SUGESTÕES DE REVISÃO E MELHORIA DO

DECRETO-LEI N.º 194/2009,
DE 20 DE AGOSTO

Proposta de Lei n.º 140/XII

PROCEDE À SEGUNDA ALTERAÇÃO AO DECRETO-LEI N.º 194/2009, DE 20 DE AGOSTO

Análise ao D.L. 194/2009 e sugestões de revisão e melhoria deste diploma

Introdução

As atividades de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos constituem serviços públicos de carácter estrutural, de interesse geral, essenciais ao bem-estar, à saúde pública e à segurança coletiva das populações, às atividades económicas, ao desenvolvimento do território e à proteção do ambiente.

Estes serviços devem pautar-se por princípios de universalidade no acesso, de continuidade e qualidade de serviço e de eficiência e equidade dos tarifários aplicados, sem prejuízo da garantia da sustentabilidade económico-financeira, infraestrutural e operacional dos sistemas, conforme consagrado na Lei da Água (lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro).

O decreto-lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, visou o cumprimento daqueles princípios e assegurar uma correta proteção e informação do utilizador, evitando possíveis abusos decorrentes dos direitos de exclusivo, por um lado, no que se refere à garantia e ao controlo da qualidade dos serviços públicos prestados e, por outro, no que respeita à supervisão e controlo dos preços praticados, que se revela essencial por se estar perante situações de monopólio.

Pretendeu também assegurar, quando aplicável, condições de igualdade e transparência no acesso à atividade, no respetivo exercício e nas relações contratuais.

A ERSAR (à data IRAR) publicou a Recomendação n.º 1/2009, seguida das Recomendações n.º 1 e 2/2010, na intenção de definir orientações que permitissem concretizar os princípios consagrados na legislação acima citada, e fazer face à disparidade existente nos tarifários em vigor por todo o país, harmonizar as estruturas tarifárias, dotá-los de racionalidade económica e financeira, na intenção de assegurar viabilidade técnico-financeira aos serviços.

Três anos após a publicação do Decreto-Lei n.º 194/2009, um ano após o limite de prazo para a sua aplicação a todas as entidades gestoras sem que se sintam os seus efeitos, acreditamos que é dever da AEPSA proceder à análise daqueles documentos, formulando críticas e sugestões que esperamos possam merecer acolhimento neste processo de alteração do D.L 194/2009.

Atualização de tarifas

O processo de fixação e atualização das tarifas de prestação dos serviços, deve refletir a realidade do mercado em termos de evolução e equilíbrio de proveitos e custos, no pressuposto que a gestão e exploração dos sistemas são eficazes, que todas as partes cumprem os seus deveres e obrigações, não podendo em caso algum esse processo ser solução para as ineficiências que possam persistir.

O DL 194/2009 aborda a questão em três perspetivas, segundo o modelo de gestão ao qual se aplica a solução: [1] Gestão delegada sem participação de capitais privados; [2] com participação de capitais privados e; [3] concessão.

[1] - No primeiro modelo, o contrato de gestão delegada apenas define vinculativamente o tarifário e a sua trajetória temporal para os primeiros 5 anos, conforme disposto no n.º 5, do art.º 20.º;

[2] - No segundo modelo, conforme resulta da alínea e), do n.º 1, do art.º 27.º, que apenas define mapas de quantidades de serviços a prestar para os primeiros 5 anos e da alínea a), do n.º 4, do mesmo artigo, que define que um dos aspetos que poderá ser deixado à concorrência pelas peças do procedimento de seleção de capitais privados é o "valor atualizado à taxa de juro sem risco dos proveitos tarifários para os primeiros cinco anos, englobando todos os serviços a prestar pela empresa municipal delegatária";

[3] - No terceiro modelo, a alínea a), do n.º 3, do art.º 39.º, impõe que a proposta a apresentar pelos concorrentes em sede de concurso para seleção de uma concessionária é "o valor atualizado, à taxa de juro sem risco, dos proveitos tarifários para o período da concessão, ...".

Estas diferenças de abordagem do fator tempo, podem também ser observadas através da leitura comparada do art.º 29.º, que regula o processo de revisão do contrato de gestão, designadamente quando, no seu n.º 4, refere "os elementos descritos no número anterior devem incluir os dados históricos reportados aos últimos 5 anos, quando aplicável, e os dados previsionais para um horizonte temporal de 15 anos, sendo os aspetos referidos nos n.º 3 e 4 do artigo 20.º definidos vinculativamente para o período subsequente de 5 anos", e do art.º 54.º, que também regula o processo de revisão, agora, do contrato de concessão, mas que apenas contempla, no seu n.º 1, a possibilidade de "o concedente poder exigir a revisão do contrato de concessão caso se perspetive uma taxa interna de rentabilidade para o investimento acionista relativa a todo o período da concessão superior ao dobro daquela que consta do caso base do modelo financeiro vertido no contrato de concessão inicial", impondo no seu n.º 2 que "nos casos previstos no número anterior, a revisão do contrato de concessão deve traduzir -se numa trajetória tarifária futura mais favorável para os utilizadores".

