

**Parecer da Autoridade da Concorrência à Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. (APA)
sobre publicitação de resultados afetos aos procedimentos concursais realizados por
Entidades Gestoras licenciadas para gestão de fluxos específicos de resíduos**

I. Introdução

I.1. A questão colocada pela APA à AdC

1. Em 24 de abril do corrente ano, a APA dirigiu à AdC um pedido de parecer sobre a publicitação de resultados afetos aos procedimentos concursais realizados por Entidades Gestoras licenciadas para gestão de fluxos específicos de resíduos (E-AdC/2019/2833, de 24/04/2019).
2. Nos termos do n.º 9 do artigo 11.º Decreto-Lei n.º 152-D/2017, de 11 de dezembro – diploma UNILEX –, as entidades gestoras de fluxos específicos de resíduos deverão selecionar os operadores de gestão de resíduos com base em *procedimentos concursais que observem os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, devendo esses procedimentos e respetivos resultados ser publicitados no sítio da Internet da entidade gestora, após validação dos resultados por uma entidade independente.*
3. As licenças das entidades gestoras de embalagens e resíduos de embalagens (ERE), de resíduos de pilhas e acumuladores (RPA) e de resíduos equipamentos elétricos e eletrónicos (REEE), detalharam acessoriamente a obrigação de comunicar à Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. (APA) e Direção-Geral das Atividades Económicas (DGAE) os resultados dos procedimentos, incluindo nomeadamente a identificação das empresas concorrentes, das empresas contratadas, das empresas excluídas e os respetivos motivos, as quantidades retomadas/contratadas e o respetivo preço unitário.
4. Adicionalmente, a APA emitiu recomendações, em documento constante no portal da APA, densificando o que se entende por publicitação de procedimentos concursais e respetivos resultados, de acordo com o disposto no UNILEX. Segundo a orientação da APA, devem ser publicitados pelas entidades gestoras os seguintes elementos:
 - Anúncio dos procedimentos concursais e termos dos mesmos;
 - Resultados dos procedimentos concursais, no prazo de 10 dias úteis após o mesmo se encontrar encerrado;
 - Identificação das empresas concorrentes;
 - Identificação das empresas contratadas;
 - Identificação das empresas excluídas e respetivos motivos;
 - Quantidades a retomar/recolher/reciclar (estimadas) e respetivo preço unitário
5. A APA sublinha que essa recomendação foi alvo de consulta prévia às destinatárias da mesma, não tendo merecido contestação por nenhuma entidade. Todavia, a APA constatou que nenhuma entidade de ERE e RPA cumpriu o disposto previsto tanto no UNILEX como nas recomendações constantes no portal da APA. Do mesmo modo, as entidades de REEE não publicitam os resultados dos procedimentos concursais de acordo com as recomendações emanadas pela APA ou, simplesmente, não publicam de todo.
6. A APA remeteu um ofício às entidades gestoras licenciadas para gestão de ERE, relativamente a esta matéria. Em resposta, as entidades gestoras referiram não concordar com esta obrigação, uma vez que se encontram em situação de concorrência.



#NOVOREGISTO:CODIGOBARRAS#

7. Na gestão dos fluxos em apreço (ERE, RPA e REEE) as entidades gestoras estão em concorrência, já que existe mais do que uma entidade licenciada para cada um desses fluxos.
8. Em face ao exposto, a APA, tendo em conta o entendimento que a mesma expressou na recomendação relativamente ao detalhe de publicitação dos concursos por parte da APA, solicitou parecer da Autoridade da Concorrência, enquanto entidade pública reguladora do setor da concorrência, tendo formulado, em concreto, a seguintes questões:
 - Se a APA pode exigir a publicitação dos resultados dos concursos com o detalhe mencionado nos documentos constantes no seu portal, numa situação em que existe mais do que uma entidade gestora a atuar no fluxo em causa;
 - Se a APA pode determinar que os resultados publicitados sejam por concurso efetuado, considerando-se que a cada concurso está associado um fluxo, material (ou categoria ou sistema químico e tipologia, de acordo com o fluxo), a uma origem e a uma transação/lote/grupo;
 - Se a publicitação dos resultados no detalhe supramencionado pode afetar a livre concorrência ou distorcer de algum modo o mercado entre operadores de gestão de resíduos que se candidatam aos procedimentos concursais com as propostas de preços que praticam;
 - Se o facto de os resultados dos procedimentos concursais serem publicitados com o detalhe que a APA entende ser o adequado, face à interpretação que dá à leitura conjugada tanto do UNILEX como dos despachos de licenças das diversas entidades gestoras, pode afetar ou influenciar os preços habitualmente praticados pelos operadores de gestão de resíduos.

