



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)

Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

Processo: 3/15.0YQSTR	Ação Administrativa Especial	N/Referência: 136366 Data: ver data certificada pelo sistema
Autor: Barreiro - Município Réu: Autoridade da Concorrência e outro(s)...		

Assunto: Sentença

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

1.º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

135100

CONCLUSÃO - 24-05-2016

(Termo electrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Manuela Augusta Rosa)

=CLS=

DESPACHO SANEADOR

O Tribunal é o competente em razão da matéria, da hierarquia e do território.

* *

I. Da ilegitimidade activa e da falta de interesse em agir.

Em sede de contestação, a Autoridade da Concorrência veio arguir a falta de legitimidade processual e interesse em agir do Município do Barreiro (cfr. artigos 29.º a 37.º), alegando para o efeito e em síntese que:

- O Município do Barreiro fundamenta a sua legitimidade para impugnar a decisão na sua qualidade de acionista da sociedade comercial AMARSUL, S.A. (AMARSUL), nos termos da qual exerceu os direitos que lhe eram atribuídos e por ter efectuado, desde da data da constituição da referida sociedade, diversos e avultados investimentos;

- De uma simples leitura dos referidos diplomas conclui-se que a aquisição, pela SUMA, do controlo exclusivo sobre a EGF, decorre de uma opção do Governo de implementação das medidas necessárias à abertura do sector dos resíduos, ao sector privado, e do cumprimento dos objectivos e das medidas previstas no Programa de Assistência Económica e Financeira que envolve a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, no quadro das medidas a adoptar com vista à promoção do ajustamento macroeconómico nacional (v. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 45/2014 de 20 de Março);

- Ora, o Município do Barreiro ao fundamentar o seu interesse em agir na presente acção administrativa especial no facto de a alteração de titularidade das acções decorrentes da privatização da EGF ser um efeito da decisão de não oposição da AdC, imputa o cumprimento deste pressuposto processual a um efeito indirecto ou colateral que tal decisão da AdC seria susceptível de gerar no âmbito do processo de reprivatização da EGF,

- Assim, o A. fundamenta o seu interesse em agir contra a decisão da AdC como pressuposto processual que permitirá, por meio da presente acção administrativa, condicionar o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

processo de reprivatização da EGF, ao invés de invocar, como seria de esperar, o seu interesse em contestar a avaliação técnica jus-concorrencial presente na decisão de não oposição da AdC;

- Neste sentido, importa salientar o facto de a decisão de não oposição à operação de concentração, por parte da AdC, não ser susceptível de impedir a prossecução e conclusão do processo de reprivatização da EGF.

Em sede de contestação, as Contra-Interessadas Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. e EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S.A. vieram arguir a falta de legitimidade processual e interesse em agir do Município do Barreiro e suscitar questão prévia quanto à adequação do pedido à tutela judiciária (cfr. artigos 9.º a 74.º), alegando para o efeito e em síntese que:

- **Em primeiro lugar**, é evidente que os interesses que na ótica do Autor justificariam a sua legitimidade não são fundados, ficando, desde logo, comprometida a posição processual do Autor em juízo;

- Com efeito, neste âmbito, cabe clarificar que **a capacidade de intervenção societária do Autor na AMARSUL**, ao contrário do que este parece sugerir, **não sofre qualquer alteração em virtude da Decisão ou, sequer, da própria reprivatização;**

- De facto, a capacidade de intervenção que refere o Autor materializava-se, antes da privatização, na detenção de uma participação no capital social da AMARSUL de 6,62%, que se somava às restantes participações minoritárias dos municípios, compondo, em conjunto, 49% do capital social da concessionária;

- Se é verdade que o controlo da EGF passou a ser totalmente privado, já não é verdade, como pretende fazer crer o Autor, que essa circunstância tenha como consequência a restrição da capacidade de intervenção do Município na concessionária do sistema multimunicipal da Margem Sul do Tejo, porque a distribuição das participações societárias na AMARSUL não foi alterada, mantendo-se a EGF titular de 51% e o Município do Barreiro de 6,62%, isto é, a mesma percentagem que detinha antes da privatização;

- A concessionária foi constituída para garantir a universalidade, qualidade, eficiência e continuidade dos serviços públicos de tratamento e de recolha selectiva de resíduos urbanos, bem como o cumprimento de metas ambientais associadas a essas actividades;



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 3/15.0YQSTR

- Nenhum dos prejuízos que o Autor alega decorrerem Decisão da AdC se verificam, pelo que é, desde logo, evidente o Autor não tem qualquer legitimidade para impugnar a Decisão da AdC;

- **Em segundo lugar**, verifica-se igualmente que o Autor não invoca qualquer interesse direto na impugnação da Decisão da AdC, porque fica que a ação escolhida não tem a potencialidade de vir a produzir directamente os efeitos pretendidos pelo Autor, isto é, fazer desaparecer da ordem jurídica a decisão de reprivatizar, não retirando dela, o Autor uma “*utilidade concreta*” que se repercute “*direta ou imediatamente na sua esfera jurídica pessoal*”;

- O facto de a impugnação, de *per se*, **não produzir imediatamente os efeitos pretendidos pelo Autor desvirtua a caracterização do interesse como directo**;

- Caso a Decisão da AdC fosse anulada, a AdC seria chamada a pronunciar-se novamente sobre a mesma operação (não podendo incorrer nos vícios declarados), caso em que teria, ao abrigo do artigo 53.º da Lei da Concorrência, uma de três opções:(a) Não se opor à Operação de Concentração; (b) Não se opor à Operação de Concentração, impondo, no entanto, condições ou obrigações idóneas a assegurar a manutenção da concorrência efetiva; ou (c) Opor-se à Operação de Concentração;

- Dispondo a AdC de três vias decisórias após a anulação da sua Decisão e tendo em conta que apenas uma delas acautelaria os interesses que o Autor pretende garantir (a decisão de oposição à Operação de Concentração) torna-se evidente que o interesse do Município do Barreiro é manifestamente **eventual ou indirecto**; e nunca, em caso algum, **directo**;

- **Em terceiro lugar**, como se verificou *supra*, nos artigos 37.º a 48.º, não se verifica nenhum interesse pessoal na impugnação;

- **Em quarto lugar**, para além de directo e pessoal, a doutrina e a jurisprudência têm ainda acrescentado que o interesse, de modo a conferir legitimidade processual ao impugnante ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º do CPTA, deverá ainda ser “legítimo”;

- Para que o interesse do Autor fosse legítimo as normas da Lei da Concorrência que o Município do Barreiro invoca e que justificariam a invalidade da Decisão da AdC teriam que ter sido criadas para proteger aquele tipo de interesse;



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 3/15.0YQSTR

- É evidente que os interesses que o Autor invoca não coincidem com os interesses que as normas da Lei da Concorrência pretendem proteger;

- Com efeito, os interesses que o Autor invoca relacionam-se com o interesse público de manter a EGF em esfera pública, e os interesses que as normas da Lei da Concorrência (designadamente o artigo 40.º, 50.º e 53.º) pretendem proteger relacionam-se com manter uma sã concorrência nos mercados afectados pela Operação de Concentração.

*

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

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

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

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

Deste modo, o interesse processual em agir deve resultar duma incerteza objectiva e grave sobre a existência do direito (neste sentido Ac. RP de 07/10/1996, proc. nº 9640416, relator SOUSA PEIXOTO, acessível em dgsi.pt), consistindo na *“necessidade de apelo aos Tribunais para acautelamento de um direito ameaçado e necessitado de tutela, radicando, assim, na utilidade e imprescindibilidade de recurso aos meios judiciais para assegurar tal*



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 3/15.0YQSTR

direito quando em perigo, pelo que se trata de uma posição objectiva perante o processo, a ser ajuizada "à posteriori" - Ac. STJ, de 09/01/2002, relator LEAL HENRIQUES, proc. n.º 01P2751, em dgsi.pt.

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

A inexistência de interesse processual em agir consubstancia uma excepção dilatória nominada mas atípica, porque corresponde à falta de um pressuposto processual (art.º 576.º, n.º 2 do NCPC). É de conhecimento oficioso, a realizar em sede de despacho saneador, caso não o tenha sido em momento anterior (arts.º 576.º, n.º 1 e 2 e 578.º, *a contrario*, e art.º 595.º, n.º 1 al. a), todos do NCPC). Verificada a falta, importa a abstenção de conhecimento do pedido e a absolvição do réu da instância.

Por economia de meios e de complexidade processual, o Tribunal dá por reproduzido o enquadramento legal, doutrinário e jurisprudencial emitido no despacho de 19-01-2016 e que versou sobre a mesma excepção dilatória de legitimidade e para as bem construídas alegações das partes, proficientes neste particular.

*

Concretizando.

A posição argumentativa do Autor perante a decisão da AdC merece o devido enquadramento administrativo que guiará a melhor compreensão do litígio nos moldes argumentativos já expendidos no apenso cautelar.

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

Queremos então deixar sublinhado que a decisão em crise da AdC provém de um regime precedente da operação de privatização e que, antes de mais, é tributário e enformador



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

do sistema de regulação administrativa como *instrumento de garantia estadual da realização do interesse público*.

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

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

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

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

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



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 3/15.0YQSTR

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

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

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

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

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

Neste conspecto, **dessa decisão de não oposição surgem mediatamente efeitos externos actuais** (cfr. o conceito de eficácia externa actual em Ac. TCAN de 25-02-2010, proc. n.º 01204/09.6BEBRG, relator LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt) de procedibilidade legal da mencionada operação de concentração.

Subsiste, com a decisão de não operação um efeito modificativo da ordem jurídica preexistente porque lhe está associado um efeito secundário, ou acessório e pelo qual se pode identificar lastro positivo a suspender (cfr. o conceito de actos negativos com efeitos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

positivos em Ac. TCAN de 08-03-2012, proc. n.º 02210/11.6BEPRT, RELATOR: José Augusto Araújo Veloso, em dgsi.pt).

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

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

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

Este caminho vai de perfeito encontro aos interesses materiais do Autor, difusamente identificados pela frontal oposição à privatização da EGF, S.A. e à alteração da natureza pública da Amarsul, S.A., por sua vez decorrentes da sua participação na estrutura societária e das atribuições autárquicas que persegue. **O que é certo é que a decisão a proferir neste processo nunca se poderia pronunciar sobre efeitos sequentes da não oposição da AdC, como sejam, por exemplo, a transferência de acções, sobre a renegociação do contrato de concessão ou sobre os contratos de financiamento assumidos pela SUMA, S.A.**

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



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 3/15.0YQSTR

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

Outro problema atende-se à procedibilidade dos fundamentos invocados na petição inicial ou à eventual excecutoriedade da decisão final, nomeadamente nos efeitos de caso julgado para terceiros. No entanto, tal consubstancia apreciação de mérito que não pode ser confundido com a absoluta desnecessidade de recurso ao Tribunal.

Pelo contrário, este é o meio idóneo para sindicar a decisão da AdC e para garantir a protecção definitiva do direito invocado.

Deixámos expresso que a procedibilidade e a legalidade da operação de concentração dependem da emissão de decisão de não oposição pela AdC e que tal acto configura um acto administrativo de tipo permissivo mas que, ainda assim, é dotado de efeitos externalizantes.

Assim, tendo a operação de concentração prosseguido sequentemente àquela decisão, afigura-se-nos que o objecto do processo – nulidade da decisão da AdC – não desapareceu pelo simples esgotamento dos efeitos imediatos da decisão sobe pena de se subverter o direito de acção e à tutela jurisdicional. A decisão é atacável e a sua manutenção tem efeitos na legalidade, licitude e admissibilidade da operação de concentração.

Salvo o devido respeito, também aqui nos parece haver alguma indeterminação entre a decisão de mérito e a apreciação do esvaziamento do objecto da acção, que deve ser resolvido a favor da análise da materialidade subjacente à tutela judicial, promovendo-se uma decisão final sobre a validade e conformidade da decisão da AdC.

Os argumentos trazidos pelas contra-interessadas parecem vogar mais no sentido da improcedência material dos fundamentos que suportam o pedido principal do que na afectação do direito processual em requerer a invalidade do acto administrativo.

Efectivamente, a afectação da capacidade societária e a transformação da natureza pública da Amarsul, S.A. correspondem a uma determinada perspectiva do Autor sobre a legalidade da actuação administrativa, sendo que a existência de prejuízos e de efeitos não cabe no juízo sobre a admissibilidade processual da intervenção das partes. Subsiste, por outro lado, uma suficiente aparência de interesse em obstar à concentração que encontra nesta instância uma forma processual adequada.



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 3/15.0YQSTR

*

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

Notifique.

* * *

*

II. Da exceção de ilegitimidade, por preterição de litisconsórcio necessário e por falta de qualidade de contra-interessada.

O Autor **MUNICÍPIO DO BARREIRO** veio interpor a presente acção administrativa especial contra a Ré AdC, peticionando a anulação da decisão da AdC proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF.

Identificou como contra-interessados as sociedades:

- **FOMENTO de Construciones y Contratas**, com sede na Av. Camino de Santiago, 40 28050 Madrid;

- **CESPA Portugal, S.A.**, com sede na Av. Almirante Gago Coutinho, 144, 1700-033 Lisboa;

- **CITRI - Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais S.A.**, com sede no Parque Industrial SAPEC Bay – Mitrena, Apartado 283, 2901-901 Setúbal;

- **FOMENTINVEST Ambiente S.G.P.S. S.A.**, com sede na Rua Tierno Galvan, Torre 3-10º, 1070-274 Lisboa;

- **HIDURBE Gestão de Resíduos S.A.**, com sede na Rua Padre António, nº 232 - 5º - sala 5.3 4470-136 Maia;

- **RECOLTE Serviços e Meio Ambiente S.A.**, com sede na Rua Encosta das Lagoas, Edifício 1 – Piso1, 2740 – 264 Oeiras;

- **REDE Ambiente - Engenharia e Serviços S.A.**, com sede na R. Lordelo, 4510-591 Fânzeres;

- **SEMURAL - Waste & Energy S.A. e Recivalongo - Gestão e Tratamento de Resíduos Lda.**, com sede na R. do Cartão, 4700 Braga;

- **RETRIA - Gestão e tratamento de Resíduos Lda.**, com sede no Vale da Cobra, 4440-339, Sobrado; e **os Municípios de Almada**, com sede no Largo Luís de Camões, 2800 -



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

158 Almada; da **Amadora**, com sede na Av. do Movimento das Forças Armadas, 2700-595 Amadora; de **Lisboa**, com sede na Praça do Município, 1149-014 Lisboa; de **Loures**, com sede na Praça da Liberdade, 2674-501 Loures; da **Mealhada**, com sede no Largo do Município 3054-001 Mealhada; de **Palmela**, com sede no Largo do Município, 2954-001 Palmela; do **Seixal**, com sede na Alameda dos Bombeiros Voluntários, n.º 45, 2844-001 Seixal; de **Sesimbra**, com sede na Rua da República 3, 2970-741 Sesimbra; de **Setúbal**, com sede na Praça de Bocage, 2901-866 Setúbal, e de **Vila Franca de Xira**, com sede na Praça Afonso de Albuquerque 2, 2600-093 Vila Franca de Xira.

