérios ou parâmetros objetivos para calcular e aplicar um montante pecuniário intermédio para uma infração em concreto poderá potenciar a não aplicação de qualquer sanção.
74. A clarificação destes aspetos²⁶ de forma plenamente clara, objetiva e transparente, justificando o dispêndio de dinheiros públicos de forma correta e adequada ao serviço, sem que tal constitua uma vantagem não aceitável em mercado concorrencial.
75. Suscitam-se ainda dúvidas sobre de que forma se promove, no caso concreto, a transparência da comunicação com os passageiros, pois poder-se-á verificar um incumprimento objetivo e prolongado de diversas horários e frequências e ainda assim a empresa e a autoridade de transportes comunicar que não se verifica qualquer disrupção na prestação do serviço.
76. Neste contexto, assume maior relevância o reconhecimento de que o operador se encontra em incumprimento do artigo 22.º do RJSPTP, norma que obriga à inserção de informação operacional e financeira (que deve ser validada e é relevante na elaboração de novos modelos contratuais) , sob pena de aplicação de procedimento contraordenacional, procedimento esse que é conduzido pela AMT.

²⁵ O artigo 46.º do RJSPTP estabelece que constituem contraordenação, punível com coima, o incumprimento das obrigações de serviço público, tal como definidas no contrato ou nos termos do artigo 23.º do RJSTP, o incumprimento do dever de informação e comunicação referido no artigo 22.º do RJSPTP ou o incumprimento das regras relativas ao sistema tarifário aplicáveis aos operadores de serviço público, previstas no artigo 40.º do RJSPTP e na respetiva regulamentação.

²⁶ Tal como referido nas Orientações da Comissão: *“O contrato de serviço público deve também, por princípio, estipular verificações regulares durante a sua vigência, para se detetarem precocemente situações evidentes de sobrecompensação e lhes pôr termo, em particular se o contrato for de longa duração. As autoridades competentes são obrigadas a verificar a observância das condições contratuais durante a vigência dos contratos de serviço público. Para ajudar a efetuar estas verificações de forma normalizada, poderão criar-se ferramentas informáticas. A existência de sobrecompensação deve ser avaliada separadamente para cada contrato de serviço público, a fim de evitar que lucros excessivos de um serviço público se diluam na média de vários contratos. No caso da investigação ex post, a eventualidade de as compensações recebidas excederem o efeito financeiro líquido do serviço público, conforme definido no anexo do regulamento, pode ser avaliada com base nos dados financeiros relativos às receitas e custos reais, uma vez que os regimes de compensação já estarão criados. O método, contudo, não muda: a compensação não deve exceder o montante a que a empresa teria direito de acordo com os parâmetros estabelecidos no contrato, ainda que esse montante não seja suficiente para cobrir os custos líquidos reais.”*

77. Até à data não existe registo de que o Município tenha comunicado quaisquer incumprimentos, não obstante, em abril de 2019²⁷, a todas as autoridades de transportes, a necessidade de se proceder a tal reporte.
78. De referir igualmente que o contrato em vigor não foi sujeito a parecer prévio vinculativo da AMT, nos termos do artigo 34.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, mas as respetivas condições contratuais foram objeto de Visto Prévio por parte do Tribunal de Contas.
79. Independentemente do referido, não podemos deixar de considerar que um contrato sem imposição de obrigações de serviço público formuladas nos termos exigidos pelo n.º 1, do artigo 23.º do RJSPTP, de forma expressa e detalhada, por referência a elementos específicos, objetivos e quantificáveis, e que sejam efetivamente vinculativos (sancionáveis), bem como a falta de elementos ou elementos claros e aderentes à realidade (auditáveis/verificáveis), de que os valores de exploração que sustentam o valor da compensação obedece ao estabelecido no citado artigo 24.º do RJSPTP, tem insuficiente aderência com o RJSPTP e no Regulamento (CE) n.º 1370/2007²⁸.
80. Sublinhamos que os dados operacionais apresentados aparentam ser coerentes com o valor final da compensação paga, mas não existem evidências (documentais ou decorrentes de verificação) de que tais valores/dados parciais correspondem à efetiva produção/prestação de serviços de transportes²⁹.
81. No entanto, mais uma vez, numa ótica de proporcionalidade, é necessário considerar os dois interesses públicos em presença – por um lado, um vetor relacionado com a promoção e defesa da concorrência, assegurando o acesso ao mercado do transporte rodoviário de passageiros de novos operadores, tendo em conta os princípios da imparcialidade, transparência e não discriminação (via procedimento de contratação