1.2. O quadro legal da atividade das entidades gestoras de fluxos específicos de resíduos

9. Os artigos 11.º a 16.º do Decreto-Lei n.º 152-D/2017 estabelecem o modelo de estruturação e regulação financeira da atividade das entidades gestoras e as suas obrigações. Salientam-se como características particulares dessa atividade o facto de as entidades gestoras estarem sujeitas a obrigações em matéria de aplicação de resultados (os resultados líquidos devem ser obrigatoriamente reinvestidos ou utilizados na sua atividade ou atividades conexas, em reservas para operações futuras, sendo expressamente vedada a distribuição de resultados, dividendos ou lucros pelos seus membros, acionistas, sócios ou associados), ou a seguirem procedimentos concursais com princípios semelhantes aos da contratação pública (transparência, igualdade e concorrência).
10. O financiamento das entidades gestoras e o respetivo modelo de financiamento estão sujeitos à aprovação prévia da APA e da DGAE, não obstante as entidades gestoras se encontrarem em concorrência. Existe ainda um mecanismo de compensação entre entidades gestoras, previsto no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 152-D/2017, com o objetivo de estabelecer um processo de compensação entre a entidade gestora que assume a responsabilidade pela gestão de resíduos e a entidade gestora a quem foi atribuída a responsabilidade pela gestão de resíduos, garantindo o cumprimento das responsabilidades ambientais e de forma a promover a concorrência entre estas entidades bem como a eficiência do sistema. Por outro lado, as entidades gestoras estão sujeitas a um processo de monitorização anual e intercalar pela APA e pela DGAE.
11. O enquadramento da atividade das entidades gestoras é, não obstante o regime de regulação a que se encontram sujeitas, de natureza concorrencial, já que as entidades gestoras concorrentes licenciadas disputam a angariação de produtores para o respetivo sistema integrado, em contrapartida da prestação financeira (ecovalor). Por outro lado, a



prestação financeira, não obstante estar sujeita à previa aprovação pela APA e DGAE, é determinada por cada entidade gestora em concorrência.

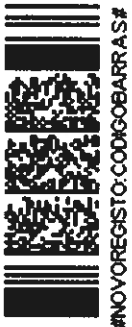
12. O modelo de fixação da prestação financeira não está sujeito a revisão anual. O critério para determinar a revisão da prestação financeira é, todavia, de natureza automática, caso sejam detetadas variações anuais dos valores de prestação financeira, de redução ou aumento superior a 10% ou 20%, consoante os sistemas de gestão.
13. Apura-se ainda que não há padrão definido na legislação para a duração dos contratos com operadores de gestão de resíduos ou para a frequência com que os concursos poderão ser realizados. O padrão observado revela que os contratos celebrados com operadores de gestão de resíduos poderão ser de duração anual, com renovação automática, ou bianual.

II. Análise

14. A análise sobre as questões colocadas pela APA à AdC deve abarcar dois domínios:
 - da proteção dos segredos de negócio;
 - da proteção da concorrência, no sentido de garantir que a informação a divulgar é a estritamente necessária para que o mercado funcione de forma eficiente e que a sua divulgação não facilite o surgimento de comportamentos colusivos.

II.1. Proteção de segredos de negócios

15. Nos termos do n.º 9 do artigo 11.º Decreto-Lei n.º 152-D/2017 define-se que os operadores de gestão de resíduos deverão ser selecionados com base em procedimentos concursais que observem os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, devendo esses procedimentos e respetivos resultados ser publicitados no sítio da Internet da entidade gestora, após validação dos resultados por uma entidade independente.
16. O regime previsto no Decreto-Lei n.º 152-D/2017 exige às entidades que organizem os concursos que divulguem os resultados dos concursos, informação que compreende a identidade do vencedor, o preço e as quantidades contratadas, podendo o detalhe dessa informação ser estratificado por regiões, na medida em que os concursos possam estar organizados por lotes regionais. Quando uma entidade gestora divulga os resultados nos concursos com esse detalhe, essa informação pode permitir que se conheça, de forma detalhada, a estrutura de custos do aprovisionamento de serviços junto dos operadores de gestão de resíduos pelas entidades gestoras. Do mesmo modo, a divulgação dos resultados dos concursos afeta também os operadores de gestão de resíduos que, por essa forma, veem divulgados não só a identificação dos respetivos clientes, como também dos preços e volumes de fornecimentos aos seus clientes. Essa informação pode ser considerada como segredo de negócio.
17. Mesmo na contratação pública, de que são importados os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência previstos no Decreto-Lei n.º 152-D/2017, também para as entidades que contratam com o Estado existe a possibilidade de salvaguardar segredos de negócio. O n.º 1 do artigo 66.º do Código dos Contratos Públicos admite que “por motivos de segredo comercial, industrial, militar ou outro, os interessados podem requerer (...) a classificação, nos termos da lei, de documentos que constituem a proposta, para efeitos da restrição ou da limitação do acesso aos mesmos na medida do estritamente necessário”.
18. Em matéria de segredos de negócios, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, estabelece, no artigo 30.º, o tratamento que a AdC deve conferir à informação assim classificada.



