

Recomendação da Autoridade da Concorrência relativa às características do Concurso para apresentação de candidaturas ao Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos – PO SEUR

Sumário executivo

A sociedade de advogados SrS Associados remeteu à Autoridade da Concorrência (doravante AdC) uma exposição em nome das sociedades CESPAL- PORTUGAL, S.A., CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A., FOMENTINVEST AMBIENTE SGPS, S.A., HIDURBE – Gestão de Resíduos S.A., RECOLTE – Serviços e Meio Ambiente S.A., SEMURAL – WASTE & ENERGY, S.A, RECIVALONGO – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda. e RETRIA – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda., (doravante exposição), pela qual dá conhecimento de um conjunto de factos que considera terem o potencial de distorcer a concorrência no sector dos resíduos. Os factos em causa respeitam a um aviso para apresentação de candidaturas no âmbito do Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos (doravante PO SEUR).

É solicitado à AdC que, no quadro dos artigos 5.º e 6.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014:

- i. Emita “uma recomendação para a alteração do mencionado anúncio do PO SEUR” e emita “uma posição sobre a política de elegibilidades futuras no âmbito da atribuição de fundos nacionais e europeus direcionados para os resíduos, no sentido de se eliminarem restrições contrárias ao Direito da Concorrência e Direito Europeu”;
- ii. Sensibilize “o Governo para a necessidade deste atuar junto da Presidência da Comissão Diretiva da Autoridade de Gestão dos Planos Operacionais Temáticos para que aquele anúncio do PO SEUR seja alterado, e em concreto, alterados os critérios de elegibilidade em causa e, nessa sequência, para que seja prorrogado o prazo para apresentação de candidaturas”.

Analisados elementos anexos à referida exposição, bem como os comentários submetidos à AdC relativos a um projeto de recomendação submetido à Autoridade de Gestão do PO SEUR, à ERSAR bem como à CESPAL- PORTUGAL, S.A., CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A., FOMENTINVEST AMBIENTE SGPS, S.A., HIDURBE – Gestão de Resíduos S.A., RECOLTE – Serviços e Meio Ambiente S.A.,

SEMURAL – WASTE & ENERGY, S.A, RECIVALONGO, representadas pela sociedade de advogados SrS Associados;

Atendendo ao quadro legal de atribuição de fundos no âmbito do PO SEUR, bem como o quadro legal que rege as atividades das empresas municipais e multimunicipais de gestão de resíduos, e tendo presente a implementação do concurso em análise bem como em futuros concursos a desenvolver pela mesma instituição no âmbito da “promoção de reciclagem multimaterial e valorização orgânica de resíduos urbanos”;

E tendo presente que compete à AdC, nos termos da al. g) do artigo 5.º dos respetivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, “contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou do Governo”, sendo-lhe ainda atribuído pela al. d) do n.º 4 do artigo 6.º dos Estatutos citados o poder de “formular sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório”, a Autoridade recomenda ao Senhor Ministro do Ambiente, membro do Governo com a tutela do sector da gestão de resíduos, que sejam adotadas as seguintes medidas:

- 1) Que se estabeleçam procedimentos que imponham uma obrigatoriedade de comunicação à Autoridade de Gestão do PO SEUR de qualquer extensão da atividade das empresas beneficiárias de cofinanciamento, sempre que estejam em causa uma extensão da operação para uma atividade complementar ou acessória que possa utilizar equipamentos ou infraestruturas que tenham sido objeto de apoio no âmbito deste programa.

Esta obrigatoriedade de prestação de informação deve suceder a aprovação do pedido de autorização para o exercício destas atividades de acordo com o disposto nos artigos 24.º e 51.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, e artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 92/2013.

- 2) Tendo por objetivo minimizar os riscos concorrenciais, não se criando um risco de abuso de posição dominante, a autorização pelo concedente para a expansão de atividade por qualquer empresa titular de um direito exclusivo de exploração de sistemas de RSU (esteja ou não abrangida pelo regime do Decreto-Lei n.º 92/2013), para mercados abertos à concorrência utilizando infraestruturas ou equipamentos financiados pelo PO SEUR deve ser sujeita às seguintes condições:
 - a. A não adoção, pela empresa titular de um direito exclusivo de exploração de sistemas de RSU de comportamentos que possam excluir concorrentes ou

dificultar a sua entrada ou expansão no mercado em concorrência, tais como práticas contratuais de fidelização ou de aplicação de preços predatórios;

- b. Que seja autonomizada a contabilidade analítica da concessionária associada à prestação desta atividade, de modo a permitir segregar os custos e proveitos da atividade concessionada e da atividade complementar, bem como a demonstração periódica da sustentabilidade económico-financeira da atividade complementar, impedindo práticas de subsidiação cruzada.

O acompanhamento das condições relativas à autonomização da contabilidade analítica e à demonstração periódica da sustentabilidade económico-financeira poderá enquadrar-se na atividade regulatória da ERSAR no quadro do disposto no Regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos, definido pela Deliberação n.º 928/2014 da ERSAR, de 17 de fevereiro de 2014.

- 3) Garantir que os investimentos a que se refere a alínea v) do artigo 88.º do RE SEUR, dos quais poderão advir proveitos financeiros resultantes da valorização energética de resíduos, reverterem integralmente a favor da tarifa de acordo com o disposto no ponto 10.3.4. do aviso, sob supervisão da ERSAR no quadro do disposto no Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos, aprovado pelo Conselho Diretivo da ERSAR de 17 de fevereiro de 2014 nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro.

I. Exposição remetida à Autoridade da Concorrência

1. A sociedade de advogados SrS Associados remeteu à Autoridade da Concorrência (doravante AdC) uma exposição em nome das sociedades CESPAL- PORTUGAL, S.A., CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A., FOMENTINVEST AMBIENTE SGPS, S.A., HIDURBE – Gestão de Resíduos S.A., RECOLTE – Serviços e Meio Ambiente S.A., SEMURAL – WASTE & ENERGY, S.A, RECIVALONGO – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda. e RETRIA – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda., (doravante exposição), pela qual dá conhecimento de um conjunto de factos que considera terem o potencial de distorcer a concorrência no sector dos resíduos. Os factos em causa respeitam a um aviso para apresentação de candidaturas no âmbito do Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos (doravante PO SEUR).¹
2. É solicitado à AdC que, no quadro dos artigos 5.º e 6.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014:
 - i. Emita “uma recomendação para a alteração do mencionado anúncio do PO SEUR” e emita “uma posição sobre a política de elegibilidades futuras no âmbito da atribuição de fundos nacionais e europeus direcionados para os resíduos, no sentido de se eliminarem restrições contrárias ao Direito da Concorrência e Direito Europeu”;
 - ii. Sensibilize “o Governo para a necessidade deste atuar junto da Presidência da Comissão Diretiva da Autoridade de Gestão dos Planos Operacionais Temáticos para que aquele anúncio do PO SEUR seja alterado, e em concreto, alterados os critérios de elegibilidade em causa e, nessa sequência, para que seja prorrogado o prazo para apresentação de candidaturas”.
3. Na sequência desta exposição a AdC reuniu com os representantes destas sociedades a 18 de novembro de 2015, e recebeu um aditamento àquela exposição a 14 de janeiro de 2016.
4. Com o objetivo de melhor apurar o contexto que levou à emissão do Aviso de Concurso em apreço, a AdC promoveu reuniões com representantes da Comissão Executiva do PO SEUR a 19 de janeiro de 2016 e com a ERSAR a 2 de fevereiro de 2016.
5. Analisados os elementos anexos à referida exposição e remetidos à AdC, esta Autoridade elaborou uma proposta de recomendação que submeteu, para comentários, à Autoridade de

¹ Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos – PO SEUR: Eixo prioritário 3, objetivo temático 6., prioridade de investimento 6.i e objetivo específico 1.

Gestão do PO SEUR, à ERSAR bem como à CESPÁ- PORTUGAL, S.A., CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A., FOMENTINVEST AMBIENTE SGPS, S.A., HIDURBE – Gestão de Resíduos S.A., RECOLTE – Serviços e Meio Ambiente S.A., SEMURAL – WASTE & ENERGY, S.A, RECIVALONGO, representadas pela sociedade de advogados SrS Associados, tendo-se dado conhecimento ao Ministério do Ambiente e ao Ministério da Economia.

6. A AdC recebeu comentários por parte da SrS Associados, a 14/03/2016 e do PO SEUR, a 26 de abril 2016. De forma a melhor esclarecer a posição da AdC, realizou-se ainda uma reunião entre a Autoridade e representantes da Comissão Executiva do PO SEUR e da ERSAR a 17 de março de 2016.