²⁷ E posteriormente através de informação pública disponível em: https://www.amt-autoridade.pt/media/2118/obrigacoes_legais_transmissao_informacao.pdf

²⁸ Bem como com a Jurisprudência do Acórdão Altmark.

²⁹ Como refere a Comunicação da Comissão “Quando o prestador do serviço público exerce também atividades comerciais, é necessário assegurar que a compensação pública que ele recebe não é utilizada para reforçar a sua posição concorrencial nas atividades comerciais. O anexo do regulamento estabelece regras destinadas a prevenir a subsídio das atividades comerciais com as receitas das atividades de serviço público. Tais regras consistem essencialmente na separação das contas dos dois tipos de atividade (serviço público e serviço comercial) e num método sólido de repartição de custos que reflita os custos reais da prestação do serviço público”. Acrescenta que os “n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º do regulamento, em combinação com as regras estabelecidas no anexo, preveem a correta repartição, pelos dois tipos de atividade, dos custos e receitas associados respetivamente à prestação dos serviços no âmbito do contrato de serviço público e à atividade comercial, no intuito de possibilitar a monitorização eficaz da utilização dada à compensação pública e da eventual subsídio cruzada. (...) Por exemplo, quando o serviço público e a atividade comercial compartilham os meios de transporte (material circulante ou autocarros) ou outros ativos ou serviços necessários à prestação do serviço público (escritórios, pessoal ou estações), os custos conexos devem ser imputados aos dois tipos de atividade na proporção do seu peso relativo no total das prestações de transporte fornecidas pela empresa (...)”.

pública), e, por outro, o vetor relacionado com o acesso ao sistema de transporte público por parte de todos os cidadãos, evitando situações de rutura ou risco de rutura iminente de serviços, que podem conduzir a situações de vincada emergência.

82. Nesse sentido, e independentemente de se tratar de um processo urgente, destinado a evitar que a população se veja impedida de aceder ao transporte público, mesmo que a urgência pudesse ter sido antecipada pelo Município, não será de obstar ao prosseguimento do contrato, pois se assim fosse, estaria irremediavelmente comprometida a possibilidade de emissão de um ato administrativo pelo Município que garantisse a prestação de serviço público de transporte de passageiros a partir do fim do anterior contrato. Deverá sublinhar-se que estamos perante um serviço público essencial³⁰.
83. Contudo, considerando que a presente prorrogação terá uma duração limitada e que, tendo em conta que até à adjudicação do novo concurso público, será necessário a emissão de novo ato administrativo, considera-se que deverão ser emitidas determinações quanto à atual execução contratual bem como para a sua eventual e previsível prorrogação.
84. Mesmo considerando que os montantes pagos – pressupondo a sua aderência à realidade - correspondem, efetivamente ao estritamente necessário para cobrir os custos ocasionados pelo cumprimento de obrigações serviço público em serviços de interesse económico geral, salvaguardando igualmente a adequada remuneração do operador, apenas comprovando-se que as obrigações de serviço público estão previa, objetiva e claramente definidas e que o seu prosseguimento é efetivo e enquadrado em regras vinculativas, e que as obrigações operacionais e os dados daí resultantes são/foram auditados/certificados/confirmados é que poderemos asseverar que não estamos perante uma vantagem económica suscetível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes em igualdade de circunstâncias, de forma a enquadrar-se no Acórdão citado e nas disposições do Regulamento e do RJSPTP.
85. Também se dirá que não será de concluir, desde já e de forma taxativa, da falta ou insuficiente aderência ao enquadramento legal, uma vez que a consequência seria, naturalmente, a determinação de cessação dos pagamentos de

³⁰ A Lei nº 51/2019, de 29 de julho procedeu à alteração da Lei n.º 23/96 de 26 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais - passando a incluir no elenco de serviços públicos essenciais, o serviço de transporte de passageiros.

compensações/remunerações contratuais ao operador até que, comprovadamente, fossem sanadas as irregularidades/insuficiências referidas.