Por requerimento de 23-11-2015 (ref.ª 19312), as contra-interessadas identificadas nos autos **CESPA – Portugal, S.A.**; **CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A.**; **FOMENTINVEST Ambiente SGPS, S.A.**; **HIDÚRBE – Gestão de Resíduos, S.A.**; **RECOLTE – Serviços e Meio Ambiente, S.A.**; **SEMURAL – Waste & Energy, S.A.**; **RECIVALONGO – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda.**; e **RETRIA – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda.**, nos termos do artigo 3.º, n.º 3 do Código de Processo Civil, aplicável ex vi do artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, vieram alegar que não têm qualquer interesse na manutenção da decisão impugnada e da análise da P.I. resulta que estas não serão prejudicadas pelo provimento do presente processo impugnatório, pelo que não assumem assim a qualidade de Contra-interessadas (cf. artigos 10.º e 57.º, ambos do CPTA). Mais informaram que apresentarão uma providência cautelar com vista à suspensão de eficácia da decisão da AdC de não oposição à operação de concentração decorrente da privatização da Empresa Geral de Fomento, S.A., adjudicada à SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A., com a entrada da correspondente acção administrativa especial de impugnação da referida decisão de não oposição.

Em 19-01-2016 foi proferido despacho a conhecer da excepção da ilegitimidade passiva e da preterição de litisconsórcio necessário, arguida pela Ré AdC e a convidar o Autor a deduzir, em 5 dias, incidente de intervenção principal provocada de SUMA, S.A. e da EGF, S.A. e/ou da ADP – ÁGUAS DE PORTUGAL. S.A., na qualidade de contra-interessados, e sob expressa advertência de que não cumprindo o convite se julgará



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

procedente a excepção dilatória de ilegitimidade passiva, por preterição de litisconsórcio necessário, absolvendo-se a Ré e contra-interessados da instância.

Cumprido o convite em conformidade pelo Autor, em sede de contestação (artigos 75.º a 106.º), as contra-interessadas **SUMA-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A.** e **EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S.A.** vieram arguir excepção de ilegitimidade, por preterição de litisconsórcio necessário, defendendo que o Autor não indicou como contra-interessada na presente acção, apesar do convite do Tribunal, a entidade alienante das acções da EGF; que, tal como a SUMA só poderá adquirir as acções da EGF após emissão da decisão da AdC, a Águas de Portugal só poderá vender e transmitir as acções da EGF depois da emissão daquela decisão; que é evidente que legítimo interessado na emissão e manutenção da Decisão da AdC é não só o adquirente da EGF – a SUMA –, mas também a alienante da EGF – a Águas de Portugal; que a Águas de Portugal, nos termos do artigo 57.º do CPTA, é uma entidade directamente interessada na manutenção do acto que lhe permite avançar com o negócio acordado com a SUMA; que a entidade alienante do controlo sob a sociedade tem igual interesse na manutenção e emissão da decisão da AdC; que a Águas de Portugal só pode vender as acções após a emissão daquela decisão, havendo interesse da alienante da EGF em contradizer a presente acção administrativa especial; pelo que a falta de indicação da entidade alienante deve conduzir à absolvição da instância, não sendo susceptível de ser sanada.

*

Por economia de meios e de complexidade processual, o Tribunal dá por reproduzido o enquadramento legal, doutrinário e jurisprudencial emitido no despacho de 19-01-2016 e que versou sobre a mesma excepção dilatória num momento prévio à estabilidade subjectiva da instância.

Salvo melhor opinião, considerando que o Tribunal já teve oportunidade de sindicar o cumprimento do convite para sanção da preterição de litisconsórcio passivo, a nova arguição pelas contra-interessadas **Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A.** e **EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S.A.** deve improceder.

Repetimos aquela fundamentação e o entendimento já vertido no processo n.º 8/15.1YQSTR, cuja sentença não transitou em julgado mas cuja uniformidade na apreciação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.º 3/15.0YQSTR

de questões paralelas sempre é devida às partes por obediência a princípios de boa-fé e cooperação leal.

No caso *sub judice*, o Autor **Município do Barreiro** pede a anulação de uma decisão da **AdC** inserida no âmbito de procedimento de controlo de concentrações, previsto nos artigos 42.º a 57.º da Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio e que aprovou o novo regime jurídico da concorrência (doravante NRJC).

O objecto do procedimento visa, então, impedir a produção de efeitos de uma decisão da **AdC**.

Ora, este Direito adjectivo consagra, imediatamente, uma definição de interesses quando se dispõe sobre o conceito de operação de concentração (cfr. art.º 36 do NRJC) e sobre a obrigatoriedade de notificação prévia à **AdC** (cfr. art.º 37.º do NRJC).

Para os efeitos da causa processual, não está em causa a mudança duradoura de controlo sobre a empresas ou grupo Águas de Portugal mas somente um processo de aquisição directa do controlo da totalidade ou de partes do capital social da empresa **EGF, S.A.**, a qual é identificada na petição inicial como parte interessada.

Por outro lado, *a notificação prévia das operações de concentração de empresas é apresentada à Autoridade da Concorrência: conjuntamente pelas partes que intervenham numa fusão, na criação de uma empresa comum ou na aquisição de controlo conjunto sobre a totalidade ou parte de uma ou várias empresas; e individualmente, pela parte que adquire o controlo exclusivo da totalidade ou de parte de uma ou várias empresas (art.º 44.º, n.º 1 al. a) e b)).*

Ora, considerando que o acto administrativo em causa se refere à decisão da Ré **AdC**, datada de 23 de Julho de 2015, e que determinou a não oposição à operação de concentração – aquisição pela Contra-Interessada **Suma, S.A.** do controlo exclusivo sobre a Contra-Interessada **EGF, S.A.** - por entender “*que a mesma não é susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva nos mercados relevantes*” (cfr. documento de fls. 89 a 217 que aqui se dá por reproduzido); sendo que por Decreto-Lei n.º 45/2014 de 20 de Março, foi aprovado o processo de reprivatização da **EGF, S.A.**, mediante a alienação das acções representativas de até 100 % do seu capital social através de um concurso público e de uma oferta pública de venda dirigida a trabalhadores da **EGF, S.A.**; afigura-se-nos que foram



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 3/15.0YQSTR

indicadas e citadas todas as entidades visadas pela decisão administrativa, sendo certo que o vem em discussão é a afectação do mercado concorrencial (gestão de resíduos sólidos) onde a empresa de que o Autor é sócio minoritário opera (controlada maioritariamente pela EGF, S.A. e minoritariamente pelos Municípios de Alcochete; Almada; Barreiro; Moita; Montijo; Palmela; Seixal; Sesimbra e Setúbal).

Uma breve excursão pelo enquadramento, identificação das partes e natureza da operação veiculados pela decisão da AdC (cfr. pontos 2 a 4) permite secundar este entendimento de suficiência subjectiva do litígio, evitando-se

Como tal, mesmo que se releve a circunstância da EGF, S.A. configurar uma sub-holding do grupo Águas de Portugal para o sector dos resíduos, entendemos que a tutela das entidades visadas pela decisão de não oposição veio proficientemente indicada pelo Autor **Município do Barreiro**, possibilitando o chamamento processual de todos os contra-interessados e a estabilidade subjectiva da instância.

*

Resolvida esta questão, a posição das contra-interessadas signatárias do requerimento de 23-11-2015 (ref.ª 19312) pode parecer, à primeira vista, de difícil alcance.

No mesmo passo em que afirmam que não dispõem de interesse em ser demandadas na qualidade de contra-interessadas, vêm informar o Tribunal de que demandarão, na qualidade de Autores, a mesma Ré e outros contra-interessados numa acção administrativa especial de impugnação da mesma decisão em crise nos autos, acompanhada de uma providência cautelar de suspensão de efeitos dessa mesma decisão.

Ora, se outros argumentos falhassem, a simples circunstância de aquelas entidades invocarem um interesse legítimo, próprio e autónomo na *destruição* dos efeitos jurídicos da decisão tomada pela AdC no procedimento de controlo prévio de concentrações, bastaria para, etiologicamente, garantir que o *provimento do processo impugnatório* não é susceptível de implicar para as mesmas consequências negativas, e para assegurar que *não têm qualquer interesse na manutenção do acto*, conforme se depreende, a contrario, do art.º 57.º do C.P.T.A.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

Não cumprem, portanto, as condições de legitimidade processual definidas no art.º 57.º do C.P.T.A. à luz do pedido e causa de pedir definida na petição inicial e independentemente das posições assumidas *à posteriori* por cada uma das contra-interessadas visadas¹.

Ainda que assim não fora, a razão do respectivo chamamento resulta de terem sido identificadas como entidades proponentes da aquisição do capital social da EGF, S.A. e concorrentes no processo de privatização, assumindo um interesse contrário ao da contra-interessada SUMA, S.A. e um interesse na procedência da acção, cujos efeitos implicariam, necessariamente consequências tendencialmente favoráveis para a posição jurídica substantiva naquele processo de privatização destas contra-interessadas.

A ilegitimidade passiva consubstancia uma excepção dilatória de conhecimento officioso – art. 576.º, n.º 1 e n.º 2, 577.º, n.º 1 alínea e), 578.º, todos do novo Código de Processo Civil (NCPC), e implica a absolvição do(s) réu(s) da instância - art. 278.º, n.º 1 al. d) do NCPC, por remissão do art.º 1.º do C.P.T.A.

Impõe-se, portanto, uma decisão de procedência quanto à falta de legitimidade das contra-interessadas, aqui requerentes, e igualmente de FOMENTO de Construciones y Contratas e de REDE Ambiente - Engenharia e Serviços S.A., por maioria de razão, uma vez que foram demandadas na mesma qualidade e circunstâncias de alegação.

*

Pelo exposto, nos termos e fundamentos citados, **decido:**

- Julgar improcedente a excepção dilatória de ilegitimidade por preterição de litisconsórcio necessário passivo arguida pelas Contra-interessadas Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. e EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S.A.;

- Julgar procedente a excepção dilatória de ilegitimidade passiva arguida pelas Contra-interessadas identificadas no requerimento de 23-11-2015 (ref.ª 19312), determinando, em consequência, a absolvição da instância das contra-interessadas

¹ Caso dos Municípios identificados na decisão de não oposição, cuja participação no capital social das empresas concessionárias implica, à partida, a possibilidade de serem prejudicados pelo deferimento do pedido apresentado pelo Autor nestes autos. Assim, não obstante a posição assumida pelo Município da Amadora na contestação apresentada (cfr. artigos 1.º a 9.º), afigura-se-nos que a qualidade dos Municípios visados enquanto contra-interessados à luz do art.º 57.º do C.P.T.A. deve ser cotejada pela possibilidade da acção causa prejuízo no momento da propositura da mesma, o que se verifica, independentemente da adesão posterior aos fundamentos da petição inicial.



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 3/15.0YQSTR

FOMENTO de Construciones y Contratas; CESPÁ Portugal, S.A.; CITRI - Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais S.A.; FOMENTINVEST Ambiente S.G.P.S. S.A.; HIDURBE Gestão de Resíduos S.A.; RECOLTE Serviços e Meio Ambiente S.A.; REDE Ambiente - Engenharia e Serviços S.A.; SEMURAL - Waste & Energy S.A.; Recivalongo - Gestão e Tratamento de Resíduos Lda. e RETRIA - Gestão e tratamento de Resíduos Lda.

Notifique.

* * *

*

O processo é o próprio e inexistem nulidades que o invalidem na sua totalidade.

As partes dispõem de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e mostram-se devidamente representadas.

* * *

*

III. Do pedido de suspensão dos efeitos da decisão.

Concomitantemente com o pedido de anulação da decisão da AdC proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF, o Autor **MUNICÍPIO DO BARREIRO** veio peticionar a suspensão dos efeitos da mesma decisão.

Para a devida sindicância e melhor compreensão desta questão prévia, reproduzem-se as alegações da petição inicial que aportam o pedido de natureza cautelar:

(...)

DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DO ATO

93.º

Ainda que, por mera hipótese, se considere que a suspensão do ato possa não ser decretada ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA, o que não se concebe, sempre o deverá ser ao abrigo da alínea b) do mesmo diploma legal.

94.º

Com efeito, a suspensão do ato requerida nos autos destina-se igualmente a impedir o consequente andamento do processo de concentração, possibilitado pela deliberação que ora se [a]taca.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

95.º

A este propósito, determina a alínea b) do n.º 1 do art.º 120.º do CPTA, aplicável por remissão do n.º 4 do artigo 130.º do CPTA, que as providências cautelares devem ser adotadas “quando, estando em causa a adoção de uma providência conservatória, haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal e não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular nesse processo ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito.”

1) Do fumus boni iuris

96.º

Quanto à aparência do bom direito, por facilidade de exposição, e uma vez que a formulação da alínea a) do n.º 1 do artigo 120º do CPTA é mais exigente do que a formulação da alínea b) do mesmo diploma, remetemos integralmente para o que se deixou dito nos artigos 31.º a 63.º da presente petição.

2) Do periculum in mora

97.º No que respeita ao critério do periculum in mora, o mesmo determina que a providência deve ser concedida se, face à sua não concessão, se vier a verificar uma situação de facto consumado insuscetível de alteração e reparação para os interesses que o A. visa assegurar.

98.º

Nestes termos, deve ser concedida desde que os factos concretos alegados pelo A. inspirem o fundado receio de que, se não for concedido efeito suspensivo à decisão de não oposição por parte da AdC, será impossível proceder à reintegração da situação conforme a legalidade e, ainda, mesmo que não seja de prever que a reintegração, no plano dos factos, da situação conforme a legalidade se tornará impossível pela mora do processo, os factos concretamente alegados pelo Requerente inspirem um fundado receio da produção de “prejuízos de difícil reparação.” (Cf. Acórdão do TCA do Norte, de 28/10/2004, in www.dgsi.pt).

99.º



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

No caso concreto, verifica-se existir um ato administrativo que possibilita a assinatura do contrato entre a SUMA na posição detida por parte da EGF S.A. na AMARSUL, S.A., passando esta a integrar a posição contratual anteriormente daquela.

100.º

Os atropelos aos direitos dos demais acionistas, em concreto do Requerente Município do Barreiro, lesam-no diretamente, como já demonstrado, e são causadores de prejuízos que poderão, eventualmente, demonstrar-se irreversíveis.

(...)

