

DECISÃO DE PROIBIÇÃO
PROCESSO CCENT. Nº 22/2005 – VIA OESTE (BRISA) / AUTO-ESTRADAS DO
OESTE/ AUTO-ESTRADAS DO ATLÂNTICO

I. INTRODUÇÃO

1. Em 24 de Março de 2005, foi notificada à AdC (doravante AdC), nos termos dos artigos 9.º e 31.º da Lei 18/2003, de 11 de Junho (doravante Lei da Concorrência), uma operação de concentração de empresas, que consiste na aquisição de controlo conjunto da *Auto-Estradas do Atlântico – Concessões Rodoviárias de Portugal, S.A.* (doravante *AEA*), pela *BRISA – Auto-Estradas de Portugal, S.A.* (doravante *BRISA*), de forma indirecta, através da sua subsidiária *Via Oeste, SGPS, S.A.* (doravante *Via Oeste*), e pela *Auto-Estradas do Oeste – Concessões Rodoviárias de Portugal, S.A.* (doravante *AEO*).
2. A operação de concentração, conforme foi notificada, encontra-se sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, nos termos do mencionado artigo 9.º, designadamente por as empresas apresentarem um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquido dos impostos com este directamente relacionados, e uma quota de mercado superior a 30%.
3. O acordo que consubstancia a obrigação de notificação prévia, nos termos do artigo 9.º da Lei da Concorrência, foi formalizado através da assinatura de um Contrato-Promessa de Compra e Venda de Acções, celebrado em 16 de Março de 2005.

II. PARTES

2. 1. Adquirentes

2. 1. 1. Via Oeste

4. A *Via Oeste* é uma sociedade gestora de participações sociais, constituída em Julho de 2003 no âmbito da reestruturação da *AEA*, actualmente controlada pela *BRISA*, e cujo único activo é a participação de 10% que actualmente detém no capital social da *AEA*.
5. A *BRISA*, sociedade cotada na Euronext Lisboa, é a accionista única da *Via Oeste*, tendo como actividade principal a construção, conservação e exploração de auto-estradas, e sendo actualmente concessionária de uma rede de auto-estradas.

6. De acordo com o seu Relatório e Contas de 2004, a *BRISA* tem duas concessões que abrangem um total de 1198 km, repartidos por 12 auto-estradas. No final de 2004, a *BRISA* tinha 1007 km em operação, cerca de 929 km dos quais com portagem A *BRISA* detém ainda um conjunto de empresas especializadas em serviços rodoviários.
7. A concessão principal da *BRISA*, com termo no final de 2032, corresponde a uma rede de 11 auto-estradas, num total de 1106 km concessionados.
8. A concessão Litoral Centro, detida em 80% através da sua participada *BRISAL – Auto-Estradas do Litoral, S.A.* (doravante *BRISAL*), é constituída pela auto-estrada A17, a que corresponde a concessão Litoral Centro, que tem uma extensão de 92 km.
9. Nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, apresenta-se na Tabela 1 *infra* o volume de negócios do Grupo *BRISA*, em Portugal, Espaço Económico Europeu e Mundial, respectivamente:

Tabela 1: Volume de negócios do grupo *BRISA*

	2001	2002	2003
PORTUGAL	[CONFIDENCIAL]		
EEE			
MUNDIAL			

Fonte: Notificantes.

2.1.2. *AEO*

10. A *AEO* é uma sociedade constituída em Junho de 2003, tendo como accionistas a Somague Itinere – Concessões de Infraestruturas, S.A. (“Somague Itinere”), MSF – Moniz da Maia, Serra & Fortunato – Empreiteiros, S.A. (“MSF”), Lena Engenharia e Construções, S.A. (“Lena”), Novopca – Construtores Associados, S.A. (“Novopca”) e Somague – Engenharia, S.A. (“Somague Engenharia”) (em conjunto os “Accionistas da *AEO*”)¹.
11. De acordo com as notificantes, nenhuma das Accionistas da *AEO* detém controlo, exclusivo ou conjunto, sobre a *AEO*.

¹ Cada um dos Accionistas detém 25% do capital social da *AEO* (note-se que, as duas sociedades do grupo Somague detém, em conjunto e no total, 25% do capital social da *AEO*).

12. A *AEO*, que tem como actividade principal a concepção e projecto para a construção, financiamento, exploração e manutenção de vias rodoviárias em Portugal, tem como único activo a *AEA* – do qual detém, actualmente, 90% do capital social e o correspondente controlo exclusivo - pelo que os volumes de negócio apresentados na Tabela 2 *infra* são referentes somente à actividade da *AEA*.
13. Assim, a *AEO* apenas exerce actividade em Portugal, pelo que apenas se apresenta o volume de negócios a nível nacional para 2003, uma vez que a sociedade foi constituída somente em Junho de 2003.
14. Nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, apresenta-se na Tabela 2 *infra* o volume de negócios da *AEO*, em Portugal:

Tabela 2: Volume de negócios da AEO

Portugal		
2001	2002	2003
N/A	N/A	[CONFIDENCIAL]

Fonte: Notificantes.

3.1.2. A Sociedade adquirida

15. A sociedade *AEA* é concessionária de auto-estradas, nos termos de contrato de concessão que celebrou com o Estado Português na sequência de concurso público para a concessão de auto-estradas na zona Oeste de Portugal, tendo sido especialmente constituída para o efeito.
16. Neste contexto, a *AEA* tem como objecto exclusivo, durante todo o período da concessão, as actividades de concepção, construção, financiamento, exploração e conservação de auto-estradas na zona Oeste de Portugal, na qual se incluem a A8 (Lisboa / Leiria) e a A15 (Caldas da Rainha / Santarém).

17. Nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, apresenta-se na Tabela 2 *infra* o volume de negócios da AEA, em Portugal:

Tabela 3: Volume de negócios da AEA

	2001	2002	2003
PORTUGAL	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

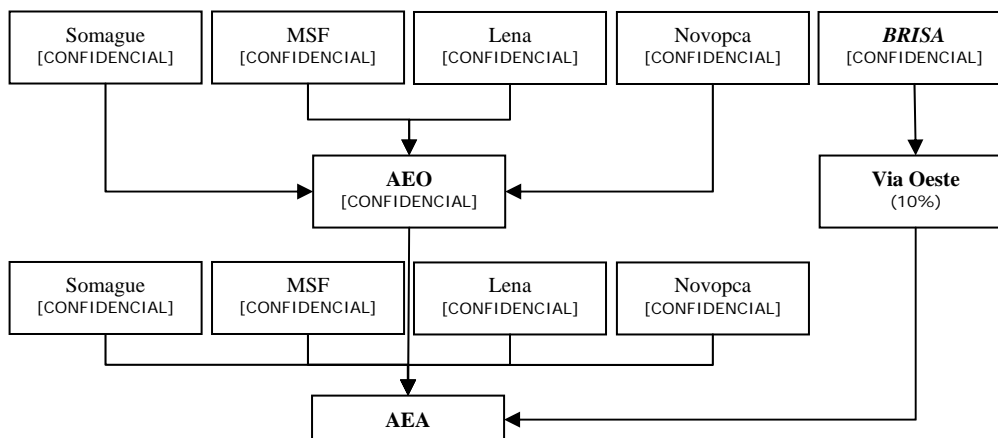
Fonte: Notificantes.

III. NATUREZA DA OPERAÇÃO

3.1. Enquadramento contratual

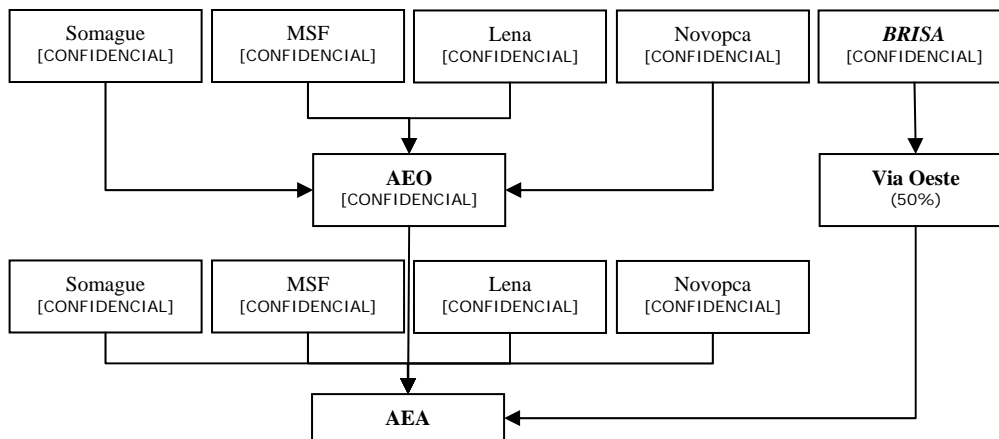
18. Em 16 de Março de 2005 foi celebrado entre a AEO e a Via Oeste, juntamente com (i) os Accionistas da AEO e com (ii) a accionista única da Via Oeste – BRISA – Auto-Estradas de Portugal, S.A. (em conjunto as “Partes”) o “Contrato Promessa de Compra e Venda de Acções” (adiante o “Contrato Promessa”).
19. Nos termos do Contrato Promessa, a AEO prometeu vender à Via Oeste, e esta prometeu comprar à AEO, participações que perfazem, no seu conjunto, 40% (quarenta por cento) do capital social e direitos de voto da AEA.
20. As ilustrações seguintes, fornecidas pelas notificantes, resumem a estrutura accionista da AEA, antes e depois de concretizada a projectada operação de concentração:

Ilustração 1: Estrutura accionista actual – controlo exclusivo da AEO sobre a AEA



Fonte: notificantes.

Ilustração 2: Estrutura accionista após a realização da operação de concentração – controlo conjunto da AEO e BRISA (através da Via Oeste) sobre a AEA.



Fonte: notificantes.

21. A *Via Oeste* pagará à *AEO*, como contrapartida da aquisição das Acções e na data da respectiva transmissão, o montante global de € **[CONFIDENCIAL]**.
22. Ao montante referido no ponto anterior acrescerão ainda outros montantes referentes a condições que poderão verificar-se, **[CONFIDENCIAL]**².
23. Refira-se que este valor adicional representa **[CONFIDENCIAL]** do montante correspondente ao pagamento inicial.
24. Por outro lado, a projectada operação de compra e venda não poderá ser concretizada enquanto não se encontrarem devidamente verificadas **[CONFIDENCIAL]** e da obtenção de aprovação da Operação por parte da AdC.
25. Por último, importa ainda realçar que, encontrando-se a *BRISA* cotada na Euronext Lisboa, no exercício das obrigações decorrentes do Código de Valores Mobiliários (CVM), a presente operação foi objecto de *comunicação de facto relevante* feita pela *BRISA* à Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), em 16 de Março de 2005 (adiante “Comunicação”).
26. De não desprecienda importância é o facto de a mesma comunicação anunciar que, na mesma data, foi igualmente celebrado um contrato promessa para alienação pela *BRISA* à SMLN – Concessões Rodoviárias de Portugal, S.A. (sociedade veículo cujo capital social é integralmente detido pelas empresas dos mesmos grupos económicos

² Cláusula 5.ª do Contrato Promessa.

em que as Accionistas da *AEA* se inserem) de uma participação de 10% do capital social e direitos de voto da sua participada *BRISAL*, sociedade concessionária da concessão Litoral Centro (que, como se verá adiante, é o troço intermédio do futuro corredor IC1 que ligará Lisboa ao Porto e de que faz parte a A8).

27. Deste modo, a referida SLMN (o mesmo é dizer, os Accionistas da *AEA*) reforça a sua posição na *BRISAL*, na exacta medida em que já detinha 10% do capital, passando agora a deter 20%. O remanescente do capital continua a pertencer à *BRISA*, com 70%, e ao BCP Investimento, com 10%.
28. Ou seja, em resultado de todo o negócio comunicado pela *BRISA* à CMVM, ao mesmo tempo que a *BRISA* adquire o controlo conjunto da *AEA* (operação notificada), os accionistas desta (construtoras), que perdem ali o controlo exclusivo, vêem aumentar a sua posição na *BRISAL* (sem adquirir controlo), que é a concessionária da concessão Litoral Centro, a qual se encontra ainda em fase inicial de construção, assim se estreitando a parceria já existente.
29. Conforme referido *supra* nos pontos 15 e 16, a única actividade desenvolvida pela empresa *AEA* é a exploração da concessão designada por Concessão Oeste, que liga Lisboa a Leiria, assim como a exploração da A15 que liga Caldas da Rainha a Santarém.
30. Quando estiver concluído o troço designado como Litoral Centro (concessionado à *BRISA*), que liga Leiria a Mira, a referida auto-estrada A8 fará parte do corredor IC1 que ligará Lisboa ao Porto – o que se prevê venha a acontecer em final de 2007.
31. Adicionalmente, a *BRISA* detém ainda a concessão da A1 – atribuída igualmente em regime de exclusividade – que liga as cidades de Lisboa e Porto através de auto-estrada com portagem.
32. Assim, em resultado da realização da presente operação a *BRISA* mantém a exclusividade da concessão da A1, enquanto a A8 deixa de ser uma concessão controlada exclusivamente pela *AEO*, através da *AEA* – passando a ser controlada conjuntamente pela *AEA* e *BRISA*, como consequência directa e necessária da Operação.

3.2. Da operação de concentração

33. A operação de concentração configura uma alteração de controlo exclusivo para controlo conjunto, que passará a ser exercido conjuntamente pela *BRISA* e pela *AEO*.
34. Conforme referido *supra*, com a operação ora notificada, a *Via Oeste* ficará com uma participação representativa de 50% do capital social e direitos de voto da *AEA*, a *AEO* com uma participação representativa de **[CONFIDENCIAL]** do capital social e direitos de voto da *AEA* e os restantes accionistas (*Somague Itinere*, *MSF*, *Lena* e *Novopca*) deterão **[CONFIDENCIAL]**, correspondente a **[CONFIDENCIAL]** do capital social desta³.
35. Ora, à luz do n.º 3 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, o controlo decorre de qualquer acto que implique a possibilidade de exercício de uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa. Nos termos da alínea c) daquela disposição legal, a celebração de contratos que confirmam uma influência preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa, no caso a *AEA*, conferem uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa.
36. Ora, a Assembleia Geral da *AEA* é constituída por todos os accionistas – *AEO*, *Via Oeste*, *Somague Itinere*, *MSF*, *Lena* e *Novopca* –, sendo os quatro últimos accionistas da *AEO*. A Assembleia Geral é constituída por todos os accionistas com direito a, pelo menos, um voto.
37. As deliberações da Assembleia Geral serão, em primeira ou segunda convocação, tomadas por maioria de 51% (cinquenta e um por cento) dos votos representativos do capital social com direito a voto (não se contando em qualquer caso as abstenções e os impedimentos)⁴.
38. Do exposto, resulta que nenhuma deliberação da Assembleia Geral da *AEA* poderá ser adoptada sem o voto favorável da *Via Oeste* e da *AEO*, sendo que a Assembleia Geral delibera sobre todas as matérias que lhe sejam especialmente atribuídas por lei ou pelos estatutos, competindo-lhe, nomeadamente, designar, de entre os membros do Conselho de Administração, aquele que exercerá as funções de Presidente.
39. Por outro lado, o Conselho de Administração é composto por um número ímpar de membros, com um mínimo de 5 (cinco) e um máximo de 11 (onze), sendo que as respectivas deliberações devem ser tomadas por um número de votos favoráveis de 4/5 (quatro quintos), 6/7 (seis sétimos), 7/9 (sete nonos) ou 9/11 (nove onze avos)

³ De referir que a cada acção corresponde um voto.

⁴ Excepciona-se apenas os casos em que a lei imponha maioria qualificada superior – alteração dos estatutos, fusão, cisão, transformação, dissolução.

dos administradores, consoante o Conselho de Administração seja composto, respectivamente, por cinco, sete, nove ou onze membros.

40. O Contrato Promessa prevê ainda a assinatura entre as Partes de um Acordo Parassocial que estabelecerá que **[CONFIDENCIAL]**.
41. Resulta pois que qualquer deliberação do Conselho de Administração **[CONFIDENCIAL]**.
42. Aliás, a *Via Oeste* e a *AEO* **[CONFIDENCIAL]**.
43. De todo o exposto decorre que a operação notificada configura por isso uma concentração de empresas na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência.
44. Importa agora definir os respectivos mercados relevantes afectados pela realização da presente operação.

IV. MERCADOS RELEVANTES

4.1. MERCADO DA EXPLORAÇÃO DAS AUTO-ESTRADAS A1, A8 E A15 EM REGIME DE CONCESSÃO *(mercado das infra-estruturas de auto-estradas na designação das notificantes)*

4.1.1. POSIÇÃO DAS NOTIFICANTES

45. A título prévio, as notificantes sustentam que o mercado do produto e o mercado geográfico deverão ser tratados conjuntamente, porquanto o serviço – oferta de uma determinada auto-estrada – refere-se necessariamente a um determinado trajecto (v.g., troço Lisboa/ Leiria).
46. No formulário de notificação apresentado pelas notificantes, as mesmas identificam como mercado relevante do produto o *mercado das infra-estruturas de auto-estradas*.

47. Para tanto sustentam que o *mercado de infra-estruturas de auto-estradas* é representado, do lado da oferta, pelos respectivos concessionários e, do lado da procura, pelos utilizadores dessas infra-estruturas.
48. Ora, conforme referido *supra* nos pontos 15 e 16, a única actividade desenvolvida pela empresa *AEA* é a exploração, em regime de exclusividade, da concessão designada por Concessão Oeste, que liga Lisboa a Leiria, assim como a exploração da A15 que liga Caldas da Rainha a Santarém (perspectivando-se, desde já, a conclusão do projectado corredor IC1 – que ligará Lisboa ao Porto por auto-estrada – a A8 integrará então essa infra-estrutura alargada, o que se prevê venha a acontecer em final de 2007.
49. A *BRISA* detém a concessão da auto-estrada A1 – atribuída igualmente em regime de exclusividade – que liga as cidades de Lisboa e Porto através de auto-estrada com portagem. Detém ainda a concessão Litoral Centro, futura A17 – que ligará Leiria a Mira – que integrará o referido corredor IC1.
50. Atentas as actividades desenvolvidas e os mercados afectados, as notificantes consideram que, normalmente, o mercado de cada auto-estrada está limitado pela respectiva concessão, e que o concessionário terá a expectativa de que o Estado não venha a concessionar a terceiros uma infra-estrutura concorrente, ou seja, existiria um princípio de exclusividade e ausência de concorrência inerente a cada concessão atribuída pelo Estado.
51. Não obstante tais considerações, as notificantes desde logo admitem que a A1 e a A8 são, em certa medida, sucedâneas na perspectiva da procura, na realização do trajecto integral entre Lisboa / Leiria por auto-estrada, considerando no entanto que as duas infra-estruturas não são substituíveis, na perspectiva da procura, para trajectos intermédios.
52. Nas palavras das próprias notificantes, parece *«não carecer de especial fundamentação que duas infra-estruturas de auto-estradas não concorrem entre si senão na medida em que os seus traçados sejam considerados alternativos, na óptica dos utilizadores»*⁵.
53. Concluem as notificantes que o mercado relevante de serviço em causa na presente operação é o da oferta de auto-estradas na ligação integral entre Lisboa e Leiria (e vice-versa), com termo em Leiria, através das concessões das auto-estradas A1 e da A8, por um lado, e na ligação integral entre Caldas da Rainha e Santarém, através da concessão da auto-estrada A15, por outro.

⁵ Veja-se o Formulário de Notificação, ponto 3.1.2., página 26.

54. Ou seja, contrariamente ao que vinha sendo defendido pela AdC durante a primeira fase do procedimento, concluem as notificantes que apesar de a A1 e a A8 representarem, até certo ponto, alternativas na ligação entre Lisboa e Leiria, tal não bastará para que as mesmas se possam considerar como sendo parte do mesmo mercado relevante, dada a fraca substituibilidade entre as duas auto-estradas.
55. Para tanto as notificantes apresentaram dois estudos⁶, em Outubro de 2005 e em Fevereiro de 2006, realizados no decorrer do presente procedimento, com vista ao esclarecimento de algumas questões suscitadas pela AdC.
56. Os estudos procuraram avaliar o impacto de uma redução de tarifas na A1 sobre o tráfego da A1 e da A8. Com este intuito, foi desenvolvido um modelo de tráfego, que levou em conta dois cenários distintos: o cenário da rede viária actual, e o cenário da rede viária futura.
57. Na perspectiva das notificantes, os estudos referidos permitem concluir, em qualquer dos cenários, que uma diminuição de preços na A1 não seria rentável para a concessionária, na medida em que o volume de tráfego atraído não seria suficiente para compensar a perda de receita resultante da diminuição das tarifas. Tal será o resultado, desde logo, de uma baixa sensibilidade da procura relativamente ao preço, o que reflecte ainda uma baixa elasticidade cruzada⁷ entre as duas auto-estradas A1 e A8.
58. Estes estudos, como se verá *infra*, não parecem consentâneos com outros elementos e estudos realizados, por diferentes entidades, em fase anterior à operação de concentração, pelo que a AdC entendeu que os deveria analisar com algum grau de prudência.
59. Por último, acrescentam as notificantes no Formulário de Notificação que «*estes mercados se encontram esgotados e que não se prevê virem a existir troços alternativos àqueles, [pelo que] não existe qualquer concorrência potencial*».

4.1.2. POSIÇÃO DA ADC

⁶ TIS.PT, "Avaliação das transferências de tráfego entre as auto-estradas A8 e A1 decorrentes de uma redução de tarifas na A1", Outubro de 2005 e TIS.PT, "Avaliação das transferências de tráfego entre as auto-estradas A8 e A1 decorrentes de uma redução de tarifas na A1", Fevereiro de 2006. Estudos realizados, já no decorrer do procedimento, a pedido das notificantes.

⁷ Como elasticidade cruzada entenda-se o efeito de uma variação de preço na A1 sobre o volume de tráfego da A8.

(i) Dos estudos

60. Como questão prévia, importa desde já salientar que no que respeita aos estudos apresentados pelas notificantes e outros estudos juntos ao procedimento (ver tabelas seguintes), entende a AdC dever classificar os estudos analisados em duas categorias:
- (a) os estudos realizados em fase anterior à operação de concentração em apreço; e
 - (b) os estudos realizados já no decorrer do procedimento.

Tabela 4: (a) Estudos Prévios à Operação:

	Estudos e Relatórios enviados pelas Notificantes:	Origem do Estudo
1	TIS.PT, " <i>Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à BRISA</i> ", Julho de 2004.	Enviado pelas Notificantes.
2	VTM – Consultores de Engenharia, " <i>Revisão das Previsões de Tráfego da Concessão Oeste (2004-2028)</i> ", Junho de 2003.	Enviado pelas notificantes.
3	AEA, Relatório de Gestão de 2003.	Enviado pelas notificantes.
4	BRISA, Relatório e Contas de 2004.	Enviado pelas notificantes.
5	Steer Davies Gleave, " <i>West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit</i> ", Novembro de 2003. Auditoria a um estudo da VTM – Consultores de Engenharia intitulado " <i>Revisão das Previsões de Tráfego da Concessão Oeste (2004-2028)</i> ", Junho de 2003.	Enviado pelas notificantes.
	Outros Estudos ou Relatórios:	
6	Steer Davies Gleave, " <i>West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit</i> ", Agosto de 2001. Auditoria a um estudo da VTM – Consultores de Engenharia intitulado " <i>Revisão do Modelo de Previsões de Tráfego da Concessão Oeste</i> ", Março de 2001.	Enviado pela E.P. – Estradas de Portugal, em resposta a pedido de elementos.
7	Capita Symonds Group Limited, Janeiro 2005: " <i>The arranging Banks Litoral Centro Concession: Traffic Audit</i> ". Elaborado para os Bancos que integraram o consórcio BRISAL.	Enviado pelo Millennium BCP Investimento, em resposta a pedido de elementos.
8	Tribunal de Contas, " <i>Auditoria ao Contrato de Concessão BRISA</i> ", Abril de 2003.	Documento público.
	Estudos que integram o processo administrativo que correu termos nesta Autoridade com o número de processo PA/11/2002, o qual foi apenso ao Processo de Controle de Concentrações presente:	
9	CRA – Charles River Associates Ltd., " <i>A Concessão do Litoral Centro: Uma Abordagem de Política da Concorrência</i> ", Março de 2002.	Realizado para o Consórcio AECP, de que faziam parte os accionistas da AEO.
10	NERA – National Economic Research Associates, " <i>The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL</i> ", Março de 2002.	Realizado para o Consórcio AECP, de que faziam parte os accionistas da AEO.

Tabela 5: (b) Estudos realizados no decorrer do Processo de Concentração em apreço

		Origem do Estudo
11	TIS.PT, " <i>Avaliação das transferências de tráfego entre as auto-estradas A8 e A1 decorrentes de uma redução de tarifas na A1</i> ", Outubro de 2005. Realizado, já no decorrer do procedimento, a pedido das notificantes.	Enviado pelas notificantes.
12	TIS.PT, " <i>Avaliação das transferências de tráfego entre as auto-estradas A8 e A1 decorrentes de uma redução de tarifas na A1</i> ", Fevereiro de 2006. Realizado, já no decorrer do procedimento, a pedido das notificantes.	Enviado pelas notificantes.

61. Os estudos realizados em fase anterior à operação de concentração em apreço têm a vantagem de fornecer elementos que estão isentos de influência da operação de concentração projectada.
62. Com efeito, como se afirma em Relatório da International Competition Network (ICN)⁸, *«os documentos preexistentes que foram preparados antes da operação de concentração estar a ser considerada são especialmente úteis. Os documentos preexistentes são valorizados pelas agências [de concorrência] pela oportunidade de ver como as partes agiam ou como viam a concorrência e os mercados antes de terem em mente a operação de concentração»* (tradução nossa).
63. Os estudos realizados no decorrer do procedimento, embora tendo a vantagem de poder responder a uma questão específica originada durante a análise da operação, não deixam, no entanto, de poder ser de algum modo influenciados pela própria operação.
64. Quanto a este tipo de estudos ou documentos, a ICN, no mesmo relatório, afirma que *«a relevância e valor probatório de tais documentos varia consideravelmente. Todos os documentos deste tipo estão sujeitos à mesma cautela: foram preparados numa altura em que as partes podem já ter interesse em avançar os seus argumentos através dos seus documentos. Frequentemente, as partes obtêm aconselhamento jurídico experimentado em concorrência na fase inicial de negociação da operação, podendo assim ser vetados documentos para assegurar que os mesmos são consistentes com os argumentos das partes. Por esta razão, as agências [de concorrência] poderão dar pouco peso a documentos que são criados durante a negociação da operação ou a análise da mesma por servirem os interesses e promoverem os argumentos das partes sem que tenham evidência significativa para os corroborar»* (tradução nossa).
65. Ainda a ICN considera que este tipo de documentos pode ser útil na medida em que procuram abordar assuntos que a agência pretende analisar no seu procedimento. No entanto, o desenvolvimento de inquéritos, relatórios ou outras análises têm de se basear em informação fidedigna sobre os factos e sobre o comportamento anterior dos participantes no mercado, frequentemente obtida dos documentos preexistentes, realizados em fase anterior à operação de concentração.
66. A AdC, enquanto autoridade nacional da concorrência, membro da ICN, subscreve os princípios que se acabam de referir.

⁸ Veja-se o Relatório da "4th Annual ICN Conference, Bonn, 5-8 June 2005", realizado pela ICN, em 2005.