Conclui-se que a revisão periódica do tarifário e trajetória tarifária, a cada período de 5 anos ou até inferior, está contemplada no modelo de gestão delegada, não estando prevista, em qualquer momento, no caso do modelo concessão, salvo em situações muito particularmente favoráveis à concessão e por iniciativa da concedente.

No entanto, no modelo de concessão cabe ao concedente pagar o défice relativo ao direito a proveitos mínimos a que o concessionário tem, durante o período da concessão, na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos; (Artº 39º, nº3, c) e nº 4 e Artº 40º, nº1, d)).

Ou seja, no modelo de concessão, a concedente pode exigir a revisão do contrato de concessão caso se perspetive uma taxa interna de rentabilidade (TIR) para o investimento acionista superior ao dobro daquela que consta no contrato de concessão inicial. Mas a concessionária tem direito a proveitos mínimos anuais, durante o período da concessão, na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos.

Dito de outra forma, a rentabilidade do concessionário privado está garantida (inferiormente) pelos proveitos mínimos e limitada (superiormente) por uma TIR duas vezes superior à inicial.

Pergunta-se: não seria mais justo do ponto de vista do interesse público que os contratos de concessão fossem revistos periodicamente – de 5 em 5 anos – tal como nos restantes modelos acima analisados?

Nessa situação ambos os interesses – público e privado – estariam equilibrados e salvaguardados na medida em que as partes teriam de rever os pressupostos da concessão e ajustá-los à realidade de 5 em 5 anos.

Ligação à rede

As dificuldades de formulação dos modelos de procura dos serviços e controlo dos riscos associados, que já provêm do anterior DL 379/93, de 5 de Novembro, justificaram uma atenção especial da parte do legislador, no DL 194/2009, na tentativa de encontrar uma solução que minimizasse os seus efeitos, impondo um processo de resolução simples e eficaz.

Acontece que essa eficácia suscita-nos grandes dúvidas e preocupações e, além disso, mereceu uma aplicação diferenciada, ou mesmo distorcida, entre as diversas entidades gestoras de serviços municipais.

Na prática, os problemas relacionados com a ligação à rede subsistem e o DL 194/2009 não os conseguiu resolver.

Esses problemas assumem particular gravidade nas regiões onde é ainda necessário realizar vultuosos investimentos para incrementar as taxas de cobertura, cujas populações, ao longo do tempo, investiram na execução de soluções individuais, alternativas ao serviço público, para garantir a satisfação das suas necessidades essenciais e minimizar os impactos ambientais nas zonas onde residem.

Recordamos aqui a disposição do n.º 4, do art.º 62.º, da Lei da Água (Lei 58/2005, de 29 de Dezembro) que refere que "a captação de águas particulares exige a simples comunicação do utilizador à entidade competente para a fiscalização de utilização de recursos hídricos quando os meios de extração não excedam os 5 CV, salvo se a referida captação vier a ser caracterizada pela autoridade competente para o licenciamento como tendo um impacte significativo no estado das águas", acrescendo-lhe que, aquela mesma comunicação, foi tornada não obrigatória, para as captações existentes à data de 31 de maio de 2007, pelo Despacho n.º 14.872/2009, de 2 de Julho, ou seja, as que servem a generalidade dos prédios existentes.

Por outro lado, a obrigatoriedade de ligação está consagrada no DL 194/2009. No entanto, as dificuldades de aplicação daquela obrigatoriedade subsistem e resultam, em parte, do critério distância à rede pública, previsto no DL 194/2009, mas também de outros, como sejam a complexidade técnica das ligações, muito frequente nas ligações de saneamento. Importa aqui lembrar que, os custos da ligação vão muito para além dos custos do ramal, sendo normal os custos de adaptação das redes interiores (a suportar pelos consumidores) serem os mais significativos.

O próprio conceito de ligação continua a carecer de clarificação, já que permanece a dúvida acerca de esta se efetivar com a execução do ramal ou com a celebração do contrato e instalação do equipamento de medida, quando exigível, o que gera dificuldades na atribuição da responsabilidade pelo incumprimento da ligação, já que no primeiro caso será esta do proprietário ou usufrutuário e no segundo da responsabilidade dos residentes, sejam eles proprietários, usufrutuários ou inquilinos.

Proveitos mínimos

A disponibilização destes serviços à população exige montantes de investimento e de financiamento muito elevados.

Adicionalmente, a gestão e operação, também se carateriza por uma elevada percentagem de encargos fixos, que não dependem dos volumes de água consumidos (leitura, e faturação, manutenção da rede, avarias, pessoal, stocks de consumíveis, etc.).

Para obviar a estes problemas, entendeu o legislador garantir a sustentabilidade das concessões através dos orçamentos municipais, suportando estes o diferencial entre os proveitos reais e o montante dos proveitos mínimos contratualmente definidos.

