



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

Universidade Católica Portuguesa

Mestrado em Direito Administrativo

**A rede de Mobilidade Elétrica em Portugal – as incidências do Direito
Público e Europeu na criação de um novo paradigma de mobilidade**

Frederica Gonçalves dos Santos

Orientador: Dr. Rui de Oliveira Neves

Maior de 2017



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

Universidade Católica Portuguesa

Mestrado em Direito Administrativo

**A rede de Mobilidade Elétrica em Portugal – as incidências do Direito
Público e Europeu na criação de um novo paradigma de mobilidade**

Frederica Gonçalves dos Santos

Orientador: Dr. Rui de Oliveira Neves

Maior de 2017

Agradecimentos

Ao meu Orientador, Dr. Rui de Oliveira Neves, por ter aceite a orientação deste trabalho, mas também pela disponibilidade e pelos ensinamentos que me foi transmitindo ao longo da sua execução.

Ao meu Patrono, Dr. Lino Torgal, pela disponibilidade sempre demonstrada, pela ajuda nunca negada, mas também por todo o rigor que me vem inculcando e que de alguma forma procurei verter neste trabalho.

Aos meus pais, por tudo desde sempre, mas em especial pela oportunidade e pelo apoio incansável ao longo deste percurso.

Ao Miguel, por toda a ajuda, paciência e apoio.

À Tia Carmo, sempre incansável.

Aos meus amigos pelo apoio demonstrado, em especial à Catarina, pela ajuda nesta longa fase.

Índice

Lista de Siglas e Abreviaturas	5
Introdução	6
I. Enquadramento.....	9
A) O surgimento em Portugal.....	9
B) O incentivo europeu e a Diretiva 2014/94/UE	9
C) O Acordo de Paris e as metas para a redução das emissões de carbono.....	12
D) Uma perspetiva europeia	14
E) Enquadramento legislativo e regulamentar em Portugal	17
1. O Consórcio MOBI.E	17
2. O enquadramento legislativo	18
3. Enquadramento regulamentar.....	20
II. O setor da Mobilidade Elétrica	25
A) A rede de mobilidade elétrica	25
B) As atividades e os agentes da mobilidade elétrica.....	25
1. Comercialização de eletricidade para mobilidade elétrica	25
2. Operação de pontos de carregamento da rede de mobilidade elétrica.....	26
3. Gestão de operações da rede de mobilidade elétrica	27
III. A incidência do Direito Público na rede de mobilidade elétrica.....	28
A) O papel do Estado na criação e implementação da rede de mobilidade elétrica.....	28
1. Questões relacionadas com o financiamento da infraestrutura	28
2. A atividade e os princípios pelos quais se rege.....	30
B) A exploração dos pontos de carregamento: os contratos celebrados entre a Entidade Gestora da rede de mobilidade elétrica e os privados	35
1. Os contratos em análise	35
2. Da qualificação do contrato.....	36
2.1. Natureza pública ou privada do contrato.....	36
2.2. As Diretivas Europeias – em especial a Diretiva 2014/23/UE	38
2.2.1 O conceito de concessão adotado pela Diretiva 2014/23/EU	38
2.3. A qualificação dos contratos à luz da legislação nacional	41
2.3.1 O procedimento de formação contratual	46
Conclusão	48
Referências Bibliográficas.....	52

Lista de Siglas e Abreviaturas

APA – Agência Portuguesa do Ambiente

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEME – Comercializador de Energia para Mobilidade Elétrica

CPA – Código do Procedimento Administrativo

EGME – Entidade Gestora da Rede de Mobilidade Elétrica

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

OPC - Operadores de Pontos de Carregamento

PNAE - Plano Nacional de Ação para a Eficiência Energética

RCM – Resolução do Conselho de Ministros

RJSPE – Regime Jurídico do Setor Público Empresarial

VE – Veículo Elétrico

Palavras-chave: Mobilidade Elétrica, Criação de um novo paradigma de Mobilidade.

Introdução

O aumento, a nível mundial, da consciencialização ambiental e energética, decorrente dos efeitos negativos da poluição no meio ambiente que têm, progressivamente, vindo a tornar-se de ano para ano mais notórios, conduziu a que a grande maioria dos países procure soluções que permitam reduzir os níveis de emissão de gases com efeito de estufa para travar o aquecimento global.

Políticas de eficiência energética, de produção de energia através de fontes renováveis, de reciclagem, entre outras, vêm cada vez mais assumindo expressão. Neste âmbito, para além do setor da indústria, que se assume com um dos mais poluidores, também o setor dos transportes assume uma relevância primordial. Por este motivo, a maioria dos países reconhece que é um setor que carece de mudanças estruturais de larga escala, o que não se revela uma tarefa fácil, já que, para além dos interesses económicos e mercantis envolvidos, implica uma mudança de mentalidade da própria sociedade, que se demonstra algo relutante.

Efetivamente, a mobilidade verde revela-se uma premissa essencial ao cumprimento das ambiciosas metas definidas no Tratado de Paris, mas não só. A importância da alteração deste paradigma tem também importantes impactos a nível económico, já que reduz a dependência externa de combustíveis fósseis, que constitui uma grande fatia das importações dos países não produtores de produtos petrolíferos.

Neste âmbito é de salientar o empenho da União Europeia e dos seus Estados-Membros na adoção de políticas ambientais e energéticas mais sustentáveis.

Consciente da dimensão e da envolvimento do problema, Portugal foi um dos países pioneiros na implementação de uma infraestrutura que permitisse introduzir um novo modelo de mobilidade, tendo por base a utilização de combustíveis alternativos.

Desde 2008 que a mobilidade elétrica vem sendo uma preocupação e uma prioridade do Estado Português no âmbito da eficiência energética.

O facto de se tratar de um setor inovador e em exponencial crescimento justifica, quanto a nós, um estudo atento do seu regime jurídico e de alguns problemas jurídicos que em torno dele se vão gerando, nomeadamente no que diz respeito aos instrumentos jurídicos utilizados no relacionamento dos vários agentes da atividade, isto especialmente porque,

como se demonstrará, é notório o interesse do Estado e da Administração Pública nesta atividade, em que, de alguma forma, também participam.

Tendo em conta que se trata de uma atividade nova e ainda pouco estudada e conhecida pela generalidade das pessoas, o presente estudo abordará, numa primeira parte, uma perspetiva geral da atividade. Nesta primeira parte irão ser abordadas as circunstâncias do surgimento da mobilidade elétrica em Portugal. Procurar-se-á dar uma perspetiva do incentivo europeu à introdução destas opções, aqui fazendo-se referência à importância do Protocolo de Quioto e do recente Tratado de Paris, assim como se dará nota do enquadramento legal e regulamentar estabelecido para a atividade em Portugal.

É também nossa intenção terminar a primeira parte oferecendo uma explicação do setor, que julgamos ser essencial a uma melhor compreensão dos problemas que se levantam e que serão explorados na segunda parte. Isto porque, é importante compreender a lógica das diferentes atividades e os fluxos económicos que lhe estão associados.

Ao longo da segunda parte propomo-nos explorar a questão da incidência do Direito Público, concretamente do Direito Administrativo, na criação da rede de mobilidade elétrica. Neste sentido, em primeiro lugar abordaremos a questão do financiamento da atividade e da opção tomada pelo Estado contrapondo pontualmente com os modelos adotados noutros países, por entendermos que tal opção é, de alguma forma, reveladora do interesse público na atividade.

Desenvolveremos ainda um esforço de qualificação da atividade, já que, como se verá, a legislação aplicável optou por não o fazer, pelo menos de forma expressa, assim como explicitar os princípios pelos quais se rege a atividade em causa.

O segundo grande ponto que nos propomos analisar neste estudo está relacionado com a exploração dos pontos de carregamento da rede piloto, concretamente no que diz respeito aos contratos celebrados a este nível entre a entidade gestora da rede de mobilidade elétrica, titular da propriedade dos pontos da rede piloto, e os operadores económicos privados interessados na sua exploração.

Neste ponto, e tendo em conta que a entidade gestora da rede consiste numa empresa pública, pretendemos qualificar os contratos em causa. Para o efeito, começaremos por delimitar o âmbito dos contratos que irão ser objeto de estudo e, partindo daí, em primeira análise procuraremos qualificar a natureza (pública ou privada) do contrato. Feito isto, é

nossa intenção abordar o tema das novas Diretivas da Contratação Pública de 2014, e em especial a Diretiva 2014/23/UE ('Diretiva Concessões'), já que o tema central que nos propomos estudar neste âmbito reside no ponto de perceber se os contratos em questão poderão ser qualificados como contratos administrativos.

Para o efeito, em primeiro lugar iremos explorar o conceito de concessão trazido, de forma inovadora, pela Diretiva Concessões, com vista a perceber se ao abrigo desta Diretiva os contratos em causa poderão ser classificados como contrato de concessão.

Em segundo lugar, e por fim, procuraremos analisar o tema à luz da legislação nacional, concretamente do Código dos Contratos Públicos e dos critérios de administratividade dos contratos, previstos no artigo 1.º deste Código.

No final, apresentaremos as conclusões alcançadas com o presente estudo.

I. Enquadramento

A) O surgimento em Portugal

A Mobilidade Elétrica constituiu-se como uma prioridade do Governo português manifestada no âmbito da execução do Plano Nacional de Ação para a Eficiência Energética — Portugal Eficiência 2015— (doravante designado por 'PNAEE'), aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 80/ 2008, de 17 de abril, na sequência da aprovação, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 169/2005, de 24 de outubro, da Estratégia Nacional para a Energia.

Estabelecia-se no PNAEE, designadamente, que até ao ano de 2015 deveriam ser implementadas *'medidas de melhoria de eficiência da energética equivalentes a 10 % do consumo final de energia, nos termos previstos na Diretiva n.º 2006/32/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril, relativa à eficiência na utilização final de energia e aos serviços energéticos'*¹. A adoção deste novo modelo de mobilidade e consequentemente, a utilização do carro elétrico constitui não só uma alternativa que permite reduzir a dependência externa de combustíveis fósseis e, por isso, ambientalmente mais sustentável, como também permite que a produção de energia elétrica necessária à alimentação dos veículos possa beneficiar das fontes de energia renováveis. Considerou-se ainda que a introdução e desenvolvimento deste modelo de mobilidade viria a constituir um incentivo ao desenvolvimento tecnológico no âmbito da modernização das redes elétricas, funcionando como um estímulo à transição progressiva para as redes inteligentes.

B) O incentivo europeu e a Diretiva 2014/94/UE

A progressiva diminuição da dependência europeia da importação de combustíveis fósseis, nomeadamente de petróleo, tem-se vindo a assumir como uma das bandeiras europeias no âmbito do programa Europa 2020. Isto, não só por motivos de preocupações ambientais, de redução das emissões de carbono, como também pelo facto desta dependência excessiva, em muitos casos, de países politicamente instáveis suscitarem receios

¹ Cfr. Ponto 2 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 80/ 2008, de 17 de abril.

relativamente a questões inerentes à segurança de aprovisionamento, que se revelam perfeitamente justificados tendo em conta a forte especulação gerada em torno do impacto das ruturas no aprovisionamento de petróleo, que tiveram graves consequências ao nível da economia europeia nos últimos anos².

Neste quadro, inevitavelmente o setor dos transportes encontra-se na mira das alterações estruturais a operar com vista à redução de emissões de carbono e da dependência externa de combustíveis fósseis, dado que é, provavelmente, o seu maior consumidor.

A Diretiva 2009/28/CE, de 23 de abril de 2009 já previa o estabelecimento de objetivos mínimos obrigatórios coerentes com uma meta de 10% de quota de mercado de energia proveniente de fontes de energia renováveis no consumo de energia da União Europeia, a atingir até 2020.

Acontece, porém, que a Comissão estava ciente das dificuldades e dos entraves à sua concretização, motivados, não só pela falta de aceitação dos consumidores em geral destas alternativas, como também pelos entraves e bloqueios tecnológicos ainda existentes neste âmbito, a que acresce a inexistência de infraestruturas adequadas para o efeito.

Tendo isso em conta, reconheceu-se a necessidade de criar uma estratégia a nível europeu e nacional dos Estados-Membros, orientada para incentivar o investimento no desenvolvimento tecnológico de apoio à implementação de combustíveis alternativos nos transportes. Assumiu-se como uma prioridade a criação de um quadro regulamentar que fosse propício ao investimento e transmitisse confiança aos consumidores.

Nesta senda, o Livro Branco da Comissão, de 28 de março de 2011, intitulado “Roteiro do espaço único europeu dos transportes — Rumo a um sistema de transportes competitivo e económico em recursos”, estabeleceu a meta de 60% para redução, em relação a 1990, das emissões de gases com efeitos de estufa com origem nos transportes, até 2050³.

Em 28 de outubro de 2014, é publicada a Diretiva 2014/94/UE, de 22 de outubro de 2014, relativa à criação de uma infraestrutura para combustíveis alternativos. Esta diretiva, dando continuidade à posição que vinha sendo assumida pela Comissão, estabeleceu um quadro comum de medidas aplicáveis à criação de infraestruturas pelos Estados-Membros,

² Cfr. Comunicação da Comissão Europeia de 24 de janeiro de 2013, p. 2.

³ Cfr. Livro Branco da Comissão Europeia, de 28 de março de 2011, p. 5.

tendo em vista uma progressiva diminuição da dependência externa de combustíveis fósseis, assim como criar um modelo de mobilidade de reduzido impacto ambiental⁴.