II. Enquadramento prévio: o tratamento de resíduos não perigosos em Portugal

7. Para efeitos de determinação dos modelos de gestão de resíduos não perigosos, tendo por base a legislação portuguesa, é possível distinguir, genericamente, entre:
 - Resíduos Sólidos Urbanos de Pequenos Produtores: resíduos provenientes de habitações ou que, pela sua natureza ou composição, a estes sejam semelhantes, cuja produção diária não exceda 1100 l por produtor (a que se faz referência na alínea dd) do artigo 3.º e n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro);
 - Resíduos Sólidos Urbanos de Grandes Produtores: resíduos urbanos que, pela sua natureza ou composição, sejam semelhantes aos resíduos produzidos nas habitações, nomeadamente os produzidos por particulares ou provenientes do setor de serviços, de estabelecimentos comerciais, hospitalares e industriais, cuja produção diária seja superior a 1100 litros (a que se faz referência na alínea o) da Base I do Anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho);
 - Resíduos Industriais: resíduos gerados em processos produtivos industriais, bem como os que resultem das atividades de produção e distribuição de eletricidade, gás e água, que não apresentem características de perigosidade (a que se faz referência na alínea p) da Base I do Anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014).
 - Outros resíduos não urbanos e que incluem outro tipo de resíduos identificados definidos na legislação, tais como resíduos agrícolas, de construção e demolição, hospitalares e inertes (a que se faz referência na alínea v), x) z) e bb) do artigo 3.º e n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 178/2006)

8. De acordo com o disposto no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 178/2006, tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho:

“1- A responsabilidade pela gestão dos resíduos, incluindo os respetivos custos, cabe ao produtor inicial dos resíduos, sem prejuízo de poder ser imputada, na totalidade ou em parte, ao produtor do produto que deu origem aos resíduos e partilhada pelos distribuidores desse produto se tal decorrer de legislação específica aplicável.

2 — Excetuam-se do disposto no número anterior os resíduos urbanos cuja produção diária não exceda 1100 l por produtor, caso em que a respetiva gestão é assegurada pelos municípios”.

9. Atendendo ao artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 178/2006, é possível agrupar os resíduos não perigosos em dois grandes tipos, distinguindo entre o modelo de gestão da responsabilidade pública, que inclui a gestão dos Resíduos Sólidos Urbanos de Pequenos Produtores (que designamos, genericamente, de resíduos sólidos urbanos - RSU) e o modelo de gestão da responsabilidade dos produtores que inclui os restantes tipos de resíduos (que designamos, genericamente, de Resíduos Não urbanos – RNU).
10. A Lei de Delimitação dos Sectores, Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, republicada pela Lei n.º 35/2013, de 11 de junho, estabelece, na alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º, que os serviços de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, no caso de sistemas municipais ou multimunicipais, estão vedados à iniciativa privada e a outras entidades da mesma natureza, salvo quando tais atividades seja concessionadas. Nos termos do n.º 5 do artigo 1.º da Lei n.º 88-A/87, tratando-se de um sistema multimunicipal, o Estado pode concessionar a atividade de gestão de resíduos sólidos urbanos a empresas cujo capital social seja maioritariamente subscrito por entidades do setor público, nomeadamente autarquias locais ou a empresas cujo capital social seja maioritária ou integralmente subscrito por entidades do sector privado.
11. O Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de junho, que adapta o quadro legal para os sistemas multimunicipais de gestão de água para consumo, afluentes e resíduos sólidos às novas regras de delimitação dos sectores, introduz modelos de gestão distintos para a captação, tratamento e distribuição de água para consumo a público e recolha, tratamento e rejeição de efluentes, por um lado, e para a recolha e tratamento de resíduos sólidos, por outro:

“A exploração e a gestão dos sistemas multimunicipais pode ser diretamente efetuada pelo Estado ou atribuída, em regime de concessão, a entidade de natureza empresarial, a qual, no caso de sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público e de recolha, tratamento e rejeição de efluentes, deve ter

capitais exclusivamente públicos ou resultar da associação de entidades públicas, em posição obrigatoriamente maioritária no capital social, com entidades privadas” (n.º 3 do artigo 1.º).

12. O 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, cuja responsabilidade pela gestão é assegurada pelos municípios, atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados, estabelece ainda que a exploração desta atividade consubstancia um serviço público a exercer em regime de exclusividade (n.º 1 do artigo 3.º).
13. O n.º 5 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 178/2006, tal como alterado pelo Decreto-Lei n.º 73/2011, estabelece ainda que “o produtor inicial dos resíduos ou o detentor devem, em conformidade com os princípios da hierarquia de gestão de resíduos e da proteção da saúde humana e do ambiente, assegurar o tratamento dos resíduos, podendo para o efeito recorrer:
 - a) A um comerciante;
 - b) A uma entidade licenciada que execute operações de recolha ou tratamento de resíduos;
 - c) A uma entidade licenciada responsável por sistemas de gestão de fluxos específicos de resíduos.”
14. Deste quadro legal decorre que os sistemas de gestão de RSU constituem uma responsabilidade dos municípios ou, no caso dos sistemas multimunicipais, do Estado, exercida através de modelos de gestão direta, delegada ou concessionada. Neste último caso, a concessão pode ser atribuída a entidades de capitais maioritariamente públicos ou privados. Os sistemas de gestão de RNU, sendo da responsabilidade dos produtores, são geridos num sistema aberto à iniciativa privada.
15. Note-se que a exploração dos sistemas de gestão de RSU obedece a um regime de exclusividade, podendo as entidades gestoras expandir a sua operação para atividades complementares ou acessórias:
 - No caso em que um município, uma associação de municípios ou uma área metropolitana delega os respetivos serviços de RSU a uma empresa municipal, esta pode exercer atividades complementares e acessórias desde que autorizada pela entidade delegante, devendo a entidade reguladora ser informada (alínea d) do n.º 1 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto);

- No caso da concessão em sistemas municipais, o concessionário pode exercer atividades que, não constituindo o objeto principal do contrato de concessão, possibilitem uma mais-valia para os utilizadores dos serviços ou uma utilização mais eficiente dos recursos geridos pelo concessionário, sempre que autorizado e uma vez informada a entidade reguladora (artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 194/2009).
- Para os sistemas multimunicipais o n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 92/2013 estabelece que “as entidades gestoras de sistemas multimunicipais podem exercer outras atividades que sejam consideradas acessórias ou complementares, designadamente de aproveitamento energético de infraestruturas e de preparação para reciclagem e valorização de fluxos específicos de resíduos, desde que este exercício não ponha em causa a concorrência e que a exploração e gestão de sistemas multimunicipais se mantenha com contabilidade própria e autónoma”.

Aquela permissão fica, ainda, sujeita a “autorização do membro do Governo responsável pela área do ambiente, ponderada a sua harmonização com os objetivos de serviço público de que a entidade gestora se encontra incumbida, mediante parecer obrigatório da Autoridade da Concorrência.” (n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 92/2013).

No caso dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, cuja responsabilidade pela gestão é assegurada pelos municípios, concessionados a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados, a autorização está condicionada à obtenção de pareceres obrigatórios da Autoridade da Concorrência e da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (Base VII do Anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho).

16. Atentas estas normas legais, verifica-se que as entidades que detêm um direito exclusivo na gestão de RSU podem, mediante autorização nos termos legais, estender a sua atividade para uma área de gestão de resíduos aberta à iniciativa privada.

III. Questões levantadas na exposição

17. Na sua exposição inicial, as empresas concluem que os termos do concurso para apresentação de candidaturas ao PO SEUR podem gerar efeitos anticoncorrenciais e prejudicar o cumprimento por Portugal dos objetivos temáticos e metas ambientais acordadas na Estratégia Portugal 2020.

18. No aditamento à exposição, as empresas reafirmam a preocupação quanto ao impacto do concurso “no presente e futuro do sistema de reciclagem nacional, em geral, e, em concreto: (i) no cumprimento das metas europeias para desvio de resíduos de aterro; e (ii) na limitação e no modelo de uso das infraestruturas públicas por privados.”
19. Quanto à questão relacionada com o cumprimento de objetivos de interesse público ambiental, a mesma encontra-se fora do âmbito de intervenção da Autoridade da Concorrência, tal como estabelecido no artigo 5.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, pelo que não será objeto de qualquer análise. Relativamente aos alegados efeitos anticoncorrenciais, a exposição apresenta um conjunto de argumentos que se resumem no seguinte parágrafo:

“O aviso, nos termos publicados, é uma afronta ao Direito da Concorrência e ao Direito Europeu. Destacamos, entre vários, três constrangimentos:

- a) Em primeiro lugar, porque nenhum objetivo ambiental justifica a restrição do apoio aos resíduos domésticos, muito pelo contrário, é absolutamente necessário desviar a colocação de resíduos em aterro independentemente de serem RSU ou RNU. Esta distinção de conceitos, insista-se, é meramente política, artificial ou legal, já que sob o ponto de vista material esta não existe, ou seja, estamos a falar do mesmo tipo de resíduo, pelo que apenas muda o produtor. Visto inexistir objetivo ambiental não se poderá atribuir qualquer fundamento à exclusão de todos os operadores do financiamento;
- b) Em segundo lugar, circunscrever este apoio financeiro aos resíduos domésticos – estando os RSU vedados aos operadores fora do serviço público – é, na prática, canalizar, pelo menos, 90M€ para a EGF, deixando de fora todos os operadores que operam com os RNU;
- c) Em terceiro lugar, a atividade referente aos RSU está vedada ao mercado sem reciprocidade, ou seja, os operadores que tratam RNU não podem participar na gestão de RSU; no entanto, os concessionários dos sistemas de tratamento de RSU podem operar na gestão de RNU. Fácil será de prever que a manutenção do presente anúncio, para atribuição de financiamento não reembolsável, apenas aos concessionários dos sistemas multimunicipais, vai permitir que estes (11 dos quais detidos pela EGF) se equipem com financiamento europeu, aumentem a sua capacidade e com isso ofereçam condições imbatíveis para a receção dos RNU,

afastando do mercado os demais operadores. Esta situação contraria precisamente tudo o que a União Europeia recomenda como desejável para o mercado⁸.

À boleia do PO SEUR os sistemas multimunicipais preparam-se para aumentar o seu monopólio, legalmente restringido aos RSU, mas que, de facto, se alarga aos RNU.

