

PARECER N.º 61/2019

I – DO OBJETO

1. Foi rececionada na Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT) uma comunicação do Gabinete de S. Exa o Secretário de Estado das Infraestruturas (N.º 3252/2019 – Proc n.º 116/2017 – 25-11/2019) para os devidos efeitos do cumprimento da alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, que estabelece que compete à AMT *“emitir parecer prévio vinculativo sobre peças de procedimento de formação dos Contratos de Concessão ou de prestação de serviços públicos nos setores regulados, ou sobre alterações promovidas aos Contratos em vigor”*.
2. A referida comunicação, a propósito da renegociação do Contrato de Concessão com Fertagus, Travessia do Tejo, Transportes, S.A. (Fertagus), foi acompanhada do Relatório da Comissão de Negociação e de 6 anexos:
 - Anexo 1: Ata da reunião final do processo negocial de 22 de novembro de 2019;
 - Anexo 2: Atas das reuniões entre a Comissão de Negociação e a Fertagus;
 - Anexo 3: Correspondência entre o Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT) e a Fertagus relativa aos eventos de reposição do equilíbrio económico e financeiro;
 - Anexo 4: Minutas do Aditamento ao Contrato de Locação e do Contrato de Prestação de Serviços entre a Sagescar e a Fertagus;
 - Anexo 5: Apreciação técnica do IMT quanto à possibilidade de prorrogação extensão da vida útil do material circulante afeto à Concessão;
 - Anexo 6: Projeto de diploma que altera as Bases da Concessão.
3. O presente parecer inscreve-se no cumprimento da missão da AMT enquanto regulador económico independente, nos termos dos seus estatutos, anexos ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, e de acordo 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, acompanhamento e avaliação das atividades e políticas do *Ecosystema da Mobilidade e dos Transportes*, e, mais especificamente, na atribuição concreta estabelecida na alínea b) do n.º 2 do artigo 34.º dos Estatutos.

5. Acrescem ainda nas atribuições da AMT:

- Definir as regras e os 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 quanto 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 a aplicação de sanções contratuais;²
- Proceder ao controlo anual das compensações concedidas às entidades que asseguram os serviços de interesse económico geral nos setores regulados;³
- Promover a defesa dos direitos e interesses dos consumidores e utentes em relação aos preços, aos serviços e respetiva qualidade.⁴

6. Nesta análise, procurar-se-á aprofundar e avaliar não apenas as diversas questões regulatórias subjacentes ao pedido de parecer, como também o que respeita aos instrumentos contratuais e legais enquadradores. Em primeiro lugar, o enquadramento e a *compliance* com o estabelecido na legislação nacional e europeia aplicável.

7. Em segundo lugar, 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 sociais subjacentes a diferentes racionalidades: a dos investidores; a dos profissionais/ utilizadores/ utentes/ consumidores e/ou cidadãos; e 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.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO DA OPERAÇÃO

Antecedentes

1. Tal como decorre do Relatório da Comissão de Renegociação (CR), a exploração do transporte suburbano de passageiros no eixo ferroviário norte-sul foi atribuída pelo Estado Português, na sequência de concurso público internacional, pelo prazo de 30 anos (terminando em 2029), tendo o Contrato de Concessão sido celebrado em 22 de junho de 1999, prevendo a possibilidade de a Concessão ser renovada por um período não superior a 15 anos e no âmbito de umas Bases da Concessão aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 189-B/99, de 2 de junho.
2. Uma vez que o Contrato previa a possibilidade de a Concessão poder ser renegociada se, no seu período inicial, o volume de tráfego não atingisse o limite inferior da banda de tráfego prevista, e tendo-se tal verificado, foi efetuado um processo de renegociação que culminou na aprovação de novas Bases de Concessão pelo Decreto-Lei n.º 78/2005, de 13 de abril. Daquela renegociação resultou:
 - Redução do prazo da Concessão de 2029 para 2010;
 - Possibilidade de prorrogação adicional de 9 anos (terminando em 2019), condicionada ao cumprimento dos parâmetros de qualidade do serviço prestado e inexistência de participações financeiras do Estado;
 - Transferência de risco para a Concessionária dos riscos associados a comportamentos da procura abaixo dos níveis previamente fixados no Contrato original;
 - Partilha de *upsides* de receita, caso o comportamento da procura fosse mais favorável do que inicialmente considerado;
 - Transferência do material circulante para o Estado.
3. Em 20 de dezembro de 2010 foi efetuado o acordo modificativo do Contrato de Concessão, aprovando-se igualmente novas Bases da Concessão por via do Decreto-Lei n.º 138-B/2010, de 28 de dezembro, o que se traduziu nas seguintes alterações:
 - Efetivação da prorrogação do prazo até 31 de dezembro de 2019;
 - Introdução da possibilidade de denúncia, a partir de 1 de janeiro de 2017, por motivos de interesse público;

- Pagamento, pela Concessionária, de contrapartidas financeiras anuais;
 - Assunção integral do risco negativo da procura pela Concessionária;
 - Possibilidade de a Concessionária fixar o tarifário até um ponto percentual a acima da inflação ou até ao limite definido para os restantes operadores da Área Metropolitana de Lisboa (AML).
4. Com a publicação do Regulamento n.º 630/2011, de 12 de dezembro, foi determinada uma reformulação na metodologia de cálculo das tarifas devidas pela utilização da infraestrutura ferroviária (TUI) que implicou um aumento substancial daquela tarifa e motivou um pedido de reequilíbrio económico-financeiro (REF) da Concessão.
 5. Em 2011, a Fertagus alertou para os impactos negativos daquela medida, que eventualmente poderia implicar um aumento extraordinário das tarifas aos passageiros de [confidencial] % para compensar o acréscimo de custos da TUI, e, do mesmo passo, provocar um efeito negativo na procura. De qualquer modo, o IMT não autorizou tal aumento extraordinário.
 6. A Fertagus também manifestou a intenção de não proceder à entrega do excedente de receita que caberia ao Estado, para compensar o acréscimo da TUI, o que não foi aceite pelo IMT, por considerar que o efeito financeiro gerado pelo aumento extraordinário de tarifas em 2011⁵ seria suficiente, o que motivou o pedido de REF do Contrato em 2012.
 7. Ainda em 2012, a Fertagus informou que os valores da TUI projetados para 2013 e 2014 acentuariam o desequilíbrio da Concessão, pelo que requereu a não atualização das tarifas aos passageiros em virtude da redução da procura que se vinha verificando, o que foi aceite pelo IMT.
 8. Após novo pedido da Fertagus, foi dado início a um procedimento formal de renegociação do Contrato pelo Despacho 15985/2013, de 15 de novembro⁶, alterado através do Despacho n.º 13007/2014, de 14 de outubro⁷, o qual não logrou obter resultados.
 9. Em 2015, a Fertagus requereu um aumento do seu tarifário em linha com a taxa de inflação prevista no Orçamento do Estado para 2016, mas o Governo, através do

⁵ Despacho normativo n.º 11-A/2011

⁶ Publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 239, de 10 de dezembro de 2013.

⁷ Publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 207, de 27 de outubro de 2014.

Secretário de Estado das Infraestruturas, não autorizou tal acréscimo, invocando o interesse público.

10. Através do Despacho n.º 3064/2018⁸, de 15 de março⁹ foi constituída nova Comissão de negociação, cujo mandato deveria abranger o tratamento dos seguintes temas:

- *“Implementação de medidas suscetíveis de otimizar o serviço de transporte suburbano ferroviário prestado aos cidadãos e assegurado pela Fertagus, em conjugação com o reforço e melhoria das condições dos serviços prestados, tendo em atenção a necessidade de minimizar os respetivos impactes financeiros para o erário público;*
- *Quantificação dos impactes financeiros decorrentes do aumento extraordinário da tarifa de utilização da infraestrutura ferroviária, ocorrida em dezembro de 2011;*
- *Procura e implementação de soluções que visem assegurar a convergência e harmonização tarifária com outros modos de transporte existentes na região de Lisboa;*
- *Quantificação dos efeitos líquidos decorrentes do congelamento tarifário ocorrido em 2016;*
- *Revisão das condições associadas ao Contrato de aluguer do material circulante a vigorar durante todo o período da Concessão;*
- *Outras medidas suscetíveis de gerar acréscimos de eficiência e de eficácia económica e financeira na Concessão; e*
- *Desenvolver a avaliação da viabilidade jurídica e do mérito técnico, económico e financeiro associado às diferentes hipóteses de mecanismos de reposição de equilíbrio da Concessão, decorrentes do desenvolvimento dos temas anteriores, em respeito pelo princípio de não aumento de despesa para o Estado.”*

11. Com a Lei do Orçamento do Estado para 2019, aprovada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro, foi criado o Programa de Apoio à Redução Tarifária (PART) que previa o financiamento do Estado à redução de tarifas do transporte público de passageiros, nos

⁸ Constituído por 4 elementos da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (UTAP) e 3 representantes do Secretário de Estado das Infraestruturas.

⁹ Publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 60, de 26 de março de 2018.

termos do Despacho n.º 1234-A/2019, de 31 de janeiro e cujos termos de implementação na AML vieram a ser consagrados no Regulamento n.º 278-A/2019, de 19 de março.

12. O referido regulamento, aplicável a todos os operadores da região, incluindo a Fertagus, definiu as obrigações de serviço público de âmbito tarifário e os critérios de pagamento das compensações devidas pelo cumprimento daquelas obrigações.
13. Considerou a CR que apenas com a publicação do referido regulamento, com base no qual a Fertagus passa a ter a sua remuneração não apenas dependente da receita tarifária, mas também das compensações pagas por contrapartida do cumprimento de uma obrigação de serviço público tarifária, foi possível apurar a compensação necessária ao reequilíbrio financeiro da Concessão.

Pressupostos da negociação

14. Refere a CR que um dos pressupostos, e que decorre do Despacho n.º 3064/2018, é a procura de uma solução de reequilíbrio não geradora de aumento de despesa pública, excluindo-se a opção pelo ressarcimento mediante o pagamento de uma compensação financeira à Concessionária.
15. Um dos outros pressupostos em causa é o da exclusão de repercussão do impacto nos passageiros do serviço público prestado, designadamente através de acréscimos tarifários ou da redução da oferta, em contraciclo com as medidas decorrentes do Regulamento n.º 278-A/2019, ou seja, redução tarifária com consequente aumento de procura.¹⁰
16. A CR considera assim que a solução que conjuga aqueles pressupostos é a prorrogação do prazo da Concessão, em que a Fertagus é ressarcida do “dano sofrido”, mediante a remuneração obtida pela prestação do serviço, não afetando contribuintes ou passageiros e não colocando o parceiro privado numa situação mais vantajosa do que aquela em que se encontrava inicialmente.
17. Sem prejuízo, em sentido contrário, refere a CR que a solução acarreta o inconveniente de adiar o acesso de terceiros às prestações abrangidas pelo Contrato em regime de

¹⁰ Dos mais recentes dados da AML decorrem acréscimos relevantes de passageiros transportados em todos os modos de transportes.

<https://www.aml.pt/index.php?cMILID=SUS57E3A39FD673F&cMILL=2&mIID=SUS57C01CA1AFB78&mlN=Comunicados&mlA=&cMILID1=SUS5787A25807E00&mIID1=4&mlN1=Comunica%E7%E3o&cMILID2=SUS57E3A39FD673F&mIID2=SUS57C01CA1AFB78&mlN2=Comunicados>

exclusivo, pelo que a solução a encontrar deve também minimizar o adiamento da abertura ao mercado das prestações contidas no objeto do Contrato.

18. Assim, para a extensão do Contrato, por prazo que seja o estritamente necessário para corrigir o desequilíbrio verificado, foram considerados os montantes devidos ao Estado pela Fertagus a título de contrapartida pela não denúncia do Contrato e de partilha de excedentes de receita e o desequilíbrio provocado pelo aumento da TUI em 2011 e da não aprovação do aumento tarifário em 2016.
19. A CR teve também em conta o contrato de locação operacional do material circulante entre a Sagescur e a Fertagus, uma vez que, ainda que o Estado não seja parte, o montante das rendas futuras (associada ao custo das grandes reparações) é determinante para apurar o valor de cada ano adicional de Concessão.

Quantificação dos eventos de reposição do reequilíbrio financeiro

20. Segundo a CR, até ao final de 2019 o aumento extraordinário do valor da TUI gerou um encargo extra, para a Fertagus, [confidencial], elevando o valor total do pedido de REF relativo ao aumento da TUI, para 11.013 milhares de euros.
21. Da negociação resulta que este valor será reembolsado ao gestor da infraestrutura ferroviária - Infraestruturas de Portugal (IP) - ao longo do período da prorrogação do prazo da Concessão, em prestações mensais, havendo lugar a pagamento de juros adicionais (cujo valor não foi contabilizado para efeitos de atribuição de prazo, de forma a não favorecer a Concessionária).
22. No que se refere ao congelamento da atualização tarifária, [confidencial].
23. [confidencial] tendo-se chegado a um montante de 957 mil euros.
24. Por outro lado, a Fertagus deveria, nos termos do Contrato, ter entregue ao Estado: (i) 4.050 milhares de euros pela não denúncia do Contrato e (ii) 587 mil euros a título de partilha de receitas tarifárias, tendo-se acordado o seu não pagamento de forma a minimizar o período adicional necessário para repor o equilíbrio da Concessão, sendo aqueles montantes deduzidos ao valor do REF.
25. Como refere a CR, calculado o montante do dano gerado pelas situações que originaram o pedido de REF – 7.333 milhares de euros - e assumindo a sua compensação através da extensão do prazo da Concessão, tornou-se necessário proceder à valorização de cada unidade de tempo adicional, que está ligado a futuras projeções financeiras da Fertagus, demonstradas através de (i) demonstração de

resultados, (ii) balanço e (iii) fluxos de caixa, que concorrem para o cálculo da quantificação do prazo de prorrogação.

26. No que se refere a volume de negócios, refere a CR que:

- [confidencial] ;¹¹
- Estima-se o fim do serviço rodoviário de passageiros de alimentação do serviço rodoviário – Sulfertagus –, em 2021, na sequência da sua incorporação na futura rede de transportes da região, submetida à concorrência pela AML, nos termos da Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, que aprova o Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros (RJSPTP) e do Regulamento (CE) 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007 (Regulamento);
- Introduziu-se um mecanismo de partilha de riscos, com a devolução de *upsides* ou pagamento de *downsides*, quanto aos proveitos tarifários no âmbito do novo sistema tarifário, mas fora dos mecanismos do Regulamento n.º 278-A/2019.

27. Quanto a custos diretos foi tido em conta:

- Agravamento de custos com pessoal, [confidencial] na sequência de novo acordo de empresa e contratação de maquinistas para acorrer ao aumento da oferta em função do aumento da procura (também com impactos nos custos de pessoal indireto);
- Agravamento do custo da energia [confidencial] em função do aumento da oferta em função do aumento da procura;
- Evolução pouco expressiva dos custos de conservação e reparação;
- Redução de custos de aluguer de autocarros, devido ao anteriormente referido quanto ao serviço Sulfertagus;
- Acréscimo de custos com “outros FSE”, incluindo seguros e sistema de bilhética, na decorrência do aumento de passageiros provocado pela introdução do PART.

