



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

113103

CONCLUSÃO - 12-11-2015

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Carolina Barreiro)

=CLS=

Relatório

*

Requerentes:

MUNICÍPIO DA AMADORA, com sede na Avenida do Movimento das Forças Armadas, 2700-595 Amadora, Pessoa Coletiva 505456010,

MUNICÍPIO DE LOURES, com sede na Praça da Liberdade, 2674-501 Loures, Pessoa Coletiva 501294996,

MUNICÍPIO DE ODIVELAS, com sede nos Paços do Concelho – Quinta da Memória, Rua Guilherme Gomes Fernandes, 2675-373 Odivelas, Pessoa Coletiva 504293125,

MUNICÍPIO DE VILA FRANCA DE XIRA, com sede na Praça Afonso de Albuquerque, 2, 2600-093 Vila Franca de Xira, Pessoa Coletiva 506614913,

*

Requerida:

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (AdC), com sede na Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, Pessoa Coletiva 506557057,

*

Contrainteressados:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

SUMA – SERVIÇOS URBANOS E MEIO AMBIENTE, S.A., com sede na Rua do Mar do Norte 1.03.2 1B, 1998-017 Lisboa, Pessoa Coletiva 503210570,

EGF EMPRESA GERAL DE FOMENTO, S.A., com sede na Rua Visconde de Seabra, 3, 2º, 1700-421 Lisboa, Pessoa Coletiva 500095256,

ÁGUAS DE PORTUGAL, SGPS, S.A., com sede na Rua Visconde de Seabra, 3, 1700-421 Lisboa, Pessoa Coletiva 503093742;

PARPUBLICA, PARTICIPAÇÕES PÚBLICAS, SGPS, S.A., com sede na Avenida Defensores de Chaves, 6, 6º Piso, 1000-117 Lisboa, Pessoa Coletiva 502769017,

ALGAR – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede na Rua Dr. Cândido Guerreiro 43, 3º F., 8000-318 Faro, Pessoa Coletiva 503600270;

AMARSUL – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede em Aterro Sanitário de Palmela, Pinhal das Formas, Quinta do Anjo 2950-672 Palmela, Pessoa Coletiva 503876321;

ERSUC – RESÍDUOS SÓLIDOS DO CENTRO, S.A., com sede na Rua Alexandre Herculano 21, 3000 – 019 Coimbra, Pessoa Coletiva 503004405;

RESIESTRELA – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede na Estrada de Peroviseu, Quinta das Areias - Apartado 1064, 6230-022 Fundão, Pessoa Coletiva 507718232;

RESINORTE – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, S.A., com sede em Condessoso, Apartado 27, 4890-166 Celorico de Basto, Pessoa Coletiva 509143059;

RESULIMA – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, S.A., com sede no Aterro Sanitário do Vale do Lima e Baixo Cávado, Apartado, 11, 4936 – 908 Vila Nova de Anha, Pessoa Coletiva 509143059;

SULDOURO – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, S.A., com sede no Aterro Sanitário de Vila Nova de Gaia e Santa Maria da Feira, Rua Conde Barão, 4415-103 Sermonde, Pessoa Coletiva 503693812;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

VALNOR – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, S.A., com sede no Centro Integrado de Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos de Avis/Fronteira – Herdade das Marrãs Figueira e Barros, 7480 – 325 Avis, Pessoa Coletiva 505255090;

VALORLIS – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede na Quinta do Banco, Parceiros, Leiria, 2416-902 Leiria, Pessoa Coletiva 503811866;

VALORMINHO – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede no Lugar do Arraial, São Pedro da Torre, 4930 –521 Valença, Pessoa Coletiva 503796328;

VALORSUL – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS DAS REGIÕES DE LISBOA E DO OESTE, S.A., com sede na Plataforma Ribeirinha da CP, Estação de Mercadorias da Bobadela, 2696-801 São João da Talha, Pessoa Coletiva 503295779.

*

Pedido:

Decretamento da providência cautelar de suspensão da eficácia da decisão de não oposição proferida no procedimento de controlo de operações de concentração de empresas Ccent 37/2014 SUMA/EGF e de suspensão da eficácia de todos os atos subsequentes ao anterior ou dele dependentes.

*

Causa de pedir:

Começam os requerentes por esclarecer a **cronologia dos factos**, designadamente que na sequência da alteração à Lei 88-A/97, de 25 de julho (Lei de Delimitação de Setores), com o Decreto-Lei 92/2013, de 11 de julho foi aberta a concessão dos serviços de recolha e tratamento de resíduos sólidos a privados, o que veio a acontecer por via da Resolução do Conselho de Ministros 30/2014, de 8 de abril, que determinou a abertura do concurso público para alienação das ações da EGF, tendo, por sua vez, a Resolução do Conselho de Ministros 55-B/2014, de 19 de setembro, publicitado a seleção do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

concorrente vencedor, Agrupamento SUMA. A operação de concentração correspondente à aquisição pela Suma – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. (doravante SUMA) do controlo exclusivo sobre a EGF foi notificada à AdC, que, após uma investigação aprofundada, proferiu decisão de não oposição.

De seguida, invocam os requerentes a existência de **questão prejudicial que deveria determinar a suspensão do procedimento por parte da AdC**, porquanto se encontram pendentes pelo menos duas ações judiciais (processos nºs 972/14 e 1534/14, pendentes na 1ª Seção do Supremo Tribunal Administrativo) nas quais são questionados, quer os atos prévios, quer o próprio ato administrativo, consubstanciado na Resolução do Conselho de Ministros nº55-B/2014, de 19 de setembro. Entendem as requerentes que, na falta de evidência de existência de graves prejuízos para interesses públicos ou privados decorrentes da suspensão da decisão da AdC, a requerida deveria ter determinado a suspensão do procedimento de concentração, nos termos do art. 38º/1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) aprovado pelo DL nº 4/2015, de 07.01. Mais salientam que, estando a conclusão da operação de concentração no imediato apenas dependente de decisão favorável da AdC, a suspensão desta seria a única circunstância capaz de obviar os graves prejuízos para interesses públicos e privados que resultarão de eventual decisão judicial que anule o ato administrativo consubstanciado na Resolução do Conselho de Ministros nº55-B/2014, de 19 de setembro, pois a reversão da operação de concentração, como esta está configurada no projeto estratégico da adjudicatária (com fusão entre concessionárias e partilha de infraestruturas entre a SUMA e aquelas, o que orientará a atividade das concessionárias para a integração vertical) implicará necessariamente maiores custos do que os originados pelo mero diferimento da operação de concentração.

Seguidamente, os requerentes procedem à análise da decisão recorrida, expondo as razões pelas quais entendem que a **decisão da AdC**, de considerar que a operação de concentração não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva nos mercados relevantes em causa, é **ilegal, porquanto viola o art. 41º/3 e 4, da LdC, contrariando ainda o disposto nos arts. 81º/al f) e 99º/al a), ambos da Constituição da**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

República Portuguesa (CRP). Assim, salientam, neste âmbito, as preocupações jusconcorrenciais que sustentaram a decisão da AdC de passar a uma investigação aprofundada. No mesmo sentido, põem em evidência a posição assumida pela AdC no seu parecer sobre o projeto do que viria a ser o Decreto-Lei nº159/2014. No que respeita à decisão propriamente dita, alegam, em primeiro lugar, que a segmentação de mercados relevantes subjacente à avaliação da operação de concentração é absolutamente artificial, sem qualquer correspondência com a realidade, o que obnubila o real impacto da operação de concentração, impacto esse nefasto para clientes e concorrentes da notificante. Mais sustentam que a AdC não tomou em consideração fatores relevantes que são salientados pela Comissão Europeia nas suas Orientações, publicadas no Jornal Oficial 2008/C 265/07. Contestam ainda as conclusões alcançadas pela AdC quanto aos efeitos da operação de concentração em relação aos seguintes pontos: vantagens competitivas decorrentes da transferência de custos da atividade em baixa para a atividade em alta; vantagens competitivas decorrentes do aproveitamento de recursos; incapacidade dos Municípios para exercerem um controlo efetivo; incapacidade da ERSAR para exercer as suas atribuições de controlo; vantagens competitivas decorrentes dos efeitos de escala; existência de barreiras à entrada na atividade em baixa; e aumento lucrativo dos preços.

Quanto ao *periculum in mora*, alegam, em síntese, que qualquer que seja a decisão que venha a ser proferida, a decisão criará entraves significativos e duradouros à concorrência efetiva no mercado nacional de prestação de serviços de gestão de RU e de prestação de serviços de apoio à gestão de RU e os “remédios” que eventualmente viessem a ser tomadas na sequência da decisão de anulação não determinam a desnecessidade da presente providência, pois, no entretanto, quantas das concorrentes não serão forçadas a diminuir substancialmente a sua atividade, com os custos concorrenciais e sociais inerentes.

Por fim, fundamentam a sua pretensão no art. 120º/1, al a), e subsidiariamente no art. 120º/1, al b), ambos do CPTA.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Oposição da AdC¹:

A AdC invocou duas exceções dilatórias, designadamente a inadequação do meio processual, uma vez que a decisão de não oposição é um ato administrativo não exequível, e a falta de interesse em agir, porquanto, à data da instauração do presente procedimento cautelar, a operação de concentração já havia sido implementada.

Mais sustenta que não se verificam os pressupostos de decretamento da providência. Assim, não há perigo no retardamento da decisão a proferir na ação principal, dado que a situação que os requerentes pretendem evitar já se consumou, a maior preocupação dos requerentes é o modelo de privatização adotado por via legislativa e os requerentes não demonstram, de forma fundamentada, qual o dano que o ato da AdC poderia causar às condições no mercado em causa. No que respeita à questão prejudicial alegada pelos requerentes, a requerida reproduz a posição já assumida na decisão impugnada (pontos 384 a 389²), sustentando, em síntese, que a análise realizada pela AdC tem por base um conjunto de pressupostos e bases legais, designadamente a Lei da Concorrência e os seus Estatutos, que a torna autónoma face a outras.

Quanto à manifesta ilegalidade do ato administrativo, sustenta a AdC que os requerentes não explicitam por que motivo a decisão de não oposição é manifestamente ilegal. Mais acrescenta que, caso se entenda que dos argumentos dos requerentes pudesse decorrer a aparência de ilegalidade da decisão, a sua pretensão seria improcedente pelas seguintes razões: a AdC não incorreu em nenhum erro técnico flagrante, quanto à avaliação jusconcorrencial; no decurso da instrução e nas fases de audiência prévia de interessados, a AdC apreciou todos os argumentos suscitados pelos interessados e, quanto a estes, expôs na decisão final, de forma clara, a sua perspetiva relativamente a estes argumentos; desta forma, é de concluir que a AdC efetuou uma instrução zelosa e exaustiva, não tendo atuado de forma descuidada ou menos exigente, quanto ao apuramento dos factos e à necessária profundidade da análise jusconcorrencial; do requerimento, extrai-se apenas que os requerentes não partilham a perspetiva

¹ Fls. 357 e ss.

² Cfr. fls. 7385, 9º Volume com a certidão do processo administrativo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

jusconcorrencial levada a cabo pela AdC e as conclusões a que esta chega, ou seja, estamos perante uma divergência de interpretação e não perante uma invocação de manifesta ilegalidade.

Por fim, sustenta a AdC, nos termos e para os efeitos do art. 120º/5, do CPTA, que a adoção da providência cautelar prejudica o interesse público, porquanto o interesse da defesa das condições de concorrência cumpre-se através da manutenção da decisão de não oposição.

*

Contestação SUMA/EGF³:

Invocam as contrainteressadas a exceção dilatória de falta de interesse em agir por inutilidade da providência requerida, uma vez que a decisão de não oposição é um ato administrativo inexecutável e cujos efeitos jurídicos se esgotaram por completo, dado que a operação de concentração já foi realizada.

Mais sustentam que não se verificam os pressupostos relativos ao decretamento da providência cautelar. Assim, não se verifica o *fumus non malus iuris*, previsto na alínea b), do nº 1, do art. 120º, do CPTA, em relação aos dois fundamentos invocadas pelos requerentes. Relativamente à questão prejudicial, sustentam as contrainteressadas que não se verificam os requisitos a que alude o art. 38º/1, do CPA, porquanto a decisão da AdC depende exclusivamente de saber se a operação notificada, nos termos do art. 37º da Lei da Concorrência é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Para chegar a esta conclusão, a AdC não tem que ter em conta ou apreciar se a operação que dá origem à concentração é ou não válida, mas apenas analisar, à luz do disposto no art. 41º/1, da LdC, os efeitos que essa operação poderá vir ou não a ter na concorrência. Quanto à ilegalidade da decisão da AdC, entendem que os fundamentos aduzidos pelos requerentes não são procedentes.

Mais sustentam que não se verifica o *periculum in mora*, uma vez que o facto que os requerentes procuravam evitar já se consumou, os alegados prejuízos para a concorrência não são passíveis de se verificar, impondo-se considerar que a análise de controlo de operações

³ Fls. 275 e ss.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.N.º 5/15.7YQSTR-A

deve focar-se nos efeitos suscetíveis de serem materializados num futuro relativamente próximo, as concentrações não horizontais são em geral compatíveis com a concorrência e, caso se viessem a verificar situações desconformes ao direito da concorrência, podiam a todo o tempo ser dirimidas pela AdC no âmbito das disposições aplicáveis a práticas restritivas da concorrência.