Deste modo, e atendendo ao que foi exposto, nada justifica a restrição do anúncio em referência ao circunscrever o apoio financeiro à ‘gestão de resíduos domésticos’ (incluindo medidas de minimização, triagem e reciclagem); gestão de resíduos domésticos (incluindo medidas de tratamento biológico mecânico, tratamento térmico, incineração e aterro sanitário)”.

20. Para melhor compreender estas preocupações, importa começar por esclarecer que no texto da exposição se propõe a já referida distinção entre tipos de resíduos tendo por base a responsabilidade legal pelo seu tratamento. Assim, entende-se por resíduos sólidos urbanos (RSU) os resíduos urbanos de pequenos produtores cuja responsabilidade de gestão recai sobre os municípios ou é atribuída por concessão. Estes distinguem-se dos resíduos não urbanos (RNU), cuja gestão é da responsabilidade dos produtores e que incluem (i) os resíduos urbanos de grande produtores, (ii) os resíduos industriais não perigosos e (iii) outros resíduos não urbanos (tais como resíduos agrícolas, de construção e demolição, hospitalares e inertes).
21. Feita esta precisão, a exposição refere-se a duas questões relevantes para efeitos da avaliação e impacto concorrencial: em primeiro lugar, refere-se a possibilidade de estar em causa um “novo auxílio Estatal ilegal que beneficia uma empresa em detrimento de outras, através de apoios públicos num sector com objetivos europeus e nacionais ambientais a cumprir, nos quais a necessidade de desvio de resíduos de aterro não se circunscreve aos RSU” (como se clarifica na nota de rodapé n.º 3 da exposição); em segundo lugar, refere-se a possibilidade de o programa de apoio financeiro estar desenhado de forma a criar condições desiguais de concorrência entre as empresas que operam no sector.
22. A primeira questão remete para a esfera de atuação da Comissão Europeia ao abrigo do artigo 107.º do TFUE, pelo qual se consideram “incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

23. São assim contrários ao disposto no Tratado os auxílios que, não estando previstos no n.º 2 do artigo 107.º ou não sendo objeto de uma exceção de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, ou, por fim, não abrangidos pelo regulamento *de minimis* (Regulamento n.º 1407/2013 da Comissão de 18 de dezembro de 2013), constituem uma vantagem ou benefício atribuído pelo Estado, de forma seletiva, que possa afetar as trocas comerciais entre Estados membros, falseando ou ameaçando falsear a concorrência.
24. Relativamente a este assunto, a AdC foi informada pelas exponents que as mesmas apresentaram já aos serviços competentes da Comissão Europeia (DG COMP) uma denúncia relativa a um “alegado auxílio de Estado” no quadro da privatização da EGF, não sendo, por conseguinte, matéria sobre a qual a AdC se deva pronunciar.
25. A segunda questão está relacionada com o impacto concorrencial do apoio financeiro que possa vir a ser atribuído a uma empresa que, detendo um direito exclusivo num determinado mercado, pode expandir a sua atividade para um mercado conexo aberto à concorrência.
26. Da exposição resulta uma preocupação relativa à eventual exclusão de concorrentes nos mercados concorrenciais, alavancada pelas vantagens financeiras que, alegadamente, serão apenas atribuíveis às empresas que atuam na esfera da gestão dos RSU, em especial, à EGF e respetivas subsidiárias titulares de concessões de sistemas multimunicipais.
27. Esta segunda questão enquadra-se no âmbito de uma avaliação de impacto concorrencial de uma decisão pública, que se desenvolve em seguida.

IV. Avaliação do impacto concorrencial

1. Quadro legal do concurso para a apresentação de candidaturas ao PO SEUR

28. De acordo com o Aviso de Concurso (doravante Aviso) o programa de investimento em causa enquadra-se no:

Eixo Prioritário 3 - proteger o ambiente e promover a eficiência dos recursos.

Objetivo Temático 6. - preservar e proteger o ambiente e promover a eficiência energética.

Prioridade de investimento (PI) 6.i – investimento no setor dos resíduos para satisfazer os requisitos do acervo da união em matéria de ambiente e para satisfazer as necessidades de investimento que excedam esses requisitos, identificadas pelos estados-membros.

Objetivo específico 1. - valorização dos resíduos, reduzindo a produção e deposição em aterro, aumentando a recolha seletiva e a reciclagem.

29. São dois os domínios de intervenção:

017 - gestão de resíduos domésticos (incluindo medidas de minimização, triagem e reciclagem);

018 - gestão de resíduos domésticos (incluindo medidas de tratamento biológico mecânico, tratamento térmico).

30. Podem ser beneficiários destes apoios, de acordo com o ponto 3 do Aviso, (que remete para o artigo 89.º do RE SEUR, anexo à Portaria n.º 57-B/2015, de 27 de fevereiro), a Administração pública central, as Autarquias locais e suas associações, o Sector empresarial do Estado, o Sector empresarial local, e as Empresas concessionárias municipais, intermunicipais ou multimunicipais.

31. As operações abrangidas pelos apoios estão previstas no artigo 88.º do RE SEUR considerando-se prioritárias para o Aviso em análise aquelas descritas nos pontos i), ii), iii) e v), da alínea a) desse artigo.

“i) Ações para a prevenção da produção e perigosidade dos resíduos, incluindo quer ações de educação e sensibilização, quer estudos que se revelem necessários, com o enfoque nos primeiros patamares da pirâmide da gestão de resíduos ou seja ao nível da prevenção e redução e da preparação para a reutilização e reciclagem;

ii) Investimentos com vista ao aumento da quantidade e qualidade da reciclagem multimaterial, nomeadamente através da otimização e reforço das redes de recolha seletiva existentes, designadamente através da aquisição de ecopontos subterrâneos e superficiais, contentores de recolha seletiva e viaturas de recolha seletiva; otimização e reforço das infraestruturas de triagem multimaterial, nomeadamente através da instalação de novas centrais de triagem bem como de linhas de tratamento adicionais e respetivos equipamentos, tais como tapetes transportadores, separadores óticos, magnéticos, balísticos, e de metais não ferrosos, crivos rotativos, introdução de soluções alternativas e inovadoras que permitam aumentar significativamente a participação dos cidadãos e a eficiência dos sistemas de recolha e reciclagem multimaterial, designadamente recolha porta -a -porta e sistemas pay-as-you-throw — PAYT;

iii) Investimentos com vista ao aumento da valorização orgânica de resíduos, através do reforço e otimização do tratamento mecânico e biológico (TMB), designadamente através

de instalação de novas TMB e instalação de linhas de tratamento adicionais em TMB existentes com os equipamentos atrás referidos acrescidos de túneis de compostagem, digestores e equipamento de afinação do composto, e do apoio a sistemas e iniciativas de recolha seletiva de RUB, de compostagem doméstica de RUB e de valorização do composto;

[...]

v) Investimentos com vista ao desvio de aterro dos refugos e rejeitados das unidades de tratamento mecânico e biológico de RU, não passíveis de reciclagem e passíveis de valorização energética, nomeadamente através do seu processamento e transformação em Combustíveis Derivados de Resíduos (CDR), desde que integrado num projeto de investimento de infraestruturas;

32. No ponto 10 do aviso estão descritos os critérios de elegibilidade dos “beneficiários, das operações e das despesas a cofinanciar” de entre os quais se destacam os seguintes:

“10.1.2. Evidenciar a existência de sistema de informação contabilística que permita aferir os custos e proveitos do serviço de gestão de resíduos urbanos de forma separada, que permita a apresentação de estudo que comprove a sustentabilidade da operação e permita o apuramento da receita líquida, nos termos do n.º 2 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro, ou na ausência desta evidência será aplicada a percentagem forfetária da receita líquida definida no Anexo V do Regulamento (UE) n.º 1303/2013, isto é 20 % no setor dos resíduos;

10.1.3. Cumprir os requisitos mínimos definidos para o efeito pela entidade reguladora em matéria de estrutura tarifária e de grau de recuperação de custos, com base no regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR),

[...]

“10.3.1. Evidenciar o enquadramento da operação candidatada na estratégia e objetivos definidos no PERSU 2020 e nos planos multimunicipais, intermunicipais e municipais de ação aplicáveis, através de parecer da Autoridade Nacional de Resíduos, o qual deve integrar a candidatura;

[...]