Em sede de contestação, a Autoridade da Concorrência veio arguir a extinção da instância por impossibilidade ou inutilidade superveniente da lide, nos termos e para os efeitos da alínea e) do artigo 277.º do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* do artigo 1.º do CPTA (cfr. artigos 84.º a 98.º), alegando para o efeito e em síntese que:

- Tendo a presente P.I. sido utilizada para desencadear o processo cautelar e não através de um requerimento autónomo há erro na forma do processo, o que obsta ao conhecimento do objecto do processo no tocante à providência cautelar, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 87.º do CPTA;

- Caso assim não se entenda, o que por mera cautela de patrocínio se concede, a suspensão requerida não pode proceder atento o facto de a decisão de não oposição à operação de concentração por parte da AdC não ser susceptível de suspender ou impedir a prossecução e conclusão do processo de reprivatização da EGF (na exacta medida em que o ato da AdC não carece de execução e produz todos os seus efeitos no momento em que é praticado), não deve legitimar processualmente o A. a atacar, infundadamente, a análise técnica e a decisão da AdC, como eventual meio de condicionar o processo de reprivatização da EGF, levado a cabo pelo Governo;

- Não só o ato da AdC é instantâneo como os próprios atos jurídicos consequentes da decisão de não oposição, adotada pela AdC, já se encontram integralmente verificados, não sendo também, por essa razão, susceptíveis de suspensão (e ainda que independentemente de qualquer actuação da AdC).

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

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

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

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

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

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

- b) *Quando, estando em causa a adopção de uma providência conservatória, haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal e não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular nesse processo ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito;*

- c) *Quando, estando em causa a adopção de uma providência antecipatória, haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente pretende ver reconhecidos no processo principal e seja provável que a pretensão formulada ou a formular nesse processo venha a ser julgada procedente., devendo a adopção da providência ou das providências ser recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adoção de outras providências, sendo que as providências cautelares a adoptar devem limitar-se ao*



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 3/15.0YQSTR

necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente – art.º 120.º, n.º 1 e 2 do C.P.T.A., na versão aplicável da Lei n.º 4-A/2003, de 19/02 (a actual versão conferida pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 02/10 só entra em vigor 60 dias após a sua publicação).

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

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

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

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

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

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

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

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

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

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

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

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

*

Como resulta do disposto no art.º 113.º do C.P.T.A., o processo cautelar tem uma tramitação autónoma, como preliminar ou incidente do processo respectivo, sendo apensado ao processo principal quando proposto antes daquele. Por outro lado, a pretensão deve ser solicitada através de requerimento próprio com os demais requisitos previsto no art.º 114.º do C.P.T.A.

A finalidade desta tramitação especial é a de consagrar um mecanismo processual autónomo e próprio processualmente adequado ao escopo de protecção cautelar que lhe é inerente, além da que é garantida pela acção principal.

*

Posta esta caracterização processual da procedimento cautelar, a primeira questão a colocar perante o presente objecto processual é a de saber se pode haver cumulação entre



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

pedido principal de impugnação de acto administrativo e pedido de suspensão de efeitos enquanto providência cautelar.

A cumulação de pedidos está prevista nos artigos 4.º e 47.º do C.P.T.A. (entretanto revogado), remetendo-se para o art.º 46.º do mesmo código.

Com base neste normativo, pode o autor (ou vários autores litisconcorciados) deduzir, num só processo, diversos pedidos, em cumulação, contra o mesmo réu (ou mesmos réus litisconcorciados).

O artigo 4.º, n.º 1, do C.P.T.A., estabelece que *é permitida a cumulação de pedidos sempre que: a) A causa de pedir seja a mesma e única ou os pedidos estejam entre si numa relação de prejudicialidade ou de dependência, nomeadamente por se inscreverem no âmbito da mesma relação jurídica material; b) Sendo diferente a causa de pedir, a procedência dos pedidos principais dependa essencialmente da apreciação dos mesmos factos ou da interpretação e aplicação dos mesmos princípios ou regras de direito, sendo que havendo cumulação sem que entre os pedidos exista a conexão exigida, o juiz notifica o autor ou autores para, no prazo de 10 dias, indicarem o pedido que pretendem ver apreciado no processo, sob cominação de, não o fazendo, haver absolvição da instância quanto a todos os pedidos.* (n.º 3).

Afigura-se-nos que esta *válvula de escape* (adjacente à adaptação prevista no art.º 5.º, n.º 1 do C.P.T.A.), ínsita a princípios de economia processual, de eficiência na tutela jurisdicional e de prevalência da justiça material sobre a justiça formal, desde que salvaguardada a conformidade do processo equitativo, **não deve ser de aplicar no âmbito desta instância.**

Efectivamente, o pedido cautelar enunciado como pedido cumulativo e com a causa de pedir vertida nos artigos 93.º a 100.º da petição inicial depende de uma tramitação autónoma e corresponde a uma forma especial de processo, nomeadamente a forma de processo urgente prevista no art.º 36.º, n.º 1 al. f) do C.P.T.A., por oposição à forma de processo declarativo prevista no art.º 36.º do mesmo código.

Ao objecto processual da providência cautelar de suspensão de eficácia de acto administrativo corresponde a forma de processo urgente regulada nos artigos 112.º a 127.º do C.P.T.A., cuja tramitação se revela incompatível com a tramitação declarativa deste processo,



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 3/15.0YQSTR

sendo que esta diferente tramitação não decorre primacialmente da adequação do meio processual à tutela jurisdicional requerida.

Neste momento, por via da definição do objecto processual proposto pelo próprio Autor com a apresentação da petição inicial, estes autos foram tramitados enquanto acção declarativa, nomeadamente no que respeita à citação, prazos de contraditório e saneamento dos autos.

Ao enxertar na petição inicial um pedido e causa de pedir cautelar, sem que apresentasse requerimento autónomo nos termos do art.º 114.º do C.P.T.A., o Autor requerente, além de não ter agido no melhor respeito pelos deveres de cooperação e boa-fé processual devidos, comprometeu, inclusivamente, a eventual resposta urgente do Tribunal e que deve ser reclamada de qualquer procedimento cautelar.

Admitir uma instância jurisdicional urgente neste processo especial corresponderia, em nosso entender, a uma subversão da *ratio* da forma do processo declarativo administrativo, desmerecendo a opção legislativa de criar um meio processual idóneo. Qualquer

Conforme refere Abrantes Galdes, in “Temas da Reforma do Processo Civil – II Volume”, pág. 67, a lei “(...) nada diz quanto aos efeitos que derivam da falta de preenchimento de alguns dos requisitos de ordem substancial (conexão objectiva) ou processual (forma de processo e competência absoluta). Apesar disso, parece-nos que a cumulação ilegal de pedidos corresponde a uma excepção dilatatória atípica que não deve conduzir à total absolvição da instância, mas provocar uma intervenção judicial (...). A nossa lei processual configura o erro na forma de processo (artigo 193.º do NCPC por via do art.º 1.º do C.P.T.A.) na dupla qualidade de nulidade processual e de excepção dilatatória, tal como o faz para a ineptidão da petição inicial. O que é insito ao erro na forma de processo é que, ao pedido formulado, corresponda forma de processo ou processo especial diverso do empregado, e que não se mostre possível através da adequação formal, fazer com que, com a forma de processo utilizada, se venha, de todo o modo, a conseguir o efeito jurídico pretendido pelo autor.

Assim, só em derradeira análise é que o erro na forma de processo pode conduzir à absolvição da instância, visto que a lei impõe o aproveitamento de todos os actos que puderem aproveitar-se. Tal não é o presente caso, podendo-se, até, argumentar que o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

aproveitamento dos actos praticados não salvaguardaria, em conformidade, a tutela judicial provisória, posto que, na sequência do despacho antecedente, o Tribunal dispõe-se a conhecer imediatamente do mérito da causa.

*

Ainda que assim não fora, entendemos que a causa de pedir formulada para o pedido cautelar de suspensão de eficácia se revela manifestamente insuficiente e passível de um juízo de ineptidão.

Dispõe o artigo 186.º, nº 1 do NCPC, ex vi art.º 1.º do C.P.T.A. *que é nulo todo o processo quando for inepta a petição inicial*", e ainda o seu nº 2, als. a) e b): *diz-se inepta a petição quando falte ou seja ininteligível a indicação do pedido e da causa de pedir e quando o pedido esteja em contradição com a causa de pedir.*

A existência ou ausência de contradição do objecto do processo constitui um pressuposto processual, a ineptidão da petição inicial configura uma excepção dilatória nominada (art.º 577.º, al. b) do NCPC), de conhecimento oficioso (art. 578.º do NCPC), cuja procedência conduz à absolvição da instância, quando conhecida depois da citação do réu (art. 278.º, nº1 al. b) e art. 576.º, n.º 2, ambos do NCPC).

De acordo com o princípio da substanciação ou do dispositivo, o objecto processual é definido, como tal, pelo pedido e pela causa de pedir.

Entende-se por causa de pedir *"o acto ou facto jurídico de que procede a pretensão deduzida em juízo. A causa de pedir (...) é o facto jurídico que constitui o fundamento legal do benefício ou do direito, objecto do pedido; é o princípio gerador do direito, a sua causa eficiente"*. Logo, *"quando se diz que a causa de pedir é o acto ou facto jurídico de que emerge o direito que o autor se propõe fazer valer, tem-se em vista, não o facto jurídico abstracto, tal como a lei o configura, mas um certo facto jurídico concreto, cujos contornos se enquadram na configuração legal"* (ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 4ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1985, pág. 121 e 123).

Na petição inicial o autor deve formular um *pedido determinado material e processualmente, isto é solicitar ao tribunal a providência processual que julgue adequada*



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 3/15.0YQSTR

para tutela de uma situação jurídica ou dum interesse que afirma materialmente protegido indicando a causa de pedir, ou seja, o facto constitutivo da situação jurídica material que pretende fazer valer em juízo. (LEBRE DE FREITAS, Código de Processo Civil Anotado, Vol. I, Coimbra Editora, pág. 343).

Há falta de causa de pedir quando não são alegados os factos em que se funda a pretensão do autor; há insuficiência da causa de pedir quando aqueles factos são alegados, mas são insuficientes para determinar a procedência da acção. A falta de causa de pedir ou a sua ininteligibilidade acarretam a ineptidão da petição. A consequência da falta de causa de pedir é a absolvição da instância ou o indeferimento liminar da petição, nos casos em que ainda é admissível (artº 234º-A do Código de Processo Civil). A consequência da insuficiência da causa de pedir continua a ser a improcedência da acção - Ac. RL de 02/02/2010, proc. nº 6178/07.5TBOER.L1-1, relator PEDRO BRIGHTON, disponível em dgsi.pt.

Há contradição entre o pedido e a causa de pedir quando exista uma contradição lógica distinta da mera *inconcludência jurídica*, maior do que a previsibilidade da *ocorrência de factos impeditivos* ou da errada subsunção ao Direito, sendo preciso *que o pedido brigue com a causa de pedir* (neste sentido LEBRE DE FREITAS, ob. citada, pág. 346, citando e comentando a lição de Alberto dos Reis).

*

Como avançámos, salvo o devido respeito, afigura-se-nos que o pedido de suspensão de eficácia da decisão da AdC em apreciação vem inquinado de ineptidão por manifesta falta de causa de pedir, na sequência do entendimento jurisprudencial assinalado.

Na petição inicial e que fixa o objecto processual deste processo principal, o Autor introduz a causa de pedir inerente à providência de pedido de *suspensão do acto* fazendo referência a alegações ao abrigo do art.º 120.º, n.º 1 al. a) do C.P.T.A., as quais não constam do articulado precedente, sendo a remissão, portanto, absolutamente inoperante.

Neste conspecto, o Autor prescinde, por completo, de sindicar os critérios de decisão e de adopção de providência cautelar respeitantes a impugnação de acto manifestamente ilegal.

Atenta a referência conclusiva ao art.º 120.º, n.º 1 al. b) do mencionado código, não vislumbramos como possa estar em causa uma providência conservatória quando o próprio



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

Autor situou a procedência da suspensão por via da referida impugnação de acto administrativo

Depois, nesta sequência, a legação do *andamento do processo de concentração* é, para nós, flagrantemente conclusiva e não permite qualquer sindicância factual sobre o que seja a *constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação*.

Sendo o art.º 95.º mera reprodução do normativo legal, o art.º 96.º remete para os fundamentos do pedido declarativo.

Depois, sobre o *periculum in mora* os seguintes artigos 97.º a 100.º são claramente conclusivos, vagos, desgarrados de qualquer factualidade atendível ou compreensível para que se possa alcançar juízo suficiente quanto à ocorrência ou prognose de prejuízos para a posição jurídica do Autor. Certamente que as referências a *assinatura do contrato entrè a SUMA* (sem indicação da contraparte) e a *atropelos aos direitos dos demais accionistas* não podem satisfazer o ónus de alegação que competia ao Autor, precludindo, asseveradamente, qualquer instância probatória e exercício de contraditório.

*

Pelo exposto, julgo verificada a excepção dilatória de coligação ilegal de pedidos, absolvendo a Ré e Contra-interessadas da instância quanto ao pedido e causa de pedir de suspensão dos efeitos da decisão proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF.

Notifique.

* * *

*

Inexistem outras excepções, nulidades ou quaisquer questões prévias ou incidentais que obstem ao conhecimento do mérito, e de que cumpra conhecer.

* * *

*

IV. Do valor da acção.

Considerando a falta de impugnação do valor da acção e o interesse difuso em causa relacionado com a defesa da concorrência no mercado da valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos da margem sul do Tejo; nos termos e para os efeitos dos artigos 31.º e 34.º,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

n.º 1, ambos do C.P.T.A.; **fixo à presente acção o valor de 30.0000,01€ (trinta mil euros e um cêntimo).**

* * *

*

V. Do conhecimento de mérito.

Considerando os termos das alegações dos articulados; **considerando** a apreciação das questões prévias que antecede; **considerando** os fundamentos que integram a causa de pedir do Autor, Município do Barreiro, para a procedência do pedido de anulação de deliberação da Autoridade da Concorrência; **considerando** que o Autor não requereu a produção de actos de instrução além da junção da prova documental; **considerando** que não se afigura útil ou necessária a produção de outras indagações para conhecimento do pedido principal; **considerando** a inexistência de matéria factual controvertida; **considerando** que, nos termos do artigo 15.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, as alterações efectuadas ao Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, em matéria de organização e funcionamento dos Tribunais Administrativos, entram em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, incluindo o art.º 40.º relativo à competência do juiz singular; **considerando** que o Autor, Ré e Contra-interessadas foram notificadas nos termos e para os efeitos do art.º 87.º, n.º 1 al. a) e b) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, na versão conferida pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro), com expressa advertência de que, nada opondo, o Tribunal conhecerá total ou parcialmente do mérito da causa, com dispensa de alegações finais; **considerando** que nenhuma das partes veio manifestar oposição, **determino que os autos prossigam para a prolação de decisão final.**

* * * * *

* * * *

* * *

**

*

*

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

SENTENÇA

I. RELATÓRIO.

1.1. O Autor **Município do Barreiro**, com sede na Rua Miguel Bombarda, s/ número, 2830-355, no Barreiro, com o NIPC 506673626 (doravante designado por Autor), ao abrigo do disposto nos artigos 91.º, 1.º, 92.º, n.º 3 da Lei da Concorrência e dos artigos 46.º e seguintes do CPTA., veio interpor a presente acção administrativa especial contra a **Ré Autoridade da Concorrência** (doravante AdC), com sede na Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, **peticionando** a anulação da deliberação da Autoridade da Concorrência, proferida em 23 de Julho de 2015, no processo Ccent. 37/2014 SUMA -EGF, bem como suspensão dos efeitos da mesma.

