



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

Exmo(a). Senhor(a)

Av.º de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

Processo: 8/15.1YQSTR	Ação Administrativa Especial	N/Referência: 130784 Data: ver data certificada pelo sistema
Autor: Seixal - Município Réu: Autoridade da Concorrência e outro(s)...		

Assunto: Sentença (refª 130155)

Fica notificado, na qualidade de Mandatário, relativamente ao processo supra identificado, do conteúdo da Sentença de que se junta cópia.

O Oficial de Justiça,

Dilia Canais

Notas:

- *Solicita-se que na resposta seja indicada a referência deste documento*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

130155

CONCLUSÃO - 11-04-2016

(Termo electrónico elaborado por Escrivao Auxiliar Olga Vicente)

=CLS=

SENTENÇA

1 RELATORIO

1 1 O Autor **Município do Seixal**, pessoa colectiva de Direito Publico n.º 506173968, com sede na Alameda dos Bombeiros Voluntarios, n.º 45, Seixal, ao abrigo do disposto no artigo 46.º e seguintes do CPTA, veio interpor a presente acção administrativa especial contra a **Re Autoridade da Concorrência** (doravante AdC), pessoa coletiva de Direito Publico n.º 506 557 057, com sede na Avenida de Berna, n.º 19, 1050-037 Lisboa, **peticionando** a declaração de nulidade da decisão da AdC proferida no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF por vicio de violação de Lei, violação dos 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, n.º 1, alinea a) do regime juridico da concorrência, ou subsidiariamente, a declaração de anulabilidade da decisão da AdC proferida no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF por vicio de forma, por falta de fundamentação de indeferimento do Sr Ministro do Ambiente, Ordenamento do Territorio e da Energia, por falta de fundamentação da decisão de não oposição decorrente da contradição do sentido em que foi proferida com os elementos constantes do procedimento

Identificou como contra-interessados **Amarsul – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, SA**, com sede no Aterro Sanitario 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 Republica, 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**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

Sesimbra, com sede na Rua da Republica, 3, 2970-741 Sesimbra e Município de Setubal, com sede na Praça de Bocage, 2901-866 Setubal

Discordando do sentido da decisão de não oposição adoptada pela AdC, apos a identificação do acto sindicado e da motivação da legitimidade e interesse em agir, o Município do Seixal sustenta a procedência dos pedidos formulados 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, e, em ultima analise, o Estado o verdadeiro accionista, e a EGF o veiculo de que o mesmo se serviu para, em conjunto com os Municipios, criar a sociedade com o objectivo de explorar o sistema multimunicipal

O Município requereu, a titulo de diligência instrutoria, a audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Territorio e Energia, a qual foi indeferida, sem qualquer fundamento, pelo que, a decisão ora sindicada esta eivada de vicio de forma, cominado com a anulabilidade

- No parecer sobre o projecto do Decreto-lei n.º 159/2014, que veio a dar origem ao Decreto lei n.º 96/2014 de 25 de Junho , relativo ao regime de exploração e gestão em regime de serviço publico, a Re suscita um elenco de questões que consubstanciam entraves a concorrência,

O modelo de privatização implica a atribuição de direitos exclusivos em determinadas areas, colocando se a questão da concorrência, em especial quanto a praticas de exclusão, criação ou elevação de barreiras a entrada ou exploração do mercado, relativamente as areas onde esta e teoricamente possivel, designadamente, as actividades complementares e nas agora designadas ' outras actividades ', não integradas no objecto da concessão,

- O projecto de Decreto-Lei preve que a duração maxima da concessão seja de 50 anos, incluindo eventuais prorrogações (Base IV/ 1), entendeu a ora Re no aludido Parecer, ser necessario avaliar da adequação de prazo tão dilatado, ao objecto da concessão e ao correspondente exclusivo que e atribuido as concessionarias



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1 Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Pratica de Cavalana 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

- A Re no referido parecer enuncia que o regime de exploração e gestão permite as entidades gestoras o exercício de outras actividades que sejam consideradas acessórias ou complementares, desde que esse exercício não ponha em causa a concorrência, tendo-se, todavia, consagrado uma excepção a exigência da autorização do concedente quanto ao exercício de outra actividade relativa a exploração de unidades de tratamento de resíduos hospitalares, sem que seja discernível o critério da excepção,

- 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 actividade as áreas referidas nos nºs 3 e 4 da Base VII cria evidentes riscos de encerramento dos correspondentes mercados a concorrência,

- Na medida em que a recolha selectiva de resíduos em causa constitua uma actividade 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”,

- O Governo, que no preâmbulo do Decreto-Lei nº 96/2014, de 25 de Junho, enunciou o propósito de viabilizar “a maior participação do sector privado neste sector”, foi muito além da autonomização do sector dos resíduos do Grupo Águas de Portugal, mediante a sua abertura ao sector privado”,

- A Re 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*



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

mercado da prestação de serviços de apoio a gestão de resíduos urbanos de responsabilidade municipal

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

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

- E, segundo 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, S A , remetendo a fundamentação do indeferimento para os pontos 382, 383, 580 e 581, todos da Decisão,

- 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 aprofundara 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,

- 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 24º, nº 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 não se encontra fundamentada, nem procedeu a indicação de remédios ou imposição de compromissos a notificante, que permitissem um juízo de conformação, como seria de esperar, atendendo ao teor dos pareceres proferidos no procedimento e aos próprios



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1 Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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 a 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,

- Por força do disposto do artigo 9º, nº 1, do Decreto Lei nº 96/2014, de 25 de Junho, o contrato de concessão relativo a **AMARSUL, S A**, 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”, sendo o contrato de concessão a celebrar nulo porque se estriba na decisão da AdC eivada do vício de violação de Lei, por violação dos artigos 11º e 53º, nº 1 al a) da Lei da Concorrência,

- A reprivatização em crise não pode ser reconduzida a uma simples operação jurídica de alienação de acções, projectando, antes, uma transformação societária que materialmente conduza a própria extinção do sistema municipal,

- O estado assumiu um compromisso com os Municípios e serviu-se de um veículo, a EGF, para com eles participar no sistema municipal,

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

- O Autor 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 (alinea b) do nº 1 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 92/2013, de 11 de Julho), que determina inclusivamente a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Pratica de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

vinculação/obrigatoriedade legal de os Municípios procederem a 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 Autor,

- 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 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 Aguas 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 Aguas 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 a invasão da reserva relativa de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalara 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

competência da Assembleia da Republica –não pode deixar de se sujeitar ao regime estatutario de cada uma das sociedades participadas, por este regime não ser derogavel

- Por conseguinte, a Decisão é invalida, estando ferida de nulidade, decorrente do vicio de violação de lei por violação do disposto nos artigos 24º, nº 4, do Código das Sociedades Comerciais, na parte relativa ao Acordo de Accionistas da AMARSUL, SA, e 11º e 53º, nº 1, alinea a), ambos da Lei da Concorrência

- A Decisão sindicada está ainda eivada de vicio 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,

- A decisão em crise enferma do vicio de forma, por contradição entre o sentido da decisão e o teor das peças produzidas pelas propria Re que a determinaram a passar a fase da investigação aprofundada, durante a qual não foram carreados elementos idoneos a ultrapassar os obstaculos que a propria AdC imputou a operação de concentração, o que redundava em falta de fundamentação e torna anulavel a decisão

Requeru, então, a citação da Re e contra-interessados para contestarem e apresentou requerimento probatorio com identificação de 4 testemunhas, remetendo para os documentos juntos com o procedimento cautelar

12 Cumprida a citação, os **Municípios de Palmela** (cfr requerimento sob a refª18757), de **Setúbal** (cfr requerimento sob a refª 19001) e de **Alcochete** (cfr requerimento sob a refª 19022) vieram juntar procuração para acompanhamento dos Autos

13 A AdC veio remeter certidão do processo administrativo (cfr requerimento sob a refª 18993) para os efeitos do artº 84º, nº 1 do C P T A, consignando a existência de informação considerada confidencial nos termos do artigo 43º, nº 4 e 5 da Lei da Concorrência

14 Em 22-09-2015, foi preferido despacho a determinar a apensação do procedimento cautelar nº 6/15 5YQSTR a presente acção administrativa especial uº 8/15 1YQSTR

15 Em sede de contestação, a **Autoridade da Concorrência** veio arguir a apensação de processos entre os presentes autos e os processos nº3/15 0YQSTR e nº 5/15 7YQSTR



