



**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 5/15.7YQSTR

169342

**CONCLUSÃO - 16-03-2017**

*(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Carolina Barreiro)*

=CLS=

Por despacho proferido em 04.03.2016, com a ref.<sup>a</sup> 126034, de fls. 485 e 486, determinou-se a apensação da ação administrativa especial com o n.º 10/15.3YQSTR aos presentes autos.

Ir-se-á proceder, de seguida, à prolação da sentença relativamente às duas ações que irão ser identificadas por: ação originária; ação apensada (ação n.º 10/15.3YQSTR).

\*\*\*

**RELATÓRIO**

\*

**AÇÃO ORIGINÁRIA:**

**Autores:**

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

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

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

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

\*



**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

**Ré:**

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

\*

**Contrainteressados:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

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

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

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

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

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

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

\*

### **Pedido<sup>1</sup>:**

<sup>1</sup> Os autores formularam também o pedido de anulação de todos os atos subsequentes à decisão de não oposição da AdC ou dela dependentes. Na sequência de um convite para o efeito (cf. despacho de 24.03.2016, ref.ª 127936, de fls. 494-495), os autores concretizaram este pedido pedindo a anulação dos seguintes atos: transmissão de 10.640.000 ações tituladas, nominativas, com o valor nominal unitário de € 5,00 da EGF tituladas pela Águas de Portugal, ações essas representativas de 95% do capital social daquela; registo da referida transmissão junto do emitente; e penhor financeiro constituído pela SUMA a favor do Banco BPI, Banco BIC, Caixa Económica Montepio Geral e BANIF e respetivo averbamento no título representativo de 10.640.000 ações. Notificadas a ré e contrainteressadas para exercerem o contraditório relativamente a esse pedido, as contrainteressadas AdP e SUMA/EGF invocaram, entre o mais, a exceção de incompetência material do Tribunal (cf. fls. 566 e ss. e 581 e ss. respetivamente). Na audiência prévia, foi declarada a incompetência



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Ser anulada a decisão de não oposição da AdC datada de 23 de julho de 2015.

\*

### **Causa de pedir:**

Começam os requerentes por esclarecer a cronologia dos factos, designadamente que na sequência da alteração à Lei 88-A/97, de 25 de julho (Lei de Delimitação de Setores), com o Decreto-Lei 92/2013, de 11 de julho foi aberta a concessão dos serviços de recolha e tratamento de resíduos sólidos a privados, o que veio a acontecer por via da Resolução do Conselho de Ministros 30/2014, de 8 de abril, que determinou a abertura do concurso público para alienação das ações da EGF, tendo, por sua vez, a Resolução do Conselho de Ministros 55-B/2014, de 19 de setembro, publicitado a seleção do concorrente vencedor, Agrupamento SUMA. A operação de concentração correspondente à aquisição pela Suma – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. (doravante SUMA) do controlo exclusivo sobre a EGF foi notificada à AdC, que, após uma investigação aprofundada, proferiu decisão de não oposição.

De seguida, invocam os requerentes a existência de questão prejudicial que deveria determinar a suspensão do procedimento por parte da AdC, porquanto se encontram pendentes pelo menos duas ações judiciais (processos nºs 972/14 e 1534/14, pendentes na 1ª Seção do Supremo Tribunal Administrativo) nas quais são questionados, quer os atos prévios, quer o próprio ato administrativo, consubstanciado na Resolução do Conselho de Ministros nº55-B/2014, de 19 de setembro. Entendem as requerentes que, na falta de evidência de existência de graves prejuízos para interesses públicos ou privados decorrentes da suspensão da decisão da AdC, a requerida deveria ter determinado a suspensão do procedimento de concentração, nos termos do art. 38º/1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) aprovado pelo DL nº 4/2015, de 07.01. Mais salientam que, estando a conclusão da operação de concentração no imediato apenas dependente de decisão favorável da AdC, a suspensão desta seria a única circunstância

---

material do Tribunal para apreciar e decidir este pedido e, em consequência, a ré e contrainteressadas foram absolvidas da instância quanto ao mesmo (cf. fls. 626 e 626 e ref.ª 152453).



## **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 5/15.7YQSTR

capaz de obviar os graves prejuízos para interesses públicos e privados que resultarão de eventual decisão judicial que anule o ato administrativo consubstanciado na Resolução do Conselho de Ministros nº55-B/2014, de 19 de setembro, pois a reversão da operação de concentração, como esta está configurada no projeto estratégico da adjudicatária (com fusão entre concessionárias e partilha de infraestruturas entre a SUMA e aquelas, o que orientará a atividade das concessionárias para a integração vertical) implicará necessariamente maiores custos do que os originados pelo mero diferimento da operação de concentração.

Seguidamente, os requerentes procedem à análise da decisão recorrida, expondo as razões pelas quais entendem que a decisão da AdC, de considerar que a operação de concentração não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva nos mercados relevantes em causa, é ilegal, porquanto viola o artigo 41.º, n.ºs 3 e 4, do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08.05, contrariando ainda o disposto nos artigos 81.º, al f) e 99.º, al a), ambos da Constituição da República Portuguesa. Assim, salientam, neste âmbito, as preocupações jusconcorrenciais que sustentaram a decisão da AdC de passar a uma investigação aprofundada. No mesmo sentido, põem em evidência a posição assumida pela AdC no seu parecer sobre o projeto do que viria a ser o Decreto-Lei nº159/2014. No que respeita à decisão propriamente dita, alegam, em primeiro lugar, que a segmentação de mercados relevantes subjacente à avaliação da operação de concentração é absolutamente artificial, sem qualquer correspondência com a realidade, o que obnubila o real impacto da operação de concentração, impacto esse nefasto para clientes e concorrentes da notificante. Mais sustentam que a AdC não tomou em consideração fatores relevantes que são salientados pela Comissão Europeia nas suas Orientações, publicadas no Jornal Oficial 2008/C 265/07. Contestam ainda as conclusões alcançadas pela AdC quanto aos efeitos da operação de concentração em relação aos seguintes pontos: vantagens competitivas decorrentes da transferência de custos da atividade em baixa para a atividade em alta; vantagens competitivas decorrentes do aproveitamento de recursos; incapacidade dos



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Municípios para exercerem um controlo efetivo; incapacidade da ERSAR para exercer as suas atribuições de controlo; vantagens competitivas decorrentes dos efeitos de escala; existência de barreiras à entrada na atividade em baixa; e aumento lucrativo dos preços.

Na 4ª sessão da audiência de julgamento, os autores, o abrigo do disposto no artigo 5.º, n.º 2, alíneas b) e c), do Código de Processo Civil (CPC), *ex vi* artigo 1.º, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), admitiram o seguinte facto: a SUMA, através da sua participação na EGF e desta nas concessionárias e da partilha de recursos administrativos e humanos – *back office* – entre as várias entidades, tem, entre outros, acesso a informação privilegiada sobre fluxos de resíduos recolhidos nos vários circuitos “em baixa” para tratamento “em alta”, informação essa, suscetível de lhe conferir uma vantagem extraordinária sobre as suas concorrentes “em baixa”, permitindo que se posicione nos procedimentos concursais lançados pelos municípios propondo com menor grau de incerteza sobre o retorno do investimento preços mais baixos, fruto de uma maior perceção as margens de flutuação das quantidades<sup>2</sup>.

Tal facto foi admitido por despacho exarado na referida sessão da audiência de julgamento<sup>3</sup>.

\*

### Contestação da AdC<sup>4</sup>:

No que respeita à questão prejudicial alegada pelos requerentes, a requerida reproduz a posição já assumida na decisão impugnada (§384 a 389), sustentando, em síntese, que a análise realizada pela AdC tem por base um conjunto de pressupostos e bases legais, designadamente a Lei da Concorrência e os seus Estatutos, que a torna autónoma face a outras.

Quanto à manifesta ilegalidade do ato administrativo, sustenta a AdC que a sua decisão assenta num juízo de prognose e consubstancia uma atividade discricionária, cujo controlo judicial está limitado, no essencial, a um controlo de mera legalidade. Nesta

<sup>2</sup> Cf. fls. 1242 e 1243, ref.º 158910.

<sup>3</sup> cf. fls. 1245 e 1246, ref.º 158910.

<sup>4</sup> Fls. 255 e ss.



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-École Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

senda, defende, em síntese, que: não incorreu em nenhum erro técnico flagrante, quanto à avaliação jusconcorrencial; no decurso da instrução e nas fases de audiência prévia de interessados, apreciou todos os argumentos suscitados pelos interessados e, quanto a estes, expôs na decisão final, de forma clara, a sua perspetiva relativamente a estes argumentos; desta forma, é de concluir efetuou uma instrução zelosa e exaustiva, não tendo atuado de forma descuidada ou menos exigente, quanto ao apuramento dos factos e à necessária profundidade da análise jusconcorrencial; do requerimento, extrai-se apenas que os requerentes não partilham a perspetiva jusconcorrencial levada a cabo pela AdC e as conclusões a que esta chega, ou seja, estamos perante uma divergência de interpretação e não perante uma invocação de manifesta ilegalidade.

\*

### **Contestação SUMA/EGF<sup>5</sup>:**

Relativamente à questão prejudicial, sustentam as contrainteressadas que não se verificam os requisitos a que alude o artigo 38.º, n.º 1, do CPA, porquanto a decisão da AdC depende exclusivamente de saber se a operação notificada, nos termos do artigo 37.º do NRJC é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Para chegar a esta conclusão, a AdC não tem que ter em conta ou apreciar se a operação que dá origem à concentração é ou não válida, mas apenas analisar, à luz do disposto no artigo 41.º, n.º 1, do NRJC, os efeitos que essa operação poderá vir ou não a ter na concorrência.

Quanto à ilegalidade da decisão da AdC, sustentam que a decisão impugnada não padece dos vícios invocados.

Quanto ao facto aditado em audiência de julgamento, as contrainteressadas impugnaram o mesmo<sup>6</sup>.

\*

### **Contestação da AdP<sup>7</sup>:**

<sup>5</sup> Fls. 203 e ss.

<sup>6</sup> Cf. fls. 1313 e ss., ref.º 24981.

<sup>7</sup> Fls. 342 e ss.



**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**  
**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Relativamente à questão prejudicial, considera que a invocação do artigo 38.º do CPA é infundada, reproduzindo os argumentos invocados pela AdC a propósito da questão prejudicial.

No que respeita à ilegalidade da decisão impugnada, sustenta que a decisão impugnada não padece dos vícios invocados.

Quanto ao facto aditado em audiência de julgamento, a contrainteressada opôs-se ao mesmo (cf. 1245, ref.ª 158910).

\*

**AÇÃO APENSADA:**

**Autores:**

CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A., com sede no Parque Industrial SAPEC Bay – Mitrena, Apartado 283, 2901-901 Setúbal, pessoa colectiva n.º 504 472 046;

FERROVIAL Serviços, S.A., com sede na Avenida Almirante Gago Coutinho, n.º 144, 1700-033 Lisboa, pessoa colectiva n.º 503 307 483;

FOMENTINVEST Ambiente SGPS, S.A., com sede na Rua Tierno Galvan, Torre 3-10.º, 1070-274 Lisboa, pessoa colectiva n.º 508 259 410;

HIDURBE – Gestão de Resíduos, S.A., com sede na Rua Padre António, n.º 232 – 5.º sala 5.3, 4470-136 Maia, pessoa colectiva n.º 500 361 193;

RECIVALONGO – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda., com sede na em Vale da Cobra, 4440-339 Sobrado, pessoa colectiva n.º 507 943 465;

RECOLTE – Serviços e Meio Ambiente, S.A., com sede na Rua Encosta das Lagoas, Edifício 1 – Piso 1, 2740-264 Oeiras, pessoa colectiva n.º 503505390;

RETRIA – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda., com sede em Vale da Cobra, 4440-339 Sobrado, pessoa colectiva n.º 507 895 142;

SEMURAL – Waste & Energy, S.A., com sede em Mire de Tibães, 4700 Braga, pessoa colectiva n.º 510 333 044.

\*



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

### **Ré e contrainteressadas:**

As mesmas entidades da ação originária, cuja identificação aqui se dá por integralmente reproduzida.

\*

### **Pedido:**

As autoras pediram a anulação da decisão da AdC, de 23 de julho de 2015, de não oposição à operação de concentração resultante da privatização da EGF<sup>8</sup>.

\*

### **Causa de pedir:**

A AdC, ao não considerar na sua decisão, as questões suscitadas pelas autoras em sede de audiência prévia; concretamente a mudança de sector da EGF, bem como, a subsidiação energética à tarifa e a incapacidade de controlo por parte dos municípios, violou o disposto nos artigos 124.º e 125.º do CPA (DL 442/91, de 15/11, alterado pelo DL 6/96, de 31/01; cfr. artigos 152.º e 153.º do Novo CPA).

A apreciação de tais factos é fundamental para o cumprimento da sua obrigação de investigação sobre os impactos nos mercados da Operação, tendo em conta a sua interferência quer ao nível do uso da subsidiação energética para o financiamento do mercado em baixa, quer ao nível da capacidade que a EGF, como privada, passa a ter de alargar a sua atividade para além dos RSU.

O monopólio legal no sector público é necessariamente diferente de um monopólio legal nas mãos de um sector privado, concretamente a AdC não respondeu à pergunta formulada pelas autoras, está o sistema preparado para manter níveis de mercado com uma EGF privada?

A verdade é que não está, a classificação dos resíduos é artificial, a fiscalização não é eficaz e o uso exclusivo de infra estruturas construídas com dinheiro público dão capacidade à EGF/SUMA que mais nenhum outro operador tem.

<sup>8</sup> As autoras também pediram a anulação dos atos subsequentes. Por despacho proferido na audiência prévia, foram a ré e contrainteressadas absolvidas da instância quanto a tal pedido (cf. fls. 626 e ref.<sup>a</sup> 152453).



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

No que à subsidiação energética diz respeito, a AdC ignorou o destino desta receita na atividade da EGF e o carácter *distorcivo* da concorrência deste elemento. Para isso bastava a análise dos contratos de venda da energia produzida através do biogás, como requereram as autoras.

Ao arrepio do alegado pelas AA em sede de audiência prévia (e pelos próprios municípios), a AdC ignorou a total ausência de poder de controlo por parte dos municípios. Os municípios não podem, não têm condições para exercer qualquer influencia da atividade da EGF e, muito menos pugnar pelo bom funcionamento dos mercados.

A AdC não logrou realizar as importantes diligências de prova requeridas pelas autoras, concretamente, a notificação dos municípios e a obtenção das cópias dos contratos de venda de energia através de biogás.

Ao não realizar tais diligências de prova, e violando assim o art. 104.º do CPA aplicável (cfr. art. 125.º do Novo CPA), a AdC não podia ter decidido com base numa ponderação de factos reais, na medida em que não verificou o destino do subsídio à tarifa na energia, nem a incapacidade dos municípios de influenciarem a atividade da EGF.

A AdC, com base nos elementos de que dispunha, não podia se não opor-se à operação (e assim violou o art. 53.º da LdC) na medida em que ficou patente no processo a existência de entraves que obstaculizam a concorrência no mercado e reforçam uma posição dominante com potencial de evicção de concorrentes.

A AdC ao limitar o seu campo de análise e de fundamentação aos aspetos que autointitulou de “*merger specific*” – conceito não jurídico e sem cabimento na LdC – descuroou as suas obrigações de garante da concorrência efetiva e potencial no mercado, violando assim o artigo 41.º da LdC ao abster-se de investigar e fundamentar os campos necessários à avaliação jusconcorrencial do sector.

A AdC identificou problemas jusconcorrenciais – na decisão e em pareceres prévios - que não considerou.



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

A decisão recorrida violou, assim, além do mais, o disposto nos citados artigos 104.º, 124.º e 125.º do CPA (DL 442/91, de 15/11, alterado pelo DL 6/96, de 31/01; cfr. artigos 125.º, 152.º e 153.º do Novo CPA), bem como os artigos 41 e 53 da LdC, pelo que deve ser anulada.

\*

### **Contestação deduzida pela AdC<sup>9</sup>:**

Invocou a ilegitimidade da autora Ferrovia e, quanto a mérito, pugnou pela improcedência da ação, sustentando que a decisão de não oposição não padece dos vícios invocados e que do que se trata é de divergência de interpretação e não de uma atuação procedimental ilegal por parte da AdC.

\*

### **Contestação deduzida pela EGF e pela SUMA<sup>10</sup>:**

Pugnam pela improcedência da ação, porquanto se revelam manifestamente improcedentes as alegações das autoras quanto aos vícios imputados à decisão impugnada.

\*

### **Contestação deduzida pela AdP<sup>11</sup>:**

Pugna pela improcedência da ação, porquanto a decisão de não oposição não padece dos vícios invocados.

\*

Procedeu-se à realização da audiência prévia, na qual: se julgou improcedente a exceção de ilegitimidade invocada pela AdC relativamente à autora Ferrovia; se declarou a inexistência de quaisquer questões prévias, nulidades ou exceções que obstassem ao conhecimento do mérito da causa; se fixou o valor da ação em € 30.000,01; se determinou o objeto do litígio; se procedeu à identificação dos temas da prova; se procedeu à

<sup>9</sup> Cfr. fls. 391 e ss. do apenso B.

<sup>10</sup> Cf. fls. 346 verso e ss. do apenso B.

<sup>11</sup> Cf. fls. 419 e ss. do apenso B.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

admissão dos meios de prova; e se designou data para a tomada de declarações de parte e inquirição das testemunhas arroladas<sup>12</sup>.

Na audiência prévia, os autores da ação originária excluíram o artigo 84.º da petição inicial.

Após, teve lugar a produção de prova, com discussão oral da matéria de facto.

Por fim, foram apresentadas alegações escritas pelas autoras da ação apensada, pela ré AdC e pelas contrainteressadas SUMA/EGF e AdP.