(ii) Mercado do produto e mercado geográfico

67. Cumpre ainda referir que, atenta a natureza desta actividade, a AdC, tal como a notificante, considera fazer mais sentido, em termos metodológicos que a análise de mercado do produto e mercado geográfico seja feita simultaneamente, na medida em que o serviço – oferta de uma determinada auto-estrada – refere-se necessariamente a um determinado trajecto (*v.g.*, troço Lisboa/Leiria e Lisboa/Porto).

(iii) Terminologia para o mercado do produto

68. Uma outra nota prévia, prende-se com a terminologia utilizada pelas notificantes para definir estes mercados. Sem prejuízo da maior ou menor concordância da AdC com a definição apresentada pelas notificantes nos seus elementos caracterizadores, desde já se dirá que será preferível a designação de *mercado da exploração de auto-estradas*, em alternativa à proposta designação de mercado da oferta de infra-estruturas de auto-estradas.
69. A razão para esta opção prende-se desde logo com o próprio objecto da actividade desenvolvida pelas empresas em causa, isto é, a exploração (em sentido lato) das auto-estradas em momento posterior à adjudicação e construção das mesmas.
70. De facto, a actividade desenvolvida no momento posterior à adjudicação de uma qualquer concessão compreende a construção, manutenção, conservação e exploração (em sentido estrito) da concessão. Ou seja, poder-se-á reconduzir todas estas quatro vertentes da actividade a desenvolver após a adjudicação, à exploração da concessão, imputável às concessionárias vencedoras no concurso – *in casu*, a BRISA e a AEA (ou, na SCUT Costa de Prata, a AENOR, enquanto sociedade criada só para este efeito).
71. Assim, será então preferível a designação do *mercado da exploração das auto-estradas*, nos trajectos Lisboa/Leiria e Lisboa/Porto, que se analisarão seguidamente.

(iv) Da análise da AdC

72. Uma definição do mercado relevante visa sobremaneira identificar os condicionalismos concorrenciais que, *in casu*, as notificantes têm de enfrentar, *maxime*, por concorrentes efectivos, susceptíveis de restringir o seu comportamento e as impedir de actuar com independência face a uma eventual pressão concorrencial efectiva.

73. Importa, deste modo, averiguar se a A1 e a A8 concorrem ou poderão concorrer entre si, considerando quer a *rede viária actual*, quer a projectada *rede viária futura*, para subsequentemente aferir dos efeitos da eventual supressão da pressão concorrencial exercida pela *AEA* sobre a *BRISA*.
74. Sendo assim, embora seja dada particular importância à avaliação da possível substituíbilidade entre as auto-estradas A1 e A8 no contexto da actual rede viária, não se poderão ignorar os eventuais efeitos que a presente operação poderá ter num cenário da rede viária no futuro próximo, dado já se encontrarem projectadas e calendarizadas vias futuras que irão igualmente influir no grau de substituíbilidade entre as duas auto-estradas em causa (pense-se na conclusão do corredor IC1 entre Lisboa e Porto).
75. Note-se que no final de 2007 a Auto-Estrada A8 passará a integrar uma ligação directa entre Lisboa e Porto (o corredor IC1 referido), ligação esta que será constituída por três lanços:
- (i) O primeiro lanço, já existente, corresponde à auto-estrada A8 (ou “Concessão Oeste”), e estabelece a ligação entre Lisboa e Leiria, sendo detido em regime de exclusividade pela *AEA*;
 - (ii) O segundo lanço, a concluir em final de 2007, corresponde à futura auto-estrada A17 (ou “Concessão Litoral Centro”), estabelece a ligação entre Leiria e Mira, tendo sido concessionado à *BRISAL* (participada da *BRISA*) e é o único dos três lanços que ainda se encontra em fase inicial de construção;
 - (iii) O terceiro lanço, já existente, foi concessionado ao consórcio Mota & Companhia, correspondendo a uma auto-estrada com portagens virtuais (SCUT)⁹ entre Mira e Porto (“Concessão da Costa de Prata”).
76. Já a *BRISA* detém igualmente, como se referiu, a concessão da auto-estrada A1, entre Lisboa e Porto.
77. Para aferir da substituíbilidade entre as auto-estradas A1 e A8, a AdC recolheu diversos elementos, desde logo os que relevam das características e finalidade de utilização das vias (em que se consideraram a distância, o tempo de viagem, o preço), mas também informações prestadas pelas notificantes, ao longo do procedimento,

⁹ Deste lanço, falta apenas construir um troço de cerca de 12 km entre Angeja e o nó de Estarreja.

assim como Relatórios de Gestão e de Contas das notificantes, informações prestadas pela EP – Estradas de Portugal e ainda estudos realizados por entidades independentes.

4.1.2.1. POSIÇÃO DA ADC – REDE VIÁRIA ACTUAL

78. Desde já importa referir que o troço da A15 entre Caldas da Rainha e Santarém não foi alvo de aturada análise, uma vez que a *BRISA* não detém qualquer auto-estrada que possa ser considerada substituta do mesmo. Deste modo, não se identificaram problemas concorrenciais decorrentes da Operação no que concerne a este troço, sem prejuízo da importância que o mesmo possa ter para a análise de substituíbilidade entre a A1 e a A8 no trajecto Lisboa / Leiria e seus percursos intermédios.
79. Da análise conduzida pela AdC, concluiu-se, como se verá *infra*, pela existência de elementos que confirmam a substituíbilidade, do lado da procura, entre as auto-estradas A1 e a A8.
80. Tal facto é aceite pelas próprias notificantes, conforme exposto no ponto 51, nomeadamente no que concerne ao trajecto integral entre Lisboa/Leiria.

Da substituíbilidade

81. A existência de substituíbilidade para o trajecto Lisboa/Leiria entre as duas auto-estradas pode ser sustentada por vários elementos de que se podem destacar os seguintes:
- a) Ponto de origem e destino idêntico – Lisboa / Leiria;
 - b) Distância (em km) equivalente – cerca de 135 km;
 - c) Tempo necessário para fazer o percurso entre Lisboa e Leiria igualmente equivalente;
 - d) Preço equivalente¹⁰;
 - e) Verificação de uma transferência de utentes da A1 para a A8, e maior absorção do crescimento de tráfego pela A8, durante os últimos anos (vide Tabela 6).

¹⁰ Vide documento fornecido pela notificante, durante a instrução, designado “Comparação entre as tarifas praticadas em lanços equivalentes na A1 e A8”.

82. Pode ainda verificar-se, da Tabela *infra*, que o aumento de tráfego, no troço Lisboa/Leiria, que se verificou entre o ano de 2001 e o ano de 2004, foi absorvido pela A8, tendo havido uma redução do tráfego na A1.

Tabela 6: Evolução do tráfego médio diário na A1 e na A8, no troço Lisboa/Leiria.

	2001	2002	2003	2004	Taxa de Crescimento Média	
					2002/2001	2004/2001
TMD*A1	45 805	45 078	44 700	45 473	-1,6%	-0.2%
TMD A8	12 345	16 912	17 341	17 839	37%	13,1%
TMD Total	58 150	61 990	62 041	63 312	6,6%	2.9%

Fonte: Notificantes.

(*) Tráfego Médio Diário¹¹

83. Este fenómeno foi particularmente significativo no ano de 2002, tendo resultado da conclusão do troço de auto-estrada a que corresponde a concessão Oeste, com a abertura do lanço Marinha Grande Leste / Leiria Sul.
84. Adicionalmente, um estudo realizado pela TIS.PT¹², elaborado para a BRISA em 2004, estima um aumento do volume de tráfego na A8 «*que virá a captar tráfego dos lanços concorrentes da A1 entre Alverca e Leiria*», efeito esse que já estaria de algum modo a verificar-se, no momento da realização do estudo, em 2004.
85. Ainda segundo um estudo recente elaborado pela Capita Symonds¹³, enviado pelo Millennium BCP Investimento, em resposta a pedido de elementos, comparando o tráfego (em termos de TMDA – tráfego médio diário anualizado) antes da abertura da Concessão Oeste (A8) em 2001 e depois da abertura em 2002, verifica-se que houve uma diminuição de cerca de 1000 veículos na A1, entre Fátima e Leiria, cerca de 3% do total do tráfego na A1.
86. Uma vez que o tráfego na A1 estaria a crescer a cerca de 2% por ano entre 2001 e 2002, tal sugere que cerca de 5% do tráfego da A1 a sul de Leiria poderá ter-se desviado para a Concessão Oeste – um total de cerca de 1500 veículos. Esta transferência não parece inesperada, segundo os autores do estudo referido, uma vez

¹¹ De acordo com as notificantes, as estimativas do Tráfego Médio Diário incluem todos os troços intermédios, dado que a A8 Lisboa / Leiria comporta um traçado intermédio gratuito o que torna "impossível determinar com rigor quais os veículos que entram em Lisboa e saem no Bombarral para entrarem de seguida na Tornada com destino a Leiria".

¹² Relatório Final elaborado pela TIS.PT, intitulado "Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à BRISA", de Julho de 2004.

¹³ Capita Symonds Group Limited, Janeiro 2005: "The arranging Banks Litoral Centro Concession: Traffic Audit". Elaborado para os Bancos que integraram o consórcio BRISAL. Enviado pelo Millennium BCP Investimento, em resposta a pedido de elementos.

que a Concessão Oeste oferece uma estrada comparável à A1 para o tráfego entre Leiria e Lisboa.

87. O mesmo estudo afirma que a análise efectuada mostra que haverá desvio de tráfego entre a A1 e o corredor Oeste. Tal será de esperar que aumente no futuro com a conclusão dos projectos Litoral Centro e Costa da Prata.
88. A própria AEA, no seu Relatório de Gestão de 2003, admitia que um objectivo estratégico da AEA seria *"fazer funcionar a A8 cada vez mais como uma alternativa à A1"*, sendo que, para isso, *"a AEA tem investido, e continuará a fazê-lo, na melhoria das condições de segurança e de conforto dessa auto-estrada"*.
89. Acresce ainda que a EP – Estradas de Portugal, E.P.E.¹⁴ (adiante "EP – Estradas de Portugal"), em resposta a pedido de elementos da AdC, é peremptória em afirmar que *"a A8 [é] claramente uma alternativa à A1 no percurso até Leiria"*, acrescentando mesmo *«não sendo neste momento ainda uma alternativa entre Lisboa e Porto, mas sendo-o de futuro aquando da conclusão da A17 no final de 2007»*, ou seja, quando a A8 estiver completa entre Lisboa e Porto (esta última questão será devidamente compulsada adiante).
90. Do *supra* exposto, resulta que a A8 e a A1 são substituíveis entre si, para o trajecto Lisboa/Leiria. Sublinhe-se, no entanto, que, ao contrário do entendimento aventado pelas notificantes, considera a AdC que a A1 e a A8 serão encaradas como alternativas não apenas para os utilizadores que realizem o percurso integral entre Lisboa e Leiria (e vice-versa) e cujo termo de viagem seja Leiria, mas também para todos aqueles utilizadores cujo termo (ou origem) da viagem se situe a norte de Leiria. Ou seja, a definição de mercado compreende não só os utilizadores que realizam o percurso com Origem ou Destino em Lisboa/Leiria, mas, sobretudo, todos os utilizadores que na realização do seu percurso tenham de passar por Leiria – ou seja, trata-se de um universo claramente mais abrangente.
91. Por outro lado, entende a AdC dever compreender no mesmo mercado relevante todos os percursos intermédios entre Lisboa e Leiria, na medida em que existem consumidores que os podem considerar alternativos para trajectos com origem ou destino naquela área geográfica. Tal entendimento é reforçado pela existência do troço

¹⁴ O [Decreto-Lei n.º 239/2004](#) de 21 de Dezembro, que transforma o Instituto das Estradas de Portugal em entidade pública empresarial, define no seu art. 4.º que a EP – Estradas de Portugal tem por objecto, e de moldes gerais, *«a prestação do serviço público, em moldes empresariais, de planeamento, gestão, desenvolvimento e execução da política de infra-estruturas rodoviárias definida no Plano Rodoviário Nacional»*. Este diploma dispõe que as infra-estruturas rodoviárias nacionais que integram o domínio público rodoviário do Estado e estejam em regime de afectação ao trânsito público ficam nesse regime sob administração da EP — Estradas de Portugal, E. P. E.

da A15 entre Caldas da Rainha e Santarém, com uma extensão de cerca de 40 km (o que corresponderá aproximadamente à distância máxima entre as duas auto-estradas), que promove a ligação entre as duas auto-estradas A1 e A8.

92. Diga-se ainda que, num futuro próximo, a conclusão do troço IC11¹⁵, desde o nó de Torres Vedras Norte (na A8) até ao nó do Carregado (na A1), com uma extensão de 27 km, permitirá a ligação entre as auto-estradas A8 e A1, reforçando o grau de substituibilidade entre estas duas vias para percursos intermédios entre Lisboa e Leiria.
93. A transferência de tráfego até ao momento verificada entre a A1 e a A8 e a transferência que se prevê venha a ocorrer num futuro próximo, a par de outros elementos *supra* mencionados, permitem concluir pela substituibilidade entre a A1 e a A8 para o trajecto em auto-estrada de Lisboa/Leiria, independentemente da origem e do destino.

4.1.2.2. POSIÇÃO DA ADC – REDE VIÁRIA FUTURA

94. Na *rede viária futura* estarão compreendidos o corredor IC1 (a A8, já completa, a futura Litoral Centro, que estará completa até ao final de 2007, e a Scut Costa de Prata, de que falta concluir apenas uma parte do troço) e as ligações entre este e a A1 (designadamente, o IC11, entre Torres Vedras e Carregado e o IC36, entre Marinha Grande e Leiria).
95. Ora, o que importa aqui analisar é a eventual substituibilidade entre estes dois corredores viários, que farão a ligação entre Lisboa e Porto. Neste sentido, procedeu a AdC à análise dos vários elementos coligidos ao longo do procedimento, como sejam, a notificação apresentada e documentação anexa, elementos adicionais solicitados às notificantes e terceiros.
96. Dada a natureza prospectiva desta análise, e na medida ainda em que após a conclusão do corredor IC1, um maior número de utilizadores poderá ser afectado pela realização da presente operação, a AdC procurará analisar este mercado com particular detalhe, fazendo uso de inúmeros elementos, tais como, estudos, estimativas e elementos fornecidos pelas notificantes, concorrentes e concedente.

¹⁵ A conclusão do IC11 está programada para o ano de 2008.

(i) Informação fornecida pela Notificante – formulário de notificação

97. Conforme se havia referido, em sede de análise da *rede viária actual*, são as próprias notificantes que admitem que a A8 e a A1 poderão ser consideradas alternativas para um mesmo utilizador, no que se refere, pelo menos, a pontos de origem e destino semelhantes – *in casu*, as notificantes referiam-se a Lisboa e Leiria.
98. Partindo da mesma premissa apresentada pelas notificantes, e considerando, do mesmo modo, pontos de origem e destino semelhantes, como Lisboa e Porto, sempre se poderá então dizer que, também aqui, as auto-estradas (IC1 e A1) seriam substituíveis entre si.
99. Ademais, da análise do Contrato Promessa celebrado entre as notificantes, parece igualmente resultar que estas reconhecem o carácter de substituíbilidade entre a A1 e a A8 (corredor IC1) no trajecto Lisboa/Porto, nomeadamente ao indexarem o montante a pagar, pela *BRISA* à *AEO*, à introdução de portagens na concessão Costa de Prata até ao dia 31 de Dezembro de 2006 (cláusula 5.ª do Contrato Promessa – vide *supra* ponto 22).
100. Ou seja, na medida em que são as próprias notificantes que, agora no âmbito de *rede viária futura*, parecem reconhecer nesta cláusula que a introdução de taxas de portagem na concessão Costa de Prata influencia o tráfego médio diário e as receitas de portagem na concessão Oeste (nomeadamente em resultado dos veículos que fazem o trajecto Lisboa / Porto, e por desvio de tráfego da A8 para a A1), aquelas estão a admitir que as duas auto-estradas são substituíveis e concorrem entre si.

(ii) Informação fornecida pela Notificante – Relatórios e contas

101. Acresce que a própria *BRISA*, no Relatório e Contas de 2004 (p. 16), assinala que «*O crescimento registado nesta auto-estrada [A1] foi negativamente influenciado pela abertura, em Outubro, ao tráfego dos novos sublanços da auto-estrada sem cobrança ao utilizador (SCUT), Costa da Prata, entre Estarreja e o Porto*»¹⁶.
102. Ora, sendo o lanço Costa de Prata parte do trajecto entre Lisboa e Porto, parece poder inferir-se, usando a mesma lógica patente no referido Relatório e Contas da *BRISA* que o lanço Lisboa / Leiria poderá também afectar negativamente o tráfego na A1 entre Lisboa / Porto.

¹⁶ Vide sitio da *BRISA* na Internet: http://www.brisa.pt/webnew/brisa_relatorios_00.asp#.

(iii) Informação fornecida pela AEA (Notificante) – Queixa apresentada junto da Comissão Europeia contra a BRISA¹⁷

103. Importa aqui afirmar que a própria AEA, aqui notificante, em sede da queixa referida, sustentava «(...) a construção da “Litoral Centro” – que era algo há muito exigido – teve como objectivo criar uma alternativa à A1. Da criação desta alternativa espera-se uma melhoria na fluidez de tráfego e na segurança rodoviária. Para isso, a existência de alternativas reais concorrendo entre si é indispensável» (tradução nossa)¹⁸.
104. Mais se deve acrescentar que a mesma AEA sublinhava que «[De] facto, a única real perspectiva de concorrência efectiva na oferta de serviços de auto-estrada na ligação entre Lisboa e Porto é a potencial rivalidade entre as concessionárias do novo corredor oeste, que ligará Lisboa ao Porto, e a BRISA, enquanto concessionária da já existente auto-estrada A1» (tradução nossa).¹⁹
105. Ou seja, a AEA, agora notificante, defendia ali uma clara e inequívoca substituíbilidade entre as duas auto-estradas IC1 e A1.

(iv) Informação fornecida pela EP – Estradas de Portugal

106. Também a EP – Estradas de Portugal afirmou no procedimento que no momento em que se verifique a conclusão da denominada concessão Litoral Centro, prevista para o final de 2007, a A8 – mais precisamente o corredor IC1, acrescentamos nós – será «uma alternativa entre Lisboa e Porto» (sublinhado nosso).

(v) Características dos serviços e finalidade

107. Do até aqui exposto resulta que à luz da notificação apresentada, da documentação anexa, e da informação prestada pela EP – Estradas de Portugal, é legítimo afirmar que as auto-estradas A1 e corredor IC1, entre Lisboa e Porto, são substituíveis entre si.

¹⁷ Cfr. Queixa apresentada pelos accionistas da AEA à Comissão Europeia contra a BRISA, de 1 de Agosto de 2002, a qual se encontra apensa ao processo de concentração em apreciação.

¹⁸ Idem, ponto 9.68.

¹⁹ Idem, ponto 9.71.

108. Por outro lado, e à semelhança do que se afirmou para a *rede viária actual*, também no caso da *rede viária futura*, a existência de substituíbilidade para o trajecto Lisboa/Porto entre as duas auto-estradas pode ser sustentada por vários elementos, sendo de destacar os seguintes:

- a) Ponto de origem e destino idêntico – Lisboa / Porto;
- b) Distância (em km) equivalente – cerca de 320 km;
- c) Tempo necessário para fazer o percurso entre Lisboa e Leiria igualmente equivalente;

(vi) Informação fornecida pela AENOR

109. No âmbito das diligências efectuadas pela AdC, foi também consultada a AENOR, enquanto concorrente, sobre a questão da substituíbilidade.

110. Afirmou a AENOR que *«Efectivamente, no caso em análise (...), é concebível estar-se perante um mercado onde existem dois produtos/serviços distintos susceptíveis de concorrer entre si. Referimo-nos, naturalmente, às auto-estradas IP1 e IC1, cujo principal propósito consiste na oferta das infra-estruturas rodoviárias para servir essencialmente o percurso Lisboa – Porto ou vice versa»*.²⁰

111. Mais acrescentou este concorrente que *«As auto-estradas IP1 e IC1 poderão ser consideradas substituíveis pelos consumidores que pretendem fazer o percurso Lisboa-Porto, ou Porto-Lisboa»*.²¹

(vii) Estudos realizados em fase anterior à operação de concentração

112. Por último, revelou-se ainda de primordial importância a análise de um conjunto de estudos, elaborados em momento anterior à presente operação (em alguns casos a pedido da AEA ou BRISA, actuais notificantes), os quais apontam para a existência da substituíbilidade que se vem referindo existir.

113. À luz dos estudos analisados – realizados, como se referiu, por entidades independentes²² – quando a Concessão Litoral Centro estiver completa, os utilizadores

²⁰ In resposta da AENOR, datada de 3.3.2006, após pedido de elementos da AdC.

²¹ *Idem*.

²² Vejam-se, por exemplo, os estudos: **TIS.PT**, "Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à BRISA", 2004; **Steer Davies Gleave**, "West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit", 2001; **VTM – Consultores de Engenharia**, "Revisão das Previsões de Tráfego da

terão uma alternativa costeira entre Lisboa e Porto, qual seja, o corredor IC1 entre Lisboa e Porto. As taxas de captação de tráfego estimadas em alguns desses estudos sugerem um grande desvio de tráfego de longa distância da A1, uma vez que a estrada costeira, constituída pela Concessão Oeste (A8), pela Concessão Litoral Centro e pela SCUT Costa de Prata, terá virtualmente a mesma distância e o mesmo tempo de viagem, mas será 30% mais barata.

114. De facto, conforme se referia num estudo realizado em Julho de 2004, pela TIS.PT, intitulado *“Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à BRISA”*, «(...) após o prolongamento da A8 para Norte, pela A17 desde Leiria até Mira, e depois pela SCUT da Costa da Prata (onde se prevê que o IC1 venha a ser gratuito) de Mira até ao Porto, passará a haver um corredor paralelo à A1, do lado Poente, que se constitui como uma **alternativa viária** que obviamente entrará em competição com estas auto-estradas» - realce nosso.
115. Já num outro estudo da NERA²³, realizado para a AEA no contexto da possível atribuição da Concessão Litoral Centro à BRISAL, afirmou-se que caso a Concessão não fosse atribuída à BRISAL, «os operadores das concessões saberiam que muitos dos seus utilizadores potenciais **teriam uma escolha real entre estradas**, de forma que haveria incentivos em concorrer em qualidade» (tradução nossa).
116. O mesmo estudo refere ainda que «apesar do limite máximo para as portagens, poderá, em alguns casos, haver incentivos em concorrer oferecendo algumas portagens abaixo do limite máximo» (tradução nossa).
117. Com efeito, o referido estudo afirma que a construção de uma nova auto-estrada paralela a uma existente pode produzir importantes incentivos à concorrência. Tal poderá, segundo o estudo, «resultar em melhor qualidade de serviço nas duas auto-estradas e os preços poderão estar mais próximos dos custos marginais, possivelmente abaixo dos preços máximos regulados. Para a economia portuguesa, tal resultaria num nível de bem-estar superior» (tradução nossa).

Concessão Oeste (2004-2028)”, 2003; Steer Davies Gleave, “West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit”, 2003; Capita Symonds Group Limited, 2005: “The arranging Banks Litoral Centro Concession: Traffic Audit”; CRA – Charles River Associates Ltd., “A Concessão do Litoral Centro: Uma Abordagem de Política da Concorrência”, 2002; NERA – National Economic Research Associates, “The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL”, 2002.

²³ NERA – National Economic Research Associates, “The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL”, Março de 2002. Realizado para o Consórcio AECF, de que faziam parte os accionistas da AEO.

118. Como também se admitia num estudo da Steer Davies Gleave²⁴, realizado em 2001 para o Banco BPI S.A. e para a BBV Midas, *«dado que existe um forte potencial para o Corredor Costeiro atrair tráfego de longa distância que agora utiliza a A1, é possível que a BRISA responda reduzindo o seu próprio nível de portagens na A1. O contrato de concessão da BRISA também contempla a possibilidade de variar as portagens por períodos do dia e frequência de utilização»* (tradução nossa).
119. Um outro estudo da *Capita Symonds* já anteriormente mencionado, realizado a partir de inquéritos para aferir da procura potencial na Litoral Centro, concluiu que as viagens de longa distância (*"through trips"*) que atravessam a Litoral Centro do sul de Leiria para norte de Aveiro eram em número de 16700 viagens por dia em 1999, que terão crescido, em 2004, para cerca de 20000 viagens. Isto corresponde a cerca de 50% de todas as viagens na A1.
120. Como a Litoral Centro liga directamente à SCUT Costa de Prata (a sul de Aveiro), entende o estudo ser este um elemento crítico de tráfego, sendo de esperar que uma elevada proporção utilize a Litoral Centro.
121. Das 16700 viagens de longa distância, cerca de 50% viaja da área de Lisboa para a área do Porto (norte de Aveiro), outros 15% do norte de Lisboa (à volta de Vila Franca/ Santarém) para a área do Porto e 35% da área de Leiria/Fátima para a área do Porto. Como refere o estudo da *Capita Symonds*: *«todo este tráfego está no mercado total para viajar pela A1 ou pela Litoral Centro»*.
122. Neste sentido, entende a AdC que cerca de, pelo menos, 65% das viagens de longa distância referidas (ficando apenas excluídos os 35% referentes à área de Leiria/Fátima) correspondem a utilizadores que poderão utilizar indiferentemente a A1 ou a A8 (parte integrante do corredor IC1).
123. Foram ainda definidas viagens que são cativas e não-cativas do IC1 e da A1. Isto inclui todas as viagens, locais e longa distância, e não apenas as de longa distância na A1 a que se fez referência acima.

²⁴ Steer Davies Gleave, *"West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit"*, Agosto de 2001. Auditoria a um estudo da VTM – Consultores de Engenharia intitulado *"Revisão do Modelo de Previsões de Tráfego da Concessão Oeste"*, Março de 2001. Enviado pela E.P. – Estradas de Portugal, em resposta a pedido de elementos.

Tabela 7: Distribuição do tráfego entre a A1 e a IC1, quando a Litoral Centro estiver construída.

Cativas do IC1 (i.e., quando a Litoral Centro estiver construída será claramente a estrada preferida)	36%
Não cativas (tráfego que terá escolha entre o IC1 e a A1)	34%
Cativas da A1 (i.e., com a Litoral Centro, tráfego que se mantém na A1)	30%

Fonte: estudo da *Capita Symonds*, Janeiro 2005: "The arranging Banks Litoral Centro Concession: Traffic Audit". Elaborado para os Bancos que integraram o consórcio *BRISAL*..