Identificou como contra-interessados as sociedades: **FOMENTO de Construciones y Contratás**, com sede na Av. Camino de Santiago, 40 28050 Madrid; **CESPA Portugal, S.A.**, com sede na Av. Almirante Gago Coutinho, 144, 1700-033 Lisboa; **CITRI - Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais S.A.**, com sede no Parque Industrial SAPEC Bay – Mitrena, Apartado 283, 2901-901 Setúbal; **FOMENTINVEST Ambiente S.G.P.S. S.A.**, com sede na Rua Tierno Galvan, Torre 3-10º, 1070-274 Lisboa; **HIDURBE Gestão de Resíduos S.A.**, com sede na Rua Padre António, nº 232 - 5º - sala 5.3 4470-136 Maia; **RECOLTE Serviços e Meio Ambiente S.A.**, com sede na Rua Encosta das Lagoas, Edifício 1 – Piso1, 2740 – 264 Oeiras; **REDE Ambiente - Engenharia e Serviços S.A.**, com sede na R. Lordelo, 4510-591 Fânzeres; **SEMURAL - Waste & Energy S.A. e Recivalongo - Gestão e Tratamento de Resíduos Lda.**, com sede na R. do Cartão, 4700 Braga; **RETRIA - Gestão e tratamento de Resíduos Lda.**, com sede no Vale da Cobra, 4440-339, Sobrado; e os **Municípios de Almada**, com sede no Largo Luís de Camões, 2800 - 158 Almada; da **Amadora**, com sede na Av. do Movimento das Forças Armadas, 2700-595 Amadora; de **Lisboa**, com sede na Praça do Município, 1149-014 Lisboa; de **Loures**, com sede na Praça da Liberdade, 2674-501 Loures; da **Mealhada**, com sede no Largo do Município 3054-001 Mealhada; de **Palmela**, com sede no Largo do Município, 2954-001 Palmela; do **Seixal**, com sede na Alameda dos Bombeiros Voluntários, n.º 45, 2844-001 Seixal; de **Sesimbra**, com sede na Rua da República 3, 2970-741 Sesimbra; de **Setúbal**, com sede na Praça de Bocage,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.º 3/15.0YQSTR

2901-866 Setúbal, e de Vila Franca de Xira, com sede na Praça Afonso de Albuquerque 2, 2600-093 Vila Franca de Xira.

Discordando do sentido da decisão de não oposição adoptada pela AdC, após o enquadramento do seu interesse em agir, enquanto accionista da AMARSUL, e bem assim na qualidade de representante da população que serve (cfr. artigos 1.º a 17.º) e a identificação do acto sindicado (cfr. art.º 18.º), o Município do Barreiro sustenta a procedência da acção nos seguintes fundamentos (em síntese):

- Entende a AdC no ponto 77 e seguintes, que deve ser feita uma separação entre a prestação de serviços de gestão de RU de responsabilidade municipal e a prestação de serviços de RNU;

- Resultando desta destriça as "atividades em baixa", as quais podem ser prestadas directamente pelos municípios, através de empresas municipais ou, ainda recorrendo à contratação de empresas privadas por via concursal;

- Os municípios encontram-se assim legalmente obrigados a articularem com as entidades gestoras "em alta" o procedimento de entrega de resíduos urbanos gerados na área dos respectivos municípios;

- De forma resumida, a decisão conclui, quer do ponto de vista jus concorrencial quer numa análise aos efeitos não-horizontais, que não existem entraves significativos concorrência nos mercados considerados relevante nem a operação acarretará o encerramento do mercado na vertente em "baixa";

- Considera o A., que na opção de concentração que se analisa, a SUMA -EGF ao ser detentora da maioria de capital das empresas concessionárias dos onze sistemas multimunicipais, veda por um excessivo período a entrada de agentes económicos no mercado e a efectiva livre concorrência (ainda para mais alargado pela prorrogação de algumas atuais concessões);

- E concretizará a cedência de um direito exclusivo sobre 60% do mercado nacional de valorização e tratamento de resíduos, podendo ainda ser extensível a outras áreas de actuação;

- O processo avançou sem que a Tutela resgatasse as concessões dos sistemas multimunicipais e abrisse, a cada uma, ao mercado da concorrência, permitindo a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

libertação dos Municípios do espartilho de continuarem vinculados a contratos de exclusividade oferecidos a agentes privados;

- Com tal procedimento constata-se um claro desacato pela decisão, opinião e respeito que os Municípios merecem enquanto titulares de direitos provenientes das participações nas sociedades concessionárias;

- Perante a aquisição da EGF pela SUMA, e tendo em conta ainda as mais variadas actividades exercidas por esta na vertente em baixa, estão criadas condições práticas conducentes à institucionalização de um monopólio legal na gestão dos resíduos em Portugal;

- O encerramento de mercado, que considerando as actividades hoje exercidas parece-nos ser rapidamente atingível, poderá potenciar o aumento de tarifas pagas à concessionária.

- Relembrando que os Municípios, no qual o A. se inclui, permanecerão com a minoria do capital, parece-nos importante questionar em que medida está fundamentado que a empresa detentora da EGF, e cujos incentivos não estão de facto alinhados com os dos Municípios, não terá (ou poderá exercer) um poder total para a fixação de tarifas, sobredimensionando os custos da atividade em alta e, por esta via, aumentando o pagamento por parte daqueles:

- Ora, atendendo à estrutura accionista, ao modo de funcionamento da mesma, atendendo às participações sociais em causa, será por demais evidente que os Municípios não poderão levar a cabo qualquer operação de controle, reflectindo um tolhimento da capacidade negocial dos mesmos;

- Constitui preocupação dos mesmos na eventual necessidade de fazer repercutir custos mais elevados sobre as suas populações, facto que é indesejável;

- E sobre este aspecto, **não se encontram fundamentadas as considerações da AdC quando refere o acompanhamento do Regulador – “o acompanhamento previsto no regulamento tarifário, assim como o conhecimento detalhado já detido pelo regulador quanto à estrutura de custos das concessionárias tornam inverosímil a possibilidade de imputação artificial de custos às atividades “em alta” em escala tal que permita à SUMA/EGF proceder ao encerramento lucrativo do mercado “em baixa”;**

- Estranhando-se o resultado da avaliação efetuada pela AdC, cf. pontos 520 e ss., na qual se preconiza que a operação não coloca entraves significativos à concorrência, pela



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.º 3/15.0YQSTR

ausência de efeitos horizontais e não-horizontais, quando, nos elementos aduzidos até esse momento, é clara a demonstração, que esta se encontra seriamente diminuída;

- Entendimento partilhado pela ERSAR, cf. ponto 539 da decisão, no qual é referido que a contratualização do serviço de recepção de resíduos urbanos, em regime de exclusivo, a um sistema multimunicipal de tratamento desses resíduos, confere a esse sistema uma posição potencialmente dominante no mercado, concluindo não ser evidente que não se verifiquem efeitos verticais como defendido pela AdC;

- **Verifica-se que o resultado da investigação aprofundada levado a cabo pela AdC, no qual se pronuncia pela não oposição à concentração sob crise, resulta em conclusões que contrariam cabalmente os elementos por si recolhidos;** além de não responder cabalmente às solicitações efectuadas pelos contra-interessados, remetendo-se tão só, a considerações que se fundamentam em juízos de prognose, e de funcionamento sem quaisquer incidentes, do mercado;

- Verifica o A., que até á presente data, não procedeu a AdC , à publicação da deliberação em questão, sendo que as deliberações e regulamentos da Autoridade Reguladora da Concorrência são obrigatoriamente publicados na II Série do Boletim da República e na sua página electrónica;

- A Autoridade Reguladora da Concorrência tem o dever de publicar na sua página a versão não confidencial das decisões, devendo referir-se aos casos em que as mesmas estejam pendentes de recurso, nos termos do art.º 29.º números 1 e 2 do Regulamento da Lei da Concorrência;

- Constituem atribuições do Município, nos termos ao art.º 23.º da Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, a promoção e salvaguarda dos interesses próprios das respectivas populações, em articulação com as freguesias, e, nos termos do n.º 2.º, al. k), do mesmo diploma legal, é igualmente sua atribuição o ambiente e saneamento básico;

- A garantia de um funcionamento eficiente dos mercados está inscrita na CRP como uma incumbência prioritária do Estado (art.º 81º, alínea f), constituindo um valor objectivo da ordem constitucional, sendo consequentemente assumido como garantia-institucional da ordem económica;



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 3/15.0YQSTR

- Ora, no caso sob crise, é patente na decisão que ora se impugna, existirem inúmeras situações nas quais os princípios informadores da Lei da Concorrência não se encontram cumpridos, não afectando tal facto, a decisão emitida pela AdC que, de modo sintético, na maioria baseado em prognose, a reitera;

- Efectivamente, não é referida sequer a existência de acordos exclusivos, (entre os Município e a SUMA/EGF), que se consubstancia na obrigação de exclusividade, como a exigência a um cliente que, num determinado mercado, compre bens ou serviços, exclusivamente ou em grande parte, apenas a uma empresa - acordos de compra exclusiva, cf. art.º 11.º, n.º 2 do RJC, e art.º 102.º, al. b), TFUE;

- Situação em que, se encontram os Municípios;

- Ora, a Comissão Europeia tem considerado que este tipo de acordo é susceptível de gerar efeitos similares às de uma obrigação de não concorrência, por encerramento do mercado;

- Não proibindo, à partida, estas práticas, a Comissão Europeia considera no entanto que, no caso concreto, os seguintes aspectos devem ser analisados: a. A capacidade de disputa dos concorrentes, em condições de igualdade, relativamente ao conjunto da procura de um cliente, sendo importante avaliar se a empresa dominante é um parceiro incontornável; b. A duração da exclusividade, em que quanto maior for o prazo da obrigação, maior é a probabilidade de existência de um efeito de encerramento do mercado; e c. O âmbito da obrigação da compra exclusiva;

- No Livro Branco da Comissão Europeia sobre concentrações é referido haver margem para aumentar a cooperação e a convergência, em especial no desenvolvimento de testes materiais para documentos de orientação (como as Orientações da Comissão para a apreciação das concentrações horizontais e não horizontais) e a sua aplicação e interpretação pelas autoridades da concorrência e tribunais que exercem o controlo judicial;

- Entre os pontos de divergência a assinalar encontram-se as legislações nacionais que ainda permitem que um governo anule uma decisão de uma ANC baseada na concorrência e autorize uma concentração anticoncorrencial com base noutras considerações de interesse público



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.º 3/15.0YQSTR

- Analisando o mercado de forma verticalizada, verifica-se que a empresa dominante, SUMA/EGF, tem um papel preponderante a montante e concorre a jusante com outros operadores, acumulando assim o papel de fornecedora e concorrente;

- Os Municípios encontram-se na situação de falta de alternativa, sem a possibilidade de optarem por outra empresa;

- Os sistemas multimunicipais de resíduos são concebidos como sistemas integrados que determinam a vinculação legal dos municípios de, enquanto utilizadores "em baixa", procederem à ligação a esses sistemas multimunicipais dos respectivos sistemas municipais de recolha de resíduos sólidos urbanos, nos termos do n.º 2, do art.º 2.º do Decreto-Lei 92/2013 de 11 de Julho;

- **Veja-se o conteúdo do art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 97/2014, de 31 de Dezembro, sobre Práticas Anto-Concorrenciais: A proibição de acordos verticais constante do artigo 18 da Lei n.º 10/2013, de 11 de Abril, está sujeita às mesmas condições gerais da proibição do artigo 17 da mesma Lei, se tais acordos tenham por objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional;**

- Consequentemente, a **deliberação da AdC, ao permitir a concentração da SUMA/EGF, consubstancia materialmente a prática de ato administrativo sob a forma de deliberação, unilateral, e concretamente definidora de permissão à concentração, ao arrepio do que impôs as disposições, e com a agravante de também integrar a estrutura societária da AMARSUL, o Município A. e os demais contra-interessados nos presentes autos, os quais, por sua vez, são detentores de um estatuto constitucional portador de interesses próprios que também se projectam na qualidade de accionistas da AMARSUL;**

- O ato materialmente administrativo de não oposição à concentração da SUMA/EGF, à margem do que estabelece a Lei da Concorrência, também impede o Município A. e demais accionistas públicos da AMARSUL, de na Assembleia Geral da sociedade projectarem por dever constitucional a garantia institucional que lhes assegura a protecção e defesa dos interesses próprios das respectivas populações, que lhes compete prosseguir e acautelar.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

Seguidamente, **enquadrou o pedido de suspensão do acto (artigos 94.º a 100.º) e o interesse em agir com isenção de custas (artigos 101.º a 106.º), mais requerendo a citação da Ré e contra-interessados e a junção de prova documental.**

1.2. Cumprida a citação na sequência do convite para que o Autor repetisse a apresentação em juízo da petição inicial por transmissão electrónica de dados, nos termos definidos na portaria n.º 280/2013 de 26 de Agosto (cfr. despachos de 14-09-2015, de 23-09-2015 e de 13-10-2015, os **Municípios de Vila Franca de Xira** (cfr. requerimento sob a ref.ª 18815), de **Palmela** (cfr. requerimento sob a ref.ª 19095), de **Setúbal** (cfr. requerimento sob a ref.ª 19115), de **Loures** (cfr. requerimento sob a ref.ª 19141), da **Mealhada** (cfr. requerimento sob a ref.ª 19211) e do **Seixal** (cfr. requerimento sob a ref.ª 19392) vieram juntar procuração para acompanhamento dos autos.

1.3. Cumprida a citação, os **Municípios de Sesimbra** (cfr. requerimento sob a ref.ª 19170, com lapso de escrita na identificação do Autor), da **Mealhada** (cfr. requerimento sob a ref.ª 19299) e da **Amadora** (cfr. requerimento sob a ref.ª 19332) vieram apresentar requerimento de adesão aos articulados do Autor.

