

**DECISÃO DO CONSELHO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
Ccent 44/2003 – Dräger Medical AG & Co / Negócio de Termoterapia da
Hillenbrand (Hill-Rom Air-Shields)**

I. INTRODUÇÃO

1. A Autoridade da Concorrência recebeu, em 22 de Outubro de 2003, uma notificação efectuada ao abrigo do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, nos termos da qual a empresa Dräger Medical, AG & Co KGaA (Dräger) através da sua subsidiária em Delaware EUA, Dräger Medical Infant Care, Inc.¹ pretende adquirir à Hillenbrand Industries Inc. (Hillenbrand) a sua actividade de termoterapia neonatal, que funciona sob a designação "Hill-Rom Air Shields".
2. O projecto da operação configura uma concentração de empresas na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, conjugada com a alínea b) do n.º 3 do mesmo artigo e foi notificada à Autoridade da Concorrência pelo facto de se encontrar preenchida, em consequência da realização da operação projectada, a condição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º do mesmo diploma.
3. Durante a instrução do procedimento, a Autoridade da Concorrência procedeu a diligências de investigação, cujas conclusões comunicou à notificante, em 11 de Novembro de 2003, em sede de Audiência dos Interessados, nos termos do n.º 1 do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, tendo-se esta pronunciado no dia 25 do mesmo mês.
4. Em 15 de Dezembro de 2003, o Conselho da Autoridade da Concorrência deliberou, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, dar início à fase de investigação aprofundada.
5. Em 3 de Fevereiro de 2004, a notificante apresentou uma proposta de cinco compromissos, tendo em vista uma possível decisão de não oposição, nos termos do disposto no n.º 1, alínea a) e n.º 2 do artigo 37.º, conjugado com o disposto no n.º 3 do artigo 35.º, todos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.
6. Nos termos do n.º 1 do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, em 11 de Março de 2004 procedeu-se à fase de Audiência dos Interessados, tendo a notificante apresentado a sua resposta no dia 24 do mesmo mês.

¹ Sociedade recentemente constituída para servir de veículo à operação.

II. AS PARTES

2.1 Empresa Adquirente

7. A **Dräger** é uma joint-venture de direito alemão, constituída no início de 2003² pela Siemens AG, que detém 35% do capital e pela sociedade Drägerwerk AG, com 65%, que antes detinha o seu controlo exclusivo. Encontra-se activa no sector do equipamento médico e de outro tipo de equipamento especializado, incluindo o projecto, fabricação e fornecimento de equipamentos de cuidados na área da neonatologia.

8. Em 2002 realizou os seguintes volumes de negócio calculados nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, em Portugal, Espaço Económico e Mundial, respectivamente:

- * € [< 150 milhões]³
- * € [> 150 milhões]
- * € [> 150 milhões]

2.2 Empresa Adquirida

9. A Hillenbrand, sociedade holding de direito norte-americano, é a actual proprietária da actividade de termoterapia neonatal que funciona com a designação "Hill-Rom Air-Shields".

10. A *Hill-Rom Air-Shields* (doravante designada por “*Actividade Adquirida*”) é responsável pela concepção, fabricação e comercialização de produtos e serviços de cuidados médicos, camas de hospitais, mobiliários de quartos de internamento e produtos pediátricos.

11. O volume de negócios imputado à “*Actividade Adquirida*” em Portugal e no ano de 2002 ascendeu a €[< 150 milhões], sendo o mesmo no EEE e a nível mundial, assim distribuído.

- * EEE €[< 150 milhões]
- * Mundial €[< 150 milhões]

² A constituição desta empresa comum foi autorizada com condições de desinvestimento pela Comissão Europeia em 30 Abril de 2003 (COMP M. 2861 Siemens/ Drägerwerk/JV).

³ Nota: indicam-se entre parêntesis rectos as informações cujo conteúdo exacto haja sido considerado como confidencial

III. NATUREZA da OPERAÇÃO

- 12.A “*Actividade Adquirida*” compreende activos situados fora de Portugal, incluindo as instalações para a produção, a fábrica e o equipamento sito em Hatboro, Pensilvânia, EUA.
- 13.Por sua vez, a motivação para a Dräger adquirir este negócio prende-se com [...]
- 14.A operação permitirá à Dräger Medical oferecer uma gama de produtos mais variada, uma vez que os produtos da “*Actividade Adquirida*” apresentam, em certa medida, um elevado grau de complementaridade [...]. Após a operação a Dräger tenciona continuar a oferecer todos os produtos actualmente oferecidos por ambas as empresas.