¹¹ A Comissão referiu também, no relatório final, que a implementação do PART gera incertezas uma vez que o mesmo não está apenas dependente da aplicação do Regulamento n.º 278-A/2019, mas das dotações anuais do Orçamento do Estado, o que lança a dúvida sobre que montantes serão disponibilizados os anos seguintes, o que tem consequências na incerteza do modelo financeiro da concessão.

28. Quanto a outros custos de exploração foi considerado:
- A evolução normal da TUI até 2020, tendo em conta as normas europeias aplicáveis e plasmadas no Diretório de Rede¹²;
 - Quanto à renda do material circulante, e tendo em conta a possibilidade de extensão da vida útil do mesmo e de um novo plano de grandes reparações, da responsabilidade da Fertagus, [confidencial].
29. No que se refere a investimentos em “ativo fixo tangível”, designadamente bilhética, projeta-se um montante, entre 2020 e 2024, [confidencial], estando, contudo, sujeitos a validação da Inspeção-Geral de Finanças (IGF).
30. Por outro lado, refere a CR que na valorização de cada ano adicional da Concessão foi considerada uma metodologia de Fluxos de Caixa do Projeto (*free cash flows to firm*), em que é tido em conta o “EBIT”, tal como apresentado na “Demonstração de Resultados”, sendo deduzido das “Depreciações REF”, resultando num “EBIT de Gestão”, necessário para o cálculo dos “Impostos ajustados”. Estes, assim como as “Depreciações e amortizações”, são então deduzidas ao “EBIT de Gestão”, originando o “Cash-flow Operacional” da Fertagus, que, por sua vez, é corrigido pelas variações de “Fundo de Maneio” e pelo “Investimento em Ativo Fixo”. O resultado obtido corresponde ao “Free Cash Flow to Firm”.
31. Face ao exposto, considera-se que o somatório dos *cash-flows* de projeto que são gerados, a partir de 1 de janeiro de 2020, coincidem com o valor líquido de REF que foi apurado, no montante de 7.333 milhares de euros, no final de setembro de 2024, perfazendo assim um período de prorrogação de 4 anos e nove meses, [confidencial]

Alterações contratuais propostas

32. Em consequência, são propostas diversas alterações ao Contrato de Concessão vigente, com reflexos no decreto-lei que aprova as Bases da Concessão, sendo que a Comissão destaca as seguintes:
- Alteração do prazo contratual: considerando a CR que aquela alteração está sustentada na quantificação do desequilíbrio provocado na Concessão pelos eventos descritos e na conversão desses “danos” em tempo de execução contratual, e em previsões dotadas de solidez e fiabilidade que permitem à

¹² Nos termos do Decreto-Lei n.º 217/2015, de 7 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 124-A/2018, de 31 de dezembro e do Regulamento de Execução (UE) 2015/909 da Comissão, de 12 de junho de 2015.

Fertagus acomodar integralmente o risco de evolução das várias variáveis, sem prejuízo da introdução de diversos mecanismos destinados a garantir a neutralidade dessas variações;

- Proveitos tarifários: no anterior Contrato, a Fertagus internalizava o risco associado à variação negativa da procura, sem compensações. Contudo, com a implementação do PART, a empresa não suporta uma eventual quebra, mas também não internaliza todos os ganhos no âmbito de um tarifário que passa a ser totalmente controlado pela autoridade de transportes. De qualquer modo, todos os proveitos tarifários foram tidos em conta no modelo financeiro, prevendo-se acertos em caso de variações positivas ou negativas, sendo transferidas as diferenças para o Estado ou para a empresa, conforme o caso. Por outro lado, a CR entende que caso a Fertagus assumisse o risco, tal poderia implicar a atribuição de outro prazo contratual adicional. Acresce que o regime tarifário passa a ser aquele que decorre do enquadramento legal aplicável a todos os operadores.^{13 14}
- Tarifa pela Utilização da Infraestrutura: no novo Contrato, é enquadrada a evolução da TUI numa lógica de neutralidade, em que uma redução de custos face ao previsto no modelo financeiro implica a entrega do diferencial ao Estado, e, verificando-se um agravamento dos custos, tal implica uma entrega do diferencial à Concessionária. Este mecanismo foi introduzido igualmente quanto à energia de tração;
- Custos associados pelo material circulante: Foi acordada entre a Sage secur e a Fertagus a redução da taxa [confidencial] o que implica uma redução de custos, introduzindo-se um novo mecanismo de neutralidade, face a variações positivas e negativas do indexante da taxa de juro aplicável, implicando a entrega da diferença à Fertagus ou desta ao Estado, conforme o caso;
- Mecanismos de acerto: é previsto que a Fertagus deverá remeter, anualmente ao IMT, o valor real do ano anterior (i) dos proveitos tarifários do serviço ferroviário; (ii) dos proveitos tarifários do serviço complementar rodoviário (iii) dos custos da TUI; (iv) dos custos com a energia de tração e (v) com o valor da

¹³ Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, Portaria n.º 298/2018, de 19 de novembro e Regulamento n.º 278-A/2019.

renda do material circulante, para efeitos de validação da informação e apuramento do montante global do acerto;

- Retirada do serviço Sulfertagus do objeto da Concessão: tal decorre da reconfiguração da rede de transportes em curso e a cargo da AML, que procederá à sua submissão à concorrência¹⁵ e abrangerá a alimentação do serviço ferroviário, estimando-se que tal aconteça até 21 de dezembro de 2021. Não se verificando, a Fertagus será ressarcida da diferença entre custos e proveitos, tendo em conta os pressupostos do modelo financeiro;
- Prazo de resgate da Concessão: É estabelecida a possibilidade de resgate em 28 de fevereiro de 2023, decorridos dois terços do prazo adicional, sendo que caso se verifique no último terço da execução contratual, será devido pagamento do valor remanescente da Concessão, calculado de acordo com o modelo financeiro à data.

33. Será ainda de referir:

- Cláusula 19.^a: é previsto que, caso seja necessário, em função das variações da procura decorrentes do PART, adquirir ou disponibilizar material circulante adicional para a exploração do serviço concessionado, as partes tomarão as diligências necessárias para o efeito, sem prejuízo da manutenção do equilíbrio financeiro do Contrato;
- Cláusula 26.^a: é prevista a transmissão de informação de âmbito tarifário à AML e os elementos relativos à execução contratual
- Anexo 14: é acomodada a aprovação de um novo Regime de Melhoria de Desempenho, que se encontra em elaboração.¹⁶

Prorrogação do Contrato

34. No que se refere à sustentação jurídica da solução, a CR considera que o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2018, de 29 de janeiro, não se aplica diretamente ao Contrato de Concessão¹⁷, uma vez que este foi celebrado antes da entrada em vigor daquele diploma, mas que, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Contas, as suas normas não devem ser desconsideradas. Deverão assim

¹⁵ Nesta data em análise na AMT, para efeitos de emissão de parecer prévio vinculativo, ao abrigo do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio.

¹⁶ Previsto no Decreto-Lei n.º 217/2015, de 7 de outubro.

¹⁷ Nos termos do n.º 1 do artigo 16.º daquele diploma.

ter-se em conta as normas do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro e os princípios gerais de direito e da contratação pública.

35. Considera ainda que deverão ser tidos em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, as comunicações da Comissão Europeia¹⁸, as Diretivas de Contratação Pública¹⁹ ²⁰, relevando sobretudo as matérias relativas à modificação de contratos que possa exigir um novo procedimento de adjudicação.

36. A CR sustenta que estamos perante:

- Uma prorrogação, enquanto modificação do prazo de vigência do contrato inicial e não perante uma renovação contratual, que consistiria na outorga de um novo Contrato ao mesmo sujeito, com o mesmo objeto e, em princípio, com as mesmas condições do anterior, equivalendo à reconstituição, no termo do prazo e em iguais moldes ou próximos, do complexo obrigacional inscrito no Contrato inicial;
- Uma prorrogação “corretora” de Contratos de Concessão que, ao contrário de uma prorrogação “premiar”, não se efetua por razões de conveniência, mas consistindo numa medida compensatória mediante a qual se procura restabelecer o equilíbrio económico e financeiro do Contrato, anteriormente perturbado por determinados eventos ou fatores de risco. Por outro lado, invoca-se, igualmente, que os mecanismos de compensação estão diretamente associados ao prazo contratual, designadamente o artigo 410.º do CCP que estabelece que o prazo de vigência do Contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário.

37. Invoca igualmente que a Concessão fora adjudicada inicialmente por um período de 30 anos, com a possibilidade de ser prorrogada por um prazo não superior a 15 anos, mas

¹⁸ Designadamente a Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as concessões em Direito Comunitário, de abril de 2000, publicada no Jornal Oficial da União Europeia, C 121, 43.o ano, de 20 de abril de 2000.

¹⁹ Diretivas n.ºs 2014/23/EU, 2014/24/EU e 2014/25/EU, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, transpostas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

²⁰ Que estabelecem igualmente, no respetivo artigo 54.º, que não se aplicam a concessões ou objeto de proposta ou adjudicadas antes de 17 de abril de 2014. Estabelece também o artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, que o mesmo só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a sua data de entrada em vigor, bem como aos contratos que resultem desses procedimentos e que não se aplica a prorrogações, expressas ou tácitas, do prazo de execução das prestações que constituem o objeto de contratos públicos cujo procedimento tenha sido iniciado previamente à data da sua entrada em vigor.

que, com todas as modificações posteriores e a agora proposta, com término em 2024, a duração total da Concessão será de 25 anos.

38. Invocando os artigos 178.º a 189.º do anterior CPA e o 313.º do CCP, refere a CR que estamos perante uma modificação que não conduz à alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do Contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a coocorrência, mantendo-se a estrutura concessória e de assunção de riscos, conclusão que não é alterada por:
- Retirada do serviço Sulfertagus, porque o mesmo é secundário face à prestação principal;
 - Alteração das regras de remuneração, uma vez que o Contrato acomoda o Regulamento n.º 278-A/2019.
39. Do mesmo passo, quanto à previsão expressa de prorrogação do Contrato de Concessão, refere a CR que o mesmo prevê que o reequilíbrio económico-financeiro pode ser reposto por recurso a uma ou mais formas previstas no Contrato ou por qualquer outra modalidade admissível e tendo em conta que o artigo 282.º do CCP dispõe que a reposição do equilíbrio financeiro pode ser efetuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do Contrato.
40. Acresce que também se sustenta que, de acordo com o plasmado no artigo 43.º da Diretiva Concessões, não estamos perante uma modificação substancial do Contrato, não sendo alargado o seu âmbito, não existindo alteração do equilíbrio da Concessão em favor do concessionário, não se alterando o posicionamento de concorrentes ou se verifica a atribuição a um novo concessionário por via direta.

Avaliação Global

41. Segundo a CR, a prorrogação do prazo *“não implicará, à partida, um aumento da despesa pública”*, não sendo *“possível garantir que o Estado não terá qualquer tipo de encargo financeiro futuro relacionado com a Concessão”* uma que apesar de existir uma *transferência de riscos, “este não tem condições para suportar qualquer álea associada à execução do Contrato, podem ocorrer (novamente) eventos que determinem a necessidade de repor o equilíbrio financeiro”*. Acresce que foram introduzidos *“mecanismos de acerto referentes à evolução das variáveis críticas para a prestação do serviço, o que significa que, caso se verifique a variação de alguma ou algumas delas*

em sentido desfavorável, poderão ocorrer fluxos financeiros do Concedente para a Concessionária”.

42. Por outro lado, não tem efeitos negativos para os utilizadores do transporte concessionado, mantendo-se o tarifário por via do Regulamento n.º 287-A/2019.
43. De qualquer modo, verifica-se *“o inconveniente já assinalado de adiar a disponibilidade do objeto da Concessão, que à partida terminaria a 31 de dezembro de 2019. A prorrogação do prazo do Contrato de Concessão implica, assim, que o acesso a terceiros às prestações compreendidas no mesmo seja protelado até ao novo termo – acesso esse que, a ocorrer num ambiente concorrencial, poderia em teoria aportar benefícios para o Concedente”*. Defende a CR que a desvantagem é mitigada pelo facto de um possível novo operador estar limitado ao novo tarifário, não se antecipando *“que fosse conferida margem significativa aos operadores para desenvolver negócio”*, não se antevendo que *“a abertura ao mercado das prestações atribuídas à Fertagus gerasse vantagens comparativamente às condições que o serviço atualmente apresenta”*.
44. Também, refere a CR que existe um risco associado ao material circulante utilizado pela Fertagus uma vez que os Contratos de locação e de manutenção terminam igualmente a 31 de dezembro de 2019, sendo que depende das partes a sua prorrogação – Fertagus e Sagesecur (empresa participada pela Parpública) e do visto do Tribunal de Contas quanto à sua efetivação.
45. É notado ainda o risco associado à eventual ausência (ou possível interrupção) de compensação do novo tarifário imposto pelo Regulamento n.º 287-A/2019 que, como referido, depende financiamento da AML e do Estado e, por sua vez, depende do que vier a ser previsto em sede de Orçamento do Estado, em cada ano.
46. Quanto aos objetivos previstos no despacho que constitui a CR, esta considerou que:
 - Quanto à *“implementação de medidas suscetíveis de otimizar o serviço de transporte suburbano ferroviário prestado aos cidadãos e assegurado pela Fertagus, em conjugação com o reforço e melhoria das condições dos serviços prestados”*, foi parcialmente assegurado, porque se permite a reposição do equilíbrio económico e financeiro, sem recurso a uma compensação financeira direta e as alterações contratuais traduzem um reforço da oferta, prevendo mais lugares oferecidos nos períodos de ponta e nas ligações a Setúbal através de um aumento do número de circulações. No entanto, assinala-se que existem

limitações no material circulante que implicam níveis inferiores de conforto e comodidade dos passageiros;

- Quanto à “*Quantificação dos impactes financeiros decorrentes do aumento extraordinário da tarifa de utilização da infraestrutura ferroviária, ocorrida em dezembro de 2011*”, tal foi assegurado face ao exposto;
- Quanto à “*Procura e implementação de soluções que visem assegurar a convergência e harmonização tarifária com outros modos de transporte existentes na região de Lisboa*”, tal foi assegurado por via do Regulamento n.º 287-A/2019;
- Quanto à “*Quantificação dos efeitos líquidos decorrentes do congelamento tarifário ocorrido em 2016*”, foi garantido atento o exposto;
- Quanto à “*Revisão das condições associadas ao Contrato do aluguer do material circulante a vigorar durante todo o período da Concessão*” foi também asseverado face ao exposto;
- Quanto a “*Outras medidas suscetíveis de gerar acréscimos de eficiência e de eficácia económica e financeira na Concessão*”, tal desiderato foi assegurado designadamente pelos mecanismos destinados a neutralizar a evolução das variáveis críticas para a prestação de serviço;
- Quanto a “*Desenvolver a avaliação da viabilidade jurídica e do mérito técnico, económico e financeiro associado às diferentes hipóteses de mecanismos de reposição de equilíbrio da Concessão, decorrentes do desenvolvimento dos temas anteriores, em respeito pelo princípio de não aumento de despesa para o Estado*”, também se mostra garantido nos termos do exposto.