\*

**Nas suas alegações escritas a autora CITRI e outras formularam as seguintes conclusões:**

- Houve erro manifesto nas definições do mercado de produtos relevante adotadas na Decisão na medida em que ficou demonstrado que: a. há uma identidade material absoluta entre RSU e RNU; b. que não é possível aos sistemas (e ao Regulador) controlar a origem dos Resíduos Não Perigosos que recebem; c. que não há exclusividade contratual no uso de materiais e de equipamento de recolha no serviço aos RSU pelo que estes podem ser usados em quaisquer serviços de recolha de Resíduos Não Perigosos; e que d. os operadores privados consideram como concorrentes os municípios e os sistemas intermunicipais pelo acesso *privilegiado* ao Resíduos Não Perigosos em geral;

- O trabalho da AdC ficou aquém do que era exigível para fundamentar a sua definição de mercado relevante sobretudo quando foi alertada pela maior participação de sempre de contrainteressados na história das concentrações portuguesas e pela própria ERSAR;

- Todas as conclusões sobre o mercado de RSU da AdC resultam de uma pura análise legalista – i.e. como está (ou devia estar) formalmente construído o sector: tipo de resíduo e de responsabilidades pela gestão, não havendo uma única referência ao problema do desvio de mercado e para o seu potencial de aumento com a nova entidade resultante da concentração;

<sup>12</sup> Cf. fls. 624 a 635, ref.ª 152453.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

- Ao ignorar conscientemente uma fatia do mercado que é retirada aos operadores privados, a AdC não investigou a dimensão do mercado e os desvios neste presentes e não abarcou a realidade concreta das pressões concorrenciais existentes sobre os operadores privados – errando nos pressupostos da sua Decisão;

- Os RSU e RSU não têm especificidades de tratamento e estão intrinsecamente relacionados desde a recolha, ao exercício das atividades complementares o que impacta na globalidade dos custos dos sistemas públicos, nos preços, na inovação e na concorrência;

- A AdC assumiu um cenário que não permitiu antecipar os riscos concorrenciais da Operação;

- Ficou provada uma estratégia comercial de sinergias entre a SUMA privada e a EGF pública;

- Houve erro nos pressupostos da Decisão quanto aos mercados relevantes, também no que se refere às considerações que a AdC fez quanto às atividades complementares – assumindo erradamente a sua excecionalidade futura – e não resolvendo uma questão jurídica levantada pela ERSAR sobre a duração da autorização dessas atividades;

- Nunca tinha a AdC – nem mesmo a própria Comissão – sido confrontada com uma alteração, uma transformação como esta, no sector dos resíduos, como a que ocorre após uma privatização em bloco. Dizer que a AdC não excedeu os seus poderes discricionários porque seguiu as definições anteriores – equivale a dizer que “*por não ter feito mais, fez tudo*”;

- A Lei é um ponto de partida na definição de mercado – mas não é um ponto de chegada na definição dos mercados. A Autoridade não se deve limitar a aceitar dados apriorísticos - mesmo de carácter legal – o seu dever é perceber e abarcar a realidade económica do mercado que lhe compete apreciar;

- Ficou demonstrado os sistemas não conseguem diferenciar a origem dos resíduos e que estes estão de forma generalizada nos sistemas;



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

- A própria ERSAR alertou a AdC para a ausência de controlo efetivo na medida em que não tem controlo sobre as atividades das duas entidades mas apenas nos RSU;

- O Estudo da AEPSA demonstrou a existência do desvio, com dados objetivos, que demonstram, nalguns casos, que esse desvio pode representar o dobro do mercado atual existente para os Operadores Privados, mercado esse que é disputado (de forma desleal) com os sistemas públicos;

- Ficou demonstrado que os municípios oferecem a título gratuito às empresas para recolha de RNU;

- As atividades complementares são outra demonstração económica de que os mercados se confundem e que a adaptabilidade/substituibilidade da oferta é patente;

- É evidente, portanto, a concorrência desleal no momento da recolha e da ausência do controlo regulatório – que já havia quando o sistema era público, mas hoje, mais ainda, quando um privado os receberá na recolha – se trabalhar para os municípios - e em alta ao receber os RSU de grandes produtores;

- A AdC faltou na fundamentação da sua decisão por ter restringido, para além do que legalmente admissível, o conceito de “*merger specific*”, assim ignorando aspetos elementares da estrutura e pressões concorrenciais;

- A capacidade instalada para os Resíduos Urbanos noutras atividades tem um impacto evidente na definição do mercado relevante – a capacidade disponível para um operador entrar, expandir para os RNU é um elemento incontornável.

- Se a líder de mercado em RNU tiver possibilidade de tratar resíduos de privados em infraestruturas públicas de RU, há um impacto seríssimo na Concorrência, sendo manifesto o risco jusconcorrencial no sector;

- A AdC, pese embora a Decisão *subjudice*, considera que está perante um setor fechado, pouco transparente, fracamente controlado e regulado: disse-o antes, durante e após a concentração; tendo depois, incompreensivelmente, ignorado aquelas preocupações jusconcorrenciais na Decisão, uma contradição que obrigava a uma maior fundamentação da sua Decisão;



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 5/15.7YQSTR

- As autoras ao longo do procedimento requereram a realização de muitas diligências sem que se tenha realizado qualquer destas ao arripio das melhores práticas jusconcorrenciais e das Orientações da Comissão;

- Os questionários dirigidos aos Operadores privados estavam, exclusivamente centrados na sua atividade de Resíduos Não Perigosos em alta (e não à dimensão do mercado; estrutura da oferta e da procura, respetivas elasticidades, etc. – porque tudo isto foi assumido).

- Quanto aos efeitos horizontais, o único mercado onde a AdC considerou existir sobreposição horizontal foi na gestão em alta de RNU, pelo que não analisou os efeitos horizontais onde as autoras demonstraram que existia uma sobreposição com maior relevância e impacto na cadeia de valor: na recolha de resíduos não perigosos;

- Este erro de avaliação tem duas consequências (i) as quotas de mercado na gestão em alta de RNU por parte da EGF estão subestimadas e ii) a AdC não abarcou na sua avaliação todos os efeitos que decorriam da Operação ao não ter avaliado a sobreposição em baixa das atividades dos municípios (acionistas da EGF) e da SUMA;

- Quanto aos efeitos não horizontais, é da equiparação entre resíduos e tratamentos que decorre o agravamento do risco concorrencial específico pela escolha da SUMA (e que não existiria se o escolhido fosse outro operador sem presença nesse segmento da atividade);

- Quanto à competitividade assumida pela AdC no mercado de apoio à gestão de RSU, ficou demonstrado que: Há cada vez menor externalização; as empresas que concorrem são “*mavericks*” com pouca capacidade; Não existe bloqueio por parte dos municípios às tomadas de decisão na EGF; Há um potencial alinhamento de interesses entre os municípios – acionistas da EGF – e a SUMA nas atividades “em baixa”;

- Apesar do poder discricionário da AdC na apreciação do impacto da Concentração no mercado, está sempre vinculada a princípios de legalidade, competindo-lhe averiguar da mera suscetibilidade - admitir e conhecer o potencial de risco existente e



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

agravado pela escolha de um operador dominante – e, sobretudo, quando surge no seguimento de uma privatização em bloco;

- Demonstrou-se que AdC não atendeu, entre outros, sobretudo ao poder económico da nova entidade SUMA/EGF, fruto das subsidiaçãoes e subvenções que a atividade regulada lhe atribui;

- O controlo jurisdicional é o meio adequado e eficaz de proteger os mercados e a Concorrência.

- De acordo com o *Standard of Judicial Review* europeu, o Tribunal da Concorrência não pode substituir a sua avaliação económica da concentração pela da Comissão, mas deve verificar: a. Se os elementos em que a Comissão baseou a sua decisão são factualmente corretos, confiáveis e consistentes; b. Se tomou em consideração todos os dados e informação necessária para analisar uma situação complexa; c. Se é capaz de sustentar as suas conclusões;

- Com a anulação da Decisão – que se requiere e se considera absolutamente essencial à salvaguarda do interesse público num sector fundamental – a avaliação da AdC deverá ter em atenção as circunstâncias atuais e não aquelas à data da notificação será necessário analisar a concentração entre a SUMA e a EGF à luz dos desenvolvimentos verificados no setor;

- A salvaguarda – pelo standard mínimo – da concorrência exigia que fossem impostos pela AdC compromissos e obrigações à EGF/SUMA enquanto entidade integrada.

\*

### **Nas suas alegações escritas a AdC formulou as seguintes conclusões:**

- De acordo com a alínea a) do n.º 3 do artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência no exercício dos seus poderes de supervisão, compete à AdC “*instruir e decidir procedimentos administrativos respeitantes a operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia*”, mais estabelecendo o n.º 1 do artigo 41.º da Lei da Concorrência que “*as operações de concentração, notificadas de acordo com 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 5/15.7YQSTR

*disposto no artigo 37.º, são apreciadas com o objetivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédio e finais, a concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste (...).*” (sublinhado da responsabilidade da AdC).

- As decisões da AdC em sede de controlo de operações de concentração são tomadas com fundamento em juízos técnicos administrativos, pelo que as divergências à análise jus-concorrencial são manifestamente distintas de se invocar e demonstrar (quanto mais não fosse, de modo sumário) que se verifica um erro grosseiro e notório na Decisão AdC (sendo assim esta “manifestamente ilegal”) e que a respetiva instrução possa ter sido descuidada e flagrantemente incompleta.

- A respeito da natureza da atividade que é imposta por lei à AdC na apreciação de uma operação de concentração, entendeu o STJ, por acórdão proferido, em 22 de fevereiro de 2017, no âmbito do recurso interposto pelo Município do Seixal da sentença proferida pelo TCRS, no qual também se discutia a legalidade da presente operação de concentração que: *“o quadro legal dentro do qual se move a AdC no controlo preventivo das operações de concentração em ordem a proferir decisão de não oposição, é o definido nos art.ºs 36.º e seguintes da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio [...]. Como decorre do art.º 41.º, n.º 1, à AdC cabe apreciar a legalidade do projeto de concentração, mas à luz estritamente jus-concorrencial, verificando se a operação tem efeitos na estrutura do mercado em termos que o tornem menos concorrencial, com perda para os consumidores, ou seja se a projetada concentração pode criar «entraves significativos à concorrência efetiva». Na sua atuação, a AdC está sujeita ao princípio da legalidade, mas isso significa apenas que está obrigada a verificar se a operação é suscetível de criar esses «entraves significativos à concorrência efetiva», socorrendo-se na sua análise dos critérios da operação fornecidos pelo n.º 2 desse art.º 41.º. Traduz-se nisso a verificação da legalidade — cf. pág. 9.*



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

- Como resulta do artigo 41.º da Lei da Concorrência, o legislador pretendeu deixar à AdC a liberdade de decidir proibir a concentração ou de não se opor à mesma, consoante entenda que desta possam resultar entraves significativos à concorrência ou não resultem entraves significativos à concorrência.

- Neste sentido pronunciou-se o STJ, no acórdão *supra* referido, ao concluir que “[...] a AdC está sujeita ao princípio da legalidade, no sentido de que se move dentro de um quadro legal que lhe é imposto, designadamente o art.º 41.º da Lei n.º 19/2012, estando obrigada a verificar se a operação de concentração notificada é ou não suscetível de criar «entraves significativos à concorrência efetiva» com consideração dos fatores enunciados no n.º 2 deste preceito. Mas, nesse labor, a AdC tem que fazer apreciações complexas de carácter económico e interpretar conceitos indeterminados, baseando-se em grande medida em prognoses, projeções e previsões relativamente ao impacto que cada operação de concentração apreciada poderá ter na estrutura concorrencial do mercado, envolvendo tudo isso considerável margem de discricionariedade. Por essa razão, o controlo judicial das decisões da AdC é limitado à verificação da veracidade, fiabilidade, pertinência, suficiência, correção e coerência dos dados e elementos considerados nessas decisões— cf. pág. 11.

- Da prova produzida no presente processo resulta manifesto que as Autoras discordam da Decisão de não oposição da AdC, não se tendo apurado qualquer erro grosseiro ou vício na sua análise e consequente fundamentação, como se demonstrará em seguida.

- Na Decisão, a AdC procedeu à definição de mercado relevante, na sua vertente do produto e geográfica, encontrando-se explicitado, ao longo de 14 páginas o seu entendimento sobre o mercado relevante, mais analisando, ponderando e discutindo de modo expresso as observações de vários contrainteresados que contestaram a definição de mercado relevante durante o procedimento administrativo.

- Vejam-se os pontos 61 a 69, 73 a 76 da Decisão, onde se encontra explicitado o conceito de mercado relevante e a metodologia para a sua definição nos termos das regras



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

aplicáveis, bem como os pontos 77 a 87 onde se explicita a caracterização das denominadas atividades em alta, à luz de prática decisória anterior, concluindo pela necessidade de separação da gestão de resíduos urbanos (RU) de responsabilidade municipal e a gestão de resíduos não urbanos (RNU), com base no critério da imputação subjetiva da responsabilidade pelo tratamento do resíduo, nas características do perfil da procura e na regulação da ERSAR.

- Ainda que se discordasse da metodologia e análise realizadas, parece claro que apenas existe divergência quanto ao resultado e não qualquer erro grosseiro, sendo evidente que as Autoras não produziram qualquer prova que demonstre a existência de qualquer vício manifesto.

- Nos pontos 88 a 113, a Autoridade analisa as denominadas atividades em baixa, de recolha e tratamento de resíduos urbanos de responsabilidade municipal, analisando as características da oferta, da procura, legislação aplicável, diferentes tipos de recolha (diferenciada ou seletiva) ou a natureza dos contratos, mais discutindo a destriça entre a recolha e tratamento de resíduos urbanos e não urbanos, não deixando de referir a prática decisória nacional e da Comissão Europeia sobre estes mesmos mercados.

- Nos pontos 124 a 167 a AdC densifica a sua análise sobre a vertente geográfica do mercado relevante. Nos mercados em alta a Autoridade ponderou, v.g., a prática decisória anterior, o enquadramento regulatório aplicável, os pedidos de elementos sobre áreas de influência das empresas no mercado, inquérito realizado a operadores, prática decisória da Comissão. Nos mercados em baixa a Autoridade analisou, por exemplo, as características dos mercados em leilão, procedimentos concursais ou duração dos contratos.

- Conclui-se, pois, que nenhum vício grosseiro é apontado concretamente a esta análise, antes se reiterando uma divergência quanto ao resultado alcançado, reconduzindo-se, desta forma, a presente discussão ao mérito da Decisão de não oposição da AdC.

- Não foi produzida prova no presente processo que permita concluir que a metodologia de análise não foi adequada ao caso concreto, que a instrução se revelou



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

manifestamente insuficiente, que a informação constante dos autos foi grosseiramente ignorada, que a lei não foi respeitada quanto aos critérios de análise de concentrações ou que a mesma carece de fundamentação; existe no essencial, apenas e só, uma discordância quanto ao resultado, como se explicitará em seguida.

- As Autoras discordam da análise que a AdC fez da problemática de, em consequência da operação, a nova entidade poder usar, gratuitamente, os ativos afetos aos mercados em alta (gestão de resíduos) para exercício das atividades em baixa (recolha e tratamento), não obstante a questão foi devidamente analisada, está fundamentada e refletida na Decisão, não identificando as Requerentes qualquer vício grosseiro de análise ou apresentando argumentos que levassem a conclusão diversa.

- A problemática de imputação de custos e utilização de ativos havia já sido suscitada pelos interessados durante o procedimento, tendo a Autoridade respondido de modo especificado na Decisão: ponto 592, sobre as observações do Município de Loures (pontos 573-574), pontos 788-789, sobre as observações do Município de Lisboa (pontos 689 e 695); ponto 811, sobre as observações do Grupo de Empresas (pontos 841-842); ponto 857, sobre as observações do Município de Vila Franca de Xira (pontos 867-868); e ponto 903, sobre as observações do Município do Barreiro (ponto 912), pelo que não podem proceder os argumentos das Autoras.

- As Autoras questionam a forma como a AdC ponderou o papel dos acionistas da EGF enquanto entidades capazes de disciplinar, de algum modo o comportamento da nova entidade resultante da concentração.

- Mais uma vez, as Autoras discordam do peso que a AdC atribui aos municípios acionistas, no âmbito do juízo de prognose de natureza jusconcorrencial realizado, sem contudo identificar qual o concreto erro grosseiro de apreciação cometido pela Autoridade.

- Contudo e tal como consta da Decisão da AdC, os municípios na qualidade de clientes, sobrepõem-se à qualidade de acionistas da EGF, na exata medida em que têm como principal objetivo prestar os serviços de gestão de resíduos e manter uma qualidade



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

elevada na sua prestação, cujo peso é maior do que o da obtenção de lucro através da sua participação acionista nas entidades em alta — cf. ponto 468 e seguintes da Decisão.

- Parece inequívoco que, independentemente do resultado que um juízo de prognose sobre esta matéria permitisse alcançar, não existe qualquer erro grosseiro de apreciação da questão, omissão de pronúncia sobre a questão ou falta de fundamentação desta matéria.

- Mais uma vez, não é possível imputar à Decisão da AdC qualquer erro grosseiro de apreciação, que permita identificar qualquer vício, concluindo-se apenas pela discordância das Autoras quanto à ponderação efetuada pela AdC quanto a esta questão.

- O mesmo acontece quanto aos argumentos das Autoras relativamente às dúvidas sobre a capacidade da ERSAR, enquanto regulador sectorial, em desempenhar as suas funções de monitorização.

- Como decorre do ponto 592 da Decisão, nos termos da lei e dos estatutos da ERSAR, sempre esta entidade terá os poderes, competências e atribuições para atuar sobre matérias como alterações aos tarifários, imputação de custos ou níveis de qualidade de serviço.

- Nessa medida, e sem prejuízo de as Autoras poderem ter entendimento diverso, a Decisão da AdC não padece de qualquer vício, nem de qualquer erro.

- Conclui-se ainda pela inexistência de qualquer fundamento no concerne ao alegado interesse da Suma em apresentar preços mais baixos (ou anormalmente baixos) nos mercados em baixa, beneficiando as suas participadas nesse mercado, para posteriormente adotar uma estratégia de preços mais altos, mais parecendo retomar o tema da utilização estratégica dos ativos em alta nas atividades em baixa, bem como que a concentração tem como efeito o encerramento do mercado.

- A AdC analisou esta questão tendo concluído que o papel dos municípios enquanto cliente prestador de serviços de gestão em baixa se sobrepõe aos seus interesses enquanto acionista em alta, bem como que, rejeitada a possibilidade de utilização



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

estratégica dos ativos em alta para as atividades em baixa, uma estratégia de preços baixos pode mesmo ser pró-competitiva.

- Conforme igualmente resulta da Decisão Final da AdC, a Autoridade concluiu que as pressões concorrenciais que caracterizavam o mercado (pontos 233-239), aliadas às características de duração e sincronia dos contratos (pontos 307-318), à ausência de efeitos de escala (pontos 304-306) e de efeitos reputacionais (pontos 512-513), rematado por um não alinhamento de incentivos entre municípios e EGF (pontos 468-484), tornavam improvável que ocorresse, *«em consequência da presente operação de concentração, o encerramento do mercado “em baixa” afetando significativamente a concorrência no mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de [resíduos urbanos] de responsabilidade municipal.»* (ponto 524).