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

(artigos 1º a 10º) e enunciar a razão de ordem da defesa apresentada (artigos 11º a 32º), destacando que de acordo com informação prestada pela Notificante (SUMA) junta ao processo de Ccent 37/2014, a operação de concentração foi implementada em 28 de Julho de 2015, tendo as acções relevantes da EGF sido transmitidas para a SUMA, através de comunicação realizada ao abrigo e para efeitos do artigo 102º do Código dos Valores Mobiliários, mais alegando que que, na realidade, a argumentação expandida pelo Autor revela e que o Município do Seixal não se conforma com todo o processo de reprivatização da EGF e com a consequente aquisição pela SUMA do controlo exclusivo da EGF, tendo a intervenção da AdC um carácter pontual e específico que se reconduziu exclusivamente a análise jusconcorrencial da operação de concentração (1 e, a um juízo de prognose sobre o impacto para a concorrência daquela projectada aquisição), em decorrência da obrigatoriedade de notificação previa da operação de concentração a AdC (conforme determinado pelas alneas a) e c) do nº 1 do artigo 37º da Lei da Concorrência) e que se esgotou no momento da adopção da decisão de não oposição, pela qual o modelo de privatização do grupo EGF escolhido pelo Estado constitui, para efeitos da presente avaliação, um dado estrutural do mercado de natureza exógena

Invocou, também, as excepções dilatorias de legitimidade processual e falta de interesse em agir do Autor (cfr artigos 33º a 40º), alegando que este, ao declarar que a legitimidade da sua intervenção processual e o seu interesse em agir na presente acção administrativa especial têm fundamento no facto de a celebração das modificações ao contrato de concessão ser um efeito da decisão de não oposição da AdC, esta a reconduzir o cumprimento destes dois pressupostos processuais a um efeito indirecto ou colateral que tal decisão da AdC seria susceptível de gerar no âmbito do processo de reprivatização da EGF, sendo que a decisão de não oposição a operação de concentração por parte da AdC não ser susceptível de impedir a prossecução e conclusão do processo de reprivatização da EGF

Sequentemente, a AdC veio opor-se ao procedimento dos pedidos formulados, considerando, em síntese, que

- Os próprios atos jurídicos consequentes da decisão de não oposição adotada pela AdC – objecto da presente acção administrativa especial – já se encontram integralmente verificados,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalana 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

- A decisão de não oposição da AdC, sendo qualificável como um ato administrativo, tem, quanto a sua execução, uma natureza instantânea,

- A decisão de não oposição da AdC a operação de concentração referente a aquisição pela SUMA do controlo exclusivo sobre a EGF e um ato de execução instantânea, esgotando-se no momento da sua prolação e não carecendo de quaisquer atos executórios posteriores para assegurar a sua eficácia,

- E, assim, questionável a pretensão formulada no litígio pelo A ao requerer, a título subsidiário, que os efeitos produzidos pelo ato administrativo (1 e, a decisão de não oposição) sejam destruídos retroactivamente (anulabilidade), quando defende no seu articulado que o ato administrativo in casu não produziu até a data quaisquer efeitos,

- O pedido formulado pelo Município do Seixal na petição e, assim, manifestamente contraditório com o que é igualmente por si enunciado no articulado para fazer valer em juízo,

- Sem prescindir, e igualmente de questionar o pedido de declaração de nulidade do ato administrativo, na medida em que não se encontra preenchida nenhuma das alíneas do n.º 2 do artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) nem o próprio A refere o eventual preenchimento do disposto em qualquer outro preceito legal, conforme exigido pelo n.º 1 do artigo 161.º do CPA,

- Pelo facto de a decisão de não oposição ser um ato discricionário resulta improcedente o pedido de sindicância do subjacente juízo jusconcorrencial da AdC junto do Tribunal por parte do Autor, na exacta medida em que não é competência do douto Tribunal apreciar se a AdC tomou a decisão correta ao não se opor a concentração ou se, ao invés, deveria ter-se oposto a operação de concentração

- O Município de Seixal poderá sindicatar certos aspectos do procedimento da decisão de não oposição, nomeadamente, respeitantes ao cumprimento de formalidades de natureza procedimental e ao dever de fundamentação expressa dos atos, desde que fundamente os vícios ou destrinche erros grosseiros,

- Não é sobre a AdC que recai a competência de aferir, no âmbito da avaliação técnico-administrativa jusconcorrencial 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

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 AdC não tem competência para verificar se as partes envolvidas na reprivatização da EGF deram, ou não, cumprimento ao disposto no n.º 4 do artigo 24.º do CSC, pelo que a decisão de não oposição nunca poderá ser considerada inválida por vício de violação de lei em razão de uma pretensa invalidade do procedimento de reprivatização da EGF, da adjudicação do concurso público de privatização ou do contrato de aquisição das acções da EGF por parte da SUMA,

- No momento da apreciação que desenvolve a AdC nem sequer sabe se a operação se ira de facto concretizar e apenas uma prognose de uma alteração na estrutura do mercado,

- A decisão de não oposição da AdC não é inválida, inexistindo qualquer vício de violação de lei em razão da violação do n.º 4 do artigo 24.º do CSC susceptível de determinar a sua nulidade,

- No que respeita ao artigo 11.º da Lei da Concorrência, o mesmo respeita a norma que proíbe o abuso de posição dominante, a qual constitui uma prática restritiva da concorrência e que, em caso de ocorrência, dá lugar a abertura de um processo sancionatório nos termos previstos nos artigos 13.º e seguintes da Lei da Concorrência,

- Os processos sancionatórios relativos a práticas restritivas, de natureza contraordenacional, são processos perfeitamente distintos dos processos de controlo de concentrações (vide artigos 36.º e seguintes da Lei da Concorrência), de natureza administrativa, e no qual se insere a presente operação de concentração em análise nos presentes autos, não havendo qualquer relação entre eles,

- Em sede de controlo de concentrações, o processo culminara com uma decisão de não oposição ou com uma decisão de proibição, conforme decorre do artigo 53.º da Lei da Concorrência, e em sede de processo sancionatório por abuso de posição dominante ou qualquer outra prática restritiva da concorrência, o processo terminara com o seu arquivamento ou com a prolação de uma decisão condenatória que aplica uma coima, conforme decorre do artigo 24.º da Lei da Concorrência,

- Não se vislumbra, assim, de que forma e que a decisão de não oposição adotada pela AdC viola o artigo 11.º da Lei da Concorrência, devendo, por essa razão, a alegação do A Quanto a esta matéria improceder,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

- Quanto a alegada violação da alínea a) do n.º 1 do artigo 53.º da Lei da Concorrência, se atentarmos a todo o processo levado a cabo pela AdC no âmbito do presente processo de controlo de concentrações, verifica-se que a AdC, face a 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,

- E após tais diligências de investigação complementares, a AdC concluiu de forma sobejamente fundamentada que a aquisição das acções da EGF por parte da SUMA não era susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste,

- Particularizando a presente operação de concentração envolveu, por um lado, uma sobreposição horizontal nos mercados da prestação de serviços de gestão de Resíduos Não Urbanos e, por outro, potenciais efeitos não horizontais envolvendo o mercado regulado da prestação de serviços de gestão de Resíduos Urbanos de responsabilidade municipal e o mercado de prestação de serviços de apoio à gestão de Resíduos Urbanos de responsabilidade municipal,

- No primeiro caso, a avaliação em primeira fase concluiu que, da operação em causa, não resultam efeitos horizontais susceptíveis de criar entraves significativos à concorrência,

- No segundo caso, a AdC identificou, em primeira fase, a possibilidade de a operação de concentração ter como efeito o encerramento do mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (“em baixa”) (*foreclosure*), dadas as características de complementaridade entre este mercado e o respectivo mercado ‘em alta’,

- Porém, as diligências desenvolvidas em sede de investigação aprofundada permitiram concluir que não é provável que ocorra, em consequência da operação de concentração, o encerramento do mercado “em baixa” afectando significativamente a concorrência no mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal,

- Considerando todos os elementos carreados ao processo e a análise efectuada, a AdC considerou na sua decisão de não oposição que, pela ausência de efeitos horizontais e não-horizontais, a presente operação não era susceptível de criar entraves significativos à concorrência em qualquer um dos mercados relevantes identificados,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalara 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

- Reitera se não se vislumbra de que forma e que a adopção de uma decisão de não oposição em plena observância da alinea a) do n.º 1 do artigo 53.º da Lei da Concorrência pode violar tal norma,

- Entende-se, assim, que a adopção de uma decisão de não oposição a operação de concentração, justificada pela ausência de criação de entraves significativos a concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, cumpre em pleno o disposto na alinea a) do n.º 1 do artigo 53.º da Lei da Concorrência,

