

PARECER N.º 30/AMT/2019

SUPERVISÃO/AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS/ASSUNTOS JURÍDICOS

Consulta direta desta Autoridade sobre o projeto de decreto-lei que altera o regime de autorização para a manutenção do regime de exploração a título provisório (alteração do artigo 10.º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 274/2009, de 2 de outubro

Lisboa, 16 de agosto de 2019

PARECER N.º 30/AMT/2019

SUPERVISÃO/AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS/ASSUNTOS JURÍDICOS

Face à solicitação de S. Exa o Senhor Secretário de Estado Adjunto e da Mobilidade de consulta direta desta Autoridade sobre o projeto de decreto-lei que altera o regime de autorização para a manutenção do regime de exploração a título provisório (alteração do artigo 10.º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, ao abrigo do disposto no Decreto-Lei n.º 274/2009, de 2 de outubro, somos a considerar o seguinte:

I - Enquadramento

1. Com a entrada em vigor da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, que aprovou o Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP), bem como do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro, alterado pelo Regulamento (UE) 2016/2338 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2016 (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**”).
2. Segundo o artigo 9.º e 10.º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, os títulos de concessão para a exploração do serviço público de transporte de passageiros por modo rodoviário, atribuídos ao abrigo do Regulamento de Transportes em Automóveis (RTA), revogado por aquele diploma, “*mantêm-se em vigor até ao final do respetivo prazo de vigência **ou até 3 de dezembro de 2019, consoante a data que ocorrer primeiro***” e “*não podendo o respetivo prazo de vigência terminar, **em caso algum, após 3 de dezembro de 2019***”.
3. Tal norma articula-se com o artigo 18.º e com o artigo 5.º do Regulamento, bem como com o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º

18/2008, de 29 de janeiro 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 discriminatório¹.