1.4. Em sede de contestação, a **Autoridade da Concorrência** veio proceder a uma exposição introdutória (cfr. arts. 1.º a 21.º), arguir a falta de identificação e contra-interessados (cfr. arts. 22.º a 28.º) e a ilegitimidade activa do Autor (cfr. arts. 29.º a 37.º), requerendo a absolvição da instância.

Sequentemente, estruturando a defesa quanto à criação de monopólio legal (cfr. arts. 38.º a 61.º), ao aumento de tarifas (cfr. arts. 62.º a 68.º), à contradição da decisão (cfr. arts. 69.º a 83.º), ao pedido de suspensão do acto (cfr. arts 84.º a 97.º), à inexistência da publicação da decisão (cfr. arts. 99.º a 104.º), a AdC veio opor-se ao procedimento dos pedidos formulados, considerando, em síntese, que:

- Nos artigos 26.º, 27.º, 29.º, 30.º, 74.º e 78.º da sua P.I., o Município do Barreiro tece uma série de considerações que o levam a concluir que com a adopção de uma decisão de não oposição, a AdC viola os princípios informadores da Lei da Concorrência, permitindo criar um “monopólio legal na esfera de interesses privados”;



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 3/15.0YQSTR

- Sucede que, salvo o devido respeito, a **AdC** nem sequer consegue apreender quais os princípios incumpridos, nem o A. indica quais as normas violadas com a adoção da decisão de não oposição;

- Na P.I. são feitas alusões, sem qualquer concretização, à existência de uma alegada posição dominante privada resultante da alteração na estrutura de controlo da empresa que afecta a concorrência no mercado;

- Ora, a presente operação de concentração enforma, no que ao mercado da gestão de responsabilidade municipal de RU “em alta”, a atribuição de uma concessão, logo trata-se de uma operação que visa a concorrência pelo mercado e não a concorrência no mercado;

- Deste modo, não estamos perante uma situação enquadrável, como parece pretender o A., na norma que proíbe o abuso de posição dominante, a qual constitui uma prática restritiva da concorrência e que, em caso de ocorrência, dá lugar à abertura de um processo sancionatório de natureza contraordenacional nos termos previstos nos artigos 13.º e seguintes da Lei n.º 19/2012;

- Ora, tais referências não encontram qualquer suporte no regime jurídico da concorrência, porquanto os processos sancionatórios relativos a práticas restritivas, de natureza contraordenacional, são processos perfeitamente distintos dos processos de controlo de concentrações, de natureza administrativa, e no qual se insere a operação de concentração objecto dos presentes autos, não havendo qualquer relação entre eles;

- No âmbito do presente processo de controlo de concentrações, verifica-se que a **AdC**, face à complexidade da mesma, realizou uma investigação aprofundada, tal como prevista no artigo 52.º da Lei n.º 19/2012, tendo realizado uma série de diligências de investigação;

- E, após tais diligências de investigação, a **AdC** concluiu de forma 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;

- A presente operação de concentração envolveu, por um lado, uma sobreposição horizontal, nos mercados da prestação de serviços de gestão de Resíduos Não Urbanos (RNU) e, por outro, potenciais efeitos não horizontais, envolvendo o mercado regulado da prestação de serviços de gestão de RU, de responsabilidade municipal (“em alta”) e o mercado de prestação de serviços de apoio à gestão de RU, de responsabilidade municipal (“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.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

- Diga-se que face à ausência de efeitos horizontais e não-horizontais, é forçoso concluir que a presente operação não era susceptível de criar entraves significativos à concorrência, em qualquer um dos mercados relevantes identificados;

- Não se vislumbra, assim, de que forma é que a decisão de não oposição adotada pela AdC ao ter concluído que as questões suscitadas quanto a esta matéria não foram suficientes para afastar a conclusão da sua avaliação jusconcorrencial, poderia determinar a sua anulação, devendo, por essa razão, a alegação do A. quanto a esta matéria improceder;

- O A. retoma o argumento de que a operação de concentração, que este classifica como um alegado encerramento do mercado e de diminuição da capacidade negocial dos Municípios, poderá potenciar o aumento de tarifas pagas à concessionária (v. artigos 30.º, 37.º, 38.º, 44.º);

- Este tema encontra-se tratado na decisão (v. parágrafos 181 a 192, pp. 30 a 32), onde se esclarece que a ERSAR — Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) dispõe das competências e das atribuições necessárias para assegurar a regulação económica das entidades gestoras, nomeadamente, ao nível tarifário, quer através da fixação das tarifas para os sistemas multimunicipais, quer ao nível de auditoria do cumprimento do Regulamento Tarifário, por parte dos sistemas municipais e intermunicipais;

- Nos termos do Regulamento Tarifário — com plena aplicação no primeiro período regulatório, com início em 2016 —, o Regulador, relativamente aos sistemas multimunicipais, “passará a fixar as suas tarifas baseando-se num novo modelo de proveitos permitidos estabelecidos para períodos regulatórios plurianuais, que assegura maior estabilidade tarifária, remete para a entidade gestora os riscos operacional, de investimento e de financiamento e incorpora diversos mecanismos de eficiência”;

- Em termos gerais, o novo enquadramento tarifário enquadra-se num modelo de regulação designado por modelo de proveitos permitidos (revenue cap), segundo o qual o Regulador estabelece um limite para os proveitos da entidade gestora para um dado período regulatório (3 anos), sendo a tarifa definida implicitamente com base nos proveitos permitidos e na procura expectável;

- o facto de a AdC ter entendido que as questões suscitadas quanto a esta matéria, não foram suficientes para afastar a conclusão da avaliação jusconcorrencial, não poderia nunca



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

determinar a anulação da sua decisão de não oposição e se, na óptica do Município do Barreiro, o determinasse, então teria o mesmo de ter explicitado quais as razões de facto e de direito que fundamentam tal conclusão;

- Nos artigos 48.º a 53.º da P.I., o Município do Barreiro vem alegar que o resultado da avaliação efectuada pela AdC, designadamente, nos pontos 520 e seguintes da decisão é contrária aos elementos aduzidos no processo, em particular, com o parecer da ERSAR e com o resultado da investigação aprofundada, sem contudo concretizar;

- De acordo com uma análise conjugada do artigo 91.º do Código do Procedimento Administrativo, do artigo 55.º da Lei n.º 19/2012 e das normas que fixam a competência regulatória da ERSAR, resulta que o parecer da ERSAR não tem natureza vinculativa, reportando-se o conteúdo do mesmo aos específicos poderes de regulação da ERSAR e não a uma análise do impacto da operação de concentração na concorrência.

- A análise - de natureza jusconcorrencial - da AdC, deve naturalmente ter em conta o teor do parecer emitido pela ERSAR, não estando contudo vinculada ao mesmo para efeitos de decisão final a adoptar no procedimento, acrescendo que a AdC nunca desconsiderou o parecer emitido pela ERSAR, conforme, aliás, decorre das pp. 74 a 77 da sua decisão de não oposição, tendo elencado e incorporado as principais questões suscitadas pela tal entidade reguladora sectorial, mas concluindo que “as questões suscitadas pela ERSAR não são suficientes para afastar a conclusão da avaliação jusconcorrencial conforme consta da secção 7.4., pelas razões aí resumidas.”;

- Em síntese, 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 nulidade da sua decisão de não oposição e se, na óptica do Município do Barreiro o determinasse, então teria o mesmo de ter explicitado quais as razões de facto e de direito que fundamentam tal conclusão, o que não fez, razão pela qual, também este ponto da sua alegação terá de improceder;

- 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;



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 3/15.0YQSTR

- Acontece que, atenta a investigação realizada, a AdC não apurou elementos, que permitissem concluir que, da operação de concentração, viriam a resultar entraves significativos à concorrência nos mercados identificados, por via de efeitos horizontais e/ou efeitos não-horizontais, como de todos os elementos que veio a apurar permitiram esclarecer as dúvidas e afastar/mitigar as preocupações inicialmente identificadas e que justificaram a abertura de uma fase de investigação aprofundada;

- Nos artigos 55.º e 56.º da P.I., o A. alega que a AdC não procedeu à publicitação da decisão de não oposição à operação de concentração, juntando para o efeito, uma impressão da página electrónica desta Autoridade, referente aos processos de concentração em curso;

- Efectivamente a AdC, em cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 90.º da Lei n.º 19/2012, bem como da alínea f) do n.º 1 e dos n.os 2 e 3 do artigo 46.º dos seus Estatutos, tem o dever de publicar na sua página electrónica a versão não confidencial das suas decisões, o que fez in casu.

Concluiu, peticionando a improcedência da presente acção.

1.5. Por requerimento de 23-11-2015 (ref.ª 19312), as contra-interessadas identificadas nos autos CESPA – Portugal, S.A.; CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A.; FOMENTINVEST Ambiente SGPS, S.A.; HIDURBE – Gestão de Resíduos, S.A.; RECOLTE – Serviços e Meio Ambiente, S.A.; SEMURAL – Waste & Energy, S.A.; RECIVALONGO – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda.; e RETRIA – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda., nos termos do artigo 3.º, n.º 3 do Código de Processo Civil, aplicável ex vi do artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, vieram alegar que não têm qualquer interesse na manutenção da decisão impugnada e da análise da P.I. resulta que estas não serão prejudicadas pelo provimento do presente processo impugnatório, pelo que não assumem a qualidade de Contra-interessadas (cf. artigos 10.º e 57.º, ambos do CPTA).

1.6. Por despacho de 07-12-2015, considerando que o processo n.º 8/15.1YQSTR veio informar os autos de que foi requerida a apensação do presente processo àqueles autos, determinou-se a notificação das partes para que se pronunciassem sobre a mencionada apensação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.º 3/15.0YQSTR

1.7. Por requerimento de 15-12-2015, a Ré AdC veio requerer a apensação dos processos 5/13.7YUSTR e 8/15.1YQSTR aos presentes autos, por presunção de anterioridade.

1.8. Por despacho de 19-01-2016, determinou-se a notificação das partes de que, por decisão de 14-01-2016, foi indeferida a apensação dos presentes autos ao processo n.º 8/15.1YQSTR; indeferiu-se a apensação requerida pela Ré AdC e convidou-se o Autor a deduzir incidente de intervenção principal provocada de da SUMA, S.A. e da EGF, S.A. e/ou da ADP -ÁGUAS DE PORTUGAL. S.A., na qualidade de contra-interessados, e sob expressa advertência de que não cumprindo o convite se julgará procedente a exceção dilatória de ilegitimidade passiva, por preterição de litisconsórcio necessário, absolvendo-se a Ré e contra-interessados da instância.

1.9. Por despacho de 08-02-2016 relevando o requerimento de 27-01-2016 (ref.ª 20307), nos termos dos fundamentos enunciados no despacho de 19-01-2016, ao abrigo do disposto nos artigos 316.º, n.º 1 e 2 e 318.º, n.º 1 al. a) do NCPC e 10.º, n.º 1; 81.º n.º 1, al. a) e 7.º-A.º, n.º 2 do C.P.T.A., foi proferido despacho a admitir a intervenção nos presentes autos como intervenientes principais, associadas da Ré e na qualidade de Contra-Interessadas, as chamadas SUMA, S.A., com sede na R. Mar do Norte 1.03.2 1B, 1998-017 Lisboa e EGF S.A., com sede na rua Visconde de Seabra, 3, 2º, 1700-421 Lisboa, e a determinar a respectiva citação.

1.10. Em sede de contestação, as Contra-Interessadas **Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. e EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S.A. vieram apresentar exposições introdutórias (cfr. arts. 1.º a 8.º) e arguir exceção de ilegitimidade activa e da falta de interesse em agir (cfr. arts. 9.º a 74.º) e exceção de ilegitimidade passiva por preterição de litisconsórcio necessário passivo (cfr. arts. 75.º a 106.º).**

Sequentemente, as Contra-interessadas vieram opor-se ao decretamento dos pedidos, defendendo que:

- Cumpre referir que apesar de, em face das normas legais aplicáveis e à luz da prática consolidada da AdC, o Autor ter apresentado as suas observações no âmbito do processo de controlo de concentrações fora do horário do expediente da autoridade (17h30m), no último dia do prazo previsto no n.º 2 do artigo 47.º da Lei da Concorrência, ainda assim a sua intervenção foi considerada relevante para a investigação pela deliberação do Conselho da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

AdC de 31 de março de 2015, tendo as observações do Município do Barreiro sido consideradas no decurso da investigação (tal como resulta do ponto 9.2.17 da Decisão), pelo que não se descortina a razão de ser da inclusão destes artigos 19.º e 20.º na Petição Inicial;

- As Contra-interessadas notam que a atividade de gestão de RU de responsabilidade municipal em alta (que integra as actividades de tratamento e valorização de “resíduos” a que a o Município do Barreiro se pretende referir, ainda que de forma imprecisa) exercida pelas concessionárias da EGF estava, antes da aquisição da EGF pela SUMA, e continuará a estar, sujeita a um regime de monopólio legal regulado, sendo que, na área territorial exclusiva atribuída a cada uma das concessionárias para o exercício desta atividade a quota de mercado é, como já era, naturalmente, de 100%;

- A grande mudança neste regime de monopólio legal regulado - a que, repete-se, sempre esteve sujeita a AMARSUL - que se verificou com a entrada de um accionista de controlo de capitais privados no capital das concessionárias, foi simplesmente que o monopólio legal passou a estar sujeito a uma regulação ainda mais apertada, mercê de um conjunto de alterações legislativas e regulatórias que reforçaram o controlo da actuação das concessionárias;

- Na verdade o enquadramento normativo aplicável às concessões e a reconfiguração contratual actualmente em vigor incluem um claro reforço dos poderes do Concedente, se comparados com o regime anterior;

- Foram também reforçadas as obrigações das concessionárias, que estão adstritas ao cumprimento de obrigações de serviço público definidas pelo Concedente, com o objetivo de garantir uma gestão eficiente do sistema, universalidade no acesso e continuidade da qualidade do serviço, incluindo o cumprimento de metas ambientais, também no âmbito da recolha selectiva e reciclagem, tendo em conta o PERSU 2020, tal como resulta da Base XXV do Decreto-lei n.º 96/2014 e da cláusula 26.º da reconfiguração contratual da concessão;

- Com efeito, operações de concentração envolvendo a aquisição de monopólios legais já foram e podem continuar a ser insusceptíveis de resultar em entraves significativos à concorrência efectiva;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.º 3/15.0YQSTR

- Quanto à forma como a reprivatização foi conduzida, e as preocupações quanto ao eventual defraudar pelo Estado das expectativas dos municípios, é notório que esta matéria não tem qualquer pertinência em sede de controlo de concentrações;