#NOVOREGISTO:CODIGOBARRAS#

19. A prática da AdC em matéria de tratamento de segredos de negócios e outras informações confidenciais é próxima da seguida pela Comissão Europeia¹.
20. Sempre que a AdC recolhe informação ao abrigo dos seus poderes de investigação, a AdC requer a identificação fundamentada de segredos de negócio. Conforme a nota de esclarecimento que acompanha os pedidos de elementos efetuados pela AdC, para que a informação possa ser considerada confidencial por constituir segredo de negócio² será necessário que as informações em causa apenas sejam conhecidas por um número restrito de pessoas e que a sua divulgação possa causar um prejuízo sério à entidade que as forneceu ou a terceiros, no que se refere a interesses que sejam objetivamente dignos de proteção.
21. A AdC cita como exemplos do tipo de informações suscetíveis de serem classificadas como segredos de negócio, entre outras, as informações técnicas e/ou financeiras relativas ao saber-fazer; os segredos e processos de produção; as fontes de abastecimento; as quantidades produzidas e vendidas; as quotas de mercado; as listagens de clientes e de distribuidores; estratégia comercial; as estruturas de custos e de preços; e a política de vendas de uma empresa.
22. Tanto a AdC como a Comissão Europeia têm o entendimento que as informações perdem o seu carácter confidencial, quando, por exemplo, estejam disponíveis em círculos especializados ou possam ser inferidas a partir das informações disponíveis ao público. Por outro lado, as informações que perderam importância comercial, por exemplo devido ao decurso do tempo (admitindo-se como prazo regra o decurso de 5 anos), podem também deixar de ser consideradas confidenciais.
23. Em suma, na prática da AdC e da Comissão Europeia a informação que é requerida divulgar nos termos do n.º 9 do artigo 11.º Decreto-Lei n.º 152-D/2017, dependendo da interpretação do que se entenda de “resultados a publicitar”, pode constituir segredo de negócio que deverá ser salvaguardado.
24. A este respeito cumpre referir uma distinção entre a informação que a APA pode ter acesso e a informação que deverá ser divulgada. Para efeitos da fiscalização do cumprimento da norma do n.º 9 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 152-D/2017, as licenças das entidades gestoras ditam a obrigação de comunicar à Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. (APA) e Direção-Geral das Atividades Económicas (DGAE) os resultados dos procedimentos, incluindo nomeadamente a identificação das empresas concorrentes, das empresas contratadas, das empresas excluídas e os respetivos motivos, as quantidades retomadas/contratadas e o respetivo preço unitário. Assim, a APA e a DGAE podem ter acesso completo aos resultados concursos, não sendo obrigatório que essa informação seja integralmente divulgada.
25. Por outro lado, as entidades gestoras na resposta à APA deverão identificar fundamentadamente a informação que consideram confidencial e fornecer uma versão não confidencial da mesma que possa ser publicamente divulgada, à semelhança dos procedimentos seguidos pela AdC.



#NOVOREGISTOCODIGOBARRAS#

¹ Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under the Merger Regulation, disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/guidance_on_preparation_of_public_versions_mergers_2605_2015.pdf