Esta Diretiva definiu requisitos mínimos para a implantação da infraestrutura de combustíveis alternativos, como pontos de carregamento de veículos elétricos, assim como especificações técnicas comuns para esses pontos de carregamento e requisitos de informação dos utilizadores. A opção pela definição de um quadro comum de ação a adotar pelos Estados-Membros advém da preocupação da Comissão de evitar uma fragmentação dos mercados internos fruto de uma introdução descoordenada dos combustíveis alternativos.

Nestes termos, a Comissão assumiu a posição de que o estabelecimento de quadros de ação coordenada permitiria, a longo prazo, garantir a segurança necessária ao investimento privado e público na tecnologia dos veículos e na implantação da infraestrutura adequada⁵.

Concretamente no que diz respeito à mobilidade elétrica, a Diretiva assume a eletricidade como o combustível alternativo dotado de maior potencial para aumentar a eficiência energética dos veículos rodoviários e reduzir as emissões de monóxido de carbono, para além de melhorar potencialmente a qualidade do ar das cidades e reduzir o nível de ruído nas aglomerações urbanas e suburbanas.

Assim, define a Diretiva que caberá aos Estados-Membros a tarefa de assegurar a instalação e a construção de pontos de carregamento acessíveis ao público que proporcionem uma cobertura adequada à circulação destes veículos nas zonas urbanas e suburbanas, bem como noutras zonas densamente povoadas. A título indicativo, estabelece o número médio equivalente a um ponto de carregamento por cada dez veículos elétricos, sendo que o número concreto deve ser fixado tendo em conta a estimativa do número de veículos registados até ao termo de 2020⁶.

Mais ainda, por entender que a eletromobilidade constitui um domínio em rápido crescimento, estabelece que as legislações a criar pelos Estados-Membros deverão assegurar a facilitação da inovação tecnológica neste âmbito⁷.

⁴ Cfr. Artigo 1.º da Diretiva 2014/94/UE, de 22 de outubro de 2014.

⁵ Cfr. Considerando 10 da Diretiva 2014/94/UE, de 22 de outubro de 2014.

⁶ Cfr. Considerando 23 da Diretiva 2014/94/UE, de 22 de outubro de 2014.

⁷ Cfr. Considerando 25 da Diretiva 2014/94/UE, de 22 de outubro de 2014.

Por fim, importa sublinhar que a Diretiva 2014/94/UE estabelece normas relevantes no que à mobilidade elétrica diz respeito, nomeadamente no que toca ao regime de preços, da escolha do comercializador de eletricidade para mobilidade elétrica e de acesso.

Prevê-se no artigo 4.º do referido diploma, concretamente no n.º 9, que deve ser assegurado que os pontos de carregamento acessíveis ao público permitam o carregamento “*ad hoc*”, isto é, que permitam o carregamento a um utilizador sem que este tenha que assinar um contrato com o fornecedor de eletricidade ou o operador do ponto em questão.

Relativamente aos preços, prevê o n.º 10 do mesmo preceito que devem ser cobrados aos utilizadores preços razoáveis, transparentes, não discriminatórios e que sejam fácil e claramente comparáveis, o que deve ser assegurado pelos Estados-Membros relativamente aos pontos de acesso público.

É ainda da responsabilidade dos Estados-Membros, em cumprimento do disposto no n.º 11 deste preceito, garantir que os operadores das redes de distribuição cooperem de forma não discriminatória com todas as pessoas que estabeleçam ou explorem pontos de carregamento acessíveis ao público.

Note-se ainda, por fim, e desta vez não a uma escala apenas europeia como também mundial, que uma efetiva e correta implementação da mobilidade elétrica é fundamental e preponderante para alcançar as metas estabelecidas a nível mundial de combate ao aquecimento global.

C) O Acordo de Paris e as metas para a redução das emissões de carbono

Em 12 de dezembro de 2015 foi assinado o Acordo de Paris, que resultou de um intenso processo de negociação entre os 195 países envolvidos e presentes na 21ª Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre alterações climáticas. Note-se, porém, que este acordo é bastante distinto do alcançado no Protocolo de Quioto. Enquanto o Protocolo de Quioto, que regula a proteção do clima até 2020, se baseia em disposições de direito internacional alcançadas através de negociações multilaterais⁸ e estabelece uma

⁸ Cfr. Susanne Drogue and Oliver Geden, *After the Paris Agreement - New challenges for the EU's Leadership in Climate Policy*, SWP Comments 19, German Institute for International and Security Affairs, p. 1.

distinção muito vincada entre os compromissos assumidos pelos países desenvolvidos e pelos países em vias de desenvolvimento, o paradigma do Acordo de Paris é diferente na medida em que pretende uma adaptação dos compromissos das Partes às suas circunstâncias nacionais, tendo assim em vista uma progressão do seu nível de compromisso a longo prazo.

O principal objetivo plasmado no Acordo é o de manter o aumento da temperatura média global a menos de 2° C acima dos níveis pré-industriais e de tentar limitar o aumento da temperatura a 1.5° C, o que diminuiria o risco e o impacto das alterações climáticas a longo prazo.

A lógica de progressão do nível de compromisso das Partes reside no aumento da ambição desses compromissos através de uma atualização dos compromissos de mitigação para períodos de compromisso futuros, de cinco em cinco anos, independentemente da duração do compromisso assumido.

Este Acordo entrará em vigor a partir de 2020, sendo para o efeito necessário que seja ratificado por pelo menos 55 países que representem 55% das emissões globais de gases com efeito de estufa.

Portugal ratificou o acordo em 30 de setembro de 2016, através da Resolução da Assembleia da República n.º 197-A/2016⁹.

De acordo com os dados oficiais da ONU, até ao momento o acordo já foi ratificado por 143 países, dos 194 signatários do Acordo¹⁰

Desta forma, o que se alcançou foi a possibilidade de cada país poder definir as suas metas e planos de ação de acordo com aquilo que considere exequível e equilibrado em cada período, o que se constitui como incentivo à participação, na medida em que torna os países mais confiantes e confortáveis a participar, por não estarem vinculados a quaisquer planos de ação estabelecidos globalmente para todos os países participantes, podendo, pelo contrário, adaptar-se livremente¹¹.

Importa neste contexto concluir pela necessidade urgente de reestruturar o setor dos transportes, nele implementando progressivamente modelos de mobilidade a partir de combustíveis alternativos, nomeadamente de mobilidade elétrica. Não sendo obviamente o

⁹ Publicada em DR n.º 189/2016, 1º Suplemento, Série I de 2016-09-30.

¹⁰ Informação disponível em http://unfccc.int/paris_agreement/items/9444.php.

¹¹ Cfr. Comunicado de Imprensa da Comissão – Acordo histórico sobre o clima em Paris: UE lidera esforços mundiais.

único passo a dar, revela-se, contudo, premente na medida em que é um dos setores, a par da indústria, responsável pelos maiores níveis de emissão de gases com efeito de estufa, nomeadamente monóxido de carbono.

E tal foi efetivamente reconhecido pela União Europeia, tanto é que no ambicioso pacote da economia circular, umas das consequências principais a retirar da implementação do pacote é exatamente, e como nele referido, a “Redução das emissões de carbono em 450 Mton por ano”¹².

D) Uma perspetiva europeia

Ainda em jeito de enquadramento inicial do tema, é importante fazer uma breve abordagem ao panorama europeu ao nível da implementação e desenvolvimento da mobilidade elétrica. Neste sentido, iremos debruçar-nos agora sobre alguns exemplos de sucesso na implementação e desenvolvimento a nível europeu, da mobilidade elétrica.

De acordo com os indicadores de mercado, o número de veículos elétricos vendidos aumentou cerca de 70% entre 2014 e 2015, sendo que se registaram mais de 550 000 veículos elétricos vendidos em todo o mundo só em 2015.

É ainda de sublinhar que em 2015, 90% das vendas de veículos elétricos teve lugar em oito mercados principais, cinco dos quais europeus. Para além da China, do Japão e dos Estados Unidos, na Europa, o maior número de vendas destes veículos ocorreu na Noruega, Holanda, Reino Unido, Alemanha e em França¹³. Note-se que, ainda assim, a penetração de VE está ainda muito aquém do necessário para atingir os objetivos pretendidos, sendo de 1,3 Milhões, representativo de 0,1% da frota automóvel mundial.

Parte deste sucesso é em muito devido às políticas públicas de incentivo e à legislação implementada ao nível da mobilidade elétrica nestes países.

Em primeiro lugar, há que destacar a grande importância da disponibilização de uma rede sólida de carregamento com uma cobertura de âmbito alargado, assim como das iniciativas económicas lançadas. Veja-se, a título de exemplo, o caso da Holanda, em que os veículos elétricos beneficiam de reduções de impostos significativas, tanto ao nível dos

¹² Cfr. Pacote da Economia Circular da União Europeia, p. 3.

¹³ Cfr. International Energy Agency, *Global EV Outlook Beyond one million electric cars*, OECD/IEA 2016, p.10.

impostos de circulação como de registo do veículo, ou da Noruega, em que a compra de veículos elétricos está isenta do pagamento do IVA, assim como os veículos estão isentos de uma série de outros impostos, do pagamento de portagens nas autoestradas e estão autorizados a circular nas vias destinadas aos transportes públicos¹⁴.

São medidas como estas que, ao incentivarem os consumidores à compra destes veículos, fazem nascer e crescer o mercado da mobilidade elétrica, gerando competição e concorrência nas várias atividades do setor, quer seja ao nível da produção de energia para mobilidade elétrica, quer, a montante, ao nível do desenvolvimento da indústria tecnológica dos automóveis e das próprias baterias e sistemas de carregamento, quer também ao nível da operação dos pontos de carregamento e da gestão das redes.

Há ainda que referir que no futuro, os custos dos VE são muito inferiores aos dos veículos de combustão interna, isto, não só tendo em conta o preço dos combustíveis fósseis, como também os custos de manutenção, o que a longo prazo adivinha um aumento do nível de tributação aplicável.

Na Alemanha, o paradigma da mobilidade elétrica começou a surgir em dezembro de 2007, quando esta passou a integrar o Programa da Energia Integrada e do Clima, tendo vindo, desde aí a evoluir, estabelecendo-se ambiciosas metas para o horizonte de 2020. Tais metas constituem-se concreta e principalmente nos seguintes aspetos: ter em circulação um milhão de veículos elétricos, como colocar a Alemanha na frente do mercado da mobilidade elétrica até 2020, assegurar a mobilidade elétrica no país com recurso a fontes de energia renováveis e assegurar a competitividade da indústria alemã no âmbito da mobilidade elétrica.

Desta forma, foi criada a Plataforma Nacional da Mobilidade Elétrica com vista, numa primeira fase, que decorreu até 2014, à preparação do mercado, nomeadamente à pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Numa segunda fase, entre 2014 e 2017, a Plataforma tem como objetivo desenvolver as infraestruturas e aumentar o número de venda de veículos elétricos e, por fim, entre 2017 e 2020, promover e alcançar um mercado massificado, dotado de modelos de negócio viáveis no âmbito da mobilidade elétrica.

¹⁴ Cfr. International Energy Agency, Global EV Outlook Beyond one million electric cars, OECD/IEA 2016, p.11.

Para o sucesso do modelo alemão contribuiu também em larga escala a intervenção estadual com vista à dinamização deste mercado. Esta intervenção reflete-se não apenas em medidas de incentivo financeiro, como na isenção do pagamento do imposto sobre veículos, privilégios e vantagens fiscais para os veículos de zero emissões, estabelecendo que a partir de 2013, todos os novos veículos que venham a integrar a frota dos ministérios federais devem cumprir um objetivo de 50 g de emissão de monóxido de carbono, entre outros, como também incentivos não financeiros, tais como a criação de vias especiais de circulação, a permissão de circulação nas vias destinadas a transportes públicos e a criação de estacionamentos prioritários para veículos elétricos¹⁵.

Atentemos agora no caso norueguês, o caso de maior sucesso de implementação do paradigma de mobilidade elétrica da Europa.

Na Noruega, a implementação do modelo de mobilidade elétrica foi projetado em cinco fases que vêm ocorrendo desde 1970. A primeira fase, que ocorreu entre 1970 e 1990 caracterizou-se por ser uma fase de desenvolvimento do conceito a implementar. Durante esta fase procurou-se desenvolver protótipos de veículos elétricos e de sistemas de propulsão, através de entidades privadas, financiadas pelo Conselho de Pesquisa da Noruega. Já na segunda fase, ocorrida entre 1990 e 1999, pretendeu-se testar os veículos desenvolvidos e iniciar os esforços para a comercialização destes veículos, tendo-se para isso implementado uma série de medidas com vista a torná-los mais atrativos, como impondo o estacionamento grátis para veículos elétricos nos parques de estacionamento municipais, ou estabelecendo a redução dos impostos obrigatórios sobre os veículos nos carros de empresa. Acontece, porém, que ao contrário do que era esperado, no final desta fase, tanto a Think, empresa norueguesa produtora de veículos elétricos, como a dinamarquesa Kewet, acabaram falidas.

