

Processo C-692/23**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

17 de novembro de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Gerechtshof Den Haag (Tribunal de Recurso de Haia, Países Baixos)

Data da decisão de reenvio:

14 de novembro de 2023

Recorrente:

AVR-Afvalverwerking BV

Recorridos:

NV BAR-Afvalbeheer

Gemeente Barendrecht (Município de Barendrecht)

Gemeente Albrandswaard (Município de Albrandswaard)

Gemeente Ridderkerk (Município de Ridderkerk)

NV Irado

Afvalsturing Friesland NV

Objeto do processo principal

O processo principal tem por objeto contratos celebrados por três municípios da província de Zuid-Hollandse e por uma outra pessoa coletiva intermediária para o tratamento dos resíduos domésticos desses municípios os quais, segundo a recorrente, não foram, erradamente, objeto de procedimento de adjudicação.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

O presente pedido nos termos do artigo 267.º TFUE tem por objeto a questão de saber se, para a aplicação do «critério da atividade» da Diretiva 2014/24, que tem por efeito dispensar a realização de um procedimento de adjudicação, se deve partir do volume de negócios da própria pessoa coletiva controlada, quando esta faz parte de um grupo, ou do volume de negócios do grupo; de que modo deve este ser determinado; e, no primeiro caso, para efeitos da determinação do volume de negócios da pessoa coletiva controlada, se também deve ser tido em conta o volume de negócios de terceiros-utilizadores do aterro que esta explora.

Questões prejudiciais

1. Deve o critério da atividade enunciado no artigo 12.º, n.º 3, primeiro parágrafo, alínea b), da Diretiva 2014/24/UE, lido em conjugação com o artigo 12.º, n.º 5, desta diretiva,

ser interpretado no sentido de que,

quando a percentagem das atividades ali referida é determinada com base no volume de negócios e a pessoa coletiva controlada fizer parte de um grupo,

apenas deve ser tido em conta o volume de negócios da própria pessoa coletiva controlada, ou também o volume de negócios das sociedades associadas ou não do grupo, como por exemplo:

i) o volume de negócios consolidado, no qual o volume de negócios da pessoa coletiva em causa deve ser adicionado ao de outras entidades do grupo em conformidade com a transposição para o direito nacional dos artigos 22.º e 24.º da Diretiva 2013/34/UE, ou

ii) o volume de negócios das entidades com as quais a pessoa coletiva controlada constitui uma unidade económica na aceção do conceito de empresa do direito da concorrência da União?

2. No caso de a resposta à primeira questão ser no sentido de que apenas deve ser tido em conta o volume de negócios da pessoa coletiva controlada, deve o critério da atividade referido nessa questão

ser interpretado no sentido de que

o volume de negócios de terceiros-utilizadores que depositam resíduos no aterro que a pessoa coletiva controlada explora a pedido das autoridades adjudicantes que a controlam deve ser considerado volume de negócios realizado no exercício das tarefas que foram confiadas a essa pessoa coletiva pelas autoridades adjudicantes que a controlam, tendo em conta que a pessoa coletiva controlada concorre, no âmbito dessa exploração, nomeadamente, com entidades privadas?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 12.º, n.ºs 1, 3, e 5, da Diretiva 2014/24/UE (a seguir «Diretiva 2014/24»)

Considerandos 1, 5, primeiro período, 31 e 32, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/24

Artigos 22.º e 24.º da Diretiva 2013/34/UE (a seguir «Diretiva 2013/34»)

Disposições de direito nacional invocadas

Artigo 2.24, n.º 1, artigo 2.24a e 2.24b da Aanbestedingswet van 2012 (Lei da Adjudicação de Contratos Públicos de 2012, a seguir «Aanbestedingswet»)

Artigos 2:405; 2:406 e 2:410 do Burgerlijk Wetboek (Código Civil neerlandês, a seguir «BW»)

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A AVR (a seguir «recorrente») é uma empresa comercial de tratamento de resíduos.
- 2 Em 1995, os municípios da província de Friesland criaram a Afvalsturing Friesland NV (a seguir «AF»), uma empresa comum de tratamento de resíduos sem fins lucrativos. A AF dirige um grupo de sociedades afiliadas que também exercem atividade noutros domínios para além do tratamento de resíduos. A AF elabora contas anuais nas quais consolida os seus próprios dados financeiros com os das suas sociedades afiliadas, de outras empresas do grupo e de outras pessoas coletivas sobre as quais pode exercer um controlo dominante ou que estão sob a sua direção única.
- 3 Os municípios de Barendrecht, Albrandswaard e Ridderkerk (a seguir «municípios BAR») estão situados na província de Zuid-Holland e criaram a NV BAR-Afvalbeheer (a seguir «BAR»), uma organização sem fins lucrativos encarregada do tratamento de resíduos.
- 4 A NV Irado (a seguir «Irado») foi criada por outros três municípios da província de Zuid-Holland como organização sem fins lucrativos encarregada do tratamento de resíduos e da gestão dos espaços públicos. Desde 2017, a Irado subcontrata o tratamento dos resíduos domésticos à AF, tendo-se também tornado acionista da AF nesse mesmo ano.
- 5 A pedido dos municípios da província de Friesland, a AF explora ela própria (e não através de uma das sociedades do seu grupo) um aterro de resíduos (a seguir «aterro») onde são depositados resíduos não domésticos, designadamente resíduos industriais e resíduos da descontaminação dos solos.

