



“O acesso a atividades complementares e acessórias já motivou disputas judiciais, nomeadamente na sequência da privatização da EGF”, lembra José Luís Moreira da Silva, sócio da SRS Advogados

CONCORRÊNCIA

EMPRESAS DE RESÍDUOS PONDERAM AVANÇAR COM NOVA QUEIXA A BRUXELAS

NOVA QUEIXA À COMISSÃO EUROPEIA ESTÁ A SER PONDERADA, APÓS MUDANÇA NAS REGRAS DE ACESSO A OUTRAS ATIVIDADES POR PARTE DOS SISTEMAS MULTIMUNICIPAIS. MINISTÉRIO DO AMBIENTE GARANTE QUE ALTERAÇÕES SÃO “EMINENTEMENTE FORMAIS”. JÁ A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA “NÃO SE PRONUNCIA SOBRE A MATÉRIA”

O Decreto-Lei n.º 16/2021 de 24 de fevereiro veio introduzir a atividade de produção de água para reutilização no serviço público prestado pelos sistemas multimunicipais, mas faz também alterações relevantes ao diploma de 2013, que abrange os sistemas de gestão de resíduos. Em causa está o acesso a atividades acessórias e complementares pelas entidades gestoras de sistemas multimunicipais e a intervenção da Au-

toridade da Concorrência (AdC) neste processo, que faz temer um recuo da concorrência no setor.

No novo articulado, na descrição do processo de autorização destas atividades caiu a referência ao parecer obrigatório da AdC, que existia no anterior diploma, ainda que, nos requisitos para o exercício destas, esteja explícito que não pode ser “posta em causa a concorrência”. No âmbito do mesmo artigo (artigo 5º da

alteração ao Decreto-Lei n.º 92/2013), refere-se, contudo, que o exercício das atividades complementares ou acessórias “que não se encontrem previstas no contrato de concessão depende da autorização do concedente” e tem de ser precedida de parecer da Autoridade da Concorrência e da entidade reguladora do setor, salvo no caso das “atividades de interesse ambiental, social ou reputacional”, previstas num nú-

mero anterior.

Para José Luís Moreira da Silva, sócio da SRS Advogados, trata-se de “uma desvalorização gritante do papel da concorrência” no setor, visto que “a intervenção obrigatória da Autoridade da Concorrência prévia à emissão de autorização para desenvolver estas atividades é agora restrita apenas aos casos residuais em que não se encontrem permitidos pelos contratos de concessão e também não digam respeito a fins de interesse ambiental, social ou reputacional para a entidade gestora”, como escreveu em artigo de opinião publicado no *Ambiente Online*.

O acesso a atividades complementares e acessórias por parte dos sistemas multimunicipais, que operam em regime monopolista na sua atividade principal, e a sua potencial ameaça à concorrência em mercados conexos já motivou disputas judiciais, nomeadamente na sequência da privatização da EGF. Pelo menos uma delas ainda está a correr nos tribunais, sublinha José Luís Moreira da Silva, em esclarecimentos adicionais ao jornal *Água&Ambiente*. “As atividades complementares hoje em dia são importantíssimas para este mercado”, realça. “E uma coisa era as entidades serem públicas”, acrescenta ainda. “Agora, a partir do momento em que elas passam para o domínio privado, como é que pode haver um monopólio privado neste setor?”, questiona.

A questão ganha ainda particular relevância porque estes sistemas multimunicipais, agora sob gestão privada, têm acesso a fundos comunitários, no âmbito do POSEUR - Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos, ao contrário do que sucede com as demais empresas do setor. “Um privado não tem acesso a fundos europeus para água e resíduos”, realça José Luís Moreira da Silva, “mas as entidades privadas que têm uma concessão podem” concorrer a estes fundos, a par de entidades públicas ou dos municípios. Ora, ao entrarem em “concorrência direta” com entidades privadas em determinadas atividades “podem baixar os preços”, argumenta o advogado, porque o investimento “vem de [financiamento a] fundo perdido de Bruxelas”, enquanto “um privado tem de ir à banca e pagar a taxa de juro”.

