

## **Recomendação n.º 2 / 2006 relativa ao funcionamento dos Sectores de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais**

### **I. Introdução**

1. A Autoridade da Concorrência, nos termos dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, tem por principal missão assegurar o cumprimento das regras de concorrência, consagradas na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho – Regime Jurídico da Concorrência – no respeito pela economia de mercado e da livre concorrência, não permitindo que esta seja falseada através da adopção de comportamentos anti-concorrenciais por parte dos agentes económicos intervenientes no mercado, quer sejam públicos ou privados. Está assim, em causa, assegurar a salvaguarda do funcionamento eficiente dos mercados, de um elevado nível de progresso técnico e do maior benefício para os consumidores.
2. O cabal respeito pelo princípio da livre concorrência exige que as diversas instituições assumam comportamentos e políticas conformes com esse desiderato, pelo que as distorções de concorrência resultantes de comportamentos de agentes económicos, que constituam obstáculo à realização daquele objectivo, devem, nessa medida, ser afastadas.
3. Para assegurar o cumprimento da missão que lhe foi conferida, incumbe à Autoridade da Concorrência, nomeadamente, fomentar a adopção de práticas que promovam a concorrência e a generalização de uma cultura de concorrência junto dos agentes económicos e do público em geral e contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afectar a livre concorrência.
4. Para o desempenho das suas atribuições, a Autoridade da Concorrência dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação, no âmbito dos quais lhe compete, entre outros, emitir Recomendações que se mostrem necessárias à boa aplicação das regras da concorrência e ao desenvolvimento de uma cultura de concorrência.
5. Neste contexto, importa ainda considerar que, no âmbito do despacho de 29 de Junho de 2001, que autorizou a aquisição da empresa Luságua – Gestão de Águas, S.A. (doravante referida como “LUSÁGUA”) pelo grupo AdP – Águas de Portugal, SGPS, S.A. (“Grupo AdP”) – através da sua participada AQUAPOR – Serviços, S.A. (“AQUAPOR”) – foi atribuída à entidade responsável pela aplicação das regras da concorrência, pelo então Secretário de Estado das Pequenas e Médias Empresas do Comércio e Serviços, a incumbência de acompanhar a evolução dos sectores de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A aquisição da Luságua pela Aquapor foi notificada pela Águas de Portugal, através da Aquapor, à ex-Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, e autorizada por despacho do Senhor Secretário de Estado das PME, do Comércio e dos Serviços, a 29 de Junho de 2001 (cf. Despacho nº 655/2001/SEPMECS). A decisão que aprovou a aquisição determinou ainda que a autoridade responsável pela aplicação das regras da concorrência acompanhasse a evolução do sector, devendo solicitar ao Instituto Regulador de Águas e Resíduos - IRAR todas as informações necessárias para o efeito.

6. Importa por fim considerar que, tendo em vista a preparação da presente Recomendação, foi promovido um *workshop* fechado por esta Autoridade, em que foram ouvidos os principais intervenientes no sector, bem como solicitado um parecer ao regulador sectorial – Instituto Regulador de Águas e Resíduos – ao abrigo do artigo 9º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.

## II. Enquadramento do sector

7. A título introdutório, e uma vez que se considera relevante para a compreensão das questões que se têm levantado neste sector, cabe referir que, ao contrário de outros sectores de actividade, tem sido reconhecido que a concorrência no sector de abastecimento de água e do saneamento de águas residuais se encontra limitada por um conjunto variado de factores<sup>2</sup>.
8. Em primeiro lugar, está em causa a prestação de serviços – actividades de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, e actividades de recolha, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas – que desempenham um papel fundamental na satisfação de necessidades essenciais das populações. Por essa razão, estes serviços são de *interesse económico geral* e, como tal, a sua prestação deve ser assegurada, de forma directa ou indirecta, pelo Estado e obedecer a um conjunto de obrigações de serviço público<sup>3</sup>.
9. Em segundo lugar, e atenta a natureza de *serviços de interesse económico geral*, a oferta destes serviços tem de ser concebida para satisfazer a procura em situações de pico, evidenciando, por isso, necessidades significativas de activos de longa duração e de elevada imobilização. Por essa razão, tem vindo a ser reconhecido, pelo menos a nível local e para uso doméstico, não ser possível e/ou economicamente viável a duplicação da estrutura física de transporte, e entrega e/ou recolha nos clientes finais, características típicas dos *monopólios naturais*.
10. Em terceiro lugar, e pelas razões atrás enunciadas, a gestão e exploração destes serviços é normalmente atribuída a uma única empresa em regime de exclusivo – situação de *monopólio legal* – que frequentemente assume a forma de concessões, que nos termos da legislação sectorial podem durar entre 5 e 50 anos<sup>4</sup>.
11. Por fim, a concorrência no sector deve igualmente ser analisada no âmbito do modelo de gestão adoptado para o sector.