4. 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**

¹ Nos termos do n.º 1 do artigo 5.º e do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, os contratos de serviço público – prestações de serviços e concessões de serviços – estão sujeitos a regras diferenciadas de adjudicação, constantes das diretivas europeias de contratação pública ou do Regulamento, respetivamente. A Comunicação da Comissão *“Orientações para a interpretação do Regulamento (CE) n.º 1379/2007 relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros”* (Comunicação da Comissão) vem esclarecer, no seu ponto 2.1.1 e no que se refere aos Artigos 1.º, n.º 3, o 5.º, n.º 1, qual a articulação do Regulamento com as diretivas europeias relativas aos contratos públicos e às concessões. O Regulamento rege a adjudicação de contratos de serviço público, definidos no seu Artigo 2.º, al. i). A definição de “contrato de serviço público”, nos termos desse normativo, não faz qualquer distinção entre “contrato (públicos) de serviços” e “contratos de concessão de serviços” – ambos, na aceção do Regulamento, constituem contratos de serviço público e estão abrangidos pelo respetivo âmbito de aplicação. No entanto, o Regulamento apresenta algumas distinções sobre as regras aplicáveis à **adjudicação** de contratos de serviço público. Todos os contratos de serviço público estão sujeitos às regras do Regulamento. No entanto existem diferenças no que respeita às **regras de adjudicação**, distinguindo-se entre contratos de serviço público relativos ao **transporte público de passageiros em autocarros ou elétricos** e ao **transporte público no modo ferroviário (comboios e metros)**. As regras a aplicar também são distintas, conforme se trate de **“contratos (públicos) de serviços”** ou de **“contratos de concessão de serviços”**. No que respeita à articulação do Regulamento com as Diretivas sobre contratação pública (incluindo a “Diretiva Concessões”), a Comunicação da Comissão explica – os **“contratos de serviços”** são contratos a título oneroso, celebrados entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores económicos e cujo objeto é a prestação de serviços. Caso a/s entidade/s adjudicantes sejam entidades públicas (na aceção do Artigo 2.º, n.º 1, ponto 1 da Diretiva “Contratos Públicos”), os contratos em causa são considerados “contratos públicos de serviços” (conforme definido no artigo 2.º, pontos 6 e 9 desta Diretiva). Por outro lado, a “Diretiva Concessões” define a “concessão de serviços” – o ponto fundamental que permite distinguir a concessão de serviços (público) da mera prestação de serviços é a transferência (ou não) do fator “risco”. De facto, a concessão de serviços envolve a transferência para o adjudicatário do risco de exploração desses serviços (risco ligado à procura e à oferta ou ambas). Numa concessão de serviços não há (em tese) garantia que o adjudicatário/concessionário recupere os investimentos efetuados/despesas suportadas com a exploração dos serviços que são objeto da concessão. Ou seja, a parte do risco transferido para o concessionário deve envolver uma exposição real à imprevisibilidade do mercado. A Comunicação Interpretativa da Comissão sublinha a importância da distinção entre “contratos (públicos) de serviços” e de contratos de “concessão de serviços”, dado que nos termos do Artigo 10.º, n.º 3 da Diretiva “Contratos Públicos”¹, esta não se aplica às concessões de serviços públicos de transporte de passageiros, na aceção do Regulamento. Assim, a adjudicação destes serviços rege-se exclusivamente pelo referido Regulamento. Nos termos do mesmo documento, a distinção (aliás, traduzida num quadro explicativo) parece simples. Assim (i) a adjudicação de contratos de serviço público para serviços de transporte em autocarro ou elétrico é regida pela Diretiva “Contratação Pública”, exceto se os contratos assumirem a forma de “concessão de serviços (públicos)”, nos termos *supra* explanados (nestes casos, aplica-se apenas o regime constante do Regulamento); (ii) por outro lado, a adjudicação de contratos (públicos) de serviço para os serviços públicos de transporte de passageiros em comboio ou metro rege-se apenas pelo Regulamento (ou seja, a adjudicação destes serviços está excluída do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/EU, de acordo com o Considerando 27 e o Artigo 10.º, al. i) e da Diretiva 2014/25/EU, de acordo com o considerando 35.º e o artigo 21.º, alínea g). Uma das questões sobre as quais a AMT refletiu relaciona-se com o **regime a aplicar caso os contratos de serviço público assumam a forma de concessão de serviços**, com a inerente transferência do risco. De facto, se não se aplica o regime procedimental constante das Diretivas “Contratação Pública”, quais as regras, em concreto que se devem aplicar ao processo de formação do contrato? Recordar-se que o Regulamento é omissivo sobre esta matéria. Apenas, quando se refere à opção pelo lançamento de um concurso (necessariamente público, tendo em conta a natureza jurídica das autoridades de transporte), existe uma (breve) referência aos princípios gerais que o concurso deve respeitar – ou seja, deve ser aberto a todos os operadores, ser imparcial e respeitar os princípios da transparência e da não discriminação. De acordo com a interpretação da AMT (confirmada pela COM), **aplicar-se-ão as regras constantes do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 28 de janeiro, que resulta da transposição das diretivas aplicáveis à matéria e já referidas e que se aplicam a todos os contratos públicos, sejam de prestação de serviços, sejam de concessão**. O que significa que, seja qual for o tipo de contrato, aplicar-se-á o CCP, bem como o Regulamento, quanto a matérias não constantes no CCP.

cumprimento ao disposto no artigo 5.º a fim de evitar anomalias estruturais graves, nomeadamente relacionadas com a capacidade de transporte”.

5. 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”. Ou seja, entende-se que o regulamento não obriga à adjudicação (ato administrativo adjudicatório em sentido próprio) 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”***.
6. Aliás, no limite, o lançamento de um procedimento concursal, ainda que um ou dois anos antes do fim do período transitório não é, em si, uma garantia de que o ato de adjudicação fosse efetivado antes de 3 de dezembro, dadas as diversas vicissitudes associadas a um procedimento de contratação pública (prazos procedimentais, visto do Tribunal de Contas ou impugnações judiciais).
7. 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 leva à contratação efetiva, sendo o valor final a salvaguardar é que existam decisão efetivas de submissão à concorrência antes do fim do período transitório.
8. Por outro lado, nos termos do RJSPTP são autoridades de transportes, os Municípios, as Comunidades Intermunicipais, as Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto e, ainda, o Estado, em casos específicos, nomeadamente no que respeita a “operadores internos”, na aceção do Regulamento e do RJSPTP.
9. De referir que, nesta data – **12 de agosto de 2019** - apenas uma daquelas entidades regionais procedeu ao lançamento de um procedimento concursal (Algarve), tendo outra já apresentado as peças procedimentais para parecer (Lezíria do Tejo), não tendo a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT)

recebido qualquer outro pedido de emissão de parecer prévio vinculativo quanto a peças e formação de contratos por parte das restantes Comunidades Intermunicipais/Áreas Metropolitanas (21). Quanto à Região Autónoma da Madeira foi emitido um parecer prévio por parte da AMT, não tendo ainda, todavia, o concurso sido lançado.