IV. MERCADOS RELEVANTES

4.1 Mercado do Produto Relevante

- 15.Os produtos de termoterapia neonatal, que integram a “*Actividade Adquirida*”, são utilizados nos hospitais para tratamento de bebés nascidos prematuramente, frequentemente designados por "prematuros".
- 16.Os prematuros precisam da termoterapia neonatal para evitar a hipotermia e outros problemas ligados à temperatura do seu corpo. Existem essencialmente dois tipos de equipamento utilizado na termoterapia neonatal: *incubadoras fechadas* e *berços aquecidos*, existindo ainda outras incubadoras especiais para *transporte* dos recém-nascidos.
- 17.A notificante considera que o mercado relevante para efeitos da operação de concentração notificada é o mercado global de produtos de termoterapia neonatal.
- 18.Para além destes produtos, incluem-se ainda o equipamento de *fototerapia* para tratamento da icterícia e *acessórios* diversos como balanças para incubadoras, módulos de oxigenação e humidificação, suportes para bombas de gás, tubos do ventilador, prateleiras de monitorização, barra telescópica, sistemas de aspiração e aquecedores de irradiação. Parte dos acessórios são fabricados por terceiros.
- 19.Quanto à *oferta*, a maior parte dos fabricantes tem capacidade para fabricar produtos que dão resposta a cada categoria de produtos diferentes e parece não existir um limite significativo à substituíbilidade do lado da oferta, pois trata-

se de tecnologia madura e bem conhecida, não existindo barreiras que impeçam um fabricante de um tipo de aparelhos de produzir outro.

20. Do lado da *procura* e por existirem limites à substituíbilidade entre certos tipos de produtos considera-se discutível a existência de um único mercado de produto relevante.
21. Apesar das considerações submetidas pela notificante no sentido da existência de substituíbilidade do lado da oferta, considera-se que, do lado da procura, - e tendo em conta as diferentes utilizações e níveis diferenciados de preços de cada um dos produtos - se deverá delimitar o mercado relevante a cada produto que constitui a “*Actividade Adquirida*”.
22. Pelo exposto, os mercados dos produtos relevantes são definidos como sendo os mercados das *incubadoras fechadas*, dos *berços aquecidos*, das *incubadoras de transporte*, do equipamento de *fototerapia* e dos *acessórios*.

4.2 Mercado Geográfico Relevante

23. As partes sustentam existir um mercado geográfico mais alargado que o da União Europeia pelas seguintes razões:
- a) A tecnologia é conhecida à escala mundial, sendo que os produtos idóneos para determinados países são-no também para outros países. Acresce que é cada vez maior a standardização dos padrões de segurança e de qualificações médicas;
 - b) Os clientes, os hospitais, são organizações com capacidade para tomar decisões com grande antecedência pelo que os prazos de entrega não constituem barreira ao abastecimento transnacional ou transcontinental;
 - c) Verifica-se um volume substancial de importações para a Comunidade. Em 2002, cerca de 45% das vendas de produtos de termoterapia neonatal na Comunidade Europeia e cerca de 70% das vendas em Portugal eram constituídas por produtos fabricados fora da Comunidade Europeia: nos EUA e no Japão. A japonesa Atom detém uma quota a nível mundial de [$<10\%$], apresentando uma rede de 50 distribuidores dos quais só seis estão sediados na Europa;
 - d) Cada um dos maiores produtores fabrica produtos de termoterapia neonatal numa única fábrica de onde fornece os clientes em todo o Mundo: a Ohmeda, uma subsidiária da Instrumentarium que recentemente foi adquirida pela General Electric, considerada uma das principais operadoras a nível mundial, vende os seus produtos em

onze Estados-Membros da União Europeia, enquanto a Atom, responsável por mais de [$>30\%$] das vendas na Itália, fabrica todos os seus produtos no Japão. A Dräger fabrica todos os seus produtos na mesma fábrica em Lübeck e a “*Actividade Adquirida*” fornece produtos fabricados na sua fábrica nos EUA a clientes europeus;

- e) Os produtos de termoterapia neonatal são peças de elevado valor por unidade de volume, podendo ser transportados por preços relativamente acessíveis.
O custo do transporte não excede [...] % do custo total;
- f) No que respeita aos produtos de termoterapia neonatal, não existem tarifas ou outras barreiras ao comércio transnacional relativamente às importações de fora da UE.

24. Os factores indicados sugerem que o mercado geográfico relevante seja o mercado mundial, concordando esta Autoridade com a definição efectuada pela notificante.

25. Todavia, factores de ordem diversa, decorrentes da elevada sofisticação tecnológica destes equipamentos, da necessidade da sua adaptação às estruturas hospitalares regionais e da necessidade da existência de pessoal especializado na sua manutenção, fazem com que, em termos de distribuição e de manutenção destes equipamentos, haja necessidade de, manifestamente, privilegiar a análise concorrencial do mercado nacional.