- Deste modo, poder-se-á discordar do resultado da análise efetuada pela AdC, mas não se pode concluir pela existência de qualquer erro grosseiro de apreciação por esta Autoridade.

- No que concerne à alegada existência de barreiras à entrada, e independentemente da discussão conceptual sobre esta questão para o direito da concorrência, a AdC acrescenta na sua decisão que, tratando-se de mercados em que a entrada se realiza através de procedimentos concursais relativamente pequenos, a importância dos custos afundados iniciais é mitigada pelo facto de o vencedor do concurso só realizar o investimento depois do conhecimento da adjudicação do contrato (cf. ponto 296 da Decisão), o que diminui substancialmente os riscos associados aos investimentos iniciais.

- Relativamente à alegada obtenção de receitas extraordinárias decorrentes da subsídio energética ou através do pagamento de valores de contrapartida pela Sociedade Ponto Verde, tal com se refere na Decisão a AdC reafirma-se que, pelo regulamento tarifário, essas receitas revertem a favor dos municípios clientes, na medida em que se traduzem em reduções na tarifa praticadas aos respetivos municípios.



## 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 5/15.7YQSTR

- As Autoras defendem também que a Suma teria beneficiado de um conjunto de investimentos públicos já contratualizados o que lhe permitiria uma vantagem competitiva face aos seus concorrentes.

- A AdC analisou esta questão e não considerou a mesma determinante para efeitos de análise da operação de concentração (pontos 390-395 da Decisão final da AdC), na exata medida em que foi a EGF que beneficiou dessas fontes de financiamento público, tendo a Suma pago, em sede de processo competitivo de privatização, o preço correspondente (não beneficiando consequentemente daqueles eventuais vantagens).

- Relativamente a um alegado eventual acesso a informação privilegiada a AdC reitera o que já havia dito anteriormente em sede de procedimento administrativo, designadamente em resposta às observações da Fomento de Construcciones Y Contratas (FCC) sobre a audiência prévia: *“777. A AdC também considera que não são de acolher os argumentos apresentados quanto ao “acesso a informação privilegiada” por parte da SUMA, no sentido de a mesma conferir uma vantagem não replicável por parte dos seus concorrentes. 778. Ao concorrer aos diversos concursos, os operadores têm acesso à informação que a entidade adjudicante considera necessária para a elaboração das propostas, sem prejuízo de ulteriores pedidos de esclarecimentos sobre aspetos específicos, nomeadamente, do caderno de encargos (e.g. informação quanto às quantidades estimadas, histórico de quantidades recolhidas, rotas e/ou pontos de recolha). 779. Com efeito, mesmo que as quantidades de resíduos (e, importa recordar, estão em causa resíduos indiferenciados de responsabilidade municipal) recolhidas no passado não estejam imediatamente disponíveis nos documentos concursais, as mesmas poderão ser facilmente disponibilizadas, mediante pedido, pelos municípios adjudicantes, que têm a exata noção das quantidades de resíduos indiferenciados recolhidos no seu município e entregues à entidade gestora “em alta””*.

- Do que vem dito forçoso é concluir que, as Autoras não lograram demonstrar qualquer ilegalidade que possa ferir a decisão de não oposição da AdC, na medida em que os elementos reunidos nos autos e a prova produzida não permitem concluir 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.Nº 5/15.7YQSTR

procedência da pretensão formulada, não estando demonstrada a existência de uma ilegalidade que, inevitavelmente, determinasse a declaração de inexistência, de nulidade, a anulação, ou irregularidade da decisão de não oposição da AdC.

- Nestes termos e nos demais de direito aplicáveis, deve a presente ação ser julgada improcedente e, em consequência, não ser declarada nula ou, subsidiariamente, anulada a decisão de não oposição adotada pela AdC.

\*

**Nas suas alegações escritas as contrainteressadas SUMA/EGF formularam as seguintes conclusões:**

- As alegações escritas das Autoras não poderão ser integralmente admitidas nos moldes em que foram apresentadas, uma vez que padecem de vários vícios, em muito se afastando daquilo que o n.º 4 do artigo 91.º do CPTA reconhece e admite como alegações escritas sobre matéria de direito.

- Em particular, através das alegações escritas sobre matéria de direito que submetem, as Autoras (i) invocam factos nunca antes invocados; (ii) juntam, ainda que dissimuladamente, novos documentos aos autos; e (iii) discutem matéria de facto.

- Contudo, uma vez que houve lugar a audiência para alegações orais sobre matéria de facto, nunca poderão as presentes alegações (escritas) de direito servir para mais do que aplicar o direito aos factos que, na opinião das partes, tenham sido provados nos presentes autos.

- Assim, as Autoras praticaram, parcialmente, um ato que a lei não admite e que poderá influir na decisão, motivo pelo qual, nos termos do n.º 1 do artigo 195.º do CPC (aplicável *ex vi* artigo 1.º do CPTA), devem as alegações de direito apresentadas pelas Autoras ser desconsideradas relativamente àquelas matérias.

- Subsidiariamente, diga-se, em qualquer caso, que os factos novos e os factos discutidos pelas Autoras nas suas alegações não podem ser dados como provados, tal como se referiu *supra*.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

- As Autoras elencam os factos que entendem que foram provados na presente instância, começando por acolher os factos dados como assentes na sentença proferida em 15 março de 2016 pelo douto Tribunal, no âmbito do processo cautelar n.º 5/15.7YQSTR-C (que dependia da presente ação principal).

- Em todo o caso, haverá que notar que as Autoras não transpuseram todos os factos dados como provados na referida sentença, tendo na verdade optado por omitir certos factos que as prejudicavam.

- Ademais, em caso algum se poderão dar como provados os factos considerados não provados na sentença proferida em 15 março de 2016 pelo douto Tribunal, no âmbito do processo cautelar n.º 5/15.7YQSTR-C (que dependia da presente ação principal).

- De acordo com as Autoras, a Decisão seria inválida porque (i) padeceria do vício de falta de fundamentação; (ii) seria anulável por se ter verificado omissão de diligências de provas requeridas; e (iii) teria violado o disposto no artigo 41.º da Lei da Concorrência.

- No entanto, as Autoras carecem em absoluto de razão, motivo pelo qual a presente ação administrativa especial deve ser julgada improcedente, por não provada.

- De forma a sustentar a pretensa ilegalidade da Decisão da AdC, as Autoras apontam supostas deficiências de fundamentação de que alegadamente enfermaria a Decisão da AdC.

- Contudo, nas suas alegações de direito as Autoras não imputam à Decisão um vício de falta de fundamentação, mas sim o vício de erro manifesto de apreciação.

- Ora, não tendo as Autoras insistido na alegação do vício de falta de fundamentação da Decisão da AdC, entende-se que nada mais há a dizer em relação àquele alegado vício, remetendo-se para o que foi dito na Contestação quanto ao mesmo e para a jurisprudência citada *supra*.

- O primeiro vício invocado pelas Autoras é o de que a AdC teria cometido um erro manifesto de apreciação na definição dos mercados relevantes.

- No entanto, esta alegação é totalmente infundada uma vez que – conforme se demonstrou – a segmentação levada a cabo pela AdC tem por base critérios económicos



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

que refletem a estrutura de mercado e a composição da oferta e da procura, bem como o enquadramento normativo, designadamente o critério da imputação subjetiva de responsabilidade pelo tratamento do resíduo.

- No que diz respeito à definição de mercado relevante e análise jusconcorrencial, a Decisão da AdC é absolutamente consentânea com as orientações e prática decisória da CE, bem como com a prática decisória da própria AdC.

- E bem assim, ao longo da sua análise, a AdC sempre pressupôs, numa ótica de pior cenário, que as concessionárias continuariam a exercer as atividades complementares.

- Assim, a insinuação das Autoras ligada à existência de um suposto “desvio de RNU” nunca poderá fazer periclitir a definição de mercados relevantes alcançada, visto que esta preocupação foi devidamente tida em consideração pela AdC.

- Em todo o caso, a verdade é que as Autoras não demonstraram na presente instância a existência de um suposto “desvio de RNU”, e ainda que o tenham feito – o que não se admite –, não foram além de demonstrar a sua verificação patológica, absolutamente irrelevante para efeitos de definição dos mercados relevantes.

- Do mesmo modo, tão-pouco poderá pôr em causa essa definição um antigo e desatualizado Estudo da AEPSA invocado na fase final deste processo pelas Autoras, uma vez que o mesmo tem em vista aspetos regulatórios sectoriais (sobre a política nacional de resíduos) e não a aspetos jusconcorrenciais, sendo ainda, necessariamente, um estudo parcial.

- Ora, não se tendo demonstrado que a Decisão incorreu em qualquer erro, muito menos num erro manifesto – ao lançar mão dos referidos critérios jurídico-económicos para delimitar os mercados relevantes –, deve entender-se que a AdC não extrapolou a discricionariedade de que dispunha na delimitação dos mercados relevantes, pelo improcede a argumentação das Autoras.

- As Autoras alegam ainda que a Decisão da AdC padece de invalidade pelo facto de a AdC ter restringido a sua avaliação, cingindo-se a uma avaliação *merger specific*.



## 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 5/15.7YQSTR

- Contudo, quanto a este ponto, sublinhe-se principalmente que a análise da AdC pautou-se estritamente pelos critérios previstos no enquadramento normativo relevante, sobretudo no artigo 41.º da Lei da Concorrência, centrando-se na averiguação dos efeitos prováveis na concorrência derivados da concentração em causa (efeitos horizontais e não horizontais e impacto em todo o mercado), tendo inclusivamente analisado aprofundadamente, ao longo do processo, uma teoria do dano relativa ao potencial encerramento lucrativo do mercado por parte da SUMA/EGF, o que se revelou manifestamente inverosímil.

- Deste modo, nunca poderá merecer acolhimento a alegação de que esta análise ficou aquém dos objetivos públicos do controlo de concentrações e, menos ainda, que encerra uma interpretação restritiva do conceito *merger specific* – pois, conforme ficou demonstrado, se há coisa que caracteriza a análise da AdC no caso em apreço é o facto de esta ter seguido escrupulosamente o enquadramento normativo aplicável em sede de análise de controlo de concentrações (de acordo com a lei vigente e com os critérios relacionados mais modernos).

- Assim como também não poderão ser consideradas quaisquer conclusões que as Autoras pretendam extrair das citações jurisprudencial que aduzem quanto a este ponto, pela sua clara falta de relevância e pertinência para a discussão em apreço.

- Por último, as Autoras referem que a AdC terá expressado em certos documentos preocupações concorrenciais que depois não verteu na Decisão.

- A verdade, porém é que para além da manifesta irrelevância dos referidos documentos – emitidos ao abrigo da estrita função de aconselhamento da AdC em sede de políticas públicas – para a matéria que aqui se analisa, sempre haverá que concluir que as Autoras nunca chegam a extrair qualquer conclusão dos trechos que citam.

- Termos em que deverá improceder, em absoluto, a argumentação expendida pelas Autoras neste ponto.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

- As Autoras referem também que a alegada imprecisão na definição dos mercados relevantes (que se demonstrou não existir) se deveu à omissão de diligências de prova requeridas pelas Autoras no decorrer da análise levada a cabo pela AdC.

- A este respeito sempre haverá que ter em consideração que a AdC goza de discricionariedade administrativa e regulatória para decidir se determinadas diligências são ou não pertinentes no contexto da sua análise no âmbito de um qualquer controlo de concentrações.

- E bem assim, que a AdC considerou, de forma fundamentada, que a realização dessas diligências não era necessária ou conveniente para efeitos da Decisão, sendo que as referidas diligências podiam, inclusivamente, ser consideradas meramente dilatórias.

- Ora, não tendo as Autoras conseguido demonstrar que a AdC errou ao decidir que as diligências a que se referem não eram pertinentes para a Decisão final, sempre haverá que concluir que a Decisão da AdC não padece de qualquer invalidade.

- O último argumento invocado pelas Autoras é o de que a Decisão da AdC teria alegadamente violado o disposto no artigo 41.º da Lei da Concorrência.

- Todavia, apesar dos diversos argumentos que foram utilizados pelas Autoras é evidente que a Decisão da AdC não padece de qualquer invalidade, muito menos por violação do disposto no artigo 41.º da Lei da Concorrência.

- A análise de controlo de concentrações empreendida com rigor e fundamentação devida pela AdC, foi feita nos termos do artigo 41.º da Lei da Concorrência e focou-se nos efeitos prováveis da operação, *i.e.* nos efeitos suscetíveis de serem materializados “num futuro relativamente próximo” (de acordo com a boa jurisprudência da UE).

- Assim, não tendo ficado demonstrado que a AdC tenha violado alguma norma aplicável ou algum princípio da atividade administrativa ou regulatória na análise que serviu de base à sua Decisão, deverão improceder quaisquer alegações das Autoras no sentido de pôr em causa a validade da Decisão da AdC, sobretudo no que a este ponto diz respeito.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

- A respeito de alegados erros quanto à análise dos efeitos da operação de concentração, as Autoras alegam que a AdC não analisou certos efeitos horizontais que alegadamente decorreriam da concentração.

- A verdade é que a análise de efeitos horizontais existe apenas em mercados em que há sobreposição entre as atividades das partes na operação de concentração (SUMA e EGF), o que só se verifica nos mercado de produção de energia elétrica em Portugal (com uma posição das partes completamente inexpressiva) e na gestão de RNU em alta nas zonas de influência Litoral Norte, Centro e Centro-Sul (com uma posição combinada das partes longe de resultar em qualquer questão jusconcorrencial).

- Ademais, a análise de efeitos não-horizontais que constitui (necessariamente) a parte mais relevante da apreciação da AdC na Decisão compreendeu os demais mercados em que as partes se encontram ativas (e a interação entre os mesmos), pelo que, a análise da AdC relativa a este aspeto foi ainda mais exaustiva.

- Com efeito, a análise da AdC (quanto a este ponto, e noutros) poderá inclusive ter pecado por excesso, nunca por defeito.

- Deste modo, não tendo as Autoras conseguido demonstrar que a AdC errou quanto à ausência de efeitos horizontais, é por demais evidente que a Decisão da AdC não padece de qualquer invalidade.

- A respeito de alegados erros quanto à análise dos efeitos da operação de concentração, as Autoras alegam que a análise da AdC, que concluiu pela inexistência de efeitos não horizontais resultantes da operação de concentração, se baseou em premissas que, no entender das Autoras, não se demonstraram e se provaram em contrário.

- A este respeito, e no tocante ao alegado pelas Autoras sobre uma hipotética transferência de custos da atividade “em baixa” para a atividade “em alta, ficou demonstrado, claramente, que o regime tarifário regulado não permite a adoção de uma estratégia que vise imputar tais custos das atividades “em baixa” às atividades “em alta”.

- Com efeito, o modelo de *revenue cap* prevê, especificamente, fatores de incremento de eficiência, pelo que qualquer imputação de custos à “alta” eventualmente



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

“elegível” para fazer parte do cálculo da tarifa teria, necessariamente, de ser compensado por ganhos de eficiência superiores ao previsto no modelo que permitissem acomodar, sem incumprir as exigências de eficiência, os custos acrescidos da “baixa”.

- Ademais, sempre haverá que ter em conta que para além do regulador ter um conhecimento aprofundado sobre as estruturas de custos das concessionárias, encontra-se prevista monitorização adicional, levada a cabo por municípios e auditores.

- Ora, não sendo provável que venha a ocorrer uma transferência de custos da atividade “em baixa” para a atividade “em alta, as alegações das Autoras quanto a esta matéria improcedem.

- Por outro lado, as Autoras insinuam ainda que o mercado em baixa (serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal) alegadamente não é competitivo.

- Contudo, pela análise da Decisão da AdC, decorrente da investigação da mesma, verifica-se precisamente a existência de uma multiplicidade de alternativas no mercado de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (em baixa), bem como elevadas taxas de sucesso na permanência destas alternativas nos municípios onde já operam.

- Assim, as alegações das Autoras neste contexto são, uma vez mais, manifestamente desprovidas de fundamento.

- As Autoras referem ainda que a Decisão da AdC alegadamente não teve em consideração supostas barreiras à entrada, em particular no mercado dos serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (em baixa).

- No entanto, a verdade é que os custos como barreira à entrada no mercado dos serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (em baixa) são mitigados, na medida em que o compromisso com investimento não tem de ser feito antes do conhecimento da adjudicação do contrato.

- Adicionalmente, não foram identificados efeitos de escala que constituíssem barreiras à entrada significativas no mercado dos serviços de RU de responsabilidade municipal “em baixa”, tendo em conta que cada operação (contrato) é relativamente



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

autónoma entre si, exigindo um conjunto de investimentos e custos operacionais, que tendem a não ser afetados pela existência ou não de outros contratos.

- Ademais, verificou-se que as características dos contratos de RU de responsabilidade municipal em baixa não constituem uma barreira significativa à entrada.

- As Autoras mencionam também que a SUMA/EGF teria acesso a receitas exclusivas supostamente advindas da subsidiação energética.

- Contudo, a este respeito sempre haverá que concluir que, nos termos do regulamento tarifário, as receitas geradas pela EGF mercê da atividade de produção de energia elétrica através da exploração de biogás revertem a favor dos municípios clientes, na medida em que se traduzem em reduções na tarifa.

- Deste modo, resulta manifesto que a Decisão da AdC não padece de qualquer invalidade.

- Por fim, as Autoras aludem ao controlo jurisdicional, mencionando a importância do seu papel não só para o funcionamento do mercado, mas também enquanto mecanismo fundamental do Estado de Direito.

- Contudo, reconhecer a importância da existência do mecanismo de controlo jurisdicional não implica reconhecer a alegada necessidade de, no caso em apreço, haver lugar a um controlo jurisdicional.

- Aliás, conforme ficou patente, não existe qualquer justificação para pôr em causa a validade da Decisão da AdC, já que a mesma (i) não violou o bloco da legalidade, (ii) não incorreu em erro quanto aos pressupostos de facto e muito menos (iii) padece de manifesto erro de apreciação.

- Pelo que, não tendo as Autoras conseguido demonstrar que a Decisão ultrapassou a margem de discricionariedade de que dispõe a AdC torna-se evidente que apenas se poderá concluir que não há qualquer motivo ou necessidade de, no caso em apreço, haver lugar a um controlo jurisdicional.