47. Quanto ao cumprimento dos requisitos previstos no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio²¹; e que se considera serem aplicáveis à negociação em causa, a CR considerou que foi assegurada: (i) a representação do parceiro público nas sessões de negociação com o parceiro privado; (ii) a promoção de eficaz articulação com o serviço ou entidade que representa o parceiro público; (iii) a negociação de soluções e de medidas consentâneas com a defesa do interesse público, (iv) a identificação da estimativa de impacte potencial da eventual alteração da matriz de riscos ou de novos riscos, direta ou indiretamente, afetos ao setor público; (v) a atribuição adequada de

²¹ Que disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos.

responsabilidades e partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados; (vi) a inclusão de um anexo com a matriz de riscos.

48. Finalmente, considera a CR não ter competência para, por si, dar cumprimento às recomendações do Tribunal de Contas quanto à Concessão²², como sejam a existência de meios técnicos e humanos que permitam assegurar uma gestão e fiscalização do Contrato mais eficaz nas suas diversas valências e a promoção de diligências necessárias no sentido de ser criada uma entidade que assegure a responsabilidade global pela gestão do Contrato em todas as suas valências.

III – APRECIÇÃO

Notas introdutórias

49. Antes de mais, de referir que no Relatório n.º 11/2012 do Tribunal de Contas constam as seguintes considerações:
- *“A partir de 2011, a Concessão Fertagus tornou-se um caso único na Europa, pois trata-se de uma empresa de capitais privados que realiza um serviço público de qualidade de transporte de passageiros, mediante o pagamento à REFER de uma taxa pela utilização das infraestruturas, sem recorrer a compensações financeiras do Estado para o efeito”;*
 - *“A Concessionária apresenta como objetivos estratégicos: garantir a sustentabilidade financeira de forma a atingir o equilíbrio da Concessão em 2013, criar valor acrescentado para o cliente, manter a satisfação do cliente e da sociedade em geral, captar um maior nível de procura e aumentar a eficiência dos serviços contratados”;*
 - *“Ultrapassadas algumas dificuldades iniciais, trata-se hoje de uma parceria público-privada bem-sucedida, ao contrário do que na maioria das vezes sucede em Portugal, nestes modelos contratuais. Em 2011, ao fim de 12 anos de operação em crescimento contínuo, a Concessionária Fertagus já era responsável por cerca de 85 mil deslocações diárias. Em 2010, o Índice Global de Satisfação dos seus clientes situou-se em 4,5, balizado numa escala de 1 a 5.”;*

²² Relatório n.º 11/2012 do Tribunal de Contas – 2.ª secção – Auditoria ao contrato de concessão Fertagus,

- *“(...) pode afirmar-se que, desta última renegociação do Contrato de Concessão, releva como um dos aspetos positivos o fim do pagamento das indemnizações compensatórias por parte do concedente”;*
- *(...) de referir que esta renegociação contratual conduziu, ainda, à atualização dos percursos e frequências das carreiras rodoviárias complementares às estações ferroviárias, e à compatibilização das mesmas com o sistema de metropolitano ligeiro de superfície da margem sul do Tejo; à atualização dos níveis de serviço; à adequação ao programa de exploração dos níveis essenciais de serviço e qualidade; à atualização do sistema magnético de bilhética sem contacto, à semelhança do modelo preconizado para toda a área metropolitana de Lisboa, e à atualização de cumprimento de penalidades pela Concessionária, nos termos definidos pelas regras europeias relativas ao regime de desempenho”.*
- *Note-se que, nesta Concessão não existe a figura de gestor de Contrato, ou seja, verifica-se uma diluição das responsabilidades técnicas, jurídicas e financeiras por diversas entidades. (...) Apesar de o Decreto-Lei que regula o regime jurídico das Parcerias Público-Privadas ser omissivo quanto à existência da figura do gestor de Contrato, esta revela-se crucial na medida em que esta figura centraliza todas as valências inerentes à Concessão”.*

50. Por outro lado, no Relatório n.º 11/2015 - 2.ª Secção - do Tribunal de Contas, de “Auditoria às PPP Ferroviárias”, constam os seguintes considerandos:

- *“O Tribunal realça como positivo o facto de a Concessão Fertagus não acarretar, desde 2011, encargos diretos para o Estado, em resultado da renegociação do Contrato de Concessão concluída em 2005. Contudo, assinala-se que esta Concessão ainda representa um risco para os dinheiros públicos, uma vez que existe um pedido de reequilíbrio financeiro em curso no montante de mais de 1 milhão de euros por ano”;*
- *“Na sequência do aumento do valor da tarifa pela utilização de infraestrutura (TUI) determinado pela REFER. em dezembro de 2011, a Fertagus informou o concedente de que tal medida gerava um aumento do custo com a tarifa de cerca de 55%, relativamente ao valor considerado no modelo financeiro subjacente ao Contrato de Concessão. E acrescentou que considerava que a medida consubstanciava uma alteração estrutural / metodológica da fórmula de cálculo*

das tarifas e que, por isso, caso a REFER viesse a manter o aumento, solicitava a reposição do equilíbrio financeiro, por considerar o desfecho deste processo portante para a viabilidade da Concessão”;

- *“O Estado concedente, considerando que a verificação dos pressupostos para a reposição do equilíbrio financeiro não era clara, entendeu iniciar um processo de negociação para ponderação de todas as circunstâncias que concorreram para a alegada alteração do equilíbrio financeiro do Contrato.”*
- *“Sobre os fundamentos da reposição do reequilíbrio financeiro, o IMT confirma que o atual regime de tarifas 82.de utilização das infraestruturas «veio agravar substancialmente este custo da Concessionária»”;*
- *“Ou seja, o processo de negociação, com origem em factos de 2011, foi formalmente iniciado em dezembro de 2013, mas não teve desenvolvimento”;*
- *“Não foram detetadas dificuldades no apuramento dos índices de exploração contratuais da Concessão Fertagus, sendo que o controlo e validação dos dados em que se baseia o apuramento daqueles índices são validados pela REFER”.*
- *“A gestão dos Contratos de Concessão da responsabilidade do IMT tem sido insuficiente, tendo o Estado revelado inércia quanto a dotar aquele Instituto das condições necessárias para melhorar essa gestão.”*
- *“Facto é que o IMT não elaborou relatórios de acompanhamento das concessões, não produziu um regulamento ou manual de fiscalização e não acionou quaisquer processos de multa.”*
- *“A deficiente comunicação do Estado com os parceiros privados, a demora e descontinuidade nos processos negociais afetam não só o relacionamento entre parceiros, mas também as condições de previsibilidade necessárias à boa execução dos Contratos de Concessão de serviço público.”.*

51. Do Relatório sobre o Ecosistema Ferroviário Português em 2017 da AMT²³ resulta que:

- A atividade desenvolvida pelos dois operadores de transporte ferroviário de passageiros - a CP e a Fertagus – registou em 2017 um aumento de procura na ordem de 6%, relativamente ao ano anterior, tanto em termos de passageiros como de PKm, sendo que os serviços urbanos da CP Lisboa e os

²³ Disponível em http://www.amt-autoridade.pt/media/1942/sintese_relatorio_pt.pdf e http://www.amt-autoridade.pt/media/1943/relatorio_ferrovuario_2017.pdf

de longo-curso foram os que apresentaram um maior crescimento na ordem dos 7% de PKm e os serviços operados pela Fertagus de 4%;

- Verificou-se, em 2017, que os serviços urbanos e suburbanos representaram 88% dos passageiros e 52% dos PKm, em que a CP detém uma quota de 84% enquanto a Fertagus regista 16%, tanto em termos de passageiros como de passageiros quilómetro transportados;
- Em 2017, em termos de CKm e LKm, a Fertagus representou, respetivamente, 6 e 16% face ao total nacional quanto à taxa de ocupação, sendo que o transporte suburbano da Fertagus apresentou um valor de 15%, explicado em grande medida pela elevada capacidade do material circulante utilizado, sendo que o Rácio PKm/CKm por tipo de serviço, em 2017, na Fertagus é 202, ao passo que o dos serviços Urbanos da CP é 199;
- A Base Tarifária Média (BTM), calculada através da divisão da receita tarifária (sem IVA) pelos PKm e que pode ser interpretada como uma aproximação aos preços do transporte, foi de 6,3 cêntimos em 2017. Analisando a sua evolução desde 2012, destaca-se o crescimento da BTM na região de Lisboa, significativamente acima da inflação em ambos os operadores: Fertagus 2,3% e CP Urbanos de Lisboa 2,9%. No que se refere a receita por passageiro constatou-se que na Fertagus se obtém € 1,3, sendo que nos Urbanos de Lisboa da CP €1,0.
- Na Fertagus, a percentagem de passageiros que utiliza passes e assinaturas (de utilização mensal) é de 82% e na CP Lisboa é de 68%;
- Relativamente à taxa de imobilização média do material circulante, na CP é da ordem dos 16%, ao passo que na Fertagus anda na ordem dos 6%;As empresas de transporte ferroviário de passageiros registam anualmente, nos gastos operacionais, despesas de conservação e reparação do material circulante que no período 2015-2017, ascendeu [confidencial], respetivamente, na CP e na Fertagus;
- Em 31 de dezembro de 2017, o quadro de pessoal ao serviço dos dois operadores de transporte ferroviário de passageiros era composto por 2 844 trabalhadores dos quais 94% pertencentes à CP, sendo que na CP o peso dos maquinistas no efetivo total é relativamente superior ao da Fertagus, sendo que

no caso desta última, não houve registo de quaisquer horas não trabalhadas devido a greve entre 2015 e 2017;

- No que se refere à segurança ferroviária, não se verificaram acidentes significativos na Fertagus;
- No que se refere a pontualidade e regularidade, ao longo do triénio 2015-2017, destaca-se, por um lado, uma redução acentuada do número de comboios de passageiros suprimidos (-60%), e, por outro, o aumento da percentagem de comboios com atraso no transporte de passageiros. No que se refere à Fertagus, os comboios suprimidos são largamente inferiores aos da CP Lisboa, sendo os índices de regularidade da Fertagus consistentemente cerca de 100% nesta empresa e de pontualidade superiores a 95%..
- No que se refere a emissões de Gases com Efeito Estufa (GEE) , conclui-se que o impacto em termos de emissões de GEE por CKm é muito superior na tração a diesel relativamente à tração elétrica e que o modo rodoviário apresenta emissões por TKm 11 vezes superiores ao transporte ferroviário elétrico e 3,3 vezes superior ao transporte ferroviário a diesel. As Emissões totais de CO₂ do transporte ferroviário da Fertagus ascendem a 103 Ton, o que representa cerca de 3% do total;
- No que diz respeito ao acesso à informação, de sublinhar que a Fertagus disponibiliza os Relatórios e Contas atualizados;
- No que se refere aos direitos dos passageiros, ambos os operadores, CP e Fertagus, têm publicados nos seus *websites* as Condições Gerais de Transporte com os direitos e obrigações dos passageiros, em conformidade com os artigos 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 58/2008;
- Comparando o serviço de transporte de passageiros nacional com outros países europeus constatou-se que Portugal é um dos países que menos utiliza o caminho de ferro e dos poucos onde a quota da ferrovia não cresceu nos últimos anos. Quanto ao peso do operador incumbente, tanto em Portugal como na maioria dos restantes países europeus, este operador tem um peso bastante elevado sendo a exceção o Reino Unido onde o mercado é operado, quase na totalidade, por outros operadores, dos quais cerca de um terço são incumbentes de outros países europeus.

- A Comissão Europeia realizou, em janeiro de 2018, um questionário²⁴ com o objetivo de avaliar a satisfação dos europeus com os serviços ferroviários de transporte de passageiros resultando que os passageiros portugueses surgem com índices de satisfação superiores à média europeia, sendo o pior resultado o relacionado com a acessibilidade dos passageiros com mobilidade reduzida às estações;
- Em 2017, os operadores de transporte ferroviário de passageiros registaram um total de 4295 reclamações, o que se traduz num aumento de 20% relativamente ao ano anterior. Na CP o aumento foi de 21% e na Fertagus 17%. Quanto ao número de reclamações por milhão de passageiros transportados constatou-se um aumento substancial de 14% no caso da CP e de 13% na Fertagus.

52. Quanto a este aspeto, será de especificar o número de reclamações registadas pela AMT, quanto ao serviço público prestado pela Fertagus:

Concessão Fertagus	1S16	2S16	1S17	2S17 ²⁵	1S18	2S18	1S19
Fertagus - Reclamações Livro Vermelho	190	197	218	221	174	250	258
Fertagus - Reclamações diretas à empresa		182	199	299	288	289	516
Fertagus - Recebidas diretamente na AMT	3		6	6	9	10	31
Sulfertagus - Reclamações Livro Vermelho		30		57	28	38	21
Sulfertagus - Reclamações diretas à empresa		61	62	67	59	92	93
Sulfertagus - Recebidas diretamente na AMT			1	7	0	4	2
Parque de estacionamento							67 ²⁶
Total	193	470	486	657	558	683	988

²⁴ Flash Eurobarometer 463, Europeans' satisfaction with passenger rail services, publicado pela Comissão Europeia em setembro de 2018. Foram realizadas 1000 entrevistas telefónicas em cada um dos países europeus (500 no Luxemburgo) distribuídos pelas NUTS2.

²⁵ A partir do segundo semestre de 2017, por uma razão de transparência, passou-se a desagregar os dados relativos ao modo rodoviário e ferroviário.

²⁶ A partir de 2019 passou-se a apresentar dados desagregados quanto a parques de estacionamento.

Apreciação

53. Cumpre recordar que o processo de renegociação do Contrato de Concessão tem origem em dois eventos com impacte negativo na economia da Concessão, suscetíveis de dar origem à reposição do equilíbrio económico e financeiro, nomeadamente:

- O aumento extraordinário da TUI em 2012²⁷, com um impacte negativo [confidencial]; e
- A oposição do Concedente²⁸ à atualização do tarifário praticado para 2016 por motivo de interesse público, com impacte negativo [confidencial] (*conforme o ajustamento efetuado pela Comissão de Negociação*²⁹).