Refere o DL 194/2009 que:

> *Artº 39º, nº1: A selecção dos concorrentes obedece ao princípio geral de que os utilizadores devem dispor, ao menor custo, de um serviço com a qualidade especificada nos documentos do procedimento e exigida por lei, tendo por base os critérios de adjudicação definidos no programa do procedimento.*
>
> *Artº 39º, nº2: A entidade reguladora pode emitir recomendações genéricas relativas aos factores e subfactores que densificam o critério de adjudicação e respectivas ponderações.*
>
> *Artº 39º, nº3: Dos factores referidos no número anterior deve constar:*
>
> *c) O valor actualizado, à taxa de juro sem risco, dos proveitos mínimos a que o concessionário tem direito durante o período da concessão na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos;*
>
> *Artº 39º, nº4: No caso previsto na alínea c) do número anterior, cabe ao concedente pagar o défice correspondente ao concessionário.*
>
> *Artº 40º, nº 1: Do contrato de concessão constam obrigatoriamente:*
>
> *d) Os proveitos mínimos anuais, expressos a preços constantes, a que o concessionário tem direito durante o período da concessão na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos.*

Em nossa opinião, esta disposição será sempre de difícil aplicação prática, para além de não refletir uma efectiva transferência de riscos para os operadores privados que, de resto, resulta da própria razão de ser de uma concessão.

Efetivamente, as leis sobre Enquadramento Orçamental e sobre Compromissos e Pagamentos em Atraso, vieram suscitar outras dúvidas à solução preconizada no DL 194/2009. Este é o caso do n.º 3, do art.º 5.º, da republicada Lei n.º 91/2001, ao dispor que os orçamentos "devem apresentar, nos termos do artigo 32.º, o total das responsabilidades financeiras resultantes de compromissos plurianuais, cuja natureza impeça a contabilização direta do respetivo montante total no ano em que os compromissos são assumidos …".Sendo os valores a suportar pelos municípios, a título de garantia dos proveitos mínimos, incertos e imprevisíveis, como e quando poderão ou deverão ser inscritos?

Por outro lado a Lei n.º 8/2012, na alínea a), do seu art.º 3.º, define o conceito de "compromisso" como sendo "as obrigações de efetuar pagamentos a terceiros em contrapartida do fornecimento de bens e serviços ou da satisfação de outras condições. Os compromissos consideram-se assumidos quando é executada uma ação formal pela entidade, como sejam a emissão de ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente, ou a assinatura de um contrato, acordo ou protocolo…" e na alínea f), o conceito de "fundos disponíveis" como sendo "as verbas disponíveis a muito curto prazo, que incluem, quando aplicável e desde que não tenham sido comprometidos ou gastos".

No n.º 1 do seu art.º 5.º dispõe ainda, que "os dirigentes, gestores e responsáveis pela contabilidade não podem assumir compromissos que excedam os fundos disponíveis, referidos na alínea f) do artigo 3.º" e, no seu n.º 3, que "os sistemas de contabilidade de suporte à execução do orçamento emitem um número de compromisso válido e sequencial que é refletido na ordem de compra, nota de encomenda, ou documento equivalente, e sem o qual o contrato ou a obrigação subjacente em causa são, para todos os efeitos, nulos". Por sua vez, o n.º 2, do art.º 9.º, atribui aos "agentes económicos que procedam ao fornecimento de bens ou serviços sem que o documento de compromisso, ordem de compra, nota de encomenda ou documento equivalente possua a clara identificação do emitente e o correspondente número de compromisso válido e sequencial, obtido nos termos do n.º 3 do artigo 5.º da presente lei, não poderão reclamar do Estado ou das entidades públicas envolvidas o respetivo pagamento ou quaisquer direitos ao ressarcimento, sob qualquer forma". Por último, perante os critérios de prevalência constantes do seu art.º 13.º, "o disposto nos artigos 3.º a 9.º e 11.º da presente lei tem natureza imperativa, prevalecendo sobre quaisquer outras normas legais ou convencionais, especiais ou excecionais, que disponham em sentido contrário".

Como interpretar e aplicar as obrigações das Entidades Delegantes ou Concedentes em matéria de garantia de proveitos mínimos às empresas municipais e às concessionárias, respetivamente consagradas na alínea f), do n.º 4, do art.º 27.º e na alínea d), do art.º 40.º, ou o exercício do direito de opção de venda constante do n.º 3, do art.º 26.º?

Se aquela Lei n.º 8/2012 prevalece sobre qualquer outra, inclusivamente sobre o DL 194/2009 ou qualquer outra que lhe suceda, e se aos agentes económicos envolvidos em situações de incumprimento pode ser-lhes negado o direito de reclamar os pagamentos devidos ou quaisquer direitos de ressarcimento, como é possível garantir a validade dos contratos de gestão e sociedade ou os contratos de concessão ou, mesmo, o ressarcimento dos valores pagos?

Perante estas incertezas e insegurança, quais são as entidades bancárias disponíveis para financiar estes projetos?