- 6 Em relação aos aterros, vigora nos Países Baixos a planificação das capacidades prevista no terceiro Landelijke Afvalbeheerplan (Plano Nacional de Gestão de Resíduos, a seguir «LAP»). No âmbito desta planificação, os aterros nos Países Baixos são explorados tanto por entidades privadas como por organismos públicos.
- 7 Até 31 de dezembro de 2019, cada um dos municípios BAR tinha um contrato próprio com várias empresas de tratamento de resíduos e a recorrente tratava os resíduos domésticos dos referidos municípios com base nesses contratos. Em 2019, os municípios BAR decidiram fazer a BAR participar na Irado e confiar à Irado a recolha e o tratamento dos seus resíduos domésticos. Em 13 de dezembro de 2019, a Irado e a AF celebraram um contrato relativo, nomeadamente, ao tratamento dos resíduos domésticos dos municípios BAR. Em 20 de dezembro de 2019, a BAR e a Irado celebraram um contrato de prestação de serviços relativo, nomeadamente, ao tratamento dos resíduos domésticos dos municípios BAR. Em 31 de dezembro de 2019, a BAR tornou-se acionista da Irado.
- 8 A recorrente intentou ações no Rechtbank Den Haag (Tribunal de Primeira Instância de Haia) com vista a obter a anulação, ou a resolução ou a não execução dos contratos celebrados entre a Irado e a AF, por um lado, e a Irado e a BAR, por outro, os quais, em seu entender, deviam ter sido objeto de procedimento de adjudicação.
- 9 O Rechtbank Den Haag julgou improcedentes as referidas ações.
- 10 A recorrente interpôs recurso desta decisão no Gerechtshof Den Haag (Tribunal de Recurso de Haia) e pediu a condenação das recorridas no pagamento de uma indemnização.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

Quadro jurídico

- 11 No seu Acórdão de 18 de novembro de 1999, Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, n.º 50) (a seguir «Acórdão Teckal»), o Tribunal de Justiça declarou que as regras da contratação pública não são aplicáveis quando a entidade adjudicante adjudica o contrato a uma pessoa dela distinta, sobre a qual exerce controlo e aquela pessoa realiza o essencial da sua atividade com a entidade que a controla. Esta última condição é conhecida como o «critério da atividade».
- 12 O simples facto de ambas as partes num acordo serem autoridades públicas não exclui, por si só, a aplicação das regras acima referidas. Contudo, a aplicação das regras da contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos. Por outro lado, a cooperação público-público isenta não pode provocar uma distorção da concorrência em relação aos operadores

económicos privados [considerando 31 da Diretiva 2014/24; v. também Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de maio de 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308) (a seguir «Acórdão Carbotermo»), n.º 59]

- 13 É a este respeito que o critério da atividade é determinante. Este critério está preenchido quando mais de 80 % das atividades da pessoa coletiva controlada são realizadas no desempenho de funções que lhe foram confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas coletivas controladas pela referida autoridade adjudicante (considerando 33 e artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24). Neste caso, em que a pessoa coletiva controlada realiza o essencial da sua atividade para a autoridade adjudicante, revestindo qualquer outra atividade apenas carácter marginal, deixa de haver concorrência efetiva (Acórdão Carbotermo, n.º 62); no caso inverso, há ainda concorrência.
- 14 Além disso, no Acórdão de 8 de dezembro de 2016, Undis Servizi (C-553/15, EU:C:2016:935), o Tribunal de Justiça declarou que qualquer exceção à aplicação desta obrigação é de interpretação estrita (n.º 29). Atendendo a que uma autoridade pública tem a possibilidade de desempenhar as tarefas de interesse público que lhe incumbem, pelos seus próprios meios, a exceção no que respeita às adjudicações chamadas de «in house» justifica-se quando a entidade adjudicatária faz quase parte dos serviços internos da entidade adjudicante (ainda que seja juridicamente distinta) e esta última, na realidade, «recorre aos seus próprios meios» (n.º 30). Para o efeito é necessário que a entidade adjudicante exerça sobre a entidade adjudicatária um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e que essa entidade realize o essencial da sua atividade para a entidade adjudicante (n.º 31).

Argumentos das partes

- 15 No processo principal, a questão central é a de saber se a AF preenche o critério da atividade.
- 16 Segundo a recorrente, para efeitos da aplicação do critério da atividade, há que tomar em consideração o volume de negócios consolidado. Com efeito, há que ter em conta o volume de negócios do grupo ou da empresa de que faz parte a pessoa coletiva controlada (no sentido de uma unidade económica, que pode ser constituída por diferentes pessoas singulares ou coletivas), porque só deste modo é possível ter suficientemente em conta a realidade factual e económica. A recorrente observa que a AF está ligada às suas sociedades afiliadas em termos económicos e organizacionais, pelo que se trata, de facto, de uma única empresa. Se apenas o volume de negócios da própria pessoa coletiva controlada fosse tido em conta, tal conduziria a um número injustificadamente elevado de exceções à aplicabilidade da Diretiva 2014/24 e, portanto, a uma redução da concorrência, o que seria contrário ao objetivo das regras da adjudicação de contratos públicos. Além disso, uma pessoa coletiva controlada poderia contornar a proporção 80/20, exercendo as suas atividades no âmbito de um grupo e dedicando ela própria mais

de 80 % das suas atividades às autoridades adjudicantes que a controlam, ao passo que uma ou mais sociedades do grupo exerceriam atividade no mercado livre.

