III

(Outros atos)

ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

DECISÃO DELEGADA DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA

n.º 42/19/COL

de 17 de junho de 2019

que isenta a exploração de serviços públicos de transporte por autocarro na Noruega da aplicação da Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho [2019/...]

O ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA,

Tendo em conta o Ato referido no ponto 4 do Anexo XVI ao Acordo EEE relativo aos processos de adjudicação de contratos públicos no setor dos serviços de utilidade pública (Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE ([1])) (a seguir designada «a Diretiva»), nomeadamente os artigos 34.º e 35.º,

Tendo em conta o Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um Órgão de Fiscalização e de um Tribunal de Justiça (a seguir designado «Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal»), nomeadamente os artigos 1.º e 3.º do seu Protocolo n.º 1,

Após consulta do Comité de Contratos Públicos da EFTA,

Considerando o seguinte:

1. **FACTOS**

(1) Em 27 de novembro de 2018, na sequência de debates realizados antes da notificação, o Órgão de Fiscalização da EFTA («Órgão de Fiscalização») recebeu um pedido da Nettbuss AS, atualmente Vy Buss AS («a requerente»), nos termos do artigo 35.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE («o pedido») ([2]).

(2) O pedido diz respeito à exploração de serviços públicos de transporte em autocarro na Noruega. As atividades de gestão dos transportes públicos realizadas, na prática, pelas autoridades de transportes públicos não são abrangidas pelo pedido ([3]).

(3) A requerente é uma «empresa pública» na aceção da Diretiva, na medida em que o Ministério dos Transportes e Comunicações da Noruega detém indiretamente 100 % do capital subscrito, através da sua propriedade do NSB AS, atualmente Vygruppen AS (um grupo de transporte de que o requerente faz parte) ([4]).

(4) A requerente exerce uma das atividades abrangidas pela Diretiva, sendo, por conseguinte, uma «autoridade adjudicante» na aceção da mesma.

([1]) JO L 94 de 28.3.2014, p. 243. Incorporado no Acordo EEE através da Decisão do Comité Misto do EEE n.º 97/2016 (JO L 300 de 16.11.2017, p. 49 e Suplemento EEE n.º 73 de 16.11.2017, p. 53).

([2]) Documento n.º 1040381.

([3]) Assim, por exemplo, a adjudicação por um município de um contrato de exploração de serviços de autocarro a um operador de autocarros não estaria abrangida pelo presente pedido. Em contrapartida, um contrato adjudicado por esse operador (por exemplo) a uma empresa de limpeza para a limpeza de autocarros ou a uma empresa que fornece autocarros para utilização pelo operador estaria abrangido pelo âmbito de aplicação do pedido. Esta distinção foi clarificada pelo TJUE no processo C-388/17, *SJ*, UE:C:2019:161 («*SJ*»), n.º 53 (ver o considerando 31 infra). Na presente decisão, o Órgão de Fiscalização fará referência ao conceito de «atividade» na aceção da Diretiva 2014/25/UE.

([4]) Página 3 do Pedido.

(5) Nos termos das secções 2 a 9 do Regulamento norueguês n.º 975, de 12 de agosto de 2016, relativo aos contratos públicos celebrados por entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais ([5]), as autoridades adjudicantes podem apresentar pedidos ao abrigo do disposto no artigo 35.º da Diretiva.

(6) O pedido foi acompanhado de uma posição fundamentada e justificada adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência em 29 de junho de 2018, tendo concluído que a requerente estava diretamente exposta à concorrência na sua prestação de serviços de transporte público de autocarro e que na Noruega havia um acesso não limitado ao mercado para a adjudicação de contratos de prestação de serviços de transporte público de autocarro ([6]).

(7) A Autoridade informou a Noruega da receção do pedido em 30 de novembro de 2018 ([7]).

(8) Em conformidade com o ponto 1 do anexo IV da Diretiva 2014/25/UE, a Autoridade dispõe de 130 dias úteis para adotar uma decisão sobre o pedido, sendo o prazo o dia 18 de junho de 2019 ([8]).

(9) Nos termos da Decisão Delegada n.º 37/19/COL, de 23 de abril de 2019 ([9]), a Autoridade solicitou ao Comité de Contratos Públicos da EFTA que emitisse o seu parecer no âmbito do procedimento consultivo estabelecido no artigo 2.º da Decisão do Comité Permanente n.º 3/2012 ([10]).

(10) O Comité de Contratos Públicos da EFTA emitiu um parecer favorável, por unanimidade, sobre o projeto de decisão do Órgão de Fiscalização, nos termos do procedimento escrito, em 22 de maio de 2019 ([11]).

2. **QUADRO JURÍDICO**

(11) A Diretiva aplica-se, nomeadamente, à adjudicação de contratos para a realização de atividades relacionadas com a disponibilização ou exploração de redes de prestação de serviços ao público no domínio dos transportes por autocarro ([12]).

(12) Nos termos do segundo parágrafo do artigo 11.º da Diretiva, considera-se que existe uma rede quando o serviço é prestado nas condições estabelecidas por uma autoridade competente de um Estado-Membro, tais como, por exemplo, as condições nas linhas a servir, a capacidade disponível ou a frequência do serviço.