---

2 Os limites da concorrência no sector de abastecimento de água e saneamento de águas residuais têm sido reconhecidos internacionalmente, nomeadamente a nível comunitário. Veja-se neste sentido, o estudo encomendado pela Comissão Europeia, publicado em Dezembro de 2002. WRC/Ecologic, *Study on the Application of the Competition Rules to the Water Sector in the European Community*, Dezembro de 2002, disponível no seguinte endereço: [http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/water\\_sector\\_report.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/water_sector_report.pdf).

3 Entre as obrigações de serviço público contam-se em especial as seguintes: serviço universal, continuidade, qualidade de serviço, acessibilidade de preços e protecção do utilizador e do consumidor. Cf. Livro Verde sobre os Serviços de Interesse Geral, COM/2003/027 final, para. 49.

4 Cf. Sistemas municipais: de 5 a 50 anos, nos termos do art. 8º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro; Sistemas multimunicipais de abastecimento de água: de 10 a 50 anos, nos termos do Base IV do Anexo ao Decreto-Lei n.º 319/94, de 24 de Dezembro; Sistemas multimunicipais de recolha e tratamento de efluentes: de 30 anos, nos termos da Base IV, nº 1 do Anexo ao Decreto-Lei n.º 162/96, de 4 de Setembro.

12. Com efeito, em 1993, com a alteração da Lei n.º 46/77, sobre a delimitação dos sectores, pelo Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de Outubro e a publicação do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro, viabilizou-se a entrada de capitais privados no sector e, ao mesmo tempo, procedeu-se à reestruturação do modelo de gestão então vigente.
13. O modelo de gestão então aprovado, e que vigora ainda hoje, assenta fundamentalmente na divisão entre *sistemas multimunicipais* e *sistemas municipais*, que tendencialmente corresponde à divisão entre a componente grossista, ou “*em alta*” (*i.e.* a montante da distribuição de água e a jusante da colecta de águas residuais) e a componente retalhista, ou “*em baixa*” (*i.e.* a actividade de distribuição de água para consumo humano e a colecta directa de esgotos).
14. De acordo com o quadro legal estabelecido, a gestão e exploração dos *sistemas multimunicipais* apenas pode ser directamente efectuada pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidade pública de natureza empresarial ou a empresa que resulte da associação de entidades públicas, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social, com entidades privadas. Refira-se, no entanto, que a criação e a concessão dos *sistemas multimunicipais* é objecto de Decreto-Lei, sem sujeição a concurso público prévio<sup>5</sup>.
15. Quanto aos *sistemas municipais*, a respectiva exploração e gestão pode ser directamente efectuada pelos próprios municípios ou, se estes assim o entenderem, atribuída a entidades privadas, mediante contratos de concessão, estes sim, precedidos de concursos públicos<sup>6</sup>.
16. Podem, ainda, os municípios, as associações de municípios e as regiões administrativas, nos termos da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, criar empresas, dotadas de capitais próprios, de âmbito municipal, intermunicipal ou regional, para exploração de actividades que prossigam fins de reconhecido interesse público e cujo objecto se contenha no âmbito das suas atribuições, como é o caso do abastecimento de águas e do saneamento de águas residuais<sup>7</sup>.
17. Decorre do exposto que, na prática, a concorrência no sector de abastecimento de água e saneamento de águas residuais em Portugal tem sido confinada àquelas actividades às quais o sector privado é chamado a intervir através da abertura de concursos públicos e que se têm resumido, de forma principal, às seguintes:
  - (i) Concessão de sistemas municipais, cuja gestão os municípios entendam delegar através de procedimento concursal<sup>8</sup>; e

