

III

(Outros atos)

ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

DECISÃO DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA n.º 161/22/COL

de 6 de julho de 2022

relativa a auxílios concedidos à infraestrutura de iluminação pública de Bergen (Noruega) [2023/101]

O ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO DA EFTA, A SEGUIR DESIGNADO POR «ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO»,

Tendo em conta:

O Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (doravante «Acordo EEE»), nomeadamente os artigos 61.º e 62.º,

o Protocolo n.º 26 do Acordo EEE,

o Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um Órgão de Fiscalização e de um Tribunal de Justiça (doravante «Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal»), nomeadamente o artigo 24.º,

o Protocolo n.º 3 do Acordo relativo ao Órgão de Fiscalização e ao Tribunal (doravante «Protocolo n.º 3»), nomeadamente os artigos 7.º, n.º 5, e 14.º, da Parte II, e

as observações das partes interessadas, na sequência do convite à apresentação de observações ⁽¹⁾ que lhes foi dirigido,

Considerando o seguinte:

I. FACTOS

1. PROCEDIMENTO

1.1. DENÚNCIA

- (1) Por carta de 11 de maio de 2017, a Nelfo (doravante «autora da denúncia») apresentou uma denúncia sobre um alegado auxílio estatal concedido ao município de Bergen (doravante «Município») no que respeita a iluminação pública ao longo das estradas municipais. A Nelfo é uma federação setorial que faz parte da Confederação das Empresas Norueguesas («NHO»). Engloba empresas de eletrónica, de TI, de comércio eletrónico, de integradores de sistemas e de ascensores na Noruega ⁽²⁾.
- (2) A alegada beneficiária do auxílio é a BKK AS, que atua através de várias filiais ⁽³⁾. A BKK AS e as suas filiais serão doravante designadas, conjuntamente, por «grupo BKK».

⁽¹⁾ Decisão n.º 27/19/COL, de 16 de abril de 2019, tendo em vista dar início a uma investigação formal sobre um eventual auxílio estatal concedido no que respeita o sistema de iluminação pública de Bergen (JO C 197 de 13.6.2019, p. 25) e o Suplemento EEE n.º 46 de 13.6.2019, p. 1.

⁽²⁾ No momento da adoção da presente decisão, a hiperligação que se segue disponibilizava informações sobre a Nelfo: <https://www.nho.no/en/english/nho-sectoral-federations/>.

⁽³⁾ Documento n.º 855990, com anexos apresentados como Documentos n.ºs 855997, 855996, 855995, 858823, 858813, 858821 e 855991. De acordo com as informações publicamente disponíveis no sítio Web www.proff.no, a designação BKK AS foi recentemente alterada para Eviny AS. Contudo, tendo em conta o período considerado e a necessidade de garantir a coerência com a decisão de início do procedimento, a designação BKK AS é usada na presente decisão. As restantes denominações sociais referidas são as utilizadas na denúncia e nas observações formuladas pelas autoridades norueguesas e pelas partes interessadas.

1.2. INFORMAÇÕES ADICIONAIS

- (3) Por carta de 1 de junho de 2017 ⁽⁴⁾, o Órgão de Fiscalização enviou a denúncia às autoridades norueguesas. Por cartas de 27 de junho de 2017 e 5 de julho de 2017 ⁽⁵⁾, as autoridades norueguesas apresentaram observações.
- (4) Por mensagem de correio eletrônico de 7 de setembro de 2017, o Órgão de Fiscalização convidou as autoridades norueguesas a prestar informações adicionais ⁽⁶⁾. As autoridades norueguesas responderam por mensagens de correio eletrônico de 8 de setembro de 2017 ⁽⁷⁾ e 12 de setembro de 2017 ⁽⁸⁾.
- (5) Em 11 de julho de 2018, o Órgão de Fiscalização enviou novo pedido de informações ⁽⁹⁾. Em 17 de agosto de 2018 realizou-se uma videoconferência. Por mensagem de correio eletrônico de 28 de fevereiro de 2019, as autoridades norueguesas enviaram informações adicionais ⁽¹⁰⁾.

1.3. PROCEDIMENTO FORMAL DE INVESTIGAÇÃO

- (6) Pela Decisão n.º 27/19/COL (doravante «decisão de início do procedimento»), o Órgão de Fiscalização iniciou o procedimento formal de investigação ⁽¹¹⁾. Nesta fase, o Órgão de Fiscalização havia considerado, a título preliminar, que três medidas, identificadas na decisão de início do procedimento como as medidas a), b) e c), pareciam constituir auxílio estatal. Além disso, o Órgão de Fiscalização manifestou dúvidas relativamente à compatibilidade deste eventual auxílio estatal com o funcionamento do Acordo EEE. As três medidas são descritas na secção 2 *infra*.
- (7) As autoridades norueguesas foram convidadas a apresentar observações sobre a decisão de início do procedimento até 20 de maio de 2019. Mediante pedido, o Órgão de Fiscalização prorrogou o prazo até 5 de junho de 2019 ⁽¹²⁾.
- (8) Por carta de 5 de junho de 2019, o Órgão de Fiscalização recebeu observações conjuntas da BKK AS e da Veilys AS (doravante «BKK Veilys») ⁽¹³⁾. Por carta de 6 de agosto de 2019, as autoridades norueguesas foram convidadas a comentar essas observações até 6 de setembro de 2019 ⁽¹⁴⁾.
- (9) As autoridades norueguesas comunicaram as suas observações sobre a decisão de início do procedimento em 5 de abril de 2020 ⁽¹⁵⁾. As observações figuram em duas cartas do Município, com datas, respetivamente, de 10 de maio de 2019 ⁽¹⁶⁾ e 3 de abril de 2020 ⁽¹⁷⁾.
- (10) O Órgão de Fiscalização enviou um pedido adicional de informações às autoridades norueguesas em 5 de fevereiro de 2021 ⁽¹⁸⁾. As autoridades norueguesas enviaram a sua resposta a este pedido em 12 de abril de 2021 ⁽¹⁹⁾.

⁽⁴⁾ Documento n.º 858239.

⁽⁵⁾ Documentos n.ºs 863097, 863099, 864432 e 864434.

⁽⁶⁾ Documento n.º 872926.

⁽⁷⁾ *Ibid.*

⁽⁸⁾ Documento n.º 873252.

⁽⁹⁾ Documento n.º 923689.

⁽¹⁰⁾ Documento n.º 1058456.

⁽¹¹⁾ O surto de COVID-19, e o volume de trabalho extraordinário conexo em termos de processos de notificação, afetaram a tramitação do processo desta denúncia.

⁽¹²⁾ Documento n.º 1070238.

⁽¹³⁾ Documento n.º 1073541, incluindo os anexos apresentados como Documentos n.ºs 1073542 e 1073543.

⁽¹⁴⁾ Documento n.º 1082647.

⁽¹⁵⁾ Documento n.º 1126799.

⁽¹⁶⁾ Documento n.º 1126803.

⁽¹⁷⁾ Documento n.º 1126801.

⁽¹⁸⁾ Documento n.º 1178400.

⁽¹⁹⁾ As autoridades norueguesas reponderam por mensagem de correio eletrônico em 12 de abril de 2021, apresentada como documento n.º 1202143. A carta de acompanhamento e respetivos anexos são apresentados como Documentos n.ºs 1194243, 1194249, 1194179, 1194189, 1194181, 1194183, 1194199, 1194185, 1194187, 1194217, 1194191, 1194193, 1194197, 1194195, 1194255, 1194253, 1194205, 1194201, 1194203, 1194209, 1194207, 1194211, 1194213, 1194223, 1194215, 1194229, 1194219, 1194221, 1194225, 1194233, 1194227, 1194235, 1194231, 1194239, 1194251, 1194237, 1194245, 1194241 e 1194247.

2. DESCRIÇÃO DAS MEDIDAS

2.1. INFRAESTRUTURA E ENTIDADES JURÍDICAS EM CAUSA

- (11) Historicamente, a infraestrutura de iluminação pública ao longo das estradas municipais era propriedade de uma unidade municipal denominada Bergen Lysverker. Contudo, em 1996, a Bergen Lysverker, incluindo os respetivos ativos, foi adquirida pela BKK DA. Esta empresa era à época detida por vários municípios, sendo o Município o acionista maioritário.
- (12) A BKK DA foi posteriormente reestruturada, passando a ser a BKK AS ⁽²⁰⁾. De acordo com as informações publicamente disponíveis, o Município detém 37,75 % das ações. Outros acionistas incluem a Statkraft Industrial Holding AS e diversos municípios ⁽²¹⁾.
- (13) Várias filiais da BKK AS têm desde então detido e operado a infraestrutura de iluminação pública ao longo das estradas municipais de Bergen. A infraestrutura controlada pelo grupo BKK é atualmente detida pela Veilys AS. Esta sociedade detém igualmente infraestruturas de iluminação pública em estradas nacionais, estradas regionais e estradas privadas.
- (14) De acordo com as autoridades norueguesas, a Veilys AS não explorou nem manteve ela própria a sua infraestrutura de iluminação pública. Estas atividades foram, ao invés, realizadas por uma filial denominada BKK EnoTek AS ⁽²²⁾.
- (15) Tal como será descrito mais pormenorizadamente a seguir, a Veilys AS não possui a integralidade da infraestrutura de iluminação pública ao longo das estradas municipais em Bergen. Partes desta infraestrutura são propriedade do Município.

2.2. MEDIDAS IDENTIFICADAS NA DENÚNCIA

- (16) A denúncia identificou dois alegados auxílios estatais. Em primeiro lugar, a autora da denúncia alegou que o Município sobrecompensou empresas do grupo BKK pela manutenção e a gestão da iluminação pública nas estradas municipais [medida a)]. Em segundo lugar, a denúncia dizia respeito ao financiamento pelo Município de 12 000 novos dispositivos LED instalados na infraestrutura detida pela Veilys AS [medida b)] ⁽²³⁾.
- (17) Segundo a autora da denúncia, as medidas a) e b) implicam uma violação contínua das regras em matéria de auxílios estatais desde 1 de janeiro de 2016. Conforme estipulado no ponto 18 da decisão de início do procedimento, o Órgão de Fiscalização restringiu, por conseguinte, a sua avaliação das medidas a) e b) a este período.
- (18) A autora da denúncia considera que vários fornecedores estariam dispostos a explorar e manter a iluminação pública em troca de remuneração. Nessa base, entende que as atividades que englobam a manutenção e a gestão são de natureza económica ⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ Documento n.º 863099, p. 1. Nos pontos 3 e 4 a seguir são incluídas mais informações sobre as observações das autoridades norueguesas e das partes interessadas.

⁽²¹⁾ Os números foram retirados do sítio Web www.proff.no.

⁽²²⁾ Documentos n.ºs 1126803, p. 1, e 1126801, p. 1.

⁽²³⁾ Ver pontos 19 e 34 da decisão de início do procedimento.

⁽²⁴⁾ Documento n.º 855990, p. 6.

- (19) Na medida em que a compensação diz respeito a um serviço de interesse económico geral («SIEG»), a autora da denúncia alega ⁽²⁵⁾: Em primeiro lugar, que a presença de auxílio estatal não pode ser excluída com base nos critérios *Altmark* ⁽²⁶⁾. Em segundo lugar, que a compensação em causa excede o limiar de *minimis* SIEG de 500 000 EUR ⁽²⁷⁾. Em terceiro lugar, que as medidas não satisfizeram os requisitos enunciados na Decisão SIEG ⁽²⁸⁾.
- (20) A autora da denúncia estima a sobrecompensação pela manutenção e gestão em 1,12 milhões de EUR por ano. Os contratos de serviços comparáveis têm alegadamente preços estipulados de aproximadamente [...] NOK por ponto de iluminação por ano ⁽²⁹⁾.

2.3. MEDIDA ADICIONAL IDENTIFICADA NA DECISÃO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO

- (21) Os pagamentos do Município incluem compensação pelos custos de capital relacionados com a infraestrutura de iluminação pública detida pela Veilys AS. Este elemento no mecanismo de compensação foi incluído na investigação formal como medida c). Conforme estipulado no ponto 18 da decisão de início do procedimento, a avaliação da medida c) não se restringe ao período a partir de 1 de janeiro de 2016.

3. OBSERVAÇÕES DAS AUTORIDADES NORUEGUESAS

3.1. INFORMAÇÕES DE BASE

3.1.1. *A relação entre a infraestrutura de iluminação pública e a rede elétrica*

- (22) As autoridades norueguesas sublinham a relação funcional estreita entre as redes elétricas e as infraestruturas usadas para fornecer iluminação pública. Os dispositivos de iluminação pública e os cabos de ligação são frequentemente fixados em postos de serviço de utilidade pública que também transportam cabos de alimentação. Como tal, a infraestrutura em Bergen serve um objetivo duplo ⁽³⁰⁾.
- (23) Até 1991, não havia distinção entre infraestruturas de exploração e manutenção para fins de eletricidade e de iluminação pública. Ao longo das estradas municipais, a gestão e manutenção dessas infraestruturas era realizada pelos municípios ou por entidades locais detidas pelos municípios ⁽³¹⁾.
- (24) Com efeitos a partir de 1991, contudo, os mercados da energia na Noruega foram parcialmente liberalizados. Simultaneamente, a exploração das redes elétricas foi objeto de regulamentação de controlo dos monopólios ⁽³²⁾.

⁽²⁵⁾ Documento n.º 855990, p. 7-10.

⁽²⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de julho de 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, n.ºs 87-93.

⁽²⁷⁾ Regulamento (UE) n.º 360/2012 da Comissão, de 25 de abril de 2012, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de *minimis* concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral (JO L 114 de 26.4.2012, p. 8), referido no anexo XV, ponto 1ha, do Acordo EEE, ver Decisão n.º 225/2012 do Comité Misto do EEE, publicada no JO L 81 de 21.3.2013, p. 27 e Suplemento do EEE n.º 18 de 21.3.2013, p. 32, com a redação que lhe foi dada pelo Regulamento (UE) 2018/1923 da Comissão, de 7 de dezembro de 2018, que altera o Regulamento (UE) n.º 360/2012 no que se refere ao seu período de aplicação (JO L 313 de 10.12.2018, p. 2), ver Decisão n.º 266/2019 do Comité Misto do EEE (ainda não publicada), e Regulamento (UE) 2020/1474 da Comissão de 13 de outubro de 2020 que altera o Regulamento (UE) n.º 360/2012 no que diz respeito à prorrogação do seu período de aplicação e a uma derrogação limitada no tempo para as empresas em dificuldade, a fim de ter em conta o impacto da pandemia de COVID-19 (JO L 337 de 14.10.2020, p. 1), ver Decisão n.º 68/2021 do Comité Misto do EEE (ainda não publicada).

⁽²⁸⁾ Decisão 2012/21/UE da Comissão, de 20 de dezembro de 2011, relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral (JO L 7 de 11.1.2012, p. 3), referida no anexo XV, ponto 1h, do Acordo EEE, ver Decisão n.º 66/2012 do Comité Misto do EEE publicada no JO L 207 de 2.8.2012, p. 46 e Suplemento EEE n.º 43 de 2.8.2012, p. 56.

⁽²⁹⁾ Documento n.º 855990, p. 8.

⁽³⁰⁾ Documento n.º 1126801, p. 3.

⁽³¹⁾ Documento n.º 1126801, p. 3.

⁽³²⁾ Documento n.º 1126801, p. 3.

- (25) Ao abrigo deste regime específico do setor, os proprietários de infraestruturas são obrigados a gerir as suas infraestruturas. Impede sobre outras entidades a proibição de as duplicar. Os custos de gestão e de manutenção são cobertos por tarifas (*nettleie*) que têm de ser conformes à remuneração regulada fixada pela Entidade Reguladora da Energia norueguesa (NVE) ⁽³³⁾.
- (26) Em contrapartida, não foi estabelecida a nível nacional qualquer regulamentação de controlo dos monopólios para infraestruturas de iluminação pública. No caso dessas infraestruturas, a estrutura de propriedade e as condições de exploração dependem, por conseguinte, de condições locais. Várias entidades oferecem serviços relacionados com a gestão e a manutenção numa base comercial ⁽³⁴⁾.