(13) No *Serviço Jurídico* ([13]), na interpretação do artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho ([14]) (cuja redação é idêntica à do artigo 11.º da Diretiva), no contexto das redes ferroviárias, o Tribunal de Justiça declarou que «…há que considerar que a atividade de "exploração de redes" se refere ao exercício do direito de utilização da rede ferroviária para a prestação dos serviços de transporte, ao passo que a atividade de "disponibilização de redes" remete para a gestão da rede» ([15]). O Tribunal de Justiça concluiu que o «artigo 5.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/17 deve ser interpretado no sentido de que a atividade exercida por uma empresa ferroviária, que consiste na prestação de serviços de transporte ao público mediante o exercício de um direito de utilização da rede ferroviária, constitui uma "exploração de redes" para efeitos desta diretiva» ([16]). A exploração de serviços públicos de transportes de autocarro na Noruega é equivalente no domínio dos transportes de autocarro à atividade exercida por uma empresa ferroviária referida no *SJ* no domínio dos transportes por caminho de ferro, sendo por conseguinte uma atividade à qual a Diretiva se aplica.

([5]) Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-975.
([6]) Documento n.º 1040380.
([7]) Documento n.º 935075.
([8]) Em conformidade com o Regulamento (CEE, EURATOM) n.º 1182/71 do Conselho, de 3 de junho de 1971, relativo à determinação das regras aplicáveis aos prazos, às datas e aos termos (JO L 124 de 8.6.1971, p. 1), os feriados são excluídos do prazo. Ver feriados em 2018 e 2019: Estados EEE/EFTA e instituições do EEE, JO C 429 de 14.12.2017, p. 25 e Suplemento EEE n.º 81 de 14.12.2017, p. 1 e JO C 422 de 22.11.2018, p. 7 e Suplemento EEE n.º 77 de 22.11.2018, p. 1.
([9]) Documento n.º 1056012.
([10]) Nos termos do artigo 4.º do Regulamento (UE) n.º 182/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão, tal como adaptado (JO L 55 de 28.2.2011, p. 13).
([11]) Ver documento n.º 1070910 sobre o resultado do procedimento escrito.
([12]) Artigo 11.º da Diretiva.
([13]) Já referido na nota 3 supra.
([14]) Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, JO L 134 de 30.4.2004, p. 1, incorporada no Acordo EEE pela Decisão do Comité Misto n.º 68/2006 (JO L 245 de 7.9.2006, p. 22 e Suplemento EEE n.º 44 de 7.9.2006, p. 18).
([15]) SJ, n.º 53 do acórdão.
([16]) SJ, n.ºs 54 e 2 do dispositivo do acórdão.

(14) O artigo 34.º da Diretiva estabelece que os contratos destinados a permitir a realização de uma das atividades a que a Diretiva se refere não estão abrangidos pela Diretiva se, no Estado-Membro em que é exercida a atividade, esta última está diretamente exposta à concorrência em mercados de acesso não limitado. A exposição direta à concorrência é avaliada com base em critérios objetivos, tendo em conta as características específicas do setor em causa.

(15) O artigo 35.º da Diretiva estabelece o procedimento para determinar se é aplicável a isenção estabelecida no artigo 34.º. Tal como adaptado, prevê que um Estado ou, se previsto na legislação do Estado em causa, uma entidade adjudicante possa apresentar um pedido à Autoridade para estabelecer que a referida diretiva não se aplica à adjudicação de contratos nem à organização de concursos de conceção que visem o exercício dessa atividade. A Autoridade deve decidir se a atividade está diretamente exposta à concorrência em mercados de acesso não limitado (com base nos critérios estabelecidos no artigo 34.º) .

(16) A presente decisão não prejudica a aplicação das regras relativas à concorrência ([17]) e a outros domínios do direito do EEE. Em especial, os critérios e a metodologia utilizados para avaliar a exposição direta à concorrência, nos termos do artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE, não são necessariamente idênticos aos utilizados para efetuar uma avaliação nos termos do artigo 53.º ou 54.º do Acordo EEE ou do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho ([18]), tal como adaptado ao Acordo EEE ([19]).

(17) O objetivo da presente decisão é determinar se as atividades abrangidas pelo pedido estão expostas a um nível de concorrência (em mercados de acesso não limitado na aceção do artigo 34.º da Diretiva) que garanta, mesmo na ausência da disciplina resultante das regras pormenorizadas aplicáveis aos contratos públicos definidas na Diretiva, que os concursos para o exercício das atividades em causa serão realizados de forma transparente e não discriminatória, com base em critérios suscetíveis de permitir aos compradores identificarem a solução globalmente mais vantajosa em termos económicos.

3. **APRECIAÇÃO**

3.1. **Livre acesso ao mercado**

(18) No caso em apreço, a atividade em causa é a exploração de serviços públicos de transporte em autocarro. Esta atividade é executada no âmbito de contratos adjudicados pelas autoridades responsáveis pelos transportes públicos (ARTP). Na Noruega, existem diferentes tipos de serviços de autocarro (ver o considerando 41 infra) e a atividade relevante é referida a nível nacional como a exploração de serviços de transportes regulares de autocarro.

(19) No que se refere à exploração de serviços públicos de transporte de autocarro, não existe legislação relevante do EEE com base na qual se possa presumir que existe livre acesso ao mercado nos termos do artigo 34.º, n.º 3, da Diretiva. Por conseguinte, é necessário proceder a uma apreciação pertinente com base no quadro regulamentar e na prática das ARTP, devendo ser demonstrado que o acesso ao mercado em causa é livre *de facto* e *de direito*.

(20) Importa ter presente que o objetivo da presente decisão é determinar se as atividades abrangidas pelo pedido estão expostas a um nível de concorrência (em mercados de acesso não limitado na aceção do artigo 34.º da Diretiva) que garanta, mesmo na ausência da disciplina resultante das regras pormenorizadas aplicáveis aos contratos públicos definidas na Diretiva, que os contratos para o exercício das atividades em causa serão executados de forma transparente e não discriminatória, com base em critérios suscetíveis de permitir aos compradores identificarem a solução globalmente mais vantajosa em termos económicos. A apreciação efetuada para esse efeito não implica a verificação de que cada contrato individual de exploração de serviços de transporte público de autocarro tenha sido adjudicado em plena conformidade com o direito do EEE, mas antes se o quadro regulamentar e/ou a prática das ARTP restringem o acesso *de facto* ou *de direito* ao mercado.