² Vide artigo 30.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

II.2. Efeito da transparência na concorrência

II.2.1. Enquadramento

26. No relatório “*The Economics of Tacit Colusion*”, elaborado a pedido da Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, Ivaldi et al.³ analisam os fatores que no âmbito da literatura económica podem ser enquadrados como facilitadores da colusão tácita.
27. A colusão tácita é uma forma de colusão que se alcança sem contactos ou acordos explícitos entre empresas. A colusão tácita produz um resultado idêntico ao da colusão explícita (concertada entre empresas no âmbito de contatos ou acordos), mas não é em si mesma necessariamente ilícita, na medida em que as empresas são livres de se adaptarem aos comportamentos das outras, mesmo que não se envolvam em níveis concorrenciais mais agressivos⁴.
28. Os fatores que facilitam a colusão tácita podem, de forma conjugada, aumentar a vulnerabilidade do mercado à coordenação tácita de comportamentos entre empresas. Entre os fatores facilitadores da colusão analisados por Ivaldi et al. encontram-se a interação frequente no mercado, o nível de concentração, as barreiras à entrada, a homogeneidade de produto, a assimetria/simetria de custos entre concorrentes, a existência de vínculos entre as empresas (e.g., acordos de cooperação horizontal) e a transparência de mercado⁵.
29. Para efeitos de política de concorrência, importa avaliar se a transparência acontece naturalmente no mercado ou se a transparência é introduzida artificialmente, via dispositivos legais como aqueles em apreciação, ou via trocas de informação entre empresas concorrentes, sendo neste último caso passível de intervenção proibitiva no domínio do Direito da Concorrência.
30. De facto, as práticas de troca de informação, na medida em que essa prática promova a transparência entre concorrentes, podem ter o efeito de limitar a concorrência, efeito esse que pode ter repercussões nos preços em mercado. Esse entendimento é confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE⁶, que estabelece que a incerteza em relação ao comportamento dos concorrentes, num mercado concentrado, é um elemento importante do processo concorrencial e a intervenção que resulte na redução dessa incerteza pode ter como efeito uma redução na concorrência. Tal como refere a Comissão



³ Ivaldi, M., Jullien, B., Rey, P., Seabright, P., Tirole, J., *The Economics of Tacit Collusion - Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, March 2003*

⁴ A jurisprudência do Tribunal de Justiça (Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 31.3.1993, nos Procs. Apenso C-89, 104, 116, 117 e 125 a 129/85, A. Ahlström Oy e o. c. Comissão (dito Pasta de Papel II), Colect. 1993, p. I-1307, considerando 71, tem vindo a salientar: “[U]m paralelismo de comportamento não pode ser considerado como fazendo prova de uma concertação, a menos que a concertação constitua a única explicação plausível para esse comportamento. É necessário ter presente que, embora o artigo [81.º] proíba todas as formas de conluio que sejam de molde a falsear a concorrência, não priva os operadores económicos do direito de se adaptarem de maneira inteligente ao comportamento verificado ou previsto dos seus concorrentes.”

⁵ Ivaldi et. Al identificam ainda as circunstâncias em que a elasticidade preço da procura e a evolução da procura podem também contribuir para a colusão tácita.

⁶ Decisão 92/157/CEE da Comissão, de 17 de Fevereiro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.370 e 31.446), confirmado pelo Tribunal de Primeira Instância (T-35/92 - DEERE / COMISSÃO, de 27 de outubro de 1994, e pelo Tribunal de Justiça (C-7/95 P, Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 28 de maio de 1998. Decisão 92/157/CEE. A Comissão proibiu o sistema de Intercâmbio de registo de tratores agrícolas no Reino Unido entre os principais operadores, sistema esse que permitia conhecer o volume de vendas a retalho de cada membro, por tipo de trator, por área geográfica e por períodos anuais, trimestrais, mensais e diários. Foi posição da Comissão, corroborada pelos tribunais, que a natureza das informações trocadas e o seu grau de pormenor seriam suscetíveis de criar um grau de transparência, num mercado muito concentrado, com barreiras à entrada e protegido da concorrência exterior, e que a atenuação ou supressão do grau de incerteza a propósito da previsibilidade dos comportamentos dos concorrentes seria suscetível de alterar sensivelmente a concorrência que existe entre os operadores económicos.

Europeia⁷, o aumento da transparência entre fornecedores, num mercado concentrado, retira o efeito surpresa das iniciativas dos concorrentes, de que decorrem reações mais rápidas, a redução das vantagens temporárias em desviar comportamentos e, assim, a estabilização das posições de mercado dos oligopolistas. Portanto, mesmo que se trate de informação passada, se a mesma for recente, contribui para a redução da incerteza no mercado porque permite detetar os desvios entre concorrentes⁸. A Comissão Europeia⁹ clarificou também que a divulgação de dados do ano anterior, por operador, não seria suscetível de restringir a concorrência, considerando portanto que o âmbito da proibição se concentrava em informação passada recente.