O verdadeiro kick-off deste mercado aconteceu com a compra da Think pela Ford, que rapidamente desenvolveu um modelo direcionado para o mercado americano, que apresentava qualidade melhorada e um custo mais reduzido. Com a indústria em desenvolvimento foram também adotadas medidas de incentivo ao crescimento do mercado,

¹⁵ Cfr. Electric Mobility in Germany – *The national Platform and the Government Program Electric Mobility*, disponível em http://www.egvi.eu/uploads/0_2%20Fernholz_%20Electric%20Mobility%20in%20Germany%20-V2.pdf.

como a redução do IVA na compra de veículos elétricos, acesso às vias destinadas à circulação de transportes públicos, entre outras.

A partir de 2009 entrou-se numa verdadeira fase de introdução e construção do mercado de mobilidade elétrica, aumentando-se a competitividade e a concorrência com as grandes indústrias automóveis, como a Peugeot, Citroen, Nissan e Mitsubishi a ganharem interesse neste mercado e a apresentarem os seus primeiros modelos de veículo elétrico.

A partir de 2013 deu-se início à fase de expansão do mercado, passando a Noruega a liderar na Europa o número de veículos elétricos comprados.

É ainda de notar o aumento exponencial de veículos elétricos que se vem assistindo neste país, dado que no verão de 2013 se ultrapassaram os 13 000 veículos elétricos, aumentando esse número desde então uma média de 3 000 carros de meio em meio ano¹⁶.

Pelo exposto se conclui que para o sucesso da implementação dos modelos de mobilidade elétrica não basta apenas o desenvolvimento tecnológico e da indústria, revelando-se também preponderante a intervenção dos estados não só ao nível dos incentivos à implementação e crescimento do mercado, como também ao nível da criação de infraestruturas adequadas e seguras que sirvam de base a este mercado.

Vejamos agora como se processou a introdução da mobilidade elétrica em Portugal.

E) Enquadramento legislativo e regulamentar em Portugal

1. O Consórcio MOBI.E

Em Portugal, muito embora o impulso legislativo tenha ocorrido apenas em 2009, o início da implementação do modelo MOBI.E remota já a 2008. Este modelo tinha em vista a criação de um sistema inteligente que permitisse a agregação e integração de todos os sistemas de mobilidade elétrica numa só plataforma, aberta e universal.

¹⁶ Cfr. ERIK FIGENBAUM E MARIKA KOLBENSTVEDT, *Electromobility in Norway - experiences and opportunities with Electric vehicles*, disponível em: <https://www.toi.no/getfile.php/Publikasjoner/T%C3%98I%20rapporter/2013/1281-2013/1281-2013-sum.pdf>, pp.1-9.

A ideia central do modelo MOBIE é a de proporcionar uma rede de pontos de carregamento, assim como a possibilidade de proceder ao carregamento dos veículos elétricos a partir de casa e de forma segura. O objetivo é que o carregamento se processe através de um cartão único com o qual o utilizador possa abastecer o seu veículo elétrico em qualquer ponto de carregamento do país¹⁷.

Para o efeito, foi obviamente necessário recorrer a parceiros dotados da capacidade técnica para a criação e desenvolvimento deste modelo.

Desta forma nasceu o consórcio MOBIE. Com o apoio institucional do Governo, o suporte técnico da EDP Inovação e a coordenação da INTELI, as empresas portuguesas Efacec, CEIIA, Critical Software e Novabase uniram esforços com vista à criação de um modelo de mobilidade elétrica desenvolvido a 100% por empresas nacionais.

A ideia foi criar um modelo que permitisse a interoperabilidade dos sistemas, adaptado assim a um mercado concorrencial nos vários níveis de atividade do setor.

O capital social da Mobi.E veio a ser integralmente subscrito pelo Estado, tratando-se hoje de uma empresa pública que integra o Setor Empresarial do Estado, tendo iniciado a sua atividade como tal em 2015¹⁸.

2. O enquadramento legislativo

A criação do Programa para a Mobilidade Elétrica veio a ser aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 20/ 2009, de 5 de fevereiro. Esta Resolução, não só determinou a criação do Programa, como também que seria criado um gabinete no âmbito do, à data, Ministério da Economia e da Inovação, a constituir pelo Ministro titular da pasta, responsável pela direção do Programa. Incumbiria ao referido gabinete propor o quadro legal e regulamentar aplicável ao Programa, definir o modelo de implementação, plano de trabalhos, atividades, prazos e atores envolvidos, assim como as inerentes responsabilidades, assim como definir e implementar um plano de comunicação orientado para a promoção junto de potenciais investidores e para os intervenientes, tanto do lado da procura como da oferta.

¹⁷ Fonte site institucional da MOBIE, disponível em <https://www.mobie.pt/a-rede-mobie>

¹⁸ Cfr. *Mobilidade elétrica em Portugal*, disponível em http://greenbusinessweek.fil.pt/wp-content/uploads/2016/02/Alexandre-Videira_MOBIE_GBW_2.pdf

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/ 2009, de 20 de agosto de 2009 desenvolveu um importante papel no âmbito da implementação da Mobilidade Elétrica. Não só veio definir os objetivos estratégicos do Programa e os princípios fundamentais que lhe estão subjacentes, como também definir e aprovar as fases do Programa, as medidas-incentivo do Programa (para além das que já teriam sido estabelecidas no Orçamento de Estado para 2009, aprovado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro) e determinar o prazo para a elaboração do quadro legislativo e regulamentar aplicável. Também o modelo da mobilidade elétrica foi aprovado por esta Resolução e anexo à mesma.

Coube ao Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, definir o quadro legislativo e regulamentar aplicável às atividades de mobilidade elétrica, assim como proceder ao estabelecimento de uma rede piloto e regular os incentivos à utilização de carros elétricos.

Este Decreto-Lei visava prosseguir três objetivos estruturais que consistiam no incentivo à aquisição e utilização de veículos elétricos, em garantir que o carregamento das baterias destes veículos se realizasse de forma cómoda e eficaz, através de uma rede de carregamento integrada e em consagrar um regime de *universalidade e equidade* no acesso aos serviços de mobilidade elétrica¹⁹. Nesta linha, criou a rede piloto para a mobilidade elétrica, a qual dotou de âmbito nacional, abrangendo 25 cidades.

Prevía o preâmbulo do diploma que integraria a infraestrutura experimental de carregamento, a instalação de 320 pontos de carregamento em 2010, atingindo os 1350 em 2011.

Este diploma foi alterado pela primeira vez pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2012. Esta lei veio introduzir alterações ao nível dos incentivos fiscais na aquisição de veículos elétricos, revogando o capítulo V do Decreto-Lei n.º 39/2010 e determinando a perda de validade dos certificados de destruição, que habilitam o incentivo de 1500€, nos termos do artigo 139.º do referido diploma.

A segunda alteração a este diploma ocorreu com a aprovação do Decreto-Lei n.º 170/2012, de 1 de agosto. Este diploma veio adaptar o regime do setor da mobilidade elétrica ao quadro legal introduzido no âmbito da prestação de serviços, na sequência da transposição para o ordenamento jurídico português da Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, através do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho. Neste sentido, operou

¹⁹ Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 39/ 2010, de 26 de abril.

alterações ao nível da forma jurídica especial exigida para os operadores de pontos de carregamento e para os comercializadores de energia elétrica para mobilidade elétrica e do regime de atribuição das respetivas licenças, bem como da fiscalização dos pontos de carregamento. Mais se procedeu à eliminação da exigência legal de separação jurídica das atividades de operação dos pontos de carregamento e de comercialização de eletricidade para a mobilidade elétrica.

A terceira, e última alteração ao Decreto-Lei n.º 39/2010 ocorreu com o Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho.

Este diploma veio introduzir e promover a concorrência no âmbito da comercialização de energia elétrica para mobilidade elétrica, assim como na operação dos pontos de carregamento. Mais ainda, determinou este diploma a expansão da rede de mobilidade elétrica às Regiões Autónomas, assim como procedeu à definição de regras que facilitam a integração de pontos de carregamento em espaços privados, particularmente condomínios e domésticos, com a rede de mobilidade elétrica.

São ainda de referir o Despacho n.º 8809/2015, de 29 de julho, que determinou a transferência da titularidade dos pontos para a EGME e a RCM n.º 49/2016, de 8 de junho, que determina a competência da Mobi.E para lançar os procedimentos com vista à exploração e manutenção dos pontos, o lançamento da 2ª fase da rede piloto e que a rede piloto seria composta por 1604 pontos de carregamento normal e 50 pontos de carregamento rápido.

3. Enquadramento regulamentar

Já há muito se abandonou a ideia da necessidade de presença efetiva e ativa do Estado na economia, não só enquanto Estado-Empresário, mas também como “*responsável público pelo desempenho da economia (o “Estado Económico”)*”²⁰, que marcaram a fase do Estado Intervencionista ou Estado Social, que se viveu desde a Segunda Guerra Mundial até aos anos 80 do séc. XX. Essencialmente a partir do final do séc. XX, começou a assistir-se a uma mudança de paradigma no que toca à intervenção do Estado na economia em Portugal.

²⁰ Cfr. VITAL MOREIRA, “Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico”, in *Studia Iuridica* 60 - *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, p. 225.

Começou, portanto, a assistir-se a um “*rolling-back*”²¹ da ação pública e da intervenção estadual, essencialmente no âmbito da prestação de serviços económicos e do fornecimento de bens.

Não significou isto, porém, que o Estado tenha pura e simplesmente adotado uma postura de desinteresse, regressando-se ao “*laissez-faire*” característico das teorias liberais do séc. XIX²², pelo contrário, passou a intervir na economia enquanto agente externo, concretamente em todas as atividades económicas desenvolvidas em contexto de mercado, isto é, sujeitas à concorrência.

Num contexto de “Estado Regulador”, adotou-se um modelo de intervenção estadual que atua essencialmente de duas formas diferentes: *a priori*, de forma setorial, criando as regras de funcionamento daquele concreto setor de atividade, caracterizando-se esta fase por uma intervenção mais intrusiva, que visa essencialmente fomentar a concorrência com vista à criação de condições para que o mercado possa atuar por si só (essencialmente designada por fase de “*market building*”); e *a posteriori*, de forma transversal, visando fiscalizar e garantir a verificação das regras estipuladas e a punição de eventuais infrações, assim como corrigir algumas falhas de mercado que possam ainda subsistir. É importante que o Estado, não intervindo diretamente na economia, não se desinteresse dela por completo, passando apenas a regulá-la e a garantir o seu funcionamento equilibrado, isto porque se entende que o mercado entregue apenas a si mesmo pode ser “suicidário”²³. Acontece, no entanto, que há algumas cautelas a ter neste âmbito. É notável que, em especial na fase de “*market building*”, a regulação se revela particularmente intrusiva, especialmente para os operadores históricos ou incumbentes, na medida em que, para criar condições de entrada no mercado para os novos operadores, muitas vezes a liberdade de empresa do operador histórico é fortemente limitada, vendo-se este impedido, por exemplo, de praticar preços concorrenciais.

No concreto caso sobre o qual ora nos debruçamos, importa em primeiro lugar e neste contexto regulatório, já que se trata de uma atividade completamente nova, perceber se se

²¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Estudos de Direito Público e Regulação 7, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, p. 13.

²² Neste campo não pode deixar de se referir a Teoria Liberal Económica de Adam Smith que marcou todo este século. Tal teoria apresentava-se fortemente marcada por uma crença desmedida no mercado e nas suas próprias forças. Acreditava-se que o mercado deveria regular-se a si próprio, não devendo o Estado ter qualquer tipo de intervenção na economia (teoria da “mão invisível”). Consagrava-se assim como absolutos os princípios da separação entre o Estado e a economia, da liberdade de empresa e da liberdade económica.

²³ Cfr. VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p.227.

trata de uma atividade que deve ser objeto de regulação, e nesse caso, quais os motivos que o justificam, e também em que medida deverá ser regulada.

A regulação, como se concluiu, deve ser vista como algo que, não sendo benéfico para a economia, se revela, contudo, necessário. Desta forma, e em termos muito genéricos, a primeira razão associada à regulação, é, exatamente, a de garantir uma concorrência efetiva²⁴. Em segundo lugar, a regulação visa eliminar as chamadas “falhas de mercado”. Falamos a este propósito, de situações em que se verificam monopólios naturais fruto da impossibilidade de, por razões económicas, ambientais etc, duplicação de redes²⁵, o que leva a que, mesmo existindo um só operador, se garanta que este dê acesso à rede aos demais intervenientes na cadeia de valor da atividade (como produtores e consumidores), assim como garanta a remuneração da operação da rede²⁶. Em terceiro lugar, regular a economia visa também proteger os consumidores, garantindo a informação fiável, a segurança, o direito à reparação de danos, entre outros²⁷. Por último, a regulação desempenha um papel importante no âmbito das obrigações de serviço público, na medida em que funciona como um garante de que os operadores económicos que assumiram tarefas que em momento anterior eram exclusivamente públicas cumprem os níveis mínimos de regularidade, continuidade e segurança a que estão adstritos.

Ora, *in casu*, é importante não esquecer que a mobilidade elétrica, embora não integrando o setor elétrico nacional (e não estando, por isso, sujeita às regras dos setores especiais de contratação pública), depende do setor elétrico que é uma indústria de rede.

Neste âmbito revela-se, contudo, necessária a existência de uma única entidade responsável pela gestão dos fluxos energéticos (e financeiros) associados às operações da rede de mobilidade elétrica e pela gestão da plataforma.

Nestes termos, e na lógica que vimos descrevendo ao longo deste ponto, revela-se necessário regular esta atividade de gestão da rede de mobilidade elétrica, nomeadamente no que toca à aplicação de tarifas.