V. AVALIAÇÃO JUSCONCORRENCIAL

26. As diligências realizadas pela Autoridade da Concorrência em sede de instrução concentraram-se na durabilidade do equipamento, no procedimento de contratação adoptado – natureza, frequência nos últimos anos, critérios para adjudicação e proposta vencedora – e no serviço pós-venda.

27. Das instituições consultadas, e até à data, apenas duas responderam ao solicitado, sendo a informação veiculada por uma delas altamente inconclusiva.

28. Daqui resulta que, apesar das informações fornecidas pelas instituições de saúde constituírem uma importante amostra do mercado do produto relevante do lado da procura, estão longe de representar uma visão global do que ocorre na perspectiva do mercado nacional.

29. Da mesma forma, foram realizadas inquirições aos distribuidores dos mais directos concorrentes, [...], no sentido de obter informações relacionadas com o

procedimento de fornecimento da respectiva marca, propostas apresentadas e identificação do potencial cliente, e natureza do sistema pós-venda. Posteriormente, e por iniciativa da notificante, foi remetida à Autoridade da Concorrência informação referente à distribuidora dos produtos da “*Actividade Adquirida*”, [...].

30. Neste contexto, procede-se à avaliação concorrencial da operação na perspectiva da oferta e na perspectiva da procura.

5.1 Da Oferta

31. A nível mundial, as vendas totais de produtos de termoterapia neonatal ascenderam em 2002, a cerca de € [>150 milhões]. Em Portugal, o valor ascendeu aos € <150 milhões.

32. No que diz respeito às quotas no mercado mundial, a “*Actividade Adquirida*” é líder com uma quota de [20-30%], sendo o segundo lugar ocupado pela Ohmeda com [10-20%] seguido pela Dräger com [10-20%]. Outras multinacionais detêm as seguintes quotas de mercado: Atom ([<10%]); Fanem e Fisher & Paykel com ([<10%]); Airbone e a Phoenix com ([<10%]); encontrando-se o restante disperso.

33. Em Portugal o cenário é ligeiramente diferente. Nele participam a “*Actividade Adquirida*”, a Dräger, a Ohmeda e a Atom (esta, em Novembro de 2003).

34. A “*Actividade Adquirida*” é líder no mercado nacional com uma quota global de [60-70%], enquanto a da Dräger ascende aos [20-30%]. No conjunto, a quota global no mercado de termoterapia neonatal, em Portugal, é de [> 80%], sendo que para três dos mercados dos produtos relevantes – incubadoras fechadas, incubadoras de transporte e fototerapia – as respectivas quotas conjuntas são de [>80%]. As quotas agregadas nos mercados de berços aquecidos e acessórios representam [70-80%] e [>80%] do mercado, respectivamente.

35. Daqui se conclui estarmos perante mercados altamente concentrados, onde o segundo principal concorrente se propõe adquirir o primeiro, conduzindo a quotas conjuntas de [>80%] em três de cinco dos mercados dos produtos considerados relevantes e quotas de [70-80%] e [>80%] nos restante dois mercados.

36. Por outro lado, os graus de concentração destes mercados medidos pelo Índice Herfindahl-Hirschman (IHH) e respectivos acréscimos, excedem largamente os limiares⁴ considerados como críticos pela Comissão Europeia.

⁴ Comunicação da Comissão Europeia 2004/C, de 31/03, sobre “*Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*”, publicada no

37. De facto, e como resulta da investigação conduzida, tanto os IHH como os respectivos acréscimos resultantes do cálculo da quota agregada após concentração são, respectivamente, superiores a 2000 e a 250 o que, acrescido ao facto de uma das Partes deter uma quota de mercado superior a 50%, só por si constitui uma presunção séria de efeitos anticoncorrenciais.
38. Como indica a notificante, o facto de nenhum dos fornecedores se encontrar presente em Portugal, dá azo a que a concorrência seja desenvolvida exclusivamente entre os distribuidores (em regime de exclusividade, ou não) das diferentes gamas e marcas de equipamento.
39. Significa isto que, em qualquer procedimento de contratação, cabe ao distribuidor apresentar uma proposta ao cliente e, em caso de adjudicação, assegurar o correspondente fornecimento e manutenção do equipamento, bem como a prestação de serviço pós-venda, seja durante um período de garantia especificado, ou mediante a celebração, subsequente, de um contrato de assistência técnica.
40. Logo, em Portugal, a relação cliente-distribuidor afigura-se como mais relevante e mais credível nas preferências finais que a relação cliente-fornecedor.
41. Uma vez que a oferta no mercado nacional é assegurada pelos distribuidores nos termos descritos *supra*, torna-se indispensável a preservação das condições de concorrência nos mercados em que estes actuam.
42. [...]
43. [...]
44. Assim, os até então respectivos distribuidores nacionais encontram-se livres de contratar com quem quiserem.
45. Esta opção pode dar lugar a consequências indesejáveis: se, por um lado, a desvinculação de dois dos operadores concorrenciais em Portugal dará azo a alternativas adicionais para potenciais empresas entrarem no mercado nacional, por outro, a utilização de um único canal de distribuição para as diferentes gamas de produtos, a cargo de uma empresa com a capacidade da Siemens, dará origem a um forte concorrente responsável pela distribuição dos produtos actualmente fornecidos pelos dois líderes de mercado em Portugal,

