

Recomendação no âmbito da liberalização de serviços de transporte ferroviário de passageiros



Dezembro de 2018

I. Sumário Executivo

1. Nos termos dos seus Estatutos¹, entre as atribuições da Autoridade da Concorrência (AdC) inclui-se a de *“contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou do Governo”*².
2. Está atualmente em curso o processo de liberalização do transporte ferroviário de passageiros, a nível da União Europeia (UE), através do 4º Pacote Ferroviário³, que determina o livre acesso às redes ferroviárias dos Estados-Membros.
3. A Comissão Europeia considera que a implementação do 4.º Pacote Ferroviário promoverá *“a concorrência nos mercados de serviços de transporte ferroviário de passageiros [e] incentivará os operadores ferroviários a responder melhor às necessidades dos clientes, a melhorar a qualidade dos seus serviços e a sua relação custo-eficácia”*⁴.
4. A implementação, a nível nacional, deste processo de liberalização oferece oportunidades importantes de promoção da concorrência, em benefício dos consumidores e do Estado. Sem prejuízo, são deixadas opções aos Estados-Membros que podem ter um impacto determinante, por um lado, no grau de concorrência que se incute no mercado e, por outro, no horizonte temporal de concretização dos benefícios da concorrência pela atribuição do contrato de serviço público.
5. Em concreto, o 4º Pacote Ferroviário prevê que, em regra, a partir de 3 de dezembro de 2019⁵, a atribuição dos contratos de serviço público seja efetuada através de procedimento concorrencial, sem prejuízo de prazos transitórios e de, como exceção, prever a possibilidade de ser efetuada mediante ajuste direto, e.g., ao operador interno.
6. Neste contexto, considera-se pertinente destacar os benefícios de se promover a concorrência, para que possam ser ponderados conjuntamente com os outros objetivos de política pública que o decisor público entenda relevantes.
7. Adicionalmente, desenvolve-se um conjunto de recomendações destinadas à promoção da concorrência que incidem, essencialmente, sobre a contratualização de serviço público de transporte ferroviário de passageiros, nomeadamente sobre i) o seu processo de atribuição, ii) o desenho do contrato e iii) a duração do contrato.
8. Ainda que a legislação europeia permita, como regime de exceção, a atribuição destes contratos por ajuste direto, esta opção é passível de limitar os benefícios em termos de concorrência que se poderiam concretizar no âmbito da implementação do processo de liberalização do transporte ferroviário de passageiros a nível nacional.
9. A concretização daqueles benefícios para os consumidores e para o Estado depende do grau de concorrência pelo mercado no processo de atribuição da contratualização do serviço público. A Comissão Europeia considera que *“a licitação competitiva de contratos de serviço público permitirá economias de dinheiro público assim como expectáveis melhorias na qualidade do serviço público prestado”*⁶.

¹ Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

² Cf. Estatutos da AdC, artigo 5.º, alínea g).

³ Cf. https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en

⁴ Cf. *“Competition in rail passenger service markets will encourage railway operators to become more responsive to customer needs, improve the quality of their services and their cost-effectiveness”*, https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en.

⁵ Cf. Considerandos 19, 20, 22, 27 do Regulamento (UE) n.º 2016/2338, no que respeita à abertura do mercado nacional de serviços de transporte ferroviário de passageiros; e Artigo 8.º, n.º 2, (ii) alterado (sobre a aplicação do artigo 5.º, n.º 3), todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, tal como alterados pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁶ Cf. *“The competitive tendering of public service contracts will enable savings of public money”*, https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en.

10. Pelo contrário, uma opção por um procedimento fechado à concorrência – ajuste direto – não permite a concretização dos benefícios do processo concorrencial, ao serem passíveis de se traduzir em maiores responsabilidades financeiras para o Estado e menores incentivos à prática de preços mais competitivos, qualidade superior, assim como à inovação e à introdução de novos modelos de negócio, como sejam modelos *low-cost* (que já trouxeram benefícios noutros Estados-Membros).
11. Desenvolvimentos recentes, nomeadamente no contexto da adoção, a 6 de dezembro de 2018, do diploma nacional de transposição da Diretiva n.º 2016/2370/EU do 4º Pacote Ferroviário, através de um decreto-lei que aguarda publicação em Diário da República, anunciam que a opção nacional será a de uma atribuição do contrato em causa ao operador interno, a CP – Comboios de Portugal, E.P.E. (CP)⁷, cujos termos estarão ainda por determinar.
12. Esta opção representará uma oportunidade perdida de abrir já a atribuição deste contrato de serviço público à concorrência, através de um procedimento concursal. Com efeito, no que diz respeito ao procedimento para atribuição do contrato de serviço público, considera-se, pelas razões já expostas, que **se deveria privilegiar um procedimento aberto e concorrencial, nomeadamente através de um concurso público internacional.**
13. **A optar-se, no momento presente, por uma atribuição deste contrato por ajuste direto, recomenda-se que, no termo do contrato que vier a ser celebrado, seja promovido um concurso público internacional** para atribuição de novo contrato de serviço público.
14. Por outro lado, nesse cenário, **deve ainda ponderar-se, na determinação do prazo do contrato, o impacto do adiamento da abertura do mercado à concorrência.**
15. As regras do 4º Pacote Ferroviário preveem um prazo regra de até 10 anos para contratos celebrados por ajuste direto. Excepcionalmente, a duração dos contratos pode ser de até 15 anos⁸, quando os operadores fornecerem ativos que sejam significativos face ao conjunto dos ativos necessários à realização dos serviços, que tenham de ser amortizados.
16. Assim, optando-se pela atribuição do contrato de serviço público à CP, considera-se que se deve limitar a duração do contrato à estritamente necessária para amortizar os investimentos associados, de forma a não adiar mais, desnecessariamente, a abertura do processo à concorrência. Neste contexto, e ainda que as regras europeias prevejam, mediante certas condições, uma extensão do prazo limite de 10 para 15 anos, **não deixa de se sinalizar o custo associado a uma prorrogação desnecessária do prazo do contrato.**
17. No que diz respeito ao desenho do contrato de serviço público, no sentido de promover a concorrência e evitar a criação de barreiras à entrada desproporcionais, **é crucial que, no contrato que vier a ser celebrado, a estipulação das obrigações de serviço público e das compensações associadas se reja pelos princípios da igualdade, da transparência e da proporcionalidade**, sob pena de se encerrar de forma artificial o mercado.
18. De acordo com o quadro legal aplicável em Portugal, a atribuição do contrato de serviço público carece de parecer prévio vinculativo do regulador setorial, a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (AMT), no âmbito dos seus poderes de regulação⁹.

⁷ Foi anunciado que o decreto-lei estabelece as regras gerais aplicáveis a todos os operadores de transporte ferroviário de passageiros, altera o regime jurídico aplicável à CP, e revê o regime de gestão e utilização da infraestrutura ferroviária e acesso à atividade ferroviária. Foi ainda anunciado que a “CP continuará a ser o operador interno e «será celebrado um novo contrato de serviço público que reforçará as condições de prestação de serviço público»”:

<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/comunicacao/noticia?i=governo-aprova-decreto-lei-sobre-prestacao-de-servicos-na-ferrovia>.

⁸Cf. Artigo 5.º, n.º 4-B alterado (sobre a aplicação do artigo 4.º, n.º 4), e artigo 5.º, n.º 6, todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁹ Cf. Artigo 34, n.º 2, b) e c) dos Estatutos da AMT (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 78/2014, alterado pelo Decreto-lei n.º 18/2015).