31. A AdC também já condenou no passado práticas de intercâmbio de informação sensível entre concorrentes. Em 2012, no processo PRC/2007/02, a AdC condenou cinco empresas de restauração coletiva por práticas lesivas da concorrência, incluindo o intercâmbio de informações sensíveis, no mercado das refeições e serviços de gestão e exploração de refeitórios, cantinas ou restaurantes. Essa condenação foi confirmada em 1ª instância pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em 2013.
32. Em 2019, no processo PRC/2012/09, a AdC condenou 14 bancos ao pagamento de coimas no valor global de 225 milhões de euros por prática concertada de troca de informação comercial sensível, nas atividades de crédito habitação, crédito ao consumo e crédito a empresas, durante um período de mais de dez anos, entre 2002 e 2013. Neste esquema, cada banco facultava aos demais, informação sensível sobre as suas ofertas comerciais, indicando, por exemplo, os *spreads* a aplicar num futuro próximo no crédito à habitação ou os valores do crédito concedido no mês anterior, dados que, de outro modo, não seriam acessíveis aos concorrentes¹⁰. Este processo está ainda pendente de recurso judicial.
33. A AdC noutros procedimentos contraordenacionais entendeu que as práticas em questão, sendo alteradas com base em compromissos comportamentais, poderiam ser consideradas como admitidas. Por exemplo, nos PRC/2015/08 e PRC/2015/09, visando, respetivamente a Associação Portuguesa de Leasing, Factoring e Renting (“ALF”) e a Associação de Instituições de Crédito Especializado (“ASFAC”), a AdC identificou a existência de sistemas de intercâmbio de informação sensível relativa a produtos e serviços nos mercados do leasing, factoring, renting e aluguer de longa duração, promovido diretamente por essas associações e envolvendo as empresas associadas. Em ambos os casos, a análise da AdC, considerou a título preliminar, que, face ao conteúdo, a atualidade, o nível de desagregação e o alvo da informação trocada, o sistema de intercâmbio de informações institucionalizado pelas associações poderia ser suscetível de potenciar um efeito restritivo da concorrência, através de uma eventual redução da incerteza no mercado, permitindo às participantes uma atuação na posse de informação sensível dos seus concorrentes, bem como a monitorização frequente do comportamento estratégico destes.



#NOVOREGISTO:CODIGOBARRAS#

⁷ Idem.

⁸ Como refere a decisão da Comissão Europeia, “quanto mais fidedignas e recentes forem as informações relativas às quantidades vendidas e às quotas de mercado, maior impacto terão no comportamento futuro das empresas no mercado”, referido a esse propósito o Acórdão n.º 172/80 do Tribunal de Justiça proferido no processo “Zuchner”. Nesse caso, a Comissão aceitou “que a partir de um determinado período as informações de mercado relativas a transações passadas pertencem verdadeiramente ao passado, deixando de ter quaisquer repercussões efectivas no comportamento futuro. No caso em apreço, a Comissão considera que um intercâmbio anual dos dados referentes ao volume de vendas por períodos de um ano dos concorrentes individuais à escala do Reino Unido, das regiões MAFF e em função da utilização da terra e com uma repartição por modelo podem ser aceites a título de dados comerciais sem efeitos de distorção notórios sobre a concorrência entre os produtores ou entre os concessionários que operam no mercado de tractores do Reino Unido.”

⁹ Idem.

¹⁰ Vide Comunicado da AdC 17/2019 - AdC condena 14 bancos a coima de 225 milhões de euros, disponível em www.concorrancia.pt.