5 Exceptua-se deste preceituado o sistema multimunicipal da área da Grande Lisboa, que se encontra inserido num regime especial que não engloba qualquer contrato de concessão, sendo o regime de intervenção fixado por lei. Embora não existindo um contrato de concessão, a EPAL, empresa gestora do aludido sistema é, no entanto, considerada, nos termos do n.º 2 do art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro – diploma que cria o IRAR – como concessionária do sistema multimunicipal daquela área.

6 Cf. art. 6º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro. Nos termos do referido artigo pode ainda ser atribuída a associação de utilizadores de reconhecida utilidade pública.

7 De acordo com o n.º 3 do artigo 1º da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, empresas públicas, são aquelas em que os municípios, associações de municípios ou regiões administrativas detenham a totalidade do capital; são denominadas empresas de capitais públicos, aquelas em que os municípios, associações de municípios ou regiões administrativas detenham participação de capital em associação com outras entidades públicas e, finalmente, são consideradas empresas de capitais maioritariamente públicos, aquelas em que os municípios, associações de municípios ou regiões administrativas detenham a maioria do capital em associação com entidades privadas.

8 Refira-se, em todo o caso que os privados podem igualmente intervir na gestão de sistemas multimunicipais através de Parcerias Público-Privadas (PPP), porém, em posição obrigatoriamente minoritária.

- (ii) Prestação de serviços, nos casos em que as empresas concessionárias dos sistemas decidam lançar concursos públicos, para a subcontratação a terceiros de determinados serviços. Neste âmbito, cabe destacar, entre outros, a subcontratação de serviços de manutenção e operação de Estações de Tratamento de Água (ETA), Estações de Tratamento de Águas Residuais (ETAR), barragens e outras grandes obras hidráulicas e estações elevatórias de água e saneamento.
18. Decorre do exposto que os concursos públicos desempenham um papel fundamental na promoção da concorrência neste sector. Com efeito, a concorrência no sector depende, em larga medida, da iniciativa das entidades gestoras delegarem em terceiros a prestação de serviços da sua competência.
19. Mais ainda, cabe salientar que neste âmbito a concorrência existe fundamentalmente no momento da abertura destes concursos públicos – vulgarmente designada por concorrência *pelo* mercado – e é feita através da apresentação de propostas contratuais pelo contrato de concessão/ prestação de serviços uma vez que, na generalidade dos casos, as adjudicações são exclusivas e, pese embora a existência de uma competição virtual proporcionada pelos instrumentos de *benchmarking*, a concorrência *no* mercado é limitada.

### **III. Análise da Situação Concorrencial**

20. A Autoridade da Concorrência, na sequência da análise que tem vindo a efectuar ao nível das (A) concessões de sistemas municipais, (B) da constituição de empresas de capitais maioritariamente públicos a funcionar nestes sectores e (C) subcontratação da prestação de determinados serviços, constata o seguinte:

#### **A. Concessões municipais**

21. No que respeita à concessão da gestão e exploração de sistemas municipais, há que diferenciar (1.) os problemas suscitados pela sua análise, que decorrem do âmbito e duração dos contratos propriamente ditos; e, (2.) os problemas que decorrem na fase do concurso público tendo em vista a adjudicação dos referidos contratos.

##### **A.1. Relativamente aos contratos de concessão**

22. A actividade de gestão e exploração de sistemas municipais é da responsabilidade dos municípios, sendo que, nalguns casos, estes delegam às empresas municipais a gestão e

exploração destes sistemas, ou concessionam estas actividades através da abertura de concurso público<sup>9</sup>.