54. No âmbito do cômputo financeiro dos eventos originadores de REF, foram deduzidos os montantes financeiros relativos à “Não Denúncia do Contrato”³⁰ e à “Partilha excedente de receita”³¹ [confidencial], foi obtido o montante total correspondente ao Reequilíbrio Económico e Financeiro [confidencial]:

[confidencial]

55. Considerando os eventos geradores do REF, o modelo financeiro que serviu de base para a negociação e definição dos montantes de REF e do período de prorrogação do prazo do Contrato, encontra-se suportado por um conjunto de previsões económicas sobre as receitas tarifárias e os gastos efetuadas pela Comissão Negocial durante o período adicional, destacando-se, em especial:

- O PART, que embora associado a um grau de incerteza considerável, assume relevante impacto previsional no volume de negócios (redução tarifária) e nos gastos operacionais da Fertagus (aumento da procura); e
- A aplicação do novo regime de regulação relativo à TUI, tendo por referência o Diretório de Rede 2020.

²⁷ Em dezembro de 2011, a FERTAGUS alertou o IMT para o impacto muito significativo do aumento da Taxa de Utilização da Infraestrutura (TUI), solicitando o aumento extraordinário das tarifas. A Fertagus argumentou que a compensação do agravamento com a TUI por via da atualização tarifária poderia ter consequência nefastas na procura, pelo que seria necessário acionar a cláusula de reposição do equilíbrio económico e financeiro da Concessão.

²⁸ Conforme despacho do Senhor Secretário de Estado das Infraestruturas, de 18 de abril de 2016, subordinado ao assunto “Atualização tarifária 2016”.

²⁹ [confidencial]

³⁰ N[confidencial]

³¹ Nos termos da Cláusula 8.ª do Contrato de Concessão para os anos em que a receita de bilheteria ultrapassar os valores definidos no modelo financeiro o respetivo excedente deverá ser partilhado entre as Partes na proporção de 75% para o Concedente e 25% para a Concessionária. [confidencial]

56. A CR salienta a incerteza associada ao conhecimento do que serão as condições reais de exploração da Concessão a partir de 1 de janeiro de 2020, designadamente ao nível do montante de compensação que irá ser recebida pela Fertagus por parte da AML, pelo que, no âmbito da renegociação, foi necessário conceber mecanismos de mitigação de riscos associados à evolução futura do modelo de negócio da Fertagus, profundamente alterado com a introdução do PART³².
57. Face ao contexto de incerteza, a CR propôs a introdução de alterações ao Contrato de Concessão destinadas a garantir a neutralidade dessas variações para as partes, sem comprometer a execução contratual e a prestação de serviços do serviço de transporte ferroviário de acordo com idênticos padrões de qualidade.
58. Está previsto no modelo um acerto em caso de variação positiva ou negativa dos proveitos tarifários em relação às projeções do modelo. Na eventualidade de estes serem superiores à previsão – corrigida de acordo com a inflação real – a Fertagus deve entregar essa diferença ao Concedente; caso sejam inferiores, o Concedente deve entregar a respetiva diferença à Concessionária.
59. De sublinhar que o regime previsto no Contrato de Concessão alterado, e cuja aprovação agora se propõe, enquadra a evolução da TUI na lógica de neutralidade aplicável aos proveitos tarifários, materializada nas seguintes premissas: (i) Caso se verifique uma alteração do valor das tarifas constantes dos Diretórios de Rede, por referência ao Diretório de Rede para 2020, que resulte numa redução dos custos da Concessionária com o pagamento das mesmas em relação aos valores previstos no Modelo Financeiro, a Fertagus entrega ao Concedente essa diferença; (ii) Caso se materialize uma alteração do valor da TUI que agrave esses custos, caberá ao Estado entregar a diferença ao Concessionário.
60. Portanto, verifica-se que a proposta apresentada pela CR procura minimizar o risco associado à variação dos proveitos, num contexto de incerteza sobre o impacto do PART (financiamento da AML) no modelo de negócio da Fertagus e dos gastos com a TUI.
61. Com fundamento no apuramento do montante de REF e na projeção económica das receitas e dos gastos, a partir de 31 de dezembro de 2019, a CR propôs a prorrogação

³² Na perspetiva da Comissão de Negociação, deixou de fazer sentido, o contexto do PART, considerar que o risco de variação negativa da procura se mantém na esfera da Concessionária, atendendo a que a AML assumiu na prática e quase integralmente esta tipologia de risco. Acresce que com o PART, a Fertagus viu reduzida a liberdade tarifária de que a beneficiava nos termos contratuais

do prazo do Contrato de Concessão por mais quatro anos e nove meses, fixando o termo do Contrato de Concessão em 30 de setembro de 2024.

62. [confidencial]

63. Se analisarmos a Taxa de Variação Homóloga publicada pelo Instituto Nacional de Estatística relativamente ao 2.º semestre de 2019, podemos verificar o impacto positivo do PART na procura, uma vez que no período em análise se registou, em termos médios, uma taxa de crescimento de 14,9% face ao período homólogo anterior. Destaca-se que o impacto foi mais expressivo no segmento de tráfego suburbano, com taxas de variação homóloga positivas e superiores a 10%, mais precisamente de 11,8%; 19,1% e 17,5%, respetivamente, nos meses de abril; maio e junho.

	Unidade	2ºT 2019 (Pe)				2ºT 2018				Taxa de variação homóloga (%)			
		Total	Abr.19	Mai.19	Jun.19	Total	Abr.18	Mai.18	Jun.18	Total	Abr.19	Mai.19	Jun.19
Passageiros transportados	10 ³	43 113	13 681	15 447	13 985	37 536	12 386	13 169	11 981	14,9	10,4	17,3	16,7
Tráfego suburbano	10 ³	38 778	12 320	13 917	12 541	33 377	11 017	11 688	10 672	16,2	11,8	19,1	17,5
Tráfego interurbano	10 ³	4 267	1 345	1 504	1 418	4 095	1 350	1 459	1 286	4,2	-0,4	3,1	10,3
Tráfego internacional	10 ³	67,6	15,9	26,0	25,8	64,9	19,3	22,3	23,4	4,1	-17,9	16,6	10,4
Passageiros-Km	10 ³	x	x	x	x	1 157 230	372 467	408 226	376 536	x	x	x	x
Tráfego suburbano	10 ³	x	x	x	x	609 301	201 416	215 707	192 178	x	x	x	x
Tráfego interurbano	10 ³	542 520	171 572	188 865	182 083	513 614	160 974	181 052	171 588	5,6	6,6	4,3	6,1
Tráfego internacional	10 ³	35 152	6 881	14 695	13 575	34 315	10 077	11 468	12 770	2,4	-31,7	28,1	6,3
Mercadorias transportadas	t	2 341 785	754 915	837 435	749 436	2 794 815	887 369	1 002 332	905 114	-16,2	-14,9	-16,5	-17,2
Tráfego nacional	t	1 740 548	550 261	624 900	565 387	2 199 720	693 919	791 549	714 252	-20,9	-20,7	-21,1	-20,8
Tráfego internacional	t	601 237	204 654	212 535	184 048	595 095	193 450	210 784	190 862	1,0	5,8	0,8	-3,6
Toneladas-km	10 ³ tKm	643 571	202 620	227 368	213 583	733 417	224 337	268 633	240 447	-12,3	-9,7	-15,4	-11,2
Tráfego nacional	10 ³ tKm	445 934	135 850	158 106	151 979	564 217	174 551	204 779	184 888	-21,0	-22,2	-22,8	-17,8
Tráfego internacional	10 ³ tKm	197 636	66 770	69 262	61 604	169 200	49 787	63 854	55 559	16,8	34,1	8,5	10,9

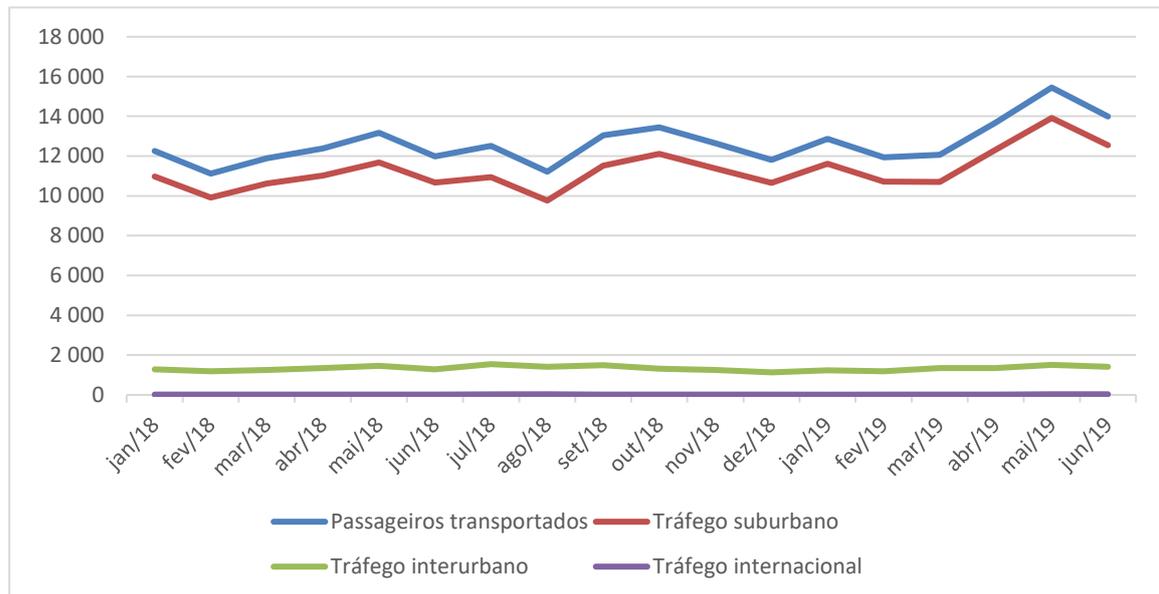
Fonte: Inquérito ao Transporte Ferroviário de Passageiros e Mercadorias

Pe: resultados preliminares

Nota: A comparação com os resultados dos trimestres anteriores deve revestir-se de alguma prudência visto que as estimativas preliminares do transporte ferroviário suburbano de passageiros para o 2º trimestre reportadas ao INE pelas empresas operadoras, em consequência da introdução do novo sistema de passes nas áreas metropolitanas do Porto e de Lisboa, resultaram de processos de contagem diferentes dos anteriormente adotados.

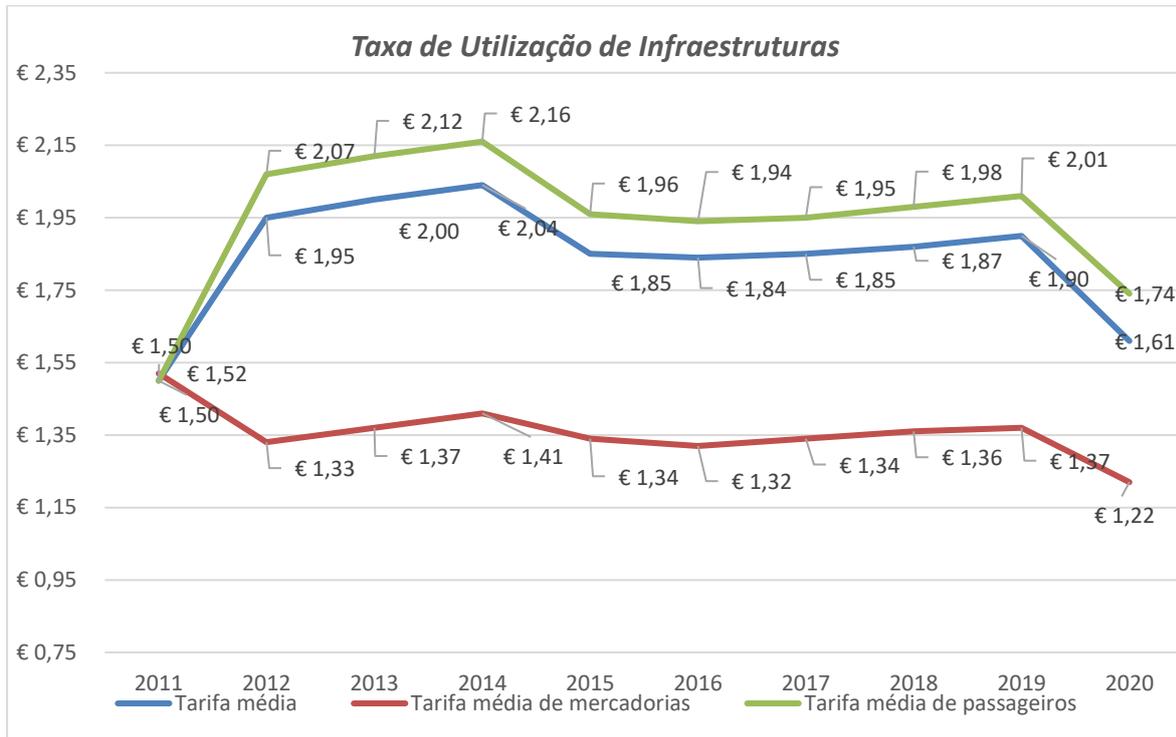
64. A análise da evolução mensal dos movimentos de passageiros transportados em modo ferroviário, correspondendo ao período de janeiro de 2018 a junho de 2019, apontam igualmente para a tendência crescente do tráfego, não sendo, contudo, possível, projetar com precisão a taxa de crescimento nos anos subsequentes.

Gráfico n.º 1 – Evolução mensal do movimento de passageiros transportados em modo ferroviário (10³)



Fonte: INE 2018 e 2019

65. Neste sentido, a AMT considera profícua a abordagem da CR vertida no Modelo Financeiro e nas Cláusulas Contratuais, a qual tem em devida consideração a alteração do modelo negocial da Fertagus decorrente da introdução do PART e a necessidade de garantir contratualmente a mitigação de riscos associados à evolução futura do modelo de negócio da Fertagus, incluindo o mecanismo de acerto da variação da procura numa lógica de partilha de riscos entre as partes.
66. Considerando que a TUI é o principal evento originador da REF aqui em análise, importa referir que, de acordo com a proposta para a TUI constante do Diretório de Rede 2020, atualmente em processo de validação pela AMT, nos termos do Decreto-Lei n.º 124-A/2018, de 31 de dezembro de 2018, e da homologação das tarifas conforme os Estatutos da AMT, que já reflete a aplicação do Regulamento de Execução (UE) 2015/909 relativo à metodologia de cálculo dos custos diretamente imputáveis ao Pacote Mínimo de Acesso, perspetiva-se a redução da tarifa média e da tarifa média de passageiros em 2020.



Fonte: IP, Fundamento das Tarifas do Diretório de Rede 2020 – Pós Acórdão (outubro de 2019).

67. Por outro lado, e com base no cenário macroeconómico, não é exetável que no período de prorrogação da Concessão ocorram alterações significativas quer na estrutura de custos da IP, quer no mercado que conduzam ao agravamento da TUI nos próximos anos.