19. A concretização do processo de liberalização conjuga duas importantes datas. Por um lado, a possibilidade de acesso à infraestrutura nacional por operadores a nível da UE inicia-se em 1 de janeiro de 2019, a tempo de que horários de serviço/trajetos solicitados tenham início em 14 de dezembro de 2020¹⁰. Por outro lado, até 3 de dezembro de 2019¹¹, todos os operadores do mercado de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional sujeitos a obrigações de serviço público¹² devem ser devidamente enquadrados em contratos de serviço público entre o operador e a competente autoridade de transporte.
20. A partir de 1 de janeiro de 2019, o gestor da infraestrutura – a Infraestruturas de Portugal, S.A. (IP) – não pode negar canais horários pelos operadores que se apresentem à exploração dos serviços ferroviários de passageiros, salvo se previamente existir um contrato de serviço público que abranja esse trajeto e o acesso pelo terceiro operador colocar em causa o equilíbrio económico do contrato¹³. A AMT é a entidade competente para realizar o teste de equilíbrio económico do contrato e decidir da permissão de entrada, com ou sem condições, do operador, de acordo com a legislação europeia e nacional.
21. O teste de equilíbrio económico do contrato assume, assim, particular importância no desenvolvimento das condições de concorrência no mercado.
22. Ainda neste contexto, **recomenda-se, em particular, que seja permitido que, mesmo em trajetos englobados em contratos de serviço público, seja possível a entrada de concorrentes que se apresentem à exploração de canais horários de serviços ferroviários de passageiros.**
23. Este conjunto de recomendações, se implementado, pode gerar benefícios para o Estado Português e para os consumidores destes serviços, assim como benefícios transversais a outros setores atento o efeito multiplicador nas restantes atividades económicas.

¹⁰ Cf. Artigo 10.º, n.º 2 (alterado pela Diretiva n.º 2016/2370/EU), da Diretiva n.º 2012/34/EU (alterada).

¹¹ Cf. Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

¹² Com compensação financeira em razão da obrigação de serviço público e/ou com a atribuição de direito exclusivo.

¹³ Cf. Artigo 11.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4 (alterado pela Diretiva n.º 2016/2370/EU), da Diretiva n.º 2012/34/EU (alterada).

II. Processo de Liberalização do Transporte Ferroviário ao nível da UE

II.1. 1.º, 2.º e 3.º Pacotes Ferroviários – Liberalização do Transporte Ferroviário de Mercadorias a nível Nacional e Internacional e do Transporte Ferroviário de Passageiros a nível Internacional

24. O processo legislativo que conduzirá à liberalização total do transporte ferroviário na UE iniciou-se em 2001 e será plenamente alcançado a partir de 1 de janeiro de 2019. Algumas normas permitem um prazo de adaptação transitório, que ocorrerá até 24 de dezembro de 2023.

25. Entre 2001 e 2016 foram adotados pela UE quatro pacotes legislativos¹⁴, com o objetivo de abrir progressivamente os mercados de serviços de transporte ferroviário à concorrência, tornando os sistemas ferroviários nacionais interoperáveis e definindo condições-quadro adequadas para o desenvolvimento de um Espaço Ferroviário Europeu Único.

26. Em 2001, foi adotado o **1.º Pacote Ferroviário**¹⁵:

O 1.º Pacote Ferroviário estabeleceu a **separação vertical entre a gestão da infraestrutura e a operação do transporte**. Adotou critérios gerais comuns de licenciamento do acesso à atividade e de um modelo uniforme de licença europeia, com vista ao mútuo reconhecimento das empresas de transporte ferroviário. Concedeu direitos de acesso e tratamento equitativo e não discriminatório dos vários operadores. Adotou normas sobre a publicitação junto dos operadores, pelos gestores da infraestrutura, das características da mesma, nomeadamente da capacidade oferecida, bem como das suas condições e do seu preço.

27. Em 2004, seguiu-se o **2.º Pacote Ferroviário**¹⁶:

O 2.º Pacote Ferroviário **liberalizou o transporte ferroviário de mercadorias, nacional e internacional**. Estabeleceu maior harmonização nos requisitos de segurança, interoperabilidade do sistema convencional e determinou requisitos comuns para a alta velocidade. Criou a Agência Ferroviária Europeia¹⁷.

28. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 231/2007¹⁸ transpôs para o ordenamento jurídico nacional duas das Diretivas daquele pacote (Diretivas n.ºs 2004/49/CE e 2004/51/CE), visando o reforço da segurança da ferrovia. Também o Decreto-Lei n.º 394/2007¹⁹ transpôs parcialmente a Diretiva n.º 2004/49/CE, relativa a matéria de segurança. Outros dois diplomas, o Decreto-Lei n.º 177/2007 e o Decreto-Lei n.º 178/2007²⁰, transpuseram a Diretiva n.º 2004/50/CE, relativa à interoperabilidade do sistema ferroviário transeuropeu convencional.

29. Em 2007, foi adotado o **3.º Pacote Ferroviário**²¹:

O 3.º Pacote Ferroviário estabeleceu o **livre acesso ao transporte internacional ferroviário de passageiros**. Criou requisitos comuns de certificação dos maquinistas. Adotou regras relativas a direitos dos passageiros ferroviários.

¹⁴ Cf. https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages_en

¹⁵ Cf. https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2001_en.

¹⁶ Cf. https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2004_en.

¹⁷ Cf. <https://www.era.europa.eu/>

¹⁸ Cf. Decreto-Lei n.º 231/2007, alterado por último, pelo Decreto-Lei n.º 217/2015, que transpôs a Diretiva n.º 2012/34/EU (Recast).

¹⁹ Cf. Decreto-Lei n.º 394/2007, alterado também pelo Decreto-Lei n.º 217/2015, que transpôs a Diretiva n.º 2012/34/EU (Recast).

²⁰ Cf. Decreto-Lei n.º 177/2007 e Decreto-Lei n.º 178/2007, alterados também pelo Decreto-Lei n.º 217/2015, que transpôs a Diretiva n.º 2012/34/EU (Recast).

²¹ Cf. https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2007_en.

30. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 20/2010²² transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 2007/58/EU, procedendo à liberalização da prestação de serviços de transporte ferroviário internacional de passageiros na infraestrutura ferroviária nacional e definindo as respetivas regras de acesso. Por outro lado, a Lei n.º 16/2011 transpôs a Diretiva n.º 2007/59/CE, e aprovou o regime de certificação dos maquinistas de locomotivas e comboios do sistema ferroviário. Através da adoção da Lei n.º 52/2015²³, Portugal integrou no ordenamento jurídico Português o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e aprovou o Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros.
31. Em 2012, o **1.º Pacote Ferroviário** foi **reformulado**²⁴:
- Foi adotada a Diretiva n.º 2012/34/UE²⁵ que estabeleceu o Espaço Ferroviário Europeu Único (designada por Diretiva “Recast” do 1.º Pacote Ferroviário).
32. A Diretiva n.º 2012/34/EU reformulou as Diretivas do 1.º Pacote Ferroviário, visando estabelecer um Espaço Ferroviário Único na UE, combinando as três Diretivas e suas alterações num único texto.
33. Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 217/2015 transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 2012/34/EU, no sentido de **“estimular a concorrência no domínio da exploração dos serviços de transporte ferroviário, assegurando a separação entre a prestação de serviços de transporte e a exploração das instalações de serviço, designadamente as que são geridas autonomamente por empresas ou entidades que possuam estruturas organizativas, contabilista e financeiramente distintas e, também, permitir que as empresas ferroviárias ofereçam melhores serviços aos utentes dos serviços de passageiros e mercadorias.”** (destaque nosso)²⁶

II.2. **4.º Pacote Ferroviário – Liberalização do Transporte Ferroviário de Passageiros a nível Nacional**

34. Em 2016, foram adotados seis instrumentos legais, que constituem o **4.º Pacote Ferroviário**²⁷:
- O 4.º Pacote Ferroviário concluiu a liberalização total do transporte ferroviário, na UE, com a **liberalização do acesso ao transporte ferroviário de passageiros a nível nacional. Introduziu normas mais rigorosas quanto à governação da infraestrutura ferroviária.**
35. O 4.º Pacote Ferroviário visa alcançar dois grandes objetivos: o Pilar Técnico e o Pilar de Mercado.

Pilar Técnico

36. Em abril de 2016 foram aprovados três atos legislativos que formam o Pilar Técnico:
- (i) O Regulamento (UE) n.º 2016/796, relativo à Agência Ferroviária Europeia²⁸;

²² Cf. Decreto-Lei n.º 20/2010, alterado pelo Decreto-Lei n.º 217/2015, que transpôs a Diretiva n.º 2012/34/EU (Recast).