\*



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

### **Nas suas alegações escritas a contrainteressada AdP formulou as seguintes conclusões:**

- Os factos novos referidos pela primeira vez pelas AA. nas alegações de direito são inadmissíveis e deverão ser desconsiderados pelo douto Tribunal, pois não são factos supervenientes na aceção do artigo 588.º, n.º2 do CPC (aplicável *ex vi* artigo 1.º do CPTA).

- Os *printscreens* das páginas Internet dos municípios de Valongo e de Lisboa, também juntos pela primeira vez aos autos nas alegações de direito, correspondem a documentos novos cuja junção nesta fase avançada do processo é inadmissível, nos termos do artigo 423.º do CPC, pelo que devem ser desconsiderados pelo Tribunal.

- Os factos elencados nas alegações de direito que as AA. alegam estarem provados, sem aplicar o direito correspondente, são inadmissíveis e deverão ser desconsideradas pelo Tribunal, nos termos do artigo 195.º do CPC. Em todo o caso, nenhum dos "*factos relevantes provados*", nos termos em que são alegados pelas AA., poderá ser dado como provado pelo douto Tribunal, pelas razões detalhadas nas alegações orais em matéria de facto.

- A AdC dispõe de uma ampla margem de apreciação no exercício da sua competência (exclusiva) de análise e decisão de questões económicas complexas em procedimentos de controlo de concentrações (como são as relativas à *definição dos mercados relevantes* e à *análise do impacto, ou dos efeitos, da operação notificada sobre os mesmos mercados*), nos termos do artigo 41.º da Lei da Concorrência, cuja violação é invocada pelas ora AA.

- A margem de apreciação reconhecida à AdC em matéria de controlo de concentrações tem necessariamente reflexo na intensidade do controlo judicial, o qual nos termos da jurisprudência é limitado à apreciação da competência do órgão decisor, da vinculação ao procedimento legal adequado e do dever de fundamentação expressa dos actos, e bem assim na apreciação do vício de desvio de poder, quando ocorra erro



## 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 5/15.7YQSTR

manifesto ou a violação de princípios de direito, como sejam os da igualdade, proporcionalidade, imparcialidade e justiça.

- A decisão impugnada não padece de qualquer vício de falta de fundamentação, pois como confirmado por este Tribunal e pela Relação de Lisboa a decisão da AdC, na sua globalidade, é suficiente, clara, congruente e contextual, permitindo aos seus destinatários perceber as razões que a levaram a proferir uma decisão de não oposição.

- A decisão não padece de qualquer vício procedimental por a AdC ter rejeitado as diligências complementares de prova requeridas pelas ora AA, uma vez que a fundamentação exarada pela AdC para indeferir as diligências de prova é clara, congruente e contextual.

- A decisão impugnada não incorre em qualquer erro manifesto de apreciação ao ter por referência a *operação tal como a mesma resulta da Notificação* que lhe é apresentada pela Notificante.

- A circunstância de as entidades gestoras de sistemas multimunicipais “em alta” poderem continuar a desenvolver actividades no *tratamento de RNU de grandes produtores*, em concorrência com operadores privados, não é específica à operação notificada, pois os sistemas multimunicipais exerciam já a actividade de gestão de RNU “em alta” *antes* da operação de concentração, e continuariam a fazê-lo mesmo se tal operação não existisse.

- Relativamente a alegadas contradições entre a decisão impugnada e os pareceres e recomendações da AdC relativos aos sector dos resíduos, tal contradição foi já enfaticamente rejeitada relativamente ao parecer sobre o projecto do que viria a ser o Decreto-Lei n.º 96/2014. Por seu turno os sete pareceres elaborados pela AdC em 2015 relativos a pedidos de autorização para a extensão da actividade de alguns sistemas multimunicipais e a recomendação da AdC de 23 de Junho de 2016 relativa às condições de candidatura ao PO SEUR não apresentam qualquer relação com a concreta operação de concentração *SUMA/EGF* e são irrelevantes para o presente 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 5/15.7YQSTR

- A decisão não incorreu em qualquer erro manifesto de apreciação quanto à definição dos mercados relevantes, na medida em que a análise da AdC se encontra baseada nas orientações da Comissão e resulta de uma análise económica da substituíbilidade da procura e da oferta, em termos coerentes com a prática decisória nacional europeia, pelo que não pode ser considerada «*puramente legalista*».

- Em virtude do enquadramento legislativo aplicável, detalhado na decisão impugnada, a concorrência relativamente aos RU e aos RNU processa-se em termos manifestamente distintos, tanto nas actividades em “alta” como nas actividades em “baixa”, existindo diferenças significativas no que respeita à estrutura da procura, à estrutura da oferta, e ainda relativamente às condições de concorrência, designadamente em matéria de preços.

- Todas as alegações das AA. sobre a suposta prática (ilegal) de “desvios” de RNU por parte dos municípios ficaram inteiramente por provar. O Estudo da AEPSA é irrelevante para este efeito, pois é anterior ao início do procedimento de controlo de concentrações em questão e não incide sobre matéria do foro jusconcorrencial, suscitando preocupações sobre as opções politico-legislativas adoptadas pelo legislador para o sector que não são específicas à operação.

- As AA. não demonstraram qualquer erro manifesto de apreciação relativamente à análise dos efeitos horizontais da operação. A AdC analisou correctamente o potencial impacto da operação nos mercados onde se verificam sobreposições horizontais, e as estimativas de quotas de mercado preparadas pela AdC, que permitem excluir à partida a existência de efeitos jus concorrenciais, são particularmente conservadoras e cautelosas.

- As AA. não fizeram qualquer demonstração de que a análise dos efeitos não horizontais da operação esteja viciada de erros manifesto de apreciação. No que respeita às suas alegações (sumárias) apresentadas neste contexto: as AA. Não demonstraram de que forma e em que termos se poderia materializar a possibilidade de «*partilha de equipamentos e informações entre a SUMA e a EGF*», ou como a SUMA poderia hipoteticamente aceder a informação privilegiada na posse da EGF; o mercado da



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

prestação de serviços de apoio à gestão de RU “em baixa” apresenta um grande dinamismo; existem diversos operadores “em baixa” que integram grandes grupos económicos com robustez e capacidade de financiamento; e os municípios exercem apertado escrutínio sobre a actividade das concessionárias das quais são accionistas.

- No que respeita às eventuais barreiras à entrada, a decisão impugnada conclui, em termos inteiramente convincentes, que: (i) o custo inicial de investimento/expansão «não constitui uma barreira significativa à entrada e expansão neste mercado», (ii) «não foram identificados efeitos de escala que constituíssem barreiras à entrada significativas no mercado dos serviços “em baixa”», e que (iii) « as características contratuais não constituem uma barreira significativa à entrada, na medida em que permite[m] a entrada em pequena escala.

- Embora não se compreenda o alcance da alegação das AA. de que a EGF «*tem acesso a receitas exclusivas: subsidiação energética/SPV*», nos termos do regulamento tarifário as receitas geradas pela EGF com a venda de electricidade produzida através da exploração de biogás revertem a favor dos municípios clientes, na medida em que se traduzem em reduções de tarifa, e em todo o caso a irrelevância desta questão é manifesta, tendo em conta a presença muito reduzida das partes no mercado nacional da produção de electricidade, que não é susceptível de produzir qualquer impacto jusconcorrencial, como acima se demonstrou.

- Do acima exposto resulta que todas as alegações das AA. acima analisada, que possam ser reconduzidas a supostos erros manifestos de apreciação por parte da AdC, em violação do artigo 41.º da Lei da Concorrência, são inteiramente desprovidas de fundamento.

- Assim, não tendo as AA. demonstrado que a AdC ultrapassou a ampla margem de apreciação discricionária que lhe é reconhecida pela jurisprudência nacional e europeia, e não tendo sido tão-pouco demonstrado que a AdC violou alguma norma ou princípio aplicável à actividade administrativa no procedimento que conduziu à decisão impugnada, resulta evidente que a decisão da AdC não padece de qualquer invalidade.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Nestes termos e nos demais de direito aplicável, deve a acção proposta pelas AA. ser considerado improcedente, por não provada.

\*\*\*

### SANEAMENTO

\*

#### **Dos vícios das alegações escritas apresentadas pela autora CITRI e outras:**

Sustentam as contrainteressadas SUMA/EGF e AdP, que as alegações escritas apresentadas pelas autoras CITRI e outras (ação apensada) extravasam o disposto no artigo 91.º, n.ºs 3 a 5, do CPTA e no artigo 423.º do CPC, *ex vi* artigo 1.º, do CPTA.

Notificadas a autora, CITRI e outras nada disseram.

Assim, resulta do artigo 91.º, n.ºs 3 a 5, do CPTA, que as alegações em causa estão sujeitas a dois limites: (i) em primeiro lugar, incidem apenas sobre a matéria de direito – tal resulta da conjugação dos n.ºs 3 e 4, do artigo 91.º, do CPTA; (ii) em segundo lugar, apenas podem ser invocados novos fundamentos do pedido, que sejam de conhecimento superveniente – cf. artigo 91.º, n.º 5, do CPTA.

Quanto ao alcance do primeiro limite, não significa o mesmo que, nas alegações de direito, não possa ser traçado o quadro factual considerado como provado enquanto pressuposto necessário para a subsunção jurídica. Contudo, o que já se deve considerar vedado é que, para além da mera enunciação (e correspondente impugnação) dos factos pertinentes, se avancem com os fundamentos probatórios que sustentem a demonstração desses factos. Efetivamente, neste âmbito estar-se-á perante a discussão da matéria de facto que se esgotou na discussão oral realizada nos autos e prevista no artigo 91.º, n.º 1, do CPTA.

Relativamente à alegação de novos fundamentos, extrai-se da conjugação do artigo 91.º, n.º 5, do CPTA, com o artigo 86.º, do mesmo diploma legal, que o conceito de “novos fundamentos” não inclui “novos factos”, pois, quanto a estes, é aplicável o regime plasmado no referido artigo 86.º, do CPTA, ou seja, apenas podem ser deduzidos, em



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 5/15.7YQSTR

novo articulado, até à fase das alegações. Assim, por “novos fundamentos” dever-se-á entender novos vícios, passíveis de ser extraídos do complexo de factos alegado até esse momento. Para além disso, apenas são admissíveis “novos fundamentos” que sejam de conhecimento superveniente, competindo ao autor a alegação e demonstração dessa superveniência, nos termos gerais das regras relativas ao ónus da alegação e ao ónus da prova (cf. artigo 5.º, n.º 1, do CPC, *ex vi* artigo 1.º, do CPTA e artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil, devidamente adaptados à natureza processual do direito em análise).

A violação dos parâmetros enunciados consubstancia, tal como sustentam as contrainteressadas SUMA/EGF uma nulidade, por força do artigo 195.º, n.º 1, do CPC, *ex vi* artigo 1.º, do CPTA, que foi regularmente invocada (cf. artigos 197.º, n.º 1, e 199.º, n.º 1, ambos do CPC, *ex vi* artigo 1.º, do CPTA). Efetivamente, incidindo o vício sobre as alegações escritas dever-se-á considerar que o prazo de arguição é extensivo a todo o prazo de apresentação das alegações escritas pelos demais sujeitos processuais, porquanto a diligência devida apenas impõe que o réu e/ou contrainteressadas tomem conhecimento das alegações escritas apresentadas pelo autor e procedam à análise do seu conteúdo dentro do prazo previsto para a prática do ato e não no próprio dia em que foram notificados daquelas.

Por sua vez, estipula o artigo 423.º, n.º 3, do CPC, *ex vi* artigo 1.º, do CPTA, que a prova documental apenas poderá ser apresentada após o decurso do prazo previsto no n.º 2 do mesmo normativo legal (até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final) se a sua apresentação não tenha sido possível até àquele momento, bem como aqueles cuja apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior. Também aqui e com os mesmos fundamentos supra enunciados, o ónus de alegação e de prova da superveniência cabe à parte que procede à junção do documento, cabendo no conceito de prova documental qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto (cf. artigo 362.º do Código Civil – CC).

Definidos os parâmetros gerais a aplicar e incidindo sobre as concretas desconformidades assinaladas pelas contrainteressadas, sustentam as contrainteressadas



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

SUMA/EGF, em primeiro lugar, que a alegação da autora CITRI e outras no sentido de que a SUMA é “líder na recolha de RNU” (pp. 11, 16, 17, 30, 32 e 50 das alegações das autoras) corresponde a um facto novo (cf. ponto 10 das alegações de direito das referidas contrainteressadas).

A alegação de que a SUMA é líder de mercado não é inteiramente nova. Na verdade, a autora CITRI e outras alegaram, no artigo 113.º da petição inicial, que a privatização foi “em concreto atribuída ao líder nos mercados já em iniciativa privada”. Admite-se, contudo, que tal alegação, após a autora CITRI e outras terem impugnado a definição de mercados relevantes efetuada pela AdC, é imprecisa, na medida em que não se compreende a que concretos mercados as autoras se estão a referir. E sendo imprecisa é imprestável em termos factuais. Consequentemente, a precisão introduzida pela autora CITRI e outras nas alegações de direito, ao reconduzirem tal alegação aos mercados de RNU, consubstancia efetivamente um facto novo, que, por isso, não pode ser admitido.

Por conseguinte, julgam-se não escritas, nas alegações de direito formuladas pelas autoras, as seguintes passagens: p. 11<sup>13</sup> “(onde é líder de mercado)”; p. 16 “nas mãos do líder de mercado em baixa”; p. 17 “era líder na recolha de RNU”; p. 30 “Se a líder de mercado em RNU”; p. 32 “que seria o líder em Baixa”; e p. 50 “Se a líder de mercado em RNU”.

Sem prejuízo da decisão precedente, sempre se acrescenta que, mesmo que se entendesse o contrário – designadamente que não se trata de um facto novo – o mesmo, nos termos em que é apresentado, é irrelevante, pois o conceito “líder” apenas permitiria que se extraísse, em termos factuais, a asserção de que a SUMA teria uma quota de mercado superior aos demais concorrentes, o que, em concreto, se pode traduzir numa percentagem infinitamente mínima e, nessa medida, residual e desprezível. Ou seja, no plano puramente factual, a alegação da autora CITRI e outras não é passível de suportar quaisquer conclusões.

<sup>13</sup> Todas as referências às pp. das alegações escritas apresentadas pela autora CITRI e outras reportam-se à numeração que consta no canto inferior direito.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Em segundo lugar, sustentam as contrainteressadas SUMA/EGF que a autora CITRI e outras alegam factos novos através das referências ao Relatório de Atividades, Gestão e Contas de 2015 da AdC (pp. 32 e 33 das alegações das autoras) e respetivas citações (cf. ponto 11 das alegações de direito das referidas contrainteressadas). Noutra perspetiva de análise, sustentam, sobre a mesma matéria, que tal corporiza também a junção de prova documental fora das hipóteses previstas no artigo 423.º; do CPC (cf. pontos 15 a 19 das alegações de direito das referidas contrainteressadas).

Assiste razão às contrainteressadas, pelo primeiro fundamento, impondo-se referir quanto ao segundo que tal relatório não é apresentado como meio de prova para demonstrar qualquer facto, mas em si mesmo como um facto. E enquanto facto, a reprodução de parte de tal Relatório consubstancia um facto novo, pelo que não pode ser admitido. E, mesmo que se entenda que o conceito de “novos fundamentos” a que alude o artigo 92.º, n.º 5, do CPTA, inclui factos novos, então impõe-se acrescentar adicionalmente que as autoras não alegaram, nem demonstraram a superveniência. É certo que o relatório data de 28 de abril de 2016 (cf. p. 6 do mesmo e [http://www.concorrenca.pt/vPT/Documents/Relatorio%20AdC\\_2016.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Documents/Relatorio%20AdC_2016.pdf)). Contudo, isso não obstava a que tal facto pudesse ter sido apresentado até à fase das alegações (cf. artigo 86.º, n.º 1, do CPTA).

Por conseguinte, julgam-se não escrita a passagem, a pp. 32 e 33 das alegações de direito das autoras, entre os seguintes segmentos “Durante o controlo de concentrações (...) recusa de venda)”.

Em terceiro lugar, sustentam as contrainteressadas SUMA/EGF que a autora CITRI e outras alegam factos novos ao referirem que vários municípios se disponibilizam publicamente para recolher a título gratuito os resíduos não urbanos dos grandes produtores (cf. p. 25 das alegações das autoras), juntando como prova dois *printscreens* dos sítios da internet do Município de Valongo e do Município de Lisboa (cf. ponto 12 das alegações das referidas contrainteressadas). Noutra perspetiva de análise, sustentam, sobre a mesma matéria, que tal corporiza também a junção de prova documental fora das



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

hipóteses previstas no artigo 423.º, do CPC (cf. pontos 15 a 19 das alegações de direito das referidas contrainteressadas).

Assiste razão às contrainteressadas. Efetivamente, enquanto facto, considera-se que, pese embora as autoras tenham alegado, na petição inicial, a “promiscuidade” entre resíduos urbanos e não urbanos na medida em que não se distinguem, a verdade é que tal “promiscuidade” é uma alegação genérica, sem densidade factual, e que inclusive pode ter várias origens e ser concretizada de diversas formas, nomeadamente pelo produtor. Nesta medida, a alegação de que existem ofertas – a título gratuito – apresentadas pelos municípios às empresas para recolha de RNU consubstancia um facto novo, pelo que não pode ser admitido. E, mesmo que se entenda que o conceito de “novos fundamentos” a que alude o artigo 92.º, n.º 5, do CPTA, inclui factos novos, então impõe-se acrescentar adicionalmente que as autoras não alegaram, nem demonstraram a superveniência.

Enquanto meio de prova e especificamente prova documental, porquanto se reconduz ao conceito previsto no artigo 362.º, do CC, pese embora tenha sido reproduzido numa peça processual, é também inadmissível uma vez que a autora CITRI e outros não alegaram nem demonstraram a superveniência exigida pelo artigo 423.º, n.º 3, do CPC.

Por conseguinte, julga-se não escrito o ponto 30 das alegações de direito das autoras, pp. 25 e 26, e bem assim também a conclusão XIV, p. 50.

Em quarto lugar, sustentam as contrainteressadas SUMA/EGF que as autoras referem, pela primeira vez, que a AdC “[n]ão deu acesso aos contratos de concessão (foi necessário às AA. Obterem uma decisão judicial para que pudessem conhecer o seu conteúdo” (cf. pp. 18 e 37 das alegações das autoras) – cf. ponto 12 das alegações escritas da SUMA/EGF. Mais uma vez assiste razão às contrainteressadas, tratando-se de um facto novo que, tendo ocorrido durante o procedimento de controlo de concentrações, era do conhecimento das autoras no próprio momento da instauração da presente ação.