Jornal Oficial das Comunidades Europeias em 05.02.2004, estabelece que uma concentração pode suscitar sérias dúvidas na aceção do Regulamento das Concentrações, se conduzir a um IHH agregado maior ou igual a 2000 e a um acréscimo de IHH de 250 ou mais.

situação apenas susceptível de ser mitigada mediante a adopção de medidas correctoras.

46. Em Portugal, como se verificou, os quatro principais concorrentes nos mercados dos produtos relevantes são a “*Actividade Adquirida*”, a Dräger, a Ohmeda e a Atom. O terceiro destes é uma subsidiária do grupo finlandês Instrumentarium recentemente adquirido pela General Electric, enquanto a empresa japonesa Atom só nos últimos meses de 2003 entrou no mercado nacional. Daqui resulta que, no último trimestre do último ano, a estrutura concorrencial nos mercados relevantes sofreu uma modificação cujas consequências não são ainda susceptíveis de se verificarem de uma forma suficientemente estável e duradoura.
47. Sobre os *ganhos de eficiência verificáveis*, que de alguma forma, podem compensar os efeitos anti-concorrenciais decorrentes da operação projectada, a notificante revela obter ganhos de eficiência que endogeniza na própria empresa [...]. Contudo, não demonstra se os mesmos são susceptíveis de serem repercutidos de alguma forma, e como, no consumidor.
48. A elevada concentração dos mercados, a ausência de demonstração de ganhos de eficiência, bem como os níveis de quotas resultantes da presente operação de concentração suscitam, no curto-médio prazo, fortes preocupações do lado da oferta que apenas podem ser contra-balançadas mediante a aplicação de medidas correctoras.

5.2 Da Procura

49. Em Portugal, a procura do(s) mercado(s) de produtos de termoterapia neonatal é constituída fundamentalmente pelos hospitais públicos, cujas aquisições estão sujeitas a procedimentos e normas relativos a contratos públicos estabelecidas em legislação específica⁵.
50. No caso de mercados sujeitos a tais normas, o principal elemento da concorrência é assegurado pela apresentação de diversas propostas de fornecimento. E como já foi referido, tal procedimento é assegurado, do lado da procura, pelos hospitais (em maioria) e por outras instituições de saúde e, do lado da oferta, pelos distribuidores.
51. Aprofundando a investigação já em curso e iniciando novas diligências, a Autoridade da Concorrência centrou-se em inquirições realizadas a variadas instituições potenciais clientes de produtos e/ou serviços fornecidos pela notificante, pela “*Actividade Adquirida*” e pelos seus concorrentes.

⁵ Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho, que aprovou o Regime Jurídico de Realização de Despesas Públicas e da Contratação Pública relativa à Locação e Aquisição de Bens Móveis e Serviços.

52. Da investigação conduzida resulta que, para o procedimento de contratação para a aquisição de equipamento de termoterapia neonatal, é adoptada maioritariamente a forma de *consulta prévia a 3 fornecedores*⁶.
53. O motivo central reside no facto das aquisições em questão resultarem principalmente da necessidade de reposição do equipamento, pelo que o valor do respectivo contrato dificilmente atinge quantias suficientes para a adopção de um procedimento mais formal (como o concurso público⁷).
54. Da investigação resulta que as instituições de saúde que prestam serviços de termoterapia neonatal tentam prolongar ao máximo a vida do seu equipamento, seja por motivos de confiança depositada no produto, seja por questões orçamentais, ou seja mesmo pela qualidade e rapidez do serviço prestado. Um serviço pós-venda de qualidade e confiança, bem como a disponibilidade de peças sobresselentes torna-se indispensável à prossecução desse objectivo.
55. A análise dos dados recolhidos durante a fase da investigação aprofundada revela que o critério da prestação de serviço pós-venda detém uma importância de cerca de 15% ou 30% (15%+15%), consoante se considere, ou não, os termos da garantia e da prestação do serviço pós-garantia como um único critério de avaliação das propostas apresentadas.
56. Natural será, logo, que uma instituição que utilize determinado equipamento de termoterapia neonatal e se encontre satisfeito com o desempenho do mesmo e com o respectivo distribuidor, tenda a manter a mesma preferência, contribuindo, assim, para um aumento da quota de mercado de uma determinada marca e, porventura, um reforço de uma posição dominante.
57. Por outro lado, a adopção de uma forma de procedimento de contratação baseada na consulta prévia revela-se de extrema importância, dado o epicentro do procedimento se transferir do concorrente no mercado (como a Dräger, a “*Actividade Adquirida*”, a Ohmeda ou a Atom) que **responde a um anúncio de concurso público** e que tem o direito de participar desde que satisfaça as condições de acesso ao concurso, para o(s) cliente(s) **cuja obrigação de consultar previamente** determinado número de concorrentes – estes à sua escolha – limita em muito a afirmação no mercado de concorrentes com uma quota de mercado diminuta.