Face ao exposto, julgamos que a alternativa de revisão contratual periódica – de 5 em 5 anos - defende melhor os interesses de ambas as partes.

Mas há outras soluções, justas e defensoras do interesse público, que a AEPSA desde já se disponibiliza a apresentar e discutir com o Governo.

Fontanários

A alínea a), do n.º 1, do art.º 2.º, do DL 194/2009, integra na gestão dos sistemas municipais a gestão dos fontanários não ligados à rede pública de distribuição de água que sejam origem única de água para consumo humano.

Torna-se necessário densificar o conceito de "origem única de água", a fim de ser estabelecido um regime de responsabilidade legal claro e objetivo.

Tarifários Especiais

No seu art.º 5.º, o DL n.º 194/2009 dispõe que, as atividades compreendidas nestes serviços devem ser prestadas em obediência a vários princípios gerais, entre eles a promoção da solidariedade económica e social.

A Lei n.º 159/99, de 14 de Setembro, na alínea h), do n.º 1, do seu art.º 13.º, dispõe a Ação Social como atribuição dos Municípios, especificando no n.º 3, do seu art.º 23.º, que "compete ainda aos municípios a participação, em cooperação com instituições de solidariedade social e em parceria com a administração central, em programas e projetos de ação social de âmbito municipal, designadamente nos domínios do combate à pobreza e à exclusão social", para o que dispõe de um conjunto de receitas elencadas no art.º 10.º da Lei das Finanças Locais (lei n.º 2/2007, de 15 de Janeiro). Entre essas receitas, na alínea c) consta "o produto da cobrança de taxas e preços resultantes da concessão de licenças e da prestação de serviços pelo município, de acordo com o disposto nos artigos 15.º e 16.º", mas o n.º 1, do mencionado art.º 16.º, refere que "os preços e demais instrumentos de remuneração a fixar pelos municípios relativos aos serviços prestados e aos bens fornecidos em gestão direta pelas unidades orgânicas municipais ou pelos serviços municipalizados não devem ser inferiores aos custos direta e indiretamente suportados com a prestação desses serviços e com o fornecimento desses bens".

Então, devem as entidades gestoras suportar os tarifários sociais? Ou devem ser os municípios a suportá-las?

Julgamos que estas matérias carecem de compatibilização e aprofundamento legislativo.

Serviço de Incêndio

De modo semelhante ao descrito para o caso dos tarifários especiais e adotando os mesmos princípios, impõe, corretamente, o DL 194/2009, respetivamente nas alíneas b) e c), do art.º 32.º, que "o concessionário deve ser diretamente remunerado pelo concedente" pela gestão das águas pluviais e pela execução da limpeza urbana.

Questionamos se a instalação de bocas e marcos-de-incêndio e fornecimento de água para aquele fim e outros, não se integram também no exercício das competências que lhes são conferidas pela mesma Lei n.º 159/99 em matéria de proteção civil e como podem os seus custos relevar para efeito de cálculo das tarifas a aplicar aos utilizadores pela prestação dos serviços?

Estes encargos não constituem custos diretos ou indiretos associados à prestação do serviço de abastecimento de água já que são fundamentalmente imputados ao combate a incêndios em áreas industriais e florestais.

Adicionalmente, não se compreende como é que a disponibilidade de água para o combate a incêndios seja uma receita dos sistemas multimunicipais e um custo dos sistemas municipais.

Ramais de ligação

Apesar de integrados nas infraestruturas públicas cuja responsabilidade de construção, manutenção e conservação é da entidade gestora, o Regulamento Geral dos Sistemas Públicos e Prediais de Distribuição de Água e Drenagem de Águas Residuais, aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 23/95, de 23 de Agosto, dispõe no n.º 1, do art.º 32.º que os ramais de ligação de água asseguram o abastecimento predial de água, desde a rede pública até ao limite da propriedade a servir e, no art.º 146.º, que os ramais de ligação de saneamento têm por finalidade assegurar a condução das águas residuais prediais, desde as câmaras de ramal de ligação até à rede pública, pelo que são equipamentos de uso privativo dos respetivos prédios.

Ao abrigo desta disposição e de outras semelhantes que anteriormente vigoraram, os Regulamentos Municipais sempre dispuseram que a instalação e a ligação do ramal domiciliário eram efetuadas pela entidade gestora a expensas do proprietário e que por cada ramal a entidade gestora cobraria os serviços prestados, com base no preçário em vigor. A sua conservação, remodelação ou renovação, desde que não decorresse de solicitação do utente por alteração das condições de utilização, seria da responsabilidade da entidade gestora.

Ainda que os regulamentos específicos do ciclo urbano da água nos diversos Programas Operacionais possam dispor que a execução de ramais de ligação possa ser considerada

despesa elegível para efeitos de comparticipação dos fundos comunitários, esses programas são limitados no tempo.