10. Acresce que existem diversos municípios que mantêm “jurisdição” sobre transportes urbanos que não serão incluídos nos procedimentos concursais “regionais” – estima-se, cerca de 40 – pelo que também estas entidades terão de lançar procedimentos de contratação pública para aquisição de serviços de transporte público de passageiros (máxime modo rodoviário).
11. Ora, tendo em conta os prazos imperativos subjacentes ao lançamento de tais procedimentos – prazos relacionados com o desenvolvimento normal de um procedimento de contratação pública (sem contar com eventuais vicissitudes, como impugnações judiciais), tendo ainda em conta os prazos inerentes à emissão de pareceres prévios vinculativos (como é o caso do parecer da AMT) e, ainda, submissão a visto prévio do Tribunal de Contas, é previsível que, mesmo que estes procedimentos fossem todos lançados na presente data, seria materialmente impossível que todos os contratos estivessem adjudicados até 3 de dezembro de 2019.
12. Acresce que as autoridades de transportes se confrontam com a necessidade de contratar transportes escolares para o período de 2019/2020, o que, na sua maioria, implica contratualizar com serviços de transportes, assentes em autorizações provisórias cuja duração está prevista, legalmente, por defeito, a terminar em 3 de dezembro de 2019.
13. Ou seja, decorre daqui que, na pendência dos procedimentos concursais, as autoridades competentes devem ser providas com instrumentos céleres e eficazes, que mantenham em funcionamento o atual sistema de transporte público, sem que com isso implique prescindir ou incumprir os ditames europeus e nacionais no que se refere à necessidade de proceder à contratualização de serviços de transportes, através do regime regra do procedimento concursal.

II - Do interesse público subjacente à continuidade do Sistema e dos mecanismos legais que permitem assegurar essa continuidade

14. É indubitável que os serviços de transporte público de passageiros – máxime por modo rodoviário (transporte em autocarro) – constituem **serviços de interesse económico geral**, sendo tarefa do Estado assegurar a continuidade do Sistema, sem disrupções abruptas ou, nos termos do Regulamento, evitando “**anomalias estruturais graves**”.
15. Há que chamar à colação, mais uma vez, a história recente do “universo” abrangido pelo RJSPTP (apenas aprovado em 2015) e a mudança de paradigma que daí resultou, nomeadamente no que se refere ao transporte rodoviário de passageiros (serviço público). De facto, assistimos à passagem de um universo de “**autorizações administrativas**” (as autorizações RTA, depois convoladas em autorizações provisórias), totalmente dependente da Administração Central, para um **universo descentralizado**, em que a responsabilidade pelo planeamento, organização e contratualização dos serviços públicos de transporte de passageiros passa para a esfera das autoridades de transportes competentes (autoridades locais), acrescentando a tal “passagem” o facto de o novo Sistema dever ser – por força dos normativos europeus e nacionais – contratualizado e gerido em modo de “concorrência regulada”.
16. Vejamos, então, quais os mecanismos previstos na lei (Regulamento e RJSPTP), nomeadamente no que se refere a **mecanismos de prorrogação contratual e/ou ajuste direto**.
- Decorre do Regulamento e do RJSPTP, que adapta à realidade nacional aquela legislação europeia, a regra geral de submissão à concorrência da prestação de serviços públicos de transporte de passageiros que incluam obrigações de serviço público/OSP e respetivas compensações e/ou atribuição de direitos exclusivos;
 - Por sua vez, o CCP, que procede à transposição de diretivas europeias no domínio da contratação pública², também estabelece aquela regra geral;

² Cfr. última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto que procede à nona alteração ao Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, e transpõe as Diretivas n.os 2014/23/UE, 2014/24/UE