23. A abertura de concursos públicos desempenha, assim, um papel fundamental na promoção da concorrência neste mercado uma vez que, se os municípios optarem por assegurar directamente a prestação dos referidos serviços, este mercado não existe.
24. Atentas as razões atrás enunciadas, relacionadas com a natureza de *interesse económico geral* dos serviços em causa, a gestão e exploração destes serviços é normalmente atribuída a uma única empresa em regime de exclusivo – situação de *monopólio legal* -, assumindo a forma de concessões que abrangem uma vasto leque de serviços e assumindo uma duração que nalguns casos atinge os 35 anos<sup>10</sup>.
25. Nesta matéria, considera esta Autoridade que contratos de concessão de duração excessivamente alargada, na medida em que tal não esteja objectivamente justificado, são contrários aos objectivos da política da concorrência, uma vez que reduzem o número de momentos de abertura de concurso público tendo em vista a concessão dos referidos serviços.
26. Considera-se que a duração dos contratos deve corresponder ao indispensável para i) assegurar a recuperação do investimento a realizar e ii) remunerar, de forma adequada, o capital investido. Com efeito, do ponto de vista da concorrência, considera-se que períodos mais alargados do que o necessário traduzem-se numa diminuição da concorrência *pelo* mercado.
27. Nesta matéria, importa ter em consideração que o preço da água cobrado aos consumidores finais, enquanto fonte de receitas das entidades concessionárias dos sistemas municipais de abastecimento de águas e saneamento de águas residuais, é um elemento essencial na determinação do prazo das concessões.
28. Existe hoje um largo consenso que uma adequada gestão da água deve passar pela sua aceitação como um bem económico<sup>11</sup>. A disponibilização deste bem para a satisfação das necessidades de um consumidor implica custos (i) económicos (que incluem os custos de oportunidade e as externalidades económicas); (ii) financeiros (custos de investimento ou de capital, de exploração, manutenção e administrativos); e ambientais (externalidades ambientais que representam os impactos no ambiente resultantes das diversas utilizações da água), que se reflectirão nos preços aos consumidores finais.
29. No âmbito da Directiva Quadro da Água<sup>12</sup>, é referido que os Estados-Membros assegurarão, até 2010, (i) que as políticas de estabelecimento de preços da água concretizem incentivos adequados para que os consumidores utilizem eficazmente a água, e assim contribuam para os objectivos ambientais da referida Directiva e (ii) que seja estabelecido um contributo adequado dos diversos sectores económicos, separados pelo menos em sector industrial, sector doméstico

9 Cf. Art. 6º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro.

10 Nos termos da legislação sectorial, os sistemas municipais podem ter uma duração que pode atingir 5 a 50 anos, cf. 8º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro.

11 Cfr. por exemplo, Economia da água, Plano Nacional da Água, INAG, 2004

12 Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água, transposta pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, mas carecida de normas regulamentares quanto a alguns aspectos, nomeadamente, quanto ao regime económico-financeiro.

e sector agrícola, para a recuperação dos custos dos serviços de abastecimento de água, baseado numa análise económica que tenha em conta o princípio do poluidor-pagador.

30. Assim, independentemente do maior ou menor período de tempo para implementar as medidas previstas na Directiva Quadro da Água, no que aos preços concerne, e sem prejuízo de os Estados-Membros poderem atender às consequências sociais e ambientais de tais medidas, resulta claro que, a prazo, o preço da água deverá reflectir os custos que lhe estão associados.
31. A este respeito, releva-se que, de acordo com o estudo sobre o “Abastecimento de Água em Portugal - O Mercado e os Preços”, da Associação Portuguesa de Distribuição e Drenagem de Águas, na maior parte dos Municípios com gestão directa, *«parece inferir-se a prevalência dos critérios políticos na fixação de tarifários»* que mantêm os preços artificialmente baixos, pelo que é espectável que, em muitos Municípios, assistir-se-á, a curto ou a médio prazo, a um aumento significativo dos preços da água<sup>13</sup>.
32. Em resultado do atrás exposto, o preço da água em Portugal apresenta uma enorme disparidade, sendo o preço mais elevado cerca de 30 vezes superior ao preço mais baixo.
33. Em matéria de concessões dos sistemas municipais, numa perspectiva de concorrência, a inadequação dos preços da água pode colocar em causa a recuperação do capital investido e constituir uma motivação para o prolongamento dos prazos contratados para as concessões, reduzindo os momentos de concorrência pelo mercado. No limite, esta situação poderia levar à perpetuação das concessões no tempo, enquanto as receitas geradas não forem suficientes para recuperar o capital investido e remunerar adequadamente o capital investido. Esta situação poderia até, simultaneamente, conciliar os objectivos políticos das autarquias com os objectivos comerciais das empresas concessionárias.
34. Uma forma possível de obviar tal situação será determinar que os prazos das concessões são, improrrogáveis, obrigando à abertura de novo concurso no final do prazo de cada concessão, considerando o investimento não recuperado como um custo adicional a ser incorporado no novo contrato de concessão.
35. Assim, importa que os preços praticados pelas entidades gestoras dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais resultem de modelos económicos baseados em pressupostos adequados para os respectivos sectores, de molde a que os momentos de concorrência não sejam artificialmente reduzidos por via do aumento dos prazos das concessões.