68. Não obstante as considerações supra, cumpre considerar o seguinte:

- Pela renegociação ocorrida em 2010, o prazo da Concessão foi encurtado para 31 de dezembro de 2019;
- Posteriormente, em 2011, ocorreu um “evento” que provocou um “dano” no operador privado, afetando o equilíbrio económico-financeiro da Concessão e originando a necessidade de ser compensado;
- Em 2012, a Fertagus requereu a abertura do processo negocial para apuramento e pagamento do quantum indemnizatório, mas os procedimentos públicos em 2013 e 2014 não produziram resultados;

- Em 2015 surge novo “evento” originador do desequilíbrio da Concessão, sendo que as diligências promovidas em 2018 foram novamente proteladas por nova iniciativa pública já em 2019;
 - Apenas em 2019 foi possível apurar o montante indemnizatório necessário a reequilibrar a Concessão.
69. Atento o quadro acabado de recensear, os resultados da renegociação, bem como os seus pressupostos, relevam-se altamente condicionados, desde logo porque uma das opções potencialmente possíveis - submissão à concorrência – já não é viável perante o termo da Concessão em 31 de dezembro de 2019, sendo manifestamente impossível desenvolver os procedimentos necessários à preparação, lançamento e adjudicação de um Contrato na sequência de concurso público.
70. O pressuposto de não aumento de despesa é legítimo, de forma a não produzir um dano nos contribuintes, tendo este princípio sido valorizado positivamente pelo Tribunal de Contas com a renegociação de 2010, que levou ao fim do pagamento das indemnizações compensatórias à Fertagus.
71. O mecanismo que permite compatibilizar o reconhecimento do prejuízo da Concessão e a dívida por parte do Estado e o princípio do não aumento de despesa público, afigura traduzir-se na conversão da compensação em tempo contratual.
72. Ora, as delongas nos procedimentos administrativos potenciaram o resultado final, uma vez que levou à acumulação do quantum indemnizatório, por via da demora naqueles procedimentos, mas também porque foi incorporando “eventos” que implicaram novos prejuízos para a Concessão.
73. Por outro lado, mesmo que não se concluísse pela necessidade do restabelecimento do equilíbrio económico-financeiro do Contrato e o seu reflexo no prazo contratual, a única forma viável de evitar a interrupção do serviço público de transporte de passageiros - que também é serviço público essencial - seria a prorrogação do Contrato para lá de 31 de dezembro de 2019. Por outro lado, tal aconteceria num contexto de acréscimo de procura originado pela introdução de relevantes descontos tarifários, afetando a mobilidade diária de milhares de pessoas.
74. É certo que com a renegociação de 2010 o prazo da Concessão máximo da Concessão foi diminuído de 30 para 25 anos, mas não será de invocar a perspetiva inicial de duração da Concessão, uma vez que, desde 2010, se tinha tomado a opção de reduzir

- o prazo da mesma, sendo expeável, em circunstâncias normais, a sua submissão à concorrência findo aquele prazo.
75. Considera-se que, em circunstâncias de execução contratual regular, seria expeável que a Concessão terminasse em 31 de dezembro de 2019, não sendo naturalmente possível antecipar todas as contingências associadas a um Contrato de longa duração.
 76. Por essa razão, considera-se que não existia a intenção de prolongar a Concessão, por via da sua boa execução ou por mera discricionariedade, mas que o Contrato, por via dos mecanismos de reequilíbrio económico-financeiro, constitui uma salvaguarda das incertezas que podem atingir a execução contratual.
 77. Aliás, a CR defende que a solução que conjuga todos os pressupostos é a prorrogação do prazo da Concessão, em que a Fertagus é ressarcida do “dano sofrido”, mediante a remuneração obtida pela prestação do serviço e sem pagamentos diretos, pelo tempo estritamente necessário a esse ressarcimento, não afetando contribuintes e passageiros (por interrupção do serviço, fim dos descontos tarifários ou aumento de tarifas para evitar pagamentos do Estado), não deixando de reconhecer expressamente que existe o inconveniente de adiar o acesso de terceiros à prestação daquele serviço.
 78. Assim, as tarefas da CR concentraram-se no apuramento do valor necessário a restabelecimento do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, tendo em vista também minimizar o adiamento da abertura ao mercado das prestações contidas no objeto do Contrato.
 79. Desde logo, os diversos exercícios materializados permitiram reduzir o montante peticionado pela Fertagus de cerca de 9 milhões de euros para cerca de 7 milhões de euros, tendo já em conta os montantes que a Concessionária terá de devolver ao Estado, quanto á TUI e partilha de excedentes tarifários.
 80. Considera-se assim que são coerentes e sustentados os exercícios de quantificação do desequilíbrio provocado na Concessão pelos eventos descritos e a conversão desses “danos” em tempo de execução contratual – fixado em 4 anos e 9 meses - e com base em previsões e estimativas aceitáveis, sem prejuízo da introdução de diversos mecanismos destinados a garantir a neutralidade de variações em diversos pressupostos da exploração.
 81. Neste registo, considera-se que o enquadramento legal e jurisprudencial dá resposta à possibilidade de conversão da compensação decorrente do reequilíbrio económico-financeiro em prazo contratual, por se considerar, precisamente, que foi apurada

suficiente fundamentação para o cálculo da indemnização que é devida à Fertagus por via de REF.

82. Pelo que, neste sentido, tendo em conta os circunstancialismos descritos, e de forma evitar o aumento da despesa pública, verifica-se a necessidade de assegurar a prorrogação do Contrato, por ser manifestamente impossível recorrer a outro procedimento, designadamente concursal, para assegurar a ininterruptibilidade do serviço público de transporte de passageiros, que é também um serviço público essencial, nos termos da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 51/2019, de 29 de julho.
83. A Concessão tem por objeto a exploração do serviço de transporte ferroviário suburbano de passageiros no eixo ferroviário norte-sul, entre as estações de Roma-Areeiro e Setúbal, sendo essencial no quotidiano dos utilizadores, cujo número tem vindo a aumentar exponencialmente, designadamente desde a implementação no novo sistema tarifário Navegante.
84. Na verdade, não sendo concretizada uma prorrogação contratual, não está assegurado, a partir de 1 de Janeiro de 2020, o transporte ferroviário de ligação a Lisboa e que é absolutamente essencial na perspetiva do interesse público e da sua permanente prossecução, na medida em que: (i) constitui o único e exclusivo meio de acesso ferroviário à cidade de Lisboa com origem nas localidades abrangidas pela Concessão; (ii) constitui o único meio de transporte de massa alternativo à circulação rodoviária com regularidade e alcance que permita a plena mobilidade de cidadãos e que serve de alternativa a disrupções em outros modos de transportes.
85. Do mesmo passo, a integração daquele serviço num sistema cada vez mais multimodal, proporcionado pelo sistema tarifário Navegante, ficaria comprometida.
86. A interrupção deste serviço obrigaria os utilizadores a identificar um meio de transporte alternativo que não existe ou não terá a mesma capacidade de escoamento, agravando o congestionamento do tráfego nas estradas e travessias do Rio Tejo, tudo sem uma antecedência minimamente razoável que permitisse a tais utilizadores uma adequada (re)organização do seu quotidiano.
87. Contudo, será de sublinhar os riscos apontados pela CR à execução contratual, até porque é referido que a prorrogação do prazo não implicará, à partida, (sublinhado nosso) um aumento da despesa pública, não sendo possível garantir que o Estado não terá qualquer tipo de encargo financeiro futuro relacionado com a Concessão e que

podem ocorrer (novamente) eventos que determinem a necessidade de repor o equilíbrio financeiro.

88. É certo que, como já se frisou, não é possível antecipar todas as contingências contratuais, mas será possível mitigar ou evitar os riscos associados à execução contratual, de forma a evitar que, mais uma vez, se venha, eventualmente, a invocar a necessidade de nova prorrogação contratual.
89. Antes de mais, de referir que o Contrato estabelece a possibilidade de resgate até 28 de fevereiro de 2023, decorridos dois terços do prazo adicional, sendo que caso se verifique no último terço da execução contratual, será devido o pagamento do valor remanescente da Concessão, calculado de acordo com o modelo financeiro.
90. Nesta esteira, será relevante referenciar o contexto da liberalização do transporte de passageiros na União Europeia, que é o culminar de um longo processo legislativo - composto por regulamentos e diretivas, todas transpostas para a ordem jurídica nacional - sobretudo assente na emissão dos diversos “Pacotes Ferroviários”, desde 1991³³ e com o objetivo de promover a concorrência nos mercados de serviços de transporte ferroviário de passageiros e mercadorias e incentivar os operadores ferroviários a melhor responder às necessidades dos passageiros, melhorar a qualidade dos seus serviços e a sua relação custo-eficácia, tratando-se de operadores públicos ou privados.
91. O 4.º Pacote Ferroviário composto, na sua vertente de mercado, pela Diretiva (UE) 2016/2370 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro de 2016 e pelo Regulamento (EU) 2016/2338, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de dezembro, foi transposto para a ordem jurídica interna, designadamente, pelo Decreto-Lei n.º 124-A/2018, de 31 de dezembro, o livre acesso às redes ferroviárias dos Estados-Membros é efetuado através de (i) Acesso direto a linha, troço ou região, competindo com outros operadores pelos canais horários disponíveis na infraestrutura e (ii)

³³ A Diretiva n.º 91/440/CEE do Conselho, de 29 de julho, que deu início à prossecução dos objetivos de abertura do setor à concorrência, com o objetivo de criar um espaço ferroviário europeu único assente na premissa de que o aumento da concorrência aumentará a eficiência do ecossistema ferroviário e resultará numa maior satisfação dos clientes com os serviços prestados. O 1.º Pacote Ferroviário de 2001 estabeleceu a separação da gestão da infraestrutura e dos operadores; critérios técnicos de segurança, de qualidade e licenciamento de empresas e profissionais e modifica diretivas de 1991 e 1995 que já preconizavam a liberalização do setor ferroviário e o estabelecimento de um Espaço Único Europeu dos Transportes; O 2.º Pacote Ferroviário de 2004 estabeleceu uma maior harmonização nos requisitos de segurança, interoperabilidade do sistema convencional, requisitos comuns para a alta velocidade e liberalizou o transporte ferroviário de mercadorias; O 3.º Pacote Ferroviário de 2007 estabeleceu o livre acesso ao transporte internacional ferroviário de passageiros, criou requisitos comuns de certificação dos maquinistas e criou regras relativas a direitos dos passageiros ferroviários; Em 2010, o 1.º Pacote foi alterado no sentido estabelecer normas sobre o financiamento e gestão de infraestrutura; acesso a instalações ferroviárias e independência e competência dos órgãos reguladores; O 4.º Pacote Ferroviário de 2013 que liberaliza o mercado, impõe requisitos comuns de segurança e interoperabilidade, bem como normalização das contas das empresas de caminhos de ferro e estabelece mecanismos de contratualização de serviços públicos ferroviários.

- competição por contratos de serviço público, com obrigações de serviço público, com direitos exclusivos numa linha, troço ou região.
92. No que se refere ao acesso livre, desde 1 de janeiro 2019 que qualquer operador pode solicitar o acesso à infraestrutura ferroviária nacional, desde que (i) obtenha as adequadas licenças de acesso à atividade e certificado de segurança junto do IMT (ii) notifique a AMT do pedido de acesso à rede, indicando aquelas licenças, itinerários, modelos de exploração pretendidos, características do material circulante, etc., conforme formulário tipo aprovado pela AMT³⁴ (iii) solicite junto do gestor da infraestrutura (IP) os canais horários pretendidos.
93. Nesta sequência, a IP deverá aferir da disponibilidade da via e das estações, tendo em atenção o Diretório de Rede - documento previsto na legislação nacional e europeia, que é validado todos os anos pela AMT, com antecedência de 2 anos - que contém, entre outros pontos, as características da rede ferroviária nacional, a enunciação das condições de acesso e de utilização, descrição dos serviços prestados às empresas de transporte ferroviário e divulgação do tarifário.
94. Contudo, se existir um contrato de serviço público que abranja um trajeto em concreto e o acesso por um terceiro operador colocar em causa o equilíbrio económico do referido contrato, o operador abrangido pelo contrato pode solicitar à AMT a realização de um teste económico de aferição daqueles impactos, de acordo com o previsto no Regulamento de Execução (UE) 2018/1795 da Comissão, de 20 de novembro de 2018 e com o regulamento próprio da AMT^{35 36}.
95. É certo que existência de um Contrato de serviço público não constitui de *per se* um entrave legal para que os Estados-Membros possam proibir o acesso de outras empresas ferroviárias às infraestruturas em causa com vista à prestação de serviços de transporte, a não ser que os novos serviços ferroviários prejudiquem o equilíbrio económico de um contrato de serviço público. Assim, a prorrogação do presente

³⁴ https://www.amt-autoridade.pt/media/1789/crs_modelo_formulario.pdf

³⁵ Regulamento n.º 910/2019, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 299.

³⁶ Nesse caso, a AMT deverá avaliar, principalmente, e de forma objetiva: (i) Impactos negativos para o operador quanto à rentabilidade dos serviços prestados ao abrigo do contrato de serviço público; (ii) Impactos sobre as compensações a pagar por autoridade de transportes; (iii) Benefícios para os consumidores do novo serviço de transporte ferroviário; (iv) Impactos no desempenho e utilização da rede. O efetivo acesso à rede ferroviária nacional depende assim da avaliação do pedido do novo operador pelo gestor de infraestrutura (questões de capacidade da infraestrutura), podendo a entrada daquele operador ser efetuada com ou sem restrições, tendo em conta que a legislação europeia entende ser de acautelar os serviços públicos de transporte de passageiros que constituam serviços de interesse económico geral, por poderem implicar o dispêndio de recursos públicos e suprirem necessidades essenciais da população, ao contrário de serviços liberalizados que poderão realizados no âmbito do risco e interesse próprio de operadores comerciais. Mesmo quando existam contratos de concessão ou prestação de serviços públicos, na sequência de procedimentos concursais ou não, com operadores públicos ou privados, a legislação europeia - Regulamento de Execução (UE) 2018/1795 da Comissão, de 20 de novembro de 2018 - estipula que a eventual atribuição de exclusividade não será absoluta, ou seja, não impede, por definição a entrada de um novo operador.

Contrato de Concessão não pode ser entendida – por princípio - como uma condição de encerramento concorrencial do mercado, cabendo a AMT avaliar as circunstâncias em que se perspetiva o acesso ao mercado por parte de novos operadores, garantindo que o equilíbrio económico da Concessão não resulta prejudicado.