34. Ambos os casos foram arquivados com compromissos apresentados pelas associações em causa, que envolviam, entre outras disposições, designadamente:
- a obrigação de não divulgação aos associados de dados individualizados com antiguidade inferior a seis meses no âmbito do sistema de intercâmbio de informações institucionalizado no caso da ALF e de três meses no caso da ASFAC;
 - a concessão de acesso desses dados junto de terceiros potenciais operadores que pretendam analisar a sua entrada nos mercados em causa.
35. No entendimento da AdC, o conjunto de compromissos apresentados pela ALF e pela ASFAC aumentaram a antiguidade da informação trocada entre as associadas e desse modo diminuíram o seu valor estratégico, minimizando o potencial restritivo do intercâmbio de informações.
36. Se bem que no caso em apreciação, objeto do presente parecer, a situação seja diferente, uma vez que é a APA, ente público, que impõe e promove essa partilha de informação, mantêm-se válidas as considerações tecidas e as preocupações jusconcorrenciais.
37. Em suma, a transparência entre concorrentes é um fator, entre outros, que facilita comportamentos colusivos, mas de forma cumulativa com os restantes fatores. Em mercados de produto homogêneo, concentrado, com barreiras à entrada, e em que existam interações frequentes no mercado (leilões, concursos, alterações de preços frequentes), a transparência entre concorrentes pode facilitar a colusão, na medida em que permite identificar desvios do equilíbrio colusivo e assim desencadear mecanismos de reação/punição a desvios de concorrentes individuais (um mecanismo de punição possível será, por exemplo, o desencadear de uma guerra de preços). A transparência entre concorrentes é assim instrumental para que a reação e punição aos desvios de concorrentes individuais seja mais eficaz, reduzindo potencialmente os ganhos individuais das empresas que se desviem. Por essa razão, a transparência entre concorrentes é considerada como um mecanismo que facilita a estabilidade dos equilíbrios colusivos.
38. Pelo contrário, não havendo concentração, não havendo homogeneidade de produto, não havendo interação frequente em mercados, não havendo mecanismos de retaliação ou reação a desvios comportamentais, a transparência entre concorrentes por si só não será suficiente para facilitar a ocorrência de equilíbrios de natureza colusiva, e pode também ser um fator que promove a eficiência no mercado, tal como analisa o relatório da OCDE sobre *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, publicado em 2010.



II.2.2. Impacto concorrencial da divulgação de informação de concursos de seleção de operadores de gestão de resíduos pelas entidades gestoras

39. Decorre do exposto, que a apreciação do efeito concorrencial da transparência da informação seja avaliada tanto quanto às características do mercado a que se essa informação diz respeito como quanto ao conteúdo da informação que é publicada.
40. Em relação às características do mercado de gestão de fluxos de resíduos, como fatores que favorecem efeitos negativos, registre-se que estes mercados são concentrados, com 1, 2 ou 3 entidades gestoras em função do fluxo específico de resíduo considerado. Como fatores que afastam preocupações de natureza concorrencial, verifica-se que a interação no mercado é pouco frequente, já que os concursos são anuais e bianuais e que os preços dos *ecovalores* não são revistos de forma frequente e dependem da autorização prévia por parte das entidades reguladoras (APA e DGAE).
41. Em relação ao enquadramento da atividade das entidades gestoras, nota-se ainda que estas operam num ambiente regulado, sujeito a múltiplas obrigações, incluindo ao nível do

destino a dar aos lucros, e não num ambiente de mercado totalmente livre, pelo que não é necessário que a divulgação de informação dos concursos ponha em risco a concorrência, ainda que não se possa afastar esse risco de forma total.

42. No que respeita aos mercados em que operam gestores de resíduos, o número de operadores é maior e por isso menos concentrado (por exemplo, no concurso da ERP Portugal de Recolha, Contentorização e Armazenamento Temporário e Centros de Receção de REEE e RPA 01/2019, participaram 15 operadores). Porém, porque os concursos se estruturam em lotes e regiões de recolha, não se afasta a possibilidade de existir concentração ao nível regional (por exemplo, no concurso Centros de receção de REEE e RPA 01/2019, a ERP contratou eminentemente uma empresa nos distritos do centro e norte de Portugal Continental).
43. A possibilidade de as entidades gestoras lançarem concursos de forma sequencial, cujos resultados são obrigatoriamente divulgados, permitirá que os operadores de gestão de resíduos que vão a todos os concursos conheçam com reduzida antecedência o histórico dos concursos anteriores. Nesse contexto, havendo concentração e barreiras à entrada, a divulgação de informação dos concursos pode ser útil para sustentar equilíbrios de natureza colusiva entre operadores de gestão de resíduos.
44. Em relação aos conteúdos que a APA propôs incluir na divulgação obrigatória, a análise deve atender ao nível de atualidade, ao nível de desagregação e ao alvo da informação. A análise de cada elemento da informação é a seguir apresentada:



#NOVOREGISTO:CODIGOBARRAS#

- **Anúncio dos procedimentos concursais e termos dos mesmos:**

O anúncio dos procedimentos concursais e termos dos mesmos, acessível sem custos para os operadores de gestão de resíduos potenciais interessados, é suscetível de providenciar transparência ao mercado e permitir que todos os potenciais concorrentes possam participar nos concursos, sendo dessa forma um elemento de promoção da concorrência. Em contrapartida, através do anúncio dos procedimentos concursais e termos dos mesmos as entidades gestoras de fluxos de resíduos divulgam junto de outras entidades gestoras concorrentes o modo como contratam e os critérios de seleção que adotam, o que aumenta a transparência entre concorrentes, neste caso, entre as entidades que procedem à gestão de fluxos de resíduos. Existem prós e contras em relação à divulgação dos concursos, não havendo um argumento claro contra a divulgação do anúncio e termos dos concursos.