- 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 “Com efeito, trata-se de um diferendo entre accionistas no âmbito de uma das entidades concessionárias – in casu, a Valorsul –, que é independente face a qualquer decisão que a AdC pudesse vir a adoptar em sede do presente procedimento, e que tem origem num momento anterior a qualquer possibilidade de intervenção accionista por parte a actual Notificante ,

- Tendo em conta que a inquirição solicitada pelo A era a propósito do Acordo Parassocial , a AdC, entendeu indeferir tal inquirição em razão de estar em causa um diferendo entre accionistas no âmbito de uma das entidades concessionárias que era irrelevante para efeitos da decisão que a AdC pudesse vir a adoptar em sede do procedimento de controlo de concentrações,

- Encontrando-se o referido indeferimento devidamente fundamentado, inexistente, também por esta via, qualquer vício de forma por falta de fundamentação, improcedendo também a alegação do Autor quanto a esta questão,

- Nos termos da lei aplicável (alinea c) do n.º 1 do artigo 50.º da Lei da Concorrência), quando a Autoridade considere que a operação em causa suscita serias dúvidas, a luz dos elementos recolhidos durante a primeira fase de instrução, sobre a sua compatibilidade com as regras concorrência, pode decidir dar início a uma investigação aprofundada,

- Porém, nos termos da lei, a Autoridade pode, no final da investigação aprofundada, decidir aprovar ou proibir a operação de concentração (cf n.º 1 do artigo 53.º da Lei da Concorrência),



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

- Daqui decorre, naturalmente, que a passagem a investigação aprofundada não dita o sentido final da Decisão, devendo a AdC adoptar a decisão final em função de toda a investigação realizada (na primeira e na segunda fase do procedimento) e podendo naturalmente considerar removidas ou mitigadas as preocupações jusconcorrenciais identificadas numa primeira fase do procedimento,

- Acontece que, atenta a investigação realizada, a AdC não apurou elementos que permitissem concluir que, da operação de concentração, viriam a resultar entraves significativos a concorrência nos mercados identificados, por via de efeitos horizontais e efeitos não-horizontais,

- Quanto a pretensa contradição entre a posição anteriormente assumida pela AdC sobre o modelo de privatização da EGF e a decisão final de não oposição, trata-se de um parecer da AdC sobre o projecto de Decreto- Lei n.º 159/2014, relativo ao regime jurídico da concessão da exploração e da gestão em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha selectiva de resíduos urbanos, estando em causa nos presentes autos a apreciação de uma concreta operação de concentração bem como do respectivo juízo de prognose que tal apreciação envolve,

- Estão em causa temas diferentes, analisados em momentos diferentes, ao abrigo de poderes e atribuições diferentes da AdC,

- Quaisquer considerações que a AdC possa fazer sobre um determinado modelo de privatização (e, considerações sobre política de concorrência) são necessariamente exógenas e não podem ditar o desfecho da análise de uma operação de concentração concreta, entre empresas, a luz dos critérios legais aplicáveis,

- A AdC não pode ficar condicionada, na análise da operação de concentração in casu, por uma pronúncia de natureza consultiva sobre um modelo abstracto de privatização, tal como não pode ficar condicionada pelo modelo de privatização que, em concreto, o Governo resolve implementar São, de facto questões manifestamente distintas,

- Nos termos do artigo 55.º da Lei da Concorrência, a AdC estava, no procedimento em causa, obrigada a solicitar parecer, não vinculativo, a ERSAR,

- Da leitura da petição nem sequer se consegue perceber qual a divergência técnica que poderia estar em causa entre a ERSAR e a AdC, na perspectiva do Autor,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Pratica de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

A AdC nunca desconsiderou o parecer emitido pela ERSAR, conforme, alias decorre das paginas 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 ai resumidas',

- O facto de a AdC ter entendido que as questões suscitadas pela ERSAR não foram suficientes para afastar a conclusão da avaliação jusconcorrencial não poderia nunca determinar a ilegalidade da sua decisão de não oposição e se, na optica do Municipio do Seixal, o determinasse, então teria o mesmo de ter explicitado quais as razões de facto e de direito que fundamentam tal conclusão,

Os elementos reunidos nos autos não convencem que a procedência da pretensão a formular no processo principal seja evidente, na medida em que não esta demonstrada, nem se vislumbra, a existencia de uma ilegalidade que, inevitavelmente, determinasse a declaração de inexistencia, de nulidade, a anulação, ou irregularidade da decisão de não oposição da AdC,

Concluiu, julgando a inadmissibilidade da prova testemunhal oferecida pelo Municipio do Seixal e peticionando a improcedência da presente acção especial

1.6 Em sede de contestação, as Contra-Interessadas Snma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S A e EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S A vieram arguir **ilegitimidade passiva por preterição de litisconsoreio necessario passivo** (artigos 10.º a 22.º) porquanto não foi indicado pelo Autor e que não foi citado neste processo a entidade alienante das acções da EGF, constituindo a Aguas de Portugal legitima contra-interessada no presente processo, e **ilegitimidade activa e falta de interesse em agir** (artigos 23.º a 51.º) - porquanto a Decisão da AdC tem assim como unico efeito juridico desbloquear aquela proibição legal constituindo, por conseguinte, um ato administrativo permissivo inexecuvel e so produz efeitos juridicos ate 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 correspondentem caução não podem ser considerados efeitos juridicos 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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

com a Decisão da AdC, as acções da EGF já foram transmitidas pela Aguas de Portugal para a SUMA, no dia 28 de Julho de 2015, através da comunicação realizada ao abrigo e para efeitos do artigo 102º do Código dos Valores Mobiliários, encontrando-se esgotados os efeitos jurídicos da Decisão da AdC, o Autor não tem qualquer direito ou interesse em participar nas negociações tendentes a modificação do contrato ou a impedir que esses contratos sejam celebrados, o Autor não tem nenhum direito ou interesse em impedir que a caução não seja prestada, não sendo tais actos subsequentes da decisão da AdC

Seguentemente, as Contra-interessadas vieram opor-se ao decretamento dos pedidos, considerando que

- Ao contrário do que considra o Autor, no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações, a análise da AdC, como prevê o artigo 41º da Lei da Concorrência, deve apenas ter por referência – **uuica e exclusivamcute** – o impacto que a operação de concentração pode vir a ter na estrutura de mercado,

- A decisão não deve ter em conta ou apreciar aspectos exógenos a concentração em causa nem a validade da operação que da origem a concentração,

- As (alegadas) invalidades apontadas pelo Autor a Decisão da AdC deveriam, ao inves, ter sido apontadas, nos tribunais administrativos, aos atos que precederam temporalmente a Decisão da AdC (como seja a decisão de adjudicação da reprivatização), sendo a pretensão totalmente infundada porque tais invalidades não podem ser imputadas a decisão da AdC,

- O disposto no artigo 11º 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 a decisão da AdC (cujo enquadramento normativo consta do capítulo III da referida lei),

- Esta disposição insere-se no capítulo das praticas 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 so 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,



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

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

- Tendo a AdC realizado uma investigação aprofundada (sinónimo de diligência elevada na sua análise) e considerado, apos a mesma, que a aquisição das acções da EGF pela SUMA não seria susceptível de criar entraves significativos a concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, não se entende onde subsiste a invalidade reputada,

- Excluindo a violação daquelas disposições, o Autor não imputa qualquer outra invalidade jusconcorrencial a 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 nº 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 residuos, que não cabe no objecto de análise pela AdC em sede de procedimento de controlo de concentrações,

- Na verdade, ao contrario do que o Autor procura sugerir, o referido parecer não tem qualquer relação com o impacto no mercado da aquisição da EGF pela SUMA, que e o unico objecto possivel do procedimento de controlo de concentrações, nos termos do Artigo 41º da Lei da Concorrência,

- Ao inves, o mesmo foi emitido pela AdC, no âmbito da preparação do Decreto-lei nº 96/2014, de 25 de Junho, constituindo, portanto, um parecer relativo a politicas publicas (de concorrência) que visa analisar as opções por parte do Governo no que toca a reorganização dos sistemas multimunicipais de tratamento de residuos urbanos, pelo que e normal que as questões levantadas naquele parecer não sejam abordadas, nem resolvidas, na Decisão da AdC, que incide exclusivamente sobre o impacto jusconcorrencial da aquisição da EGF pela SUMA, não advindo daí qualquer invalidade da mesma,

- No tocante ao parecer da ERSAR, e necessario enfatizar, por um lado, que este, de facto, e apreciado e tido em conta na Decisão da AdC (vide pontos 526 a 541 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 e supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

- 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 jusconcorrencial 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 41º da Lei da 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 jusconcorrencial no sentido incluído na decisão,

