# MINISTÉRIO PÚBLICO

## Procuradoria-Geral da República

### Parecer n.º 27/2019

*Sumário:* Definição de competências para a recolha de biorresíduos em Portugal.

**ERSAR — Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos — Resíduos Urbanos — Biorresíduos — Recolha seletiva — Recolha indiferenciada — Tratamento — Plano estratégico — Município — Competência — Sistema Multimunicipal — Exploração e Gestão — Contrato Público — Modificação do Contrato — Princípio da igualdade — Princípio da transparência — Princípio da proteção da concorrência — Interesse público — Concessão de Serviço público — Atividade principal — Regime remuneratório — Tarifas — Ativos regulados.**

1.ª A reorganização do setor dos resíduos, designadamente a distribuição legal de atribuições e competências que rege a atuação dos municípios e das entidades gestoras de sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, ganha forma em virtude da aprovação, entre outros, do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho;

2.ª A Lei atribui às concessionárias, enquanto atividade principal relativa à exploração e à gestão de sistema multimunicipal de resíduos urbanos, por um lado, a receção e «o tratamento de resíduos urbanos resultantes da recolha indiferenciada», por outro, a «recolha seletiva de resíduos urbanos, incluindo a respetiva triagem»;

3.ª O Decreto-Lei n.º 96/2014, que consagra o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, também delimita o objeto da recolha seletiva, e neste não inclui os biorresíduos: «resíduos biodegradáveis de espaços verdes, nomeadamente os de jardins, parques, campo desportivos, bem como os resíduos biodegradáveis alimentares e de cozinha das habitações, das unidades de fornecimento de refeições e de retalho e os resíduos similares das unidades de transformação de alimentos» (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, na redação do Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho);

4.ª Por «recolha seletiva», deve entender-se «a recolha de resíduos urbanos nos ecopontos, nos ecocentros e noutros pontos específicos de recolha localizados no âmbito geográfico da concessão, incluindo a respetiva triagem e a respetiva entrega às entidades licenciadas para a sua retoma»;

5.ª À data da aprovação do diploma que regulou a concessão e estipulou as respetivas Bases (Decreto-Lei n.º 96/2014), a legislação do setor não ignorava o conceito de biorresíduo: o legislador, que elencou os resíduos objeto de recolha seletiva, não desejou incluir nesta os biorresíduos;

6.ª Assim sendo, não se vislumbra que o disposto na lei permita acomodar uma nova distribuição competencial, consubstanciada na transição de um modelo baseado no tratamento de resíduos orgânicos recolhidos indiferenciadamente, pelos municípios, para um modelo assente na recolha seletiva, como fluxo diferenciado, a cargo da concessionária. Só este entendimento permitirá que não se desvirtue o objeto da concessão tal como definido pelo legislador no Decreto-Lei n.º 96/2014, que aprova as bases da concessão do contrato;

7.ª A inclusão da recolha seletiva de biorresíduos na recolha seletiva de resíduos urbanos, legalmente prevista a cargo da concessionária, representaria uma modificação substancial do objeto da concessão. Consequentemente, para os termos dos contratos que a concretizam, não é possível assimilá-la, por exemplo, a mero serviço complementar e inseparável do objeto do contrato, coberto pelo disposto no artigo 454.º do Código dos Contratos Públicos;

8.ª Sublinhe-se que, mesmo um instrumento estratégico como o PERSU 2020+, considerou que a recolha seletiva de biorresíduos está entre as «mudanças de paradigmas», que implicam «alterações estratégicas», provocadas pela nova visão de economia circular;

9.ª Ora entre a recolha seletiva já convencionada, que a lei fixou para o serviço público, e a recolha seletiva de biorresíduos há uma ampliação e diferença material muito significativas;

10.ª Apesar de o Código dos Contratos Públicos conter disposições que admitem a modificação de contratos, estas devem ser lidas em conjugação com disposições legais que lhe preveem limites e condições;

11.ª Os princípios da igualdade entre operadores económicos, da transparência e da proteção da concorrência, que estão tradicionalmente ligados à fase pré-contratual, enquanto garantias que devem conformar a adjudicação, estenderam-se à fase da execução, como forma de garantia do interesse público, mas também dos interessados que poderiam ter sido adjudicatários;

12.ª É à luz desta compreensão protetora da concorrência que devem ser lidas as normas legais definidoras das condições das concessões de serviço público, incluindo as que estão em causa na consulta, não sendo de admitir o alargamento do nelas disposto à recolha seletiva de biorresíduos pela concessionária, por esta leitura implicar uma modificação substancial do objeto do contrato legalmente definido, não acomodável num entendimento das normas amigo da concorrência;

13.ª Acresce que, se os biorresíduos fossem objeto da recolha seletiva admitida (e contratada) à concessionária, os municípios deixariam de recolher, transportar e entregar biorresíduos;

14.ª A recolha em baixa, enquanto recolha indiferenciada, a cargo dos municípios, pode, hoje, ser entregue por estes a operadores privados. Nos termos da alínea *q*), da Base I, os municípios, enquanto utilizadores do sistema multimunicipal gerido pela concessionária, podem contratualizar o respetivo sistema municipal de recolha, transporte e armazenamento a outra entidade gestora;

15.ª Caso à recolha destes resíduos até agora indiferenciados, fossem subtraídos os biorresíduos, que passariam a ser recolha seletiva a cargo exclusivo da concessionária, a quem foi atribuída a recolha seletiva definida nos termos do Decreto-Lei n.º 96/2014, esta novel opção de leitura das normas viria modificar a atual situação do mercado;

16.ª Não pode retirar-se da delimitação competencial definida na lei, designadamente no Decreto-Lei n.º 96/2014, que caiba às concessionárias dos sistemas multimunicipais de gestão de resíduos urbanos nos territórios em que a lei tenha estabelecido o respetivo direito de exclusivo, a incumbência de proceder à recolha seletiva de biorresíduos;

17.ª Não sendo competência das concessionárias a recolha seletiva de biorresíduos, não lhes caberá a decisão de delegar ou manter nos municípios a realização destes investimentos, pelo que esta permanece na esfera municipal, sem prejuízo de estes procederem a uma recolha seletiva de biorresíduos, por si, ou contratando-a a terceiros;

18.ª Na sequência do que vem de se concluir, considera-se que os municípios poderão ser responsáveis por candidaturas aos avisos abertos pelo PO SEUR — Programa Operacional de Sustentabilidade e Eficácia no Uso de Recursos, a título e por direito próprio, para fins de investimento da realização da atividade de recolha seletiva de biorresíduos, uma vez que esta recolha seletiva não integra o objeto de concessão, não estando, por isso, legalmente deferido às empresas concessionárias, mas sim aos municípios;

19.ª Apesar de o n.º 2 do artigo 5.º fixar que «os municípios são obrigados a entregar à concessionária do sistema multimunicipal do qual são utilizadores todos os resíduos urbanos cuja gestão se encontre sob sua responsabilidade», a atividade principal dos referidos sistemas a cargo das concessionárias, legalmente fixada, compreende «o tratamento de resíduos urbanos resultantes da recolha indiferenciada», realizada pelos municípios, resíduos em relação aos quais há, por parte destes, obrigação de entrega às concessionárias;

20.ª O regime remuneratório da concessão baseia-se no reconhecimento à concessionária dos proveitos permitidos (fixados nas bases e no contrato de concessão), a serem refletidos nas tarifas a aplicar aos utilizadores do sistema (Base XVII);

21.ª O artigo 28.º do Regulamento Tarifário da ERSAR estabelece que a Base de Ativos Regulados é fixada pelo regulador, sendo constituída pelos ativos afetos à exploração de cada uma das atividades principais. O «ativo» é o bem com caráter duradouro ou de permanência na entidade gestora, controlado por esta e em relação ao qual é esperado um benefício económico futuro no âmbito da atividade regulada, não sendo destinado a venda ou transformação no decurso das atividades da entidade gestora» (artigo 3.º n.º 2, alínea *a*), do Regulamento Tarifário n.º 52/2018);

22.ª Sendo os proveitos permitidos, a ter em conta na definição da tarifa, fixados pela ERSAR levando em linha de conta os investimentos efetuados que hajam sido integrados na Base de Ativos Regulados (BAR), a admissibilidade, ou não, da integração destes investimentos tem reflexos na tarifa a definir;

23.ª Tendo em conta que, nos termos da lei, a Base de ativos regulados constituída pelos ativos afetos à exploração de cada uma das atividades principais, e resultando do que atrás se disse relativamente à distribuição legal de competências que a atividade de recolha seletiva de biorresíduos não pode ser considerada atividade principal da concessionária, há que concluir que não é possível considerar-se que as normas admitam a integração na Base de Ativos Regulados (e por esta via refletir-se na tarifa) dos investimentos numa recolha seletiva que não corresponde à atividade principal.

Senhor Secretário de Estado do Ambiente,
Excelência:

**I**

**Relatório**

1 — No exercício da faculdade que lhe assiste, enquanto membro do Governo, de solicitar pareceres à Procuradoria-Geral da República, nos termos do disposto na alínea *a*) do artigo 37.º[1] do Estatuto do Ministério Público[2], submeteu Sua Excelência o Secretário de Estado do Ambiente, nos termos e para os efeitos do artigo 37.º, alínea *a*), do Estatuto do Ministério Público, pedido de parecer versando questão jurídica relativa a definição de competências para recolha de biorresíduos em Portugal[3].

2 — A consulta foi formulada nos termos seguintes:

«Exma. Senhora Procuradora-Geral da República,

No exercício da faculdade que assiste aos membros do Governo de solicitarem pareceres de direito à Procuradoria-Geral da República, segundo o disposto na alínea *a*) do artigo 37.º do Estatuto do Ministério Público, solicito junto do Conselho Consultivo, parecer a respeito da questão jurídica controvertida pela entidade reguladora do setor das águas e resíduos (ERSAR), atinente ao exercício da atividade de recolha seletiva de biorresíduos em Portugal Continental, considerando o disposto no Despacho n.º 7290-B/2019, de 16 de agosto, publicado em 2.ª série do *Diário da República,* em anexo.

Releva-se que, no contexto da adoção pela União Europeia do pacote legislativo sobre Economia Circular, através da revisão da Diretiva "Resíduos", da Diretiva "Embalagens" e da Diretiva "Aterros", está em causa o cumprimento por Portugal da obrigação da recolha seletiva de biorresíduos, até 2023, que implica a necessidade de transição do atual modelo baseado no tratamento de resíduos orgânicos recolhidos indiferenciadamente para um modelo assente na recolha seletiva, como fluxo diferenciado, para além da realização de investimentos estratégicos e definidos na política de resíduos através do PERSU 2020 e do PERSU 2020+, bem como a execução de fundos europeus para o cumprimento destes objetivos.

É nosso entendimento que o Despacho n.º 7290-B/2019, de 16 de agosto, irrepreensivelmente traduz a prossecução do superior interesse público, da fixação dos objetivos de serviço público, o cumprimento das exigências e metas a que o Estado Português está obrigado perante a União Europeia e ainda a uma gestão eficiente do sistema e da atividade concessionada, da universalidade no acesso e da continuidade e qualidade de serviço, tendo em conta os normativos nacionais e europeus aplicáveis, para efeitos de execução do contrato de concessão.

Todavia, o ofício da ERSAR n.º 0/006257/2019 de 7 de agosto (em anexo) veio suscitar uma instabilidade inesperada no setor dos resíduos urbanos, nomeadamente junto da Autoridade de Gestão do POSEUR, sobre a legitimidade dos sistemas concessionados pelo Estado às empresas participadas do grupo EGF, S. A., poderem realizar os necessários investimentos para a aquisição dos equipamentos a afetar à atividade de recolha seletiva de biorresíduos, por interesse manifestado e protocolado pelos municípios, no âmbito de candidaturas aos avisos abertos pelo PO SEUR — Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos.

Com efeito encontram-se em aberto dois avisos pelo PO SEUR para investimentos com vista à valorização de biorresíduos em Portugal continental, sendo a dotação de Fundo de Coesão afeta aos dois avisos de 60 M€.

Salienta-se que parte das candidaturas submetidas ao 1.º aviso encontram-se ainda em análise pela Autoridade de Gestão do PO SEUR, consubstanciadas pelos protocolos realizados entre

os municípios e os respetivos sistemas, que se anexam, e que a data limite de apresentação de candidaturas para o 2.º aviso do PO SEUR está definida para o próximo dia 29 de outubro, pelo que a preocupação para a obtenção de um parecer isento que possa colher a aplicabilidade do despacho em causa é, de facto, urgente.

Acresce que da leitura do despacho colocam-se dúvidas interpretativas relativamente à salvaguarda da concorrência no âmbito da atividade da recolha seletiva de biorresíduos e à diferenciação de tarifários.

Relativamente à primeira, considerando o artigo 313.º do Código de Contratos Públicos, é entendimento do Governo que o referido despacho não interfere com o regime de concorrência, anexando-se, para o efeito, os contratos de concessão celebrados com o Estado, quando amplia a atividade da concessionária, sem desvirtuar o objeto do concurso internacional da privatização da EGF SA.

Considerando que o Estado Português está obrigado ao cumprimento de metas em matéria de resíduos urbanos, no que respeita à reciclagem, à deposição em aterro e à recolha seletiva de biorresíduos, perante a União Europeia, constante no Plano Estratégico para os Resíduos Urbanos (PERSU 2020), agora com os ajustamentos que lhes foram conferidos no PERSU 2020+, encontra-se plasmada nos contratos de concessão a obrigatoriedade de as concessionárias destes sistemas de titularidade estatal e em regime de serviço público, cumprirem as metas impostas para a recolha seletiva de resíduos urbanos, prevendo a obrigação de estas concessionárias adequarem a sua atividade ao cumprimento das metas fixadas para o setor. Situação essa prevista no Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, que consagra o regime jurídico da concessão e exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e recolha seletiva de resíduos urbanos que ajusta o regime jurídico aplicável à exploração e gestão destes sistemas multimunicipais à circunstância de serem geridos por entidades privadas, afastando-se determinadas regras que apenas faziam sentido no quadro de sistemas concessionados a empresas públicas e prevendo-se novas regras que pretendem reforçar o controlo pelo Estado concedente sobre a atividade destas concessionárias privadas, em homenagem ao cumprimento dos objetivos de serviço público subjacente à atividade concessionada, *maxime* a universalidade no acesso, a continuidade, a qualidade e a eficiência de serviço.

Em relação à segunda, a integração dos investimentos efetuados na Base de Ativos Regulados (BAR) para a determinação dos proveitos permitidos na definição dos respetivos tarifários a praticar junto dos municípios utilizadores: embora a Base XX do contrato de concessão preveja um tarifário comum a todos os municípios utilizadores a quem presta serviços, com recurso aos parâmetros definidos na lei, admite-se previamente que podem ocorrer tarifários diferenciados em situações excecionais, pelo que, ao abrigo do mesmo diploma, se prevê a existência de tarifários distintos aos utilizadores quando se verifiquem razões ponderosas de ordem técnica ou económica.

Assim, em razão da matéria exposta e em referência ao despacho, colocam-se as seguintes questões:

1 — São as concessionárias dos sistemas multimunicipais de gestão de resíduos urbanos nos territórios em que a lei tenha estabelecido o respetivo direito de exclusivo responsáveis, nos termos da lei e dos contratos de concessão celebrados com o Estado, pela atividade de recolha seletiva de biorresíduos?

2 — Podem as referidas concessionárias, mediante protocolo de colaboração, delegar ou manter nos municípios que manifestem interesse a realização dos investimentos e a aquisição dos equipamentos necessários para a atividade de recolha seletiva de biorresíduos?