124. As viagens Cativas do IC1 são aquelas entre as cidades no corredor costeiro oeste. Em particular será tráfego das áreas a oeste de Lisboa e ao longo do corredor costeiro entre Lisboa e Leiria e que tem como destino localizações a norte, v.g. Aveiro e Porto. Este tráfego está correntemente a utilizar a A1 e a entrar principalmente em ligações na área de Lisboa e Leiria.
125. Cumpre notar que, mesmo admitindo que haverá naturalmente utilizadores cativos a cada uma das vias alternativas, existe uma proporção significativa de utilizadores que terão escolha, segundo o estudo referido, entre a A1 e o IC1.
126. No mesmo sentido aponta o estudo da TIS.PT, de Julho de 2004, em que se afirma que *«os efeitos da introdução de portagens na SCUT da Costa da Prata traduzem-se sobretudo na grande contenção dos desvios de tráfego nos lanços Norte da A1, que passam de valores da ordem dos 50% para os 3%, mas também se traduzem numa diminuição do acréscimo de volume de tráfego verificado com o cenário anterior, nos lanços da A8»*²⁵.
127. À luz destes elementos, a AdC considera igualmente que, uma vez concluído o corredor IC1 até ao Porto, de que faz parte a A8, as duas auto-estradas serão, na óptica do utilizador, alternativas viáveis para o trajecto Lisboa / Porto, pelo que se poderá inferir (como o faz, aliás, a *EP – Estradas de Portugal*, e parecem fazer as próprias notificantes) que também neste trajecto aquelas vias serão substituíveis.
128. A tabela seguinte, elaborada a partir de dados fornecidos pelas notificantes, apresenta o TMD (veículos x km) das auto-estradas A1 e A8 no troço Lisboa/Leiria para o ano de 2004, e para estimativas em 2005 e em 2010.

²⁵ TIS.PT, "Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à *BRISA*", Julho de 2004. Enviado pelas Notificantes.

Tabela 8: TMDA (veículos x km) das auto-estradas A1 e A8 no troço Lisboa/Leiria.

TROÇO LISBOA/LEIRIA (VEÍCULOS X KM)	Verificado em 2004	Previsão 2005	Previsão 2010
[1] Auto-estrada A1	5 100 050	5 230 717	6 412 040
[2] Auto-estrada A8	2 375 117	2 423 832	4 237 923
[2] / [1]	46,6%	46,3%	66,1%

Fonte: Cálculos da AdC, com base em informação disponibilizada pela notificante (cfr. Anexo 2).

129. Desta tabela se infere que o carácter alternativo das duas auto-estradas será tanto maior quanto mais próxima do fim estiver a conclusão da Litoral Centro.

130. No que concerne ao desvio de tráfego da A8 para a A1, importa referir que o mencionado estudo "*West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit*", realizado pela *Steer Davies Gleave* em Agosto de 2001, apresenta os seguintes resultados²⁶:

Tabela 9: Desvio de tráfego da A8 para a A1

Variação nas Portagens da A1 [1]	Variação na procura da A8 (veículos x km) [2]	[1] / [2]
-15%	- 23%	1,53
-30%	- 38%	1,27

Fonte: *Steer Davies Gleave*, "*West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit*", Agosto de 2001. Auditoria a um estudo da VTM – Consultores de Engenharia intitulado "*Revisão do Modelo de Previsões de Tráfego da Concessão Oeste*", Março de 2001.

131. Com base nestes valores conclui-se que o volume de tráfego da A8 diminuiria em cerca de 15,3% face a uma redução de 10% nas portagens da A1, correspondendo a uma elasticidade cruzada de 1,53, o que vem corroborar a substituibilidade entre as duas vias.

132. Por outro lado, dada a proximidade entre o corredor IC1 e a A1 no trajecto Lisboa / Porto, e as várias ligações existentes entre as duas auto-estradas ao longo do percurso, também aqui se conclui pela substituibilidade entre a A1 e o corredor IC1, de que faz parte a A8, para o trajecto em auto-estrada de Lisboa/Leiria, independentemente da origem e do destino.

²⁶ Resultados obtidos pelo estudo "*Revisão do Modelo de Previsões de Tráfego da Concessão Oeste*" da VTM – Consultores.

(vi) Estudos realizados no decorrer do Processo de concentração

133. Como referido anteriormente, as notificantes apresentaram, em Outubro de 2005 e em Fevereiro de 2006, dois estudos realizados no decorrer do presente procedimento, pela TIS.PT²⁷, com vista ao esclarecimento de algumas questões suscitadas pela AdC.
134. Na perspectiva das notificantes, os estudos referidos permitem concluir que, quer para um cenário de rede actual, quer para um cenário de rede futura, uma diminuição de preços na A1 não seria rentável para a concessionária, na medida em que o volume de tráfego atraído não seria suficiente para compensar a perda de receita resultante da diminuição das tarifas. Tal seria o resultado, desde logo, de uma baixa sensibilidade da procura relativamente ao preço, o que reflectiria ainda uma baixa elasticidade cruzada entre as duas auto-estradas A1 e A8.
135. Com efeito, o estudo elaborado pela TIS.PT, em Fevereiro de 2006, já no decorrer do procedimento, conclui que uma hipotética redução de 10% nas portagens da A1 implicaria um aumento de 7,6% no respectivo volume de tráfego (medido em termos do número de veículos x km), num cenário de rede futura (2010). Por outro lado, conclui-se que, face a uma hipotética diminuição de 10% nas portagens da A1, o tráfego da A8 diminuiria apenas cerca de 0,9%, um valor que indicia não haver um significativo grau de substituíbilidade entre as duas auto-estradas.
136. Estes estudos não parecem, no entanto, consentâneos com outros elementos e estudos realizados, por diferentes entidades, em fase anterior à operação de concentração, tal como anteriormente apresentados, pelo que a AdC entendeu que os deveria analisar com algum grau de prudência.
137. Desde logo, no estudo realizado pela TIS.PT, em Fevereiro de 2006, conclui-se que uma redução de 10% na portagem da A1 traduzir-se-ia numa diminuição da procura dirigida à A8 (em veículos x km) entre 0,4%, na rede actual, e 0,9%, na rede futura.
138. Já o estudo "*West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit*", *supra* referido, realizado pela Steer Davies Gleave em Agosto de 2001, refere as conclusões da VTM-Consultores²⁸ em que uma redução de 15% nas portagens da A1 traduzir-se-ia numa diminuição da procura da A8 (em veículos x km) de 23% - o que, para uma redução de

²⁷ TIS.PT, "Avaliação das transferências de tráfego entre as auto-estradas A8 e A1 decorrentes de uma redução de tarifas na A1", Outubro de 2005 e TIS.PT, "Avaliação das transferências de tráfego entre as auto-estradas A8 e A1 decorrentes de uma redução de tarifas na A1", Fevereiro de 2006. Estudos realizados, já no decorrer do procedimento, a pedido das notificantes.

²⁸ Estudo "Revisão do Modelo de Previsões de Tráfego da Concessão Oeste", de Março de 2001.

10% na portagem da A1, corresponderia a uma redução na procura da A8 de cerca de 15,3%.

139. Ou seja, enquanto o estudo de Fevereiro de 2006 apresenta elasticidades cruzadas entre 0,04 e 0,09, indiciando fraca substituíbilidade entre as auto-estradas A1 e A8, o segundo estudo referido apresentava uma elasticidade cruzada de 1,53, o que é indicador da existência de clara substituíbilidade entre a A1 e a A8.
140. Por outro lado, concluiu o estudo produzido pela TIS.PT em Fevereiro de 2006, que o volume de tráfego agregado da A1 e da A8 é igual a (i) 7262 milhares de veículos x km, no cenário de rede actual, e de (ii) 7115 milhares de veículos x km, no cenário de rede futura. Ora, considera a AdC ser expectável que se verifique um aumento do tráfego agregado destas duas auto-estradas em resultado da extensão da rede, nomeadamente em resultado da conclusão do IC1 entre Leiria e Mira, atendendo à melhoria das condições da oferta viária, e não o contrário, como se afirma no estudo da TIS.PT de Fevereiro de 2006.
141. Da leitura do estudo realizado pela TIS.PT, em Fevereiro de 2006, concluiu a AdC, que o volume de tráfego da A1 (em veículos x km), no trajecto Lisboa / Leiria, passa de (i) 5523 milhares de veículos x km na rede actual, para (ii) 5297 milhares de veículos x km na rede futura, o que corresponde a uma diminuição de cerca de 4%.
142. Já no que concerne ao volume de tráfego previsto para a A8, este passa de (i) 1739 milhares de veículos x km na rede actual, para (ii) 1818 milhares de veículos x km na rede futura, o que corresponde a um aumento de cerca de 4,5%.
143. Ora, comparando esta informação com os dados apresentados no estudo "Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à BRISA", realizado em fase anterior à operação de concentração, pela TIS.PT, em Julho de 2004, pode verificar-se na página 114 do referido estudo que, em resultado da extensão da rede (i.e. em cenário de rede futura), haverá decréscimos de tráfego na A1, dependendo do sub-lanço em causa, entre 5% e 18% face à rede actual, bem como acréscimos de tráfego na A8, dependendo do sub-lanço em causa, entre 4% e 15% face à rede actual.
144. A título de exemplo, veja-se o caso do sub-lanço Campelo/Bombarral, na A8, em que o estudo de Fevereiro de 2006 *supra* referido, prevê um aumento de tráfego de cerca de 3%, enquanto que o estudo de Julho de 2004 previa um aumento de 15%. Outro exemplo será o caso do sub-lanço Leiria/Fátima, na A1, em que o estudo de Fevereiro

de 2006 *supra* referido, prevê um aumento de tráfego de cerca de 1,55%, enquanto que o estudo de Julho de 2004 previa uma diminuição de 9%.

145. Ou seja, o estudo de Fevereiro de 2006 claramente subavalia as variações de tráfego na A1 e na A8, na passagem da rede actual para a rede futura, quando se compara com as variações obtidas pelo estudo da TIS.PT de Julho de 2004 *supra* referido.
146. Adicionalmente, no estudo realizado pela TIS.PT em Fevereiro de 2006, conclui-se que, na rede actual, o tráfego da A8 corresponde a cerca de 1739 milhares de veículos x km, tendo sido excluído o tráfego correspondente ao troço intermédio sem portagens. Já o tráfego da A1 corresponde a 4777,6 milhares de veículos x km, não se incluindo o troço Leiria / Pombal (i.e. 31057 veículos x 24 km). Daqui se conclui que o tráfego da A8, em cenário de rede actual, corresponde a cerca de 36,4% do tráfego da A1.
147. No contexto de rede futura, conclui o mesmo estudo que o tráfego da A8 corresponde a cerca de 1818 milhares de veículos x km, tendo sido excluído o tráfego correspondente ao troço intermédio sem portagens. Já o tráfego da A1 corresponde a 4658,8 milhares de veículos x km, não se incluindo o troço Leiria / Pombal (i.e. 26592 veículos x 24 km). Assim, conclui-se que o tráfego da A8, em cenário de rede futura, corresponde a cerca de 39% do tráfego da A1.
148. Entendeu a AdC dever comparar as estimativas do modelo apresentado no estudo acima referido, com os dados de tráfego efectivamente verificados em 2004 e as projecções de tráfego para 2010 (i.e., rede futura)²⁹.
149. Observou-se que, enquanto para a rede actual, o tráfego da A8³⁰ em percentagem do tráfego da A1 é adequadamente estimado no modelo (cerca de 37% do tráfego da A1), já no que diz respeito à rede futura, encontraram-se diferenças significativas para o tráfego da A8 em percentagem do tráfego da A1, entre as estimativas do modelo e as projecções referidas.
150. Com efeito, para o cenário de rede futura, o estudo da TIS.PT de Fevereiro de 2006 estima que o tráfego da A8 corresponderá a 39% do tráfego da A1, enquanto que as projecções referidas apontam para que o tráfego da A8 corresponda a 52,3% do tráfego da A1.

²⁹ Para as referidas projecções foram utilizados dados enviados pela notificante na sua resposta a pedido de elementos de 11 de Outubro de 2005 (cfr. Anexo 2).

³⁰ Para o cálculo do tráfego da A8 foi excluído o tráfego correspondente aos troços não portajados entre o "Nó de Bombarral plena via" e o "Nó de Tornada".

151. Da análise do estudo da TIS.PT em Fevereiro de 2006, verificou-se ainda que, excluindo da análise os volumes de tráfego correspondentes ao troço Leiria / Pombal, a elasticidade da procura na A1 em relação ao preço³¹ é de cerca de (i) 0,74 no cenário de rede actual (e procura actual + indução)³², e de (ii) 0,72 no cenário de rede futura (e procura actual + indução)³³.
152. Ora, atendendo a que a extensão da rede – nomeadamente o IC36 (ligação entre a A1 e a A8 em Leiria), o IC1 entre Leiria e Mira, e os fechos da CRIL e do Eixo Norte/Sul – inclui a melhoria de ligações entre a A1 e a A8, com o conseqüente aumento de substituíbilidade entre estas auto-estradas, e que, de acordo com os diversos estudos apresentados no âmbito do presente procedimento, a extensão da rede traduzir-se-á no aumento do tráfego da A8³⁴ e na diminuição do tráfego da A1, considera a AdC que seria expectável que se verificasse um aumento da elasticidade da procura da A1 em relação ao preço e não uma diminuição, como prevê o estudo da TIS.PT referido.
153. Face aos problemas supra mencionados referentes aos resultados obtidos pelos estudos da TIS.PT, realizados no âmbito do presente procedimento, entendeu a AdC pedir esclarecimentos sobre estes mesmos pontos junto das notificantes.
154. No que respeita à matéria descrita nos pontos 137, 138 e 139, as notificantes esclarecem que a elasticidade cruzada referida no estudo "*West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit*", realizado pela Steer Davies Gleave em 2001, respeita à variação da procura ao longo de todo o eixo Lisboa/Porto, enquanto que os estudos da TIS.PT apenas consideraram a variação da procura no troço entre Lisboa e Leiria.
155. Afirmam ainda que o modelo da VTM – Consultores, em que se baseou o cálculo daquela elasticidade cruzada, estaria totalmente desajustado da realidade, uma vez que teria apresentado estimativas de tráfego para 2004, entre Caldas da Rainha e Marinha Grande, que seriam o dobro do que efectivamente se verificou naquele ano.
156. Diga-se, desde logo, que o modelo da VTM – Consultores considerava que seria em 2005 que se daria a abertura ao tráfego de todo o corredor IC1, abertura essa que não se verificou, estando agora prevista para o final de 2007. Sendo assim, será natural que as estimativas apresentadas não tenham correspondido ao volume de tráfego

³¹ Foi considerado uma variação de 10% na portagem da A8.

³² Cálculo a partir de dados do estudo da TIS.PT de Fevereiro de 2006: $[5921 - (32,858 \times 24)] / [5523 - (31,057 \times 24)] - 1 = 0,074$.

³³ Cálculo a partir de dados do estudo da TIS.PT de Fevereiro de 2006: $[5697 - (29,223 \times 24)] / [5297 - (26,592 \times 24)] - 1 = 0,072$.

³⁴ A AENOR, na qualidade de concorrente, sustenta igualmente que com a abertura da Litoral Centro (o que configura uma extensão da rede) verificar-se-á um aumento de tráfego na concessão Costa de Prata – *in* resposta da AENOR de 3.3.2006 a pedido de elementos da AdC.

efectivamente verificado. No entanto, e uma vez que a análise da AdC, neste aspecto, se refere à rede viária futura, entendemos ser plausível comparar a elasticidade cruzada subjacente ao modelo da VTM – Consultores, com aquela apresentada nos estudos da TIS.PT, para a rede viária futura, prevista, neste caso, para 2010.

157. Por outro lado, se os estudos da TIS.PT apenas consideraram a variação da procura no troço entre Lisboa e Leiria, com uma elasticidade cruzada de 0,09, no cenário de rede viária futura, seria necessário que no eixo Leiria/Porto existisse uma elasticidade cruzada de cerca de 3, para que fosse possível obter, no que respeita à variação da procura ao longo de todo o eixo Lisboa/Porto, como apresentado no estudo da Steer Davies Gleave, uma elasticidade cruzada de 1,53. Entende a AdC ser improvável que a elasticidade cruzada entre Lisboa e Leiria fosse tão díspar face à elasticidade cruzada entre Leiria e Porto.
158. Em relação ao aduzido no ponto 140, as notificantes admitem que os estudos da TIS.PT de Outubro de 2005 e de Fevereiro de 2006 têm como pressuposto manter a procura de tráfego constante, mudando apenas a configuração da rede entre 2004 e 2010. Neste contexto, afirmam que a redução no somatório da procura da A1 e da A8 se justifica pelo desvio de tráfego que ocorrerá da A1 para novas vias como a A10 e a A13.
159. Ora, assumindo os estudos da TIS.PT uma procura de tráfego constante (no cenário de rede viária actual e no de rede viária futura) não estarão a ser captados devidamente os efeitos que a abertura de novas vias terá sobre a procura, o que naturalmente deverá afectar os próprios resultados do modelo.
160. No que respeita aos problemas referidos no ponto 141 a 145, em que se comparavam dados contraditórios entre os estudos da TIS.PT, de 2005 e 2006, e o estudo da TIS.PT, de 2004, as próprias notificantes referem que *«estamos a analisar resultados de modelos complexos e sensíveis a grande número de pressupostos de base que não são idênticos nos dois estudos»*.
161. As justificações apresentadas pelas notificantes não parecem suficientes para explicar as diferenças encontradas, na medida em que os estudos de Outubro de 2005 e de Fevereiro de 2006 subavaliavam, de forma tão significativa e para todos os sub-lanços, o impacto da abertura de novas vias no tráfego da A1 e da A8, face ao estudo de 2004, realizado pela mesma entidade.
162. Em face do exposto, não deixa de ser evidente que os estudos apresentados pelas notificantes para efeitos da presente operação, ao subavaliarem a substituíbilidade

entre a A1 e o corredor IC1, estão a dar melhor suporte à argumentação das notificantes no contexto deste processo, quando comparados com o estudo realizado pela mesma entidade em contexto diferente (2004).

163. Relativamente ao referido nos pontos 146 a 150, as notificantes solicitaram à TIS.PT que analisasse a matéria em causa. Refere a TIS.PT desconhecer os pressupostos em que se basearam os cálculos que sustentam as estimativas indicadas. Ora, essas mesmas estimativas foram fornecidas à AdC pelas notificantes, pelo que não parece razoável admitir que as notificantes não tenham fornecido aquela informação aos seus consultores.
164. No entanto, aventa a TIS.PT que as diferenças encontradas resultarão do facto dos seus modelos fazerem uso da procura actual, mesmo quando analisam a rede viária futura, enquanto que os dados apresentados pela AdC se referirão a estimativas de procura futura.
165. Ou seja, o peso de 52,4% do tráfego da A8 em relação ao tráfego da A1, valor indicado pela AdC para o ano de 2010, dever-se-á, segundo a TIS.PT, a um crescimento médio anual de 4,17% para a A1, e de 12,5% para a A8, algo que não estaria a ser captado pelos estudos da TIS.PT.
166. Ora, o objectivo de analisar a rede viária futura prende-se exactamente com a necessidade de compreender de que forma ocorrerá o crescimento de tráfego da A1 e da A8, em virtude da abertura de novas vias. Mesmo que se exclua o previsível impacto do crescimento económico sobre o tráfego (que será, possivelmente, semelhante nas duas vias), é sempre importante que um qualquer modelo, cujo objectivo seja modelar a rede viária futura, seja capaz de captar as diferenças no crescimento de tráfego que ocorrerão entre as duas auto-estradas, o que não se verifica com os estudos realizados pela TIS.PT, no âmbito do presente procedimento.
167. No que respeita aos problemas referidos no ponto 151, afirmaram as notificantes que, apesar de existir, na rede futura, uma maior facilidade de transferência entre as duas auto-estradas, o prolongamento da A8 para norte vai cativar parte da procura que antes tanto poderia ir pela A1 como pela A8, mas que, com a possibilidade de ter um percurso directo, optarão pela A8. Tal justificará, no entender das notificantes, uma ligeira diminuição do valor da elasticidade no cenário de rede futura.
168. Reitera a AdC entender que será de esperar que a elasticidade da procura dirigida a uma determinada estrada seja directamente relacionada com a qualidade das vias a esta alternativas. Ora, sendo o corredor IC1, na rede futura, uma clara alternativa à

A1, tal como anteriormente demonstrado, a que acresce a melhoria das ligações entre os dois corredores (IC1 e A1), o número de utilizadores cativos da A1 irá diminuir, ficando uma maior proporção de utilizadores em situação de poder oscilar entre uma via e a outra. Isto é, aliás, o que se depreende do estudo da *Capita Symonds* anteriormente referido.

169. Em conclusão, as notificantes fundamentam-se nos estudos da TIS.PT, realizados já no decorrer do procedimento de análise da operação de concentração, para concluir que, contrariamente ao que vinha sendo defendido pela AdC durante a primeira fase do procedimento, apesar de a A1 e a A8 representarem, até certo ponto, alternativas na ligação entre Lisboa e Leiria, tal não bastará para que as mesmas se possam considerar como sendo parte do mesmo mercado relevante, dada a fraca substituibilidade entre as duas auto-estradas.
170. Os resultados dos referidos estudos estão, no entanto, em claro desacordo com os inúmeros elementos coligidos pela AdC de modo a aferir da substituibilidade entre as duas auto-estradas, com o objectivo de definir o mercado relevante. Ao contrário dos estudos da TIS.PT de Outubro de 2005 e de Fevereiro de 2006, os outros elementos recolhidos datam essencialmente de altura anterior à operação de concentração em análise.
171. Como referido anteriormente (entendimento partilhado pela ICN) o desenvolvimento de inquéritos, relatórios ou outras análises têm de se basear em informação fidedigna sobre os factos e sobre o comportamento anterior dos participantes no mercado, frequentemente obtida dos documentos preexistentes, realizados em fase anterior à operação de concentração.
172. Ora, no caso particular dos estudos realizados recentemente pela TIS.PT, os seus resultados estão em contradição com a informação obtida a partir de documentos preexistentes e realizados em fase anterior à presente operação.
173. Considera assim a AdC que os estudos referidos parecem promover os argumentos das partes, sem que encontre a AdC evidência significativa que os corrobore. Deste modo, entende a AdC dar um menor peso a estes documentos no âmbito da sua apreciação da presente operação de concentração.

(vii) Conclusão

174. De tudo quanto ficou exposto na presente secção, conclui a AdC, para efeitos de análise da presente operação de concentração, existirem aqui dois mercados relevantes, tendo em consideração a *rede viária actual* e a *rede viária futura*, designadamente:

- a) *Mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Leiria*, independentemente da origem e do destino;
- b) *Mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Porto*, independentemente da origem e do destino (no momento em que estiver completo o corredor IC1).

4.2. MERCADO DOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA A ADJUDICAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS EM REGIME DE CONCESSÃO

4.2.1. POSIÇÃO DAS NOTIFICANTES

175. As notificantes consideram ainda que a operação de concentração afectará (indirectamente) um mercado relacionado com o da *exploração de auto-estradas nos trajectos Lisboa/Leiria e Lisboa/Porto*, que designam como o *mercado dos concursos públicos para a construção, conservação e exploração de auto-estradas*, que constituiria assim um mercado relevante autónomo³⁵.

176. Ora, segundo as notificantes, a procura deste mercado é constituída pelos Estados e outras entidades públicas, enquanto promotores de concursos públicos para a concessão da construção, conservação e exploração de auto-estradas. Já a oferta é constituída pelas empresas que concorrem a semelhantes concursos públicos.

177. Nesta medida, as notificantes consideram que a *BRISA* e a *AEO* são potenciais concorrentes nos concursos públicos para a concessão da construção, conservação e exploração de auto-estradas.

178. As notificantes autonomizam este mercado dos restantes mercados de construção de outras obras públicas (*v.g.*, de outras infra-estruturas rodoviárias), na exacta medida em que se exige um *know-how* e uma capacidade de prestação de serviços muito específicos.

³⁵ Neste sentido, as notificantes baseiam-se em diversas decisões da Autoridade Nacional de Concorrência Espanhola e da Autoridade Nacional de Concorrência Italiana.

179. Consideram ainda as notificantes que, dada a regulamentação e as regras normalmente aplicáveis aos concursos públicos, não há razão para que se proceda a uma segmentação do mercado entre auto-estradas com portagem e auto-estradas sem portagem (as chamadas “SCUT”).

4.2.2. POSIÇÃO DA ADC

180. A investigação aprofundada permitiu clarificar não só a definição deste outro mercado, mas também da relação e nexos existentes com o *mercado da exploração de auto-estradas nos trajectos Lisboa/Leiria e Lisboa/Porto*.
181. Para tanto foram solicitadas novas informações às notificantes, à *EP – Estradas de Portugal*, ao grupo *Mota-Engil* e ao grupo (Espanhol) *Ferrovial*. Estes dois grupos controlam, em Portugal, 6 concessões de auto-estradas com e sem portagem. Aliás, a *Mota-Engil*, através da *Lusoscut* da Costa de Prata, controla a já referida Concessão da Costa de Prata.
182. Importa, primeiramente, proceder a uma caracterização mais completa do funcionamento do mercado e da sua relação com aquele outro.
183. Uma primeira abordagem à definição deste mercado permite imediatamente compreender que tanto a *BRISA* como os Accionistas da *AEO* estão presentes neste mercado, candidatando-se a concursos públicos para a concessão da construção, exploração e conservação de auto-estradas.
184. De facto, dos 12 concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas com ou sem portagens em regime de concessão, realizados entre 1997 e 2005, os Accionistas da *AEO* concorreram a todos eles³⁶, enquanto a *BRISA* concorreu apenas a 3 concursos³⁷.
185. Aceita-se a posição defendida pelas notificantes de que o *mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão* é distinto do mercado de construção de outras obras públicas, tendo em conta as

³⁶ Os concursos para a adjudicação da Concessão da Grande Lisboa e da Concessão Douro Litoral ainda se encontram em fase de concurso, sendo que a *BRISA* e os Accionistas da *AEO* fazem parte do mesmo consórcio concorrente no caso da Concessão da Grande Lisboa.

³⁷ A *BRISA* apresentou-se a concurso para atribuição da Concessão Douro Litoral e da Concessão da Grande Lisboa, neste caso fazendo parte do mesmo consórcio que integra os accionistas da *AEO*, e para a Concessão Litoral Centro, tendo neste caso sido a entidade a quem foi atribuída a concessão.

exigências diferentes em termos de *know-how* e capacidade de prestação de serviços, bem como face à regulamentação própria deste tipo de concursos.

186. Por outro lado, temos que este tipo de obras públicas não só se distingue das demais obras públicas, como se distingue ainda das obras das demais rodovias. De facto, nos termos do Decreto-Lei n.º 222/98 de 17 de Julho, que procede à renovação do Plano Nacional Rodoviário, a rede nacional de auto-estradas é formada pelos elementos da rede rodoviária nacional especificamente projectados e construídos para o tráfego motorizado que deverão obedecer a características diferentes do resto das rodovias³⁸.
187. Já no que concerne uma eventual segmentação entre auto-estradas com portagem e sem portagem (ou com portagem virtual), considera a AdC que não se afigura necessário proceder a tal distinção, já que se pode considerar que estão num mesmo mercado. Uma análise feita pela AdC sobre os concursos realizados para a adjudicação de auto-estradas desde 1997, permitia constatar que alguns concorrentes se apresentam indiferentemente a um ou outro tipo de concessão, enquanto outros se apresentam em exclusivo a concessões sem portagens.
188. A posição da notificante quanto a este ponto vai claramente no sentido de não fazer qualquer distinção entre auto-estradas com portagem ou auto-estrada SCUT.
189. Também a investigação aprofundada não permitiu concluir pela necessidade de semelhante segmentação, porquanto à luz dos elementos coligidos se pode inferir que na perspectiva da oferta, e do enquadramento regulamentar existente para este tipo de obra, um qualquer operador (como a *BRISA* ou *AEA*) tanto pode concorrer e explorar uma auto-estrada com portagem como uma SCUT, além de que a avaliação concorrencial no presente processo não ser diferenciada, pelo que se conclui, no presente processo, por não ser necessário proceder a tal segmentação.
190. Daqui resulta que a Autoridade da Concorrência aceite, para efeitos de apreciação da presente operação, a definição das notificantes que identificam, para além do mercado da oferta de infra-estruturas de auto-estradas, o *mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão*.
191. Por outro lado, e como se verá em sede de avaliação jusconcorrencial, entende-se que o *mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão* está concatenado com os *mercados da exploração de auto-estradas*.