²³ Cf. Lei n.º 52/2015, alterada, por último, pelo Decreto-Lei n.º 86-D/2016.

²⁴ Cf. https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2008_en

²⁵ Cf. Diretiva n.º 2012/34/UE, que estabelece um Espaço Ferroviário Europeu Único (reformulação), alterada pela Diretiva n.º 2016/2370/EU, no que respeita à abertura do mercado nacional de transporte ferroviário de passageiros e à governação da infraestrutura ferroviária, integrada no 4.º Pacote Ferroviário.

²⁶ Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 217/2015.

²⁷ Cf. https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en

²⁸ Cf. Regulamento (UE) n.º 2016/796, relativo à Agência Ferroviária da União Europeia e que revoga o Regulamento (CE) n.º 881/2004.

- (ii) A Diretiva n.º 2016/797/EU, relativa à interoperabilidade do sistema ferroviário na União Europeia (reformulação)²⁹; e
 - (iii) A Diretiva n.º 2016/798/EU, relativa à segurança ferroviária (reformulação)³⁰.
37. A transposição das Diretivas n.º 2016/797/UE e n.º 2016/798/UE deve ser assegurada até 16 de junho de 2019. Portugal ainda não assegurou a transposição, mas o prazo ainda não se encontra esgotado³¹.
38. O Pilar Técnico reviu o quadro regulamentar Europeu em matéria de interoperabilidade e segurança do sistema ferroviário. Reforçou os poderes da Agência Ferroviária Europeia³².
39. Em suma, a revisão deste quadro regulamentar, relativo ao Pilar Técnico, destina-se a reforçar a competitividade do sector ferroviário, reduzindo os custos e os encargos administrativos das empresas ferroviárias que pretendam operar em toda a UE.

Pilar de Mercado - Liberalização

40. Em dezembro de 2016 foram aprovados três atos legislativos que constituem o Pilar de Mercado:
- (i) O Regulamento (UE) n.º 2016/2338, que altera o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, quanto às regras de contratação pública para efetivar a abertura do mercado de serviços de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional³³;
 - (ii) A Diretiva n.º 2016/2370/UE, que altera a Diretiva n.º 2012/34/EU, quanto à abertura do mercado de serviços de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional e estabelece regras comuns destinadas a melhorar a imparcialidade da governação da infraestrutura ferroviária³⁴; e
 - (iii) O Regulamento (UE) n.º 2016/2337, que estabelece regras comuns para a normalização de contas das empresas de caminho-de-ferro (termo em 31 de dezembro de 2017)³⁵.
41. O Pilar do Mercado reviu o quadro regulamentar Europeu em matéria de acesso e/ou exercício da atividade de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional, culminando o processo de abertura gradual do mercado iniciado com o 1º Pacote Ferroviário.
42. A implementação do Pilar de Mercado do 4.º Pacote Ferroviário visa, especificamente, expor o transporte ferroviário de passageiros a nível nacional, em toda a UE, à concorrência, introduzindo mecanismos de abertura ao mercado e à concorrência, beneficiando empresas ferroviárias que operam na UE, bem como os consumidores.
43. A Comissão Europeia considera que **“a concorrência nos mercados de serviços de transporte ferroviário de passageiros incentivará os operadores ferroviários a responder**

²⁹ Cf. Diretiva (UE) n.º 2016/797, relativa à interoperabilidade do sistema ferroviário na União Europeia (reformulação da Diretiva n.º 2008/57/CE).

³⁰ Cf. Diretiva (UE) n.º 2016/798, relativa à segurança ferroviária (reformulação da Diretiva n.º 2004/49/CE).

³¹ Cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/NIM/?uri=CELEX:32016L0797>; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/NIM/?uri=CELEX:32016L0798> (consulta efetuada em 4.12.2018; à data, apenas três Estados-Membros efetuaram a transposição das duas Diretivas: França; Malta; Eslovénia).

³² E.g. na emissão de certificados de segurança às empresas ferroviárias e na homologação de veículos em todos os Estados-Membros.

³³ Cf. Regulamento (UE) n.º 2016/2338, que altera o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, no que respeita à abertura do mercado nacional de serviços de transporte ferroviário de passageiros.

³⁴ Cf. Diretiva (UE) n.º 2016/2370, que altera a Diretiva n.º 2012/34/EU.

³⁵ Cf. Regulamento (UE) n.º 2016/2337, que revoga o Regulamento (CEE) n.º 1192/69, relativo às regras comuns para a normalização de contas das empresas de caminho-de-ferro (já não se encontra em vigor, termo da validade em 31 de dezembro de 2017).

melhor às necessidades dos clientes, a melhorar a qualidade dos seus serviços e a sua relação custo-eficácia³⁶.

44. Neste sentido, é introduzido o princípio de adjudicação por concurso público de concessões ou contratos de serviços ferroviários, sem prejuízo das exceções previstas. A Comissão Europeia afirma que **“a licitação competitiva de contratos de serviço público permitirá economias de dinheiro público”**³⁷.
45. Esta etapa inicia-se em 1 de janeiro de 2019 com algumas medidas transitórias até 24 de dezembro de 2023.
46. Analisam-se, de seguida, em detalhe, o impacto dos atos legislativos europeus, acima identificados como (i) e (ii) (§ 40 *supra*), na implementação do Pilar de Mercado.

i. Liberalização por via de regras de contratação pública dos serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional

47. O Regulamento (UE) n.º 2016/2338³⁸, que altera o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, fá-lo quanto às regras de contratação pública para efetivar a abertura do mercado nacional de serviços de transporte ferroviário de passageiros.
48. O Regulamento (UE) n.º 1370/2007 é mais amplo, já que estabelece normas comuns relativas à prestação de serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, na UE. Este Regulamento entrou em vigor em 3 de dezembro de 2009, estabelecendo um prazo transitório de 10 anos, até 3 de dezembro de 2019.
49. **Até 3 de dezembro de 2019, todos os serviços públicos de transportes da UE devem estar adequadamente contratualizados, enquadrados em contratos de serviço público. Podem ser atribuídos por via de procedimento concursal ou por via de ajuste direto (e.g. operador interno)**³⁹.
50. O Regulamento (UE) n.º 1370/2007 aplica-se diretamente na ordem jurídica interna. Porém, foi adotada a Lei n.º 52/2015, que concretiza o Regulamento, estabelecendo o Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros. Aplica-se a todos os modos de transporte, a operar com base em ajuste direto (e.g. ao operador interno) ou com base em concurso. Até então, a ferrovia estava salvaguardada da regra geral de submissão à concorrência.
51. Em regra, a partir de 3 de dezembro de 2019⁴⁰, os contratos de serviço público para a prestação de serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros deverão ser adjudicados por concurso público^{41,42}. Sem prejuízo, dentro de limiares *de minimis*⁴³, as

³⁶ Cf. “Competition in rail passenger service markets will encourage railway operators to become more responsive to customer needs, improve the quality of their services and their cost-effectiveness”, https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en.

³⁷ Cf. “The competitive tendering of public service contracts will enable savings of public money”, https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en.

³⁸ O Regulamento (EU) n.º 2016/2338 entrou em vigor em 24.12.2017. Produz alterações sobre o Regulamento (EU) n.º 1370/2007.

³⁹ Cf. Artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 1370/2007.

⁴⁰ Cf. Considerandos 19, 20, 22, 27 do Regulamento (UE) n.º 2016/2338, no que respeita à abertura do mercado nacional de serviços de transporte ferroviário de passageiros; e Artigo 8.º, n.º 2, (ii) alterado (sobre a aplicação do artigo 5.º, n.º 3), todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, tal como alterados pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁴¹ Cf. Artigo 8.º, n.º 2, (ii) alterado (sobre a aplicação do artigo 5.º), todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁴² Sem prejuízo, se após a publicação da intenção de organizar um concurso, só um operador demonstrar interesse, demonstrar ser capaz e não existirem alternativas razoáveis, as autoridades competentes poderão encetar negociações com esse operador para a adjudicação do contrato, sem voltarem a publicar o aviso de concurso. Cf. Considerandos 19, 21 e 22 do Regulamento (UE) n.º 2016/2338, e artigo 5.º, n.ºs 3, 3-A e 3-B, alterados, todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado.