96. No que tange à competição por contratos, encontra-se na disponibilidade dos Estados-membros, de acordo com a legislação europeia e nacional e no estrito cumprimento dos seus requisitos, atribuir a operadores internos a concessão de linhas ou submeter, parcial ou totalmente, linhas existentes à concorrência, podendo estar em causa não apenas a exploração como a construção/reabilitação de infraestruturas.
97. A entrada de novos operadores pode induzir efeitos positivos para a economia (nacional e regional) e para população, com oferta de novos serviços onde eles não existam ou de cariz complementar a existentes e pode também ter efeitos positivos em todo o sistema e em outros operadores, designadamente pela potenciação da procura, distribuindo-se por toda a rede. Contudo, terá sempre de se analisar o caso concreto e aferir dos eventuais impactos (positivos ou negativos) da entrada de um novo operador (acesso livre ou concessão) em linhas onde já opere um ou vários prestadores de serviços ferroviários³⁷.
98. Mais especificamente, será de referir que também que o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, conformado na ordem jurídica nacional pela Lei n.º 52/2015, de 9 de junho, que aprova o RJSPTP, estabeleceu a necessidade de serem contratualizados todos os serviços que impliquem a execução de obrigações de serviço público. Como já referido pela AMT³⁸, a adjudicação de serviços de transporte de passageiros deverá, regra geral, operar através de concursos imparciais, abertos a todos os operadores e em respeito pelos princípios da transparência e não discriminação, devendo o recurso ao ajuste direto estar limitado às situações excecionais e específicas previstas na legislação nacional e europeia, designadamente situações de risco de rutura ou situações de emergência³⁹.

³⁷ A AMT tem defendido, no que se refere à contratualização de serviços públicos, que as opções quanto a modelos contratuais e de exploração em concreto, devem ponderadas e fundamentadas do ponto de vista jurídico, económico e financeiro, prossequindo análises custo benefício e comparador público, mas também do ponto de vista da sustentabilidade social, territorial e ambiental, pelo que, conforme os circunstancialismos concretos, qualquer das opções permitidas por lei poderá ser a melhor. No que se refere a contratos de concessão ou prestação de serviço público, com operadores públicos ou privados, de acordo com o enquadramento legal e jurisprudencial europeu e nacional, o recebimento de compensações depende da existência de contratos com objetivos/obrigações claras, objetivas e mensuráveis, com critérios transparentes de cálculo de compensações, tendo em conta gastos e rendimentos associados ao serviço público e as incidências positivas e negativas associadas à imposição de obrigações de serviço público, que um operador não faria se considerasse apenas ao seu interesse comercial.

³⁸ <https://www.amt-autoridade.pt/media/1739/informação-regulamento-ajustes-diretos.pdf>

³⁹ Artigo 19.º do RJSPTP.

99. Ora, a CR refere que a desvantagem de não submissão imediata à concorrência, ainda que justificável face aos circunstancialismos já referidos, é mitigada pelo facto de um possível novo operador estar limitado ao novo tarifário, não antecipando que fosse conferida margem significativa aos operadores para desenvolver negócio, e não antevendo que a abertura ao mercado das prestações atribuídas à Fertagus gerasse vantagens comparativamente às condições que o serviço atualmente apresenta.
100. Nesta linha, julga-se que tais considerações deveriam ser sempre objetivadas e concretizadas, preparando-se desde já a competente fundamentação de uma futura submissão à concorrência deste serviço, podendo-se inclusive comparar os custos e os benefícios de tal acontecer no termo do prazo contratual ou mesmo decorridos 2/3 daquele prazo.
101. Recorrendo aos mecanismos e requisitos de fundamentação previstos no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, seria assim de ponderar as vantagens de diversas opções que se colocam ao Estado. Uma vez que uma delas poderá ser, por mera hipótese, o lançamento de um procedimento concursal a 2/3 do prazo contratual, por se afigurar mais vantajoso para o Estado e para os passageiros, e tendo em conta o tempo que é necessário para estudar, lançar e adjudicar um concurso deste tipo, ou mesmo efetuar consultas ao mercado para desenhar uma solução vantajosa para as várias dimensões de interesse público em presença, afigura-se que tal deveria iniciar-se já em 2020.
102. De referir que, neste momento, não detemos dados suficientes que nos permitam fazer um exercício de prognose sobre as vantagens (económicas e financeiras ou outras) de submissão imediata à concorrência – desde já ou no prazo de 3 anos - mesmo que implicando alguma despesa pública por via de compensação direta à Concessionária, sendo certo que, a 1 mês do fim da Concessão, é inevitável a prorrogação da mesma para impedir a interrupção de um serviço público essencial, mesmo que pelo tempo necessário à preparação e adjudicação de um procedimento concursal.⁴⁰
103. Por outro lado, independentemente da recomendação supra, será de atentar à execução contratual, nos termos acordados e aos riscos inerentes, que devem ser mitigados.
104. A CR referiu também, em sede de relatório final, que a implementação do PART gera incertezas da execução do modelo financeiro, uma vez que aquele não está apenas dependente da aplicação do Regulamento n.º 278-A/2019, mas das dotações anuais do Orçamento do Estado, o que lança a dúvida sobre que montantes serão disponibilizados

⁴⁰ Designadamente nos termos do artigo 19.º do RJSPTP.

nos anos seguintes. Ou seja, para que os passageiros beneficiem de tarifas mais baixas do que aquelas que seriam praticadas no interesse comercial do operador, este deve ser compensado pelo cumprimento dessa obrigação de serviço público. No caso concreto, atento que a Fertagus praticava tarifas elevadas – face a outros operadores – para assegurar a sua sustentabilidade, vendo a receita tarifária baixar, passa a sua remuneração a depender de compensações (tal como os outros operadores da região). Uma vez que o PART depende de financiamento da administração local e do Orçamento do Estado, e na ausência de um regime legal estável, todos os operadores e autoridades de transportes ver-se-ão na contingência de aguardar por cada Orçamento do Estado para confirmar a existência de financiamento (e que nível de financiamento).

105. Nesse sentido, considera-se que a execução contratual deverá ser acompanhada não apenas pelo IMT, enquanto Gestor do Contrato e representante do Estado, na qualidade de autoridade de transportes e concedente, mas em estreita articulação com a AML, enquanto autoridade de transportes para matéria tarifária.
106. Tal será relevante, designadamente, para uma correta aplicação do mecanismo de partilha de riscos, com a devolução de *upsides* ou pagamento de *downsides*, quanto aos proveitos tarifários no âmbito do novo sistema, mas também fora dos mecanismos do Regulamento n.º 278-A/2019⁴¹. É que também este regulamento possui um sistema

⁴¹ Nos termos do artigo 9.º e 10.º da Portaria n.º 298/2018, de 19 de novembro, as autoridades de transportes comunicam à AMT os instrumentos legais, regulamentares, contratuais e administrativos que disciplinem regras de âmbito tarifário, para efeitos de exercício dos poderes de regulação e supervisão, nos termos do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio e, naturalmente, do Regulamento n.º 430/2019 da AMT, tenho também conta a posição desta Autoridade sobre compensações financeiras no transporte público de passageiros (ver nota adiante). Ou seja, não se encontra prevista legalmente a emissão e um parecer prévio vinculativo, tal como se verifica quanto a contratos de serviço público. A AMT efetuou, durante o ano de 2019, a recolha de tais informações por parte das autoridades de transportes e dos operadores, no sentido de avaliar a implementação das regras definidas pelas autoridades, mas também os efeitos das mesmas. Uma vez que as medidas foram sendo implementadas e alteradas ao longo do ano, não foi ainda possível fazer uma avaliação integrada e global. De referir que no caso da AML a AMT emitiu o parecer n.º 10/2019 de 12 de março, a propósito do seu projeto e onde se concluiu: “118. Efetivamente, as medidas propostas – de resolução de insuficiências do sistema há muito diagnosticadas – assumem um caráter claramente disruptivo, podendo promover igualdade de tratamento e de oportunidades para passageiros, objetivos de política tarifária social, ambiental, de ordenamento do território e coesão, e de mobilidade, intermodalidade e integração tarifária e maior acesso à rede de transportes, podendo alterar os padrões de mobilidade da população da área metropolitana de Lisboa, e combatendo as externalidades negativas associadas à mobilidade, nomeadamente o congestionamento, a emissão de gases de efeito de estufa, a poluição atmosférica, o ruído, o consumo de energia e a exclusão social. 119. Esta mudança estrutural do sistema tarifário assume grande relevância e com relevante impactos no esforço financeiro público, ao passageiro e aos operadores de transporte público, pelo que, nos termos do artigo 50.º do RJSPTP, do artigo 90.º e 10.º da Portaria m.º 298/2018, de 11 de novembro, e das alíneas a), d), i), f), m), n) e q) do n.º 1 do artigo 5.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, bem como do ponto 13 do Despacho n.º 1234-A/2019, considera-se necessário que seja remetida à AMT toda a documentação relevante associada à emissão destas Regras Gerais, acompanhada de informação objetiva e quantificável do resultado das estimativas efetuadas, dos critérios objetivos de cálculo mencionados, bem como os resultados finais relativos à despesa pública associada e compensações a efetuar a cada um dos operadores, permitindo assim confirmar exequibilidade, certeza, fiabilidade e coerência da integralidade do modelo. 120. De referir, que se considera que deve existir uma cuidadosa ponderação do impacto desta alteração estrutural e disruptiva do sistema tarifário, tendo em conta a sua vigência temporal, sustentabilidade e compliance com os normativos aplicáveis, não apenas ao “mercado dos serviços públicos de transporte de passageiros” (universo coberto pelo Regulamento (CE) 1370/2007, na sua redação atual e RJSPTP), como, também, aos normativos aplicáveis em sede de auxílios de Estado e sua especialidade no que respeita ao mesmo mercado. 121. Dessa ponderação deve resultar claro quais os impactos desta alteração estrutural na transição (em curso) do modelo de prestação de serviços públicos de transporte de passageiros ainda baseado em “autorizações provisórias” para um modelo de “concorrência regulada”, no qual os referidos serviços serão necessariamente conformados em contratos de serviço público, atribuídos através de procedimentos de contratação pública. 122. De igual forma, deve ser garantido o princípio da neutralidade, no que respeita

de partilha das incidências positivas da imposição da obrigação de serviço público tarifário, sendo de assegurar, na execução contratual, que o operador não é remunerado nem a menos, nem a mais do que deveria, cumprindo-se assim as regras legais e jurisprudenciais, nacionais e europeias, relativas ao pagamento de compensações financeiras.⁴²

107. Cumpre ainda referir que apesar da Concessão passar a estar abrangida pelas regras gerais tarifárias previstas no RJSPTP, na Portaria n.º 298/2018, de 19 de novembro e no Regulamento n.º 278-A/2010, o Contrato continua a prever a possibilidade de reequilíbrio financeiro caso a proposta de atualização tarifária da Fertagus não seja aceite. Ora, tendo em linha de conta que a Concessão está abrangida por sistema tarifário intermodal, que implica que os operadores de transportes disponibilizam os mesmos títulos de transporte com os mesmos tarifários (exceto os títulos próprios), não se vislumbra de que forma as atualizações tarifárias da Fertagus não possam ser as mesmas que aquelas que sejam aplicadas. Caso assim não se entenda, e não se vislumbrando, por ora, a total elasticidade do Contrato e do modelo financeiro, não se afigura viável que a AML tenha de alinhar a atualização tarifária de outros operadores - já que num tarifário intermodal, à partida, não se prefiguram tarifas diversas - para não provocar novo prejuízo da Concessão.
108. De qualquer modo, e por esta razão, entende-se que o acompanhamento/gestão da Concessão deve ser efetuado em estreita articulação com a AML.
109. Esta articulação com a AML é preponderante, também porque se estima a retirada do serviço rodoviário da Sulfertagus do objeto da Concessão até 31 de dezembro de 2021. Note-se que a AML tem em curso os procedimentos tendentes à submissão à concorrência da rede de transportes rodoviários da região e que irão absorver os percursos hoje serviços pela Sulfertagus. Contudo, a contratualização de serviços públicos de transporte de passageiros está sujeita a procedimentos e contingências (Parecer da AMT, lançamento e prosseguimento do concurso no âmbito do CCP, eventuais impugnações administrativas e judiciais, visto prévio do Tribunal de Contas e efetivo início da exploração) que não estão na disponibilidade das partes. Assim, existe

ao tratamento de agentes económicos (operadores) de capitais públicos ("operadores internos", na aceção do RJSPTP) e dos operadores de capitais privados, tendo em conta a necessidade de estabelecer um referencial de atuação transparente, equitativo e sustentável." Tais informações foram sendo remetidas ao longo do ano de 2019, também tendo em conta a aplicação de diversas medidas ao longo do tempo, tendo sido igualmente solicitada informação sobre impactos em contratos de serviço público. As informações sobre impactos foram enviadas à AMT em 27 de novembro de 2019, não sendo ainda possível retirar conclusões.

⁴² Ver documento AMT sobre o pagamento de compensações financeiras no transporte público de passageiros em: https://www.amt-autoridade.pt/media/1955/auxilios_estado_osp_transportes.pdf

um risco efetivo de, a partir de dezembro de 2021, a Fertagus poder ser ressarcida pelo Estado da diferença entre custos e proveitos, tendo em conta o modelo financeiro. Aliás, sendo um serviço deficitário, não se afigura que mesmo antes dessa data possa existir uma transferência de benefícios da empresa para o Estado.

110. De referir igualmente que é previsto que, caso seja necessário e em função das variações da procura decorrentes do PART, venha a poder ser disponibilizado material circulante adicional para a exploração do serviço concessionado, diligenciando as partes para o efeito, sem prejuízo da manutenção do equilíbrio financeiro do Contrato. Não se vislumbrando, desde já, a amplitude da elasticidade do modelo financeiro e do Contrato, daqui poderá resultar o não acompanhamento permanente das necessidades da procura ou pelo menos até ao limite em que desequilibra a Concessão, ou se resultará a possibilidade do Estado poder investir em material circulante na Concessão (não existem também evidências desta possibilidade)
111. De qualquer modo, reforça-se, também aqui, a necessidade de acompanhamento da execução contratual por parte da AML.
112. Nos termos do artigo 5.º do RJSPTP, o Estado é a Autoridade de transportes⁴³ competente quanto ao serviço público ferroviário de transporte de passageiros, encontra-se na disponibilidade dos Estados-membros da União Europeia optar pelos modelos de organização do *Ecosystema da Mobilidade e dos Transportes*, designadamente a nível institucional.⁴⁴ Também haverá que ter em conta o consignado no artigo 13.º do RJSPTP que estabelece que o planeamento⁴⁵ e a coordenação do serviço público de transporte de passageiros, por cada autoridade de transportes, devem diligenciar pela articulação do serviço público de transporte de passageiros existente ou planeado na respetiva área geográfica, bem como pela otimização da

⁴³ É às autoridades de transporte competentes, em termos operacionais, que cabe, a organização, planeamento e prestação de serviços de transportes em concreto e em determinado território e a aplicação de estratégias locais de mobilidade urbana, integrada a fim de promover um desenvolvimento sustentável, sendo do seu interesse atender na medida do possível e do interesse público, às solicitações dos cidadãos, mas também dos operadores, estando em causa, por exemplo, investimento no sistema.