- Tendo a AdC deixado claro na sua Decisão que os riscos alegados pelo Autor não se verificavam (*cfr* parágrafos 445 e ss quanto as 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 previa, por exemplo, nos parágrafos 766 e 771 e ss) cabia ao Autor 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 Autor, 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 actividade das concessionárias, bem como nos parágrafos 548 e ss em que a AdC responde especificamente as dúvidas colocadas por todas as Contra interessadas, ainda que estas fossem, em grande medida, redundantes em relação a 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 e ou não susceptível de criar entraves significativos a concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, e de, conforme essa apreciação, determinar se, a final, de acordo com o artigo 53º da Lei da Concorrência, emitira decisão (i) de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Pratica de Cavalana 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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,

- 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 a sua escolha), será legal,

- Para impugnar judicialmente o sentido da Decisão da AdC seria necessário que o Autor 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 Autor 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 Autor,

- 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 a 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 Autor não imputa a decisão a preterição de formalidades anteriores, relativas a sua prática ou eventual falta de preenchimento de forma legal exigida, pelo que a decisão não contém de qualquer vício de forma, sendo que a falta de fundamentação do Autor obsta a sua compreensão, sendo que foram devidamente apreciadas as supostas dúvidas jusconcorrenciais em sede de investigação aprofundada



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

Concluiu, peticiouando a absolvição da instância e, subsidiariamente, a improcedência da presente acção especial

1 7 Em 14-01-2016, após contraditório e informação aos demais processos, foi proferido despacho a indeferir a apensação dos processos nº 3/15 0YQSTR e nº 5/15 7YQSTR aos presentes autos e despacho a designar dia para a realização de audiência previa com as finalidades previstas no artº 87º-A, nº 1 do C P T A

1 8 Realizada a audiência previa com observância do legal formalismo e como decorre da respectiva acta, foi proferido despacho saneador a julgar improcedente a excepção de ilegitimidade por preterição de litiscousórcio necessário passivo, a julgar improcedentes as excepções e questões previas arguidas pelas Re AdC e Contra-interessadas SUMA, S A e EGF, S A , a fixar o valor da acção, a relegar para a sentença final o conhecimento dos 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, a identificar o objecto do litigio, nos termos dos artsº 87º-A, nº 1 al f) e 89º-A, nº 1, ambos do C P T A , a enumerar os temas da prova, nos termos dos artsº 87º-A, nº 1 al f) e 89º-A, nº 1, ambos do C P T A , a conhecer dos requerimentos probatorios, a conhecer da reclamação apresentada pelas Contra-interessadas SUMA, S A e EGF, S A , e a designar dia para realização de audiência de julgamento

1 9 Designado o dia para a realização da audiência de julgamento, a mesma decorreu em inteira observância do legal formalismo, como decorre da respectiva ata

Proposto que as alegações fossem apresentadas por escrito, solicitado e obtido o acordo das partes quanto ao prazo para apresentação das mesmas, por uma questão de adequação processual, foi o Autor notificado para, no prazo de 5 dias, apresentar alegações por escrito, segundo-se o prazo de 5 dias para a Re e Contra-interessadas apresentarem as suas contra-alegações

1 10 Em conformidade e tempestivamente, o Autor Re e Contra-interessadas vieram apresentar alegações por escrito, conforme requerimentos de 08-03-2016 (cfr refª 20997), 14-03-2016 (cfr refª 21076) e 16-03-2016 (cfr refª 21103), respectivamente

* * *

*



Tribunal da Coucorrêucia, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

II SANEAMENTO

A instância mantém a validade e regularidade que lhe foram reconhecidas no despacho saneador proferido nos autos

* * *

*

III QUESTÕES A RESOLVER

Impõe o conhecimento dos presentes autos que se decidam as seguintes questões

- A decisão da AdC de não oposição proferida no processo Cceut 37/2014 – SUMA/EGF e nula ou anulável pela existência de vícios de violação de lei?

- A decisão da AdC de não oposição proferida no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF e nula ou anulável pela existência de vícios materiais da operação de concentração?

- A decisão da AdC de não oposição proferida no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF e nula ou anulável pela existência de vícios juseconcorrenciais?

- A decisão da AdC de não oposição proferida no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF e nula ou anulável pela existência de vício formal de falta de fundamentação?

- A decisão da AdC de não oposição proferida no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF e nula ou anulável pela existência de outras invalidades de conhecimento oficioso?

* * *

*

IV FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

4.1 Factos provados

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

1 Por Decreto-Lei nº 45/2014 de 20 de Março, foi aprovado o processo de reprivatização da EGF, S A , *sub-holding* do grupo Aguas de Portugal para o sector dos resíduos mediante a alienação das acções representativas de até 100 % do seu capital social



Tribunal da Coucorrêucia, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal e supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

atraves de um concurso publico e de uma oferta publica 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 Setubal (cfr documento de fls 34 a 58 que aqui se da 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 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 Setubal**, 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 Setubal** e a **EGF, S A**, pelo qual se preve, na clausula 5ª, que a transformação de acções da classe A em classe B depende do voto favoravel de uma maioria correspondente a dois terços do capital (cfr documento de fls 59 a 62 que aqui se da 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 da por reproduzido)

7 A AdC emitiu um parecer sobre o projecto de Decreto-Lei nº 159/2014 (cfr documento de fls 63 a 70 que aqui se da por reproduzido)



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalana 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

8 No dia 23 de Julho de 2015, a Re Autoridade da Concorrência proferiu decisão de não oposição a operação de concentração – aquisição pela Contra-Interessada **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 a 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 –AGUAS DE PORTUGAL S A , transmitiu a SUMA, S A 10 640 000 acções, com o valor nominativo de 5,00€, representativas de 95% 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), no âmbito do qual o Autor não teve qualquer participação

11 No dia 29 de Setembro de 2015, foi prestada caução pela AMARSUL, através da emissão de garantia bancária a 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 95% do capital social da EGF, S A , a SUMA, S A passara a ser acionista maioritária de 11 empresas que processam cerca de 3,1 milhões de toneladas de resíduos, abrangendo cerca de 60% da população portuguesa

4.2 Factos não provados

Com relevância para a discussão da causa não se encontram assentes

13 *Factos demonstrativos* de que a SUMA, S A , na sequência da operação de concentração, desenvolvera a sua actividade, através do controlo da maioria do capital da Amarsul, S A , de modo a criar entraves significativos a concorrência efectiva no mercado relevante,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

14 *Factos demonstrativos* de que a operação de concentração conjugada com a duração da concessão cria o risco de realização de transferências de recursos entre participadas,

15 *Factos demonstrativos* de que a operação de concentração cria o risco de alteração arbitrária e unilateral pela SUMA S A da tarifa,

16 *Factos demonstrativos* de que a operação de concentração cria o risco de alteração arbitrária e unilateral pela SUMA S A dos contratos de recolha e entrega

* *

4.3 Motivação da matéria de facto

A convicção do Tribunal quanto aos factos descritos nos pontos 1) a 12) fundou se, desde logo, pelo efeito cominatorio e admissão expressa decorrentes do exercício de contraditorio pelas partes processuais, tendo sido consignados como matéria probatoria assente por acordo e aquando do saneamento dos autos

Por outro lado, estão igualmente sustentados e corroborados pelos documentos juntos aos autos do procedimento cautelar, 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 nos autos principais, nem a sua autenticidade foi posta em crise, pelo que os factos aí narrados foram dados como provados

Alem da prova documental e do cumprimento do onus de impugnação, foram prestados testemunhos a **ALFREDO JOSE MONTEIRO DA COSTA**, presidente da Assembleia Municipal do Seixal e ex-presidente da Câmara Municipal do Seixal, **JOSE MANUEL DA CONCEIÇÃO CHARNEIRA**, engenheiro civil, actualmente Director do Departamento de Ambiente e Serviços Urbanos e antigo Director do Departamento de Aguas e Salinidade, testemunhas arroladas pelo Autor, e a **NUNO JORGE SECO DA COSTA**, Director comercial da SUMA, S A, arrolado pelas Contra-interessadas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prateca de Cavalaria 2005 345 Santarém
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal e supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

No que diz respeito as testemunhas arroladas pela Autor resultou manifesto de ambos os 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 residuos decorrentes da operação de concentração subjacente a decisão da AdC