Alegam, por último, que a providência cautelar requerida não é apta a produzir quaisquer alterações na ordem jurídica, sendo evidente que o seu decretamento não poderá provocar quaisquer prejuízos para os interesses dos requerentes. Mais sustentam, quanto à ponderação de interesses, que não é legalmente possível decretar provisoriamente, através de uma providência cautelar, a reversão das ações da EGF e que uma providência deste tipo causaria sérios prejuízos para os interesses públicos prosseguidos pelas concessionárias e para os interesses da SUMA.

*

Oposição da Parpública e da AdP⁴:

Invocam as contrainteressadas a inutilidade superveniente da lide ou, caso assim se não entenda a falta de interesse em agir, porquanto já foi celebrado e encontra-se a produzir todos os seus efeitos o negócio jurídico em que se consubstancia a operação de concentração de empresas autorizada pela AdC.

Mais sustentam que não se verificam os requisitos de que a lei faz depender a concessão das providências, sendo de excluir liminarmente a possibilidade de se invocar o disposto no artigo 120.º/1, al a), do CPTA, na medida em que não está em causa a impugnação de um ato manifestamente ilegal. Quanto ao disposto no art. 120º/1, al b), do CPTA, sustentam, no que respeita à verificação do *periculum in mora*, que as asserções tecidas pelos requerentes são genéricas e abstratas e limitam-se a reproduzir considerações já levadas pelos requerentes ao conhecimento da AdC em sede de audiência prévia e por esta contrariadas na Decisão suspendenda (cf. ponto 9 da decisão de não oposição de 23 de julho de 2015). Quanto ao requisito de que não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada, consideram as contrainteressadas, em primeiro lugar, que a invocação do artigo 38.º do CPA é infundada, reproduzindo os argumentos invocados pela AdC a propósito da

⁴ Fls. 203 e ss.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

questão prejudicial. No que respeita à ilegalidade da decisão impugnada, por violação do disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 41.º da Lei da Concorrência e os artigos 81.º, al. f) e 99.º, al. a) da Constituição, salientam as contrainteressadas que a AdC deu resposta específica, na Decisão suspendenda, a cada um dos argumentos e objeções transmitidos pelos ora requerentes no decurso do procedimento, de forma lógica e coerente, devendo ter-se presente a ampla margem de apreciação de que dispõe a AdC no exercício da sua competência (exclusiva) de análise e decisão de questões económicas complexas em procedimentos de controlo de concentrações, como são as relativas à definição dos mercados relevantes e à análise do impacto, ou dos efeitos, da operação notificada sobre os mesmos mercados, nos termos do artigo 41.º da Lei da Concorrência, cuja violação é invocada pelos ora requerentes.

Por último, salientam, no âmbito da ponderação dos interesses em presença, que os requerentes não cumpriram o ónus de alegação relativo ao balanço dos seus alegados (e inexistentes) prejuízos com os prejuízos para o interesse público prosseguido pela requerida e para os interesses públicos postos a cargo da ora Contrainteressada, nem tão pouco para o interesse privado da Contrainteressada SUMA. Por outro lado, os prejuízos para a Contrainteressada, no cenário ficcionado de qualquer aptidão da sentença cautelar se traduzir na “paralisação” da operação já consumada, sempre seriam superiores aos (não alegados e inexistentes) prejuízos sofridos pelos requerentes com a não concessão da providência requerida.

Saneamento

*

O Tribunal é competente em razão da matéria e da hierarquia.

Não há nulidades que invalidem todo o processado.

As partes têm personalidade judiciária e capacidade judiciária.

*

Inadequação do meio processual, inutilidade superveniente da lide e falta de interesse em agir:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

Dada a correlação que existe entre as três exceções enunciadas, serão as mesmas analisadas e decididas conjuntamente, considerando-se aqui por reproduzidos os fundamentos invocados pela AdC e pelas contrainteressadas e bem assim os contra-argumentos aduzidos pelos requerentes, explanados no relatório.

No plano dos factos, dá-se, como assente, com base na documentação junta aos autos, o acervo factual alegado a propósito da efetivação da operação de concentração pelas contrainteressadas Parpública e AdP, que se passa a reproduzir:

- Na sequência da Decisão suspendenda foi, em 28 de julho de 2015, executado o Contrato de Compra e Venda de Ações, relativo às ações representativas do capital social da EGF, celebrado entre a AdP – Águas de Portugal, SGPS, S. A. (AdP) e a SUMA, em 6 de novembro de 2014, mas sujeito à condição suspensiva da adoção pela Autoridade da Concorrência de uma decisão de não oposição;

- Na data de assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações, a SUMA havia pago à AdP a prestação pecuniária inicial no montante de € 14.240.044,00, prevista na alínea a) da Cláusula 3.3 do Contrato de Compra e Venda de Ações.

- No dia 28 de julho de 2015, a SUMA pagou à AdP o valor previsto na alínea b) da Cláusula 3.3 do Contrato de Compra e Venda de Ações, correspondente ao montante de € 145.165.519,42 (cento e quarenta e cinco milhões, cento e sessenta e cinco mil e quinhentos e dezanove euros e quarenta e dois cêntimos);

- Igualmente em 28 de julho de 2015 a AdP transmitiu à SUMA as ações representativas de 95% do capital social da EGF e tornou efetiva a cessação dos mandatos dos membros dos órgãos sociais da EGF;

- Com data de 28 de julho de 2015, os membros com mandatos cessantes do órgão de administração da EGF enviaram cartas a esta última sociedade, comunicando nada ter a haver da mesma em virtude do desempenho dos respetivos cargos;

- Em 28 de julho de 2015 foi dirigida pela SUMA ao Banco BPI, S. A. instrução de bloqueio das ações representativas do capital social da EGF, em obediência ao disposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 47-B/2014, de 25 de julho;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

- Através de carta de 28 de julho de 2015 do Banco de Investimento Europeu, foi o Estado Português exonerado de quaisquer obrigações de pagamento relacionadas com responsabilidades da EGF ao abrigo de garantias prestadas associadas à dívida financeira da EGF e das suas participadas;

- Em 28 de julho de 2015 foi ainda emitido pelas partes no Contrato de Compra e Venda de Ações um certificado de conclusão do negócio, nos termos previstos na respetiva Cláusula 8.4, alínea d);

- Foi realizada, em 28 de julho de 2015, uma assembleia geral para eleição dos novos membros dos órgãos sociais da EGF, indicados pela SUMA.

No plano do direito, impõe-se chamar à colação o disposto nos arts. 112º/1 e 120º/3, ambos do CPTA. Assim, do primeiro normativo legal resulta uma proteção plena, na medida em que a lei admite “providências de quaisquer tipos, desde que sejam adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir num determinado processo”⁵. Por sua vez, o segundo normativo legal, permite ao Tribunal substituir a providência requerida, *quando tal se revele adequado a evitar a lesão desses interesses e seja menos gravoso para os demais interesses públicos ou privados, em presença*. Partindo destes normativos legais, considera-se que a adequação do meio e bem assim a utilidade do procedimento devem ser aferidas tendo sempre por referência os interesses que o requerente pretende tutelar.

Fixado este parâmetro de decisão, considera-se, em concreto, que os interesses que os requerentes invocam encontram guarida numa providência cautelar que impeça a materialização da operação de concentração, ou seja, a sua celebração e/ou a sua execução.

Desiderato este que já não é efetivamente passível de ser alcançado por via da suspensão da eficácia da decisão de não oposição da AdC, uma vez que a operação de concentração se consumou através da realização dos negócios jurídicos respetivos. Ora, a decisão da AdC não produz outros efeitos para além daqueles que as contrainteressadas

⁵ José Carlos Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa, Lições, 2014, 13ª edição, Almedina, pág. 308.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Parpública e AdP invocam, designadamente garantir a licitude da operação de concentração e a eficácia dos negócios jurídicos celebrados.

Também a celebração da operação da concentração já não pode ser impedida por via de uma providência cautelar, uma vez que a operação de concentração e as providências cautelares não podem conduzir a “um efeito que corresponda ao provimento antecipado do pedido de mérito em termos irreversíveis”⁶.

Contudo, o mesmo não se verifica quanto à sua execução. Efetivamente, uma providência cautelar com os efeitos similares àqueles que estão previstos no art. 40º/4, al a), da LdC, seria, no caso, adequada a evitar a lesão dos interesses dos requerentes.

Por conseguinte, no plano da viabilidade de prosseguimento do procedimento cautelar, quanto à sua adequação e quanto ao seu interesse, conclui-se pela adequação do meio utilizado e pela manifesta, evidente e incontornável necessidade (em abstrato) de tutela judicial, pois, no plano da tutelar cautelar, é possível identificar uma providência adequada a tutelar os interesses dos requerentes.

É irrelevante para a decisão saber se uma providência com o referido conteúdo e extensão ainda estaria compreendida no pedido inicial (que, para além da suspensão da eficácia da decisão da AdC, também inclui a eficácia dos atos subsequentes ou dela dependentes) ou se seria uma providência cautelar diferente e, por isso, sujeita a contraditório prévio, em conformidade com o art. 120º/3, do CPTA. Efetivamente, a adequação do meio utilizado e a necessidade de tutela judicial não estão dependentes do cumprimento deste *iter* processual. Para além disso, o cumprimento do contraditório prévio, no caso, revela-se desnecessário, porquanto a eventual convolação apenas afetaria a posição processual da requerida e das contrainteressadas, o que fica prejudicado devido à improcedência da providência cautelar, pelas razões *infra* exaradas.

Termos em que, se julgam improcedentes as questões prévias invocadas pela AdC e pelas contrainteressadas, *supra* enunciadas.

*

⁶ *Ibidem*, pág. 325.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Não há mais nulidades, exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento da causa.

Questões decidendas

As questões a decidir são:

- a) Verificação dos requisitos a que alude o art. 120º/1, al a), do CPTA, quanto aos dois fundamentos de impugnação invocados pelos requerentes, designadamente (i) verificação de uma questão prejudicial que deveria ter conduzido à aplicação do art. 38º do CPTA e (ii) ilegalidade da decisão de não oposição por violação dos arts. 41º/3 e 4, da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei nº 19/2012, de 18.05 (doravante LdC), e 81º/al f) e 99º/al a), ambos da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP);
- b) Em caso negativo, verificação dos requisitos a que alude o art. 120º/1, al b), do CPTA, designadamente *periculum in mora e non fumus malus*, quanto aos dois fundamentos de impugnação referidos na alínea precedente;
- c) Em caso afirmativo, ponderação de interesses a que alude o art. 120º/2, do CPTA.
- d) Em caso afirmativo, necessidade e adequação da providência cautelar.

Fundamentação de facto

*

Factos provados:

- 1) A Resolução do Conselho de Ministros 30/2014, de 8 de abril determinou a abertura do concurso público para alienação das ações da EGF, tendo como anexo o respetivo caderno de encargos (art. 5º do requerimento inicial – doravante RI).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

- 2) Tendo, por sua vez, a Resolução do Conselho de Ministros 55-B/2014, de 19 de setembro, publicitado a seleção do concorrente vencedor, Agrupamento SUMA, aprovando os instrumentos jurídicos a celebrar pelo mesmo com a AdP – Águas de Portugal, S.A. para a transmissão das ações da EGF (art. 6º do RI).
- 3) A operação de concentração correspondente à aquisição pela Suma – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. (doravante SUMA) do controlo exclusivo sobre a EGF foi notificada à AdC na data de 14 de novembro de 2014 (art. 7º do RI).
- 4) Na data de 16 de fevereiro de 2015 a requerida AdC promoveu a abertura da audiência prévia da notificante (SUMA) e demais contrainteressadas, atenta a proposta de início de investigação aprofundada à operação de concentração, uma vez que a mesma suscitava “sérias dúvidas, à luz dos elementos recolhidos, e em atenção aos critérios definidos no artigo 41º, quanto à sua compatibilidade com o critério estabelecido no nº 3 do artigo 41º do mesmo diploma (LdC), no que respeita (i) ao mercado regulado da prestação de serviços de gestão de Resíduos Urbanos de Responsabilidade Municipal e (ii) ao mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de Resíduos Urbanos de Responsabilidade Municipal” (art. 9º do RI).
- 5) Tendo a decisão final ocorrido na data de 17 de março de 2015 (art. 10º do RI e art. 46º da oposição da AdC).
- 6) No âmbito da investigação aprofundada, propunha-se a requerida AdC desenvolver “diligências complementares de investigação necessárias ao esclarecimento das dúvidas identificadas, em particular, as relativas aos riscos de encerramento de mercado, decorrentes da integração, num mesmo grupo empresarial, de atividades complementares no setor da recolha e tratamento de resíduos urbanos” (art. 11º do RI).
- 7) No termo da investigação aprofundada veio a requerida AdC, na data de 4 de junho de 2015, a deliberar a proposta de adoção de “decisão de não oposição,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

nos termos da alínea a) do nº1 do artigo 53º da Lei da Concorrência, uma vez que a mesma (a operação de concentração notificada) não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva nos mercados analisados na (...) decisão” (art. 13º do RI).