⁶ Nos termos do disposto no n.º 1 do Artigo 81º do Decreto-Lei 197/99, de 8 de Junho (“Regime Jurídico de realização de despesas públicas e da contratação pública relativa à locação e aquisição de bens móveis e serviços”) “O procedimento com consulta prévia é aplicável quando o valor do contrato seja igual ou inferior a 10 000 contos [50 000 Euros], sendo obrigatória a consulta a, pelo menos: (...) b) três locadores ou fornecedores, quando o valor do contrato seja igual ou inferior a 5000 contos [25 000 Euros]”.

⁷ Nos termos do disposto no n.º 1 do Artigo 80º do Decreto-Lei 197/99, de 8 de Junho, “É aplicável o concurso público quando o valor do contrato seja igual ou superior a 25 000 contos [125000 Euros] (...)”.

58. A conclusão a tirar é a de que a tendência do cliente será de sempre contactar o fornecedor melhor colocado no mercado, ainda que a posição dos restantes varie de encomenda para encomenda.
59. Dada a elevada quota de mercado de qualquer das Partes da presente operação de concentração em qualquer dos mercados dos produtos relevantes e seja qual for o produto ou serviço a adquirir, a oportunidade dos restantes ou potenciais concorrentes de participarem em qualquer contratação de quaisquer dos produtos/serviços envolvidos torna-se remota na eventualidade de uma concentração horizontal.
60. Seja qual for o número de fornecedores a contactar – dois ou três – dificilmente ambas as Partes (ou mais tarde, a entidade resultante da concentração), deixarão de se constituir como opção. A consequência será uma diminuição das opções por parte da entidade adjudicante, quer no momento prévio de consulta para aquisição, quer em momento posterior aquando do recurso à reposição do material da gama previamente adjudicado e/ou prestação de serviços pós-venda, justificando-se, assim, a aplicação de medidas adequadas por forma a garantir a manutenção de uma concorrência no mercado relevante.
61. A presença de uma forte concorrência entre os distribuidores fomenta as opções de quem tem de escolher. A concorrência em determinado mercado passa também pela liberdade do cliente de optar de entre os vários fornecedores de equipamento (i.e. distribuidores), por aquele que melhor se adequa às suas necessidades, quer em termos da relação qualidade-preço da oferta, quer no que diz respeito à prestação do serviço pós-venda, assegurando a máxima longevidade do equipamento escolhido.
62. Numa perspectiva da procura, este objectivo apenas pode ser alcançado se a concorrência do lado da oferta e a capacidade dos respectivos concorrentes de satisfazerem as pretensões dos seus clientes se mantiver, pelo que a aplicação de determinadas medidas neste sentido se justificam.

5.3 Conclusão da avaliação concorrencial

63. Da análise da presente operação de concentração, resultante das diligências efectuadas e subsequente cruzamento de dados, alguns factores não podem ser ignorados:
- Elevado grau de concentração no mercado nacional;
 - A operação em análise gerará quotas elevadíssimas nos mercados de equipamentos de termoterapia neonatal em Portugal, conduzindo a valores de IHH e respectivos acréscimos que ultrapassam largamente

os limiares considerados pela Comissão Europeia como constituindo sérios indícios de existência de efeitos anticoncorrenciais;

- Em Portugal, não se encontram presentes quaisquer dos fornecedores, pelo que a concorrência faz-se exclusivamente ao nível da distribuição;
- Apesar do mercado geográfico relevante ser o mercado mundial, os efeitos da presente concentração terão um considerável impacto directo na estrutura da concorrência em Portugal ao nível da oferta, em virtude da aquisição do líder de mercado pelo segundo concorrente mais importante;
- E, em consequência do ponto anterior, a diminuição do número de concorrentes disponíveis a serem consultados por potenciais clientes em sede de contratação pública, limita as opções de escolha destes últimos;
- Determinadas medidas correctoras poderão contribuir para afastar preocupações resultantes da presente operação de concentração, com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva nos mercados nacionais das *incubadoras fechadas*, dos *berços aquecidos*, das *incubadoras de transporte*, dos *equipamentos de fototerapia* e, dos *acessórios*.