²⁴ Visa-se, essencialmente, evitar as práticas restritivas da concorrência como os fenómenos de concentração monopolista de empresas, de coligação e abuso de posição dominante.

²⁵ A este propósito o caso da rede elétrica nacional constitui um exemplo bastante ilustrativo na medida em que, ao contrário das telecomunicações, em que a tecnologia conseguiu superar as dificuldades ao nível da rede através de ligações lógicas e não físicas, a impossibilidade de duplicação da rede impediu a liberalização total do setor.

²⁶ Cfr. VITAL MOREIRA, ob.cit, p.228.

²⁷ Cfr. VITAL MOREIRA, ob.cit, p.228.

Vejamos então como é que o diploma relativo à mobilidade elétrica tratou a questão da regulação.

Nos termos do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho, as atividades de mobilidade elétrica, sobre as quais nos debruçaremos no ponto seguinte, devem ser exercidas para, do ponto de vista do utilizador, assegurar aos utilizadores: a liberdade de escolha na contratação dos comercializadores de eletricidade para mobilidade elétrica; a existência de condições de interoperabilidade entre a rede de mobilidade elétrica e as várias marcas e sistemas de carregamento de veículos elétricos; a liberdade de acesso para efeitos de carregamento de baterias de veículos elétricos, a qualquer ponto de carregamento de acesso público integrado na rede de mobilidade elétrica independentemente da escolha de comercializador de eletricidade contratado, sem que o utilizador tenha que para o efeito celebrar qualquer contrato com o operador do ponto de carregamento, assim como a existência de condições para o acesso à rede de mobilidade elétrica e ao carregamento de baterias de veículos elétricos em espaços privados de acesso público. Desta forma, o exercício destas atividades “*processa-se com observância dos princípios de acesso universal e equitativo dos utilizadores ao serviço de carregamento de baterias de veículos elétricos e demais serviços integrados na rede de mobilidade elétrica*”²⁸.

Do ponto de vista das entidades que exercem atividades no âmbito da mobilidade elétrica, a lei assegura, nos termos do n.º 3 do referido artigo 4.º, a liberdade de acesso ou de candidatura ao exercício das atividades de comercialização e de operação de pontos de carregamento, a não discriminação, igualdade de tratamento, imparcialidade e transparência das regras e das decisões assim como o acesso à informação e salvaguarda da confidencialidade da informação comercial considerada sensível.

Para garantir que o exercício destas atividades decorre em observância destes princípios revela-se indispensável e fundamental a efetiva regulação deste setor através de uma entidade administrativa independente que supervisione a atividade de gestão de operações de rede de mobilidade elétrica e assegure o cumprimento destes princípios.

²⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho.

O legislador optou por atribuir a competência à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos ('ERSE'). A ERSE é assim a entidade administrativa competente para regular esta atividade, nos termos do n.º 3 do artigo 1.º e da alínea y) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2013, que aprova os Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos.

Nos termos do artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho, no exercício das suas competências deverá a ERSE assegurar os direitos e os interesses dos utilizadores no que diz respeito aos preços e à qualidade dos serviços prestados, assegurar a existência das condições adequadas à obtenção do equilíbrio económico-financeiro às atividades reguladas, velar pelo cumprimento por parte dos vários agentes da mobilidade elétrica das obrigações estabelecidas na lei, nos regulamentos aplicáveis e nas próprias licenças, e, por último, contribuir para a progressiva melhoria das condições técnicas e ambientais das atividades reguladas.

Na sequência e em cumprimento das suas competências regulatórias ao nível da mobilidade elétrica, a ERSE aprovou o Regulamento n.º 879/2015, Regulamento da Mobilidade Elétrica, publicado no Diário da República, 2ª série N.º 249, de 22 de dezembro de 2015. Este regulamento visa, designadamente, estabelecer disposições relativas aos métodos para a formulação e cálculo de tarifas a aplicar pela entidade gestora da rede de mobilidade elétrica, assim como definir obrigações relativas às matérias de qualidade de serviço e de prestação de informação que versam sobre os vários agentes e atividades da mobilidade elétrica²⁹.

A lei não exclui, porém, a possibilidade de, em determinadas matérias, outras entidades administrativas serem competentes para a regulação do setor.

Veja-se que o legislador optou por estabelecer que as atividades de comercialização de eletricidade para mobilidade elétrica, assim como de operação de pontos de carregamento devem ser exercidas em regime de mercado e de livre concorrência.

²⁹ Cfr. Artigo 1.º do Regulamento n.º 879/2015, Regulamento da Mobilidade Elétrica.

II. O setor da Mobilidade Elétrica

A) A rede de mobilidade elétrica

Antes de prosseguir o presente estudo e tendo em conta que se trata de um novo setor importa tecer algumas considerações iniciais relativamente ao funcionamento do setor e às atividades que o integram, de forma a que posteriormente melhor se compreendam os problemas que nele se levantam.

Desta forma e em primeiro lugar importa especificar aquilo que se entende por “*rede de mobilidade elétrica*”. Nos termos já brevemente abordados no ponto anterior, relativamente a este conceito a própria lei esclarece o que se deve entender por rede de mobilidade elétrica. Nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho, deve entender-se por rede de mobilidade elétrica “*o conjunto integrado de pontos de carregamento e demais infraestruturas, de acesso público e privativo, relacionadas com o carregamento de baterias de veículos elétricos, em que intervêm os agentes que desenvolvem as atividades previstas no artigo 5.º, o qual se destina a permitir o acesso dos utilizadores de veículos elétricos à mobilidade elétrica*”.

Sobre o tema específico das atividades da mobilidade elétrica, indispensáveis para preencher o conceito acima transcrito, versaremos no ponto seguinte.

B) As atividades e os agentes da mobilidade elétrica

No âmbito da mobilidade elétrica há que destacar três atividades essenciais: a comercialização de eletricidade para mobilidade elétrica, a operação dos pontos de carregamento e a atividade de gestão de operações da rede de mobilidade elétrica, previstas no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 39/2010.

1. Comercialização de eletricidade para mobilidade elétrica

A comercialização de eletricidade para mobilidade elétrica consiste na compra de energia elétrica e venda aos utilizadores que dela necessitam para carregar as baterias dos

veículos elétricos nos pontos de carregamento destinados ao efeito, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º do referido Decreto-Lei.

Esta atividade só pode ser exercida por operadores de pontos de carregamento devidamente licenciados, tratando-se, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º do referido Decreto-Lei, de uma atividade sujeita a mero registo.

Esta atividade consiste no estabelecimento de relações comerciais com os utilizadores de veículos elétricos e as necessárias relações jurídicas com os operadores dos pontos de carregamento com vista a que estes facultem o acesso dos utilizadores aos quais fornece eletricidade, ao ponto de carregamento.

Trata-se de uma atividade exercida em regime de livre concorrência, nos termos do n.º 5 do artigo 5.º, sendo apenas, como referido, necessário obter o registo, aplicando-se ao procedimento de obtenção do referido registo o regime previsto para o licenciamento da atividade de comercialização de energia elétrica no âmbito do Sistema Elétrico Nacional ('SEN')³⁰.

Os CEME pagam aos OPC a remuneração devida pela utilização dos pontos, que deve ser fixada de acordo com princípios de transparência e igualdade, e à EGME a tarifa pelo serviço prestado (de estabelecimento de contactos entre CEME e OPC, assegurando as condições contratuais de relacionamento entre estes). A sua atividade é paga pelos UVE com os quais contratam o serviço de fornecimento de energia para o carregamento de baterias³¹.

2. Operação de pontos de carregamento da rede de mobilidade elétrica

A operação de pontos de carregamento, consiste, nos termos do n.º 2 do artigo 5.º do referido Decreto-Lei, na *“instalação, disponibilização, exploração e manutenção dos pontos de carregamento de acesso público ou privado, integrados na rede de mobilidade elétrica”*. Entendem-se por pontos de carregamento, as infraestruturas dedicadas exclusivamente ao carregamento de baterias de veículos elétricos, podendo eventualmente estar associados a outros serviços relativos à mobilidade elétrica, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º. Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, estes pontos de carregamento podem ser de acesso público,

³⁰ Ver a este propósito o artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro.

³¹ Cfr. Artigos 10.º e 11.º do Regulamento da Mobilidade Elétrica.

quando estejam instalados num local do domínio público, ou de acesso privativo, quando estejam instalados em locais de acesso privado, como garagens ou parques de condomínios.

Para aceder à atividade de operação dos pontos de carregamento, que é exercida em livre concorrência nos termos do n.º 6 do artigo 5.º do referido diploma, é, contudo, necessário que a entidade cumpra os requisitos técnicos³² previstos no n.º 2 do artigo 14.º e que o operador económico se candidate à atribuição de uma licença, através de requerimento apresentado junto do balcão único eletrónico.

O pedido de atribuição da licença é apresentado, mediante requerimento, à Direção Geral da Energia e Geologia (‘DGEG’), que, nos termos do n.º 3 do artigo 15.º do referido diploma, fixa as condições em que a licença deve ser atribuída.

Esta licença vigora por um período de 10 anos eventualmente prorrogável por igual período, nos termos do n.º 1 do artigo 15.º do mesmo diploma.

A lei prevê ainda, no n.º 3 do artigo 15.º, a separação jurídica dos operadores dos pontos de carregamento em relação à entidade gestora de operações da rede de mobilidade elétrica.

Os OPC pagam à EGME, nos mesmos termos que os CEME, a tarifa pelos serviços prestados assim como a contrapartida pela integração dos pontos de carregamento na rede de mobilidade elétrica, e auferem dos CEME a contrapartida pela utilização dos pontos³³.

3. Gestão de operações da rede de mobilidade elétrica

Por fim, a atividade de gestão de operações da rede de mobilidade elétrica, corresponde, nos termos do n.º 4 do artigo 5.º do referido Decreto-Lei, à “*gestão dos fluxos energéticos e financeiros associados às operações da rede de mobilidade elétrica, bem como à gestão da respetiva plataforma.*”, sendo esta a única atividade regulada.

³² Os requisitos técnicos encontram-se previstos na Portaria n.º 241/2015, de 12 de agosto, no n.º 1 do artigo 2.º. Prevê-se, concretamente, a necessidade de adoção de uma estrutura organizativa adequada, a disponibilidade de recursos humanos com as qualificações, conhecimentos e capacidade técnica necessários, a utilização de plataforma informática e outros meios técnicos apropriados às funções, compatibilidade técnica, tecnológica e de segurança dos equipamentos, identificabilidade funcional dos equipamentos de carregamento e a operação de, no mínimo, um ponto de carregamento no qual seja assegurado o funcionamento em condições de segurança efetiva para pessoas e bens.

³³ Cfr. Artigo 11.º e 13.º do Regulamento da Mobilidade Elétrica.

É exercida pela entidade designada para o efeito pelo membro do Governo responsável pela área da energia, que deverá acompanhar a execução da fase de crescimento da mobilidade elétrica, estabelecer e desenvolver os sistemas de informação e comunicação destinados à integração da rede de mobilidade elétrica, entre as demais atribuições previstas no n.º 2 do artigo 21.º, estando ainda sujeitos aos deveres e sendo titular dos direitos previstos, respetivamente, nos artigos 23.º e 24.º.

Note-se que a lei consagra a separação jurídica, da organização e da tomada de decisões da entidade gestora da rede de mobilidade elétrica relativamente aos operadores dos pontos de carregamento, assim como relativamente às entidades que exerçam atividades no âmbito do SEN.

A EGME deve desenvolver e disponibilizar os sistemas de informação, comunicação e serviços adequados ao cumprimento das obrigações e direitos dos OPC e dos CEME. Nestes termos, deve garantir a imputação de energia de carregamento ao respetivo CEME, assegurar as condições contratuais e de relacionamento comercial entre os diferentes OPC e CEME, permitindo o funcionamento das infraestruturas e o carregamento em condições de segurança efetiva (técnica e jurídica), garantir que o aprovisionamento de energia está assegurado de forma inequívoca, e por fim, a separação contabilística e financeira das atividades desenvolvidas pela EGME que não estejam sujeitas a regulação da ERSE.

A EGME é paga pelas tarifas que lhe são devidas pelos OPC e pelos CEME, pelos serviços que lhe presta, sendo ainda paga pelos OPC pelo valor devido pela integração dos pontos na rede de mobilidade elétrica.

III. A incidência do Direito Público na rede de mobilidade elétrica

A) O papel do Estado na criação e implementação da rede de mobilidade elétrica

1. Questões relacionadas com o financiamento da infraestrutura

Prevê o Considerando 24 da já referida Diretiva 2014/94/UE, de 22 de outubro de 2014 que “*Os Estados-Membros deverão assegurar a construção de infraestruturas acessíveis ao público para o fornecimento de eletricidade aos veículos a motor*”, assim como se prevê no n.º 1 do artigo 3.º do mesmo diploma que “*Cada Estado-Membro adota um*

quadro de ação nacional para o desenvolvimento do mercado no que se refere aos combustíveis alternativos no setor dos transportes e para a criação das infraestruturas pertinentes” (sublinhado nosso), prevendo ainda o n.º 5 do mesmo preceito que “*Devem ser aplicadas medidas de apoio à infraestrutura para combustíveis alternativos, respeitando as regras relativas aos auxílios estatais constantes do TFUE*”.