- 8) Na data de 23 de julho de 2015 foi proferida pela requerida AdC a decisão (doravante “decisão”), que consta no volume 9º com a certidão do processo administrativo, fls. 7328 e ss, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, com o seguinte conteúdo: “Face ao exposto, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea d) do n.º 1 do artigo 19º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei nº125/2014, de 18 de Agosto, delibera adotar uma decisão de não oposição à presente operação de concentração, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 53º da Lei da Concorrência, uma vez que a mesma não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva nos mercados relevantes identificados” (art. 17º do RI).
- 9) Alguns municípios recolhem resíduos de “grandes produtores” (art. 23º do RI).
- 10) Os municípios entregam os resíduos de “grandes produtores” à concessionária respetiva, tendo como referência o montante cobrado pela concessionária (resposta ao art. 25º do RI).
- 11) Encontram-se pendentes pelo menos duas ações judiciais nas quais são questionados, quer os atos prévios, quer o próprio ato administrativo, consubstanciado na Resolução do Conselho de Ministros nº55-B/2014, de 19 de setembro, que seleciona o vencedor do concurso público de reprivatização da EGF, aprova os instrumentos jurídicos a celebrar entre a AdP e o Agrupamento Suma (art. 27º do RI).
- 12) Tramitam na 1ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo sob os números 972/14 e 1534/14 (art. 28º do RI).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

- 13) A EGF é acionista maioritária de onze concessionárias recolha e tratamento de resíduos sólidos, abrangendo 174 municípios e cerca de 60% da população nacional (art. 37º do RI). Decisão da AdC, ponto 10
- 14) A SUMA detém uma quota de mercado na limpeza urbana e recolha de resíduos sólidos urbanos (“em baixa”) na ordem dos 40%/50% (art. 37º do RI).
- 15) A minuta do contrato de concessão a celebrar, por exemplo, com a Valorsul pressupõe a atribuição da exclusividade na recolha seletiva (art. 37º do RI).
- 16) Na deliberação de 16 de fevereiro de 2015, que determinou o início da investigação aprofundada, a AdC exarou, entre o mais, o seguinte: *“372. Assim, e na situação de imputação de custos entre as atividades “em alta” (reguladas) e as atividades “em baixa”, há que considerar que, ceteris paribus, imputar à alta 1€ de custo da atividade em baixa é sempre benéfico para a entidade integrada. 373. Isto sucede porque, tudo o resto constante, a cada euro que se deixa de imputar às atividades “em baixa”, leva a um aumento do lucro atribuível à SUMA/EGF no mesmo montante. 374. Já na atividade em alta, o acréscimo de custo de 1€, que leva a um decréscimo de lucro no mesmo montante, o lucro atribuível à SUMA/EGF decresce apenas na proporção da sua participação na concessionária que, no presente caso, varia entre 51% e 62,95% (...). 375. Assim, mesmo sem considerar a questão das tarifas reguladas, existe o incentivo, por parte da SUMA/EGF em, podendo, proceder à imputação de eventuais custos comuns da entidade integrada às concessionárias. (...) 379. Assim, torna-se necessário analisar a influência que estas entidades têm em cada uma das concessionárias em que participam (...) uma vez que, enquanto acionistas, dificilmente terão os seus incentivos alinhados com os da SUMA. 380. A imputação de custos comuns às concessionárias tem como consequência que os municípios, enquanto acionistas, veriam a rentabilidade da sua participação diminuir, não tendo, ao contrário da SUMA, a possibilidade*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

de a compensar de outra forma. 381. Mais acresce que, mesmo que tal imputação viesse a ser compensada ao abrigo de ajustamentos tarifários nos termos referidos anteriormente, a contrapartida seria um aumento das tarifas reguladas, ou seja, dos montantes pagos pelos municípios – enquanto clientes das concessionárias – para o tratamento/deposição do resíduos pelas próprias concessionárias -75 Eventualmente apenas compensado pelo decréscimo de custos nos mercados em baixa mas que, numa dinâmica, apenas seriam efetivos a prazo na impossibilidade de encerramento lucrativo do mercado por parte da SUMA. (...) 387. Isto significa (...)que terá que ser analisado em que medida os ganhos de eficiência produtiva resultantes da operação de concentração poderão ser suficientemente relevantes para, numa perspetiva dinâmica, anularem a eficiência conferida pela presença de pressões concorrenciais no mercado “em baixa”. 388. Assim, e concretizando, há que aferir até que ponto as vantagens produtivas adquiridas com a operação de concentração permitem à SUMA/EGF expulsar os seus concorrentes do mercado para, em momento posterior, usufruir dessa posição para um aumento dos preços. (...) 390. No entanto, a expulsão dos concorrentes, não deverá conferir à SUMA/EGF a capacidade de, posteriormente, aumentar os preços. Sendo essa, em particular, a preocupação jusconcorrencial em causa. 391. Nessa medida, afigura-se particularmente relevante a análise das barreiras à entrada no mercado “em baixa”. Tal deve-se ao facto de uma eventual capacidade de aumentar os preços por parte da empresa resultante da operação de concentração depender da facilidade com que as empresas possam entrar ou expandir no mercado em questão. (...) 395. É, portanto, relevante uma avaliação cuidada das barreiras à entrada no mercado “em baixa”. No entanto, a informação até agora carreada para o processo é insuficiente, não permitindo que esta temática seja analisada com um elevado grau de certeza, pelo que, deverá a mesma ser alvo de uma



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

avaliação mais pormenorizada em sede de investigação aprofundada. (...) 403. Após a análise dos incentivos, há que aferir em que medida a empresa integrada terá a capacidade de implementar eventuais estratégias de encerramento de mercado. 404. No que diz respeito à imputação de custos às atividades “em alta”, tal capacidade dependerá, em primeiro lugar, dos graus de liberdade conferidos pelo sistema regulatório, considerando que existirá sempre alguma assimetria de informação entre regulador e regulado. 405. Neste âmbito, importará saber se tal assimetria poderá ser suficiente para ter um impacto tal ao nível da estrutura de custos “em baixa” que confira à SUMA/EGF a capacidade de excluir os seus concorrentes no mercado em baixa. 406. A este elemento acresce o papel dos municípios que, enquanto acionistas (mesmo que minoritários), poderão ter na monitorização desse tipo de fenómenos, quer ao nível da capacidade quer, como já se viu, ao nível dos incentivos. 407. De facto, se neste caso se verificar que os incentivos dos municípios estão alinhados com os das concessionárias, então seguramente não exercerão o seu papel de monitorização. 408. Já no que diz respeito à capacidade de exclusão do mercado por meros ganhos de eficiência, a análise da AdC incide, sobretudo, sobre a capacidade futura de aumento de preços por parte da SUMA/EGF – situação que apenas será plausível caso se venha a verificar que o mercado “em baixa” se caracteriza pela existência de barreiras à entrada. 409. Outro elemento potencialmente relevante está relacionado com a possibilidade de “integração” de serviços por parte dos municípios, passando a ser estes a prestar diretamente os serviços de recolha de resíduos. A maior ou menor facilidade de implementar esta integração é um fator relevante para a avaliação da capacidade de a SUMA/EGF implementar um aumento lucrativo de preços. (...) 415. A presente operação de concentração envolve, por um lado, uma sobreposição horizontal nos mercados de prestação de serviços de gestão de Resíduos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Não Urbanos e, por outro, potenciais efeitos não verticais (sic) envolvendo o mercado regulado da prestação de serviços de apoio à gestão de Resíduos Urbanos de responsabilidade municipal. (...) 418. No segundo caso, a AdC identificou a possibilidade de a operação de concentração ter como efeito o encerramento do mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (foreclosure), dadas as características de complementaridade entre este mercado e o respetivo mercado “em alta”. 419. Neste sentido, a AdC considera ser necessário apurar, em sede de investigação aprofundada, qual o alinhamento de incentivos das diversas entidades envolvidas, incluindo os municípios, dadas as características particulares da sua participação em ambos os mercados; qual a verdadeira capacidade da entidade integrada em implementar estratégias de encerramento (seja por via de “aproveitamento” do mercado regulado “em alta”, seja por via dos efeitos dinâmicos dos ganhos de eficiência produtiva) (art. 39º do RI).

- 17) A AdC emitiu parecer sobre o projeto do que viria a ser o Decreto-Lei nº159/2014, no qual exarou, entre o mais, o seguinte: *“Sublinha-se ainda que seria desejável o aprofundamento de alguns aspetos da análise, em particular os que exigiriam uma consulta à entidade reguladora sectorial, como sucede com a análise dos eventuais fundamentos para a fixação da duração máxima da concessão num prazo de 50 anos.” (art. 41º do RI).*
- 18) Sobre o modelo de privatização disse: *“A opção de base resultante destes diplomas privilegia um modelo de privatização da entidade que detém a maioria do capital social da quase totalidade dos sistemas multimunicipais. Tendo em conta o modelo escolhido, afigura-se necessário acautelar os benefícios que podem decorrer da compatibilização de um modelo que implica a atribuição de direitos exclusivos em determinadas áreas com a salvaguarda da concorrência nas áreas onde esta é legalmente possível. Referimo-nos, designadamente, às “atividades complementares” e nas*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

agora designadas “outras atividades”, não integradas no objeto da concessão. É particularmente relevante prevenir a criação de condições que possam levar a práticas de exclusão, criação ou elevação de barreiras à entrada ou exploração do mercado.” (art. 42º do RI).

- 19) Sobre a duração do exclusivo disse: *“Para que os benefícios da abertura à iniciativa privada produzam todos os resultados esperados, designadamente ao nível da maior eficiência de gestão, é imprescindível assegurar a sua exposição a um grau de concorrência adequado. Tratando-se de atividades que são objeto de concessão, a melhor forma de garantir esses benefícios é através do recurso em períodos tão curtos quanto possível à concorrência pelo mercado. Em todo o caso, abrangendo o objeto da concessão essencialmente infraestruturas já existentes e não impondo a realização de investimentos de dimensão assinalável, é de questionar a adequação de admitir que a duração das concessões, independentemente dos prazos iniciais que sejam fixados, possa, através de sucessivas prorrogações, atingir os 50 anos, adiando assim a potencial entrada de novos agentes no mercado.” (art. 43º do RI).*
- 20) Sobre a extensão da atividade das concessionárias a atividades complementares e outras atividades e sobre os riscos para a concorrência nesses mercados conexos, disse: *“Dada a extensão das atividades que são objeto das concessões controladas pela EGF, bem como a dimensão desta empresa no sector dos resíduos em Portugal, o alargamento da sua atividade às áreas referidas nos n.ºs 3 e 4 da Base VII cria evidentes riscos de encerramento dos correspondentes mercados à concorrência. Sublinhe-se, a este propósito, o facto de a Comissão Europeia indicar expressamente que, no âmbito da aplicação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (correspondente ao artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), poderá analisar práticas predatórias realizadas por empresas dominantes em mercados conexos onde ainda não sejam*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

*dominantes, referindo que: “Este tipo de prática abusiva é mais provável em sectores onde as atividades estão protegidas por um monopólio legal. Ainda que a empresa dominante não necessite de exercer práticas predatórias para proteger a sua posição dominante no mercado protegido pelo monopólio legal, pode utilizar os ganhos obtidos no mercado do monopólio para financiar, através de subsídios cruzados, as suas atividades noutros mercados e, desta forma, ameaçar excluir a concorrência efetiva nesse mercado”*⁵. *5 Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE [atual artigo 102.º do TFUE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, J.O.U.E. C 45, de 24.02.2009, p. 7, nota 39. Tipicamente, a intervenção das autoridades de concorrência quanto a este tipo de práticas ocorre ex post, ou seja, após iniciada a conduta predatória, ao abrigo de poderes sancionatórios. O Decreto-Lei n.º 92/2013 veio prever uma intervenção ex ante da Autoridade da Concorrência, no âmbito de uma competência consultiva, permitindo a identificação de riscos para a concorrência no âmbito dos mercados conexos aos quais a concessionária pretende estender a sua atuação. Para que estas intervenções ex ante da Autoridade da Concorrência (e, quanto aos sistemas enquadrados no âmbito do projeto de Decreto-Lei n.º 159/2014, da autoridade reguladora sectorial) possam salvaguardar adequadamente a concorrência nos mercados conexos, seria importante assegurar um level-playing field através, nomeadamente, da imposição de uma separação não apenas contabilística mas também jurídica (de modo a maximizar a transparência e facilitar o controlo regulatório) e da exigência da demonstração de que as atividades complementares e “outras atividades” são autossustentáveis ou seja, as receitas a obter nessas atividades conexas permitem a cobertura do custo marginal médio a longo prazo” (art. 44º do RI).*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

- 21) Sobre a “Coerência dos quadros jurídicos aplicáveis a empresas privadas e a empresas cujo capital social seja maioritariamente subscrito por entidades do sector público, disse: *“O regime previsto pelo projeto de Decreto-Lei n.º 159/2014 vem criar um novo enquadramento jurídico que não é totalmente equivalente ao que resulta do Decreto-Lei n.º 294/94, alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2009. Do ponto de vista da Lei da Concorrência, as empresas públicas e as empresas privadas estão sujeitas às mesmas regras, sendo as eventuais interrogações fundadas no cumprimento de uma missão de serviço de interesse económico geral aplicadas do mesmo modo, independentemente do sector onde tais empresas estejam inseridas. Daí que seja importante compreender se existe ou não concorrência entre as entidades gestoras de sistemas multimunicipais e de que forma se organizam os mercados relativos a atividades complementares e outras atividades conexas. Um aspeto que suscita preocupações é o facto de o objeto de concessão ser agora alargado à recolha seletiva de resíduos urbanos. Com efeito, o novo regime jurídico em análise, não usa os mesmos termos empregues pelo Decreto-Lei n.º 294/94, como alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, o qual consagra o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos. Assim, o objeto da concessão é definido na Base II/1 do anexo ao Decreto-Lei n.º 294/94 como abrangendo “o processamento dos resíduos sólidos urbanos, ou a tal equiparados nos termos da lei, gerados nas áreas dos municípios utilizadores e entregues por quem deva proceder à sua recolha, incluindo a sua valorização energética ou a sua reciclagem em termos economicamente viáveis, e a disponibilização de subprodutos”. Já a base II/3 do anexo ao projeto de Decreto-Lei n.º 159/2014 alarga o objeto da concessão à recolha seletiva de resíduos. Na medida em que a recolha seletiva de resíduos em causa constitua uma atividade onde é possível a concorrência entre*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

operadores, a extensão dos direitos exclusivos das concessionárias carece de fundamentação.” (art. 45º do RI).