3 — Podem os municípios que pretenderem aderir ao exposto no ponto precedente ser os responsáveis pelas candidaturas a fundos europeus para efeitos da realização dos necessários investimentos bem como pela realização da atividade da recolha seletiva de biorresíduos de modo a serem entregues para triagem e separação de contaminantes associadas ao respetivo tratamento biológico a processar pelas concessionárias dos sistemas multimunicipais?

4 — Ao abrigo do estatuto da entidade reguladora, devem estes investimentos efetuados pelas concessionárias para aquisição dos equipamentos necessários para a atividade de recolha seletiva de biorresíduos integrar a Base de Ativos Regulados (BAR) de modo a que, no âmbito da atividade concessionada, fiquem englobados na determinação dos respetivos tarifários a praticar

junto dos municípios utilizadores, ainda que diferenciados, tendo em conta o invocado direito de opção previsto no ponto 2?

Mais uma vez, queira considerar V. Ex.ª a urgência deste pedido, reforçado pela existência dos citados dois avisos de incentivos do Programa Operacional de Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos (PO SEUR) referentes a investimentos de recolha seletiva de resíduos urbanos biodegradáveis e de valorização de biorresíduos.

Assim, e no uso das competências delegadas pelo Ministro do Ambiente e da Transição Energética através do Despacho n.º 4580/2019, de 23 de abril, publicado no *Diário da República,* 2.ª série, n.º 86, de 6 de maio de 2019, e considerando a prossecução do superior interesse público, queira V. Ex.ª aceitar os meus melhores cumprimentos[4].

O Secretário de Estado do Ambiente

3 — O Despacho a que se faz referência no pedido de Parecer tem o seguinte teor:

«Despacho n.º 7290-B12019, de 16 de agosto

Sumário: considera a concessionária do sistema multimunicipal responsável pela atividade de recolha seletiva de biorresíduos.

Considerando que o Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, consagra o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva multimaterial de resíduos urbanos atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados, e a reconfiguração dos contratos de concessão outorgados entre os sistemas em apreço e o Estado Português.

Considerando que os sistemas multimunicipais detêm a concessão para a triagem, recolha, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos (resíduos urbanos, resíduos urbanos equiparados de grandes produtores, resíduos industriais não perigosos).

Considerando que a atividade principal dos referidos sistemas compreende «o tratamento de resíduos urbanos resultantes da recolha indiferenciada e a recolha seletiva de resíduos urbanos, incluindo a respetiva triagem) — a alínea *b*) da Base 1 do anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho.

Considerando o Contrato de Concessão e as Definições na Base 1 do anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, nas Disposições e Princípios Gerais, a saber:

Na alínea *k*) «Recolha Seletiva» — entende-se a recolha de resíduos urbanos nos ecopontos, nos ecocentros e noutros pontos específicos de recolha localizados no âmbito geográfico da concessão, incluindo a respetiva triagem e respetiva entrega às entidades licenciadas para a sua retoma;

Na alínea *n*) «Resíduos Urbanos» — os resíduos provenientes de habitações ou que, pela sua natureza ou composição, a estes sejam semelhantes.

Considerando que à data da reconfiguração dos referidos contratos de concessão já se encontrava em vigor o Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro [Regime Geral de Gestão de Resíduos (RGGR)], que estabelece o regime geral aplicável à prevenção, produção e gestão de resíduos.

Considerando que o RGGR, por força da alteração promovida através do Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho, passa a consagrar no ordenamento jurídico a definição de Biorresíduos como «resíduos biodegradáveis de espaços verdes, nomeadamente os de jardins, parques, campos desportivos, bem como os resíduos biodegradáveis alimentares e de cozinha das habitações, das unidades de fornecimento de refeições e de retalho e os resíduos similares das unidades de transformação de alimentos».

Considerando que a definição de resíduo urbano tem evoluído no que se refere à sua abrangência, verificando-se uma evolução legislativa do conceito desde o Decreto-Lei n.º 488/85, de 25 de novembro, que consagra, pela primeira vez, o regime jurídico de gestão de resíduos em Portugal e a evolução rápida do direito europeu com a alteração sucessiva das Diretivas sobre a matéria, culminando com a consagração em 2017, através do Decreto-Lei n.º 152-D/2017, de 17 de dezembro, com a designação de «Resíduos Urbanos como: A mistura de resíduos, ou resíduos recolhidos seletivamente provenientes de habitações, bem como outros que pela sua natureza

e composição a ele sejam semelhantes, designadamente o papel e o cartão, o vidro, os metais, plásticos, os biorresíduos, a madeira, os têxteis, as embalagens, os REEE, os resíduos de pilhas e acumuladores e os resíduos urbanos volumosos, ou a mistura de resíduos, ou resíduos recolhidos seletivamente provenientes de outras edificações e fontes, incluindo os serviços de limpeza de arruamentos e de mercados, que sejam comparáveis aos resíduos domésticos na sua natureza e composição.»

Considerando que a Decisão da Comissão Europeia de 18 de dezembro de 2014 (2014/955/UE) na Lista de Resíduos contempla «Resíduos urbanos e equiparados (resíduos domésticos do comércio, indústria e serviços), incluindo as frações recolhidas seletivamente».

Considerando que a fração de «Biorresíduos estão contidos nos resíduos urbanos» não carecendo deste modo, de constar de forma expressa nos contratos de concessão reconfigurados.

Considerando que o Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho ajusta o regime jurídico aplicável à exploração e gestão destes sistemas multimunicipais à circunstância de serem geridos por entidades privadas afastando-se determinadas regras que apenas faziam sentido no quadro de sistemas concessionados a empresas públicas e prevendo-se novas regras que pretendem reforçar o controlo pelo Estado concedente sobre a atividade da concessionária privada, em homenagem ao cumprimento dos objetivos de serviço público subjacente à atividade concessionada, *maxime* a universalidade no acesso, a continuidade, a qualidade e a eficiência de serviço.

Considerando que o contrato de concessão reconfigurado impõe à concessionária o cumprimento de metas ambientais de recolha seletiva de biorresíduos (cf. Base XXV, n.º 2, subalínea *ii*) da alínea *a*) e alínea *a*), subalínea *h*), do n.º 2 da cláusula 26.9).

Considerando que a articulação entre o sistema multimunicipal concessionado à concessionária e os sistemas municipais geridos por cada um dos utilizadores é assegurada através de contratos de entrega e receção a celebrar entre a concessionária e cada um dos municípios.

Considerando que, sem prejuízo da responsabilidade da concessionária em matéria de recolha seletiva nos termos do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, e Bases constantes do anexo a este decreto-lei o artigo 5.º refere o seguinte:

«1 — Os municípios utilizadores devem articular os seus sistemas de recolha e transporte de resíduos urbanos com o sistema multimunicipal explorado e gerido pela concessionária de modo a assegurar o cumprimento do disposto no número seguinte.

2 — Os municípios são obrigados a entregar à concessionária do sistema multimunicipal do qual são utilizadores todos os resíduos urbanos cuja gestão se encontre sob sua responsabilidade, nos termos da legislação aplicável, gerados nas respetivas áreas e que se incluam no objeto da concessão.

Assim, e no uso das competências delegadas pelo Ministro do Ambiente e da Transição Energética através do Despacho n.º 4580/2019, de 23 de abril, publicado no *Diário da República,* 2.ª série, n.º 86, de 6 de maio de 2019, e considerando a prossecução do superior interesse público da fixação dos objetivos de serviço público, o cumprimento das exigências e metas a que o Estado Português está obrigado perante a União Europeia e ainda a uma gestão eficiente do sistema e da atividade concessionada, da universalidade no acesso e da continuidade e qualidade de serviço, tendo em conta os normativos nacionais e europeus aplicáveis, para efeitos de execução do contrato de concessão, considero que:

1 — A concessionária é responsável pela atividade de recolha seletiva de biorresíduos;

2 — Mediante protocolo de colaboração pode delegar ou manter, nos municípios que nele manifestem interesse, os investimentos e a aquisição dos equipamentos necessários para a atividade de recolha seletiva de biorresíduos;

3 — Os municípios que pretenderem aderir ao exposto no ponto precedente serão os responsáveis pela candidatura e pelos necessários investimentos bem como a realização da atividade da recolha seletiva de biorresíduos de modo a serem entregues para triagem e separação de contaminantes associadas ao respetivo tratamento biológico a processar pela concessionária.

5 de agosto de 2019. O Secretário de Estado do Ambiente, João Albino Rainho Ataíde das Neves.»

4 — Por sua vez, é este o teor do ofício da ERSAR, documento que o Secretário de Estado transmitiu:

«ERSAR
Ofício n.º 0/005257/2019, de 07/08/2019
Ex.mo Senhor,

Em resposta ao V/ ofício de 29 de julho de 2019, através do qual V. Exa. remeteu uma Carta da Empresa Geral de Fomento, SA. (doravante EGF) relativa ao assunto acima identificado (refª S5011900113 de 15-07-2019) para análise e parecer da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (doravante ERSAR), começamos por esclarecer que a intervenção desta Entidade Reguladora, a que alude a mencionada Carta, ocorreu no quadro de uma solicitação da Autoridade de Gestão do PO SEUR — Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos, na qual se suscitavam dúvidas relativamente ao facto de os investimentos candidatados pelas concessionárias do grupo EGF, no âmbito do Aviso PO SEUR-11-2018-14, destinado a "Investimentos de Recolha Seletiva de Resíduos Urbanos Biodegradáveis, que se destinem a Aumentar a Valorização Orgânica de Resíduos", não terem sido incluídos nos planos de investimento aprovados pela ERSAR, nem considerados na definição dos proveitos permitidos dessas concessionárias (cf. anexo).

A ERSAR esclareceu e reitera que a recolha seletiva de resíduos orgânicos, também designados por biorresíduos, não integra o objeto dos contratos de concessão celebrados entre o Estado e as empresas do grupo EGF atualmente vigentes, tal qual definido nos respetivos clausulados, bem como nas bases da concessão da exploração e gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, sendo competência dos municípios. Efetivamente, nos termos conjugados da cláusula 2 e da alínea 1), da cláusula I dos contratos de concessão em vigor, que reproduzem, ipsis verbis, a Base II e a alínea *k*), da Base 1, anexas ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, estes contratos têm por objeto "*a exploração e a gestão de um sistema multimunicipal de tratamento e de recolha seletivo de resíduos urbanos*", compreendendo-se nesta recolha seletiva apenas a "*recolha de resíduos urbanos nos ecopontos, nos ecocentros e noutros pontos especificas de recolha localizados no âmbito geográfico da concessão, incluindo o respetivo triagem e o respetivo entrego às entidades licenciados para a sua retoma, de forma o manter o fluxo de resíduos separados por papel e cartão, embalagens de vidro e embalagens de plástico, metal, madeira e cartão para líquidos alimentares, com vista o facilitar o respetivo tratamento específico",* onde não se inclui a recolha seletiva de resíduos orgânicos. Logo, não estando os investimentos candidatados no âmbito do referido aviso do PO SEUR afetos à exploração de uma atividade principal das concessionárias não podem os mesmos ser integrados na base de ativos regulados (BAR) para efeitos de apuramento dos proveitos permitidos, nem ser financiados pelas tarifas (cf. anexo).

Este foi, de resto, o enquadramento sempre assumido pelas partes. Recorde-se o caso da Valorsul, em que as viaturas e contentores específicos por esta adquiridos para a recolha seletiva de resíduos orgânicos, antes da privatização e no âmbito do protocolo de cooperação celebrado com a Câmara Municipal de Lisboa, assinado a 1 de abril de 2005 (cf. cláusulas 4.ª b) e 6.ª), foram, na sequência da privatização, abatidos à base de ativos regulados (BAR) desta concessionária e entregues à Câmara Municipal de Lisboa, como "municipalidades". Ora, se dúvidas houvesse relativamente ao objeto do contrato de concessão, o que não é o caso, uma vez que o contrato de concessão e as bases da concessão são bastante claros a este respeito, a situação descrita demonstra, de forma cabal, que a atividade de recolha de resíduos orgânicos não integra o objeto do contrato de concessão e que isso foi sempre assumido pelas partes.

Acresce que se esta atividade fosse um exclusivo das concessionárias do grupo EGF não podiam os municípios ter recorrido a outras empresas para a prestação destes serviços, como atualmente sucede em muitos municípios.

O entendimento atrás exposto em nada prejudica os acordos atualmente vigentes ao abrigo de protocolos celebrados no passado entre os Municípios e as concessionárias do grupo EGF,

nomeadamente com a Valorsul, quanto à recolha seletiva de resíduos orgânicos, tal como não aconteceu desde 2016 e tem sido considerado pela Entidade Reguladora.

Nesse sentido a circunstância de ter sido emitida uma declaração pelo anterior titular do cargo de Secretário de Estado do Ambiente relativa à competência das concessionárias, aludida pela EGF na Carta, não pode ter o alcance de modificar o quadro contratual e legal atrás descrito, nem a atuação da ERSAR nesta matéria. Mesmo que se possa ter o entendimento de que um município pode, nos termos assinados, protocolar diretamente com as concessionárias a recolha de resíduos orgânicos fora de um procedimento concursal, entendimento esse que não partilhamos, tal só seria suscetível de aceitação se a entidade parceira do município não retirasse daí qualquer vantagem ou benefício, que não seja unicamente o seu contributo para o cumprimento das metas.

Com efeito, enquanto se mantiver este quadro legal e contratual, a ERSAR não aceita e jamais poderá aceitar que os investimentos relativos à atividade de recolha seletiva de resíduos orgânicos sejam integrados na base de ativos regulados (BAR) das concessionárias e suportados pelas tarifas a cobrar aos utilizadores.

De resto, permitimo-nos, ainda, salientar que o serviço público em questão foi objeto de concessão com exclusividade no quadro de procedimentos pré-contratuais de natureza concorrencial. Qualquer modificação do objeto dos contratos de concessão atualmente vigentes no sentido de neles se passar a incluir a recolha seletiva de resíduos orgânicos conduziria ao desvirtuamento das condições que regeram os referidos procedimentos adjudicatários, pondo em causa os princípios da concorrência, da igualdade dos proponentes e da transparência.

Por outro lado, mostra-se, ainda, necessário ter em atenção que a atribuição do exclusivo da recolha destes resíduos às concessionárias do grupo EGF, sem qualquer abertura à concorrência, representaria uma situação de privilégio concorrencial, restritiva da concorrência.

Não podemos esquecer que na recolha em baixa, em que os resíduos orgânicos representam uma grande percentagem dos resíduos indiferenciados, existem operadores privados a prestar estes serviços aos municípios, pelo que a atribuição do exclusivo da recolha seletiva de resíduos orgânicos às concessionárias representaria uma restrição da concorrência também neste mercado. Além do mais, originaria uma situação de injustiça face aos municípios que não estão obrigados à recolha seletiva de resíduos orgânicos, fazendo antes compostagem, e que, neste cenário, além dos custos de compostagem que terão de suportar, teriam também de suportar, na tarifa que pagam às concessionárias pelos resíduos indiferenciados entregues, o custo da recolha dos resíduos orgânicos nos outros municípios. Acresce, ainda, que atribuição desse exclusivo às concessionárias não poderia deixar de representar um custo para os municípios (e, em última análise, também para o país), que incorreram em investimentos em infraestruturas e recursos humanos para realizarem esta recolha e que, neste cenário, deixariam de a poder realizar, mas manteriam os custos (dados os investimentos já realizados e a impossibilidade de despedimentos).