3.1.2. A venda da Bergen Lysverker e a regulação do abastecimento futuro

- (27) O objetivo do processo em 1996 era a venda pelo Município da Bergen Lysverker, incluindo todos os seus ativos e operações ⁽³⁵⁾. Esses ativos e operações diziam respeito, nomeadamente, à produção e distribuição de eletricidade. A infraestrutura de iluminação pública era considerada um elemento menor que praticamente não podia ser separado ⁽³⁶⁾.
- (28) Numa síntese por escrito do vereador (*Rådsmannen*) endereçada à assembleia municipal de Bergen com vista à preparação da decisão sobre a venda, foi reiterado que várias empresas públicas tinham sido convidadas a apresentar propostas. O Município obteve também uma avaliação da Enskilda Securities ⁽³⁷⁾.
- (29) Esta avaliação foi tida em conta numa proposta de um representante na assembleia municipal de Bergen que, tomando em consideração o passivo líquido, indicava um valor entre 2,8 e 3,0 mil milhões de NOK ⁽³⁸⁾.
- (30) O processo apresentado à assembleia municipal de Bergen incluía ainda uma nota relativa a efeitos de sinergia na qual se afirmava que uma venda teria um objetivo duplo. Em primeiro lugar, o Município deveria contribuir para criar uma estrutura funcional de abastecimento de eletricidade na área de Bergen. Em segundo lugar, a venda deveria libertar capital para o Município com base nos preços do mercado ⁽³⁹⁾. Foram também identificadas várias considerações adicionais ⁽⁴⁰⁾.
- (31) Na secção 6 do contrato de venda entre o Município e a BKK DA, o preço a pagar pela Bergen Lysverker estava fixado em 2,619 mil milhões de NOK. Este preço baseava-se num preço bruto de 3,124 mil milhões de NOK antes da dedução de dívidas e das responsabilidades em matéria de pensões ⁽⁴¹⁾.
- (32) Na secção 7, alínea c), do contrato de venda de 1996 ⁽⁴²⁾ foi incluído um mecanismo para regular a compensação pelo fornecimento futuro de iluminação pública e serviços conexos. De acordo com este mecanismo, a BKK DA seria livre de explorar a iluminação pública em condições de mercado, o que deveria implicar a cobertura dos custos acrescida de uma remuneração do capital investido igual à taxa de remuneração fixada pela NVE para a infraestrutura da rede de eletricidade regulada ⁽⁴³⁾.
- (33) O valor da rede de iluminação pública não foi identificado separadamente no contrato de venda. Em conformidade com a respetiva secção 6, porém, a BKK DA iniciou um processo de devida diligência. No relatório da empresa de contabilidade a que se recorreu para este efeito, o valor contabilístico da iluminação pública foi fixado em 55 milhões de NOK ⁽⁴⁴⁾.

⁽³³⁾ Documento n.º 1126801, p. 3.

⁽³⁴⁾ Documento n.º 1126801, p. 3.

⁽³⁵⁾ Documento n.º 1194249, p. 2.

⁽³⁶⁾ Documento n.º 1194249, p. 4.

⁽³⁷⁾ Documento n.º 1194189, p. 2 (paginado 1372).

⁽³⁸⁾ Documento n.º 1194189, p. 2-3 (paginado 1372 e 1373).

⁽³⁹⁾ Documento n.º 1194189, p. 5 (paginado 1375).

⁽⁴⁰⁾ Documento n.º 1194189, p. 5 e 7 (paginado 1375 e 1376).

⁽⁴¹⁾ Documento n.º 1194179.

⁽⁴²⁾ Documento n.º 1194249.

⁽⁴³⁾ Documento n.º 1194179. Esta secção tem a seguinte redação no original em norueguês: «[...] kjøperen står fritt til å avtale på markedsmessige betingelser drift av veilys som skal innebære kostnadsdekning + NVE rente for den kapital som er bundet.»

⁽⁴⁴⁾ Documentos n.ºs 1194249, p. 3-4, e 1194183.

3.1.3. *Contratos subsequentes entre o Município e empresas do grupo BKK*

- (34) As autoridades norueguesas apresentaram contratos que regulavam o fornecimento de iluminação pública e serviços conexos ao longo das estradas municipais em Bergen desde 2012. A vigência dos contratos era normalmente de dois anos, com uma opção de prorrogação por um ano ⁽⁴⁵⁾.
- (35) O contrato para 2012 a 2014 foi celebrado com a empresa BKK Nett AS e incluía originalmente 18 228 pontos de iluminação, dos quais 16 082 eram controlados pelo grupo BKK, enquanto 2 146 eram propriedade do Município. No entanto, estava previsto que o número de pontos de iluminação se alterasse durante a vigência do contrato ⁽⁴⁶⁾.
- (36) A regulamentação da compensação encontra-se estabelecida na secção 7 e no anexo A do contrato. O preço para a manutenção e gestão foi fixado em [...] NOK, sem incluir o IVA, por ponto de iluminação por ano. A compensação anual total para a manutenção e gestão dos 18 228 pontos de iluminação existentes ascenderia, portanto, a [...] NOK ⁽⁴⁷⁾.
- (37) A compensação pelos custos de capital foi estipulada em [...] NOK, sem incluir o IVA, por ponto de iluminação por ano. Dado que apenas abrangia pontos de iluminação controlados pelo grupo BKK, este elemento resultou numa compensação anual de [...] NOK em relação a esses 16 082 pontos de iluminação ⁽⁴⁸⁾.
- (38) O contrato para o período 2015 a 2017 foi também celebrado com a BKK Nett AS e incluía inicialmente 18 407 pontos de iluminação, dos quais 16 058 eram controlados pelo grupo BKK, enquanto 2 349 eram propriedade do Município ⁽⁴⁹⁾.
- (39) Seguindo a mesma estrutura do contrato anterior, a compensação foi fixada na secção 7 e no anexo A do contrato. O preço para a manutenção e gestão foi fixado em [...] NOK, sem incluir o IVA, por ponto de iluminação por ano. Por conseguinte, com base no número de 18 407 pontos de iluminação existentes, a compensação anual para a manutenção e gestão ascendeu a [...] NOK ⁽⁵⁰⁾.
- (40) A compensação pelos custos de capital foi fixada ao mesmo nível unitário, [...] NOK, sem incluir IVA, tal como no contrato anterior (ver ponto (37)). Atendendo a que o grupo BKK possuía 16 058 dos pontos de iluminação existentes, a compensação anual relativa aos custos de capital foi, consequentemente, calculada em [...] NOK ⁽⁵¹⁾.
- (41) Em relação ao período a partir de 2018, o contrato existente foi prorrogado. De acordo com a carta do Município de 19 de junho de 2017, o contrato foi inicialmente prorrogado até 1 de julho de 2018. O Município observou a este respeito que devido a uma alteração na estrutura da empresa, o contrato prorrogado teria de ser celebrado com a BKK EnoTek AS ⁽⁵²⁾.
- (42) O contrato foi prorrogado até 1 de janeiro de 2019. A este respeito, o Município fez referência ao processo em curso tendo em vista a aquisição do sistema de iluminação pública detido pelo grupo BKK ⁽⁵³⁾.
- (43) Numa carta relativa à prorrogação, o grupo BKK explicou que a infraestrutura de iluminação pública tinha sido transferida para a sua filial Veilys AS. Nessa base, o Município receberia duas confirmações sobre a prorrogação. A primeira confirmação seria da Veilys AS e diria respeito à iluminação pública detida por esta empresa. A segunda confirmação seria enviada pela BKK EnoTek AS pelos serviços por ela prestados relativamente ao sistema de iluminação pública detido pelo Município ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁵⁾ Documento n.º 1194249, p. 6.

⁽⁴⁶⁾ Documento n.º 1194253, p. 1-5.

⁽⁴⁷⁾ Documento n.º 1194253.

⁽⁴⁸⁾ Documento n.º 1194253.

⁽⁴⁹⁾ Documento n.º 1194205, p. 1-5.

⁽⁵⁰⁾ Em 28 de fevereiro de 2019 foi enviada uma cópia do contrato ao Órgão de Fiscalização, que é apresentada como Documento n.º 1058456.

⁽⁵¹⁾ Documento n.º 1058456.

⁽⁵²⁾ Documento n.º 1194203.

⁽⁵³⁾ Documento n.º 1194209.

⁽⁵⁴⁾ Documento n.º 1194211.

- (44) Em 20 de dezembro de 2018, o contrato foi prorrogado nas mesmas condições até 1 de janeiro de 2020. Tal foi feito conjuntamente com a prorrogação de um acordo de intenções relativo à eventual aquisição pelo Município da infraestrutura de iluminação pública detida pela Veilys AS ⁽⁵⁵⁾.
- (45) Por último, as autoridades norueguesas apresentaram uma segunda prorrogação não assinada do acordo de intenções. De acordo com este documento, o contrato era prorrogado uma vez mais nos mesmos termos. Com base nas informações apresentadas, o Órgão de Fiscalização entende que este contrato ainda se encontra em vigor ⁽⁵⁶⁾.
- (46) Além dos contratos respeitantes à iluminação pública ao longo das estradas municipais, existem contratos relativos a: i) iluminação pública ao longo de estradas privadas ⁽⁵⁷⁾, e ii) iluminação pública em parques e ao longo de vias pedonais ⁽⁵⁸⁾. De acordo com os pontos 19 e 34 da decisão de início do procedimento, estes contratos não se inserem no âmbito de aplicação da presente decisão.

3.1.4. Lançamento de um concurso para certas atividades de gestão e manutenção

- (47) A gestão e a manutenção dos candeeiros públicos e dos dispositivos LED detidos pelo Município foram objeto de concurso A prestação de serviços ao abrigo deste contrato teve início em 1 de abril de 2020 ⁽⁵⁹⁾.
- (48) De acordo com o convite à apresentação de propostas, o contrato abrange aproximadamente 3 100 candeeiros públicos detidos pelo Município. Ademais, inclui 12 000 dispositivos LED instalados na infraestrutura detida pela Veilys AS. Esta infraestrutura incluída foi especificada de forma mais precisa como 3 133 luminárias, 2 254 postes de aço/sistemas para fios, 841 postes de madeira, 12 000 dispositivos LED e uma quantidade desconhecida de cabos ⁽⁶⁰⁾.
- (49) Resulta ainda do convite à apresentação de propostas que a duração do contrato é de quatro anos, sendo o seu valor estimado entre 4 e 6 milhões de NOK por ano (sem incluir IVA). O contrato seria adjudicado com base no concurso público ao proponente com o preço mais baixo ⁽⁶¹⁾.
- (50) Foram apresentadas seis propostas no âmbito do concurso ⁽⁶²⁾. O contrato foi adjudicado à BKK EnoTek AS por um preço de 10 554 689 NOK. O preço das outras cinco propostas variaram entre 11 930 826 e 26 596 947,50 NOK ⁽⁶³⁾.
- (51) O nível de serviços objeto de concurso é de um modo geral similar ao dos contratos descritos na secção 3.1.3 *supra*. Contudo, nos termos dos últimos contratos, as responsabilidades do fornecedor incluem a substituição de equipamento defeituoso. Nos termos do contrato objeto de concurso, esta obrigação recai sobre o Município ⁽⁶⁴⁾.

3.1.5. Evolução no número de candeeiros públicos

- (52) Os contratos entre o Município e empresas do grupo BKK, descritos na secção 3.1.3 *supra*, preveem que o número de candeeiros públicos se alterará ao longo do tempo. Com base na documentação mais recente disponível, as autoridades norueguesas explicaram, na carta de 12 de abril de 2021, que o número de candeeiros públicos propriedade do Município tinha aumentado para 4 219. Nesta altura, o número total de candeeiros públicos detidos pela Veilys AS ascendia a 27 748 ⁽⁶⁵⁾. Por outro lado, o Município, conforme mencionado, adquiriu 12 000 dispositivos LED que foram instalados na infraestrutura detida pela Veilys AS ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ Documento n.º 1194213.

⁽⁵⁶⁾ Documento n.º 1194223.

⁽⁵⁷⁾ Documento n.º 1194201.

⁽⁵⁸⁾ Este contrato é referido na carta apresentada como Documento n.º 1194203.

⁽⁵⁹⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 4, e 1194249, p. 13.

⁽⁶⁰⁾ Documento n.º 1194249, p. 13.

⁽⁶¹⁾ Documento n.º 1194251, pontos 1.6, 2.2 e 8.

⁽⁶²⁾ Documento n.º 1194249, p. 13.

⁽⁶³⁾ Documento n.º 1194231.

⁽⁶⁴⁾ Documento n.º 1194249, p. 14.

⁽⁶⁵⁾ No momento da adoção da presente decisão, estavam disponíveis informações agregadas sobre os serviços prestados pelo grupo BKK na seguinte página: <https://www.eviny.no/vare-tjenester>.

⁽⁶⁶⁾ Documento n.º 1194249, p. 1.

3.1.6. Atividades no seio do grupo BKK

- (53) As autoridades norueguesas facultaram uma panorâmica geral dos pagamentos do Município a empresas do grupo BKK. Além dos pagamentos no âmbito das medidas em causa, o Município também pagou por outras atividades fora do seu âmbito. Estes últimos pagamentos dizem respeito a aprovisionamento energético e serviços conexos. Vários serviços remunerados fora do âmbito das medidas em causa implicam a exploração em concorrência com outros fornecedores ⁽⁶⁷⁾.
- (54) Além dessas atividades remuneradas pelo Município, as páginas Web do grupo BKK revelam claramente que as empresas desse grupo se encontram ativas em vários outros mercados. O grupo é apresentado como o maior grupo de energias renováveis na parte ocidental da Noruega. Os serviços oferecidos incluem, entre outros, instalações de carregamento para automóveis, embarcações e navios, serviços relacionados com a construção e a atualização de infraestruturas, incluindo nos domínios de centros de dados, telecomunicações e aquicultura marinha, bem como serviços relacionados com a Internet respeitantes à Internet por fibra, ao armazenamento de dados e à chamada Internet das coisas ⁽⁶⁸⁾.
- (55) As autoridades norueguesas não possuem elementos de prova diretos de que a compensação paga pelo Município relativamente à iluminação pública ao longo das estradas municipais seja utilizada para efeitos de subsídio cruzada de outras atividades económicas. A transferência da infraestrutura de iluminação pública para a Veilys AS foi em parte realizada para impedir a subsídio cruzada. Todavia, devido a falta de documentação, não é possível excluir a subsídio cruzada ⁽⁶⁹⁾.
- (56) As autoridades norueguesas também assinalaram que as atividades relacionadas com a iluminação pública no grupo BKK não se limitam ao Município. Em especial, a Veilys AS é compensada por outras entidades públicas relativamente aos candeeiros públicos que possui nas estradas públicas das mesmas ⁽⁷⁰⁾.

3.2. OBSERVAÇÕES GERAIS SOBRE A DECISÃO DE INÍCIO DO PROCEDIMENTO

- (57) As autoridades norueguesas consideram que o Órgão de Fiscalização não apresentou motivos suficientes para dar início ao procedimento formal de investigação. Consequentemente, o Município viu-se numa situação de insegurança jurídica ⁽⁷¹⁾.
- (58) Com base no facto de o Município estar em processo de aquisição de iluminação pública, as autoridades norueguesas contestam a distinção entre as medidas a) e c). No entanto, é correto que a compensação reflita diferentes elementos ⁽⁷²⁾.
- (59) As autoridades norueguesas alegam que a classificação jurídica tem de ter em conta o contexto no qual a atividade é exercida. A única finalidade de fornecer iluminação pública é servir o público em geral ⁽⁷³⁾ e o fornecimento está organizado em conformidade com a Lei relativa às estradas ⁽⁷⁴⁾.
- (60) Nos termos do artigo 20.º desta lei, os municípios são responsáveis por gerir e manter as estradas municipais. Embora a lei não obrigue os municípios a fornecer iluminação pública, ou a fornecer iluminação pública a um certo nível, esta atividade é consentânea com o seu objetivo de segurança rodoviária ⁽⁷⁵⁾. O Município segue ainda a norma (*veinormalen*) da Administração das Estradas Públicas da Noruega (*Statens vegvesen*) no planeamento, na construção e na modernização das estradas. Esta norma contém especificações relativas à existência de candeeiros públicos ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁶⁷⁾ Documento n.º 1194249, p. 15.

⁽⁶⁸⁾ Documento n.º 1194249, p. 15.

⁽⁶⁹⁾ Documento n.º 1194249, p. 16.

⁽⁷⁰⁾ Documento n.º 1126801, p. 4.

⁽⁷¹⁾ Documento n.º 1126803, p. 2.

⁽⁷²⁾ Documento n.º 1126801, p. 4, 6 e 7.

⁽⁷³⁾ Documento n.º 1126801, p. 4.

⁽⁷⁴⁾ *Lov om vegar* (Lei relativa às estradas), LOV-1963-06-21-23.

⁽⁷⁵⁾ Documento n.º 1126801, p. 4.

⁽⁷⁶⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 4, e 1194249, p. 5.

- (61) Tendo em conta estes fatores, as autoridades norueguesas defendem que a compensação é concedida em relação a atividades não económicas. As autoridades norueguesas consideram que o acórdão no processo Selex ⁽⁷⁷⁾ corrobora a sua posição ⁽⁷⁸⁾.
- (62) As autoridades norueguesas fazem ainda referência às Orientações sobre a noção de auxílio estatal ⁽⁷⁹⁾. Alegam que o ponto 17, relativo aos poderes públicos e às autoridades públicas, sustenta que o fornecimento de iluminação pública é de natureza não económica ⁽⁸⁰⁾. Em qualquer caso, as atividades que visam objetivos de segurança pública devem ser classificadas do mesmo modo que as atividades não económicas realizadas para fins sociais, culturais, educativos e pedagógicos ⁽⁸¹⁾.
- (63) Caso o Órgão de Fiscalização considere que existe um mercado de iluminação pública, este mercado caracteriza-se por duas deficiências. Em primeiro lugar, a infraestrutura de iluminação pública constitui um monopólio natural que tem de estar localizado ao longo das estradas em causa. Em segundo lugar, a iluminação pública é um bem público associado a problemas de parasitismo ⁽⁸²⁾.
- (64) A propriedade da infraestrutura confere poder de mercado ao grupo BKK em relação ao Município. É praticamente inviável para o Município abster-se de dotar as suas estradas de iluminação pública. Por outro lado, o Município não pode instruir o proprietário da infraestrutura sobre a forma como, e em que condições, os serviços relacionados com a infraestrutura são contratados ⁽⁸³⁾.
- (65) Embora, regra geral, haja métodos alternativos ao lançamento de concursos para estabelecer preços de mercado, o Órgão de Fiscalização, segundo as autoridades norueguesas, não teve em conta as circunstâncias específicas do processo. Uma entidade que compre a um monopolista não tem um direito legal de obter serviços nas condições que considera razoáveis. Este efeito prejudicial do poder de monopólio apenas pode ser sanado através da aplicação do direito da concorrência ou através da regulamentação dos preços ⁽⁸⁴⁾.