- 22) Sobre *benchmarks* regulatórios disse: *“A eficiência do acompanhamento regulatório da concessão e o sistema tarifário em implementação pelo regulador dependem em grande medida da informação que recebem dos operadores e dos benchmarks regulatórios criados. O modelo seguido para a privatização mantém numa única entidade o controlo do conjunto significativo de sistemas multimunicipais. Na prática tal implica a atribuição de um direito exclusivo no transporte e tratamento de resíduos urbanos cobrindo 60% da população portuguesa, com ampla representatividade geográfica, e com possível extensão a atividades complementares e “outras atividades”. Tal concentração pode não só prejudicar a criação de benchmarks regulatórios prejudicando a eficiência do regime tarifário a aplicar pelo regulador sectorial, como também promover uma eventual captura regulatória pelo aproveitamento da assimetria de informação que aumenta com a concentração no mercado. Ora, a concentração da atividade numa única empresa vai desvirtuar esse indicador, implicando uma diminuição da informação concorrencial para a definição do padrão regulatório. Com efeito, se todos os operadores de dimensão semelhante são controlados pela mesma entidade, a comparação pode deixar de refletir diferenciais de eficiência passíveis de servir como benchmark para a regulação. Promove-se uma situação de maior assimetria de informação, o que dificulta o controlo das receitas operacionais, custos operacionais e base de ativos regulados bem, como dos parâmetros de eficiência, tendendo-se para um cenário de menor transparência e conseqüente perigo de captura regulatória. (...) Ora, a concentração da atividade numa única empresa vai desvirtuar esse indicador, implicando uma diminuição da informação concorrencial para a definição do padrão regulatório” (art. 46º do RI).*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

- 23) A diferença entre resíduos urbanos e resíduos não urbanos quanto à sua natureza e composição é inexistente, apenas a quantidade diferencia a qualificação (arts. 52º e 53º ambos do RI).
- 24) A notificante está presente na atividade de gestão dos resíduos dos grandes produtores (art. 59º do RI).
- 25) Atualmente na região de Lisboa Norte existem dois grandes sistemas “em alta”: a VALORSUL e a TRATOLIXO, bem como um aterro de resíduos industriais banais (RIB) em Alenquer e algumas unidades de triagem de resíduos não urbanos (RNU) (art. 64º do RI).
- 26) Estamos perante uma atividade que depende de milhares de decisões individuais, quer dos particulares, quer dos grandes produtores, relativamente aos bens de que quotidianamente se desfazem, mas também da forma como se destinam esses resíduos (indiferenciado, separação maior ou menor na origem) (art. 66º do RI).
- 27) Tecnicamente não se verifica nenhum constrangimento no tratamento dos resíduos em diferentes pontos do país (art. 67º do RI).
- 28) A Valorsul e demais concessionárias tratam por igual os resíduos urbanos municipais dos seus acionistas, resíduos urbanos contratados (no caso da Valorsul, da Tratolixo) e resíduos particulares (de grandes produtores) (art. 68º do RI).
- 29) A Valorsul é cliente de outros sistemas, designadamente a Valorlis, onde entrega 25.000 toneladas de resíduos urbanos indiferenciados para tratamento mecânico e biológico (TMB), sendo ainda cliente dos CIRVER (centros integrados de recuperação, valorização e eliminação de resíduos perigosos) para tratamento e deposição das cinzas brutas produzidas no processo de incineração (art. 70º do RI).
- 30) Também a Tratolixo livremente celebra contratos de prestação de serviços com entidades dos sistemas multimunicipais, intermunicipais e privados, em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

função das condições comerciais oferecidas, sendo estas transferências realizadas com recurso a meios próprios ou alugados (art. 71º do RI).

- 31) No caso da Valorsul existe igualmente estes movimentos para os quais se contratam externamente serviços de transporte, nomeadamente as escórias rejeitadas do processo de incineração que são tratadas no Aterro Sanitário de Mato da Cruz (ASMC), bem como do transporte do agregado do mesmo para o Aterro Sanitário do Oeste (ASO) (art. 72º do RI).
- 32) Também os rejeitados do Centro de Triagem e Ecocentro do Lumiar são transportados para o Centro de Tratamento de Resíduos do Oeste do Cadaval para reprocessamento (art. 73º do RI).
- 33) Outros movimentos e transportes são realizados com recurso a meios próprios das Estações de Transferência para os aterros, e da Estação de Transferência da Nazaré para o Tratamento Mecânico e Biológico da Valorlis, bem como a circulação de rejeitados da Estação de Valorização Orgânica da Amadora (ETVO) para a Central de Tratamento de Resíduos Urbanos de São João da Talha (CTRSU) e do ASMC e para a recolha seletiva do Oeste (art. 74º do RI).
- 34) A EGF ultimamente alega que o acordo parassocial relativo à Valorsul é inexistente (art. 77º do RI).
- 35) A entidade reguladora (ERSAR) no seu parecer expõe, entre o mais, o seguinte: *"Há, no entanto, que analisar sob outro prisma a eventual influência do exclusivo para a receção de resíduos urbanos, cuja recolha é da responsabilidade dos municípios, sobre as condições que podem ser oferecidas a estes para realizar o serviço de recolha de resíduos urbanos. Com efeito, a contratualização do serviço de receção de resíduos urbanos, em regime de exclusivo, a um sistema multimunicipal de tratamento desses resíduos, confere a esse sistema uma posição potencialmente dominante nesse mercado, uma vez que exerce essa atividade em regime de monopólio legal, estando, por isso, garantida, pelo prazo da concessão, a receção*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

integral desses resíduos. Nesta medida, apesar de não ser possível a diferenciação tarifária entre os utilizadores de um determinado sistema, poder-se-ão criar incentivos à obtenção de vantagens económicas quando o operador privado que participa no capital social da entidade gestora do serviço em alta executa a recolha de resíduos, por prestação de serviço ao município ou por concessão do sistema municipal (diretamente ou através de empresas do mesmo grupo empresarial). Essas vantagens advêm da possibilidade de potenciar maiores sinergias na organização dos serviços em alta e em baixa por serem prestados por entidades pertencentes ao mesmo acionista, mas também pela possibilidade de transferência ou partilha de recursos entre a atividade de recolha indiferenciada e a recolha seletiva, de difícil controlo por entidades externas (incluindo o concedente do sistema multimunicipal, os municípios que contratam o serviço em baixa e a entidade reguladora sectorial), podendo conferir à entidade que presta o serviço de recolha uma posição mais favorável face aos demais concorrentes. No que respeita à regulação económica existem já regras bem definidas de construção das tarifas, nomeadamente as constantes do regulamento tarifário. Ainda que este regulamento tenha incentivos à redução contínua de custos, as vantagens competitivas obtidas nos serviços em baixa, pela transferência ou partilha de recursos com a atividade de recolha seletiva (exercida pela entidade gestora em alta) podem traduzir-se num benefício económico mais relevante para o operador privado. No caso de concessões de serviços municipais em baixa, por se tratar de contratos de longa duração e em que o operador tem mais autonomia de gestão, assumindo diretamente o relacionamento contratual com a entidade gestora em alta, e maior responsabilidade em termos de renovação e substituição de equipamentos, o risco descrito anteriormente é mais elevado do que nas prestações de serviço (em que o operador se relaciona exclusivamente com o município com um contrato de menor duração).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Neste contexto, não é evidente que "não existe qualquer possibilidade de se verificarem efeitos verticais", como refere a notificante na sua resposta." (art. 94º do RI).

- 36) Conclui referindo que "se deverá ter em consideração, na presente operação de concentração de empresas, as reservas atrás aduzidas, em especial no que se refere aos riscos de transferência de recursos entre participadas." (art. 95º do RI).
- 37) A concessionária pode recorrer a recursos da SUMA para a atividade de recolha seletiva (art. 99º do RI).
- 38) Mediante essa utilização, as viaturas poderão ficar parqueadas nas instalações da concessionária (art. 100º do RI).
- 39) Em 2014, os representantes dos municípios votaram contra o projeto de orçamento e projeto de regulamento tarifário para 2015 nos termos do disposto na Cláusula 4ª do Acordo Parassocial (art. 112º do RI).
- 40) Tendo em consideração o disposto no Acordo Parassocial, para aprovação do orçamento seria necessária uma maioria qualificada de nove votos, o que não sucedeu, na medida em que os representantes dos municípios votaram contra a aprovação do documento (art. 113º do RI).
- 41) Ao contrário da posição assumida pela EGF ao longo dos anos, desta vez os seus representantes, decidiram considerar aprovado o orçamento por maioria exercendo o Presidente do Conselho de Administração voto de qualidade (art. 114º do RI).
- 42) A ERSAR, conhecendo a posição dos municípios e a importância da matéria em causa para os mesmos em face das suas atribuições e qualidade de clientes da Valorsul, tardou na pronúncia sobre a mesma (art. 118º do RI).
- 43) A atividade de prestação de serviços em baixa pressupõe escritórios, espaços de estacionamento de máquinas e/ou estaleiros para acondicionamento de máquinas e estacionamento de viaturas, oficinas de reparação e manutenção de máquinas e veículos, armazéns de peças e outros itens consumíveis, bem



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

como as instalações de armazenamento de combustível e/ou lavagem (art. 129º do RI).

- 44) Existem já contratualizados investimentos públicos, repercutidos no tarifário, que poderão ser feitos (art. 169º do RI).
- 45) A mera recolha de informação sobre o histórico da quantidade e natureza de resíduos urbanos produzidos e entregues por cada município, permitiria à SUMA na sua atividade “em baixa” uma projeção mais acurada sobre o desenrolar do contrato, que permitiria a apresentação de preços tendo em conta uma estimativa mais precisa do investimento necessário, suscetível de reduzir o risco inerente ao negócio (art. 171º do RI).
- 46) O segundo maior operador na área da recolha de resíduos sólidos urbanos a nível nacional tem uma quota de 10% a 20% face aos 40% a 50% da SUMA, sendo que os restantes três maiores operadores no máximo chegam aos 10% (art. 175º do RI).