Já em 2016, a sociedade de advogados SRS tinha remetido à AdC uma exposição, em nome de um conjunto de empresas do setor dos resíduos, alertando que poderia estar em causa um “auxílio de Estado ilegal que beneficia uma empresa em detrimento de outras” e que a forma como estava desenhado o POSEUR podia criar condições desiguais de concorrência entre as empresas que operam no setor. O que preocupava as empresas era justamente o impacto concorrencial do apoio financeiro ser atribuído a uma empresa (leia-se EGF) que, detendo um direito exclusivo num determinado mercado, pudesse expandir a sua atividade para um mercado conexo aberto à concorrência.

O mesmo grupo de empresas apresentou também, à data, uma denúncia à Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia pelo alegado auxílio de Estado e a entrega de fundos comunitários foi mesmo suspensa durante um ano, como noticiou o *Água&Ambiente* em setembro de 2017.

“A Comissão Europeia provisoriamente suspendeu os fundos do POSEUR até haver acordo entre o governo e as partes interessadas”, recorda José Luís Moreira da Silva. O acordo foi alcançado com o secretário de Estado do Ambiente da altura – Carlos Martins – e “nós suspendemos o processo”. Mas, agora, o advogado admite voltar à carga: “a única alternativa que vejo é

voltar outra vez à queixa à Comissão Europeia”. “É uma coisa que se está a ponderar”, assegura.

NOVAS REGRAS SÓ ABRANGEM ATIVIDADES ACESSÓRIAS

Segundo o Ministério do Ambiente e Ação Climática (MAAC), as novas regras “estabelecidas para as atividades não concessionadas aplicam-se somente às atividades acessórias e não às atividades complementares, distinguindo-se estas daquelas por se traduzirem num aproveitamento dos ativos afetos à concessão”.

Nos esclarecimentos prestados ao *Água&Ambiente*, o MAAC dá alguns exemplos do que podem ser estas atividades acessórias: realização de ações de formação ou de sensibilização ambiental junto das escolas, realização de estudos, recuperação de imóveis históricos com importância para uma região, apoio à criação de um parque urbano ou mecenato. “Desde que se traduza na prossecução de fins de interesse ambiental, social ou reputacional, correspondem ao reconhecimento de que estas empresas regionais podem e devem contribuir para o desenvolvimento e a valorização dos territórios que servem”, referem ainda.

O Ministério do Ambiente adianta também que, auscultada no âmbito deste processo, a AdC “apreciou favoravelmente” as alterações ao diploma, considerando-as “eminentemente formais”. Em sede de atividades acessórias ou complementares, cita o MAAC, a AdC concluiu que o projeto “não altera, no essencial, aquilo que é a intervenção da Autoridade da Concorrência no âmbito das atividades complementares e acessórias, no sentido de prevenção de situações potencialmente danosas da concorrência.”

“A Autoridade da Concorrência não se pronuncia sobre a matéria em causa”, respondeu, por seu lado, a AdC às questões colocadas pelo jornal *Água&Ambiente*.

Já o presidente da AEPSA – Associação Portuguesa das Empresas do Setor do Ambiente, Eduardo Marques, em resposta ao *Água&Ambiente* disse apenas que o diploma “suscita algumas preocupações, mas requer uma análise aprofundada”, que a associação, que elegeu novos órgãos sociais em maio, não teve ainda oportunidade de fazer.

RISCO PARA AMBOS OS LADOS

Por seu lado, Nuno Castro Marques, da SP&M Advogados, sublinha, desde logo, que a dispensa de um parecer prévio não elimina a exigência legal de acautelar a concorrência no exercício de atividades acessórias ou complementares. “Como não podia deixar de ser, continua a ser um dos requisitos (cumulativos) de legalidade o facto de que ‘não seja posta em causa a concorrência’”, realça, como está patente no articulado do diploma.