3.3. OBSERVAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE A MEDIDA A) – GESTÃO E MANUTENÇÃO

- (66) Podem ter sido estabelecidos índices para determinar os níveis de compensação durante o período em análise. No entanto, as autoridades norueguesas não conseguem dar uma resposta definitiva ⁽⁸⁵⁾.
- (67) No tocante às perspetivas de comparação do nível de compensação com o de outros domínios, as autoridades norueguesas salientam que um prestador externo de serviços de manutenção e gestão não suportará os custos de capital associados a uma infraestrutura da qual não é proprietário. Assim, a compensação pelos custos de capital [medida c)] tem de ser excluída ao comparar o nível de compensação com o que é pago por entidades públicas relativamente a infraestruturas das quais são proprietárias. Em 2020, o Município pagou [...] NOK por candeeiro público pela gestão e a manutenção ⁽⁸⁶⁾.
- (68) No atinente à afirmação da autora da denúncia de que os serviços de gestão e manutenção foram prestados pelo valor de [...] NOK por ponto de iluminação por ano, as autoridades norueguesas consideram que tal não está documentado. A autora da denúncia usou também outra região geográfica como referência ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁷⁷⁾ As atividades norueguesas remetem, de um modo geral, para o acórdão no processo «Selex». Com base na correspondência anterior, e na decisão de início do procedimento, o Órgão de Fiscalização assume que as autoridades norueguesas se estão a referir ao acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de março de 2009, *Selex Sistemi Integrati c. Comissão*, C-113/07P, ECLI:EU:C:2009:191, bem como ao acórdão do Tribunal Geral de 12 de dezembro de 2006, *Selex Sistemi Integrati c. Comissão*, T-155/04, ECLI:EU:T:2006:387.

⁽⁷⁸⁾ Documentos n.ºs 1126803, p. 1 e 1126801, p. 4-9.

⁽⁷⁹⁾ Decisão n.º 3/17/COL do Órgão de Fiscalização da EFTA, de 18 de janeiro de 2017, que altera pela centésima segunda vez as regras processuais e materiais no domínio dos auxílios estatais através da adoção de novas Orientações sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu [2017/2413] (JO L 342 de 21.12.2017, p. 35) e Suplemento EEE n.º 82 de 21.12.2017, p. 1.

⁽⁸⁰⁾ Documento n.º 1126801, p. 5-6.

⁽⁸¹⁾ Documento n.º 1126801, p. 6.

⁽⁸²⁾ Documento n.º 1126801, p. 6.

⁽⁸³⁾ Documento n.º 1126801, p. 6.

⁽⁸⁴⁾ Documento n.º 1126803, p. 2.

⁽⁸⁵⁾ Documento n.º 1194249, p. 7.

⁽⁸⁶⁾ Documento n.º 1126801, p. 7.

⁽⁸⁷⁾ Documento n.º 1126801, p. 7.

- (69) Contudo, as autoridades norueguesas apresentaram valores provenientes da base de dados KOSTRA sobre os custos com a iluminação pública incorridos por grandes municípios noruegueses ⁽⁸⁸⁾. Estes valores representam os custos anuais totais por ponto de iluminação, incluindo o custo de eletricidade, ao longo do período compreendido entre 2016 e 2019. Tal como resulta evidente do quadro a seguir, os custos incorridos pelo Município foram os mais elevados registados ⁽⁸⁹⁾.

Quadro 1 – Custos relativos a iluminação pública incorridos por grandes municípios noruegueses (NOK)

Category	SFS Kostnader til gatebelysning per lyspunkt kommunale veier									
	Bergen	Bærum	Drammen	Fredrikstad	Kristiansand	Oslo	Sandnes	Stavanger	Tromsø	Trondheim
2015										
2016	1200,20	779,70	592,90	883,90	801,30	818,20	758,20	519,00	466,20	1056,90
2017	1216,70	673,70	622,00	633,90	912,80	945,50	733,30	519,00	831,10	1115,00
2018	1324,00	643,50	714,90	687,50	741,10	1000,00	730,20	733,10	724,90	1187,40
2019	1219,70	773,50	861,00	667,90	747,10	1000,00	750,00	666,70	607,10	779,10

- (70) A compensação pode ter incluído um elemento de sobrecompensação e o Município questionou ao longo do tempo aquilo que considera serem preços elevados. Por outro lado, as autoridades norueguesas consideram que deveria ter sido estabelecida uma contabilidade separada para o fornecimento de iluminação pública e outras atividades ⁽⁹⁰⁾.

3.4. OBSERVAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE A MEDIDA B) – FINANCIAMENTO DE 12 000 DISPOSITIVOS LED

- (71) A assembleia municipal de Bergen decidiu, em 2017, adquirir 12 000 dispositivos LED para instalar na infraestrutura de iluminação pública ao longo das estradas municipais. Devido à sua dimensão e natureza, este melhoramento não estava contemplado nos contratos com o grupo BKK ⁽⁹¹⁾.
- (72) Os objetivos do investimento eram i) ambientais; e ii) redução do custo da eletricidade ⁽⁹²⁾. A redução do custo da eletricidade beneficiará o Município diretamente, porquanto a eletricidade não está incluída nos contratos com o grupo BKK ⁽⁹³⁾.
- (73) O contrato foi adjudicado com base num procedimento de concurso público pelo preço de 60 milhões de NOK. A instalação ocorreu até ao final de 2019 ⁽⁹⁴⁾. O Município conservará a propriedade dos dispositivos LED ⁽⁹⁵⁾.
- (74) O custo por dispositivo foi de 1 899 NOK em 2018 e 2 039 NOK em 2019. O custo de planeamento e instalação ascendeu a [...] NOK por ponto de iluminação. Com base em poupanças no custo da eletricidade estimadas em [...] NOK por ponto de iluminação por ano, o Município espera, portanto, recuperar o seu custo de investimento no prazo de sete a dez anos ⁽⁹⁶⁾.
- (75) Conforme explicado na secção 3.1.4, a manutenção dos dispositivos LED foi objeto de concurso, juntamente com a da restante infraestrutura detida pelo Município. Ao abrigo deste contrato, o Município está a beneficiar de uma poupança de custos que reflete o maior tempo de vida útil dos dispositivos LED ⁽⁹⁷⁾. O Município espera também negociar adaptações ao contrato que abrange a infraestrutura propriedade da Veilys AS ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ De acordo com as autoridades norueguesas, o termo KOSTRA corresponde a uma abreviatura de KØmmune-Stat-RApportering. O principal objetivo da agregação de dados na KOSTRA é fazer uma análise comparativa do nível de custos dos vários serviços públicos. As estatísticas são geridas pelo instituto de estatística da Noruega (SSB). Ver Documento n.º 1194249, p. 10.

⁽⁸⁹⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 7, e 1194249, p. 10. O quadro é apresentado na página 10 do Documento n.º 1194249.

⁽⁹⁰⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 7, e 1194249, p. 16.

⁽⁹¹⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 7, e 1194249, p. 16.

⁽⁹²⁾ *Ibid.*

⁽⁹³⁾ Documento n.º 1194249, p. 11.

⁽⁹⁴⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 8, e 1194249, p. 12.

⁽⁹⁵⁾ Documento n.º 1126801, p. 8.

⁽⁹⁶⁾ Documento n.º 1194249, p. 12.

⁽⁹⁷⁾ Documento n.º 1194249, p. 11-12.

⁽⁹⁸⁾ Documento n.º 1194249, p. 11.

3.5. OBSERVAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE A MEDIDA C) – CUSTOS DE CAPITAL

- (76) As autoridades norueguesas consideram ser uma prática normal que um proprietário externo de uma infraestrutura utilizada para produzir um bem público tenha direito a compensação pelos custos de capital. Em comparação, quando a entidade pública que está a financiar a disponibilização de iluminação pública é também proprietária da infraestrutura, os custos de capital associados a esta infraestrutura são suportados pela entidade pública enquanto proprietária ⁽⁹⁹⁾.
- (77) A compensação pelo custo de capital foi determinada com base nas condições da secção 7, alínea c), do contrato de venda de 1996. Este mecanismo estipula, conforme estabelecido na secção 3.1.2, que o grupo BKK tem direito ao custo de capital relativo ao capital investido equivalente à taxa de remuneração fixada pela NVE para a infraestrutura da rede de eletricidade regulada ⁽¹⁰⁰⁾.
- (78) Este princípio foi especificado em mais pormenor ⁽¹⁰¹⁾. Na secção 6 do contrato de 1998 estava estipulado que a compensação deveria cobrir a depreciação e os juros relacionados com o capital investido na infraestrutura de iluminação pública no momento em que este contrato foi celebrado. A depreciação e os juros relacionados com investimentos futuros ordenados pelo Município deveriam ser também cobertos. Esta abordagem foi mantida em contratos subsequentes ⁽¹⁰²⁾.
- (79) Contudo, o Município e o grupo BKK discordaram sobre a forma de cálculo dos custos de capital. Os elementos contestados diziam respeito, nomeadamente, à base de custos que deveria ser aplicada nos cálculos e à forma como a depreciação deveria ser tida em conta.
- (80) A este respeito, as autoridades norueguesas remetem para um relatório apresentado pela BKK Nett AS em 2002. De acordo com as autoridades norueguesas, este relatório refletia um perfil de depreciação consentâneo com o contrato de venda de 1996 ⁽¹⁰³⁾.
- (81) Em 2003, porém, o Município pôs em causa a forma como a BKK Nett AS tinha estabelecido a base de capital, incluindo, em especial, as taxas de depreciação. Por carta de 18 de fevereiro de 2004, a BKK Nett AS apresentou uma explicação em que afirmava, nomeadamente, que os custos de capital tinham sido determinados com base em critérios normais ⁽¹⁰⁴⁾.
- (82) A BKK Nett AS descreveu mais pormenorizadamente a base para os seus cálculos numa carta de 30 de março de 2004. De acordo com a BKK Nett AS, o valor dos ativos da infraestrutura deveria ser fixado em 81,6 milhões de NOK com base numa avaliação técnica do valor de substituição ⁽¹⁰⁵⁾.
- (83) O Município discordou desta abordagem, considerando que o valor dos ativos deveria basear-se no valor contabilístico. O Município pediu que a compensação fosse ajustada em conformidade ⁽¹⁰⁶⁾.
- (84) Por carta de 4 de agosto de 2004, a BKK Nett AS rejeitou esta pretensão. Ao fazê-lo, a BKK Nett AS salientou que o mecanismo criado no contrato de venda de 1996 implica a aplicação da taxa de remuneração da NVE ao capital investido. A BKK Nett AS defendeu ainda o seu ponto de vista de que é apropriado determinar o nível do capital investido com base numa avaliação técnica do valor de substituição dos ativos ⁽¹⁰⁷⁾. Este método resultou na quase duplicação da base de capital comparativamente ao que decorreria do valor contabilístico. Até à data, o nível de compensação manteve-se muito mais elevado do que se tivesse sido calculado com base no valor contabilístico ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽⁹⁹⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 8, e 1194249, p. 7.

⁽¹⁰⁰⁾ Documento n.º 1194179. Conforme estabelecido na nota de rodapé 43, este ponto tem a seguinte redação em norueguês: «[...] kjøperen står fritt til å avtale på markedsmessige betingelser drift av veilyss som skal innebære kostnadsdekning + NVE rente for den kapital som er bundet.»

⁽¹⁰¹⁾ Documento n.º 1194249, p. 7-8.

⁽¹⁰²⁾ Documentos n.ºs 1194249, p. 8, e 1194229, p. 4.

⁽¹⁰³⁾ Documentos n.ºs 1194249, p. 8, e 1194221.

⁽¹⁰⁴⁾ Documentos n.ºs 1194249, p. 8, e 1194225.

⁽¹⁰⁵⁾ Documento n.º 1194249, p. 9.

⁽¹⁰⁶⁾ Documentos n.ºs 1194249, p. 8, e 1194233.

⁽¹⁰⁷⁾ Documento n.º 1194227.

⁽¹⁰⁸⁾ Documento n.º 1194249, p. 9-10.

- (85) Tal como no caso da compensação pela gestão e manutenção [medida a)], as autoridades norueguesas não forneceram uma resposta definitiva sobre a forma como o nível de compensação foi determinado. A ausência de contas separadas torna o controlo difícil ⁽¹⁰⁹⁾. Num relatório de diligência devida respeitante à Veilys AS ⁽¹¹⁰⁾, os auditores mencionaram que tinham obtido poucas informações sobre os custos associados ao contrato com o Município ⁽¹¹¹⁾.
- (86) Por conseguinte, as autoridades norueguesas consideram que as empresas em causa do grupo BKK podem ter sido sobrecompensadas. Os números retirados da KOSTRA, apresentados no ponto (69) *supra*, são ilustrativos dessa sobrecompensação ⁽¹¹²⁾.

4. OBSERVAÇÕES DAS PARTES INTERESSADAS

4.1. OBSERVAÇÕES DA BKK VEILYS

4.1.1. *Informações de base*

- (87) O contrato de 1996 implicava que a BKK DA adquirisse os ativos e as operações da Bergen Lysverker. Assim sendo, a BKK DA comprometeu-se a garantir o fornecimento contínuo de iluminação pública e assumiu responsabilidade pela gestão e manutenção da infraestrutura ⁽¹¹³⁾.
- (88) À semelhança das autoridades norueguesas, a BKK Veilys considera que a secção 7, alínea c), do contrato de venda regulamenta a compensação económica futura pelo fornecimento de iluminação pública. A secção 7, alínea c), reflete, em primeiro lugar, que o grupo BKK tem direito a compensação pela gestão e manutenção da infraestrutura e, em segundo lugar, que tem direito a compensação pelo capital investido. Esta disposição serviu de base aos contratos subsequentes ⁽¹¹⁴⁾.
- (89) Todos os contratos e operações relativos à infraestrutura de iluminação pública controlada pelo grupo BKK estão organizados no âmbito da filial Veilys AS detida a 100 %. Estas atividades englobam aproximadamente 50 000 candeeiros públicos, incluindo os candeeiros públicos em causa ao longo das estradas municipais do Município ⁽¹¹⁵⁾.

4.1.2. *Observações gerais sobre a decisão de início do procedimento*

- (90) A compensação diz respeito a uma infraestrutura pública que não é utilizada para oferecer bens ou serviços num mercado. Consequentemente, as medidas não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE ⁽¹¹⁶⁾.
- (91) A este respeito, a decisão de início do procedimento não reflete adequadamente o facto de a infraestrutura ser propriedade da Veilys AS. Uma vez que a Veilys AS é o único fornecedor possível e o Município o único comprador possível, a compensação não reverte em favor de uma empresa ⁽¹¹⁷⁾.
- (92) Em qualquer caso, não houve sobrecompensação. Visto que o fornecimento de iluminação pública é um SIEG, os critérios *Altmark* estão preenchidos ⁽¹¹⁸⁾.

4.1.3. *Observações específicas sobre a medida a) – gestão e manutenção*

- (93) Segundo a BKK Veilys, a compensação reflete os custos subjacentes e o nível de remuneração em contratos comparáveis. Não houve sobrecompensação ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 8, e 1194249, p. 10.

⁽¹¹⁰⁾ Documento n.º 1194235.

⁽¹¹¹⁾ Documento n.º 1194249, p. 10.

⁽¹¹²⁾ Documento n.º 1194249, p. 10.

⁽¹¹³⁾ Documento n.º 1073541, p. 2.

⁽¹¹⁴⁾ Documento n.º 1073541, p. 2.

⁽¹¹⁵⁾ Documento n.º 1073541, p. 2.

⁽¹¹⁶⁾ Documento n.º 1073541, p. 1-2.

⁽¹¹⁷⁾ Documento n.º 1073541, p. 2.

⁽¹¹⁸⁾ Documento n.º 1073541, p. 1.

⁽¹¹⁹⁾ Documento n.º 1073541, p. 3.

- (94) No atinente à avaliação comparativa, a BKK Veilys considera não fundamentado o nível de preços indicado na denúncia. Além disso, afigura-se necessário ter em conta as especificidades do processo. Os contratos em causa seguem o formato de preço fixo por ponto de iluminação e incluem uma gama completa de serviços. Tal implica que a BKK Veilys está sujeita ao risco de eventos adversos, tais como condições meteorológicas extremas, e tem a responsabilidade por toda a exploração e manutenção. É também mais dispendioso operar em zonas urbanas com tráfego intenso e outras perturbações ⁽¹²⁰⁾.