Por último, atente-se que o modelo subjacente ao processo de privatização e aos contratos de concessão, que decorre das bases da concessão e do RTR, tem como pressuposto que as atividades de recolha seletiva em alta se pagam a elas próprias, ou seja, que os valores de contrapartida e de venda em mercado cobrem os seus custos. Em nosso entender, este pressuposto não ficaria acautelado se a recolha dos resíduos orgânicos passasse a ser considerada como integrando o objeto dos contratos de concessão atualmente vigentes, uma vez que dificilmente as receitas com a venda de composto cobririam os custos do tratamento destes resíduos em alta e os custos da recolha em baixa, Isto permite concluir que nunca foi intenção do legislador, aquando do desenho do modelo de privatização, incluir a atividade de recolha dos resíduos orgânicos no âmbito destas concessões.

No seguimento do acima exposto e em jeito de síntese, considera-se que:

— a recolha seletiva de resíduos orgânicos não integra o objeto dos contratos de concessão celebrados entre o Estado e as empresas do grupo EGF atualmente vigentes, tal qual definido nos respetivos clausulados (vide cláusula 2 conjugada com a alínea 1), da cláusula e nas bases da concessão da exploração e gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, atribuída a entidades de capitais exclusiva

ou maioritariamente privados, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho (vide Base II e a alínea *k*), da Base 1), sendo competência dos municípios.

— neste mesmo sentido, o RTR, na linha nunca por ninguém contestada, veio justamente prever que as entidades gestoras da alta com obrigações de cumprimento de metas pudessem incentivar o incremento da recolha seletiva de resíduos pelos municípios, o que demonstra que esta atividade se insere na esfera de competência dos municípios, enquanto se mantiver este quadro legal e contratual, a ERSAR não aceita e jamais poderá aceitar que os investimentos relativos à atividade de recolha seletiva de resíduos orgânicos sejam integrados na base de ativos regulados (SAR) das concessionárias do grupo EGF e suportados pelas tarifas a cobrar aos utilizadores.

— a eventual modificação do objeto dos contratos de concessão atualmente vigentes, por lei ou decreto-lei, no sentido de neles se passar a incluir a recolha seletiva de resíduos orgânicos conduziria ao desvirtuamento das condições que regeram os referidos procedimentos adjudicatários e poria em causa os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência.

— a atribuição do exclusivo da atividade de recolha de resíduos orgânicos às concessionárias, sem abertura à concorrência, poria em causa os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência.

— a atribuição do exclusivo da atividade de recolha seletiva de resíduos orgânicos às concessionárias criaria uma situação de injustiça face aos municípios que não estão obrigados à recolha seletiva de resíduos orgânicos e que, neste cenário, além dos custos de compostagem que terão de suportar, iriam suportar também na tarifa, que pagam às concessionárias pelos resíduos indiferenciados entregues, o custo da recolha dos resíduos orgânicos dos outros municípios.

— a atribuição do exclusivo da atividade de recolha seletiva de resíduos orgânicos às concessionárias poria em causa os contratos existentes, nos casos em que os municípios recorreram a prestadores de serviços para a realização deste serviço, assim como acarretaria custos acrescidos para os municípios que realizaram investimentos em equipamentos e em recursos humanos para prestarem este serviço.

O entendimento exposto no presente ofício em nada prejudica os acordos atualmente vigentes no âmbito de protocolos celebrados no passado entre os Municípios e as concessionárias do grupo EGF.

Por último, informamos que, para além da pronúncia da ERSAR em resposta à solicitação do P0 SEUR, ao qual enviaremos cópia do presente ofício, por poderem estar em causa, em nosso entendimento, factos suscetíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência, remeteremos, igualmente, o presente ofício à Autoridade da Concorrência, em cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 17.º, n.º 3 da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, alterada pela Lei n.º 23/2018, de 05 de junho.

Sem outro assunto de momento, subscrevemo-nos, apresentando os nossos melhores cumprimentos,

O Conselho de Administração»

5 — Apresentados os termos do pedido de consulta, cumpre-nos emitir parecer, conforme solicitado.

**II**

**Fundamentação**

6 — Conforme enunciado, a consulta tem por objetivo ver esclarecida questão jurídica relativa à definição de competência para a recolha de biorresíduos em Portugal.

7 — Como ponto prévio, registe-se que, relativamente aos pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, existe uma posição pacífica e reafirmada, segundo a qual «não cabe a este corpo consultivo averiguar e fixar matéria de facto», sendo os pareceres restritos a matéria de legalidade (veja-se, por exemplo, os pareceres n.º 31/1992, de 25 de fevereiro de 1993,

n.º 4/2012, de 19 de abril de 2012, n.º 38/2011, de 10 de outubro de 2013, e n.º 20/2017, de 26 de outubro de 2017). Assim, apesar de as questões enunciadas terem por referência o Despacho n.º 7290-B/2019, de 16 de agosto, do Secretário de Estado do Ambiente, o Conselho Consultivo apenas se pronunciará sobre aspetos relativos a questões de legalidade, e não relativamente à apreciação da validade ou invalidade do Despacho em si mesmo considerado, em consonância, aliás, com a delimitação das questões apresentada pelo requerente, membro do Governo competente para apresentar a questão ao Conselho Consultivo, nos termos do referido artigo 37.º, alínea *a*) do Estatuto do Ministério Público[5].

8 — A questão em apreciação, prendendo-se com a concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos urbanos, implica que atentemos nas marcas fundamentais do seu regime jurídico, incluindo a sua forma de organização.

A empresa hoje concessionária da exploração e gestão dos sistemas de resíduos foi criada em 1947, com um perfil distinto, e o seu estatuto, juntamente com o regime jurídico desta atividade, sofreram diversas alterações fundamentais ao longo do tempo.

Após o 25 de abril de 1974, o Decreto-Lei n.º 163-C/75, de 27 de março, criou o Instituto de Participações do Estado, E. P., empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito público, na sequência do qual o Decreto-Lei n.º 496/76, de 26 de junho, veio a aprovar os respetivos estatutos. Com raras exceções, foram transferidas para o património do IPE todas as participações do setor público no capital de sociedades que lhe cabe gerir, pelo que, entre outras, a Empresa Geral de Fomento foi integrada nesta carteira de participações.

Na sequência do 25 de abril, o disposto na Lei n.º 46/77, de 8 de julho, vedou a empresas privadas e outras entidades da mesma natureza a atividade económica em determinados setores.

No âmbito da água e resíduos, o Decreto-Lei n.º 372/93, de 29 de outubro, marcou uma nova etapa neste setor, criando as condições para a consagração de um regime legal da gestão e exploração dos sistemas multimunicipais e municipais de águas, efluentes e resíduos. Na sua sequência, o Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro, veio estruturar as atividades de recolha e tratamento de resíduos sólidos com base na distinção entre sistemas multimunicipais (servindo pelo menos dois municípios e exigindo um investimento predominante a efetuar pelo Estado em função de razões de interesse nacional) e sistemas municipais.

No ano seguinte, o Decreto-Lei n.º 294/94, de 16 de novembro, estabeleceu o regime jurídico da concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos, e veio aprovar as Bases da sua concessão, mantendo uma matriz de exploração e de gestão dos sistemas por empresas públicas. Fixava-se que a concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos ocorreria por contrato administrativo a celebrar entre o Estado, representado pelo Ministro do Ambiente e Recursos Naturais, e uma empresa pública ou uma sociedade de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos (artigo 3.º).

Neste diploma já se consagrava que as atividades de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos gerados nas áreas dos municípios utilizadores têm a natureza de serviço público e seriam exercidas em regime de exclusivo com base num contrato de concessão celebrado entre o Estado e a empresa concessionária (artigo 2.º, n.º 1), no sentido de a concessionária não poder exercer outras atividades diferentes daquelas que o integram, salvo as que sejam acessórias ou complementares e devidamente autorizadas pelo concedente.

Neste período, assistiu-se à constituição de algumas das empresas gestoras da Empresa Geral de Fomento (EGF), às quais se atribuiu a concessão de sistemas multimunicipais. Assim, por exemplo, através do Decreto-Lei n.º 166/96, de 5 de setembro, criou-se o sistema multimunicipal de triagem, recolha seletiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Litoral Centro (e atribui-se a concessão do mesmo à sociedade ERSUC — Resíduos Sólidos do Centro, S. A., a concessionária)[6].

Na mesma linha, a Lei n.º 87-A/97, de 25 de julho, que veio regular o acesso da iniciativa privada a determinadas atividades económicas, ainda condicionava o acesso à atividade de recolha e tratamento de resíduos urbanos, vedando-o a empresas privadas, apenas admitindo que o Estado outorgasse concessões nesta área a empresas cujo capital social fosse maioritariamente subscrito por entidades do setor público, nomeadamente autarquias locais.

Mais tarde, a Lei n.º 35/2013, de 11 de junho, que alterou a Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho (Lei de delimitação de setores), que havia regulado o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas, deu um passo transformador na reorganização do setor de resíduos, tornando-se possível que a exploração e gestão de sistemas multimunicipais sejam atribuídas a empresas cujo capital social seja maioritária ou integralmente subscrito por empresas do setor privado.

Depois desta modificação, o Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho, consagrou outras transformações no setor da água e dos resíduos, havendo, neste setor, introduzido as alterações necessárias que viabilizaram a alienação do capital social das entidades gestoras de sistemas multimunicipais a privados, desaparecendo a regra da maioria pública nas entidades gestoras.

Aberta esta possibilidade, o Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20 de março, aprovou o processo de reprivatização do capital social da participação da AdP — Águas de Portugal, SGPS, S. A. na Empresa Geral de Fomento, S. A. (EGF). A EGF fora objeto de nacionalização, pelo que o processo de reprivatização seguiu o disposto na Lei n.º 11/90, de 5 de abril, aplicável à reprivatização da titularidade ou do direito de exploração dos meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de abril de 1974, que foi alterada pela Lei n.º 102/2003, de 15 de novembro e pela Lei n.º 50/2011, de 13 de setembro (Lei Quadro das Privatizações). A reprivatização foi concretizada através de um processo de concurso público, nos termos da referida lei, que o Decreto-Lei n.º 45/2014 veio regular.

Uma vez que a EGF é acionista das entidades gestoras de sistemas multimunicipais, mas também o são os municípios, o decreto-lei previu que estes também pudessem alienar a sua participação social no sistema multimunicipal, e estabeleceu direito de preferência relativamente à compra dessa participação, por parte dos municípios que decidissem não proceder alienação do capital social que nelas já coubesse.

Como se explicou no preâmbulo deste ato legislativo, o Governo estava, então, «comprometido com o escrupuloso cumprimento dos objetivos e das medidas previstas no Programa de Assistência Económica e Financeira que envolve a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, o qual, à semelhança do que sucede no Programa do XIX Governo Constitucional, inclui a privatização da Empresa Geral do Fomento, S. A. (EGF), no quadro das medidas a adotar com vista à promoção do ajustamento macroeconómico nacional». Assim, com o concurso, pretendeu-se garantir, «para além do encaixe financeiro, que a EGF seja adquirida por entidade com a capacidade técnica e de gestão e a dimensão e solidez financeiras indispensáveis à sua gestão». Adicionalmente, o concurso procurava «assegurar ainda que o adquirente dotará a EGF das melhores práticas no domínio ambiental e de um projeto estratégico adequado aos objetivos de desenvolvimento da economia nacional, assegurando ainda a prestação da atividade atualmente desenvolvida de acordo com elevados padrões de qualidade e a sua acessibilidade a todos os cidadãos».

De acordo com o estipulado no n.º 2 do artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 45/2014, a alienação das ações representativas de até 100 % do capital social da Empresa Geral de Fomento, S. A. (EGF), efetuou-se através de um concurso público e de uma oferta pública de venda dirigida a trabalhadores da EGF.

Através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2014, de 8 de abril, o Conselho de Ministros abriu concurso público de alienação e aprovou no anexo I o respetivo caderno de encargos, onde se determinou que o concurso seria relativo à alienação de um lote indivisível de 10.640.000 ações da EGF, detidas pela AdP — Águas de Portugal, S. A. (AdP).

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-B/2014, de, 19 de setembro, resolveu selecionar o concorrente SUMA/Mota-Engil/Urbaser/Novaflex/SUMA (Esposende), designado por Agrupamento SUMA, como vencedor do concurso público de reprivatização da Empresa Geral de Fomento, S. A. (EGF), para proceder à aquisição das ações representativas de 95 % do capital social da EGF que constituem objeto do referido concurso público.

A 6 de novembro foi celebrado o contrato de compra e venda das ações da EGF entre a SUMA Tratamento SA e a AdP — Águas de Portugal.

Com a privatização da EGF, concretizada através da alienação do seu capital social, alterou-se a natureza jurídica das entidades gestoras dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos,

de que EGF era acionista maioritária (Amarsul, Algar, ERSUC, Resinorte, Resistrela, Resulima, Suldouro, Valorlis, Valorminho, Valorsul e Valnor). Estas deixaram de ser empresas públicas e passaram a ser detidas, maioritariamente, por empresa privada (SUMA) e, minoritariamente, pelos municípios utilizadores de cada sistema multimunicipal que não alienaram a sua participação social.

9 — Entretanto, o Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, consagrara o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão (i.e., da conceção, construção, aquisição, extensão, reparação, renovação, manutenção e otimização de obras e equipamentos necessários ao exercício daquelas atividades), em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, cuja responsabilidade pela gestão é assegurada pelos municípios, atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados, e aprovou as bases da concessão da exploração e gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados.

Segundo o seu artigo 4.º, a concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos operar-se-ia por contrato administrativo, conforme previsto no Código dos Contratos Públicos, que seria celebrado entre o Estado Português, representado pelo membro do Governo responsável pela área do ambiente, e uma entidade de capitais exclusiva ou maioritariamente privados.

Por determinação do mesmo diploma, estabelecida no artigo 9.º, os contratos de concessão em vigor à data do início da sua vigência, e celebrados com entidades gestoras de sistemas multimunicipais cujo capital social passe a ser detido exclusiva ou maioritariamente por entidades privadas, foram reconfigurados, em 2015, mediante acordo firmado pelo Ministro do Ambiente e o Conselho de Administração das empresas, para adaptação do seu conteúdo ao disposto no decreto-lei e respetivas bases.

10 — Numa área em permanente evolução, muito, também, fruto de impulso europeu, o ambiente estratégico do setor dos resíduos urbanos não permaneceu inalterado. O pedido de Parecer sublinhou a importância desta evolução destacando a imposição de metas ambientais, como a obrigação da recolha seletiva de biorresíduos, até 2023, e nelas justificando a posição assumida no Despacho referido.

Ainda nos anos 90, fora instituído um plano estratégico para o setor dos resíduos sólidos urbanos: o Plano Estratégico para os Resíduos Sólidos Urbanos (PERSU), aprovado em 1997, tornou-se um instrumento de planeamento de referência na área dos resíduos urbanos (RU).

Continuando este caminho de planificação, em 2007 a Portaria n.º 187/2007, de 12 de fevereiro, aprovou o Plano Estratégico para os Resíduos Sólidos Urbanos para o período de 2007 a 2016 (PERSU II)[7], com o objetivo de fazer face a novas exigências a nível nacional e comunitário, nomeadamente, para resolver o atraso no cumprimento das metas europeias de reciclagem e valorização, e para garantir o cumprimento dos objetivos comunitários em matéria de desvio de resíduos urbanos biodegradáveis de aterro — que seria conseguido por via das unidades de digestão anaeróbia, compostagem, tratamento mecânico e biológico (TMB) e incineração com recuperação de energia —, e de reciclagem e valorização de resíduos de embalagens.