([17]) Artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva. Ver também o considerando 44 da Diretiva.
([18]) Regulamento (CE) n.° 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das concentrações comunitárias») (JO L 24 de 29.1.2004, p. 1).
([19]) Ver Acórdão em *Österreichische Post AG*v *Comissão* T-463/14, Colet., UE:T:2016:243, n.º 28.

(21) No que se refere a eventuais restrições legais relativas ao acesso ao mercado de serviços de transporte público de autocarro, o Órgão de Fiscalização observa que existem requisitos em matéria de licenças e que os serviços são prestados no âmbito de contratos. No entanto, no pedido, a requerente considerou que os requisitos de licença não podiam constituir uma restrição do acesso ao mercado ([20]) e que, além disso, não existiam direitos especiais ou exclusivos associados às licenças ([21]). A requerente afirmou ainda que as propostas estão em conformidade com o Regulamento (CE) n.° 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho ([22]) e com a Diretiva, pelo que não restringem, *de jure* ou *de facto*, o acesso ao mercado ([23]).

(22) Segundo jurisprudência constante, um sistema de autorização prévia não pode legitimar decisões discricionárias tomadas pelas autoridades nacionais que sejam suscetíveis de privar de efeito útil as disposições do direito do EEE ([24]). Para que um regime de autorização prévia seja justificado mesmo que derrogue a liberdade fundamental de prestação de serviços, deve basear-se em critérios objetivos, não discriminatórios e conhecidos antecipadamente, de modo a enquadrar o exercício do poder de apreciação das autoridades nacionais, por forma a que este não seja utilizado de modo arbitrário ([25]).

(23) Os serviços de transportes regulares por autocarro na Noruega são regidos pela Lei n.º 45, de 21 de junho de 2002, relativa aos transportes profissionais por veículos a motor ou navios ([26]) («Lei relativa aos transportes profissionais») e pelo regulamento relativo aos transportes profissionais, adotado com base nessa lei ([27]).

(24) A secção 4 da Lei dos Transportes Profissionais exige que as empresas que pretendam explorar serviços públicos de transporte em autocarro obtenham uma licença geral («transportløyve»), emitida pela Administração das Estradas Públicas da Noruega (Statens vegvesen) ([28]). Embora a redação da Lei dos Transportes Profissionais sugira que a Administração das Estradas Públicas dispõe de poder discricionário na medida em que é utilizado o termo «pode», na legislação a utilização deste termo é comum apesar de, na prática, o poder discricionário ser limitado ou mesmo inexistente. Segundo os trabalhos preparatórios da Lei, o regime de licenças é um instrumento de controlo da qualidade dos serviços prestados ([29]). Em conformidade com a secção 4 do regulamento sobre os transportes profissionais, se não existirem motivos específicos em contrário, pode ser concedida uma licença a um requerente que preencha os requisitos. Além disso, a Autoridade Norueguesa da Concorrência afirmou que é atribuída uma tal licença a qualquer pessoa que preencha as condições objetivas ([30]). O Órgão de Fiscalização não recebeu informações que contradigam as conclusões acima expostas.

(25) Além disso, para a exploração de serviços regulares de transporte por autocarro, em geral é exigida uma licença ao abrigo da secção 6, n.º 1, da Lei dos Transportes Profissionais, emitida pelos municípios locais competentes ([31]). As empresas de gestão estão isentas da obrigação de licença e quando uma ARTP é uma empresa de gestão e continua a ser responsável perante o público e o operador atua como subcontratante, não é necessária uma licença, uma vez que a isenção de que beneficia a empresa de gestão se aplica igualmente ao operador ([32]).

(26) A secção 8 da Lei sobre os transportes profissionais prevê que as licenças para serviços de transporte sujeitos a compensações ou a direitos exclusivos sejam atribuídas mediante concursos públicos se tal for imposto pela lei sobre os transportes profissionais, a lei relativa aos contratos públicos ou os regulamentos na matéria adotados com base numa dessas leis. Quando, nos termos da secção 6, for exigida uma licença, esta é atribuída ao vencedor do concurso ([33]).

([20]) Ver, por exemplo, a página 40 do Pedido.
([21]) Página 11 do Pedido.
([22]) Regulamento (CE) n.° 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativo aos serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros e que revoga os Regulamentos (CEE) n.° 1191/69 e (CEE) n.° 1107/70 do Conselho (JO L 315 de 3.12.2007, p. 1), incorporado no Acordo EEE pela Decisão n.º 85/2008 do Comité Misto EEE (JO L 280 de 23.10.2008, p. 20 e Suplemento EEE n.º 64 de 23.10.2008, p. 13).
([23]) Página 30 do Pedido.
([24]) Acórdãos nos processos *Smits and Peerbooms*, C-157/99, UE:C:2001:404, n.º 90; *Müller-Fauré and van Riet*, C-385/99, UE:C:2003:270, n.º 84; *Watts*, C-372/04, UE:C:2006:325, n.º 115; Parecer do Advogado-Geral no processo *Watts*, C-372/04, UE:C:2005:784, n.º 70.
([25]) Acórdãos nos processos *Analir and Others*, C-205/99, UE:C:2001:107, n.º 38; *Watts*, C-372/04, UE:C:2006:325 n.º 116.
([26]) Yrkestransportloven.
([27]) Regulamento relativo aos transportes profissionais n.º 401 de 26 de março de 2003 («yrkestransportforskriften»).
([28]) Lei sobre os transportes profissionais, secção 4, e Regulamento relativo aos transportes profissionais, secção 3.
([29]) Ot.prp. nr. 74 (2001-2002) capítulo 2.
([30]) Página 4 da posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.
([31]) Lei sobre os transportes profissionais, secção 6, e Regulamento relativo aos transportes profissionais, secção 3.
([32]) Lei sobre os transportes profissionais, secção 6, n.º 2.
([33]) Página 4 da posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.