4.1.4. *Observações específicas sobre a medida b) – financiamento de 12 000 dispositivos LED*

- (95) A BKK Veilys refuta que o financiamento dos 12 000 dispositivos LED constitua auxílio estatal.
- (96) Tanto quanto é do conhecimento da BKK Veilys, o Município comprou os dispositivos a um custo de 2 000 NOK por ponto de iluminação. Os custos de planeamento, instalação e documentação foram de [...] NOK por ponto de iluminação.
- (97) Com base nesses valores, os custos do melhoramento ascenderam a [...] NOK por ponto de iluminação. Tal equivale a aproximadamente [...] vezes os custos de capital anuais compensados pelo Município. Assim, o melhoramento que consistiu nos 12 000 dispositivos LED foi bastante mais dispendioso do que aquilo que poderia ser realizado com base nesta compensação ⁽¹²¹⁾.
- (98) Os dispositivos LED irão, além disso, garantir poupanças significativas nos custos de energia para o Município. De acordo com as informações de que a BKK Veilys dispõe, as poupanças de custos foram estimadas em 450 NOK por ponto de iluminação por ano. Tal implica que o Município recuperará o seu investimento em menos de sete anos ⁽¹²²⁾.

4.1.5. *Observações específicas sobre a medida c) – compensação pelos custos de capital*

- (99) Segundo a BKK Veilys, a compensação está relacionada com atividades não económicas. O elemento relativo aos custos de capital deveria ser entendido como uma taxa de acesso à infraestrutura ⁽¹²³⁾.
- (100) Em qualquer caso, a compensação pelos custos de capital não confere uma vantagem económica à BKK Veilys. O custo de instalação de um ponto de iluminação é de aproximadamente 20 000 NOK, sendo que a este valor acrescem entre 10 000 e 50 000 NOK relativos a trabalhos de preparação. O custo mínimo para instalar 16 058 candeeiros públicos propriedade da BKK Veilys é, portanto, de 500 000 000 NOK ⁽¹²⁴⁾.
- (101) Daqui resulta que os custos de capital não são compensados de forma desproporcional. A infraestrutura de iluminação pública é gerida de modo a manter o seu nível técnico ⁽¹²⁵⁾.

II. APRECIACÃO

5. EXISTÊNCIA DE AUXÍLIO ESTATAL

5.1. CONTEXTO

- (102) O artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE estipula o seguinte:

«Salvo disposição em contrário nele prevista, são incompatíveis com o funcionamento do presente Acordo, na medida em que afetem as trocas comerciais entre as Partes Contratantes, os auxílios concedidos pelos Estados-Membros das Comunidades Europeias, pelos Estados da EFTA ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.»

⁽¹²⁰⁾ Documento n.º 1073541, p. 3.

⁽¹²¹⁾ Documento n.º 1073541, p. 3.

⁽¹²²⁾ Documento n.º 1073541, p. 3.

⁽¹²³⁾ Documento n.º 1073541, p. 2-3.

⁽¹²⁴⁾ Documento n.º 1073541, p. 3.

⁽¹²⁵⁾ Documento n.º 1073541, p. 3.

- (103) A qualificação de uma medida como auxílio estatal implica, por conseguinte, o preenchimento cumulativo das condições seguintes: i) é concedida pelo Estado ou proveniente de recursos estatais, ii) confere uma vantagem ao beneficiário, iii) favorece determinadas empresas (seletividade), e iv) é suscetível de falsear a concorrência e afetar as trocas comerciais. Tal como abordado acima, o Órgão de Fiscalização publicou Orientações sobre a noção de auxílio estatal ⁽¹²⁶⁾.
- (104) Com base nas observações recebidas, o Órgão de Fiscalização considera ser apropriado avaliar, em primeiro lugar, se a compensação ao abrigo das medidas a) e c) reverteu a favor de uma empresa. Em caso de resposta afirmativa a essa pergunta, e na medida em que o financiamento dos dispositivos LED [medida b)] tenha conferido uma vantagem às mesmas entidades, esta vantagem teria, pois, também revertido a favor de uma empresa.

5.2. A NOÇÃO DE EMPRESA

5.2.1. Critérios jurídicos aplicáveis

- (105) A noção de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e da sua forma de financiamento ⁽¹²⁷⁾. Constitui uma atividade económica qualquer atividade que consista na oferta de bens ou serviços num mercado ⁽¹²⁸⁾.
- (106) Ao contrário do que a autora da denúncia afirma, o facto de uma atividade poder, em princípio, ser realizada por um operador privado não é determinante. Ao invés, é necessário determinar as circunstâncias específicas nas quais a atividade é exercida ⁽¹²⁹⁾. A este respeito, tem de se verificar se, pela sua natureza, o seu objetivo e as regras a que está sujeita, a atividade em causa está ligada ao exercício de poderes públicos ou tem um caráter económico que justifique a aplicação das regras do EEE em matéria de concorrência ⁽¹³⁰⁾.
- (107) A determinação da existência de um mercado para uma determinada atividade pode variar entre Estados do EEE, dependendo das condições nacionais ⁽¹³¹⁾. A classificação de uma determinada atividade pode também mudar ao longo do tempo em resultado de decisões políticas ou de desenvolvimentos económicos.
- (108) No que diz respeito a entidades que exercem várias atividades, a classificação jurídica tem de ser realizada separadamente para cada atividade. O facto de uma entidade estar investida de poderes públicos não impede, por conseguinte, que seja classificada como uma empresa em relação a outras atividades ⁽¹³²⁾. Contudo, se uma atividade económica não puder ser dissociada do exercício de poderes públicos, as atividades no seu conjunto são classificadas como não económicas ⁽¹³³⁾.

⁽¹²⁶⁾ Decisão n.º 3/17/COL de 18 de janeiro de 2017, citada na nota de rodapé 79.

⁽¹²⁷⁾ Acórdão do Tribunal da EFTA de 17 de novembro de 2020, no processo E-9/19 Abelia e WTW AS/Órgão de Fiscalização da EFTA, n.º 87; Acórdão do Tribunal da EFTA de 21 de fevereiro de 2008, no processo E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund/Órgão de Fiscalização da EFTA [2008] Coletânea dos Acórdãos do Tribunal da EFTA 62, n.º 78. Acórdão do Tribunal da EFTA de 22 de março de 2002, no processo E-8/00 Landsorganisasjonen i Norge/Kommunenenes Sentralforbund e outros [2002] Coletânea dos Acórdãos do Tribunal da EFTA 114, n.º 62.

⁽¹²⁸⁾ Acórdão do Tribunal da EFTA de 10 de maio de 2011 nos Processos apensos E-4/10, E-6/10 e E-7/10 E-7/10 Principado do Listenstaine e outros/Órgão de Fiscalização da EFTA [2011] Coletânea dos Acórdãos do da EFTA 16, n.º 54; Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de junho de 1987, Comissão/Itália, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283, n.º 7; Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 1998, Comissão/Itália, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, n.º 36; Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de setembro de 2000, Pavlov e o., processos apensos C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, n.º 75.

⁽¹²⁹⁾ Abelia e WTW AS/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.º 88; Private Barnehagers Landsforbund/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.º 80.

⁽¹³⁰⁾ Abelia e WTW AS/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.º 89; Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 2019, Aanbestedingskalender e o./Comissão, C-687/17 P, ECLI:EU:C:2019:932, n.ºs 15-16.

⁽¹³¹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 1993, Poucet e Pistre/AGF e Cancava, processos apensos C-159/91 e C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, n.ºs 16 a 20.

⁽¹³²⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de julho de 2008, Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)/Elliniko Dimosio, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, n.º 25.

⁽¹³³⁾ Abelia e WTW AS/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.º 90; Aanbestedingskalender e o./Comissão, citado na nota de rodapé 130, n.ºs 17-19; Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2012, Compass-Datenbank GmbH/Republik Österreich, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, n.º 38.

- (109) Resulta da jurisprudência do Tribunal da EFTA que a noção de «serviços» na aceção das liberdades fundamentais é pertinente para determinar se as atividades são económicas num contexto de auxílio estatal. Tal como decorre do artigo 37.º, primeiro parágrafo, do Acordo EEE, apenas os serviços normalmente prestados mediante remuneração são considerados «serviços» na aceção do Acordo ⁽¹³⁴⁾.
- (110) A característica essencial da «remuneração» é a de constituir a contrapartida económica pelo serviço em causa ⁽¹³⁵⁾. Além disso, a remuneração é normalmente acordada entre o prestador e o destinatário do serviço ⁽¹³⁶⁾.
- (111) A noção de «serviços» deve também ser entendida à luz do artigo 37.º, segundo parágrafo, do Acordo EEE ⁽¹³⁷⁾. De acordo com esta disposição, os «serviços» compreendem, designadamente, atividades de natureza industrial ou comercial e atividades artesanais e das profissões liberais.
- (112) Resulta da jurisprudência estabelecida que a natureza de uma atividade tem de ser determinada à luz do setor no qual ocorre e da forma como esse setor está organizado.
- (113) No domínio da educação, por exemplo, o financiamento da educação no âmbito de um sistema nacional não é considerado contrapartida económica por um serviço quando estão preenchidas duas condições. Em primeiro lugar, o Estado não pretende desenvolver atividades remuneradas quando estabelece e mantém o sistema educativo, mas antes cumprir as suas obrigações para com a população. Em segundo lugar, o sistema educativo é, regra geral, financiado pelo orçamento público e não através de pagamentos dos utilizadores ⁽¹³⁸⁾.
- (114) Com base numa lógica similar, o elemento de remuneração tem sido considerado ausente no que diz respeito aos jardins de infância municipais na Noruega. Assim, os jardins de infância municipais não foram considerados empresas no contexto de auxílio estatal ⁽¹³⁹⁾.
- (115) No tocante ao setor da saúde, o Tribunal da EFTA deliberou que a natureza da prestação de serviços de assistência nos domínios da contratação pública, das tecnologias da informação e comunicação e dos arquivos tem de ser determinada de acordo com a utilização subsequente dos serviços. Quando os serviços de assistência não são prestados no mercado, mas no âmbito de um sistema nacional de saúde estabelecido com base na solidariedade, a sua prestação é de natureza não económica ⁽¹⁴⁰⁾.

5.2.2. Aplicação dos critérios jurídicos ao caso em apreço

- (116) Conforme enunciado nos pontos (53) e (54) acima, as empresas do grupo BKK exercem atividades económicas em vários mercados.
- (117) De acordo com o Tribunal de Justiça, é possível que um estabelecimento possa realizar atividades económicas e não económicas. Contudo, tal depende da sua manutenção de uma contabilidade separada dos diferentes fundos que recebe de molde a excluir qualquer risco de subsídio cruzada das suas atividades económicas através de fundos públicos recebidos pelas suas atividades não económicas ⁽¹⁴¹⁾. Por conseguinte, há que excluir qualquer risco de subsídio cruzada para que o financiamento público possa ser considerado como revertendo para atividades não económicas.

⁽¹³⁴⁾ Private Barnehagers Landsforbund/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.ºs 80-81.

⁽¹³⁵⁾ Acórdão do Tribunal da EFTA de 10 de dezembro de 2020 no processo E-13/19, Hraðbraut ehf./mennta- og menningarmálaráðuneytið, Verzlunarskóli Íslands ses., Tækniskólinn ehf., e Menntaskóli Borgarfjarðar ehf., n.º 91; Private Barnehagers Landsforbund/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.º 81; Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de setembro de 1988, Estado belga/Humbel e Edel., C-263/86, ECLI:EU:C:1988:451, n.º 17.

⁽¹³⁶⁾ Estado belga/Humbel e Edel, citado na nota de rodapé 135, n.º 17.

⁽¹³⁷⁾ Estado belga/Humbel e Edel, citado na nota de rodapé 135, n.º 16.

⁽¹³⁸⁾ Hraðbraut ehf., citado na nota de rodapé 135, n.º 92.

⁽¹³⁹⁾ Private Barnehagers Landsforbund/Órgão de Fiscalização da EFTA citado na nota de rodapé 127, n.ºs 82-84.

⁽¹⁴⁰⁾ Abelia e WTW AS/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.ºs 95-97.

⁽¹⁴¹⁾ Acórdão de 27 de junho de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe, C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496, n.º 51.

- (118) No caso em apreço, não foram apresentados ao Órgão de Fiscalização argumentos de que tivessem sido criadas garantias suficientes, que separassem eficaz e adequadamente o rendimento e os custos ao abrigo dos contratos em causa de outras atividades económicas. Pelo contrário, as autoridades norueguesas afirmaram que deveriam ter sido criadas garantias e que não era possível excluir a subsidiação cruzada ⁽¹⁴²⁾.
- (119) Nesta base, e independentemente do facto de as atividades compensadas serem de natureza económica, o Órgão de Fiscalização é, portanto, obrigado a concluir que a compensação ao abrigo das medidas a) e c) reverteu para uma empresa.
- (120) À luz dos argumentos apresentados, o Órgão de Fiscalização irá, no entanto, avaliar se as atividades compensadas ao abrigo das medidas em causa são, em si mesmas, económicas. O Órgão de Fiscalização avaliará, em primeiro lugar, as atividades respeitantes aos candeeiros públicos que tenham pertencido a empresas do grupo BKK.
- (121) Tal como reiterado nos pontos (59)-(60) acima, as autoridades norueguesas remetem para as responsabilidades dos municípios, nos termos do artigo 20.º da Lei norueguesa relativa às estradas, de explorar e manter as estradas municipais. Embora o artigo 20.º não obrigue os municípios a fornecer iluminação pública, ou a fornecer iluminação pública a um certo nível, esta atividade contribui para o objetivo de segurança rodoviária. Além disso, o Município segue a norma (*veinormalen*) da Administração das Estradas Públicas da Noruega (*Statens vegvesen*) ao planear, construir e melhorar as estradas. Esta norma contém especificações relativas à existência de candeeiros públicos ⁽¹⁴³⁾.
- (122) Neste contexto, as autoridades norueguesas afirmam, conforme identificado no ponto (61), que o acórdão no processo Selex corrobora a sua posição de que as atividades compensadas são de natureza não económica ⁽¹⁴⁴⁾. Além disso, conforme estabelecido no ponto (62), as autoridades norueguesas invocam o ponto 17 sobre os poderes públicos e as autoridades públicas nas Orientações sobre a noção de auxílio estatal ⁽¹⁴⁵⁾. Em qualquer caso, as autoridades norueguesas alegam que as atividades que perseguem objetivos de segurança pública devem ser classificadas do mesmo modo que as atividades não económicas realizadas para fins sociais, culturais, educativos e pedagógicos.
- (123) Tal como acima estabelecido, é necessário analisar as circunstâncias específicas nas quais uma atividade é realizada para determinar se a atividade é de natureza económica ⁽¹⁴⁶⁾. No caso em apreço, o ponto de partida natural para esta avaliação é o quadro regulamentar em vigor no que diz respeito ao fornecimento de iluminação pública ao longo das estradas municipais na Noruega, bem como as circunstâncias específicas em Bergen.
- (124) No atinente ao quadro regulamentar em vigor na Noruega, a legislação e as normas referidas pelas autoridades norueguesas implicam simplesmente que os municípios são responsáveis pela exploração das infraestruturas rodoviárias municipais e que os requisitos sobre a existência de iluminação pública têm de estar satisfeitos, para que as estradas cumpram a norma (*veinormalen*) da Administração das Estradas Públicas da Noruega (*Statens vegvesen*). Contudo, conforme estabelecido acima, o artigo 20.º da Lei norueguesa relativa às estradas não exige que os municípios forneçam iluminação pública ou que forneçam iluminação pública a um certo nível. Por outro lado, nada impede que os municípios celebrem contratos com entidades comerciais tendo em vista a gestão e manutenção (de parte) das estradas municipais enquanto atividade económica.
- (125) No que diz respeito às circunstâncias específicas em Bergen, o Órgão de Fiscalização observa que a inclusão da infraestrutura de iluminação pública na venda da Bergen Lysverker teve como efeito que a BKK DA se tornasse no único fornecedor disponível ao longo das estradas municipais em causa. A BKK DA obteve esta posição em concorrência com outros cinco proponentes.
- (126) Além disso, conforme descrito no ponto (32), a secção 7, alínea c), do contrato de venda incluía um mecanismo regulador da futura compensação económica. Este mecanismo permite um nível regulado de remuneração.

⁽¹⁴²⁾ Documento n.º 1126801, p. 7.

⁽¹⁴³⁾ Documentos n.ºs 1126801, p. 4, e 1194249, p. 5.

⁽¹⁴⁴⁾ Os acórdãos do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, citados na nota de rodapé 77.

⁽¹⁴⁵⁾ Orientações sobre a noção de auxílio estatal, citadas na nota de rodapé 79.

⁽¹⁴⁶⁾ Abelia e WTW AS/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.º 88; Private Barnehagers Landsforbund/Órgão de Fiscalização da EFTA, citado na nota de rodapé 127, n.º 80.