Entretanto, em setembro de 2014, é aprovado, pela Portaria n.º 187-A/2014, de 17 de setembro, o Plano Estratégico para os Resíduos Urbanos (PERSU 2020), para o período 2014-2020, que procede à revisão do PERSU II, visando responder às alterações ocorridas a nível dos sistemas de gestão de resíduos, à estratégia, objetivos e metas comunitárias entretanto definidas e à necessidade de alinhamento da política nacional de RU com a referida estratégia para cumprimento das metas.[8]

Já em 2019, veio a ser aprovado o PERSU 2020+, pela Portaria n.º 241-B/2019, de 31 de julho, que ajusta as medidas do PERSU 2020, sem o substituir. Este tem por objetivo direto adaptar as medidas do PERSU ao Pacote de Economia Circular apresentado pela Comissão Europeia, que integra um Pacote Resíduos e um Plano de Ação para a Economia Circular, que, no que respeita aos resíduos urbanos estabelece novas metas de preparação para a reutilização e reciclagem, alteração da metodologia de cálculo das taxas de reciclagem, bem como nova meta para a deposição em aterro[9].

11 — Entre as «mudanças de paradigmas», que implicam «alterações estratégicas», como se refere no PERSU 2020+[10], provocadas pela nova visão de economia circular, encontra-se a recolha seletiva de biorresíduos até 31 de dezembro de 2023.

Estes planos estratégicos pretendem estabelecer a visão, os objetivos, as metas globais e específicas para o Sistema de Gestão de Resíduos Urbanos.

Com o PERSU 2020+ visa-se, designadamente, «assegurar abordagens, a nível municipal, para cumprimento da recolha seletiva de biorresíduos, [...] articulados entre sistemas de recolha de resíduos indiferenciados e de recolha seletiva»[11]. Segundo o mesmo documento, a quantidade estimada de biorresíduos produzidos em 2017 equivaleu a 39 % do total de resíduos urbanos produzidos[12].

12 — Para além da referência a metas de biorresíduos em instrumentos de planificação e estratégia, também os elementos normativos se referem, atualmente, aos biorresíduos e, nomeadamente, à sua recolha seletiva.

Foi o Decreto-Lei n.º 488/85, de 25 de novembro, que consagrou, inovadoramente em Portugal, o regime jurídico de gestão de resíduos, embora dele não constasse, ainda, uma definição de «resíduos urbanos» ou de «biorresíduos»[13]. Também o Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, que aprovou a versão inicial do atual Regime Geral da Gestão de Resíduos, revogando o Decreto-Lei n.º 239/97, de 9 de setembro, bem como este, que aprovou o Decreto-Lei n.º 310/95, de 20 de novembro, que estabelece as regras a que fica sujeita a gestão de resíduos, revogando aquele primeiro diploma de 1985, não contemplavam uma previsão sobre biorresíduos.

Mais tarde, a propósito da transposição da Diretiva 2008/98/CE, de resíduos, ocorrida em Portugal através do Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho, que alterou vários diplomas e republicou o Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro (Regime Geral de Gestão Resíduos), a ordem jurídica portuguesa passou a contar com uma definição de biorresíduos. O seu artigo 3.º define-os como «resíduos biodegradáveis de espaços verdes, nomeadamente os de jardins, parques, campos desportivos, bem como os demais os resíduos biodegradáveis alimentares e de cozinha das habitações, das unidades de fornecimento de refeições e de retalho e os resíduos similares das unidades de transformação de alimentos».

Mais recentemente, o Decreto-Lei n.º 152-D/2017, de 11 de dezembro[14], logo na sua versão inicial, consagrou no artigo 3.º, n.º 1, alínea *tt*), a noção de «Resíduos Urbanos, entendida como «a mistura de resíduos, ou resíduos recolhidos seletivamente provenientes de habitações, bem como outros que pela sua natureza e composição a ele sejam semelhantes, designadamente o papel e o cartão, o vidro, os metais, plásticos, os biorresíduos, a madeira, os têxteis, as embalagens, os REEE, os resíduos de pilhas e acumuladores e os resíduos urbanos volumosos».

Atualmente, a Diretiva (EU) 2018/851 do Parlamento e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2008/98/CE, relativa aos resíduos, procurando adotar medidas no sentido de uma economia circular, alargou as obrigações de cumprimento da recolha seletiva de resíduos dos Estados — já estabelecida na de 2008, que abrangia pelo menos o papel, o metal, o plástico e o vidro — à recolha seletiva de biorresíduos (considerando 41).

13 — Apesar desta evolução, o diploma que consagrou o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, e aprovou as bases de concessão (Decreto-Lei n.º 96/2014), não optou, deliberadamente, por estender a recolha seletiva aí em causa aos biorresíduos, conceito que, naturalmente, o legislador não poderia desconhecer, atenta a sua consagração nos diplomas anteriores, e referências em documentos estratégicos. O decreto-lei, logo na base I, identifica a «Recolha seletiva» (alínea *k*), como «a recolha de resíduos urbanos nos ecopontos, nos ecocentros e noutros pontos específicos de recolha localizados no âmbito geográfico da concessão, incluindo a respetiva triagem e a respetiva entrega às entidades licenciadas para a sua retoma, de forma a manter o fluxo de resíduos separados por papel e cartão, embalagens de vidro e embalagens de plástico, metal, madeira e cartão para líquidos alimentares, com vista a facilitar o respetivo tratamento específico». E referindo-se ao «ecopontos» (alínea *i*), em ligação com esta delimitação da recolha seletiva, como o «conjunto de contentores preparados para a deposição multimaterial de resíduos para reciclagem designadamente papel e cartão, embalagens de vidro, embalagens de plástico e metal, cartão de alimentos líquidos ou outros materiais para valorização» e, no mesmo sentido, os «ecocentros» (alínea *h*), enquanto

«centros de receção dotados de equipamentos de grande capacidade para a deposição seletiva de materiais passíveis de valorização, tais como papel, cartão, embalagens de plástico, vidro, metal e madeira, aparas de jardim, objetos volumosos fora de uso, pequenas quantidades de resíduos urbanos perigosos ou outros materiais que venham a ter viabilidade técnica de valorização».

Depois do esclarecimento, na Base I, das noções operativas indispensáveis à compreensão do teor do diploma, entre as quais delimita a recolha seletiva, o diploma caracteriza o objeto do contrato de concessão, por referência a essas mesmas noções, na Base II.

Assim, quando se esclarece que «o contrato de concessão tem por objeto a exploração e a gestão de um sistema multimunicipal de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, nos termos estabelecidos nas presentes bases e no contrato (n.º 1); que «a atividade objeto da concessão compreende o tratamento dos resíduos urbanos gerados nas áreas dos municípios utilizadores, cuja gestão se encontre sob sua responsabilidade, nos termos da legislação aplicável, e entregues por quem deva proceder à sua recolha, incluindo a sua valorização e a disponibilização de subprodutos» (n.º 2); e que «a atividade objeto da concessão abrange também a recolha seletiva de resíduos urbanos» (n.º 3), não pode deixar de se considerar que a recolha seletiva nesta base mencionada é a que se refere ao disposto na Base I, e que visa «manter o fluxo de resíduos separados por papel e cartão, embalagens de vidro e embalagens de plástico, metal, madeira e cartão para líquidos alimentares».

Como se observa, a opção legislativa que consagra o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, e que aprova as Bases da sua concessão, não contempla a recolha seletiva de biorresíduos enquanto competência da concessionária.

Saliente-se que a reconfiguração de que haja sido objeto qualquer contrato de concessão em vigor à data do início da vigência do Decreto-Lei n.º 96/2014, celebrado com entidade gestora cujo capital social tenha passado a ser detido exclusiva ou maioritariamente por entidades privadas, teria de manter-se dentro do quadro nele definido.

14 — Atentemos nas normas legais de articulação entre a concessionária e os municípios utilizadores.

A reorganização do setor dos resíduos, designadamente a distribuição legal de competências que rege a atuação dos municípios e das entidades gestoras de sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, ganha forma em virtude da aprovação, entre outros, do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, que procede, nomeadamente, à articulação entre a concessionária e os municípios utilizadores (artigo 5.º).

De acordo com o disposto na Base II constante do Anexo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 96/2014, que consagra o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, «o contrato de concessão tem por objeto a exploração e a gestão de um sistema multimunicipal de tratamento (incluindo valorização e disponibilização de subprodutos) e de recolha seletiva de resíduos urbanos (Base II, n.º 3).

A Lei atribui às concessionárias, enquanto atividade principal relativa à exploração e à gestão de sistema multimunicipal de resíduos urbanos, por um lado, a receção (artigo 3.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 96/2014) e «o tratamento de resíduos urbanos resultantes da recolha indiferenciada», por outro, a «recolha seletiva de resíduos urbanos, incluindo a respetiva triagem» (artigo 1.º, n.º 1; Base I, alínea *b*). O tratamento de resíduos urbanos que lhe cumpre realizar respeita somente aos resultantes da recolha indiferenciada (recolha que cabe aos municípios), e não já o que respeite à recolha seletiva de resíduos urbano e sua triagem, encontrando-se o tratamento dos resíduos recolhidos no âmbito de tal recolha seletiva deferido a «entidades licenciadas para a sua retoma» (Base I, alínea *k*).

Por «recolha seletiva», deve entender-se «a recolha de resíduos urbanos nos ecopontos, nos ecocentros e noutros pontos específicos de recolha localizados no âmbito geográfico da concessão, incluindo a respetiva triagem e a respetiva entrega às entidades licenciadas para a sua retoma». Esta tem por objetivo «manter o fluxo de resíduos separados por papel e cartão, embalagens de vidro e embalagens de plástico, metal, madeira e cartão para líquidos alimentares, com vista a facilitar o respetivo tratamento específico» a cargo, como se afirmou, de entidades especialmente

licenciadas. A definição legal de «ecocentro» e «ecoponto» também permite identificar os materiais neles depositados, sendo os primeiros «centros de receção dotados de equipamentos de grande capacidade para a deposição de materiais passíveis de valorização, tais como o papel, cartão, embalagens de plástico, vidro, metal e madeira, aparas de jardim, objetos volumosos fora de uso, pequenas quantidades de resíduos urbanos perigosos ou outros materiais que venham a ter viabilidade técnica de valorização» (alínea *h*), da Base I), e os segundos, o «conjunto de contentores preparados para a deposição multimaterial de resíduos para reciclagem designadamente papel e cartão, embalagens de vidro, embalagens de plástico e metal, cartão de alimentos líquidos ou outros materiais para valorização» (alínea *i*) da Base I).

A Base I, alínea *b*), ao caracterizar esta atividade como atividade principal, estabelece: «atividade relativa à exploração e à gestão de sistema multimunicipal de resíduos urbanos, objeto do contrato de concessão, compreendendo o tratamento de resíduos urbanos resultantes da recolha indiferenciada e a recolha seletiva de resíduos urbanos, incluindo a respetiva triagem».

Invoca-se no Despacho acima transcrito que em virtude de alterações legislativas várias, que ditaram a reconfiguração do conceito de resíduo urbano, então, os «Biorresíduos» estariam contidos nos «resíduos urbanos», não carecendo, deste modo, de constar de forma expressa nos contratos de concessão reconfigurados.

Esquece-se, porém, que o Decreto-Lei n.º 96/2004, que consagra o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, também delimita o objeto da recolha seletiva, e neste não inclui os biorresíduos.

Na verdade, o diploma não diferencia, no âmbito da recolha seletiva atribuída à concessionária, a recolha seletiva de biorresíduos, estando estes, antes, integrados nos resíduos urbanos indiferenciadamente recolhidos.

Relembre-se que, à data da aprovação do Diploma que regulou a concessão (Decreto-Lei n.º 96/2004) e estipulou as respetivas Bases, a legislação do setor não ignorava conceito de biorresíduo, já que no artigo 3.º, alínea *d*) o Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho, que altera o regime geral de gestão de resíduos e transpõe a Diretiva n.º 2008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de novembro, relativa aos resíduos define-os como «os resíduos biodegradáveis de espaços verdades, nomeadamente jardins, parques, campos desportivos, bem como os resíduos biodegradáveis alimentares e de cozinha das habitações, das unidades de fornecimento de refeições e de retalho e os resíduos similares das unidades de transformação de alimentos» (artigo 3.º, alínea *d*))[15] Pelo que se deve concluir que, ao aprovar as Bases da concessão, através do Decreto-Lei n.º 96/2014, o legislador, que elencou os resíduos objeto de recolha seletiva, não desejou nesta incluir os biorresíduos.

É certo que se prevê, no artigo 3.º, sob a epígrafe «serviço público» que a exploração e a gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos devem assegurar, nomeadamente, «o tratamento de resíduos urbanos de forma a contribuir para o cumprimento das metas nacionais em matéria do ambiente», mas de um tal preceito principal, estabelecido em junho de 2014, quando ainda nem fora aprovado o PERSU 2014-2020[16], não pode retirar-se a obrigação certa de recolha seletiva de biorresíduos que uma diretiva de 2018, ainda não transposta, veio a contemplar como meta.

15 — Entende-se, em conclusão, que os preceitos inscritos no Decreto-Lei n.º 96/2014, não podem ser lidos como havendo contemplado normas estabelecendo a recolha seletiva — em ecopontos, ecocentros e outros pontos específicos de recolha — de resíduos orgânicos, como responsabilidade da concessionária, ou seja, uma recolha de forma diferenciada de biorresíduos, havendo estas normas somente previsto o tratamento de resíduos orgânicos, sem os autonomizar, enquanto parte dos resíduos urbanos, recolhidos indiferenciadamente. Na verdade, não foi, quanto a estes, estabelecido, desde logo, legalmente, um modelo assente na sua recolha seletiva, como fluxo diferenciado.

Assim sendo, não se vislumbra que o disposto na lei permita acomodar uma nova distribuição competencial, consubstanciada na transição de um modelo baseado no tratamento de resíduos orgânicos recolhidos indiferenciadamente, pelos municípios, para um modelo assente na recolha seletiva, como fluxo diferenciado, a cargo da concessionária. Só este entendimento permitirá que

não se desvirtue o objeto da concessão tal como definido pelo legislador no Decreto-Lei n.º 96/2014, que aprova as bases da concessão do contrato.

16 — Acresce que entender, contra o que vem dito, que caso na recolha seletiva de resíduos urbanos, legalmente prevista a cargo da concessionária, se pudesse incluir a recolha seletiva de biorresíduos, tal representaria uma modificação substancial do entendimento legalmente fixado para o objeto da concessão e, consequentemente, para os termos dos contratos que a concretizam, não sendo possível assimilá-la, por exemplo, a mero serviço complementar e inseparável do objeto do contrato, coberto pelo disposto no artigo 454.º do Código dos Contratos Públicos.

Sublinhe-se que mesmo um instrumento estratégico como o PERSU 2020+ considerou que a recolha seletiva de biorresíduos está entre as «mudanças de paradigmas», que implicam «alterações estratégicas», provocadas pela nova visão de economia circular.

Ora entre a recolha seletiva já convencionada, que a lei fixou para o serviço público, e a recolha seletiva de biorresíduos que se pretende ainda caber na fórmula legal, há uma ampliação e diferença material muito significativas, não sendo possível interpretar a norma definidora essencial como permitindo uma leitura que enquadre uma tão radical modificação da identidade do serviço legalmente previsto, ainda que, em ambos os casos, compreenda resíduos[17].