“10.3.3. Comprovar que a operação a apoiar corresponde à otimização do investimento na perspetiva do interesse público e dos benefícios esperados e demonstra a viabilidade

e sustentabilidade do investimento, mediante a apresentação de Análise Custo-Benefício (ACB), a elaborar nos termos do Guia da Comissão Europeia para projetos com custo total elegível igual ou superior a 5 milhões de euros, e nos termos das orientações técnicas a definir pela Autoridade de Gestão, para projetos com custo total elegível igual ou superior a 1 milhão de euros e inferior a 5 milhões de euros;

10.3.4. As entidades gestoras cuja regulação económica tem subjacente um contrato têm que demonstrar que refletiram no respetivo modelo económico-financeiro da concessão o financiamento comunitário a que se propõem, assegurando que o mesmo reverte integralmente a favor da tarifa;”

2. O impacto concorrencial da atribuição de um financiamento no âmbito da candidatura do PO SEUR a uma empresa que, detendo um direito exclusivo num determinado mercado, pode expandir a sua atividade para um mercado conexo aberto à concorrência

33. Pelo exposto, verifica-se que está em causa um aviso de abertura de concurso para a apresentação de candidaturas a financiamento público de projetos que se enquadrem na defesa de um interesse público específico, a proteção do ambiente e a promoção de uma utilização eficiente de recursos. Estes concursos são limitados: (i) no objeto, centrando-se na gestão de resíduos urbanos não restringindo a dimensão do produtor e nessa medida abrangendo resíduos que se incluem nos RSU e RNU; (ii) na tipologia das operações, restritas ao estabelecido no artigo 88.º do RE SEUR; e (iii) tipo de beneficiários, previstos no artigo 89.º do RE SEUR, remetendo apenas para entidades públicas que atuam no âmbito dos RSU.
34. Atendendo ao quadro legal e em particular ao disposto na Lei de Delimitação dos Sectores, verifica-se que as entidades e as operações que podem beneficiar de apoio financeiro se encontram na esfera de intervenção exclusiva do sector público, salvo quando concessionadas. Conjugando as três limitações descritas conclui-se que, efetivamente, apenas as empresas de capitais públicos ou privados que detenham um direito exclusivo na gestão de RSU podem concorrer aos apoios financeiros em causa.
35. Neste sentido, o concurso em causa não tem um impacto direto na concorrência, uma vez que as empresas que podem beneficiar deste apoio atuam em mercados legalmente protegidos, sob monopólio legal, na prestação de um serviço de interesse económico geral.
36. Importa, no entanto, ter em atenção possíveis impactos indiretos em mercados abertos à concorrência onde as empresas potencialmente beneficiárias também possam atuar. A

análise desta possibilidade implica que se verifique se existe uma possibilidade real de uma empresa que beneficia de um direito exclusivo nos mercados em causa expandir a sua atividade para um mercado aberto à concorrência, bem como se, concretizando-se tal expansão de atividade, existe o perigo de uma potencial distorção da concorrência nesse mercado.

2.1. As distorções concorrenciais que podem resultar de uma expansão de atividade por uma empresa que beneficia de um direito exclusivo

37. Admitindo que as empresas em causa possam alargar a sua área de atuação para mercados em concorrência, o apoio financeiro na criação de infraestrutura ou aquisição de equipamento relevantes para a prestação do serviço sujeito à proteção legal, mas que possam ser utilizados na prestação de serviços num mercado concorrencial, ou o benefício financeiro que possa advir da venda de resíduos para valorização energética, podem alterar as condições concorrenciais nestes últimos mercados, criando uma situação de desigualdade.
38. Em concreto, a empresa que beneficia do apoio no quadro do mercado em que detém um direito exclusivo pode alavancar a sua posição para o mercado em concorrência, oferecendo condições de preço ou qualidade que não podem ser igualadas por um concorrente igualmente eficiente que não tenha acesso à mesma fonte de apoio financeiro. Desta situação poderia resultar a exclusão do mercado concorrencial de empresas concorrentes, por meios que não os da concorrência pelo mérito mas antes em consequência de uma desigualdade de oportunidades criada por via de um programa público.
39. Na perspetiva da aplicação da Lei da Concorrência, uma prática empresarial que leve à exclusão do mercado por um meio que não o da concorrência pelo mérito pode ser qualificada como um abuso de posição dominante, no âmbito do artigo 11.º da Lei da Concorrência e/ou do artigo 102.º do TFUE. Para tal seria necessário, no entanto, demonstrar a existência de uma posição dominante.
40. Quanto a este último aspeto, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que, quando está em causa a atuação de uma empresa que detém os direitos exclusivos para o exercício de uma determinada atividade económica, essa empresa se encontra numa posição dominante numa parte substancial do mercado interno.²

² V. Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção), de 25 de junho de 1998, *Dusseldorp e o.*, Proc. C-203/96, Colet. 1998, p. I-4075, considerando 60. No mesmo sentido, ver Acórdão do Tribunal de Justiça

41. Acompanhando a prática europeia na análise de abusos de exclusão, importa também sublinhar que uma prática predatória desenvolvida num mercado conexo tendo por base a posição dominante num mercado principal pode constituir um abuso, nomeadamente, quando a posição dominante resulta da existência de um monopólio legal. Esta é a posição assumida pela Comissão Europeia, na Comunicação relativa à “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”:³

“A Comissão poderá, igualmente, analisar práticas predatórias realizadas pelas empresas dominantes em mercados secundários onde ainda não são dominantes. Este tipo de prática abusiva é mais provável em sectores onde as atividades estão protegidas por um monopólio legal. Ainda que a empresa dominante não necessite de exercer práticas predatórias para proteger a sua posição dominante no mercado protegido pelo monopólio legal, pode utilizar os ganhos obtidos no mercado do monopólio para financiar, através de subsídios cruzados, as suas atividades noutros mercados e, desta forma, ameaçar excluir a concorrência efetiva nesse mercado”.

42. Estando em causa uma medida de política pública e não uma prática empresarial, a sua análise deve ser reconduzida a uma avaliação do impacto concorrencial, pelo que a metodologia de análise a seguir tem um evidente paralelo com os princípios enunciados na jurisprudência do Tribunal de Justiça a respeito da aplicação do n.º 1 do artigo 106.º do TFUE, conjugado com os artigos 101.º e/ou 102.º do mesmo Tratado.⁴ Com efeito, de acordo com o n.º 1 do artigo 106.º do TFUE, “no que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive”. Acresce que o terceiro parágrafo do n.º 4 do artigo 3.º do

(Quinta Secção), de 3 de outubro de 1985, *CBEM c. CLT e IPB (Télémarketing)*, Proc. 311/84, Recueil 1985, p. 3261, considerando 16; Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção), de 23 de abril de 1991, *Höffner c. Macroton*, Proc. C-41/90, Colet. 1991, p. I-2010, considerando 28; Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de junho de 1991, *ERT*, Proc. C-260/89, Colet. 1991, p. I-2925, considerando 31; Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de dezembro de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, Proc. C-179/90, Colet. 1991, p. I-5923, considerando 14; Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 13 de dezembro de 1991, *GB-Inno-BM*, Proc. C-18/88, Colet. 1991, p. I-5973, considerando 17.

³ Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE [atual artigo 102.º do TFUE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, J.O.U.E. C 45, de 24.02.2009, p. 16, nota de rodapé 2.

⁴ Importa ter presente que não compete à AdC proceder à aplicação do artigo 106.º do TFUE, sendo a mesma assegurada pela Comissão Europeia, enquanto guardiã dos Tratados, e pelos tribunais nacionais, enquanto tribunais da União de direito comum. Nestes termos, a pronúncia da AdC visa tão-somente identificar os eventuais riscos de impacto negativo na concorrência da autorização de extensão de atividade, à luz dos critérios identificados na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Tratado da União Europeia (TUE) impõe aos Estados-membros que se abstenham de qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União, encontrando-se, entre estes, o de estabelecer um mercado interno (n.º 3 do artigo 3.º do TUE). Tal mercado interno “inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada”, como previsto pelo Protocolo relativo ao mercado interno e à concorrência (anexo ao TUE e ao TFUE), sendo esse sistema composto, em primeira linha, pelas regras de concorrência do TFUE. Deste modo, os Tratados impõem aos Estados-membros que não adotem ou mantenham em vigor medidas suscetíveis de eliminar o efeito útil, entre outras, das regras de concorrência constantes dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

43. É neste contexto que a jurisprudência do Tribunal de Justiça tem vindo a esclarecer de que modo pode uma medida pública, relativa a uma empresa pública ou a uma empresa que detenha direitos especiais ou exclusivos, contrariar o n.º 1 do artigo 106.º conjugado com os artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE.

44. Em particular o Tribunal de Justiça teve ocasião de precisar no recente acórdão DEI:

“41 Há que recordar que, segundo a jurisprudência, um Estado Membro viola as proibições estabelecidas no artigo 86.º, n.º1, CE [atual artigo 106.º, n.º 1, do TFUE], conjugado com o artigo 82.º CE [atual artigo 102.º TFUE], quando adota uma medida legislativa, regulamentar ou administrativa que cria uma situação em que uma empresa pública ou uma empresa à qual conferiu direitos especiais ou exclusivos seja levada, pelo simples exercício dos direitos privilegiados que lhe foram conferidos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo, ou quando esses direitos possam criar uma situação em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos (v., neste sentido, acórdãos *Connect Áustria*, EU:C:2003:297, n.º80, *MOTOE*, EU:C:2008:376, n.º 49 e jurisprudência referida). A este propósito, não é necessário que se verifique realmente o abuso (acórdãos *GB Inno BM*, EU:C:1991:474, n.os 23 a 25; *Raso eo.*, EU:C:1998:54, n.º 31; e *MOTOE*, EU:C:2008:376, n.º49).

42 Assim, há violação destas disposições quando uma medida imputável a um Estado Membro cria um risco de abuso de posição dominante (v. acórdão *MOTOE*, EU:C:2008:376, n.º 50 e jurisprudência referida).

43 Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que um sistema de concorrência não falseada como o previsto no Tratado só pode ser garantido se a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos for garantida (v.

acórdãos GB Inno BM, EU:C:1991:474, n.º25; MOTOE, EU:C:2008:376, n.º51; e Connect Áustria, EU:C:2003:297, n.º 83 e jurisprudência referida).

44 Pelo que, se a desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos, e, portanto, a concorrência falseada, for o resultado de uma medida estatal, tal medida constitui uma violação do artigo 86.º, n.º1, CE, lido em conjugação com o artigo 82.º CE (v. acórdão Connect Áustria, EU:C:2003:297, n.º 84).”