86. Finalmente, de sublinhar que não está em causa que o serviço de transportes em causa supra uma necessidade de mobilidade das populações, mas sim o facto da sua implementação não se encontrar (ou não existir suficiente informação ou enquadramento) em total conformidade com o enquadramento legal aplicável.

IV - DETERMINAÇÕES

87. Ainda que estejamos na pendência da lançamento de um concurso público, mas tendo em conta que até à adjudicação se terá de manter o serviço às populações, para se possa confirmar a total aderência legal do modelo contratual, deverá determinar-se, nos termos das alíneas a), g), j) e k) do n.º 1 e alínea a) e f) do n.º 2, ambos do artigo 5.º, do artigo 8.º, da alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º, alínea a), d), g) e h) do n.º 1 do artigo 40.º, e artigo 46.º, todos do anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, quanto atual contrato, deve ser elaborado um relatório de execução contratual que contenha, de forma circunstanciada:

- Confirmação de que os pressupostos tidos para o cálculo de compensações têm aderência à realidade e cumprem os princípios estabelecidos para o efeito previstos no RJSPTP e no Regulamento;
- Demonstração dos níveis de execução contratual, designadamente no que respeita ao cumprimento de obrigações de exploração (realização de circuitos, horários, etc) e identificação de todos os incumprimentos verificados;
- Informação se foram aplicadas sanções face a incumprimentos;
- Identificação dos procedimentos tidos para auditar/verificar os dois pontos anteriores;
- Identificação concreta do incumprimento de obrigações de prestação de informação, designadamente os previstos no artigo 22.º do RJSPTP; Neste aspeto, o Município deverá apurar e comunicar à AMT, de forma especificada, que dados se encontram em falta no sistema de informação nacional (SIGGESC) para efeito do competente procedimento

contraordenacional, bem como deverá apurar e sancionar outros incumprimentos contratuais no âmbito do anterior acordo;

- Informação circunstanciada sobre o cumprimento das obrigações do Decreto-Lei n.º 9/2015, de 15 de janeiro, e do Regulamento (UE) n.º 181/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011;
- Informação sobre se os postos de atendimento ao passageiro possuem livro de reclamações físico;
- Nos termos da Lei n.º 64/2013, de 27 de agosto e da Lei n.º 98/97, de 26 de agosto, procedeu-se às adequadas informações e notificações, à Inspeção Geral de Finanças e ao Tribunal de Contas.

88. No atual contrato e/ou na sua prorrogação, deve consagrar-se:

- No que se refere cumprimento de obrigações de serviço público, designadamente de níveis de serviço, deve existir especificação e objetivação de todas as obrigações contratuais;
- Deve ser especificado o que se considera incumprimento operacional passível de sanção, ou seja, não realização de uma circulação ou mais por linha, por dia, por mês ou sobre como é aferido o incumprimento de outras regras de qualidade ou obrigações contratuais e/ou considerar-se/expressar-se que qualquer desvio, de qualquer horário ou frequência, num único dia, é considerado incumprimento passível de sanção. De referir que conceitos contratuais como “pontualidade, regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, segurança, conforto, cortesia do serviço, a igualdade no tratamento dos utentes” quando se trata da prestação de serviço público de passageiros devem ser adequadamente parametrizados e objetivados³¹ e tal objetividade fundamenta a concordância da AMT quanto à existência de efetivos mecanismos de exequibilidade contratual e de incentivo ao cumprimento de obrigações de serviço público;
- Devem ser consagradas sanções, com um valor objetivo e mensurável, para todos os incumprimentos contratuais, eventualmente em face do valor

³¹ No mesmo sentido o artigo 37.º e artigo 46.º da Lei n.º 50/2012, de 31 de agosto, que aprova o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais já citados.

contratual, incidindo não só na prestação do serviço público, mas também nas obrigações de prestação de informação, bem como em obrigações de qualidade, graduando-as em função da sua gravidade. Tal implica que todas as obrigações contratuais devem ter expressão objetiva para que possam ser mensuráveis;