Com base nestas disposições sempre foram debitados aos proprietários os valores devidos pela prestação destes serviços, relevando os valores despendidos e recebidos pelas entidades gestoras para efeito de determinação da sua sustentabilidade económica e, consequentemente, no cálculo dos tarifários a aplicar pelo fornecimento dos serviços de água e saneamento.

Na Recomendação n.º 1/2009 da ERSAR é recomendado que, em virtude da aplicação das tarifas de abastecimento e de saneamento, as entidades gestoras devem ficar obrigadas a realizar a execução, manutenção e renovação de ramais, incluindo a ligação do sistema público ao sistema predial, não as devendo faturar de forma específica.

Atendendo à dificuldade de progressão do processo de adesão aos serviços, compreendemos a bondade da recomendação mas parece-nos inexequível pela injustiça e falta de equidade que apresenta a sua aplicação. A própria recomendação fere os direitos individuais dos futuros proprietários quando, no n.º 5, dos pontos 3.2.1.1 e 3.3.1.1 prevê a "admissibilidade da cobrança de tarifas pela execução de ramais quando a mesma não seja da responsabilidade da entidade gestora, nomeadamente em virtude de condições impostas no licenciamento urbanístico", como se os valores cobrados nestas operações não relevassem no preço final pago por aqueles proprietários ao promotor imobiliário. Mas de igual ou maior injustiça e gravidade será a situação dos atuais utilizadores, que pagaram o serviço de execução e ligação do seu ramal, e que no futuro terão que suportar, através das tarifas de abastecimento de água e saneamento, os custos de execução dos ramais de outros utilizadores mais recentes.

Mesmo a aplicação gradual da redução do preço a pagar afigura-se-nos contraproducente pelo efeito de retardamento do pedido de ligação, pois os consumidores vão atrasar a ligação, dois ou três anos, com a intenção da poupança conseguida por o fazer depois da fase transitória.

Questionamos o Governo se não se poderá correr o risco de todos aqueles que suportaram o custo do serviço de execução e ligação dos seus ramais solicitarem o reembolso dos valores pagos, com base na dupla tributação daquele encargo?

Acreditamos que as soluções, genericamente adotadas, de aceitação dos pedidos de pagamento em prestações e em prazos alargados, continuarão a ser soluções mais justas e equilibradas, evitando-se ainda o sobrecusto que incidiria nas tarifas de prestação do serviço.

Consumos de água que não contribuem para coleta de águas residuais

A Recomendação n.º 1/2009, prevê no n.º 4, do seu ponto 3.2.2.2, que "os utilizadores domésticos devem poder requerer a instalação de um segundo contador para usos que não deem origem a águas residuais recolhidas pelo sistema público de saneamento, devendo ser aplicadas aos consumos desse contador as tarifas variáveis de abastecimento previstas para os utilizadores não-domésticos, e não devendo servir o correspondente consumo para o cômputo das tarifas de saneamento e resíduos, quando exista tal indexação".

A adoção desta recomendação torna necessário regulamentar que tipos de utilizações poderão beneficiar deste segundo contador. Em nossa opinião parece-nos necessário considerar aqui a utilização para usos agrícolas e rega de jardins, mas deverá ser estabelecida qual a área mínima que poderá dar origem à instalação do segundo contador. Lembramos que a instalação de dois contadores tem custos com ramais (que são imputados nas tarifas dos consumidores, como vimos anteriormente) e implicará a implementação de procedimentos de fiscalização para controlo de interligações entre as duas redes.

Uma vez que existem sistemas municipais em que a percentagem do valor de águas residuais domésticas é bastante inferior ao da recomendação (90%) a possibilidade da instalação de contadores sem serviço de águas residuais domésticas apenas deverá ocorrer com a alteração da referida percentagem.

Abastecimento de sistemas prediais comunitários ou com múltiplos utilizadores

Sugerimos que, tal como para os usos nos espaços comuns acima analisado, o consumidor seja considerado não-doméstico, sendo as tarifas fixas determinadas por idêntico critério já que, em princípio, estaríamos em presença de um único contador para os espaços comuns e para fornecimento aos múltiplos utilizadores, sendo que não se verificaria uma situação de dupla-incidência da tarifa.

Tarifas de saneamento

Discordamos com a possibilidade de ser aplicado o disposto no n.º 2, do ponto 3.3.2.2 da Recomendação: "a tarifa variável do serviço deve ser determinada pela aplicação de um coeficiente de custo, específico a cada entidade gestora, à tarifa variável média do serviço de abastecimento devida pelo utilizador final doméstico".

Este conceito de "tarifa variável média do serviço de abastecimento devida pelo utilizador final doméstico" é um conceito tão complexo quanto o demonstra a definição que foi necessário introduzir no n.º 3, do mesmo ponto: "o valor da tarifa variável média do serviço de abastecimento é o que resulta do rácio, apurado em cada fatura, entre o somatório dos

valores da componente variável do serviço faturados em cada escalão e o somatório dos volumes faturados em cada escalão, corrigidos de eventuais acertos".