Este Conselho teve oportunidade de se pronunciar sobre uma alteração, que considerou «substancialmente distinta», relativamente a uma adenda ao contrato negociada entre adjudicante e adjudicatário, que procedeu à alteração da fonte de energia solar fotovoltaica através da mera modificação de contrato negociada com o adjudicante, considerando que exigiria novo procedimento conforme os princípios da concorrência, igualdade de tratamento e transparência. Do Parecer n.º 20/2017 destacam-se algumas conclusões:

«[...]

7 — O regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 312/2001 não permitia a mudança de fonte primária de energia eólica para solar fotovoltaica de centros eletroprodutores objeto de procedimentos concursais lançados ao abrigo do disposto no artigo 14.º desse diploma.

[...]

9 — O procedimento concursal referido na conclusão precedente e o subsequente contrato administrativo, celebrado em 5 de maio de 2009, não admitiam a alteração da fonte primária de energia de eólica para solar fotovoltaica.

[...]

20 — A energia solar fotovoltaica compreende tecnologia substancialmente distinta da energia eólica, repercutida nos intervenientes nos mercados nacional e europeu, envolvendo os projetos de centrais de uma e outra fontes de energia componentes inconfundíveis, nomeadamente, ao nível de equipamentos, investimento e impactos ambientais.

21 — Se num procedimento de seleção de candidatos à atribuição de capacidade de potência na RESP a partir de central eólica, a entidade adjudicante pretendesse, por motivos precisos, que certas condições do concurso pudessem ser modificadas depois da escolha do adjudicatário era obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação, tal como as suas regras de execução, no anúncio de concurso que ela própria elaborou e que traça o quadro em que se vai desenrolar o processo, de modo a que todos os potenciais interessados em participar no concurso pudessem ter desde o início conhecimento dessas regras e se encontrassem, assim, em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta.

22 — Se em concurso anunciado no Jornal Oficial da União Europeia relativo à atribuição de capacidade de injeção de potência na RESP com fonte em centrais eólicas não foi prevista a possibilidade de mudança da fonte primária de energia (a qual, aliás, era inadmissível à luz da legislação então vigente), supervenientemente não se pode a pedido do adjudicatário privado empreender a alteração da fonte de energia para solar fotovoltaica através da mera modificação de contrato exclusivamente negociada com o adjudicante, pois trata-se de uma alteração substancial que exigiria novo procedimento conforme os princípios da concorrência, igualdade de tratamento e transparência.

23 — O despacho do Secretário de Estado de Energia de 2-10-2015 proferido no âmbito do processo n.º 30.35 autoriza alterações substanciais ou essenciais de contrato administrativo

celebrado na sequência de concurso público por mera adenda negociada entre adjudicante e adjudicatário sem dar qualquer oportunidade a interessados em adjudicações relativas à atribuição de capacidade de injeção de potência na rede do sistema elétrico de serviço público e pontos de receção associados para energia elétrica produzida em centrais solares fotovoltaicas, nem sequer permitindo aos operadores económicos que concorreram e foram preteridos no concurso apresentarem propostas em face das novas condições estabelecidas (que derrogaram elementos essenciais das regras do procedimento concursal em que participaram)»[18].

De facto, apesar de o Código dos Contratos Públicos conter disposições que admitem a modificação de contratos, estas devem ser lidas em conjugação com disposições legais que lhe preveem limites e condições (desde logo, conforme o previsto no artigo 313.º).

A compreensão das previsões legais em matéria de limites e condições foi impulsionada pelo Tribunal de Justiça através do Acórdão Pressetext[19], no qual se decidiu que as alterações introduzidas não consubstanciaram a adjudicação de facto de um contrato novo, já que não seriam alterações substanciais (estavam em causa a alteração do cocontratante, que passara a ser uma empresa detida a 100 % pela originária cocontratante; uma alteração de preço, mas que traduzira um mero ajustamento provocado pela conversão em euros; e de um desconto a favor do contraente público que não modificava o equilíbrio contratual a favor do cocontratante, nem provocava distorção da concorrência; e introdução de cláusula de não resolução por um período de 3 anos). Afirmou-se, no § 34.º do Acórdão, que «as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato [...] quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, consequentemente, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato»[20]. Isto, naturalmente, caso não exista habilitação expressa[21], ou seja, apenas quando as condições da adjudicação inicial, legalmente previstas, o não estipulassem já, em termos precisos[22], como modificação possível.

Num outro Acórdão do Tribunal de Justiça — Comissão contra CAS Succhi di Fruta SpA — também já se referia a alterações substancialmente diferentes[23]: entendeu-se que a entidade adjudicante não estava autorizada a alterar a sistemática geral do concurso, para tal alterando uma das condições essenciais, no caso, modificando uma estipulação que, caso tivesse constado no anúncio do concurso, teria dados aos concorrentes a possibilidade da apresentação de propostas substancialmente diferentes, e, muito possivelmente, novos concorrentes ter-se-iam apresentado. Estaria, por isso vedado, refere o aresto, depois da adjudicação do contrato, derrogar as estipulações dos regulamentos adotados anteriormente, procedendo a uma modificação de uma condição essencial do concurso (§§ 116 e 117).

Note-se que, se os limites e condições à modificação nascem para proteção dos interesses do cocontratante, servem, igualmente «os interesses da transparência e da objetividade», que começam por ser «acautelados pelo procedimento de adjudicação da concessão», e que «poderiam ser postos em causa pela ausência de limites ao poder de modificação[24]. Continuando a citar Pedro Gonçalves, diga-se que «esse limite também serve os interesses da transparência, da objetividade e da neutralidade que regem o procedimento administrativo tendente à adjudicação da concessão. Um ilimitado poder de modificação poderia traduzir-se numa completa desfiguração do contrato celebrado e, desse modo, pôr em crise o sentido do procedimento contratual enquanto momento de determinação transparente e aberta do objeto do contrato»[25].

Os princípios da igualdade entre operadores económicos (por exemplo, assegurando-se iguais condições de acesso e de participação dos interessados em contratar, iguais condições de tratamento no procedimento, com submissão a iguais regras e condições)[26], da transparência (nomeadamente, exigindo que os critérios de escolha do cocontratante e as condições gerais do contrato estejam previamente definidos, sejam claros, sejam objeto de publicidade adequada, garantindo fundamentação, assim prevenindo conflitos e arbitrariedade[27]) e da proteção da concorrência, que estão tradicionalmente ligados à fase pré-contratual, enquanto garantias que devem conformar a adjudicação, estenderam-se à fase da execução, como forma de garantia do interesse público, mas também dos interessados que poderiam ter sido adjudicatários.

O princípio da concorrência visa proteger, quer o normal funcionamento do mercado e os interesses subjetivos dos concorrentes, quer a prossecução do interesse público[28], através do apro-

veitamento das potencialidades do mercado, para obtenção de vantagens económicas e técnicas para a Administração Pública[29]. Este está indissociavelmente ligado a medidas de transparência e publicidade, enquanto «medidas amigas da concorrência»[30], e à «primazia da igualdade», enquanto tratamento igualitário de todos os operadores económicos[31]

O dever de respeito pelo princípio da concorrência consta do artigo 1.º-A do Código dos Contratos Públicos, juntamente com o dever de respeitar os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, da publicidade, da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação), estabelecendo-se que estes princípios devem ser obedecidos, quer na formação, quer na execução dos contratos públicos[32].

A ideia de fazer estender a promoção da transparência, da igualdade de tratamento entre operadores económicos, e de proteção da concorrência, não somente à fase pré-contratual, mas também à execução do contrato, estava já ínsita na decisão Pressetext do Tribunal de Justiça citada.

Assim, a leitura que deve ser feita do disposto no Código dos Contratos Públicos, designadamente do disposto no artigo 313.º, obriga a que dele se retire que com este se pretende proteger a concorrência, nomeadamente «os operadores económicos que concorreram ou poderiam ter concorrido à adjudicação do contrato inicial, bem como dos potenciais concorrentes a um novo»[33]. E se este entendimento já se deveria extrair da versão inicial do Código dos Contratos Públicos[34], ficou ainda mais claro depois das alterações sofridas pelo preceito através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, provocadas pelas novas diretivas europeias que determinaram que se passasse a disciplinar não apenas a fase de formação dos contratos, mas também a sua execução.

Ainda que de modo exemplificativo, o Acórdão do Tribunal de Justiça, no Acórdão Pressetext, explica a leitura possível para a «alteração substancial do objeto do contrato» que os preceitos legislativos habitualmente incorporam como limite, entre outros, para a alteração de um contrato público, exemplificando situações de alterações substanciais[35]: «a alteração do contrato público que introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos, ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite» (§35.º); «a alteração que alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos» (§36.º)[36]; «a alteração que modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial» (§37.º).

Estas limitações valem, igualmente, para a leitura das normas tendo em vista a apreciação da modificação consensual do contrato.

O princípio da concorrência, como escreveu Pedro Gonçalves, tem um efeito direto na ordem jurídica administrativa: «Desde logo, no contexto de uma função "sistematizante", o princípio define um padrão de interpretação e de integração das prescrições específicas do CCP. Mais relevante, o mesmo apresenta-se como um critério de decisão para situações em que não há regras explícitas ou em que, por si mesmas, as regras da contração poderiam admitir várias soluções: a opção no sentido de maximizar a concorrência deve ter preferência, o que pode determinar a ilegalidade de decisões que, sem fundamento direto na lei, não se orientam pelo princípio da maior abertura possível à concorrência»[37]. Por outro lado, «e, sobretudo, por via da sua associação ao princípio constitucional da igualdade e aos direitos dos operadores económicos à igualdade de acesso aos contratos públicos e à igualdade de tratamento, o princípio da concorrência (da abertura à concorrência), impõem um certo tipo de configuração legislativa de toda a contratação pública[38].

É a esta luz desta compreensão protetora da concorrência que devem ser lidas as normas legais definidoras das condições das concessões de serviço público, incluindo as que estão em causa no presente Parecer, não sendo de admitir o alargamento do nelas disposto à recolha seletiva de biorresíduos pela concessionária, por esta leitura implicar uma modificação substancial do objeto do contrato legalmente definido, não acomodável num entendimento das normas amigo da concorrência.

E um eventual direito de opção do município não alteraria as coisas. A questão da concorrência não se põe, apenas, relativamente aos contratos que os municípios já celebraram com terceiros, concedendo essa recolha diferenciada quanto a resíduos que lhes compete recolher e entregar, põe-se, sobretudo, nesta fase de execução do contrato, em relação àqueles potenciais ou efetivos

concorrentes que não podiam saber que as condições contratuais seriam outras substancialmente diferentes das previstas no diploma que aprova as bases da concessão.

17 — Debrucemo-nos, neste ponto, sobre a natureza jurídica da concessão e seus reflexos quanto à concorrência.

A concessão é uma figura que permite associar os privados à realização de projetos públicos de grande envergadura, requerendo estes avultados investimentos de capitais privados, e beneficiando também da sua técnica e conhecimentos. Inicialmente utilizada para financiamento de grandes obras públicas, depois viria também a ser utilizada para a prestação de serviços, destinados à satisfação de necessidades coletivas[39]

Nos termos do disposto no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 96/2014, e da Base III do Anexo que aprova as Bases da concessão, a concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos é uma concessão de serviço público que tem o Estado como contraente público, enquanto entidade adjudicante (artigos 2.º, n.º 1, alínea *a*), e 3.º do CCP).

O artigo 4.º do mesmo diploma legal estabeleceu que a concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos teria lugar mediante celebração de contrato administrativo, conforme previsto no Código dos Contratos Públicos.

Às concessões de serviços públicos é aplicável o disposto no Código dos Contratos Públicos, em especial o previsto no Capítulo II do Título II da Parte III, que regula as concessões de obras públicas e de serviços públicos (artigo 407.º e ss.). Esta opção, que no que respeita à imposição de um procedimento pré-contratual, previsto na Parte II, sujeita à concorrência o contrato de concessão de serviços públicos, remonta à versão inicial do Código, de 2008, sendo uma opção que se antecipou à sua imposição pelas Diretivas de 2014.

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 407.º do Código dos Contratos Públicos, «Entende-se por concessão de serviços públicos o contrato pelo qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público», caracterização que no essencial (mas não inteiramente) corresponde à definição comunitária da Diretiva 2014/23/EU, de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação dos contratos de concessão (artigo 5.º, n.º 1, alínea *b*)[40].

Através deste contrato «transfere-se da esfera do público para a do privado o essencial do poder decisório relativo ao modus operandi de certa atividade», como explica Freitas do Amaral[41].

Pode mesmo afirmar-se que ao longo do tempo, o critério do objeto, no caracterizado pela atividade de exploração ou de gestão de serviço público, é aquele que tem permanecido estável, de entre outros por vezes também convocados para distinguir a figura[42]. Outros critérios seriam a cobrança de taxas aos utentes como forma de remuneração do concessionário[43], mas que pode não ser exclusiva em certas circunstâncias, ou até ser a remuneração somente obrigação do concedente, embora, mesmo neste caso, não deva excluir-se o risco por parte do concessionário, elemento muitas vezes apontado como caracterizador da concessão de serviço público[44].

A definição atual do Código pressupõe como elemento distintivo a responsabilização própria do concessionário pela prestação da atividade objeto da prestação de serviços, como resulta da transcrição acima, atuando o privado por sua conta e risco. Admite-se, no artigo 407.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos, que a remuneração possa advir, quer dos resultados financeiros da gestão dessa atividade de prestação, quer, diretamente, do contraente público. No entanto, conforme prescreve o artigo 413.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, «o contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência para o concessionário do risco de exploração dessas obras ou serviços, que se traduz no risco ligado à procura ou oferta, ou ambos». O preceito assume duas circunstâncias em que se considera que o concessionário assumirá o risco de exploração: quando não há garantia de que recupere o seu investimento ou despesas efetuadas, ou quando fica exposto à imprevisibilidade do mercado (n.º 2).

No mesmo sentido, referindo-se ao risco, prescreve o artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva: «A adjudicação de uma concessão de obras ou de serviços envolve a transferência para o concessionário de um risco de exploração dessas obras ou serviços que se traduz num risco ligado à procura ou

à oferta, ou a ambos. Considera-se que o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão. A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes»[45].

Na síntese de Lino Torgal: o cocontratante «obtém a faculdade de desenvolver uma atividade apta, em condições normais, para amortizar o investimento, pagar a exploração e obter um lucro razoável, mas se sujeita, contudo, à possibilidade de vir a sofrer uma perda relevante ou não insignificante, por contingências ligadas à evolução do mercado (risks outsider the parties' control) e por não ter a garantia da cobertura dos custos operacionais e da obtenção da taxa de retorno estimada»[46].

O decreto-lei que aprovou as Bases da concessão (Decreto-Lei n.º 96/2014), determinou que a concessionária é responsável pelos «riscos inerentes à concessão», assumindo os «respetivos riscos operacionais», bem como pela «obtenção do financiamento necessário ao desenvolvimento do objeto da concessão, por forma a cumprir cabal e atempadamente as obrigações assumidas no contrato de concessão, assumindo os respetivos riscos de investimento e de financiamento» (Base XVII).

O risco resultante estará, necessariamente, associado à distribuição de competências que este diploma legalmente distribuiu, pelo que, se outro viesse a ser o entendimento atributivo de competências, seria necessariamente diferente o risco, porque qualitativamente distinto o universo dos resíduos abrangidos, logo, também quantitativamente distinto porque mais abrangente se outra fosse a distribuição competencial.

A entender-se que a lei dava cobertura ao modelo de competências que atribuiria a recolha seletiva de biorresíduos às concessionárias e não aos municípios, o que traduziria uma modificação significativa do quadro de distribuições de competências, tal entendimento operaria uma modificação substancial do risco inerente aos contratos, atribuindo uma nova fatia de mercado à concessionária.