## **A.2. Relativamente ao decurso dos contratos de concessão**

36. Relativamente ao decurso dos concursos públicos, verifica-se que várias empresas têm vindo a apresentar propostas aos referidos concursos, de entre as quais se destacam as empresas

---

13 Estudo sobre o “Abastecimento de Água em Portugal - O Mercado e os Preços”, APDA, 2004.

AQUAPOR e LUSÁGUA, empresas do Grupo AdP<sup>14</sup> vocacionadas para a participação no mercado dos sistemas municipais de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais.

37. Refira-se que até ao final de 2004, tinham sido lançados 27 concursos públicos internacionais para a concessão dos referidos serviços<sup>15</sup> o que reflecte uma tendência de abertura do mercado que importa salvaguardar.
38. Constata-se que a participação do grupo AdP como entidade proponente, através das empresas suas participadas nos referidos concursos, tem vindo a motivar desconfianças relativamente ao nível de concorrência existente no mercado.
39. As desconfianças têm sido motivadas pelo facto de, em vários casos, parecerem existir relações de especial proximidade entre os municípios (entidade adjudicante) e empresas do grupo AdP (entidade proponente) que adviriam, entre outros, do facto de os municípios serem parceiros da AdP em actividades a montante da exploração e gestão de sistemas municipais, participando no capital dos sistemas multimunicipais que, por sua vez, abastecem os sistemas municipais, objecto de concurso público.
40. As referidas relações de especial proximidade poderão ser igualmente reforçadas pelo facto de alguns municípios acumularem dívidas de montantes elevados à AdP: nuns casos, no âmbito dos contratos de fornecimento de água e/ ou recolha de efluentes celebrados entre os sistemas multimunicipais e os utilizadores; e, noutros casos, no âmbito dos aumentos de capital previstos nos contratos de concessão de sistemas multimunicipais, em que os municípios participam.
41. No que respeita ao funcionamento do referido mercado, as relações de proximidade existentes entre as empresas do grupo AdP e os municípios comprometem a igualdade entre candidatos, a imparcialidade e a transparência dos procedimentos concursais para a adjudicação de concessões de sistemas municipais.
42. Considera esta Autoridade que as circunstâncias supra descritas afectam negativamente o funcionamento do mercado e que tais relações de especial proximidade entre os municípios, entidades adjudicantes devedoras, e as empresas do grupo AdP, empresas proponentes credoras, são susceptíveis de influenciar a isenção/autonomia e independência dos municípios no momento de adjudicação dos referidos contratos.
43. Tal circunstância é agravada pelo facto de, nos termos da legislação sectorial, a entidade reguladora do sector, o Instituto Regulador de Águas e Resíduos (“IRAR”), não ter competência para intervir na fase de adjudicação das concessões municipais<sup>16</sup>. Com efeito, nos termos dos respectivos Estatutos, o IRAR tem apenas competência para emitir recomendações sobre os

14 Na sequência da aquisição pela AdP de acções representativas de 24,5% do capital social da AQUAPOR, S.A. em Janeiro de 2005, a AdP é presentemente titular da totalidade do capital social da AQUAPOR, S.A., a qual, por seu turno, detém actualmente 100% do capital social da Luságua, S.A.