⁴³ Cf. Considerando 23 do Regulamento (UE) n.º 2016/2338, e artigo 5.º, n.ºs 4, 4-A e 4-B, e, ainda, sobre a aplicação do artigo 4.º, n.º 4, alterados, todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

autoridades competentes podem decidir adjudicar por ajuste direto. As exceções subsistem, ainda, por via de ajuste direto ao operador interno.

52. Os contratos celebrados por ajuste direto têm um termo de até 10 anos. Será permitida a prorrogação por metade da sua duração inicial (*i.e.*, até 15 anos) no caso de os operadores fornecerem ativos significativos e for necessária a amortização destes ativos⁴⁴.
53. São também previstos prazos transitórios. Em particular:
 - Entre 24 de dezembro de 2017 e até 2 de dezembro de 2019, os contratos de serviço público para a prestação de serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros que tenham sido adjudicados por ajuste direto podem manter-se em vigor até ao termo da sua vigência.
 - Entre 3 de dezembro de 2019 e 24 de dezembro de 2023, é permitido o recurso a novos ajustes diretos, sem os novos limiares referidos, *e.g.*, a empresas ferroviárias existentes, para as obrigações de serviço público relativos ao transporte ferroviário.
54. Contudo, em ambos os casos, o termo da vigência/duração não pode ser superior a 10 anos, sem prejuízo de ser permitida a prorrogação por metade da sua duração inicial (*i.e.*, até 15 anos) no caso de os operadores fornecerem ativos significativos e for necessária a amortização destes ativos^{45,46}.
55. Depois de 25 de dezembro de 2023 a regra é a da sujeição à concorrência⁴⁷, sendo que o ajuste direto será muito excecional.

ii. Liberalização por via do livre acesso e exercício por operadores, públicos ou privados, dos serviços de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional

56. A Diretiva n.º 2016/2370/UE, que altera a Diretiva n.º 2012/34/UE, fá-lo quanto à abertura do mercado nacional de transporte ferroviário de passageiros e a regras comuns de governação da infraestrutura ferroviária.
57. A transposição da Diretiva n.º 2016/2370/UE deve ser assegurada até 25 de dezembro de 2018. O Governo aprovou, em 6 de dezembro de 2018⁴⁸, em Conselho de Ministros, um Decreto-Lei que transpõe a Diretiva referida, ainda não publicado em Diário da República.
58. Certas disposições da Diretiva n.º 2016/2370/UE são aplicáveis já a partir de 1 de janeiro de 2019, a tempo de que horários de serviço/trajetos solicitados tenham início em 14 de dezembro de 2020.⁴⁹
59. A solicitação de horários de serviço/trajetos, numa infraestrutura com capacidade limitada (e onde podem operar incumbentes ou outros operadores privados), tem de ser objeto de uma decisão acerca da exploração da infraestrutura, pelo gestor da infraestrutura.

Concessão do direito de acesso à infraestrutura ferroviária

60. A partir de 1 de janeiro de 2019, o gestor da infraestrutura – em Portugal, a IP - não pode negar a solicitação de canais horários pelos operadores que se apresentem à exploração

⁴⁴ Cf. Artigo 5.º, n.º 4-B alterado (sobre a aplicação do artigo 4.º, n.º 4), e artigo 5.º, n.º 6, todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁴⁵ Cf. Artigo 8.º, n.º 2, (iii) alterado (sobre a aplicação do artigo 5.º, n.º 6 e do artigo 4.º, n.º 4), todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁴⁶ Cf. Artigo 8.º, n.º 2-A alterado (sobre a aplicação do artigo 5.º, n.º 6 e do artigo 4.º, n.º 4), todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁴⁷ Cf. Artigo 8.º, n.º 2, (iii) alterado (sobre a aplicação do artigo 5.º, n.º 6 e do artigo 4.º, n.º 4), todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁴⁸ Cf. <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/comunicacao/noticia?i=governo-aprova-decreto-lei-sobre-prestacao-de-servicos-na-ferrovia> (conferência de imprensa, após o Conselho de Ministros, Lisboa, 06.12.2018).

⁴⁹ Cf. Artigo 3.º da Diretiva n.º 2016/2370/UE, que altera a Diretiva n.º 2012/34/EU.

dos serviços ferroviários de passageiros. Trata-se de um direito de acesso visado pela liberalização⁵⁰.

61. Esta regra é passível de ser derrogada. Os Estados-Membros podem limitar esse direito de acesso, em duas situações:
- Se previamente existir um ou vários contratos de serviço público que abranjam esse trajeto e o exercício desse direito comprometer o equilíbrio económico do contrato de serviço público⁵¹ conforme avaliação da AMT, segundo critérios definidos a nível Europeu⁵².
 - Caso: a) os direitos exclusivos de encaminhar passageiros entre as estações solicitadas tenham sido concedidos por um contrato de serviço público adjudicado antes de 16 de junho de 2015; ou b) tenha sido concedido, mediante concurso, um direito/autorização adicional para explorar serviços comerciais de transporte de passageiros em concorrência com outro operador entre essas estações até 25 de dezembro de 2018 e esses operadores não recebam qualquer compensação por explorar esses serviços⁵³.

III. Desafios na Implementação do Pilar de Mercado do 4.º Pacote Ferroviário

III.1. Enquadramento do contexto atual de prestação de serviços do transporte ferroviário de passageiros, a nível nacional

62. Em Portugal existem dois operadores ferroviários a transportar passageiros, a nível nacional, a CP e a Fertagus – Travessia do Tejo, Transportes, S.A. (Fertagus), que são independentes entre si. Ambos exercem a respetiva atividade na qualidade de prestadores de um serviço público.
63. A CP⁵⁴ foi nacionalizada pelo Decreto-Lei n.º 205-B/75, de 16 de abril. Desde então, é uma empresa pública, 100% detida pelo Estado Português. A CP opera ao abrigo de concessão atribuída por via legal, nos termos do Decreto-Lei n.º 137-A/2009, de 12 de junho⁵⁵, que adotou o regime jurídico aplicável à CP, bem como os respetivos Estatutos, e autorizou a autonomização da atividade do transporte de mercadorias.
64. A autonomização do transporte de mercadorias ocorreu através da cisão da CP, e constituição da CP Carga – Logística e Transportes Ferroviários de Mercadorias, S.A. (CP Carga), empresa pública, integralmente detida pela CP. Em 2016, a CP Carga foi privatizada, deixando o Estado Português de ter qualquer participação no seu capital social⁵⁶.
65. A Fertagus⁵⁷ é uma empresa do Grupo Barraqueiro, que venceu o concurso público internacional⁵⁸ para a exploração do Eixo Ferroviário Norte/Sul, tendo-lhe sido atribuída a concessão para o Transporte Suburbano de Passageiros entre Roma-Areeiro e Setúbal. Serve atualmente 14 estações numa extensão de linha com cerca de 54 km⁵⁹.

⁵⁰ Cf. Artigo 10.º, n.º 2 (alterado pela Diretiva n.º 2016/2370/EU), da Diretiva n.º 2012/34/EU (alterada).

⁵¹ Cf. Artigo 11.º, n.º 1 (alterado pela Diretiva n.º 2016/2370/EU), da Diretiva n.º 2012/34/EU (alterada).

⁵² Cf. Artigo 11.º, n.ºs 2, 3 e 4 (alterado pela Diretiva n.º 2016/2370/EU), da Diretiva n.º 2012/34/EU (alterada).

⁵³ Cf. Artigo 11.º, n.º 5 (alterado pela Diretiva n.º 2016/2370/EU), da Diretiva n.º 2012/34/EU (alterada).

⁵⁴ Cf. <https://www.cp.pt/institucional/pt/empresa>

⁵⁵ Cf. Decreto-Lei n.º 137-A/2009 alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 251-A/2015.