(27) Na prática, os serviços públicos de transporte por autocarro abrangidos pela Diretiva são executados nos termos de contratos adjudicados pelas ARTP e estão sujeitos às regras do EEE em matéria de contratos públicos, mais concretamente ([34]):

a) Regulamento (CE) n.º 1370/2007;

b) Diretiva 2014/25/UE; e/ou

c) Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho ([35]).

(28) As Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE entraram em vigor no EEE em 1 de janeiro de 2017. Anteriormente, eram aplicáveis a Diretiva 2004/17/CE e a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho ([36]).

(29) Os três instrumentos atuais exigem geralmente a realização de concursos abertos, transparentes e não discriminatórios, com exceções limitadas. Assim, os contratos e as licenças para os serviços regulares de transporte público de autocarro devem ser atribuídos por procedimentos de concurso concorrenciais, a menos que seja aplicável uma isenção nos termos do ato relevante do EEE ou que o contrato não seja abrangido pelos limiares para aplicação do ato relevante. O mesmo era aplicável ao abrigo das diretivas anteriores.

(30) De acordo com o Pedido, as ARTP têm recorrido cada vez mais a procedimentos de concurso concorrenciais para a adjudicação de contratos de serviços de autocarro. Embora em 2010 apenas 43 % dos serviços regulares de autocarro contratados tenham sido adjudicados por concurso, em 2018 essa percentagem aumentou para mais de 98 % e rondará os 100 % até 3 de dezembro de 2019 ([37]). A requerente declarou ainda que as derrogações a procedimentos de concurso são raramente utilizadas, que nenhuma ARTP presta serviços de transporte público de autocarro ao abrigo da exceção prevista no artigo 5.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 e que as adjudicações por ajuste direto para contratos de montante inferior aos limiares previstos no artigo 5.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 são utilizadas de forma muito limitada.

(31) O Órgão de Fiscalização comparou as informações fornecidas pela requerente em relação à situação em 2018 com as informações que recebeu, em 9 de novembro de 2018, do Governo norueguês ([38]) no contexto de uma análise geral dos contratos relativos à obrigação de serviço público com base no Regulamento (CE) n.º 1370/2007 ([39]). Esta apreciação confirmou amplamente as informações fornecidas pela requerente. O Governo norueguês forneceu informações sobre um total de 27 contratos adjudicados por ajuste direto, 13 dos quais deviam ser substituídos no decurso de 2019 por contratos que já tinham sido objeto de concurso. O valor total anual dos contratos adjudicados por ajuste direto foi fixado em cerca de 275 milhões de NOK, o que corresponde apenas a uma fração do valor total dos contratos relativos à obrigação de serviço público no setor dos transportes rodoviários públicos na Noruega (estimado em 11,6 mil milhões de NOK em 2017). Além disso, os únicos contratos adjudicados por ajuste direto que deverão permanecer em vigor após 10 de agosto de 2019 são os contratos que preenchem as condições do artigo 5.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007 (que permite a adjudicação por ajuste direto de contratos de montante inferior a certos limiares de valor ou de quilometragem).

(32) A análise das disposições jurídicas aplicáveis à adjudicação de contratos e à emissão de licenças para a exploração de serviços de transporte público de autocarro na Noruega revela que, atualmente, os referidos contratos e licenças são atribuídos numa base não discriminatória. Os procedimentos de concessão de licenças e de adjudicação de contratos, bem como os critérios aplicáveis, são os mesmos para todos os operadores do mercado, pelo que tal não pode ser equivalente a uma restrição do acesso ao mercado para efeitos da presente decisão.

(33) A Autoridade Norueguesa da Concorrência confirmou igualmente o livre acesso a esta atividade ([40]).

([34]) A escolha do instrumento aplicável é feita com base, nomeadamente, na natureza do contrato adjudicado e no facto de se encontrarem ou não preenchidas as condições do artigo 11.º da Diretiva 2014/25/UE no que respeita à disponibilização ou exploração de redes. A requerente afirmou que, regra geral, as ARTP respeitam o disposto na Diretiva 2014/25/UE na adjudicação de contratos para a exploração de serviços de transporte público por autocarro. No entanto, algumas ARTP adjudicaram contratos em conformidade com a Diretiva 2014/24/UE, e os requisitos em matéria de adjudicação previstos no Regulamento (CE) n.º 1370/2007 podem aplicar-se a alguns contratos.

([35]) Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, JO L 94 de 28.3.2014, p. 65 e incorporada no Acordo EEE pela Decisão do Comité Misto n.º 97/2016 (JO L 300 de 16.11.2017, p. 49 e Suplemento EEE n.º 73 de 16.11.2017, p. 53).

([36]) Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134 de 30.4.2004, p. 114), incorporada no Acordo EEE pela Decisão do Comité Misto n.º 68/2006 (JO L 245 de 7.9.2006, p. 22 e Suplemento EEE n.º 44 de 7.9.2006, p. 18).

([37]) Página 6 do pedido.

([38]) Documento n.º 1037921, carta do Governo norueguês de 9 de novembro de 2018.

([39]) Processo n.º 74680, Exame dos contratos de obrigação de serviço público com base no Regulamento (CE) n.º 1370/2007.

([40]) Página 4 da posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.

(34) O Órgão de Fiscalização conclui que a atividade de exploração de serviços de transporte público de autocarro na Noruega é organizada essencialmente com recurso a concursos públicos, verificando-se que existe também um número de proponentes suficiente, ou seja, uma média de 3,8 de proponentes ([41]). A participação nestes concursos é efetuada de forma não discriminatória.