15 Refira-se que, em 2004, o Grupo AdP através das suas participadas AQUAPOR e LUSÁGUA, detinha a liderança das concessões de serviços de abastecimento de águas e saneamento de águas residuais, gerindo 12 das 22 concessões de sistemas municipais atribuídas em Portugal, estando, assim, presente na esmagadora maioria dos municípios que optaram por esta forma de gestão das suas redes de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais. Cfr. Relatório e contas da AdP relativo ao ano de 2004.

processos de adjudicação de concessões de sistemas multimunicipais ou municipais, bem como sobre as minutas dos respectivos contratos, não tendo competências para intervir na fase de adjudicação das concessões municipais.

## **B. Empresas de capitais maioritariamente públicos**

44. A criação pelos municípios, associações de municípios ou regiões administrativas de “empresas de capitais maioritariamente públicos”, como referido anteriormente, constitui uma alternativa possível quer à exploração e gestão directa dos sistemas de abastecimento de águas e de saneamento de águas residuais, quer à concessão destas actividades “em baixa” a entidades privadas<sup>17</sup>.
45. Neste âmbito, constata-se que a constituição de “empresas de capitais maioritariamente públicos”, permite a entrada de entidades privadas no capital social destas empresas, sem que tal processo seja sujeito a um procedimento de concurso público, na medida em que tal procedimento não se encontra previsto na Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto.
46. Considera-se, assim, que contrariamente ao que se verifica na atribuição de concessões, em que o bem da concorrência é acautelado pela promoção do concurso público para a sua adjudicação, os municípios, ao constituírem empresas de capitais maioritariamente públicos para a gestão e exploração daqueles serviços, e não estando obrigados a promover qualquer concurso para a escolha do accionista privado, acabam por não promover momentos de concorrência *pelo* mercado, em eventual prejuízo da existência de um sector empresarial, eficiente, dinâmico e concorrencial.

## **C. Subcontratações**

47. Em matéria de subcontratações, realizadas no âmbito dos sistemas multimunicipais tendo em vista, nomeadamente, a prestação de serviços de exploração, manutenção e conservação de ETA e ETAR, constata-se que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais – todas elas, empresas participadas do grupo AdP, não obstante nem sempre a isso estarem legalmente obrigadas, têm vindo a abrir concursos públicos para a adjudicação dos referidos serviços, facto que se considera muito positivo para a promoção da concorrência nas actividades desenvolvidas em torno das concessões.
48. Constata-se igualmente que, em alguns desses concursos, o Grupo AdP, através de empresas suas participadas, participa simultaneamente como entidade adjudicante e empresa proponente, em particular através das empresas AQUAPOR e LUSÁGUA.

---

16 Cf. Alínea b) do n.º 1 do artigo 11º dos Estatutos do Instituto Regulador de Águas e Resíduos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 362/98, de 18 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 151/2002, de 23 de Maio.

17 Cf. Artigo 6º do Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro.

49. Considera-se que a participação das empresas do Grupo AdP – simultaneamente como entidade adjudicante e entidade proponente – configura um conflito de interesses, em particular entre o interesse da empresa (como entidade adjudicante) em contratar a melhor oferta e o interesse da mesma entidade (como empresa proponente) em ganhar o concurso.
50. Constata-se que tal conflito não foi expressamente acautelado pelo legislador ao nível do regime jurídico aplicável aos contratos em causa<sup>18</sup> e que tal facto poderá ser prejudicial à concorrência no mercado das subcontratações de serviços de exploração, manutenção e conservação de ETA e ETAR, na medida em que permita a essas empresas falsear, em seu benefício, a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores neste mercado.