⁵⁶ O Decreto-Lei n.º 69/2015 aprova o processo de reprivatização da CP Carga. A AdC adotou uma decisão de não oposição no processo Ccent n.º 43/2015 - MSC Rail/CP Carga, em 04.12.2015. Em 20.01.2016, concluiu-se o processo de privatização e a CP Carga alterou a sua denominação para Medway - Transportes e Logística, S.A..

⁵⁷ Cf. <https://www.fertagus.pt/pt/fertagus/quem-somos>

⁵⁸ A Fertagus venceu o concurso público regulado pela Portaria n.º 565 -A/97, conforme resulta do Despacho Conjunto n.º 731/98.

⁵⁹ Cf. <https://www.fertagus.pt/pt/fertagus/quem-somos>. A Fertagus serve atualmente 14 estações numa extensão de linha com cerca de 54 km. Dez na Margem Sul: Setúbal, Palmela, Venda do Alcaide, Pinhal Novo, Penalva, Coima, Fogueteiro, Foros de Amora, Corroios e Pragal, e quatro na Margem Norte: Campolide, Sete Rios, Entrecampos e Roma-Areeiro.

66. O contrato de concessão foi celebrado em 22 de junho de 1999 e vigora até 31 de dezembro de 2019^{60,61}.

III.2. Submissão do Transporte Ferroviário de Passageiros a nível Nacional à Concorrência

Licitação concorrencial como o regime-regra para a adjudicação dos contratos de serviço público

67. As regras europeias do 4.ª Pacote Ferroviário, ainda que prevendo normas transitórias, são no sentido de instituir como regime-regra o da licitação concorrencial. O Regulamento (CE) n.º 1370/2007 permite, em casos de exceção, que os Estados-Membros possam celebrar um contrato de serviço público, por ajuste direto, não realizando procedimento concursal e competitivo, designadamente, quando se esteja perante uma contratação que envolva o operador interno de um Estado-Membro. Em Portugal a CP é esse operador interno.
68. A nível interno, a Lei n.º 52/2015 também acolhe este princípio de licitação competitiva, assim como a exceção concedida ao operador interno.
69. Com efeito, em regra, a concorrência entre operadores pelo mercado, no âmbito de concessões de serviço público, cria os incentivos aos operadores para submeter propostas mais competitivas, como seja, em termos das condições de prestação de serviço (*e.g.*, em preço e qualidade da oferta de serviços aos consumidores) e/ou das condições oferecidas ao concessionário Estado (*e.g.*, com compensações mais reduzidas).
70. Neste sentido, a Comissão Europeia considera que **“a licitação competitiva de contratos de serviço público permitirá economias de dinheiro público assim como expectáveis melhorias na qualidade do serviço público prestado”**⁶².
71. Por oposição, uma opção pelo regime subsidiário de ajuste direto adia a possibilidade de abertura do mercado à concorrência por um período que pode ser de até 15 anos. Este cenário não permite concretizar o potencial de promoção da concorrência pelo mercado, e os benefícios, para os consumidores e para o Estado, que daí podem advir. Em resultado, esta opção pode traduzir-se em maiores responsabilidades financeiras para o Estado, reduzir os incentivos para praticar preços mais competitivos, melhorar a qualidade e inovar (*e.g.*, *wifi* nas carruagens, diferentes esquemas de descontos). Adicionalmente, pode comprometer a introdução de modelos de negócio inovadores, como sejam modelos *low-cost*, em prejuízo dos consumidores.
72. Neste sentido, considera-se que, que no **procedimento para a atribuição do contrato de serviço público, se deveria privilegiar o concurso público internacional**. A promoção da concorrência pelo mercado, no âmbito de um procedimento aberto e concorrencial, criaria as condições para que se possam concretizar os benefícios da concorrência entre potenciais licitantes, em benefício dos consumidores e do Estado.
73. **A optar-se, no momento presente, por atribuição deste contrato por ajuste direto, recomenda-se que, no termo do contrato que vier a ser celebrado, seja promovido um concurso público internacional para atribuição de novo contrato de serviço público.**
74. Na mesma linha se posicionou a CNMC (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*), a Autoridade da Concorrência Espanhola.

⁶⁰ Cf. <http://www.imt-tp.pt/sites/IMTT/Portugues/TransportesFerroviarios/CaminhodeFerro/ConcessaoFertagus/Paginas/ConcessaoFertagus.aspx>

⁶¹ Cf. Decreto-Lei n.º 138-B/2010, que altera o Decreto-Lei n.º 78/2005; e https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2012/2s/audit-dgtc-rel011-2012-2s.pdf (Auditoria ao Contrato de Concessão Fertagus, pelo Tribunal de Contas, consultado em 16.11.2018).

⁶² Cf. “*The competitive tendering of public service contracts will enable savings of public money*”, https://ec.europa.eu/transport/modes/rail/packages/2013_en.

75. Em julho de 2018, a CNMC adotou um conjunto de recomendações, que dirigiu ao Governo Espanhol, sobre o *Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 38/2015 (Sector Ferroviario)*, que propõe modificações ao regime vigente e a transposição para o ordenamento jurídico espanhol da Diretiva n.º 2016/2370, que altera a Diretiva n.º 2012/34/UE (Recast).⁶³
76. Nesse contexto, a CNMC considerou que o ajuste direto deve ser visto como um mecanismo subsidiário à licitação concorrencial, a qual é vista como o procedimento que garante a obtenção das eficiências visadas com o Pilar de Mercado do 4.º Pacote Ferroviário.
77. Em resultado, a CNMC defende que se deve apostar numa licitação competitiva dos serviços sujeitos a obrigações de serviço público, adiantando o calendário transitório fixado no Regulamento (CE) n.º 1370/2007, com o objetivo de introduzir as eficiências observadas nos países que já optaram pela sua liberalização.⁶⁴
78. Com efeito, são vários os exemplos de Estados-Membros que liberalizaram o acesso ao seu mercado doméstico, para o transporte ferroviário de passageiros, seja por via de concorrência pelo mercado, seja por via de concorrência no mercado, com resultados benéficos para a concorrência e as economias nacionais respetivas.
79. Os últimos dados disponíveis respeitam ao ano de 2015, e, por conseguinte, ainda prévios às datas impositivas para a implementação do 4.º Pacote Ferroviário.⁶⁵
80. A concorrência pelo mercado verifica-se em 11 Estados-Membros. Nestas jurisdições, a atribuição do serviço público é levada a cabo em resultado de um procedimento concursal competitivo e concorrencial. Destaca-se que, na Suécia e no Reino Unido o concurso público é efetuado tanto com relação a serviços ferroviários de longo curso como a serviços regionais/suburbanos. Na Dinamarca e na Estónia, apenas a nível de serviços ferroviários de longo curso. Na República Checa, na Dinamarca, na Alemanha, na Itália, nos Países Baixos, na Polónia, em Portugal (concessão da Fertagus) e na Eslováquia, apenas relativamente a serviços regionais/suburbanos.
81. A concorrência *no mercado* é prevista no enquadramento legal e regulatório (*de jure*) em 16 Estados-Membros: Áustria, Bulgária, Croácia, República Checa, Dinamarca, Estónia, Alemanha, Itália, Letónia, Lituânia, Polónia, Roménia, Eslováquia, Eslovénia, Suécia e Reino Unido. Destaca-se que, em seis desses Estados-Membros (Áustria, República Checa, Alemanha, Itália, Suécia, Reino Unido) a concorrência no mercado é efetiva (*de facto*), concorrendo já vários operadores.
82. A CMA (UK Competition and Markets Authority) publicou, em 2016⁶⁶, um estudo onde relata que, em sequência da concorrência observada entre um operador entrante (*Grand Central*) e o operador incumbente (*Virgin East Coast*), ocorreram alterações em termos de melhoria da qualidade, serviços inovadores e preços mais competitivos, nos serviços oferecidos. A título ilustrativo, referem que o novo entrante passou a oferecer *wifi* grátis

⁶³ Cf. “La CNMC aprueba el informe sobre el Anteproyecto para modificar la Ley del Sector Ferroviario (Ley 38/2015) (31.07.2018)”, <https://www.cnmc.es/node/370149>; e “IPN/CNMC/014/18 - Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 38/2015 de 29 de Septiembre del Sector Ferroviario (25.07.2018)”, <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc01418>

⁶⁴ Cf. “IPN/CNMC/014/18 - Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 38/2015 de 29 de Septiembre del Sector Ferroviario, (25.07.2018)”, <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc01418>: “.