- (127) Nesta base, o Órgão de Fiscalização considera que através da venda da infraestrutura de iluminação pública, conjugada com a criação do mecanismo de compensação que permite um nível regulado de remuneração, o Município criou um mercado para o fornecimento dos serviços em causa ao Município enquanto atividade económica. O facto de a infraestrutura ser de natureza única, cujo resultado foi o seu comprador ter passado a ser o único fornecedor disponível, não implica, por si só, que as empresas em causa do grupo BKK não tenham prestado serviços num mercado. Acresce que a BKK DA obteve a sua posição exclusiva em concorrência com outros cinco proponentes.
- (128) Este ponto de vista é corroborado pela linha de ação seguida pelo grupo BKK e o Município em relação aos contratos subsequentes celebrados a intervalos regulares. O grupo BKK procurou maximizar os seus lucros através da sua interpretação dos termos do contrato e sublinhou que está a operar comercialmente com vista a criar valor para os seus acionistas ⁽¹⁴⁷⁾. O Município, pelo seu lado, atuou com base no facto de que está perante um vendedor comercial. As autoridades norueguesas aludiram, com efeito, ao poder de mercado de que o grupo BKK beneficiava na qualidade de proprietário da infraestrutura.
- (129) Como resulta manifesto de várias denúncias apresentadas à Instância de Recurso em matéria de Contratos Públicos (KOFA), os serviços respeitantes à manutenção e gestão da iluminação pública são, além disso, oferecidos por diferentes fornecedores numa base comercial ⁽¹⁴⁸⁾. Em consonância com este facto, o Município recebeu efetivamente, conforme descrito na secção 3.1.4, propostas de vários fornecedores quando lançou um procedimento de concurso para esses serviços.
- (130) Assim, o Órgão de Fiscalização observa que, com efeito, era prática normal na Noruega e na área de Bergen prestar serviços de manutenção e gestão mediante remuneração. Tal indica também que essas atividades eram de natureza económica.
- (131) No que diz respeito à compensação paga relativamente à manutenção e gestão dos dispositivos de iluminação pública detidos pelo Município, nada nas condições do contrato indica que essas atividades devessem ser classificadas de forma diferente. Com a exceção de que não há custos de capital a compensar, as condições eram, até 1 de abril de 2020, as mesmas que eram aplicáveis à iluminação pública controlada pelo grupo BKK. Desde 1 de abril de 2020, os serviços têm sido prestados ao abrigo de um contrato comercial adjudicado com base num procedimento concorrencial ⁽¹⁴⁹⁾.
- (132) No tocante à alusão feita pelas autoridades norueguesas ao acórdão no processo *Selex* ⁽¹⁵⁰⁾, cumpre recordar que o processo dizia respeito a atividades realizadas pela Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea («Eurocontrol»). A Eurocontrol foi instituída por vários Estados europeus ao abrigo da Convenção Internacional de cooperação para a segurança da navegação aérea ⁽¹⁵¹⁾.
- (133) Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça reiterou a sua conclusão de um processo anterior de que, quando consideradas globalmente, as atividades da Eurocontrol estavam, pela sua natureza, objetivo e regras a que estavam sujeitas, ligadas ao exercício de poderes públicos relacionados com o controlo e a supervisão do espaço aéreo. Esta conclusão também se aplicou no que diz respeito à assistência prestada pela Eurocontrol a administrações nacionais relacionada, nomeadamente, com concursos para a aquisição de equipamentos e de sistemas no domínio da gestão do tráfego aéreo ⁽¹⁵²⁾.
- (134) Atendendo à avaliação estabelecida nos pontos (123)-(131), o Órgão de Fiscalização reafirma, por conseguinte, que o caso em apreço é substancialmente diferente do acórdão no processo *Selex*. Cumpre ainda recordar que, no processo *Selex*, o Tribunal indicou efetivamente que o facto de um organismo ter fins lucrativos constitui uma indicação de que uma atividade é de natureza económica ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Documento n.º 1194227, p. 2.

⁽¹⁴⁸⁾ Decisão de 23 de março de 2022, *Otera Traftec AS/Município de Lillehammer*, processo 2021/1439; Decisão de 24 de março de 2021, *Nett-Tjenester AS/Município de Fredrikstad*, processo 2021/367; Decisão de 14 de setembro de 2015, *Nettpartner AS/Município de Stavanger* e outros, processos apensos 2015/47, 2015/48, 2015/49 e 2015/50; Decisão de 2 de setembro de 2015, *Traftec AS/Condado de Vest-Agder*, processo 2015/71. As decisões estão disponíveis em: <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/>.

⁽¹⁴⁹⁾ Ver secções 3.1.3 e 3.1.4.

⁽¹⁵⁰⁾ Os acórdãos do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, citados na nota de rodapé 77.

⁽¹⁵¹⁾ O acórdão do Tribunal Geral, citado na nota de rodapé 77, n.º 1.

⁽¹⁵²⁾ O acórdão do Tribunal de Justiça, citado na nota de rodapé 77, n.ºs 71-72.

⁽¹⁵³⁾ O acórdão do Tribunal de Justiça, citado na nota de rodapé 77, n.ºs 116-117.

- (135) O Órgão de Fiscalização também não pode concordar que as atividades compensadas ao abrigo das medidas a) e c) dizem respeito a poderes públicos ou a autoridade pública na aceção do ponto 17 das Orientações sobre a noção de auxílio estatal ⁽¹⁵⁴⁾. Trata-se, pelo contrário, de uma situação em que o Município compensou um fornecedor que opera numa base comercial e económica. Como tal, a situação é análoga à de um município que adjudica obras de construção relacionadas com a construção ou manutenção de estradas municipais a um contratante comercial.
- (136) Segundo a mesma ordem de ideias, a afirmação de que atividades económicas que perseguem objetivos de segurança pública devem ser classificadas do mesmo modo que as atividades não económicas realizadas para fins sociais, culturais, educativos e pedagógicos continua a não convencer o Órgão de Fiscalização. Não existe nenhuma base na jurisprudência que conclua que as atividades são, por si só, não económicas devido ao facto de perseguirem um determinado objetivo. Para o efeito é necessário, conforme referido, analisar as circunstâncias específicas nas quais a atividade é exercida. A título de exemplo, as atividades de manutenção relacionadas com bens públicos podem claramente ser exercidas numa base económica, mesmo que sejam necessárias para a segurança dos utilizadores.

5.2.3. Conclusão

- (137) Com base no que precede, o Órgão de Fiscalização conclui que a compensação ao abrigo das medidas a) e c) reverteu em favor de uma empresa. Na medida em que o financiamento dos dispositivos LED [medida b)] conferiu uma vantagem às mesmas entidades, esta também reverteria, por conseguinte, em favor de uma empresa.

5.3. PRESENÇA DE RECURSOS ESTATAIS

- (138) Para que uma medida constitua auxílio estatal, tem de ser concedida pelo Estado ou através de recursos estatais. O conceito de recursos estatais inclui os recursos de entidades intraestatais regionais ⁽¹⁵⁵⁾.
- (139) As medidas são todas financiadas pelo orçamento do Município, pelo que envolvem o consumo de recursos estatais.

5.4. VANTAGEM

5.4.1. Introdução

- (140) Uma vantagem na aceção do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE é qualquer benefício económico que uma empresa não teria obtido em condições de mercado normais ⁽¹⁵⁶⁾. Assim, não são apenas os benefícios positivos como subvenções, empréstimos ou investimentos diretos que podem conferir uma vantagem, mas também as intervenções que, sem serem subvenções em sentido estrito, são da mesma natureza e têm os mesmos efeitos ⁽¹⁵⁷⁾. Deste modo, não se pode considerar que uma medida esteja excluída da proibição de auxílio estatal simplesmente porque assume a forma de um acordo que inclui compromissos recíprocos ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Orientações sobre a noção de auxílio estatal, citadas na nota de rodapé 79.

⁽¹⁵⁵⁾ Orientações sobre a noção de auxílio estatal, citadas na nota de rodapé 79, n.º 48 e a jurisprudência citada.

⁽¹⁵⁶⁾ Orientações sobre a noção de auxílio estatal, citadas na nota de rodapé 79, n.º 66; Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e outros/La Poste e outros*, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, n.º 60; Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de abril de 1999, *Espanha/Comissão*, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, n.º 41.

⁽¹⁵⁷⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 1974, *Itália/Comissão*, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, n.º 13; Acórdão do Tribunal da EFTA de 17 de agosto de 2012, no processo E-12/11 *Asker Brygge/Órgão de Fiscalização da EFTA* [2012] Coletânea dos Acórdãos do Tribunal da EFTA 536, n.º 55. Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de novembro de 2003, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie/GEMO SA*, C-126/01, ECLI:EU:C:2003:622, n.º 28.

⁽¹⁵⁸⁾ Acórdão do Tribunal Geral de 28 de janeiro de 1999, *BAI/Comissão*, T-14/96, ECLI:EU:T:1999:12, n.º 71.

5.4.2. Não se pode excluir uma vantagem com base nas condições *Altmark*

5.4.2.1. As condições *Altmark*

- (141) Existe jurisprudência específica aplicável à compensação de obrigações de serviço público concedida a empresas encarregadas de um serviço de interesse económico geral («SIEG»). Resulta do acórdão do Tribunal de Justiça no processo *Altmark* que, nesses casos, a presença de uma vantagem na aceção do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE, pode ser excluída quando as quatro condições cumulativas seguintes estão preenchidas ⁽¹⁵⁹⁾:
- i. «Em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve efetivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas,
 - ii. Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objetiva e transparente [...],
 - iii. Em terceiro lugar, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações,
 - iv. Em quarto lugar, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público não for efetuada através de um processo de concurso público que permita selecionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a coletividade, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada [...], teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respetivas receitas, assim como um lucro razoável relativo ao cumprimento das obrigações.»
- (142) O Órgão de Fiscalização publicou um conjunto de orientações sobre a aplicação das regras em matéria de auxílios estatais à compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral ⁽¹⁶⁰⁾. As condições do acórdão *Altmark* são abordadas na secção 3 dessas orientações.

5.4.2.2. Aplicação das condições do acórdão *Altmark* ao caso em apreço

- (143) De acordo com a primeira condição, a empresa beneficiária deve ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público claramente definidas.
- (144) Segundo o Tribunal de Justiça, esta condição persegue um objetivo de transparência e de segurança jurídica. Exige que se determine, em primeiro lugar, se a empresa beneficiária foi efetivamente encarregada da execução de obrigações de serviço público e, em segundo lugar, se essas obrigações estão claramente definidas no direito nacional. Assim, é indispensável que estejam reunidos critérios mínimos relativos à existência de um ou de vários atos de autoridade pública que definam de maneira suficientemente precisa a natureza, a duração e o alcance das obrigações de serviço público que incumbem à(s) empresa(s) à(s) qual(ais) foram confiadas as funções ⁽¹⁶¹⁾.
- (145) Nesse sentido, o Tribunal de Justiça confirmou um acórdão do Tribunal Geral que concluía que, na ausência de uma definição clara do serviço em questão como um SIEG no âmbito do direito nacional, a primeira condição *Altmark* não estava preenchida. Esta conclusão não podia ser posta em causa pela existência de uma deficiência do mercado em causa e pelo facto de o serviço poder ter sido definido como um SIEG. Tais circunstâncias não foram pertinentes para determinar se as empresas em questão foram efetivamente incumbidas da execução de obrigações de serviço público por um ato público e se essas obrigações se encontravam aí claramente definidas ⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ *Altmark*, citado na nota de rodapé 26, n.ºs 87-93.

⁽¹⁶⁰⁾ JO L 161 de 13.6.2013, p. 12 (anexo I) e Suplemento EEE n.º 34 de 13.6.2013, p. 1 (anexo I).

⁽¹⁶¹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de dezembro de 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco e o./Comissão, C-66/16 P, ECLI:EU:C:2017:654, n.ºs 72-73.

⁽¹⁶²⁾ *Ibid*, n.ºs 74-75.

- (146) Resulta, além disso, da jurisprudência estabelecida que para que uma empresa possa ser considerada encarregada da gestão de um SIEG, deve tê-lo sido por um ato da autoridade pública ⁽¹⁶³⁾. Esses atos de atribuição podem abranger contratos, desde que emanem da autoridade pública e sejam vinculativos ⁽¹⁶⁴⁾. No entanto, o facto de ser objeto de um contrato público não basta para que um serviço revista a qualidade de um SIEG sem uma explicação específica ⁽¹⁶⁵⁾.
- (147) Por conseguinte, a questão pertinente não é se o Município poderia ter confiado às empresas do grupo BKK um SIEG que abrangesse os serviços em causa, mas se efetivamente o fez.
- (148) O ponto de partida natural para avaliar este aspeto é o facto de que nem as autoridades norueguesas, nem a BKK Veilys afirmaram que o grupo BKK tinha sido encarregado da prestação de um SIEG.
- (149) Conforme resulta evidente das secções 3 e 4 acima, as autoridades norueguesas não aludiram de modo algum nas suas observações à legislação relacionada com os SIEG. A BKK Veilys afirmou simplesmente que se o fornecimento de iluminação pública constitui um SIEG, as condições *Altmark* estão, pois, preenchidas. Tal sugere, em consonância com a conclusão a título preliminar na decisão de início do procedimento, que as empresas do grupo BKK não tiveram, e não têm, de cumprir uma obrigação de serviço público em relação às medidas ⁽¹⁶⁶⁾.
- (150) Este ponto de vista é, de resto, corroborado pelos contratos apresentados pelas autoridades norueguesas.
- (151) Conforme explicado na secção 3 acima, o contrato de venda de 1996 caracterizava-se pela venda por parte do Município, e a compra por parte da BKK DA, de uma empresa. Embora o contrato incluísse disposições sobre o fornecimento futuro de iluminação pública e serviços conexos, a documentação facultada não contém nenhuma indicação de que o Município, na aceção da jurisprudência, tenha incumbido a BKK DA de obrigações de serviço público.
- (152) O mesmo é válido para os contratos subsequentes com empresas no grupo BKK. No atinente às atividades relacionadas com a iluminação pública controlada pelo grupo BKK, aquelas refletem o facto de o Município comprar a um vendedor que controla uma prestação necessária, por oposição à atribuição de obrigações de serviço público. No que diz respeito à manutenção e gestão da iluminação pública detida pelo Município, esta foi contratada como uma prestação no fornecimento por parte do Município de iluminação pública através desta infraestrutura. Ambos os conjuntos de atividades foram incluídos nos contratos sem qualquer cláusula, explicação ou indicação de que as empresas do grupo BKK foram encarregadas da prestação de um SIEG.

5.4.2.3. Conclusão

- (153) Com base nas considerações que precedem, o Órgão de Fiscalização confirma a sua conclusão preliminar da decisão de início do procedimento. Relativamente às três medidas, as empresas do grupo BKK não tiveram, e não têm, de cumprir uma obrigação de serviço público. Consequentemente, não se pode excluir uma vantagem com base nas condições *Altmark*.

5.4.3. Princípio do operador numa economia de mercado

5.4.3.1. Contexto

- (154) Considera-se que as operações económicas realizadas por entidades públicas não conferem uma vantagem à contraparte e, por conseguinte, não constituem auxílio estatal, quando são consentâneas com condições normais de mercado. Esta questão da conformidade com o mercado é avaliada nos termos do princípio do operador numa economia de mercado («POEM»).

⁽¹⁶³⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de outubro de 1997, Comissão/República Francesa, C-159/94, ECLI:EU:C:1997:501, n.º 65.

⁽¹⁶⁴⁾ Acórdão do Tribunal Geral de 7 de novembro de 2012, Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé (CBI)/Comissão, T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584, n.º 109.

⁽¹⁶⁵⁾ Acórdão do Tribunal Geral de 26 de novembro de 2015, Espanha/Comissão, T-461/13, ECLI:EU:T:2015:891, n.º 71. O acórdão foi confirmado em sede de recurso no acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de dezembro de 2017, Espanha/Comissão, C-81/16 P, ECLI:EU:C:2017:1003. Ver, nomeadamente, o n.º 49 do acórdão do Tribunal de Justiça.

⁽¹⁶⁶⁾ Ponto 33 da decisão de início do procedimento.

- (155) Ao avaliar uma disposição à luz do POEM, o elemento decisivo consiste em determinar se a entidade pública agiu da forma que um operador de mercado teria agido numa situação comparável ⁽¹⁶⁷⁾. Consequentemente, apenas os benefícios e as obrigações ligados ao papel de um operador económico, por oposição ao de uma autoridade pública, devem ser tidos em conta ⁽¹⁶⁸⁾.
- (156) A questão de saber se uma operação envolve auxílio estatal tem de ser resolvida à luz da situação existente no momento em que a operação foi decidida ⁽¹⁶⁹⁾. Assim, o que constitui remuneração normal resulta dos fatores que uma empresa, agindo em condições normais de mercado, teria tido em consideração ao fixar a remuneração ⁽¹⁷⁰⁾.
- (157) O Órgão de Fiscalização tem de realizar uma avaliação económica complexa ao aplicar o POEM ⁽¹⁷¹⁾. Esta avaliação tem de ser realizada tendo por base o objetivo e elementos de prova verificáveis que estejam disponíveis ⁽¹⁷²⁾.
- (158) Em conformidade com o que é alegado na denúncia, o Órgão de Fiscalização avaliará em seguida se o grupo BKK foi compensado acima dos preços de mercado pela manutenção e gestão [medida a)]. Subsequentemente, o Órgão de Fiscalização avaliará se o financiamento de 12 000 dispositivos LED [medida b)] lhe conferiu uma vantagem económica.
- (159) Por último, o Órgão de Fiscalização abordará a compensação pelos custos de capital [medida c)]. Nessa avaliação, o Órgão de Fiscalização considerará, em primeiro lugar, se a compensação pelos custos de capital foi consentânea com a prática normal do mercado. Em segundo lugar, o Órgão de Fiscalização avaliará se o grupo BKK foi compensado por esses custos acima dos preços de mercado.