*

Factos não provados:

- a) No projeto estratégico da SUMA/EGF, está prevista a possível fusão entre concessionários, passando de 11 para 5, e a possibilidade de partilha de infraestruturas entre a SUMA e as concessionárias (art. 33º do RI).
- b) Os movimentos referidos nos pontos 29) a 33) dos factos provados efetuados, envolveram, no ano de 2014, os seguintes montantes: Faturação com a TRATOLIXO - € 2.995.000,00; Faturação com Particulares - € 1.129.000,00; Contrato com o CIRVER (prazo de um ano renovável por mais dois) - €1.800.000,00; Contrato com a VALORLIS - €1.195.000,00; Contratação externa de serviços de transporte - €1.087.000,00 (art. 75º do RI).
- c) Atento o plano estratégico da SUMA, pretenderá esta receber mais resíduos na central de incineração (art. 77º do RI).
- d) A SUMA tem a intenção de construir uma quarta linha de incineração em Loures a fim de aumentar a capacidade (art. 78º do RI).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

- e) Coexistem instalações da SUMA e da EGF em Lisboa, Loures e Faro (art. 84º do RI).
- f) A SUMA, através da EGF, passará a deter o controlo de cerca de 65% das instalações de tratamento de resíduos em Portugal (art. 85º do RI).
- g) O modelo de definição tarifária não constitui garantia de inexistência de possibilidade de transferência de custos da atividade “em baixa” para atividade “em alta” (art. 98º do RI).
- h) A ERSAR não tem demonstrado a capacidade de resposta e controlo efetivo que as suas atribuições e competências pressuporiam (art. 120º do RI).
- i) A SUMA estará sempre em condições de, por efeito de escala, apresentar preços baixos provocando uma erosão do mercado (art. 125º do RI).
- j) Não apenas preços baixos, mas preços anormalmente baixos, à luz do conceito do que é preço anormalmente baixo previsto no Código dos Contratos (art. 126º do RI).
- k) A SUMA terá mais facilidade em satisfazer outra espécie de exigências técnicas, ambientais e/ou sociais, que decorram do Programa do Concurso e do Caderno de Encargos, em nome das economias de escala e do apetrechamento técnico que obterá com a sua atividade em alta (art. 128º do RI).
- l) O investimento já tem de estar feito aquando da apresentação a concurso (resposta aos arts. 140º a 149º do RI).
- m) É incorreto afirmar-se que os municípios atendem à necessidade de garantir um prazo razoável para o retorno (art. 150º do RI).
- n) A operação de concentração permitirá a realização de economia de escala suscetível de tornar muito mais atrativa a contratação dos serviços das participadas da EGF por parte dos produtores de resíduos não urbanos (art. 168º do RI).
- o) A informação referida no ponto 45) coloca a SUMA em vantagem relativamente aos seus concorrentes (parte final do art. 169º do RI).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

- p) A concretização, ainda que condicional, da operação de concentração nos moldes da decisão recorrida (condicional porque dependente do desfecho do presente processo), permitirá desde já que a SUMA se apresente a concurso junto dos municípios com uma melhor oferta de serviços integrados (art. 170º do RI).

*

Tudo o mais que tenha sido alegado e não conste nos factos provados e não provados é matéria de direito, de natureza conclusiva ou irrelevante, sendo de salientar especificamente quanto aos artigos 269 e 270 da oposição das contrainteressadas SUMA e EGF que os factos aí alegados têm como pressuposto um cenário de reversão da operação de concentração, que não está em discussão (cfr. análise das exceções de inadequação do meio processual, falta de interesse em agir e inutilidade superveniente da lide). Razão pela qual tais factos não mereceram resposta.

*

Motivação:

Os factos provados e não provados resultaram da análise conjunta da prova produzida, considerando, por um lado, normas legais relativas aos meios de prova admissíveis e, por outro lado, as regras da experiência comum e critérios de normalidade e razoabilidade, quando aplicáveis, nos termos que se passam a expor.

Os pontos 1) e 2), que se levaram aos factos provados apenas para facilitar a compreensão do objeto do processo, são factos tornados públicos pelo Diário da República nº 69, Série I, de 08.04.2014, e pelo Diário da República nº 181, Série I, 2º Suplemento, de 19.09.2014.

Os pontos 3) a 9), 11) a 16), 23), 24), 34) a 37), 39), 40) a 42) e 46) resultaram da prova documental junta aos autos, designadamente dos elementos constantes na certidão do procedimento administrativo, salientando-se, em particular, a decisão impugnada (quanto aos pontos 8), 9), 13), 14), 23), 24) e 46)), e bem assim dos documentos juntos pelos requerentes com o requerimento inicial, especificamente a cópia da petição inicial de fls. 70 e ss (quanto ao ponto 11)), a cópia da ata nº 13/2014, de uma reunião do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

Conselho de Administração da Valorsul, de fls. 115 e ss (quanto aos pontos 34), 39), 40) e 41)), e a cópia da decisão da ERSAR sobre a proposta de orçamento e tarifário para 2015 da Valorsul, de fls. 124 e ss (ponto 42)). Não há razões para duvidar da conformidade das cópias apresentadas com os originais, nem da veracidade e autenticidade destes.

No que respeita ao ponto 10), resultou do depoimento de parte de Maria Madalena Presumido, administradora da Valorsul (sujeito ao princípio da livre apreciação), e da testemunha Maria Margarida Rodrigues, diretora do departamento de resíduos e de apoio logístico dos SIMAR – Serviços Intermunicipais de Águas e Resíduos de Loures-Odivelas, que os municípios entregam os resíduos dos grandes produtores que recolhem nas concessionárias respetivas, tendo em conta que não é possível diferenciá-los, pela sua natureza e composição, dos demais. Não há quaisquer razões para duvidar da isenção e exatidão de tais afirmações, pelo que mereceram credibilidade. Consequentemente, é também exata a asserção de que os municípios, na prestação dos referidos serviços, terão como referência o montante cobrado pela concessionária. Esclarece-se que, na resposta dada a este ponto, se alterou a formulação adotada pelos requerentes no art. 25º do RI, porquanto a mesma adotava conceitos inexatos, designadamente “tarifário” e “têm que entregar”. Ora, conforme é salientado na decisão da AdC (cfr. ponto 86) e resulta da análise dos diplomas legais pertinentes (cfr. ponto 18 e ss da decisão de não oposição), a atividade de gestão, entre outros, dos resíduos dos “grandes produtores” é prestada em regime concorrencial, não existindo, por isso, a obrigatoriedade de entrega implícita na alegação dos requerentes, nem “tarifas”, mas preços.

O parecer parcialmente reproduzido nos pontos 17) a 22) está publicado no endereço eletrônico http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Documents/Parecer%20Proj%20DL%20159_2014.pdf.

Os factos expostos nos pontos 25) a 33) foram confirmados por Maria Madalena Presumido, cujo depoimento, nesta parte, se considerou suficiente e credível, tendo em conta a sua qualidade de administradora da Valorsul e porque não foi infirmado pela demais prova produzida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

A factualidade vertida no ponto 38) é uma decorrência lógica do facto exarado no ponto que o precede.

Os pontos 43) e 44) foram extraídos do depoimento de Maria Madalena Presumido que se considerou suficiente e credível, nesta parte, tendo em conta a sua razão de ciência, a sua experiência no setor e o facto de não ter sido contrariado pela demais prova produzida.

A factualidade exarada no ponto 45) foi salientada, no seu depoimento, por Maria Madalena Presumido como uma grande vantagem concorrencial da SUMA em relação aos seus concorrentes e confirmada pela testemunha Maria Margarida Rodrigues. Analisando estes meios de prova, considera-se que não existem dúvidas de que o acesso a este tipo de informação é relevante para os fins indicados neste ponto, porquanto a própria AdC, na decisão de não oposição e em análise a estes argumentos, não excluiu este facto – cfr. pontos 779 e 780 da decisão. Contudo, a prova produzida não infirmou as asserções exaradas pela AdC nos referidos pontos, sustentadas pelo depoimento de Nuno Seco da Costa, colaborador da SUMA desde 2000, sempre na área comercial, designadamente que as informações relevantes – sobretudo as relativas à quantidade dos resíduos – podem ser obtidas pelos concorrentes da SUMA nos concursos públicos. Consequentemente, ficou por demonstrar que essa informação coloque a SUMA em vantagem relativamente aos demais concorrentes (alínea o)).

No que respeita aos (demais) factos não provados, o teor do plano estratégico da SUMA foi referido por Maria Madalena Presumido e Maria Margarida Rodrigues, não por conhecimento direto, mas através de relatórios da FCC e da Párpública, pelo que se consideraram tais meios de prova insuficientes. Razão pela qual a factualidade exarada nas alíneas a) e c) a d) ficou por demonstrar.

Sobre os montantes concretos indicados na alínea b) não foi produzida prova.

Os factos exarados na alínea e) não foram confirmados pela prova produzida, tendo resultado de um lapso involuntário dos requerentes, conforme foi assumido pelos mesmos, nas alegações finais.

Quanto aos factos vertidos na alínea f) não foi produzida prova.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

No que respeita ao modelo tarifário e à sua suscetibilidade de garantir ou não a inexistência de possibilidade de transferência de custos da atividade “em baixa” para atividade “em alta” (alínea g)), importa referir que o único elemento no qual os requerentes suportaram esta alegação, designadamente o parecer da ERSAR, não sustenta esta asserção. Com efeito, as passagens do parecer da ERSAR, que os requerentes citam e reproduzem, fazem referência à partilha de recursos e não à transferência de custos. Acresce ainda que Maria José Lages, administradora de várias concessionárias e economista de formação, confirmou, no seu depoimento de parte, os factos vertidos nos pontos 142 a 146 da oposição das contrainteressadas SUMA e EGF, considerando-se que as suas afirmações são, pelo menos, idóneas a pôr em dúvida o facto alegado.

No que respeita à alegada incapacidade da ERSAR para desempenhar as suas atribuições de controlo (alínea h), a prova produzida, que se reconduziu ao depoimento de parte de Maria Madalena Presumido, foi insuficiente. Com efeito, pese embora a depoente tenha apresentado um exemplo, relacionado com o tarifário de 2014, demonstrativo de incapacidade da ERSAR para compreender que estava em discussão, não foi perentória em afirmar o facto alegado.

Quanto aos efeitos de escala associados à operação de concentração (alíneas i), j), k) e n)) e à oferta de serviços integrados (alínea p)), a prova produzida, que, no essencial, se resumiu às afirmações de Maria Madalena Presumido e Maria Margarida Rodrigues, foi insuficiente, pois, sem duvidar da convicção e sinceridade da depoente e da testemunha, sendo de salientar quanto à primeira a afirmação de que a sua oposição reside essencialmente no modelo de privatização adotado, a verdade é que não revelaram nem razões de ciência (não tendo formação em economia), nem elementos tecnicamente sustentados suscetíveis de demonstrar os factos em análise.

No que respeita ao facto do investimento ter de ser feito aquando da apresentação do concurso (alínea l)), também se considera que a prova produzida, que se reconduziu mais uma vez às afirmações de Maria Madalena Presumido e Maria Margarida Rodrigues, foi insuficiente, pois não excluiu a possibilidade, afirmada por Nuno Seco da Costa de aluguer dos equipamentos. Acresce ainda, tal como salientado pelas contrainteressadas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Parpública e AdP na sua oposição, a própria FCC, uma das entidades concorrentes à privatização da EGF, admitiu, no procedimento administrativo, que “habitualmente os investimentos podem ser realizados após a adjudicação do contrato.” – ponto 654.

Por último, quanto à alínea m), o facto em apreço foi afirmado por Maria Margarida Rodrigues. Sem duvidar da isenção da testemunha, a verdade é que a mesma apenas apresenta razões de ciência sólidas em relação aos procedimentos adotados por dois municípios, sendo, por isso, insuficiente para se concluir que, em regra, os municípios não atendem a este fator.

Enquadramento jurídico

*

Os requisitos legais necessários para o decretamento de uma providência cautelar, no âmbito do CPTA, variam, havendo que distinguir duas hipóteses: (i) a existência de evidência da procedência da pretensão principal; (ii) e incerteza relativamente à existência da ilegalidade ou do direito do particular.

Na primeira hipótese, o decretamento da providência depende apenas do *fumus boni iuris*, por força do art. 120º/1, al a), do CPTA, tratando-se, contudo, de situações excepcionais de manifesta ilegalidade do ato⁷.

Na segunda hipótese, há que efetuar uma nova distinção, desta feita entre providências conservatórias e providências antecipatórias. No que respeita às primeiras, a lei basta-se com um “juízo negativo de não-improbabilidade (*non fumus malus*) da procedência da ação principal”⁸ (art. 120º/1, al b), do CPTA). No que respeita às segundas, impõe-se um *fumus boni iuris*, menos exigente do que aquele que está previsto no art. 120º/1, al a), do CPTA, e que se traduz na probabilidade de que a pretensão formulada ou a formular na ação principal venha a ser julgada procedente (art. 120º/1, al c), do CPTA)

⁷ Vieira de Andrade, ob. cit., págs. 312 e 313.

⁸ *Ibidem*, pág. 315.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Em qualquer um dos dois casos referidos, é necessária a demonstração do *periculum in mora* (cfr. art. 120º/1, al b), do CPTA) e a observância do princípio da proporcionalidade (cfr. art. 120º/2, do CPTA).

O *periculum in mora* traduz-se, nos termos da lei, no *fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal* – art. 120º/1, al b), do CPTA. Conforme esclarece o STA, “ocorre uma situação de facto consumado previsto no artº120º nº1 al.b) do CPTA quando, a não ser deferida a providência, o estado de coisas que a ação quer influenciar fique inutilizada *ex ante*”⁹. Por sua vez, entende-se por prejuízos de difícil reparação “aqueles cuja reintegração no plano dos factos se perspectiva difícil, seja por que pode haver prejuízos que, em qualquer caso, se produzirão ao longo do tempo e que a reintegração da legalidade não é capaz de reparar ou, pelo menos, de reparar integralmente”¹⁰. Para a verificação de uma destas hipóteses, impõe-se ao requerente que faça prova de que as consequências referidas “são suficientemente prováveis para que se possa considerar “compreensível ou justificada” a cautela que é solicitada”¹¹. Tudo se reconduz, assim, a um juízo de prognose quanto à utilidade da sentença¹².

O princípio da proporcionalidade “implica a ponderação de todos os interesses em jogo, de forma a fazer depender a própria decisão sobre a concessão ou recusa da providência cautelar dos interesses preponderantes no caso concreto, sempre que seja evidente a procedência ou improcedência da pretensão formulada¹³”. Nesta medida e conforme estipula a lei, a *adoção da providência ou das providências será recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados, em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem*

⁹ Acórdão do STA de 12.01.2012, proc. nº 0857/11, in www.dgsi.pt.