E, na sua opinião, a emissão de pareceres até contribuíria “para uma maior certeza e segurança jurídica e regulatória dos operadores”. “Esta alteração, aparentando simplificar, não modifica a substância de a concorrência não poder ser prejudicada, acabando assim por aumentar o risco dos operadores, responsabilizando-os na medida em que deixam de poder beneficiar do *safe harbour* que os pareceres prévios podiam ser, ao identificarem os limites ou condições em que podiam ser exercidas atividades acessórias ou complementares”, argumenta.

O risco de poder haver limitações à concorrência nos setores de água e resíduos era o que justificava a emissão de pareceres prévios, recorda o advogado, e decor-

• A única alternativa que vejo é **voltar outra vez à queixa à Comissão Europeia**, afirma José Luís Moreira da Silva

• **Queixa anterior** apresentada à comissão Europeia **levou à suspensão de fundos comunitários** por um ano

• **Novas regras** estabelecidas para as atividades não concessionadas **aplicam-se somente às atividades acessórias**, realça ministério do ambiente



“As atividades complementares hoje em dia são importantíssimas para este mercado”, realça José Luís Moreira da Silva, sócio da SRS Advogados

• **Alteração não modifica a substância da concorrência** não poder ser prejudicada acabando por **aumentar o risco dos operadores**, nota Nuno Castro Marques

• **Autossuficiência económica das atividades acessórias pode ser “meramente tendencial”** no caso de estas prosseguirem fins de interesse ambiental, social ou reputacional

• ERSAR defendeu **recuperação total de custos de investimento e operação** associados a atividades acessórias, mas a questão **foi só parcialmente acautelada no diploma**

re do facto de ter sido atribuído às entidades gestoras de sistemas multimunicipais “direitos exclusivos de exploração e gestão dos sistemas, o que corresponde a terem a posição de monopolistas em tais atividades”. “É assente que os agentes económicos que tenham um tal poder de mercado numa específica atividade e localização (vulgo mercado relevante) podem ser tentados a abusar desse poder, seja nessa mesma atividade, seja em atividades conexas (mercados conexos) onde ainda beneficie de uma posição que lhe permita adotar comportamentos com impacto prejudicial seja na estrutura, seja no processo concorrencial”, salienta. Ou seja, o risco existe, quer de “encerramento de mercados a jussante (verticalização), mesmo que adotados mecanismos de separação contabilística e económica das atividades”, quer de “cometimento de ilícitos concorrenciais, em especial, abusos de posição dominante”.

Por isso, entende, a eliminação de pareceres prévios vai obrigar a ERSAR e a AdC “a monitorizar muito atentamente os comportamentos do mercado”. Mas, na perspetiva de Nuno Castro Marques, até estarão “nesta nova situação, muito mais ‘livres’ para procederem a intervenções *ex-post*, ou seja, intervenções sobre comportamentos e que podem ser de carácter estrutural e ou sancionatório”. Assim, “do mesmo passo que se aumenta o risco para a concorrência, porventura também se

aumentará o risco regulatório e sancionatório para as entidades gestoras de sistemas multimunicipais ou concessionários”, conclui.

GARANTIR A AUTOSSUFICIÊNCIA DA ATIVIDADE

Na sua resposta, o Ministério do Ambiente reforça também que, para além de ser exigida a autorização do concedente e parecer favorável de todos os municípios utilizadores, a atividade acessória não pode, segundo o novo diploma, exceder 1% do volume de negócios da entidade gestora em cada ano. Este valor aumenta para 5% no caso de empresa não deficitária, se a atividade acessória gerar receitas que permitam a recuperação, no período da concessão, de, pelo menos, 70% da soma do valor do investimento realizado e dos custos de investimento e de exploração associados.

No novo regime legal, diz-se também que cada atividade complementar ou acessória deve ser autossuficiente em termos económico-financeiros. Mas que, “no caso de atividade acessória”, esta autossuficiência pode ser “meramente tendencial” se prosseguir “fins de interesse ambiental, social ou reputacional para a entidade gestora”. Segundo José Luís Moreira da Silva, isto põe em causa o princípio da autossuficiência, que existe para evitar que estas atividades sirvam para “repor um *déficit* de

exploração das atividades principais”.