⁶⁵ Cf. “Railway Reform in ECE Region”, UNECE, UN, 2017, p. 39-40, https://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/main/sc2/2018-Railway_Reform_in_the_ECE_Region.pdf; Steer Davies Glease, “Study on the prices and quality of rail passenger services”, Final Report, April 2016 (MOVE/B2/2015-126, for the European Commission, DG MOVE, <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/rail/studies/doc/2016-04-price-quality-rail-pax-services-final-report.pdf>

⁶⁶ Cf. CMA, “Competition in passenger rail services in Great Britain. A policy document”, 08.03.2016, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/56ddc41aed915d037600000d/Competition_in_passenger_rail_services_in_Great_Britain.pdf

para todos os passageiros e que ofereceu um novo sistema de bilhetes e com 25% de desconto, tendo o incumbente seguido semelhante estratégia.

83. Na Alemanha⁶⁷, em resultado da introdução do processo de concurso público aplicado a serviços regionais, foi observado um decréscimo em cerca de 50% nos preços licitados em sede concursal, face ao cenário na ausência de processo concorrencial.
84. Em termos de novos entrantes, ilustramos alguns exemplos, a nível de outros Estados-Membros⁶⁸. No Reino Unido, a *Hull Trains* e *Grand Central* operam serviços liberalizados na *East Coast Main Line*. Em Itália, a *NTV* opera serviços de longo curso rápidos entre Turim e Nápoles. Na República Checa, a *RegioJet* e a *Leo Express* operam serviços no corredor Praga-Ostrava.
85. Refira-se, adicionalmente, as referências a impactos positivos da liberalização, por via da implementação do modelo de negócio *low cost*, em países que já abriram as suas linhas de passageiros (e.g., *FlixBus* na Alemanha).

Promoção da participação nos procedimentos

86. O grau de concorrência pelo mercado depende, não só do tipo de procedimento para atribuição do contrato de serviço público, mas também do grau de participação de operadores no procedimento.
87. A este respeito, refira-se que o Considerando 26 do Regulamento (UE) 2016/2338, que altera o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, refere que as “*autoridades competentes poderão tomar medidas para aumentar a concorrência entre as empresas ferroviárias limitando o número de contratos adjudicados a uma única empresa ferroviária*”.
88. Neste sentido, poderá ser pertinente considerar a possibilidade de divisão em lotes, nomeadamente caso se conclua pela sua pertinência enquanto opção instrumental para promover a participação de operadores na licitação. A divisão em lotes, quando a dimensão do contrato é passível de funcionar como barreira à entrada de participantes no procedimento, pode fomentar a participação e, assim, a concorrência, no procedimento de atribuição do contrato.

Desenho dos contratos

89. No que diz respeito ao desenho do contrato de serviço público, considera-se que, no sentido de promover a concorrência e evitar a criação de barreiras à entrada desproporcionais, **é crucial que, no contrato que vier a ser celebrado, a estipulação das obrigações de serviço público e as compensações associadas se reja pelos princípios da igualdade, da transparência e da proporcionalidade**, sob pena de se encerrar de forma artificial o mercado.
90. A este respeito, refira-se que, de acordo com o quadro legal aplicável em Portugal, a atribuição do contrato de serviço público carece de parecer prévio vinculativo do regulador setorial, a AMT, no âmbito dos seus poderes de regulação.

Prazo de concessão

91. No que diz respeito à duração dos contratos de concessão, as regras europeias⁶⁹ preveem que, no caso de atribuição via concurso, a duração é limitada, não podendo ser superior a 15 anos. Sem prejuízo, a duração pode ser prorrogada por metade da duração inicial se os

⁶⁷ Cf. Steer Davies Glease, “*Study on the prices and quality of rail passenger services*”, Final Report, April 2016 (MOVE/B2/2015-126, for the European Commission, DG MOVE, <https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/rail/studies/doc/2016-04-price-quality-rail-pax-services-final-report.pdf>)

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ Cf. Artigo 4 n.ºs 3 e 4 do Regulamento (CE) n.º 1370/2007.

operadores fornecerem ativos que sejam significativos face ao conjunto dos ativos objeto do contrato e tendo em conta a sua amortização. Adicionalmente, no caso de necessidade de investimento excecional (em infraestruturas, em material circulante, ou em veículos) a duração pode ser superior com vista a amortização do capital.

92. Assim, os princípios que devem reger a determinação da duração da concessão norteiam-se, pela conjugação, por um lado, do benefício de expor a concessão à concorrência com maior regularidade e, por outro, assegurar que não resultem fragilizados os incentivos à entrada de operadores e à realização de investimentos. Nessa medida, o prazo não deve exceder o necessário à recuperação dos investimentos pelo operador a quem for atribuída a concessão, em resultado do concurso.
93. Na opção de se celebrar, neste momento um contrato com o operador interno, sem licitação concorrencial, **deve ponderar-se, na determinação do prazo do contrato, o impacto do adiamento da abertura do mercado à concorrência.**
94. As regras do 4º Pacote Ferroviário preveem um prazo regra de até 10 anos para contratos celebrados por ajuste direto. Excecionalmente, a duração dos contratos pode ser de até 15 anos⁷⁰, quando os operadores fornecerem ativos que sejam significativos face ao conjunto dos ativos necessários à realização dos serviços, que tenham de ser amortizados.
95. Assim, **caso se opte pela adjudicação à CP por ajuste direto, considera-se que se deve limitar a duração do contrato à estritamente necessária para amortizar os investimentos associados**, de forma a não adiar mais, desnecessariamente, a abertura do processo à concorrência.
96. Neste contexto, e ainda que as regras europeias prevejam, mediante certas condições, uma extensão do prazo limite de 10 para 15 anos, **não deixa de se sinalizar o custo associado a uma prorrogação desnecessária do prazo do contrato**, que adiaria a oportunidade de concretização dos benefícios da concorrência pelo mercado.

Teste de equilíbrio económico para a entrada de novos operadores

97. A existência de contratos de serviço público não impede, na teoria, que outras empresas possam explorar as linhas de caminhos-de-ferro de Portugal, conforme convolam as Diretivas Europeias.
98. As transportadoras, para que possam entrar em Portugal, têm de solicitar ao gestor da infraestrutura - a IP -, se existem horários (canais) disponíveis para estes comboios circularem.
99. De acordo com as normas europeias do 4.º Pacote Ferroviário, a partir de 1 de janeiro de 2019, a gestora da rede ferroviária portuguesa - a IP -, não pode negar (de forma liminar) a solicitação de canais horários pelos operadores que se apresentem à exploração dos serviços ferroviários de passageiros. Trata-se de um direito de acesso visado pela liberalização, a tempo de que horários de serviço/trajetos solicitados tenham início em 14 de dezembro de 2020⁷¹. Porém, conforme supra se referiu, esta regra é passível de ser derogada, em particular, em função do resultado do “teste de equilíbrio económico”.
100. O “teste de equilíbrio económico”⁷² é uma análise que deve determinar se o acesso à rede pode ser permitido a uma outra empresa ferroviária, quando o serviço que pretende fornecer coincide com um serviço (local, urbano, suburbano, regional, municipal, intermunicipal ou inter-regional) sujeito a obrigações de serviço público.

⁷⁰Cf. Artigo 5.º, n.º 4-B alterado (sobre a aplicação do artigo 4.º, n.º 4), e artigo 5.º, n.º 6, todos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338.

⁷¹ Cf. Artigo 10.º, n.º 2 (alterado pela Diretiva n.º 2016/2370/EU), da Diretiva n.º 2012/34/EU (alterada).