Tambem na instância principal, o depoimento de **ALFREDO JOSE MONTEIRO DA COSTA**, ficou patentemente marcado pela confusão entre uma determinada percepção politica sobre a operação de concentração e os efeitos jusconcorrenciais dessa operação, e pela incapacidade de relatar circunstâncias susceptíveis de integrar os temas de prova definidos nos autos Neste seguimento, a testemunha não logrou responder factualmente as questões colocadas sobre tais efeitos refugiando-se sempre em juizos conclusivos e argumentativos sobre as expectativas da manutenção da gestão publica e sobre a actuação do executivo na opção pela privatização, declarando, expressamente, desconhecer as possiveis consequências da operação de concentração ao nivel da fixação da tarifa, da qualidade dos serviços, das vantagens e sinergias estabelecidas entre o operador do mercado em alta e os operadores do mercado em baixa (reconhecendo ampla liberdade dos Municipios 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 tautologico e em mera repetição das alegações do Autor, desgarrando-o de concretização factica atendivel

Mais dircto foi o depoimento de **JOSE MANUEL CHARNEIRA** Relevando-se as funções exercidas, a testemunha procurou discorrer sobre a possibilidade da SUMA, S A aproveitar o investimento publico realizado nas infra-estruturas de apoio a exploração e gestão da actividade concessionaria e sobre a margem na alteração da tarifa, sem contudo deixar de marcar parcialmente o seu relato por uma evidente posição de interesse face a privatização da EGF e entrada de capital privado na Amarsul, conduzindo-o sempre a afirmações conclusivas sobre a concorrência efectiva, pontuadas por juizos meramente hipoteticos e sem nexo de prognose atendivel

Assim, a testemunha falou sobre a gestão autonoma dos sistemas intermunicipais antes da privatização, implicando, sem sequência logica ou conteudo perceptivel, que essa gestão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal e supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

podia agora estar em risco pela aquisição da EGF pela SUMA e pela respectiva participação maioritaria em cada uma das empresas concessionarias Sobre a tarifa, apos assertiva inquirição, a testemunha referiu que, sendo o sistema regulado, a distribuição de lucros e a consequente ausência de capitais proprios ou dificuldades de financiamento são susceptiveis de introduzir distorções no calculo da tarifa para que a Amarsul suporte os custos de actividade, obrigando ao seu aumento com prejuizo para os utilizadores Questionada sobre concretizações facticas dessas alegações, a testemunha assumiu desconhecer qualquer situação susceptivel de integrar esses riscos, sem que conseguisse demonstrar o incremento desse risco em função da operação de privatização

Este depoimento surgiu, então, apoiado em juizos profundamente especulativos e ate contraditorios sobre possiveis reestruturações de serviços, sobre o regime de fixação de tarifa (admitindo adulteração de numeros e da informação fornecida ao regulador) e sobre o continuo abaixamento da qualidade do serviço de recolha, no mesmo passo em que afirmava desconhecer notoriamente o actual modelo de fixação trienal da tarifa e admitindo que a estrutura societaria não foi alterada alem da natureza privada do capital maioritario e que o Municipio do Seixal não tem interesse em administrar directamente os serviços em baixa por restrições logisticas e financeiras

Quando chamado a concretização de poderes de alteração arbitraria e unilateral da tarifa e dos contratos de recolha e entrega, concluiu que era a sua opinião que isso decorria inteiramente da natureza privada da SUMA, referindo que não ocorreu qualquer restrição na participação societaria dos varios accionistas apesar de relatar genericamente dificuldades de acesso e/ou obtenção imediata de informações

Por outro lado, **NUNO JORGE SECO DA COSTA**, de modo proficiente e colaborador, não obstante a sua posição de interesse, veio depor, sobre o interesse negocial e estrategico da SUMA, S A na privatização e, consequentemente, na obtenção de proveitos pela distribuição de lucros, mais referindo que e proposito da Amarsul assegurar a viabilidade da operação e as necessidades urgentes de investimento nos recursos humanos, equipamentos e infra-estruturas, com recurso a programa de financiamento comunitario (POSEUR) e atraves da assunção de compromissos na execução do PERSU2020 As suas declarações sobre a taxa de gestão de residuos e aplicação do novo regulamento tarifario foram de conteudo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalana 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

meramente descritivo e/ou conclusivo, excepto na parte em que informou que a ERSAR não aceitou a última proposta de aumento de tarifas da Amarsul, obrigando a que a tarifa ficasse igual a do ano anterior, o que infirma o escopo do onus probatorio do Autor

Nestes termos, os temas de prova não auferiram de qualquer representação factica susceptível de promover a formação de convicção judicial bastante

* * *

*

V FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

5.1 Da nulidade e anulabilidade da decisão da AdC

Como já explanado, a decisão em crise da AdC provem de um regime precedente da operação de privatização e que, antes de mais, é tributario e enformador do sistema de regulação administrativa como *instrumento de garantia estadual da realização do interesse publico*

De especial relevância para a compreensão do funcionamento e propositos do Estado Regulador e a relação entre regulação sectorial e regulação da concorrência () em termos mais substanciais no sentido da propria subsistência em determinados sectores de uma regulação sectorial que se adiciona a 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 proposito dirigista e conformador de condutas dos agentes de mercado Desde logo a dimensão ex ante esta bem patente num dos eixos fundamentais dessa regulação o controlo previo ds operações de concentração trata-se de um sector em que o direito da concorrência apresenta a fisionomia tipica de um direito administrativo preventivo de controlo previo dos comportamentos dos agentes economicos (na decisão de não oposição podem detectar-se todos os elementos do classico acto administrativo de autorização) (PEDRO COSTA GONÇALVES, Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante, pags 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 juridico da concorrência (doravante NRJC), deve ser *mais* perspectivado como instrumento integrante do modelo de regulação da concorrência e *menos* como integrante de concreta



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

operação de privatização. Numa palavra, os critérios de decisão devem ser exteriores ou exógenos aos fundamentos jurídico-políticos que sustentam a operação de concentração.

Indo cerce a 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), o NRJC faz referência às decisões da AdC de *não se opor a concentração de empresas* nos artigos 50º, nº 1 al b) e 53º, nº 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 e 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 e 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 , pag 297)

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

Nos termos do Código de Procedimento Administrativo (C P A), na versão anterior a conferida pelo Decreto-lei nº 4/2015, de 07 de Janeiro, o legislador optou pela *sanção-regra* da anulabilidade, mantendo a nulidade como a sanção excepcional, ainda que tenha alargado o campo da sua aplicação, deixando de haver apenas casos de nulidade por determinação legal e prevendo-se casos de nulidade por natureza (neste sentido, MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J PACHECO DE AMORIM, Código do Procedimento Administrativo, Comentado, 2ª Edição, Almedina, pag 641)



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

O artº 133º, nº 1 do C P A dispõe que *são nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade*

Sobre os elementos essenciais, estes correspondem, antes de mais, *ao elenco de referencias que devem conter-se no documento pelo qual o acto se exterioriza e, depois, a todos aqueles elementos que se ligam a momentos ou aspectos legalmente decisivos e graves dos actos administrativos*, alem dos que são referidos no nº 2 do artº mencionado, podendo incorrer em nulidade o *acto que esteja inquinado com um vicio anormal ou especialmente grave ou ate um vicio normal mas resultante de uma anormal ma-fe ou intenção dolosa* (MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J PACHECO DE AMORIM, ob cit , pag 642)

Nos termos do artº 134º *o acto nulo não produz quaisquer efeitos juridicos independentemente da declaração de nulidade (nº 1), e, salvo disposição legal em contrario a nulidade e invocavel a todo o tempo por qualquer interessado e pode tambem a todo o tempo ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação (nº 2), não se prejudicando a possibilidade de atribuição de efeitos juridicos a situações de facto decorrentes de atos nulos de harmonia com os principios da boa-fe da protecção da confiança e da proporcionalidade ou outros principios juridicos constitucionais designadamente associados ao decurso do tempo (nº 3)*

O artº 135º do C P A prevê que *são anulaveis os atos administrativos praticados com ofensa dos principios ou outras normas juridicas aplicaveis para cuja violação se não preveja outra sanção*

Se a previsão legal esta formulada *com amplitude demasiada* e se o regime regra decorre dos *topicos caracterizadores da posição da Administração e do modelo de relação que se estabelece entre ela e os cidadãos nos sistemas ditos de Administração Executiva*, devem-se evitar alguns *absurdos de interpretações cingidas a lei* e de modo a *retirar força invalidante a inobservância de algumas normas*, mesmo perante omissão legal que o permita (MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J PACHECO DE AMORIM, ob cit , pag 657 e 658)

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalara 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

Neste conspecto, o direito do Autor a valer nesta acção principal – nulidade ou anulação da decisão da AdC de não oposição a 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 insconcorrenciais 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 artº 24º do Código das Sociedades Comerciais que *so por estipulação no contrato de sociedade podem ser criados direitos especiais de algum socio (nº 1) sendo que nas sociedades anónimas os direitos especiais so podem ser atribuídos a categorias de acções e transmitem-se com estas (nº 4)*