#### **IV. Recomendação**

51. Tendo em vista os objectivos preconizados em 1993 com a abertura destas actividades ao capital privado, através da consagração do regime legal da gestão e exploração dos sistemas municipais e multimunicipais<sup>19</sup> e uma vez que o desenvolvimento sustentado do sector de abastecimento de água e saneamento de águas residuais será melhor concretizado com a existência de um sector empresarial, eficiente dinâmico e diversificado, a funcionar em condições de livre concorrência, face à análise efectuada, o Conselho desta Autoridade, nos termos conjugados da alínea f) do artigo 6.º e da alínea b) do n.º 4 do artigo 7.º, ambos dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, entende recomendar o seguinte:

##### ***A. Relativamente às concessões de sistemas municipais***

52. Considerando a importância da decisão de abertura de concurso público pelos municípios – tendo em vista a concessão da gestão e exploração dos respectivos sistemas municipais – para a promoção da concorrência neste mercado;
53. Considerando, por isso, a importância dos concursos públicos na promoção da concorrência no sector de abastecimento de água e saneamento de águas residuais;

---

18 Cf. no que diz respeito aos contratos que tenham por objecto serviços de distribuição de água e saneamento de águas residuais: Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de Agosto que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Directiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, entretanto revogada pela Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, que deverá ser transposta para o direito interno até 31 de Janeiro de 2006. A este respeito, é de salientar que, apesar de nos termos da legislação aplicável aos contratos em causa, as referidas entidades nem sempre estarem obrigadas a lançar concursos públicos para a adjudicação dos referidos contratos, sempre que o fizerem estão obrigadas a respeitar as regras e princípios que regem os concursos públicos e cujo efeito útil é justamente o de garantir ou assegurar condições de concorrência não falseada.

19 Cf. Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de Novembro.

54. Considerando igualmente a necessidade de os contratos de concessão possibilitarem a recuperação dos investimentos a realizar pelas empresas concessionárias, tendo em vista assegurar a prestação de um serviço de *interesse económico geral*;
55. Considerando por último que, contratos de duração excessivamente alargada e objectivamente não justificável, são prejudiciais aos objectivos da política da concorrência, na medida em que reduzem os momentos de abertura de concursos públicos e, como tal, da concorrência (pelo mercado);

**Recomenda esta Autoridade:**

- a) **Que a duração dos contratos de concessão da gestão e exploração de sistemas municipais não exceda o período de tempo indispensável à recuperação do investimento a realizar e à remuneração adequada do capital investido, tendo sempre em vista a maximização do número de momentos de concorrência *pelo* mercado;**
  - b) **Adicionalmente, considera que os prazos iniciais das concessões não devem nunca ser sujeitos a prorrogação. Quando o capital investido não tiver sido totalmente recuperado no período da concessão por insuficiência de preço, esse défice deverá ser transportado como um custo para uma nova concessão.**
56. Considerando ainda que, no decurso dos concursos públicos tendo em vista a concessão dos referidos contratos, as circunstâncias *supra* descritas poderão afectar de forma negativa o funcionamento do mercado e que tal situação é agravada pelo facto de legalmente o Instituto Regulador de Águas e Resíduos não ter competência para intervir na fase de adjudicação das concessões municipais;
  57. Reiterando a importância dos concursos públicos na promoção da concorrência no sector de abastecimento de água e saneamento de águas residuais;

**Recomenda esta Autoridade:**

- a) **No âmbito da definição das bases gerais em que deve assentar a concessão, exploração e gestão dos sistemas municipais, a identificação/selecção de critérios de adjudicação objectivos que assegurem – face às características específicas do mercado, atrás referidas e que poderão propiciar a existência de relações de especial proximidade entre entidade adjudicante e proponentes – o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da não discriminação e que garantam que a apreciação das propostas seja feita em condições de concorrência efectiva.**

- b) **Revisão dos estatutos do Instituto Regulador das Águas e Resíduos, atribuindo-lhe competências efectivas para acompanhamento e monitorização dos processos de adjudicação das concessões dos sistemas municipais de abastecimento de águas e saneamento de águas residuais, sem prejuízo da competência das autarquias locais em matéria de planeamento, gestão e investimentos relativos aos sistemas municipais de abastecimento de água e rejeição de efluentes.**
- c) **Para além disso, e considerando que em muitos casos as autarquias locais podem estar em posição de desvantagem técnica perante os proponentes, incluindo multinacionais, para cada concurso, a criação de uma comissão com competências e procedimentos especializados, que esteja disponível para intervir na definição, concepção, preparação e adjudicação dos concursos públicos para a concessão dos referidos contratos.**
- d) **A constituição e funcionamento da *supra* referida comissão, deverá ter em conta modelos e experiências já existentes ao nível do relacionamento do Estado com entidades privadas, como é o caso da comissão criada no âmbito do Ministério das Finanças com atribuições nos lançamentos de programas integrados de parcerias e da contratação dos parceiros nas várias áreas de actividade económica.**