- Ao invés, deverá a AdC apenas considerar, na sua análise, os factores mencionados no n.º 2 do artigo 41.º da Lei da Concorrência e, com base na avaliação que faça destes, determinar o impacto que a operação de concentração pode vir a ter, ou não, na estrutura de mercado;

- Acresce que, ao abrigo dos Estatutos da AdC (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto) e do Código do Procedimento Administrativo, a AdC não tem competência para apreciar a legalidade de quaisquer atos que não tenha emitido;

- Importa referir que os incentivos e a capacidade por parte da SUMA/EGF para implementar eventuais estratégias de encerramento do mercado dos serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (em baixa) foram claramente afastados pela AdC nos parágrafos 502 e seguintes da Decisão, importando ainda realçar a análise exaustiva de possíveis barreiras à entrada neste mercado que resulta dos parágrafos 286 e ss. da Decisão;

- Não conseguem as Contra-interessadas extrair qualquer sentido útil da referência à impossibilidade por parte do município de “combinar serviços em alta e em baixa com qualquer outra empresa”, incluída no artigo 35.º da Petição Inicial, tendo em conta que esta combinação não é, nem nunca foi possível;

- Com efeito, o mercado de gestão de RU de responsabilidade municipal (em alta) é um monopólio legal regulado, devendo os municípios incluídos na área de exclusividade territorial da concessionária, nos termos do Decreto-Lei n.º 96/2014, dos contratos de concessão e dos contratos de entrega e recepção celebrados com as concessionárias, entregar os RU na concessionária respectiva;

- Os únicos concursos organizados pelos municípios na área dos RU são, como eram antes da concentração, relativos aos serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal em baixa e estes não incluem, nem podem incluir, serviços de RU que extravasem a recolha e o transporte para a concessionária a que o município está adstrito;

- São infundadas as considerações tecidas pelo Autor nos artigos 36.º a 42.º da Petição Inicial, a respeito dos alegados incentivos à implementação de estratégias de imputação 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 3/15.0YQSTR

custos das actividades “em baixa” às actividades “em alta”, através da fixação de tarifas, bem como as reticências deste quanto ao papel de controlo dos municípios;

- O regime tarifário actualmente em vigor é particularmente exigente, prevendo um período regulatório relativamente longo (3 anos) e um modelo de revenue cap (proveitos permitidos) com factores de incremento de eficiência (diminuição de custos);

- O regulador ERSAR tem um conhecimento aprofundado das estruturas de custos das concessionárias e, embora não seja inconcebível que as actividades “em alta” possam, eventualmente, assumir parte de alguns custos partilhados, todavia, para que estes custos pudessem desempenhar qualquer papel numa eventual estratégia de encerramento do mercado de RU em baixa, teriam de assumir uma dimensão muito significativa;

- Com efeito, qualquer teoria do dano baseada na imputação em alta dos custos da atividade em baixa de forma a propiciar o encerramento deste mercado pressuporia, por parte da entidade pós-concentração, uma conduta de legalidade muito discutível sem que vários mecanismos de controlo fossem accionados, o que é confirmado pelo facto de 11 municípios se terem constituído como contra interessados no processo de controlo de concentrações, tendo inclusivamente, grande parte destes, recorrido da Decisão da AdC;

- Ou seja, para que a SUMA conseguisse encerrar o mercado em baixa seria necessário que concomitantemente: (i) A SUMA/EGF conseguisse imputar custos da atividade de RU em baixa à atividade de RU em alta em grande escala (o que seria ilegal); (ii) Ninguém notasse que essa imputação está a suceder; (iii) A SUMA concorresse de forma tão agressiva que abdicaria de receitas da atividade em baixa durante vários anos; (iv) As dezenas de concorrentes neste mercado nada fizessem (através de estratégias de concentração e reorganização, por exemplo); e, ainda, (v) Os municípios se deixassem ficar à mercê da SUMA/EGF12;

- Nos artigos 46.º a 49.º da Petição Inicial, o Autor tece algumas considerações vagas e confusas relativamente ao facto de a Decisão da AdC não ter acolhido as “graves e importantes preocupações” referidas pela ERSAR;

- Esta consideração por parte do Autor é, no mínimo, imprecisa, tendo em conta, por um lado, que o parecer da ERSAR, é, de facto, apreciado e tido em conta na Decisão da AdC (como resulta dos pontos 526 a 541 da Decisão) e, por outro, que esta entidade reguladora, 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 3/15.0YQSTR

seu parecer, emitido um logo mês após a notificação, num procedimento que durou 9 meses, não se manifesta contra a concentração;

- Deste modo, improcedem, necessariamente, alegações que fazem alusão a pretensos danos concorrenciais de verificação incerta num futuro longínquo e após uma alteração estrutural do mercado, um vez que, no âmbito do regime de controlo de concentrações, deverá ser conduzido um juízo de probabilidade em relação aos efeitos no mercado, e não um juízo de excepcionalidade;

- Com efeito, no âmbito do procedimento de controlo de concentração, a AdC possui discricionariedade administrativa e regulatória¹⁴ para determinar se certa operação de concentração é ou não susceptível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, e, conforme essa apreciação, determinar se, a final, de acordo com o artigo 53.º da Lei da Concorrência, emitirá decisão (i) de oposição, (ii) de não oposição, ou (iii) de não oposição com a imposição de condições ou obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pela notificante;

- Deste modo, 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;

- Quanto à publicidade da Decisão, a base legal invocada pelo Autor não apresenta qualquer correspondência com o regime jurídico aplicável a operações de concentração, constituindo óbice à aplicação daquele o facto de o mesmo não se aplicar no nosso ordenamento jurídico;

- Atendendo ao direito à informação administrativa relativa a procedimentos administrativos já findos, nos termos do Artigo 17.º do Código de Procedimento Administrativo, a AdC publicou, efectivamente, na sua página web a sua Decisão de não-oposição relativa à operação de concentração em apreço;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

- Ao longo dos artigos 58.º a 92.º da Petição Inicial, o Autor pretende elencar – embora sem apresentar para o efeito fundamentação bastante e plausível – “situações nas quais os princípios informadores (sic) da Lei da Concorrência não se encontram cumpridos”, procurando lançar mão, para tanto, de normas relativas ao abuso de posição dominante (Artigos 102.º do TFUE e 10.º da Lei 19/2012, a Lei da Concorrência Portuguesa) e até de normas respeitantes a outras jurisdições (uma vez mais Decreto da República de Moçambique n.º 97/2014, de 31 de dezembro), que, como é por demais evidente, não têm qualquer aplicabilidade no caso em apreço;

- Na verdade, a questão não é, conforme se refere no Artigo 80.º da Petição Inicial, a susceptibilidade destes acordos encerrarem o mercado, mas sim o facto de este mercado se encontrar, por imposição legal, encerrado a outros operadores que não as concessionárias na área de intervenção respectiva;

- Em contrapartida, as concessionárias da EGF não podem recusar a recepção dos RU entregues pelos municípios e têm de cumprir obrigações de serviço público particularmente exigentes, conforme referido supra, nos termos do Decreto-lei n.º 96/2014 e do contrato de concessão reconfigurado, exercendo a sua atividade com base num regime estrito de tarifas reguladas.

Concluíram, peticionando a absolvição da instância e, subsidiariamente, a improcedência da presente acção especial.

1.11. Por despacho de 28-04-2016, determinou-se a notificação do Autor, Ré e Contra-interessadas nos termos e para os efeitos do art.º 87.º, n.º 1 al. a) e b) do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, na versão conferida pela Lei n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro), com expressa advertência de que, nada opondo, o Tribunal conheceria total ou parcialmente do mérito da causa, com dispensa de alegações finais.

1.12. Cumprida a notificação sem que as partes se pronunciassem, foi proferido despacho saneador a **julgar improcedente a excepção dilatória de ilegitimidade por preterição de litisconsórcio necessário passivo arguida pelas Contra-interessadas Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. e EGF-SAGE-Empresa Geral Fomento, S.A.**; a **julgar procedente a excepção dilatória de ilegitimidade passiva arguida pelas Contra-**



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.º 3/15.0YQSTR

interessadas identificadas no requerimento de 23-11-2015 (ref.º 19312), determinando, em consequência, a absolvição da instância das contra-interessadas **FOMENTO de Construciones y Contratas; CESP** Portugal, S.A.; **CITRI - Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais S.A.; FOMENTINVEST Ambiente S.G.P.S. S.A.; HIDURBE** Gestão de Resíduos S.A.; **RECOLTE** Serviços e Meio Ambiente S.A.; **REDE Ambiente - Engenharia e Serviços S.A.; SEMURAL - Waste & Energy S.A.; Recivalongo - Gestão e Tratamento de Resíduos Lda. e RETRIA - Gestão e tratamento de Resíduos Lda;** a improceder as excepções e questões prévias arguidas pelas Ré AdC e Contra-interessadas **SUMA, S.A. e EGF, S.A.** quanto à legitimidade activa e falta de interesse em agir; a julgar verificada a excepção dilatória de coligação ilegal de pedidos, absolvendo a Ré e Contra-interessadas da instância quanto ao pedido e causa de pedir de suspensão dos efeitos da decisão proferida no processo Ccent. 37/2014 – **SUMA/EGF;** a fixar valor à presente acção e a determinar que os autos prosseguissem para a prolação de sentença final.

* * *

*

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 Ccent. 37/2014 – **SUMA/EGF** é anulável pela existência de vícios de violação de lei?

- A decisão da AdC de não oposição proferida no processo Ccent. 37/2014 – **SUMA/EGF** é 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** é anulável pela existência de vícios jusconcorrenciais?



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.supervisão@tribunais.org.pt

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

- A decisão da AdC de não oposição proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF é 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 é ineficaz pelo incumprimento das formalidades de publicação?

- A decisão da AdC de não oposição proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF é 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 n.º 45/2014 de 20 de Março, foi aprovado o processo de reprivatização da EGF, S.A., *sub-holding* do grupo Águas de Portugal para o sector dos resíduos, mediante a alienação das acções representativas de até 100 % do seu capital social através de um concurso público e de uma oferta pública de venda dirigida a trabalhadores da EGF.

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

3. O **Município do Barreiro** é accionista da **Amarsul, S.A.** e é titular de participação de 6,62% 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 Seixal**, titular de uma participação de 8,63%; o **Município da Moita**, titular 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 3/15.0YQSTR

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 Setúbal**, titular de uma participação de 7,9%.

5. Foi celebrado acordo de accionista entre os municípios de **Alcochete; Almada; Barreiro; Moita; Montijo; Palmela; Seixal; Sesimbra e Setúbal** e a **EGF, S.A.**

6. O **Município do Barreiro** 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.

7. No dia 23 de Julho de 2015, a Ré Autoridade da Concorrência proferiu decisão de não oposição à operação de concentração – aquisição pela Contra-Interessada **Suma-Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A.** do controlo exclusivo sobre a **EGF, S.A.** - por entender “*que a mesma não é susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva nos mercados relevantes*”.

8. Mercê do descrito, em 28 de Julho de 2015, a ADP –**ÁGUAS DE PORTUGAL, S.A.**, transmitiu à **SUMA, S.A.** 10.640.000 acções, com o valor nominativo de 5,00€, representativas de 95% do capital social da **EGF, S.A.**

* *

4.2. Motivação da matéria de facto.

A convicção do Tribunal quanto aos factos descritos nos pontos 1) a 8) fundou-se, desde logo, pelo efeito cominatório e admissão expressa decorrentes do exercício de contraditório pelas partes processuais, tendo sido consignados como matéria probatória assente por acordo e aquando do saneamento dos autos.

Por outro lado, sendo factos do foro público, estão igualmente sustentados e corroborados pelos documentos juntos aos autos, designadamente, decisão da AdC de fls. 36 a 229 (versão não confidencial); comunicação de implementação da operação de concentração de fls. 395 a 397; parecer da Associação Nacional de Municípios Portugueses de fls. 433 a 437; e comunicação do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia de fls. 443.



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 3/15.0YQSTR

Tais documentos, essencialmente de contexto político e institucional, 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 tratados mereceram juízo de convicção.

As demais alegações do recurso de impugnação revestem carácter argumentativo, conclusivo ou repetitivo dos factos acima vertidos, defendendo-se a Ré e contra-interessadas oponentes por impugnação motivada.

Efectivamente, o contexto argumentativo do Autor e dos contra-interessados Município da Mealhada e Município da Amadora fica patentemente marcado pela confusão entre uma determinada percepção política sobre a operação de concentração e os efeitos jusconcorrenciais dessa operação, e pela incapacidade de relatar circunstâncias susceptíveis de integrar hipotéticos temas de prova a definir nos autos. Neste seguimento, as alegações refugiam-se em juízos conclusivos e argumentativos sobre as expectativas da manutenção da gestão pública e sobre a actuação do poder executivo na opção pela privatização, invocando os arguentes possíveis consequências da operação de concentração ao nível da fixação da tarifa, da qualidade dos serviços, das vantagens e sinergias estabelecidas entre o operador do mercado em alta e os operadores do mercado em baixa sem qualquer substrato factual.

As posições surgem, então, apoiadas apenas em juízos profundamente especulativos e até contraditórios sobre a avaliação jusconcorrencial e sobre a repercussão dos vícios do processo de privatização na decisão da AdC.

* * *

*

V. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO.

5.1. Da nulidade e anulabilidade da decisão da AdC.

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

“De especial relevância para a compreensão do funcionamento e propósitos do Estado Regulador é a relação entre regulação sectorial e regulação da concorrência. (...) em termos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.º 3/15.0YQSTR

mais substanciais, no sentido da própria subsistência, em determinados sectores, de uma regulação sectorial que se adiciona à regulação transversal das regras de concorrência.

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

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

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

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

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

Decisão de não oposição é, por conseguinte, a designação que a lei atribuiu ao acto administrativo através da qual a Autoridade da Concorrência permite, autoriza ou admite a realização de uma operação de concentração. (...) Nestes termos, não oposição é apenas



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 3/15.0YQSTR

uma outra forma de dizer autorização: trata-se, com efeito, de um acto administrativo praticado no seio de um procedimento de controlo preventivo que legitima o exercício de um direito subjectivo previamente existente na esfera do destinatário” (PEDRO COSTA GONÇALVES, ob. cit., pág. 297).

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

Nos termos do Código de Procedimento Administrativo (C.P.A.), na versão anterior à conferida pelo Decreto-lei n.º 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, 2.ª Edição, Almedina, pág. 641).

O art.º 133.º, n.º 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 referências 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*, além dos que são referidos no n.º 2 do artigo mencionado, podendo incorrer em nulidade o *“acto que esteja inquinado com um vício anormal ou especialmente grave, ou até um vício normal mas resultante de uma anormal má-fé ou intenção dolosa”* (MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J. PACHECO DE AMORIM, ob. cit., pág. 642).