No acordo de accionistas, celebrado entre os municípios de **Aleobete, Almada, Barreiro, Moita, Montijo, Palmela, Seixal, Sesimbra e Setubal** e a EGF, S A , prevê-se, na clausula 5ª, 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 do apenso cautelar que aqui se da por reproduzido)

Por sua vez no artº 11º do NRJC, sob a epígrafe *Abuso de posição dominante*, dispõe-se que *e proibida a exploração abusiva por uma ou mais empresas de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste (nº 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) 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 a 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*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalara 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal e supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

menos que esta ultima demonstre que por motivos operacionais ou outros tal acesso e impossivel em condições de razoabilidade (nº 2)

No que diz respeito a decisão do procedimento de controlo de concntrações, refere o artº 53º, nº 1 al a) da mesma Lei da Concorrência, que, *ate ao termo do prazo fixado no nº 1 do artigo anterior a Autoridade da Concorrencia decide a) Não se opor a concentração de empresas quando considere que a operação tal como foi notificada ou na sequencia de alterações introduzidas pela notificante não e susceptivel de criar entraves significativos a concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial*

*

Por Decreto-Lei nº 45/2014 de 20 de Março, foi aprovado o processo de reprivatização da Empresa Geral do Fomento, S A (EGF), sub-holding do grupo Aguas de Portugal para o sector dos residuos, mediante a alienação das acções representativas de ate 100 % do seu capital social atraves de um concurso publico e de uma oferta publica 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 economica privada a determinadas actividades economicas, visando a reorganização do sector de abastecimento de agua e saneamento de aguas residuais e recolha e tratamento de residuos solidos, pelo que passou a ser possivel que a exploração e gestão de sistemas multimunicipais sejam atribuidas a empresas cujo capital social seja maioritaria ou integralmente subscrito por empresas do sector privado,

O Decreto-Lei nº 96/2014 de 25 de Junho aprovou o novo regime juridico da concessão da exploração e da gestão, em regime de serviço publico, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha selectiva de residuos urbanos, cuja responsabilidade pela gestão e assegurada pelos municipios, atribuida 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 consecuencia a alteração da natureza juridica das atuais entidades gestoras dos sistemas multimunicipais de tratamento de residuos das quais a EGF e accionista maioritaria Com efeito tais entidades gestoras deixarão assim de ser empresas publicas passando a ser detidas maioritariamente por uma empresa privada (a EGF*



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

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 mantem e não são alterados por efeito do presente decreto-lei”,

*- Lê-se no artigo 9º do Decreto-Lei nº 96/2014, sob a epígrafe **adaptação das concessões em curso**, que “1 - Os contratos de concessão em vigor a 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 nº 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

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

5 - As actividades complementares cujo exercício pela concessionária se encontre a data da produção de efeitos da modificação contratual prevista no nº 1 expressamente autorizado nos termos da lei e dos respectivos contratos de concessão mantêm-se autorizadas a 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 a data da produção de efeitos da modificação contratual prevista no nº 1 expressamente autorizado



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 N.º 8/15 1YQSTR

nos termos da lei e dos respectivos contratos de concessão mantem-se autorizadas a 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 a data da produção de efeitos da modificação contratual prevista no n.º 1 consideram-se autorizados e vinculativos para efeitos do disposto na base LX aprovada em anexo ao presente decreto-lei',

Atendendo a existência de entidades gestoras que não são actualmente detidas pela EGF e, bem assim, a 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

*

Coligida a prova e enquadrada a operação de concentração, **afirma-se-nos manifesta a improcedência do direito do Autor quanto à anulação da decisão da AdC por vícios de violação de lei e por vícios materiais da operação de concentração**, conduzindo a inexistência de qualquer vício ou invalidade com estes fundamentos

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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 artº 37º 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 artº 24º, nº 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 jusconcorrencial 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 artº 41º do NRJC *As operações de concentração notificadas de acordo com o disposto no artigo 37º 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 intermedios e finais a concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste sem prejuizo do disposto no nº 5*

Não cabe a 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

Em seguudo lugar, ainda que assim não se entendesse, o artº 24º, nº 4 do Código das Sociedades Comerciais dirige-se a 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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalara 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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

O artº 11º 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, tanto mais que o substrato factual que poderia inscrever um juízo de prognose positiva quanto a comportamentos desse tipo resultou inepto

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, ainda que pudesse aferir da previsibilidade desse exercício

Alias, atendendo a 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 a abertura de um processo sancionatório nos termos previstos nos artigos 13º 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 a suposta violação do disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 53º da Lei da Concorrência, pela qual se permite a AdC, após investigação aprofundada e no prazo máximo de 90 dias úteis, decidir pela não oposição

Ainda assim, cruzando as alegações do Autor com as respectivas alegações finais, o procedimento de controlo das operações de privatização não pode ser apreciado a 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



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

nenhuma interpenetração com a decisão prevista no art.º 53.º, n.º 1 al. a) do NRJC, 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 a 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 a 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 do apenso cautelar).

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 instrutorias 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.

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 a concorrência efectiva no*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1 Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Pratica de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal e supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

mercado, que prescindiriam do facto e se susteriam apenas em juizo hipoteticamente conclusivo

*

Os pedidos de declaração de nulidade ou de anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados têm-se por manifestamente improcedentes, secundando-se o entendimento já veiculado na decisão do procedimento cautelar

* *

5 2 2 Dos vícios jusconcorrenciais

Quanto aos efeitos jusconcorrenciais, 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 concessionarias as areas 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 a 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-uos maifesta a improcedência do direito do Autor quanto à anulação da decisão da AdC por existência de efeitos jusconcorrenciais**, conduzindo a inexistência de qualquer vício ou invalidade com estes fundamentos

Em primeiro lugar, a AdC assinalou que a operação de concentração não tera 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 inexistência de mecanismos normais de procura-oferta para a determinação do preço (mercado em alta e regulado com regulamentação tarifaria), pelo que *não existe externalidade positiva a internalizar na operação de concentração* - cfr pontos 431 a 435 da decisão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Pratica de Cavalaria 2005 345 Santarém
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal e supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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 a 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 a análise e compreensão dos incentivos da SUMA, S A em implementar aquelas estratégias e da capacidade para essa implementação

Este ponto é de primordial 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 da 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

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 nos preços praticados mas que podem anular a *eficiência conferida pela presença de pressões concorrenciais no mercado em baixa*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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 as 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 conclui que subsistem incentivos a implementação de estratégias susceptíveis de criar entraves significativos a concorrência efectiva no mercado em baixa**

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

Este ponto e tambem, fulcral na análise jusconcorrencial

Sendo preclaros os incentivos as 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 a 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 a 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 subsídição 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, assumido 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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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

Ha 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 a alta por via tarifaria não conduz a eficacia na implementação das estrategias referidas por via dos periodos relativamente longos (dificuldade na articulação temporal diminuição de custos em baixa e imputação tarifaria) e por via do modelo regulamentar de *revenue cap* (a imputação de custos a alta a integrar no aumento da tarifa teria de ser compensada com ganhos de eficiencia superiores ao previsto no modelo)

Se estas actuações implicam a diminuição dos resultados da concessionaria e, consequentemente dos accionistas, logo, os Municipios terão todo o interesse em evitar este tipo de estrategias através do exercicio de poderes de accionistas e 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 e frontal *embora não seja inconcebível que as actividades em alta* possam eventualmente assumir parte de alguns custos partilhados, a AdC não considera que tal possa assumir uma dimensão tal que permita a 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 a capacidade de implementação prende-se com a atribuição exclusiva dos activos afectos a concessão que torna implausível o risco de utilização a titulo não oneroso desses activos pela actividade em baixa Mesmo em caso de utilização a titulo oneroso, a qualificação desse comportamento como actividade complementar obriga a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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

Não pode colher, pois, o argumento de que o regime de exploração e gestão consagrado uma excepção a exigência da autorização do concedente quanto ao exercício de outra actividade relativa a exploração de unidades de tratamento de resíduos hospitalares, sem que seja discernível o critério da excepção¹

A existência de contratos em vigor de prestação de serviços de apoio a gestão de resíduos urbanos (actividade em baixa), através dos quais, e assegurada a participação de diversas empresas com relevante taxa de permanência, a inexistência de barreiras a 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), **permitem** 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 (ate 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 as 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 a entrada no mercado em baixa,***

¹ Sublinha-se no entanto que esta alegação do Autor vem a propósito do eventual vício de fundamentação por contradição entre a decisão e o parecer sobre o projecto do Decreto Lei n.º 159/2014



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal e supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

(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 prazos 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 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 principal

