



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 8/15/1YQSTR-A

113944

CONCLUSÃO - 23-11-2015

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Carolina Barreiro)

=CLS=

I. RELATÓRIO.

1.1. O Requerente **Município do Seixal** veio interpor o presente procedimento cautelar para deferimento de providência cautelar de conservatória de suspensão de eficácia da decisão da **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**) proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF de não oposição a decisão de concentração, como preliminar de acção administrativa especial, mais requerendo o decretamento provisório nos termos do art.º 131.º do C.P.T.A. (cfr. requerimento inicial de fls. 5 a 30).

Identificou como contra-interessados **AMARSUL – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, SA**, com sede no Aterro Sanitário de Palmela, Estrada Luis de Camões, Apartado 117, 2860-909 Moita; **Empresa Geral do Fomento, SA**, com sede na Rua Visconde de Seabra, n.º 3, 2.º andar, 1700-421 Lisboa; **Município de Alcochete**, com sede no Largo de São João, 2894-001, Alcochete; **Município de Almada**, com sede no Largo Luis de Camões, 2800-158 Almada; **Município do Barreiro**, com sede na Rua Miguel Bombarda, 2830-355 Barreiro; **Município da Moita**, com sede na Praça da República, 2864-007 Moita; **Município do Montijo**, com sede na R. Manuel Nunes Almeida, 2870-352 Montijo; **Município de Palmela**, com sede no Largo do Município, 2954-001 Palmela; **Município de Sesimbra**, com sede na Rua da República, 3, 2970-741 Sesimbra e **Município de Setúbal**, com sede na Praça de Bocage, 2901-866 Setúbal.

Discordando do sentido da decisão de não oposição adoptada pela **AdC**, o **Município do Seixal** sustenta a procedência do procedimento e o decretamento da providência nos seguintes fundamentos (em síntese):

- Com a operação de privatização da EGF, S.A., o **Estado violou o Acordo de Accionistas da AMARSUL**, o que constitui **abuso do direito na modalidade de venire contra factum proprium**, porque, sendo o Estado o titular da participação social da EGF na sociedade, é, em última análise, o Estado o verdadeiro accionista, e a EGF o veículo de que o



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 8/15.1YQSTR-A

mesmo se serviu para, em conjunto com os Municípios, criar a sociedade com o objectivo de explorar o sistema multimunicipal;

- O Município requereu, a título de diligência instrutória, a audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, a qual foi indeferida, sem qualquer fundamento, pelo que, a decisão ora sindicada está eivada de vício de forma, cominado com a anulabilidade;

- O modelo de privatização implica a atribuição de direitos exclusivos em determinadas áreas, colocando-se a questão da concorrência, em especial quanto a práticas de exclusão, criação ou elevação de barreiras à entrada ou exploração do mercado, relativamente às áreas onde esta é teoricamente possível, designadamente, as “actividades complementares” e nas agora designadas “outras actividades”, não integradas no objecto da concessão;

- O projecto de Decreto-Lei prevê que a duração máxima da concessão seja de 50 anos, incluindo eventuais prorrogações (Base IV/ 1), entendeu a ora Requerida no aludido Parecer, ser necessário avaliar da adequação de prazo tão dilatado, ao objecto da concessão e ao correspondente exclusivo que é atribuído às concessionárias;

-Dada a extensão das actividades que são objecto 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;

-Na medida em que a recolha selectiva de resíduos em causa constitua uma atividade onde é possível a concorrência entre operadores, a extensão dos direitos exclusivos das concessionárias carece de fundamentação, que não chegou a ser produzida;

- 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 actividades complementares e “outras actividades”;

-que o Governo, que no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de Junho, enunciou o propósito de viabilizar “a maior participação do sector privado neste sector”, foi



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 8/15.1YQSTR-A

muito além da “autonomização do sector dos resíduos do Grupo Águas de Portugal, mediante a sua abertura ao sector privado.”;

- A Requerida desconsidera, ainda, o Parecer da ERSAR, Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, sobre a presente operação de concentração, afirmando que as questões suscitadas por esta entidade reguladora “*não são suficientes para afastar a conclusão da avaliação jusconcorrencial*” efectuada pela primeira;

- No final da investigação aprofundada, a Autoridade da Concorrência concluiu “*que não é provável que ocorra, em consequência da presente operação de concentração, o encerramento do mercado “em baixa” afectando significativamente a concorrência no mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de resíduos urbanos de responsabilidade municipal*”.

- Tomando aos acordos parassociais, a AdC procede ao respectivo enquadramento – cfr. pontos 382, 383, 580, 581, 721, 722 e 723, todos da Decisão suspendenda – na problemática do processo de reprivatização no seu todo, para assim delimitar, restringindo, o seu campo de análise à “*verificação jusconcorrencial*”;

- E seguindo tal metodologia, quando os Municípios invocam os acordos, a Requerida remete para os pontos da decisão em que se demarca do processo de reprivatização;

- E, seguindo esta linha, indeferiu a realização da diligência requerida pelo Município do Seixal, de audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, a propósito do acordo parassocial da AMARSUL, SA, remetendo a fundamentação do indeferimento para os pontos 382, 383, 580 e 581, todos da Decisão suspendenda;

- A AdC não está dispensada de aferir do enquadramento legal, regulamentar e estatutário das entidades envolvidas na operação de concentração, sob pena de proferir uma decisão ilegal, como acabou por suceder, aqui se invoca, e melhor se aprofundará na acção principal;

- O Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia assumiu perante o Município do Seixal que a entidade que adquirisse a EGF cumpriria o Acordo de Accionistas;



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 8/15.1YQSTR-A

- A vigência do Acordo de Accionistas, no caso vertente, acarreta a ineficácia das alterações estatutárias preconizadas mediante ato legislativo e a nulidade da transmissão das acções na operação de reprivatização;

- Na parte relativa ao Acordo de Accionistas, a decisão da AdC está eivada de vício de violação de lei por violação do disposto no artigo 24.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais, segundo o qual, os direitos especiais só podem ser atribuídos a categorias de acções e não a accionistas individuais;

- A Decisão suspendenda não se encontra fundamentada, nem procedeu à indicação de remédios ou imposição de compromissos à notificante, que permitissem um juízo de conformação, como seria de esperar, atendendo ao teor dos pareceres proferidos no procedimento e aos próprios problemas identificados pela Autoridade da Concorrência que motivaram a iniciativa de investigação aprofundada empreendida;

- Na fase de investigação não foram carreados para o processo quaisquer elementos que permitissem contrariar ou dissipar os problemas identificados, pelo que, demonstrada que ficou que a operação de concentração notificada criaria entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, a decisão que se impunha era de oposição e não a que veio a ser afinal proferida, cujos efeitos aqui se visa suspender;

- Por força do disposto do artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de Junho, como de resto se acha supra-referido, o contrato de concessão relativo à AMARSUL, SA, que foi mantido em vigor, será *“objecto de modificação contratual, em vista da adaptação do seu conteúdo ao presente decreto-lei e bases constantes do anexo ao presente decreto-lei.”*;

- Acresce que, nos termos do mesmo preceito, a alteração ao contrato de concessão vigente deverá ser efectuada “no prazo máximo de 90 dias a contar da data em que a alienação a entidades privadas do capital social das referidas entidades gestoras ou dos respectivos accionistas produza efeitos...”;

- Neste ponto concreto radica a justificação do pedido de suspensão de eficácia da decisão sindicada, que se visa obter com a presente providência, no que concerne ao *periculum in mora*, pois caso não seja imediatamente decretada a suspensão da eficácia da decisão, de não oposição à operação de concentração, existe um fundado receio de que o



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 8/15.1YQSTR-A

Governo outorgue o contrato de concessão com a AMARSUL, negociando as respectivas condições sem a participação dos Municípios accionistas;

- O *periculum in mora*, relativamente ao efeito que se visa acautelar da demora, da decisão a proferir na acção principal, traduz-se em impedir a celebração de um contrato nulo, que é o contrato de concessão ferido do vício de violação de lei, nos termos da alegação antecedente;

- A decisão da Autoridade da Concorrência está ainda eivada do vício de violação de lei, por violação dos artigos 11.º e 53.º, n.º 1, alínea a), ambos da Lei da Concorrência, cominado com a nulidade;

- O Estado assumiu um compromisso com os Municípios e serviu-se de um veículo – a EGF –, para com eles participar no sistema multimunicipal;

- Por tal razão, a participação da EGF é a participação do Estado, pois só entendido nestes termos, todo o enquadramento do sistema multimunicipal faz sentido;

- O Requerente integra a estrutura societária da AMARSUL, sendo detentor de um estatuto constitucional portador dos interesses próprios da sua população, que, por força e imposição constitucional directa, lhe cabe prosseguir e acautelar, o qual se reflecte na qualidade de accionista da sociedade;

- Atendendo ao princípio do carácter integrado dos sistemas (alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de Julho), que determina inclusivamente a vinculação/obrigatoriedade legal de os Municípios procederem à ligação aos sistemas multimunicipais (n.º 2 do artigo 2.º do mesmo diploma), a reprivatização da EGF configura um condicionalismo inaceitável ao exercício das atribuições do Município Requerente;

- Com a alteração das bases das concessões, que consubstancia um regime de concessão de um serviço público a entidades privadas, o qual, no limite, viabiliza a alienação da totalidade do capital social das atuais sociedades públicas, produz-se um efeito de extinção de empresas públicas societárias, mediante a alienação definitiva da maioria ou da totalidade do capital social;

- Com a reprivatização da EGF, por se revelar potencialmente extintiva da sociedade concessionária, o governo invade as matérias sob reserva constitucional exclusiva da



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 8/15.1YQSTR-A

Assembleia da República e não respeita os requisitos das leis de autorização, como, aliás, já se havia reconhecido no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 395/03.;

- A Águas de Portugal é titular da totalidade das acções da EGF e pode alienar essas participações, tratar-se-ia, no caso, de mera alienação do capital social da EGF e tendo em conta apenas a relação entre a Águas de Portugal e a sua participada EGF, a operação não suscitaria questões no plano societário;

- Em síntese, sobre cada uma das sociedades concessionárias dos sistemas multimunicipais, o Estado passaria a deter, apenas, os poderes de accionista, através da EGF, poderes que haveria de partilhar com todos os restantes accionistas.

- O Estado, através da EGF, é titular de acções da categoria A, a mesma categoria de acções de que são titulares, também, os Municípios. Uma vez que, nas sociedades anónimas, os direitos especiais só podem ser atribuídos a categorias de acções e não a accionistas individuais (art. 24.º, n.º 4, CSC), tem de concluir-se que os direitos que ao Estado assistem são os mesmos que pertencem a todos os restantes titulares de acções da categoria A.

- Tem de concluir-se, portanto, que o accionista Estado (EGF) goza apenas dos direitos que a sua condição de accionista lhe confere, naturalmente na medida da sua participação no capital social, como é próprio de uma sociedade anónima;

- O que significa que a operação de reprivatização da EGF, embora esteja suportada no poder legislativo do Governo – sem transgirmos quanto à invasão da reserva relativa de competência da Assembleia da República – não pode deixar de se sujeitar ao regime estatutário de cada uma das sociedades participadas, por este regime não ser derogável.

- Por conseguinte, a Decisão suspendenda é inválida, estando ferida de nulidade, decorrente do vício de violação de lei por violação do disposto nos artigos 24.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais, na parte relativa ao Acordo de Accionistas da AMARSUL, SA, e 11.º e 53.º, n.º 1, alínea a), ambos da Lei da Concorrência.

- A Decisão suspendenda está ainda eivada de vício de forma, cominado com a anulabilidade, por falta de fundamentação da decisão de indeferimento da diligência de audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e da Energia, oportuna e regularmente requerida pelo Município do Seixal, ora Requerente, como se acha supra-alegado;



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 8/15.1YQSTR-A

- Desde logo, os efeitos da Decisão suspendenda têm como consequência imediata a impossibilidade de restauração natural da esfera do Município requerente, no caso do processo principal, que o Município intentará, vir a ser julgado procedente, como se espera;

- Tais efeitos, terão igualmente como consequência, serem renegociadas com o Estado, à revelia dos Municípios accionistas, as condições do contrato de concessão da exploração e gestão do sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos da Margem Sul do Tejo, cujo prazo foi tomado como referência e foi adoptado como o prazo de vigência, dos contratos de entrega e recepção de resíduos sólidos urbanos e de recolha selectiva para a valorização, tratamento e destino final, celebrados entre os Municípios accionistas e a AMARSU;

- Tudo, como se demonstrou, sem que a Requerida, na Decisão suspendenda, tenha sequer avaliado da adequação do prazo tão dilatado da concessão (50 anos), ao objecto da mesma e ao correspondente exclusivo de mercado que é atribuído às concessionárias, atendendo ao princípio do carácter integrado dos sistemas (alínea b) do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de Julho), que determina inclusivamente a vinculação/obrigatoriedade legal de os Municípios procederem à ligação aos sistemas multimunicipais (n.º 2 do artigo 2.º do mesmo diploma);

- Ressalta à evidência que a abertura à iniciativa privada, do sector dos resíduos, não autorizou o governo a alienar as atribuições dos Municípios, consagradas na Constituição e nas leis de valor reforçado que regulam a matéria, sendo certo que o Estado, ao vender o controlo da sociedade à notificante reforçou a posição dominante desta nos mercados relevantes;

- E o Acordo de Accionistas vigente, como se acha supra-referido, veda ao Estado a venda das acções especiais – da classe A só detíveis por entes de natureza pública – precisamente para obstar à venda do controlo da sociedade porque tendo em conta o objecto desta o que o Estado está a alienar à notificante são as atribuições dos Municípios e estas são inalienáveis por lei e por natureza;

- Com efeito, a sociedade AMARSUL, SA, previamente à assinatura dos contratos de concessão, será obrigada a prestar uma caução no montante correspondente a 5% do volume de negócios da empresa no ano anterior à data da sua prestação, cujo montante é



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 8/15.1YQSTR-A

indirectamente imputado aos Municípios accionistas e será nessa medida suportado pelo Município do Seixal, ora Requerente, para garantia de uma gestão que passará a ser controlada por privados, a coberto de um contrato de concessão, em cuja negociação de condições, caso não venha a ser decretada a presente providência, não terá qualquer participação.

Requeru, então, que, atenta a verificação de todos os pressupostos, o decretamento da providência cautelar conservatória de suspensão de eficácia da Decisão, com as legais consequências e o decretamento provisório da presente providência, nos termos do artigo 131.º do C.P.T.A.

Juntou prova documental e arrolou prova testemunhal.

1.2. Em 20-08-2015 foi proferido despacho que enquadrou juridicamente a tutela prevista no art.º 131.º do C.P.T.A. e determinou a audição dos requeridos ao abrigo do disposto no art.º 131.º n.ºs 3 e 4 do C.P.T.A.

1.3. Cumprida a citação do incidente, os **Municípios de Sesimbra** (cfr. requerimento de fls. 242), de **Palmela** (cfr. requerimento de fls. 242) e do **Barreiro** (cfr. requerimento de fls. 298 a 301) vieram pronunciar-se no sentido do decretamento provisório de suspensão, acompanhando os fundamentos de facto e de Direito do Requerente.

1.4. Cumprida a citação do incidente, a Requerida AdC; e as Contra-interessadas **Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A.** e **EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S.A.** vieram opor-se ao decretamento provisório de suspensão, impugnando os fundamentos de facto e de Direito do Requerente (cfr. requerimentos de fls. 270 a 292 e de fls. 306 a 330).