Ainda que não resulte deste diploma uma obrigação que impenda sobre os Estados-Membros de financiar a criação desta infraestrutura, mas tão só que seja assegurada a sua criação, o Estado Português optou por financiar, através do Fundo Português do Carbono³⁴, a criação da rede de mobilidade elétrica, tendo-se registado um apoio na ordem dos 9 milhões de euros, para além de 319.500 € executados como apoio à aquisição de veículos elétricos novos, concedidos a particulares³⁵. Estabeleceu-se ainda que a aquisição, instalação e ligação dos carregadores da 2ª fase da rede piloto a executar pela Mobi.E, S.A. até ao final de 2018 seria financiada pelo Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos do Portugal 2020, sendo a comparticipação nacional assegurada pelo Fundo Português do Carbono até ao final de 2017³⁶.

Esta foi a opção do Estado português em matéria de criação de infraestruturas de apoio à mobilidade elétrica³⁷, muito embora vários estudos tenham já revelado que, ainda que os governos dos vários estados desempenhem um papel crucial nesta matéria, devem acautelar que tal intervenção não distorce o próprio mercado, recomendando-se assim que o seu papel tenha especial enfoque ao nível da regulação da atividade, entendendo-se preferível

³⁴ O Fundo Português do Carbono foi previsto inicialmente pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2005 de março e criado pelo Decreto-Lei n.º 71/2006, de 24 de março, com o objetivo de criar um fundo que permitisse apoiar e financiar medidas que facilitem o cumprimento das metas e dos compromissos assumidos pelo Estado no âmbito do Protocolo de Quioto. Este fundo foi criado no âmbito do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional e o seu funcionamento foi regulado pela Portaria n.º 1202/2006, de 9 de novembro.

³⁵ Fonte site institucional da Agência Portuguesa do Ambiente, disponível em <https://www.apambiente.pt/index.php?ref=17&subref=162&sub2ref=306&sub3ref=309>.

³⁶ Cfr. Ponto 7 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2016, de 8 de junho de 2016 e Aviso-Convite PO SEUR-06-2016-52, de 27 de junho.

³⁷ Alguns países optaram por financiar apenas parte da implementação da infraestrutura, como por exemplo França (que financiou 50% do investimento em 20 cidades experimentais), Espanha (que financiou em três cidades 40% do preço de cada ponto de carregamento) e Bélgica (que financiou 40% do preço de instalação de cada ponto de carregamento até um limite de 250 €), enquanto por exemplo o Reino Unido optou pela criação de um consórcio público-privado com vista ao financiamento da infraestrutura, cabendo ao Estado prover para o fundo 9.3 milhões de libras. (Informação disponível em: <http://www.aveve.org/www/Images/files/Public%20support%20for%20infrastructure%20for%20Electromobilit%20v6.pdf>)

que os Estados se abstenham de financiar a totalidade da infraestrutura pública de carregamento³⁸.

2. A atividade e os princípios pelos quais se rege

Prevê o preambulo do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril que “(...) *Tendo presente que a mobilidade elétrica não se integra no quadro dos serviços públicos essenciais, o presente decreto-lei consagra um regime de universalidade e equidade no acesso aos serviços de mobilidade elétrica (...)*”.

A este respeito, justificam-se algumas considerações acerca de determinados conceitos clássicos com vista à qualificação da atividade. Na verdade, o conceito de serviço público nunca se revelou pacífico entre a doutrina. Seguindo de perto a posição adotada por PEDRO GONÇALVES, “O serviço público, enquanto tarefa ou atividade, refere-se, portanto, a uma *tarefa administrativa*, a uma atividade de que a Administração é titular e por cujo exercício é responsável (responsabilidade de execução)”³⁹. O autor, que rejeita um conceito objetivo de interesse público⁴⁰, entende que o preenchimento do conceito depende da verificação de que se trata de uma tarefa administrativa de prestação, que tenha que ser efetuada por uma entidade em benefício direto e imediato de terceiros⁴¹.

Distinto do conceito de serviço público é o conceito de serviço universal. Este, por sua vez, foi inicialmente aplicado no setor das telecomunicações, na sequência da Comunicação da Comissão 96/ C 281/01, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias n.º C 281/01. Esta comunicação referia que o conceito envolvia uma série de exigências a que deveriam estar sujeitas as atividades de telecomunicações ou de correios,

³⁸ Cfr. Public Charging Infrastructure: Essential for the mass adoption of electric vehicles Siapartners Insight August 2016, pp. 6-7, disponível em http://energy.siapartners.com/sites/default/files/20160831_sia_partners_ev_charging_infrastructure_insight_vf3_0.pdf; Market Models for the Roll-Out of Electric Vehicle Public Charging Infrastructure – a Euroelectric concept paper, september 2010, p. 7, disponível em file:///C:/Users/ACER/Downloads/2010-09-21_market_model_final_for_membernet-2010-030-0808-01-e.pdf

³⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 37.

⁴⁰ O Autor afirma aliás, que tal conceito nunca foi acolhido entre a doutrina portuguesa. Em sentido objetivo, o conceito diz respeito a atividades de natureza económica e que numa lógica liberal não são essencialmente administrativas, cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 32-33.

⁴¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 36-37.

estando a estas associadas determinadas obrigações que se destinam a assegurar “por toda a parte o acesso de todos a determinadas prestações essenciais, de qualidade e por um preço razoável”⁴². Tratando-se de um conjunto de princípios e de obrigações que determinados serviços deverão cumprir de forma a serem acessíveis a todos os cidadãos a um preço razoável, visando-se assim a satisfação do interesse geral⁴³.

Ao serviço universal têm vindo a ser reconhecidas pela doutrina determinadas características ou princípios que os serviços em causa têm que cumprir, concretamente a universalidade, a igualdade, a continuidade, a adaptabilidade, a qualidade e segurança, a livre concorrência (entre outros)⁴⁴. Atentemos agora em algumas características que a lei conferiu a esta atividade, e que do nosso ponto de vista são de interesse neste âmbito referir.

Em primeiro lugar, como já referido, a lei, logo no artigo 4.º, consagra os princípios de acesso universal e equitativo dos utilizadores aos serviços, o que se materializa na liberdade de escolha e de contratação dos comercializadores de energia elétrica, na liberdade de acesso às infraestruturas de carregamento, independentemente do comercializador escolhido e sem ter que celebrar qualquer contrato com o operador do ponto, assim como através da existência de condições de interoperabilidade entre a rede e as diferentes marcas e sistemas de carregamento de baterias. Ora, daqui resulta que o legislador pretendeu assegurar, não só características de universalidade, garantindo a possibilidade de acesso de todos os utilizadores de VE aos serviços da rede, como inclusivamente impõe obrigações de não discriminação por parte do OPC ao impor, no n.º 2 do artigo 16.º, como única justificação para discriminação de utilizadores, a incompatibilidade técnica.

Ainda no âmbito das garantias de universalidade do serviço, há a destacar o previsto no n.º 8 do artigo 11.º do Regulamento da mobilidade elétrica, relativamente à obrigação que impende sobre o comercializador de energia de assegurar aos seus clientes utilizadores de VE a possibilidade de acesso a qualquer ponto de carregamento, independentemente de este se localizar em território continental ou nas Regiões Autónomas.

⁴² Cfr. Comunicação Comissão Europeia 96/C 281/01.

⁴³ Cfr. RODRIGO GOUVEIA, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, CEDIPRE, Direito Público e Regulação 2, Coimbra Editora, 2001, p. 24.

⁴⁴ Cfr. RODRIGO GOUVEIA, *ob. cit.* pp. 26-33.

O legislador claramente teve a preocupação de assegurar a continuidade do fornecimento dos serviços de mobilidade elétrica, ao impor aos OPC a obrigação de assegurar a continuidade do funcionamento dos pontos de carregamento⁴⁵. Não só previu esta obrigação de continuidade, como também estabeleceu a exigência de cumprimento de condições de qualidade e de segurança⁴⁶ na prestação dos serviços. Para o efeito, previu a definição por parte do membro do Governo responsável pela área da energia, das regras aplicáveis à instalação e funcionamento dos pontos em matéria técnica e de segurança⁴⁷. Também o Regulamento da mobilidade elétrica prevê, no artigo 38.º, a obrigatoriedade de cumprimento por parte dos comercializadores de energia, dos níveis de qualidade estabelecidos contratualmente (nos contratos que estabelecem com os utilizadores), assim como os previstos no próprio Regulamento⁴⁸.

Mais ainda, o legislador preocupou-se em assegurar a adaptabilidade tecnológica da rede, garantindo que esta acompanha o progresso tecnológico, o que se encontra de alguma forma vertido na garantia de interoperabilidade da rede prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º, mas também, claramente, na obrigação que impende sobre o OPC de garantir a atualização, renovação e adaptação periódica dos componentes e sistemas de informação dos pontos de carregamento, de forma a garantir essa interoperabilidade. Esta característica, tem, a nosso ver, a consequência de garantir também a efetiva universalidade e equidade de acesso dos utilizadores aos serviços, não os privando de acesso em função da tecnologia subjacente ao seu sistema de carregamento.

É ainda de salientar a preocupação de tornar o mercado da mobilidade elétrica livre e concorrencial, potenciando desta forma uma maior liberdade de escolha, especialmente quanto ao comercializador de energia. Esta opção do legislador encontra-se vertida, não só

⁴⁵ Ver a este propósito o previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 16.º.

⁴⁶ Prevê a alínea d) do n.º 1 do artigo 16.º a obrigação de garantir condições de segurança efetiva para pessoas e bens e de adequado funcionamento dos componentes de medição, comunicação, ente outros que integrem as infraestruturas.

⁴⁷ A este nível prevê-se o cumprimento dos requisitos técnicos e funcionais previstos para os contadores inteligentes (Portaria n.º 231/2013, de 22 de julho), assim como as especificações técnicas definidas no âmbito da União Europeia, cfr. n.º 8 do artigo 6.º.

⁴⁸ Concretamente prevêem-se os meios de atendimento obrigatório, assim como as regras em matéria de prazos de resposta a reclamações, de envio de informações à ERSE que permitam a verificação das obrigações de qualidade, assim como a da possibilidade de resolução alternativa de conflitos, cfr. Artigo 38.º a 49.º do Regulamento.

no n.º 2 do artigo 4.º, quando se estabelece que é aplicável ao exercício das atividades de mobilidade elétrica o princípio da concorrência, como também no artigo 5.º, concretamente nos números 5, 6 e 9, quando se define que as atividades de comercialização de energia e de operação de pontos de carregamento são exercidas em regime de livre concorrência, assim como as atividades associadas ou complementares a estas⁴⁹.

Parece-nos de salientar o facto de, muito embora se estabelecer que a única atividade regulada é a de gestão da rede de mobilidade elétrica, e que por isso não seja regulada a fixação dos preços pagos pelos utilizadores aos comercializadores de energia elétrica, se prever no já referido Regulamento da mobilidade elétrica, concretamente nos números 6 e 7, que na formulação e fixação dos preços o comercializador deve obedecer a princípios de igualdade de tratamento e de transparência, discriminando os montantes devidos pelo acesso ao ponto e os demais devidos pelo carregamento de VE e de outros serviços prestados, tendo inclusivamente o dever de publicitar os preços praticados e de enviar à ERSE a informação discriminada sobre os preços que pratica, nos termos dos números 1 e 2 do artigo 33.º do Regulamento. Note-se ainda que esta preocupação não existe só em relação aos preços pagos pelos utilizadores de VE, como também nos preços pagos pelos comercializadores aos operadores dos pontos, pelo acesso e utilização dos pontos⁵⁰.

Por último, importa referir que o diploma prevê, para uma fase pós rede piloto, na qual o mercado deverá funcionar, que no caso de a entidade competente entender que os pontos instalados pelos operadores licenciados não são suficientes para satisfazer as necessidades a nível nacional, pode desencadear um procedimento concursal para a atribuição de licença de OPC⁵¹.

Do exposto, algumas conclusões se nos afiguram possíveis retirar. Em primeiro lugar, parece-nos seguro afirmar que não se trata efetivamente de um serviço público. Isto não só porque a lei o afirma de forma clara no preâmbulo, como também pelo que resulta da análise do regime e do estudo da figura clássica do serviço público, já que não nos parece que a atividade em causa seja efetivamente uma atividade sobre a qual o Estado (e a Administração Pública) tenham uma responsabilidade pela execução e que chame a si, assumindo assim a

⁴⁹ Referem-se especificamente as atividades de disponibilização de espaços de estacionamento para VE's, locação de VE's e seus componentes, designadamente baterias, cfr. n.º 9 do artigo 5.º.

⁵⁰ Neste sentido, cfr. n.º 4 do artigo 11.º do Regulamento da mobilidade elétrica.

⁵¹ Cfr. n.º 8 do artigo 15.º do Diploma da Mobilidade Elétrica.

sua titularidade. Não existe, para além disso, qualquer *publicatio* da atividade. Em terceiro lugar, existe um elemento sistemático que decorre do regime do Decreto-Lei n.º 31/2006, de 26 de abril, conjugado com a Lei n.º 73/96, de ...: o abastecimento automóvel com combustíveis não constitui um serviço público. Na substância, a mobilidade elétrica só difere da restante utilização de fontes de energia para mobilidade no que respeita à tecnologia utilizada, pelo que não estando os combustíveis sujeitos ao regime dos serviços públicos por identidade de razões também não deverá estar a mobilidade elétrica, sob pena de discriminação injustificada de uma tecnologia. Este argumento é ainda confirmado pelo disposto no artigo ..., n.º ..., do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, que exclui a mobilidade elétrica do setor elétrico nacional.