³⁸ Artigo 5.º do referido diploma legal.

4.3. MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE

4.3.1. POSIÇÃO DAS NOTIFICANTES

192. Nos termos da notificação apresentada pelas notificantes, o *mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão* é caracterizado do lado da procura pelo Estado e por uma oferta que poderia ter um carácter internacional.
193. Concretizam as notificantes sustentando que, atendendo à perspectiva da procura, o mercado teria âmbito nacional³⁹, sendo esta a definição que consideram mais adequada à análise da presente operação pela AdC.
194. Neste mesmo sentido, apontam as notificantes para diversas decisões de autoridades da concorrência europeias, embora realcem a tendência do mercado a tornar-se comunitário (tendência ainda não plasmada nas decisões referidas pelas notificantes⁴⁰).
195. Não deixam no entanto de considerar que o âmbito geográfico poderá ser mais lato, atendendo à oferta internacional, à harmonização das normas relativas à adjudicação de empreitadas de obras públicas⁴¹ ao nível comunitário, e à inexistência de significativas diferenças de *know-how* necessário à participação nos concursos públicos para concessão da construção, conservação e exploração de auto-estradas entre os Estados-Membros.
196. As notificantes referem ainda a frequente participação de empresas estrangeiras nos agrupamentos de empresas que concorrem a concursos públicos nesta área em Portugal (bem como a participação de empresas portuguesas, tal como a *BRISA* e os Accionistas da *AEO*, em concursos de concessões de auto-estradas estrangeiras).

4.3.2. POSIÇÃO DA ADC

197. A Autoridade concorda com uma definição do mercado geográfico de âmbito nacional, e admite que no espectro comunitário esta definição se venha a alargar no futuro.

³⁹ Apontam as notificantes para um número de decisões de Autoridades da Concorrência europeia, nomeadamente na Decisão da Comissão Europeia IV/M.1365 FCC / Vivendi de 04/03/1999, neste caso em mercados distintos mas em que existem paralelos com a actual análise (ex: das concessões de serviços de gestão de águas).

⁴⁰ As decisões referidas pelas notificantes são para o período entre 1999 e 2003.

⁴¹ Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (J.O. L 199, 09/08/1993, pp. 54-83).

198. Não obstante, para a determinação do mercado geográfico, é igualmente importante considerar o âmbito de actuação da entidade concedente, bem como compulsar toda regulamentação inerente aos programas de concurso para adjudicação de uma concessão para a construção, conservação e exploração de auto-estradas, que, de forma inelutável, poderão condicionar a procura, nomeadamente o perfil de concorrentes, restringindo assim o mercado a uma dimensão vincadamente mais nacional do que comunitária.
199. Isto mesmo é corroborado empiricamente por uma análise dos concursos realizados para a concessão de construção, conservação e exploração de auto-estradas nos últimos 9 anos, que permite observar que pese embora o facto de alguns participantes de outros Estados Membros da União Europeia se terem apresentado a alguns concursos (em consórcio com empresas nacionais), a sua presença não é frequente ou regular, antes ocasional, o que poderia apontar para a existência (melhor seria dizer subsistência) de falta de condições regulamentares para se poder falar de uma verdadeira procura a nível comunitário.
200. Decorre, do *supra* exposto, que se aceita o mercado geográfico de âmbito nacional proposto pelas notificantes para efeitos de apreciação da presente operação de concentração.
201. Em conclusão, considera a AdC, no âmbito da avaliação da presente operação, que *os mercados do produto relevante têm dimensão nacional*.

4.4. CONCLUSÃO DA DEFINIÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES

202. A análise efectuada pela AdC em sede de investigação aprofundada permitiu concluir que os mercados relevantes, para efeitos da presente operação são:
- a) *Mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Leiria, independentemente da origem e do destino;*
 - b) *Mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Porto, independentemente da origem e do destino (no momento em que estiver completo o corredor IC1).*
 - c) *Mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão.*

V. AVALIAÇÃO JUS-CONCORRENCIAL

203. Importa rememorar que as operações de concentração serão apreciadas com o objectivo de determinar os seus efeitos sobre a *(i) estrutura da concorrência*, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, uma concorrência efectiva no mercado nacional (cfr. artigo 12.º, n.º 1 da Lei da concorrência).
204. Por outro lado, serão proibidas as operações de concentração que *(ii)* criem ou reforcem uma *posição dominante* da qual possam resultar *(iii) entraves significativos* à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste».
205. De acordo com as Orientações da Comissão para a apreciação de concentrações horizontais⁴², procura definir-se o aumento de poder de mercado como «*a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma lucrativa, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos serviços (...)*» – cfr. § 8.
206. São estes os conceitos que nos irão ocupar na exposição que se segue, isto é, em termos metodológicos, irá caracterizar-se primeiro a *(i) estrutura dos mercados relevantes definidos*, para aferir então da eventual criação ou reforço de uma *(ii) posição dominante* susceptível de criar, ou não, *(iii) entraves significativos* para a concorrência efectiva.
207. Com o escopo de clarificar as dúvidas apontadas na primeira fase do procedimento quanto ao impacto da operação nos vários mercados relevantes, a AdC solicitou informações adicionais à EP – Estradas de Portugal, enquanto representante do Estado Concedente, às próprias notificantes e a concorrentes destas, tendo ainda compulsado diversos estudos que se encontram juntos ao processo PA/11/2002, que correu termos nesta Autoridade (o qual se encontra apensado ao presente processo).

5.1. MERCADOS DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS

5.1.1. ESTRUTURA DOS MERCADOS – MERCADOS DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS

- a) *Mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Leiria, independentemente da origem e do destino;*

⁴² Orientações para a Apreciação das concentrações horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOCE, 2004/C 31/03.

- b) *Mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Porto*, independentemente da origem e do destino (no momento em que estiver completo o corredor IC1).

5.1.1.1. MERCADO DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS NO TRAJECTO LISBOA/LEIRIA

208. Na rede viária actual, temos uma estrutura de mercado em que apenas existem dois operadores que concorrem entre si, quais sejam, a *BRISA* (que detém, em regime de exclusividade, a A1) e a *AEA* (que detém, em regime de exclusividade, a A8), sendo que os utilizadores potencialmente afectados pela presente operação, em 2004, ascendem a cerca de 44.042 na A1 e 19.310 na A8 (em termos de TMD ponderado por quilómetro).
209. No cenário actual, a *BRISA* já tem uma quota de mercado de cerca de 68%⁴³ no *Mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Leiria*.
210. A realização da operação de concentração em análise conduziria a uma supressão total da concorrência, na medida em que a *BRISA* passaria então a deter uma quota de 100% no mercado relevante da oferta de auto-estradas entre Lisboa e Leiria, reforçando a sua posição de mercado (passando portanto de 68% para 100%, o que se traduz num IHH pós-operação de 10 000 e um *Delta* de 4338⁴⁴).
211. Nos termos das Orientações da Comissão para a apreciação de concentrações horizontais⁴⁵ e segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça ("TJCE"), *"uma quota de mercado especialmente elevada — 50 % ou mais — pode, em si mesma, constituir um elemento de prova da existência de uma posição dominante"* (para 17).
212. Destarte, da realização da operação de concentração parece resultar um claro reforço da posição da *BRISA* no *mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Leiria*, a qual se pode desde já **presumir como reforço de posição dominante**, (sem prejuízo da necessidade de se demonstrar – o que se fará – que a *BRISA* poderá exercer o seu poder de mercado com independência face aos demais

⁴³ A quota de 68% é calculada como o rácio entre o tráfego da A1 (em veículos x km), no trajecto Lisboa/Leiria, e o tráfego da A1 e A8 (em veículos x km) neste mesmo trajecto, para o ano de 2004.

⁴⁴ O valor de *Delta* é definido como a diferença entre o valor do Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) pós-concentração e o seu valor pré-concentração.

⁴⁵ Orientações para a Apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOCE, 2004/C 31/03.

operadores, e que desta posição poderão resultar entraves significativos para a concorrência efectiva no mercado).

213. Acresce que, conforme exposto *supra* nos pontos 48 e 59 – e que as notificantes oferecem explicitamente na notificação –, a possibilidade de entrada nestes mercados encontra-se encerrada, dado que (i) as concessões são atribuídas em regime de exclusividade durante um período que, em regra, é de 30 anos e (ii) não existem, nem se prevê virem a existir, outros troços de auto-estradas que sirvam de alternativa àqueles.
214. Ou seja, estamos perante um mercado com fortes barreiras à entrada, já que só por via de aquisição uma empresa poderá aspirar a entrar em determinada concessão.
215. Em face do exposto, pode afirmar-se que da presente operação de concentração poderá resultar o reforço da posição dominante (que desde já se presume) da *BRISA* no *mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Leiria*, tendo como consequência, em termos de alteração da estrutura de mercado, a passagem de dois operadores para apenas um operador.

5.1.1.2. MERCADO DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS NO TRAJECTO LISBOA/PORTO

216. No que se refere à rede viária futura, importa rememorar que esta corresponderá à auto-estrada **A1** (Lisboa ao Porto), adjudicada à *BRISA*, e ao chamado corredor IC1 (Lisboa ao Porto), que compreende a actual **(i) A8** (Lisboa a Leiria), adjudicada à *AEA*, a **(ii) Litoral Centro** (Leiria a Mira), adjudicada à *BRISAL* (grupo *BRISA*), e a **(iii) Scut Costa de Prata** (Mira ao Porto), adjudicada à *AENOR*.
217. Assim, quanto ao *mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Porto*, importa sublinhar que a estrutura de mercado se encontra repartida entre a *BRISA*, a *AEA* e a *AENOR* (tratando-se de uma rede viária futura, seria pouco rigoroso apresentar quotas de mercado, sendo certo que, em resultado da presente operação, a *BRISA* passaria a deter mais de dois terços do mercado).
218. Daqui decorre que em consequência da realização da operação de concentração, a *BRISA* passará a controlar a **A1**, e, no corredor IC1, a **(i) A8** e a **(ii) Litoral Centro**.
219. Ou seja, também aqui se poderá referir existir uma presunção de posição dominante, como consequência directa da operação, tendo como consequência, em termos de

alteração da estrutura de mercado, a passagem de três operadores para apenas dois operadores, sendo que os utilizadores potencialmente afectados pela presente operação serão, tendo por base estimativas para 2010 (*cf.* com Anexo 2), cerca de 46.685 na A1 e 37.921 no IC1 (em termos de TMD ponderado por quilómetro).

220. Neste cenário de rede viária futura, a Brisa, com a presente operação de concentração, reforçaria a sua quota, que passaria a ser de 79% para o *mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa/Porto* (enquanto que na ausência da presente operação de concentração, a quota seria de cerca de 62%)⁴⁶.

5.1.1.3. CONCLUSÃO DA ESTRUTURA DE MERCADO

221. Do agora exposto resulta que em ambos os casos – rede viária actual ou futura – a estrutura de mercado se torna mais concentrada como consequência directa da operação de concentração projectada.
222. Assim, se no primeiro caso, a operação projectada suprime toda a concorrência existente, mediante a passagem de dois para um operador, já no segundo caso, o mercado passa de três operadores para apenas dois.
223. Independentemente da posição que a *BRISA* possa ter no mercado, o que importa sobremaneira demonstrar é se a mesma tem, ou não, capacidade para exercer o seu poder de mercado com independência face aos demais concorrentes e consumidores, o que se afere pela existência de maior ou menor margem de manobra para controlar, como veremos, parâmetros de qualidade e preços.

5.1.2. DOS EFEITOS RESULTANTES DA OPERAÇÃO – QUALIDADE E PREÇOS

5.1.2.1. Introdução

224. A concorrência *nos mercados relevantes da exploração de auto-estradas nos trajectos Lisboa/Leiria e Lisboa/Porto* pode fazer-se essencialmente em duas vertentes, quais sejam, respectivamente, **qualidade** e **preços**.
225. Com efeito, o próprio concedente, representado pela *EP – Estradas de Portugal* aponta para a existência destas duas dimensões de concorrência. Isto é, no que respeita a (i)

⁴⁶ As quotas de mercado foram calculadas com base no tráfego medido em termos de veículos x km.

qualidade, sustentam que podem existir graus de liberdade de actuação das concessionárias que lhe permitam ter comportamentos mais ou menos concorrenciais ao nível, designadamente, da realização de trabalhos de ampliação das auto-estradas⁴⁷, qualidade dos serviços (*v.g.*, sinalização, estado do piso, assistência)⁴⁸, (ii) enquanto ao nível dos **preços** afirmam que poderá existir uma alteração no sentido da sua descida (actualmente são praticadas as actualizações máximas de preços permitidas).

5.1.2.2. Posição das Notificantes

226. As notificantes sustentam que existe uma forte regulação deste mercado, sendo a sua margem de actuação limitada, na medida em que os contratos de concessão lhes impõem aumentos máximos de preços, assim como outros parâmetros referentes a qualidade.
227. A qualidade da via, o nível de conservação e serviços acessórios são, argumentam as notificantes, determinados previamente à adjudicação, passando estes parâmetros a estar contemplados contratualmente aquando da atribuição da concessão.
228. Ou seja, na perspectiva das notificantes, qualquer dos factores que poderiam determinar uma maior ou menor concorrência no mercado, são objecto de regulação e regras bem definidas, daqui decorrendo que a margem de concorrência entre concessionárias é inexistente (recorde-se, aliás, que no entender das notificantes, as concessões são adjudicadas em exclusividade, pressupondo que não concorrem entre si).
229. A argumentação das notificantes assenta (i) na exclusividade das concessões da *BRISA* e da *AEA* no trajecto Lisboa/Leiria (sendo que estes concessionários estariam limitados no seu campo de actuação) e (ii) no facto de a regulamentação apenas permitir alguma margem de concorrência através dos preços (factor que, no entanto, as notificantes desvalorizam face à natureza destes mercados).
230. De facto, no que respeita ao factor preço, apesar da regulação permitir alguma variação dos preços, as notificantes acrescentam que a opção por qualquer dos percursos Lisboa/Leiria não seria, para os utentes, sensivelmente influenciada pelo

⁴⁷ Os Contratos de Concessão obrigam as Concessionárias a realizar obras de ampliação das auto-estradas, em função do respectivo tráfego.

⁴⁸ Neste sentido, veja-se a queixa da aqui adquirida *AEA*, por eventual abuso de posição dominante da *BRISA*, precisamente pela possibilidade de manipulação de outros factores que não apenas o preço, de forma a restringir a concorrência. Cfr. *supra* pontos 103 e 104.

custo das portagens, o que tornaria inviável a prática de uma actualização de preços inferior ao máximo permitido.

231. Significa isto, no entender das notificantes, que uma diminuição da portagem cobrada ao utilizador não seria causa bastante para atrair um número suficiente de utilizadores susceptível de compensar as perdas decorrentes de tal medida. Com o objectivo de corroborar esta afirmação, as notificantes apresentaram um estudo intitulado *“Avaliação das transferências de tráfego entre as auto-estradas A8 e A1 decorrentes de uma redução de tarifas na A1”*, realizado pela TIS.PT, em Outubro de 2005, já no decorrer do procedimento.
232. Segundo as notificantes, a opção dos utilizadores entre um e outro trajecto poderia fazer-se segundo outros critérios, que não o preço, com especial destaque para as condições de tráfego e proximidade dos locais em que se encontram relativamente às portagens.
233. Com isto pretendem que independentemente da posição que venham a deter, não poderá daí advir qualquer restrição concorrencial, na medida em que o mercado está regulado em matéria de preços e qualidade.

5.1.2.3. Posição da AdC

234. A primeira nota que importa desde já enfatizar é que a AdC não desconhece que no mercado relevante definido, e atentas as idiosincrasias inerentes à atribuição das concessões, existem vários factores que são objecto de regulação em sede dos contratos de concessão assinados com o concedente.
235. Não obstante, não pode a regulação existente fazer precluir a aplicação das regras da concorrência e substituir-se a um mercado que funcione em concorrência efectiva, na exacta medida em que, por um lado, dentro de cada concessão individualmente considerada, a regulação não regula de forma completa toda a matéria que pretende tratar (recorrendo muitas vezes a critérios indeterminados e obrigações genéricas que carecem de ser preenchidas, interpretadas e integradas pelo concessionário e concedente nas suas relações); por outro lado, a regulação não regula as relações entre as duas concessões concorrentes, as quais estão sujeitas, aqui de forma privilegiada, ao regime da concorrência.
236. Aliás, era esta a posição sustentada, de forma inequívoca pela AEA, em 2002, nomeadamente em sede da referida queixa apresentada contra a BRISA junto da

Comissão Europeia, no contexto do concurso para a adjudicação da Litoral Centro. Como se verá adiante, aí claramente defendia que os dois corredores de auto-estrada – IC1 e A1 – deveriam concorrer entre si, designadamente, através de factores como qualidade e preços.

237. Por outro lado, se é verdade que as concessões são atribuídas em regime de exclusividade, pressupondo que não concorram entre si, é igualmente verdade que no presente caso *foi o Estado (Concedente) quem decidiu que o Plano Rodoviário Nacional deveria prever a existência de duas concessões que, efectivamente, exercem pressão concorrencial uma sobre a outra.*
238. Ora, na exacta medida em que, como se referiu, da realização da operação projectada resulta o reforço da posição dominante da *BRISA* no mercado, então os entraves significativos para a concorrência efectiva, que dessa posição possam advir, não-de variar em função da maior, ou menor, margem de actuação do operador dominante face a preços e qualidade.

(i) Posição da AdC – Dos Preços

239. No que se refere a matéria de preços, importa primeiramente enfatizar que, ao contrário do que as notificantes tentam sugerir, e independentemente da regulação existente, as tarifas cobradas aos utentes não são um parâmetro absolutamente rígido, insusceptível de ser manipulado ou alterado em função da estratégia definida pela concessionária.
240. Desde logo, ambos os contratos de concessão, referentes às auto-estradas A1 e A8 – esta última objecto da aquisição projectada – prevêem que as taxas poderão variar consoante a hora do dia ou adaptar-se, em zonas especiais, a passagens regulares e frequentes ou a outras circunstâncias, tendo em vista a prestação do melhor serviço aos utentes e o interesse público – *ou seja, existe margem de actuação das concessionárias.*
241. No que respeita a actualização de tarifas, a *BRISA* pode, no âmbito da concessão da auto-estrada A1, actualizar anualmente as suas tarifas, nos termos da Base XVI do contrato de concessão. A tarifa poderá ser actualizada no máximo pelo valor da inflação, entre 2006 e 2001 (inclusive), e, a partir de 2012, no máximo por 90% do valor da inflação.

242. Já no que se refere à Concessão do Oeste (A8), objecto da aquisição projectada, a concessionária pode, nos termos da Base L do Contrato de Concessão, constante do Decreto-Lei n.º393-A/98 de 4 de Dezembro, actualizar anualmente as suas tarifas no máximo por 90% do valor da inflação.
243. Ou seja, os Contratos de Concessão fixam apenas um tecto máximo para o rácio de preços entre veículos de Classe 1 (automóveis ligeiros) e veículos pesados, da Classe 2 à Classe 4 – o que equivale a dizer que poderão ser praticados preços inferiores ao tecto máximo, ou seja, também aqui *existe margem de actuação das concessionárias*.
244. De facto, se é verdade que os preços estão sujeitos a tectos máximos de actualização, tal não significa necessariamente que, em condições de concorrência efectiva, não possam as diferentes concessionárias (existindo mais do que uma) ter interesse e incentivo para praticarem taxas de portagem abaixo desse tecto, como forma de captarem novos utentes.
245. Como a própria AEA afirmava em 2002, «[A] pesar das tarifas cobradas pela utilização da “Litoral Centro” estarem sujeitas a um máximo regulado, permitir que a BRISA controle este troço de auto-estrada eliminará a possibilidade de concorrência efectiva entre as duas auto-estradas alternativas, a qual poderia levar à aplicação de tarifas abaixo do máximo regulado» (tradução nossa).⁴⁹
246. Acresce ainda que, numa mesma concessão, as taxas por quilómetro praticadas poderão variar consoante o momento de abertura ao tráfego de cada lanço ou sublanço – como é o caso da A1 e da A8 – donde resulta que estando as duas concessões em concorrência, e tendo preços distintos, esta variável pode claramente ser alterada em actuação estratégica da concessionária – ou seja, *existe margem de actuação das concessionárias*.

Da alteração dos preços em concorrência efectiva

247. O que se admite, é que só fará sentido praticar preços abaixo do tecto máximo, como forma de captar novos utentes, se existir concorrência efectiva, em que um operador exerce pressão concorrencial sobre o outro, para que este baixe as tarifas cobradas. Ora, parece inequívoco que, pelo menos, no caso do mercado da exploração de infra-estrutura de auto-estradas em regime de concessão para o trajecto Lisboa / Leiria tal deixaria de acontecer se a operação se concretizasse, já que apenas subsistiria um único operador com 100% do mercado.

⁴⁹ Cfr. Queixa apresentada pelos accionistas da AEA à Comissão Europeia contra a BRISA, de 1 de Agosto de 2002, Ponto 9.32, a qual se encontra apensa ao processo de concentração em apreciação.

248. Debalde se poderá sustentar, como pretendem as notificantes, que as taxas de portagem efectivamente cobradas pela *BRISA* e pela *AEA*, nos últimos cinco anos, corresponderam, em todos os anos, aos valores máximos permitidos, porquanto não será despidendo para a actuação futura a conclusão da Concessão Litoral Centro – adjudicada à *BRISA*.
249. De facto, deve ter-se presente, como referido no estudo realizado em 2003 para a *AEA*, aqui notificante, pela *VTM – Consultores*, intitulado “Revisão das Previsões de Tráfego da Concessão Oeste (2004-2028)”⁵⁰, que *«o início da operação da Concessão Litoral Centro (admitido [na altura] para Dezembro de 2006) será claramente decisivo para o aumento de receitas na Concessão Oeste, uma vez que o tráfego Norte-Sul do País se passará então a dividir entre os dois corredores rodoviários paralelos, IP1 e o IC1, em auto-estrada, que se desenvolverão ao longo do litoral»*.
250. O mesmo estudo acrescenta ainda *«o melhoramento do nível de serviço nos acessos próximos à Concessão Oeste é outro factor relevante nas escolhas de trajectos dos potenciais utilizadores e portanto na evolução do tráfego na concessão»*.
251. Ou seja, a abertura da Litoral Centro e a existência de melhores acessos à Concessão Oeste, revela-se de primordial importância para que a A8 possa exercer uma pressão concorrencial sobre a A1, superior àquela que vem sendo exercida nos últimos cinco anos, apenas por isso se justificando que até aqui não tenham existido incentivos para não praticar as tarifas máximas permitidas.
252. De facto, não se poderá ignorar que segundo outro estudo de 2002, realizado pela NERA⁵¹, também para a *AEA*, aqui notificante, intitulado “*The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL*”, a A1 representa cerca de 55% das receitas da *BRISA*, estimando aquela consultora que, com a abertura da Litoral Centro, e consequente abertura ao tráfego de todo o eixo concorrente Lisboa/Porto (corredor IC1), cerca de 24% das receitas da A1 serão perdidas.
253. Ou seja, a pressão concorrencial existente e esperada pela *BRISA*, traduzir-se-ia, na ausência da realização da presente operação, numa perda de receitas, que importa assim minimizar, designadamente por via de aquisição da *AEA*.

⁵⁰ Estudo elaborado para a *AEA*, no âmbito da exploração da concessão da auto-estrada A8.

⁵¹ Estudo da NERA – National Economic Research Associates, intitulado “*The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL*”, datado de Março de 2002, realizado para o Consórcio AECP, de que faziam parte os accionistas da AEO.

254. Daqui decorre que o facto de as taxas de portagem cobradas nos últimos cinco anos, terem sempre correspondido aos valores máximos permitidos, não possa de forma alguma permitir concluir que o mesmo se verificará no futuro, quando as condições acima referidas forem observáveis e apreendidas pelos operadores e utilizadores, *i.e.*, quando a Litoral Centro for concluída e aberta ao tráfego.
255. Todos os argumentos apontam assim para que, no exercício de uma análise prospectiva, não se possa ignorar que a pressão concorrencial acrescida, que desde já se antevê possa existir, poderá efectivamente justificar que a margem de actuação existente face à variação de preços permitida seja utilizada por cada uma das concessionárias como forma de atrair utilizadores adicionais, ou evitar a transferência de utilizadores para a via concorrente.
256. Estes argumentos não serão estranhos às notificantes, porquanto já no estudo realizado pela NERA, que se acaba de referir, se afirma também que, apesar do limite máximo existente para as portagens cobradas aos utilizadores, poderá ainda assim existir, em alguns casos, incentivos para concorrer oferecendo preços inferiores ao limite máximo (os preços, em resultado da pressão concorrencial, poderiam estar mais próximos dos custos marginais, e, como tal, possivelmente abaixo dos preços máximos regulados).
257. No mesmo sentido parece apontar a auditoria da *Steer Davies Gleave*, intitulada "*West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit, Final Report*"⁵², ao afirmar que existindo um forte potencial para o Corredor Costeiro (IC1) atrair tráfego de longa distância, que agora utiliza a A1, é possível que a *BRISA* responda reduzindo o seu próprio nível de portagens na A1.
258. Em momento anterior à adjudicação da Concessão Litoral Centro à *BRISAL*, afirmou também a *CRA*, num estudo de 2002 realizado para a *AEA*⁵³, aqui notificante, intitulado "*A Concessão do Litoral Centro: Uma Abordagem de Política da Concorrência*", que um monopólio como o da *BRISAL* não teria incentivo para fixar preços inferiores ao tecto máximo permitido. Já num mercado competitivo, existiria, ao menos, a possibilidade de a Concessionária poder aumentar os preços por uma margem inferior ao referido tecto.

⁵² Auditoria a um estudo da VTM – Consultores de Engenharia intitulado "*Revisão do Modelo de Previsões de Tráfego da Concessão Oeste*" (realizado para a *AEA*, de 2001), encomendada pelo Banco BPI, S.A. e pela *BBV Midas*, enviada pela E.P.– Estradas de Portugal, em resposta a pedido de elementos da AdC.

⁵³ Estudo realizado pela *CRA – Charles River Associates Ltd.*, "*A Concessão do Litoral Centro: Uma Abordagem de Política da Concorrência*", de Março de 2002, realizado para o Consórcio *AECP*, de que faziam parte os accionistas da *AEO*, para instruir a queixa apresentada junto da Comissão Europeia contra a *BRISA* por abuso de posição dominante, no âmbito do concurso para a atribuição da concessão da auto-estrada do Oeste (A8).