VI. COMPROMISSOS APRESENTADOS PELA NOTIFICANTE

64. Em 3 de Fevereiro de 2004, foi enviado pela notificante à Autoridade da Concorrência uma proposta submetendo cinco compromissos, tendo em vista uma possível decisão de não oposição, nos termos do disposto no n.º 1, alínea a) e n.º 2 do artigo 37.º, conjugado com o disposto no n.º 3 do artigo 35.º, todos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

6.1 Sumário dos Compromissos apresentados pela notificante

6.1.1. Manutenção de um segundo canal de distribuição

65. Considerando que, desde 1 de Janeiro de 2004, a Dräger Medical passou a utilizar o canal de distribuição da Siemens para comercializar os seus produtos em Portugal, a notificante propõe celebrar um acordo de distribuição não-exclusivo, por um prazo limitado de 3 anos, com um outro distribuidor. A preferência da notificante recai sobre o distribuidor [...], empresa até agora responsável pela distribuição dos produtos afectos à “*Actividade Adquirida*”.

66. Na opinião da notificante, dado que a concorrência em Portugal nestes mercados se efectiva ao nível dos distribuidores e não dos fornecedores, a manutenção de dois canais de distribuição, sendo que um é não-exclusivo, fomentaria a entrada de novos fornecedores no mercado nacional e uma maior concorrência ao nível dos distribuidores.

6.1.2. Manutenção de condições não discriminatórias

67. A notificante compromete-se a não cobrar aos distribuidores portugueses preços mais elevados do que os que cobra a outros distribuidores relativamente a encomendas comparáveis. Compromete-se a manter em condições não discriminatórias não só o “preço de transferência” (preço cobrado aos distribuidores pelos produtos adquiridos aos fornecedores), mas também a política de descontos da empresa e a gama de produtos disponíveis no mercado português que é disponibilizada no resto da Europa.

68. A fim de assegurar um não aumento dos preços em resultado da concentração, a notificante propõe que a formação dos preços após a operação seja baseada nos preços cobrados pela Dräger e pela “*Actividade Adquirida*” aos distribuidores em Portugal, em momento anterior à operação. Em alternativa, propõe a notificante que os preços sejam indexados à taxa de crescimento do PIB ou à taxa de inflação.

6.1.3. Manutenção de aparelhos disponíveis enquanto subsistir procura no mercado

69. Apesar de não constituir sua intenção manter as duas marcas – Dräger e AirShields – a empresa notificante está disposta a manter a gama de produtos fabricados pela “*Actividade Adquirida*”. Por outro lado, mantém também disponíveis no mercado aparelhos de igual funcionalidade e a um preço equivalente aos fabricados por esta.

70. Este compromisso seria assegurado pela empresa notificante por um período máximo de 3 anos, desde que a respectiva procura se mantivesse.

6.1.4. Abstenção de venda directa dos produtos, em Portugal, por um período de três anos

71. Segundo a notificante, não seriam vendidos durante 3 anos, directa ou através de uma sucursal, produtos de termoterapia neonatal em Portugal, incentivando uma concorrência mais intensa entre os diversos distribuidores na promoção dos produtos dos seus fornecedores.

6.1.5. Manutenção da disponibilidade de peças sobresselentes durante o período de vida dos aparelhos

72. Propõe a notificante que estejam disponíveis, por um período de sete anos, contados da produção do último aparelho, peças sobresselentes dos diversos equipamentos de termoterapia neonatal.

6.2 Da análise dos compromissos propostos

73. Comum aos cinco compromissos propostos pela notificante é a duração dos mesmos: 3 anos. Julga-se ser um período razoável para dar oportunidade a novos fornecedores de entrarem no mercado, e aos distribuidores de adaptarem as suas prioridades e estratégias perante uma nova estrutura nos mercados em causa, resultante da concentração.

74. A manutenção de um segundo canal de distribuição em regime de não – exclusividade dá azo a três consequências imediatas: primeiro, assegura em Portugal a distribuição e comercialização dos produtos e serviços deles decorrentes (e.g. serviço pós-venda) de uma das maiores empresas mundiais no sector; em segundo lugar, assegura o direito do segundo distribuidor de celebrar acordos de distribuição com qualquer outro fornecedor, fomentando a entrada de novos fornecedores e, em terceiro lugar, e porque a concorrência nestes mercados relevantes se realiza entre distribuidores, fomenta a concorrência efectiva entre dois distribuidores da mesma marca.

75. No que diz respeito ao segundo compromisso, cabe antes de mais referir que a manutenção de condições não discriminatórias decorre das regras gerais da concorrência. Concretamente, no que diz respeito ao caso *sub iudice*, a ausência de fornecedores no mercado nacional implica que sejam os distribuidores a assegurar a concorrência em Portugal. Neste contexto, todas as condicionantes relacionadas com o procedimento de contratação para a aquisição destes equipamentos e respectivos serviços pós-venda desenrolam-se entre o cliente e o distribuidor.