#### ***B. Relativamente às empresas de capitais maioritariamente públicos***

- 58. Considerando que a concessão a entidades privadas dos sistemas municipais e a criação de empresas de capitais maioritariamente públicos se apresentam como duas formas concorrentes de participação de capitais privados nos sectores de abastecimento de águas e de saneamento de águas residuais;
- 59. Considerando que a Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, que regula as condições em que os municípios e as regiões administrativas podem criar empresas de “capitais maioritariamente públicos” para a prestação “em baixa” de serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, não prevê a obrigatoriedade da realização de procedimentos concursais para a selecção dos accionistas privados, como atrás referido, em posição obrigatoriamente minoritária;
- 60. Considerando que tal facto permite a entrada de empresas no mercado da prestação destes serviços sem que, para tal, tenham que concorrer com outros operadores;
- 61. Considerando que, do ponto de vista do direito da concorrência, a possibilidade de escolha directa, sem recurso a concurso público, das entidades privadas para a constituição de empresas de capitais maioritariamente públicos não se apresenta como a solução mais adequada, uma vez que não promove momentos de concorrência pelo mercado e pode prejudicar a existência de um sector empresarial, eficiente, dinâmico e competitivo;

62. Considerando mais uma vez o papel dos concursos públicos na promoção da concorrência nos sectores de abastecimento de águas e de saneamento de águas residuais;

**Recomenda esta Autoridade:**

- a) **A realização dos procedimentos de concursos públicos para a selecção dos accionistas privados das “empresas de capitais maioritariamente públicos”, não obstante a Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, ser omissa quanto a tal obrigatoriedade.**
- b) **Que esta omissão legal seja corrigida em próxima revisão do referido Diploma, de maneira a tornar obrigatório o procedimento concursal.**
- c) **Que, para assessorar as autarquias locais na efectivação desses concursos, seja igualmente constituída uma comissão nos moldes referidos na recomendação respeitante à secção A), alíneas c) e d).**

**C. *Relativamente à subcontratação de serviços de exploração, manutenção e conservação de ETA e ETAR***

63. Sublinhando, mais uma vez, a importância dos concursos públicos na promoção da concorrência no sector de abastecimento de águas e saneamento de águas residuais, e em particular a importância da decisão de abertura de concursos públicos na promoção de momentos de concorrência (concorrência *pelo* mercado);
64. Considerando que as entidades gestoras de sistemas multimunicipais – todas elas empresas participadas do Grupo AdP – têm vindo a promover concursos públicos para a adjudicação de contratos, tendo em vista a prestação de serviços de exploração, manutenção e conservação de ETA e ETAR, ainda que nem sempre a tal estejam legalmente obrigadas nos termos das respectivas regras de concursos públicos;
65. Considerando que a participação das empresas do Grupo AdP no âmbito do mesmo concurso como entidade adjudicante e entidade proponente consubstancia um conflito de interesses que pode ser prejudicial à concorrência, na medida em que permita às referidas empresas falsear, em seu benefício, a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores neste mercado;
66. Constatando-se que tal conflito não foi expressamente prevenido pelo legislador ao nível do regime jurídico aplicável aos contratos em causa;
67. Considerando que a participação de uma entidade simultaneamente como entidade proponente e entidade adjudicante constitui um desincentivo à participação de concorrentes num concurso público;

**Recomenda esta Autoridade:**

**Que a fim de eliminar qualquer risco de conflito de interesses, deverão as empresas do Grupo AdP abster-se de participar nos concursos abertos pelas entidades gestoras de sistemas multimunicipais, na medida em que estas entidades são igualmente controladas pelo mesmo grupo.**

#### O CONSELHO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Prof. Doutor Abel M. Mateus

Presidente

Eng.º Eduardo Lopes Rodrigues

Dra. Teresa Moreira

Vogal

Vogal