259. Tentando concretizar o que se vem dizendo, e conforme referido *supra* nos pontos 128 e seguintes, o estudo “*West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit*”⁵⁴, de 2001, indica que, num cenário de rede futura, o volume de tráfego da A8 diminuiria em cerca de 15,3%⁵⁵ face a uma redução de 10% nas portagens da A1, o que corresponderá a uma elasticidade cruzada da procura de 1,53.
260. Tal elasticidade cruzada parece justificar a existência efectiva de incentivos para as duas concessionárias alternativas concorrerem através dos preços, com o escopo de atrair utilizadores para a sua auto-estrada.
261. Face a uma hipotética diminuição de portagens na A1, o volume de tráfego desta auto-estrada aumentaria em resultado de três efeitos, a saber (i) o desvio de tráfego da A8 para a A1, (ii) o desvio de tráfego de outras vias que não a A8 para a A1, e ainda (iii) o efeito de indução de novas viagens.
262. Atendendo à substituíbilidade existente entre as duas auto-estradas alternativas, conforme *supra* exposto aquando da definição do mercado relevante, o desvio de tráfego entre as duas auto-estradas será seguramente responsável pela grande parte do aumento de tráfego de qualquer uma das auto-estradas em resultado da diminuição das respectivas taxas de portagem.
263. Com a hipotética diminuição das portagens na A1 referida, é previsível que o volume de tráfego perdido pela A8 fosse transferido essencialmente para a A1. Sendo assim, o tráfego da A1 (em termos de veículos x km), no lanço Lisboa/Leiria/Lisboa, iria aumentar cerca de 10,1%, em resultado do desvio de tráfego entre aquelas duas auto-estradas alternativas⁵⁶.
264. Tendo presente que a este efeito de desvio de tráfego da A8 para a A1, em resultado da hipotética diminuição de preços em 10% na A1, haverá ainda que adicionar o efeito de eventuais desvios de outras estradas, bem como o efeito de indução de tráfego, o aumento previsível de tráfego na A1 será superior a 10,1%.

⁵⁴ Estudo realizado pela *Steer Davies Gleave* em Agosto de 2001, no âmbito das suas funções como Consultor de Tráfego dos bancos *BPI S.A.* e *BBV Midas*,

⁵⁵ Tal variação no volume de tráfego da A8 corresponde a cerca de 648402 veículos x km, tendo em conta que no cenário de rede futura (2010), o volume total de tráfego da A8 corresponde, segundo previsões da AEA, a cerca de 4237923 veículos x km.

⁵⁶ No cenário de rede futura (2010), o volume total de tráfego da A1 nos lanços compreendidos entre Lisboa e Leiria corresponde a cerca de 6412040 veículos x km, segundo previsões da própria *BRISA* – o desvio de tráfego da A8 *supra* referido corresponde a cerca de 10,1% deste volume de tráfego da A1.

265. Em condições de concorrência entre as auto-estradas A1 e A8, no cenário de rede futura, a *BRISA* teria um incentivo em diminuir as taxas de portagem da A1, dado que uma diminuição de preços em 10% traduzir-se-ia num aumento do respectivo volume de tráfego superior a 10%, sendo que a redução das taxas de portagem seria claramente compensada pelo aumento do volume de tráfego.
266. No cenário pós operação, pelo contrário, a *BRISA* teria como objectivo a maximização da receita conjunta das duas auto-estradas, pelo que o efeito de transferência de tráfego entre as mesmas – efeito que explicaria os incentivos da *BRISA* identificados no ponto anterior – deixaria de ser considerado pela empresa. Em resultado, a possível redução de portagens da *BRISA* no cenário de rede futura, conforme identificado no ponto anterior, deixaria de se verificar.
267. Já no que concerne a eventuais incentivos da *AEA* em matéria de preços, importa considerar que efeitos se poderiam esperar no volume de tráfego da A1 em resultado de uma eventual redução de portagens na A8.
268. Atendendo aos volumes de tráfego da A1 e da A8 nos lanços compreendidos entre Lisboa e Leiria, considera a AdC que uma eventual redução unilateral nas taxas de portagem da A8 em cerca de 10%, nos lanços com portagem e no cenário da rede futura (2010), seria lucrativa caso se traduzisse num aumento do respectivo volume de tráfego em pelo menos 10% do volume total de tráfego da A8 nos lanços com portagem. Tal corresponderia a cerca de 335381 veículos x km⁵⁷. A redução de portagens da A8 (na ordem dos 10%) seria compensada pelo aumento do respectivo volume de tráfego.
269. Dada a substituíbilidade entre as duas auto-estradas, coloca-se a questão de saber que percentagem do tráfego da A1 teria que ser desviada para a A8 para que compensasse a redução de preços na A8.
270. Ora, atendendo a diferença existente entre o número de quilómetros portajados da A1, no trajecto entre Lisboa e Leiria, e o número de quilómetros portajados da A8, sendo aquele cerca de 17% superior a este, considera a AdC que os 335381 veículos x km referidos no ponto 9 correspondem a uma perda de volume de tráfego da A1 de cerca de 393088 veículos x km.

⁵⁷ No cenário de rede futura (2010), o volume total de tráfego da A8 nos lanços com portagem corresponde, segundo previsões da própria AEA, a cerca de 3353811 veículos x km.

271. Ora, os 393088 veículos x km referidos no ponto anterior correspondem a cerca de 6,1% do tráfego total (em veículos x km) da A1 nos lanços compreendidos entre Lisboa e Leiria.
272. Assim sendo, e para que a *AEA* viesse a implementar uma redução unilateral das portagens cobradas na A8 em cerca de 10% – considerando a rede futura e um cenário em que a presente operação não se realize –, bastaria que tal medida se traduzisse numa diminuição do volume de tráfego da A1, na ordem dos 6,1%, e consequentemente na respectiva transferência deste volume de tráfego para a auto-estrada alternativa A8.
273. Como verificado anteriormente, relativamente a uma hipotética diminuição de preços na A1, cerca de 15,3% do tráfego da A8 corresponde a consumidores sensíveis a uma diminuição na ordem dos 10% nas portagens da A1. Da mesma forma, presume-se que, também na A1, existirá um grupo de utentes sensíveis a uma diminuição na ordem dos 10% nas portagens da A8.
274. Atendendo à substituibilidade existente entre as duas auto-estradas, considera a AdC ser altamente plausível que pelo menos 6,1% do tráfego da A1 corresponda a utentes que são sensíveis a uma pequena alteração dos preços relativos das duas auto-estradas alternativas, nomeadamente quando se considera um cenário de rede futura, em que também as ligações entre as duas auto-estradas já se encontram em funcionamento.
275. Assim, em condições de concorrência entre as auto-estradas A1 e A8, no cenário de rede futura, a *AEA* teria um incentivo em diminuir as portagens da A8, dado ser plausível que uma diminuição de preços em 10% se traduziria num desvio superior a 6,1% do tráfego da A1, e, consequente, aumento do tráfego da A8 superior a 10%.
276. No cenário pós operação, pelo contrário, a probabilidade da *AEA/BRISA* vir a diminuir as portagens na A8 seria claramente menor, na medida em que *BRISA/AEA* passaria a ter como objectivo a maximização da receita conjunta das duas auto-estradas, pelo que o efeito de transferência de tráfego entre as mesmas deixaria de ser considerado pela empresa.
277. Do exposto decorre que a realização da operação projectada teria como consequência necessária a diminuição (ou total supressão) da pressão concorrencial que a *BRISA* sentiria no sentido da diminuição das taxas de portagens na A1, na exacta medida em que passaria a ter controlo (conjunto) sobre a *AEA* e, consequentemente, sobre a A8 –

sendo já, relembre-se, concessionária da Litoral Centro – ficando apenas fora da sua esfera de controlo a parte do corredor IC1 adjudicada à AENOR.

278. Já ao contrário, isto é, não se realizando a operação projectada e assegurando-se uma concorrência efectiva no mercado, a pressão concorrencial exercida pela *BRISA* sobre a *AEA* poderia justificar que esta, não aumentasse as suas taxas de portagem até ao máximo permitido na A8.
279. De todo o exposto na presente secção é possível concluir que, por um lado, as concessionárias têm, de facto e de direito, margem para concorrer através dos preços, não praticando necessariamente o preço máximo; que o maior ou menor incentivo para concorrer através dos preços varia em função da maior ou menor pressão concorrencial existente.
280. Destarte, a consequência da realização da operação de concentração projectada será a supressão ou forte diminuição da pressão concorrencial existente ou potencial e consequente supressão ou forte diminuição de incentivos para concorrer através dos preços, designadamente oferecendo preços mais baixos aos consumidores.

(ii) Posição da AdC – Da Qualidade

281. Conforme se referiu logo no início, uma outra forma de concorrência possível entre as duas concessões de auto-estradas consiste na utilização da *qualidade* como factor susceptível de captar mais utilizadores.
282. De facto, esta questão coloca-se com primacial acuidade face à realização da presente operação, que conduziria, como se vem afirmando, à supressão da concorrência entre o corredor IC1 e a A1, sendo certo que, como afirmava a AEA em 2002, «*[S]em uma concorrência efectiva não há verdadeiros incentivos para fornecer melhores serviços (...)*» (tradução nossa).⁵⁸
283. Em termos gerais, a qualidade pode traduzir-se, entre outros, por aspectos como velocidade média de circulação, qualidade do pavimento, número de vias e alargamentos, equipamentos de sinalização, segurança e sinistralidade, serviços e assistência, apoio ao cliente, maior ou menor congestionamento do tráfego, maior ou menor duração dos trabalhos executados nas vias.

⁵⁸ Cfr. Queixa apresentada pelos accionistas da AEA à Comissão Europeia contra a BRISA, de 1 de Agosto de 2002, Ponto 9.69, a qual se encontra apensa ao processo de concentração em apreciação.

284. As próprias notificantes, sustentam que a escolha dos utilizadores entre as duas auto-estradas (A1 e A8, ou A1 e corredor IC1) será feita, não necessariamente em função do preço das tarifas cobradas ao utilizador, mas segundo critérios como as condições de tráfego. Ou seja, parecem claramente admitir que uma concessionária poderá atrair (ou afastar) utentes para a sua concessão em função, *v.g.*, dos trabalhos – de manutenção ou expansão – que realizar na via.
285. Também a AENOR, na qualidade de concorrente, afirmava em resposta a pedido de elementos da AdC que *«A existência dos dois itinerários supra mencionados [IC1 e A1] e uma vez finalizados permitirá manter uma situação concorrencial neste mercado. Os benefícios para os consumidores podem surgir de diversas formas. A título de exemplo apresentamos alguns: I) melhoria no atendimento ao cliente, seja pelo aumento da qualidade do serviço nas auto-estradas mediante o incremento da segurança nas vias, seja pela melhoria da assistência técnica aos utentes; II) melhoria da qualidade e diversidade das áreas de serviço; III) limpeza e manutenção do pavimento; IV) investimento na inovação tecnológica que seja capaz de oferecer novos produtos e reduzir os custos, com repercussão nos utentes»*⁵⁹.
286. Nas concessões em apreço, e à luz da legislação aplicável, verifica-se que as bases de concessão apenas consagram normas genéricas de manutenção e conservação da concessão, recorrendo as mais das vezes a conceitos indeterminados, que carecem necessariamente de concretização.
287. Esta mesma realidade foi objecto de análise na referida Auditoria ao Contrato de Concessão da *BRISA*, efectuada pelo Tribunal de Contas em 2003⁶⁰, onde, entre outras recomendações ao Concedente, se afirma de forma expressa *«Quanto ao aperfeiçoamento das bases contratuais relativas à qualidade do serviço prestado: estabelecer os critérios e padrões a observar para efeitos de avaliação qualitativa, nomeadamente os respeitantes à sinistralidade, condições de tráfego, satisfação do utente e cumprimento de normas ambientais, sem prejuízo do cuidado que a concessionária já coloca actualmente na prossecução voluntária destes aspectos»* – realce e sublinhado nossos.
288. Daqui resulta claramente que a maior ou menor verificação daquelas obrigações genéricas estabelecidas nas bases de concessão resulta de meros comportamentos voluntários da concessionária, sendo certo que o empenho desta será tanto maior

⁵⁹ In resposta da AENOR, datada de 3.3.2006, a pedido de elementos da AdC.

⁶⁰ In Relatório de Auditoria n.º13/2003 – 2.ª Secção, Auditoria ao Contrato de Concessão *BRISA* feita pelo Tribunal de Contas, disponível em https://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2003/audit2003.shtm

quanto a concorrência efectiva que exista no mercado – mesmo é dizer, na medida em que sofra pressão concorrencial.

289. Com o escopo de clarificar estas dúvidas, foram as notificantes questionadas em sede de investigação aprofundada sobre todo o processo que medeia entre a verificação de um qualquer aspecto que careça de intervenção, e o momento em que a mesma efectivamente se concretiza, ou não.
290. Do mesmo modo, indagou-se junto da *EP – Estradas de Portugal* sobre a sua intervenção quanto a matérias relativas a qualidade, as quais, por força contratual, pareciam estar na disponibilidade da mera intervenção voluntária da concessionária.

a) As Bases da Concessão – Obrigação Genérica

291. No que respeita a obras de alargamento, manutenção e conservação, na auto-estrada A1, concessionada à *BRISA*, as respectivas Bases de Concessão apenas consagram uma obrigação genérica de manter as auto-estradas em bom estado de conservação (Base XXXII do Contrato de Concessão da A1).
292. O mesmo é válido para o caso da auto-estrada A8, concessionada à *AEA* – artigo 46.1. do Contrato de Concessão da A8.
293. Um maior grau de concretização apenas se pode observar no caso específico das obras de alargamento, que se encontram previstas, no caso da A1, nas alíneas a) e b) da Base de Concessão XXVII anexa ao Decreto-Lei n.º 294/97 de 24 de Outubro.
294. No caso da A8, a mesma matéria encontra-se regulada no artigo 35.1 do Contrato de Concessão.
295. De facto, quanto a esta matéria (alargamentos), estabelece-se em ambos os casos (A1 e A8) que em função de serem atingidos determinados patamares de tráfego média diário anual, as concessionárias deverão aumentar mais uma via em cada sentido de circulação.
296. Em termos de prazo para a concretização dos alargamentos, apenas se refere que as obras deverão estar concluídas até ao segundo ano subsequente àquele em que se verificar que foi atingido o limiar de tráfego médio diário referido.

297. De todo o agora exposto conclui-se que as Bases de Concessão apenas estabelecem uma obrigação genérica, ao mesmo tempo que quase nada está regulado em termos de prazos para iniciar as obras, modo como as mesmas devem ser concretizadas, atrasos, incumprimentos, pelo que as Concessionárias gozam claramente de margem de actuação no que respeita à execução daquela obrigação genérica.
298. Esta conclusão fundamenta-se em factos concretos que foram objecto de análise.

b) Factos Concretos – Margem de Actuação Face à Qualidade

299. Em resposta a pedido de elementos da AdC, de 11 de Outubro de 2005, as notificantes admitem expressamente que a realização de obras de alargamento e beneficiação dos pavimentos têm um impacto negativo face ao serviço prestado ao consumidor, que se poderá traduzir, *v.g.*, ao nível de uma redução de faixas, da redução da velocidade máxima, do congestionamento do tráfego.
300. Também segundo dados apresentados pelas notificantes, da mesma resposta pode inferir-se com rigor que, no caso de obras de alargamento que decorreram entre 1994 e 2004, a data de conclusão dos trabalhos nunca coincide com a data de conclusão prevista, registando-se sempre um atraso na execução da obra.
301. Para estes atrasos, as notificantes apresentam um conjunto de argumentos que se prendem com alterações legislativas, dificuldade de harmonização dos prazos constantes nas Bases de Concessão com os prazos previstos em termos de legislação ambiental, atrasos na disponibilização dos terrenos por parte do Estado.
302. Todavia, importa sublinhar que segundo a já citada auditoria do Tribunal de Contas *«no que diz respeito aos motivos dos atrasos, não pode deixar de se salientar que em 30% dos casos a BRISA não havia ainda apresentado o Estudo Prévio. Contudo, não se obteve evidência, junto do IEP, da apresentação de propostas ou da tomada de medidas no sentido do Estado exigir à concessionária a realização dos alargamentos devidos ou, em alternativa, a renegociação da Base XXVII do Contrato de Concessão»* – cfr. Relatório do Tribunal de Contas 13/2003, 2.^a secção, página 76.
303. Mais afirmam as notificantes que os contratos de concessão não estabelecem quaisquer critérios concretos susceptíveis de despoletar a obrigação de obras de manutenção ou reparação, nomeadamente a substituição de pavimentos.

304. Ou seja, acrescentam as notificantes, existe apenas «*[E]sta obrigação genérica [que] estabelece o enquadramento geral, no âmbito do qual as actividades de manutenção e conservação a cargo da BRISA e da AEA são executadas*». ⁶¹
305. Para além desta obrigação genérica, respondem as notificantes que estão também sujeitas a «*um vasto conjunto de normas, regulamentos e regras de boa arte, tanto nacionais como internacionais (...) à luz dos quais se pauta o cumprimento das obrigações a cargo da BRISA e da AEA*». ⁶²
306. O agora exposto, corrobora claramente o que se vem afirmando: as notificantes gozam da margem de actuação na execução da obrigação genérica de conservação e manutenção da auto-estrada.
307. Aliás o *supra* citado Relatório do Tribunal de Contas, que realizou uma auditoria ao contrato de concessão da *BRISA*, apontava já para a verificação de incumprimentos passados em matéria de prazos.
308. Designadamente, através do então Instituto de Estradas de Portugal (actual EP – Estradas de Portugal), verificou-se que, apesar de não ter sido cumprido, do lado da concessionária, o calendário que se encontrava estabelecido na Base VII do contrato de concessão relativamente à construção de auto-estradas, tal não originou qualquer reacção por parte do Estado concedente.
309. Estes atrasos terão sido motivados, entre outras causas, por dificuldades de emissão de parecer fundamentado sobre os Projectos de Execução, por parte do IEP, e, por parte da concessionária, por situações tais como a negociação e aquisições dos terrenos, os estudos e projectos e ainda a intervenção de outras entidades públicas, nomeadamente no procedimento de avaliação de impacto ambiental (AIA) e correspondentes aprovações.
310. No conjunto da rede de Auto-estradas, foi na A1 (Lisboa-Porto), uma das maiores, com cerca de 280 km, e das mais utilizadas, que se verificou quer a necessidade, quer o atraso na realização dos alargamentos, mais precisamente em 11 dos seus sublanços, o que representa cerca de 60% dessa auto-estrada. Daqueles 11 sublanços, 7 requeriam um alargamento de 3 para 4 vias.
311. Mais se acrescentava na referida auditoria que a derrapagem dos prazos em relação às datas previstas na Base VII foi, de facto, assumida pelo Estado Concedente sem que

⁶¹ In resposta das notificantes de 14 de Fevereiro de 2006 a pedido de elementos da AdC.

⁶² In resposta das notificantes de 14 de Fevereiro de 2006 a pedido de elementos da AdC.

daí adviessem quaisquer consequências ou imputação de responsabilidades pelos atrasos.

c) Fiscalização e Responsabilidade

312. Debalde se poderá ainda sustentar que a falta por acção ou omissão no cumprimento daquela obrigação genérica acarretaria consequências para as concessionárias claramente dissuasoras de comportamentos menos eficientes ou prejudiciais para a qualidade do serviço prestado.
313. Primeiro, *«o corpo dos Contratos de Concessão da A1 e da A8 não estabelecem expressamente quaisquer critérios susceptíveis de despoletar a obrigação da realização pela BRISA ou pela AEA, de obras de substituição de pavimentos ou de outras obras de reparação e manutenção»* – afirmação das Notificantes em resposta de 14.2.2006 a pedido de elementos da AdC.
314. Por outro lado, e no que respeita à A1, *«importa realçar que a programação das intervenções é gerida pela BRISA e os trabalhos são realizados utilizando serviços exteriores contratados, que são fiscalizados por serviços ou empresas do grupo BRISA (...)»* – in Resposta das notificantes de 14.2.2006 a pedido de elementos da AdC (realce e sublinhado nossos).
315. O mesmo é válido para a A8: *«regra geral, os procedimentos tendentes á realização de obras de conservação e de reparação dos distintos elementos que compõem as auto-estradas são despoletados pela AEA em função dos resultados das tarefas de monitorização desses mesmos elementos, desenvolvidas pela AEA»* – in Resposta das notificantes de 14.2.2006 a pedido de elementos da AdC (realce e sublinhado nossos).
316. Mais acrescentam que *«todo o processo é gerido pela AEA, que desenvolve todas as actividades necessárias para, através de entidades contratadas para o efeito, realizar as necessárias obras de manutenção ou reparação»* – in Resposta das notificantes de 14.2.2006 a pedido de elementos da AdC (realce e sublinhado nossos).
317. Ou seja, *«Compete à AEA assegurar, através dos seus meios próprios ou mediante entidades especialmente contratadas para o efeito, a fiscalização das empreitadas em causa»* - in Resposta das notificantes de 14.2.2006 a pedido de elementos da AdC (realce e sublinhado nossos).

318. Desta faculdade que assiste às concessionárias, decorre que quaisquer atrasos na execução dos trabalhos serão imputáveis ao empreiteiro contratado pelo dono da obra (concessionária), sendo a responsabilidade apurada no âmbito da relação contratual que se entre ambos se estabeleceu, não havendo, portanto, qualquer incumprimento face ao Concedente.
319. Em face do ora exposto, que resume afirmações das próprias notificantes, as concessionárias gozam de discricionariedade no planeamento, execução e fiscalização das obras a que, em termos meramente genéricos, estão obrigadas por força das obrigações emergente dos contratos de concessão.
320. Destarte, não é legítimo afirmar quanto a esta matéria, que as concessionárias são aqui objecto de uma forte regulação e se encontram sujeitas à observância de regras rígidas na execução das obras, e que estas estão sujeitas a forte fiscalização.
321. Na verdade existe apenas uma norma genérica de manutenção das auto-estradas em bom estado de conservação, sendo certo que o planeamento, execução e fiscalização do cumprimento são da responsabilidade das próprias concessionárias, ou seja, conclui-se como no início: existe margem de actuação das concessionárias.

d) Papel da EP – Estradas De Portugal

322. Segundo o Relatório do Tribunal de Contas *supra* referido, o então IEP, através do Departamento de Concessões, não executou quaisquer procedimentos de controlo específico para testar e confirmar os dados que lhe foram fornecidos pela *BRISA* a respeito de controlo de tráfego, reclamações e sinistralidade.
323. Quanto às reclamações, ao longo do triénio, foram essencialmente as taxas cobradas nas portagens o motivo que conduziu ao maior número de reclamações, 34,8% do total. De seguida, surgiu a colisão com objectos na via e a projecção de objectos na via, respectivamente com 18,4% e 12,6% das reclamações. Também o embate contra animais apresentou um número significativo de reclamações, 11%.
324. O IEP, mais uma vez, foi o mero utilizador desta informação, não tendo procedido a qualquer fiscalização para testar esta vertente.
325. Contudo, é de sublinhar que o próprio contrato de concessão, neste domínio, não é nem completo nem consequente. Por um lado, limita-se a estabelecer, na referida Base XXXVIII, a obrigatoriedade e o local de exposição dos livros de reclamação, não

especificando o período em que deverão ser visados pelo IEP, nem contemplando outros meios ou suportes para dar seguimento às reclamações. Por outro lado, é omissa quanto à avaliação e respectivas consequências, por parte do IEP, bastando-se com a obrigatoriedade do envio das reclamações, das respostas e dos resultados das investigações por parte da concessionária.

326. Quanto à sinistralidade, o IEP também não dispunha de dados próprios, limitando-se a tomar conhecimento da informação fornecida e divulgada pela concessionária.

e) Conclusão

327. Tendo como certa a premissa, antecipada pelas próprias notificantes (ponto 232), de que a escolha do utilizador entre duas auto-estradas concorrentes, se faz através de outros factores, que não apenas o preço, como seja, respectivamente, a qualidade, então podemos claramente concluir que a qualidade – sendo regulada apenas de forma genérica, deixando-se ao critério da concessionária a sua maior ou menor observância – poderá ser instrumentalizada de forma a influenciar a escolha do utilizador.
328. Aqui, importa rememorar o já citado estudo de 2002, realizado pela NERA⁶³ para a AEA, aqui notificante, no qual se afirma que a A1 representa cerca de 55% das receitas da BRISA, estimando aquela consultora que com a abertura da Litoral Centro, e consequente abertura ao tráfego de todo o eixo concorrente Lisboa/Porto (corredor IC1), cerca de 24% das receitas da A1 serão perdidas.
329. Ou seja, a pressão concorrencial existente e esperada pela BRISA, traduzir-se-ia, na ausência da realização da presente operação, numa perda de receitas, que importa assim minimizar, designadamente por via de aquisição da AEA.
330. Por outro lado, não passando a BRISA a deter, em consequência da operação projectada, todo o corredor IC1, sempre se poderá dizer que a perda de receita e de utilizadores para a *Scut Costa da Prata* é uma realidade já existente, que poderá ser maximizada com a abertura da Litoral Centro ao tráfego.
331. Neste sentido, a utilização do parâmetro qualidade – o qual está profundamente imbricado com o factor preço na prossecução de uma estratégia de concorrência das

⁶³ Estudo da NERA – National Economic Research Associates, intitulado “The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL”, datado de Março de 2002, realizado para o Consórcio AIEP, de que faziam parte os accionistas da AEO.

concessionárias – poderá ser um instrumento para uma concessionária dominante fazer face a uma provável perda de receitas e utilizadores.

332. Por outro lado, o parâmetro da qualidade pode ainda ser utilizado pela concessionária dominante no mero exercício de gestão da sua concessão (na medida em que, v.g., podem existir economias de escala na realização das obras a que estão obrigados, o que poderá constituir um incentivo para fazer várias obras em simultâneo, em momento a determinar pela concessionária, e não em momento definido contratualmente).
333. Ou seja, esta margem de actuação da concessionária poderia traduzir-se, como se referiu, em atrasos no início, execução ou conclusão de obras de manutenção, alargamento e substituição de pavimentos, que poderiam ter repercussão ao nível da velocidade média de circulação, do número de vias disponíveis, do maior ou menor congestionamento do tráfego com subsequente diminuição da segurança na circulação e eventual aumento da sinistralidade.
334. Ademais, outros documentos, que não aqueles preparados pelas notificantes para esta operação apontavam já neste sentido.
335. Efectivamente, e como afirmava a AEA em 2002, «(...) *muitos aspectos referentes à qualidade não estão regulados, permitindo que a BRISA possa reduzir a qualidade na ausência de concorrência efectiva das novas concessões de auto-estradas*» (tradução nossa).⁶⁴
336. No citado estudo da NERA pode ler-se que a *BRISA* terá incentivos em reduzir a qualidade de serviço na nova ligação para reduzir as perdas de receitas na A1. Os benefícios devem-se a tráfego adicional na A1 e custos de manutenção reduzidos na Litoral Centro.
337. Num outro estudo, realizado pela CRA no âmbito do concurso para a adjudicação da Litoral Centro, e a que já nos referimos anteriormente, pode ler-se «*o Contrato de Concessão contempla ainda uma margem considerável para a BRISAL explorar a sua potencial posição monopolista, diminuindo a qualidade dos serviços prestados aos utilizadores da auto-estrada. Por exemplo, o parágrafo [54.1] autoriza: “sem penalidade, o encerramento de vias, para efeitos devidamente justificados, até ao limite de [22.500 (vinte e dois mil e quinhentos)] via x quilómetro x hora por ano,*

⁶⁴ Cfr. Queixa apresentada pelos accionistas da AEA à Comissão Europeia contra a BRISA, de 1 de Agosto de 2002, Ponto 9.32, a qual se encontra apensa ao processo de concentração em apreciação.

durante o período diurno (das 7 até às 21 horas) e até ao limite de [35.000 (trinta e cinco mil)] via x quilómetro x hora por ano, durante o período nocturno».