1.5. Em 10-09-2015 foi proferido despacho a **indeferir o decretamento provisório da providência requerido nos termos do artigo 131.º do C.P.T.A.** e a **admitir liminarmente o presente procedimento cautelar, determinando o prosseguimento dos autos para a citação dos contra-interessados, nos termos e para os efeitos dos artigos 116.º, n.º 3 e 117.º, n.º 1, ambos do C.P.T.A.**

1.6. Em 22-09-2015, foi preferido despacho a **determinar a apensação do presente procedimento cautelar nº 6/15.5YQSTR à acção administrativa especial nº 8/15.1YQSTR.**



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 8/15.1YQSTR-A

1.7. Em sede de oposição, a **Autoridade da Concorrência** veio arguir a inadequação do meio processual adoptado pelo Requerente face à finalidade pretendida, da manifesta falta de interesse em agir e da sua recondução à extinção da instância, porquanto o instituto do art.º 112.º do C.P.T.A. não é idóneo a evitar os danos alegados; a decisão da **AdC**, sendo qualificável como um ato administrativo, tem, quanto à sua execução, uma natureza instantânea., esgotando-se no momento da sua prolação e não carecendo de quaisquer atos executórios posteriores para assegurar a sua eficácia, pelo que não carece de execução por parte da **AdC**, não é a decisão de não oposição à operação de concentração adoptada pela **AdC** que vai conferir ao Governo os poderes para outorgar "*o contrato de concessão com a AMARSUL, negociando as respectivas condições sem a participação dos Municípios accionistas*"; os efeitos e o *periculum* que o Requerente pretende evitar com a presente providência cautelar não decorrem do ato praticado pela **AdC**, ou seja, da decisão de não oposição, mas sim da implementação da própria operação e, assim, sendo, os atos administrativos que devem ser atacados por parte do Município do Seixal têm de ser necessariamente outros que não o ato administrativo produzido pela **AdC** (artigos 1.º a 43.º).

Depois, veio defender a inaplicabilidade do artigo 128.º do C.P.T.A ao caso em apreço ao alegar que a natureza do ato administrativo em que se consubstancia a decisão de não oposição à operação de concentração determina a inaplicabilidade dos n.ºs 1 e 2 do artigo 128.º do C.P.T.A., uma vez que o recebimento do duplicado do requerimento inicial da providência cautelar não tem *in casu* a virtualidade de produzir os efeitos previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 128.º do C.P.T.A. porquanto, por estar em causa uma decisão que com a sua prolação se tornou definitiva e eficaz, não carecendo, portanto, de qualquer ato de execução, a mesma não é susceptível de suspensão ou, por outras palavras, susceptível de não se prosseguir com a sua execução, encontrando-se esgotados os efeitos jurídicos da decisão de não oposição da **AdC**, a qual, conseqüentemente, não impediu a transmissão efectiva das acções da EGF para a SUMA que, ocorrida em 28 de Julho de 2015 (cfr. artigos 44 a 54).

Invocou, também, a excepção dilatória de falta de interesse em agir, alegando que os próprios atos jurídicos consequentes da decisão de não oposição adoptada pela **AdC** (objecto do presente procedimento cautelar) já se encontram integralmente verificados, não sendo também, por essa razão, susceptíveis de suspensão e que o pedido de decretamento 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 8/15.1YQSTR-A

providência cautelar de suspensão de eficácia é incompatível com a essência da própria providência cautelar requerida, sendo impossível suspender os efeitos da decisão de não oposição em causa por esta não carecer de qualquer ato de execução e por já estar concretizado o negócio jurídico cuja consumação se pretenderia evitar com o presente processo cautelar (cfr. artigos 55 a 62).

Sequentemente, a AdC veio opor-se ao decretamento da providência cautelar por falta de verificação dos requisitos específicos, considerando que:

- o Município do Seixal não demonstrou a existência de um erro grosseiro, notório e visível que tornasse a decisão de não oposição da AdC manifestamente ilegal;

- de acordo com o disposto no artigo 405.º do CSC, a negociação da modificação de quaisquer contratos nos quais a AMARSUL seja parte compete exclusivamente ao conselho de administração, encontrando-se, por essa razão, os accionistas legalmente impedidos de participar em tais eventuais negociações;

- a negociação das eventuais modificações do contrato de concessão entre o Governo e a AMARSUL sem a participação do Município do Seixal não decorre da decisão de não oposição à operação de concentração adoptada pela AdC;

- a existir lugar à prestação de uma caução, tal obrigação recairá sempre sobre a AMARSUL e não sobre o Município do Seixal, na qualidade de accionista da AMARSUL, sendo uma decisão que recai, em exclusivo, sobre o conselho de administração;

- no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações, a análise da AdC debruça-se exclusivamente sobre o impacto que aquela operação de concentração específica pode vir a ter na estrutura de mercado;

- a AdC não tem competência, nem sequer meios, para avaliar se todo o processo levado a cabo pelo Governo, pela SUMA e demais entidades intervenientes, para efeitos de reprivatização EGF foi ou não válido, restringindo-se a sua actuação a uma análise jusconcorrencial nos termos definidos no já citado artigo 41.º da Lei da Concorrência

- não é sobre a AdC que recai a competência de aferir, no âmbito da avaliação técnico-administrativa jus-concorrencial da operação concreta, a motivação das partes envolvidas no processo de reprivatização, o modo de concretização do negócio, o cumprimento das cláusulas contratuais e da legislação aplicável e da própria implementação da operação;



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 8/15.1YQSTR-A

- os processos sancionatórios relativos a práticas restritivas, de natureza contra-ordenacional, são processos perfeitamente distintos dos processos de controlo de concentrações, de natureza administrativa, e no qual se insere a presente operação de concentração em análise nos presentes autos, não havendo qualquer relação entre eles;

- no âmbito do presente processo de controlo de concentrações, verifica-se que a AdC, face à complexidade do mesmo, realizou uma investigação aprofundada, tal como prevista no artigo 52.º da Lei da Concorrência, no âmbito da qual realizou uma série de diligências de investigação complementares;

- a AdC nunca desconsiderou o parecer emitido pela ERSAR, conforme, aliás, decorre das páginas 74 a 77 da sua decisão de não oposição, tendo elencado as principais questões suscitadas por tal entidade reguladora sectorial mas concluindo que *“as questões suscitadas pela ERSAR não são suficientes para afastar a conclusão da avaliação jusconcorrencial conforme consta da secção 7.4, pelas razões aí resumidas.”*;

- o parecer da ERSAR não tem natureza vinculativa, reportando-se o conteúdo do mesmo aos específicos poderes de regulação da ERSAR e não a uma análise do impacto da operação de concentração na concorrência;

- nem sequer estamos perante uma situação de contradição entre aquele parecer e a decisão da AdC porquanto o objecto e finalidade dos mesmos são distintos;

- a AdC na sua actuação, em particular no âmbito do procedimento de controlo de concentrações, goza de **discricionariedade técnica** para determinar se, no caso em apreço, determinada operação de concentração é ou não susceptível de impactar na concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, não ficando vinculada nesta sua análise, e neste caso particular, ao parecer emitido pela respectiva entidade reguladora sectorial;

- a AdC esclareceu os destinatários da sua decisão das razões pelas quais não iria analisar questões relacionadas com os eventuais conflitos respeitantes aos acordos parassociais das concessionárias; vejam-se em particular os parágrafos 382 e 383 da Decisão;

Por fim, a AdC veio, nos termos e para os efeitos do n.º 5 do artigo 120.º do C.P.T.A., expressamente declarar que a adopção da Providência Cautelar requerida prejudica o interesse público de manutenção das condições de concorrência no mercado relevante em



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 8/15.1YQSTR-A

causa, uma vez que aquelas ficarão deturpadas pela concessão da providência no sentido de que uma vez concluído o procedimento administrativo de controlo da operação de concentração, não existe nenhuma razão legal para manter a situação de incerteza gerada pelo culminar do procedimento “sem decisão” (cfr. artigos 149 a 156).

Concluiu, peticionando o indeferimento da presente providência cautelar.

1.8. Em sede de oposição, as **Contra-Interessadas Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. e EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S.A.** vieram arguir a **ilegitimidade passiva por preterição de litisconsórcio necessário passivo** (artigos 9.º a 24.º) - porquanto não foi indicado pelo Requerente e que não foi citado neste processo cautelar a entidade alienante das acções da EGF; constituindo a Águas de Portugal legítima contra-interessada no presente processo cautelar; **inutilidade da providência cautelar requerida e da falta de interesse em agir** (artigos 25.º a 49.º) - porquanto a Decisão da AdC tem assim como único efeito jurídico desbloquear aquela proibição legal constituindo, por conseguinte, um ato administrativo permissivo, inexequível e só produz efeitos jurídicos até ao momento em que se concretiza a Operação de Concentração; a celebração da modificação aos contratos de concessão prevista no n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de Junho, e a prestação da correspondente caução não podem ser considerados efeitos jurídicos decorrentes, subsequentes ou de execução da Decisão da AdC; a celebração da modificação ao contrato de concessão da AMARSUL e a prestação da caução prevista no Decreto-lei n.º 96/2014, de 25 de Junho, pela AMARSUL nada têm a ver com a Decisão da AdC; as acções da EGF já foram transmitidas pela Águas de Portugal para a SUMA, no dia 28 de Julho de 2015, através da comunicação realizada ao abrigo e para efeitos do artigo 102.º do Código dos Valores Mobiliário, encontrando-se esgotados os efeitos jurídicos da Decisão da AdC, é manifesto que a eficácia da Decisão da AdC já não pode ser suspensa como requereu o Município do Seixal no seu Requerimento Inicial, pelo que a providência cautelar requerida pelo Município do Seixal carece em absoluto de utilidade, inexistindo, consequentemente, qualquer interesse em agir do Requerente.

Sequentemente, as contra-interessadas vieram opor-se ao decretamento da providência cautelar por falta de verificação dos requisitos específicos, considerando que:



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 8/15.1YQSTR-A

- A presente providência cautelar, bem como a acção administrativa especial que será instaurada para impugnar a Decisão da AdC, constitui simples e evidentemente mais uma tentativa avançada pelo Município do Seixal para travar a reprivatização da EGF;

- A invocação das alegadas violações, que se prendem com o processo legislativo e com o procedimento de reprivatização da EGF, representam grande parte das considerações expendidas pelo Requerente no seu Requerimento Inicial quanto à invalidade da Decisão da AdC (*cf.* artigos 6.º a 17.º, 46.º a 48.º, 56.º a 71.º);

- A verdade, porém, é que, ao contrário do que considera o Requerente, no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações, a análise da AdC, como prevê o artigo 41.º da Lei da Concorrência, deve apenas ter por referência – **única e exclusivamente** – o impacto que a operação de concentração pode vir a ter na estrutura de mercado;

- As (alegadas) invalidades apontadas pelo Requerente à Decisão da AdC deveriam, ao invés, ter sido apontadas, nos tribunais administrativos, aos atos que precederam temporalmente a Decisão da AdC (como seja a decisão de adjudicação da reprivatização);

- O disposto no artigo 11.º da Lei da Concorrência não tem qualquer aplicação ao caso *sub judice*, não tendo qualquer ligação com o procedimento de controlo de concentrações que conduziu à decisão da AdC (cujo enquadramento normativo consta do capítulo III da referida lei);

- Esta disposição insere-se no capítulo das práticas restritivas da concorrência, relativo ao abuso de posição dominante, pelo que para que seja violada tem de existir (i) uma posição dominante (que por si só não é ilegal e cuja existência se teria sempre de demonstrar) e (ii) **uma prática abusiva da mesma**, por regra, através de condutas unilaterais (e nunca no âmbito de uma concentração) de exclusão de outros operadores ou de exploração de clientes ou fornecedores;

- É assim manifesto que a Decisão da AdC não pode violar (nem violou) o artigo 11.º da Lei da Concorrência, pelo que evidentemente não assiste qualquer razão ao Requerente neste aspecto;

- Tendo a AdC realizado uma investigação aprofundada (sinónimo de diligência elevada na sua análise) e **considerado**, após a mesma, que a aquisição das acções da EGF pela SUMA não seria susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva no



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 8/15.1YQSTR-A

mercado nacional ou numa parte substancial deste, não se entende onde subsiste a invalidez reputada;

- Excluindo a violação daquelas disposições, o Requerente não imputa qualquer outra invalidez jus-concorrencial à Decisão da AdC;

- Tece, no entanto, algumas considerações vagas e confusas relativamente ao facto de a Decisão da AdC não ter tido em conta, nem o antigo parecer da AdC sobre o projecto do que viria a ser o Decreto-lei n.º 96/2014 (“**Parecer da AdC**”), nem o parecer da ERSAR emitido no âmbito do procedimento de concentração;

- Com efeito, se atendermos ao referido pela AdC no ponto 381 da Decisão percebe-se, imediatamente, que o Parecer da AdC respeita a uma questão anterior, relativa a uma opção estrutural por parte do Estado no sector dos resíduos, que não cabe no objecto de análise pela AdC em sede de procedimento de controlo de concentrações;

- Na verdade, ao contrário do que o Requerente procura sugerir, o referido parecer não tem qualquer relação com o impacto no mercado da aquisição da EGF pela SUMA, que é o único objecto possível do procedimento de controlo de concentrações, nos termos do Artigo 41.º da Lei da Concorrência;

- Ao invés, o mesmo foi emitido pela AdC, no âmbito da preparação do Decreto-lei n.º 96/2014, de 25 de Junho, constituindo, portanto, um parecer relativo a políticas públicas (de concorrência) que visa analisar as opções por parte do Governo no que toca à reorganização dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos urbanos, pelo que é normal que as questões levantadas naquele parecer não sejam abordadas, nem resolvidas, na Decisão da AdC, que incide exclusivamente sobre o impacto jus-concorrencial da aquisição da EGF pela SUMA, não advindo daí qualquer invalidez da mesma;

- No tocante ao parecer da ERSAR, é necessário enfatizar, por um lado, que este, de facto, é apreciado e tido em conta na Decisão da AdC (vide pontos 526 a 541 da Decisão);

- Por outro lado, deve ser enfatizado que a ERSAR no seu parecer não se manifesta contra a concentração e que, em tese e em abono do rigor jurídico, mesmo que o Parecer tivesse sido negativo, de acordo com o regime jus-concorrencial nacional, este nunca poderia ser vinculativo para a AdC, *i.e.*, a AdC, por lei, teria sempre a “última palavra” em sede de aprovação da operação, sempre tendo em conta, nos termos do Artigo 41.º da Lei 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 8/15.1YQSTR-A

Concorrência, os efeitos sobre a estrutura da concorrência, que não se confundem com a perspectiva regulatória sectorial da ERSAR;

- Conforme se refere no ponto 541 da Decisão da AdC, ao longo da análise efectuada considerou a AdC que as questões suscitadas pela ERSAR, numa fase muito preliminar do procedimento – saliente-se –, em especial após a realização da investigação aprofundada, não punham em causa a conclusão da avaliação jus-concorrencial no sentido incluído na Decisão;

- tendo a AdC deixado claro na sua Decisão que os riscos alegados pela Requerente não se verificavam (*cf.* parágrafos 445 e ss. quanto às transferências de recursos e parágrafos 195 e ss., 407 e ss. e 495 e ss. quanto ao potencial alargamento das actividades das concessionárias, para além das respostas que mereceram estas questões em sede de audiência prévia, por exemplo, nos parágrafos 766 e 771 e ss.) cabia ao Requerente refutar os fundamentos invocados pela AdC na sua Decisão, o que não sucedeu;

- Por este motivo, devem as Contra-interessadas ter-se por dispensadas de demonstrar o motivo pelo qual aqueles riscos não se verificam (o que se encontra suficientemente justificado, sem ser contrariado pelo Requerente, nos parágrafos 378 e ss. da Decisão da AdC, que inclui uma análise detida dos possíveis efeitos horizontais e não horizontais de operação, abrangendo questões relacionadas com a potencial transferência de recursos e o possível alargamento da atividade das concessionárias, bem como nos parágrafos 548 e ss. em que a AdC responde especificamente às dúvidas colocadas por todas as contra-interessadas, ainda que estas fossem, em grande medida, redundantes em relação à sua análise anterior);

- A AdC no âmbito do procedimento de controlo de concentração possui discricionariedade administrativa e regulatória para determinar se certa operação de concentração é ou não susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, e de, conforme essa apreciação, determinar se, a final, de acordo com o artigo 53.º da Lei da Concorrência, emitirá decisão (i) de oposição, (ii) de não oposição, ou (iii) de não oposição com a imposição de condições ou obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pela notificante;