Note-se, todavia, que a exposição ao risco derivado dos condicionalismos da oferta e da procura, em ambiente de normalidade, não deve confundir-se com a alteração de circunstâncias que pode fundamentar, por exemplo, a modificação contratual.

18 — Da delimitação de tarefas realizadas pelo Decreto-Lei n.º 96/2014, aos municípios são deferidas competências de recolha, de transporte (artigo 5.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 4) e de entrega (artigo 5.º, n.º 2) de resíduos urbanos, exceto no que respeita à recolha seletiva, nos moldes atrás delimitados, já que a sua recolha e transporte, como se viu, está a cargo da concessionária (artigo 5.º, n.º 1).

E, nos termos definidos pelo artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 96/2014, «os municípios são obrigados a entregar à concessionária do sistema multimunicipal, do qual são utilizadores, todos os resíduos urbanos cuja gestão se encontre sob sua responsabilidade».

Esta articulação de cada um dos sistemas municipais de recolha e de transporte de resíduos urbanos e o sistema multimunicipal a cargo da concessionária é objeto de contrato de entrega e receção entre cada um dos municípios e a concessionária (artigo 5.º, n.º 4).

A obrigação de recolha, transporte e entrega, tal como pensada pelo legislador que regulou o regime de concessão, sofreria uma substancial modificação caso se admitisse que nela deixariam de conter-se os resíduos urbanos caracterizados como biorresíduos. Isto porque, se estes resíduos fossem objeto da recolha seletiva admitida (e contratada) à concessionária, os municípios deixariam de recolher, transportar e entregar biorresíduos.

Sucede que esta recolha em baixa, enquanto recolha indiferenciada, a cargo dos municípios, pode, hoje, ser entregue por estes a operadores privados. Nos termos da alínea *q*), da Base I, os municípios, enquanto utilizadores do sistema multimunicipal gerido pela concessionária, podem contratualizar o respetivo sistema municipal de recolha, transporte e armazenamento a outra entidade gestora, sendo, nesta hipótese, essa entidade a utilizadora do sistema.

Ao considerar-se que à recolha destes resíduos até agora indiferenciados — e a cargo dos municípios ou dos privados que estes tenham contratado —, se deve subtrair os biorresíduos, que passariam a ser recolha seletiva a cargo exclusivo da concessionária, a quem foi atribuída a

recolha seletiva definida nos termos do Decreto-Lei n.º 96/2014, então, esta novel opção de leitura das normas viria modificar a atual situação do mercado.

Por outro lado, a nova situação refletir-se-ia nas tarifas pagas à concessionária pelo município, fixadas, designadamente em função dos investimentos feitos pela concessionária, como no próximo ponto se explicará.

19 — É chegado o momento de responder, de forma sistematizada, e com fundamento nas considerações anteriores, às três primeiras perguntas formuladas:

«1 — São as concessionárias dos sistemas multimunicipais de gestão de resíduos urbanos nos territórios em que a lei tenha estabelecido o respetivo direito de exclusivo responsáveis, nos termos da lei e dos contratos de concessão celebrados com o Estado, pela atividade de recolha seletiva de biorresíduos?».

Não pode retirar-se da delimitação competencial definida na lei, designadamente no Decreto-Lei n.º 96/2014, que caiba às concessionárias dos sistemas multimunicipais de gestão de resíduos urbanos nos territórios em que a lei tenha estabelecido o respetivo direito de exclusivo responsáveis, proceder à recolha seletiva de biorresíduos.

No decreto-lei, conhecendo o legislador a noção de biorresíduo, optou por esclarecer qual o objeto da concessão circunscrevendo a recolha seletiva que lhe cabe, sem nesta incluir a recolha seletiva de biorresíduos (veja-se a delimitação a que se procede na alínea *k*) da Base 1 do anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, complementada com o disposto nas alíneas *h*) e *i*) do mesmo diploma).

A ser assim, e respondendo à questão «2. Podem as referidas concessionárias, mediante protocolo de colaboração, delegar ou manter nos municípios que manifestem interesse a realização dos investimentos e a aquisição dos equipamentos necessários para a atividade de recolha seletiva de biorresíduos», no âmbito das candidaturas aos avisos abertos pelo PO SEUR — Programa Operacional de Sustentabilidade e Eficácia no Uso de Recursos? —, só pode concluir-se que, não sendo competência das concessionárias a recolha seletiva de biorresíduos, não lhes caberá a decisão de delegar ou manter nos municípios a realização destes investimentos. A competência de recolha de resíduos urbanos fora do âmbito da recolha seletiva já acordada, ab initio, pelo Estado com as concessionárias, substancialmente descrita nas alíneas *h*), il e *k*) da Base 1 do anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho, não abrange a recolha seletiva de biorresíduos, pelo que esta permanece na esfera municipal, podendo estes proceder a uma recolha seletiva de biorresíduos, por si, ou contratando-a a terceiros.

Na questão n.º 3, procura-se esclarecer se «Podem os municípios que pretenderem aderir ao exposto no ponto precedente ser os responsáveis pelas candidaturas a fundos europeus para efeitos da realização dos necessários investimentos bem como pela realização da atividade da recolha seletiva de biorresíduos de modo a serem entregues para triagem e separação de contaminantes associadas ao respetivo tratamento biológico a processar pelas concessionárias dos sistemas multimunicipais?». Na sequência do que vem de se concluir, não poderá deixar de se considerar que os municípios poderão ser responsáveis por candidaturas aos avisos abertos pelo PO SEUR — Programa Operacional de Sustentabilidade e Eficácia no Uso de Recursos, a título e por direito próprio, para fins de investimento da realização da atividade de recolha seletiva de biorresíduos, uma vez que esta recolha seletiva não integra o objeto de concessão, não estando, por isso, legalmente deferido às empresas concessionárias, mas sim aos municípios.

Por outro lado, o resultado da recolha seletiva de biorresíduos a que procedam não tem de ser entregue às empresas concessionárias, participadas do grupo EGF, SA, ao contrário do que parece decorrer implicitamente da questão apresentada, visto não caber a estas, por definição legal, o tratamento destes resíduos, já que estes passam a estar excluídos do grupo de resíduos objeto de recolha indiferenciada.

Recorde-se que, apesar de o n.º 2 do artigo 5.º fixar que «os municípios são obrigados a entregar à concessionária do sistema multimunicipal do qual são utilizadores todos os resíduos urbanos cuja gestão se encontre sob sua responsabilidade», a atividade principal dos referidos sistemas a cargo das concessionárias, legalmente fixada, compreende «o tratamento de resíduos urbanos

resultantes da recolha indiferenciada»[47], realizada pelos municípios, únicos resíduos em relação aos quais há, por parte destes, obrigação de entrega às concessionárias, «e a recolha seletiva de resíduos urbanos, incluindo a respetiva triagem», a que as empresas concessionárias procedem, nos termos já delimitados (veja-se a alínea *b*) da Base 1 do anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho), e em cujo âmbito não se inclui, como se explicou já, a recolha seletiva de biorresíduos (conforme descrita na alínea *k*) da Base 1 do anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho).

Esta disfuncionalidade resulta, precisamente, de não haver sido legalmente antecipada, para efeitos de concessão, a recolha de biorresíduos, a sair da massa de resíduos indiferenciados. A ser assim, e na hipótese de se vir a admitir legalmente outra solução para o tratamento para os biorresíduos, que não passe pelo seu tratamento pelas concessionárias, não pode deixar de se evidenciar que a subtração do tratamento destes resíduos (biorresíduos), da esfera necessária das empresas concessionárias, poderá refletir-se no equilíbrio do contrato de concessão.

20 — Quanto à última questão, que se prende com saber se poderá interpretar-se o regime jurídico da concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos urbanos como permitindo que os investimentos efetuados pelas concessionárias para aquisição dos equipamentos necessários para a atividade de recolha seletiva de biorresíduos integrem a Base de Ativos Regulados (BAR) de modo a que, no âmbito da atividade concessionada, fiquem englobados na determinação dos respetivos tarifários a praticar junto dos municípios utilizadores (ainda que diferenciados, tendo em conta o invocado direito de opção, como sustentou no Despacho), tal obriga a que se compreenda a natureza jurídica da ERSAR e suas competências, bem como que se averigue das condições financeiras da concessão, legalmente fixadas, encontrando-se estas reguladas no Anexo do Decreto-Lei n.º 96/2014, que fixou as bases da concessão.

21 — Os atuais Estatutos da ERSAR foram aprovados pela Assembleia da República, através da Lei n.º 10/2014, de 6 de março, ao abrigo do artigo 161.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição da República Portuguesa, que confere à Assembleia da República o poder de «Fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo».

Esta Lei veio revogar o Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro, que aprovara a orgânica da Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos, I. P.

No preâmbulo deste diploma, explicava-se, então, que «no quadro das orientações definidas pelo Programa de Reestruturação da Administração Central do Estado (PRACE) e dos objetivos do Programa do Governo no tocante à modernização administrativa e à melhoria da qualidade dos serviços públicos com ganhos de eficiência, importa concretizar o esforço de racionalização estrutural consagrado no Decreto-Lei n.º 207/2006, de 27 de outubro, que aprovou a Lei Orgânica do Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional (MAOTDR), avançando na definição dos modelos organizacionais dos serviços que integram a respetiva estrutura. Nos termos da Lei Orgânica do MAOTDR, foi decidida a manutenção e reestruturação do Instituto Regulador de Águas e Resíduos, I. P. (IRAR, I. P.), redenominado Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I. P. (ERSAR, I. P.), instituto público na esfera da administração indireta do Estado, com o objetivo de reforçar as medidas e instrumentos que privilegiam a eficácia da ação na área da regulação dos serviços públicos de águas e resíduos».

Este decreto-lei de 2009, aprovado ao abrigo do artigo 198.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição da República Portuguesa, que estabelece caber ao Governo «Fazer decretos-leis em matérias não reservadas à Assembleia da República», mantivera a natureza jurídica da, a partir de então denominada, Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, IP (ERSAR, IP), que já antes assumia a natureza de Instituto Público (IP). Esta nova entidade, nos termos do artigo 20.º dos seus estatutos, viera suceder nas atribuições do Instituto Regulador de Águas e Resíduos, I. P. (IRAR, IP), que fora criado pelo Decreto-Lei n.º 230/97, de 30 de agosto. Por sua vez, na origem deste estivera o Observatório nacional dos sistemas multimunicipais e municipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, instituído pelo Decreto-Lei n.º 147/95, de 21 de junho, com funções de análise prévia dos processos de concurso para adjudicação de concessões de sistemas municipais, de recolha de informações relativas à qualidade do serviço prestado nos sistemas multimunicipais e municipais e de formulação de recomendações para os concedentes e as entidades gestoras concessionárias. O Observatório veio a ser substituído pelo

já referido IRAR, IP, entendido como «uma entidade reguladora com atribuições ampliadas no que se refere à promoção da qualidade na conceção, na execução, na gestão e na exploração dos mesmos sistemas multimunicipais e municipais» (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 277/2009), ao qual foi também, com efeitos a partir de 2004, atribuído o estatuto de autoridade competente para a qualidade de água para consumo humano (Decreto-Lei n.º 243/2001, de 5 de setembro).

Em 2012, na sequência da reestruturação encetada pelo Programa de Redução e Melhoria da Administração Central do Estado (PREMAC), foi alterada a Lei Orgânica do Ministério do Mar, através do Decreto-Lei n.º 7/2012, de 17 de janeiro, aprovado ao abrigo do artigo 198, n.º 2, da Constituição, que estabelece que «É da exclusiva competência legislativa do Governo a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento». O artigo 6.º previu a alteração da natureza jurídica da ERSAR, preservando-a como pessoa coletiva de direito público, com personalidade jurídica própria, e definindo que «É entidade administrativa independente de supervisão e regulação dos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e urbanas e de gestão de resíduos urbanos, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR).

Neste quadro evolutivo, foi a Lei n.º 10/2014 — em cuja origem esteve a Proposta de Lei do Governo n.º 125/XII — que, veio aprovar os novos estatutos da ERSAR (pelo artigo 2.º, sendo estes publicados em Anexo), revogando o Decreto-Lei n.º 277/2009, atribuindo-lhe natureza de entidade administrativa independente, com funções de regulação e de supervisão (artigo 1.º dos Estatutos), a que cabe ser «independente no exercício das suas funções, nos termos da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto e nos presentes estatutos, não se encontrando sujeita a superintendência ou tutela governamental no âmbito desse exercício» (artigo 2.º dos Estatutos). No artigo 49.º, sob a epígrafe «Independência», estabelece-se, nomeadamente, que «a ERSAR é independente no exercício das suas funções e não se encontra sujeita a superintendência ou tutela governamental, nos termos dos presentes estatutos e da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras [...] (n.º 1), e, consequentemente, que «os membros do Governo não podem dirigir recomendações ou emitir diretivas aos órgãos dirigentes da ERSAR sobre a sua atividade reguladora nem sobre as prioridades a adotar na respetiva prossecução (n.º 2).

22 — A ERSAR «tem por missão a regulação e a supervisão dos setores dos serviços de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, abreviadamente designados por serviços de águas e resíduos, incluindo o exercício de funções de autoridade competente para a coordenação e a fiscalização do regime da qualidade da água para consumo humano» (artigo 1.º, n.º 2, dos Estatutos).

Entre as suas atribuições genéricas contam-se «assegurar a regulação e a supervisão dos serviços de águas, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, promovendo o aumento da eficiência e da eficácia na sua prestação, considerando a proteção dos direitos e interesses dos utilizadores, assegurando a existência de condições que permitam a obtenção do equilíbrio económico e financeiro por parte das atividades dos setores regulados exercidos em regime de serviço público, bem como o exercício das funções de autoridade competente para a qualidade da água para consumo humano junto de todas as entidades gestoras de abastecimento de água» (artigo 5.º, n.º 1).

Os mesmos estatutos fixam que estão sujeitas à atuação da ERSAR todas as entidades gestoras que atuem nos setores da sua área de atribuições, independentemente da titularidade estatal ou municipal dos respetivos sistemas e do modelo de gestão adotado, designadamente, em caso de prestação direta do serviço, de delegação do serviço em empresa do setor empresarial do Estado, do setor empresarial local, em entidades intermunicipais ou em empresa constituída em parceria com o Estado, ou de concessão do serviço (artigo 4.º, n.º 1). Estão, também, sujeitas à sua atuação as entidades titulares dos serviços de águas e resíduos, sempre que estejam em causa direitos e obrigações da entidade gestora ou dos utilizadores, bem como os laboratórios que efetuem o controlo da qualidade da água para consumo humano (artigo 4.º, n.º 2), assim como as freguesias e as associações de utilizadores em que tenham sido delegados estes serviços (artigo 4.º, n.º 3), bem como outras entidades que tenham assumido a responsabilidade pela gestão de serviços no âmbito dos setores regulados, independentemente da sua natureza pública ou privada e do título que legitima o exercício daquelas atividades (artigo 4.º, n.º 4), e ainda, quaisquer outras entidades

que, por lei, fiquem sujeitas à sua atuação, nomeadamente entidades com sistemas particulares para abastecimento público de água para consumo humano (artigo 4.º, n.º 6).