(35) Tendo em conta o que precede, para efeitos da avaliação das condições estabelecidas no artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE e sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, a capacidade do Órgão para investigar o cumprimento, por parte da Noruega, do Regulamento (CE) n.º 1370/2007, da Diretiva 2014/24/UE, da Diretiva 2014/25/UE ou de qualquer outra disposição do direito do EEE sobre contratos públicos no âmbito das suas obrigações gerais de vigilância, ou a aplicação de qualquer outro domínio do direito do EEE, o acesso ao mercado no que respeita à atividade de serviços de transporte público de autocarro pode ser considerado livre *de facto* e *de jure*.

3.2. **Exposição direta à concorrência**

(36) Para avaliar se a segunda condição para beneficiar de uma isenção está ou não preenchida, ou seja, se a atividade abrangida pelo Pedido, e que cumpre a condição de livre acesso ao mercado *de jure* e *de facto*, está diretamente exposta à concorrência, procede-se a uma definição do produto relevante e do respetivo mercado geográfico, sendo efetuada uma análise de mercado nessa base.

(37) A exposição direta à concorrência deve ser avaliada com base em vários indicadores, não sendo nenhum deles decisivo *per se*. No caso dos mercados abrangidos pela presente decisão, a quota de mercado dos principais intervenientes num determinado mercado constitui um critério a ter em conta. Pelo facto de os mercados em causa funcionarem com base em concursos, devem também ser tidos em conta outros critérios, como as modalidades dos concursos e a capacidade e vontade dos intervenientes no mercado de apresentarem propostas em concursos em curso e futuros.

(38) O objetivo da presente decisão é determinar se os serviços abrangidos pelo Pedido estão expostos a um nível de concorrência (em mercados de acesso não limitado na aceção do artigo 34.º da Diretiva) que garanta que — mesmo na ausência da disciplina resultante das regras pormenorizadas aplicáveis aos contratos públicos definidas na Diretiva - os concursos para o exercício das atividades em causa serão realizados de forma transparente e não discriminatória, com base em critérios suscetíveis de permitir aos compradores identificarem a solução globalmente mais vantajosa em termos económicos.

(39) Neste contexto, é importante ter em conta que, no mercado em causa, nem todos os intervenientes no mercado estão sujeitos às regras dos contratos públicos ([42]). Por conseguinte, quando atuam nos referidos mercados, as empresas não sujeitas a essas regras podem, em princípio, exercer uma pressão concorrencial sobre os outros operadores de mercado que estão sujeitos às regras em matéria de contratos públicos.

(40) O Órgão de Fiscalização deve determinar se as atividades em causa estão diretamente expostas à concorrência. Para o efeito, examinou os elementos de prova fornecidos pela requerente, bem como as informações prestadas pela Autoridade Norueguesa da Concorrência. O Órgão de Fiscalização baseou-se principalmente nos dados de mercado fornecidos pela requerente e pela Autoridade Norueguesa da Concorrência para avaliar as quotas de mercado e os níveis de concentração. Para além das informações fornecidas pela requerente, a Autoridade Norueguesa da Concorrência também se baseou em informações provenientes de outras empresas que exploram autocarros na Noruega e de nove ARTP ([43]).

([41]) Ver página 14 do Pedido.
([42]) Para além da requerente, também a Unibuss AS está sujeita a regras em matéria de contratos públicos. Outros operadores como Torghatten ASA, Tide AS, Boreal Bus AS ou Nobina Norge AS são operadores privados que não parecem preencher as condições para estarem vinculados pelas regras do EEE em matéria de contratos públicos.
([43]) Página 3 da posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.

3.2.1. *Definição do mercado do produto*

(41) No pedido, a requerente definiu o «mercado de produto relevante» como o mercado para a adjudicação de contratos de exploração de serviços públicos de transporte em autocarro ([44]). Referiu também que os serviços comerciais de transporte em autocarro de longo curso (como os serviços de autocarro expresso), os serviços comerciais de curta distância (como os serviços de aeroporto expresso) e os serviços de transporte de turismo em autocarro diferem dos serviços de transporte público de autocarro contratados ([45]). Os serviços comerciais de autocarro são regidos apenas pelas necessidades do mercado e não recebem financiamento de recursos estatais. Todos os serviços comerciais de autocarros estão em concorrência no mercado a nível dos preços, da capacidade, da frequência ou de outras características de serviço. Em contrapartida, a concorrência entre os operadores públicos de autocarros ocorre ao nível de procedimentos de concurso concorrenciais, ou seja, no mercado de adjudicação de contratos de exploração de serviços públicos de transporte em autocarro, e não posteriormente no mercado em termos de preços, capacidade, frequência ou outras características do serviço. A requerente referiu que, em consequência, os operadores de autocarros que operam ao abrigo de um contrato com uma ARTP têm geralmente pouca influência no que respeita aos parâmetros básicos da concorrência no que diz respeito a passageiros, como a frequência, incluindo os horários, as tarifas ou o conforto dos passageiros, dado que estas características são normalmente determinadas pela ARTP que adjudica o contrato ([46]).

(42) Segundo a requerente, os diferentes requisitos das ARTP não são suficientemente específicos para determinar a existência de mercados de produto separados para a adjudicação de contratos de gestão de serviços públicos de transporte de autocarro ([47]). A fim de lhes poderem ser adjudicados contratos para operar a nível municipal ou regional, em princípio os operadores de serviços de autocarro devem seguir o mesmo quadro normativo e podem adaptar a sua oferta aos requisitos das respetivas ARTP. Ainda segundo a requerente, os atuais modelos de oferta dos principais operadores de serviços de autocarro demonstram a sua capacidade e vontade de adaptarem as suas ofertas aos requisitos das diferentes ARTP, na medida em que, regra geral, concorrem a todos os contratos objeto dos concursos públicos publicados na Noruega, independentemente das diferenças entre eles ([48]).