Por conseguinte, julgam-se não escritos as seguintes passagens das alegações de direito das autoras: p. 18 “b) não permitiu o acesso aos contratos de concessão ... após



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

insistência das contrainteressadas”; p. 37 “a. Não deu acesso aos contratos das concessões (...) entre resíduos e peradores)”.

Em quinto lugar, sustentam as contrainteressadas SUMA/EGF que as autoras discutem matéria de facto, designadamente nas seguintes passagens: pp. 12 e 13, “[F]icou exatamente demonstrado nos Autos que: (...) pelo acesso privilegiado ao Resíduos Não Perigosos em geral” – cf. ponto 21 das alegações escritas das contrainteressadas; pp. 18 e 19, na transcrição de parte do testemunho de Madalena Presumido – cf. ponto 22 das alegações escritas das contrainteressadas; pp. 22 e 23, na transcrição de trechos do depoimento de Madalena Presumido e trechos do parecer da ERSAR – cf. ponto 23 das alegações escritas das contrainteressadas; pp. 24, na transcrição de partes do Estudo da AEPSA – cf. ponto 24 das alegações escritas das contrainteressadas; pp. 31, na invocação dos depoimentos de Madalena Presumido e de Margarida Freitas Rodrigues para justificar que, no seu entender, “a aquisição do negócio pela SUMA reforça a sua posição em qualquer dos lados desta «barreira legal» artificial entre RSU e RNU” – cf. ponto 26 das alegações escritas das contrainteressadas; pp. 32, 33 e 34, na transcrição de trechos de dois pareceres e de um relatório de atividades da AdC, que dizem espelhar supostas preocupações da AdC que, no entender das autoras, a AdC “incompreensivelmente não verteu na Decisão” – cf. ponto 27 das alegações escritas das contrainteressadas; pp. 39, no elenco de factos que as autoras consideram ter ficado demonstrados a respeito dos supostos efeitos horizontais da operação de concentração – cf. ponto 28 das alegações escritas das contrainteressadas; pp. 39, no elenco de factos que as autoras consideram ter ficado demonstrado que a AdC não teve em consideração na sua análise – cf. ponto 29 das alegações escritas das contrainteressadas.

Vejamos.

No que respeita ao segmento que consta a pp. 11 e 12 das alegações escritas das autoras (correspondente a 12 e 13 de acordo com a numeração colocada no canto inferior esquerdo), não há propriamente discussão da matéria de facto, mas mera enunciação de factos, sendo certo que a subsunção jurídica pressupõe necessariamente e conforme



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

referido um determinado quadro factual. Contudo, verifica-se adicionalmente que, pese embora os factos vertidos nas alíneas a), b) e c) estejam compreendidos na alegação vertida na petição inicial, o mesmo não se verifica quanto ao facto exarado na alínea d), que, nesta medida, consubstancia um facto novo, inadmissível neste momento. E, mesmo que se admitisse a alegação de factos novos nas alegações escritas, sempre tal facto não seria de admitir porquanto as autoras não alegam, nem provam o conhecimento superveniente. Assim, ainda que com um fundamento diverso daquele que é invocado pelas contrainteressadas – e que, pese embora diverso, não deixa de estar compreendido na arguição de nulidade subjacente – a referida alínea d), de p. 12, deve-se ter por não escrita.

Por conseguinte, julga-se não escrito o segmento, na p. 12 das alegações escritas das autoras, com o teor “d) os operadores privados consideram como concorrentes (...) ao Resíduos Não Perigosos em geral”.

Quanto à transcrição do depoimento de Madalena Presumida, nas pp. 18 e 19, trata-se discussão de matéria de facto, pelo que se julga não escrita a passagem, nas alegações escritas das autoras, com o teor “A realidade factual da confusão entre os mercados definidos pela AdC foi expressa de forma clara (...) que gerem os seus meios para fazer recolha seletiva e indiferenciada”.

Relativamente aos vícios referidos nas pp. 22 e 23, trata-se discussão de matéria de facto, pelo que se julga não escrita a transcrição de trechos do depoimento de Madalena Presumido, no ponto 27, e do parecer da ERSAR, no ponto 28 das alegações escritas das autoras.

O mesmo se aplica: às referências ao estudo da AEPSA, na pp. 24 das alegações escritas das autoras; e às transcrições dos depoimentos de Madalena Presumido e de Margarida Freitas Rodrigues e respetiva análise enquanto meios de prova para a demonstração do reforço da posição da SUMA em qualquer dos lados da barreira legal artificial entre RSU e RNU, na pp. 31 das alegações escritas das autoras, que se julgam não escritas.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

Quanto à transcrição de parte do parecer emitido pela AdC sobre o projeto de Decreto-Lei n.º 159/2014, de parte do Relatório de Atividades da AdC para o ano de 2015 e de partes de uma recomendação solicitada pelas autoras relativamente ao programa POSEUR, que constam nas pp. 32 a 35 das alegações escritas das autoras não se trata de discussão da matéria de facto, mas da enunciação de factos, especificamente do teor de tais documentos.

Esclarecida esta premissa, verifica-se quanto ao primeiro parecer que, pese embora não tenha sido alegado pelas autoras CITRI e outras, foi alegado pelas autoras da ação originária, tratando-se, por conseguinte, de um facto que está incorporado no objeto da ação unificada após a apensação. Por conseguinte, nesta parte não assiste razão às contrainteressadas.

Quanto ao relatório de atividades da AdC, a questão já se mostra acima decidida.

Por fim, relativamente a partes de uma recomendação solicitada pelas autoras referente ao programa POSEUR, trata-se de um documento emitido pela AdC em 23 de junho de 2016, ou seja, em data posterior à instauração da ação, cuja cópia consta a fls. 685 e ss., que foi junto aos autos na sequência de um pedido da autora CITRI e outros, formulado na audiência prévia (cf. fls. 634). No seguimento da junção deste documento, a autora CITRI e outros vieram invocar o seu teor como elemento demonstrativo da existência de preocupações jus concorrenciais que, no seu entender, incompreensivelmente não foram refletidas na decisão (cf. ref.ª 24449, fls. 805 e ss.) e que foi sujeito a contraditório, com pronúncia expressa pelas contrainteressadas SUMA/EGF (cf. ref.ª 24668, fls. 854 e ss.) e AdP (cf. ref.ª 24709, fls. 869 e ss.) pugnando, de forma fundamentada, pela sua irrelevância.

Não obstante o requerimento apresentado pelas autoras, as mesmas nunca se manifestaram de forma expressa sobre o aproveitamento de tal parecer como fundamento de facto. Por conseguinte, trata-se de um facto novo e enquanto tal não pode o mesmo ser admitido neste momento.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Nesta medida, julga-se não escrita a passagem, nas pp. 34 e 35 das alegações de direito das autoras, relativa ao conteúdo do programa POSEUR.

Quanto ao elenco de factos que as autoras invocam na pp. 39 a respeito dos supostos efeitos horizontais da operação de concentração e que a AdC não teve em consideração na sua análise, as alíneas b), c) e e) quer consubstanciem, em si mesmas, factos complementares novos, quer sejam factos instrumentais para a demonstração de outros, não podem ser aditadas neste momento, de acordo com os parâmetros já enunciados, acrescentando-se na primeira hipótese, que o conhecimento superveniente também não foi alegado. Assim, ainda que com um fundamento adicional diverso daquele que é invocado pelas contrainteressadas – e que, pese embora diverso, não deixa de estar compreendido na arguição da nulidade subjacente - as alíneas b), c) e e), de pp. 39-40 das alegações escritas das autoras têm-se por não escritas.

Quanto às desconformidades invocadas pela contrainteressada AdP, uma parte – a relativa ao Relatório de Atividades da AdC referente ao ano de 2015 e as alegadas ofertas, a título gratuito, apresentadas pelos municípios e junção de *printscreens* – sendo comum à arguição de nulidade das contrainteressadas SUMA/EGF já se mostra decidida.

Relativamente ao elenco de factos que as autoras incluíram nas pp. 3 a 10 das alegações escritas e que a contrainteressada AdP entende que não deve ser admitido, a mera enunciação do quadro factual considerado para efeitos de subsunção jurídica deve ser admitida, tal como referido. Contudo, nesse elenco verifica-se, por um lado, a existência de: factos novos - alíneas a), na parte relativa às PME, b), c), f), g) do ponto 4 (I), de pp. 7 e 8, ponto (ii) da alínea e) e alíneas f) e k), do ponto 4 (II), pp. 9 a 10; e, por outro lado, a existência de discussão da matéria de facto, designadamente na alínea d), do ponto 4 (I), pp. 8, e nas alíneas l) e m), do ponto 4 (II), p. 10 das alegações escritas das autoras.

Assim, ainda que com fundamentos diversos – mas compreendidos no vício invocado – julgam-se os referidos segmentos não escritos.



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

Por fim, pese embora as autoras não tenham invocado vícios às alegações escritas apresentadas pelas contrainteressadas, é evidente, sob pena de um inequívoco abuso de direito por parte das mesmas, que não serão levados em conta todos os segmentos constantes nas suas alegações que incidam sobre discussão da matéria de facto.

\*\*\*

### **Questões decidendas**

As questões a decidir correspondem ao objeto do litígio fixado na audiência prévia e que é o seguinte:

- a) Existência de questão prejudicial que deverá determinar a suspensão do procedimento por parte da AdC (invocada na ação originária);
- b) Falta de fundamentação da decisão da AdC (invocada na ação apensada);
- c) Ilegalidade da omissão de diligências de prova requeridas (invocada na ação apensada);
- d) Ilegalidade da decisão por violação dos artigos 41.º, n.º 3 e 4, e 53.º, ambos do NRJC (invocada em ambas as ações).

\*\*\*

### **Fundamentação de facto**

\*

#### **Factos provados:**

1. A EGF, constituída em 22 de dezembro de 1947, fruto da evolução da sua atividade tem, hoje, por objeto as atividades de gestão, manutenção e exploração de sistemas multimunicipais de recolha, tratamento e valorização de Resíduos Sólidos Urbanos (doravante abreviadamente designados de RSU) (*art. 1.º da petição inicial da ação apensada*).



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

2. Na sequência de um processo de nacionalização, ocorrido no passado, a EGF passou a ser 100% detida por capital público (*art. 2.º da petição inicial da ação apensada*).
3. Em 2014, foi aprovado o seu processo de privatização, com a publicação do Decreto-Lei nº 45/2014, de 20 de março, definindo, no seu artigo 2.º, o processo adotado: a alienação de 100% do seu capital através de concurso público (*art. 3.º da petição inicial da ação apensada*).
4. A Resolução do Conselho de Ministros 30/2014, de 8 de abril determinou a abertura do concurso público para alienação das ações da EGF, tendo como anexo o respetivo caderno de encargos (*art. 5º da petição inicial da ação originária*).
5. Tendo, por sua vez, a Resolução do Conselho de Ministros 55-B/2014, de 19 de setembro, publicitado a seleção do concorrente vencedor, Agrupamento SUMA, aprovando os instrumentos jurídicos a celebrar pelo mesmo com a AdP – Águas de Portugal, S.A. para a transmissão das ações da EGF (*art. 6º da petição inicial da ação originária e art. 4.º da petição inicial da ação apensada*).
6. A operação de concentração correspondente à aquisição pela Suma – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. (doravante SUMA) do controlo exclusivo sobre a EGF foi notificada à AdC na data de 14 de novembro de 2014, tendo dado origem ao processo de concentração CCent. 37/2014 (*art. 7º da petição inicial da ação originária e art. 5º da petição inicial da ação apensada*).
7. A autora Citri e outras (da ação apensada) no âmbito do processo de concentração (CCent. 37/2014) constituíram-se como “terceiros interessados” tendo, para o efeito, apresentado requerimento de admissão como contrainteressados (a 28 de novembro de 2014) e observações nessa qualidade (a 3 de dezembro de 2014) juntos a fls. 50 a 58 e 63 a 137 dos presentes autos 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.supervisão@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido (*art. 6º da petição inicial da ação apensada*).

8. Na data de 16 de fevereiro de 2015 a AdC promoveu a abertura da audiência prévia da notificante (SUMA) e demais contrainteressadas, atenta a proposta de início de investigação aprofundada à operação de concentração, uma vez que a mesma suscitava “sérias dúvidas, à luz dos elementos recolhidos, e em atenção aos critérios definidos no artigo 41º, quanto à sua compatibilidade com o critério estabelecido no nº 3 do artigo 41º do mesmo diploma (LdC), no que respeita (i) ao mercado regulado da prestação de serviços de gestão de Resíduos Urbanos de Responsabilidade Municipal e (ii) ao mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de Resíduos Urbanos de Responsabilidade Municipal” (*art. 9º da petição inicial da ação originária*).
9. Tendo a decisão final ocorrido na data de 17 de março de 2015 (*art. 10º da petição inicial da ação originária e art. 7º da petição inicial da ação apensada*).
10. No âmbito da investigação aprofundada, propunha-se a requerida AdC desenvolver “diligências complementares de investigação necessárias ao esclarecimento das dúvidas identificadas, em particular, as relativas aos riscos de encerramento de mercado, decorrentes da integração, num mesmo grupo empresarial, de atividades complementares no setor da recolha e tratamento de resíduos urbanos” (*art. 11º da petição inicial da ação originária e artigo 8º da petição inicial apensada*).
11. No termo da investigação aprofundada veio a AdC, na data de 4 de junho de 2015, a deliberar a proposta de adoção de “decisão de não oposição, nos termos da alínea a) do nº1 do artigo 53º da Lei da Concorrência, uma vez que a mesma (a operação de concentração notificada) não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva nos mercados analisados na (...) decisão” (*art. 13º da petição inicial da ação originária*).



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

12. Na data de 23 de julho de 2015 foi proferida pela AdC a decisão (doravante “decisão”), que consta nos volumes 13.º e 14.º com a certidão do processo administrativo, fls. 7066 e ss, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, com o seguinte conteúdo: “Face ao exposto, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida pela alínea d) do n.º 1 do artigo 19º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei nº125/2014, de 18 de Agosto, delibera adotar uma decisão de não oposição à presente operação de concentração, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 53º da Lei da Concorrência, uma vez que a mesma não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva nos mercados relevantes identificados” (*art. 17º da petição inicial da ação originária e art. 10.º da petição inicial apensada*).
13. Encontram-se pendentes pelo menos duas ações judiciais nas quais são questionados, quer os atos prévios, quer o próprio ato administrativo, consubstanciado na Resolução do Conselho de Ministros nº55-B/2014, de 19 de setembro, que seleciona o vencedor do concurso público de reprivatização da EGF, aprova os instrumentos jurídicos a celebrar entre a AdP e o Agrupamento Suma (*art. 27º da petição inicial da ação originária*).
14. Tramitam na 1ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo sob os números 972/14 e 1534/14 (*art. 28º da petição inicial da ação originária*).
15. A autora Citri e outras (da ação apensada) pronunciaram-se sobre o projeto de decisão de não oposição à concentração (*artigo 9.º da petição inicial da ação apensada*).
16. No âmbito da sua audição prévia, apresentaram incorreções ao projeto de decisão, concretamente: “**Ponto 6:** a SUMA, no sector dos Resíduos Urbanos (RU) e para além das actividades de limpeza urbana e recolha, participa também em sociedade cujo objecto social inclui o tratamento e eliminação de RU. São exemplos as suas participações no capital social das empresas



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

*responsáveis pelos sistemas ERSUC, Ecolezíria e Ambital e respectivamente com uma participação de 5,982% e 49%. Pelo que também neste campo do tratamento e eliminação de RU se verificará uma inequívoca concentração neste operador. Pontos 11 a 13: No capital social de cada uma das 11 empresas concessionárias somente participam a EGF e os municípios. Na realidade a SUMA tem já uma participação no capital social de uma das empresas concessionárias, a ERSUC (Resíduos Sólidos do Centro S.A. – Sistema Multimunicipal do Litoral Centro)”; “O Grupo de Empresas ressalva ainda que, apesar de ser, em teoria, um mercado onde qualquer empresa de transporte pode atuar (Ponto 158), na prática, são as empresas locais do sector que atuam neste mercado, muitas vezes em concorrência “desigual” com os municípios e em incumprimento legal, por serem recolhidos em baixa resíduos classificados como não urbanos (e faturados como tal ao cliente/produtor, que paga pela recolha e entrega em destino final licenciado, transferindo assim a sua responsabilidade) e, depois entregues na alta como resíduos urbanos (de forma a reduzir nos custos). Acresce que, independentemente de existirem sempre “inúmeras alternativas de empresas em baixa com capacidade para o transporte de resíduos até às instalações de tratamento em alta (Ponto 159), as mesmas empresas nunca terão a mesma capacidade nem os mesmos custos que já se evidenciou (...). Por último, o Grupo de Empresas não concorda com a ausência de alterações na estrutura indicada no ponto 160 nem com a homogeneidade indicada no ponto 161, por serem claras as vantagens locais e dominância regional dos operadores instalados nessas regiões” (artigo 88º e resposta ao artigo 125º ambos da petição inicial da ação apensada).*

17. Referiram ainda a propósito do projeto de decisão, entre o mais, o seguinte: “as suas conclusões têm por base, para além dos pressupostos que não se verificam (clara separação entre RU e RNU; um controlo que não existe e um



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

*papel de equilíbrio dos municípios que não têm), a inexistência das mudanças que decorrem da passagem de uma situação de monopólio público, para a situação de monopólio privado” (art. 114º da petição inicial apensada).*

18. Mais pediram as requerentes que fossem solicitadas cópias dos contratos, incluindo os respetivos anexos, celebrados entre as empresas participadas da EGF e os produtores de biogás, bem como que se solicitasse aos municípios para indicarem se alguma vez intervieram de forma decisiva na determinação dos tarifários a pagar e/ou se pronunciaram sobre que mecanismos de controlo têm sobre os desvios ao princípio do produtor pagador (*arts. 90º e 151º da petição inicial da ação apensada*).
19. Sobre tais pedidos, a AdC pronunciou-se, na decisão de não oposição, nos seguintes termos: “849. Quanto à primeira, “Solicitar cópias dos contratos incluindo respetivos anexos celebrados entre as empresas participadas da EGF e os produtores de biogás”, a AdC não entende o alcance do requerido, na medida em que é a própria EGF que efetua o aproveitamento do biogás que resulta da decomposição dos resíduos orgânicos nas suas próprias instalações para produção de energia elétrica (valorização energética). 850. Quanto à segunda, “Solicitar aos municípios para indicarem se alguma vez intervieram de forma decisiva na determinação dos tarifários a pagar e se pronunciarem sobre que mecanismos de controlo têm sobre os desvios ao princípio do poluidor-pagador”, a AdC entende o seguinte. 851. Relativamente à determinação dos tarifários, os municípios já tiveram oportunidade de se pronunciar ao longo do procedimento, em particular no âmbito da temática da sua (in)capacidade para monitorizar/influenciar o comportamento das concessionárias de que são acionistas. 852. Já no que se refere ao princípio do poluidor-pagador, entende a AdC que esta matéria não cabe no âmbito das suas atribuições e competências. 853. Em face do exposto, a AdC considera