Os riscos alegados pelo Autor cresceram acolhimento instrutório e crítico da autoridade administrativa

Neste conspecto, todos os riscos assinalados pelo Autor foram analisados pela AdC em raciocínio crítico e fundamentado. Mais que isso, todos os riscos assinalados pelo Autor foram admitidos pela AdC e, posteriormente, infirmados na dimensão jusconcorrencial 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 a 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 as



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalana 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

assimetrias de informação entre regulado e regulador e a 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 descreve os bens e meios afectos a concessão (cfr cláusulas 10^a a 13^a), estipulando-se expressamente que a oneração e transmissão dos bens e direitos afectos a concessão ficam sujeitos a autorização do concedente, nos termos das cláusulas 16^a e 23^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 momento 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 a qual acresce o montante correspondente a repercussão do encargo suportado pela entidade gestora com a taxa de gestão de resíduos*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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 e da competência da ERSAR, que goza das prerrogativas que lhe são conferidas pelos respetivos estatutos, com possibilidade da realização de auditorias – art.º 101.º do Regulamento

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

Em nouo 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 minorizam os riscos de potenciação de efeitos concorrencias negativas

Prevalece o entendimento das Contra-interessadas vertido nas alegações, pois que a inclusão da recolha selectiva no âmbito das concessões não é verdadeiramente uma ampliação do âmbito da atividade das concessionárias, tendo em conta que essas actividades de recolha selectiva já eram exercidas pelas concessionárias antes da reprivatização e da reconfiguração contratual vigente, sendo também esta uma atividade exercida por várias empresas intermunicipais activas na gestão de resíduos urbanos de responsabilidade municipal em alta (cfr preambulo do Decreto-Lei n.º 96/2014 de 25 de Junho)

A alegação quanto ao alargamento das actividades principais da concessão trata-se, parece-nos, de argumento equívoco e desconexo com o controlo da legalidade administrativa da decisão da AdC

Em deesimo lugar, a falência probatoria desta instância e os termos da fundamentação da AdC, transportam a análise jusconcorrencial realizada para o poder discricionário 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

autoridade administrativa e para os limites do controlo jurisdicional da actuação administrativa

Como tal, a sindicância por este Tribunal estara sempre limitada ao disposto no artº 266º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa

Sendo doutrinaria e jurisprudencialmente certo que *o principio 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 a Administração e que tal principio implica tão-so uma proibição funcional do juiz afectar a essência do sistema de administração executiva ou seja não pode ofender a autonomia do poder administrativo [o nucleo essencial da sua discricionariedade] enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes proprios 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 principios juridicos, 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 tecnicas ou as escolhas/opções feitas pela mesma na e para a prossecução do interesse publico, salvo ofensa dos principios juridicos enunciados no art. 266º, nº 2 da CRP*, cabendo aos Tribunais, no exercicio da sua função, apreciar *da conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos inclusivamente da competencia do ente que decidiu ou se foi observado o procedimento legal adequado ou se ainda correspondem a realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram bem como se ocorreu desvio de poder ou violação dos principios gerais de direito (v.g da justiça da proporcionalidade da igualdade da imparcialidade etc)* – Ac TCAN de 01-10-2010, proc nº 00514/08 4BEPNF, RELATOR Carlos Luis Medeiros de Carvalho, em dgsi pt, nosso destacado

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

O dominio da sindicabilidade jurisdicional do merito administrativo concentra-se no conhecimento dos limites positivos de competencia de finalidade de imparcialidade e 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

proporcionalidade na medida em que so existem a discricionariedade e a margem de livre apreciação de conceitos juridicos indeterminados que a lei especificamente conceder No juizo de valoração por recurso a conceitos juridicos indeterminados nos primeiros tem lugar as regras proprias da interpretação juridica em via de aplicação puramente subsuntiva passivel de controlo jurisdicional No juizo de valoração de conceitos tecnicos regem os conhecimentos e regras proprias da ciencia ou da tecnica que estejam em causa não cabendo ao Tribunal controlar a boa ciencia ou a boa tecnica empregues pela entidade administrativa por manifesta falta de competência nas materias extrajuridicas para tanto necessaria – Ac TCAS de 16-03-2006, proc n ° 01459/06, RELATOR Cristina dos Santos, disponivel em dgsi.pt

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

O art ° 53 ° do NRJC revela a existência de discricionariedade administrativa pela AdC e quanto a conclusão pela existencia/inexistência de entraves a concorrência, a definir dentro dos limites legais especificos e gerais

Nestes termos, compulsando a decisão da AdC por confronto com o presente objecto processual e causa de pedir do Autor, afigura-se-nos preclaro que uão subsistem erros maifestos ua interpretação do quadro juridico refereneial ou dos concetos jusconcorrênciais, que não ocorrem vicios procedimentais ou materiais e que uão se verifica qualquer omissão no tratamento dos elementos de prova, dos elementos factuais e das questões pertinentes para nma pronuncia eselarecida 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 a concorrência efectiva, por recurso a sua competência e espaço de conformação tecnica enquanto regular e supervisor



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 construção discursiva e a sedimentação dos elementos uteis à decisão servem as conclusões da avaliação jnsconcorrencial (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 a gestão de responsabilidade municipal (actividade em baixa),

- existe a possibilidade de encerramento do mercado de prestação de serviços de apoio a 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 a 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 a concorrência em qualquer um dos mercados relevantes identificados na decisão

Não sendo patentes invalidades previstas nos artigos 133º e 135º do CPA, inexactidões materiais, técnicas ou jurídicas, o controlo e fiscalização jnrisdicional da decisão deve respeitar a discricionariedade da AdC quanto ao entendimento acima exposto no que diz respeito ao risco de encerramento dos mercados à concorrência, aos incentivos as estratégias de implementação de efeitos negativos não horizontais e quanto a incapacidade da SUMA em implementar essas estratégias

*

Os pedidos de declaração de nulidade ou de anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados têm-se por manifestamente improcedentes, secundando-se o entendimento já veiculado na decisão do procedimento cautelar

**

5 2 3 Dos vícios de fundamentação e de procedimento



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalana 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

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

Sobre a contradição entre o sentido da decisão e o teor das peças produzidas pelas própria Re que a determinaram a passar a fase da investigação aprofundada, remetemos para o que acima se disse sobre a vinculação da AdC ao parecer da AdC ao projecto do Decreto-Lei 159/2014 e sobre a suficiência da decisão

*

Analisada a decisão da AdC e enquadrada a operação de concentração, **afigura-se-nos manifesta a improcedência do direito do Autor quanto à anulação da decisão da AdC por vício de forma**, conduzindo a inexistência de qualquer vício ou invalidade com este fundamento

Em primeiro lugar, se a motivação da diligência instrutória pelo Autor visava a sindicância da informação expandida pelo Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, constante de fls 71 e 72 do apenso cautelar, e a propósito do acordo parassocial da Amarsul, S A , **a análise jusconcorrencial a expender pela AdC 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 possa tanger com os elementos de decisão supracitados. A vinculação da SUMA, S A aos acordos de accionistas vigentes nas respectivas concessionárias e matéria de lei e de responsabilidade contratual, pelo que a mera alegação de que o processo de privatização violou aqueles acordos se apresenta insuficiente e ineficiente para modificar o juízo jusconcorrencial

Ocorrendo violação pelos instrumentos jurídicos que enquadraram a privatização e que permitiram a entrada de capitais privados, tal não implica, *per se*, qualquer alteração quanto a compreensão dos efeitos não horizontais nos mercados relevantes, quanto aos potenciais efeitos negativos, quanto as estratégias incentivos e capacidade de implementação dessas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

estratégias Estes elementos decorrem da natureza e características do mercado e da posição da SUMA, S A enquanto operadora no mercado em baixa e acionista maioritaria da entidade concessionaria, nos exactos termos em que a EGF, S A ja o era

Em terceiro lugar, afastou-se qualquer relevância ao vicio de legalidade por violação do art.º 24.º do Código das Sociedades Comerciais para conhecimento do direito invocado pelo Autor, pelo que a obrigação para a AdC de proceder a diligências com vista ao apuramento desta desconformidade e excludente da análise jusconcorrencial 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 - Ac TCAN de 15-10-2010, proc. n.º 01619/09 0BEBRG e Ae 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 a enumeração das observações do Autor no ponto 9.2.23

Depois, a AdC esclarece, no ponto 974, que entende não existir qualquer razão para proceder a 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 referência especificamente a operação de 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