- A discricionariedade que é conferida aos órgãos administrativos não significa que estes possam agir arbitrariamente, sem respeito pelas normas e princípios jurídicos;



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 8/15.1YQSTR-A

- Neste sentido, quando uma norma revela que existe – em abstracto – discricionariedade administrativa – como revela a alínea a) do n.º 1 do artigo 53.º da Lei da Concorrência –, a decisão a tomar tem que respeitar aqueles dois tipos de limites, sob pena de ser considerada ilegal; logicamente, qualquer decisão que seja tomada dentro daqueles limites legais, independentemente do seu mérito (ou seja do juízo de conveniência ou de oportunidade que pode ser feito relativamente à sua escolha), será legal;

- Para impugnar judicialmente o sentido da Decisão da AdC seria necessário que o Requerente tivesse demonstrado que a AdC ultrapassou a margem de discricionariedade de que dispunha, ou seja que a mesma violou alguma norma aplicável ou algum princípio da atividade administrativa ou regulatória;

- Não tendo o Requerente apontado qualquer violação deste tipo, não pode a Decisão da AdC ser considerada inválida pelo que mais uma vez, evidentemente e manifestamente, carece de razão o Requerente;

- Da Decisão da AdC consta expressamente o motivo pelo qual a mesma AdC decidiu não ouvir o Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia;

- Com efeito, no ponto 974 da Decisão a AdC referiu que: “*a propósito das «diligências instrutórias» requeridas (...) a AdC entende não existir qualquer razão para proceder à audição do Sr. Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia a propósito do Acordo Parassocial*”, tendo remetido para os pontos 580, 581, 382 e 383 o motivo do indeferimento;

- O primeiro fundamento invocado pelo Requerente para o *periculum in mora* não pode ser considerado como constitutivo de uma situação de *periculum in mora*, uma vez que o Requerente não identifica qual o direito ou bens do Município do Seixal que serão afectados se não for decretada a providência cautelar, como são afectados e de que forma é que essa afectação provoca danos, prejuízos ou lesões irreversíveis aos mesmos;

- Desde logo, porque o Município do Seixal não tem (nem nunca teve) qualquer direito – ao abrigo da lei, dos estatutos da AMARSUL ou do Acordo Parassocial da AMARSUL – de participar em negociações relativas à modificação do contrato de concessão que sejam realizadas entre o Estado (concedente) e a AMARSUL (concessionária);



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 8/15.1YQSTR-A

- Com efeito, a negociação da modificação de quaisquer contratos dos quais a AMARSUL seja parte (nomeadamente contratos de concessão) compete exclusivamente ao conselho de administração da AMARSUL, nos termos do artigo 405.º do Código das Sociedades Comerciais, constituindo uma matéria de gestão da sociedade relativamente à qual os accionistas (designadamente o Município do Seixal) não podem sequer legalmente intervir;

- A negociação da modificação do contrato de concessão sem a participação do Município do Seixal não representa uma qualquer violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos do Município do Seixal, constituindo ao invés decorrência da mera aplicação das normas impostas pelo Código das Sociedades Comerciais;

- Não se verificará qualquer situação de *periculum in mora* já que a celebração desse contrato não criará uma lesão irreversível dos direitos ou interesses legalmente protegidos do Requerente, podendo este, com base na nulidade invocada, impugnar a todo o tempo o contrato, não se justificando qualquer tutela antecipatória ou cautelar;

- Relativamente ao terceiro argumento do Requerente, é evidente que a prestação de uma caução pela AMARSUL, por efeito da celebração de uma modificação ao contrato de concessão, não é apta a violar qualquer direito ou interesse legalmente protegido do Município do Seixal, nem a causar-lhe qualquer prejuízo irreversível;

- Com efeito, quem suporta essa caução não é o Município do Seixal, enquanto accionista, mas sim a própria AMARSUL;

- Por outro lado, a prestação de cauções ou de quaisquer garantias por parte da AMARSUL é uma decisão que compete exclusivamente – tal como a celebração de modificações a contratos em que a AMARSUL é parte – ao conselho de administração da AMARSUL, não tendo os seus accionistas qualquer voto na matéria e muito menos qualquer direito ou interesse legalmente protegido a que a sociedade não preste cauções ou garantias;

- Se a providência cautelar requerida pudesse ter como efeito impedir, como pretende o Requerente, que se realize a modificação ao contrato de concessão da AMARSUL, prevista no n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de Junho de 2014; e a AMARSUL preste a caução prevista no n.º 3 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de Junho de 2014, e se a mesma fosse decretada, quer a EGF, quer a SUMA sofreriam prejuízos



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 8/15.1YQSTR-A

avultadíssimos e que não se comparam aos inexistentes prejuízos invocados pelo Requerente, caso a providência cautelar fosse recusada;

- Para a EGF verificar-se-iam os seguintes prejuízos decorrentes do atraso na celebração, pelas concessionárias, da reconfiguração contratual dos contratos de concessão em vigor:

(i) Prejuízos resultantes do facto de, em consequência do atraso na celebração da reconfiguração contratual dos contratos de concessão, ser posta em risco a aceitação das candidaturas das concessionárias ao programa de financiamento comunitário (POSEUR), programa esse que é fundamental para o financiamento dos equipamentos e infra-estruturas necessárias ao cumprimento das metas estabelecidas no PERSU2020, e cujo incumprimento poderá levar, num primeiro plano, à aplicação de sanções às concessionárias por parte do Estado Português e, num segundo plano, à aplicação de sanções ao Estado Português por parte da Comissão Europeia, neste último caso com fundamento no incumprimento da Directiva 2008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro (de que deriva o PERSU2020);

(ii) Prejuízos para a higiene e saúde públicas – que, lembre-se, são bens constitucionalmente protegidos – resultantes da falta de equipamentos e infra-estruturas de tratamento essenciais, prejuízos esses que assumem especial relevância se se tiver em mente que as concessionárias são responsáveis pelo tratamento de cerca de 60% dos resíduos urbanos produzidos em Portugal;

(iii) Prejuízos relacionados com o aumento da Taxa de Gestão de Resíduos, em resultado da não construção das infra-estruturas de tratamento que substituam a deposição em aterro, taxa esta que incidirá sobre os municípios, que os repercutirão necessariamente nos utilizadores;

(iv) Prejuízos resultantes do retardamento na aplicação do novo regulamento tarifário aplicável ao tratamento de resíduos, previsto entrar em vigor a 1 de Janeiro de 2016, cujo nível de protecção do utilizador é claramente superior ao actual, e cuja implementação se encontra dependente da assinatura da reconfiguração contratual dos contratos de concessão;

- Já para a SUMA – para além da verificação dos prejuízos referidos para a EGF, que se verificariam indirectamente na esfera jurídica da SUMA – a suspensão da assinatura 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 8/15.1YQSTR-A

modificação dos contratos de concessão poderá ser considerada pelos bancos que financiaram a SUMA na aquisição da EGF um “efeito material adverso”, para efeitos dos contratos de financiamento, o que poderia, conseqüentemente, desencadear uma declaração de vencimento antecipado das obrigações dos mutuários. A declaração de vencimento antecipado tornaria exigível o pagamento de todos os financiamentos concedidos para adquirir a EGF, o que seria financeiramente insustentável para a SUMA;

- Por sua vez, a impossibilidade de a SUMA fazer face à obrigação imediata de pagamento do financiamento concedido para a aquisição da EGF teria como consequência provável a execução do património da SUMA, e em especial das acções da EGF, implicando a cessação do domínio da SUMA sobre a EGF, conforme definido no artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais;

- A cessação do domínio da SUMA sobre a EGF e, indirectamente, do domínio sobre as concessionárias, constituiria, por sua vez, um evento de vencimento antecipado dos financiamentos de EGF e concessionárias, o que geraria (também) nestas uma situação de instabilidade financeira que poderia, no caso das concessionárias, culminar no sequestro das concessões por parte do Estado Português.

Concluiu, peticionando a absolvição da instância e, subsidiariamente, o indeferimento da presente providência cautelar.

1.9. Em 12-10-2015, foi preferido despacho a julgar improcedente a excepção de ilegitimidade por preterição de litisconsórcio necessário passivo e a relegar para momento posterior à produção de prova o conhecimento das supracitadas questões prévias.

1.10. Em 21-10-2015, foi preferido despacho a conhecer dos requerimentos probatórios e a designar data para a realização das diligências de inquirição admitidas.

1.11. Procedeu-se à tomada de declarações de parte e à inquirição das testemunhas arroladas, como decorre das respectivas actas.

* * *

*

II. SANEAMENTO.



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 8/15.1YQSTR-A

O Tribunal é competente em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia, bem como em relação do valor e do território.

As partes têm personalidade e capacidade judiciária e são legítimas.

Não há nulidades, excepções ou outras questões prévias ou incidentais que cumpra conhecer e que obstem à apreciação do mérito da causa.

*

O Requerente fixou ao presente procedimento cautelar, no requerimento inicial, um valor de **30.000,01€ (trinta mil euros e um cêntimos)**, sem que tal fosse impugnado ou infirmado pelas demais partes.

Considerando que a Requerente pretende obter, pela presente acção, a procedência de providência cautelar de suspensão de efeitos de decisão da Autoridade da Concorrência, afigura-se-nos que estão em causa interesses imateriais e/ou difusos, pelo que fixo ao presente procedimento valor de **30.000,01€ (trinta mil euros e um cêntimos)**, nos termos compulsados dos artigos 303.º, n.º 1; 304.º, n.º 1 e 306.º, todos do novo Código de Processo Civil (NCPC), aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, ex vi art.º 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (C.P.T.A.).

* * *

*

III. QUESTÕES A RESOLVER.

Impõe o conhecimento da presente providência que se decidam as seguintes questões:

- **O Município do Seixal tem interesse em requerer o decretamento provisório da suspensão de eficácia da decisão da AdC proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF de não oposição a decisão de concentração?**

- **Existe uma improbabilidade séria da improcedência da declaração da invalidade da decisão da AdC?**

- **Com a manutenção da decisão da AdC, existe o fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses do Requerente?**



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 8/15.1YQSTR-A

- O decretamento provisório da suspensão de eficácia da decisão da AdC é adequado a evitar a constituição de uma situação de facto consumado ou a produção de prejuízos de difícil reparação?

- Os prejuízos resultantes da concessão da providência são inferiores aos prejuízos que com ela se pretende evitar?

* * *

*

IV. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO.

4.1. Factos indiciariamente provados.

Com relevância para a discussão da causa encontram-se indiciariamente assentes os factos que se seguem:

1. Por Decreto-Lei n.º 45/2014 de 20 de Março, foi aprovado o processo de reprivatização da EGF, S.A., *sub-holding* do grupo Águas de Portugal para o sector dos resíduos, mediante a alienação das acções representativas de até 100 % do seu capital social através de um concurso público e de uma oferta pública de venda dirigida a trabalhadores da EGF.

2. Foi celebrado contrato de concessão entre o estado Português e sociedade Amarsul-Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A., pelo qual o primeiro outorgante concedeu ao segundo outorgante a concessão de exploração e gestão do sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos da margem sul do Tejo, no qual se integram os municípios de Alcochete; Almada; Barreiro; Moita; Montijo; Palmela; Seixal; Sesimbra e Setúbal (cfr. documento de fls. 34 a 58 que aqui se dá por reproduzido).

3. O Município do Seixal é accionista da Amarsul, S.A. e é titular de participação de 8,63% no capital social da Amarsul, S.A.

4. Os restantes accionistas da Amarsul, S.A., são: a EGF – Empresa Geral de Fomento, SA, titular de uma participação de 51%; o Município de Alcochete, titular de uma participação de 0,84%; o Município de Almada, titular de uma participação de 12,33%; o Município do Barreiro, titular de uma participação de 6,62%; o Município da Moita, titular de uma participação de 4,74%; o Município do Montijo, titular de uma participação de



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 8/15.1YQSTR-A

3,01%; o **Município de Palmela**, titular de uma participação de 2,88%; o **Município de Sesimbra**, titular de uma participação de 2,05% e o **Município de Setúbal**, titular de uma participação de 7,9%.

5. Foi celebrado acordo de accionista entre os municípios de **Alcochete; Almada; Barreiro; Moita; Montijo; Palmela; Seixal; Sesimbra e Setúbal** e a **EGF, S.A.**, pelo qual se prevê, na cláusula 5.ª, que a transformação de acções da classe A em classe B depende do voto favorável de uma maioria correspondente a dois terços do capital (cfr. documento de fls. 59 a 62 que aqui se dá por reproduzido).

6. O **Município do Seixal** e a **Amarsul, S.A.** celebraram contrato de entrega e recepção de resíduos sólidos urbanos e de recolha selectiva para a valorização, tratamento e destino final (cfr. documento de fls. 73 a 80 que aqui se dá por reproduzido).

7. A AdC emitiu um parecer sobre o projecto de Decreto-Lei n.º 159/2014 (cfr. documento de fls. 63 a 70 que aqui se dá por reproduzido).

8. No dia 23 de Julho de 2015, a Requerida Autoridade da Concorrência proferiu decisão de não oposição à operação de concentração – aquisição pela Requerida **Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A.** do controlo exclusivo sobre a **EGF** - por entender “*que a mesma não é susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva nos mercados relevantes*” (cfr. documento de fls. 89 a 217 que aqui se dá por reproduzido).

9. Mercê do descrito, em 28 de Julho de 2015, a **ADP – ÁGUAS DE PORTUGAL, S.A.**, transmitiu à **SUMA, S.A.** 10.640.000 acções, com o valor nominativo de 5,00€, representativas de 5% do capital social da **EGF, S.A.** (cfr. documento de fls. 392 que aqui se dá por reproduzido).

10. A 22 de Outubro de 2015 foi celebrado entre o Estado Português e a **Amarsul – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A.** (“**AMARSUL**”) a modificação do contrato de concessão denominada de “*Reconfiguração do Contrato de Concessão da Exploração e da Gestão, em regime de serviço público, do Sistema Multimunicipal de Tratamento e de Recolha Seletiva de Resíduos Urbanos da margem Sul do Tejo*”. (cfr. documento de fls. 640 a 696 que aqui se dá por reproduzido).



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 8/15.1YQSTR-A

11. No dia 29 de Setembro de 2015, foi prestada caução pela AMARSUL, através da emissão de garantia bancária à primeira solicitação (cfr. documento de fls. 697 a 701 que aqui se dá por reproduzido), até ao montante de 809.981,00€.

12. Mercê da aquisição de 100% do capital social da EGF, S.A., a SUMA, S.A. passará a ser accionista maioritária de 11 empresas que processam cerca de 3,1 milhões de toneladas de resíduos, abrangendo cerca de 60% da população portuguesa.

13. Com vista à aquisição de acções da EGF.S.A., a SUMA, S.A. contraiu empréstimos junto de entidades financeiras.

14. A Amarsul, S.A. candidatou-se ao programa de financiamento comunitário (POSEUR).

15. A posição de accionista da EGF, S.A. em cada uma das 11 concessionárias varia entre 51% e 62,95% (cfr. tabela 2 e ponto 13 da decisão).

4.2. Factos indiciariamente não provados.

Com relevância para a discussão da causa não se encontram indiciariamente assentes os factos que se seguem:

16. Mercê da decisão referida em 1), o Governo outorgou o contrato de concessão com a AMARSUL, negociando as respectivas condições sem a participação dos Municípios accionistas.

17. Mercê da decisão referida em 1), a Amarsul, S.A. foi obrigada a prestar uma caução no montante correspondente a 5% do volume de negócios da empresa no ano anterior à data da sua prestação".

18. Mercê da decisão referida em 1), os contratos de entrega e recepção de resíduos sólidos urbanos e de recolha selectiva para a valorização, tratamento e destino final, celebrados entre os Municípios accionistas e a Amarsul, S.A. serão *renegociadas* com o Estado, à revelia dos Municípios accionistas.