⁷² Cf. Artigo 11.º, n.º 3 da Diretiva Recast, na redação dada pela Diretiva n.º 2016/2370.

101. Em novembro de 2018, a Comissão Europeia adotou o Regulamento de Execução (UE) n.º 2018/1795⁷³ que especifica os procedimentos e critérios a seguir para efeitos da aplicação do teste de equilíbrio económico, pelos reguladores nacionais
102. O Regulamento de Execução (UE) n.º 2018/1795 refere expressamente que o teste de equilíbrio económico visa alcançar uma “harmonia entre interesses concorrentes”⁷⁴. Trata-se de um teste que visa avaliar a proporcionalidade entre os interesses legítimos dos operadores que prestam um serviço público e das autoridades competentes, por um lado, com os objetivos preponderantes da conclusão do Espaço Ferroviário Europeu Único e da concretização de benefícios sociais mais amplos, por outro lado.
103. A nível nacional, compete à AMT efetuar o teste de equilíbrio económico, apoiado em critérios definidos a nível Europeu⁷⁵, sendo que o acesso pode ser negado se ocorrer um “impacto negativo substancial”.
104. A decisão deve incluir uma avaliação sobre a *“rentabilidade dos serviços prestados ao abrigo do contrato de serviço público ou sobre o custo líquido da sua prestação para a autoridade competente, ou sobre ambos, consoante as disposições de partilha de riscos estipuladas no contrato de serviço público”*; uma avaliação dos *“benefícios líquidos para os consumidores resultantes do novo serviço a curto e médio prazo”*; e deve ter em conta as informações técnicas fornecidas pelo gestor da infraestrutura sobre *“impactos esperados no desempenho da rede e na utilização ótima da capacidade por todos os candidatos”*.⁷⁶
105. A entidade reguladora deve indicar, quando pertinente, *“as condições que permitam a concessão de acesso, nomeadamente à luz da sua análise dos benefícios líquidos para os clientes decorrentes do novo serviço de transporte ferroviário de passageiros”*^{77,78}.
106. A avaliação do teste de equilíbrio económico é, como tal, de essencial importância para o acesso ao mercado por operadores da UE, concretizando a liberalização do setor ferroviário de passageiros esperada.
107. Mais se recomenda **que seja permitido que, mesmo em trajetos englobados em contratos de serviços público, seja possível a entrada de concorrentes que se apresentem à exploração de canais horários de serviços ferroviários de passageiros**, desde que respeitando o teste de equilíbrio económico.

Compensação pela prestação do serviço público

108. As regras sobre compensação pelo serviço público encontram-se definidas no Regulamento (CE) n.º 1370/2007⁷⁹, e visam evitar a sobrecompensação, por um lado, mas assegurando a adequada compensação para a prestação dos serviços, por outro.
109. A fim de aumentar a transparência e de evitar subvenções cruzadas, quando um operador de serviço público explora simultaneamente serviços sujeitos a obrigações de serviço público de transportes que beneficiam de compensação e outras atividades, a

⁷³ Cf. Regulamento de Execução (UE) n.º 2018/1795, que estabelece o procedimento e os critérios de aplicação do teste do equilíbrio económico previsto no artigo 11.º da Diretiva n.º 2012/34/UE.

⁷⁴ Cf. Considerando 3, do Regulamento de Execução (EU) n.º 2018/1795.

⁷⁵ Cf. Artigo 11.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4 (alterado pela Diretiva n.º 2016/2370/EU), da Diretiva n.º 2012/34/EU (alterada).

⁷⁶ Cf. Considerandos, e.g., 5, 7, 8, do Regulamento de Execução (EU) n.º 2018/1795.

⁷⁷ Cf. Considerando 18, do Regulamento de Execução (EU) n.º 2018/1795.

⁷⁸ De notar, adicionalmente, que os artigos 10.º e 11.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2012/34/UE se aplicam a partir de 1 de janeiro de 2019, mas não são aplicáveis aos serviços ferroviários com início antes de 12 de dezembro de 2020, pelo que se continua a aplicar o Regulamento de Execução (UE) n.º 869/2014 após 1 de janeiro de 2019, mas apenas no atinente aos novos serviços de transporte ferroviário de passageiros com data de início prevista para antes de 12 de dezembro de 2020. A aplicação do Regulamento de Execução (UE) n.º 869/2014 da Comissão deve ser subordinada à condição de as notificações dos candidatos serem submetidas num prazo razoável para a realização do processo de programação e autorização, para que os serviços possam efetivamente ter início antes de 12 de dezembro de 2020, cf. Considerando 24, do Regulamento de Execução (EU) n.º 2018/1795.

⁷⁹ Cf. Artigo 6.º, n.º 1 (alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2016/2338) e Anexo, ambos do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 (alterado).

contabilidade dos referidos serviços públicos deve ser separada, satisfazendo um mínimo de critérios definidos a nível da UE.⁸⁰

110. No que diz respeito ao desenho do contrato de serviço público, e a fim de promover a concorrência e evitar a criação de barreiras à entrada desproporcionais, **é crucial que, no contrato que vier a ser celebrado, a estipulação das obrigações de serviço público e as compensações associadas se reja pelos princípios da igualdade, da transparência e da proporcionalidade**, sob pena de se encerrar de forma artificial o mercado.
111. Em Portugal, esta matéria pode ser alvo de avaliação pela AMT, no contexto do parecer prévio vinculativo do regulador setorial ao contrato de serviço público.

Considerações adicionais sobre barreiras à entrada de novos operadores

112. A concretização da liberalização do acesso ao mercado de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional, prevista no Pilar de Mercado do 4.º Pacote Ferroviário, por potenciais novos operadores privados, enfrenta ainda desafios associados à existência de barreiras à entrada adicionais.
113. A este respeito, refira-se, por exemplo, o acesso a material circulante. Este *input*, necessário à prestação do serviço, apresenta custos elevados, que poderão, em circunstâncias particulares, ser considerados custos afundados.
114. As características técnicas da bitola Portuguesa (distância entre carris) fazem com que um potencial novo entrante apenas possa hipoteticamente alugar ou adquirir, em mercado secundário, material circulante em Portugal ou em Espanha, já que apenas os dois países comungam da bitola ibérica.
115. Assim, a falta de interoperabilidade da bitola ibérica com as redes europeias reforça as barreiras à entrada, na medida em que dificulta (ou impossibilita) a revenda de material circulante, resultando o investimento em custos afundados.
116. Portugal ainda usa comboios a gásóleo, pois cerca de um terço da infraestrutura ferroviária portuguesa está ainda por eletrificar, dificultando o uso de material circulante elétrico.⁸¹
117. No Considerando 28 do Regulamento (EU) n.º 2016/2338, que altera o Regulamento (CE) n.º 1370/2007, encontra-se expressamente reconhecido que ao *“preparar concursos para a adjudicação de contratos, as autoridades competentes deverão avaliar se é necessário tomar medidas para garantir um acesso eficaz e não discriminatório ao material circulante adequado.”*
118. Adicionalmente, o Artigo 5.º - A do Regulamento (EU) n.º 2016/2338 concretiza, prevendo que *“essa avaliação tome em consideração a existência de empresas de aluguer de material circulante ou de outros intervenientes que forneçam serviços de aluguer de material circulante”*. Mais especifica a mesma disposição que *“ao preparar concursos, as autoridades nacionais podem decidir, nos termos do direito nacional e em conformidade com as regras sobre os auxílios estatais, tomar medidas adequadas para garantir um acesso efetivo e não discriminatório ao material circulante adequado”*.
119. Neste contexto, é previsto que i) *“possa ser adquirido material circulante pela autoridade competente disponibilizando-o ao operador de serviço público a preços de mercado ou no âmbito do contrato”*; ii) *“fornecimento de uma garantia, pela autoridade, ao operador de serviço público a preços de mercado ou no âmbito do contrato”*; iii) *“no compromisso da autoridade competente de tomar a cargo o material circulante em condições financeiras*

⁸⁰ Cf. Artigo 6.º, n.º 1, Anexo, parágrafo 5.º, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 (alterado).