Ainda assim, do nosso estudo resulta que, não obstante não se tratar de um serviço universal, até porque tal implicaria o estabelecimento de obrigações de serviço universal que impenderiam sobre uma entidade específica, assim como a celebração de um contrato de concessão que permitisse ao operador económico privado obter um ressarcimento por parte do Estado, que compensasse o prejuízo na eventual falta de interesse económico na execução da atividade e que permitisse repor o equilíbrio económico-financeiro do contrato⁵². Excluída que está esta hipótese, não podemos deixar de referir que, em nosso entendimento, embora se conclua pela não inclusão da atividade em causa em nenhuma das categorias anteriormente mencionadas, não se pode deixar de reconhecer que existe, inegavelmente, uma preocupação marcada do Estado com a atividade. Tanto assim é que, como vimos, nela podemos identificar algumas das características também presentes nas atividades de serviço universal, como a continuidade da prestação, equidade no acesso, qualidade e segurança, entre as demais acima concretizadas. Mais ainda, não obstante a própria lei referir que apenas a atividade de gestão da rede de mobilidade elétrica é objeto de regulação, não deixa de se verificar que, no que toca aos níveis de qualidade de serviço, a ERSE acaba por, de alguma forma, supervisionar o efetivo cumprimento dos níveis pré-estabelecidos, já que tanto os operadores dos pontos como os próprios comercializadores se veem obrigados a enviar informação da qual se possa aferir o cumprimento ou não.

⁵² Veja-se, a título de exemplo, o previsto no n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 17/2012, de 26 de abril, que estabelece o regime jurídico da prestação de serviços postais.

Entendemos assim que embora, como vimos, a atividade não seja enquadrável em nenhuma das categorias anteriormente explanadas, se trata de uma política pública de mobilidade, assumida desde logo nas mencionadas RCM n.º 20/2009 e n.º 81/2009, previamente até à legislação de 2010, tendo sido inclusivamente criado um “Programa para a Mobilidade Elétrica em Portugal”.

B) A exploração dos pontos de carregamento: os contratos celebrados entre a Entidade Gestora da rede de mobilidade elétrica e os privados

1. Os contratos em análise

Prevê o diploma da mobilidade elétrica, concretamente no n.º 1 do artigo 25.º, que os pontos de carregamento em local público são instalados, disponibilizados, explorados e mantidos por operadores de pontos de carregamento licenciados nos termos do aludido artigo, acontece, porém, que a lei tem em vista uma fase pós rede piloto, em que cabe aos operadores económicos licenciados tal tarefa.

O financiamento pelo Fundo Português do Carbono da instalação dos pontos da rede piloto tinha inicialmente como objetivo a transferência da titularidade dos pontos para os Municípios logo que finda a fase piloto, importando garantir a assunção por parte dos mesmos, direta ou indiretamente, das tarefas de operação e manutenção dos referidos pontos⁵³. Porém, a necessidade de realização de operações de manutenção destinadas a assegurar o bom funcionamento dos pontos, deu origem ao Aviso-Convite do PO SEUR à Mobi.E. Este financiamento tinha como pressuposto, porém, que os pontos fosse propriedade da Mobi.E, sem prejuízo da consequente transmissão aos Municípios no final da fase piloto⁵⁴. Desta forma, a Mobi.E é titular da propriedade dos pontos de carregamento em questão, tendo vindo, ultimamente, a lançar procedimentos pré-contratuais com vista a atribuir a exploração e manutenção destes pontos de carregamento a operadores privados interessados, assim como, no que diz respeito aos novos pontos a instalar da 2ª fase da rede piloto, atribuindo para além da exploração e manutenção, também a sua instalação.

⁵³ Cfr. Preâmbulo do Despacho n.º 8809/2015, de 29 de julho.

⁵⁴ Cfr. Despacho n.º 8809/2015, do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território e Energia, de 29 de julho de 2015, publicado em Diário da República, 2ª série, N.º 154, de 10 de agosto de 2015.

Para o efeito, tem vindo esta entidade a qualificar os contratos em questão como contratos de concessão de serviço público⁵⁵. Qualificação que, porém, não nos parece adequada pelos motivos que passaremos a expor.

2. Da qualificação do contrato

Concentraremos a nossa atenção no contrato de exploração, operação e manutenção (e em alguns casos de instalação) dos pontos de carregamento da fase piloto, financiados inicialmente com o objetivo de transferir a sua titularidade para os Municípios, finda a fase piloto⁵⁶. A competência para lançar este procedimento, que deverá ser concursal, é da Mobi.E nos termos do ponto 8 da RCM n.º 49/2016, de 1 de setembro.

Antes de mais, importa analisar a natureza do contrato de forma a perceber se se trata de um contrato de direito público ou de direito privado.

2.1. Natureza pública ou privada do contrato

Seguindo o conceito de contrato público defendido por PEDRO GONÇALVES, segundo o qual se trata de “*qualquer contrato celebrado por uma entidade que integra a Administração Pública*”⁵⁷, entendemos que os contratos em causa são indubitavelmente contratos públicos. Isto na medida em que, quer a Mobi.E (atual entidade contratante), que é uma empresa pública e entidade adjudicante nos termos da alínea ii) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP, quer os Municípios (futuros contratantes), também entidades adjudicantes nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP, integram a Administração Pública. Acontece, porém, que tal classificação não remete para qualquer regime jurídico específico, até porque como bem se sabe, a Administração Pública celebra também contratos de direito privado, ainda assim classificados como contratos públicos na medida em que quanto ao procedimento de formação e aos processos contenciosos ficam expostos a uma “*disciplina básica de direito*

⁵⁵ Cfr. Anúncio de Procedimento n.º 6777/2016, publicado em Diário da República, II série N.º 205, de 25 de outubro de 2016.

⁵⁶ Cfr. Preâmbulo do Despacho n.º 8809/2015, de 29 de julho de 2015.

⁵⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 23.

público”⁵⁸. Têm vindo a ser classificados como contratos de direito privado os contratos de fornecimento de serviços públicos pela Administração (por exemplo de água e de transportes urbanos) e contratos no âmbito da gestão e alienação do património privado da Administração⁵⁹.

Diferente é classificar um contrato como administrativo, submetendo-o, em consequência, a um regime substantivo de Direito Administrativo. Para tal é necessário, porém, que se cumpram algum dos critérios de administratividade previstos no n.º 6 do artigo 1.º do CCP. Estes contratos, que vêm regulados na Parte III do CCP, abrangem os contratos de compras públicas (aquisições de serviços, de produtos, locações e empreitadas de obra pública) e os contratos de concessão (de serviço e de obra pública).

A lei, que como já referimos, prevê um quadro normativo aplicável a uma fase de mercado pleno, não faz qualquer referência aos contratos que têm por objeto os pontos integrantes da rede piloto e da titularidade (temporária) da Mobi.E, prevendo-se apenas o tal procedimento “concursal”⁶⁰. Desta forma, revela-se necessário analisar a índole e o objeto dos contratos a celebrar, de forma a qualificar os contratos em análise.

Vejamos então se o objeto dos contratos em causa melhor se enquadra num contrato de natureza pública administrativa, ou, ao invés, num contrato público de direito privado celebrado pela Administração Pública.

Em primeiro lugar, importa salientar que, em matéria de contratação pública, as Diretivas europeias de 2014 (Diretivas 2014/24/UE, 2014/23/UE 2014/25/UE), vieram trazer algumas alterações. Nesta sequência, e tendo em conta que o prazo de transposição já foi ultrapassado em 18 de abril de 2016⁶¹, foi finalmente aprovado pelo Governo, a 18 de maio de 2017, o novo CCP.

Ainda assim, não deixa de importar, quanto a nós, analisar o tema à luz das novas Diretivas, em especial da Diretiva 2014/23/EU.

⁵⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob.cit.*, p. 413.

⁵⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob.cit.*, p. 412.

⁶⁰ Cfr. Ponto 8 da RCM n.º 49/2016, de 8 de junho.

⁶¹ Cfr. artigo 51.º da Diretiva.

2.2. As Diretivas Europeias – em especial a Diretiva 2014/23/UE

A Diretiva 2014/24/UE, veio revogar a Diretiva 2004/18/CE, e estabelece as regras relativas à adjudicação de contratos públicos (de empreitada de obra pública, contratos públicos de fornecimento e de serviços). A novidade trazida pela legislação europeia em 2014 foi a Diretiva 2014/23/UE, que pela primeira vez vem regular as regras aplicáveis à adjudicação de contratos de concessão. A linha ténue que delimita os contratos públicos dos contratos de concessão, e a insegurança jurídica por esta causada, levou a que a Comissão e o Parlamento Europeu, entendessem que era importante, até numa lógica de melhor aproveitamento dos dinheiros públicos, estabelecer regras claras relativamente à adjudicação destes contratos, garantindo desta forma o bom funcionamento dos mercados internos⁶².

Note-se que esta Diretiva veio não só estabelecer as regras aplicáveis em matéria pré-contratual, como também regular aspetos da própria execução do contrato, como a subcontratação, a modificação durante o período de vigência e a rescisão⁶³.

Analisemos então o conceito de concessão para efeitos de aplicação da Diretiva, de forma a perceber se os contratos em análise podem ou não ser abrangidos pelas regras e conceitos europeus.

2.2.1 O conceito de concessão adotado pela Diretiva 2014/23/EU

O legislador europeu optou por um conceito de concessão de obras e de serviços diferente daquele que se encontra consagrado no artigo 407.º e seguintes do CCP, na medida em que prescinde do elemento “público” na sua definição, parecendo logo à partida que tratar-se de um serviço ou de uma obra pública deixa de ser requisito para aplicação da noção de concessão de obras e de serviços ao abrigo da Diretiva. Esta opção justifica-se do ponto de vista em que a intenção do legislador europeu foi criar um regime aplicável aos contratos celebrados pelas Administrações Públicas dos vários Estados-Membros, desde que tenham valor superior ao limiar previsto no artigo 8º da Diretiva. Nesta linha, tendo em conta que países que não seguem a tradição francesa dos contratos administrativos, como por exemplo

⁶² Cfr. Considerando (1) da Diretiva 2014/23/EU, de 26 de fevereiro de 2014.

⁶³ Cfr. Artigo 42.º e seguintes da Diretiva 2014/23/UE.

o Reino Unido ou os países nórdicos, desconhecem o conceito de “*serviço público*”, bastando-se com os conceitos de “*serviço de interesse geral*” e “*serviço de interesse económico geral*”, e tendo ainda em conta que com a progressiva liberalização dos mercados cada vez mais, mesmo nos países de tradição francesa, o “*serviço público*” vai progressivamente perdendo a força que outrora assumiu, o legislador europeu preferiu a definição de um conceito mais amplo, liberto da exigência de publicidade do serviço⁶⁴.

Nesta linha, para efeitos da aplicação da Diretiva, deve entender-se por «concessão de obras», nos termos da alínea a) do artigo 5.º, “*um contrato, a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a execução de obras a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração da obra que constitui objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*”, e por «concessão de serviços», nos termos da alínea b) do mesmo artigo “*um contrato a título oneroso celebrado por escrito, mediante o qual uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a prestação e a gestão de serviços distintos da execução de obras referidas na alínea a) a um ou mais operadores económicos, cuja contrapartida consiste, quer unicamente no direito de exploração dos serviços que constituem o objeto do contrato, quer nesse direito acompanhado de um pagamento*” (sublinhado nosso).

A Diretiva considera ainda determinante para a qualificação de um contrato como contrato de concessão, a transferência para o concessionário de um “*risco de exploração de carácter económico*”⁶⁵, ligado à oferta e à procura, que por estar exposto diretamente ao mercado, pode sofrer perdas que não sejam “*meramente nominais ou insignificantes*”⁶⁶, não estando garantida a recuperação dos montantes investidos na exploração do serviço objeto da concessão.

Vejamos então se a Mobi.E e, futuramente, os Municípios são entidades ou autoridades adjudicantes para efeitos da aplicação da Diretiva.

Para este efeito, consideram-se entidades adjudicantes as previstas nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 7.º, desde que exerçam uma das atividades referidas no Anexo II da Diretiva

⁶⁴ Cfr. ROBERTO CARANTA, “The changes to the public contract directives and the story they tell about how eu law works”, in *Common Market Law Review* 52: 391–460, *Kluwer Law International*, 2015, p. 410 e ss.

⁶⁵ Cfr. Considerando (19) da Diretiva.

⁶⁶ Cfr. n.º 1 do artigo 5.º, *in fine* da Diretiva.

e que adjudiquem uma concessão para o exercício de uma dessas atividades, nos termos do n.º 1 do artigo 7.º.

Da análise destes preceitos resulta que, tanto os Municípios como a própria Mobi.E, enquanto “*organismo de direito público*”, são autoridades adjudicantes para efeito de aplicação da Diretiva, na medida em que estão previstas, respetivamente, nos n.ºs 1 e 4 do artigo 6.º.

Entende-se que a Mobi.E é um “*organismo de direito público*” na medida em que se trata de uma entidade criada especificamente com o objetivo de prosseguir uma política pública, uma atividade dotada de interesse público, decorrente da necessidade de prosseguir um interesse direto em favor da comunidade, visando a realização de um bem comum⁶⁷ e dotada de personalidade jurídica. Mais ainda deve salientar-se que se trata de uma entidade cuja maioria dos titulares do órgão de administração são direta ou indiretamente designados pelo Estado, o seu único acionista. Desta forma, esta entidade é estreitamente dependente do Estado.