45. Assim, para o Tribunal de Justiça:

“uma violação desse tipo pode ser constatada quando as medidas estatais em causa afetam a estrutura do mercado ao criarem condições desiguais de concorrência entre as empresas, ao permitirem à empresa pública ou à empresa a quem foram concedidos direitos especiais ou exclusivos manter, por exemplo, através da criação de entraves à entrada de novos concorrentes nesse mercado, reforçar ou alargar a sua posição dominante a outro mercado, restringindo assim a concorrência, e isto sem ser necessário provar a existência real de uma prática abusiva.”

46. Concluindo, para que uma medida estatal seja considerada contrária ao n.º 1 do artigo 106.º do TFUE, conjugado com o artigo 102.º do mesmo Tratado, não é necessário que a mesma atribua ou reforce direitos especiais ou exclusivos, bastando a criação de uma situação de desigualdade concorrencial no mercado da qual resulte um risco de abuso de posição dominante pela empresa à qual o Estado atribuiu direitos especiais ou exclusivos.

47. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça:

“a extensão de uma situação de posição dominante, sem justificação objetiva, é proibida «como tal» pelo artigo 86.º, n.º 1, CE, conjugado com o artigo 82.º CE, quando essa extensão resulte de uma medida estatal. Não podendo a concorrência ser eliminada desta forma, também não pode ser falseada (v., neste sentido, acórdãos Espanha e o./Comissão, C 271/90, C 281/90 e C 289/90, EU:C:1992:440, n.º36, e GB Inno BM, EU:C:1991:474, n.os 21, 23 e 24).”

2.2. Da possibilidade de expansão de atividade de uma empresa que beneficia de um direito exclusivo

48. Retomando a situação em análise, importa agora verificar se uma empresa que atua no âmbito de um mercado protegido prestando serviços de gestão de RSU e que tenha obtido o apoio

financeiro em causa pode, efetivamente, estender a sua atividade para o mercado em concorrência onde se poderão verificar os impactos acima referidos.

49. Relativamente a esta possibilidade já se fez alusão à alínea d) do n.º 1 do artigo 24.º e ao artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, bem como ao Decreto-Lei n.º 92/2013, os quais se referem às condições em que as empresas que detêm um direito exclusivo no âmbito da gestão de resíduos urbanos podem estender a sua atividade, passando a exercer atividades complementares ou acessórias que não constituam o objeto principal da delegação ou do contrato de concessão.
50. Nas diferentes situações em apreço são estabelecidas condições para que tal extensão seja autorizada pelas entidades competentes impondo-se, nomeadamente: que se informe à entidade reguladora; no caso dos sistemas concessionados, que não se ponha em causa a atividade principal e o aproveitamento de eficiências; e, para os sistemas multimunicipais, que não se ponha em causa a concorrência e se mantenha uma contabilidade autónoma.
51. Note-se que esta autorização de extensão da atividade constitui em si uma decisão pública sobre a qual a AdC já se pronunciou em vários casos concretos através dos pareceres previstos pelo n.º 3 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 92/2013.
52. Em todos esses pareceres, a AdC concluiu que, na perspetiva de avaliação de impacto concorrencial, mesmo existindo a possibilidade de alteração das condições concorrenciais no mercado aberto à concorrência envolvendo, nomeadamente, o risco de abuso de posição dominante por exclusão, numa ótica jusconcorrencial estrita, não existem fundamentos para uma oposição à expansão *per se*.
53. Retomando a jurisprudência europeia:

“[n]ão existe qualquer elemento, na jurisprudência do Tribunal, que indique que a Comissão deva ignorar as considerações estratégicas e as sinergias resultantes do facto de a La Poste [empresa detentora de um exclusivo num mercado] e a SFMI-Chronopost [filial da primeira que atua num mercado em concorrência verticalmente relacionado com a primeira] pertencerem ao mesmo grupo. Considerações estratégicas como o desejo de entrar num novo mercado desempenham, pelo contrário, um papel importante na tomada de decisões em matéria de investimentos numa empresa gestora de participações sociais. Este princípio é diretamente aplicável ao caso presente, onde a questão que está a ser analisada é a do comportamento de uma empresa-mãe e da sua filial.”

“O facto de a transação ter lugar entre uma empresa que opera num mercado reservado e a sua filial que exerce as suas atividades num mercado aberto à concorrência não entra em linha de conta no presente caso.”⁵

54. O Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral) suporta esta posição da Comissão quando conclui, sobre o mesmo caso, que:

“[c]om efeito o facto de se exigir que a remuneração cobrada por uma empresa pública que possui um monopólio pelo fornecimento da assistência comercial e logística à sua filial corresponda à contrapartida que teria sido reclamada em condições normais de mercado não impede uma tal empresa pública de penetrar num mercado aberto, mas submete-a às regras da concorrência, como é imposto pelos princípios fundamentais do direito comunitário. Com efeito, uma tal exigência não viola o regime da propriedade pública, mais não fazendo do que tratar de modo idêntico o proprietário público e o proprietário privado”.

55. Para efeitos de análise jusconcorrencial daquela remuneração, o Tribunal de Justiça estabelece que devem ser considerados: os custos variáveis incrementais diretamente imputáveis à atividade complementar; uma contribuição adequada aos custos fixos de utilização da infraestrutura; e uma contribuição adequada dos custos de capital (sempre líquidos de quaisquer subsídios ou apoios estatais).
56. Desta posição do Tribunal de Justiça depreende-se que, não estando vedada a uma empresa que beneficia de um direito exclusivo num mercado a possibilidade de estender a sua atividade a um mercado relacionado verticalmente com este e no qual não irá beneficiar de direitos especiais ou exclusivos, é essencial que a autorização em causa seja acompanhada de condições que garantam que não existe um risco de a concorrência nesse mercado conexo ser falseada por uma eventual desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos.
57. É neste sentido que a posição da AdC na análise de pedidos de expansão de atividade por uma concessionária de um sistema multimunicipal que pretenda exercer atividades complementares ou acessórias fora do âmbito da sua concessão, tem sido a de recomendar a subordinação da autorização a condições que salvaguardem a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores neste mercado, de forma a minimizar os riscos concorrenciais, prevenindo práticas anticoncorrenciais que possam excluir concorrentes ou dificultar a sua

⁵ Decisão da Comissão, de 1 de outubro de 1997, relativa aos auxílios que a França teria concedido à SFMI-Chronopost, notificada com o número C(1997) 3146, JOCE L 164/37, 9.06.1998, p. 45.

entrada ou expansão no mercado (tais como a adoção de preços predatórios, realização de contratos de fornecimento com cláusulas de fidelização), não se criando um risco de abuso de posição dominante. Em concreto, recomenda-se a adoção das seguintes condições

- i. Autonomização da contabilidade analítica da concessionária associada à prestação desta atividade, de modo a permitir segregar os custos e proveitos da atividade concessionada e da atividade complementar;
- ii. Demonstração periódica da sustentabilidade económico-financeira da atividade complementar, impedindo práticas de subsídio cruzada e prevenindo a adoção de preços predatórios.

58. O objetivo prosseguido por estas condições é responder *ex ante* aos possíveis riscos concorrenciais decorrentes da futura conduta da empresa detentora do direito exclusivo, mitigando o potencial impacto anticoncorrencial da decisão de autorização enquanto medida de política pública. Tal garante a necessária compatibilização do interesse público na utilização eficiente da infraestrutura e na sustentabilidade dos sistemas de gestão de águas e resíduos, por um lado, com o interesse na proteção da concorrência enquanto bem público nos mercados abertos à iniciativa privada, por outro.

2.3. A avaliação de impacto concorrenciais da atribuição de um financiamento no âmbito da candidatura do PO SEUR (Eixo prioritário 3, objetivo temático 6., prioridade de investimento 6.i e objetivo específico 1.)

59. Atendendo ao exposto, na perspetiva da avaliação de impacto concorrenciais de uma medida pública, por referência à “Lista de Controlo” para a Avaliação e Impacto Concorrência proposta pela OCDE⁶, a medida pública em causa - o programa de apoio financeiro no âmbito do PO SEUR: Eixo prioritário 3, objetivo temático 6., prioridade de investimento 6.i e objetivo específico 1. – tem o potencial de distorcer a concorrência no mercado por se tratar de uma medida que pode impor uma “limitação do número ou variedade de fornecedores” (efeito A da “Lista de Controlo”).
60. Relativamente a este impacto, a OCDE considera que a “limitação do número dos fornecedores aumenta o risco da criação de poder de mercado e reduz a rivalidade concorrenciais. Quando o número de fornecedores é reduzido, aumentam as probabilidades

⁶ Que consta no documento da OECD, “Guia de Avaliação de Concorrência: princípios”, 2011, disponível em www.oecd.org/competition/toolkit.

de concorrência reduzida (ou colusão) entre os fornecedores e aumenta a capacidade de cada um de provocar uma subida de preços. A reduzida competição entre operadores diminui os incentivos para satisfazer eficazmente as necessidades dos consumidores, bem como a inovação e a eficiência económica a longo prazo”.