- **Resultados dos procedimentos concursais, no prazo de 10 dias úteis após o mesmo se encontrar encerrado, o que inclui:**

- **Identificação das empresas concorrentes;**

A identificação dos concorrentes pode revelar elementos de estratégia comercial dos OGR, nomeadamente a forma como cada OGR seleciona a participação em concursos das entidades gestoras.

Em contrapartida, a identificação dos participantes no concurso pode ser entendida como correspondendo a um requisito mínimo para que se observe o princípio da transparência previsto no n.º 9 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 152-D/2017.

o **Identificação das empresas contratadas;**

A identificação dos concorrentes vencedores do concurso fornece elementos sobre os clientes de cada operador de gestão de resíduos, o que pode ser considerando segredo de negócio. Todavia, a informação do vencedor ou vencedores de cada concurso não é por si só suficiente para gerar ou suportar colusão.

Em contrapartida, a identificação do vencedor do concurso pode ser entendida como correspondendo a um requisito mínimo para que se observe o princípio da transparência previsto no n.º 9 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 152-D/2017.

o **Identificação das empresas excluídas e respetivos motivos;**

Não se compreende o objetivo da APA em promover a divulgação das razões de exclusão, na medida em que a verificação do cumprimento dos princípios de contratação pode ser feita pela própria APA ou pela DGAE, sem haver necessidade de divulgar essa informação publicamente.

o **Quantidades a retomar/recolher/reciclar (estimadas) e respetivo preço unitário:**

Por via da divulgação dos resultados dos concursos, os preços e volumes de fornecimento de cada OGR à respetiva entidade gestora são tornados públicos. Essa informação é qualificável como segredo de negócio.

Cada entidade gestora, divulgando toda a sua contratação com operadores de gestão de resíduos, permite que as outras entidades gestoras concorrentes fiquem a conhecer uma parte importante da respetiva estrutura de custos. Essa informação é qualificável como segredo de negócio.

45. Em conclusão, a divulgação do anúncio dos concursos permite maximizar a participação nos concursos, favorecendo dessa forma a concorrência. O impacto concorrencial da divulgação de dados de preços e quantidades dos concursos não é claro quanto aos efeitos positivos ou negativos na concorrência (nomeadamente a sua aptidão para permitir estabilizar equilíbrios do tipo colusivo) porque os concursos não se realizam de forma frequente e porque os preços ou ecovalores das entidades gestoras não se atualizam de forma frequente. A divulgação detalhada dos resultados dos concursos pode no entanto revelar informação qualificável como segredo de negócio das entidades gestoras e dos operadores de gestão de resíduos contratados.
46. É necessário distinguir entre os “resultados a publicitar”, que se pode limitar à identificação do vencedor do concurso e dos concorrentes que nele participaram, e a informação que a APA e DGAE podem ter acesso para monitorizar e fiscalizar o cumprimento dos princípios de contratação previstos no n.º 9 do artigo 11.º Decreto-Lei n.º 152-D/2017, que pode ser de acesso restrito.

III. Conclusão e apreciação das questões colocadas pela APA à AdC

47. Em face do exposto, tendo em conta, por um lado, as características do mercado em causa, e por outro lado, o conteúdo, a atualidade, o nível de desagregação e o alvo da informação:



#NOVOREGISTO:CODIGOBARRAS#

- as empresas têm que requerer, de modo fundamentado, a razão pela qual os resultados não poderão ser divulgados, em particular a natureza dos segredos de negócio a proteger e fornecer uma cópia não confidencial da informação para efeitos de divulgação;
- toda a informação sobre os concursos que permita maximizar a participação nos concursos favorece a concorrência; a divulgação dos resultados dos concursos, no caso de concursos que se realizem com maior frequência, que permitam conhecer a estrutura de custos das entidades gestoras e os preços e quantidades a fornecer por cada OGR, além de poderem constituir segredos de negócio, não têm necessariamente um benefício para a concorrência, podendo gerar riscos concorrenciais em matéria de colusão tácita;
- será necessária cautela caso a divulgação da informação em causa possa gerar, potencialmente ou efetivamente, efeitos concorrenciais negativos. Não sendo perfeitamente claro que tal possa acontecer, seguindo um princípio de precaução e de forma a garantir também o objetivo de transparência previsto no Decreto-Lei n.º 152-D/2017, a divulgação pode ser sujeita a algum grau de restrição, propondo-se que apenas se divulgue a identificação do vencedor do concurso e dos concorrentes que nele participaram.