- A questão da possibilidade (ou não) de recurso ao ajuste direto tem vindo a ser objeto de várias posições (incluindo as posições veiculadas publicamente pela AMT);
 - Exigindo a aplicação aos casos concretos uma interpretação sistemática e articulada de regimes jurídicos – Regulamento, RJSPTP e CCP – foi necessário percorrer um caminho interpretativo, em alguns dos casos considerando as respostas apresentadas pela Comissão Europeia, a questões concretas colocadas pela AMT.
17. No que respeita ao **valor dos contratos**: o Regulamento estabelece, no n.º 4 do artigo 5.º que: *«4. Salvo se o direito nacional o proibir, a autoridade competente pode decidir adjudicar por ajuste direto contratos de serviço público: a) Cujo valor anual médio seja estimado em menos de 1 000 000 EUR ou, no caso de um contrato de serviço público que inclua serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros, em menos de 7 500 000 EUR; ou b) Que tenham por objeto a prestação anual de menos de 300 000 km de serviços públicos de transporte de passageiros ou, no caso de um contrato de serviço público que inclua serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros, de menos de 500 000 km. No caso de um contrato de serviço público adjudicado por ajuste direto a uma pequena ou média empresa que não explore mais de 23 veículos rodoviários, estes limites podem ser aumentados para um valor anual médio estimado em menos de 2 000 000 EUR ou para uma prestação anual de menos de 600 000 km de serviços públicos de transporte de passageiros.»*
18. Ora, a Lei n.º 52/2015, de 9 de junho estabelece que: **“Artigo 19.º - Ajuste direto 1 — A exploração do serviço público de transporte de passageiros pode ser adjudicada por ajuste direto, pela autoridade de transportes competente, a operadores internos ou a outros operadores de serviço público, nos termos do artigo 5.º do Regulamento e no respeito pelo disposto no Código dos Contratos Públicos; 2 — A exploração do serviço público de transporte de 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; 3 — Nas 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; 4 — Em qualquer dos casos referidos nos n.os 2 e 3, o período de contratação não pode exceder o período necessário à conclusão de um procedimento concursal, nos termos do presente RJSPTP e da demais legislação aplicável, não podendo, em caso algum, exceder os dois anos.”

19. Por sua vez, o CCP estabelece, nos seus artigos 20.º, 21.º, 24.º e 31.º, os requisitos que devem ser cumpridos na escolha do ajuste direto enquanto procedimento de formação de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços ou de formação de outros contratos, entre eles e conforme os casos, quando o **valor do contrato for inferior a (euro) 20.000**, ou quando estejam em causa **razões materiais** ligadas à prestação em causa ou relativas à prossecução de procedimentos contratuais.
20. Atento o exposto constatou-se que o **critério do valor** para a escolha do procedimento fixa montantes/limiares inferiores aos previstos no Regulamento, sendo que os **critérios materiais** de escolha de procedimento estão devidamente balizados, remetendo, designadamente, para situações imprevisíveis, de rutura e de emergência, não imputáveis à entidade adjudicante. No RJSPTP existe mesmo a possibilidade de **ponderação de interesse público**.
21. Considerando a coexistência destes diversos normativos colocou-se a questão sobre de que forma os limiares constantes do n.º 4 do artigo 5.º do Regulamento se sobrepõem face a outra legislação europeia ou nacional, legitimando a possibilidade de proceder a **ajuste direto** recorrendo exclusivamente àquela norma específica ou se, pelo contrário, a fixação de normas nacionais com limiares mais exigentes do que aqueles previstos no Regulamento é legitimada pela redação “*Salvo se o direito nacional o proibir*”, ou seja, consubstanciando uma derrogação à aplicação das normas do n.º 4 do artigo 5.º.
22. Solicitada a pronúncia da Comissão Europeia, esta através de comunicação de 10-10-2017, informou a AMT que “*relativamente à questão sobre interpretação do artigo 5.º, n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 1370/2204, gostaria de chamar a atenção*

de V. Exas para o ponto de 2.3.4 das orientações interpretativas da Comissão³, segundo as quais “tal como o artigo 5.º n.º 4 do regulamento autoriza os Estados-Membros a (i) obrigarem as autoridades competentes a aplicarem, no caso de contratos de baixo valor ou de PME, a regra de adjudicação dos contratos de serviço público por concurso público, imparcial, transparente e não discriminatório, os Estados-membros podem também (ii) baixar os limites estabelecidos na referida disposição para a adjudicação desses contratos por ajuste direto ou (iii) aplicar os limites estabelecidos no artigo 5.º n.º 4 do Regulamento (CE) 1370/2007”.