- Introdução - mesmo que progressiva - de sistema de contabilidade analítica³² que permita a contabilização dos gastos, rendimentos e resultados da empresa e por área de negócio, sem prejuízo de, num período transitório, se introduzirem regras de separação e alocação de gastos e rendimentos por linha e indexação a cada uma delas dos fluxos financeiros associados a cada uma das atividades da empresa não contratualizadas diretamente nos contratos sujeitos a parecer³³, para os devidos efeitos de conformidade com a legislação e orientações europeias e sindicabilidade dos dados relevantes da exploração³⁴;
- Devem ser tidos em conta os indicadores de monitorização e supervisão que constam da Informação às Autoridades de Transportes de 27 de setembro de 2018³⁵, para efeitos de monitorização, mas também de apuramento de instrumentos contratuais;³⁶
- O operador deve facultar à autoridades parte/totalidade dos dados operacionais previstos no Regulamento n.º 430/2019, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 94, de 16 de maio de 2019 em ordem a garantir uma adequada

³² "(...) satisfazendo, no mínimo, as seguintes condições: (i) as contas correspondentes a cada uma destas atividades de exploração devem ser separadas, e a parte dos ativos correspondentes e os custos fixos devem ser afetados segundo as normas contabilísticas e fiscais em vigor, (ii) todos os custos variáveis, uma contribuição adequada para os custos fixos e um lucro razoável ligados a qualquer outra atividade do operador de serviço público não podem, em caso algum, ser imputados ao serviço público em causa, (iii) os custos de serviço público devem ser equilibrados pelas receitas de exploração e pelos pagamentos das autoridades públicas, sem transferência possível das receitas para outro sector de atividade do operador de serviço público".

³³ Como refere a Comunicação da Comissão "Quando o prestador do serviço público exerce também atividades comerciais, é necessário assegurar que a compensação pública que ele recebe não é utilizada para reforçar a sua posição concorrencial nas atividades comerciais. O anexo do regulamento estabelece regras destinadas a prevenir a subsídio das atividades comerciais com as receitas das atividades de serviço público. Tais regras consistem essencialmente na separação das contas dos dois tipos de atividade (serviço público e serviço comercial) e num método sólido de repartição de custos que reflita os custos reais da prestação do serviço público". Acrescenta que os "n.ºs 1 e 2 do artigo 4.º do regulamento, em combinação com as regras estabelecidas no anexo, preveem a correta repartição, pelos dois tipos de atividade, dos custos e receitas associados respetivamente à prestação dos serviços no âmbito do contrato de serviço público e à atividade comercial, no intuito de possibilitar a monitorização eficaz da utilização dada à compensação pública e da eventual subsídio cruzada. (...) Por exemplo, quando o serviço público e a atividade comercial compartilham os meios de transporte (material circulante ou autocarros) ou outros ativos ou serviços necessários à prestação do serviço público (escritórios, pessoal ou estações), os custos conexos devem ser imputados aos dois tipos de atividade na proporção do seu peso relativo no total das prestações de transporte fornecidas pela empresa (...)".

³⁴ Referem ainda as Orientações da Comissão que "(...) se a empresa de transportes celebrou vários contratos de serviço público, as contas publicadas da empresa devem especificar a compensação pública correspondente a cada contrato. De acordo com o artigo 6.º, n.º 2, do regulamento, a pedido por escrito da Comissão, essas contas devem ser-lhe fornecidas."

³⁵ Disponível em: https://www.amt-autoridade.pt/media/1777/csite_indicadores_monitorizacao_supervisao_at.pdf

³⁶ Tais dados devem ser remetidos para a AMT no âmbito do relatório de execução contratual;

monitorização de todos os pressupostos e variáveis necessários ao cálculo de indicadores de performance e que permitam a elaboração dos relatórios públicos sobre o serviço público de transporte de passageiros, previstos no n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento, pelo menos deste 2015³⁷³⁸.