Verificado que está o preenchimento do requisito subjetivo previsto pela Diretiva, vejamos se se encontra igualmente preenchido o requisito objetivo.

Efetivamente, trata-se de um contrato oneroso, celebrado por escrito, mediante o qual a Mobi. E (ou os Municípios) autoriza um operador económico privado a explorar e manter os pontos de carregamento de VE's que estão na sua titularidade, tendo como contrapartida o direito de exploração desse serviço, remunerado pelo preço pago pelos CEME pela utilização dos pontos de carregamento. Logo, trata-se também de uma atividade sujeita ao risco da oferta e da procura, por isso exposta à imprevisibilidade do mercado, sob pena de eventual não recuperação dos investimentos e despesas suportadas no âmbito da exploração da atividade objeto do contrato.

Acontece, porém, que nos parece difícil sustentar que esteja em causa a confiança de um “*serviço*” propriamente dito. Desde logo, porque até ao momento o carregamento de VE's é totalmente gratuito, já que foi estabelecida esta gratuitidade até ao final da rede piloto, o que leva a que inexista também até ao momento a atividade de Operação de Pontos de Carregamento tal como esta vem prevista no regime jurídico aplicável, já que, sendo este

⁶⁷ Cfr. JOÃO HENRIQUES PINHEIRO, Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação, Publicações Cedipre Online – 5, disponível em http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_5.pdf, Coimbra, fevereiro de 2011, p. 18.

carregamento gratuito, não há qualquer valor económico associado à atividade. Como se viu *supra* no n.º 2 do ponto II. B), trata-se de uma atividade remunerada pelo *fee* pago pelos CEME pela utilização do ponto. Ora, não existindo qualquer relação contratual e comercial entre os CEME e os UVE, inexistente qualquer exploração do ponto, nos termos previstos.

Pelo que ficou dito, e por nos parecer difícil entender que está em causa uma verdadeira transferência ou confiança de um “*serviço*”, parece-nos também difícil qualificar estes contratos como “*concessões de serviço*” ao abrigo da Diretiva 2014/23/UE.

2.3. A qualificação dos contratos à luz da legislação nacional

Também nos parece difícil alcançar essa qualificação à luz das normas aplicáveis, em especial, das normas previstas na Parte III no CCP.

O CPA, no artigo 200.º, optou por não adotar uma definição de contrato administrativo, bastando-se apenas com a remissão para o CCP, referindo que “*são contratos administrativos os que como tal são classificados no Código dos Contratos Públicos ou em legislação especial*”, nos termos do n.º 2.

O CCP, por sua vez, prevê genericamente no n.º 5 do artigo 1.º, que a Parte III do Código é aplicável aos contratos que revistam a natureza de contrato administrativo, prevendo o n.º 6, no corpo da norma, as características que se devem verificar para que o contrato possa ser qualificado como administrativo. Em primeiro lugar, tem que se tratar de um acordo de vontades celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes ou somente entre contraentes públicos, independentemente da forma ou designação que revista. Em segundo lugar, e depois de se ver preenchido o primeiro requisito, o contrato em causa tem que preencher uma das categorias previstas nas quatro alíneas do n.º 6 deste artigo 1.º, sendo que os critérios que subjazem à definição destas categorias constituem os “*fatores de administratividade*” dos contratos⁶⁸.

Ora, relativamente aos Municípios, futuros contratantes, dúvidas não restam de que se trata de um contraente público, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 2.º do CCP,

⁶⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, Curso de Direito Administrativo, Volume II, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 451.

aplicável *ex vi* da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º, já que se trata da Administração Pública “tradicional”.

A Mobi.E, sendo uma empresa pública, é qualificada como entidade adjudicante ao abrigo da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º⁶⁹, na medida em que, como vimos, se trata de um “*organismo de direito público*”, uma entidade criada especificamente com o objetivo de prosseguir uma política pública, uma atividade dotada de interesse público, decorrente da necessidade de prosseguir um interesse direto em favor da comunidade, visando a realização de um bem comum⁷⁰. A atividade para a qual foi constituída a entidade não se submete à lógica do mercado e da livre concorrência, na medida em que, inclusivamente se trata da única atividade no âmbito da mobilidade elétrica que a legislação aplicável optou por não consagrar como exercida em regime de livre concorrência, nos termos do n.º 7 do artigo 5.º do já mencionado Decreto-Lei n.º 39/2010, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho⁷¹. Mais ainda deve salientar-se que se trata de uma entidade cuja maioria dos titulares do órgão de administração são direta ou indiretamente designados pelo Estado, o seu único acionista. Desta forma, esta entidade é estreitamente dependente do Estado. Por fim, importa ainda dizer que, sendo uma empresa pública, na qual existe influência dominante nos termos do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, muito embora “*influência dominante*” e “*estreita dependência*” não sejam conceitos coincidentes, tem-se entendido que quando existe influência dominante, em princípio existe estreita dependência, quer seja pelo controlo da gestão, quer seja pela designação maioritária dos dirigentes da entidade dominada⁷².

A lei estabelece os seguintes critérios de administratividade para qualificar um contrato celebrado pela Administração Pública como contrato administrativo. Em primeiro lugar, na alínea a), prevê os contratos que por vontade das partes, por qualificação da lei ou do Código, são qualificados como administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público. Na alínea b) prevêem-se os contratos com objeto passível de ato

⁶⁹ Sobre os “organismos de direito público” enquanto entidade adjudicante *vide*, por exemplo, PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, pp. 93-97.

⁷⁰ Cfr. JOÃO HENRIQUES PINHEIRO, Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de aAdjudicação, Publicações Cedipre Online – 5, disponível em http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_5.pdf, Coimbra, Fevereiro de 2011, p. 18.

⁷¹ Por oposição ao que se prevê relativamente às demais atividades nos n.º 5 e 6 do artigo 5.º do mesmo diploma, nos quais se prevê o exercício em “regime de livre concorrência”.

⁷² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 97.

administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos. O terceiro critério ou fator previsto pela lei, na alínea c), prende-se com os contratos que conferem ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público. Por último, a alínea d) prevê os contratos que a lei submeta (ou admita que sejam submetidos) a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir de forma relevante as atribuições do contraente público.

Ora, muito embora se trate de um tema ainda relativamente inovador e pouco estudado, até porque, como já foi oportunamente referido, trata-se de uma atividade que ainda não se encontra a funcionar em condições de mercado efetivo, parecem-nos neste momento existir argumentos suficientemente sólidos que permitam sustentar tratar-se de um contrato com objeto melhor subsumível num contrato de direito privado, ainda que se trate de um contrato celebrado pela Administração.

Parece-nos assim estar em causa um contrato público de direito privado. Tratar-se-á portanto de um contrato que, muito embora esteja submetido, como vimos, a regras de contratação pública (à Parte II do CCP), estará primordialmente submetido a um regime de direito privado⁷³. Note-se que ainda assim lhe serão aplicáveis normas de direito público quanto aos processos contenciosos, assim como lhe serão aplicáveis os princípios gerais da atividade administrativa, já que o n.º 3 do artigo 2.º do CPA prevê a sua aplicabilidade “*a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada*”⁷⁴.

Em primeiro lugar, importa, na linha do que já fomos referindo ao longo do presente estudo, sublinhar que a intenção do legislador ao criar um regime jurídico aplicável às atividades da Mobilidade Elétrica, foi, claramente, a de regular uma atividade exercida em regime de mercado livre, e tanto assim é, que prevê no artigo 5.º que, à exceção da atividade de gestão de operações da rede de mobilidade elétrica, as demais atividades são exercidas em regime de “*livre concorrência*”, estabelecendo apenas a obrigatoriedade de obtenção de licença para o exercício da atividade de operação de pontos de carregamento e de registo para comercialização de energia para mobilidade elétrica.

⁷³ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª Ed., 2015, Almedina, Coimbra, p.395.

⁷⁴ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob.cit.*, p.413.

Este diploma tem claramente em vista a criação de uma atividade de mercado pleno, em que os operadores económicos privados interessados no exercício destas atividades, cumprindo os termos e condições previstos na lei para tal exercício, criem a sua própria rede de pontos de carregamento (desde que integrados no Sistema de Informação Mobi.E).

Acontece que, ao contrário do que sucedeu noutros países, como já abordado *supra* (n.º 1 do ponto III. A), o Estado Português, ciente de que nesta fase inicial o risco associado ao arranque da atividade não a tornaria suficientemente apelativa ao investimento privado, optou por financiar a sua implementação. Como vimos, o financiamento pelo Fundo Português do Carbono permitiu impulsionar a atividade e preparar o mercado, dotando-o da estrutura necessária para a “entrada” dos operadores económicos privados.

É exatamente a questão do financiamento que se revela geradora de dúvidas em relação à qualificação dos contratos em questão. Acontece que este financiamento aconteceu nos moldes e pelos motivos acima expostos. Tratou-se, no fundo, de uma fase de “*market building*”. Tendo em conta que seria necessário este investimento público inicial, o Estado viu-se obrigado a criar soluções que tornassem este investimento viável no sentido de não contrariar as regras europeias relativas aos auxílios de estado previstas no artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (‘TFUE’), que prevê no n.º 1 que “*Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções*”. Só este motivo justificaria que se tenha previsto a transferência da propriedade dos pontos que integram a rede piloto para a Mobi.E, finda a fase piloto, para os Municípios nos quais estejam integrados.

Ora, nesta fase do nosso estudo, não nos parece que esta circunstância implique automaticamente uma sujeição destes contratos a uma disciplina de direito administrativo. Efetivamente estão em causa infraestruturas que integram o domínio de entidades que integram a Administração Pública, concretamente o seu domínio privado, porém, parece-nos importante, não só ter em consideração a possibilidade das entidades administrativas lançarem mão de instrumentos contratuais jurídico-privados, como também o facto de os pontos de carregamento em questão serem apenas um “*ponto de partida*”, sendo que daqui

em diante o mercado ficará entregue aos operadores privados, que instalarão os seus pontos de carregamento e criarão a sua rede, por si financiada. Com isto se quer realçar que o mercado não ficará dependente exclusivamente destes pontos instalados ao longo da fase piloto, pelo contrário, entrará de ora em diante em franca expansão.

Parece-nos assim tratarem-se de contratos que regulam situações passíveis de regulação pela via do direito privado, até porque, tendo em conta que a intenção do legislador foi criar uma atividade exercida em regime de mercado, a criação de dois regimes distintos para os contratos cujo objeto incide sobre a exploração e manutenção dos pontos de carregamento pode, no limite, revelar-se distorçora da lógica do mercado. Isto porque, tal circunstância nos levaria a ter simultaneamente em mercado operadores económicos a atuar sob condições contratuais bastante distintas, já que, aqueles que exploram os pontos instalados na fase piloto e titularidade da Mobi.E ou dos Municípios, atuariam ao abrigo de um contrato de concessão (tal como têm sido qualificados no âmbito dos procedimentos pré-contratuais que os antecedem), e portanto submetidos a um regime de direito administrativo, enquanto todos os demais seriam abrangidos por contratos submetidos a um regime de direito privado.

Nesta linha, parece-nos possível, por exemplo, enquadrar estes contratos no âmbito de um contrato de locação de bem móvel⁷⁵, isto é, de um contrato de aluguer, sujeito às regras da contratação pública por força da alínea d) do n.º 2 do artigo 16.º do CCP. Desta forma, tratar-se-ia de um contrato através do qual a entidade pública se obrigaria a proporcionar ao operador privado o gozo temporário do(s) ponto(s) de carregamento objeto do contrato, e sujeito ao regime previsto para a locação, nos artigos 1022.º e seguintes do Código Civil. A sujeição do procedimento de formação contratual às regras de direito administrativo não impede que o programa contratual se reja pelo direito privado, em condições de paridade com os demais agentes do setor.

⁷⁵ Os pontos de carregamento são bens móveis, na medida em que, tendo em conta que não se trata uma coisa imóvel na aceção da enumeração taxativa do n.º 1 do artigo 204.º do Código Civil (A este propósito ver A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 126-127.

2.3.1 O procedimento de formação contratual

Na sequência da conclusão alcançada no ponto anterior, faremos, em algumas linhas, uma breve análise às normas aplicáveis em termos de procedimento pré-contratual.

Regula o CCP, no artigo 20.º, a escolha do procedimento de formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

O CCP admite, para a formação destes contratos e independentemente do valor do contrato a celebrar, o recurso aos procedimentos pré-contratuais de concurso público e de concurso limitado por prévia qualificação, exceto quando se tratem de contratos cujos anúncios não sejam publicados no Jornal Oficial da União Europeia, caso em que só se admite a celebração de contratos de valor inferior a 249.000 €, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º. Esta opção justifica-se pelo facto de se tratarem de procedimentos que privilegiam a concorrência e a abertura ao mercado, potenciando uma *igualdade de chances*⁷⁶ entre os concorrentes, e por isso de utilização preferencial.

Admite-se também, na alínea a) do n.º 1 do mesmo preceito, a possibilidade de utilização de um procedimento de ajuste direto, contanto que para tal o valor do contrato a celebrar seja inferior a 75.000 €. A imposição de um limiar de valor justifica-se pelo facto de ser um procedimento “fechado”, que não promove um apelo à concorrência, já que se inicia com o envio de um convite pela entidade adjudicante.