(43) A Autoridade Norueguesa da Concorrência considerou que o mercado do produto relevante sugerido pela requerente estava em conformidade com a prática estabelecida da indústria na Noruega, tendo procedido à sua avaliação com base nesta definição proposta pela requerente ([49]).

(44) Em decisões anteriores relativas a transportes públicos (incluindo serviços de autocarro), a Comissão determinou que é possível identificar mercados específicos para a adjudicação de contratos de exploração de serviços públicos de autocarro ([50]). A Comissão considerou igualmente que, no que respeita a serviços públicos de autocarros concessionados (contratados), não era possível estabelecer uma distinção entre serviços de transportes urbanos, de transportes interurbanos e de transportes de longa distância contratados, uma vez que habitualmente são regulados pelo mesmo quadro regulamentar e que os requisitos das ARTP apresentavam apenas algumas características distintas relacionadas com certas especificações técnicas ([51]).

(45) A prática da Comissão confirma igualmente o ponto de vista de que os serviços comerciais de autocarro e os serviços públicos de autocarro (contratados) pertencem a mercados de produto diferentes devido à diferença na natureza da concorrência. A concorrência entre os operadores públicos de autocarros ocorre a nível de concursos, ou seja, o mercado de adjudicação de contratos de exploração de serviços de transportes públicos de autocarro, e não posteriormente no mercado em termos de preços, capacidade, frequência ou outras características do serviço ([52]). Em comparação com os serviços comerciais, os operadores de autocarros públicos (contratados) têm normalmente muito pouca influência no que respeita às dimensões básicas da concorrência, como a frequência, as tarifas ou o conforto dos passageiros, uma vez que estas características são definidas pelas ARTP que adjudicam o contrato para a prestação do serviço. Os operadores de autocarros são obrigados a prestar os seus serviços de acordo com o contrato que celebraram com a ARTP, pelo que não podem adaptar os seus serviços às necessidades dos passageiros como fariam normalmente os operadores comerciais ([53]).

([44]) Página 25 do Pedido.
([45]) Página 26 do Pedido.
([46]) Ibidem.
([47]) Ibidem.
([48]) Ibidem.
([49]) Página 3 da posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.
([50]) Ver a este respeito o processo COMP/M.1768 – Schoyens/Goldman Sachs/Swebus, n.os 10 e 14; Processo COMP/M.5557 – SNCF-P/ /CDPQ/Keolis/EFFIA, n.os 16 a 23; Processo COMP/M.5855 – DB/Arriva, ponto 21; Processo COMP/M.6794 – Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, n.os 19 a 21; Processo COMP/M.6818 – DB/Veolia, n.os 19 e 56.
([51]) Processo COMP/M.6818 – DB/Veolia, n.os 19 a 21; Processo COMP/M.5855 – DB/Arriva, n.os 23 e 24.
([52]) Processo COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, n.º 17; Processo COMP/M.6818 – DB/Veolia, n.os 22 e 58; Processo COMP/ /M.5855 – DB/Arriva, n.º 22.
([53]) Processo COMP/M.6818 – DB/Veolia, n.º 23; Processo COMP/M.5855 – DB/Arriva, n.º 22.

(46) Tendo em conta as especificidades do mercado norueguês de transportes por autocarro referidas nos considerandos 41 e 42, para efeitos da avaliação das condições estabelecidas no artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE, e sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, o mercado do produto relevante é assim definido como o mercado para a adjudicação de contratos para a prestação de serviços de transporte público de autocarro. O Órgão de Fiscalização não identificou neste caso específico, e para os efeitos acima referidos, quaisquer circunstâncias que justifiquem a definição dos diversos concursos das ARTP como mercados relevantes separados.

3.2.2. *Definição do mercado geográfico*

(47) Quanto ao mercado geográfico, a requerente considerou que o mercado relevante para a adjudicação de contratos de serviços de transporte público por autocarro é, pelo menos, de âmbito nacional, abrangendo todos os serviços de transporte por autocarro contratados na Noruega ([54]). A requerente alegou que a lei sobre o transporte profissional fornece um quadro normativo comum para os concursos de adjudicação de serviços de transporte de autocarro em toda a Noruega ([55]). A requerente observou ainda que praticamente todos os contratos vigentes (98 %) para serviços de transporte público de autocarro foram adjudicados mediante concursos e que a maioria deles são geridos como contratos brutos, que partilham as mesmas características principais ([56]). Por conseguinte, as eventuais diferenças nos concursos e contratos das diferentes ARTP são mínimas e facilmente superáveis pelas empresas de transporte de autocarro.

(48) A requerente sublinhou que a existência de um quadro regulamentar comum para a adjudicação de contratos de serviços de autocarro em toda a Noruega se reflete também no padrão observado no que respeita aos concursos das empresas de transporte em autocarro atualmente ativas no mercado ([57]). Os operadores de autocarros Torghatten, Boreal e Nobina operam em todo o país, não havendo nada que impeça as outras empresas de transporte de autocarro de concorrerem a todos os contratos. A requerente afirmou que, com poucas exceções, se verificou uma concorrência considerável em todos os serviços de transporte de autocarro adjudicados desde 1 de janeiro de 2015, independentemente de uma eventual presença regional ([58]).

(49) No entanto, a requerente concluiu que, para efeitos do pedido, a definição exata de mercado geográfico poderia, em última análise, ser deixada em aberto ([59]). Na sua opinião, com base em qualquer potencial definição de mercado geográfico em que a requerente disponha de contratos em curso e/ou tenha apresentado propostas relativas a contratos, o acesso ao mercado não é limitado e está totalmente exposto à concorrência.