338. Nem se diga que uma manipulação deste factor, como por exemplo atrasando intencionalmente a duração de uma obra, seria objecto de qualquer sanção ou fiscalização pelo Concedente, porquanto é a própria concessionária a responsável pela fiscalização da execução das obras cuja execução subcontrata (na qualidade de dona da obra), acrescendo que em matéria de prazos devem apenas respeitar-se as “boas práticas” e “prazos usuais” referentes aos contratos de empreitada.
339. Ora em face da matéria coligida quanto a este ponto, a AdC conclui que a qualidade da concessão oferecida ao utilizador varia em função da concorrência efectiva existente no mercado, maxime por força da pressão concorrencial que dois operadores concorrentes exercem mutuamente.
340. Realizando-se a presente operação deixa de poder verificar-se aquela pressão concorrencial, o que resulta numa perda de incentivos para a melhoria ou manutenção da qualidade pelo, então, operador monopolista, na exacta medida em que o utilizador, independentemente do estado de deterioração das concessões, ver-se-ia privado de qualquer alternativa.
341. Esta questão é tanto mais importante quanto se sabe actualmente que construção integral do corredor IC1 entre Lisboa e Porto deverá estar concluída em 2007, o que, perante a não realização da operação, aumentaria a pressão concorrencial no mercado relevante, o que realça as preocupações concorrenciais da presente operação.
342. De todo o exposto na presente secção é possível concluir que, por um lado, as concessionárias têm, de facto e de direito, margem para concorrer através da qualidade; que o maior ou menor incentivo para concorrer através da qualidade varia em função da maior ou menor pressão concorrencial existente.
343. Nestes termos, a consequência da realização da operação de concentração projectada será a supressão ou forte diminuição da pressão concorrencial existente ou potencial e consequente supressão ou forte diminuição de incentivos para concorrer através da qualidade, designadamente oferecendo serviços mais eficientes aos consumidores.

5.1.3. CONCLUSÃO DA AVALIAÇÃO JUSCONCORRENCIAL NOS MERCADOS DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS

344. Como salientam as próprias notificantes, «[C]oncorrência só poderia haver se o Estado promovesse a duplicação dessas infra-estruturas, o que necessariamente acarretaria a necessidade de prover ao reequilíbrio financeiro da concessão»⁶⁵.
345. Partindo da premissa de que não existe concorrência entre as duas auto-estradas, as notificantes concluem então «que a operação de concentração notificada não poderá, a este nível, vir a criar ou reforçar uma posição dominante susceptível de entravar de modo significativo a concorrência no mercado relevante, designadamente por força do poder de mercado que confira às entidades notificantes»⁶⁶.
346. No caso concreto, e como se demonstrou ao longo da presente decisão, a AdC entende que foi precisamente a duplicação de uma infra-estrutura de auto-estrada o que sucedeu, isto é, o Estado, em sede de Plano Rodoviário Nacional, concebeu dois corredores de auto-estrada que claramente são substituíveis e concorrem entre si no trajecto Lisboa / Leiria / Porto (Corredor IC1 e A1)
347. Destarte, é possível concluir, a *contrario sensu* da citação das notificantes que, em função da substituíbilidade e concorrência existente entre as duas auto-estradas, a operação de concentração notificada poderá então, a este nível, vir a criar ou reforçar uma posição dominante susceptível de entravar de modo significativo a concorrência no mercado relevante, designadamente por força do poder de mercado que conferiria às entidades notificantes.
348. De toda a argumentação exposta em sede de avaliação jusconcorrencial, quanto a estes mercados, conclui-se, portanto, que a presente operação é susceptível de reforçar uma posição dominante, da qual poderão resultar entraves significativos para a concorrência efectiva no (i) mercado da exploração de auto-estradas no percurso Lisboa/Leiria, e no (ii) mercado da exploração de auto-estradas no percurso Lisboa/Porto.

⁶⁵ In resposta das notificantes de 6.3.2006 a pedido de elementos da AdC, rectificada em 10.3.2006.

⁶⁶ *Idem*.

5.2. MERCADO DOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA A ADJUDICAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS EM REGIME DE CONCESSÃO

5.2.1. DA ESTRUTURA DE MERCADO

349. Como referido *supra*, este mercado caracteriza-se por a procura ser constituída pelo Estado e outras entidades públicas, enquanto promotores de concursos públicos para a concessão da construção, conservação e exploração de auto-estradas.
350. Por seu lado, a oferta é constituída por consórcios de empresas que concorrem a semelhantes concursos públicos, sendo estes consórcios, normalmente, constituídos por empresas promotoras, construtoras e entidades financiadoras. Ainda que as empresas que constituem um determinado consórcio possam, no concurso seguinte, integrar um consórcio distinto, tem-se assistido a uma certa estabilidade nas empresas que integram cada consórcio.
351. Refira-se, ainda, que a sociedade concessionária que ganhou um qualquer concurso, contrata os diversos trabalhos de construção e manutenção da auto-estrada junto de empresas construtoras, dando preferência às construtoras que integram o consórcio vencedor.
352. Segundo as notificantes, este mercado encontra-se na fase de maturidade, apresentando taxas de crescimento moderadas e estabilidade dos *players* no mercado (entre três a cinco consórcios).
353. Desde que foi lançado o primeiro concurso em 1997⁶⁷, já foram atribuídas dez concessões para a construção, exploração e manutenção de auto-estradas⁶⁸, em regime de portagem real ou portagem virtual. Há ainda a adicionar a concessão para a construção, exploração e manutenção da ponte Vasco da Gama (Lusoponte) e ainda dois concursos que estão em fase de avaliação, quais sejam, os concursos designados de Grande Lisboa e Douro Litoral (num total de doze concursos).
354. Dos doze concursos *supra* referidos⁶⁹, o consórcio de empresas que constituiu a AEA participou em todos, tendo a BRISA participado em apenas três – todos os concursos

⁶⁷ A rede de auto-estradas já existente em 1997 tinha sido atribuída directamente à BRISA, empresa que na altura era detida maioritariamente pelo Estado, sem que tenha havido a realização de concurso para o efeito.

⁶⁸ Não inclui SCUT Madeira realizado em 1999.

⁶⁹ Exclui-se a concessão Lusoponte.

para concessões com portagem real que foram lançados a partir de 1999. No caso do concurso para a concessão da Grande Lisboa, a *BRISA* e os accionistas *AEO* apresentam-se integradas no mesmo consórcio.

355. Refira-se que, de acordo com informações prestadas pelo EP – Estradas de Portugal, a *BRISA* foi impedida de participar nos dois primeiros concursos de concessões com portagem real (a Concessão Oeste e a Concessão Norte), por imposição do accionista Estado – aliás, foram mesmo retirados à *BRISA* activos para lançar os concursos para estas duas concessões.
356. A razão para esta exclusão prendia-se, segundo informações recolhidas junto da EP – Estradas de Portugal⁷⁰, com o objectivo de *«aumentar a competitividade neste sector, diversificando e aumentando também a capacidade de realização do Plano Rodoviário Nacional»*.
357. Os sete concursos seguintes, lançados entre 1997 e 1999, correspondem a concessões SCUT (sem custos para o utilizador), portanto de portagem virtual. A *BRISA* optou por não concorrer a estes concursos, o que, segundo informações recolhidas junto da EP – Estradas de Portugal, poderá dever-se ao facto deste modelo de concessão se desviar do modelo tradicional da empresa.
358. Importa ainda referir que, ao longo dos últimos anos, tem-se assistido a uma redução do número de consórcios que se apresentam a concurso nos sucessivos concursos públicos para a concessão da construção, exploração e conservação de auto-estradas (com ou sem portagem). Este aspecto é reconhecido pelo EP-Estradas de Portugal que refere que *«a concentração de alguns destes grupos [empresas que integram os sucessivos consórcios] tem levado a que nos últimos concursos hajam menos concorrentes envolvidos, tendo num deles sido presente apenas três concorrentes»*, quando houve concursos anteriores a que se candidataram 7 concorrentes independentes.
359. Refere ainda a EP – Estradas de Portugal que *«no plano nacional julgamos que o processo de concentração que ora parece instalar-se contribuirá certamente para diminuir a concorrência aos processos de concurso público para atribuição das concessões rodoviárias»*.

⁷⁰ Resposta ao pedido de elementos ao EP – Estradas de Portugal: N/ Fax de 13 de Abril de 2005.

360. De facto, a tabela seguinte mostra a evolução do número de consórcios independentes que se candidataram a cada um dos concursos públicos para a concessão da construção, exploração e manutenção de auto-estradas:

Tabela 10: lista de concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão desde 1997, com indicação dos concorrentes que se apresentaram (ou principal accionista do consórcio), do vencedor de cada concurso, e número total de concorrentes que se apresentaram

	1997	1997	1997	1997	1997	1997	1997	1997	1999	1999	1999	1999	1999	2003	2003
	Oeste	Norte	Beira Interior	Algarve	Costa da Prata	Interior Norte	Beira Litoral e Alta	Grande Porto	Norte Litoral	Litoral Centro	Lisboa Norte	IC16/IC30	IC36	Grande Lisboa	Douro Litoral
N.º KMS	172	163	180	129	109,8	160	212	58	109	104	27	33	12	89	123
SCUTVIAS⁷¹	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X		X		X
AEO	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	AEA BRISA	X
AENOR⁷²	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
FERROVIAL	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X		X		X	
BAU		X				X									
SEOP			X	X	X	X	X	X	X						
ACS				X	X	X	X	X	X						
ACCIONA				X					X						
BRISA										X	X	X	X	AEA-BRISA	X
NUMERO DE CONCORRENTES	4	5	5	7	6	7	6	6	7	5	4	4	4	3	4
											Suspensão	Anulado	Anulado	Em avaliação	Em avaliação

Fonte: EP – Estradas de Portugal

⁷¹ Este consórcio inclui a Soares da Costa, Teixeira Duarte, SA e Dragados y Construcciones, SA

⁷² Este consórcio tem como principais accionistas a Mota, SA e a Engil – Sociedade de Construção civil.

5.2.2. DOS EFEITOS

361. Nestes termos, o que importa então analisar são os efeitos que a presente operação poderá ter também neste mercado, ou seja, importa determinar se em consequência da aquisição projectada, se cria ou reforça uma posição dominante, para logo aferir se esta é susceptível de, no âmbito de uma análise prospectiva, conduzir à criação de entraves significativos à concorrência efectiva neste mercado.
362. Isto mesmo resulta do artigo 12.º da Lei da Concorrência, onde se estabelece que a apreciação de uma operação de concentração tem como objectivo determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência (n.º1) para tanto se impondo a análise, entre outros, da *«estrutura dos mercados relevantes e a existência ou não de concorrência por parte das empresas estabelecidas nesses mercados ou em mercados distintos»* (n.º2, alínea a)).
363. Ou seja, no que a este tipo de concursos públicos respeita, importará aferir da quota de mercado das notificantes, bem como tratar de saber se a operação permite reforçar essa quota; por outro lado, verificando-se que existe um reforço de posição dominante, então deverá poder, ou não, concluir-se se, atenta a contestabilidade do mercado, existe a susceptibilidade de criar entraves significativos à concorrência efectiva.
364. No que concerne a dimensão do mercado dos concursos para a concessão da construção, exploração e conservação de auto-estradas, e à forma de determinação das quotas de mercado dos diversos intervenientes neste mercado, considerou o EP – *Estradas de Portugal* que *«o número de quilómetros será o melhor indicador [da dimensão do mercado dos concursos públicos para a concessão da construção, manutenção e exploração de auto-estradas], podendo o mesmo ser ponderado pelos outros critérios [número de concessões detidas, valor da adjudicação]»*.
365. A AdC acompanha aqui a posição da EP – Estradas de Portugal, em representação do Concedente, no que concerne à aferição da dimensão do mercado em análise em função do número de quilómetros. De facto, não foi apresentado pelas notificantes, ou mesmo por terceiros, outro critério que pudesse ser considerado como melhor para aferir da dimensão do mercado (sem prejuízo de se terem considerado outros possíveis parâmetros como número de concessões, valor de adjudicação, volume da receita gerada pela concessão, os quais não se revelaram, porém, adequados).

366. A tabela seguinte apresenta as quotas de mercado dos diversos intervenientes neste mercado relevante.

Tabela 11: Mercado das concessões de Auto-Estrada com portagem real e SCUTs (Km concessionados)

	Km Concessionados	%
<i>BRISA</i>	1193	48,2%
<i>AEO</i>	166	6,7%
MOTA-ENGIL	548*	22,1%
Grupo Ferrovial	240	9,7%
Eiffage	155	6,3%
Soares da Costa/Teixeira Duarte/Dragados	174	7%
TOTAL	2476	100%

Fonte: EP – Estradas de Portugal.

* Inclui a concessão Lusoponte, empresa participada da Mota-Engil.

367. Num cenário pós-operação, a *BRISA* passará a deter cerca de 55% dos quilómetros de auto-estrada (com ou sem portagem) concessionados em Portugal, a que corresponde um Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) no mercado relevante de 4045,18 pontos, sendo o Delta de 645,88.⁷³
368. Estes dados poderiam conduzir a uma presunção de criação de uma posição dominante neste mercado, na esteira das orientações da Comissão Europeia para a apreciação de operações de concentração (2004/C 31/03) publicadas no JOUE de 5.2.2004, § 17).
369. Na medida em que o número de quilómetros e experiência anterior possam constituir uma vantagem face a futuras adjudicações, tal poderá constituir uma barreira à entrada.
370. Destarte, a questão que assume aqui primordial acuidade é saber se uma empresa dominante neste mercado, aquando da realização de novo concurso, parte exactamente nas mesmas condições face aos demais concorrentes, ou se, essa posição pode constituir uma mais-valia susceptível de influenciar a escolha do consórcio vencedor.

⁷³ IHH é o Índice de Herfindahl-Hirschman, calculado como a soma dos quadrados das quotas das empresas a operar no mercado relevante, assim traduzindo o grau de concentração nesse mercado, e variando entre 0 e 10 000. A Comissão Europeia aplica frequentemente o IHH para conhecer o nível de concentração global existente num mercado – neste sentido vão as mais recentes Orientações em matéria apreciação de concentrações nos termos do Regulamento de controlo de concentrações (cfr. Comunicação 2004/C 31/03 publicada no JOCE, de 5.02.2004). Por *Delta* entende-se a diferença entre o valor do IHH pós-concentração e o valor do IHH pré-concentração.

371. Contrariamente a este entendimento, as notificantes sempre sustentaram ao longo do procedimento que inexistem barreiras significativas à entrada, na exacta medida em que se podem apresentar a concurso quaisquer empresas nacionais ou internacionais, pelo que não poderia resultar da presente operação a criação de uma posição dominante.
372. Neste sentido, procurou a AdC indagar da real contestabilidade do mercado. Para tanto, dirigiu pedidos de elementos à EP – Estradas de Portugal, ao principal concorrente da *BRISA* e da *AEA* no *mercado da exploração de auto-estradas no trajecto Lisboa / Porto* (AENOR), bem como a um concorrente estrangeiro (FERROVIAL).
373. Conforme refere a EP – Estradas de Portugal, em resposta a pedido de elementos da AdC, «*os programas de concursos para as concessões lançadas até à data consideraram a valoração do número de quilómetros explorados à data pelos elementos do agrupamento concorrente*» (realce e sublinhado nosso). Nesta sede, remetem ainda para os critérios de avaliação utilizados nestes concursos, indicados nos Decreto-Lei n.º 9/97, de 10 de Janeiro, e Decreto-Lei n.º 267/97, de 2 de Outubro.
374. Daqui decorre que, em concursos anteriores, o número de quilómetros detido por determinado concorrente poder-se-á ter traduzido numa vantagem para a adjudicação da concessão, ao mesmo tempo que não se pode ver cada concurso como um acto isolado.
375. Acresce que, na perspectiva dos proponentes, um concurso para a adjudicação de uma concessão de auto-estrada que seja complementar à rede por si detida, reveste-se de uma importância acrescida, quando comparado com os demais concorrentes, na medida em que a nova concessão terá um valor superior para o primeiro face aos segundos (cfr. estudo já citado da CRA, realizado para os accionistas da *AEA*).
376. Ora, partindo destas premissas, então, a presente operação, com a subsequente aquisição, pela *BRISA*, de mais 166 quilómetros, traduzir-se-ia, por um lado, na criação de uma posição dominante neste mercado, ao mesmo tempo que aumentaria a vantagem deste concorrente, no que a este tipo de critério respeita, em concursos futuros.
377. Considerando, como a EP – Estradas de Portugal, o número de quilómetros e a experiência anterior como factores que poderão de algum modo influenciar a adjudicação de uma nova concessão, então impõe-se concluir que cada novo concurso

não constitui um acto inteiramente isolado, onde todos os concorrentes partem em exacta igualdade de circunstâncias. Cada concorrente leva consigo toda a sua experiência anterior, donde, face à posição histórica da *BRISA*⁷⁴ e ao seu peso neste mercado, poderia afirmar-se que esta se apresenta em cada concurso com alguma vantagem face aos demais concorrentes.

378. Todavia importa realçar que os concorrentes consultados pela AdC (AENOR e FERROVIAL) não manifestaram preocupações significativas face a estes concursos.
379. De facto a AENOR refere, quanto aos concursos públicos aqui objecto de análise, «terem sido respeitados os princípios e valores *supra* mencionados», designadamente, igualdade de tratamento, transparência e proporcionalidade (sem prejuízo de sublinhar que «*a questão relativa à restrição da concorrência deveria, pois, ter sido oportunamente equacionada na fase relativa à Concessão da Litoral Centro*»).
380. Já a FERROVIAL parece também admitir, ainda que em termos genéricos, que aqueles princípios de igualdade de tratamento, transparência e proporcionalidade, estariam a ser observados.
381. Não obstante, não deixa a FERROVIAL de alertar para o facto de «*a maior ou menor magnitude do poder negocial da concessionária poder[á] resultar de vários factores, entre os quais a experiência, a solidez e a sua dimensão no sector rodoviário*» – o que poderia permitir concluir, no entender da AdC, por alguma vantagem da *BRISA* face aos demais concorrentes.
382. De facto, este parecia ser também o próprio entendimento da AEA, aqui notificante, em 2002, quando afirmava que o Decreto-Lei n.º 9/97, de 10 de Janeiro, tendo embora aberto o mercado à concorrência, mas teria definido os mecanismos apropriados para se considerar que os diferentes candidatos não estão nas mesmas condições no momento em que se apresentam ao concurso, ao mesmo tempo que não teria acautelado a situação particular da *BRISA*, enquanto anterior monopolista.⁷⁵
383. Mais acrescentavam que este contexto teria «*(...) um grande impacto na estrutura de mercado fazendo perigar o sucesso do processo de liberalização e a própria existência*

⁷⁴ Deverá ser referido que a primeira concessão da *BRISA* – a que corresponde 1088 km de auto-estradas – não foi alvo de qualquer concurso, tendo sido atribuída directamente pelo Estado, sem concurso.

⁷⁵ Neste sentido, vejam-se os pontos 9.48 e 9.49 da queixa apresentada pelos accionistas da AEA à Comissão Europeia contra a *BRISA*, de 1 de Agosto de 2002, a qual se encontra apenas ao processo de concentração em apreciação.

de uma concorrência efectiva, conduzindo a BRISA a um provável abuso da posição dominante que actualmente detém no mercado» (tradução nossa).⁷⁶

384. Esta posição é agora claramente repudiada pelas notificantes que sustentam tratar-se de *mercados públicos (bidding markets)*, nos quais a posição de partida dos diferentes concorrentes não dependeria de concessões (ou experiência) anterior, mas sim da sua capacidade técnica e financeira, parecendo querer defender que não existem ligações entre os concursos. Para tanto, citam uma obra de *Paul Klempner*⁷⁷ e uma decisão da Autoridade da Concorrência espanhola⁷⁸.
385. Ora, importará aqui sublinhar que o autor citado apenas defende que o grau de concorrência e poder de mercado se deve aferir pela existência de suficientes participantes credíveis em cada concurso, e pela inexistência de barreiras à entrada (como sustentam as notificantes), no caso concreto do que denomina por *ideal bidding markets*, isto é, num cenário ideal de mercados públicos⁷⁹.
386. Sucede, porém, que a obra referida tem precisamente como escopo analisar os problemas que se colocam, na prática, em mercados que raras vezes correspondem àquele ideal.
387. Ou seja, o autor logo começa por referir que os *bidding markets* não são, as mais das vezes, distintos dos *ordinary markets*, colocando-se na análise daqueles, como é o presente caso, precisamente os mesmos problemas concorrenciais que se colocariam nos segundos.⁸⁰
388. Por outro lado, enfatiza o autor, que em determinados sectores – como parece ser claramente o caso da presente operação, atento a actividade em causa – um concurso não é um acto isolado, ao mesmo tempo que um incumbente, como a Brisa, poderá ter uma vantagem face aos demais concorrentes, o que seguramente, entende a AdC, se traduzirá na existência de poder de mercado, devido às concessões (experiência) anterior adquirida. No entender da AdC – e da EP – Estradas de Portugal – o número de quilómetros parece, assim, ser um possível critério para aferir dessa experiência anterior.⁸¹

⁷⁶ Cfr. Queixa apresentada pelos accionistas da AEA à Comissão Europeia contra a BRISA, de 1 de Agosto de 2002, Ponto 9.50, a qual se encontra apenas ao processo de concentração em apreciação.

⁷⁷ Paul Klempner, *Bidding Markets*, United Kingdom Competition Commission, Junho de 2005.

⁷⁸ Processo N-03030 *Sacyr-Vallermoso / ENA*.

⁷⁹ Paul Klempner, Op. Cit., ponto 2.1.

⁸⁰ *Idem*, ponto 2.2.

⁸¹ *Ibidem*.

389. Por último, e como conclui a autor citado pelas notificantes, se é verdade que os *bidding markets* têm características específicas, parece certo, porém, que «a importância de algumas dessas características tem sido sobrevalorizada de forma muito significativa, enquanto outras implicam a necessidade de uma política de concorrência mais restritiva em vez de mais permissiva» (tradução nossa).⁸²
390. Acresce que, na perspectiva dos proponentes, e conforme referido no ponto 375, não será indiferente o facto de o concurso em causa se reportar à adjudicação de uma auto-estrada complementar à rede por si detida, na exacta medida em que este terá claramente um interesse acrescido em que lhe seja atribuída a concessão quando comparado com os demais concorrentes. Também daqui se pode inferir que os concursos não são actos isolados, podendo, em determinadas situações, apresentar uma ligação entre si (não na perspectiva do concedente, mas sim na perspectiva do potencial concessionário).
391. Todavia, e no caso concreto, verifica-se que, não obstante a BRISA deter poder de mercado, a informação coligida no processo não permite definir com rigor as ligações existentes entre os vários concursos para um concorrente como a BRISA, e, conseqüentemente, a sua vantagem face às demais empresas.
392. Por outro lado, das diligências efectuadas junto da EP – Estradas de Portugal, foi possível concluir que a experiência valorada para efeitos de apreciação da proposta em sede de concurso (no que se refere ao número de quilómetros concessionados anteriormente), respeita quer ao território nacional, como a quaisquer outras concessões detidas fora de Portugal. Ou seja, independentemente do poder de mercado existente, este factor mitiga aquela possível vantagem da BRISA, já que outros concorrentes com uma posição significativa fora do território nacional (pense-se, *v.g.*, numa empresa espanhola) se poderão apresentar a concurso com uma experiência de não despreciada importância.
393. Neste sentido, a AdC deve aceitar que, para efeitos de análise da presente operação, não existem elementos que comprovem os indícios inicialmente apontados para a existência de barreiras significativas à entrada e de criação de uma posição dominante no mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão.

⁸² *Ibidem*, ponto 8.

5.2.3 EM CONCLUSÃO

394. De todo o exposto na presente secção, e em face dos elementos coligidos pela AdC, não se concluiu pela criação de uma posição dominante no *mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão*.

VI. SISTEMATIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS

6.1. MERCADOS DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS

395. Em face de todo o exposto, impõe-se fazer uma súpula das principais conclusões a que a AdC chegou após análise de todo o acervo de informações coligidas no procedimento.

6.1.1. Substituibilidade

396. A primeira conclusão que se impõe retirar, prende-se com a substituibilidade existente entre as auto-estradas A1 e A8, na rede viária actual, e A1 e corredor IC1, na rede viária futura, a qual ficou cabalmente demonstrada.
397. Para tanto, foram determinantes informações da própria notificante, que logo na notificação apresentada admitia a substituibilidade das auto-estradas, na perspectiva da procura (por utilizadores).
398. A mesma conclusão se podia igualmente retirar dos Relatórios e Contas da BRISA – onde se admitia que «*O crescimento registado nesta auto-estrada [A1] foi negativamente influenciado pela abertura, em Outubro, ao tráfego dos novos sublanços da auto-estrada sem cobrança ao utilizador (SCUT), Costa da Prata, entre Estarreja e o Porto*»; ou dos Relatórios e Contas da AEA – onde se admitia «*fazer funcionar a A8 cada vez mais como uma alternativa à A1*».
399. Questionada a EP – Estradas de Portugal (que representa o Estado enquanto Concedente) sobre a mesma questão, esta entidade afirmou que «*a A8 [é] claramente uma alternativa à A1 no percurso até Leiria*», mais tendo acrescentando que «*não sendo neste momento ainda uma alternativa entre Lisboa e Porto, mas sendo-o de futuro aquando da conclusão da A17 no final de 2007*», ou seja, quando a A8 estiver completa entre Lisboa e Porto.

400. Por outro lado, foram analisados vários estudos apresentados pelas notificantes para esta operação, e estudos preparados antes da operação projectada, que corroboram a existência de substituíbilidade entre as duas auto-estradas – cfr. tabela seguinte, contendo listagem dos estudos.

Tabela 12: Estudos e Relatórios

Estudos e Relatórios enviados pelas Notificantes:	Origem do Estudo
TIS.PT, "Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à BRISA", Julho de 2004.	Enviado pelas Notificantes.
VTM – Consultores de Engenharia, "Revisão das Previsões de Tráfego da Concessão Oeste (2004-2028)", Junho de 2003.	Enviado pelas notificantes.
AEA, Relatório de Gestão de 2003.	Enviado pelas notificantes.
BRISA, Relatório e Contas de 2004.	Enviado pelas notificantes.
Steer Davies Gleave, "West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit", Novembro de 2003. Auditoria a um estudo da VTM – Consultores de Engenharia intitulado "Revisão das Previsões de Tráfego da Concessão Oeste (2004-2028)", Junho de 2003.	Enviado pelas notificantes.
Outros Estudos ou Relatórios:	
Steer Davies Gleave, "West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit", Agosto de 2001. Auditoria a um estudo da VTM – Consultores de Engenharia intitulado "Revisão do Modelo de Previsões de Tráfego da Concessão Oeste", Março de 2001.	Enviado pela E.P. – Estradas de Portugal, em resposta a pedido de elementos.
Capita Symonds Group Limited, Janeiro 2005: "The arranging Banks Litoral Centro Concession: Traffic Audit". Elaborado para os Bancos que integraram o consórcio BRISAL.	Enviado pelo Millennium BCP Investimento, em resposta a pedido de elementos.
Estudos que integram o processo administrativo que correu termos nesta Autoridade com o número de processo PA/11/2002, o qual foi apenso ao Processo de Controle de Concentrações presente:	
CRA – Charles River Associates Ltd., "A Concessão do Litoral Centro: Uma Abordagem de Política da Concorrência", Março de 2002.	Realizado para o Consórcio AECP, de que faziam parte os accionistas da AEO.
NERA – National Economic Research Associates, "The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL", Março de 2002.	Realizado para o Consórcio AECP, de que faziam parte os accionistas da AEO.