⁸¹ Cf. Fonte pública, <http://visao.sapo.pt/actualidade/economia/2018-09-04-CP-vai-comprar-22-comboios-mas-so-chegam-daqui-a-cinco-anos> (04.09.2018).

pré definidas non termo do contrato a preços de mercado” ou iv) “ na cooperação com outras autoridades competentes para criar um conjunto mais vasto de material circulante”.

120. No sentido de mitigar estas barreiras à entrada de novos operadores, outros Estados-Membros implementaram modelos com o objetivo de eliminar as vantagens concorrenciais do operador histórico, mediante a criação de entidades independentes de aluguer de material circulante. No Reino Unido são denominadas de “*Rolling Stock Leasing Companies*” e detêm a propriedade da quase totalidade do material circulante, alugando-o às empresas transportadoras, mediante um acesso em condições equitativas e não discriminatórias⁸².
121. Em junho de 2014, também a *CNMC* dirigiu um conjunto de recomendações ao Governo Espanhol, no sentido de optar pela criação de empresas independentes de aluguer de material circulante, no seu “*Documento de reflexión sobre el proceso de liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril*”⁸³. A *CNMC* propôs a eliminação das vantagens concorrenciais que o operador histórico (a RENFE) detinha, no acesso a material circulante, perante potenciais concorrentes⁸⁴.
122. Posteriormente, em julho de 2018, a *CNMC* confirmou que as características técnicas da rede ferroviária espanhola, em particular, a largura da trilha (bitola), fazem com que o acesso a material circulante, novo e em segunda mão, seja especialmente custoso⁸⁵ para novos entrantes no mercado espanhol. A *CNMC* confirmou também que a falta de interoperabilidade das redes europeias com a rede Espanhola faz com que seja difícil a revenda de material circulante, resultando o investimento em custos afundados.
123. Nas recomendações dirigidas ao Governo Espanhol, a *CNMC* propôs que caso o operador histórico se mantivesse/fosse o proprietário do material circulante, fosse considerada a introdução de uma obrigação temporária que facilitasse o aluguer de material circulante, acompanhada de compromissos de reversão por parte de potenciais entrantes. O objetivo era o de que, no médio prazo, estes pudessem concorrer com frota própria, assegurando que, no momento da liberalização, pudessem contar com o acesso a estes ativos. A *CNMC* asseguraria que esse acesso, por terceiros, seria efetivo.⁸⁶
124. Face ao exposto, **considera-se que seria pertinente que fossem consideradas eventuais medidas no sentido de mitigar a barreira à entrada no acesso a estes *inputs*, permitindo e/ou facilitando o acesso por potenciais entrantes a material circulante.**
125. Com efeito, a efetivação da liberalização, e a concretização dos benefícios associadas à concorrência pelo mercado de diversos operadores depende, em grande medida, das condições de entrada, nomeadamente no que respeita a material circulante, pelo que este é um aspeto que importa ponderar na solução a adotar.

⁸² Cf. <http://orr.gov.uk/about-orr/who-we-work-with/industry-organisations/rolling-stock-companies>.

⁸³ Cf. “*PRO/DTSP/0001/14*” (25.06.2014), <https://www.cnmc.es/file/30954/download>

⁸⁴ Cf. “*PRO/DTSP/0001/14*” (25.06.2014), <https://www.cnmc.es/file/30954/download>.

⁸⁵ Cf. “*IPN/CNMC/014/18 - Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 38/2015 de 29 de Septiembre del Sector Ferroviario*” (25.07.2018), <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc01418>, a *CNMC* indica que o custo de um comboio de alta velocidade ascende a EUR 25/30 milhões.

⁸⁶ Cf. “*IPN/CNMC/014/18 - Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 38/2015 de 29 de Septiembre del Sector Ferroviario, 25/07/2018*”, <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc01418>.

III.3. Recomendações

Celebração de contratos de serviço público

1. Atendendo à oportunidade que o momento atual encerra em termos da concretização dos benefícios associadas à concorrência pelo mercado, para o Estado (poupanças públicas) e para os consumidores (ofertas competitivas em preço, qualidade e inovação), considera-se que se deveria privilegiar a atribuição de contratos de serviço público de transporte ferroviário de passageiros mediante concurso público internacional.
2. No procedimento, seria pertinente considerar a adequabilidade de uma eventual divisão em lotes, no sentido de promover a participação de mais operadores no procedimento.
3. A adjudicação de contratos de serviço público de transporte ferroviário de passageiros, a nível nacional, por ajuste direto, pode implicar custos para o Estado e prejuízo para os consumidores. Esta opção deverá ser encarada como um mecanismo excecional, utilizada a título subsidiário, em face de comprovada desadequação, ineficiência ou desproporcionalidade de adjudicação por via de concurso público internacional.
4. A optar-se, no momento presente, pela atribuição de um contrato de serviço público por ajuste direto, recomenda-se que, no termo do contrato que vier a ser celebrado, seja promovido um concurso público internacional para atribuição de novo contrato de serviço público, de forma a não adiar mais a abertura do processo à concorrência pelo mercado.

Duração de contratos de serviço público

5. Na celebração de contratos de serviço público de transporte ferroviário de passageiros, a nível nacional, por ajuste direto, por regra, deve atender-se à duração mínima necessária à recuperação de investimentos.
6. A optar-se, no momento presente, pela atribuição de um contrato de serviço público por ajuste direto, considera-se que se deve limitar a duração do contrato à estritamente necessária para amortizar os investimentos associados, de forma a não adiar, desnecessariamente, a abertura do processo à concorrência. Neste contexto, e ainda que as regras europeias prevejam, mediante certas condições, uma extensão do prazo limite de 10 para 15 anos, não deixa de se sinalizar o custo associado a uma prorrogação desnecessária do prazo do contrato, que adiará a oportunidade de concretização dos benefícios da concorrência pelo mercado.

Proporcionalidade da compensação em contratos de serviço público

7. No sentido de promover a concorrência e evitar a criação de barreiras à entrada desproporcionais, é crucial que as regras gerais e os princípios aplicáveis às obrigações de serviço público se rejam por princípios da igualdade, transparência e proporcionalidade das compensações financeiras, evitando sobrecompensação que distorça a concorrência e onere desnecessariamente o Estado.

Proporcionalidade do teste de equilíbrio económico

8. No âmbito do teste de equilíbrio económico, e no sentido de promover a concorrência, considera-se que deve permitir-se que, mesmo em trajetos englobados em contratos de serviço público, seja possível a entrada de concorrentes que se apresentem à exploração de canais horários de serviços ferroviários de passageiros.

Outras barreiras à entrada

9. Considera-se que seria pertinente que fossem equacionadas eventuais medidas para mitigar as barreiras à entrada quanto ao acesso a material circulante, promovendo um acesso eficaz e não discriminatório a estes *inputs*, com vista à concretização da liberalização do acesso ao mercado de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional, por potenciais novos operadores.

Conteúdo

I.	Sumário Executivo	1
II.	Processo de Liberalização do Transporte Ferroviário ao nível da UE	4
II.1.	1.º, 2.º e 3.º Pacotes Ferroviários – Liberalização do Transporte Ferroviário de Mercadorias a nível Nacional e Internacional e do Transporte Ferroviário de Passageiros a nível Internacional	4
II.2.	4.º Pacote Ferroviário – Liberalização do Transporte Ferroviário de Passageiros a nível Nacional	5
i.	<i>Liberalização por via de regras de contratação pública dos serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional</i>	<i>7</i>
ii.	<i>Liberalização por via do livre acesso e exercício por operadores, públicos ou privados, dos serviços de transporte ferroviário de passageiros a nível nacional.....</i>	<i>8</i>
III.	Desafios na Implementação do Pilar de Mercado do 4.º Pacote Ferroviário	9
III.1.	Enquadramento do contexto atual de prestação de serviços do transporte ferroviário de passageiros, a nível nacional.....	9
III.2.	Submissão do Transporte Ferroviário de Passageiros a nível Nacional à Concorrência	10
III.3.	Recomendações	17

Lisboa, 14 de dezembro de 2018.