(50) A Autoridade Norueguesa da Concorrência chegou à conclusão de que a definição exata de mercado geográfico relevante pode ser deixada em aberto, uma vez que o resultado da análise seria o mesmo independentemente de esta se basear numa definição de mercado mais restrita ou mais ampla ([60]).

(51) A posição da requerente é coerente com a prática da Comissão. Em decisões anteriores, a Comissão, embora tenha deixado mais frequentemente em aberto a definição exata do mercado geográfico, considerou o mercado geográfico relevante para a adjudicação de contratos de transporte de serviços públicos em autocarro como um domínio em que existe um quadro regulamentar comum que rege os concursos para serviços de transporte em autocarro ([61]).

(52) Para concluir, para efeitos de avaliação das condições estabelecidas no artigo 34.º da Diretiva e sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência ou de qualquer outro domínio do direito do EEE, o Órgão de Fiscalização considera que a dimensão geográfica relevante do mercado do produto relevante é de âmbito, pelo menos, nacional. Tal deve-se à existência de um quadro regulamentar comum, a apenas pequenas diferenças nos procedimentos de adjudicação das ARTP e à capacidade e vontade dos operadores de transporte de autocarro de participarem em procedimentos de adjudicação em toda a Noruega.

([54]) Página 28 do Pedido.
([55]) Ibidem.
([56]) Ibidem.
([57]) Ibidem.
([58]) Ibidem.
([59]) Página 29 do Pedido.
([60]) Página 3 da posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.
([61]) Processo COMP/M.6818 – DB/Veolia, n.º 29; Processo COMP/M.5855 – DB/Arriva, n.º 27. Ver também Processo COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA e Processo COMP/M.6794 – Caisse des Depots et Consignations/Veolia Transdev, n.º 31.

3.2.3. *Análise do mercado*

(53) No que se refere ao mercado de adjudicação de contratos públicos para a exploração de serviços de transporte público de autocarro, considera-se que um indicador do grau de concorrência é a quota de mercado do maior operador e a quota de mercado total dos operadores mais importantes no mercado. De acordo com os dados apresentados no seu pedido, a requerente tem a maior quota no mercado relevante, com [25-30 %] com base no volume de negócios e 28 % com base no volume ([62]). No entanto, existem vários concorrentes fortes, com quotas de mercado de dois dígitos com base no volume de negócios, como Torgehatten [15-20 %], Tide [15-20 %] ou Unibuss [12-17 %], seguidos de operadores de mercado mais pequenos. embora não insignificantes, como Boreal [5-10 %] e Nobina [5-10 %] ([63]). O resto da quota de mercado é dividida entre 29 operadores mais pequenos. Os dados relativos às quotas de mercado fornecidos pela requerente estão em conformidade com os cálculos efetuados pela Autoridade Norueguesa da Concorrência ([64]).

(54) Tal como explicado no considerando 45 supra, a natureza da concorrência é diferente no caso dos serviços públicos de transporte por autocarro, uma vez que as empresas estão a concorrer para o mercado e não no mercado com base no preço, nos horários ou na qualidade do serviço. No mercado norueguês de adjudicação de contratos para a exploração dos serviços de transporte público de autocarro, a concorrência assume a forma de concursos públicos organizados pelas ARTP. Segundo a requerente, 98 % dos contratos atualmente vigentes foram adjudicados mediante concursos e, até 3 de dezembro de 2019 ([65]), este valor deverá rondar os 100 %. Atendendo a estas circunstâncias, a apreciação em termos de concorrência e a análise de mercado devem examinar as modalidades dos concursos e a capacidade e vontade dos operadores do mercado de concorrerem aos concursos em curso e futuros.

(55) Os concorrentes mais importantes da requerente são as grandes empresas que muitas vezes fazem parte de empresas de transporte com operações multinacionais. A Torghatten é uma das maiores empresas de transporte na Noruega e é o fornecedor de serviços de transporte público por transbordador (*ferry*), embarcações rápidas, autocarro e transporte aéreo. Também gere serviços de autocarros comerciais e tem uma receita consolidada global superior a 9 mil milhões de NOK. A empresa Tide faz parte do grupo dos serviços de transporte DSD, que explora serviços de autocarro tanto públicos como comerciais, estando igualmente presente na Dinamarca. As receitas consolidadas do grupo DSD rondam os 6 mil milhões de NOK. A empresa Unibuss é propriedade do município de Oslo. O Grupo Unibuss oferece serviços públicos e comerciais em várias cidades norueguesas. A empresa Boreal Buss faz parte do Grupo Boreal, com amplas atividades no setor dos transportes tanto públicos como comerciais. O atual proprietário final da Boreal é um fundo privado de participações de Hong Kong focalizado nas oportunidades de investimento em infraestruturas a nível mundial. As receitas consolidadas da Boreal rondam os 3 mil milhões de NOK. Por último, a Nobina faz parte do Grupo Nobina sueco que fornece serviços de transporte público em toda a Escandinávia. Estas empresas participam em concursos em toda a Noruega e dispõem das capacidades e da experiência necessárias para apresentar propostas em qualquer processo de concurso lançado no país.