76. Dito isto, torna-se imperioso que o(s) distribuidor(es) em Portugal possa(m) usufruir, face a encomendas comparáveis, da mesmas vantagens que usufruem os demais distribuidores da mesma marca.

77. Assim, os preços cobrados pela Dräger e a respectiva política de descontos para com o segundo distribuidor para o território nacional derivado do compromisso anterior, não poderão diferir dos restantes homólogos europeus – incluindo a Siemens – relativamente a encomendas comparáveis.

78. Por outro lado, mantendo a mesma gama de produtos em Portugal que disponibiliza no resto da Europa, permite quer ao cliente a possibilidade de escolher o(s) produto(s) que melhor satisfaz(em) as suas necessidades, mas

também permite ao distribuidor a possibilidade de oferecer um leque mais vasto de produtos em sede de contratação pública.

79. Quanto ao terceiro compromisso, e como resultou da Avaliação Concorrencial *supra*, o principal motivo para o recurso à aquisição de equipamento desta natureza é o da sua reposição, levando a que a vida útil do mesmo tenda a ser maximizada pelo utilizador.
80. Neste contexto, considerando a análise da investigação efectuada e que a “*Actividade Adquirida*” é o principal concorrente no mercado, conclui-se que os produtos desta encontram-se presentes na maioria das instituições de saúde portuguesas.
81. Assim, a manutenção de aparelhos da “*Actividade Adquirida*” - enquanto subsistir procura para os mesmos - acarreta uma garantia ao consumidor no que diz respeito às alternativas de equipamento disponíveis aquando de aquisição e a longevidade daqueles em utilização.
82. O quarto compromisso proposto assegurará que os distribuidores em Portugal, responsáveis pela distribuição dos produtos Dräger e “*Actividade Adquirida*”, não concorrerão com as sucursais do grupo fabricante dos produtos.
83. Assim, serão os distribuidores nacionais – responsáveis pela distribuição dos produtos da Dräger e da “*Actividade Adquirida*” - a contratar directamente com as diversas instituições de saúde nacionais aquando do procedimento de contratação para a aquisição de equipamento de termoterapia neonatal e a assegurar o respectivo fornecimento, manutenção e prestação de serviço pós-venda, quando adjudicado.
84. Hoje em dia, a opção de adjudicar ou não a determinado distribuidor o fornecimento de determinado produto com elevada complexidade técnica passa em muito pelas condições da prestação do serviço pós-venda. Este tipo de serviço abrange quer o prazo de garantia, quer o tipo de assistência prestada durante e após a caducidade da garantia, para efeitos de manutenção do equipamento.
85. A análise dos dados recolhidos durante a fase da investigação aprofundada revela que o critério da prestação de serviço pós-venda detém uma importância de cerca de 15% ou 30% (15%+15%), consoante se considere, ou não, os termos da garantia e da prestação do serviço pós garantia como um único critério de avaliação das propostas apresentadas.
86. Daqui resulta que as instituições de saúde que prestam serviços de termoterapia neonatal tentam prolongar ao máximo a vida do seu equipamento, seja por motivos de confiança depositada no produto, seja por questões

orçamentais, ou seja mesmo pela qualidade e rapidez do serviço prestado. A disponibilidade de peças sobresselentes torna-se indispensável à prossecução desse objectivo.

VII – AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS

7.1 *Do Projecto de Decisão pela Autoridade da Concorrência*

87. Nos termos do n.º 1 do artigo 38.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a Autoridade da Concorrência, em 11 de Março de 2004, apresentou à notificante o projecto de decisão de não oposição da presente operação de concentração com sujeição a determinados compromissos.

88. Neste, a Autoridade da Concorrência propunha-se aceitar os cinco compromissos apresentados pela notificante em 3 de Fevereiro de 2004, mediante a adopção de determinadas medidas de monitorização, a saber:

- envio à Autoridade da Concorrência até 31 de Dezembro de 2004 e nos dois anos subsequentes, de um dossier contendo os seguintes documentos, relativamente ao ano anterior:
 - i) Contrato de distribuição em regime de não exclusividade, a celebrar entre a notificante e o distribuidor nacional;
 - ii) Tabelas de preços actualmente em vigor, e posteriores alterações;
 - iii) Relatório contendo uma listagem de toda a gama (marcas e correspondentes referências por tipo de produto) de equipamento da “*Actividade Adquirida*” em utilização pelas instituições de saúde no mercado nacional;
 - iv) Relatório contendo uma listagem das propostas de fornecimento de equipamentos de termoterapia neonatal apresentadas por si ou por qualquer sucursal sua durante o ano anterior ao que se reporta;
 - v) Relatório contendo uma listagem/inventário de toda a gama do equipamento de neonatologia em stock no mercado nacional e comprovativo da existência das respectivas peças sobresselentes.