23. Face a este esclarecimento prestado pela Comissão Europeia (que remete para as suas próprias “Orientações Interpretativas” respeitantes ao Regulamento) a AMT entendeu ser relevante atentar nas disposições do direito nacional sobre a matéria da contratualização do serviço de transporte público de passageiros.
24. De facto, o legislador nacional optou⁴ (e essa opção do direito interno é considerada e valorada pelo legislador europeu) por se “autolimitar” no que respeita ao recurso ao **ajuste direto** – este apenas pode ter lugar [*no que respeita à adjudicação de serviços públicos de transporte de passageiros*] nos termos do artigo 5.º do Regulamento e no respeito pelo disposto no Código dos Contratos Públicos.
25. Na prática, esta remissão e autolimitação (conjugadas com a expressão constante do Regulamento “*salvo se o direito nacional o proibir*”⁵) deve ser lida de forma sistemática – o recurso ao **ajuste direto** pelas autoridades de transporte⁶ 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 compagnar com os limites estabelecidos na legislação nacional aplicável à disciplina vigente da contratação pública (CCP).
26. A própria Comissão Europeia recorda o seguinte⁷: (i) em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, em virtude da própria natureza dos regulamentos e da sua função no sistema de fontes de direito da União, as

³ Comunicação da Comissão “Orientações para interpretação do Regulamento (CE) n.º JOC C/92, de 29 de março de 2014.

⁴ Cfr. n.º 1 do Artigo 19.º do RJSPTP, já citado.

⁵ Cfr. n.º 4 do Artigo 5.º do Regulamento ab initio.

⁶ Em casos diferentes dos ajustes diretos atribuídos a operadores internos os quais, como sabemos, obedecem a um regime próprio, nos termos dos requisitos estabelecidos pelo próprio Regulamento.

⁷ Cfr. comunicação COM (Chefe do Gabinete da Comissária Violeta BULC, dirigida ao PCA da AMT, de 20.07.2018).

disposições dos regulamentos têm, em geral, efeito imediato nas ordens jurídicas nacionais, sem que as autoridades nacionais tomem medidas de aplicação ou que o legislador da União adote legislação suplementar; (ii) no entanto, algumas disposições de um regulamento, podem, todavia, necessitar para a sua execução, da **adoção de medidas nacionais de aplicação**.

27. Nesse sentido, entendeu o legislador nacional adotar o RJSPTP (que aplica à realidade nacional o regime do Regulamento), ao mesmo tempo que balizou a sua atuação pelo CCP (voltando a sublinhar que o CCP – que transpõe todas as diretivas aplicáveis em matéria de contratos públicos – se aplica a todos os tipos de contrato público, sejam de prestação de serviços, sejam de concessão de serviços).
28. Neste contexto, a AMT tem vindo a alertar para a necessidade de promoção atempada, por parte das Autoridades de Transportes competentes, tendo levado a cabo um conjunto significativo de iniciativas relacionadas com a capacitação de tais Autoridades (informações, orientações e formação) e no que respeita ao **ajuste direto**, tem vindo a apresentar a sua posição pública:
 - O regime-regra é o concurso público, sendo claramente excecional e muito limitado o recurso ao ajuste direto, tal como previsto naquele enquadramento, designadamente tratando-se de “operadores internos” (numa lógica “in house”)⁸, em “contratos de pequeno valor” ou em situações excecionais (situações de emergência ou rutura iminente de serviço), cuja fundamentação deve ser sempre aferida face ao caso concreto e no estrito cumprimento da lei.
 - No caso de eventual ajuste direto em “contratos de pequeno valor”, na aceção do Regulamento, os limiares deste constantes são limitados pelas normas do CCP que estabelecem limiares mais exigentes para o “ajuste direto em função do valor” e que as regras do CCP constituem as medidas nacionais de aplicação do Regulamento n.º 1370/2007.

⁸ Cfr. Informação aos *Stakeholders* apresentada pela AMT.

⁹ Sendo operadores internos aqueles sobre os quais a autoridade de transportes exerce um controlo análogo àquele que exerce sobre os seus próprios serviços.

- É ainda possível o recurso ao ajuste direto em situações excecionais¹⁰ destinadas a assegurar o interesse público, designadamente em caso de rutura ou de risco eminente de rutura de serviços ou em situações de emergência, apenas pelo período necessário à conclusão de um procedimento concursal, que não pode, em caso algum, exceder os dois anos.¹¹
- A possibilidade de recurso excepcional a um ajuste direto, motivado por alegada falta de condições objetivas de promover um procedimento do tipo concursal para assegurar a contratualização do serviço público do transporte de passageiros depende da verificação prévia, por parte das autoridades de transportes (que são entidades adjudicantes) de requisitos específicos previstos na lei quando, onde e caso se verifique que devem ser demonstrados.
- Não é possível admitir que alegadas insuficiências genéricas na regulamentação - quanto a matérias que à partida podem ser acolhidos em peças procedimentais - ou alegada inexperiência e falta de capacitação das autoridades de transportes - sirvam, por motivos de urgência imperiosa, de fundamentação à antecipação do recurso ao ajuste direto, por critérios materiais. A adoção do ajuste direto por “critérios materiais” (maxime “urgência imperiosa”¹²) apresenta um caráter excepcional e terá sempre que ser justificada face ao caso concreto, nomeadamente no que se refere à não imputabilidade, às entidades adjudicantes, das circunstâncias invocadas.