A questão também preocupa a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR). Na sua análise ao diploma, a “preocupação essencial” do regulador centrou-se em garantir que as atividades acessórias destinadas a prosseguir fins de interesse ambiental, social ou reputacional “sejam autossuficientes e que a ocorrência de eventuais prejuízos gerados por estas atividades não venham onerar as tarifas dos serviços regulados aplicadas aos utilizadores do sistema”, esclarece Alexandra Cunha, Diretora do Departamento de Sistemas de Águas.

Por outro lado, adianta ainda, “do ponto de vista da estabilidade das trajetórias tarifárias futuras, considerou-se que a utilização de um *superavit* tarifário decorrente de serviços regulados para financiar tais atividades acessórias, deveria ser balizado pela salvaguarda da recuperação total de *déficits* tarifários acumulados e pela garantia de que as atividades acessórias a prosseguir gerem receitas suficientes que permitam a recuperação, no período da concessão, dos custos de investimento e de exploração associados”. Esta preocupação veio a ser apenas “parcialmente acautelada” na redação final do diploma. No Decreto-Lei publicado, o nível de recuperação previsto, ao longo da concessão, fica-se pelos 70%.

JOANA FILIPE

REUTILIZAÇÃO SIM, MAS SEM FERIR CONCORRÊNCIA

A integração da reutilização de águas residuais na esfera de atividade das empresas multimunicipais é outra das novidades do diploma, que é vista com bons olhos, mas também suscita

alguns receios no setor da água. A possibilidade de reutilizar águas residuais tratadas e vender essa água enquanto atividade complementar é “uma boa ideia”, observa João Levy,

mas há que garantir que os proprietários de outras estações de tratamento também o possam fazer. “Estas atividades complementares não podem nem monopolizar, nem entrar

por atividades que por si já estão disputadas por outras empresas ao abrigo do objeto social dessas mesmas empresas”, resume o presidente da Ecoserviços.



água & ambiente

O JORNAL DE NEGÓCIOS DO AMBIENTE • ENERGIA | RESÍDUOS | ÁGUA



DIRETOR: JOÃO BELO JUL | AGT 2021 Nº 239 BIMESTRAL ANO XXIII | ASSINATURA ANUAL 105 EUROS - PREÇO AVULSO 20 EUROS



CONCORRÊNCIA

EMPRESAS DE RESÍDUOS PONDERAM AVANÇAR COM NOVA QUEIXA A BRUXELAS

OPINIÃO

ENERGIA

LUÍS LEITE RAMOS
O negócio impressionista das barragens do Douro



RESÍDUOS

AIRES PEREIRA
Gestão de Resíduos Urbanos na Região Norte, proximidade e autossuficiência



ÁGUA

FREDERICO FERNANDES
O Decreto-Lei n.º 16/2021 e as assimetrias da reutilização de águas residuais tratadas



energia

Medidas passivas devem ser privilegiadas na melhoria da eficiência energética em edifícios

Sem acordo entre sócios, ponto de ligação à rede da **Central do Pego vai a concurso público**

resíduos

Construção favorável à criação de uma entidade gestora para RCD

AHRESP defende melhorias no modelo de recolha de vidro no canal HORECA

água

Gestão de águas pluviais cada vez mais virada para soluções verdes

Perdas de água: Mais de metade dos municípios algarvios com perdas reais de água acima dos 20%

ambiente

Lei do Clima em apreciação na Assembleia da República

Estratégia Europeia impõe ritmo acelerado à indústria para tornar produtos químicos mais sustentáveis

Gases fluorados: uma ameaça descontrolada ao aquecimento global

energia

BIOCOMBUSTÍVEIS NUM IMPASSE. Produtores recebem pelo futuro



resíduos

AR introduz dezenas de **ALTERAÇÕES À LEGISLAÇÃO DOS RESÍDUOS**



água

CINCO ENTIDADES GESTORAS ganham muito com a venda de água



água & ambiente 2021 CONFERÊNCIAS



DESCUBRA OS TEMAS-CHAVE NAS PÁGINAS 4 E 5 DESTE JORNAL