Tal complexidade não faz sentido, é pouco clara e só pode gerar dúvidas e reclamações por parte dos utilizadores.

Quanto à determinação do volume de águas residuais recolhidas, colocada no n.º 1, do ponto 3.3.1.3 da Recomendação, salvo a situação de utilizadores especiais cujo volume descarregado não tenha relação com o volume de água consumido, o fato da relação entre volumes consumidos e descarregados resultar num coeficiente de recolha inferior à unidade, é meramente um problema matemático, já que resulta no mesmo valor a faturar pois se não for por via do volume consumido será por via da formação do preço da tarifa.

Entretanto, parece-nos que a consideração de diferentes volumes no consumo e na descarga poderá ser fonte de muitas dúvidas e reclamações, já que o valor do coeficiente de recolha passará a ser alvo de análise mensal e irá suscitar dúvidas e reclamações de muito difícil resolução: Lembremo-nos apenas das evidentes variações sazonais deste coeficiente! Aliás, esta situação é reconhecida na própria Recomendação, quando, no n.º 2 do mesmo ponto, refere que "a pedido dos utilizadores finais, a entidade gestora deve definir para os mesmos um coeficiente de recolha diferente do previsto no número anterior, sempre que o justifiquem o local e o perfil do consumo, sendo que para o efeito deve assistir ao utilizador final o direito de solicitar à entidade gestora uma vistoria ao local de consumo por forma a ajustar a faturação do serviço de saneamento às circunstâncias específicas do local de consumo".

No limite não haverá dois coeficientes iguais. E cada utilizador terá um preço diferente do seu vizinho.

Quanto ao tarifário a aplicar, tal como já referimos no capítulo 2, defendemos a aplicação de tarifa fixa e variável, sendo esta progressiva, por escalões, não tendo que ser exatamente proporcional ao tarifário do serviço de água porque as estruturas de custos não são iguais.

Mas sobre este tema, há várias alternativas possíveis e, em nossa opinião, mais justas.

Contrato de Gestão de Delegada

Refere o n.º 5, do art.º 20.º, do DL 194/2009, que "os dados previsionais referidos nos números anteriores incidem sobre um horizonte temporal de 15 anos, sendo os aspetos constantes do n.º 3 e do número anterior definidos vinculativamente para os primeiros 5 anos", ou seja, aqueles dados previsionais deveriam constar do n.º 1 e 2, onde não se incluem referências a dados previsionais.

Entretanto, o n.º 1, do art.º 9.º, da Lei n.º 53-F/2206, de 29 de Dezembro, impõe que "sob pena de nulidade e de responsabilidade financeira, a decisão de criação das empresas, bem como a decisão de tomada de uma participação que confira influência dominante, deve ser sempre precedida dos necessários estudos técnicos, nomeadamente do plano do projeto, na ótica do investimento, da exploração e do financiamento, demonstrando-se a viabilidade económica das unidades, através da identificação dos ganhos de qualidade, e a racionalidade acrescentada decorrente do desenvolvimento da atividade através de uma entidade empresarial".

Por forma a completar a disposição daquele n.º 1 e clarificar a relação contratual, onde o Município terá sempre participação dominante e bilateral, impõe-se que os estudos técnicos, pressupostos e estudos de viabilidade económica que serviram de base à decisão de criação das empresas, ou os que lhe sucedam, por via da revisão do contrato de gestão ou no decurso do procedimento para seleção do parceiro privado, conforme impõe o n.º 2, do art.º 27.º do DL 194/2009 e os que tenham sido submetidos à concorrência conforme disposto no n.º 3 do mesmo art.º 27.º, que de forma detalhada deverão conter informações sobre:

Procura dos serviços

Evolução das tarifas

Proveitos operacionais

Investimentos detalhados

Custos operacionais detalhados

Financiamento

Demonstração dos Resultados

Balanços

Mapa de cash-flow

Folha descritiva com os pressupostos assumidos

Outros elementos considerados relevantes para a sua interpretação

Quanto ao Art.º 22.º, do DL 194/2009, que dispõe sobre a repartição de riscos entre as entidades delegante e delegatária de forma equilibrada, mas a exceção feita na alínea b), do seu n.º 1, acerca das modificações unilaterais impostas ao plano de investimentos e a maneira como a regula no seu n.º 3, reportando a reflexão dos seus efeitos para o período vinculativo seguinte sempre foi desequilibrada, mas por todas as razões já invocadas torna-a, agora, completamente inexequível.

Prevê a Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro, no seu art.º 30.º, n.º 1, a obrigatoriedade de constituição de reservas e fundos previstos nos respetivos estatutos, bem como a reserva legal imposta no Código das Sociedades Comerciais, e no seu n.º 2 impõe que "à constituição da reserva legal deve ser afetada uma dotação anual não inferior a 10 % do resultado líquido do exercício deduzido da quantia necessária à cobertura de prejuízos transitados".