¹⁰ O Artigo 19.º do RJSPT, em consonância com o Regulamento, esclarece 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 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 RJSPT e da demais legislação aplicável, **não podendo, em caso algum, exceder os dois anos**.

¹¹ Acórdão no processo Vlaamse Dierenartsvereniging e Janssens, C-402/10, ECLI:EU:C:2011:253, n.º 47 e 48.

¹² Estatui a alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP que [1- Qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, pode adotar-se o ajuste direto quando:] (...) c) Na medida do estritamente necessário e por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante, não possam ser cumpridos os prazos inerentes aos demais procedimentos, e desde que as circunstâncias invocadas não estejam em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante.

- Não existem quaisquer dúvidas que o prazo para cumprimento pleno do regime de adjudicação constante do Regulamento (que estabeleceu um período de transição de 10 anos a partir de 2009) se fixa em 3 de dezembro de 2019, não se perspetivando qualquer alteração a este prazo, tal como informou a Comissão Europeia.
29. Note-se que esta matéria poderá ter consequências sérias, nomeadamente na esfera dos responsáveis pela escolha do “ajuste direto” no âmbito autoridades de transportes, que são entidades públicas adjudicantes, isto porque a escolha do ajuste direto por critérios materiais terá que ser sempre devidamente justificada face aos casos concretos, que serão objeto de escrutínio por parte das autoridades nacionais competentes, nomeadamente a AMT e o Tribunal de Contas, entidades que devem emitir o parecer prévio vinculativo e o visto prévio para a execução dos contratos públicos em causa.
 30. Significa que, na prática, o recurso ao ajuste direto por critérios materiais estará sempre na esfera das entidades públicas competentes, constituindo uma escolha/opção que deve ser sempre justificada no estrito cumprimento da lei (devendo essa justificação ser aceite, nomeadamente pelo Tribunal de Contas, ou outras instâncias de controlo, como a Inspeção-Geral de Finanças, sob pena de eventual aplicação do regime da responsabilidade financeira, sancionatória ou mesmo reintegratória, aos autores de tais escolhas/opções).
 31. Tendo em conta o enquadramento legal, europeu e nacional supra explicitado, considerou a AMT não ser aceitável a generalização do regime do ajuste direto, o qual é, por natureza, excepcional, pelo que recomendou às autoridades de transportes que continuassem a desenvolver as diligências necessárias ao lançamento de procedimentos concursais.
 32. Contudo, não obstante os alertas e a monitorização constante do mercado, nesta data e atentos os circunstancialismos concretos *supra* referidos, existe uma elevada probabilidade de o sistema (mercado) dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros entrar em rutura.
 33. O facto de na presente data, a menos de 5 meses da data-limite estabelecida pelo Regulamento, ainda se encontrarem em preparação uma quantidade significativa de procedimentos de contratação pública pelas autoridades de transporte

competentes, a **ponderação do interesse público** – nomeadamente assegurar o **acesso ao transporte público** – pode justificar-se uma medida que permita garantir o cumprimento das regras do Regulamento – lançar à concorrência os serviços públicos de transporte de passageiros até 3 de dezembro de 2019 – e assegurar a manutenção dos atuais serviços, sem interrupções, até que aqueles procedimentos estejam concluídos.