401. Concluir pela substituíbilidade entre as duas auto-estradas é concluir pela existência de concorrência entre as mesmas, e, conseqüentemente, pela existência de pressão concorrencial entre as várias concessionárias.

6.1.2. Concorrência pelos Preços e pela Qualidade

402. A análise desenvolvida permitiu concluir que a concorrência se faz através da qualidade e dos preços – neste sentido, vejam-se os próprios Relatórios e Contas das Notificantes, referidos nos pontos 88 e 101 da decisão, e os estudos, apresentados *supra* na Tabela 4.

a) Margem de actuação

403. Partindo deste entendimento, a AdC procurou concluir se – independentemente de a concorrência se poder fazer pela qualidade e preços – as notificantes teriam alguma margem de actuação face a cada um destes parâmetros. A resposta foi claramente positiva, isto é, as notificantes podem, querendo actuar sobre a qualidade e os preços no exercício da sua actividade de exploração das concessões.

b) Preços

404. Efectivamente, ambos os contratos de concessão, referentes às auto-estradas A1 e A8 – esta última objecto da aquisição projectada – prevêem que as taxas poderão variar consoante a hora do dia ou adaptar-se, em zonas especiais, a passagens regulares e frequentes ou a outras circunstâncias, tendo em vista a prestação do melhor serviço aos utentes e o interesse público – *ou seja, existe margem de actuação das concessionárias*.
405. Acresce que os Contratos de Concessão fixam apenas um tecto máximo para o rácio de preços entre veículos de Classe 1 (automóveis ligeiros) e veículos pesados, da Classe 2 à Classe 4 – o que equivale a dizer que poderão ser praticados preços inferiores ao tecto máximo, ou seja, também aqui *existe margem de actuação das concessionárias*.
406. De facto, se é verdade que os preços estão sujeitos a tectos máximos de actualização, tal não significa necessariamente que, em condições de concorrência efectiva, não possam as diferentes concessionárias (existindo mais do que uma) ter interesse e incentivo para praticarem taxas de portagem abaixo desse tecto, como forma de captarem novos utentes.

407. Por outro lado, não se poderá ignorar, como se referiu, que segundo um estudo de 2002, realizado pela NERA⁸³, para a AEA, aqui notificante, intitulado *"The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL"*, a A1 representa cerca de 55% das receitas da BRISA, estimando aquela consultora que, com a abertura da Litoral Centro, e consequente abertura ao tráfego de todo o eixo concorrente Lisboa/Porto (corredor IC1), cerca de 24% das receitas da A1 serão perdidas.
408. Ora, em resultado da operação e da subsequente eliminação da pressão concorrencial existente, a BRISA não terá qualquer incentivo para apresentar preços mais baixos ou para melhorar ou manter a qualidade do serviço ou da exploração (pense-se, v.g., na realização de obras de alargamento das vias, na reparação do piso, no melhoramento da qualidade da sinalização ou das medidas de segurança).

c) Qualidade

409. As notificantes sustentam que a escolha dos utilizadores entre as duas auto-estradas (A1 e A8, ou A1 e corredor IC1) será feita, não necessariamente em função do preço das tarifas cobradas ao utilizador, mas segundo critérios como as condições de tráfego. Ou seja, claramente admitem que uma concessionária poderá atrair (ou afastar) utentes para a sua concessão em função, v.g, dos trabalhos – de manutenção ou expansão – que realizar na via.
410. Nas concessões em apreço, e à luz da legislação aplicável, verifica-se que as bases de concessão apenas consagram normas genéricas de manutenção e conservação da concessão, recorrendo as mais das vezes a conceitos indeterminados, que carecem necessariamente de concretização.
411. Segundo dados apresentados pelas notificantes, pode inferir-se com rigor que, no caso de obras de alargamento que decorreram entre 1994 e 2004 (mencionadas na notificação), a data de conclusão dos trabalhos nunca coincide com a data de conclusão prevista, registando-se sempre um atraso na execução da obra.
412. A isto acresce que segundo a referida auditoria do Tribunal de Contas, cerca de 30% dos atrasos se ficaram a dever à não apresentação de estudo prévio pela BRISA, pelo que não colhem, pelo menos na totalidade, as justificações apresentadas pelas notificantes.

⁸³ Estudo da NERA – National Economic Research Associates, intitulado *"The Problems of Awarding the Litoral Centro Concession to BRISAL"*, datado de Março de 2002, realizado para o Consórcio AIEP, de que faziam parte os accionistas da AEO.

413. A isto acresce que as notificantes admitem expressamente que a realização de obras de alargamento e beneficiação dos pavimentos têm um impacto negativo face ao serviço prestado ao consumidor, que se poderá traduzir, *v.g.*, ao nível de uma redução de faixas, da redução da velocidade máxima, do congestionamento do tráfego.

6.1.3. Ausência de Fiscalização

414. Por outro lado, as obrigações contratuais em matéria de qualidade são meramente genéricas, acrescentando que a fiscalização das obras compete, as mais das vezes, à própria concessionária.
415. No que respeita à A1, *«importa realçar que a programação das intervenções é gerida pela BRISA e os trabalhos são realizados utilizando serviços exteriores contratados, que são fiscalizados por serviços ou empresas do grupo BRISA (...)»* – in Resposta das notificantes de 14.2.2006 a pedido de elementos da AdC (realce e sublinhado nossos).
416. No caso da A8, *«Compete à AEA assegurar, através dos seus meios próprios ou mediante entidades especialmente contratadas para o efeito, a fiscalização das empreitadas em causa»* – in Resposta das notificantes de 14.2.2006 a pedido de elementos da AdC (realce e sublinhado nossos).
417. Ou seja, conforme resulta de tudo o que se afirmou quanto a esta matéria, as concessionárias gozam de discricionariedade no planeamento, execução e fiscalização das obras a que, em termos meramente genéricos, estão obrigadas por força das obrigações emergente dos contratos de concessão.
418. Nestes termos, a consequência da realização da operação de concentração projectada será a supressão ou forte diminuição da pressão concorrencial existente ou potencial e consequente supressão ou forte diminuição de incentivos para concorrer através da qualidade, designadamente oferecendo serviços mais eficientes aos consumidores.

6.1.4. Barreiras à Entrada

419. No que se refere a barreiras à entrada nestes mercados, são as próprias notificantes quem refere que os mesmos são mercados fechados, não havendo concorrência potencial, o que decorre do facto de as concessões serem atribuídas em regime de exclusividade durante um período que, em regra, é de 30 anos, não existindo e não se

prevendo que venham a existir troços alternativos àqueles. A única via de entrada no mercado é assim a aquisição de uma concessionária.

6.1.5. Conclusão

420. De todo o exposto em sede de avaliação jusconcorrencial dos mercados da exploração de auto-estradas nos trajectos Lisboa/Leiria e Lisboa/Porto, pode concluir-se que a realização da operação de concentração projectada, conduzirá ao reforço da posição dominante da *BRISA*, a qual é susceptível de criar entraves à concorrência efectiva no mercado, por via da qualidade e dos preços, não podendo, portanto, ser objecto de uma decisão de não oposição.

6.2. MERCADO DOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA A ADJUDICAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DE AUTO-ESTRADAS EM REGIME DE CONCESSÃO.

421. No que se refere a este mercado, os dados inicialmente coligidos apontavam para a existência de um mercado com barreiras à entrada, no qual as notificantes, em resultado da operação projectada, poderiam criar uma posição dominante susceptível de conduzir a entraves significativos à entrada.

422. A investigação aprofundada revelou que o número de quilómetros poderá ser o melhor critério para aferir da dimensão do mercado, que, para efeitos de apreciação das propostas apresentadas a concurso, a experiência anterior poderá ser relevante, sendo que, no entanto, são consideradas quer as concessões anteriormente adjudicadas em território nacional, como aquelas detidas fora de Portugal, no que respeita à experiência referida.

423. Neste sentido, a AdC deve aceitar que, para efeitos de análise da presente operação, não existem elementos que comprovem os indícios inicialmente apontados para a existência de barreiras significativas à entrada e de criação de uma posição dominante no *mercado dos concursos públicos para a adjudicação da exploração de auto-estradas em regime de concessão*.

VII. AUDIÊNCIA PRÉVIA

424. Nos termos do artigo 38.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, foi realizada a necessária audiência de interessados, tendo as notificantes apresentado observações ao projecto de decisão notificado.

7.1. DA MARCHA DO PROCEDIMENTO

425. Nas observações apresentadas em sede de audiência de interessados pelas notificantes, estas começam por tecer algumas considerações sobre a forma como o procedimento se desenvolveu, bem como sobre o momento e oportunidade que presidiram à realização de diligências por parte da AdC.

426. Quanto a este aspecto, importa apenas salientar que a AdC encontra-se obrigada a adoptar uma decisão dentro dos prazos previstos na Lei da Concorrência, devendo realizar as diligências instrutórias que entenda necessárias.

427. Ora, a menos que as notificantes pretendessem insinuar que a AdC teria gerido o prazo para a prossecução do procedimento de forma deliberadamente dilatária, o que não se concede, nem parece ser o caso, então deve apenas esclarecer-se que é apenas a esta entidade que compete, dentro dos prazos previstos na lei, e que não foram esgotados, realizar as diligências que considere necessárias e adequadas, segundo o seu juízo discricionário de oportunidade quanto ao momento de realização das mesmas.

428. Sem prescindir, sempre se deverá enfatizar que durante o decurso de um qualquer procedimento afigura-se necessário realizar as diligências adequadas, mas também tratar toda a informação remetida à AdC – pense-se que, no caso concreto, o processo administrativo é composto por cerca de 12 (doze) volumes – bem como reflectir e ponderar antes de decidir.

7.2. DOS ESTUDOS

429. No âmbito do procedimento foram coligidos e compulsados 12 estudos e relatórios, realizados em momentos diferentes, sendo que dois desses estudos – da TIS.PT, datados de 2005 e 2006 – foram apresentados pelas notificantes para esta operação.

430. A AdC afirmou ser seu entendimento que os estudos realizados em momento anterior à concentração deverão ser valorizados de forma distinta, porque não elaborados pelas

notificantes com o escopo específico de defender uma qualquer posição neste processo. Para tanto socorreu-se a AdC do que vem sendo defendido, v.g., pela ICN.

431. Certo, porém, é que independentemente da interpretação que se possa fazer sobre o entendimento da ICN sobre esta matéria – e que se julga ser aquele que foi expresso na decisão – tal não faz precluir as conclusões a que a própria AdC chegou após analisar os diferentes estudos, nem a respectiva valoração dos mesmos.
432. Neste sentido, improcedem as observações das notificantes quanto a esta matéria. Ou seja, a AdC mantém o entendimento que os estudos realizados em momento anterior à realização da presente operação, não foram infirmados ou desvalorizados pelos estudos agora apresentados pelas notificantes, sendo certo, ademais, que da análise destes últimos não se poderia retirar semelhante conclusão, independentemente do maior ou menor valor que se entendesse atribuir ao mesmo.
433. Por outro lado, se é verdade que, como sublinham as notificantes, a consultora escolhida (TIS.PT) é totalmente independente e idónea, não será menos verdade que essa idoneidade já existia no momento em que foi elaborado, pela mesma entidade, o estudo de Julho de 2004, tal como idóneas seriam as demais consultoras referidas.
434. Não se trata, enfatize-se, de uma questão de idoneidade das consultoras, mas sim da análise crítica dos resultados oferecidos pelos estudos e do contexto em que os mesmos foram realizados.
435. Veja-se, por exemplo, a comparação realizada entre os estudos da TIS.PT, realizados no decorrer do procedimento, e o estudo realizado pela mesma entidade em Julho de 2004. Verifica-se que o estudo de Fevereiro de 2006 claramente subavalia as variações de tráfego na A1 e na A8, na passagem da rede actual para a rede futura, quando se compara com as variações obtidas pelo estudo da TIS.PT de Julho de 2004.
436. Ora, a constatação de tais contradições entre os estudos não visa colocar em causa a credibilidade ou competência de quem os realizou, neste caso até realizados pela mesma entidade, mas apenas salientar que os vários estudos que integram o processo apontam para sentido diverso daquele para que apontam os estudos realizados pela TIS.PT, já no decorrer do presente procedimento.
437. Refira-se ainda que são as próprias notificantes, como mencionado no ponto 160, que afirmam que *«estamos a analisar resultados de modelos complexos e sensíveis a grande número de pressupostos de base que não são idênticos nos dois estudos»*,

quando se referiam aos estudos de Outubro de 2005 e de Fevereiro de 2005, por comparação com o estudo de Julho de 2004, todos eles realizados pela TIS.PT.

438. Por último, da leitura dos pontos 136 e seguintes, não poderão restar quaisquer dúvidas sobre a fundamentação apresentada pela AdC, de forma desenvolvida, quanto à sua discordância face aos estudos apresentados pelas notificantes.
439. No que respeita à queixa da AEA, e independentemente do desfecho que esta teve, importará sublinhar alguns pontos. Desde logo, é manifestamente irrelevante saber se a queixa seria procedente ou não, na exacta medida em que os dados que revelam para efeitos de apreciação da presente operação, e que foram valorados pela AdC, encontram-se plasmados nos estudos preparados por várias consultoras, que se debruçaram sobre a análise do mercado, aferindo, *grosso modo*, da substituíbilidade existente entre as duas auto-estradas, A1 e IC1, e do impacto no mercado da aquisição pela Brisa (que já detinha a A1), da concessão Litoral Centro (parte integrante do corredor IC1).
440. Ora, se tais estudos e conclusões já eram relevantes em sede de aquisição da Litoral Centro pela Brisa, então, por maioria de razão, *a fortiori*, os mesmos revelam outrossim no caso em apreço (em que a Brisa verá acrescer às concessões por si detidas, a concessão A8, que passará a controlar conjuntamente).
441. Se algo se pode extrair do facto de tais estudos terem sido, em alguns casos, preparados para a AEA no âmbito da queixa, é que também esta entidade, agora notificante, já teve, pelo menos, entendimento convergente com as conclusões agora plasmadas na decisão da AdC, designadamente quanto à concorrência existente entre os dois corredores de auto-estrada, substituíbilidade existente entre ambos e impacto negativo que uma aquisição pela Brisa de um troço no corredor IC1 poderia ter.
442. Deste modo, questiona-se, seria absolutamente despiciendo considerar que uma das notificantes tinha chegado, em 2002, a conclusões semelhantes às da AdC no que concerne à substituíbilidade dos dois corredores de auto-estrada, e quanto ao efeito que poderia advir para o mercado da aquisição, pelo operador dominante na A1, da Litoral Centro?
443. Dever-se-ia ignorar semelhantes considerações num cenário onde o operador dominante na A1, que entretanto ganhou a concessão Litoral Centro, passaria a deter agora, conjuntamente, também a A8? Parece claramente que não.

444. O que se pretendeu demonstrar com as citações da AEA em sede da queixa apresentada à Comissão Europeia foi, precisamente, que as conclusões da AdC, fundadas na análise crítica de dados, não eram sequer muito díspares, antes convergentes, com o entendimento manifestado pela AEA, três anos antes, quanto à definição do mercado e eventual impacto no mesmo de novas aquisições efectuadas pela Brisa.
445. Relembre-se que a substituibilidade entre as duas auto-estradas foi fundamentada em diversos elementos que não apenas na informação contida na queixa referida. A título de exemplo, vejam-se os pontos 84 e 114, que referem um estudo da TIS.PT de 2004, os pontos 85 e 119 a 125, que referem um estudo da Capita Symonds, o ponto 88, que refere o Relatório de Gestão de 2003 da AEA, o ponto 89, que refere a perspectiva da EP – Estradas de Portugal, o ponto 110, que refere a visão da AENOR, o ponto 118, que refere o estudo da Steer Davies Gleave de 2001, entre outros elementos ponderados na análise da AdC.
446. Em momento algum se teceu qualquer consideração sobre o comportamento da Brisa, nomeadamente em sede de eventual abuso de posição dominante, que motivou a referida queixa.
447. Independentemente da valoração que tal entendimento da AEA (quanto à definição de mercado e impacto no mesmo da aquisição de novas concessões pela Brisa) pudesse agora merecer por parte da AdC, o que releva – e nisso se fundamenta a decisão – é, precisamente, e como sugerem as notificantes, a análise crítica, técnica e científica dos dados coligidos no procedimento.
448. Parece assim despropositada a afirmação das notificantes (ponto 57) de que a AdC terá fundado as suas conclusões em queixas (ponto 57, § 3), e em estudos e análises preparadas para os accionistas da AEA no âmbito das queixas apresentadas em 2002 junto da Comissão Europeia (ponto 57, § 2).
449. Tal não corresponde à verdade, como resulta de forma inequívoca da decisão: a AdC, fundamenta as suas conclusões na **(i)** análise técnica de 12 estudos e relatórios (ver Tabela 4 e Tabela 5) coligidos no procedimento – nos quais se incluem quer os próprios (dois) estudos apresentados pelas notificantes, quer os (dois) estudos apresentados em sede da queixa apresentada pela AEA; e em **(ii)** informação remetida pelas notificantes, concorrentes e entidades terceiras.
450. Como já se salientou, é irrelevante que dois dos dez estudos analisados tenham sido elaborados no contexto da queixa apresentada pelos accionistas da AEA, porquanto –

como sublinham as notificantes – não é a idoneidade das consultoras escolhidas, naquele momento ou para esta operação, que está em causa mas sim os factos. É nestes que se fundam as conclusões da AdC.

451. Mais relevante, como já afirmado, foram analisados outros estudos, incluindo da própria consultora escolhida pelas notificantes para esta operação, realizados em momento anterior à concentração e fora do contexto das referidas queixas, cujos resultados apresentam alguma ambiguidade face aos estudos mais recentes apresentados para esta operação. Destarte, são desprovidas de qualquer fundamento as asserções das notificantes quanto a esta matéria.

7.2.1. Da análise feita pela AdC aos estudos

452. No que concerne o valor de elasticidade cruzada utilizado pela AdC, para demonstrar os efeitos da pressão concorrencial exercida pela BRISA sobre a AEA, nomeadamente num cenário de rede viária futura, considera a notificante que o valor apresentado (1,53) é de tal forma elevado que não parece compatível com o valor do tempo de viagem que repetidamente tem sido encontrado neste tipo de estudos, assim como se desconhecem estudos científicos publicados que apontem para níveis de elasticidades cruzadas semelhantes entre auto-estradas.
453. Nesta linha, também a Steer Davies Gleave, empresa a quem a notificante pediu, já em fase de audiência de interessados, uma auditoria dos estudos realizados pela TIS.PT no âmbito do presente procedimento, considera aquele valor de elasticidade cruzada como estando sobreavaliado, nomeadamente porque o modelo de base parece sobreavaliar a sensibilidade dos veículos pesados a alterações nas taxas de portagem⁸⁴.
454. Ora, importa referir que o valor da elasticidade cruzada *supra* referido resultou de um modelo que assumiu que o tráfego de veículos pesados representava cerca de 10% do tráfego total da A8 (*cf.* tabela 2.2 do estudo “West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit”), pelo que a alegada sobreavaliação da sensibilidade dos veículos pesados a alterações de taxas de portagem a que a Steer Davies Gleave faz referência não é suficiente para alterar significativamente aquele valor da elasticidade cruzada.
455. Importa ainda referir que aquele valor de elasticidade cruzada é suficiente mas não necessário para que, num cenário de rede futura, uma diminuição unilateral de 5% a

⁸⁴ Esta explicação já aparecia no estudo “West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit”, realizado pela Steer Davies Gleave em Agosto de 2001.

10% nas taxas de portagem da A1 se traduza num aumento do respectivo tráfego em mais do que 5% a 10%, o que tornaria a diminuição da taxa de portagem lucrativa.

456. De facto, e conforme referido nos pontos 263 e seguintes, uma diminuição das portagens da A1 traduz-se no aumento do respectivo tráfego por três motivos, a saber (i) desvio de tráfego da A8 para a A1, (ii) desvio de tráfego de outras vias rodoviárias para a A1, e (iii) indução de novas viagens. Ora, ainda que (i) justifique uma parte considerável do acréscimo de tráfego da A1 face a uma diminuição das respectivas portagens, atento o grau de substituíbilidade entre a A1 e a A8 sobejamente demonstrado ao longo do presente procedimento, não deixa de ser relevante para a Brisa o acréscimo de tráfego motivado por (ii) e (iii).
457. Atento o valor de elasticidade cruzada de 1,53, a AdC demonstrou que o desvio de tráfego da A8 para a A1 é suficiente para que a Brisa considere lucrativo, num cenário de rede futura e em que a presente operação não se realiza, uma diminuição das respectivas taxas de portagem.
458. Ora, mesmo que o desvio de tráfego da A8 para a A1 não correspondesse exactamente ao valor que é sugerido por aquela elasticidade cruzada, o acréscimo de tráfego da A1 que resulta do desvio de tráfego de outras vias rodoviárias para a A1, assim como a indução de novas viagens na A1, permitiria concluir pelo interesse da Brisa em reduzir as respectivas taxas de portagem.
459. Afirmam as notificantes que «a *Steer Davies Gleave confirma a justeza das conclusões resultantes do estudo*» da TIS.PT, de Fevereiro de 2006.
460. No entanto, esta consultora não se exime de criticar alguns dos pressupostos em que se baseou o estudo da TIS.PT, não os considerando convincentes.
461. Com efeito, a *Steer Davies Gleave* conclui que o modelo da TIS.PT realizado no âmbito do presente procedimento subavalia o grau da atractividade da A8 face à A1, nomeadamente em resultado de se ter assumido que (i) a velocidade base do IC1 é menor do que a velocidade base da A1, e que (ii) a A1 apresenta um nível de conforto e segurança maior face à A8⁸⁵.

⁸⁵ A notificante justifica estas opções pelo facto da A8 ter alguns troços sem portagem com maior número de entradas e saídas do que os troços portajados – referem-se ao troço intermédio entre Bombarral e Tornada de cerca de 24 km, ou seja cerca de 20% da extensão total da A8 –, assim como apresentar duas barreiras de portagem em plena via (no início e no final do troço intermédio não portajado), o que reduz a velocidade média e o grau de conforto dos utilizadores da auto-estrada.

462. Aquelas opções do modelo explicam, no entendimento da Steer Davies Gleave, o desvio de tráfego pouco significativo da A1 para a A8 que resulta da conclusão do corredor IC1 entre Lisboa e Porto. De facto, concluiu a Steer Davies Gleave que o acréscimo de tráfego da A8 previsto pelo modelo da TIS.PT, após a conclusão da rede futura, corresponde essencialmente a tráfego de curta e média distância, o que claramente influi negativamente no grau de substituibilidade entre as duas auto-estradas alternativas e nos respectivos valores de elasticidade.
463. Ora, seria expectável, na opinião da Steer Davies Gleave, que a A8 viesse a capturar algum do tráfego de longa distância que presentemente utiliza a auto-estrada A1, após a conclusão do corredor IC1 entre Lisboa e Porto. Este é, aliás, o entendimento do estudo citado pela AdC "Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à BRISA", realizado pela TIS.PT em Julho de 2004, que prevê desvios significativos de tráfego entre a A1 e a A8 após a conclusão do corredor IC1 (*cfr.* pontos 143 e seguintes).
464. Assim, o aumento do tráfego de longa distância da A8 teria implicações no grau de substituibilidade entre as duas auto-estradas que não estão a ser captadas pelo modelo da TIS.PT, e, por esta via, na elasticidade da procura da A1. Ou seja, a elasticidade da procura da A1 apresentada no modelo da TIS.PT que, recorde-se, apresenta no cenário de rede futura um valor de 0,75, subavalia a sensibilidade da procura da A1 a alterações nas respectivas taxas de portagem.
465. A Steer Davies Gleave, não obstante ter criticado os pressupostos que levaram aos resultados de elasticidade obtidos pela TIS.PT, não procedeu a novo cálculo da elasticidade, tendo apenas decidido optar por um valor de 0,5, usando assim um valor que considera verificar-se, a nível internacional, noutras auto-estradas com portagem.
466. Não referiu, no entanto, se alguma dessas auto-estradas estaria em situação semelhante ao caso particular da A1 e corredor IC1, que percorrem de forma paralela o percurso entre Lisboa e Porto.
467. A notificante critica ainda as conclusões da AdC, por se terem baseado no valor da elasticidade cruzada calculada pela VTM, quando este estudo claramente sobreavaliou o volume de tráfego da A8 para o ano de 2005 – ano que servia de base ao cálculo daquela elasticidade.
468. Quanto a este ponto, importa referir que a VTM utilizou o ano de 2005 por ser o horizonte temporal em que, à data, se previa a conclusão do IC1. Ora, atendendo a que a conclusão do IC1 está, actualmente, prevista para o final de 2007, é natural que

os volumes de tráfego do estudo da VTM e os verificados em 2005 não coincidam, nomeadamente porque a conclusão do IC1 entre Lisboa e Porto tem clara influência na capacidade da A8 em atrair tráfego de longa distância (cf. Ponto 156).

469. Reitera-se que a AdC utilizou o ano de 2010 como o seu horizonte de análise da rede futura, nomeadamente para captar os efeitos que resultam da conclusão do IC1 entre Lisboa e Porto no tráfego da A8 – com a conclusão do IC1, assistir-se-á a um desvio adicional de tráfego de longa distância entre a A1 e a A8, o que claramente influenciará o grau de substituíbilidade das duas auto-estradas e a respectiva pressão concorrencial exercida entre elas.
470. A notificante conclui ainda que as estimativas de tráfego utilizadas pela AdC para o ano de 2010 representam um crescimento anual constante do tráfego da A8 e da A1, face aos volumes de tráfego verificados em 2004, de cerca de 11,22% e 5%, respectivamente, o que consideram ser um crescimento excessivamente optimista.
471. Ora, importa sublinhar que as estimativas de tráfego que agora parecem sobreavaliadas, no entender das notificantes, não são mais do que as estimativas mais recentes, produzidas, precisamente, pela Brisa e pela AEA, para o tráfego da A1 e da A8, para o ano de 2010⁸⁶. Foram estes os dados utilizados pela AdC na sua análise.
472. Acresce ainda que os estudos apresentados pelas notificantes, no decurso do procedimento, parecem ter por base pressupostos que não reflectem as próprias previsões mais recentes das notificantes, quanto ao peso relativo de tráfego entre as duas auto-estradas A1 e A8, para o cenário de rede futura.
473. Com efeito, o estudo (da TIS.PT) de Fevereiro de 2006, como referido no ponto 150, estima que o tráfego da A8 corresponderá a 39% do tráfego da A1, enquanto que as previsões das notificantes apontavam para que o tráfego da A8 correspondesse a 52,3% do tráfego da A1, em 2010 (cf. Ponto 150).
474. As justificações apresentadas pelas notificantes não parecem suficientes para explicar as diferenças encontradas, sendo que o objectivo de analisar a rede viária futura prendia-se exactamente com a necessidade de compreender de que forma ocorrerá o crescimento de tráfego da A1 e da A8, em virtude da abertura de novas vias. Ou seja, o modelo apresentado não foi capaz de cumprir esse objectivo.

⁸⁶ Anexos 15 e 16 da resposta da notificante, enviada à AdC em 11/10/2005 [estimativa de TMDA para os anos de 2005 e 2010].