19. Mercê do referido em 9), o Município do Seixal assumiu ou assumirá encargos financeiros com a prestação de caução que porão em causa a prossecução das suas finalidades e atribuições.

**

4.3. Motivação da matéria de facto.



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 8/15.1YQSTR-A

A convicção do Tribunal fundou-se, desde logo, nos documentos juntos aos autos, designadamente, decisão da AdC de fls. 89 a 217; comunicação de transmissão de acções de fls. 392; contrato de concessão de exploração e gestão do sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos da margem sul do Tejo de fls. 34 a 58; parecer de fls. 63 a 70; contrato de fls. 73 a 80 e acordo de accionista de fls. 59 a 62; contrato de modificação do contrato de concessão referidos de fls. 640 a 696.

Tais documentos não mereceram qualquer impugnação por parte das partes processuais, nem a sua autenticidade foi posta em crise, pelo que os factos aí narrados foram dados como indiciariamente provados.

Além da prova documental, foram prestados testemunhos a **ALFREDO JOSÉ MONTEIRO DA COSTA**, presidente da Assembleia Municipal do Seixal e ex-presidente da Câmara Municipal do Seixal; **JORGE CARVALHO DA SILVA**, serralheiro mecânico e ex-vereador da Câmara do Seixal, **FERNANDO CASTILHO**, funcionário do Município do Seixal há cerca de 25 anos, actualmente chefe de divisão financeira, testemunhas arroladas pelo Requerente e a **NUNO JORGE SECO DA COSTA**, funcionário, da SUMA, S.A., arrolado pelas Contra-interessadas.

No que diz respeito às testemunhas arroladas pela Requerente resultou manifesto dos vários depoimentos a ausência de um relato minimamente proveitoso para a demonstração de factos ou circunstâncias que pudessem aportar ao Tribunal a percepção de eventuais entraves ao mercado concorrencial do tratamento e valorização de resíduos decorrentes da operação de concentração subjacente à decisão da AdC.

Neste particular, o depoimento de **ALFREDO JOSÉ MONTEIRO DA COSTA**, sujeito a instâncias de inquirição mais extensas do que as demais testemunhas, ficou patentemente marcado pela confusão entre uma determinada percepção sobre a operação de concentração e os efeitos jusconcorrenciais dessa operação. Neste seguimento, a testemunha não respondeu factualmente às questões colocadas sobre tais efeitos refugiando-se sempre em juízos conclusivos e argumentativos sobre as expectativas da manutenção da gestão pública e sobre a actuação do executivo na opção pela privatização, declarando, expressamente, desconhecer as possíveis consequências da operação de concentração ao nível da fixação da tarifa, da qualidade dos serviços, das vantagens e sinergias estabelecidas entre o operador 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 8/15.1YQSTR-A

mercado em alta e os operadores do mercado em baixa (reconhecendo ampla liberdade dos Municípios na organização e gestão desses serviços de recolha e entrega). Sobre a violação do acordo de accionistas, sobre a modificação da concessão e sobre a prestação de tarifa, o seu depoimento foi igualmente tautológico e em mera repetição das alegações da Requerente, desgarrando-o de concretização fáctica atendível.

Mais restrito foi o depoimento de **FERNANDO CASTILHO** e de **JORGE CARVALHO DA SILVA**. Ainda assim, relevando as funções enquanto chefe de divisão financeira, **FERNANDO CASTILHO** veio depor sobre as consequências financeiras para o Município do Seixal atinentes à prestação de caução de modo asseveradamente vago e inconclusivo, desmerecendo a autonomia financeira da Amarsul, S.A.. Quando chamado à concretização sobre os eventuais custos e prejuízos em causa ou sobre as atribuições autárquicas em crise, foi incapaz de trazer relevância factual ao seu relato. O depoimento de **JORGE CARVALHO DA SILVA** revelou-se, desde o início, insusceptível de contributo para as realidades controvertidas, declarando, desabridamente, não ter conhecimento sobre a operação de privatização e de concentração além daquilo que é de conhecimento público.

Por outro lado, **NUNO JORGE SECO DA COSTA**, de modo proficiente, colaborador e espontâneo, não obstante a sua posição de interesse, veio depor, com apoio nas regras de primeira aparência, sobre a operação financeira inerente à aquisição das acções da EGF, S.A. pela SUMA, S.A.; sobre o interesse negocial e estratégico desta na privatização; sobre as necessidades de investimento e gestão daquela e sobre os reflexos de uma eventual paralisação ou reversão da concentração.

Sequentemente a este depoimento, foram tomadas declarações de parte a **MARIA JOSÉ ANDRADE LAJES**, presidente do conselho de administração da Amarsul. S.A., sobre as alegações dos artigos 43.º e 153.º do requerimento de oposição. Assente a transmissão das acções, estas declarações permitiram ao Tribunal o devido esclarecimento sobre a existência de candidaturas da Amarsul. S.A. ao programa de financiamento comunitário (POSEUR), sobre os compromissos assumidos na execução do PERSU2020 e sobre a viabilidade da operação da Amarsul, S.A. não obstante a existência de necessidades urgentes de investimento nos recursos humanos, equipamentos e infra-estruturas. As suas



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 8/15.1YQSTR-A

declarações sobre a Taxa de Gestão de Resíduos e aplicação do novo regulamento tarifário foram de conteúdo conclusivo.

As demais alegações do requerimento inicial, não se deram como provados por não terem logrado a formação de convicção probatória e indiciária suficiente, consubstanciando as demais argumentação de Direito e de sentido conclusivo sobre as pretensões do Requerente.

* * *

*

V. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO.

5.1. Da falta de interesse em agir e da inutilidade superveniente.

A doutrina e jurisprudência civilística tratam da existência de um pressuposto processual distinto da legitimidade processual e do interesse directo em pleitear determinada lide, que *consiste na indispensabilidade de recorrer a juízo, quando o autor não tem outros meios extrajudiciais de realizar a pretensão, respeitando ao interesse no próprio processo, no recurso à via judicial, na inevitabilidade do pedido de tutela jurisdicional* (MONTALVÃO MACHADO e PAULO PIMENTA, O Novo processo Civil, Almedina, pág. 82 e 83).

O interesse em agir é, então, enunciado como um pressuposto processual atípico que procura sindicar a necessidade da tutela jurisdicional ou a existência de fundamento para recorrer à declaração judicial do direito. Como qualquer outro pressuposto terá de ser aferido exclusivamente perante o objecto processual definido pelo Autor.

O autor tem interesse em agir quando a situação de carência em que se encontra necessite da intervenção dos tribunais (Ac. RP de 03/10/1996, proc. nº 9630162, em dgsi.pt). *Há interesse em agir, ou interesse processual, quando o demandante carece de tutela jurisdicional* (Ac. RP, de 18/01/1996, proc. nº 9531102, disponível em dgsi.pt).

Procura-se, por isso, conciliar a garantia do direito constitucional da acção com um princípio de utilidade do accionamento dos meios jurisdicionais para consagrar um direito que, mercê da incerteza jurídica ou da violação por outrem, demanda a solenidade e os efeitos da decisão judicial.



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 8/15.1YQSTR-A

Deste modo, o interesse processual em agir deve resultar duma incerteza objectiva e grave sobre a existência do direito (neste sentido Ac. RP, de 07/10/1996, proc. nº 9640416, acessível em dgsi.pt), consistindo na *necessidade de apelo aos Tribunais para acautelamento de um direito ameaçado e necessitado de tutela, radicando, assim, na utilidade e imprescindibilidade de recurso aos meios judiciais para assegurar tal direito quando em perigo, pelo que se trata de uma posição objectiva perante o processo, a ser ajuizada "à posteriori"* (Ac. STJ, de 09/01/2002, proc. nº 01P2751, em dgsi.pt).

As circunstâncias exteriores geradoras da incerteza podem ser da mais variada natureza, desde a afirmação ou negação dum facto, o acto material de contestação dum direito, ou a negação da entidade obrigada à sua prestação, em clara violação da legalidade. Ao contrário, a situação típica da falta de interesse em agir existe quando o titular, partindo de uma posição de certeza e acerto do direito e podendo recorrer à tutela executiva, demanda uma declaração redundante do Tribunal.

A inexistência de interesse processual em agir consubstancia uma excepção dilatória nominada mas atípica, porque corresponde à falta de um pressuposto processual (art.º 576.º, nº 2 do NCPC). É de conhecimento officioso, a realizar em sede de despacho saneador, caso não o tenha sido em momento anterior (arts.º 576.º, nº 1 e 2 e 578.º, *a contrario*, e art.º 595.º, nº 1 al. a), todos do NCPC). Verificada a falta, importa a abstenção de conhecimento do pedido e a absolvição do réu da instância.

Estabelece o art.º 277.º al. e) do NCPC a possibilidade da extinção da instância por impossibilidade ou inutilidade superveniente da lide.

A inutilidade superveniente da lide sucede quando, por facto ocorrido na pendência da instância, a pretensão do autor não se pode manter, em virtude do desaparecimento dos sujeitos ou do objecto do processo, ou porque o réu, por si ou por intermédio de outrem, satisfaz o pedido formulado pelo autor.

Num e noutro caso, a solução do litígio deixa de interessar – além, por impossibilidade de atingir o resultado visado; aqui, por ele já ter sido atingido por outro meio (LEBRE DE FREITAS, Código de Processo Civil Anotado, Coimbra Editora, 2º Edição, pág. 555).

*

Concretizando.



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 8/15.1YQSTR-A

A posição argumentativa do Requerente perante a decisão da AdC merece o devido enquadramento administrativo que guiará a melhor compreensão do litígio cautelar.

Efectivamente, de um ponto de vista exclusivamente técnico-legislativo, a AdC não interveio no processo de privatização da EGF, S.A. porquanto essa operação resultou de uma determinada opção política seguida dos necessários instrumentos legislativos conformadores da operação.

Queremos então deixar sublinhado que a decisão em crise da AdC provém de um regime precedente da operação de privatização e que, antes de mais, é tributário e enformador do sistema de regulação administrativa como *instrumento de garantia estadual da realização do interesse público*.

De especial relevância para a compreensão do funcionamento e propósitos do Estado Regulador é a relação entre regulação sectorial e regulação da concorrência. (...) em termos mais substanciais, no sentido da própria subsistência, em determinados sectores, de uma regulação sectorial que se adiciona à regulação transversal das regras de concorrência.

(...) na verdade, a regulação da concorrência resume-se cada vez menos a uma dimensão ex post, alheia a qualquer propósito dirigista e conformador de condutas dos agentes de mercado. Desde logo, a dimensão ex ante está bem patente num dos eixos fundamentais dessa regulação, o controlo prévio ds operações de concentração: trata-se de um sector em que o direito da concorrência apresenta a fisionomia típica de um direito administrativo preventivo, de controlo prévio dos comportamentos dos agentes económicos (na decisão de não oposição podem detectar-se todos os elementos do clássico acto administrativo de autorização) (PEDRO COSTA GONÇALVES, Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante, págs. 18 a 21, Coimbra Editora).

Por conseguinte e no que nos interessa, o procedimento de controlo de concentrações, previsto nos artigos 42.º a 57.º da Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio e que aprovou o novo regime jurídico da concorrência (doravante Lei da Concorrência), deve ser *mais* perspectivado como instrumento integrante do modelo de regulação da concorrência e *menos* como integrante de concreta operação de privatização. Numa palavra, os critérios de decisão são exteriores aos fundamentos jurídico-políticos que sustentam a operação de concentração.



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 8/15.1YQSTR-A

Indo cerce à decisão de não oposição, e passando pela dilucidação do procedimento de controlo de concentrações (fases de contactos, iniciativa, investigação sumária e investigação aprofundada, participação de interessados e articulação com outras autoridades), a Lei da Concorrência faz referência às decisões da AdC de *não se opor à concentração de empresas* nos artigos 50.º, n.º 1 al. b) e 53.º, n.º 1 al. a).

A doutrina tem qualificado administrativamente este acto como um acto de permissão ou de autorização.

Por vezes a doutrina refere-se, neste contexto, a uma decisão de não oposição ou autorização “pura e simples”, pretendendo assim distingui-la das decisões acompanhadas de condições ou obrigações.

Decisão de não oposição é, por conseguinte, a designação que a lei atribuiu ao acto administrativo através da qual a Autoridade da Concorrência permite, autoriza ou admite a realização de uma operação de concentração. (...) Nestes termos, não oposição é apenas uma outra forma de dizer autorização: trata-se, com efeito, de um acto administrativo praticado no seio de um procedimento de controlo preventivo que legitima o exercício de um direito subjectivo previamente existente na esfera do destinatário (PEDRO COSTA GONÇALVES, ob. cit., pág. 297).

Este entendimento merece o nosso acolhimento, em sequência da posição das Requerida e Contra-Interessadas, como assinalada nas oposições a propósito das questões prévias em análise.

Todavia, afigura-se-nos que esta qualificação não pode tanger com o explanado direito à acção e tutela provisória do direito.

Por força da instituição de autoridades administrativas com essas atribuições, o enforcement do direito da concorrência e, em especial, a realização do controlo preventivo das operações de concentração surgem como momento da função administrativa, através da expedição de actos administrativos, sujeito a judicial review da legalidade da decisão e nos quais se ilustra, com nitidez, o fenómeno da constituição e da conformação de relações de direito privado por actos de direito público, reconduzível a uma ideia de “publicização de direito privado” (PEDRO COSTA GONÇALVES, ob. cit., pág. 260 e 261, citando expressão que nos parece particularmente certa neste campo da regulação).



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 8/15.1YQSTR-A

Neste conspecto, dessa decisão de não oposição surgem mediatamente efeitos externos actuais (cfr. o conceito de eficácia externa actual em Ac. TCAN de 25-02-2010, proc. n.º 01204/09.6BEBRG, RELATOR: Carlos Luís Medeiros de Carvalho, em dgsi.pt) de procedibilidade legal da mencionada operação de concentração.

Subsiste, com a decisão de não operação um efeito modificativo da ordem jurídica preexistente porque lhe está *associado um efeito secundário, ou acessório* e pelo qual se pode identificar *lastro positivo a suspender* (cfr. o conceito de actos negativos com efeitos positivos em Ac. TCAN de 08-03-2012, proc. n.º 02210/11.6BEPRT, RELATOR: José Augusto Araújo Veloso, em dgsi.pt).

Repare-se que a Lei da Concorrência consagra a responsabilidade contra-ordenacional pela realização de uma operação de concentração antes de ser proferida decisão de não oposição, nos termos do art.º 68.º, n.º 1 al. f).

Com efeito, desde logo, a licitude administrativa dos negócios jurídicos que consubstanciem operações de concentrações sujeitas a controlo depende de uma decisão administrativa, expressa ou tácita, de não oposição à concentração, a qual representa uma condição de licitude administrativa dos negócios jurídicos que consubstanciam uma operação de concentração abrangida pelo dever de notificação. Dito de outro modo, constitui sempre um ilícito administrativo a realização de operações de concentração abrangidas pelo dever de notificação prévia na ausência de uma decisão de não oposição da Autoridade da Concorrência (PEDRO COSTA GONÇALVES, ob. cit., pág. 262 e 263).

Daí que seja legítimo concluir que a realização de uma operação “sem” decisão tenha como consequência a ineficácia do negócio jurídico (contrário à lei) e conforme dispõe o art.º 40.º, n.º 6 da Lei da Concorrência: *os negócios jurídicos que violem o disposto no n.º 1 [é proibida a realização de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia antes de notificada ou, tendo-o sido, antes de decisão da Autoridade da Concorrência, expressa ou tácita, de não oposição] são ineficazes*, e, em caso de procedência da acção principal e eventual proibição da operação, não é despicienda a imposição de dissolução da concentração nos termos do art.º 53.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

Este caminho vai de perfeito encontro aos interesses materiais do Requerente, difusamente identificados pela frontal oposição à privatização da EGF, S.A. e à alteração 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 8/15.1YQSTR-A

natureza pública da **Amarsul, S.A.**, por sua vez decorrentes da sua participação na estrutura societária e das atribuições autárquicas que persegue. O que é certo é que esta decisão nunca se poderia pronunciar sobre a transferência de acções, sobre a renegociação do contrato de concessão ou sobre os contratos de financiamento assumidos pela SUMA, S.A.