89. Naturalmente que a ponderação e introdução das seguintes ações deve ser balanceada e justificada em função dos circunstancialismos concretos e da gestão dinâmica e flexível do serviço público, da exequibilidade de uma monitorização eficaz não indutora de custos administrativos incomportáveis para a economia do contrato ou limitadora, para além do aceitável, do normal grau de discricionariedade do Município na defesa do interesse público.
90. Mais se deverá determinar que, antes do fim do prazo da atual prorrogação, deverá ser apresentada informação sobre o cumprimento das determinações efetuadas e demonstrar que as medidas a tomar têm a virtualidade de sanar as insuficiências verificadas e são aptas a dar adequado enquadramento à organização e financiamento dos serviços de transporte de passageiros em causa, sob pena de anulabilidade dos atos administrativos que os enformaram.
91. Podendo estar em causa nova extensão da vigência do atual contrato, considera-se que, face aos dados apurados na execução contratual, o Município deve efetuar novo exercício de fundamentação das compensações/remunerações, não sendo, nessa altura, admissível que se baseie em valores declarados e não validados/certificados pelo Município ou que não tenha em conta as presentes determinações.
92. Naturalmente, tais determinações não obstam ao exercício do poder contraordenacional da AMT, por iniciativa própria desta Autoridade e mesmo na ausência de informação por parte do Município, designadamente quanto ao cumprimento de obrigações de entidades públicas e privadas.

³⁷ Segundo o ponto 2.5.1. das Orientações da Comissão: “o artigo 7.º o , n.º 1, do regulamento prevê que cada autoridade competente publique um relatório anual circunstanciado sobre as obrigações de serviço público que são da sua competência, os operadores de serviços públicos selecionados e as compensações e os direitos exclusivos concedidos a estes como contrapartida. O relatório deve estabelecer a distinção entre transporte por autocarro e por comboio, permitir o controlo e a avaliação dos desempenhos, da qualidade e do financiamento da rede de transportes públicos e, se for caso disso, prestar informações sobre a natureza e a extensão dos direitos exclusivos eventualmente concedidos. No entender da Comissão, um «relatório circunstanciado» será um relatório global relativo a todos os contratos de serviço público que a autoridade competente adjudicou, os quais devem ser todos identificados individualmente. Além dos valores totais, as informações fornecidas deverão, pois, referir-se a cada contrato, acautelando a proteção dos interesses comerciais legítimos dos operadores. Os operadores de transportes públicos estão obrigados a prestar às autoridades competentes todos os dados e informações que lhes permitam cumprir as obrigações de publicação. Para se conseguir o objetivo desta disposição, que é a monitorização e avaliação úteis da rede de transportes públicos com vista a possibilitar a comparação com outras redes de transportes públicos num quadro transparente e estruturado, a Comissão incentiva os Estados-Membros e as suas autoridades a assegurarem, voluntariamente, o acesso fácil a esta informação e possibilitarem comparações úteis. (...)”.

³⁸ http://www.amt-autoridade.pt/media/2129/orientacoes_amt_obrigacoes_reporte_relatorios_publicos.pdf

III – DAS CONCLUSÕES

93. Assim, e em conclusão, o parecer da AMT, no que concerne ao seu objeto específico, não será de obstar ao prosseguimento da execução contratual, tendo em conta a necessidade de assegurar a ininterruptibilidade do serviço público e estando na pendência a preparação de um procedimento concursal e destinado a evitar uma eminente interrupção do serviço público de transporte de passageiros.
94. No entanto, dadas as insuficiências expostas e de forma a garantir-se a total e comprovada *compliance* com a Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, bem como com o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2007 e demais legislação e jurisprudência nacional e europeia referenciada, um parecer positivo da AMT quanto ao atual contrato está condicionado ao cumprimento das determinações efetuadas, sendo convolado em negativo caso se verifique um incumprimento não fundamentado. (sublinhado nosso)
95. Posteriormente, seguir-se-á um acompanhamento contratual sistemático, no sentido de aferir, a todo o tempo, a conformidade com as normas legais nacionais e europeias, bem como das disposições contratuais.

Lisboa, 10 de outubro de 2019.

O Presidente do Conselho de Administração

João Carvalho

Direção de Supervisão

Divisão de Avaliação de Políticas Públicas e Monitorização Setorial