475. Afirmam ainda as notificantes que, na análise da sensibilidade das transferências entre auto-estradas por influência dos preços relativos de uma e outra, optaram por trabalhar com factos concretos, isto é, com os tráfegos contabilizados em 2004, em vez de trabalhar com projecções. Adiantam ainda que, para o cálculo das elasticidades cruzadas, percentagens de desvio de tráfego e interesse económico das manipulações da tarifa de portagem, é indiferente realizar os cálculos com os tráfegos actuais ou com previsões de tráfegos futuros.
476. Se assim fosse, pareceria ser indiferente ao consumidor a conclusão do corredor IC1 para a sua apreciação das duas alternativas como eventuais alternativas. Ora, tendo em conta que, uma vez completo o corredor IC1, a A8 irá poder atrair, de forma significativa, tráfego de longo curso que antes não optaria por esta via, será de estranhar que nada se altere ao nível da sensibilidade dos utilizadores e, conseqüentemente, do desvio de tráfego. Do mesmo modo, ao alterar-se o peso relativo, em termos de tráfego, das duas auto-estradas, não será de esperar que a sensibilidade e desvio de tráfego se mantenham ao mesmo nível.

7.3. DEFINIÇÃO DOS MERCADOS

477. Nas observações ora apresentadas, as notificantes manifestam a sua discordância face à definição dos mercados relevantes feita pela AdC, na esteira, aliás, de observações anteriores.
478. No que à definição do mercado relevante concerne, remete-se aqui para a secção IV da presente decisão (Mercados Relevantes), onde, de forma aturada, se fundamenta a posição adoptada quanto a esta matéria.
479. Importa todavia deixar uma nota quanto à rede viária futura, para dizer que a importância da sua análise (contestada pelas notificantes) resulta não só da obrigação de efectuar uma análise prospectiva sobre o impacto da operação nos vários mercados relevantes, sabendo-se aliás que o mercado será mais abrangente, mas também do facto, necessariamente concatenado com o primeiro, de em vez de cerca de 65 milhares de utilizadores eventualmente afectados pela operação, a concentração afectar num cenário futuro aproximadamente 85 milhares de utilizadores (cf. Pontos 208 e 219).

7.4. DA POSIÇÃO DOMINANTE

480. Conforme salientam as notificantes, a Lei da Concorrência consagra, em sede de controlo de concentrações de empresas, o teste da posição dominante, susceptível de conduzir a entraves significativos para a concorrência efectiva no mercado (cf. Artigo 12.º).

481. Como igualmente referem agora as notificantes, a posição dominante poderá ser definida, *prima facie*, como a capacidade de determinada empresa actuar com independência face aos seus concorrentes.

482. Já a concretização do que deva entender-se por *independência* não resulta da Lei da Concorrência, competindo, portanto, à AdC interpretar e integrar essa *lacuna*.

483. Citam ainda as notificantes o artigo 6.º, n.º 2 da Lei da Concorrência, para definir o conceito de posição dominante. Importará assim rememorar o que ali se encontra plasmado:

«Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço: A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes» – sublinhado nosso.

484. Ora, antes mesmo de qualquer outra consideração, sempre se dirá que na rede viária actual, a Brisa, que detém a A1, adquire o controlo conjunto da A8. Destarte, a menos que tivesse ficado demonstrado que independentemente do controlo conjunto, a A8 iria concorrer efectivamente com a A1 – o que não sucedeu – então podemos concluir, de forma tranquila, que a operação traduzir-se-ia aqui numa supressão total da concorrência efectiva.

485. Assim, e como sugerem as notificantes, estaria, desde já, preenchido o teste da dominância.

486. No que à rede viária futura respeita, parece que num cenário onde a Brisa ficaria com uma quota de 75% (somando à A1 e Litoral Centro a A8), sempre se poderá concluir, igualmente de forma pacífica, que, se a Brisa não sofre concorrência efectiva, assume, pelo menos, *preponderância relativamente aos seus concorrentes* (na terminologia do artigo 6.º, n.º 2, alínea a) citado pelas notificantes), estando assim, quanto a este mercado, preenchido igualmente o teste da dominância, nos termos em que o mesmo é invocado nas observações apresentadas.

487. Por outro lado, as notificantes reconduzem o teste da dominância, ou a aferição da independência de determinado operador face aos demais concorrentes, ao conceito de poder de mercado, nos termos em que o mesmo é entendido à luz das Orientações da Comissão, isto é, como a capacidade para aumentar os preços de forma lucrativa, reduzir a produção, a escolha ou qualidade dos serviços.
488. Sem prejuízo de se entender que o conceito de dominância deve ser definido pela AdC, à luz do quadro legislativo aplicável, e ainda que procurando a convergência com a posição comunitária, sempre se dirá que, no presente caso, todos os factores elencados foram efectivamente analisados, conforme se relembra seguidamente.

7.4.1. Quotas de mercado

489. Primeiro, e numa perspectiva mais imediata, analisou-se as quotas de mercado obtidas pelas notificantes após a operação de concentração (o que coincide com a posição das notificantes manifestada agora no ponto 14, § 2, das Observações).
490. Daqui se conclui que na rede viária actual a quota obtida em resultado da realização da presente operação seria de 100%.
491. Já na rede viária futura, a quota obtida em resultado da realização da presente operação seria de 79%.
492. Não releva para este efeito, como é bom de ver, o facto de a AEA ser controlada conjuntamente, na exacta medida em que não se pode imputar apenas metade dessa quota à notificante Brisa e a outra metade à AEA – isso mesmo resulta das regras emergentes do artigo 10.º da Lei da Concorrência, que apenas admite essa cisão para efeitos do cálculo do volume de negócios, nos termos do respectivo n.º 2.

7.4.2. Dos preços

493. A AdC analisou igualmente a capacidade que a Brisa teria, uma vez concretizada a operação, para aumentar os preços de forma lucrativa, sem que os concorrentes ou os utilizadores pudessem a isso obstar.
494. Desde logo, constatou-se que ambos os contratos de concessão prevêem que as taxas poderão variar consoante a hora do dia ou adaptar-se, em zonas especiais, a passagens regulares e frequentes ou a outras circunstâncias, tendo em vista a

prestação do melhor serviço aos utentes e o interesse público – *ou seja, existe margem de actuação das concessionárias em matéria de preços.*

495. Por outro lado, num cenário em que a Brisa sofresse pressão concorrencial de outros concorrentes, poderiam existir incentivos para não praticar as tarifas máximas cobradas aos utilizadores.

496. Daqui resulta que, num cenário em que exista concorrência efectiva, o preço cobrado aos utilizadores poderá não corresponder à tarifa máxima fixada. Assim, é possível concluir que, após a realização da operação, ainda que o preço realmente praticado fosse inferior ao preço máximo, a Brisa poderia, querendo, aumentar os preços até ao limite máximo, sem sofrer pressão concorrencial dos seus concorrentes (pouco expressivos no caso da rede viária futura) ou sem que os utilizadores pudessem ponderar uma alternativa, pela simples razão que deixaria de existir alternativa.

7.4.3. Da produção, escolha ou qualidade dos serviços

497. No que a qualidade respeita, procurou igualmente aferir-se da existência de margem de actuação face a este parâmetro, tendo-se concluído que, na ausência de pressão concorrencial, a Brisa não teria incentivos para concorrer pela qualidade (cf. pontos 281 e seguintes da decisão).

498. Do mesmo modo, passando o mercado de dois operadores para um operador na rede viária actual, e de três operadores para dois operadores na rede viária futura (controlando a Brisa, neste segundo cenário, cerca de 75% do mercado), pode concluir-se que os consumidores não teriam grande escolha face ao prestador de serviços.

499. No limite, as alternativas à utilização das auto-estradas detidas pela Brisa estariam fora do mercado relevante, tais como a realização do mesmo percurso através das estradas nacionais, por avião ou por comboio, com todas as desvantagens que isso acarretaria para os consumidores.

7.4.4. Conclusão

500. Em face de todo o exposto, deve concluir-se que o teste aplicado pela AdC na apreciação substancial da operação de concentração em causa, foi claramente o teste da dominância, nos termos e para os efeitos do artigo 12.º da Lei da Concorrência,

sendo portanto improcedentes as observações das notificantes no que a esta matéria concerne.

7.5. DA REGULAÇÃO EM MERCADOS CONCESSIONADOS

7.5.1. Da concorrência entre as auto-estradas

501. No que a este ponto respeita, importa apenas concordar com as notificantes quando sustentam no ponto 18 das suas observações que «*as actividades reguladas não se eximem por esse facto à aplicação das regras da concorrência*». A este respeito veja-se ainda o que se afirmou *supra* nos pontos 234 e seguintes.
502. Por outro lado, as notificantes sustentam que o princípio da exclusividade das concessões não foi revisto pelo Estado, o que redundaria na ideia de ausência de concorrência entre as duas auto-estradas, pelo que a realização da operação seria, neste sentido, inócua.
503. Por outro lado, acrescentam que «a existência de *viagens não cativas*, ou seja, de utilizadores que encaram a A8 e a A1 como alternativas, não basta para as incluir no mesmo mercado» - cf. Ponto 41, §2 das Observações. Ao invés, afirmam, existe um número de *viagens cativas* para cada auto-estrada, parecendo querer daí concluir que o número de viagens não cativas não é assim significativo
504. Ora, conforme se vem afirmando, as notificantes partem, desde logo, de uma premissa errada. Na verdade, reitera-se que foi precisamente o Estado quem concebeu a existência de duas auto-estradas paralelas e concorrentes entre si. Ou seja, independentemente de se tratar de concessões exclusivas, certo é que as duas auto-estradas são, como se demonstrou, substituíveis entre si e concorrem no mesmo mercado.
505. No que ao segundo argumento respeita, a própria Comissão Europeia, em sede de Comunicação relativa à definição de mercado relevante⁸⁷, claramente refere a necessidade de (em sede, por exemplo, de análise de inquéritos ao consumidor)

⁸⁷ Vide Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, Jornal Oficial nº C 372 de 09/12/1997, para. 41.

determinar se uma proporção economicamente significativa de consumidores considera dois produtos como permutáveis⁸⁸.

506. Também na doutrina se pode ler que *«enquanto houver um número razoável de consumidores que são “marginais” e estão dispostos a substituir o seu consumo em resposta a um aumento relativo de preços, a existência de outros consumidores que não substituem o seu consumo (mesmo que correspondam a uma maioria de consumidores) não implica um mercado mais estreito»*.^{89 90}
507. Sucede que, no caso concreto, o número de viagens não cativas (que, por isso, considerarão os dois corredores de auto-estrada como claramente substituíveis), representa cerca de 34% do número total de viagens realizadas. Neste caso, parece pacífico que se trata de uma parte economicamente significativa.
508. Ou seja, não procedem as observações das notificantes quanto a esta matéria, na exacta medida em que não é por existir um número, mais ou menos elevado, de viagens cativas, ou de isso ainda não ter despoletado qualquer reacção do Estado face ao princípio da exclusividade, que daí se pode inferir não haver concorrência entre as auto-estradas em causa, e não estarem as mesmas no mesmo mercado. Antes se demonstrou ao longo da decisão precisamente o contrário.

7.5.2. Dos preços e da qualidade à luz da Regulação

509. As notificantes insistem aqui na existência de uma forte regulação que, aparentemente, tudo resolveria no que a preços e qualidade respeita.
510. A primeira nota que importa fazer é que, como se reconhecia logo no ponto 234, não se desconhece que a actividade em causa está sujeita a regulação, embora reiterando que a regulação não substitui o funcionamento do mercado e a existência de uma concorrência efectiva.

⁸⁸ Do mesmo modo, pode ler-se, v.g., num *Research Paper* do *Office of Fair Trading* sobre a definição de mercado que a definição do mercado relevante assenta *«no número de consumidores marginais que substituiriam um produto por outro em consequência de uma alteração de preço»* (tradução nossa) – Vide *“Market definition in UK competition policy”*, *Research Paper 1* (OFTRP1), *Office of Fair Trading* do Reino Unido, 1992, p.47.

⁸⁹ Vide Bishop, S. e M. Walker (2002), *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell (London), parágrafo 4.57.

⁹⁰ Importa referir que a substituíbilidade aferida em função do *consumidor marginal* vem sendo utilizada na prática decisória da Comissão Europeia. Neste sentido, veja-se, v.g., a *decisão da Comissão* no caso IV/M.430 *Procter & Gamble/VP Schichedanz*, publicada no *Jornal Oficial* n.º L 354 de 31/12/1994 p. 0032 – 0065.

511. Quanto aos preços, não se afigura necessário repetir até à exaustão a posição defendida, sustentada e demonstrada, que se encontra plasmada na presente decisão, como se encontrava já no projecto precedente.
512. Já no que se refere à qualidade, as observações das notificantes não são despiciendas. Estas vêm, mais uma vez, salientar que os contratos de concessão estabelecem um conjunto de regras a que as concessionárias devem obedecer. Naturalmente não se desconhece nem tão-pouco se contesta esse facto.
513. Todavia, o que se procurou demonstrar, e julga-se que com sucesso, é que não obstante a existência de uma obrigação genérica de manutenção das auto-estradas em bom estado de conservação, em parte preenchida por aquele conjunto de regras, as notificantes poderão ser menos eficientes na ausência de pressão concorrencial.
514. Ou seja, o que se trata não é de analisar apenas se existem, ou não, regras fixadas nos contratos de concessão em sede de qualidade, mas sim concluir, primeiramente, se existe margem de actuação face à qualidade e, em segundo lugar, se os incentivos para manter ou melhorar a qualidade se alteram em função da concorrência existente.
515. Daqui decorre que se possa concordar com as notificantes que num cenário (hipotético, que não se concede ser o caso concreto) onde não existe concorrência no mercado por imposição do Estado, e onde a regulação é tão ampla que os operadores não terão qualquer margem de actuação, e mesmo que a tivessem nada se alteraria, uma qualquer operação teria, provavelmente, um impacto inócuo.
516. Todavia, não é este o caso em apreço: primeiro, existe concorrência no mercado; segundo, existe margem de actuação dos operadores; terceiro, em função da pressão concorrencial existente, haverá maiores ou menores incentivos para oferecer serviços com melhor qualidade.
517. É a necessidade de perspectivar esta questão e de acautelar eventuais entraves significativos para a concorrência em resultado do reforço de uma posição dominante (existente no caso concreto), que motiva a decisão da AdC, a qual, nos termos legais, para tanto está obrigada.

7.6. GANHOS DE EFICIÊNCIA

518. Nos termos das Orientações da Comissão, invocadas pelas notificantes em sede das Observações apresentadas, os ganhos de eficiência poderão mitigar as preocupações emergentes da realização da operação de concentração.
519. A Lei da Concorrência estabelece efectivamente que, em sede de controlo de concentrações se deverá considerar, entre outros factores, o impacto da operação na evolução do progresso técnico e económico desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência (artigo 12.º, n.º2, alínea j) da Lei da Concorrência).
520. Também a Comissão Europeia admite, como factor de compensação face a eventuais restrições da concorrência, considerar a alegação de ganhos de eficiência na apreciação da concentração e concluir que, devido aos ganhos de eficiência, não existem motivos para declarar a concentração incompatível com o mercado comum, sendo certo que «tais ganhos de eficiência têm de beneficiar os consumidores, ser específicos da concentração e ser verificáveis. Estas condições são cumulativas» – § 78.
521. Os ganhos de eficiência elencados pelas notificantes apontam para uma conjugação de sinergias entre os dois grupos que, alegadamente, teriam impacto ao nível dos custos, inovação, melhores práticas, qualidade dos serviços prestados e capacidade financeira da Brisa.
522. Não obstante, não demonstraram as notificantes que, por um lado, os ganhos apontados não poderiam ser obtidos sem a realização da operação de concentração.
523. Por outro lado, importará sublinhar que estamos perante uma possível eliminação da concorrência no mercado relevante, e não de uma mera restrição concorrencial, pelo que tais ganhos não seriam *per se* factor de compensação bastante para mitigar os efeitos restritivos advenientes para o mercado da realização da operação de concentração e, por outro lado, essa eliminação da concorrência retiraria incentivos a que parte substancial desses ganhos fossem transferidos para o consumidor.
524. Da factualidade ora descrita, deve entender-se que num cenário de supressão total da concorrência (na rede viária actual), e forte restrição da concorrência (na rede viária futura), os ganhos de eficiência referidos pelas notificantes não se revelaram adequados e proporcionais para mitigar os entraves significativos para a concorrência efectiva no mercado, advenientes do reforço de posição dominante da Brisa.

525. Por último, refira-se que, como também salienta a Comissão Europeia nas referidas orientações citadas pelas notificantes, é à luz dos elementos coligidos [pela AdC] que se deverá determinar *«se da concentração resultam entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante, devendo por consequência a mesma ser declarada incompatível com o mercado comum»* – § 13.
526. Mais se acrescenta que os vários factores normalmente elencados como devendo ser considerados na análise, «não constituem uma “lista de verificação” a aplicar de forma mecânica em todos os casos. Pelo contrário, a análise de um caso específico basear-se-á na apreciação global do impacto previsível da concentração à luz dos factores e condições relevantes. Nem sempre todos os elementos serão relevantes para cada concentração horizontal e poderá não ser necessário analisar todos os elementos de um caso com o mesmo grau de pormenor» - § 13 do mesmo documento, nosso sublinhado.
527. No caso em apreço a AdC analisou, nos termos e para os devidos efeitos legais, a panóplia de elementos coligidos no procedimento e efectuou o seu juízo, fundamentando a sua decisão e conclusões.

7.7. CONCLUSÃO

528. De todo o exposto na presente secção, impõe-se concluir que as notificantes não apresentaram em sede de audiência de interessados quaisquer observações susceptíveis de infirmar o sentido de decisão proposto.

VIII. CONCLUSÃO

529. Face ao exposto, considera-se que a operação de concentração ora notificada é susceptível, à luz dos elementos recolhidos, de criar ou reforçar uma posição dominante da qual poderão resultar entraves significativos à concorrência efectiva no (i) *mercado da exploração de auto-estradas no percurso Lisboa/Leiria*, (ii) *no mercado da exploração de auto-estradas no percurso Lisboa/Porto*.

530. Neste termos, o Conselho da AdC, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea b) do artigo 17.º dos respectivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, decidiu adoptar uma decisão de proibição, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 37.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Lisboa, de Abril de 2006

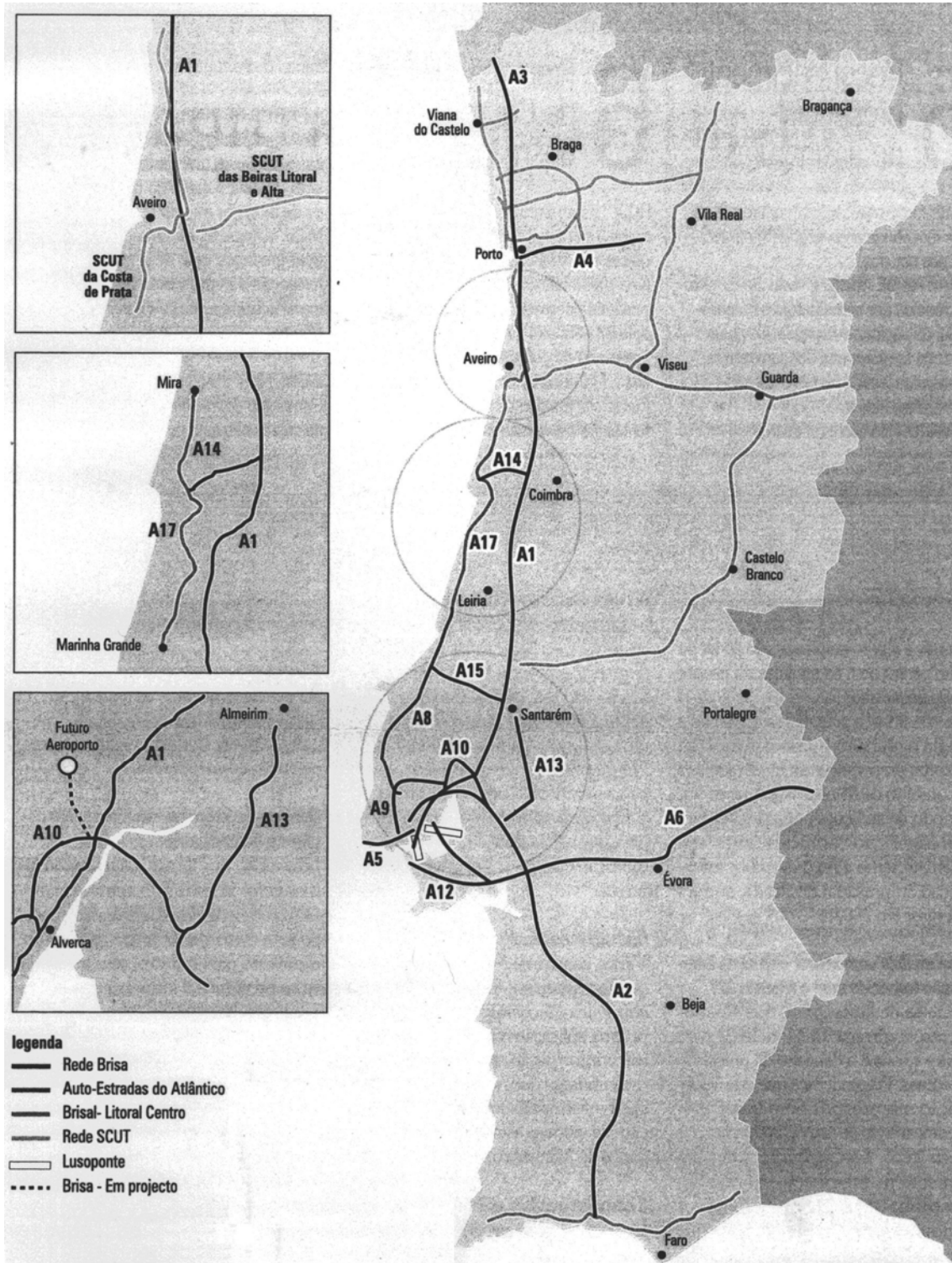
O Conselho da AdC,

Prof. Dr. Abel Mateus
(Presidente)

Eng. Eduardo Lopes Rodrigues
(Vogal)

Dr.ª Teresa Moreira
(Vogal)

ANEXO 1 – Mapa de Estradas



ANEXO 2 – Tráfego Médio Diário verificado para os anos de 2001, 2002, 2003 e 2004 e estimado para os anos de 2005 e 2010, para as auto-estradas A1 e A8

Tráfego Médio Diário Anual (TMDA) na auto-estrada A1

Sub-Lanço	Km*	2001	2002	2003	2004	2005	2010
Alverca / Vila Franca Xira II	7	82089	81438	79812	81290	83971	81287
V. F. Xira II / V.F.Xira I	2	84261	83717	82149	85004	88990	96423
V. F. Xira I / Nó da A10	2	71973	71653	71112	72037	73286	71727
Nó da A10 / Carregado	6	71973	71653	71112	72037	73286	85658
Carregado / Aveiras de Cima	15,6	52117	51122	51097	52513	53316	65669
Aveiras de Cima / Santarém	19,3	41172	40223	40179	40815	40752	53038
Santarém / Nó A1 - A15	1,3	40228	41550	41856	42291	44607	55430
Nó A1 - A15 / Torres Novas	26,9	39965	39746	39912	40395	42229	53042
Torres Novas / Fátima	20,5	30210	29083	28500	28824	29671	40237
Fátima / Leiria	15,2	30692	29691	28996	29293	30145	40853
Leiria / Pombal	24	30999	31455	30806	31131	32497	39858
Pombal / Condeixa	27,8	31094	31712	30988	31300	32763	41905
Condeixa / Coimbra Sul	7,7	37704	38008	37454	36922	37533	46744
Coimbra Sul / Coimbra Norte	8,3	32008	32822	32428	32493	33575	42680
Coimbra Norte / Mealhada	11,7	31146	31620	31522	32266	33537	40378
Mealhada / Aveiro Sul	23,6	30906	31191	31281	31900	33058	40015
Aveiro Sul / Albergaria	14,7	28068	27938	27930	28404	29069	36675
Albergaria / Estarreja	10,4	42763	43815	45043	46856	49308	38308
Estarreja / Feira	16,8	40776	41732	41734	41439	34264	37079
Feira / IC24	9,9	48478	50237	49539	48660	39701	42838
IC24 / Carvalhos	7,2	48478	49899	52132	56401	46859	45115

Fonte: EP – Estradas de Portugal, resposta enviada à AdC em 04/05/2005 [TMDA real dos anos de 2001 a 2004], e Anexo 15 da resposta da notificante, enviada à AdC em 11/10/2005 [estimativa de TMDA para os anos de 2005 e 2010].

* Estudo "Elaboração de um Modelo de Previsão de Tráfego para a Rede Concessionada à BRISA", realizado pela TIS.PT em Julho de 2004 (pg. 55) e informação disponível no site da Brisa.

Tráfego Médio Diário Anual (TMDA) na auto-estrada A8

Sub-Lanço	Km*	2001	2002	2003	2004	2005	2010
CREL / Lousa	7,76	41213	48516	47729	49465	51507	66128
Lousa / Malveira	2,38	36673	43612	43036	44696	46608	60801
Malveira / Enxara	7,85	21358	26071	25755	26420	27262	40418
Enxara / Torres Vedras Sul	9,5	19955	24460	24265	25056	25859	38627
T. Vedras Sul / T. Vedras Norte	5,86	15276	19403	19460	20178	20840	35017
T. Vedras Norte / Ramalhal	2,22	16284	20837	20848	21434	22128	37301
Ramalhal / Campelos	9,55	10280	14456	14632	15317	15847	30229
Campelos / Bombarral	7,95	10085	14241	14312	14919	15437	29076
(a) Bombarral / Delgada	3,5	0	8874	17410	18237	18614	32518
(a) Delgada / S. Mamede	5,69	0	10131	19878	20583	21031	35208
(a) S. Mamede / A-da-Gorda	0,54	0	10215	23013	24551	24835	40674
(a) A-da-Gorda / Óbidos	2,5	0	11916	23924	25064	25585	41499
(a) Óbidos / Arnoia	2,05	0	11701	24329	25460	25953	40364
(a) Arnoia / Gaeiras	1,4	0	11191	6593	22074	24681	40707
(a) Gaeiras / Caldas da Rainha	3,75	0	10986	22423	23490	23985	39386
(a) Caldas da Rainha / Zona Industrial	1,4	0	9772	18999	19728	20145	35459
(a) Zona Industrial / Tornada	3,51	0	7740	13405	14331	15199	30535
Tornada / Alfeizerão	7,57	1968	10267	10560	10881	11373	27714
Alfeizerão / Valado de Frades	12,1	1779	9642	10158	10574	11058	26507
Valado de Frades / Pataias	7,03	1616	9273	10101	10515	11055	29054
Pataias / Marinha Grande Sul	9,52	1542	8949	11338	13248	10662	28481
M. Grande Sul / M. Grande Este	5,19	1310	7972	8831	9265	9772	28813
M. Grande Este / Leiria Sul	4,35	0	5582	8469	10193	8497	11128

Fonte: EP – Estradas de Portugal, resposta enviada à AdC em 04/05/2005 [TMDA real dos anos de 2001 a 2004], e Anexo 16 da resposta da notificante, enviada à AdC em 11/10/2005 [estimativa de TMDA para os anos de 2005 e 2010, no cenário base].

* Estudo “*West Concession, Portugal Traffic and Revenue Audit*”, realizado pela Steer Davies Gleave em Novembro de 2003 (cf. Apêndice A)

(a) – Lanço não portajado.