E voltamos à nascente da questão que mais não é a do que o exercício do direito à acção e à tutela judiciária provisória para defesa de interesses legítimos.

Neste sentido, vislumbramos da parte do Requerente um interesse atendível a merecer oportunidade de pronúncia judicial provisória.

Outro problema atende-se à verificação dos pressupostos gerais ou especiais do decretamento de providência cautelar ou à eventual executoriedade da decisão provisória, nomeadamente nos efeitos de caso julgado para terceiros. No entanto, tal consubstancia apreciação de mérito que não pode ser confundido com a absoluta desnecessidade de recurso ao Tribunal.

Pelo contrário, este é o meio idóneo para sindicat a decisão da AdC e para garantir a protecção provisória do direito a conhecer na acção principal.

*

No que toca à inutilidade superveniente da lide, deixámos expresso que a procedibilidade e a legalidade da operação de concentração dependem da emissão de decisão de não oposição pela AdC e que tal acto configura um acto administrativo de tipo permissivo mas que, ainda assim, é dotado de efeitos externalizantes. Assim, tendo a operação de concentração prosseguido sequentemente àquela decisão, afigura-se-nos que o objecto do processo – nulidade da decisão da AdC – não desapareceu pelo simples esgotamento dos efeitos imediatos da decisão sobe pena de se subverter o direito de acção e à tutela jurisdicional. A decisão é atacável e a sua manutenção tem efeitos na legalidade, licitude e admissibilidade da operação de concentração.

Mais uma vez, o problema centra-se nos na conjugação entre os prejuízos resultantes do decretamento da providência e os prejuízos a evitar.

Não obstante, com a modificação do contrato de concessão ocorrida em 22-10-2015, as oponentes vieram sindicat a inutilidade superveniente da lide por se ter consumado o perigo na demora do decretamento da providência, em acordo com as alegações do Requerente.



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 8/15.1YQSTR-A

Salvo o devido respeito, também aqui nos parece haver alguma indeterminação entre a decisão de mérito e a apreciação do esvaziamento do objecto da acção, que deve ser resolvido a favor da análise da materialidade subjacente à tutela provisória, promovendo-se uma decisão final sobre os pressupostos cautelares. Ademais, se a celebração da modificação pode igualmente ser qualificado como um efeito externo da decisão de não oposição, e se a eficácia desse acto pode ser afectada pela procedência da acção principal, temos que a manutenção da vigência desse contrato é susceptível, em pensamento abstracto, de causar o mesmo tipo de danos e prejuízos arguidos pelo Requerente num momento prévio à sua celebração.

Nestes termos, **improcedem as excepções e questões prévias arguidas pelas Requerida AdC e Contra-interessadas SUMA, S.A. e EGF, S.A.**

* *

5.2. Das providências cautelares.

Lê-se no art.º 112.º, nº 1 do I C.P.T.A. que *Quem possua legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos pode solicitar a adopção da providência ou das providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, que se mostrem adequadas a assegurar a utilidade da sentença a proferir nesse processo.*

A todo o direito corresponde a acção adequada a faze-la reconhecer em juízo, a prevenir ou a reparar a violação do mesmo e a realizá-la coercivamente. Para além destas, corresponde, ainda, a todo o direito, o procedimento necessário a acautelar o efeito útil da acção.

Deste princípio consagrado no art.º 2.º, nº 2 do C.P.T.A., decorre a previsão e regulamentação de procedimentos cautelares, nos artigos 112.º a 134.º do mesmo código, a par das demais acções administrativas.

Sem prejuízo das disposições especiais, *as providências cautelares são adoptadas:*

- a) *Quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, designadamente por estar em causa a impugnação de acto manifestamente ilegal, de acto de aplicação de norma já anteriormente anulada ou de acto idêntico a outro já anteriormente anulado ou declarado nulo ou inexistente;*



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 8/15.1YQSTR-A

- b) *Quando, estando em causa a adopção de uma providência conservatória, haja 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 e não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular nesse processo ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito;*

- c) *Quando, estando em causa a adopção de uma providência antecipatória, haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente pretende ver reconhecidos no processo principal e seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente., devendo a adopção da providência ou das providências ser recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências, sendo que as providências cautelares a adoptar devem limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente – art.º 120.º, n.º 1 e 2 do C.P.T.A., na versão aplicável da Lei n.º 4-A/2003, de 19/02 (a actual versão conferida pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 02/10 só entra em vigor 60 dias após a sua publicação).*

Atenta a natureza da decisão provisória, como regime supletivo, o art.º 120.º, n.º 1 do C.P.T.A. veio consagrar os seguintes critérios de decisão ou requisitos de decretamento em procedimento cautelar administrativo de natureza conservatória:

- **Improbabilidade séria da inexistência do direito (*Fumus Non Malus Juris*);**
- **Fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses do Requerente (*periculum in mora*);**
- **Adequação da providência requerida para evitar a lesão;**
- **Não ser o prejuízo resultante da concessão da providência superior ao prejuízo que com ela se pretende evitar.**

Sempre que alguém mostre um fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável a um seu direito, pode requerer a providência, conservatória ou antecipatória, concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado.



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 8/15.1YQSTR-A

Nesta conformidade, as providências são apreciadas tendo por base um critério que, não obstante dispensar a firme convicção da realidade dos factos alegados, exige sempre um juízo de inverosimilhança da improcedência da acção principal.

Acresce, ademais, a necessidade de se verificar o fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável – “*periculum in mora*”. Efectivamente “*só lesões graves e dificilmente reparáveis têm a virtualidade de permitir ao Tribunal, mediante solicitação do interessado, a tomada de decisão que o coloque a coberto da previsível lesão*” (ABRANTES GERALDES, ob. cit., pág. 99).

Assim, exige-se a gravidade das lesões e sua irreparabilidade absoluta ou difícil. Determina, ainda, a Lei que o receio deve ser fundado, ou seja, apoiado em factos que permitam afirmar, com objectividade e distanciamento, a seriedade e actualidade da ameaça e a necessidade de serem adoptadas medidas tendentes a evitar o prejuízo.

A natureza do perigo determina e condiciona a natureza da providência, devendo a mesma ser idónea para assegurar a conservação do *status quo* de facto e de direito relativamente a uma situação da qual resultam interesses que o direito protege.

Na presença de dois interesses em conflito deve o julgador sacrificar o interesse menor em benefício do interesse maior (ALBERTO DOS REIS, ob. cit., pág. 678).

Estes requisitos distinguem-se por implicarem apenas a prova sumária – “*summaria cognitio*” – dos factos que consubstanciam os pressupostos da providência requerida e que compete ao requerente alegar.

Atento o disposto no art.º 120.º do C.P.T.A., quem requer uma providência cautelar não especificada terá que alegar os factos que integrem aqueles pressupostos.

Isto pressupõe, é claro, que o titular do direito se encontra perante simples ameaça; se a lesão já está consumada, a providência não tem razão de ser, uma vez que já não há prejuízo a evitar ou a acautelar. Contudo, se a violação cometida for índice de que outras se seguirão, o titular do direito pode invocar a lesão efectuada como fundamento de justo receio de outras lesões idênticas, mantendo-se a actualidade do fundado receio (ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3ª ed, reimpressão, pág. 684).

Logo, se não se encontrarem alegados factos suficientes para a verificação de qualquer um dos requisitos apontados, a providência não poderá proceder.



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 8/15.1YQSTR-A

Em conclusão, os requisitos para o decretamento de uma providência cautelar são, em termos muito simplistas, os seguintes - artº 120º do CPTA: que haja 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 (*periculum in mora*); que não seja manifesta a falta de fundamentação da pretensão formulada ou a formular nesse processo ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito (*fumus boni juris*); que da ponderação dos interesses públicos e privados em presença decorra que os danos resultantes da concessão da providência não se mostram superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, ou que, sendo superiores, possam ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências (*proporcionalidade e adequação da providência*);

1- a verificação destes requisitos tem de ser cumulativa;

2- o *fumus boni juris* pode ter uma formulação positiva e uma formulação negativa; na formulação positiva é preciso acreditar na probabilidade de êxito do recurso principal; tem de se verificar uma aparência de que o recorrente ostenta, de facto, o direito que considera lesado pela actuação administrativa; na formulação negativa basta que o recurso principal não apareça à primeira vista desprovido de fundamento;

3- a alínea b) do nº 1 do artº 120º do CPTA satisfaz-se, no que a este segmento importa, com uma formulação negativa, nos termos da qual basta que «não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular» pelo requerente no processo principal «ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito» para que uma providência conservatória possa ser concedida. Consagra-se, deste modo, o que já foi qualificado como um *fumus non malus iuris*: não é necessário um prejuízo de probabilidade quanto ao êxito do processo principal, basta que não seja evidente a improcedência da pretensão de fundo do requerente ou a falta do preenchimento de pressupostos dos quais dependa a própria obtenção de uma pronúncia sobre o mérito da causa;

4- ocorre uma situação de facto consumado prevista no artº 120º/1/b) do CPTA quando, a não ser deferida a providência, o estado de coisas que a acção quer influenciar fique inutilizada *ex ante*;



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 8/15.1YQSTR-A

5 - por seu turno, danos de difícil reparação são aqueles cuja reintegração no planos 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 - Ac TAF de Braga de 10-10-2014, proc. n.º 00548/14.0BEBRG, RELATOR Maria Fernanda Antunes Aparício Duarte Brandão acessível em dgsi.pt.

* * *

5.2. Do Fumus Non Malus Juris.

O direito do Requerente a valer na acção principal – anulação da decisão da AdC de não oposição à operação de concentração – fundamenta-se na arguição de quatro ordens de vícios da decisão, justa-compostos em vícios de violação de lei; vícios materiais da operação de concentração; vícios jusconcorrenciais e vício formal de falta de fundamentação.

* *

5.2.1. Dos vícios de violação de lei e vícios materiais da operação de concentração.

Dispõe o art.º 24.º do Código das Sociedades Comerciais que *só por estipulação no contrato de sociedade podem ser criados direitos especiais de algum sócio (n.º 1) sendo que nas sociedades anónimas, os direitos especiais só podem ser atribuídos a categorias de acções e transmitem-se com estas (n.º 4).*

No acordo de accionistas, celebrado entre os municípios de Alcochete; Almada; Barreiro; Moita; Montijo; Palmela; Seixal; Sesimbra e Setúbal e a EGF, prevê-se, na cláusula 5.ª, que a transformação de acções da classe A em classe B depende do voto favorável de uma maioria correspondente a dois terços do capital (cfr. documento de fls. 59 a 62 que aqui se dá por reproduzido).

Por sua vez no art.º 11.º da Lei da Concorrência, sob a epígrafe Abuso de posição dominante, que *é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste (n.º 1), podendo ser considerado abusivo, nomeadamente: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c)*



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 8/15.1YQSTR-A

Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos; e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade (n.º 2).

No que diz respeito à decisão do procedimento de controlo de concentrações, refere o art.º 53.º, n.º 1 al. a) da mesma Lei da Concorrência, que, *até ao termo do prazo fixado no n.º 1 do artigo anterior, a Autoridade da Concorrência decide: a) Não se opor à concentração de empresas, quando considere que a operação, tal como foi notificada, ou na sequência de alterações introduzidas pela notificante, não é susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial.*

*

Por Decreto-Lei n.º 45/2014 de 20 de Março, foi aprovado o processo de reprivatização da Empresa Geral do Fomento, S.A. (EGF), sub-holding do grupo Águas de Portugal para o sector dos resíduos, mediante a alienação das acções representativas de até 100 % do seu capital social através de um concurso público e de uma oferta pública de venda dirigida a trabalhadores da EGF;

A Lei 35/2013, de 11 de Junho, que alterou a Lei 88-A/97, de 25 de Julho, veio regular o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, visando a reorganização do sector de abastecimento de água e saneamento de águas residuais e recolha e tratamento de resíduos sólidos, pelo que passou a ser possível que a exploração e gestão de sistemas multimunicipais sejam atribuídas a empresas cujo capital social seja maioritária ou integralmente subscrito por empresas do sector privado;

O Decreto-Lei n.º 96/2014 de 25 de Junho aprovou o novo regime jurídico da concessão da exploração e da gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de



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 8/15.1YQSTR-A

tratamento e de recolha selectiva de resíduos urbanos, cuja responsabilidade pela gestão é assegurada pelos municípios, atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados;

Lê-se no respectivo preambulo que *“A alienação do capital social da EGF a entidades privadas tem como consequência a alteração da natureza jurídica das atuais entidades gestoras dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos, das quais a EGF é accionista maioritária. Com efeito, tais entidades gestoras deixarão, assim, de ser empresas públicas, passando a ser detidas, maioritariamente, por uma empresa privada (a EGF privatizada) e, minoritariamente, pelos municípios utilizadores de cada sistema que não tenham alienado a sua participação social. Esta opção não implica, contudo, qualquer alteração das obrigações contratuais assumidas entre accionistas, nomeadamente em acordos parassociais, os quais se mantêm e não são alterados por efeito do presente decreto-lei”*;

- Lê-se no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 96/2014, sob a epígrafe *adaptação das concessões em curso*; que: *“1 - Os contratos de concessão em vigor à data do início de vigência do presente decreto-lei e celebrados com entidades gestoras de sistemas multimunicipais cujo capital social passe a ser detido exclusiva ou maioritariamente por entidades privadas devem, no prazo máximo de 90 dias a contar da data em que a alienação a entidades privadas do capital social das referidas entidades gestoras ou dos respectivos accionistas produza efeitos, ser objecto de modificação contratual, em vista da adaptação do seu conteúdo ao presente decreto-lei e bases constantes do anexo ao presente decreto-lei.*

2 - A modificação contratual prevista no número anterior produz efeitos no dia seguinte ao da respectiva outorga.

3 - A modificação contratual prevista no n.º 1 apenas pode ser outorgada após a apresentação pela concessionária de comprovativo da prestação de caução a favor do concedente, no valor correspondente a 5 % do volume de negócios da concessionária no ano anterior ao da outorga da modificação contratual em causa, destinada a garantir o cumprimento de todas as obrigações que para si emergem do contrato de concessão tal como modificado.



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 8/15.1YQSTR-A

4 - *À caução prestada nos termos do número anterior não é aplicável o disposto no n.º 2 da base XXXII, aprovada em anexo ao presente decreto-lei.*

5 - *As actividades complementares cujo exercício pela concessionária se encontre, à data da produção de efeitos da modificação contratual prevista no n.º 1 expressamente autorizado nos termos da lei e dos respectivos contratos de concessão, mantêm-se autorizadas à concessionária como actividades complementares para efeitos do disposto nas bases constantes do anexo ao presente decreto-lei.*

6 - *As actividades acessórias cujo exercício pela concessionária se encontre, à data da produção de efeitos da modificação contratual prevista no n.º 1 expressamente autorizado nos termos da lei e dos respectivos contratos de concessão, mantêm-se autorizadas à concessionária como outras actividades por um período de três anos, devendo cessar até ao termo deste prazo.*

7 - *Para efeitos do disposto no n.º 1 da base L aprovada em anexo ao presente decreto-lei, o prazo contratual a considerar é o período compreendido entre a data da produção de efeitos da modificação contratual prevista no n.º 1 e o último dia da concessão.*

8 - *Os acordos parassociais celebrados entre os accionistas da concessionária, à data da produção de efeitos da modificação contratual prevista no n.º 1, consideram-se autorizados e vinculativos para efeitos do disposto na base IX, aprovada em anexo ao presente decreto-lei”;*

Atendendo à existência de entidades gestoras que não são actualmente detidas pela EGF e, bem assim, à possibilidade de virem a ser criados outros sistemas multimunicipais concessionados a entidades de natureza pública manteve-se em vigor o Decreto-Lei 294/94, de 16 de Novembro, o qual estabeleceu o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos a atribuir por contrato de concessão a uma empresa pública ou a uma sociedade de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos, nos termos das bases anexas ao presente diploma;

Com as referidas alterações legislativas criou-se, paralelamente aos sistemas multimunicipais concessionados a entidades de natureza pública, um regime jurídico aplicável apenas aos sistemas multimunicipais geridos por concessionárias com capitais exclusiva ou maioritariamente privados;



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 8/15.1YQSTR-A

*

Coligida a prova e enquadrada a operação de concentração, **afigura-se-nos manifesta a improcedência do direito do Requerente quanto à anulação da decisão da AdC por vícios de violação de lei e por vícios materiais da operação de concentração**, conduzindo à aparência de *mau direito*.