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

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 ambito de uma das entidades concessionarias 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 as questões previas suscitadas pelos Municípios de Lisboa, Loures e de Vila Franca de Xira, a proposito da concessionaria Valorsul, surgem preclaras, evidentes e imediatamente perceptíveis pelo destinatario, 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 Autor para a fundamentação dos pontos 379 a 383 não cria, em nosso entender, qualquer disrupção da explanação critica dos motivos do indeferimento, na medida em que atinge o ponto nevrálgico desse indeferimento a irrelevância para o juízo jusconcorrencial

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, improcedendo a questão formal Assim, a discussão sobre se se esses motivos correspondem a realidade e se, correspondendo, são suficientes para legitimar a concreta actuação administrativa e um problema de validade substancial, ja conhecida nos pontos antecedentes desta decisão

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

A opinião do responsável governativo na area de governação executiva que integra o objecto da concentração, sobre o compromisso no respeito pelos acordos de accionistas ou



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Pratica de Cavalaria 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

sobre o *enquadramento* da operação, em nada pode contribuir para a avaliação jusconcorrencial a efectuar em prognose pela AdC

E o proprio Autor que situa a obrigatoriedade do acto instrutorio para sindicat aquele mesmo compromisso e a potencial violação do acordo parassocial com a operação de privatização, partindo da conclusão de que houve ou haveria incumprimento daquele acordo Este entendimento não merece acolhimento

Como tal, a AdC não omitiu a fundamentação do indeferimento e não ficou demonstrado que a diligencia requerida auferisse de qualquer contributo, utilidade e pertinência para a avaliação jusconcorrencial ou sequer para o enquadramento legal, regulamentar e estatutario das entidades envolvidas na operação de concentração os quais nunca dependeriam da audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Territorio e Energia

Em sexto lugar, o Autor refere que a AdC proferiu uma decisão ilegal por dispensar a aferição do enquadramento legal, regulamentar e estatutario das entidades envolvidas na operação de concentração Ora da leitura da decisão resulta, a evidência, que aquele enquadramento foi realizado de modo proficiente

Por outro lado como ja deixamos expresso, a AdC, na qualidade de reguladora e supervisora dispõe da devida competência para aferir desse enquadramento, dispensando a mediação da audição do Senhor Ministro do Ambiente, Ordenamento do Territorio e Energia

Em setimo lugar o Autor alega que a AdC não procedeu a indicação de remedios ou imposição de compromissos a notificante que permitissem um juizo de conformação, como seria de esperar, atendendo ao teor dos pareceres proferidos no procedimento e aos proprios problemas identificados pela AdC que motivaram a iniciativa de investigação aprofundada empreendida

Ao contrario 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 propria decisão pelo que, demonstrada que ficou que a operação de concentração notificada não criaria entraves significativos a 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 remedios ou da imposição de compromissos a notificante dependeria de um juizo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalana 2005 345 Santarém
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

etiologico entre os riscos de encerramento do mercado em baixa a concorrência e esses remedios e medidas Tendo a AdC, na avaliação jusconcorrencial feita e secundada por este Tribunal, que esses riscos não se verificam, então não pode proceder qualquer cominação de invalidade por omissão de pronuncia porquanto incorreria, agora sim, em vicio 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 analise substantiva da AdC, pelo que nos abstemos de a repetir

Por fim, 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 residuos urbanos em regime de exclusivo a um sistema multimunicipal de tratamento desses residuos confere a esse sistema uma posição potencialmente dominante nesse mercado uma vez que exerce essa atividade em regime de monopolo legal estando por isso garantida pelo prazo de concessão a recepção integral desses residuos tal não resulta da operação de concentração mas da estrutura do mercado assim constituido

Diga-se alias que o regime juridico da concorrência não proíbe a existencia de posições dominantes ou monopolios legais

A analise da ERSAR ao contrario do que e alegado pelo Autor e corroborativa da avaliação jusconcorrencial no sentido em que assinalando a impossibilidade de indiferenciação tarifaria entre os utilizadores de um determinado sistema, assenta convicção de que existem incentivos a obtenção de vantagens economicas 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 transferencia de recursos entre participadas

Ora, a AdC assume expressamente esses riscos na avaliação expandida e procedendo a analise das estrategias e capacidade de implementação conclui pela inexistencia daqueles efeitos negativos

Não ha qualquer contradição nem omissão de tratamentos das reservas aventadas pela ERSAR

*

Os pedidos de declaração de nulidade ou de anulação da decisão da AdC com fundamento nos vicios ora apreciados têm-se por manifestamente improcedentes, secundando-se o entendimento ja veiculado na decisão do procedimento cancelar

**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1 Juízo

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

Proc Nº 8/15 1YQSTR

5 2 4 Dos argumentos residuais

De acordo com as alegações do Autor, importa ainda conceder atenção a argumentação transversal aos pedidos enunciados e que, em ultima análise, poderia suscitar a imputação a decisão de *vicio anormal ou especialmente grave* passível de um juízo de nulidade

Em primeiro lugar, a potencialidade de ocorrência de prejuízos para o sistema municipal não decorre, em nossa opinião, dos efeitos jurídicos insitos a decisão de não oposição, dependendo, primordialmente, da utilização das prerrogativas societárias do accionista maioritário e dos termos (hipotéticos aquando da interposição da petição inicial) 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 **Amarsnl-Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S A**

Em segundo lugar, o indeferimento das pretensões aqui formuladas não implica a verificação, consumação ou agravamento de práticas restritivas da concorrência, de exclusão, criação ou elevação de barreiras a entrada ou exploração de mercado relevante porquanto não se encontra demonstrado, nem sequer apoiado em elementos de prova ou juízos económicos, que a **SUMA, S A**, sequentemente a não oposição, ira encetar comportamentos abusivos, nomeadamente que ira abusar da sua posição dominante ou explorar a dependência económica dos utentes do serviço respectivo, melhor tipificados nos artigos 11º, nº 2 e 12º, nº 2 da Lei da Concorrência

Uma vez que o contrato de concessão se mantém em vigor, a substituição do accionista maioritário publico 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 a concorrência Trata-se de um juízo exacerbadamente conclusivo perante a prova dos autos

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 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

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

Em quarto lugar, a modificação do contrato de concessão com a **Amarsul, S A**, prevista no artigo 9º do Decreto-Lei nº 96/2014 (dentro do prazo de 90 dias a contar da data da alienação ou do início dos 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 artº 405º do Código das Sociedades Comerciais, que o Autor não dispõe de qualquer direito contratual a intervir directamente no processo de renegociação da concessão, pelo que a renegociação a revelia dos Municípios não representa um efeito ou dano a acautelar na medida em que não são provocados 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**, 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 artº 2º do Decreto-Lei nº 92/2013 de 11 de Julho, mormente o princípio do carácter integrado dos sistemas invocado pelo Autor, 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 a operação de concentração

A operação de concentração não diminui, afecta ou infirma a participação do Município na concessionária e na gestão das actividades em alta

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr Do Municipio Ed Ex Escola Prática de Cavalara 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal c supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

Os pedidos de declaração de nulidade ou de anulação da decisão da AdC com fundamento nos argumentos ora apreciados têm-se por manifestamente improcedentes, secundando-se o entendimento já veiculado na decisão do procedimento cautelar

5 2 5 Conclusão

Cumprida a instância probatoria nestes autos principais, nos termos da apreciação que antecede, **verifica-se que a declaração de nulidade ou de anulabilidade da decisão da AdC no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF não aufere de juízo de viabilidade jurídica, pelo que terá de ser proferida uma decisão de improcedência total**

* * *

*

VI DECISÃO

Pelo exposto, e nos termos dos fundamentos referenciados, **deido julgar totalmente improcedente a presente acção especial administrativa e, em consequência, absolver a Rc Autoridade da Concorrência e as Contra-Interessadas do pedido de declaração de nulidade da decisão da AdC proferida no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF, por vicio de violação de Lei, violação dos artigos 24º, nº 4 do Código das Sociedades Comerciais, na parte relativa ao Acordo de Accionistas da Amarsul, S A e 11º e 53, nº 1, alinea a) do regime jurídico da concorrência, e do pedido subsidiário de declaração de anulabilidade da decisão da AdC proferida no processo Ccent 37/2014 – SUMA/EGF, por vicio de forma, por falta de fundamentação de indeferimento do Sr Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e da Energia, por falta de fundamentação da decisão de não oposição decorrente da contradição do sentido em que foi proferida com os elementos constantes do procedimento**

*

Custas pelo Autor, nos termos dos artsº 527º do novo Código de Processo Civil, por via do artº 1º do C P T A e artº 6º, 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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1 Juízo

Pr Do Município Ed Ex Escola Prática de Cavalana 2005 345 Santarem
Telef 243090300 Fax 243090329 Mail tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc Nº 8/15 1YQSTR

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarem, ds

O Juiz de Direito

Alexandre Leite Baptista