Nos termos do art.º 134.º *o acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade (n.º 1), e, salvo disposição legal em contrário, a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação (n.º 2), não se prejudicando a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos,*



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 3/15.0YQSTR

de harmonia com os princípios da boa-fé, da protecção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo (n.º 3).

O art.º 135.º do C.P.A. prevê que *são anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção.*

Se a previsão legal está formulada *com amplitude demasiada* e se o regime regra decorre dos *tópicos 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 à lei* e de modo a *retirar força invalidante à 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., pág. 657 e 658).

Quanto à publicidade, prescreve o art.º 130.º do C.P.A. que *a publicidade dos actos administrativos só é obrigatória quando exigida por lei (n.º 1)* e que *a falta de publicidade do acto, quando legalmente exigida, implica a sua ineficácia (n.º 2).*

*

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

**

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

No acordo de accionistas, celebrado entre os municípios de **Alcochete; Almada; Barreiro; Moita; Montijo; Palmela; Seixal; Sesimbra e Setúbal** e a **EGF, S.A.**, previu-se a existência de acções de classe A.

Por sua vez no art.º 11.º do NRJC, sob a epígrafe *Abuso de posição dominante*, dispõe-se que *é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste (n.º 1)*, podendo ser



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 3/15.0YQSTR

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

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

*

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

A Lei 35/2013, de 11 de Junho, que alterou a Lei 88-A/97, de 25 de Julho, veio regular o acesso da iniciativa económica privada a determinadas actividades económicas, visando a reorganização do sector de abastecimento de água e saneamento de águas residuais e recolha e tratamento de resíduos sólidos, pelo que passou a ser possível que a exploração e gestão de



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.º 3/15.0YQSTR

sistemas multimunicipais sejam atribuídas a empresas cujo capital social seja maioritária ou integralmente subscrito por empresas do sector privado.

O Decreto-Lei n.º 96/2014 de 25 de Junho aprovou o novo regime jurídico da concessão da exploração e da gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha selectiva de resíduos urbanos, cuja responsabilidade pela gestão é assegurada pelos municípios, atribuída a entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados.

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

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

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

3 - A modificação contratual prevista no n.º 1 apenas pode ser outorgada após a apresentação pela concessionária de comprovativo da prestação de caução a favor do concedente, no valor correspondente a 5 % do volume de negócios da concessionária no ano



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.º 3/15.0YQSTR

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

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

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

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

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

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



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 3/15.0YQSTR

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.

*

Aderindo a uma evidente crítica sobre a dispersão e falta de consequência das alegações do Autor, **afigura-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 à 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.

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

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

A alegação de que o processo de reprivatização da EGF foi realizado em violação do acordo de accionista e do sistema multimunicipal da Margem Sul do Tejo, pelo que a AdC não estaria 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, nevralgicamente definido no art.º 41.º do NRJC: *As operações de concentração, notificadas de acordo com o disposto no artigo 37.º, são apreciadas com o objectivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, a***



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 3/15.0YQSTR

concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, sem prejuízo do disposto no n.º 5.

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

Em segundo lugar, ainda que assim não se entendesse, a constituição de direitos especiais 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 e o sistema multimunicipal da Margem Sul do Tejo podem estipular limitações societárias que não podem tanger, *ipso jure*, com a criação de mecanismos legislativos de alienação de participações públicas em empresas do sector económico do Estado.

Em terceiro lugar, salvo o devido respeito, a inovação do art.º 11.º da Lei da Concorrência (cfr. art.º 78.º da petição), além de carecida de substrato factual, surge inconcludente para a apreciação da legalidade da decisão da AdC, fundada em juízos de prognose.

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

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



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 3/15.0YQSTR

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.

*

O pedido de anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados tem-se por manifestamente improcedente.

**

5.2.2. Dos vícios jusconcorrenciais.

Enquadrada a operação de concentração, **afigura-se-nos manifesta a improcedência do direito do Autor quanto à anulação da decisão da AdC por existência de efeitos jusconcorrenciais**, conduzindo à inexistência de qualquer vício ou invalidade com estes fundamentos.

Em primeiro lugar, a AdC assinalou que a operação de concentração não terá como efeito a eliminação da externalidade procura-preço, por via da inexistência de elasticidade da procura dos serviços (a quantidade de resíduos a tratar não depende do preço) e por via da inexistência de mecanismos normais de procura-oferta para a determinação do preço (mercado em alta é regulado com regulamentação tarifária), pelo que *não existe externalidade positiva a internalizar na operação de concentração* - cfr. pontos 431 a 435 da decisão.

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

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

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

Neste conspecto, a AdC **não ignorou as possíveis consequências não horizontais entre os mercados em alta e em baixa, procedendo à análise e compreensão dos**



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 3/15.0YQSTR

incentivos da SUMA, S.A. em implementar aquelas estratégias e da capacidade para essa implementação.

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

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

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

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

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*.

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

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

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

Este ponto é, também, fulcral na análise jusconcorrencial.



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 3/15.0YQSTR

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

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

Recorrendo ao efeito de balanço financeiro negativo (aumento de tarifas vs dividendos da participação accionista) e ao conceito de subsidiação cruzada implícita (aumento do pagamento da tarifa para os municípios com serviços de baixa internalizados ou externalizados, ainda que estes beneficiassem da redução dos custos em baixa), a AdC conclui que os interesses dos municípios não se alinham com a EGF/SUMA, assumindo 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 monotorização das concessionárias em alta* – cfr. ponto 481.

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

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

Por outro lado, considera a AdC que a recuperação dos custos imputáveis à alta por via tarifária não conduz à eficácia na implementação das estratégias referidas por via dos períodos relativamente longos (dificuldade na articulação temporal diminuição de custos em baixa e imputação tarifária) e por via do modelo regulamentar de *revenue cap* (a imputação de custos



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 3/15.0YQSTR

à alta a integrar no aumento da tarifa teria de ser compensada com ganhos de eficiência superiores ao previsto no modelo).

Se estas actuações implicam a diminuição dos resultados da concessionária e, consequentemente dos accionistas, logo, os Municípios terão todo o interesse em evitar este tipo de estratégias através do exercício 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 é 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 à SUMA ganhar uma dominância tal no mercado “em baixa” que lhe permita, num primeiro momento, encerrar o mercado e, posteriormente, proceder ao aumento de preços – cfr. ponto 492, a que acrescem as regras contabilísticas que garantem, igualmente, uma instância de controlo assinalável.

Outra limitação à capacidade de implementação prende-se com a atribuição exclusiva dos activos afectos à concessão que torna implausível o risco de utilização a título não oneroso desses activos pela actividade em baixa. Mesmo em caso de utilização a título oneroso, a qualificação desse comportamento como actividade complementar obriga à intervenção do concedente e a parecer prévio, não vinculativo, pela ERSAR e pela ERC – cfr. als. c) e j) da Base I e n.º 2 da Base VII do Decreto Lei n.º 96/2014.

Não pode colher, pois, o argumento de que o regime de exploração e gestão consagrado uma excepção à exigência da autorização do concedente quanto ao exercício de outra actividade relativa à exploração de unidades de tratamento de resíduos hospitalares, sem que seja discernível o critério da excepção².

A existência de contratos em vigor de prestação de serviços de apoio à gestão de resíduos urbanos (actividade em baixa), através dos quais, é assegurada a participação de diversas empresas com relevante taxa de permanência; a inexistência de barreiras à entrada dos operadores no mercado em baixa (cfr. secção 7); o poder negocial dos municípios na

² 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 Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

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 (até em caso de incremento dos prazos contratuais) – cfr. pontos 501 a 513.

Em resumo, considerando:

(i) O não alinhamento de incentivos entre os municípios e a EGF;

(ii) A incapacidade de imputação dos custos dos serviços em baixa às actividades em alta, quer por via da acção do regulador, quer por via da monitorização dos accionistas minoritários;

(iii) A dificuldade de efectivamente a SUMA proceder a um encerramento do mercado;

(iv) A inexistência de barreiras significativas á entrada no mercado em baixa;

(v) O contrapoder negocial dos municípios enquanto entidades contratantes e os efeitos do historial dos preços na determinação dos preços-base dos procedimentos concursais;

(vi) A possibilidade de os municípios patrocinarem novas entradas com base nos prazo contratuais e;

(vii) Concomitantemente, a dificuldade que a SUMA teria em lucrativamente subir os preços, mesmo em caso de expulsão dos concorrentes do mercado, a AdC 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 arguido de modo proficiente pelo Autor.



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.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

Os riscos genérica e conclusivamente alegados pelo Autor mereceram 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, S.A. de encerramento de encerramento do mercado em baixa à concorrência, designadamente através da transferência de recursos entre participadas. Todavia, esses incentivos e estratégias de implementação são minorados pelas características do mercado em alta, fortemente regulado e com intervenção de entidades com interesses divergentes da SUMA/EGF, obstando às assimetrias de informação entre regulado e regulador e à concretização prática dessas estratégias.

Em sétimo lugar, 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, à qual acresce o montante correspondente à repercussão do encargo suportado pela entidade gestora com a taxa de gestão de resíduos,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

nos termos da Portaria n.º 72/2010, de 4 de Fevereiro – cfr. art.º 16.º do Regulamento, sendo a estrutura tarifária calculada nos termos da fórmula prevista no art.º 60.º, por remissão do art.º 83.º, n.º 2, e nos termos da fórmula prevista no art.º 84.º.

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

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

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

Em oitavo lugar, a vacuidade factual da petição inicial e os termos da fundamentação da AdC, transportam a análise jusconcorrencial realizada para o poder discricionário da autoridade administrativa e para os limites do controlo jurisdicional da actuação administrativa.

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

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



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 3/15.0YQSTR

266.º, n.º 2 da CRP., cabendo aos Tribunais, no exercício da sua função, apreciar *da conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos, inclusivamente da competência do ente que decidiu, ou se foi observado o procedimento legal adequado, ou se ainda correspondem à realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram, bem como se ocorreu desvio de poder ou violação dos princípios gerais de direito (v.g., da justiça, da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, etc.)* – Ac. TCAN de 01-10-2010, proc. n.º 00514/08.4BEPNF, Relator LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt., nosso destacado.

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

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

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



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 3/15.0YQSTR

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

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 não subsistem erros manifestos na interpretação do quadro jurídico referencial ou dos conceitos jusconcorrenciais; que não ocorrem vícios procedimentais ou materiais e que não se verifica qualquer omissão no tratamento dos elementos de prova; dos elementos factuais e das questões pertinentes para uma pronúncia esclarecida e esclarecedora.**

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

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

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

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

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

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



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

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

*

O pedido de anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados tem-se por manifestamente improcedente.

* *

5.2.3. Dos vícios de fundamentação e de procedimento.

Sobre os vícios de fundamentação, invoca o Autor que sobre a eventual necessidade de fazer repercutir custos mais elevados sobre as suas populações não se encontram fundamentadas as considerações da AdC quando refere o acompanhamento do Regulador; que o resultado da investigação aprofundada levado a cabo pela AdC, no qual se pronuncia pela não oposição à concentração sob crise, resulta em conclusões que contrariam cabalmente os elementos por si recolhidos, além de não responder cabalmente às solicitações efectuadas pelos contra-interessados, remetendo-se tão só, a considerações que se fundamentam em juízos de prognose, e de funcionamento sem quaisquer incidentes, do mercado.

*

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 omissão ou contradição de fundamentação, conduzindo à inexistência de qualquer vício ou invalidade com este fundamento.

Em primeiro lugar, a AdC promoveu uma extensa e complexa análise das características do mercado relevante, incluindo o factor da regulação, pelo que fica por compreender o alcance da alegação do Autor.

Em segundo lugar, não se vislumbra quais as conclusões que contrariam os elementos recolhidos, sendo a decisão, também neste aspecto e como vimos, coerente e proficiente.



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 3/15.0YQSTR

A vinculação da SUMA., S.A. aos acordos de accionistas vigentes nas respectivas concessionárias é matéria de lei e de responsabilidade contratual.

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 à compreensão dos efeitos não horizontais nos mercados relevantes; quanto aos potenciais efeitos negativos; quanto às estratégias, incentivos e capacidade de implementação dessas estratégias. **Estes elementos decorrem da natureza e características do mercado e da posição da SUMA, S.A. enquanto operadora no mercado em baixa e accionista maioritária da entidade concessionária, nos exactos termos em que a EGF, S.A. já o era.**

Em terceiro lugar, 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 Ac. TCAN de 24-05-2012, proc. n.º 00731/09.0BEPNF, ambos disponíveis em dgsi.pt.

Não se pode conceber que o Autor, ao alegar da forma supra explanada, ignore a análise da AdC a todas as observações apresentadas aquando da audição dos interessados e tartadas no ponto 9 da decisão.

A AdC enumera as diligências de audição realizadas no procedimento e procede à enumeração das observações da Notificante (ponto 9.1.), do Município de Loures (ponto 9.2.1.), do Município de Lisboa (ponto 9.2.3.), da FCC (ponto 9.2.5.), do Grupo de Empresas (ponto 9.2.7), do Município de Vila Franca de Xira (ponto 9.2.9.), do Município de Almada (ponto 9.2.11.), do Município de Sesimbra (ponto 9.2.13.), do Município da Amadora (ponto 9.2.15.), do Autor (ponto 9.2.17), do Município da Mealhada (ponto 9.2.19.), do Município de Palmela (ponto 9.2.21.), do Município de Seixal (ponto 9.2.23.), com formulação de posição expressa e conclusão.

Ao que nos interessa, a AdC trata das observações do Município do Barreiro nos pontos 899 a 916, referindo-se expressamente às diligências complementares requeridas pelo Autor.



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 3/15.0YQSTR

A AdC começa por assinalar a decisão tomada quanto ao indeferimento do pedido de prorrogação (ponto 906), remetendo os argumentos sobre o processo de privatização e a sua influência para a decisão tomada aquando da decisão da passagem a investigação aprofundada e para os pontos 378 a 383 (ponto 910), desmerecendo a discussão quanto à criação de um monopólio legal (ponto 911).

Sobre o poder da SUMA, S.A. sobre a tarifa remete para os pontos 186 a 192 e nota de rodapé, reproduzindo as observações apresentadas pelo Município de Loures no ponto 592 (ponto 912). Sobre o encerramento do mercado, a AdC remete para os pontos 661 a 662 (ponto 913) e sobre os poderes de intervenção regulatória dos Municípios remete para as considerações dos pontos 587 a 592 e pontos 788 a 789, reproduzindo-os de seguida (ponto 914), concluindo que as diligências requeridas se revelam desnecessárias e que os argumentos apresentados são insusceptíveis de inverter o sentido da decisão (ponto 915 e 916).