Em primeiro lugar, nem este Tribunal tem jurisdição nem a AdC tem competência regulatória para apreciar, decidir e conhecer dos conflitos entre uma disposição contratual societária e actos legislativos que sustentaram o processo de privatização da EGF, S.A.

A decisão da AdC insere-se num determinado procedimento de controlo preventivo sobre a aquisição da maioria do capital da Amarsul, S.A. pela SUMA, S.A., ao abrigo dos seus poderes administrativos e nos termos do art.º 37.º e seguintes da Lei da Concorrência.

Como tal, a alteração da natureza pública da maioria do capital não serve nem cabe naquela decisão, obstando, sequentemente, ao controlo judicial dessa mesma decisão.

A alegação da violação do art.º 24.º, n.º 4 do Código das Sociedades Comerciais surge desgarrada de atendibilidade jurídica.

A alegação de que o processo de reprivatização da EGF foi realizado em violação do acordo de accionistas e que a AdC não estava "*dispensada de aferir o enquadramento legal, regulamentar e estatutário das entidades envolvidas na operação de concentração, sob pena de proferir uma decisão ilegal*" representa uma distorção da análise jus-concorrencial a realizar pela AdC no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações, em franca extrapolação das competências daquela autoridade e do enquadramento legal em que a actuação da AdC se desenvolve, nevrálgicamente definido no art.º 41.º da Lei da Concorrência: *As operações de concentração, notificadas de acordo com o disposto no artigo 37.º, são apreciadas com o objectivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, a concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, sem prejuízo do disposto no n.º 5.*

Não cabe à Autoridade da Concorrência ou a este Tribunal, por via da sua competência jurisdicional sobre aquela entidade reguladora, a sindicância do modelo de privatização da EGF.



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 8/15.1YQSTR-A

Em segundo lugar, ainda que assim não se entendesse, o art.º 24.º, n.º 4 do Código das Sociedades Comerciais dirige-se à constituição de direitos especiais e nada tange com a possibilidade legal de transformação de acções de tipo A em tipo B mediante um processo de privatização. Outrossim, o acordo de accionistas estipula uma limitação societária que não pode tanger, *ipso jure*, com a criação de mecanismos legislativos de alienação de participações públicas em empresas do sector económico do Estado.

Em terceiro lugar, salvo o devido respeito, a alegação de violação do art.º 11.º da Lei da Concorrência, além de carecida de substrato factual, surge inconcludente para a apreciação da legalidade da decisão da AdC, fundada em juízos de prognose.

O art.º 11.º da Lei da Concorrência não trata de controlo preventivo da concorrência mas sem de um controlo *em acção*, sucessivo da actuação de um operador económico com posição dominante. Como tal, a preterição daquele dispositivo no procedimento de controlo de operações não aufere, em nosso entender, de acolhimento lógico para a procedência da anulação da decisão.

Pela própria natureza da decisão, antecedente da operação de concentração, nunca poderia a AdC conhecer do exercício abusivo da posição dominante pela SUMA, S.A..

Aliás, atendendo à natureza estatutiva da norma, finalisticamente dirigida para os operadores económicos, carece de fundamento a sua violação pela própria AdC. Mediante a proibição do abuso de posição dominante, a existência de práticas restritivas da concorrência dá lugar à abertura de um processo sancionatório nos termos previstos nos artigos 13.º e seguintes da Lei da Concorrência, substancial e processualmente diferente e autónomo dos processos de controlo de concentrações.

Tudo isto, sem prejuízo da formulação de juízos de prognose sobre a ocorrência de práticas restritivas, a cotejar no controlo da legalidade dos efeitos jusconcorrenciais da decisão da AdC,

Em quarto lugar, a mesma conclusão pode ser estendida quanto à suposta violação do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 53.º da Lei da Concorrência, pela qual se permite à AdC, após investigação aprofundada e no prazo máximo de 90 dias úteis, decidir pela 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.º 8/15.1YQSTR-A

Ainda assim, cruzando as alegações do Requerente com as respectivas alegações finais, o procedimento de controlo das operações de privatização não pode ser apreciado à luz do parecer da AdC ao projecto do Decreto-Lei 159/2014. As conclusões emitidas naquele parecer não são nem vinculativas nem conformativas da posição da AdC naqueles procedimentos por configurar actuação da autoridade administrativa manifestamente autónoma, de pouca ou nenhuma interpenetração com a decisão prevista no art.º 53.º, n.º 1 al. a) da Lei da Concorrência, na medida em que as fases de investigação sumária e de investigação aprofundada configuram actos próprios da instrução da decisão de não oposição.

No mencionado parecer, a AdC, mediante solicitação do executivo, analisa o modelo de privatização (referindo que uma separação estrutural das empresas não implicaria perdas de eficiência); a duração do exclusivo (referindo a preferência por períodos que possibilitem o quanto antes a abertura à iniciativa privada); analisa o regime de extensão das concessionárias a actividades complementares e “outras actividades” (referindo a criação de riscos de encerramento dos respectivos mercados à concorrência, com a correcção de que a intervenção da AdC ocorre *ex post* e ao abrigo dos poderes sancionatórios, e sugerindo a adopção de *level-playing field* [separação contabilística e jurídica]) analisa a coerência dos quadros jurídicos (sublinhando a preocupação com o alargamento da concessão a recolha selectiva de resíduos urbanos), concluindo que *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*; que a concentração pode prejudicar a criação desses benchmarks e a eficiência do regime tarifário; e que a concentração *vai desvirtuar esse indicador, implicando uma diminuição da informação concorrencial para a definição do padrão regulatório* (cfr. parecer de fls. 63 a 70).

Ora, a **contradição entre a decisão de não oposição e aquele parecer parece-nos meramente aparente no sentido em que a primeira se fundamenta em diligências instrutórias próprias e autónomas, eximidas e não consideradas naquele parecer.**

Ou seja, o **controlo da legalidade formal e do conteúdo da fundamentação da decisão é muito mais amplo do que daquele parecer, pelo que o valor deste acto surge infirmado ou afectado para a sindicância da decisão.**



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 8/15.1YQSTR-A

A cominação de nulidade por via desta interpretação - *contradição entre o quadro abstracto e o contexto concreto da operação* - significaria, na nossa opinião, num juízo arbitrário e subversivo dos critérios previstos no art.º 53.º, n.º 1 al. a) da Lei da Concorrência – *insusceptibilidade de criação de entraves significativos à concorrência efectiva no mercado*, que prescindiriam do facto e se susteriam apenas em juízo hipoteticamente conclusivo.

*

A procedência da anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados tem-se por manifestamente improcedente e nos limites indiciários da decisão em procedimento cautelar.

**

5.2.2. Dos vícios jusconcorrenciais.

Quanto aos efeitos jus-concorrências, do requerimento inicial parecem resultar os seguintes vectores de invalidade da decisão da AdC:

- A operação de concentração conjugada com a duração da concessão cria o risco de realização de transferências de recursos entre participadas;
- A operação de concentração conjugada com o alargamento da atividade das concessionárias às áreas referidas nos n.ºs 3 e 4.º da Base VII do projecto de Decreto-Lei n.º 159/2014 cria o risco de encerramento dos mercados à concorrência;
- A operação de concentração cria o risco de alteração arbitrária e unilateral pela SUMA. S.A. da tarifa;
- A operação de concentração cria o risco de alteração arbitrária e unilateral pela SUMA. S.A. dos contratos de recolha e entrega.

*

Coligida a prova e enquadrada a operação de concentração, **afigura-se-nos manifesta a improcedência do direito do Requerente quanto à anulação da decisão da AdC por existência de efeitos jusconcorrenciais**, conduzindo à aparência de *mau direito*.

Em primeiro lugar, a AdC assinalou que a operação de concentração não terá como efeito a eliminação da externalidade procura-preço, por via da inexistência de elasticidade da procura dos serviços (a quantidade de resíduos a tratar não depende do preço) e por via 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 8/15.1YQSTR-A

inexistência de mecanismos normais de procura-oferta para a determinação do preço (mercado em alta é regulado com regulamentação tarifária), pelo que *não existe externalidade positiva a internalizar na operação de concentração* - cfr. pontos 431 a 435 da decisão.

O que vale por dizer que as vantagens da concentração se encontram nos ganhos do processo produtivo e da aquisição de equipamentos e consumíveis.

Em segundo lugar, a AdC identifica dois tipos de estratégias que podiam gerar potenciais efeitos negativos, isto é, de encerramento do mercado em baixa.

Por um lado, a SUMA, S.A. pode imputar os custos das actividades em baixa nas actividades em alta, ganhando vantagem competitiva sobre os concorrentes nos mercados em baixa, não repetíveis pelo monopólio legal do mercado e alta. Por outro, pode aproveitar instalações afectas à concessão e ao mercado em alta nas actividades em baixa, reduzindo encargos operacionais nesse mercado, inacessíveis aos demais.

Neste conspecto, a AdC não ignorou as possíveis consequências não horizontais entre os mercados em alta e em baixa, procedendo à análise e compreensão dos incentivos da SUMA, S.A. em implementar aquelas estratégias e da capacidade para essa implementação.

Este ponto é de primacial importância para a apreciação dos limites da discricionariedade da decisão da AdC e do seu controlo pelo Tribunal.

Em terceiro lugar, a AdC consigna expressamente que a imputação de custos das actividades em baixa beneficia a entidade integrada (aumento do lucro tributável) e que o correspondente decréscimo do lucro na actividade em alta é assumido na proporção da participação (por cada euro de poupança na actividade em baixa o euro de custo na actividade em alta é dividido pelos accionistas da Amarsul, S.A.).

Ademais, esta imputação pode, inclusive, ocorrer nos custos de exploração da actividade regulada (base de activos regulados), com possibilidade de compensação pelos ajustamentos tarifários ainda que sujeito ao período regulatório.

A AdC dá, por isso, o passo na consignação que existe incentivo na implementação da estratégia de imputação de custos das actividades em baixa às actividades em alta - cfr. pontos 445 a 455 da decisão.



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 8/15.1YQSTR-A

Em quarto lugar, a AdC assenta convicção de que, com a operação de concentração, existem evidentes *ganhos de eficiência e aproveitamento das sinergias e infra-estruturas*, os quais tendem a reflectir-se positivamente os preços praticados mas que podem anular a *eficiência conferida pela presença de pressões concorrenciais no mercado em baixa*.

A AdC considera, inclusive, que existe incentivo claro para que a actividade em baixa da SUMA, S.A. aproveite as infra-estruturas da actividade em alta, com poupança de custos operacionais referentes às instalações (ocupação de estaleiros, estacionamento ou oficinas) e com acesso a optimização da localização geográfica dos pontos de recolha, vantagens não acessíveis pelos concorrentes no mercado em baixa - cfr. pontos 456 a 463 da decisão.

Por conseguinte, a AdC concluiu que subsistem incentivos à implementação de estratégias susceptíveis de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado em baixa.

Em quinto lugar, a AdC passa a analisar a capacidade de implementação dessas estratégias.

Este ponto é, também, fulcral na análise jus-concorrencial.

Sendo preclaros os incentivos às estratégias conducentes ao encerramento dos mercados em baixa, admitindo a existência de possíveis assimetrias de informação entre regulador e regulado, a AdC recorre aos incentivos dos municípios na monitorização destes comportamentos face à intervenção destes na qualidade de clientes do mercado em alta; de accionistas minoritários da concessionária e clientes das empresas de prestação de serviços de recolha e transporte (actividades em baixa) caso optem pela contratação externa desse serviço.

Deste modo, a AdC assenta que o *papel dos municípios como clientes dos sistemas em alta sobrepõe-se ao seu papel como accionista*, no sentido em que o *objectivo do município consiste na minimização da tarifa a pagar à entidade concessionária* – cfr. pontos 474 e 475.

Recorrendo ao efeito de balanço financeiro negativo (aumento de tarifas vs dividendos da participação accionista) e ao conceito de subsidiação cruzada implícita (aumento do pagamento da tarifa para os municípios com serviços de baixa internalizados ou externalizados, ainda que estes beneficiassem da redução dos custos em baixa), a AdC conclui que os interesses dos municípios não se alinham com a EGF/SUMA, assumindo



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 8/15.1YQSTR-A

interesses na *defesa da Lei da contratação Pública e do tratamento equitativo de todas as entidades concorrentes.*

Numa palavra, a estrutura accionista da Amarsul, S.A. introduz *um elemento permanente de controle e monitorização das concessionárias em alta* – cfr. ponto 481.

Ora, quaisquer assimetrias de informação entre regulado e regulador serão cobertas pela posição activa dos municípios, designadamente no reporte de imputação e custos à alta e utilização de infra-estruturas e bens afectos à concessão para aproveitamento em actividades fora do âmbito da concessão e sem contrapartida financeira.

Há aqui uma *guarda avançada* da concorrência dos mercados em baixa que impõe maiores salvaguardas na obstaculização das restrições da iniciativa económica e das operações de concentração.

Por outro lado, considera a AdC que a recuperação dos custos imputáveis à alta por via tarifária não conduz à eficácia na implementação das estratégias referidas por via dos períodos relativamente longos (dificuldade na articulação temporal diminuição de custos em baixa e imputação tarifária) e por via do modelo regulamentar de *revenue cap* (a imputação de custos à alta a integrar no aumento da tarifa teria de ser compensada com ganhos de eficiência superiores ao previsto no modelo).

Se estas actuações implicam a diminuição dos resultados da concessionária e, conseqüentemente dos accionistas, logo, os Municípios terão todo o interesse em evitar este tipo de estratégias através do exercício de poderes de accionistas, membros da assembleia geral e de outros órgãos de gestão, sempre com a possibilidade de reporte ao regulador – cfr. pontos 488 e 489.

A conclusão da AdC é frontal: *embora não seja inconcebível que as actividades 2em alta” possam eventualmente assumir parte de alguns custos partilhados, a AdC não considera que tal possa assumir uma dimensão tal que permita à SUMA ganhar uma dominância tal no mercado “em baixa” que lhe permita, num primeiro momento, encerrar o mercado e, posteriormente, proceder ao aumento de preços* – cfr. ponto 492, a que acrescem as regras contabilísticas que garantem, igualmente, uma instância de controlo assinalável.

Outra limitação à capacidade de implementação prende-se com a atribuição exclusiva dos activos afectos à concessão que torna implausível o risco de utilização a título não



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 8/15.1YQSTR-A

oneroso desses activos pela actividade em baixa. Mesmo em caso de utilização a título oneroso, a qualificação desse comportamento como actividade complementar obriga à intervenção do concedente e a parecer prévio, não vinculativo, pela ERSAR e pela ERC – cfr. als. c) e j) da Base I e n.º 2 da Base VII do Decreto Lei n.º 96/2014.

Por fim, a existência de contratos em vigor de prestação de serviços de apoio à gestão de resíduos urbanos (actividade em baixa), através dos quais, é assegurada a participação de diversas empresas com relevante taxa de permanência; a inexistência de barreiras à entrada dos operadores no mercado em baixa (cfr. secção 7); o poder negocial dos municípios na determinação do preço-base dos concursos para atribuição de prestação de serviços no mercado em baixa; a incapacidade da SUMA, S.A. proceder a uma deterioração dos serviços sem qualquer controlo; a inexistência de interesse dos municípios em internalizarem os serviços (por restrições financeiras da gestão pública), permite que se mantenha pressão concorrencial permanente sobre a SUMA, S.A., no mesmo passo em que se impede um aumento lucrativo dos preços e ou a restrição a novas entradas promovidas pelos municípios (até em caso de incremento dos prazos contratuais) – cfr. pontos 501 a 513.