É nosso entendimento que, apenas na medida em que o Código das Sociedades Comerciais o permita, essa reserva poderá ser afetada para fazer face aquelas modificações unilaterais do plano de investimentos, devendo o valor remanescente ser obrigatoriamente suportado, através de dotação específica para lhe fazer face, pela entidade delegante, podendo, na medida em que tal seja possível e viabilizado, ser orçamentado o reembolso programado dessa dotação na revisão tarifária para o período subsequente.

Participação de capitais privados

Prevê o n.º 1, do art.º 21.º, do DL 194/2009, que "a trajetória tarifária prevista no contrato de gestão delegada deve permitir previsionalmente que, no decurso de cada período vinculativo, os acionistas aufiram uma adequada remuneração dos capitais próprios".

O n.º 5, do art.º 20.º, do mesmo decreto-lei, refere que "os dados previsionais referidos nos números anteriores incidem sobre um horizonte temporal de 15 anos, sendo os aspetos constantes do n.º 3 e do número anterior definidos vinculativamente para os primeiros 5 anos". Constata-se um desalinhamento temporal com os prazos definidos no art.º 26.º para a permanência mínima da participação privada (10 anos) e para os prazos em que poderão ser exercidos os direitos de opção de compra ou venda (múltiplos de 10 anos).

As decisões sobre a participação de capitais privados em qualquer empresa obedecem ao estabelecimento de pressupostos económico-financeiros, à sua capacidade sobre as decisões estratégicas da empresa e aos modelos de controlo de risco a eles associados. Sendo a participação de capitais privados nas empresas públicas minoritária e sendo a definição dos pressupostos da responsabilidade da entidade delegante, apenas o estabelecimento dos modelos de controlo de risco compete aos parceiros privados, os quais estão relacionados com várias variáveis, entre elas o período de tempo que poderá durar a participação e o grau de estabilidade dos compromissos. Resulta daí que seria de todo importante que, nos momentos em que haja revisão ou redefinição dos compromissos, as opções de compra ou venda pudessem ser exercidas e que a duração da participação esteja limitada ao limite temporal a que se reportam os dados previsionais definidos, embora possa ser previsto um regime opcional de prolongamento da participação no tempo. A ser assim, as regras de exercício daquelas opções poderão ser definidas de forma bem mais rigorosa, podendo mesmo o procedimento de seleção do parceiro privado exigir a valorização anual da participação de

cada parte, cujo valor deverá ser atualizável em função dum critério que reflita a evolução do valor do dinheiro, fazendo incidir sobre esse valor atualizado um coeficiente maior ou menor conforme se trate do exercício da opção de compra ou de venda.

Mas há outras incoerências entre as normas do DL 194/2009, no âmbito do modelo de gestão delegada, como as que prevêem, por exemplo, a obrigatoriedade de um período mínimo de permanência dos capitais privados e, bem assim, as que consagram opções de compra e de venda decorrido que esteja aquele período (cf. artigo 26º). É relativamente a estas normas e à sua interpretação que encontramos divergências no entendimento, em concreto no que respeita ao conceito de "valor de aquisição" aí referido.

Parece-nos indubitável que a lei não define o que se deve entender por "valor de aquisição", sendo certo que tal se trata de um conceito essencial, já que sobre ele incidirão as percentagens definidas para o exercício das opções de compra e de venda acima mencionadas.

Perante a omissão legal, seria importante definir o referido conceito de forma a conjugá-lo com outros pressupostos financeiros, designadamente, ao nível do investimento (e respetivo risco) de aquisição da posição da entidade privada e do financiamento a assumir pelos acionistas da Empresa Delegatária.

Em nossa opinião, o preço a pagar no seguimento do exercício de qualquer uma das opções, deverá corresponder a uma percentagem que incidida sobre o valor de aquisição da participação, acrescida de todos os fundos investidos pelo parceiro privado, ainda não reembolsados.

Assim, o preço a pagar pelo Município caso entenda exercer o seu direito de opção de compra da participação do parceiro privado no fim de um período de permanência, corresponderá, então, a 130% do valor da aquisição, sendo que, para esse efeito, deve-se prever uma atualização anual desse valor. Pois de facto, a lei não o prevê expressamente mas também não o proíbe.

O referido conceito aplica-se às duas "opções", não tendo por objectivo favorecer nenhuma das partes – pública ou privada - , nem tampouco criar qualquer desigualdade entre as mesmas.

Quanto à natureza da opção de compra das acções do parceiro privado, pelo Município, a qual poderá ser exercida, como já referido, no fim do período mínimo de permanência, mediante o pagamento de 130% do "valor de aquisição". Na prática, esta compra poderá consubstanciar uma situação de aquisição forçada da participação do parceiro privado, sem que este tenha necessariamente intenção de proceder à referida alienação. Compreende-se, por isso, que a lei fixe uma percentagem superior a 100% do "valor de aquisição" da referida participação, atribuindo assim, a este tipo de mecanismos uma natureza sancionatória, ou, pelo menos, compensatória, valorizada, neste caso, em 30% sobre o valor de referência.