Note-se ainda que o n.º 2 do referido artigo 20.º ressalva que, quando a entidade adjudicante seja o Estado e quando se tratem de contratos cujo anúncio não seja publicado no Jornal Oficial da União Europeia, o recurso aos procedimentos de concurso público e concurso limitada por prévia qualificação só é admissível quando o valor do contrato seja inferior a 162.000 €, exceto se se tratar de um dos contratos elencados nas várias alíneas do n.º 2.

Sendo que, à data da elaboração do presente estudo, muito embora o novo CCP já tivesse sido aprovado, não fora ainda publicado em Diário da República, revela-se, quanto a nós interessante fazer uma breve abordagem do tema à luz do proposto no anteprojeto de revisão do CCP, tendo presente que a redação acolhida na versão final aprovada poderá não ser no seu todo coincidente com a que lhe foi dada no anteprojeto.

⁷⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob.cit.*, p. 79.

Efetivamente, o anteprojeto de revisão do CCP introduziu algumas alterações no artigo 20.º do CCP.

Em primeiro lugar, prevê na alínea a) a possibilidade de recurso a concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, qualquer que seja o valor do contrato, quando se tratem de contratos com publicação de anúncio no Jornal Oficial da União Europeia, distinguindo esta situação daquela em que não haja publicação de anúncio, prevendo-se neste caso a possibilidade de recorrer a este procedimento quando “*o valor do contrato seja inferior ao limiares referidos nas alíneas b), c) e d) do n.º 3 do artigo 474.º, consoante o caso*”. Isto é, 135.000 €, para os contratos públicos de fornecimentos de bens, de prestação de serviços e de concursos de conceção, adjudicados pelo Estado, 209.000 €, para os contratos referidos na alínea anterior, adjudicados por outras entidades adjudicantes e 750.000 €, para os contratos públicos relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no anexo IX.

Prevê-se também a possibilidade de recurso ao procedimento de consulta prévia, um novo procedimento acolhido pelo anteprojeto, que, nos termos do n.º 1 do artigo 112.º consiste no “*procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar*”. A utilização deste procedimento está, contudo, dependente do valor do contrato ser inferior a 75.000 €.

Por fim, prevê-se a possibilidade de recurso ao ajuste direto, sendo que neste caso é notória a redução do limiar de valor até ao qual se admite a escolha deste procedimento. Na versão atual do CCP este limiar é de 75.000 €, sendo que na versão do anteprojeto foi estabelecido em 20.000 €.

Conclusão

Do presente estudo foi possível retirar um acervo de conclusões que nas próximas linhas passaremos a expor.

Em primeiro lugar, concluímos que Portugal foi um dos países pioneiros na adoção de novos modelos de mobilidade elétrica, tendo-se esta assumido como preocupação do Estado logo desde 2008.

A nível europeu, concluímos que a União Europeia desempenhou, e continua a desempenhar, um importante papel de incentivo à implementação destas infraestruturas, do qual resulta o Livro Branco de 28 de março de 2011 e a Diretiva 2014/94/ UE.

Mais ainda, foi possível concluir que a implementação de modelos de mobilidade elétrica se revela fulcral para o cumprimento das ambiciosas metas definidas no Tratado de Paris. Ainda assim, e muito embora se reconheça que a percentagem de penetração de VE na frota automóvel mundial tem aumentado nos últimos anos, se encontra ainda muito aquém do que é necessário e seria desejável.

Concluímos também que a legislação aplicável a este setor tem em vista uma fase de mercado pleno, pelo que em alguns pontos se revela bastante desajustada à realidade da rede piloto, criando algumas dificuldades de compreensão do regime.

No que diz respeito ao modelo adotado, concluímos que esta opção tinha em vista uma solução de total interoperabilidade dos diferentes sistemas.

Em termos regulatórios, concluímos que o legislador optou por consagrar um mercado de livre concorrência para a maioria das atividades envolvidas, sujeitando a regulação apenas a atividade de gestão da rede de mobilidade elétrica.

Relativamente ao setor propriamente dito, concluímos pela existência de três atividades principais que se materializam a na comercialização de energia para mobilidade elétrica, na operação e manutenção dos pontos de carregamento e na gestão das atividades da rede de mobilidade elétrica. Quanto a esta última atividade, salientamos o facto de a EGME desempenhar um papel central já que, entre outros aspetos, monitoriza os fluxos financeiros associados a todas as atividades e cria condições para que os operadores e comercializadores se relacionem e contratem entre si.

Relativamente ao financiamento da infraestrutura, entendemos que a opção do Estado português se revela diferente daquela que tomada por outros países europeus, já que se optou pelo financiamento público da rede piloto.

No que toca à qualificação da atividade, entendemos que, muito embora o legislador tenha optado por não proceder à qualificação, no nosso ponto de vista esta não deve ser assumida como um serviço público e, muito embora se verifiquem algumas características usualmente associadas ao serviço universal, também não deve se qualificada como tal. Entendemos sim, que se trata de uma política pública de mobilidade, com projeções a nível ambiental e energético.

Por questões relacionadas com a necessidade de criação de um mercado, que pelo seu caráter inovador e pelo risco económico associado à sua implementação não se revelava suficientemente apelativo à iniciativa económica privada, foi necessário financiar publicamente a criação da rede de mobilidade elétrica. Desta forma, e tendo em conta que tiveram que ser tomadas as precauções necessárias em matéria de auxílios de Estado, optou-se pela criação de uma empresa pública que desde 2015 vem assumindo a tarefa de gestão da rede de mobilidade elétrica, na titularidade da qual titularidade está a propriedade dos pontos de carregamento da rede piloto, prevendo-se inclusivamente a transferência desta titularidade para os Municípios, finda a rede piloto.

Relativamente aos contratos celebrados entre a EGME e os privados para a exploração dos referidos pontos de carregamento, entendemos tratarem-se indubitavelmente de contratos públicos, qualificação que do ponto de vista do regime jurídico aplicável se revela inócua, pelo que importava perceber se se trataria de um contrato público administrativo, ou, ao invés, de um contrato celebrado pela Administração, mas sujeito ao direito privado.

Analisado o tema à luz da Diretiva 2014/23/UE, foi possível concluir que muito embora se visse cumprido o elemento subjetivo de aplicação das normas da Diretiva, não nos parece que se possa assumir estar-se perante um a confiança de um “*serviço*”, na aceção do diploma, a um operador económico privado.

À luz da legislação nacional vigente, em concreto o CCP, parece-nos que, muito embora se tratem de contratos celebrados por entidades adjudicantes para efeitos de aplicação do CCP, não preenchem os critérios de administratividade previstos no n.º 6 do artigo 1.º do

CCP. Desta forma, e tendo em conta a possibilidade dos entes públicos recorrerem a instrumentos jurídico-privados no âmbito da “*realização das missões públicas*”⁷⁷, parece-nos que os contratos objeto deste estudo melhor se enquadram num regime de direito privado, à exceção do que diz respeito ao procedimento pré-contratual e a processos contenciosos.

Tal posição parece-nos sustentável tendo em conta a própria intenção do legislador de criar uma atividade exercida em regime de concorrência efetiva, uma verdadeira atividade exercida em regime de mercado.

Nesta sequência, e sublinhando que a rede piloto se constitui apenas como um “*kick-off*” da criação do mercado da mobilidade elétrica em Portugal, adivinhando-se num futuro muito breve uma forte expansão e aposta dos operadores económicos privados, entendemos que a criação de dois regimes diferentes no âmbito da contratação que tem por objeto a exploração de pontos de carregamento pode até revelar-se distorçora do funcionamento e da lógica do mercado.

Assim, pelo que ficou dito, nesta fase entendemos que o objeto destes contratos seria muito passível de integrar um contrato de aluguer de bem móvel, ainda que o respetivo procedimento de formação contratual esteja incluído no âmbito de aplicação do CCP por força da alínea d) do n.º 2 do artigo 16.º e que por isso estará em termos pré-contratuais sujeito à Parte II do CCP.

Prevê o CCP, no artigo 20.º, que para os contratos de locação de bens móveis podem ser utilizados pelas entidades adjudicantes os procedimentos pré-contratuais de concurso público e concurso limitado por prévia qualificação, independentemente do valor do contrato, exceto quando se tratem de contratos cujos anúncios não sejam publicados no Jornal Oficial da União Europeia, caso em que só se admite a celebração de contratos de valor inferior a 249.000 €. Isto porque se tratam de procedimentos que pela sua natureza apelam à concorrência e ao mercado.

Admite-se também o procedimento de ajuste direto quando se tratem de contratos de valor inferior a 75.000 €.

O anteprojeto de revisão do CCP operou algumas alterações a este artigo 20.º do CCP. Assim, mantém possibilidade de recurso ao concurso público e ao concurso limitado por prévia qualificação com as condicionantes descritas, mas introduz a possibilidade de recurso

⁷⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *ob.cit.*, p. 413.

a um novo procedimento pré-contratual, a consulta prévia, contanto que se trate de um contrato cujo valor seja inferior a 75.000 €.

Relativamente ao ajuste direto, ressalta que, embora se mantenha a admissão deste procedimento pré-contratual, o limiar de valores até ao qual se admite a sua utilização baixou em larga medida, dado que apenas se admite a utilização deste procedimento pré-contratual para contratos de valor inferior a 20.000 €.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo, O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2015.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Junho de 2015.

CARANTA, ROBERTO “The changes to the public contract directives and the story they tell about how eu law works”, in *Common Market Law Review* 52: 391–460, Kluwer Law International, 2015.

CORREIA, SÉRVULO, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2013.

DROGUE, SUSANNE AND OLIVER GEDEN, *After the Paris Agreement - New challenges for the EU's Leadership in Climate Policy*, SWP Comments 19, German Institute for International and Security Affairs.

FIGENBAUM, ERIK E MARIKA KOLBENSTVEDT, *Electromobility in Norway - experiences and opportunities with Electric vehicles*, disponível em: <https://www.toi.no/getfile.php/Publikasjoner/T%C3%98I%20rapporter/2013/1281-2013/1281-2013-sum.pdf> [último acesso em 20 de janeiro de 2017].

GONÇALVES, PEDRO COSTA, *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015

GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Direito Público e Regulação 7, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito da União*, 7ª Ed., Coimbra, Almedina, 2017.

GOUVEIA, RODRIGO, *Os serviços de interesse geral em Portugal*, CEDIPRE, Direito Público e Regulação 2, Coimbra Editora, 2001

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Global EV Outlook Beyond one million electric cars*, OECD/IEA Publicações, 2016.

JUSTO, SANTOS ANTÓNIO, , *Direitos Reais*, 4ª Ed., Coimbra, Almedina, 2012.

MACHADO, CARLA, *A interpretação (des)conforme ao direito da União Europeia patente no acórdão uniformizador de jurisprudência N.º15/2013 do Supremo Tribunal de Justiça português*, in UNIO - EU Law Journal. Vol. 2, N.º 2, Junho 2016

MOREIRA, VITAL, “Serviço Público e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico”, in *Studia Iuridica 60 - Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*.

PINHEIRO, JOÃO HENRIQUES, *Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação*, Publicações Cedipre Online – 5 disponível em http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_5.pdf, Coimbra, Fevereiro de 2011 [último acesso em 15 de março de 2017]

SILVA, SUZANA TAVARES DA, *Direito da Energia*, 1ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

Outras Fontes:

Electric Mobility in Germany – The national Platform and the Government Program Electric Mobility, disponível em http://www.egvi.eu/uploads/0_2%20Fernholz_%20Electric%20Mobility%20in%20Germany%20-V2.pdf. [último acesso em 20 de janeiro de 2017].

Market Models for the Roll-Out of Electric Vehicle Public Charging Infrastructure – a Euroelectric concept paper, september 2010, disponível em http://www.euroelectric.org/media/45284/2010-09-21_market_model_final_for_membernet-2010-030-0808-01-e.pdf [último acesso em 20 de janeiro de 2017].

Mobilidade elétrica em Portugal, disponível em http://greenbusinessweek.fil.pt/wp-content/uploads/2016/02/Alexandre-Videira_MOBIE_GBW_2.pdf [último acesso em 20 de janeiro de 2017].

Public Charging Infrastructure: Essencial for the mass adoption of electric vehicles Siapartners Insight August 2016 disponível em http://energy.siapartners.com/sites/default/files/20160831_sia_partners_ev_charging_infrastructure_insight_vf3_0.pdf [último acesso em 20 de janeiro de 2017].

Site Comissão Europeia, disponível em https://ec.europa.eu/commission/index_pt [último acesso em 3 de março de 2017]

Site Diário da República, disponível em <https://dre.pt/> [último acesso em 6 de abril de 2017]

Site institucional da APA, disponível em <http://www.apambiente.pt/> [último acesso em 20 de fevereiro de 2017]

Site institucional ERSE, disponível em <http://www.erse.pt/pt/Paginas/home.aspx> [último acesso em 30 de janeiro de 2017]

Site institucional da MOBI.E, disponível em <https://www.mobie.pt/a-rede-mobi.e> [último acesso em 18 de abril de 2017]

Site *United Nations Framework Convention on Climate Change*, disponível em http://unfccc.int/paris_agreement/items/9444.php [último acesso em 20 de abril de 2017]