Em resumo, considerando:

- (i) O não alinhamento de incentivos entre os municípios e a EGF;*
- (ii) A incapacidade de imputação dos custos dos serviços em baixa às actividades em alta, quer por via da acção do regulador, quer por via da monitorização dos accionistas minoritários;*
- (iii) A dificuldade de efectivamente a SUMA proceder a um encerramento do mercado;*
- (iv) A inexistência de barreiras significativas à entrada no mercado em baixa;*
- (v) O contrapoder negocial dos municípios enquanto entidades contratantes e os efeitos do historial dos preços na determinação dos preços-base dos procedimentos concursais;*
- (vi) A possibilidade de os municípios patrocinarem novas entradas com base nos prazo contratuais e;*
- (vii) Concomitantemente, a dificuldade que a SUMA teria em lucrativamente subir os preços, mesmo em caso de expulsão dos concorrentes do mercado, a Adc*



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 8/15.1YQSTR-A

considera que da investigação realizada não se apuraram elementos que permitam concluir que, da operação de concentração, venham a resultar efeitos não horizontais de encerramento do mercado na prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (em baixa) – cfr. ponto 519.

Em sexto lugar, estes vectores da decisão da AdC, coligidos na fase da investigação aprofundada, não foram postos em crise por qualquer elemento de prova ou facto indiciário produzidos nesta instância cautelar.

Os riscos alegados pela Recorrente mereceram acolhimento instrutório e crítico da autoridade administrativa.

Neste conspecto, todos os riscos assinalados pelo Requerente foram analisados pela AdC em raciocínio crítica e fundamentado. Mais que isso, todos os riscos assinalados pelo Requerente foram admitidos pela autoridade administrativa e, posteriormente, infirmados na dimensão jus concorrencial relativa à capacidade de implementação das estratégias que podiam envolver aqueles mesmos riscos.

Há aqui uma evidente sinalização de proficiência e amplitude técnica da decisão, nunca afectada pela instrução do procedimento cautelar.

Na verdade, a AdC não enjeita a existência de incentivos para a SUMA de encerramento de encerramento do mercado em baixa à concorrência, designadamente através da transferência de recursos entre participadas. Todavia, esses incentivos e estratégias de implementação são minorados pelas características do mercado em alta, fortemente regulado e com intervenção de entidades com interesses divergentes da SUMA/EGF, obstando às assimetrias de informação entre regulado e regulador e à concretização prática dessas estratégias.

Em sétimo lugar, a modificação do contrato de concessão de 22 de Outubro de 2015 não veio produzir qualquer alteração no prazo inicial da concessão (o qual termina em 2034), pelo que o juízo da AdC não surge afectado por esta circunstância superveniente.

O contrato de 22 de Outubro de 2015 define e discrimina os bens e meios afectos à concessão (cfr. cláusulas 10.ª a 13.ª), estipulando-se expressamente que a oneração e transmissão dos bens e direitos afectos à concessão ficam sujeitos à autorização do concedente, nos termos das cláusulas 16.ª e 23.ª.



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 8/15.1YQSTR-A

Ora, não só esta disposição contratual se adequa aos critérios de alargamento da actividade concessionada a actividades complementares da Base VII do Decreto-lei n.º 96/2014, como consolida o entendimento da AdC de que a alegada partilha de infra-estruturas e transferências de recursos, potencialmente nocivos para a concorrência do mercado em baixa, não pode ser efectuada de modo arbitrário e disruptivo do modelo regulatório e de supervisão, melhor incrementado pela actuação e interesses divergentes dos municípios.

Em oitavo lugar, o novo regulamento tarifário dos serviços de gestão de resíduos, aplicável a todas as entidades gestoras prestadoras de serviços de gestão de resíduos urbanos, quer de titularidade estatal quer municipal, e cobrindo os modelos de gestão directa, gestão delegada e gestão concessionada, aprovado pela Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), vem consagrar períodos de regulação e métodos de cálculo de tarifas que, no mesmo passo em que corroboram as conclusões da AdC, afastam qualquer possibilidade de alteração arbitrária, momentânea e unilateral pela EGF – cfr. artigos 10.º; 21.º (sistemas de titularidade estatal); 51.º (sistemas de gestão directa); 64.º (sistemas de gestão delegada) e, no que nos interessa, o artigo 82.º (gestão concessionada), que faz corresponder o período regulatório ao prazo da concessão.

A estrutura tarifária dos serviços prestados a entidades gestoras estipula a aplicação, *em cada sistema, uma tarifa única em função da quantidade de resíduos urbanos entregues, calculada nos termos do presente regulamento, à qual acresce o montante correspondente à repercussão do encargo suportado pela entidade gestora com a taxa de gestão de resíduos, nos termos da Portaria n.º 72/2010, de 4 de Fevereiro* – cfr. art.º 16.º do Regulamento, sendo a estrutura tarifária calculada nos termos da fórmula prevista no art.º 60.º, por remissão do art.º 83.º, n.º 2, e nos termos da fórmula prevista no art.º 84.º.

A diferenciação tarifária está restrita aos casos e limites previstos nos artigos 21.º a 23.º do Regulamento.

Ainda que assim não fora, a fiscalização e a aplicação do cumprimento do Regulamento Tarifário é da competência da ERSAR, que goza das prerrogativas que lhe são conferidas pelos respectivos estatutos, com possibilidade da realização de auditorias – art.º 101.º do Regulamento.



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 8/15.1YQSTR-A

Também aqui o juízo jus-concorrencial da AdC não merece qualquer reparo nem é passível de crítica por erro manifesto na sua consideração.

Em nono lugar, o enquadramento legislativo do Decreto-lei n.º 96/2014, devidamente vertido no contrato de modificação do contrato de concessão, evidencia um complexo de poderes do Concedente, incluindo poderes de fiscalização e controle (cfr. Bases XXI a XXV), os quais, associados aos deveres de informação, de defesa e prossecução do interesse público e da actuação do regulador menorizam os riscos de potenciação de efeitos concorrências negativos.

Em décimo lugar, a falência probatória desta instância e os termos da fundamentação da AdC, transportam a análise jus-concorrencial realizada para o poder discricionário da autoridade administrativa e para os limites do controlo jurisdicional da actuação administrativa.

Como tal, a sindicância por este Tribunal estará sempre limitada ao disposto no art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Sendo doutrinaria e jurisprudencialmente certo que *o princípio da divisão ou da separação de poderes não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra do juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração e que tal princípio implica tão-só uma proibição funcional do juiz afectar a essência do sistema de administração executiva, ou seja, não pode ofender a autonomia do poder administrativo [o núcleo essencial da sua discricionariedade], enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes próprios de apreciação ou decisão conferidos aos órgãos da Administração, deve-se sempre assinalar que os poderes dos tribunais administrativos abarcam apenas as vinculações da Administração por normas e princípios jurídicos, ficando de fora da sua esfera de sindicabilidade o ajuizar sobre a conveniência e oportunidade da actuação da Administração, mormente o controlo actuação ao abrigo de regras técnicas ou as escolhas/opções feitas pela mesma na e para a prossecução do interesse público, salvo ofensa dos princípios jurídicos enunciados no art. 266.º, n.º 2 da CRP.*, cabendo aos Tribunais, no exercício da sua função, apreciar da conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos, inclusivamente da competência do ente que decidiu, ou se foi observado o procedimento legal adequado, ou se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc. Nº 8/15.1YQSTR-A

ainda correspondem à realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram, bem como se ocorreu desvio de poder ou violação dos princípios gerais de direito (v.g., da justiça, da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, etc.) – Ac. TCAN de 01-10-2010, proc. n.º 00514/08.4BEPNF, RELATOR Carlos Luís Medeiros de Carvalho, em dgsi.pt., nosso destacado.

A génese desta dinâmica relacional entre poder administrativo e judicial encontra-se no espaço de livre valoração e conformação do interesse público pelas entidades administrativas e, especialmente, no preenchimento de conceitos indeterminados.

O domínio da sindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo concentra-se no conhecimento dos limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade e de proporcionalidade, na medida em que só existem a discricionariedade e a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados que a lei especificamente conceder. No juízo de valoração por recurso a conceitos jurídicos indeterminados nos primeiros têm lugar as regras próprias da interpretação jurídica em via de aplicação puramente subsuntiva passível de controlo jurisdicional. No juízo de valoração de conceitos técnicos regem os conhecimentos e regras próprias da ciência ou da técnica que estejam em causa, não cabendo ao Tribunal controlar a boa ciência ou a boa técnica empregues pela entidade administrativa, por manifesta falta de competência nas matérias extrajurídicas para tanto necessária – Ac. TCAS de 16-03-2006, proc. n.º 01459/06, RELATOR Cristina dos Santos, disponível em dgsi.pt.

Tal vale por dizer que, em respeito pela discricionariedade técnica da administração, não compete ao juiz actuar como um decisor administrativo, com repetição da decisão discricionária, mas somente como instância de controlo e fiscalização da juridicidade da decisão, nos pontos axiais da apreciação da violação de direitos fundamentais, dos princípios jurídicos e de legalidade insitos à actuação administrativa.

O art.º 53.º da Lei da Concorrência revela a existência de discricionariedade administrativa pela AdC e quanto à conclusão pela existência/inexistência de entraves à concorrência, a definir dentro dos limites legais específicos e gerais.



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 8/15.1YQSTR-A

Nestes termos, compulsando a decisão da AdC por confronto com o presente objecto processual e causa de pedir do Requerente, afigura-se-nos preclaro que não subsistem erros manifestos na interpretação do quadro jurídico referencial ou dos conceitos jus-concorrências; que não ocorrem vícios procedimentais ou materiais e que não se verifica qualquer omissão no tratamento dos elementos de prova; dos elementos factuais e das questões pertinentes para uma pronúncia esclarecida e esclarecedora.

A decisão da AdC revela um cuidado argumentativo e racional na enunciação de todos os dados pertinentes para a compreensão da relação a estabelecer entre a operação de concentração em causa e os entraves significativos à concorrência efectiva, por recurso à sua competência e espaço de conformação técnica enquanto regular e supervisor.

A construção discursiva e a sedimentação dos elementos úteis à decisão servem às conclusões da avaliação jus-concorrencial (cfr. pontos 520 a 525) da decisão da AdC que aqui se reiteram:

- a operação de concentração envolve efeitos não horizontais entre o mercado regulado de gestão de resíduos urbanos (actividade em alta) e os mercados de prestação de serviços de apoio à gestão de responsabilidade municipal (actividade em baixa);

- existe a possibilidade de encerramento do mercado de prestação de serviços de apoio à gestão de resíduos urbanos de responsabilidade municipal (em baixa) dadas as características de complementaridade entre este mercado e o mercado em alta;

- as diligências desenvolvidas sinalizam a improbabilidade de ocorrência de encerramento de mercado em baixa na sequência da operação de concentração com afectação da concorrência no mercado de prestação de serviços de apoio à gestão de resíduos urbanos de responsabilidade municipal;

- considerando todos os elementos carreados ao processo e análise efectuada, pela ausência de efeitos não horizontais, a operação de concentração em causa não é susceptível de criar entraves significativos à concorrência em qualquer um dos mercados relevantes identificados na decisão.

Não sendo patentes inexactidões materiais, técnicas ou jurídicas, o controlo e fiscalização jurisdicional da decisão deve respeitar a discricionariedade da AdC quanto ao entendimento acima exposto no que diz respeito ao risco de encerramento dos



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 8/15.1YQSTR-A

mercados à concorrência, aos incentivos às estratégias de implementação de efeitos negativos não horizontais e quanto à incapacidade da SUMA em implementar essas estratégias.

*

A procedência da anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados tem-se por manifestamente improcedente e nos limites indiciários da decisão em procedimento cautelar.

* *

5.2.3. Dos vícios de fundamentação e de procedimento.

Quanto a vícios de forma, o Requerente invoca o indeferimento pela AdC da audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, por falta de fundamentação e omissão de diligência.

*

Analisada a decisão da AdC e enquadrada a operação de concentração, **afigura-se-nos manifesta a improcedência do direito do Requerente quanto à anulação da decisão da AdC por vício de forma**, conduzindo à aparência de *mau direito*.

Em primeiro lugar, se a motivação da diligência instrutória pelo Requerente visava a sindicância da informação expandida pelo Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, constante de fls. 71 e 72, e a propósito do acordo parassocial da **Amarsul, S.A.**, a análise jus-concorrencial a expender pela autoridade administrativa prescinde, em absoluto, da articulação entre os *direitos e obrigações emergentes dos acordos parassociais existentes nas entidades gestoras* e a operação de privatização da EGF, na medida em que esses acordos não introduzem nenhum elemento de valoração e conformação da mencionada análise.

Em segundo lugar, não se vislumbra como o compromisso declarativo/informativo do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, constante de fls. 71 e 72, possa tanger com os elementos de decisão supracitados. A vinculação da SUMA., S.A. aos acordos de accionistas vigentes nas respectivas concessionárias é matéria de lei e de responsabilidade contratual, pelo que a mera alegação de que o processo de privatização



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 8/15.1YQSTR-A

violou aqueles acordos se apresenta insuficiente e ineficiente para modificar o juízo jus-concorrencial.

Ocorrendo violação pelos instrumentos jurídicos que enquadraram a privatização e que permitiram a entrada de capitais privados, tal não implica, de per se, qualquer alteração quanto à compreensão dos efeitos não horizontais nos mercados relevantes; quanto aos potenciais efeitos negativos; quanto às estratégias, incentivos e capacidade de implementação dessas estratégias. Estes elementos decorrem da natureza e características do mercado e da posição da SUMA, S.A. enquanto operadora no mercado em baixa e accionista maioritária da entidade concessionária, nos exactos termos em que a EGF, S.A. já o era.

Em terceiro lugar, afastou-se qualquer relevância ao vício de legalidade por violação do art.º 24.º do Código das Sociedades Comerciais para conhecimento do direito invocado pelo Requerente, pelo que a obrigação para a AdC de proceder a diligências com vista ao apuramento desta desconformidade é excludente da análise jus-concorrencial prevista no art.º 53.º da Lei da Concorrência e, como tal, irrelevante para o procedimento de controlo de operações de concentração.

Em quarto lugar, em qualquer acto administrativo a *fundamentação tem que ser expressa, clara, suficiente e congruente, e deve ter-se por suficientemente fundamentado o acto em relação ao qual foram dados a conhecer as razões que o suportam de forma clara e congruente, através de externalização coeva ao acto, permitindo assim ao seu destinatário optar entre conformar-se com ele ou atacá-lo graciosamente ou contenciosamente* (cfr. neste sentido Ac. TCAN de 15-10-2010, proc. n.º 01619/09.0BEBRG e Ac. TCAN de 24-05-2012, proc. n.º 00731/09.0BEPNF, ambos disponíveis em dgsi.pt).

A AdC enumera as diligências de audição realizadas no procedimento e procede à enumeração das observações do Requerente no ponto 9.2.23.

Depois, a AdC esclarece, no ponto 974, que *“entende não existir qualquer razão para proceder à audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e da Energia a propósito do Acordo Parassocial, remetendo-se, porque aplicável, [para] os comentários constantes dos pontos 580 e 581 e pontos 382 e 383”*.