⁴⁴ Tal como refere o colação o "Guião para o período transitório do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros e Linhas Orientadoras" do IMT (<http://www.imt.pt/sites/IMTT/Portuques/RJSPTP/Paginas/RJSPTP.aspx>), "Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros - A Definição da Competência Territorial e a Importância da Gestão em Rede" (que segue "As Orientações para a interpretação do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, "no estudo de impacto do implementação do Regulamento n.º 1370/2007, o planeamento do território e da mobilidade é essencial em várias perspetivas, designadamente, apurar e definir o serviço que se pretende e a que custo, ou aquele que é possível suportar, bem como os prazos adequados, capacitação das autoridades de transportes, evitar sobrecompensação ou compensação insuficiente, promover intermodalidade, permitir uma efetiva monitorização e evitar a captura por operadores. Serve também para avaliar que tipo de contrato escolher e o balanceamento do risco, uma vez que a total transferência de riscos para a parte privada pode não ser, necessariamente, o mais vantajoso. Segundo a Comissão, esta é a forma de ultrapassar a falta de recursos públicos e as dificuldades de financiamento."

⁴⁵ Imperativo de planeamento reforçado no recente Regulamento (EU) 2016/2338, do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2016 que altera o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, no que respeita à abertura do mercado nacional de serviços de transporte ferroviário de passageiros.

exploração, visando a eficiência e a eficácia do serviço público de transporte de passageiros no seu conjunto, independentemente da sua finalidade, natureza ou tipo de exploração.

113. Segundo o artigo 8.º, sem prejuízo do disposto no artigo 5.º do RJSPTP, as Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto são as Autoridades de Transportes competentes quanto aos serviços públicos de transporte de passageiros intermunicipais que se desenvolvam, integral ou maioritariamente, na respetiva área geográfica.
114. Por sua vez, o artigo 10.º refere que as Autoridades de transportes podem delegar, designadamente através de Contratos interadministrativos, total ou parcialmente, as respetivas competências noutras autoridades de transportes ou noutras entidades públicas, podendo acordar entre si o exercício partilhado de parte ou da totalidade das competências que lhes estão cometidas, designadamente através de Contratos interadministrativos⁴⁶, estabelecendo-se por sua vez que o Estado também assim deverá proceder.
115. Uma vez que a Fertagus explora uma rede de serviços de transporte ferroviário de passageiros que se afigura de carácter estratégico para a coerência da rede de transportes da AML⁴⁷, importa garantir que as decisões tomadas nas diversas redes e serviços de transportes de diversos operadores sejam coerentes do ponto de vista do planeamento e do serviço disponibilizado aos cidadãos.

⁴⁶ Nos termos previstos na Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, na sua redação atual.

⁴⁷ O citado Guião do IMT refere que “sobretudo nas áreas metropolitanas, é recomendável uma gestão do sistema de nível intermunicipal, sem prejuízo da possibilidade de existir coordenação reforçada e/ou gestão partilhada com municípios e da gestão, por estes, de serviços de transportes claramente considerados de âmbito meramente local.” Acrescenta que “tal resulta da necessidade de se atender à complexidade e densidade da rede, integração física, tarifária e lógica de vários modos de transporte, forte intermodalidade e pendularidade, continuidade urbana, existência de interfaces de âmbito regional e nacional e forte capacidade de atração intermunicipal e inter-regional, à semelhança do que acontece na generalidade das áreas metropolitanas europeias.” Tal articulação e visão conjunta do sistema e todos os seus serviços de transportes de passageiros: (i) “Potencia os objetivos da política de transportes, a coordenação e a integração física, tarifária e lógica de todos os modos de transporte. (ii) Potencia a segurança, a boa relação custo-eficácia e a qualidade elevada dos serviços de transporte de passageiros, bem como a sustentabilidade económica e financeira da prestação desses serviços; (iii) Permite a otimização dos aspetos económicos, propiciando a prestação economicamente eficiente dos serviços de transporte, graças ao financiamento cruzado entre os serviços rentáveis e os não rentáveis; (iv) Permite melhor identificação da totalidade do serviço público e do serviço comercial (sobretudo quando a rede de um operador ultrapassa limites administrativos de uma autoridade), potenciando uma melhor avaliação dos custos reais da prestação do serviço público; (v) Permite aumentar as economias de escala, incluindo a redução dos preços e dos custos das transações, e melhorar e profissionalizar a gestão dos contratos públicos; (vi) Potencia a otimização dos custos administrativos necessários à “regulação” e gestão do sistema e diminui o risco de intervenção descoordenada, incoerente e impreparada no mercado”.

116. Sendo a AML responsável pela gestão do sistema tarifário da região metropolitana⁴⁸ ⁴⁹
⁵⁰, devendo dar especial relevância à aferição da conformidade da aplicação dos critérios de pagamento de compensações financeiras e de repartição de receitas dos títulos intermodais, os quais deverão ser aplicados de forma equitativa a todos os operadores de transportes (públicos e privados)⁵¹ que os disponibilizem nos territórios em causa, afigura-se relevante a celebração de Contrato interadministrativo entre o Estado e a AML⁵², independentemente da articulação entre esta e o IMT no âmbito da gestão contratual.⁵³
117. Acresce também que o Decreto-Lei n.º 217/2015, de 7 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 124-A/2018, de 31 de dezembro, que estabelece que a AMT e o IMT, devem assegurar, em conjunto, um quadro de partilha de informações e de cooperação destinado a evitar efeitos adversos na concorrência ou na segurança do mercado ferroviário, e tendo em conta as competências da AMT, previstas no Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, como sejam (i) zelar pelo cumprimento do enquadramento legal, nacional, internacional e da União Europeia; (ii) assegurar os mecanismos de acompanhamento e avaliação dos níveis de serviço e de funcionamento dos mercados, (iii) dar parecer e definir regras e princípios gerais relativos à estrutura de custeio e

⁴⁸ Decorre também dos artigos 38.º a 41.º do RJSPTP.

⁴⁹ Articulada com o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio, que estabelece competir à AMT “definir regras e princípios gerais relativos à estrutura de custeio e formação de preços e tarifas nos setores regulados, emitindo parecer sobre as propostas de regulamentos de tarifas e outros instrumentos tarifários, designadamente quando estas se encontrem relacionadas com obrigações de serviço público”, o que se veio a verificar pelo Regulamento n.º 430/2019 publicado no Diário da República n.º 94/2019, Série II de 2019-05-16.

⁵⁰ Portaria n.º 298/2018, de 19 de novembro.

⁵¹ Nos termos do artigo 13.º-A do Decreto-lei n.º 217/2015, de 7 de outubro, a implementação de sistemas de transportes inteligentes e de um sistema comum de informação e bilhética e o estabelecimento das regras gerais associadas devem ter em conta as atribuições das autoridades de transportes quanto à definição e implementação de sistemas de bilhética e tarifários e as regras especiais relativas aos serviços de transportes sob sua jurisdição, designadamente em serviços públicos integrados de transporte de passageiros, competindo à AMT verificar que os sistemas de informação e bilhética não provocam distorções da concorrência nem discriminação entre as empresas ferroviárias.

⁵² Independentemente de ser sido celebrado um contrato interadministrativo a propósito da implementação do PART:

http://www.imt-ip.pt/sites/IMTT/Portugues/TransportesRodoviarior/RJSPTP/Documents/Contrato_Interadministrativo_Delegacao_e_%20Partilha_de_Competencias_-_AML_Estado.pdf

⁵³ Ademais, é de referir que esta estratégia de descentralização administrativa para Autoridades locais e/ou regionais está devidamente enquadrada nas orientações emitidas pela Comissão Europeia e pelo Parlamento Europeu, no âmbito da promoção de uma mobilidade urbana sustentável, as quais sustentam que o papel essencial na promoção da mobilidade urbana sustentável cabe às cidades e às regiões europeias, sobretudo na implementação de redes multimodais e a integração dos diferentes modos de transportes e serviços nas zonas urbanas e circundantes nos territórios que são responsáveis, em conformidade com o quadro nacional em vigor e a agenda urbana da União Europeia. Neste sentido a Resolução do Parlamento Europeu, de 2 de dezembro de 2015, sobre “mobilidade urbana sustentável” mas também a Comunicação da Comissão Europeia sobre o “Plano de ação da mobilidade urbana”, de 30 de setembro de 2009, e o Livro verde “Por uma nova cultura de mobilidade urbana”, de 25 de setembro de 2007, que defendem que as soluções para a mobilidade devem ser encontradas ao nível local, de acordo com as especificidades locais e em parceria com as autoridades nacionais. Também no mesmo sentido a Comunicação da Comissão Europeia sobre “Avançar em conjunto para uma mobilidade urbana competitiva e eficiente na utilização de recursos” e o “Pacote da Mobilidade Urbana” de 2013, que defende que a Comissão e os Estados-Membros devem reforçar o seu apoio às autoridades locais para que todas as cidades da União possam operar uma mudança radical nos seus esforços com vista a uma mobilidade urbana mais competitiva e eficiente na utilização de recursos, devendo ser criadas condições de base adequadas para as autoridades locais definirem e executarem estratégias integradas e globais que promovam uma mobilidade urbana melhor e mais sustentável. No mesmo sentido a consulta pública sobre a dimensão urbana da política de transportes da União Europeia de 2013. http://ec.europa.eu/transport/themes/urban/studies/urban_en

formação de preços e tarifas nos setores regulados e (iv) promover a defesa dos direitos e interesses dos consumidores e utentes, considera-se que a gestão contratual do IMT deverá estar estreitamente articulada com a ação da AMT.

118. Quanto a outras matérias contratuais, apesar de se referir que se enquadra no Contrato a evolução da TUI numa lógica de neutralidade, deverá ser dada especial atenção às novas regras de contabilização dos custos associados à utilização da infraestrutura ferroviária, decorrentes do Decreto-Lei n.º 217/2015, de 7 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 124-A/2018, de 31 de dezembro e do Regulamento de Execução (UE) 2015/909 da Comissão, de 12 de junho de 2015.
119. Tendo em conta que a AMT assume competências para a validação do Diretório de Rede, nos termos do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 217/2015, de 7 de outubro, e que o Regulamento de Execução (UE) 2015/909 da Comissão, introduz novas regras quanto à formação da taxa de utilização de infraestrutura, e sendo esta matéria crítica na execução desta Concessão, considera-se que os mecanismos de articulação entre o Gestor do Contrato e esta Autoridade devem ser eficazes e efetivos, designadamente através do acesso à informação relevante para o exercício daquelas competências. Em rigor, estará em causa monitorizar os efeitos que as decisões em matéria de política pública poderão ter no modelo financeiro da Concessão e evitar ou mitigar todos os eventos que possam alterar o seu equilíbrio.
120. Acresce que a AMT tem a competência de efetuar o teste económico relativo à entrada de novos operadores e aferir dos seus efeitos nos Contratos de serviço público em vigor, pelo que deverá ter acesso a toda a informação constante do Regulamento n.º 910/2019, por via da Fertagus e/ou do Gestor do Contrato.
121. Mais uma vez, e dando resposta a uma anterior recomendação do Tribunal de Contas, considera-se que nos termos do artigo 290.º-A do Código dos Contratos Públicos, para efeitos de fiscalização e acompanhamento da execução do Contrato, deve ser nomeado um Gestor do Contrato - que neste caso se assume que seja o IMT, atentas as suas competências estatutárias - mas que no despacho de nomeação, e sem prejuízo da autonomia da Fertagus e dos poderes do Concedente, se declare expressamente que lhe compete (i) verificar o cumprimento das obrigações principais, acessórias e complementares; (ii) assegurar a ligação quotidiana entre a Fertagus e o Concedente; (iii) elaborar relatórios a remeter, periodicamente, ao Concedente ou outras entidades competentes; (iv) acompanhar a realização de inspeções e auditorias; (v) articular-se com outras autoridades de transportes e entidades de supervisão e fiscalização.

122. A estrutura de gestão do Contrato deverá assegurar o acompanhamento da execução contratual de forma a antecipar e mitigar eventos que possam alterar o equilíbrio económico-financeiro da Concessão e motivar novo pedido de REF dirigido ao Estado.
123. Nesse sentido, apesar de o Contrato prever que a Fertagus deverá remeter, anualmente ao IMT, o valor real do ano anterior (i) dos proveitos tarifários do serviço ferroviário; (ii) dos proveitos tarifários do serviço complementar rodoviário (iii) dos custos da TUI; (iv) dos custos com a energia de tração e (v) com o valor da renda do material circulante, para efeitos de validação da informação e apuramento do montante global do acerto, considera-se que o Gestor do Contrato deve ter acesso a todo o modelo financeiro, de forma a poder aferir, com certeza, os impactos das variações dos vários pressupostos daquele modelo, permitindo ter segurança sobre que montantes podem ser devidos pela empresa e que montantes podem ser devidos pelo Concedente.
124. De recordar que o n.º 5 do Anexo ao Regulamento (CE) 1370/2007 estabelece que a contabilidade associada à prestação do serviço público de passageiros deve ser separada pelo tipo de serviço prestado, sendo que tal implementação se revela assim da maior importância, não só para o correto e identificável dispêndio de dinheiros públicos, mas também para a avaliação dos efeitos concorrenciais⁵⁴. Por este motivo deve ser dada especial atenção à verificação anual, objetiva e transparente de indicadores operacionais e económico-financeiros, designadamente para validação da IGF.
125. No que se refere a indicadores e deveres de informação, será de recordar:
- Os indicadores de monitorização e supervisão e gestão contratual que consta, da Informação formulada pela AMT de 27 de setembro de 2018⁵⁵, dirigida às autoridades de transportes, os quais poderão auxiliar também na gestão operacional e no planeamento estratégico (incluindo nos deveres especiais de informação já previstos);

⁵⁴ 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(...)”.