5.4.4. *Medida a) – exploração e manutenção*

5.4.4.1. **Compensação paga relativamente à infraestrutura detida pela BKK**

- (160) Durante o procedimento formal de investigação, o Órgão de Fiscalização recebeu informações adicionais sobre a venda da Bergen Lysverker pelo Município.
- (161) Conforme estabelecido na secção 3.1.2, o Município vendeu a unidade municipal Bergen Lysverker, incluindo os seus ativos e operações, à BKK DA em 1996. Embora a BKK DA tenha adquirido a Bergen Lysverke através de um processo de concurso, a venda constituiu também uma transferência interna de uma filial. À época, a BKK DA era totalmente controlada pelo Município.
- (162) A secção 7, alínea c), do contrato de venda de 1996 instituiu um mecanismo regulador da compensação pelo futuro fornecimento de iluminação pública através da infraestrutura que foi adquirida pela BKK DA. Conforme resulta das informações apresentadas nas secções 3.1.2 e 4.1.1, as autoridades norueguesas e a BKK Veilys concordam que estiveram, e ainda estão, vinculadas por esta disposição ao fixar a compensação.
- (163) A questão de saber se uma operação envolve auxílio estatal tem, como já foi referido, de ser resolvida à luz da situação existente no momento em que a operação foi decidida ⁽¹⁷³⁾. Consequentemente, se o mecanismo de compensação previsto no contrato de venda de 1996 foi estabelecido de uma forma que, no momento da sua criação, limitava os níveis futuros de compensação aos preços do mercado, a compensação posteriormente calculada em conformidade com este mecanismo não constitui uma vantagem ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Orientações sobre a noção de auxílio estatal, citadas na nota de rodapé 79, n.º 76; Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de março de 1991, Itália/Comissão, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, n.º 19; Acórdão do Tribunal Geral de 6 de março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão, processos apensos T-228/99 e T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, n.º 208.

⁽¹⁶⁸⁾ Orientações sobre a noção de auxílio estatal, citadas na nota de rodapé 79, n.º 77; Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de junho de 2012, Comissão/Électricité de France (EDF), C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, n.ºs 79, 80 e 81.

⁽¹⁶⁹⁾ Westdeutsche Landesbank Girozentrale, citado na nota de rodapé 167, n.ºs 245-246.

⁽¹⁷⁰⁾ Syndicat français de l'Express international (SFEI), citado na nota de rodapé 156, n.ºs 60-61.

⁽¹⁷¹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de setembro de 2010, Comissão/Scott SA, C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480, n.º 68. Ver, também, o acórdão do Tribunal Geral de 27 de abril de 2022, Petra Flašker/Comissão, T-392/20, ECLI:EU:T:2022:245, n.º 42.

⁽¹⁷²⁾ Électricité de France (EDF), citado na nota de rodapé 168, n.º 102.

⁽¹⁷³⁾ Westdeutsche Landesbank Girozentrale, citado na nota de rodapé 167, n.ºs 245 e 246.

⁽¹⁷⁴⁾ Ver, no tocante aos acordos de opção de compra, o acórdão no processo Asker Brygge, citado na nota de rodapé 157, no n.º 57 com outras referências à jurisprudência.

- (164) Por conseguinte, é necessário avaliar, em primeiro lugar, se o mecanismo de compensação foi concebido de forma a limitar a remuneração futura aos preços do mercado. Em caso de resposta afirmativa a esta questão, é necessário avaliar, em segundo lugar, se o mecanismo foi efetivamente aplicado.
- (165) Num processo que diz respeito à conformidade com o mercado da remuneração paga pela assistência prestada pelos correios franceses, *La Poste*, à sua filial *SFMI-Chronopost* («Chronopost»), o Tribunal de Justiça salientou que os serviços prestados à Chronopost estavam indissociavelmente ligados à rede postal única gerida por La Poste. Dado que esta rede não foi concebida com base em considerações comerciais, não teria sido criada por uma empresa privada na ausência de intervenção estatal ⁽¹⁷⁵⁾.
- (166) O Tribunal de Justiça concluiu que, nesta situação, os custos suportados por La Poste relativamente à prestação dos serviços em causa poderiam constituir o objetivo e os elementos de prova verificáveis com base nos quais a conformidade com o mercado da remuneração teria de ser avaliada. A presença de uma vantagem poderia ser excluída se, por um lado, o preço cobrado cobrisse devidamente os custos variáveis suplementares incorridos no fornecimento dos serviços, uma contribuição adequada para os custos fixos e uma remuneração apropriada do capital investido e, por outro lado, nenhum indício sugerisse que esses elementos tinham sido erradamente estimados ou fixados de modo arbitrário ⁽¹⁷⁶⁾.
- (167) O caso em apreço diz respeito a serviços indissociavelmente ligados a uma rede única que não foi construída com base numa abordagem comercial e que não teria sido criada por uma empresa privada na ausência de intervenção estatal. Acresce que a BKK DA era, com efeito, totalmente detida pelo Município no momento da celebração do contrato de venda.
- (168) Nesta base, o Órgão de Fiscalização considera a situação existente no momento em que o mecanismo de compensação no contrato de venda de 1996 foi instituído, comparável à apreciada pelo Tribunal de Justiça no processo *Chronopost*. Assim, na medida em que este mecanismo de compensação cumpre as condições *Chronopost*, o Órgão de Fiscalização considera-o consentâneo com as condições do mercado.
- (169) A secção 7, alínea c), do contrato de venda de 1996 implica, conforme enunciado na secção 3.1.2, que a compensação deveria cobrir os custos operacionais da BKK acrescidos de uma remuneração regulamentada do capital investido. Por conseguinte, no que diz respeito ao elemento relativo à manutenção e gestão, o mecanismo apenas permite a cobertura dos custos. Além disso, o Órgão de Fiscalização não recebeu qualquer informação que indicasse que os custos errada ou arbitrariamente fixados, em resultado, por exemplo, de um nível de eficiência artificialmente baixo ou de uma imputação incorreta de custos indiretos, seriam elegíveis para compensação. Nesta base, o Órgão de Fiscalização considera que o elemento no mecanismo de compensação respeitante à manutenção e gestão está em consonância com as condições *Chronopost*.
- (170) No que diz respeito à segunda questão de saber se o mecanismo de compensação previsto no contrato de venda de 1996 foi aplicado, um operador privado racional teria, atendendo às verbas envolvidas, investido recursos suficientes para garantir a conformidade. Tal envolveria controlos da base para os preços apresentados pelo grupo BKK, incluindo a forma como os custos diretos e indiretos eram determinados. O Órgão de Fiscalização está, além disso, convencido de que um comprador privado teria tomado medidas legais se confrontado com um fornecedor relutante em documentar que os seus preços eram conformes ao mecanismo de compensação acordado.
- (171) Conforme descrito na secção 3.3, o Município questionou aquilo que considera serem preços elevados por parte do grupo BKK. O Município admitiu ainda que não pode excluir que os níveis de compensação constituam sobrecompensação e que a falta de documentação sobre a base de cálculo dos preços cobrados seja problemática. Ademais, o Município manifestou estas preocupações ao longo de todo o período abrangido pelo procedimento formal de investigação.
- (172) No tocante às informações apresentadas pela BKK Veilys, constantes da secção 4.1.3, as mesmas não contêm quaisquer pormenores relativos à base de cálculo dos preços cobrados. Em especial, as informações não indicam os custos diretos e indiretos associados às atividades respeitantes à gestão e manutenção e o modo como os mesmos foram calculados. No que diz respeito aos custos indiretos, não existem informações sobre qual o mecanismo de imputação que está em vigor e por que razão é considerado apropriado. Esta falta de especificidade é uma indicação de que o mecanismo de compensação previsto no contrato de venda de 1996 não foi respeitado.

⁽¹⁷⁵⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 2003, *Chronopost/Ufex e o.*, processos apensos C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, ECLI:EU:C:2003:388, n.ºs 36-37.

⁽¹⁷⁶⁾ *Ibid.*, n.ºs 38-40.

- (173) No que se refere aos valores da KOSTRA, conforme enunciado no ponto (69), os mesmos apresentam os custos totais de cada município por ponto de iluminação por ano, incluindo eletricidade. Os números revelam que ao longo do período compreendido entre 2015 e 2019, o Município tinha os custos mais elevados registados dos dez maiores municípios que estão representados.
- (174) As diferenças de custos entre municípios podem resultar de diversos fatores, conforme explicado nos pontos (67)-(68) e (94) acima. Nem as autoridades norueguesas, nem a BKK Veilys forneceram, contudo, informações que corroborem que os níveis de custos na KOSTRA se justificam. A BKK Veilys afirmou simplesmente que há fatores específicos que afetam os custos em Bergen, sem documentar mais aprofundadamente esta afirmação.
- (175) Consequentemente, o Órgão de Fiscalização considera que os valores provenientes da KOSTRA constituem uma indicação de que o grupo BKK foi sobrecompensado. No entanto, os valores não estão suficientemente pormenorizados para concluir em que medida a sobrecompensação diz respeito a manutenção e gestão [medida a)] ou a custos de capital [medida c)].
- (176) Atendendo ao que precede, a totalidade das informações apresentadas indica que a compensação excedeu muito provavelmente o nível compatível com o mecanismo previsto no contrato de venda de 1996. Tal reflete a não adoção por parte do Município das medidas necessárias para garantir o respeito por este mecanismo. Consequentemente, o Município não atuou como um comprador privado.

5.4.4.2. **Compensação relativa à infraestrutura detida pelo Município**

- (177) Conforme descrito nas secções 3.1.3, 3.1.4 e 3.1.5, o Município teve, e continua a ter, vários dispositivos de iluminação pública ao longo das suas estradas municipais. Por outro lado, conforme estabelecido na secção 3.1.4, a manutenção e gestão desta infraestrutura que era propriedade do Município foram, com efeitos a partir de 1 de abril de 2020, realizadas ao abrigo de um contrato que o Município submeteu a concurso.
- (178) Conforme evidenciado pelo convite à apresentação de propostas para este contrato, o Município era livre de celebrar o contrato de manutenção e gestão da infraestrutura por si detida com qualquer fornecedor interessado e não estava vinculado por qualquer mecanismo de compensação predefinido. Por conseguinte, o Órgão de Fiscalização avaliará separadamente a compensação paga em relação a estas atividades.
- (179) As informações apresentadas na secção 3.1.4 indicam que a adjudicação do contrato objeto de concurso seguiu um procedimento competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional em consonância com a legislação relativa aos contratos públicos do EEE. A decisão de adjudicação baseou-se no preço mais baixo e não há nenhum indício de que o preço de mercado prevalecente fosse, de facto, inferior ao obtido. Nesta base, o Órgão de Fiscalização considera que a compensação paga pela manutenção e gestão ao abrigo do contrato objeto de concurso não conferiu uma vantagem ao grupo BKK ⁽¹⁷⁷⁾.
- (180) No que diz respeito à compensação pelas atividades realizadas antes de 1 de abril de 2020, o Órgão de Fiscalização observa que, embora o Município tenha considerado o nível de preços elevado, não verificou se os serviços podiam ser adjudicados a custos inferiores a outro fornecedor. Ao invés, aceitou que fosse aplicado o mesmo preço por candeeiro público aplicado no caso da infraestrutura controlada pelo grupo BKK. Assim, o Órgão de Fiscalização observa que o Município não agiu como um comprador privado teria agido.
- (181) No atinente ao nível de compensação, este foi, como referido, o mesmo por candeeiro público que o relativo aos candeeiros públicos controlados pelo grupo BKK. Tal como observado no ponto (176), a totalidade das informações apresentadas indica que o nível de compensação excedeu o permitido pelo mecanismo baseado nos custos constante do contrato de venda de 1996. Tal sugere igualmente que o Município pagou mais do que teria pago se contratasse os serviços no mercado livre.
- (182) Nada nas informações apresentadas indica o contrário. Conforme estabelecido nos pontos (173) a (175), os valores da KOSTRA constituem efetivamente uma indicação de que o grupo BKK foi sobrecompensado. No entanto, os valores não estão suficientemente pormenorizados para concluir em que medida a sobrecompensação diz respeito a manutenção e gestão [medida a)] ou a custos de capital [medida c)].

⁽¹⁷⁷⁾ Orientações sobre a noção de auxílio estatal, citadas na nota de rodapé 79, n.º 89-96.

- (183) O Órgão de Fiscalização considerou ainda o resultado do concurso para os serviços prestados a partir de 1 de abril de 2020. Todavia, conforme estabelecido no ponto (48), o contrato objeto de concurso também abrangia 12 000 dispositivos LED instalados na rede detida pela BKK. As condições obtidas ao abrigo do contrato objeto de concurso não constituem, por conseguinte, um comparador pertinente no tocante aos preços anteriormente cobrados relativos aos dispositivos de iluminação pública propriedade do Município.
- (184) Consequentemente, o Órgão de Fiscalização tem de formar a sua conclusão com base nas informações restantes disponíveis. Tal como enunciado nos pontos (180)-(182), a totalidade destas informações indicia que o grupo BKK foi sobrecompensado também em relação ao sistema de iluminação pública detido pelo Município.

5.4.4.3. Conclusão

- (185) Com base na avaliação que precede, o Órgão de Fiscalização conclui que o grupo BKK beneficiou de uma sobrecompensação pela manutenção e gestão do sistema de iluminação pública ao longo das estradas municipais em Bergen. No que se refere a essa iluminação pública detida pelo grupo BKK, esta sobrecompensação continua a verificar-se. No caso da iluminação pública detida pelo Município, a sobrecompensação está limitada às atividades realizadas até 1 de abril de 2020.
- (186) Embora comprovem que foi concedida uma vantagem, as informações apresentadas não permitem ao Órgão de Fiscalização determinar o seu montante, o que se reflete na ordem de cobrança estabelecida na secção 10 *infra*.

5.4.5. Medida b) – financiamento de 12 000 dispositivos LED

- (187) Conforme resulta das informações apresentadas nas secções 3.4 e 4.1.4 acima, os dispositivos LED foram adquiridos pelo Município a um fornecedor externo. A sua propriedade não foi, e não será, transferida para o grupo BKK. Assim, não foi conferida qualquer vantagem pelo facto de o Município não manter a sua propriedade dos dispositivos LED.
- (188) As autoridades norueguesas e a BKK Veilys esclareceram ainda que a compra dos dispositivos LED representou um melhoramento extraordinário que a BKK Veilys não estava obrigada a realizar. Nesta base, pode concluir-se que não foi conferida qualquer vantagem pelo facto de o Município ter libertado a BKK Veilys de encargos que esta deveria ter suportado de acordo com as condições do(s) contrato(s).
- (189) No tocante à exploração e manutenção dos dispositivos LED, estas tarefas estavam incluídas no contrato de serviços separado que foi lançado a concurso. A compensação ao abrigo deste contrato não conferiu, pelas razões expostas no ponto (179), uma vantagem para o grupo BKK.
- (190) Com base no que precede, o Órgão de Fiscalização considera que o financiamento dos 12 000 dispositivos LED [medida b)] não conferiu, por si só, uma vantagem a empresas do grupo BKK. Contudo, pelos motivos expostos nos pontos (191) e (192) *infra*, o Órgão de Fiscalização sublinha que é necessário ter em conta a instalação dos dispositivos LED ao determinar o nível de sobrecompensação ao abrigo das medidas a) e c).
- (191) Na medida em que reduziu os custos de gestão e manutenção, sem ter resultado numa compensação reduzida em conformidade com o mecanismo baseado nos custos constante do contrato de venda de 1996, esta instalação constituiria sobrecompensação no âmbito da medida a). O Órgão de Fiscalização observa a este respeito que, embora o contrato objeto de concurso englobe a gestão e manutenção dos dispositivos LED, tudo leva a crer que o grupo BKK continua a ser compensado, ao abrigo do contrato descrito no ponto (45), pela manutenção e gestão da infraestrutura na qual os dispositivos estão instalados. Além disso, afigura-se que o nível de compensação não se alterou em relação ao contrato que também englobava os dispositivos que foram substituídos por dispositivos LED ⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁸⁾ Na carta de 12 de abril de 2021, apresentada como Documento n.º 1194249, as autoridades norueguesas afirmaram na página 11 que «(a)s condições e os termos no contrato de exploração e manutenção entre o Município de Bergen e a Veilys AS não [...] se alteraram devido à instalação dos dispositivos LED.»