A AdC consigna que *“a avaliação jusconcorrencial deve ser merger specific, pelo que a análise das questões suscitadas deve ser feita por referência especificamente à 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 presente operação de concentração as considerações tecidas pelos Municípios relativamente ao conflito existente entre si e a EGF sobre o Acordo Parassocial”*.

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

As razões do indeferimento das diligências complementares requeridas pelo Autor, aplicadas às questões prévias suscitadas pelo Município de Loures, a propósito da concessionária Valorsul, surgem preclaras, evidentes e imediatamente perceptíveis pelo



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 3/15.0YQSTR

destinatário, mormente a desadequação das questões suscitadas quanto ao modelo de privatização e vigência dos acordos parassociais.

A remissão da fundamentação não cria, em nosso entender, qualquer disrupção da explanação crítica dos motivos do indeferimento, na medida em que atinge o ponto nevrálgico desse indeferimento: a irrelevância das observações apresentadas pelo Autor 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, im procedendo a questão relativa à omissão e falta de fundamentação. Assim, a discussão sobre se se esses motivos correspondem à realidade e se, correspondendo, são suficientes para legitimar a concreta actuação administrativa é um problema de validade substancial, já conhecida nos pontos antecedentes desta decisão.

Em quarto lugar, na sequência do referido, os termos do Autor que visam sustentar a arguição do vício, não promovem entendimento diferente ou correctivo da fundamentação transmitida pela AdC. Não só esses elementos são exteriores à actuação da AdC no controlo preventivo, como são apresentados sem conteúdo ou consequência perceptível na petição inicial.

Em quinto lugar, repetimos que o enquadramento legal, regulamentar e estatutário das entidades envolvidas na operação de concentração foi realizado de modo proficiente e na medida em que são factores externos da avaliação jusconcorrencial.

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

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 pronúncia porquanto incorreria, agora sim, em vício de manifesta contradição entre os seus fundamentos e a decisão final.



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.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 3/15.0YQSTR

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

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

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

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

*

O pedido de anulação da decisão da AdC com fundamento nos vícios ora apreciados tem-se por manifestamente improcedente.

**

5.2.4. Dos argumentos residuais.

Sublinhando alguma falta de estruturação alegatória da petição inicial e face às posições apresentadas pelos contra-interessados Município da **Mealhada** e Município da **Amadora**, importa ainda conceder atenção à argumentação transversal ao pedido enunciado pelo Autor e que, em última análise, poderia suscitar a imputação à decisão de *vício anormal ou especialmente grave* passível de um juízo de invalidade. Pela sua razoabilidade e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

convencimento crítico seguem-se, de perto, as contestações da AdC e das contra-interessadas SUMA, S.A. e EGF, S.A.

Em primeiro lugar, a potencialidade de ocorrência de prejuízos para o sistema municipal não decorre, em nossa opinião, dos efeitos jurídicos ínsitos à decisão de não oposição, dependendo, primacialmente, 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 **Amarsul-Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A.** e de outras concessionárias.

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 à 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 à não oposição, irá encetar comportamentos abusivos, nomeadamente, abusando da sua posição dominante ou explorar a dependência económica dos utentes do serviço respectivo, melhor tipificados nos artigos 11.º, n.º 2 e 12.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

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

Em terceiro 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.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

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

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

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

Em quarto lugar, a alegação de que o Autor, num primeiro momento, não foi aceite como interessado no procedimento de controlo de concentrações, conjugado com o art.º 47.º, n.º 2 do NRJC estipula uma prazo preclusivo de resposta e com o efectivo conhecimento das observações apresentadas, implica que não subsista qualquer argumento integrante de vício procedimental que afecte a decisão.

Em quinto lugar, as considerações que o levam o Autor a concluir que, com a adopção de uma decisão de não oposição, a AdC viola os princípios informadores da Lei da Concorrência, permitindo criar um “monopólio legal na esfera de interesses privados”, apesar de desgarradas de maior atendibilidade, ignoram que a atribuição de uma concessão no mercado de resíduos urbanos, atribuído à responsabilidade municipal, configura um mecanismo que visa, por si só, a concorrência nesse mercado, mas que não implica qualquer preenchimento da figura do abuso de posição dominante.

Em sexto lugar, 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), sem que se vincule a qualquer resultado perante a sinalização identificada na fase preliminar do procedimento.

Em sétimo lugar, a alegação quanto ao incumprimento da publicação da decisão incorre em manifesto erro de Direito aplicável, identificado nas contestações, sendo que não se discute qualquer incumprimento do art.º 90.º, n.º 1 do NRJC nem subsiste qualquer problema de eficácia da decisão quanto à publicação da decisão na página oficial da AdC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 3/15.0YQSTR

Em oitavo lugar, é certa a crítica de que o Autor desmerece a circunstância de que a atividade de gestão de resíduos urbanos de responsabilidade municipal em alta, exercida pelas várias concessionárias que a EGF, S.A. integrava, antes da aquisição pela SUMA, S.A., corresponde a um regime de monopólio legal regulado, em cuja área territorial cada uma das concessionárias actua em exclusividade. O que resulta da operação de concentração é a alteração da natureza pública do maior accionista de cada uma das concepionárias e que, por si só, nada implica na decisão da AdC nem é susceptível de resultar em entraves significativos à concorrência efectiva.

Em nono lugar, a referência à *impossibilidade por parte do município de combinar serviços em alta e em baixa com qualquer outra empresa* contraria, precisamente, a caracterização do mercado de gestão de resíduos urbanos vigente antes da operação de concentração, sendo que essa operação nada vem alterar quanto aos contratos de entrega e recepção celebrados com as concessionárias e quanto à concorrência do mercado em baixa.

O mercado em alta de gestão de resíduos urbanos encontra-se, por imposição legal, encerrado a outros operadores que não as concessionárias na área de intervenção respectiva, sendo certo que as respectivas concessionárias não podem recusar a recepção dos resíduos urbanos entregues pelos municípios e devem cumprir obrigações de serviço público particularmente exigentes e do contrato de concessão reconfigurado, exercendo a sua atividade com base num regime estrito de tarifas reguladas.

Em décimo lugar, o Autor e Municípios contestantes não relevam a circunstância da decisão da AdC ter de se fundamentar em juízos de prognose económica a partir dos dados estruturais disponíveis, com poderes de discricioniedade administrativa, pelo que a presunção de que a aquisição do controle maioritário das concessionárias por uma empresa não pública irá criar entraves na concorrência com risco de encerramento de mercados configura uma alegação tautológica que não podia prescindir de uma avaliação jusconcorrencial assertiva.

Por fim, a posição do Município da Mealhada, enquadrada pela aquisição de posição largamente maioritária da SUMA,S.A., por via da operação de concentração, na ERSUC,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.º 3/15.0YQSTR

onde já era detentor de 5,982% do capital social nada aduz quanto aos fundamentos tratados nesta decisão, situando o núcleo da sua posição em função da colisão entre gestão privada e interesse público possibilitada pela entrada de capital privado nas entidades gestoras dos sistemas multimunicipais no sector dos resíduos.

A alegação de que *o agrupamento SUMA pretende a integração vertical das actividades desenvolvidas pela SUMA e pela EGF, num lapso temporal de cinco anos* representa uma afirmação asseveradamente conclusiva, sem respaldo nas características do mercado de gestão de resíduos em alta, mormente no que respeita ao seu carácter regulado e sujeito a fiscalização do concedente, municípios accionistas e AdC.

No que respeita à posição do **Município da Amadora** e no que respeita à concessionária VALORSUL – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos da Área Metropolitana de Lisboa (Norte), S.A., da qual o Município da Amadora é detentor de 4,60% do capital social da Valorsul; assentes os factos gerais do enquadramento (cfr. artigos 12.º a 66.º) que não merecem debate nem implicam alteração da causa de pedir enunciada pelo Autor, não se vislumbra acolhimento de que a decisão de não oposição proferida pela AdC é violadora das regras de contratação pública, porquanto essa argumentação revela um entendimento jurídico inepto sobre a razão da intervenção da AdC na operações de concentração e sobre o regime previsto no NRJC, manifestamente espúria e despicienda para a avaliação jusconcorrencial.

Apesar da referência ao art.º 38.º do C.P.A. invocado pelo **Município da Amadora** e que corresponde à versão do Decreto-legislativo n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, não se pode acolher qualquer violação do princípio da legalidade por vinculação da AdC à *questão prejudicial sobre a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos administrativos que antecedem o procedimento de controlo de concentrações em causa*, pela maior razão de que tais circunstâncias processuais não integram a análise económica jusconcorrencial que deve presidir à decisão do procedimento de controlo de concentrações.

As observações da AdC nos pontos 896 a 898, por remissão para os pontos 384 a 389 sequente das observações apresentadas pelo **Município da Amadora** enumeradas nos pontos 893 a 895, são marcadamente convincentes: *“a actuação da AdC, em matéria de controlo de concentrações de empresas, tem aa natureza de um procedimento administrativo, tendente à*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

Proc.º 3/15.0YQSTR

emissão de um acto administrativo, formalizado numa autorização (ou não autorização)”, pelo que a emissão de uma decisão e não oposição “não obriga a que o Notificante venha a concretizar a transacção, nem pouco obsta a que a mesma não se venha a concretizar por outros motivos não imputáveis à análise da AdC. Apenas autoriza que a Notificante concretize a operação nos moldes assentes nos quais a AdC realizou a sua avaliação jusconcorrencial”.

Não podemos discordar deste entendimento. Admitir que a AdC importasse aquelas considerações sobre a validade legal e procedimental do processo de privatização significaria uma preclara e evidente excessão de pronúncia, em violação da legalidade administrativa do NRJC e em subversão da sua competência decisória.

Outrossim, os motivos apresentados para o indeferimento da pretensão são imediatamente perceptíveis e consentâneos com a demais fundamentação quanto aos dados estruturais do mercado e da avaliação *merger specific* levada a cabo na decisão.

Inexiste, pois, qualquer sanção de anulabilidade por omissão das diligências previstas no art.º 38.º do C.P.A. ou por incumprimento do dever procedimental de suspender o processo.

A argumentação quanto à violação da reserva legislativa da Assembleia da República, por via do art.º 165.º, n.º 1, alínea q), da C.R.P. e do estatuto das autarquias locais, consagrado na Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro; quanto à violação do Decreto-lei n.º 68/2010, por via da reserva de lei sobre sector público empresarial e regime de transmissão de acções da Valorsul; quanto à violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República, por via do Decreto-Lei n.º 108/2014 e art.º 165.º, n.º 1, alínea u), da C.R.P.; quanto à violação do Código das Sociedades Comerciais, por via das regras de alteração do contrato de sociedade; e quanto à violação das regras de contratação pública, **segue a mesma linha de improcedência pela absoluta irrelevância jurídica do procedimento de privatização para a decisão de controlo prévio de concentrações, repetidamente compulsado nesta decisão, pela primacial razão de que não compete à AdC apreciar a opção executiva e de foro político inerente à alteração da natureza pública das concessionárias nem tão pouco fundamentar a decisão com base no regime jurídico aplicável ao sector empresarial do Estado.**



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 3/15.0YQSTR

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 concorrências negativos.

Prevalece o entendimento de 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).

As alegações quanto ao reforço dos poderes de fiscalização do concessionário e as alterações introduzidas ao concreto de concessão (cfr. arts.º 166.º a 180.º) pelo Decreto-lei n.º 96/2014, são invocadas pelo **Município da Amadora** para efeitos da repetição do argumento de que, configurando um novo contrato de concessão de serviços públicos, a alienação das acções da EGF constituirá, no plano material, um acto de adjudicação de uma concessão de serviços públicos que não foi precedido do procedimento pré-contratual legalmente previsto uma vez que depende apenas do acto do Conselho de Ministros que seleccionar o vencedor concorrente da privatização.

Independentemente da bondade e viabilidade desta construção jurídica, mantemos que a apreciação da legalidade da decisão de não oposição, proferida no âmbito do procedimento de controlo de concentrações previsto no art.º 42.º e seguintes do NRJC, não depende da apreciação da legalidade administrativa do processo de privatização nem tão pouco a avaliação jusconcorrencial ínsita a essa decisão deve sindicat a opção legislativa de alteração da estrutura societária das concessionárias.

A propósito dos efeitos verticais adversos para a concorrência da concentração, sem querer repetir o que ficou dito quanto aos riscos de encerramento do mercado e vinculação ao parecer da ERSAR, a alegação quanto ao acesso de informação comercial sensível *sobre a actuação dos rivais em baixa* nos domínios da recolha indiferenciada de resíduos urbanos e na



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 3/15.0YQSTR

recolha e transporte de resíduos não urbanos, é invocado pelo **Município da Amadora** como *uma situação de clara desvantagem* [dos concorrentes em baixa] *face à SUMA mesmo no caso de não haver um comportamento agressivo de encerramento de mercado.*

Ora, considerando que a **AdC** procedeu a uma análise profunda e sistemática das actividades em baixa e dos mercados relevantes (cfr. pontos 88 a 123), ficou consignado que, quanto ao mercado de prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal, *“trata-se de um mercado que funciona em regime de leilão (bidding market), de cariz essencialmente municipal, do lado da procura”* (ponto 150), *“que a prestação desses serviços de apoio à gestão resulta do lançamento de procedimentos concursais, pelas câmaras municipais, para a aquisição de serviços de recolha (na sua grande maioria indiferenciada) de RU de responsabilidade municipal e, em bundle, serviços diversos de limpeza urbana”* (ponto 151), com durações relativamente curtas num sistema de *winner-takes-all*, (ponto 152 e 153) e que o mercado relevante têm uma âmbito correspondente ao território de Portugal Continental (ponto 155). Neste seguimento, a **AdC** não deixou de identificar as barreiras à entrada deste mercado (cfr. pontos 286 a 319) e de analisar o impacto da operação de concentração na concorrência (cfr. pontos 324 e seguintes).

Como tal, as alegações subsidiárias do **Município da Amadora** (cfr. arts.º 195.º e 196.º) neste aspecto surgem ineficientes para sustentar o preenchimento de eventual vício administrativo gerador de anulabilidade da decisão.

*

Os pedidos de declaração de nulidade ou de anulação da decisão da AdC com fundamento nos argumentos ora apreciados têm-se por manifestamente improcedentes.

5.2.5. Conclusão.

Cumprida a instância 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.**

* * *

*



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 3/15.0YQSTR

VI. DECISÃO.

Pelo exposto, e nos termos dos fundamentos referenciados, **decido julgar totalmente improcedente a presente acção especial administrativa e, em consequência, absolvo a Ré Autoridade da Concorrência e as Contra-Interessadas do pedido de declaração de anulabilidade da decisão da AdC proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF.**

*

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

*

Registe e notifique.

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, 28-05-2016

O Juiz de Direito

Alexandre Leite Baptista