¹⁰ Mário Aroso de Almeida e Fernandes Cadilha, Comentário ao CPTA, pág. 705, *apud* acórdão citado na nota anterior.

¹¹ Vieira de Andrade, ob. cit., pág. 311.

¹² Cfr. Vieira de Andrade, ob. cit., pág. 311.

¹³ Vieira de Andrade, ob. cit., pág. 315.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências.

Verificados os requisitos legais referidos, a providência ou providências a decretar deverão *limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente* e deverão ser *adequadas a evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente* – cfr. art. 120º/3, do CPTA.

Vejam-se se se verifica, no caso, alguma das hipóteses referidas e respetivos requisitos legais.

*

Existência de evidência da procedência da ação principal – art. 120º/1, al a), do CPTA:

Impõe-se, assim e em primeiro lugar, verificar se estamos perante um caso de existência de evidência da procedência da ação principal.

In casu, os requerentes sustentam a sua pretensão em dois fundamentos, que são: (i) a existência de questão prejudicial que deveria determinar a suspensão do procedimento por parte da AdC, nos termos do art. 138º/1, do CPA; (ii) e a ilegalidade da decisão da AdC por violação dos arts. 41º/3 e 4, da LdC, e 81º/al f), e 99º/al a), ambos da CRP.

Analisemos cada um destes fundamentos.

*

Questão prejudicial que deveria determinar a suspensão do procedimento por parte da AdC:

Considera-se que este primeiro fundamento que sustenta a pretensão dos requerentes é manifestamente improcedente.

Com efeito, o art. 38º/1, do CPA, exige, como requisito legal de aplicação, que *a decisão final dependa da decisão de uma questão que tenha de constituir objeto de procedimento próprio ou específico ou que seja da competência de outro órgão administrativo ou dos tribunais*. Não é o caso, pois, conforme sustentam as contrainteressadas SUMA/EGF, “a decisão da AdC – de se opor ou não a uma operação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

de concentração – depende exclusivamente de saber se a operação notificada, nos termos do artigo 37º da Lei da Concorrência, é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Para chegar a esta conclusão a AdC não tem que ter em conta, ou muito menos apreciar, se a operação dá origem à concentração é ou não válida, mas apenas considerar, na sua análise, os fatores mencionados no nº 2 do artigo 41º da Lei da Concorrência e, com base na avaliação que faça destes, determinar o impacto que a operação de concentração pode vir a ter, ou não, na estrutura do mercado. Neste sentido, é evidente que a questão de saber se a operação é válida em nada impede a AdC de se pronunciar sobre os efeitos que essa operação poderá vir ou não a ter na concorrência uma vez que é sobre esses efeitos – e sobre mais nenhuns – que a AdC deve, ao abrigo do nº 1 do artigo 41º da Lei da Concorrência, pronunciar-se”.

*

Ilegalidade da decisão da AdC:

No que respeita à ilegalidade da decisão, os requerentes põem em causa o juízo de discricionariedade técnica da AdC, sustentando que a operação de concentração em causa é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

O controlo judicial deste juízo, quanto ao seu âmbito, está limitado às seguintes hipóteses: desvio do poder subjetivo; erro de facto; falta ou insuficiência de fundamentação (motivação); erro manifesto de apreciação; e “compatibilidade da “vontade” ou do “juízo” decisórios com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e, sobretudo, com os princípios jurídicos fundamentais que regem a atividade administrativa (igualdade, imparcialidade, boa fé, segurança jurídica, proporcionalidade, racionalidade e razoabilidade)”¹⁴. O erro manifesto de apreciação consiste no “ “erro evidente ou palmar”

¹⁴ Cfr. Vieira de Andrade, “Os poderes de cognição e de decisão do juiz no quadro do atual processo administrativo de plena jurisdição”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 101, Setembro/Outubro de 2013pág. 38.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

e no “erro de avaliação claro (“clear error”), que após prova ou investigação não deixe quaisquer dúvidas ao juiz”¹⁵.

No que respeita à metodologia do controlo judicial sobre o juízo de discricionariedade técnica da AdC, entende-se que “o juiz não reexamina a decisão discricionária em si, como se fosse um segundo decisor do caso (não procura encontrar a decisão que tomaria se fosse autor do ato), mas procede a testes de juridicidade, para, no uso dos seus poderes de fiscalização, verificar se a decisão do órgão administrativo comporta erros relevantes, incumprimentos ou desrespeito de direitos ou ofensa a princípios jurídicos fundamentais”¹⁶.

Os parâmetros enunciados mostram-se conformes com a jurisprudência comunitária sobre a matéria, que, em geral, tem sustentado o seguinte: “a fiscalização exercida pelo juiz da União sobre as apreciações económicas complexas da Comissão deve limitar-se à verificação do respeito das regras de processo e de fundamentação, da inexatidão material dos factos, bem como da inexistência de erros manifestos de apreciação e de desvio de poder. A este propósito, cabe recordar que o juiz da União deve não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se esses elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa, e se são de molde a sustentar as conclusões daí retiradas (v., em relação às decisões tomadas nos termos do artigo 8.º do Regulamento n.º 139/2004, acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, Colet., p. I-987, n.º 39, e em relação às decisões tomadas nos termos do artigo 6.º do mesmo regulamento, acórdão Sun Chemical Group e o./Comissão, já referido, n.º 60)” – acórdão do Tribunal de Geral de 11.12.2013, proc. T-79/12, Cisco Systems Inc. e Messagenet SpA, versus Comissão¹⁷.

¹⁵ Cfr. *Ibidem*, pág. 38.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 38.

¹⁷



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

No caso concreto, considera-se, tal como sustentam as contrainteressadas Parpública e AdP, que a aplicação do disposto no art. 120º/1, al a), do CPTA, é de rejeitar liminarmente. Com efeito, sem necessidade de uma análise minuciosa de cada um dos fundamentos aduzidos pelos requerentes, a mera leitura da decisão de não oposição da AdC, em confronto com os factos provados e com os argumentos estribados no requerimento inicial, permite concluir pela não verificação da evidência exigida pelo referido normativo legal. Não há efetivamente nenhum elemento que, de uma forma linear, cristalina e contundente, inquine os juízos económicos efetuados pela AdC, sendo certo que são juízos complexos, sustentados em vários pressupostos e cujo controlo judicial é bastante limitado, conforme se referiu.

Conclui-se, assim, pela não verificação do disposto no art. 120º/1, al a), do CPTA.

*

Verificação dos requisitos exigidos pelo art. 120º/1, al b), do CPTA:

Importa esclarecer, em primeiro lugar, que não se pode afirmar, com total certeza, que a providência cautelar adequada ao caso concreto, decorrente da circunstância de já ter sido celebrada a operação de concentração, seja uma providência cautelar conservatória. Os contornos do caso indiciam que não se trata mais de manter ou preservar uma situação de facto existente (a situação de facto antes da celebração da operação de concentração), mas de antecipar uma situação que já não existe¹⁸.

Em todo o caso, dadas as dificuldades existentes na distinção e porque se entende que a providência cautelar adequada ao caso concreto soçobriria mesmo na hipótese menos exigente, que é aquela que está consagrada no art. 120º/1, al b), do CPTA, ir-se-á assumir que se trata de uma providência conservatória.

*

Non fumus malus:

Assim, quanto ao *non fumus malus*, resulta da análise precedente que o fundamento relativo à questão prejudicial é manifestamente improcedente. Por sua vez, os demais

¹⁸ Cfr. Vieira de Andrade, *Justiça Administrativa ...*, nota de rodapé 845, pág. 308.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

fundamentos de impugnação dos requerentes incidem, no essencial, sobre o juízo técnico da AdC.

Assim, os requerentes pretendem pôr em causa esse juízo económico complexo fazendo apelo, num primeiro momento, às preocupações jusconcorrenciais manifestadas pela própria AdC na decisão que determinou a realização da investigação aprofundada e no parecer que apresentou no âmbito do processo de privatização e bem assim ao parecer da ERSAR.

Num segundo momento, os requerentes procuraram demonstrar que a dimensão da operação de concentração é maior do que aquela que foi assumida pela AdC, porquanto o mercado relevante é um só, não podendo ser fragmentado em quatro mercados, conforme foi efetuado na decisão impugnada. Considerando um só mercado, os requerentes salientam a aparente e impressionante enormidade que resulta da presença e implantação no mercado da empresa notificante e da EGF.

Num terceiro momento, os requerentes tentaram evidenciar que o juízo da AdC quanto aos efeitos da operação de concentração está errado, porquanto a AdC omitiu fatores relevantes que são considerados pela Comissão Europeia na análise dos efeitos das operações de concentração não horizontais e, mercê de vantagens competitivas decorrentes da transferência de custos, da partilha de recursos, de efeitos de escala, em conjugação com a incapacidade dos Municípios e da ERSAR para controlarem a atividade da empresa resultante da operação de concentração e com a existência de significativas barreiras à entrada, a SUMA irá ou poderá encetar uma estratégia de encerramento anticoncorrencial do mercado. Assim, numa primeira fase, a SUMA teria condições para praticar preços anormalmente baixos, eliminando os concorrentes e, numa segunda fase, poderia aumentar lucrativamente os preços.

Analisemos cada um destes fundamentos:

*

Decisão de realização da uma investigação aprofundada, parecer emitido no processo de privatização e parecer da ERSAR:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

Na decisão de realização de uma investigação aprofundada, a AdC manifestou efetivamente várias preocupações jusconcorrenciais, o que é compreensível na medida em que a decisão tinha de ser fundamentada.

Contudo, tal como salientaram as contrainteressadas SUMA e EGF, a decisão de não oposição não ignorou essas preocupações, que foram objeto de análise (cfr. pontos 169 e ss).

Também no parecer sobre o projeto do que viria a ser o DL nº 96/2014, a AdC manifestou várias preocupações jusconcorrenciais. Contudo, o que estava em causa, à data, era o modelo de privatização e não uma operação de concentração concreta, sujeita a uma investigação específica.

Quanto ao parecer da ERSAR, verifica-se que o mesmo foi objeto de análise pela AdC, na decisão de não oposição que remeteu para os fundamentos da decisão de não oposição (cfr. ponto 541).

Face à análise precedente, considera-se que os elementos referidos não são, em si mesmos, suscetíveis de invalidar os juízos formulados pela AdC na decisão de não oposição. O que importa é a validade destes juízos.

*

Delimitação do mercado relevante:

Neste âmbito, a alegação dos requerentes imputa à decisão de não oposição vários vícios. Vícios esse cujo único enquadramento jurídico possível é a insuficiência de fundamentação, erro de facto e erro manifesto de apreciação. Vejamos se os mesmos se verificam efetivamente.

Assim, no que respeita à insuficiência da fundamentação, alegam os recorrentes que a AdC não analisou as áreas de atuação das concessionárias, salientando, com base no exemplo da Valorsul, que existe uma inter-relação entre operadores e sistemas públicos e privados, que não é compatível com a definição hermética de “alta” e “baixa”, de “RU” e “RNU”, adotadas na decisão recorrida (cfr. arts. 65º e ss do RI).

Conforme resulta da decisão de não oposição e é salientado pelas contrainteressadas Parpública e AdP, estes argumentos já haviam sido apresentados no



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed. Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

processo de concentração pelo Município de Loures (cfr. ponto 511), tendo a AdC tomado posição sobre os mesmos, no sentido da sua irrelevância – cfr. pontos 595 a 599. Salientou, em particular, que “perante um determinado enquadramento, legal e regulamentar, a AdC apenas pode presumir que será no âmbito do mesmo que os vários *stakeholders* atuam, exercendo os seus direitos e cumprindo as suas obrigações. Assim, será também com base na análise deste enquadramento que a AdC procede ao exercício de definição do mercado relevante” (pontos 597 e 598).

Tratando-se de elementos que a AdC considerou irrelevantes, não havia que proceder a qualquer análise quanto aos mesmos. Efetivamente, na linha da jurisprudência comunitária sobre a matéria, entende-se que a AdC “*não viola a sua obrigação de fundamentação se, quando exerce o seu poder de controlo das operações de concentração, não incluir na sua decisão uma fundamentação precisa quanto à apreciação de um certo número de aspetos da concentração que lhe pareçam manifestamente despropositados, destituídos de significado ou claramente secundários para a apreciação desta última (v., neste sentido, acórdão Comissão/Sytraval e Brink’s France, já referido, n.º 64). Com efeito, essa exigência seria dificilmente compatível com o imperativo de celeridade e os curtos prazos do procedimento que se impõem à Comissão [leia-se AdC] quando exerce o seu poder de controlo das operações de concentração e que fazem parte das circunstâncias específicas de um procedimento de controlo dessas operações*” – acórdão do TJ de 10.07.2008, proc. C-413/06 P, Bertelsmann AG e outros v. Comissão. O que importa, à luz da mesma jurisprudência, é que a fundamentação seja clara e lógica.