(192) No que se refere à medida c), é necessário ter em conta o facto de os dispositivos LED serem detidos pelo Município ao determinar o nível correto de compensação nos termos da regra relativa à remuneração constante do contrato de venda de 1996. Uma vez que os dispositivos LED são propriedade do Município, não podem ser incluídos na base de capital sujeita a compensação. Por outro lado, qualquer valor remanescente dos dispositivos que foram substituídos por dispositivos LED, deveria ter sido eliminado desta base de capital.

5.4.6. Medida c) – compensação pelos custos de capital

5.4.6.1. Introdução

(193) Conforme explicado na secção 3.1.2, a compensação pelos custos de capital é o segundo elemento no mecanismo instituído no contrato de venda de 1996. Tal como especificado na secção 3.5, os custos de capital respeitantes à infraestrutura são uma de várias componentes dos custos do fornecimento de iluminação pública. Por conseguinte, se o Município fosse o proprietário efetivo da infraestrutura teria suportado diretamente esses custos de capital. Em contrapartida, quando a iluminação pública é produzida com recurso a uma infraestrutura que é propriedade de outra entidade jurídica, os custos de capital são atribuídos a essa entidade. Com base nesta nova informação, o Órgão de Fiscalização considera ser consentâneo com a prática normal compensar o proprietário da infraestrutura pelos custos de capital.

(194) Nos termos do mecanismo que consta do contrato de venda de 1996, o grupo BKK tem direito a custos de capital relativos ao capital investido equivalentes à taxa de remuneração fixada pela NVE para a infraestrutura da rede de eletricidade regulada. Tal como acontece em relação à compensação pela manutenção e gestão dos dispositivos de iluminação pública que são propriedade da BKK, o Órgão de Fiscalização considera que se este elemento no mecanismo de compensação foi concebido de forma a limitar, no momento da celebração do contrato de venda, a remuneração futura aos preços do mercado, a compensação subsequentemente calculada em conformidade com o mesmo não constitui uma vantagem ⁽¹⁷⁹⁾.

(195) De acordo com o acórdão no processo Chronopost, conforme estabelecido no ponto (166), o critério de avaliação do custo de capital consiste em determinar se a remuneração excede uma remuneração adequada do capital investido. Por conseguinte, as questões a avaliar são, em primeiro lugar, se o mecanismo de regulação previsto no contrato de venda de 1996 permite uma remuneração adequada e não excessiva. Em caso de resposta afirmativa a esta questão, é necessário considerar, em segundo lugar, se os níveis de compensação respeitaram esta limitação.

(196) A regra relativa à remuneração do capital prevista no contrato de venda de 1996 é composta por dois elementos: i) uma taxa de juro, e ii) uma base de capital à qual aplicar a taxa. O montante resultante representa o custo de oportunidade do capital e cobre o custo de financiamento por capitais próprios e da dívida.

(197) A título introdutório, o Órgão de Fiscalização observa que o conceito de custo de oportunidade do capital é comumente aceite e consentâneo com o critério de uma remuneração adequada do capital investido. Por conseguinte, o Órgão de Fiscalização passa seguidamente a avaliar os dois elementos da regra (a taxa de juro e a base de fundos próprios).

5.4.6.2. Taxa de juro

(198) Conforme abordado na secção 3.1.1, as redes elétricas são monopólios naturais e estão sujeitas a regulamentação setorial específica na Noruega. De acordo com este regime, a NVE fixa a sua taxa de referência de molde a permitir aos proprietários de infraestruturas uma remuneração razoável dos investimentos ⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ Ver ponto (163) *supra* com referências à jurisprudência.

⁽¹⁸⁰⁾ Ficha informativa n.º 3/2021 da NVE, atualizada pela última vez em 14 de dezembro de 2021. No momento da adoção da presente decisão, a ficha informativa estava disponível no seguinte endereço: <https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/968a7fea-1dde-4094-836a-6ad8ef9aef7c/202119109/3425690>.

- (199) A NVE estima a taxa anualmente aplicando a metodologia do custo médio ponderado do capital («CMPC»). Os parâmetros de entrada para a estimativa do CMPC da NVE incluem vários fatores relacionados com o mercado específico da indústria das redes de eletricidade. Os mesmos incluem, nomeadamente, o beta do capital próprio, prémios de crédito por setor e estrutura de capitais ideal. A taxa de referência foi de 5 %-7 % na última década ⁽¹⁸¹⁾.
- (200) De acordo com a NVE, as operações da rede de eletricidade caracterizam-se por rendimentos estáveis e previsíveis e, regra geral, são consideradas de baixo risco. O parâmetro do beta do capital próprio no CMPC é, portanto, estimado com base nas empresas cotadas em bolsa com fluxos de rendimento regulados, como é o caso de vários fornecedores de redes de utilidade pública ⁽¹⁸²⁾.
- (201) O conceito de oportunidade do custo de capital é, conforme observado anteriormente, consentâneo com o critério de que o preço cobrado deverá permitir uma remuneração adequada do capital investido. O conceito de CMPC é, além disso, um método normalizado para estimar esses custos.
- (202) O CMPC apropriado para os serviços avaliados no caso em apreço deverá, contudo, refletir o custo de oportunidade de investir em infraestruturas de iluminação pública. Por conseguinte, o CMPC deverá refletir o risco envolvido nesta atividade.
- (203) À semelhança das redes de eletricidade, a infraestrutura de iluminação pública em causa constitui um monopólio natural com uma longevidade substancial. Tendo em conta a procura consistente por iluminação pública por parte do Município, o risco de flutuações no rendimento é baixo. Ademais, considerando que o Município está a pagar eletricidade, também se pode esperar que os custos sejam estáveis.
- (204) Estes fatores indicam que a utilização da taxa de referência da NVE representou um indicador alternativo apropriado para o rendimento de mercado necessário em operações de infraestruturas de iluminação pública. O Órgão de Fiscalização não recebeu quaisquer informações que indicassem o contrário.
- (205) Nesta base, o Órgão de Fiscalização considera que a disposição relativa à utilização da taxa de referência da NVE era consentânea com um nível adequado de remuneração e, por conseguinte, consentânea com o acórdão no processo *Chronopost*. No entanto, como ficará patente da avaliação que se segue relacionada com a base de capital, as informações apresentadas não definem de que modo a compensação foi calculada na prática.

5.4.6.3. Base de capital

- (206) O contrato de venda de 1996 não especifica a metodologia a aplicar para determinar o capital investido que constitui a base de capital. Não há, porém, nada na sua redação que indique que o grupo BKK tem direito a um nível excessivo de remuneração na forma de rendas monopolistas. Pelo contrário, são normalmente utilizados em setores regulamentados mecanismos de custo majorado, como o incluído no contrato de venda, a fim de garantir que o nível de compensação seja adequado. Nesta base, o Órgão de Fiscalização considera que a obrigação de aplicar a taxa de referência da NVE ao capital investido implica que a base de capital será determinada de maneira apropriada, garantindo um nível de remuneração adequado. Assim, este elemento é também consentâneo com o acórdão no processo *Chronopost*.
- (207) Contudo, relativamente à questão de determinar como o mecanismo foi aplicado, as informações apresentadas não definem de que modo foi feito o cálculo dos custos de capital elegíveis. As autoridades norueguesas não conseguiram apresentar pormenores e consideram que o seu controlo foi dificultado pela falta de contas separadas. A BKK Veilys fez apenas uma referência genérica ao capital que poderia estar envolvido na construção de uma infraestrutura equivalente. Tal como acontece em relação à compensação pela gestão e manutenção, esta falta de precisão é, por si só, indicativa de que o contrato de venda de 1996 não foi cumprido.
- (208) Há que ter ainda em conta a utilização da taxa de referência NVE. Uma vez que a taxa de referência da NVE é uma taxa de juro nominal que já incorpora a inflação geral, aplicá-la a uma base de capital determinada segundo uma abordagem do custo de substituição implicaria que a inflação geral fosse duplamente compensada ⁽¹⁸³⁾. Nos termos da norma da NVE, que o mecanismo de compensação está evidentemente a refletir, a taxa de referência da NVE é assim aplicada ao valor contabilístico dos ativos da rede de eletricidade colocados em utilização produtiva, ou seja, ao seu valor histórico deduzidas as depreciações ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸¹⁾ Ficha informativa n.º 8/2021 da NVE, atualizada pela última vez em 14 de dezembro de 2021. No momento da adoção da presente decisão, a ficha informativa estava disponível no seguinte endereço: <https://webfileservice.nve.no/API/PublishedFiles/Download/6c8f4e29-3c0e-418c-a1b4-3d366df1bd71/202119109/3425693>.

⁽¹⁸²⁾ *Ibid.*

⁽¹⁸³⁾ Ficha informativa n.º 8/2021 da NVE, citada na nota de rodapé 181 acima.

⁽¹⁸⁴⁾ Ficha informativa n.º 3/2021 da NVE, citada na nota de rodapé 180 acima.

- (209) A este respeito, o Órgão de Fiscalização observa a discordância entre o Município e o grupo BKK. Conforme enunciado na secção 3.5, afigura-se que, embora o Município tenha defendido a utilização do valor contabilístico para determinar a base de capital, o grupo BKK argumentou a favor da utilização do custo de substituição dos ativos. Por outro lado, parece que esta discordância se manteve ao longo do período em análise e que a base de capital pode, conseqüentemente, ter sido determinada de uma forma que não é consentânea com a norma de remuneração adequada prevista no mecanismo de compensação do contrato de venda de 1996.
- (210) Por último, os valores provenientes da KOSTRA, apresentados no ponto (69), revelam que ao longo do período compreendido entre 2015 e 2019 o Município teve os custos mais elevados registados para iluminação pública dos dez maiores municípios representados. Embora os valores não sejam suficientemente pormenorizados para concluir em que medida os custos registados dizem respeito a manutenção e gestão [medida a)] ou custos de capital [medida c)], tal constitui uma indicação de que o grupo BKK foi compensado acima de um nível adequado de remuneração.
- (211) A totalidade das informações apresentadas indica, portanto, que a compensação muito provavelmente excedeu o nível adequado de remuneração permitido pelo contrato de venda de 1996. Tal como caso da compensação pela manutenção e gestão [medida a)], tal reflete uma falha por parte do Município de adotar as medidas necessárias para garantir que o mecanismo de compensação fosse respeitado. Conseqüentemente, o Município não atuou como um comprador privado.

5.4.6.4. Conclusão

- (212) Com base na avaliação que precede, o Órgão de Fiscalização conclui que o grupo BKK beneficiou de uma sobrecompensação pelos custos de capital do seu sistema de iluminação pública ao longo das estradas municipais em Bergen.
- (213) Embora comprovem que foi concedida uma vantagem, as informações apresentadas não permitem ao Órgão de Fiscalização determinar o seu montante, o que se reflete na ordem de cobrança estabelecida na secção 10 *infra*.

5.5. SELETIVIDADE

- (214) Para constituírem auxílio estatal nos termos do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE, as medidas têm de ser seletivas favorecendo «certas empresas ou certas produções».
- (215) As medidas dizem respeito a empresas no grupo BKK. Por conseguinte, são de natureza seletiva.

5.6. IMPACTO SOBRE AS TROCAS COMERCIAIS E A CONCORRÊNCIA

5.6.1. Critérios jurídicos aplicáveis

- (216) Nos termos do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE, as vantagens concedidas às empresas só constituem um auxílio estatal na medida em que «falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções» e apenas na medida em que «afetem as trocas comerciais» entre os Estados do EEE. Para que estes critérios estejam preenchidos, não é necessário estabelecer que a concorrência é efetivamente distorcida nem que o auxílio tem um efeito real nas trocas comerciais entre Estados do EEE. É suficiente examinar se o auxílio é suscetível de distorcer a concorrência e de afetar as trocas comerciais ⁽¹⁸⁵⁾.
- (217) No tocante à condição relacionada com a distorção da concorrência, observa-se nas Orientações sobre a noção de auxílio estatal que essa distorção apenas pode ser excluída se forem preenchidas, cumulativamente, certas condições. Essas condições são as seguintes: a) que o serviço seja objeto de um monopólio legal estabelecido em conformidade com o direito do EEE; b) que o monopólio legal não só exclua a concorrência no mercado como também a concorrência para o mercado; c) que o serviço não esteja em concorrência com outros serviços; e d) que, se o prestador do serviço exercer a sua atividade noutra mercado aberto à concorrência, a subsídio cruzada possa ser excluída ⁽¹⁸⁶⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de julho de 2019, Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)/Azienda Napoletana Mobilità SpA, C-659/17, ECLI:EU:C:2019:633, n.º 29 e a jurisprudência citada.

⁽¹⁸⁶⁾ Orientações sobre a noção de auxílio estatal, citadas na nota de rodapé 79, n.º 188.

- (218) Na jurisprudência recente, o Tribunal de Justiça fez referência ao ponto equivalente na Comunicação da Comissão Europeia sobre a noção de auxílio estatal correspondente ⁽¹⁸⁷⁾. No que diz respeito à condição b), o Tribunal salientou que não basta que o serviço esteja sujeito a um monopólio legal lícito. O monopólio legal deve, adicionalmente, excluir qualquer eventual concorrência para se tornar o prestador exclusivo do serviço ⁽¹⁸⁸⁾.
- (219) No que se refere à condição relativa ao efeito nas trocas comerciais, esse efeito está presente se o auxílio reforçar a posição de uma empresa concorrente nas trocas comerciais entre Estados do EEE. Contudo, não é necessário que o beneficiário esteja envolvido nessas trocas comerciais. Sempre que um Estado do EEE conceder auxílio estatal a uma empresa, a sua atividade interna pode manter-se ou aumentar, de forma que as oportunidades de penetração no mercado para empresas estabelecidas noutros Estados do EEE são reduzidas. Assim, o caráter local ou regional dos serviços não é suficiente para excluir que o auxílio é suscetível de afetar as trocas comerciais entre Estados do EEE ⁽¹⁸⁹⁾.

5.6.2. *Aplicação dos critérios jurídicos ao caso em apreço*

- (220) Nem as autoridades norueguesas, nem a BKK Veilys alegaram que as atividades objeto de compensação se realizaram no âmbito de um monopólio legal licitamente criado. Assim, não se pode excluir uma distorção da concorrência com base nas condições cumulativas previstas nas Orientações sobre a noção de auxílio estatal, reiteradas no ponto (217) acima.
- (221) As atividades objeto de compensação incluem a gestão e manutenção do sistema de iluminação pública. Quando o Município lançou um concurso para esses serviços, recebeu propostas de diversas empresas diferentes. Houve também vários casos apresentados ao KOFA respeitantes a contratos relacionados com este assunto que foram, ou deveriam ter sido, submetidos a concursos a nível do EEE anunciados na base de dados do TED ⁽¹⁹⁰⁾. Assim, o Órgão de Fiscalização observa que existem mercados estabelecidos na Noruega para serviços relacionados com a gestão e manutenção de sistemas de iluminação pública. Além disso, estes mercados incluem contratos que podem ser de interesse a nível do EEE.
- (222) Conforme enunciado no ponto (54), as empresas no grupo BKK estão igualmente ativas em vários outros mercados. Apesar disso, as autoridades norueguesas não podem excluir que as outras atividades económicas tenham sido objeto de subsídio cruzada.
- (223) Atendendo ao que precede, o Órgão de Fiscalização está convencido de que as vantagens conferidas ao grupo BKK são suscetíveis de distorcer a concorrência ao permitir que este grupo mantenha ou reforce a sua presença no mercado.
- (224) Além disso, considerando que as autoridades na Noruega anunciam regularmente procedimentos de contratação para a manutenção e gestão da iluminação pública através de concursos a nível do EEE, é realista supor que as empresas estabelecidas noutros Estados do EEE equacionem a hipótese de aumentar a sua presença no mercado norueguês relativamente a tais atividades. As vantagens conferidas ao grupo BKK podem, porém, permitir-lhe manter ou alargar as suas atividades em detrimento desses concorrentes. Na medida em que houve subsídio cruzada, o mesmo é provavelmente válido no que diz respeito a atividades económicas noutros mercados abertos à concorrência.
- (225) Nesta base, o Órgão de Fiscalização considera que a sobrecompensação é igualmente suscetível de afetar as trocas comerciais.

⁽¹⁸⁷⁾ Comunicação da Comissão Europeia sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO C 262 de 19.7.2016, p. 1).

⁽¹⁸⁸⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de dezembro de 2019, Arriva Italia Srl e o./Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, C-385/18, ECLI:EU:C:2019:1121, n.ºs 57-58.

⁽¹⁸⁹⁾ INPS, citado na nota de rodapé 185, n.ºs 30-31 e jurisprudência citada.

⁽¹⁹⁰⁾ Processos 2021/1439, 2021/367 e 2015/71, citados na nota de rodapé 148.

5.6.3. Conclusão

- (226) Atendendo ao que precede, o Órgão de Fiscalização conclui que a sobrecompensação é suscetível de distorcer a concorrência e afetar as trocas comerciais.

5.7. CONCLUSÃO RESPEITANTE À EXISTÊNCIA DE AUXÍLIO ESTATAL

- (227) Como decorre das considerações acima expostas, o Órgão de Fiscalização conclui que a sobrecompensação pela manutenção e gestão [medida a)] e pelos custos de capital [medida c)] constitui auxílio estatal na aceção do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE.