(56) A requerente observou que, desde 1 de janeiro de 2015, nos 58 concursos públicos lançados na Noruega, houve uma média de 3,8 concorrentes por concurso ([66]). Este valor foi confirmado pelas estimativas elaboradas pela Autoridade Norueguesa da Concorrência ([67]). Embora o número de operadores varie consideravelmente em função dos contratos, ou seja, entre um e oito no que respeita aos 46 contratos analisados pela Autoridade Norueguesa da Concorrência, esta verificou igualmente que as ARTP estão geralmente satisfeitas no que diz respeito ao número de operadores ([68]). A requerente forneceu igualmente informações pormenorizadas sobre concursos nas várias regiões das ARTP norueguesas, confirmando a natureza geralmente concorrencial da adjudicação de contratos de transporte público de autocarro na Noruega ([69]). Os dados pormenorizados e os dados internos da requerente revelaram também uma mudança de operador em aproximadamente 40 % dos contratos sujeitos a concurso público ([70]), o que confirma a capacidade dos diferentes operadores de concorrerem com eficiência.

([62]) Página 30 do Pedido.
([63]) Ibidem.
([64]) Página 5 da posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.
([65]) Página 6 do pedido. Ver igualmente o procedimento do Órgão de Fiscalização referido no considerando 31 supra.
([66]) Página 14 do Pedido.
([67]) Página 5 da posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.
([68]) Ibidem.
([69]) Ver páginas 14 a 24 do Pedido.
([70]) Página 24 do Pedido.

(57) A requerente alegou ainda que o mercado para a adjudicação de serviços de transporte público por autocarro na Noruega tem poucos obstáculos à entrada e à expansão, como confirmado pela avaliação da Autoridade da Concorrência Norueguesa ([71]). Esta conclusão baseou-se num rendimento estável e previsível em virtude dos contratos com as ARTP, bem como na facilidade de acesso às informações e infraestruturas necessárias, uma vez que as ARTP fornecem todas as infraestruturas necessárias, com exceção dos autocarros ([72]). Além disso, os empregados do anterior titular do contrato relevante têm o direito de passar para o novo titular do contrato. Ademais, dado que normalmente os cadernos de encargos das ARTP exigem uma nova frota de autocarros, os novos operadores potenciais não sofrem nenhuma desvantagem significativa em termos de custos no que respeita à aquisição de autocarros ([73]).

(58) Para efeitos da presente decisão e sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, os fatores enumerados nos considerandos 53 a 57 devem ser considerados como uma indicação da exposição à concorrência no que respeita à exploração dos transportes públicos de autocarro na Noruega, o que está igualmente em sintonia com o parecer da Autoridade Norueguesa da Concorrência. É provável que as empresas que operam neste mercado estejam sujeitas a uma pressão concorrencial suficiente e nada indica que o setor não funciona segundo as leis do mercado. Por conseguinte, o Órgão de Fiscalização conclui que o mercado para a adjudicação de contratos públicos de serviços de transporte público de autocarro está diretamente exposto à concorrência na aceção da Diretiva.

(59) O Órgão de Fiscalização toma nota do facto de que a atual pressão concorrencial no mercado para a adjudicação de contratos de prestação de serviços de transporte público de autocarro é exercida sobretudo pelo quadro regulamentar em vigor e pelas ARTP que organizam concursos públicos em vez de fornecerem serviços internamente ou de recorrerem a exceções para a procederem a adjudicações por ajuste direto previstas nas regras pertinentes do EEE em matéria de contratos públicos, com exceção do uso limitado de adjudicações por ajuste direto para contratos de baixo valor e/ou para curtas distâncias. Tal significa que as eventuais alterações a essas políticas ou práticas podem modificar a dinâmica do mercado e a pressão concorrencial global sobre as entidades adjudicantes que desenvolvem a atividade exploração de serviços de transporte público de autocarro abrangidos pela presente decisão.

4. **CONCLUSÕES**

(60) Para efeitos da presente decisão e sem prejuízo da aplicação do direito da concorrência, as conclusões da análise de mercado enumeradas nos considerandos 53 a 57 devem ser tomadas como indicação de exposição à concorrência, na aceção do artigo 34.º da Diretiva, da atividade de exploração de transporte público de autocarro na Noruega. Por conseguinte, uma vez que se encontram reunidas as condições previstas no artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE, importa estabelecer que esta diretiva não se aplica aos contratos destinados a permitir a realização desta atividade na Noruega.

(61) A presente decisão baseia-se no direito aplicável e na situação de facto verificada entre janeiro de 2015 e junho de 2019, tal como resulta das informações apresentadas pela requerente e pela Autoridade Norueguesa da Concorrência. A Autoridade reserva-se o direito de rever a presente decisão caso as condições de aplicabilidade do artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE deixem de estar preenchidas ou na sequência de alterações significativas da situação de direito ou de facto,

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

1. O ato referido no ponto 4 do anexo XVI do Acordo EEE que fixa os procedimentos de adjudicação de contratos públicos no setor dos serviços de utilidade pública (Diretiva 2014/25/UE) não se aplica aos contratos adjudicados ou aos concursos de conceção organizados por entidades adjudicantes que exerçam ou que tenham como uma das suas atividades a exploração de serviços públicos de transporte em autocarro na Noruega (atividade relacionada com a exploração de uma rede de prestação de serviços ao público no domínio dos transportes de autocarro).

2. O destinatário da presente decisão é o Reino da Noruega.

3. A presente decisão apenas faz fé em língua inglesa.

([71]) Página 31 do Pedido e página 5 da Posição adotada pela Autoridade Norueguesa da Concorrência sobre as condições de aplicabilidade do artigo 34.º, n.º 1, da Diretiva 2014/25/UE.
([72]) Ibidem.
([73]) Página 31 do Pedido.

Feito em Bruxelas, em 17 de junho de 2019.

Pelo Órgão de Fiscalização da EFTA, em conformidade com a Decisão Delegada n.º 19/19/COL

Högni S. KRISTJÁNSSON
Membro do Colégio competente

Carsten ZATSCHLER
Contra-assinatura do Diretor dos Assuntos Jurídicos e Executivos