61. Este impacto resulta da criação de condições para que empresas detentoras de uma posição dominante num mercado em que lhes foi atribuído um direito exclusivo venham a adotar comportamentos de exclusão em mercados abertos à concorrência, limitando nesse sentido “o número ou variedade de fornecedores nestes mercados”.⁷
62. Assim, o Concurso de Apresentação de Candidaturas ao PO SEUR configura uma decisão pública de abertura e eventual concessão de apoios públicos a um conjunto de empresas de gestão dos RSU que atuam em mercados encerrados à concorrência, não existindo por este motivo uma afetação direta da concorrência. Verifica-se, no entanto, que estas empresas podem expandir a sua atividade para mercados abertos à concorrência criando-se, por esse motivo, condições para eventuais comportamentos de exclusão que são contrários ao disposto na Lei da Concorrência e no TFUE sempre que adotados por empresas em posição dominante. Esta expansão da atividade corresponde a uma possibilidade prevista por lei, ainda que sujeita a autorização da entidade concedente e ao cumprimento de outros requisitos legais. Quando chamada a pronunciar-se neste âmbito, a AdC tem recomendado a imposição de condições que permitam reduzir os impactos anticoncorrenciais, uma vez que, como já foi referido, não existem, numa ótica jusconcorrencial estrita, fundamentos para uma oposição apriorística a tal expansão.
63. Deve ainda sublinhar-se que esta competência consultiva, sub a qual a AdC se tem pronunciado no passado, se limita a parte do universo de empresas potencialmente beneficiárias do PO SEUR, uma vez que não abrange empresas que sejam concessionárias ou que explorem sistemas de recolha e tratamento de RSU de âmbito municipal.
64. Tendo presente este enquadramento do âmbito de intervenção *ex ante* da AdC em matéria de extensão de atividade por empresas concessionárias de sistemas de RSU, impõe-se analisar de que modo podem ser mitigados os potenciais impactos negativos decorrentes do Concurso para apresentação de candidaturas ao Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos – PO SEUR.

⁷ Idem.

65. Como já foi referido, o principal risco em análise consiste no impacto concorrencial do apoio financeiro que possa vir a ser atribuído a uma empresa que, detendo um direito exclusivo num determinado mercado, pode expandir a sua atividade para um mercado conexo aberto à concorrência.
66. As exponents reivindicam que o PO SEUR seja alargado às empresas que atuam nos diferentes mercados de gestão de resíduos, de forma a evitar uma desigualdade de oportunidades entre operadores económicos que podem atuar nos mercados abertos à concorrência. Deve sublinhar-se que esta é, essencialmente, uma opção ligada aos objetivos a prosseguir em matéria ambiental e que, mesmo que seja assegurada a sua compatibilidade com o regime dos auxílios de Estado previsto pelo TFUE, não é suficiente para obviar aos riscos concorrenciais acima identificados. Com efeito, o alargamento das condições de elegibilidade estabeleceria uma igualdade formal no acesso ao PO SEUR mas não seria suficiente, por si só, para evitar que as entidades beneficiárias de direitos exclusivos possam retirar daí benefícios na sua atuação em mercados abertos à concorrência. Por conseguinte, a AdC entende que as suas recomendações se devem centrar nos principais riscos concorrenciais aqui identificados, nomeadamente quanto ao financiamento de atividades, equipamentos e/ou infraestruturas de entidades que beneficiam de direitos exclusivos e que podem posteriormente ser utilizados por estas para operar em mercados abertos à concorrência, uma vez obtida a necessária autorização para o efeito.
67. Este é o caso, nomeadamente, dos investimentos a que se referem as alíneas ii) e iii) do artigo 88.º do RE SEUR, tais como os relativos à otimização e reforço das redes de recolha seletiva existentes, das infraestruturas de triagem multimaterial e do tratamento mecânico e biológico (TMB).
68. Na medida em que tais equipamentos e/ou infraestruturas sejam suscetíveis de ser usados em atividades a desenvolver em mercados conexos abertos à concorrência, importa garantir a neutralidade concorrencial do programa, no sentido de impedir que os mesmos possam distorcer a concorrência nos mercados criando situações de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos.
69. Este objetivo de neutralidade concorrencial poderia ser alcançado através de uma solução maximalista de separação estrutural, impondo-se uma dedicação exclusiva dos equipamentos e/ou infraestruturas resultantes destes investimentos aos objetivos descritos no programa de apoio financeiro. Esta opção implicaria, por conseguinte que os mesmos não pudessem ser utilizados no âmbito de uma atividade complementar ou acessória desenvolvida pela empresa num mercado aberto à concorrência.

70. Essa solução, embora mais próxima de um paradigma ideal de eliminação dos riscos concorrenciais em apreço, poderia restringir uma utilização eficiente da capacidade instalada sempre que se verificasse um subaproveitamento das infraestruturas ou equipamentos por razões não previsíveis no momento de planeamento. Ora, não pode deixar de se ter em conta que os riscos identificados são apenas potenciais, ao que acresce o facto de existir uma expressa previsão na lei da possibilidade de, mediante prévia autorização do concedente, tais empresas estenderem a sua operação para atividades complementares ou acessórias. Daí que tal solução se possa afigurar excessiva.

2.4. Conclusões preliminares da AdC apresentadas no Projeto de Recomendação

71. Neste quadro de análise a AdC considerou, no projeto de recomendação, que a neutralidade concorrencial poderia ser alcançada pela introdução nas regras do Programa de duas medidas. Em primeiro lugar, a imposição de regras de reporte contabilístico que permitam corrigir o apoio aos investimentos realizados no âmbito do PO SEUR sempre que os mesmos sejam posteriormente orientados para atividades em mercados concorrenciais fora do âmbito do programa. Em segundo lugar, a imposição de condições tendentes a garantir que, em ambiente concorrencial, a empresa beneficiária seja obrigada a adotar um comportamento de mercado em condições de custos semelhantes aos restantes operadores.
72. A primeira medida, relativa a regras de reporte contabilístico, encontra suporte no Aviso e no quadro jurídico do RE SEUR, no qual se estabelece a tipologia e a natureza dos financiamentos. Estando os objetivos que suportam o financiamento circunscritos à atividade de gestão de RSU, qualquer orientação do objeto desses investimentos para uma esfera fora deste âmbito deveria implicar uma correção no montante dos financiamentos atribuídos.
73. Para obviar os riscos concorrenciais acima identificados, a AdC entendeu ser adequado estabelecer que, sempre que uma empresa que tenha beneficiado de um apoio financeiro expanda a sua operação para uma atividade complementar ou acessória utilizando equipamentos e/ou infraestruturas que estejam associadas ao PO SEUR, se deveria proceder a uma correção dos apoios atribuídos, com a eventual devolução de financiamento já atribuído no que toca à parte afeta a esta nova atividade.
74. A verificação desta situação poderia ser efetuada pela ERSAR no quadro da respetiva atividade de acompanhamento regulatório descrito no Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos, aprovado pelo Conselho Diretivo da ERSAR de 17 de fevereiro de 2014 nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de

outubro. Identificado um caso concreto de afetação de equipamentos e/ou infraestruturas financiados pelo PO SEUR a atividades em mercados abertos à concorrência, aquela autoridade reguladora poderia então informar o PO SEUR para efeitos de correção dos apoios financeiros. Este acompanhamento deveria ocorrer, pelo menos, no período em que o programa estivesse em execução, bem como na fase de acompanhamento daquele programa operacional.

75. A segunda medida incorporava a posição que a AdC tem adotado nos processos em que lhe é solicitado parecer prévio não vinculativo quanto à autorização de expansão de atividade por uma empresa gestora de um sistema multimunicipal que pretende exercer atividades complementares ou acessórias fora do âmbito da sua concessão a que já se fez referência.
76. Neste sentido, a AdC entendia ser necessário impor-se, desde já, que a expansão de atividade por qualquer empresa titular de um direito exclusivo de exploração de sistemas de RSU (esteja ou não abrangida pelo regime do Decreto-Lei n.º 92/2013) para mercados abertos à concorrência utilizando infraestruturas ou equipamentos financiados pelo PO SEUR ficasse subordinada ao cumprimento de condições que minimizassem os riscos concorrenciais, salvaguardando o princípio da concorrência, tais como:
- i. Autonomização da contabilidade analítica da concessionária associada à prestação das atividades sujeitas a concorrência, de forma a permitir uma segregação dos custos e proveitos das atividade concessionada e da atividade complementar ou acessórias;
 - ii. Demonstração periódica da sustentabilidade económico-financeira da atividade complementar ou acessória, impedindo-se práticas de subsídio cruzada pela garantia de que o preço praticado para o serviço em concorrência permite: (i) a cobertura de todos os custos variáveis incrementais diretamente imputáveis a atividade complementar; (ii) uma contribuição adequada aos custos fixos de utilização da infraestrutura; e (iii) uma contribuição adequada dos custos de capital.
 - iii. Adoção de medidas que impeçam práticas anticoncorrenciais, que possam excluir concorrentes ou dificultar a sua entrada ou expansão no mercado em concorrência, tais como a adoção de preços predatórios, realização de contratos de fornecimento com cláusulas de fidelização, a oferta de serviços em *tying* ou *bundling* ou a recusa de venda.
77. Por fim, quanto aos investimentos a que se refere a alínea v) do artigo 88.º do RE SEUR dos quais poderão advir proveitos financeiros resultantes da valorização energética de resíduos, seria necessário garantir que os mesmos revertiam integralmente a favor da tarifa de acordo com o disposto no ponto 10.3.4. do aviso, sob supervisão da ERSAR no quadro do disposto

no Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos, aprovado pelo Conselho Diretivo da ERSAR de 17 de fevereiro de 2014 nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 277/2009.