34. Caso contrário poder-se-á colocar em causa o princípio de igualdade de acesso de todos os cidadãos ao Sistema de Transporte Público e causar zonas de exclusão social) por a atual lei determinar a caducidade automática (*ope legis*)¹³ das autorizações provisórias que, repita-se, ainda constituem a base do Sistema do transporte público rodoviário de passageiros em todo o país.
35. Nesta sequência, dispõe a proposta legislativa do Governo de alteração do artigo 10.º da Lei n.º 52/2015 que:
- “1 – **A autoridade de transportes competente** pode, por razões de interesse público relevante, devidamente **fundamentado**, designadamente em caso de rutura ou de risco iminente de rutura do serviço público, **autorizar a manutenção dos títulos de concessão para a exploração do serviço público do transporte de passageiros por modo rodoviário atribuídos por procedimento distinto do concorrencial, em regime de exploração provisória devidamente titulado por autorizações, após as datas resultantes da aplicação do artigo anterior, não podendo o respetivo prazo de vigência terminar depois de 3 de dezembro de 2019, exceto nos casos previstos no n.º 3 do presente artigo.**
 - **3- Quando tenham sido, comprovadamente, iniciados os procedimentos pré-contratuais de seleção de operadores de serviço público ou contratualização de serviços públicos de transportes, incluindo transporte escolar quando incida em transporte público, através da aprovação de peças de procedimento e submissão a parecer da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT), nos termos na**

¹³ Recordar-se que o RJSTP determina o prazo de vigência de autorizações provisórias que não pode “terminar, em caso algum, após 3 de dezembro de 2019”. Tal determina caducidade automática das mesmas.

*alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, antes de 3 de dezembro de 2019, **as autoridades de transportes podem determinar, através de instrumento regulamentar e/ou contratual, a prorrogação dos instrumentos contratuais e das autorizações provisórias em vigor, até à conclusão dos mesmos procedimentos e não excedendo o prazo máximo de 2 anos, de forma a assegurar a manutenção do serviço público de transporte de passageiros, sem risco de interrupção ou interrupção efetiva.***

- *4 – As autoridades de transportes notificam a AMT dos atos regulamentares, contratuais e administrativos que prolonguem o prazo de vigência das referidas autorizações ou contratos, bem como dos prévios atos administrativos relativos a procedimentos pré-contratuais, sem prejuízo do cumprimento das obrigações de informação previstas no artigo 22.º do RJSPTP, do n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, e para efeitos de supervisão no âmbito Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio.”*

36. Em primeiro lugar, a análise efetuada pela AMT, incluindo o diagnóstico do processo de contratualização de serviços públicos e as questões, preocupações e salvaguardas relativas ao enquadramento legal encontram-se espelhadas na fundamentação (preâmbulo) da proposta legislativa do Governo.

37. Em segundo lugar, a medida legislativa estabelece:

- A solução é ancorada no artigo 10.º da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho e não no artigo 19.º do RJSPTP, precisamente por se tratar de um **regime transitório**, não transformando em regra situações verdadeiramente excecionais;
- **Elimina-se a caducidade *ope legis* das Autorizações provisórias e permite-se a sua prorrogação, desde que previamente lançado um concurso**, o que não só cumpre os ditames europeus¹⁴ mas pode tornar o

¹⁴ As denominadas “autorizações provisórias” podem consubstanciar, nos termos do Regulamento e do próprio RJSPTP um contrato de serviço público/CSP (não esquecendo a latitude da definição de contrato de serviço público admitida pelo Regulamento e pela própria COM e acolhida no direito nacional). Apesar de tais “CSP” terem sido atribuídos, nos termos da legislação então em vigor (RTA), por via de procedimento distinto do procedimento

processo administrativo menos pesado para as autoridades de transportes, ainda que não prescindindo de quaisquer outros atos legalmente exigíveis (autorização de despesa, etc). Ou seja, permite manutenção do atual sistema por um ato de prorrogação e não um novo procedimento de contratação pública a acrescer aos anteriores de tipo concursal;

- O Estado não procede a uma prorrogação automática das atuais autorizações provisórias mas tal **depende de ato expreso das autoridades de transportes, que devem avaliar a sua situação em concreto e fundamentar expressamente as suas opções;**
- Considera, expressamente, **a apresentação das peças de procedimento à AMT como o início do procedimento concursal**, o que se afigura relevante, uma vez que nos termos do artigo 91.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), o parecer da AMT, é: obrigatório, por ser exigível nos termos legais; vinculativo, por as respetivas conclusões terem de ser seguidas pelo órgão competente para a decisão; prévio, por ter de ser emitido previamente à decisão do órgão competente e pode ser emitido num prazo máximo de 45 dias. Ora, caso não seja expressamente considerado o início do procedimento ou parte dele, como é por exemplo o visto prévio do Tribunal de Contas, tal inviabilizaria a possibilidade da AMT validar todos os processos e retirando-lhe o tempo mínimo necessário para o fazer. Na verdade, uma autoridade de transportes e a disponibilidade de serviço público às populações, bem como o conseqüente direito à mobilidade não podem ser prejudicados pelas conseqüências da decorrência normal de prazos administrativos que estão na dependência de outras entidades (AMT, Tribunal de Contas, AdC, IGF, etc), nem estas