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

*não ser necessária a realização de qualquer diligência complementar” (resposta aos artigos 152º e 154º da petição inicial apensada).*

20. Na deliberação de 16 de fevereiro de 2015, que determinou o início da investigação aprofundada, a AdC exarou, entre o mais, o seguinte: “372. Assim, e na situação de imputação de custos entre as atividades “em alta” (reguladas) e as atividades “em baixa”, há que considerar que, *ceteris paribus*, imputar à alta 1€ de custo da atividade em baixa é sempre benéfico para a entidade integrada. 373. Isto sucede porque, tudo o resto constante, a cada euro que se deixa de imputar às atividades “em baixa”, leva a um aumento do lucro atribuível à SUMA/EGF no mesmo montante. 374. Já na atividade em alta, o acréscimo de custo de 1€, que leva a um decréscimo de lucro no mesmo montante, o lucro atribuível à SUMA/EGF decresce apenas na proporção da sua participação na concessionária que, no presente caso, varia entre 51% e 62,95% (...). 375. Assim, mesmo sem considerar a questão das tarifas reguladas, existe o incentivo, por parte da SUMA/EGF em, podendo, proceder à imputação de eventuais custos comuns da entidade integrada às concessionárias. (...) 379. Assim, torna-se necessário analisar a influência que estas entidades têm em cada uma das concessionárias em que participam (...) uma vez que, enquanto acionistas, dificilmente terão os seus incentivos alinhados com os da SUMA. 380. A imputação de custos comuns às concessionárias tem como consequência que os municípios, enquanto acionistas, veriam a rentabilidade da sua participação diminuir, não tendo, ao contrário da SUMA, a possibilidade de a compensar de outra forma. 381. Mais acresce que, mesmo que tal imputação viesse a ser compensada ao abrigo de ajustamentos tarifários nos termos referidos anteriormente, a contrapartida seria um aumento das tarifas reguladas, ou seja, dos montantes pagos pelos municípios – enquanto clientes das concessionárias – para o tratamento/deposição do resíduos pelas próprias concessionárias -75



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município. Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

*Eventualmente apenas compensado pelo decréscimo de custos nos mercados em baixa mas que, numa dinâmica, apenas seriam efetivos a prazo na impossibilidade de encerramento lucrativo do mercado por parte da SUMA. (...) 387. Isto significa (...) que terá que ser analisado em que medida os ganhos de eficiência produtiva resultantes da operação de concentração poderão ser suficientemente relevantes para, numa perspetiva dinâmica, anularem a eficiência conferida pela presença de pressões concorrenciais no mercado “em baixa”. 388. Assim, e concretizando, há que aferir até que ponto as vantagens produtivas adquiridas com a operação de concentração permitem à SUMA/EGF expulsar os seus concorrentes do mercado para, em momento posterior, usufruir dessa posição para um aumento dos preços. (...) 390. No entanto, a expulsão dos concorrentes, não deverá conferir à SUMA/EGF a capacidade de, posteriormente, aumentar os preços. Sendo essa, em particular, a preocupação jusconcorrencial em causa. 391. Nessa medida, afigura-se particularmente relevante a análise das barreiras à entrada no mercado “em baixa”. Tal deve-se ao facto de uma eventual capacidade de aumentar os preços por parte da empresa resultante da operação de concentração depender da facilidade com que as empresas possam entrar ou expandir no mercado em questão. (...) 395. É, portanto, relevante uma avaliação cuidada das barreiras à entrada no mercado “em baixa”. No entanto, a informação até agora carreada para o processo é insuficiente, não permitindo que esta temática seja analisada com um elevado grau de certeza, pelo que, deverá a mesma ser alvo de uma avaliação mais pormenorizada em sede de investigação aprofundada. (...) 403. Após a análise dos incentivos, há que aferir em que medida a empresa integrada terá a capacidade de implementar eventuais estratégias de encerramento de mercado. 404. No que diz respeito à imputação de custos às atividades “em alta”, tal capacidade dependerá, em primeiro lugar, dos graus de liberdade conferidos pelo sistema regulatório, considerando que existirá*



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

*sempre alguma assimetria de informação entre regulador e regulado. 405. Neste âmbito, importará saber se tal assimetria poderá ser suficiente para ter um impacto tal ao nível da estrutura de custos “em baixa” que confira à SUMA/EGF a capacidade de excluir os seus concorrentes no mercado em baixa. 406. A este elemento acresce o papel dos municípios que, enquanto acionistas (mesmo que minoritários), poderão ter na monitorização desse tipo de fenómenos, quer ao nível da capacidade quer, como já se viu, ao nível dos incentivos. 407. De facto, se neste caso se verificar que os incentivos dos municípios estão alinhados com os das concessionárias, então seguramente não exercerão o seu papel de monitorização. 408. Já no que diz respeito à capacidade de exclusão do mercado por meros ganhos de eficiência, a análise da AdC incide, sobretudo, sobre a capacidade futura de aumento de preços por parte da SUMA/EGF – situação que apenas será plausível caso se venha a verificar que o mercado “em baixa” se caracteriza pela existência de barreiras à entrada. 409. Outro elemento potencialmente relevante está relacionado com a possibilidade de “integração” de serviços por parte dos municípios, passando a ser estes a prestar diretamente os serviços de recolha de resíduos. A maior ou menor facilidade de implementar esta integração é um fator relevante para a avaliação da capacidade de a SUMA/EGF implementar um aumento lucrativo de preços. (...) 415. A presente operação de concentração envolve, por um lado, uma sobreposição horizontal nos mercados de prestação de serviços de gestão de Resíduos Não Urbanos e, por outro, potenciais efeitos não verticais (sic) envolvendo o mercado regulado da prestação de serviços de apoio à gestão de Resíduos Urbanos de responsabilidade municipal. (...) 418. No segundo caso, a AdC identificou a possibilidade de a operação de concentração ter como efeito o encerramento do mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (foreclosure), dadas as características de complementaridade entre este mercado e o*



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

*respetivo mercado “em alta”. 419. Neste sentido, a AdC considera ser necessário apurar, em sede de investigação aprofundada, qual o alinhamento de incentivos das diversas entidades envolvidas, incluindo os municípios, dadas as características particulares da sua participação em ambos os mercados; qual a verdadeira capacidade da entidade integrada em implementar estratégias de encerramento (seja por via de “aproveitamento” do mercado regulado “em alta”, seja por via dos efeitos dinâmicos dos ganhos de eficiência produtiva) (art. 39º da petição inicial da ação originária).*

21. A AdC emitiu parecer sobre o projeto do que viria a ser o Decreto-Lei nº 159/2014, publicado pela AdC no endereço: [http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Recomendacoes\\_e\\_Pareceres/Documents/Parecer%20Proj%20DL%20159\\_2014.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Documents/Parecer%20Proj%20DL%20159_2014.pdf), cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido, no qual exarou, entre o mais, o seguinte: *“Sublinha-se ainda que seria desejável o aprofundamento de alguns aspetos da análise, em particular os que exigiriam uma consulta à entidade reguladora sectorial, como sucede com a análise dos eventuais fundamentos para a fixação da duração máxima da concessão num prazo de 50 anos.” (art. 41º da petição inicial da ação originária).*
22. Sobre o modelo de privatização disse: *“A opção de base resultante destes diplomas privilegia um modelo de privatização da entidade que detém a maioria do capital social da quase totalidade dos sistemas multimunicipais. Tendo em conta o modelo escolhido, afigura-se necessário acautelar os benefícios que podem decorrer da compatibilização de um modelo que implica a atribuição de direitos exclusivos em determinadas áreas com a salvaguarda da concorrência nas áreas onde esta é legalmente possível. Referimo-nos, designadamente, às “atividades complementares” e nas agora designadas “outras atividades”, não integradas no objeto da concessão. É particularmente relevante prevenir a criação de condições que possam levar a práticas 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 5/15.7YQSTR

*exclusão, criação ou elevação de barreiras à entrada ou exploração do mercado.” (art. 42º da petição inicial da ação originária).*

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



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

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



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

25. Sobre a “Coerência dos quadros jurídicos aplicáveis a empresas privadas e a empresas cujo capital social seja maioritariamente subscrito por entidades do sector público, disse: *“O regime previsto pelo projeto de Decreto-Lei n.º 159/2014 vem criar um novo enquadramento jurídico que não é totalmente equivalente ao que resulta do Decreto-Lei n.º 294/94, alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2009. Do ponto de vista da Lei da Concorrência, as empresas públicas e as empresas privadas estão sujeitas às mesmas regras, sendo as eventuais derrogações fundadas no cumprimento de uma missão de serviço de interesse económico geral aplicadas do mesmo modo, independentemente do sector onde tais empresas estejam inseridas. Daí que seja importante compreender se existe ou não concorrência entre as entidades gestoras de sistemas multimunicipais e de que forma se organizam os mercados relativos a atividades complementares e outras atividades conexas. Um aspeto que suscita preocupações é o facto de o objeto de concessão ser agora alargado à recolha seletiva de resíduos urbanos. Com efeito, o novo regime jurídico em análise, não usa os mesmos termos empregues pelo Decreto-Lei n.º 294/94, como alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 195/2009, o qual consagra o regime jurídico da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos. Assim, o objeto da concessão é definido na Base II/1 do anexo ao Decreto-Lei n.º 294/94 como abrangendo “o processamento dos resíduos sólidos urbanos, ou a tal equiparados nos termos da lei, gerados nas áreas dos municípios utilizadores e entregues por quem deva proceder à sua recolha, incluindo a sua valorização energética ou a sua reciclagem em termos economicamente viáveis, e a disponibilização de subprodutos”. Já a base II/3 do anexo ao projeto de Decreto-Lei n.º 159/2014 alarga o objeto da concessão à recolha seletiva de resíduos. Na medida em que a recolha seletiva de resíduos em causa constitua uma atividade onde é possível a concorrência entre operadores, a extensão 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 5/15.7YQSTR

*direitos exclusivos das concessionárias carece de fundamentação.” (art. 45º da petição inicial da ação originária).*

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



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

27. Na decisão de não oposição, a AdC identificou os seguintes mercados relevantes (cf. ponto 59 e ss): i) os mercados da prestação de serviços regulados de gestão de resíduos urbanos (RU) de responsabilidade municipal (“em alta”<sup>14</sup>), constituindo cada zona de exclusividade um mercado distinto; ii) os mercados da prestação de serviços de gestão de resíduos não urbanos (RNU) (“em alta”<sup>15</sup>), nas zonas de influência do Litoral-Norte, Centro e Centro-Sul de Portugal Continental; iii) o mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (“em baixa”) no território de Portugal Continental; o mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RNU (“em baixa”), no território de Portugal Continental; v) o mercado nacional da produção de energia elétrica; e vi) o mercado da distribuição de Gás Natural Comprimido para Veículos, cujo âmbito geográfico é deixado em aberto (*artigo 51.º da petição inicial originária e artigos 22º e 148º ambos da petição inicial da ação apensada*).
28. A EGF é acionista majoritária de onze concessionárias de recolha e tratamento de resíduos sólidos, abrangendo 174 municípios e cerca de 60% da população nacional, gozando do uso exclusivo dos sistemas e do monopólio da gestão dos resíduos urbanos (RSU) (*art. 37º da petição inicial da ação originária e art. 44.º da petição inicial da ação apensada*).
29. A diferença entre resíduos urbanos (RU) e resíduos não urbanos (RNU) quanto à sua natureza e composição é inexistente, sendo materialmente iguais, apenas os diferenciando a quantidade, e têm a mesma forma de gestão, de valorização e de eliminação, (*arts. 52.º e 53.º da petição inicial da ação originária e arts. 30.º e 40.º a 42.º da petição inicial da ação apensada*).

<sup>14</sup> Serviços “em alta” são as atividades de triagem, tratamento e de valorização ou eliminação dos resíduos – cfr. ponto 50 da decisão da AdC.

<sup>15</sup> Serviços em “baixa” são as atividades de recolha e transporte de resíduos – cfr. ponto 50 da decisão 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 5/15.7YQSTR

30. Os sistemas multimunicipais estão tecnicamente aptos a receber os RNU, usando, para o efeito, os mesmos equipamentos e infraestruturas (*art. 43.º da petição inicial da ação apensada*).
31. Antes da operação de privatização a EGF podia operar na gestão de resíduos não urbanos (RNU) (*resposta ao segmento final do artigo 44º da petição inicial da ação apensada*).
32. Situação que se verifica e tem sido prática, ao abrigo de uma autorização concedida por despacho do Senhor Secretário de Estado do Ambiente de 22.03.2016, cuja cópia se mostra junta a fls. 615 a 618, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo (*resposta ao artigo 43.º da petição inicial da ação apensada*).
33. No caso da Valorsul os resíduos industriais banais (RIB) e os RNU atingem c.d. 25% dos resíduos geridos (*art. 45º da petição inicial da ação apensada*).
34. A SUMA detém uma quota de mercado na limpeza urbana e recolha de resíduos sólidos urbanos (RSU) (“em baixa”) na ordem dos 40%/50% (*art. 37º da petição inicial da ação originária*).
35. A minuta do contrato de concessão a celebrar, por exemplo, com a Valorsul pressupõe a atribuição da exclusividade na recolha seletiva (*art. 37º da petição inicial da ação originária*).
36. A notificante está presente na atividade de gestão dos resíduos dos grandes produtores, através das subsidiárias TRIU S.A. e Correia & Correia, Lda (*art. 59º da petição inicial da ação originária e art. 173.º da petição inicial da ação apensada*).
37. Estamos perante uma atividade que depende de milhares de decisões individuais, quer dos particulares, quer dos grandes produtores, relativamente aos bens de que quotidianamente se desfazem, mas também da forma como, em relação aos particulares, se destinam esses resíduos (indiferenciado, separação maior ou menor na origem) (*art. 66º da petição inicial da ação originária*).



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

38. Quanto ao processo técnico de tratamento de resíduos não se verifica nenhum constrangimento no tratamento dos resíduos em diferentes pontos do país (*art. 67º da petição inicial da ação originária*).
39. Atualmente na região de Lisboa Norte existem dois grandes sistemas “em alta”: a VALORSUL e a TRATOLIXO, bem como um aterro de resíduos industriais banais (RIB) em Alenquer e, pelo menos, uma unidade de triagem de resíduos não urbanos (RNU) (*art. 64º da petição inicial da ação originária*).
40. A Valorsul e demais concessionárias tratam por igual os resíduos urbanos municipais dos seus acionistas, resíduos urbanos contratados (no caso da Valorsul, da Tratolixo) e resíduos particulares (de grandes produtores) (*art. 68º da petição inicial da ação originária*).
41. A Valorsul é cliente de outros sistemas, designadamente a Valorlis, onde entrega uma quantidade de cerca de 25.000 toneladas de resíduos urbanos, sendo ainda cliente dos CIRVER (centros integrados de recuperação, valorização e eliminação de resíduos perigosos) para tratamento e deposição das cinzas brutas produzidas no processo de incineração (*resposta ao art. 70º da petição inicial da ação originária*).
42. Também a Tratolixo livremente celebra contratos de prestação de serviços com entidades dos sistemas multimunicipais, intermunicipais e privados, em função das condições comerciais oferecidas, sendo estas transferências realizadas com recurso a meios não concretamente apurados (*resposta ao art. 71º da petição inicial da ação originária*).
43. No caso da Valorsul existe igualmente estes movimentos para os quais se contratam externamente serviços de transporte, nomeadamente as escórias rejeitadas do processo de incineração (*resposta ao art. 72º da petição inicial da ação originária*).
44. Outros movimentos e transportes são realizados com recurso a meios próprios das Estações de Transferência para os aterros, e da Estação de Transferência 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 5/15.7YQSTR

- Nazaré para o Tratamento Mecânico e Biológico da Valorlis, bem como a circulação de rejeitados da Estação de Valorização Orgânica da Amadora (ETVO) para a Central de Tratamento de Resíduos Urbanos de São João da Talha (CTRSU) e do ASMC e para a recolha seletiva do Oeste (*art. 74.º da petição inicial da ação originária*).
45. Os movimentos referidos nos pontos precedentes envolveram, no ano de 2014, os seguintes montantes aproximados: Faturação com a TRATOLIXO – cerca de € 1.080.000,00; Faturação com Particulares – pelo menos, € 1.129.000; Contrato com o CIRVER (prazo de um ano renovável por mais dois) – superior a um milhão de euros; Contrato com a VALORLIS – pelo menos, € 1.102.209,00; Contratação externa de serviços de transporte – pelo menos, € 1.087.000,00 (*resposta ao art. 75.º da petição inicial da ação originária*).
46. A EGF está a ponderar a possibilidade de partilha das instalações das concessionárias, efetuando a transferência de resíduos de sistemas (*resposta ao art. 86.º da petição inicial da ação originária*).
47. A entidade reguladora (ERSAR) no seu parecer expõe, entre o mais, o seguinte:  
*"Há, no entanto, que analisar sob outro prisma a eventual influência do exclusivo para a receção de resíduos urbanos, cuja recolha é da responsabilidade dos municípios, sobre as condições que podem ser oferecidas a estes para realizar o serviço de recolha de resíduos urbanos. Com efeito, a contratualização do serviço de receção de resíduos urbanos, em regime de exclusivo, a um sistema multimunicipal de tratamento desses resíduos, confere a esse sistema uma posição potencialmente dominante nesse mercado, uma vez que exerce essa atividade em regime de monopólio legal, estando, por isso, garantida, pelo prazo da concessão, a receção integral desses resíduos. Nesta medida, apesar de não ser possível a diferenciação tarifária entre os utilizadores de um determinado sistema, poder-se-ão criar incentivos à obtenção de vantagens económicas quando o operador privado que participa*



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

*no capital social da entidade gestora do serviço em alta executa a recolha de resíduos, por prestação de serviço ao município ou por concessão do sistema municipal (diretamente ou através de empresas do mesmo grupo empresarial). Essas vantagens advêm da possibilidade de potenciar maiores sinergias na organização dos serviços em alta e em baixa por serem prestados por entidades pertencentes ao mesmo acionista, mas também pela possibilidade de transferência ou partilha de recursos entre a atividade de recolha indiferenciada e a recolha seletiva, de difícil controlo por entidades externas (incluindo o concedente do sistema multimunicipal, os municípios que contratam o serviço em baixa e a entidade reguladora sectorial), podendo conferir à entidade que presta o serviço de recolha uma posição mais favorável face aos demais concorrentes. No que respeita à regulação económica existem já regras bem definidas de construção das tarifas, nomeadamente as constantes do regulamento tarifário. Ainda que este regulamento tenha incentivos à redução contínua de custos, as vantagens competitivas obtidas nos serviços em baixa, pela transferência ou partilha de recursos com a atividade de recolha seletiva (exercida pela entidade gestora em alta) podem traduzir-se num benefício económico mais relevante para o operador privado. No caso de concessões de serviços municipais em baixa, por se tratar de contratos de longa duração e em que o operador tem mais autonomia de gestão, assumindo diretamente o relacionamento contratual com a entidade gestora em alta, e maior responsabilidade em termos de renovação e substituição de equipamentos, o risco descrito anteriormente é mais elevado do que nas prestações de serviço (em que o operador se relaciona exclusivamente com o município com um contrato de menor duração). Neste contexto, não é evidente que "não existe qualquer possibilidade de se verificarem efeitos verticais", como refere a notificante na sua resposta." (art. 94º da petição inicial da ação originária).*



**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

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



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

e veículos, armazéns de peças e outros itens consumíveis, bem como as instalações de armazenamento de combustível e/ou lavagem (*art. 129º da petição inicial da ação originária*).