Requisitos estes que se verificam. Com efeito, resulta, de forma clara e lógica, entre outros do ponto 59 e ss da decisão impugnada, no capítulo em que a AdC identifica os mercados relevantes, e tal como é salientado pelas contrainteressadas SUMA e EGF, que a análise da AdC assentou essencialmente no enquadramento normativo aplicado ao setor dos resíduos, designadamente no critério da responsabilidade pelo tratamento dos resíduos, previsto na lei (cfr. ponto 836 da decisão), sendo “com base nesse critério que são definidos os perímetros de regulação, o âmbito das concessões e, em última análise, as



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

estruturas da procura e da oferta” (ponto 837 da decisão). Escolhendo este critério como essencial, era efetivamente irrelevante a análise invocada pelos requerentes.

Ainda no âmbito da delimitação dos mercados relevantes, os requerentes apontaram à decisão de não oposição um erro de facto, designadamente a circunstância de não ter assinalado, na figura 4, respeitante aos pontos 125 a 149, a coexistência de instalações da SUMA e da EGF em Lisboa, Loures e Faro (art. 84º do RI). Sucede que este erro de facto (que resultou de um lapso involuntário dos requerentes) não ficou demonstrado, pelo que também este fundamento da causa de pedir não é procedente.

Dentro do mesmo tema – delimitação dos mercados relevantes – entendem os requerentes, ainda que sem o uso do termo técnico que aqui se convoca, que a decisão de não oposição enferma de um erro manifesto de apreciação. Assim, sintetizam este fundamento da sua pretensão as seguintes palavras escritas: “Porém, o debitar *ipsis verbis* destes dados tem por objetivo reforçar o que deveria ser evidente para a AdC e que seguramente o julgador não negligenciará: a fragmentação em quatro mercados é meramente artificial e tem como consequência lógica a obnubilação do real impacto da operação de concentração em causa” (art. 80º do RI).

Ora, os dados que, na perspetiva dos requerentes, conduzem a esta conclusão são os seguintes: não existe uma diferença de natureza e composição entre os resíduos urbanos e não urbanos (art.s 52º e 53º, ambos do RI); nada impede, em termos legais, que os grandes produtores contratem com os municípios ou quaisquer outras entidades licenciadas para esse efeito a gestão dos resíduos (art. 58º do RI); a notificante, devidamente autorizada, poderá continuar a exercer a atividade de gestão dos resíduos dos grandes produtores (art. 59º a 62º do RI); a inter-relação entre operadores e sistemas públicos e privados à qual já se fez referência (art. 65º e 70º e ss do RI); o facto de se tratar de uma atividade descontínua, dependente de milhares de decisões individuais, quer dos particulares, quer dos grandes produtores (art. 66º do RI); tecnicamente não se verifica nenhum constrangimento no tratamento dos resíduos em diferentes pontos do país (art. 67º do RI); a Valorsul e as demais concessionárias tratam por igual os resíduos urbanos municipais dos seus acionistas, resíduos urbanos contratados (no caso da Valorsul) e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

resíduos particulares (de grandes produtores) (art. 68º do RI); apenas os municípios, e mais nenhum operador, estão sujeitos a restrições de carácter legal, tendo que tratar os resíduos urbanos nas concessionárias dos respetivos sistemas multimunicipais (art. 69º do RI); e o volume de negócios decorrente das referidas inter-relações é grande e pode aumentar em caso de concentração, pois a SUMA pretenderá receber mais resíduos na central de incineração (arts. 77º e 78º ambos do RI).

Independentemente da demonstração ou não de todos ou parte destes pressupostos de facto e da existência real e efetiva de uma indiferenciação – ou mesmo uma confusão – entre este tipo de resíduos e os resíduos urbanos, decorrente do facto dos mesmos não se distinguirem em termos de composição e natureza, nada do que os requerentes alegaram afasta aquele que foi o critério preponderante que a AdC considerou, designadamente o enquadramento legal aplicável a este setor, nos termos expostos na decisão de não oposição. Ora, não é evidente que a utilização desse critério seja errada, pois, conforme resulta da decisão de não oposição e como é salientado e explanado pelas contrainteressadas SUMA e EGF, esse enquadramento legal afeta a procura e a oferta no setor em causa e nos termos definidos pela AdC.

Note-se ainda que a AdC não obnubilou a natureza comum dos dois tipos de resíduos identificados e que os resíduos em causa podem ser intrinsecamente sujeitos às mesmas operações de tratamento/valorização e eliminação (cfr. pontos 87 e 836 da decisão). Nem que os sistemas municipais, “em baixa” procedem também ao transporte de RNU (cfr. ponto 107), nem as características concorrenciais deste mercado (cfr. ponto 103). Para além disso, a decisão de não oposição considerou, para efeitos de caracterização estrutural do mercado, a presença da EGF na totalidade dos RNU (ponto 202 e ss).

Resulta, assim, da análise precedente, alheia a eventuais factos controvertidos, que a análise da AdC quanto à delimitação dos mercados relevantes não enferma de nenhum erro evidente e palmar. O que inquina necessariamente a visão global da dimensão da operação de concentração defendida pelos requerentes.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

Efeitos da operação de concentração:

No que respeita aos efeitos da operação de concentração, os requerentes apontam à decisão de não oposição insuficiências, erros de facto e erros manifestos de apreciação, em relação aos seguintes pontos: não consideração pela AdC de fatores expostos pela Comissão Europeia nas Orientações sobre concentrações não-horizontais; vantagens competitivas decorrentes da transferência de custos da atividade em baixa para a atividade em alta; vantagens competitivas decorrentes do aproveitamento de recursos; incapacidade dos Municípios para exercerem um controlo efetivo; incapacidade da ERSAR para exercer as suas atribuições de controlo; vantagens competitivas decorrentes dos efeitos de escala e de acesso a informação; existência de barreiras à entrada na atividade em baixa; aumento lucrativo de preços.

Analisemos cada um destes pontos.

Assim, quanto à *não consideração pela AdC de fatores expostos pela Comissão Europeia nas Orientações sobre concentrações não-horizontais*, alegam os requerentes a AdC não tomou em consideração uma série de fatores que restringem severamente a concorrência, expostos pela Comissão Europeia nas Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresa, publicadas no Jornal Oficial 2008/C 265/07 (arts. 91º a 93º do RI). Salientam especificamente dois fatores. Em primeiro lugar, o poder de mercado significativo resultante da operação de concentração para a notificante (arts. 91º e 92º do RI), pondo em evidência que a SUMA, através da EGF, passará a deter o controlo de cerca de 65% das instalações de tratamento dos resíduos em Portugal, não repugnando aceitar um quadro de atuação da EGF, que se traduzirá na gestão integrada de todas essas instalações (pontos 85º e 86º do RI). Em segundo lugar, citam os requisitos necessários para que uma concentração conglomeral possa conduzir a um potencial e preocupante efeito de encerramento de mercado, designadamente a existência ou não de uma ampla base de clientes comuns para cada um dos produtos em causa (cfr. § 100º das Orientações).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

Considera-se que não assiste razão aos recorrentes. Assim, no que respeita ao poder de mercado decorrente da operação de concentração, a questão apenas tem relevo em relação ao mercado de serviços de apoio à gestão de RU em baixa, ao mercado de gestão de RNU em alta e ao mercado de serviços de apoio à gestão de RNU em baixa. Exclui-se o mercado de gestão de RU em alta, na medida em que se trata de um monopólio criado por via legislativa, conforme esclarece a AdC nos pontos 171 e ss da decisão.

Delimitada e enquadrada a questão, importa referir, quanto ao mercado dos serviços de apoio à gestão de RNU em baixa, que a EGF está presente enquanto decorrência do facto das concessões incluírem a recolha seletiva. No que respeita à SUMA, que está presente na recolha indiferenciada (cfr. figura 3, ponto 112), a AdC não obnubilou as elevadas quotas de mercado da SUMA, anteriores à concentração – cfr. pontos 211 e ss e 615 e ss da decisão. Contudo, entendeu que, por se tratar de *bidding market* ou mercado sob a forma de leilões “a quota de mercado, per se, pode não ser um indicador muito fiável para efeitos de avaliação da estrutura do mercado, na medida em que se podem verificar grandes variações nas quotas à medida que vão sendo instaurados concursos por parte dos municípios” (cfr. pontos 220 e 617 da decisão impugnada). Mais salientou que “elevadas quotas de mercado não constituem o único fator de avaliação jusconcorrencial e que a existência de pressões concorrenciais, decorrentes os fatores ... indicados, resultará, necessariamente, numa certa contestabilidade no mercado” (ponto 620). Esta análise não ofende as referidas Orientações, porquanto a Comissão Europeia esclarece que a quota de mercado, em cada um dos mercados em causa, é um indicador.

No que respeita ao mercado dos serviços de gestão de RNU em alta, a AdC identificou sobreposições horizontais em três mercados geográficos entre a notificante SUMA e a EGF, tendo procedido ao cálculo dos índices de concentração após a operação – cfr. ponto 407 e ss da decisão.

Por último, em relação ao mercado dos serviços de apoio à gestão de RNU em baixa, a AdC concluiu que não há sobreposição entre as empresas envolvidas na operação de concentração e que se trata “de um mercado onde estão presentes inúmeras empresas,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

quer em termos efetivos, quer em termos potenciais, e índices de concentração que, sendo de difícil apuramento, são muito baixos” (cfr. pontos 248 e 249 da decisão). Por conseguinte, a AdC considerou na sua análise o fator em causa, entendendo-se que os termos em que o fez não ofendeu as Orientações da Comissão.

No que respeita ao fator relativo às concentrações conglomeradas, salientados pelos requerentes, verifica-se que a AdC analisou os efeitos não-horizontais da operação de concentração, designadamente um potencial efeito de encerramento de mercado – cfr. ponto 415 e ss – pelo que não se mostra a insuficiência assinalada pelos requerentes.

Relativamente às *vantagens competitivas decorrentes da transferência de custos da atividade em baixa para a atividade em alta*, os requerentes contestam a conclusão da AdC referente à existência de uma possível transferência de custos da atividade em baixa para a atividade em alta (art. 96º do RI). Invocam, para tanto, o parecer da ERSAR, salientando que a posição assumida por esta entidade reguladora setorial demonstra que o “modelo de definição tarifária não constitui garantia de possibilidade de transferências de custos da atividade “em baixa” para a atividade “em alta”” (arts. 95º e 96º, ambos do RI). Mais acrescentam que “[e]m poucas áreas será tão evidente a possibilidade de transferência de custos; E mesmo sem passar por engenharias contabilísticas especialmente complexas” (arts. 97º e 8º ambos do RI).

Excluindo-se liminarmente da presente análise estas duas últimas asserções, por serem evidentemente conclusivas, importa referir quanto ao mais que a AdC analisou a questão das transferências de custos, quer no plano dos incentivos, quer no plano da capacidade – cfr. pontos 445 e ss. Neste âmbito, o que se impõe assinalar, em primeiro lugar, é que a AdC não afirma, na sua decisão, que o modelo tarifário seja uma garantia da inexistência de possibilidade de transferência de custos. Efetivamente, o que se refere e salienta é que tem determinadas características que sustentam a conclusão de que o mesmo “não é particularmente conducente à eficácia na implementação de tal estratégia” (ponto 485). Características estas que a AdC expôs nos pontos 486 e 487 e em relação às quais nada foi afirmado e demonstrado pelos requerentes, em termos concretos, suscetível de as pôr em causa. Para além disso, a AdC não resumiu a sua análise ao modelo tarifário



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisaao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

definido pela entidade reguladora setorial. Também salientou o facto dos Municípios não terem incentivos para aceitar essa prática, associado à circunstância de, enquanto acionistas e clientes, constituírem um “elemento permanente de controle e monitorização das concessionárias “em alta”” (pontos 468 e ss da decisão). Para além disso, a AdC salientou ainda o facto da SUMA seguir “regras contabilísticas razoavelmente estritas, nomeadamente ao nível da definição de preços internos de referência, cujo cumprimento é regularmente certificado” (ponto 493 da decisão). Em face de tais asserções, não se pode concluir que a conclusão da AdC no sentido de que “a entidade resultante da operação de concentração não terá capacidade de implementar este tipo de estratégias de forma a influenciar significativamente a atividade da SUMA na prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal, no sentido de proceder a um encerramento do mercado” (ponto 494 da decisão) enferme de qualquer erro de facto ou de um erro manifesto de apreciação.

Quanto às *vantagens competitivas decorrentes do aproveitamento de recursos*, os requerentes também contestam a conclusão da AdC no sentido de que não será plausível que a SUMA venha a utilizar a título não oneroso as infraestruturas das concessionárias (cfr. pontos 99º a 104º do RI). Alegam, a propósito, que a concessionária pode recorrer a recursos da SUMA para a atividade de recolha seletiva e que, mediante essa utilização, naturalmente as viaturas poderão ficar parqueadas nas instalações da concessão. Partindo destes pressupostos, colocam as seguintes questões: como é que podem os restantes acionistas ou regulador distinguir quais as viaturas ao serviço de que entidade?; que mecanismos podem garantir que as viaturas da SUMA ao serviço da concessionária não poderão fazer recolha seletiva para a própria SUMA?; a plausibilidade não onerosa de recolha de recursos da concessionária por parte da SUMA não será tanto maior enquanto estiverem reunidas condições que dificultem a sua deteção?.