concorrencial, o próprio Regulamento (e o RJSPTP) admitem a continuidade da vigência desses “contratos” (em alguns casos, como os previstos na al. b) do n.º 3 do Artigo 8.º do Regulamento, os contratos de serviço público adjudicados de acordo com o direito comunitário e interno, antes de 26 de julho de 2000, com base num procedimento distinto do concurso, podem manter-se em vigor até ao termo da sua duração, mas não por um período superior a 30 anos). É evidente que essa latitude de duração não é admissível, nem coadunável com o espírito do RJSPTP (no caso concreto das autorizações RTA/autorizações provisórias), que promoveu uma firme alteração de paradigma – da atribuição direta, por via administrativa, passando por uma pré-contratualização titulada nas autorizações provisórias, até à sua caducidade devendo ter-se em conta o imperativo de promoção e conclusão de procedimentos concorrenciais em todo o território nacional como uma limitação absoluta à duração das autorizações provisórias.

entidades terceiras podem ser coartadas/limitadas no correto e integral exercício da sua atividade e obrigações legais.

- As autoridades de transportes devem proceder à notificação de todas as decisões de prorrogação e vincular-se a todos os deveres de informação e reporte previstos na lei, o que se considera ser uma promoção da transparência e objetividade dos procedimentos.
- Consagra expressamente a obrigação de emissão e relatórios públicos das obrigações de serviço público na responsabilidade de cada autoridade de transportes, passando a estar expressamente referido no RJSPTP e no Regulamento.

38. Ou seja, afigura-se que a intervenção normativa por parte do Governo **respeita os normativos europeus e nacionais aplicáveis, confere ao sistema a necessária flexibilidade para que seja assegurada a transição de modelos, sem rutura ou risco de rutura do serviço de transporte de passageiros** em modo rodoviário, que assegura as necessidades de mobilidade da maior parte da população.

39. Numa **ótica de proporcionalidade** foram considerados os dois interesses públicos em presença – por um lado, a **promoção e defesa da concorrência e defesa da legalidade**, 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), por outro lado, 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 emergência (tendo em conta que as autorizações provisórias que ainda constituem a base do Sistema caducam, *ope legis*, a partir de 3 de dezembro de 2019).

III – CONCLUSÕES

40. A análise efetuada pela AMT, incluindo o diagnóstico do processo de contratualização de serviços públicos e as questões, preocupações e salvaguardas relativas ao enquadramento legal encontram-se espelhadas na fundamentação (preâmbulo) da proposta legislativa do Governo.

- Obrigatoriedade de celebração de contrato de serviço público precedidos de procedimento de contratação pública;
 - Não é possível assegurar a conclusão de todos os procedimentos em curso antes da data da caducidade das autorizações provisórias;
 - Necessidade de instrumentos que mantenham em funcionamento o atual sistema de transporte público, sem interrupções abruptas, sem que isso implique prescindir ou incumprir os ditames nacionais e europeus;
 - Garantir a promoção e defesa da concorrência também o acesso ao sistema de transporte público por parte de todos os cidadãos.
41. Tendo em conta uma análise de proporcionalidade face às várias facetas referidas do interesse público, a intervenção normativa por parte do Governo, em matérias que não constituam reserva de lei, conjugada com a necessária intervenção das Autoridades de Transportes, em que se permite a prorrogação, por um período de tempo limitado dos atuais títulos habilitantes e sempre no pressuposto que a autoridade de transportes competente ter dado início ao procedimento pré-contratual - decisão de contratar que deve ser aprovada pelos órgãos competentes da administração local e enviado para parecer prévio da AMT antes de 3 de dezembro de 2019 - respeita os normativos europeus e nacionais aplicáveis, confere ao sistema a necessária flexibilidade para que seja assegurada a transição de modelos, sem rutura ou risco de rutura do serviço de transporte de passageiros em modo rodoviário, que assegura as necessidades de mobilidade da maior parte da população.
42. Por outro lado, considera-se que esta proposta tem aderência ao racional da Mobilidade Inclusiva, Eficiente e Sustentável que tem vindo a ser promovido pela AMT.

Lisboa, 16 de agosto de 2019.

O Presidente do Conselho de Administração

João Carvalho