- 17 Segundo as recorridas, no cálculo da percentagem do volume de negócios relativo às atividades exercidas pela AF em execução das tarefas que lhe foram confiadas pelas entidades adjudicantes de controlo (a seguir «volume de negócios de execução das tarefas confiadas») deve partir-se do volume de negócios da própria AF porque o artigo 12.º, n.º 3, primeiro parágrafo, alínea b), da Diretiva 2014/24 refere as atividades da *pessoa coletiva* e, nos termos do artigo 12.º, n.º 5, da referida diretiva, também pode ser tida em conta uma medida alternativa baseada na atividade, como os custos suportados pela *pessoa coletiva* no que diz respeito a serviços, e este volume de negócios ultrapassa os 80 %, pelo que as regras da contratação pública não são aplicáveis. Se se partisse do volume de negócios consolidado, o volume de negócios de outras pessoas coletivas seria igualmente tido em conta, o que constituiria uma aplicação *contra legem* do critério da atividade. Por último, as recorridas consideram que, se se devesse partir de um volume de negócios diferente do da pessoa coletiva controlada, o volume de negócios consolidado não era uma referência adequada, porque as regras de consolidação são demasiado técnicas e complexas e apresentam também muitas exceções.
- 18 No que respeita à segunda questão prejudicial, a recorrente alega que no aterro em causa não podem ser depositados resíduos domésticos residuais e que, nesse aterro, a AF concorre com empresas privadas, pelo que o seu volume de negócios decorrente desse aterro não pode ser tido em conta como volume de negócios de execução das tarefas confiadas.
- 19 As recorridas sustentam que a província pode isentar a deposição em aterro dos fluxos residuais provenientes do tratamento dos resíduos domésticos e referem o Acórdão Carbotermo, no qual o Tribunal de Justiça declarou que o volume de negócios decorrente da deposição no aterro (a seguir «volume de negócios do aterro») podia ser considerado volume de negócios de execução das tarefas confiadas, independentemente de este ser ou não obtido de empresas. Conforme resulta desse acórdão, as atividades exercidas pela pessoa coletiva controlada para a ou as entidades que a controlam em virtude das decisões de adjudicação podem beneficiar não só as próprias autoridades adjudicantes que a controlam, mas também «terceiros utilizadores». Sempre que, como no caso em apreço, os terceiros-utilizadores paguem o serviço, o correspondente volume de negócios deve igualmente ser tido em conta enquanto volume de negócios de execução das tarefas confiadas.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 20 No que respeita à aplicação do critério da atividade, tendo em conta as posições divergentes das partes a este respeito e o facto de a jurisprudência acima referida não oferecer uma solução para o caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio

tem dúvidas sobre a questão de saber se o volume de negócios deve ser determinado tendo em conta o volume de negócios da própria AF ou o volume de negócios do grupo e como, neste último caso, o volume de negócios do grupo deve ser determinado. A determinação do volume de negócios é decisiva para responder à questão de saber se as regras da contratação pública são ou não aplicáveis e, por conseguinte, para a solução do litígio no processo principal.

- 21 Se for o volume de negócios da própria AF que deve ser tido em conta, a questão de saber se o volume de negócios da AF que decorre [da exploração] do aterro pode ser considerado volume de negócios de execução das tarefas confiadas é determinante para a resposta à questão de saber se é cumprido o critério da atividade e, por conseguinte, para a solução do litígio no processo principal. Resulta do Acórdão Carbotermo que o volume de negócios realizado com terceiros pode ser considerado volume de negócios de execução das tarefas. Com efeito, o volume de negócios determinante para a empresa controlada é o realizado em virtude das decisões de adjudicação, incluindo o realizado com os utilizadores em execução destas decisões. Com efeito, as atividades que devem ser tomadas em conta são todas aquelas que a empresa adjudicatária realize no quadro dessa adjudicação, e isto independentemente da identidade do beneficiário, quer se trate da própria entidade adjudicante ou do utilizador das prestações. É indiferente saber quem remunera a empresa em questão, quer se trate da entidade adjudicante ou dos terceiros utilizadores das prestações fornecidas (Acórdão Carbotermo, n.ºs 65-67). Em contrapartida, a recorrente alega que a AF, enquanto pessoa coletiva controlada, concorre com entidades privadas na exploração do aterro, pelo que não é 100 % claro que o seu volume de negócios do aterro possa ser considerado volume de negócios de execução das tarefas confiadas. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário submeter também a segunda questão prejudicial.