Entendimento idêntico vale, aliás, para justificar que no caso inverso a percentagem para o exercício da opção de venda pelo parceiro privado seja inferior a 100% do valor de aquisição da respectiva participação. Do mesmo modo, a dimensão sancionatória pela saída "forçada" por vontade do parceiro privado, faria com que o mesmo tivesse que suportar uma perda de 30% relativamente ao "valor de aquisição" da sua participação.

Mas as referidas "sanções" só existem com a actualização no tempo do "valor de aquisição".

Já o contrário parece desvirtuar qualquer racional de investimento, bem como o próprio D.L. 194/2009, na medida em que os valores de compra e venda de 130% e de 70%, respetivamente, só teriam aquelas percentagens no dia da constituição da parceria. Com efeito, a depreciação e a inflação encarregar-se-iam de reduzir aquelas percentagens logo a partir do dia seguinte.

O art.º 38.º, do DL 149/2009, dispõe acerca do conteúdo obrigatório e facultativo dos cadernos de encargos. As imposições relativas aos elementos constantes das alíneas a) e e), do n.º 2, respetivamente objetivos e as condições a atingir e datas limite para a entrada em exploração de investimentos a cargo do concessionário, poderiam ser substituídas pela imposição de um plano de investimentos conforme previsto na alínea a) do seu n.º 2.

Ainda relativamente à alínea f), do n.º 4, do art.º 27.º e alínea c), do art.º 39.º, ambos do DL149/2009, relativa ao "valor atualizado à taxa de juro sem risco dos proveitos mínimos a que a empresa municipal delegatária tem direito durante os primeiros cinco anos na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos", reportamo-nos aos nosso comentários acima efetuados sobre o mesmo tema.

Mas, a manter-se esta disposição, deveria ser contemplada a definição das condições de pagamento daquele diferencial.

Além disso, e relativamente ao seu n.º 3, onde são enunciados os elementos que deverão constar em anexo ao caderno de encargos, deveriam ser acrescentados: informação relativa aos dados históricos de gestão e exploração, no mínimo, referentes aos últimos 3 anos; cadastro das infraestruturas existentes e planos, estudos e projetos de execução previamente elaborados e que possam ter servido de base à elaboração do Plano de Investimentos; lista do pessoal que a entidade delegante tem afeta à prestação dos serviços, quais os que pretende transferir para a entidade delegatária e respetivo regime contratual.

Revisão do contrato de concessão

O n.º 4, do art.º 54.º, do DL 149/2009, enumera um conjunto de situações em que não pode ocorrer a revisão do contrato, que nos parecem ser demasiado limitativas após a celebração

do contrato de concessão e que podem ser muito penalizadoras para o interesse público, nomeadamente, a situação da limitação do valor acumulado de obras para além dos investimentos inicialmente previstos. Caso sejam disponibilizados meios de financiamento a fundo perdido, como sejam os fundos comunitários, tal disposição configuraria a negação do acesso a tais fundos e um efetivo prejuízo para os munícipes que seriam beneficiados caso o apoio fosse assegurado.

Resgate

O art.º 422.º, do Código dos Contratos Públicos, regula o modo como o concedente pode exercer o direito de resgate, dispondo no seu n.º 5 que "em caso de resgate, o concessionário tem direito a uma indemnização correspondente aos danos emergentes e aos lucros cessantes, devendo, quanto a estes, deduzir-se o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos". Refere ainda no seu n.º 6 que "a indemnização referida no número anterior é determinada nos termos do contrato ou, quando deste não resulte o respetivo montante exato, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil".

Perante a complexidade e dificuldade no apuramento desses valores, até para as partes terem consciência nas obrigações em que incorrem quando tal decisão é tomada, atente-se aqui a importância deste conhecimento para os efeitos da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso, deveria o art.º 57.º, do DL 149/2009, ser aditado com a imposição de uma fórmula para o seu cálculo e de no modelo económico-financeiro obrigatoriamente constar o valor do resgate, ano a ano, caso esse direito eventualmente seja exercido, calculado de acordo com os pressupostos do modelo. Esse será o primeiro valor da indemnização, sem prejuízo de posteriormente ser apurado um valor mais correto em função do desajustamento da realidade aos pressupostos.

Taxa de inflação e taxa de juro sem risco

Perante a volatilidade que atualmente se regista na taxa de rentabilidade das Obrigações do Tesouro Portuguesas a 10 anos, sugere-se que o n.º 2, do art.º 75.º, do DL149/2009, seja corrigido.

Inspeção aos sistemas prediais

O n.º 2, do art.º 70.º, do DL 149/2009, dispõe acerca da obrigatoriedade de permitir o livre acesso à entidade gestora, desde que avisado por carta registada ou outro meio equivalente, para os sistemas prediais serem sujeitos a ações de inspeção. Acontece que o n.º 2, do art.º 72.º, não constitui o seu incumprimento como contraordenação e, consequentemente, não estabelece a respetiva coima, tornando ineficaz aquela obrigatoriedade.