3. Respostas ao Projeto de Recomendação da AdC

78. A AdC elaborou uma proposta de recomendação que submeteu, para comentários, à Autoridade de Gestão do PO SEUR, à ERSAR bem como à CESPAL – PORTUGAL, S.A., CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A., FOMENTINVEST AMBIENTE SGPS, S.A., HIDURBE – Gestão de Resíduos S.A., RECOLTE – Serviços e Meio Ambiente S.A., SEMURAL – WASTE & ENERGY, S.A, RECIVALONGO, representadas pela sociedade de advogados SrS Associados, tendo-se dado conhecimento ao Ministério do Ambiente e ao Ministério da Economia.
79. A AdC recebeu comentários por parte da SrS Associados a 14/03/2016 e da Autoridade de Gestão do PO SEUR a 26/04/2016.

3.1. Respostas do PO SEUR ao Projeto de Recomendação da AdC

80. A Autoridade de Gestão do PO SEUR começa por demonstrar concordância, na generalidade, com a proposta de recomendação “partilha as preocupações inerentes à proposta apresentada, no sentido de acautelar que as regras de concorrência do mercado são totalmente cumpridas”.
81. Mais informou estar disponível “para colaborar no cumprimento das mesmas, nas áreas e responsabilidades que lhe compete, através da implementação das medidas relativas a cada uma dessas recomendações.”
82. Neste sentido propôs-se, no que se refere ao financiamento de atividades ou equipamentos/infraestruturas que podem posteriormente ser utilizados para operar em mercados abertos a concorrência, uma vez obtida a necessária autorização para o efeito, nomeadamente os investimentos a que se referem as alíneas ii) e iii) do artigo 88.º do RE SEUR, e de modo a garantir a neutralidade concorrencial do programa:
- “Em sede de análise das candidaturas submetidas no âmbito do Aviso POSEUR-11-2015-18 -"Promoção da reciclagem multimaterial e valorização orgânica de resíduos urbanos", através dos elementos e documentação instruída com a candidatura, será verificado e

confirmado se os ativos e investimentos a cofinanciar serão afetos a atividades complementares e acessórias.

No caso de existirem evidências que os investimentos a cofinanciar serão afetos a atividades complementares e acessórias, serão considerados não elegíveis os respetivos montantes e será definida uma condicionante na decisão de aprovação, no sentido de serem cumpridas as recomendações propostas pela ADC;

No caso de não existirem evidências que os investimentos a cofinanciar serão afetos a atividades complementares e acessórias, será colocada uma condicionante aquando da decisão de aprovação, no sentido de alertar para o cumprimento das recomendações propostas pela ADC, caso as mesmas venham a ocorrer”.

- “Posteriormente, em sede de encerramento das operações e no âmbito da análise dos respetivos relatórios finais, será efetuada nova verificação sobre a existência de eventuais investimentos cofinanciados afetos às atividades complementares e acessórias, sendo que serão considerados não elegíveis os respetivos montantes, e solicitado ao beneficiário a devolução da comparticipação recebida de Fundo de Coesão”.
- “Futuramente em novos avisos que se venham a abrir para esta área da valorização dos Resíduos Urbanos, será claramente explicitado no respetivo texto do Aviso que os montantes dos investimentos afetos a atividades complementares e acessórias serão considerados não elegíveis, e será indicado o sítio de internet onde as recomendações que vierem a ser aprovadas sobre esta matéria estarão disponíveis, no sentido de alertar todos os potenciais beneficiários para esta questão”.

83. Relativamente à necessidade em garantir que os investimentos a que se refere a alínea v) do artigo 88.º do RE SEUR, dos quais poderão advir proveitos financeiros resultantes da valorização energética de resíduos, revertem integralmente a favor da tarifa; e “sem prejuízo de, no âmbito da análise da candidatura o beneficiário ter de demonstrar e a AG/ERSAR confirmar, que o apoio comunitário solicitado reveste integralmente para a tarifa”, a Autoridade de Gestão do PO SEUR se propõe implementar são as seguintes:

- “Na sequência da aprovação das operações que incluam investimentos da tipologia a que se refere a alínea v) do artigo 88.º do RE SEUR, será dado conhecimento à ERSAR da respetiva Decisão de Aprovação de modo a que esta entidade tenha conhecimento do financiamento comunitário aprovado e possa atuar em conformidade”.

- “Posteriormente e logo após o encerramento das operações e respetivas aprovações dos relatórios finais, será dado conhecimento à ERSAR dos valores finais de Fundo de Coesão efetivamente atribuídos no âmbito da operação de modo a que esta entidade possa atuar em conformidade”.

84. Por último, refere ainda a Autoridade de Gestão do PO SEUR “que é procedimento corrente desta Autoridade de Gestão ter em consideração os proveitos afetos às operações, que incluem, entre outros, os resultantes da valorização energética de resíduos. Estas receitas são consideradas na determinação do financiamento comunitário a atribuir a cada operação, através da apreciação do Estudo de Viabilidade Financeira (EVF), que é obrigatório nos projetos geradores de receitas, com custo total elegível igual ou superior a 1 milhão de euros, de acordo com o previsto no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro, e no artigo 61.º do Regulamento (UE) n.º 1303/2013, de 17 dezembro”.

3.2. Respostas da SrS Associados, S.A., ao Projeto de Recomendação da AdC

85. Na sua exposição, as empresas reafirmam a convicção de que o programa em causa tem um “elevadíssimo” “potencial de distorcer a concorrência no sector dos resíduos”, lamentando a AdC não ter considerado os benefícios do PO SEUR como uma “restrição *per se* do acesso ao sector e à livre concorrência em Portugal”.
86. Referindo-se à análise da AdC relativa às condições de elegibilidade do programa, análise que se mantém nesta recomendação nos mesmos termos no parágrafo 66 e seguintes, consideram as empresas que “resultaria apropriado [...] que a AdC tivesse também, [naquele] Projeto de Recomendação, proposto ao Estado Português o alargamento das condições de acesso e candidatura aos Fundos Europeus. Algo que beneficiaria o próprio Estado, a Concorrência, o Ambiente e os Cidadãos”.
87. Quanto à possibilidade de existência de “um novo auxílio Estatal ilegal que beneficia uma empresa em detrimento de outras’ e criar ‘condições desiguais de concorrência entre as empresas que operam no sector””, analisado nos parágrafos 20 a 23 do projeto de recomendação, agora parágrafos 21 a 24, consideram as empresas que a AdC:

“Reconhece (mas sem concluir) que estamos perante um auxílio de Estado – contudo, não tira todas as ilações daí decorrentes, nem inclui nas suas recomendações que o Governo cesse a prática que atribui vantagens económicas seletivas a alguns operadores em detrimento de outros.

Entende o Grupo de Empresas que a AdC não faz uso de todas as suas faculdades para analisar este auxílio Estatal, escudando-se na eventualidade de esta questão se restringir à esfera de atuação da Comissão Europeia. Inclusivamente, a AdC afirma que este auxílio ‘de Estado não constitui ‘matéria sobre a qual a AdC se deve pronunciar”.

88. Remetendo para o n.º 2 do artigo 65.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, as empresas discordam “que a AdC não possa (ou mesmo não deva), no âmbito das suas atribuições legais, deixar claro ao Governo que estamos perante um auxílio de Estado” sugerindo “que a AdC pondere afirmar, de forma inequívoca, que considera o concurso POSEUR um auxílio de Estado com efeitos prejudiciais para a Concorrência (como resulta das suas considerações sobre os factos e os precedentes) e recomende ao Governo que cesse essa distinção entre operadores através de um financiamento (europeu) seletivo”. Conclui-se que:

“Só uma Recomendação que expresse tal consideração, permite que a AdC cumpra verdadeiramente o seu dever de garante da Concorrência, bastando para o efeito que complete o âmbito deste Projeto de Recomendação, o que se requer.”

89. Relativamente a esta questão, cumpre antes de mais reiterar que, estando a matéria em apreço a ser analisada pela Comissão Europeia à luz do disposto nos artigos 107.º e 108.º do TFUE, importa, em obediência ao princípio da cooperação leal, positivado no n.º 3 do artigo 4.º do TUE, aguardar a tomada de posição daquela instituição a respeito da denúncia apresentada pelas exponents.
90. Acresce que as recomendações contidas no projeto submetido às exponents, para comentários, visam endereçar as preocupações por elas suscitadas, nomeadamente quanto aos riscos de o apoio financeiro concedido no âmbito de uma atividade sujeita a um direito exclusivo (na qual a concorrência no mercado foi afastada pelo legislador nacional) ser usado para a obtenção de uma vantagem aquando da atuação do beneficiário num mercado aberto à concorrência.
91. As empresas concluem requerendo à AdC que “pondere a inclusão de medidas adicionais” no texto da sua recomendação, recomendando “ao Governo que, na pessoa da ERSAR, comece por determinar e conhecer o fluxo dos resíduos nacionais com absoluto rigor, nomeadamente, desde a sua origem à sua valorização ou eliminação”. Consideram as empresas que “não podem ser autorizadas as atividades complementares e acessórias aos concessionários multimunicipais – nem o financiamento público persistir sem conhecer as verdadeiras necessidades e prioridades dos sistemas multimunicipais – sob pena de estarem essas autorizações baseadas em números e pressupostos errados e sem qualquer

justificação possível à luz do Direito da Concorrência”. Relativamente a este assunto, na sua exposição, desenvolvem três temas: “a. Introdução da Guia Eletrónica; b. Conferir à ERSAR efetivas competências de regulador para o sector; e c. Atualização/Cancelamento dos LER.”