Também este ponto, do aproveitamento de recursos, foi analisado pela AdC na decisão impugnada – cfr. ponto 495 e ss – em termos que não permitem concluir pela verificação de qualquer erro evidente. Com efeito, mesmo uma hipótese de aproveitamento de instalações, designadamente para efeitos de estacionamento de viaturas,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

camuflada pela utilização não onerosa pela concessionária de recursos da SUMA, no âmbito da recolha seletiva, consubstanciaria uma violação dos contratos de concessão, pois o DL nº 96/2014, de 25.06, e os contratos de concessão estipulam que os ativos afetos à atividade em alta são numa base exclusiva. Ora, independentemente de estratégias mais ou menos sofisticadas na ocultação da conduta, considera-se que não enferma de um erro de apreciação evidente a afirmação de que o simples facto de se tratar de uma conduta que viola o contrato consubstancia, em si mesmo, um condicionamento que torna essa conduta de difícil verificação.

Quanto à *incapacidade dos Municípios para exercerem um controlo efetivo*, os requerentes contestam as asserções da AdC quanto à capacidade de monitorização dos Municípios, decorrente da sua qualidade de acionistas (cfr. arts. 105º a 117º do RI). Alegam, a propósito, que a sua posição minoritária não acautelará devidamente os seus interesses, sendo uma evidência disso o desrespeito do acordo parassocial da Valorsul por parte da EGF. Concluem pela incapacidade dos Municípios em controlar aspetos relevantes, estruturantes mesmo, nas participadas da EGF.

Analisada a decisão, considera-se que o que está em causa não é a capacidade de deliberação dos Municípios, mas a sua capacidade e vontade de monitorização – cfr. pontos 468 e ss. Capacidades estas que não se consideram comprometidas por via do desrespeito do referido acordo parassocial. Por conseguinte, também neste plano não se pode considerar que exista um erro evidente de apreciação.

Quanto à *incapacidade da ERSAR para exercer as suas atribuições de controlo*, alegam os requerentes que a realidade tem demonstrado que a ERSAR não tem revelado a capacidade de resposta e controlo efetivo que as suas atribuições e competências pressuporiam (cfr. arts. 118º a 120º do RI). Salientam, neste âmbito, a demora da resposta da ERSAR à proposta de orçamento e tarifário para 2015 da Valorsul.

O que cumpre referir, a propósito, é que não ficou demonstrado que a ERSAR não seja capaz de exercer efetivamente as suas atribuições, o que não se pode retirar apenas e só de uma circunstância, tanto mais que a ERSAR afirmou, na resposta à Valorsul, que o atraso no processo de decisão “resultou de um conjunto de circunstâncias excecionais”



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

(cfr. fls. 125). Acresce ainda que mesmo que se concluísse nesse sentido, ainda assim a demonstração desse facto não seria suficiente para se concluir que a decisão de não oposição enferma de um erro manifesto de apreciação, pois a AdC não sustentou a sua análise e as suas conclusões apenas e só na capacidade de controlo do regulador setorial.

Quanto às *vantagens competitivas decorrentes dos efeitos de escala e de informação*, alegam os requerentes que a SUMA estará sempre em condições de, por efeito de escala, apresentar preços baixos, designadamente preços anormalmente baixos, provocando uma erosão do mercado, pois os Municípios não deixarão de contratar em baixa com quem lhes apresente a proposta mais vantajosa, em termos de preço (arts. 121º a 128º do RI).

O que se impõe assinalar, a propósito desta questão, é que nada ficou demonstrado neste sentido. O que obsta naturalmente a que se considerem infirmadas as asserções tecidas pela AdC a propósito desta matéria nos pontos 300 e ss da decisão. Acresce ainda, tal como a AdC evidenciou na decisão, que não basta a capacidade da SUMA para praticar preços baixos. Impõe-se que, num segundo momento, proceda a um aumento lucrativo do preço enquanto entidade dominante. Por conseguinte, mesmo que se concluísse que a SUMA, por efeitos de escala ou mercê de outras vantagens competitivas, fosse capaz de praticar preços anormalmente baixos, tal não bastaria para se concluir que a decisão da AdC enferma de um erro manifesto de apreciação.

No que respeita à *existência de barreiras à entrada na atividade em baixa*, contestam os requerentes as asserções tecidas pela AdC a propósito da existência ou não de barreiras à entrada na atividade em baixa (arts. 129º a 152º do RI). Alegam, a propósito, que os dados recolhidos, designadamente a quota média da notificante de 2009 a 2013 e o decréscimo nos concursos, de acordo com a figura 7 anexa ao ponto 229, demonstram que o custo inicial de investimento/expansão e a sua natureza de custo afundado constitui uma barreira significativa à entrada/expansão neste mercado. Mais salientam que se os Municípios para reinternalizarem os seus serviços necessitam de investimentos avultados, o que dizer do investimento necessário a fazer pelas empresas privadas. Acrescentam ainda que não é concebível que parte substancial do investimento



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

não esteja feito aquando da apresentação a concurso, pois, boa parte das vezes, entre o momento da adjudicação e a data de início de produção de efeitos do contrato medeiam períodos curtos que não se compadecem com a ligeireza do adjudicatário pensar que vai ter tempo para fazer diversos tipos de investimento, o que é mais evidente se estivermos perante contratos que estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas. Referem também que quanto maior for o preço contratual, maior se afigura a necessidade do adjudicatário concorrer aos procedimentos já com todos os investimentos feitos. Afirmam ainda que é incorreto afirmar-se que os municípios atendem à necessidade de garantir um prazo razoável para o retorno, pois os Municípios atendem à satisfação das necessidades que resultam no processo de contratação.

Apreciando estes argumentos, considera-se, no que respeita às quotas de mercado, que este fator, por si só, não permite sustentar a conclusão alegada pelos requerentes, na medida em que depende de outras variáveis. Relativamente ao número de participantes nos concursos, a AdC, no ponto 233, esclarece ter resultado “das diligências complementares que os concursos lançados têm sido amplamente participados, tendo sido referido por aqueles que, recorrentemente, participam cerca de 5 a 10 empresas por cada concurso lançado”. Asserção esta que não foi infirmada pelos requerentes. No que respeita ao custo dos investimentos a efetuar pelos Municípios, caso pretendessem reinternalizar os serviços em causa, a AdC analisou este argumento, que já havia sido apresentado pelo Município de Loures, nos pontos 649 a 652, em termos que se considera não enfermarem de qualquer erro evidente de apreciação. Quanto à necessidade de realização dos investimentos antes da adjudicação do concurso, os factos respetivos não ficaram demonstrados, pelo que não se pode concluir que tal asserção, exarada na decisão impugnada, encerre um erro de facto. No que respeita à asserção de que os Municípios consideram, na determinação dos prazos contratuais, a necessidade de garantir ao prestador de serviço um prazo razoável para retorno do investimento, não ficou demonstrada a sua inveracidade. Por conseguinte, não se pode concluir que as conclusões exaradas pela AdC a propósito das barreiras à entrada e expansão no mercado dos serviços de apoio de RU enferme de um erro de facto ou de um erro de apreciação manifesta.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

Quanto ao *aumento lucrativo de preços*, alegam os requerentes que a asserção de que a SUMA terá dificuldade em lucrativamente subir os preços é errada, porquanto o facto de não existir qualquer sincronia de contrato no mercado significa que a SUMA pode ir gerindo essa possibilidade de entrada ou reentrada no mercado de novos *players*, bastando-lhe, atenta a disponibilidade adquirida de estabelecer sinergias e imputar custos às concessionárias em alta, gerindo os vários impulsos concorrenciais que possam suceder, designadamente ir alternando a prática de preços altos com a de preços baixos (arts. 153.º a 155.º do RI).

As asserções precedentes assentam num pressuposto que não é seguro, conforme resulta da análise precedente, designadamente as alegadas sinergias e a imputação de custos às concessionárias em alta, pelo que não infirmam a conclusão da AdC, exposta no ponto 305, designadamente que *a assincronia dos contratos é também, neste sentido, facilitadora da entrada em pequena dimensão.*

*

Conclusão:

Em face da análise precedente, considera-se que não é possível formar um juízo de viabilidade quanto à procedência da ação principal, impondo-se antes a conclusão de que é improvável que venha a ser procedente, pois nenhum dos fundamentos aduzidos pelos requerentes é procedente ou viável.

*

Periculum in mora:

Alegam os requerentes, a propósito, que, qualquer que seja a decisão que venha a ser proferida, a decisão criará entraves significativos e duradouros à concorrência efetiva no mercado nacional de prestação de serviços de gestão de RU e de prestação de serviços de apoio à gestão de RU, pelas seguintes razões: o prazo até à prolação da decisão será necessariamente longo; objetivamente estamos perante uma das maiores operações de concentração num setor de atividade após o advento da democracia; tendo a SUMA uma quota de mercado nacional de 40% a 50% quanto à recolha de resíduos sólidos urbanos, já as participadas da EGF abrangem cerca de 60% da população nacional no que à recolha e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR-A

tratamento de resíduos sólidos diz respeito; se até ao momento as participadas da EGF detinham uma quota de mercado negligenciável no setor dos resíduos não urbanos, tal não se deverá manter devido à fusão dos sistemas multimunicipais; a operação de concentração permitirá sempre a realização de economia de escala suscetível de tornar muito mais atrativa a contratação dos seus serviços por parte dos produtores de resíduos não urbanos, não sujeitos a quaisquer constrangimentos na contratação de serviços; também existem já contratualizados investimentos públicos, já repercutidos no tarifário, que poderão ser feitos, criando um maior fosso para com os restantes operadores no mercado, na medida em que implicam a criação de infraestruturas de valor substancialmente elevado, constituindo, assim, a acrescer às existentes, mais uma barreira à entrada de novos intervenientes no mercado; a concretização, ainda que condicional, da operação de concentração permitirá que a SUMA se apresente a concurso junto dos municípios com uma melhor oferta de serviços integrados, quanto mais não seja devido à recolha de informação sobre o histórico da quantidade e natureza dos resíduos urbanos produzidos e entregues por cada município; tudo isto significaria o desaparecimento de parte substancial da concorrência, circunstância que eventualmente apenas poderia mais tarde ser mitigada; até porque os municípios, cujos contratos terminarão, não se poderão conformar com um hiato na disponibilização do serviço de recolha às populações, devendo lançar concurso e escolherão a melhor proposta, aumentando o fosso já de si substancial entre a SUMA e os demais concorrentes; os “remédios” que eventualmente viessem a ser tomadas na sequência da decisão de anulação não determinam a desnecessidade da presente providência, pois, no entretanto, quantas das concorrentes não serão forçadas a diminuir substancialmente a sua atividade, com os custos concorrenciais e sociais inerentes (arts. 163º a 178º).

No essencial, os fundamentos expostos não são diversos daqueles que sustentam a impugnação da decisão de não oposição, pelo que se remete para as asserções tecidas a propósito dos efeitos da operação de concentração. Impõe-se apenas salientar, quanto à informação privilegiada, que este argumento foi analisado pela AdC, nos pontos 745 e 777 a 779, não havendo elementos que permitam infirmar as asserções aí tecidas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunaais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Também no que concerne à evolução das concessionárias nos mercados dos RNU, a alegação dos requerentes é manifestamente insuficiente para afastar as asserções exaradas pela AdC a propósito dos efeitos da operação nestes mercados – cfr. ponto 407 e ss.

Verifica-se, assim, que os fundamentos aduzidos pelos requerentes, quanto a este ponto, não são procedentes.

Contudo, não é por esta razão que se considera não verificado o requisito do *periculum in mora*. Com efeito, tratando-se de um requisito com autonomia relativamente ao *non fumus malus*, o mesmo deve ser analisado no pressuposto de que este se verifica. Assim sendo, o que falece na alegação dos requerentes é o ónus da alegação. Com efeito, os requerentes nada alegaram que permitisse concluir que não será possível ou será difícil reverter a operação de concentração, restaurar a situação de concorrência existente antes da operação ou reparar os danos que a mesma venha a causar aos consumidores (intermédios e finais), sendo certo que é o interesse dos consumidores e não dos concorrentes que o direito da concorrência visa acautelar.

*

Não se verificando os requisitos exigidos pelo art. 120º/1, al b), do CPTA, ficam prejudicadas as demais questões decidendas.

Dispositivo

Em face de todo o exposto, julga o presente procedimento cautelar totalmente improcedente, absolvendo-se a requerida e as concontraintressadas do pedido.

Custas: custas pelas requerentes, em partes iguais – cfr. arts. 527º/2 e 528º/1, ambos do CPC, *ex vi* art. 1º, do CPTA.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR-A

Valor da ação: trinta mil euros e um cêntimo (€ 30.000,01) – cfr. arts. 31º/1 e 4 e 32º/2, ambos do CPTA, e 306º/1 e 2, *ex vi* art. 304º/1, ambos do CPC, *ex vi* art. 1º, do CPTA.

Registe e notifique, incluindo ao Ministério Público.

23.11.2015