A Lei atribui à ERSAR poder regulamentar para elaborar e aprovar regulamentos tarifários para os serviços de águas e de resíduos (artigo 11.º, alínea *a*)), nos quais são estabelecidas, nomeadamente, regras de definição, fixação, revisão e atualização dos tarifários de abastecimento público de água, saneamento de águas residuais urbanas e gestão de resíduos urbanos (artigo 13.º, n.º 1, alínea *a*)), cuja fixação obedece aos princípios dispostos nas alíneas *i*) a *v*) do mesmo artigo: recuperação económica e financeira dos custos dos serviços em cenário de eficiência; preservação dos recursos naturais e promoção de comportamentos eficientes pelos consumidores; promoção da acessibilidade económica dos utilizadores finais domésticos, nomeadamente através de tarifários sociais; promoção da equidade nas estruturas tarifárias, atendendo à dimensão do agregado familiar, com especial ponderação, no caso dos utilizadores domésticos, das famílias numerosas, privilegiando capitações de água mais justas e eficientes, para todos os utilizadores; estabilidade e previsibilidade por parte das entidades reguladas.

23 — Atente-se, neste ponto, nas condições financeiras da concessão prevista no Decreto-Lei n.º 96/2014. Estas foram estabelecidas nas bases VXII a XX, no Capítulo IV, do Anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014 que aprovou as Bases da concessão, determinando-se que o regime remuneratório da concessão se baseia no reconhecimento à concessionária dos proveitos permitidos (fixados nas bases e no contrato de concessão), a serem refletidos nas tarifas a aplicar aos utilizadores do sistema (Base XVII).

Nos termos da Base XVIII, são proveitos permitidos, a ter em conta na definição da tarifa, os definidos pela entidade reguladora, para um horizonte temporal de três a cinco anos (período regulatório), fixados de acordo com o estabelecido no regulamento tarifário (n.º 1). As regras que a ERSAR defina para fixação dos proveitos permitidos devem ser submetidas a audiência prévia da concessionária (n.º 4).

Os pressupostos para definição do modelo regulatório estabelecido pela ERSAR são fixados na Base XVIII, com detalhe no n.º 2:

Para definição dos proveitos permitidos, são levados em consideração os custos de exploração expectáveis em situação de eficiência produtiva na exploração e gestão do sistema multimunicipal (a).

A base destes custos deve atender ao seu controlo efetivo, às tecnologias e capacidades instaladas, bem como às oscilações da procura (n.º 3).

A remuneração do capital é definida em função de uma base de ativos, constituída pelos bens afetos à concessão (c).

Tal remuneração é feita considerando ao custo médio ponderado, atendendo aos valores de mercado e desempenho de entidades comparáveis (b).

Devem ter repercussão adequada nos proveitos permitidos, as diferenças registadas entre as quantidades estimadas e as quantidades de resíduos urbanos entregues à concessionária (e).

Nos termos da Base XIX, são as tarifas a aplicar aos utilizadores que proporcionam à concessionária os proveitos permitidos (n.º 1).

Estas são aprovadas anualmente, pela entidade reguladora, durante o ano anterior àquele a que respeitam, no prazo e termos definidos no regulamento tarifário (n.º 2).

A concessionária aplica um tarifário comum a todos os utilizadores a quem presta serviços (n.º 1), apenas por razões ponderosas de ordem técnica ou económica devidamente justificadas, podendo a concessionária aplicar tarifários distintos aos utilizadores (n.º 2).

A fixação desta tarifa é feita pela ERSAR, à luz do disposto no Regulamento Tarifário.

Por Deliberação n.º 928/2014, de 17 de fevereiro de 2014, tomada ao abrigo da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro, o Conselho Diretivo da ERSAR aprovou o Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos, que consagra, nomeadamente, disposições aplicáveis à definição, ao cálculo, à revisão e à publicitação das tarifas[48].

24 — No que respeita à Base de ativos regulados, o artigo 28.º do Regulamento estabelece que a Base de ativos regulados é fixada pela ERSAR, para cada ano do período regulatório, sendo

constituída pelos ativos afetos à exploração de cada uma das atividades principais, considerando as informações prestadas pelas entidades gestoras, nomeadamente as relativas às contas reguladas, previsionais e reais, e aos planos de investimento.

O artigo 3.º n.º 2, alínea *a*), do Regulamento Tarifário n.º 52/2018, da ERSAR, define «Ativo» como: «bem com caráter duradouro ou de permanência na entidade gestora, controlado por esta e em relação ao qual é esperado um benefício económico futuro no âmbito da atividade regulada, não sendo destinado a venda ou transformação no decurso das atividades da entidade gestora».

Segundo o artigo 28.º (Base de Ativos Regulados) e 29.º (investimentos aceites) os ativos que constituem a BAR podem, ainda, incluir as alterações aceites pela ERSAR (artigo 28.º n.º 2), seja aos investimentos aprovados no período regulatório anterior nos termos dos n.º 4 do artigo 29.º — já que podem, por razões ponderosas não imputáveis à entidade gestora ser submetidos à ERSAR, no decurso do período regulatório, pedidos de alterações aos investimentos aceites ou ao calendário previsto para a sua execução —, seja aquelas alterações que foram realizadas pelas entidades gestoras, mesmo sem prévia autorização da ERSAR, que consistiram na realização de investimentos não previstos no plano inicial desde que o seu valor não haja excedido o previsto no n.º 5 do artigo 29.º do Regulamento, e cuja inscrição definitiva na BAR ficou sujeita a aprovação posterior da ERSAR.

Pode a BAR contemplar, ainda, as alterações resultantes da inexecução ou da alteração de investimentos previstos, de eventuais subsídios recebidos ou dos ativos existentes, nos termos do artigo 37.º (ajustamentos) (artigo 28.º n.º 2 do Regulamento Tarifário). Admite-se, também, que as entidades gestoras, a título excecional e em sede de apuramento de ajustamentos, possam apresentar à ERSAR um pedido de aceitação de investimentos já realizados resultantes de necessidades imperativas imprevistas que será analisado pela entidade reguladora (artigo 29.º, n.º 6, do Regulamento Tarifário). Por vezes, ainda, nalguns casos, as entidades gestoras, sem prévia autorização da ERSAR, poderão efetuar investimentos não previstos no plano inicial (artigo 29.º, n.º 5, do Regulamento Tarifário).

25 — A ERSAR é competente para fixar as tarifas e aceitar os ativos, ou alterações, que serão utilizados para as definir.

Sendo os proveitos permitidos, a ter em conta na definição da tarifa, fixados pela ERSAR levando em linha de conta os investimentos efetuados que hajam sido integrados na Base de Ativos Regulados (BAR), a admissibilidade, ou não, da integração destes investimentos tem reflexos na tarifa a definir. Isto é, a afetação da base de ativos regulados, pela incorporação de novos bens com caráter duradouro ou de permanência na entidade gestora, controlado por esta e em relação ao qual é esperado um benefício económico futuro refletir-se-á na tarifa, o que é uma das razões que justifica a especial relevância da aceitação da incorporação dos investimentos efetuados pelas concessionárias para a aquisição dos equipamentos necessários para a sua atividade.

Ora, estabelecendo o artigo 28.º do Regulamento Tarifário, aprovado pela ERSAR, que a Base de ativos regulados é constituída pelos ativos afetos à exploração de cada uma das atividades principais, resulta do que atrás se disse relativamente à distribuição de competências efetuada, desde logo, pelo Decreto-Lei n.º 96/2014, que a atividade de recolha seletiva de biorresíduos não pode ser considerada atividade principal da concessionária, com as consequências que desta classificação advirão, já que só poderão ser admitidos como ativos a incluir na Base de Ativos Regulados os que forem afetados à atividade principal da concessionária.

1.ª A reorganização do setor dos resíduos, designadamente a distribuição legal de atribuições e competências que rege a atuação dos municípios e das entidades gestoras de sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, ganha forma em virtude da aprovação, entre outros, do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho;

2.ª A Lei atribui às concessionárias, enquanto atividade principal relativa à exploração e à gestão de sistema multimunicipal de resíduos urbanos, por um lado, a receção e «o tratamento de resíduos urbanos resultantes da recolha indiferenciada», por outro, a «recolha seletiva de resíduos urbanos, incluindo a respetiva triagem»;

3.ª O Decreto-Lei n.º 96/2014, que consagra o regime jurídico da concessão da exploração e da gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, também delimita o objeto da recolha seletiva, e neste não inclui os biorresíduos: «resíduos

biodegradáveis de espaços verdes, nomeadamente os de jardins, parques, campo desportivos, bem como os resíduos biodegradáveis alimentares e de cozinha das habitações, das unidades de fornecimento de refeições e de retalho e os resíduos similares das unidades de transformação de alimentos» (artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, na redação do Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho);

4.ª Por «recolha seletiva», deve entender-se «a recolha de resíduos urbanos nos ecopontos, nos ecocentros e noutros pontos específicos de recolha localizados no âmbito geográfico da concessão, incluindo a respetiva triagem e a respetiva entrega às entidades licenciadas para a sua retoma»;

5.ª À data da aprovação do diploma que regulou a concessão e estipulou as respetivas Bases (Decreto-Lei n.º 96/2014), a legislação do setor não ignorava o conceito de biorresíduo: o legislador, que elencou os resíduos objeto de recolha seletiva, não desejou incluir nesta os biorresíduos;

6.ª Assim sendo, não se vislumbra que o disposto na lei permita acomodar uma nova distribuição competencial, consubstanciada na transição de um modelo baseado no tratamento de resíduos orgânicos recolhidos indiferenciadamente, pelos municípios, para um modelo assente na recolha seletiva, como fluxo diferenciado, a cargo da concessionária. Só este entendimento permitirá que não se desvirtue o objeto da concessão tal como definido pelo legislador no Decreto-Lei n.º 96/2014, que aprova as bases da concessão do contrato;

7.ª A inclusão da recolha seletiva de biorresíduos na recolha seletiva de resíduos urbanos, legalmente prevista a cargo da concessionária, representaria uma modificação substancial do objeto da concessão. Consequentemente, para os termos dos contratos que a concretizam, não é possível assimilá-la, por exemplo, a mero serviço complementar e inseparável do objeto do contrato, coberto pelo disposto no artigo 454.º do Código dos Contratos Públicos;

8.ª Sublinhe-se que, mesmo um instrumento estratégico como o PERSU 2020+, considerou que a recolha seletiva de biorresíduos está entre as «mudanças de paradigmas», que implicam «alterações estratégicas», provocadas pela nova visão de economia circular;

9.ª Ora entre a recolha seletiva já convencionada, que a lei fixou para o serviço público, e a recolha seletiva de biorresíduos há uma ampliação e diferença material muito significativas;

10.ª Apesar de o Código dos Contratos Públicos conter disposições que admitem a modificação de contratos, estas devem ser lidas em conjugação com disposições legais que lhe preveem limites e condições;

11.ª Os princípios da igualdade entre operadores económicos, da transparência e da proteção da concorrência, que estão tradicionalmente ligados à fase pré-contratual, enquanto garantias que devem conformar a adjudicação, estenderam-se à fase da execução, como forma de garantia do interesse público, mas também dos interessados que poderiam ter sido adjudicatários;

12.ª É à luz desta compreensão protetora da concorrência que devem ser lidas as normas legais definidoras das condições das concessões de serviço público, incluindo as que estão em causa na consulta, não sendo de admitir o alargamento do nelas disposto à recolha seletiva de biorresíduos pela concessionária, por esta leitura implicar uma modificação substancial do objeto do contrato legalmente definido, não acomodável num entendimento das normas amigo da concorrência;

13.ª Acresce que, se os biorresíduos fossem objeto da recolha seletiva admitida (e contratada) à concessionária, os municípios deixariam de recolher, transportar e entregar biorresíduos;

14.ª A recolha em baixa, enquanto recolha indiferenciada, a cargo dos municípios, pode, hoje, ser entregue por estes a operadores privados. Nos termos da alínea *q*), da Base I, os municípios, enquanto utilizadores do sistema multimunicipal gerido pela concessionária, podem contratualizar o respetivo sistema municipal de recolha, transporte e armazenamento a outra entidade gestora;

15.ª Caso à recolha destes resíduos até agora indiferenciados, fossem subtraídos os biorresíduos, que passariam a ser recolha seletiva a cargo exclusivo da concessionária, a quem foi atribuída a recolha seletiva definida nos termos do Decreto-Lei n.º 96/2014, esta novel opção de leitura das normas viria modificar a atual situação do mercado;

16.ª Não pode retirar-se da delimitação competencial definida na lei, designadamente no Decreto-Lei n.º 96/2014, que caiba às concessionárias dos sistemas multimunicipais de gestão de resíduos urbanos nos territórios em que a lei tenha estabelecido o respetivo direito de exclusivo, a incumbência de proceder à recolha seletiva de biorresíduos;

17.ª Não sendo competência das concessionárias a recolha seletiva de biorresíduos, não lhes caberá a decisão de delegar ou manter nos municípios a realização destes investimentos, pelo que esta permanece na esfera municipal, sem prejuízo de estes procederem a uma recolha seletiva de biorresíduos, por si, ou contratando-a a terceiros;

18.ª Na sequência do que vem de se concluir, considera-se que os municípios poderão ser responsáveis por candidaturas aos avisos abertos pelo PO SEUR — Programa Operacional de Sustentabilidade e Eficácia no Uso de Recursos, a título e por direito próprio, para fins de investimento da realização da atividade de recolha seletiva de biorresíduos, uma vez que esta recolha seletiva não integra o objeto de concessão, não estando, por isso, legalmente deferido às empresas concessionárias, mas sim aos municípios;

19.ª Apesar de o n.º 2 do artigo 5.º fixar que «os municípios são obrigados a entregar à concessionária do sistema multimunicipal do qual são utilizadores todos os resíduos urbanos cuja gestão se encontre sob sua responsabilidade», a atividade principal dos referidos sistemas a cargo das concessionárias, legalmente fixada, compreende «o tratamento de resíduos urbanos resultantes da recolha indiferenciada», realizada pelos municípios, resíduos em relação aos quais há, por parte destes, obrigação de entrega às concessionárias;

20.ª O regime remuneratório da concessão baseia-se no reconhecimento à concessionária dos proveitos permitidos (fixados nas bases e no contrato de concessão), a serem refletidos nas tarifas a aplicar aos utilizadores do sistema (Base XVII);

21.ª O artigo 28.º do Regulamento Tarifário da ERSAR estabelece que a Base de Ativos Regulados é fixada pelo regulador, sendo constituída pelos ativos afetos à exploração de cada uma das atividades principais. O «ativo» é o bem com caráter duradouro ou de permanência na entidade gestora, controlado por esta e em relação ao qual é esperado um benefício económico futuro no âmbito da atividade regulada, não sendo destinado a venda ou transformação no decurso das atividades da entidade gestora» (artigo 3.º n.º 2, alínea *a*), do Regulamento Tarifário n.º 52/2018);

22.ª Sendo os proveitos permitidos, a ter em conta na definição da tarifa, fixados pela ERSAR levando em linha de conta os investimentos efetuados que hajam sido integrados na Base de Ativos Regulados (BAR), a admissibilidade, ou não, da integração destes investimentos tem reflexos na tarifa a definir;

23.ª Tendo em conta que, nos termos da lei, a Base de ativos regulados constituída pelos ativos afetos à exploração de cada uma das atividades principais, e resultando do que atrás se disse relativamente à distribuição legal de competências que a atividade de recolha seletiva de biorresíduos não pode ser considerada atividade principal da concessionária, há que concluir que não é possível considerar-se que as normas admitam a integração na Base de Ativos Regulados (e por esta via refletir-se na tarifa) dos investimentos numa recolha seletiva que não corresponde à atividade principal.

[1] Nos termos da citada alínea *a*), ao Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República incumbe "Emitir parecer restrito a matéria de legalidade nos casos de consulta previstos na lei ou a solicitação do Presidente da Assembleia da República ou do Governo".