6. AUXILIO INDIVIDUAL OU REGIME DE AUXILIOS

- (228) O artigo 1.º, alínea d), da Parte II, do Protocolo n.º 3 define um «regime de auxílios» como «[...] qualquer ato com base no qual, sem que sejam necessárias outras medidas de execução, podem ser concedidos auxílios individuais a empresas nele definidas de forma geral e abstrata e qualquer diploma com base no qual pode ser concedido a uma ou mais empresas um auxílio não ligado a um projeto específico, por um período de tempo indefinido e/ou com um montante indefinido.» O termo «auxílio individual» é definido na alínea e) do mesmo artigo como «[...] um auxílio que não seja concedido com base num regime de auxílios ou que seja concedido com base num regime de auxílios, mas que deva ser notificado.»
- (229) No que diz respeito ao auxílio concedido relativamente à infraestrutura controlada pelo grupo BKK, o mesmo engloba, conforme enunciado nas secções 5.4.4.1 e 5.4.6, montantes que excedem a compensação permitida ao abrigo do mecanismo instituído na secção 7, alínea c), do contrato de venda de 1996. Nem as autoridades norueguesas, nem a BKK Veilys identificaram qualquer ato preexistente que permita essa sobrecompensação.
- (230) De igual modo, no tocante ao auxílio relativo à manutenção e gestão da infraestrutura detida pelo Município, conforme identificado na secção 5.4.4.2, as autoridades norueguesas e a BKK Veilys não alegaram que esta compensação fosse concedida com base num ato definido no artigo 1.º, alínea d), da Parte II do Protocolo n.º 3. Em consonância com o que precede, as informações apresentadas durante o procedimento formal de investigação não contêm qualquer indicação de que o auxílio foi concedido com base num tal ato.
- (231) Nesta base, o Órgão de Fiscalização conclui que o auxílio em causa é um auxílio individual, conforme definido no artigo 1.º, alínea e), da Parte II do Protocolo n.º 3.

7. REQUISITOS PROCESSUAIS

- (232) Em conformidade com o disposto no artigo 1.º, n.º 3, da Parte I do Protocolo n.º 3, «[p]ara que possa apresentar as suas observações, deve o Órgão de Fiscalização da EFTA ser informado atempadamente dos projetos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. [...] O Estado em causa não pode pôr em execução as medidas projetadas antes de tal procedimento ter sido objeto de uma decisão final.»
- (233) O Órgão de Fiscalização foi informado pela primeira vez sobre o auxílio já concedido devido à denúncia. Por conseguinte, o auxílio é ilegal na aceção do artigo 1.º, alínea f), da Parte II do Protocolo n.º 3.

8. COMPATIBILIDADE

- (234) Resulta do artigo 61.º, n.º 1, do Acordo EEE que, salvo disposição em contrário, as medidas de auxílio estatal são incompatíveis com o funcionamento do Acordo. As autoridades norueguesas não apresentaram argumentos segundo os quais as medidas em causa constituíam um auxílio compatível.
- (235) A derrogação prevista no artigo 61.º, n.º 2, do Acordo EEE não se aplica, porquanto o auxílio não promove nenhum dos objetivos enumerados nesta disposição. Pelo mesmo motivo, o artigo 61.º, n.º 3, alínea a), e o artigo 61.º, n.º 3, alínea b), do Acordo EEE não se aplicam ao caso em apreço.

- (236) No que diz respeito ao artigo 61.º, n.º 3, alínea c), o Órgão de Fiscalização observa que as medidas de auxílio envolvem sobrecompensação que supera o nível de compensação necessário para incentivar as atividades económicas em causa. Resulta da jurisprudência estabelecida que um auxílio que conduz a uma melhoria da situação financeira do beneficiário, mas que não é necessário para atingir os objetivos previstos no artigo 61.º, n.º 3, não pode ser considerado compatível com o Acordo EEE ⁽¹⁹¹⁾. Por conseguinte, uma vez que a sobrecompensação não era necessária para incentivar as atividades económicas em questão, é incompatível com o artigo 61.º, n.º 3, alínea c), do Acordo EEE.
- (237) No que se refere à derrogação prevista no artigo 59.º, n.º 2, do Acordo EEE, o Órgão de Fiscalização observa, conforme enunciado na secção 5.4.2.2, que as empresas do grupo BKK não tinham, e não têm, de cumprir uma obrigação de serviço público em relação aos serviços em causa. Dado que a compensação não é concedida relativamente a uma empresa encarregada de um SIEG, a derrogação prevista no artigo 59.º, n.º 2, não se aplica.
- (238) Com base nestas considerações, o Órgão de Fiscalização considera que a sobrecompensação pela manutenção e gestão [medida a)] e pelos custos de capital [medida c)] não pode ser declarada compatível com o funcionamento do Acordo EEE.

9. CONCLUSÃO

- (239) Pelos motivos acima expostos, o Órgão de Fiscalização conclui que a sobrecompensação pela manutenção e gestão [medida a)] e pelos custos de capital [medida c)], paga a empresas do grupo BKK, em relação à iluminação pública ao longo das estradas municipais do Município, constitui um auxílio estatal ilegal que é incompatível com o funcionamento do Acordo EEE.
- (240) A sobrecompensação pela manutenção e gestão [medida a)] diz respeito, em primeiro lugar, à infraestrutura de iluminação pública controlada pelo grupo BKK ⁽¹⁹²⁾. No que se refere a esta infraestrutura, a sobrecompensação engloba os elementos que superam os custos elegíveis para compensação ao abrigo do mecanismo previsto na secção 7, alínea c), do contrato de venda de 1996.
- (241) Em segundo lugar, a sobrecompensação pela manutenção e gestão [medida a)] diz respeito a serviços relativos à infraestrutura de iluminação pública que é propriedade do Município. Em relação a esses serviços, a sobrecompensação equivale às verbas que superam o preço de mercado que poderia ter sido obtido no mercado livre.
- (242) A conclusão de que existe sobrecompensação ilícita e incompatível relativamente à manutenção e gestão [medida a)] restringe-se ao período a partir de 1 de janeiro de 2016. No que se refere à infraestrutura de iluminação pública controlada pelo grupo BKK, a sobrecompensação continua a verificar-se. No que diz respeito à infraestrutura de iluminação pública propriedade do Município, a mesma engloba as atividades realizadas até 1 de abril de 2020.
- (243) Relativamente à compensação pelos custos de capital [medida c)], o auxílio estatal ilegal e incompatível é a compensação que excede um nível adequado de remuneração permitido pelo mecanismo previsto na cláusula 7, alínea c), do contrato de venda de 1996. Uma vez que não se limita ao período a partir de 1 de janeiro de 2016, esta conclusão abrange a totalidade da sobrecompensação concedida dentro do prazo de prescrição de dez anos ⁽¹⁹³⁾. O prazo de prescrição foi interrompido quando o Órgão de Fiscalização transmitiu a denúncia às autoridades norueguesas e as convidou a apresentar observações sobre a mesma, por carta de 1 de junho de 2017 ⁽¹⁹⁴⁾.

⁽¹⁹¹⁾ Ver, a este respeito, o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de abril de 2008, Nuova Agricast Srl/Ministero delle Attività Produttive, C-390/06, ECLI:EU:C:2008:224, n.º 68 e a jurisprudência citada.

⁽¹⁹²⁾ Com base nas informações apresentadas, o Órgão de Fiscalização entende que estes dispositivos de iluminação pública são atualmente propriedade da Veilys AS.

⁽¹⁹³⁾ Artigo 15.º da Parte II do Protocolo n.º 3. Ver também o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2005, Scott SA/Comissão, C-276/03, ECLI:EU:C:2005:590.

⁽¹⁹⁴⁾ Documento n.º 858239.

10. RECUPERAÇÃO

- (244) O Tribunal da EFTA sustentou que a obrigação de abolir auxílios incompatíveis foi concebida para restabelecer a situação existente anteriormente ⁽¹⁹⁵⁾. Esse objetivo é alcançado assim que o beneficiário tiver restituído os montantes concedidos a título de auxílios ilegais e incompatíveis, perdendo, portanto, a vantagem de que tinha beneficiado no mercado relativamente aos seus concorrentes ⁽¹⁹⁶⁾. Resulta ainda da jurisprudência estabelecida que, ao ordenar a recuperação dos auxílios declarados incompatíveis com o funcionamento do Acordo EEE, o Órgão de Fiscalização não é obrigado a fixar o montante exato dos auxílios a recuperar ⁽¹⁹⁷⁾.
- (245) A Parte II do Protocolo n.º 3 contém regras pormenorizadas sobre a recuperação. Em conformidade com a jurisprudência, o seu artigo 14.º, n.º 1, estabelece a obrigação, para o Órgão de Fiscalização, de exigir a recuperação dos auxílios ilegais e incompatíveis, exceto quando tal for contrário a um princípio geral de direito. O mesmo artigo prevê igualmente que o Estado em causa deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio ilegal considerado incompatível.
- (246) Nos termos do artigo 14.º, n.º 2, os auxílios passíveis de recuperação devem incluir juros calculados desde a data em que o auxílio ficou à disposição do beneficiário até à data da sua recuperação. Conforme estipulado no artigo 14.º, n.º 3, a recuperação deve ter lugar de imediato e em conformidade com os procedimentos do direito nacional. Esses procedimentos nacionais devem permitir a execução imediata e efetiva da decisão de recuperação.
- (247) A Decisão n.º 195/04/COL, de 14 de julho de 2004, inclui disposições de execução adicionais relativas à recuperação ⁽¹⁹⁸⁾. O Órgão de Fiscalização também publicou Orientações relativas à recuperação dos auxílios estatais ilegais e incompatíveis ⁽¹⁹⁹⁾.
- (248) Com base na avaliação que precede, e em consonância com as disposições supracitadas sobre a recuperação de auxílios ilegais e incompatíveis, o Órgão de Fiscalização adotou, por conseguinte, a presente decisão,

ADOTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A sobrecompensação pela manutenção e gestão [medida a)] e pelos custos de capital [medida c)], paga às empresas do grupo BKK em relação à iluminação pública ao longo das estradas municipais do Município, constitui auxílio estatal ilegal que é incompatível com o funcionamento do Acordo EEE.

⁽¹⁹⁵⁾ Principado do Listenstaine e outros, citado na nota de rodapé 128, n.º 142; Acórdão do Tribunal da EFTA de 8 de outubro de 2012, processos apensos E-10/11 e E-11/11 Hurltgruten ASA/Órgão de Fiscalização da EFTA [2012] Relatório do Tribunal da EFTA, p. 758, n.º 286.

⁽¹⁹⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de junho de 1999, Bélgica/Comissão, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, n.ºs 64-65; Processos apensos E-5/04, E-6/04 e E-7/04 Fesil e Finnford, PIL e outros e Noruega/Órgão de Fiscalização da EFTA [2005] Coletânea dos Acórdãos do Tribunal da EFTA 121, no n.º 178; Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de março de 2002, Itália/Comissão, C-310/99, ECLI:EU:C:2002:143, n.º 98.

⁽¹⁹⁷⁾ Ver as Orientações relativas aos auxílios estatais sobre a recuperação dos auxílios ilegais e incompatíveis, citadas na nota de rodapé 199 abaixo, no ponto 36, com referências ao acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de outubro de 2000, Espanha/Comissão, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, n.º 25, e o acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de fevereiro de 1988, Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV e o./Comissão, processos apensos C-67/85, C-68/85, e C-70/85, ECLI:EU:C:1988:38. Ver também o acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 2014, Mediaset SpA/Ministero dello Sviluppo economico, C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71, no n.º 21 com referências à jurisprudência.

⁽¹⁹⁸⁾ Decisão do Órgão de Fiscalização da EFTA n.º 195/04/COL, de 14 de julho de 2004, relativa às disposições de aplicação referidas no artigo 27.º da Parte II do Protocolo n.º 3 do Acordo entre os Estados da EFTA que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal (JO L 139 de 25.5.2006, p. 37) e Suplemento n.º 26/2006 do EEE de 25.5.2006, p. 1, com a redação que lhe foi dada pela Decisão do Órgão de Fiscalização da EFTA n.º 789/08/COL, de 17 de dezembro de 2008, que altera a Decisão n.º 195/04/COL do colégio, relativa às disposições de aplicação referidas no artigo 27.º da Parte II do Protocolo n.º 3 do Acordo entre os Estados da EFTA que cria um Órgão de Fiscalização e um Tribunal, no que respeita aos formulários normalizados de notificação de auxílio (JO L 340 de 22.12.2010, p. 1) e Suplemento n.º 72/2010 de EEE de 22.12.2010, p. 1.

⁽¹⁹⁹⁾ Decisão do Órgão de Fiscalização da EFTA n.º 788/08/COL, de 17 de dezembro de 2008, que altera pela sexagésima sétima vez as regras processuais e materiais no domínio dos auxílios estatais através da introdução de um novo capítulo relativo à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis (JO L 105 de 21.4.2011, p. 32) e o Suplemento n.º 23/2011 do EEE de 21.4.2011, p. 1. As orientações correspondem à Comunicação da Comissão intitulada «Para uma aplicação efetiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis» (JO C 272 de 15.11.2007, p. 4).

Artigo 2.º

A sobrecompensação pela manutenção e gestão [medida a)] diz respeito, em primeiro lugar, à infraestrutura de iluminação pública controlada pelo grupo BKK. No que se refere a esta infraestrutura, a sobrecompensação engloba os elementos que superam os custos elegíveis para compensação ao abrigo do mecanismo previsto na secção 7, alínea c), do contrato de venda de 1996.

Em segundo lugar, a sobrecompensação pela manutenção e gestão [medida a)] diz respeito a serviços relativos à infraestrutura de iluminação pública que é propriedade do Município. Em relação a esses serviços, a sobrecompensação equivale às verbas que superam o preço de mercado que poderia ter sido obtido no mercado livre.

Artigo 3.º

A sobrecompensação pelos custos de capital [medida c)] engloba a compensação que excede o nível adequado de remuneração permitido pelo mecanismo previsto na secção 7, alínea c), do acordo de venda de 1996.

Artigo 4.º

No atinente à compensação pela manutenção e gestão [medida a)], a conclusão de que existe sobrecompensação ilegal e incompatível restringe-se ao período a partir de 1 de janeiro de 2016. No que se refere à infraestrutura de iluminação pública controlada pelo grupo BKK, esta sobrecompensação continua a verificar-se. No que diz respeito à infraestrutura de iluminação pública que é propriedade do Município, a sobrecompensação engloba as atividades realizadas até 1 de abril de 2020.

Artigo 5.º

No tocante à sobrecompensação pelos custos de capital [medida c)], o auxílio considerado ilegal e incompatível engloba toda a sobrecompensação concedida dentro do prazo de prescrição de dez anos previsto no artigo 15.º da Parte II do Protocolo n.º 3. Este prazo de prescrição foi interrompido quando o Órgão de Fiscalização transmitiu a denúncia às autoridades norueguesas e as convidou a apresentar observações sobre a mesma, por carta de 1 de junho de 2017.

Artigo 6.º

As autoridades norueguesas devem adotar todas as medidas necessárias com vista à recuperação dos auxílios ilegais e incompatíveis a que se referem os artigos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º.

O auxílio a recuperar inclui juros e juros compostos, calculados a contar da data em que o auxílio foi colocado à disposição do beneficiário e até ao dia da sua recuperação. Os juros serão calculados em conformidade com o disposto no artigo 9.º da Decisão n.º 195/04/COL do Órgão de Fiscalização da EFTA, na redação em vigor.

Artigo 7.º

A recuperação deve ter lugar imediatamente e em conformidade com os procedimentos do direito nacional da Noruega desde que estes permitam uma execução imediata e efetiva da presente decisão.

As autoridades norueguesas devem assegurar que a recuperação dos auxílios seja executada no prazo de quatro meses a contar da data de notificação da presente decisão.

Artigo 8.º

No prazo de dois meses a contar da data de notificação da presente decisão, as autoridades norueguesas devem comunicar as seguintes informações ao Órgão de Fiscalização:

1. O montante total (capital e juros a título da recuperação) a recuperar;

2. As datas nas quais as verbas a recuperar foram disponibilizadas às empresas do grupo BKK em causa;
3. Um relatório sobre os progressos alcançados e as medidas adotadas com vista a dar cumprimento à presente decisão.

Artigo 9.º

Caso as autoridades norueguesas se deparem com dificuldades sérias que as impeçam de respeitar algum dos prazos previstos nos artigos 7.º e 8.º, devem informar o Órgão de Fiscalização sobre essas dificuldades. Contanto que as autoridades norueguesas tenham apresentado uma justificação apropriada, o Órgão de Fiscalização pode prorrogar os prazos em conformidade com o princípio da cooperação leal.

Artigo 10.º

O destinatário da presente decisão é o Reino da Noruega.

Pelo Órgão de Fiscalização da EFTA,

Arne RØKSUND
Presidente
Membro do Colégio competente

Árni Páll ÁRNASON
Membro do Colégio

Stefan BARRIGA
Membro do Colégio

Melpo-Menie JOSÉPHIDÈS
Contra-assinatura, Diretora
dos Assuntos Jurídicos e Executivos