A AdC consigna que *a avaliação jusconcorrencial deve ser merger specific, pelo que a análise das questões suscitadas deve ser feita pro referênciam especificamente à operação de*



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 8/15.1YQSTR-A

concentração em causa e ao impacto que a mesma possa vir a ter na estrutura do mercado. Neste sentido, o modelo de privatização do grupo EGF escolhido pelo Estado constitui, para efeitos da presente avaliação, um dado estrutural do mercado de natureza exógena. Logo, se essa opção estrutural não cabe no objecto de análise pela AdC em sede de procedimento de controlo de operações de concentração, não cabem, igualmente, no objecto de análise da presente operação de concentração as considerações tecidas pelos Municípios relativamente ao conflito existente entre si e a EGF sobre o Acordo Parassocial.

Acrescenta, trata-se de um diferendo entre accionistas no âmbito de uma das entidades concessionárias, independente a qualquer decisão que a AdC pudesse a vira a adoptar em sede do presente procedimento, e que tem origem num momento anterior a qualquer possibilidade de intervenção accionista por parte da actual notificante – cfr. pontos 378 a 383, por remissão sucessiva dos pontos 580, 581 e 974.

As razões do indeferimento, aplicadas às questões prévias suscitadas pelos Municípios de Lisboa, Loures e de Vila Franca de Xira, a propósito das concessionárias Valorsul, surgem preclaras, evidentes e imediatamente perceptíveis pelo destinatário, mormente a desadequação das questões suscitadas quanto ao modelo de privatização e vigência dos acordos parassociais.

A remissão da fundamentação do indeferimento da diligência requerida pelo Requerente para a fundamentação dos pontos 379 a 383 não cria, em nosso entender, qualquer disrupção da explanação crítica dos motivos do indeferimento, na medida em que atinge o ponto nevrálgico desse indeferimento: a irrelevância para o juízo jus-concorrencial.

Neste conspecto, temos que a AdC deu a conhecer os motivos que a determinaram a actuar como actuou, as razões em que fundou o indeferimento, im procedendo a questão formal. Assim, a discussão sobre se se esses motivos correspondem à realidade e se, correspondendo, são suficientes para legitimar a concreta actuação administrativa é um problema de validade substancial, já conhecida nos pontos antecedentes desta decisão.

Em quinto lugar, na sequência do referido, os termos do Requerente que visam sustentar a arguição do vício, não promovem entendimento diferente ou correctivo da fundamentação transmitida pela AdC. Não só esses elementos são exteriores à actuação da AdC no controlo preventivo, como não se logrou compreender como a audição do Senhor



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 8/15.1YQSTR-A

Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia poderia transmudar aqueles parâmetros de decisão, necessariamente legais.

A opinião do responsável governativo na área económica que integra o objecto da concentração, sobre o compromisso no respeito pelos acordos de accionistas ou sobre o *enquadramento* da operação, em nada pode contribuir para a avaliação jus-concorrencial a efectuar em prognose pela AdC.

Tanto mais assim é, porque é o Requerente que situa a obrigatoriedade do acto instrutório para sindicar aquele mesmo compromisso e a potencial violação do acordo parassocial com a operação de privatização, partindo da conclusão de que houve ou haverá incumprimento daquele acordo. Este entendimento não merece acolhimento.

Como tal, a AdC não omitiu a fundamentação do indeferimento e não ficou demonstrado que a diligência requerida auferisse de qualquer contributo, utilidade e pertinência para a avaliação jus-concorrencial ou sequer para o *enquadramento* legal, regulamentar e estatutário das entidades envolvidas na operação de concentração, o qual nunca dependeria da audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia.

Em sexto lugar, na sequência do referido, os termos do Requerente que visam sustentar a arguição do vício, não promovem entendimento diferente ou correctivo da fundamentação transmitida pela AdC. Não só esses elementos são exteriores à actuação da AdC no controlo preventivo, como não se logrou compreender como a audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia poderia transmudar aqueles parâmetros de decisão, necessariamente legais.

O Requerente refere que a AdC proferiu uma decisão ilegal por dispensar a aferição do *enquadramento* legal, regulamentar e estatutário das entidades envolvidas na operação de concentração. Ora, da leitura da decisão resulta, à evidência, que aquele *enquadramento* foi realizado de modo proficiente.

Por outro lado, como já deixamos expresso, a AdC, na qualidade de regular e supervisor, dispõe da devida competência para aferir desse *enquadramento*, dispensando a mediação da audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia.

Em sétimo lugar, o Requerente alega que a AdC não procedeu à indicação de remédios ou imposição de compromissos à notificante, que permitissem um juízo de conformação,



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 8/15.1YQSTR-A

como seria de esperar, atendendo ao teor dos pareceres proferidos no procedimento e aos próprios problemas identificados pela Autoridade da Concorrência que motivaram a iniciativa de investigação aprofundada empreendida¹.

Ao contrário de que alega, entendeu a AdC que, na fase de investigação, foram carreados para o processo elementos que permitiam contrariar ou dissipar os problemas identificados na própria decisão, pelo que, demonstrada que ficou que a operação de concentração notificada não criaria entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, a decisão que se impunha era de não oposição.

Sem querer repetir os fundamentos que vão sendo exarados na decisão, a necessidade da indicação de remédios ou da imposição de compromissos à notificante dependeria de um juízo etiológico entre os riscos de encerramento do mercado em baixa à concorrência e esses remédios e medidas. Tendo a AdC, na avaliação jus-concorrencial feita e secundada por este Tribunal, que esses riscos não se verificam, então não pode proceder qualquer cominação de invalidade por omissão de pronúncia porquanto incorreria, agora sim, em vício de manifesta contradição entre os seus fundamentos e a decisão final. A questão dos pareceres (da ERSAR e da AdC ao projecto de Decreto-Lei) foi devidamente apreciada no confronto com a análise substantiva da AdC, pelo que nos abstemos de a repetir.

¹ A mesma conclusão vale para a articulação entre a decisão e o parecer da ERSAR, na qualidade de entidade reguladora sectorial (referidos nos pontos 526 a 541 da decisão da AdC).

Se contratualização do serviço de recepção 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 de concessão, a recepção integral desses resíduos, tal não resulta da operação de concentração mas da estrutura do mercado, assim constituído.

Diga-se, aliás, que o regime jurídico da concorrência não proíbe a existência de posições dominantes ou monopólios legais.

A análise da ERSAR, ao contrário do que é alegado pelo Requerente, é corroborativa da avaliação jus-concorrencial, no sentido em que, assinalando a impossibilidade de indiferenciação tarifária entre os utilizadores de um determinado sistema, assentam convicção de que existem incentivos à obtenção de vantagens económicas pela SUMA e que a ocorrência de efeitos não horizontais deve ter em consideração aqueles elementos, em especial no que se refere aos riscos de transferência de recursos entre participadas.

Ora, a AdC assume, expressamente, esses riscos na avaliação expendida, e, procedendo à análise das estratégias e capacidade de implementação, conclui pela inexistência daqueles efeitos negativos.

Não há qualquer contradição nem omissão de tratamentos das reservas aventadas pela 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 8/15.1YQSTR-A

*

A procedência da anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados tem-se por manifestamente improcedente e nos limites indiciários da decisão em procedimento cautelar.

**

5.2.4. Conclusão.

Nos termos da apreciação que antecede, **verifica-se que a suspensão de eficácia da decisão da AdC no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF, enquanto tutela provisória de acção principal de anulação dessa mesma decisão, não auferir de juízo de procedibilidade aparente, concluindo-se, ao invés, que a procedência final se tem por inviável.**

5.3. Do *Periculum in mora*.

De acordo com as alegações do Requerente, o pressuposto do *periculum in mora*, perante o não decretamento da providência, vem esteirado nos seguintes fundamentos:

- Impossibilidade de restauração natural da esfera do Município requerente;
- Afectação do carácter integrado do sistema municipal de estágio de recursos;
- Celebração do contrato de modificação do contrato de concessão e sem a participação dos municípios accionistas;
- Obrigação de prestação caução correspondente a 5% do volume de negócios da empresa no ano anterior à data da sua prestação, cujo montante é indirectamente imputado aos Municípios accionistas e será nessa medida suportado pelo Município do Seixal.

*

Cumprida a instância probatória, das diligências instrutórias não resulta alteração ao juízo que presidiu ao indeferimento ao decretamento provisório da providência requerido nos termos do artigo 131.º do C.P.T.A., inexistindo danos a conhecer perfunctoriamente, pelo que aqui se repristinará aquele entendimento.

Em primeiro lugar, a potencialidade de ocorrência dos danos e/ou prejuízos aventados pela Requerente e secundados pelos Municípios intervenientes nos autos não decorre, em nossa opinião, dos efeitos jurídicos ínsitos à decisão de não oposição, dependendo,



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 8/15.1YQSTR-A

primacialmente, da utilização das prerrogativas societárias do accionista maioritário e dos termos (hipotéticos aquando da interposição do requerimento) da alteração do contrato de concessão de exploração e gestão do sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos da margem sul do Tejo, objecto da sociedade **Amarsul-Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A.**

Em segundo lugar, o indeferimento da suspensão dos efeitos daquela decisão de não oposição não implica a verificação, consumação ou agravamento de práticas restritivas da concorrência, de exclusão, criação ou elevação de barreiras à entrada ou exploração de mercado relevante porquanto não se encontra perfunctoriamente demonstrado, nem sequer apoiado em elementos de prova ou juízos económicos, que a **SUMA, S.A.**, sequentemente à não oposição, irá encetar comportamentos abusivos, nomeadamente que irá abusar da sua posição dominante ou explorar a dependência económica dos utentes do serviço respectivo, melhor tipificados nos artigos 11.º, n.º 2 e 12.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

Uma vez que o contrato de concessão se mantém em vigor, a substituição do accionista maioritário público por um accionista maioritário privado, não sugere que o mercado do tratamento de resíduos deixe de ser concorrencial ou que esse accionista privado passe a controlar a gestão da **Amarsul, S.A.** com vista ao encerramento dos correspondentes mercados à concorrência. Trata-se de um juízo exacerbadamente conclusivo nesta fase e momento.

Em terceiro lugar, a consumação da alteração ao contrato de concessão, mediante a mera leitura dos seus termos, não implica qualquer alteração à avaliação jus-concorrencial, decorrendo, somente, da habilitação prevista no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 96/2014 e com vista à adaptação do seu conteúdo ao referido decreto-lei e bases constantes de anexo.

Aquele contrato não tange com a análise sobre os riscos concorrências derivados da operação de concentração, nem impõem alteração às conclusões inerentes à relação incentivos-estratégias restritivas e capacidade de implementação.

Em quarto lugar, o *periculum in mora* alegado pela Requerente - modificação do contrato de concessão com a **Amarsul, S.A.**; renegociação das respectivas condições sem participação dos municípios accionistas e prestação de caução – e que deve centrar os critérios de decisão deste incidente, afigura-se-me sem conteúdo atendível ou relevante.



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 8/15.1YQSTR-A

A modificação contratual prevista no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 96/2014 (dentro do prazo de 90 dias a contar da data da alienação ou do início do seus efeitos), não pertence ao espaço de actuação próprio dos Municípios, cabendo antes na atribuição do conselho de administração da Amarsul, S.A., resultando, na sequência das alegações de oposição e do disposto no art.º 405.º do Código das Sociedades Comerciais, que o Requerente não dispõe de qualquer direito contratual a intervir directamente no processo de renegociação da concessão, pelo que a renegociação à revelia dos Municípios não representa um dano a acautelar na medida em que não é provocado pela decisão de não oposição.

Em quinto lugar, nesta sequência, uma vez que nem os termos da participação dos Municípios na Amarsul, S.A. nem os termos da concessão surgem afectados ou imediatamente restringidos com a privatização da EGF e com a aquisição daquela pela SUMA, S.A., afigura-se-nos igualmente problemática a identificação de um interesse legítimo relativo ao risco das competências municipais de serem grave e irreversivelmente lesados durante o processo principal.

As competências dos Municípios na prossecução do interesse público no âmbito do mercado da gestão de resíduos urbanos permanecem intocadas e auferem das respectivas garantias legais e judiciais.

Não se vislumbra, pois, como os princípios fundamentais do regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais previstos no art.º 2.º do Decreto-Lei n.º 92/2013 de 11 de Julho, mormente o princípio do carácter integrado dos sistemas invocado pela Requerente, possam ser postos em causa com a aquisição da EGF pela SUMA, S.A., tanto mais que a EGF integra as restantes concessionárias que operam em 174 Municípios.

Por outro lado, os contratos de entrega, recolha e recepção de resíduos sólidos mantêm, integralmente, a validade e vigência jurídica prévias à operação de concentração.

Nesta sequência, a impossibilidade de restauração da esfera do Município constitui uma alegação carecida de conteúdo fáctico. A operação de concentração não diminui, afecta ou infirma a participação do Município na concessionária e na gestão das actividades em alta.

Em sexto lugar, a prestação de caução, da responsabilidade da Amarsul, S.A., que dispõe de autonomia financeira e de recursos próprios, já foi prestada e no montante de 809.981,00€. Produzidas as diligências probatórias, não ficou demonstrado qualquer encargo



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 8/15.1YQSTR-A

relevante ou aporte financeiro a realizar pelo Requerente na prestação dessa caução, que inviabilizasse as suas atribuições e competências.

Ainda assim, considerando a duração do contrato de concessão; considerando que a garantia se mantém até um ano após o termo da concessão, considerando a medida da participação do Requerente na estrutura accionista da Amarsul, S.A., a hipotética medida da contribuição anual ou repartição dos custos pelos Municípios apresenta-se de reduzido valor, que não pode integrar o pressuposto de grave e difícil reversibilidade.

Em conclusão, os direitos que o Requerente vem pugnar neste processo não ficam *irremediavelmente* prejudicados, e a situação jurídica inerente à eventual verificação da lesão pode ser facilmente reconstituída, remetendo para a sentença cautelar a tutela jurídica adequada a salvaguardar os eventuais direitos que considera lesados.

Não estamos, assim, perante uma urgência irreversível que justifique o decretamento provisório da providência.

*

A manutenção da decisão da AdC de não oposição à operação de concentração, enquanto acto jurídico-administrativo permissivo e de eficácia dessa mesma operação, não suscita fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses do Requerente, inexistindo danos a relevar perfunctoriamente ou lesões a evitar provisoriamente.

* * *

5.4. Da adequação da providência e dos danos resultantes da concessão da providência.

A resposta à verificação dos pressupostos enunciada nos pontos 2.2. e 2.3. prejudica, lógica e imediatamente, a utilidade no conhecimento dos pressupostos da adequação da providência e dos danos resultantes da concessão da providência.

Não obstante, para a devida sindicância, considerando que não se logrou demonstrar aparência ou viabilidade judicial para a procedência da acção principal; considerando que não se logrou demonstrar a constituição de uma situação de facto ou de prejuízos de difícil reparação; considerando que a SUMA, S.A. e a Amarsul, SA. assumiram encargos financeiros com a operação de concentração e prestação de caução, respectivamente;



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 8/15.1YQSTR-A

considerando que a decisão de não oposição possibilitou a criação de expectativas jurídicas concretizadas na implementação da concentração com a transmissão de acções da EGF, S.A., constituindo, por sua vez, uma situação de facto que deve auferir da devida protecção de confiança, **conclui-se que nem a providência se adequa à tutela do direito nem os danos a evitar são superiores, em gravidade, aos danos resultantes da concessão da providência.**

* * *

Tudo visto e ponderado, importa decidir em conformidade.

* * *

*

VI. DECISÃO.

Pelo exposto, e nos termos dos fundamentos referenciados, **decido julgar totalmente improcedente o presente procedimento cautelar e, em consequência, absolvo a Requerida Autoridade da Concorrência e as Contra-Interessadas do pedido de suspensão de eficácia da decisão da Autoridade da Concorrência proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF de não oposição à operação de concentração.**

*

Custas pelo Município Requerente, nos termos dos arts.º 527.º e 539.º do novo Código de Processo Civil, por via do art.º 1.º do C.P.T.A. e art.º 6.º, nº 1 e TABELA I-A do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei nº 34/2004 de 26 de Fevereiro.

*

Registe e notifique.

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, 27-11-2015 (Arts. e. s. AR. h. m. s.)

O Juiz de Direito

Alexandre Leite Baptista