⁵⁵ Disponível em: https://www.amt-autoridade.pt/media/1777/csite_indicadores_monitorizacao_supervisao_at.pdf

- A transmissão de dados prevista no Regulamento n.º 430/2019, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 94, de 16 de maio de 2019, entre as autoridades de transportes e a AMT em ordem a garantir uma adequada monitorização de todos os pressupostos e variáveis necessários ao cálculo de indicadores de performance⁵⁶;
- A obrigação de elaboração de relatórios públicos sobre o serviço público de transporte de passageiros, previstos no n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento (CE) 1370/2007⁵⁷

126. Considera-se também que deverá garantir-se o cumprimento das obrigações de transmissão de informação e reportes públicos, tendo em conta a necessidade imperiosa de assegurar uma execução contratual exigente e evitar efeitos negativos de eventuais eventos internos e externos à execução, que possam levar a novo desequilíbrio da Concessão e condicionar, novamente, o desfecho da mesma.
127. Importa referir ainda o risco – referido pela CR - associado ao material circulante utilizado pela Fertagus uma vez que os contratos de locação e de manutenção terminam igualmente a 31 de dezembro de 2019, sendo que depende das partes a sua prorrogação – Fertagus e Sage secur e do visto do Tribunal de Contas quanto à sua efetivação. Sendo a Sage secur empresa participada pela Par pública, detida pelo Estado, depende também deste assegurar que, garantida a prorrogação da Concessão, esta possa efetivamente funcionar, uma vez que um dos interesses primordiais desta operação é a garantia da mobilidade dos cidadãos.
128. Não obstante a Fertagus disponibilizar as suas condições contratuais gerais, não será demais sublinhar que o respetivo Contrato de transporte (operador-passageiro) deve conter todas as regras gerais de utilização, cláusulas contratuais gerais e contratuais de adesão, relativos à sua atividade, preferencialmente, num único suporte documental, e que inclua, especifique ou amplie (e que não contrarie) o que se encontra previsto na lei, sem prejuízo das competências próprias de gestão das ações de divulgação, suportes ou mensagens (na forma e conteúdo) que sejam transmitidas. Entende-se que,

⁵⁶ http://www.amt-autoridade.pt/media/2129/orientacoes_amt_obrigacoes_reporte_relatorios_publicos.pdf

⁵⁷ Refere aquela norma que “ Cada autoridade competente torna público, anualmente, um relatório circunstanciado sobre as obrigações de serviço público da sua competência. Esse relatório inclui a data de início e a duração dos contratos de serviço público, os operadores de serviço público selecionados e as compensações e os direitos exclusivos que lhes são concedidos como contrapartida. O relatório estabelece a distinção entre transporte por autocarro e por caminho-de-ferro, possibilita o controlo e a avaliação do desempenho, da qualidade e do financiamento da rede de transportes públicos, e, se adequado, presta informações sobre a natureza e a extensão dos direitos exclusivos concedidos. O relatório toma em consideração os objetivos estratégicos enunciados em documentos sobre a política de transportes públicos nos Estados-Membros em causa. Os Estados-Membros facilitam o acesso centralizado a esses relatórios, por exemplo, através de um portal web comum.”

desta forma, se clarificam as regras que são efetivamente aplicáveis a cada momento e em cada modo para o passageiro (e vinculativas, sem qualquer dúvida), de forma detalhada e sindicável, o que não acontece com informação dispersa e sumária em sítios da internet ou em ações de divulgação e *marketing*. Pretende-se também evitar que qualquer informação acessível ao público não corresponda ou não seja baseada em regra vinculativa e estável e que não possa ser invocada por um passageiro, quando necessário e no exercício pleno dos seus direitos.⁵⁸

Avaliação

129. Em suma:

- não obstante a delonga nos procedimentos administrativos tenha condicionado as opções públicas quanto aos termos exatos do desfecho da Concessão: (i) Por via da acumulação do montante indemnizatório relativo ao reequilíbrio financeiro económico-administrativo em virtude dos vários eventos causadores de desequilíbrio; (ii) Por via não preparação, execução e adjudicação de um novo contrato precedido da adequada submissão à concorrência;
- Considerando que estamos a cerca de 1 mês do fim da Concessão, não é possível a submissão à concorrência, sendo que a ponderação e materialização de outra solução de consenso contratual teriam, ambas, como efeito prático, o aumento da despesa pública e a interrupção da disponibilização de um serviço público essencial;
- Tendo em conta que o enquadramento legal permite, de forma fundamentada, a conversão do pagamento de montantes indemnizatórios, no contexto do equilíbrio económico-financeiro, no estrito e necessário tempo contratual.

Considera-se que a proposta é aceitável e exequível, tendo também em conta que o serviço público de transporte de passageiros prestado pela Fertagus é, comprovadamente, um serviço de qualidade.

130. Como decorre da jurisprudência do Tribunal de Contas⁵⁹, *“embora admissíveis, a prorrogação e renovação contratuais exigem adequada fundamentação, que*

⁵⁸ Naturalmente que será sempre possível a divulgação de informação parcelar ou de forma simplificada, em ações de divulgação ou de marketing do operador. A título de exemplo, um operador pode ter um separador *FAQ - Frequently Asked Questions/Perguntas frequentes* no seu sítio da internet sobre as condições de utilização. Não obstante, sem que todas as regras operador-passageiros estejam adequadamente previstas em documento único, não existe garantia de que a informação em sítio da internet não possa ser modificada ou que seja considerada vinculativa, em caso de conflito.

⁵⁹ Acórdão Nº 5/2012 - 17/12/2012 – 1ª Secção/SS <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1sss/Documents/2012/ac005-2012-1sss.pdf>

contemplará, necessariamente, a ponderação do reequilíbrio económico-financeiro do Contrato, a demonstração da vantagem da opção pela renovação/prorrogação contratuais [secundarizando, assim, a abertura de um novo procedimento], e, em qualquer caso, a explicitação da salvaguarda do interesse público”, o que se julga que se afigura resultar da documentação apresentada.

131. A aceitabilidade de toda a operação não se limita às conclusões supra, devendo as mesmas ser complementadas com o cumprimento das determinações e recomendações adiante enunciadas.

Racionalidades basilares da regulação económica independente

132. Efetuada a avaliação de *compliance*, considera-se que a operação apresenta, globalmente, vantagens e dá resposta favorável às racionalidades basilares e estruturantes da metodologia de regulação económica independente da AMT (investidores; a dos profissionais/utilizadores/utentes/consumidores e/ou cidadãos; e a dos contribuintes).
133. Quanto a investidores, tendo em conta os elementos disponibilizados, afigura-se que se criam condições para a garantia da prestação do serviço de transporte de passageiros na AML, sem conferir vantagens ilegítimas ao atual operador e num quadro de transparência, estabilidade e previsibilidade, devendo ser assegurado o adequado relacionamento com outros operadores de transportes no mesmo mercado, o cumprimento de regras contratuais e legais, nacionais e europeias, e viabilizado um exercício de regulação, supervisão e organização de sistema atento a eventuais distorções concorrenciais.
134. Quanto a contribuintes, a solução proposta foi precisamente condicionada pelo pressuposto de não aumentar a despesa pública, o que representaria um efeito negativo nos contribuintes. Neste contexto, acresce salientar a especial relevância que as entidades fiscalizadoras devem assumir no controlo *ex-post* da boa execução do Contrato de Concessão e da gestão eficiente da despesa pública.
135. Em termos dos benefícios líquidos globais para os contribuintes, afigura-se manterem-se estes positivos, tendo também em conta, por outro lado, que os seus impostos permitiram a imposição de relevantes reduções tarifárias na utilização deste serviço ferroviário, aumentando a sua mobilidade.
136. Também a execução transparente e objetiva da Concessão, que induz, obrigatoriamente, imperativos de uma gestão sustentável e criteriosa, pode potenciar

uma melhor gestão dos dinheiros públicos e, conseqüentemente, assegurar a sustentabilidade da oferta de transportes à população.

137. No que tange a utilizadores/utentes/ consumidores e/ou cidadãos, o facto de se assegurar a prestação de um serviço público, com base em regras transparentes e objetivas, poderá potenciar a oferta de um melhor serviço, e poderá promover uma melhor promoção dos direitos e interesses dos consumidores, utilizadores do transporte público mas também, indiretamente, daqueles que possam beneficiar da existência de uma rede de transportes públicos eficiente na sua região.
138. Ao garantirem-se níveis de continuidade, regularidade, pontualidade e acesso ao transporte a preços acessíveis, que não seriam alcançáveis caso os investidores privados atendessem apenas ao seu interesse comercial, com reforço e aplicação rigoroso dos mecanismos de supervisão e fiscalização para dissuadir o incumprimento dos requisitos contratuais, e evitar que se traduzam numa eventual deterioração da qualidade do serviço prestado aos consumidores, apenas se poderá concluir pela geração de efeitos positivos.
139. Na perspetiva dos profissionais, a operação também apresenta resultados positivos na medida em que é promotora da manutenção e criação de emprego de forma sustentada, sendo que, no que concerne ao cidadão em geral, será de assinalar os reflexos positivos no reforço dos seus direitos de Cidadania e da coesão social, designadamente das populações de uma importante área metropolitana.
140. No que concerne à resiliência da sociedade e da economia face à carga fiscal, não existem evidências de consequências negativas ou que agravem a situação atual da Concessionária ou do Estado, sendo que se viabiliza a concretização do superior interesse público na efetivação do transporte de passageiros, por forma a assegurar a satisfação permanente dos padrões de continuidade, regularidade, qualidade, quantidade e tarifas do serviço de transporte.

VI – DAS DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES

141. Face ao exposto anteriormente, e de forma garantir, a todo o tempo, a *compliance* com o enquadramento legal e jurisprudencial, considera-se ser de determinar:

- Que seja emitido despacho de nomeação do Gestor do Contrato - à partida o IMT⁶⁰ – onde, entre outras matérias, sejam especificadas as respetivas competências, designadamente quanto a elaboração de relatórios de desempenho, motorização da implementação da Concessão, com especial enfoque na minimização de riscos e incertezas que possam afetar o seu equilíbrio, reporte ao Estado, articulação com outras entidades competentes como sejam a AML, a IGF, UTAP e a AMT. Sem prejuízo dos poderes da AMT sobre entidades reguladas, naquele despacho, deverá garantir-se que o Gestor do Contrato assegura o cumprimento das obrigações de elaboração de relatórios públicos sobre o serviço público de transporte de passageiros, previstos no n.º 1 do artigo 7.º do Regulamento e que transmite os dados operacionais previstos no Regulamento n.º 430/2019⁶¹, tendo também em conta os indicadores de monitorização e supervisão que constam da Informação formulada pela AMT e dirigida às Autoridades de Transportes, de 27 de setembro de 2018, na gestão contratual e para os efeitos de elaboração de relatórios de gestão e outros instrumentos previsionais⁶²;
- A alteração da proposta legislativa que aprova as Bases da Concessão, no sentido de garantir a adequada articulação com a AMT nas matérias críticas desta Concessão como sejam as atinentes às tarifas aos passageiros e às tarifas de utilização da infraestrutura, bem como no que belisca às matérias de acesso à mesma, nos seguintes termos:
 - No n.º 1 da Base IX, será de acrescentar a: *“1 – O concessionário procede à atualização tarifária que vier a ser definida pela Área Metropolitana de Lisboa ou por outra autoridade de transportes que seja competente, em cada ano civil, aplicando-se a todos os seus títulos”* a seguinte frase: *“tendo em conta o Regulamento n.º 278–*

⁶⁰ Não se afigura necessária criação de uma entidade específica para o efeito, tendo em conta que as competências estatutárias do IMT já estipulam o acompanhamento ou representação do Estado em contratos de serviço público. Pelo contrário, a criação de uma nova entidade poderia induzir o aumento de despesa pública sem os correspondentes e imediatos benefícios.

⁶¹ Publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 94, de 16 de maio de 2019.

⁶² Tendo em conta que a Comissão Europeia sustenta que um contrato de serviço público pode consistir num instrumento contratual, mas também numa decisão administrativa ou em instrumento legal e regulamentar, recomenda-se que as obrigações de transmissão de informação, ainda que previstas contratualmente, possam também ser melhor detalhadas em função do exercício de melhor especificação de indicadores estratégicos e operacionais, financeiros e económicos, e sobretudo da periodicidade da sua recolha, tratamento e análise, (além dos já previstos no contrato e em outros documentos como o Plano de Atividades), no sentido de lhes dar maior coerência e vinculatividade, mas também conferir-se a necessária sindicabilidade.

A/2019, de 27 março de 2019, a Portaria n.º 298/2018, de 19 de novembro e do Regulamento n.º 430/2019, de 16 de maio.”

- *Alteração ao n.º 4 da Base XIV, acrescentando a “4 – No âmbito das suas atribuições de fiscalização”, a seguinte frase “(...) e de Gestor do Contrato, nos termos do competente despacho de nomeação, o IMT, I. P. (...)”;*
- *Novo n.º 5 da Base XIV: “A Concessão está ainda sujeita à regulação e supervisão da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes, nos termos do Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de maio e do Decreto-Lei n.º 217/2015 de 7 de outubro.”*
- Numa ótica de proporcionalidade, conjugando as duas vertentes do interesse público em presença – por um lado garantir o cumprimento dos ditames legais nacionais e europeus quanto à adequada contratualização de serviços de transportes, e, por outro, garantir o acesso ao sistema de transporte público por parte de todos os cidadãos, que, designadamente nos termos do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, se despoletem os procedimentos necessários para estudar e analisar, desde já, em 2020, as vantagens e desvantagens de uma futura submissão à concorrência deste serviço, podendo inclusive comparar-se os custos e os benefícios de tal acontecer decorridos 2/3 do prazo adicional ou no seu termo, ou seja, as vantagens e desvantagens, em diversas perspetivas públicas e privadas (económicas, financeiras, sociais, ambientais, etc) de iniciar um novo Contrato de serviço público dentro de cerca de 3 ou 5 anos.

142. Em aditamento, recomenda-se também a ponderação da criação de um regime legal estável para o PART, de forma a não estar dependente de normas avulsas no Orçamento do Estado ou em despachos ministeriais, a fim de criar um enquadramento mais seguro para os instrumentos legais, regulamentares, administrativos ou contratuais das diversas autoridades de transportes locais. Poder-se-á referir, a título meramente exemplificativo, os regimes legais criados para os Passes 4.18 e Sub23, que conferem um maior grau de previsibilidade para os operadores e autoridades de transportes que disponibilizam aqueles tarifários. É certo que o PART não cria tarifários – tal compete às autoridades de transportes - mas sim mecanismos de cofinanciamento. Independentemente, resulta substancialmente diferente (e essencial em termos de

transparência e previsibilidade) aguardar por uma autorização de despesa para o ano seguinte ou aguardar pela (in)existência de todo um programa de financiamento.

143. Naturalmente, dever-se-á garantir, pelo Concedente, o cumprimento dos competentes requisitos de autorização e validação de despesa e garantia da sua comportabilidade, nos termos legais aplicáveis.

VII – DAS CONCLUSÕES

144. Em ritmo de conclusão, não obstante a delonga nos procedimentos administrativos ter condicionando as opções públicas quanto aos termos exatos do desfecho da Concessão, o enquadramento legal permite, de forma fundamentada, a conversão do pagamento de montantes indemnizatórios, no contexto do equilíbrio económico-financeiro, no estrito e necessário tempo contratual, evitando-se o aumento imediato da despesa pública e a interrupção de um serviço público essencial.
145. Nesse sentido, o parecer da AMT quanto ao Acordo REF e o Contrato de Concessão a celebrar entre o Estado e a Fertagus, é positivo, condicionado ao cumprimento das determinações efetuadas, sob pena de convolação em negativo.
146. De referir, igualmente, que a aceitabilidade da operação afere-se não apenas na definição inicial dos termos de instrumentos legais e contratuais, mas também na sua efetiva execução e na correspondente monitorização do cumprimento de obrigações contratuais e legais.
147. A AMT, no âmbito das atribuições e competências que lhe estão legalmente cometidas prosseguirá uma articulação expedita e eficiente com o Estado e demais entidades competentes, designadamente através de uma adequada transmissão de informação circunstanciada e relevante e da supervisão da execução contratual.

Lisboa, 10 de dezembro de 2019.

O Presidente do Conselho de Administração



João Carvalho