7.2 *Resposta pela notificante*

89. Em 24 de Março de 2004, a notificante apresentou a sua resposta ao projecto de decisão, na qual propunha as alterações seguintes:

- i) Com referência ao quinto compromisso, limitação a um período de **sete anos**, contados da produção do último aparelho, da obrigatoriedade de manutenção da disponibilidade das respectivas peças sobresselentes;
- ii) Substituição da medida de monitorização prevista no ponto iii) do parágrafo 88., pela obrigação de entrega de um relatório detalhado com a listagem dos produtos entregues aos distribuidores em Portugal;
- iii) Substituição da medida de monitorização prevista no ponto v) do parágrafo 88., pela obrigação de entrega de uma lista das peças sobresselentes disponíveis e uma lista das que são vendidas aos distribuidores em Portugal.

7.3 *Comentário à resposta pela notificante*

90. No que diz respeito à proposta pela notificante descrita no ponto i) do parágrafo 89., refere a mesma que a manutenção de peças sobresselentes por um período de sete anos, após a produção do respectivo último aparelho, encontra-se de acordo com os usos internacionais.

91. Mais especificamente e, segundo a notificante, tal período encontra-se em consonância com a prática da Dräger Medical enquanto retalhista e/ou enquanto fornecedora de equipamento de termoterapia neonatal a distribuidores em outros mercados.

92. Por outro lado, mais refere a notificante que a manutenção da disponibilidade de peças sobresselentes por um período ilimitado (em oposição ao período de sete anos proposto), apenas para o mercado português, não é economicamente comportável.

93. A Autoridade considera, assim, como razoável a proposta de alteração apresentada pela notificante e descrita no ponto i) do parágrafo 89.

94. Tal como ficou assente nos parágrafos 38. a 40. *supra*, do lado da oferta, a concorrência no mercado português é assegurada pelos distribuidores. Tal significa que quaisquer relações contratuais com potenciais clientes dão-se entre estes e o distribuidor a quem foi adjudicado o fornecimento. Nem a

notificante, nem a “*Actividade Adquirida*” têm qualquer controlo sob este tipo de relação.

95. Assim, e uma vez que no mercado nacional apenas os distribuidores actuam, qualquer intervenção pela notificante limita-se à relação contratual entre esta e o distribuidor nacional, dando azo a um conhecimento insuficiente por aquela do mercado nacional.

96. A fim de assegurar que a concorrência no mercado do produto relevante em Portugal seja mantida, torna-se necessário um conhecimento do mesmo; algo que o distribuidor, melhor que a notificante, detém.

97. A Autoridade considera, assim, como aceitáveis as propostas de alterações apresentadas pela notificante e descritas nos pontos ii) e iii) do parágrafo 89.

VIII - CONCLUSÕES

98. Nestes termos, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea b) do n.º 1 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, decide, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 37.º com remissão para o n.º 3 do artigo 35.º, todos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, adoptar uma decisão de não oposição à presente operação de concentração, sujeita à correspondente imposição das condições e obrigações seguintes:

- 1. Manutenção de um segundo canal de distribuição em regime de não exclusividade por um período de 3 anos;**
- 2. Manutenção de condições não discriminatórias por um período de 3 anos;**
- 3. Manutenção de aparelhos disponíveis enquanto subsistir procura no mercado por um período de 3 anos;**
- 4. Abstenção de venda directa dos produtos, em Portugal, por um período de 3 anos;**
- 5. Manutenção, por um período de sete anos contados da produção do último aparelho, da disponibilidade de peças sobresselentes.**

99. Para efeitos de monitorização do cumprimento dos compromissos impostos *supra*, a notificante deverá enviar à Autoridade da Concorrência até 31 de

Dezembro de 2004, e nos dois anos subsequentes, um dossier que deverá conter os seguintes documentos, relativamente ao ano anterior:

- i) Contrato de distribuição em regime de não exclusividade, a celebrar entre a notificante e o distribuidor nacional;
- ii) Tabelas de preços actualmente em vigor, e posteriores alterações;
- iii) Relatório detalhado com a listagem dos produtos entregues aos distribuidores em Portugal;
- iv) Relatório contendo uma listagem das propostas de fornecimento de equipamentos de termoterapia neonatal apresentadas por si ou por qualquer sucursal sua durante o ano anterior ao que se reporta;
- v) Lista de peças sobresselentes disponíveis e uma lista das que são vendidas aos distribuidores em Portugal.

AdC, 5 de Abril de 2004

O Conselho da Autoridade da Concorrência,

Prof. Doutor Abel Moreira Mateus
(Presidente)

Eng. Eduardo Lopes Rodrigues
(Vogal)

Dr.^a Teresa Moreira
(Vogal)