56. Os Municípios estão mais interessados em diminuir os custos do serviço de recolha e, em regra, adjudicam a quem fizer o preço mais baixo, tendendo o fator preço a constituir, cada vez mais, o fator preponderante para a atribuição dos contratos de recolha e transporte de RSU (*resposta ao art. 80º da petição inicial da ação apensada e ao art. 80.º da segunda parte da petição inicial da ação apensada*).
57. Pelo menos, alguns municípios não atendem, na fixação das condições dos concursos, à necessidade de garantir um prazo razoável para o retorno (*resposta ao art. 150º da petição inicial da ação originária*).
58. Os equipamentos e infraestruturas afetos à concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e recolha seletiva de resíduos urbanos foram construídos com dinheiro público (*art. 60º da petição inicial da ação apensada*).
59. A participação dos Municípios no capital social das participadas, tituladas pela EGF, é minoritária (*art. 79º da petição inicial da ação apensada*).
60. A receita decorrente da produção de energia corresponde a 30% da receita da EGF (*art. 85º da petição inicial da ação apensada*).
61. No caso da unidade de valorização instalada no aterro de Vila Real, integrado na concessão da Resinorte, o equipamento utilizado na produção de energia elétrica a partir de biogás é detido por terceiro (*resposta aos arts. 84.º e 136.º ambos da petição inicial da ação apensada*).
62. A ERSAR, ouvida no âmbito da investigação aprofundada pela AdC, lembrou que “*sem prejuízo de não regular directamente o mercado de prestação de serviços (...) não deixa de notar que poderá ser relevante ter em conta o efeito de concentração das entidades reguladas com os prestadores desses serviços*”



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

*(do grupo SUMA) na medida em que a notificante pode ser simultaneamente accionista da entidade gestora do sistema multimunicipal e fornecedora do município utilizador do mesmo, que, por sua vez, é acionista e cliente dos sistemas” (art. 246º da petição inicial da ação apensada).*

63. E acrescenta no que à produção de energia diz respeito: “ *a produção de energia elétrica, a partir da incineração dos resíduos urbanos, ou do biogás produzido nos aterros e nas unidades de digestão anaeróbica, não se afigura como uma atividade relacionada, construindo antes objetos da concessão e, nessa medida, deverá ser considerada atividade principal”* fazendo notar que “*a receita obtida com a venda de energia elétrica não assume uma relevância resíduos, constituindo mesmo, em certa empresas com a Suldouro ou a Valorsul um valor correspondente a cerca de metade dos gastos totais das empresas” (art. 247º da petição inicial da ação apensada).*
64. A SUMA, através da sua participação na EGF e desta nas concessionárias tem, entre outros, acesso a informação a sobre fluxos de resíduos recolhidos nos vários circuitos “em baixa” para tratamento “em alta” (*facto aditado pelos autores da ação originária*).

\*

### **Factos não provados:**

- a) Os rejeitados do Centro de Triagem e Ecocentro do Lumiar são transportados para o Centro de Tratamento de Resíduos do Oeste do Cadaval para reprocessamento (*art. 73º da petição inicial da ação originária*).
- b) Atento o plano estratégico da SUMA, pretenderá esta receber mais resíduos na central de incineração (*art. 77º da petição inicial da ação originária*).
- c) A EGF ultimamente alega que o acordo parassocial relativo à Valorsul é inexistente (*art. 77º da petição inicial da ação originária*).
- d) A SUMA tem a intenção de construir uma quarta linha de incineração em Loures a fim de aumentar a capacidade, ligada à possibilidade de fundir,



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

formal ou informalmente, sistemas (*art. 78º da petição inicial da ação originária*).

- e) O modelo de definição tarifária não constitui garantia de inexistência de possibilidade de transferência de custos da atividade “em baixa” para atividade “em alta” (*art. 96º da petição inicial da ação originária*).
- f) Em poucas áreas será tão evidente a possibilidade de transferência de custos (*art. 97.º da petição inicial da ação originária*).
- g) E mesmo sem passar por engenharias contabilísticas complexas (*art. 98.º da petição inicial da ação originária*).
- h) No caso da concessionária recorrer a recursos da SUMA para a atividade de recolha seletiva, não há forma dos restantes acionistas ou regulador conseguirem distinguir quais as viaturas ao serviço de que entidade (SUMA ou concessionária) (*art. 101.º da petição inicial da ação originária*).
- i) Não existem mecanismos para garantir que as viaturas da SUMA ao serviço da concessionária não efetuem recolha seletiva para a SUMA (*artigo 102.º da petição inicial da ação originária*).
- j) O facto da ERSAR ter demorado mais tempo a pronunciar-se nos termos descritos nos factos provados abriu as portas à aprovação de um modelo tarifário mais penalizador (*art. 118.º da petição inicial da ação originária*).
- k) A ERSAR não tem demonstrado a capacidade de resposta e controlo efetivo que as suas atribuições e competências pressuporiam (*art. 120º da petição inicial da ação originária*).
- l) O investimento já tem de estar feito aquando da apresentação a concurso (*resposta aos arts. 144.º, 147.º e 149.º todos da petição inicial da ação originária*).
- m) A informação referida no ponto 64) dos factos provados confere à Suma uma vantagem extraordinária sobre as suas concorrentes “em baixa”, permitindo que se posicione nos procedimentos concursais lançados pelos municípios



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

- propondo com menor grau de incerteza sobre o retorno do investimento preços mais baixos, fruto de uma maior perceção das margens de flutuação das quantidades (*resposta ao artigo aditado pelo autor Município e outros*).
- n) A soma do universo SUMA e EGF cobre 80% do mercado nacional da gestão dos RSU (*art. 64º da petição inicial da ação apensada*).
- o) Tendo em conta o facto de a SUMA ter o uso exclusivo de infraestruturas que mais nenhum operador tem nos mercados “em alta” e o facto da recolha de resíduos não ser a sua atividade principal verá os seus custos diminuídos de forma que mais nenhum outro operador no mercado de recolha, transporte e armazenagem de RSU e RNU tem (*art. 81º da petição inicial da ação apensada*).
- p) Para além da situação descrita nos factos provados relativa ao aterro de Vila Real, integrado na concessão da Resinorte, a produção de energia de biogás em aterro não é feita diretamente pela EGF, sendo efetuada por terceiros que pagam à EGF uma contrapartida pela cedência de espaço nos seus aterros, sendo que a EGF usa o seu direito especial à tarifa, com o respetivo ponto de injeção na rede, não para produzir energia, mas para “concessionar” o seu uso e espaço em aterro a terceiros dele recebendo uma renda retirada em percentagem da tarifa energética (*arts. 84.º e 136.º ambos da petição inicial da ação apensada*).
- q) Verifica-se uma total ausência de capacidade de controlo por parte dos reguladores, a Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) e a Agência Portuguesa do Ambiente (APA), e por parte dos Municípios (*art. 87º da petição inicial da ação apensada*).
- r) O valor dos equipamentos e infraestruturas afetos à concessão não foi pago pela adquirente e não foi valorado por esta, para efeitos de proposta de aquisição (*art. 183º da petição inicial da ação apensada*).



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

- s) A sobreposição da EGF e da SUMA no mercado “em alta” de RNU vai aumentar para níveis superiores a 50% do mercado de RNU, o que acabará por eliminar a concorrência por não terem acesso ao fator de produção (*art. 211º da petição inicial da ação apensada*).
- t) Os Municípios podem nunca ver a sua tarifa aumentada, porque os custos [decorrentes da atividade da SUMA em “baixa”, imputados em “alta”] podem ser compensados com a receita da produção de energia e/ou com a imputação da tarifa diferenciada para os RNU, que aumenta sem um controlo auditável por entidades independentes (*art. 228.º da petição inicial da ação apensada*).
- u) Os Municípios não têm qualquer incentivo em denunciar a imputação de custos pela SUMA da atividade em baixa “à alta” e a utilização das infraestruturas e bens afetos à concessão para aproveitamento em atividade fora do âmbito da concessão sem a devida contrapartida financeira (*art. 232.º da petição inicial da ação apensada*).
- v) Com a aquisição da EGF, a SUMA passa a ter capacidade de imputação de custos das atividades “em baixa” para as atividades “em alta”, bem como capacidade para aproveitamento de infraestruturas “em alta” para a realização das atividades “em baixa” (*art. 233.º da petição inicial da ação apensada*).
- w) Os Municípios nada podem fazer (*art. 245.º da petição inicial da ação apensada*).
- x) A SUMA estará sempre em condições, devido à operação de concentração, de, por efeito de escala, apresentar preços baixos de modo a provocar uma erosão do mercado (*art. 125º da petição inicial da ação originária*).
- y) Não apenas preços baixos, mas preços anormalmente baixos, à luz do conceito do que é preço anormalmente baixo previsto no Código dos Contratos (*art. 126º da petição inicial da ação originária*).
- z) Não deixando de obter o lucro expeável que obteria com preços mais elevados, por poder vir a beneficiar da transferência e repercussão 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 5/15.7YQSTR

entre as atividades em alta e as atividades em baixa (*artigo 127.º da petição inicial da ação originária*).

- aa) A SUMA, por via da subsidiação cruzada entre as atividades “em alta” e “em baixa”, poderá praticar um preço predatório, com o qual os concorrentes não poderão competir – por não terem acesso às infraestruturas (*art. 262.º da petição inicial da ação apensada*).

\*

Tudo o mais que tenha sido alegado e não conste nos factos provados e não provados é matéria de direito, de natureza conclusiva ou irrelevante.

\*

### **Motivação:**

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

Os pontos 1) e 2) resultam da decisão da AdC (cf. § 9), sendo que, quanto à data da constituição da EGF, se trata de um facto que não assume natureza controvertida.

Os pontos 3) a 5), que se levaram aos factos provados apenas para facilitar a compreensão do objeto do processo, são factos tornados públicos pelo Diário da República.

Os pontos 6) a 12) estão documentados na certidão do procedimento de controlo da operação de concentração em causa.

Os pontos 13) e 14) foram extraídos, em parte, da cópia da petição inicial de fls. 69 e ss.. e, em geral, não são factos controvertidos.

Os pontos 15) a 20) estão documentados na certidão do procedimento de controlo da operação de concentração em causa.

Os pontos 21) a 26) resultaram do parecer aí referido, publicitado na página da internet indicada nos factos provados.



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Os pontos 27) e 28) foram extraídos da decisão impugnada.

O ponto 29) é uma decorrência do critério legal de distinção dos resíduos.

O ponto 30) é um facto não controvertido, que também se extrai da decisão impugnada (cf., entre o mais, § 87).

O ponto 31) é um facto não controvertido, que também resulta da decisão impugnada (cf., entre o mais, § 197).

O ponto 32) está documentado na cópia do despacho aí referido.

O ponto 33) foi extraído do Relatório e Contas da Valorsul, junto a fls. 5472 e ss. (volumes 10.º e 11.º), tendo-se considerado, em particular, o total dos serviços prestados a particulares, que consta a fls. 5572, descontado o montante pago pela Tratolixo.

O ponto 34) é um facto não controvertido, que resulta também da decisão impugnada (cf. § 211).

O ponto 35) é uma decorrência do facto da recolha seletiva também estar incluída no objeto da concessão (cf. Base II, n.º 1, do Anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25.06).

O ponto 36) é um facto não controvertido, que também resulta da decisão impugnada (cf. § 246).

O ponto 37) é uma evidência lógica, decorrente das regras da experiência comum, que foi aceite em audiência prévia pelos sujeitos processuais que estiveram presentes, com a ressalva de que o segmento final (o destino dos resíduos) não inclui os grandes produtores atentos os condicionamentos legais aplicáveis.

O ponto 38) é um facto não controvertido, que foi aceite em audiência prévia pelos sujeitos processuais que estiveram presentes, com a precisão de que a ausência de constrangimentos se reporta apenas e só ao processo técnico de tratamento (sem excluir outros condicionamentos, nomeadamente relacionados com custos de transporte) e que também se extrai da decisão impugnada (cf., entre o mais, § 87).

Os pontos 39) a 45) resultaram das declarações prestadas por Maria Madalena Presumido, administradora da Valorsul (sujeito ao princípio da livre apreciação), em



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

conjugação com o Relatório e Contas da Valorsul relativo ao ano de 2014, já referido. De referir que as declarações prestadas por Maria Madalena Presumido, nesta parte, mereceram credibilidade, porquanto não foram minimamente abaladas pela demais prova produzida, tendo sido corroboradas, em alguns pontos, pelo referido Relatório.

O ponto 46) foi extraído da cópia da entrevista a Ismael Gaspar, presidente da EGF, datada de 01.07.2016 e publicada no jornal “Água & Ambiente”, que consta a fls. 622 e 623, na qual refere estar em curso a criação de um grupo de trabalho “*não só [para] estudar a questão da valorização [energética] na gestão dos resíduos, mas também diversas vertentes do ponto de vista regulatório, da partilha de infraestruturas*”. Foi também devido ao teor de tal entrevista – em particular dos demais segmentos em que Ismael Gaspar aborda a questão referindo que se trata de um tema que tem de ser aprofundado “*um pouco mais, exatamente por força do tal enquadramento do modelo regulatório que [precisam] de clarificar*” – e à ausência de prova em sentido contrário, que apenas se pode concluir que se trata de uma possibilidade que está a ser ponderada e não de uma certeza em termos de plano de negócio.

Os pontos 47) e 48) estão documentados no parecer da ERSAR que consta na certidão do procedimento de controlo da operação de concentração.

O ponto 49) resultou das declarações prestadas por Maria Madalena Presumido e também das declarações prestadas por Maria José Lages, administradora de nove das onze concessionárias, sendo igualmente admitido como possível na decisão impugnada – cf. § 498. Assim, conclui-se, em face destes meios de prova, que é possível a SUMA – tal como qualquer outra empresa – prestar serviços para as concessionárias, como já aconteceu, numa situação pontual, referida por Maria José Lages e poderá acontecer se as concessionárias decidirem, por exemplo, subcontratar a recolha seletiva.

Quanto ao ponto 50), em tese poder-se-iam colocar três possibilidades: a existência de um contrato de prestação de serviços entre a Suma e as concessionárias (sendo a Suma a prestadora do serviço), que permite o estacionamento das viaturas da Suma nas instalações das concessionárias afetas a esse serviço e para os fins desse contrato; 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 5/15.7YQSTR

parqueamento das viaturas da Suma nas instalações das concessionárias a título gratuito e sem qualquer base contratual; e a existência de um contrato de prestação de serviços entre a Suma e as concessionárias (sendo a Suma o prestador do serviço) e o aproveitamento pela Suma desse contrato para estacionar as viaturas afetas ao seu serviço nas instalações da concessionária.

Relativamente à primeira hipótese, resultou das declarações de Maria Madalena Presumido e Maria José Lages que tudo dependeria dos termos do contrato.

Quanto à segunda hipótese, importa ter presente, tal como se refere na decisão impugnada, que “[q]uer por via da Lei, quer por via dos contratos de concessão, os ativos afetos à concessão “em alta” são-no numa base exclusiva” (§ 495), pelo que esta possibilidade pressupõe uma atuação ilegal e de feição “clandestina”. Neste enquadramento, considera-se não existirem elementos suficientemente sólidos que permitam infirmar o juízo efetuado pela AdC no sentido de que “*não parece plausível que a SUMA venha a utilizar, a título não-oneroso as infraestruturas da EGF para instalação dos estaleiros das viaturas afetas às atividades “em baixa” nos municípios da área de concessão*” (§ 496). Efetivamente, esta hipótese não se revela plausível porquanto os veículos das concessionárias, conforme referiu Maria José Lages e se considera credível de acordo com as regas da experiência comum, estão identificados, pelo que não seria difícil detetar tais situações.

Relativamente à terceira hipótese, a mesma também não ficou demonstrada pelas razões expostas nas alíneas respetivas da matéria de facto não provada, para cuja fundamentação se remete.

Por conseguinte, o facto em apreço mereceu uma resposta restritiva, tendo ficado provada apenas a primeira hipótese *supra* enunciada.

Os pontos 51) a 54) resultaram da cópia da ata nº 13/2014, de uma reunião do Conselho de Administração da Valorsul, de fls. 115 e ss, e da cópia da decisão da ERSAR sobre a proposta de orçamento e tarifário para 2015 da Valorsul, de fls. 124 e ss..



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

O ponto 55) resultou das declarações de Maria Madalena Presumido que, em termos gerais, confirmou estes factos e que mereceram credibilidade, nesta parte, tendo em conta a sua experiência no setor e a ausência de prova em sentido contrário.

Quanto ao ponto 56), os factos em apreço constam na decisão impugnada (cf. § 475 e 476, quanto ao primeiro segmento, e § 239, quanto ao segundo segmento) não tendo sido infirmados pela prova produzida.