[2] O Estatuto do Ministério Público, atualmente em vigor, foi aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro e a versão atual é a que resulta da redação que lhe foi conferida, por último, pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro. Foi, entretanto, publicada a Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto, que aprovou o novo Estatuto do Ministério Público e revogou expressamente a Lei n.º 47/86, de 15 de outubro. Esta, por força do artigo 287.º daquela Lei, entrará em vigor somente no dia 1 de janeiro de 2020.

[3] Ofício recebido a 13 de setembro de 2019, com expressa menção de urgência no corpo do pedido, havendo sido, na mesma data, distribuído à Relatora.

[4] Anexos remetidos:

— Despacho n.0 7290-B/2019, de 16 de agosto;
— Ofício ERSAR n.º 0/006257/2019 de 7 de agosto;
— Contrato Celebrado entre Estado Português e Concessionária (Exemplo ERSUC)
— Decisão de Não Oposição da Autoridade da Concorrência, de 23/07/2015;
— Avisos POSEUR — POSEUR-1 1-2018-14 e POSEUR-1 1-2019-29;
— Protocolos realizados entre a Concessionária e os Municípios, ao abrigo do l aviso POSEUR-1 1- 2018-14;
— Plano Estratégico para os Resíduos Urbanos — PERSU 2020+;
— Diretiva (EU) 2018/851 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 2018 e documentos COM sobre incumprimento de metas.

[5] Veja-se o que se escreveu no Parecer n.º 20/2017, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República:

«1 — O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República ao emitir pareceres ao abrigo do artigo 37.º, alínea *a*), do Estatuto do Ministério Público não pode averiguar e fixar matéria de facto.

2 — Avaliar de forma exaustiva se determinado ato administrativo, nomeadamente, um despacho de membro de Governo «é válido ou padece do vício de nulidade» depende de investigação sobre a realidade histórica passada, incluindo formulação de juízos probatórios sobre os fins do ato e o respetivo procedimento de formação, o que exige uma atividade de indagação e fixação de matéria de facto vedada ao Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República no quadro da emissão de parecer restrito a matéria de legalidade.

3 — Em sede de parecer restrito a matéria de legalidade, o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República quanto a invalidades de atos administrativos pode pronunciar-se sobre a aplicação da lei relativamente a determinada situação hipotética recortada por entidade consulente, incumbindo a esta traçar de forma clara e completa os contornos do caso sobre o qual o Conselho Consultivo deve emitir o seu juízo de legalidade sem que este ente consultivo empreenda qualquer valoração sobre a respetiva correspondência com uma concreta realidade histórica».

[6] Na sequência da criação do sistema multimunicipal e da sua atribuição à concessionária, foi celebrado o contrato de concessão. Este veio a ser modificado posteriormente e, por imposição legal ditada pelo Decreto-Lei n.º 96/2014, foi reconfigurado em 2015.

[7] Disponível em:

https://apambiente.pt/_zdata/Politicas/Residuos/Planeamento/PERSU_II/Portaria_187_2007_PERSU_II.pdf. Entre os seus objetivos destaca-se: «O PERSU II vem igualmente rever a Estratégia Nacional de Redução dos Resíduos Urbanos Biodegradáveis destinados aos Aterros, apresentada em julho de 2003, em consequência das obrigações previstas na Diretiva n.º 1999/31/CE, de 26 de abril, relativa à deposição de resíduos em aterros, transposta para o direito nacional através do Decreto-Lei n.º 152/ 2002, de 23 de maio». Este plano previa, por exemplo: «Ao nível da gestão dos RSU efetivamente produzidos, um dos importantes desideratos do Plano é o desvio de resíduos biodegradáveis de aterro, que será conseguido por via das unidades de digestão anaeróbia, compostagem, tratamento mecânico e biológico (TMB) e incineração com recuperação de energia, num leque diversificado de soluções, que confere ao Plano versatilidade suficiente para uma adaptação às evoluções conjunturais que venham a ocorrer no respetivo horizonte temporal».

[8] Aí se refere, por exemplo: «13. No que respeita à composição física, os resíduos urbanos são constituídos por vários tipos de materiais e produtos em fim de vida. Das frações que os compõem, os materiais biodegradáveis assumem especial relevo e integram os biorresíduos, os resíduos verdes (recolhidos em separado), o papel/cartão e as embalagens de cartão para alimentos líquidos (ECAL), que em conjunto representam cerca de 55 %, em peso dos resíduos urbanos»; «16. Uma parte significativa dos resíduos urbanos pode ser alvo de valorização e, como tal, ser devolvida à economia como um recurso secundário. Neste âmbito, incluem-se as frações dos biorresíduos, resíduos verdes (recolhidos em separado), vidro, compósitos, madeira, metais, papel e cartão e plástico, que em 2012 representaram 73,4 % dos resíduos urbanos produzidos em Portugal»; «151. Meta de preparação para reutilização e reciclagem — Até 31 de dezembro de 2020, um aumento mínimo global para 50 % em peso relativamente à preparação para a reutilização e a reciclagem de resíduos urbanos, incluindo o papel, o cartão, o plástico, o vidro, o metal, a madeira e os resíduos urbanos biodegradáveis».

[9] A mudança de paradigma que os novos desafios da economia circular colocam ao setor da gestão de resíduos urbanos até 2035 (refletidos na proposta de revisão da legislação europeia) — obrigação de recolha seletiva para biorresíduos até 31 de dezembro de 2023, contando para o cálculo da taxa de reciclagem apenas os biorresíduos recolhidos seletivamente [...]»

[10] Disponível para consulta em: https://issuu.com/apambiente/docs/persu2020_, p. 4.

[11] P.24.

[12] PERSU 2020+, p. 49. Estão incluídos nos números fornecidos os resíduos verdes que muitos municípios recolhem seletivamente.

[13] Já o Decreto-Lei n.º 152-D/2017, de 11 de dezembro, unificou o regime de gestão de fluxos específicos de resíduos sujeitos ao princípio da responsabilidade alargada do produtor, transpondo a Diretiva n.º 2015/720/EU, A Diretiva n.º 2016/774/UE, e a Diretiva n.º 2017/2096/EU. Os fluxos específicos considerados são, de acordo com o artigo 1.º: *a*) Embalagens e resíduos de embalagens; *b*) Óleos e óleos usados; *c*) Pneus e pneus usados; *d*) Equipamentos elétricos e eletrónicos e resíduos de equipamentos elétricos e eletrónicos; *e*) Pilhas e acumuladores e resíduos de pilhas e acumuladores; *f*) Veículos e veículos em fim de vida.

[14] Alterado pela Lei n.º 41/2019, de 21 de junho, e pela Lei n.º 69/2018, de 26 de junho.

[15] A Diretiva (EU) 2018/851 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio, que veio rever a Diretiva de 2008, ainda não transposta entre nós, modificou este conceito: «"Biorresíduos", os resíduos biodegradáveis de jardins e parques, os resíduos alimentares e de cozinha das habitações, dos escritórios, dos restaurantes, dos grossistas, das cantinas, das unidades de catering e retalho, e os resíduos similares das unidades de transformação de alimento».

[16] O Plano Estratégico para os Resíduos Urbanos (PERSU 2020) para o período 2014-2020 foi aprovado pela Portaria n.º 187-A/2014, publicada em DR (1.ª série) n.º 179, de 17 de setembro.

[17] Referindo-se a situações concretas, exemplificando de modo a demonstrar que as modificações violariam o núcleo essencial do contrato: SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2007, p. 409.

[18] Parecer n.º 20/2017, de 26 de outubro.

[19] Ac. do TJUE, de 19 de junho de 2008, p. C-454/06. Consulte-se, a este propósito, por exemplo: Dreyfus, Jean-David, «La modification d'un marche public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence?», AJDA, n.º 36, 2008, p. 2008 e segs.; Gonçalves, Pedro, "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente *vs*. Adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73; janeiro/fevereiro 2009, p. 1 e segs.; Inês, Pedro Daniel S.N., *Os princípios da contratação pública: o princípio da concorrência*, CEDIPRE, 2018, em especial, p. 55 e segs., disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_34.pdf.

[20] No mesmo sentido o Acórdão *Comissão contra França*, C-337/98, de 5 de outubro de 2000, p. 8377 e segs., (pontos 44 e 46), disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d501ffe4a2a83d4a478ba289fdecca603d.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQbNv0?docid=45714&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=94190.

[21] Gonçalves, Pedro, "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente *vs*. Adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73; janeiro/fevereiro 2009, p. 17.

[22] Gonçalves, Pedro, "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente *vs*. Adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73; janeiro/fevereiro 2009, p. 18.

[23] Acórdão de 29 de abril de 2004, Processo C-496/99.

[24] Gonçalves, Pedro, "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente *vs*. Adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73; janeiro/fevereiro 2009, p. 14. Veja-se, também, neste sentido: Amaral, Diogo Freitas, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, p. 621.

[25] Gonçalves, Pedro, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 258-259.

[26] Pode ver-se: Gonçalves, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra 2018, p. 359-361; Sousa, Marcelo Rebelo de/Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2007, p. 311.

[27] Gonçalves, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra 2018, p. 362-363; Sousa, Marcelo Rebelo de/Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2007, p. 310-311

[28] Sousa, Marcelo Rebelo de/Matos, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2007, p. 311.

[29] Cadilha, Carlos Fernandes/Cadilha, António*, O contencioso pré-contratual e o regime de invalidade dos contratos públicos*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 45.

[30] Estorninho, Maria João, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 371.

[31] Gonçalves, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra 2018, p. 355.

[32] Sobre estes princípios pode ver-se, igualmente: Oliveira, Rodrigo Esteves de, «Os princípios gerais da contratação pública», *Estudos de Contratação Pública*, n.º 1, Coimbra Editora, 2008, p. 51 e segs.; Neves, Ana Fernanda, «Os Princípios da Contratação Pública» *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, 2011, p. 40 e segs.. Em especial sobre o princípio da concorrência: Gonçalves, Pedro, «A integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública», *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, p. 251 e segs. Raimundo, Miguel Assis, «Contratação Pública e Concorrência», *Contratação Pública e Concorrência*, Org. Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, 2013, p. 116 e segs.; IDEM, 2012, «O Objeto sujeito à Concorrência de Mercado no CCP», *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV — Direito Administrativo e Justiça Administrativa, FDUL, Coimbra Editora, Lisboa, p. 675 e segs; Medeiros, Rui/ Miranda, Jorge, «Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à luz do Princípio da Concorrência», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69; Caupers, João, 2013, «Contratação Pública e Concorrência», *Contratação Pública e Concorrência*, Org. Cláudia Trabuco e Vera Eiró, Almedina, Coimbra, p. 7 e segs.; Tavares, Gonçalo Guerra, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2019, em especial p. 62 e segs.

[33] Gonçalves, Pedro, "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente *vs*. Adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73; janeiro/fevereiro 2009, p. 15.

[34] Referindo-se à proteção da concorrência como limite à modificação de contratos escrevendo que «E na verdade isto é assim independentemente da expressa consagração legal desse limite»: Gonçalves, Pedro, "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente *vs*. Adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73; janeiro/fevereiro 2009, p. 15.

[35] Na síntese de Gonçalves, Pedro, "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente *vs*. Adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73; janeiro/fevereiro 2009, p. 18.

[36] Que para Pedro Gonçalves assume dimensão quantificável e que convocariam as regras sobre, designadamente, serviços a mais do artigo 454.º e do artigo 370.º, do Código dos Contratos Públicos: Gonçalves, Pedro, "Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente *vs*. Adjudicação de novo contrato", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73; janeiro/fevereiro 2009, p. 18.

[37] Gonçalves, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra 2018, p. 356.

[38] Gonçalves, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, vol. I, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra 2018, p. 355.

[39] Detalhando esta evolução: Maçãs, Fernanda, «A concessão do serviço público e o Código dos Contratos Públicos», *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, p. 371 e ss. (em especial, p. 383).

[40] A Diretiva refere, no artigo 5.º, n.º 1, alínea *b*): «"Concessão de serviços", 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 referida 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».

[41] Amaral, Diogo Freitas, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, 3.ª Edição, p. 465.

[42] Maçãs, Fernanda, «A concessão do serviço público e o Código dos Contratos Públicos», *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, p. 371 e ss. (em especial, p. 383).

[43] Era a visão tradicional: DUPUIS, George, «Sur la Concession de Service Public», *Recueil Dalloz*, 1978, p. 2220.

[44] Maçãs, Fernanda, «A concessão do serviço público e o Código dos Contratos Públicos», *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, p. 371 e ss. (em especial, p. 386). Note-se que a definição da Diretiva e do Código

de Contratos Públicos divergem, precisamente, neste aspeto, já que a primeira conserva a ideia que de sempre estará subjacente a exploração de serviço público da qual resultaria a remuneração do concessionário, ainda que essa remuneração possa ser combinada com um pagamento, ao passo que o Código admite que remuneração por exploração do serviço e pagamento direto pelo cocontratante possam ser alternativos, embora sempre se exija a transferência do risco, como resulta do artigo 413.º

[45] Neste sentido, o n.º 2 do artigo 413.º do Código dos Contratos Públicos.

[46] Torgal, Lino, «Sobre a nova definição europeia de concessão (Diretiva 2014/23/UE)», *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 1081.

[47] Veja-se que, por exemplo, o Regulamento Tarifário da ERSAR distingue enquanto atividades do serviço de gestão de resíduos urbanos (artigo 7.º):

*a*) A recolha indiferenciada de resíduos;
*b*) O tratamento de resíduos resultantes da recolha indiferenciada e dos respetivos refugos e rejeitados;
*c*) A recolha seletiva de resíduos;
*d*) O tratamento de resíduos resultantes da recolha seletiva e dos respetivos refugos e rejeitados.

[48] O Regulamento veio a ser modificado pelas Deliberações n.º 1152/2015, de 19 de junho, que aditou o artigo 95.º-A com a epígrafe «Regime transitório de aprovação de tarifas de sistemas multimunicipais de gestão de resíduos urbanos geridos por entidades de capital exclusiva ou maioritariamente privados» e pelo Regulamento n.º 816/2016, de 18 de agosto, que procedeu à modificação do mesmo preceito.

Foi, também, aprovado o 2.º Documento Complementar ao Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos — Capítulo II — Sistemas de Titularidade Estatal — Apresentação de contas reais e definição dos movimentos de reconciliação entre contas estatutárias e contas reguladas ("DC2"), que estabelece o conteúdo do modelo de reporte de contas reais e definição dos movimentos de reconciliação entre contas estatutárias e contas reguladas (Regulamento n.º 202/2017, de 19 de abril). O Regulamento Tarifário dos Resíduos foi, depois, alterado e republicado pelo Regulamento n.º 52/2018, publicado no *Diário da República,* 2.ª série, n.º 16, de 13 janeiro. O Regulamento n.º 369/2019 veio, depois, aditar ao Regulamento Tarifário um novo artigo 95.º-A.

Este parecer foi votado na sessão do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 23 de outubro de 2019.

*João Alberto de Figueiredo Monteiro — Catarina Sarmento e Castro* (Relatora) *— Eduardo André Folque da Costa Ferreira — Maria Isabel Fernandes da Costa — Maria da Conceição Silva Fernandes Santos Pires Esteves — Maria de Fátima da Graça Carvalho.*

Este parecer foi homologado por despacho de 31 de outubro de 2019, de Sua Excelência o Ministro do Ambiente e da Ação Climática.

6 de novembro de 2019. — O Secretário da Procuradoria-Geral da República, *Carlos Adérito da Silva Teixeira*.

312736395