92. Os temas a que se referem as empresas, nomeadamente, no que se refere ao controlo dos fluxos de resíduos e à correta identificação as áreas de atuação das empresas que beneficiam de um exclusivo legal, são relevantes para garantir um ambiente de concorrência com igualdade de oportunidades entre os operadores económicos. Acresce que estes aspetos são também fundamentais para a correta aplicação das recomendações que a AdC tem emitido no que se refere a este sector da gestão e resíduos. Trata-se, contudo, de um conjunto de questões que extravasam o âmbito da intervenção do PO SEUR em análise, respeitando antes às competências da Agência Portuguesa do Ambiente (APA) e da ERSAR e ao modo como estas se articulam. Por este motivo, a AdC dará conhecimento desta exposição ao Ministério do Ambiente, à APA e à ERSAR, sublinhando a relevância dos temas aí salientados.

V. Conclusões

93. Pelo exposto conclui-se, no caso em concreto do Concurso de Apresentação de Candidaturas ao PO SEUR, que está em causa uma decisão pública de abertura e eventual concessão de apoios públicos a um conjunto de empresas de gestão dos RSU que atuam em mercados encerrados à concorrência, não existindo por este motivo uma afetação direta da concorrência. Verifica-se, no entanto, que estas empresas podem expandir a sua atividade para mercados abertos à concorrência criando-se, por esse motivo, condições para eventuais comportamentos de exclusão que são contrários ao disposto na Lei da Concorrência e no TFUE sempre que adotados por empresas em posição dominante.
94. Esta expansão da atividade corresponde a uma possibilidade prevista por lei, ainda que sujeita a autorização da entidade concedente e ao cumprimento de outros requisitos legais. Quando chamada a pronunciar-se neste âmbito, a AdC tem recomendado a imposição de condições que permitam reduzir os impactos anticoncorrenciais, uma vez que, como já foi referido, não existem, numa ótica jusconcorrencial estrita, fundamentos para uma oposição apriorística a tal expansão.
95. Os potenciais impactos negativos decorrentes do Concurso para apresentação de candidaturas ao Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos – PO SEUR podem ser mitigados mediante alterações ao quadro em que serão operacionalizados os apoios a conceder no âmbito daquele programa.

96. Considerando a natureza dos riscos concorrenciais identificados, as recomendações da AdC mantêm a sua pertinência mesmo que venha a ser assegurado, no futuro, o acesso ao PO SEUR por parte das empresas que atuam nos mercados de gestão de resíduos abertos à concorrência, a par dos atuais beneficiários.
97. Neste sentido, a AdC entende, em primeiro lugar, ser de assinalar a disponibilidade da Autoridade de Gestão do PO SEUR para colaborar no cumprimento das recomendações constantes do projeto submetido a audiência prévia, “no sentido de acautelar que as regras de concorrência do mercado são totalmente cumpridas”.
98. Assumem especial relevo a este título as medidas que aquela Autoridade de Gestão se propõe implementar, em especial, quanto ao financiamento de atividades, equipamentos e/ou infraestruturas de entidades que beneficiam de direitos exclusivos e que podem posteriormente ser utilizados por estas para operar em mercados abertos à concorrência, uma vez obtida a necessária autorização para o efeito, nomeadamente os investimentos a que se referem as alíneas ii) e iii) do artigo 88.º do RE SEUR:
- A verificação, em sede de análise das candidaturas da existência de ativos e investimentos a cofinanciar que poderão estar afetos a atividades complementares e acessórias, situação em que os respetivos montantes não serão considerados não elegíveis.
 - A confirmação, pela Autoridade de Gestão do PO SEUR, neste bem como nos próximos concursos de “promoção de reciclagem multimaterial e valorização orgânica de resíduos urbanos”, se os ativos e investimentos “a cofinanciar serão afetos a atividades complementares e acessórias”, caso em que os respetivos montantes serão considerados não elegíveis;
 - A realização, “em sede de encerramento das operações e no âmbito da análise dos respetivos relatórios finais”, de uma “nova verificação sobre a existência de eventuais investimentos cofinanciados afetos às atividades complementares e acessórias, sendo que serão considerados não elegíveis os respetivos montantes, e solicitado ao beneficiário a devolução da comparticipação recebida do Fundo de Coesão”.
99. A que se juntam as medidas relativas aos investimentos a que se refere a alínea v) do artigo 88.º do RE SEUR, dos quais poderão advir proveitos financeiros resultantes da valorização energética de resíduos, reverterem integralmente a favor da tarifa de acordo com o disposto no ponto 10.3.4. do aviso, sob supervisão da ERSAR no quadro do disposto no Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos, aprovado pelo Conselho Diretivo da

ERSAR de 17 de fevereiro de 2014 nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro:

- A obrigação de o beneficiário demonstrar e de a Autoridade de Gestão/ERSAR confirmar, que o apoio solicitado reverte integralmente para a tarifa;
- A comunicação pela Autoridade de Gestão à ERSAR da decisão de aprovação de investimentos da tipologia a que se refere a alínea v) do artigo 88.º do RE SEUR, de modo a que o regulador sectorial tenha conhecimento do financiamento europeu aprovado e possa atuar em conformidade;
- Posteriormente e logo após o encerramento das operações e respetivas aprovações dos relatórios finais, a comunicação pela Autoridade de Gestão à ERSAR dos valores finais de Fundo de Coesão efetivamente atribuídos, de modo a que o regulador sectorial possa atuar em conformidade.

100. Tendo presentes estas medidas, a executar pela Autoridade de Gestão do PO SEUR, atendendo igualmente ao quadro legal da atuação da ERSAR em sede de regulação tarifária tal como descrita na Deliberação n.º 928/2014, de 17 de fevereiro de 2014, e considerando que uma vez realizados os investimentos os mesmos poderão ser afetos a atividades complementares ou acessórias que não estavam previstas ou contempladas no momento em que se à avaliação as candidaturas, a AdC mantém a posição de que a neutralidade concorrencial, no âmbito do programa em análise, poderá ser alcançada pela introdução nas regras do programa de duas medidas: em primeiro lugar, a imposição de regras de reporte contabilístico que permitam corrigir o apoio aos investimentos realizados no âmbito do PO SEUR sempre que os mesmos sejam posteriormente orientados para atividades em mercados concorrenciais fora do âmbito do programa; em segundo lugar, a imposição de condições tendentes a garantir que, em ambiente concorrencial, a empresa beneficiária seja obrigada a adotar um comportamento de mercado em condições de custos semelhantes aos restantes operadores.

101. Nesse sentido, competindo à AdC, nos termos da al. g) do artigo 5.º dos respetivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, “contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou do Governo”, sendo-lhe ainda atribuído pela al. d) do n.º 4 do artigo 6.º dos Estatutos citados o poder de “formular sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório”, a AdC recomenda

ao Senhor Ministro do Ambiente, membro do Governo com a tutela do sector da gestão de resíduos, que sejam adotadas as seguintes medidas:

- 1) Se estabeleçam procedimentos que imponham uma obrigatoriedade de comunicação à Autoridade de Gestão do PO SEUR de qualquer extensão da atividade das empresas beneficiárias de cofinanciamento, sempre que estejam em causa uma extensão da operação para uma atividade complementar ou acessória que possa utilizar equipamentos ou infraestruturas que tenham sido objeto de apoio no âmbito deste programa.

Esta obrigatoriedade de prestação de informação deve suceder a aprovação do pedido de autorização para o exercício destas atividades de acordo com o disposto nos artigos 24.º e 51.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, e artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 92/2013.

- 2) Tendo por objetivo minimizar os riscos concorrenciais, não se criando um risco de abuso de posição dominante, a autorização pelo concedente para a expansão de atividade por qualquer empresa titular de um direito exclusivo de exploração de sistemas de RSU (esteja ou não abrangida pelo regime do Decreto-Lei n.º 92/2013), para mercados abertos à concorrência utilizando infraestruturas ou equipamentos financiados pelo PO SEUR deve ser sujeita às seguintes condições:
 - a. A não adoção, pela empresa titular de um direito exclusivo de exploração de sistemas de RSU de comportamentos que possam excluir concorrentes ou dificultar a sua entrada ou expansão no mercado em concorrência, tais como práticas contratuais de fidelização ou de aplicação de preços predatórios;
 - b. Que seja autonomizada a contabilidade analítica da concessionária associada à prestação desta atividade, de modo a permitir segregar os custos e proveitos da atividade concessionada e da atividade complementar, bem como a demonstração periódica da sustentabilidade económico-financeira da atividade complementar, impedindo práticas de subsídio cruzada.

O acompanhamento das condições relativas à autonomização da contabilidade analítica e à demonstração periódica da sustentabilidade económico-financeira poderá enquadrar-se na atividade regulatória da ERSAR no quadro do disposto no Regulamento tarifário do serviço de gestão de resíduos urbanos, definido pela Deliberação n.º 928/2014 da ERSAR, de 17 de fevereiro de 2014.

- 3) Garantir que os investimentos a que se refere a alínea v) do artigo 88.º do RE SEUR, dos quais poderão advir proveitos financeiros resultantes da valorização energética de resíduos, reverterem integralmente a favor da tarifa de acordo com o disposto no ponto 10.3.4. do aviso, sob supervisão da ERSAR no quadro do disposto no Regulamento Tarifário do Serviço de Gestão de Resíduos Urbanos, aprovado pelo Conselho Diretivo da ERSAR de 17 de fevereiro de 2014 nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 277/2009, de 2 de outubro.

Lisboa, 23 de junho de 2016