48. Considerando os fundamentos acima expostos, a resposta às questões que a APA formulou no seu pedido de parecer é a seguir apresentada:

- Se a APA pode exigir a publicitação dos resultados dos concursos com o detalhe mencionado nos documentos constantes no seu portal, numa situação em que existe mais do que uma entidade gestora a atuar no fluxo em causa;

A APA pode exigir a publicitação dos resultados dos concursos, numa situação em que existe mais do que uma entidade gestora a atuar no fluxo em causa, com um nível de detalhe que compatibilize o objetivo de transparência previsto no Decreto-Lei n.º 152-D/2017 com o da proteção de segredos de negócio e da concorrência. Correspondendo a esse objetivo, propõe-se que apenas se identifique o vencedor de cada concurso e dos concorrentes que nele participaram.

- Se a APA pode determinar que os resultados publicitados sejam por concurso efetuado, considerando-se que a cada concurso está associado um fluxo, material (ou categoria ou sistema químico e tipologia, de acordo com o fluxo), a uma origem e a uma transação/lote/grupo;

A APA pode exigir a publicitação dos resultados dos concursos por concurso efetuado, com um nível de detalhe que compatibilize o objetivo de transparência previsto no Decreto-Lei n.º 152-D/2017 com o da proteção de segredos de negócio e da concorrência. Correspondendo a esse objetivo, propõe-se que apenas se identifique o vencedor de cada concurso e dos concorrentes que nele participaram.

- Se a publicitação dos resultados no detalhe supramencionado pode afetar a livre concorrência ou distorcer de algum modo o mercado entre operadores de gestão de resíduos que se candidatam aos procedimentos concursais com as propostas de preços que praticam;



#NOVOREGISTO.CODIGOBIARRA.S#

O impacto concorrencial da divulgação detalhada dos resultados dos concursos, incluindo informação de preços e quantidades, não é claro quanto a efeitos positivos ou negativos na concorrência (nomeadamente a sua aptidão para permitir estabilizar equilíbrios do tipo colusivo) porque os concursos não se realizam de forma frequente e porque os preços ou ecovalores das entidades gestoras não se atualizam de forma frequente.

Neste sentido a informação revelada deverá coincidir com aquela que seja estritamente necessária para cumprir o desiderato pretendido pela APA, ou seja, a mesma deverá ser divulgada numa perspetiva finalisticamente dirigida estando as entidades unicamente obrigadas a divulgar os dados, os elementos e a informação que permita à APA ver satisfeito o seu objetivo (de transparência).

A divulgação detalhada dos resultados dos concursos pode revelar informação qualificável como segredo de negócio das entidades gestoras e dos operadores de gestão de resíduos contratados. O objetivo de transparência previsto no Decreto-Lei n.º 152-D/2017 deve ser compatibilizado com o da proteção de segredos de negócio e da concorrência, recomendando-se que se reduza o detalhe dos resultados, propondo-se que apenas se identifique o vencedor de cada concurso e dos concorrentes que nele participaram.

- Se o facto de os resultados dos procedimentos concursais serem publicitados com o detalhe que a APA entende ser o adequado, face à interpretação que dá à leitura conjugada tanto do UNILEX como dos despachos de licenças das diversas entidades gestoras, pode afetar ou influenciar os preços habitualmente praticados pelos operadores de gestão de resíduos.

A informação divulgada antes da abertura de cada concurso, com elevados níveis de detalhe e objetividade (anúncios de concurso, cadernos de encargos e outras peças relevantes para apresentação de propostas), é positiva para a concorrência na medida em que aumente a transparência pré-procedimental tendo em vista maximizar a participação de todos os potenciais interessados. Já a divulgação de informação em momentos posteriores ao fim do procedimento envolve riscos que poderão superar os seus benefícios.

Por forma a mitigar os riscos que a divulgação da informação afete ou influencie os preços habitualmente praticados pelos operadores de gestão de resíduos, recomenda-se que a APA reduza o nível de detalhe da informação dos resultados dos concursos que deverá ser publicitado pelas entidades gestoras. A AdC recomenda que apenas se identifique o vencedor de cada concurso e dos concorrentes que nele participaram.

05 de novembro de 2019