Relativamente ao ponto 57), após melhor ponderação considera-se que se deverá concluir que, pelo menos, alguns municípios não atendem, na fixação das condições dos concursos, à necessidade de garantir um prazo razoável para o retorno, com base nos depoimentos de Catarina Vieira Conde, chefe da divisão municipal de ambiente, sustentabilidade e espaço público da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, e Inês Castro da Silva, técnica da referida divisão da Câmara Municipal de Vila Franca de Xira, com base na experiência que têm nos respetivos Municípios. É certo que as testemunhas não intervieram diretamente em concursos de recolha de RSU, mas em outros concursos, designadamente de lavagens e monos. Contudo, tendo em conta que nesta parte nada resultou da prova produzida em sentido contrário, não há razões para duvidar de que o racional não seja o mesmo.

O ponto 58) é um facto não controvertido, tendo em conta a natureza da EGF antes da privatização.

Os pontos 59) e 60) são factos não controvertidos, que também resultam a decisão impugnada – cf. § 13 e § 253 respetivamente.

O ponto 61) resultou das declarações prestadas por Maria José Lages.

Os pontos 62) e 63) estão documentados no parecer da ERSAR junto ao procedimento de controlo da operação de concentração.

Quanto ao ponto 64), o tipo de informação em causa foi extraído dos talões de entrega apresentados pela SUMA/EGF constantes de fls. 1334 e ss.. Quanto ao acesso a essa informação não ficou demonstrada a existência de um *back office* comum com partilha de recursos humanos e administrativos entre a Suma e a EGF. A única prova



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

sobre esta matéria foi a possibilidade de isso existir, afirmada por Pedro Manuel de Paulo, administrador da CITRI desde 2014, e o facto de Nuno Seco, diretor comercial da Suma, ter afirmado que Maria José Lages trabalha na sede do grupo Mota Engil. Contudo, tais elementos são insuficientes para se concluir, com a concretude necessária, sobre a existência da aludida partilha. Não obstante isso, o certo é que não há razões para duvidar de que a SUMA, enquanto acionista da EGF, poderá ter acesso a essa informação.

A alínea a) não teve expressão na prova produzida.

A alínea b) ficou por demonstrar porquanto não foi produzida prova suficientemente sólida relativamente à mesma. Efetivamente, o único meio de prova sobre a matéria reconduziu-se às declarações de Maria Madalena Presumido, que afirmou desconhecer muito pouco o plano estratégico da Suma, apenas tendo tido acesso à proposta apresentada no âmbito do concurso, e que não referiu especificamente este facto.

Quanto à alínea c), ficou por demonstrar, tomando por referência a realidade atual, porquanto Maria Madalena Presumido esclareceu que as relações entre a EGF e os acionistas Municípios melhoraram, estando próximas daquilo que era há quatro anos atrás, porquanto foi possível chegarem a um entendimento quanto ao acordo parassocial. Mais referiu que o acordo prevê uma série de salvaguardas para os acionistas minoritários e que qualquer expansão para novas instalações e novos investimentos têm de ser aprovados por maioria qualificada e especificamente pelo município onde será instalado o novo equipamento.

Quanto à alínea d), podendo porventura ter existido, da parte da Suma, a intenção de construir uma quarta linha de incineração em Loures, o certo é que, tomando por referência a realidade que existe atualmente, essa intenção, conforme resultou das declarações de Maria Madalena Presumido, já não existe. Acresce ainda que tal possibilidade, por via do novo acordo parassocial e conforme referiu Maria Madalena Presumido, tem de ser aprovada por maioria qualificada e especificamente pelo Município de Loures.

Relativamente à possibilidade de fusão de concessionárias, não foi produzido nenhum elemento minimamente sólido e concreto sobre esta matéria, sendo certo que tal possibilidade – por implicar uma diluição e, conseqüente, diminuição da posição dos acionistas municipais



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345º Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

– não se revela plausível, pelo menos em relação à Valorsul, devido ao acordo parassocial, conforme resultou das declarações de Maria Madalena Presumido.

Note-se que, conforme esclareceu Maria Madalena Presumido, a fusão não se confunde com a gestão integrada de sistemas, que atualmente já existe em alguns casos, nomeadamente por parte da Valorlis, que recebe resíduos de outros sistemas. Por conseguinte, a não demonstração desta possibilidade não está em contradição com a partilha de infraestruturas referida nos factos provados.

No que respeita às alíneas e) a g), v), 1ª parte e z), 2ª parte, impõe-se esclarecer, em primeiro lugar, que estes factos não se retiram do parecer da ERSAR. É certo que este parecer alude à possibilidade de “*transferência ou partilha de recursos*”. Contudo, não resulta desta alusão uma referência específica à transferência de custos, antes se reportando à possibilidade de utilização de recursos que se analisará infra. Efetuado este esclarecimento não resultou da prova produzida nenhum elemento com o mínimo de consistência para infirmar a convicção formada pela AdC sobre esta matéria, vertida nos § 485 a 487, 492 e 493, e bem assim as declarações prestadas por Maria José Lages e por Maria Cristina da Cunha Saraiva, diretora cooperativa da EGF, no sentido da hipótese de transferência de custos se revelar inviável face ao regime tarifário e ao escrutínio a que a atividade das concessionárias é sujeita nomeadamente pela ERSAR.

Quanto às alíneas h) e v), 2ª parte, Marco Marques, funcionário da Semural há 16 anos, referiu existir a possibilidade da Suma utilizar as instalações das concessionárias, tendo apresentado como exemplo os ecocentros, que têm um estaleiro, acrescentando que ninguém vai fiscalizar se isso acontece. Por sua vez, o parecer da ERSAR também alude a esta possibilidade, de “*transferência ou partilha de recursos*”, advertindo ser de “*de difícil controlo por entidades externas (incluindo o concedente do sistema multimunicipal, os Municípios que contratam o serviço em baixa e a entidade reguladora setorial)*”.

Os meios de prova indicados fundam-se em possibilidades e na esfera pura das possibilidades, considera-se a hipótese contrária mais verosímil, dado que se trata de uma violação dos contratos de concessão e da própria lei. Considera-se, por isso, pouco



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

plausível que a Suma pudesse encetar uma prática de feição clandestina e com a regularidade e dimensão suficientes para ter um impacto minimamente relevante.

Quanto à alínea i), há mecanismos que podem afastar esta possibilidade, designadamente a afetação exclusiva, por via contratual, das viaturas utilizadas pela Suma ao serviço da concessionária. É claro que, sendo a EGF maioritária e não estando tal possibilidade compreendida em acordos parassociais, é pouco provável que isso viesse a ser contratualizado. Em todo o caso, é uma hipótese que não se pode ter por afastada.

Relativamente a alínea j), a única prova produzida sobre esta matéria reconduziu-se às declarações de Maria Madalena Presumido e das mesmas não foi possível extrair a confirmação deste facto, designadamente que o montante da tarifa que veio a ser aprovada pela ERSAR se deveu à maior delonga temporal que envolveu o processo.

Quanto à alínea k) e q) quanto à ERSAR, sem prejuízo, de existirem atos mais difíceis, se não mesmo praticamente impossíveis de fiscalizar, por motivos alheios à ERSAR, a prova produzida não permite concluir nos termos exarados nesta alínea. Efetivamente, pese embora Marco Marques tenha referido que a ERSAR não controla nada, verificou-se, em contrapartida, que Maria Madalena Presumido afirmou que, podendo não estar de acordo com muitas posições da ERSAR, não pode pôr em causa as suas competências. Por conseguinte, a prova produzida não foi convergente neste sentido, nem há elementos adicionais suficientes sólidos e concretos para sustentar com segurança este facto.

Quanto à alínea l), a factualidade em apreço foi confirmada, em termos gerais, por Maria Margarida Freitas, chefe do departamento de gestão de resíduos e apoio logístico dos SIMAR – Serviços Intermunicipais de Águas e Resíduos de Loures-Odivelas, Catarina Vieira Conde e Inês Castro da Silva, com base na experiência que têm nos respetivos Municípios, que procedem eles próprios à atividade de recolha dos resíduos urbanos. As declarações de Pedro Manuel de Paulo, administrador da CITRI desde 2014 e que já exerceu as funções de Secretário de Estado do Ambiente, foram, no essencial, no mesmo sentido. De referir ainda que Maria Margarida Freitas aludiu a um caso em que o concorrente vencedor, por não ter os equipamentos para iniciar a prestação de serviços, foi substituído pelo segundo,



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

designadamente a Suma. Também Inês Silva aludiu a um caso em que o concorrente vencedor começou por prestar um mau serviço porque não tinha a viatura adequada.

Contudo, mesmo sem levar em consideração o depoimento em sentido contrário de Nuno Seco da Costa, diretor comercial da Suma desde 2000, considera-se que a prova produzida é insuficiente para sustentar uma convicção segura quanto a este facto, desde logo porque a experiência manifestada pelas três testemunhas referidas reporta-se ao setor público, não sendo inteiramente linear que exista um total paralelismo com o setor privado, mesmo quando o prazo entre a adjudicação e o início do serviço seja relativamente curto. Acresce quanto aos exemplos de incumprimento referidos pelas testemunhas, que os mesmos não significam que as falhas tenham ocorrido por falta de tempo para a aquisição dos equipamentos devidos.

Quanto às declarações de Pedro Manuel de Paulo há considerar, em contrapartida, as afirmações efetuadas nesta matéria em sentido contrário ao facto em análise por outro concorrente, designadamente a FCC, citado pela AdC – cf. § 654 – não havendo razões para crer que tais afirmações sejam falsas.

Por conseguinte, não foi possível formar uma convicção segura neste momento, suscetível de infirmar o juízo formado pela AdC na decisão impugnada.

Relativamente à alínea m), a mesma foi afirmada por Pedro Manuel de Paulo, tendo-se verificado adicionalmente que a importância da informação para efeitos de cálculo do preço foi também salientada por Maria Madalena Presumido, por Inês Castro da Silva e por Marco Marques. Nuno Seco confirmou igualmente a importância da informação relativa a quantidades e circuitos para o cálculo do preço.

Não obstante tais meios de prova, a prova produzida não permite sustentar uma convicção segura no sentido de que a informação obtida pela Suma através das concessionárias lhe confira uma vantagem extraordinária sobre as suas concorrentes “em baixa” ou um grau de certeza relevante face aos seus concorrentes.

Assim, quanto ao tipo de informação em causa, resultou da prova produzida, designadamente do depoimento prestado por Maria Cristina Saraiva, que se mostrou credível nesta parte, por se ter revelado lógico e tendo sido também corroborado pelos talões 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 5/15.7YQSTR

entrega juntos pela SUMA/EGF e constantes de fls. 1337 a 1354, que as concessionárias têm informação relativa às quantidades diárias de resíduos entregues pelos Municípios, às horas de entrega e à matrícula do veículo, concluindo-se que podem daí inferir o número de funcionários necessários para a atividade.

Sucede que os Municípios também têm necessariamente informação sobre as quantidades de resíduos recolhidos e, podendo não efetuar uma compilação diária da informação, não se duvida de que, quer no programa de concursos, quer por via de esclarecimentos, forneçam as quantidades históricas ainda que de forma agregada, designadamente por mês. Efetivamente, pese embora a Suma/EGF tenham apresentado apenas alguns exemplos de propostas e esclarecimentos (cf. fls. 1476 e ss.), não se duvida de que seja um procedimento geral, na medida em que é do interesse do próprio Município fornecer o máximo de informação possível para obter melhores propostas.

Ora, dispondo dessa informação, é possível, conforme referiu Catarina Conde calcular, para quem tem experiência no setor, o valor diário. Para além disso, nada impede que os proponentes façam uma visita à área implicada, para identificar os depósitos de resíduos, a sua capacidade e os movimentos de recolha diários. E se é verdade que isto implica custos, a compilação de informação diária também comporta custos.

É certo que, tal como se inferiu das declarações de Pedro Manuel de Paulo, a precisão da informação pode ser tanto mais importante quanto menor forem os preços. Contudo, a verdade também é que se tal informação conferisse uma vantagem relevante o normal seria que as empresas que prestam um serviço ganhassem os concursos subsequentes, porquanto já disporiam dessa informação. Ora, não há evidência de que isso se verifique sempre dessa forma, tendo inclusive Nuno Seco referido alguns exemplos, como Santo Tirso, Oliveira do Bairro e Estarreja em que isso não aconteceu.

Quanto à alínea n), para além deste facto implicar uma delimitação de mercado diferente daquela que foi considerada pela AdC, a verdade é que – mesmo admitindo um único mercado nacional na área dos RSU – não foi produzido nenhum meio de prova minimamente consistente, objetivo e fundamentado sobre esta matéria.



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Relativamente à alínea o), não resultou da prova produzida nenhum elemento minimamente consistente que estabeleça uma relação direta entre as infraestruturas em “alta” – inferindo-se, da referência ao facto de serem infraestruturas que mais nenhum operador tem, que se trata dos equipamentos diretamente utilizados na atividade de gestão dos resíduos – e a diminuição de custos para a Suma em “baixa”.

Quanto à alínea p) não foi produzida prova sobre esta matéria para além do caso da Resinorte.

No que respeita à alínea q) e w), remete-se para as asserções já tecidas a propósito da alegada falta de capacidade de controlo por parte da ERSAR. Quanto à falta de capacidade de controlo pela APA, tal facto foi afirmado, em termos gerais, por Marco Marques. Contudo, para se pôr em causa a capacidade de controlo de uma entidade é necessário um grau de concretude superior.

Quanto aos Municípios, não se pode admitir que estes não tenham qualquer capacidade de controlo, nem que nada possam fazer, tendo em conta que, em alguns casos, como resultou das declarações de Maria José Lages (não havendo razões, nesta parte, para duvidar das mesmas), fazem parte do conselho de administração. Para além disso, ainda que minoritários não deixam de ser acionistas, podendo, por isso, solicitar e aceder a toda a informação necessária. Acresce ainda que, por via da definição das condições dos concursos no mercado de RSU em baixa, especificamente por via dos preços e dos prazos (que ainda que não tenham em consideração atualmente, poderão vir a ter em conta), podem contribuir para a promoção de condições mais concorrenciais nesse mercado.

E não se diga que a presente ação é a evidência de que os mesmos não têm qualquer capacidade de controlo ou nada podem fazer quanto a eventuais estratégias de encerramento anticoncorrencial do mercado pela Suma. Na verdade, a iniciativa assumida pelos Municípios, quer no procedimento de controlo da operação de concentração, quer na presente ação, pode ser justamente interpretada em sentido diverso, designadamente como reveladora de uma postura ativa e atenta.

Importa ainda referir que da mera existência de acordos parassociais, nem do reatamento das relações entre a EGF e os Municípios acionistas da Valorsul, referido por



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

Maria Madalena Presumido, se pode concluir pela existência de um qualquer alinhamento de interesses entre os Municípios – acionistas das concessionárias – e a Suma, nas atividades em baixa.

No que respeita à alínea r), Nuno Seco afirmou que os ativos foram avaliados e considerados. Contudo, Maria José Lages começou por afirmar que o preço pago pela concessão não inclui os equipamentos em si, pelo seu valor intrínseco, tendo depois se enredado em explicações sobre a ponderação desse valor para efeitos de cálculo na remuneração do investimento. Não obstante tais declarações de Maria José Lages, o certo é que não foi efetuada qualquer avaliação ao valor de mercado dos ativos, pelo que não é possível formar uma certeza sobre esta matéria.

Relativamente à alínea s), o relatório elaborado pela AEPISA, que consta a fls. 1252 e ss., refere, com base numa estimativa que se fundou no volume de RNU rececionado pelos sistemas urbanos da EGF, que estes sistemas receberam cerca de 572 Ktoneladas, enquanto que os operadores privados receberam cerca de 337Ktoneladas. Mais refere que as tarifas praticadas pelos sistemas urbanos é cerca de 51% inferior à dos operadores privados.

Mesmo admitindo que tais dados estivessem corretos à data, a verdade é que este relatório reporta-se ao ano de 2011, não sendo, por isso, suscetível de infirmar a análise efetuada pela AdC sobre as quotas de mercado – cf. § 206 – com base em dados mais recentes, cuja fonte foram as empresas intervenientes.

Quanto à possibilidade de expansão desta atividade, mesmo admitindo que as concessionárias têm capacidade instalada disponível (o que, note-se, o relatório da AESPA infirma parcialmente, referindo que a capacidade utilizada dos sistemas urbanos está a atingir a capacidade limite de deposição em várias regiões do país – cf. p. 7 do relatório) e mesmo admitindo que o preço que praticam é inferior àquele que é praticado pelos operadores privados (facto em relação ao qual a prova foi controvertida), o certo é que não foi produzida prova suficientemente consistente sobre esta matéria, sobretudo que permitisse apurar percentagens.

Verificou-se inclusive prova em sentido contrário, designadamente que Maria Cristina Saraiva afirmou que não houve aumento da atividade das concessionárias nos RNU, que não



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed.Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

há promoção dessa atividade, nem interesse específico, uma vez que representa uma percentagem reduzida da faturação geral, e que inclusive, caso se venha a confirmar, conforme pretende a ERSAR, que 85% do montante cobrado pelos RNU reverte para as receitas extra tarifárias consideradas no cálculo dos RSU, talvez deixem de a realizar, pois isso implicará uma diminuição da tarifa.

Quanto à alínea t), é exato, face sobretudo ao depoimento de Maria Cristina Saraiva, que foi muito explicativo quanto à forma de cálculo da tarifa dos RSU, que as receitas com a produção de energia e com os RNU, têm impacto no montante da tarifa dos RSU. Assim, teoricamente se essas receitas aumentarem e os custos e a quantidade de resíduos de mantiverem, a tarifa diminui. Contudo, afigura-se pouco plausível que tais receitas possam aumentar sem que isso comporte um aumento de custos, pelo que não se pode concluir pela veracidade deste facto.

Para além disso, o facto em apreço está dependente de uma premissa, que é a imputação de custos em “baixa” à atividade em “alta” que ficou por demonstrar.

No que respeita à alínea u), esta factualidade ficou por demonstrar porquanto as premissas de facto assumidas pela AdC, na decisão impugnada, designadamente nos parágrafos 468 a 484, não foram infirmadas, de forma minimamente consistente, pela prova produzida.

Por fim, relativamente às alíneas x) a aa) e, em geral, quanto à matéria de facto respeitante à possibilidade da Suma encetar uma estratégia de encerramento do mercado de RSU em “baixa”, por via da adoção de uma prática de preços predatórios, considera-se que a prova produzida não foi suficientemente consistente e sólida para infirmar o juízo vertido pela AdC nos § 436 a 525 da decisão impugnada.

Assim, é verdade que o atual presidente da EGF, Ismael Gaspar, referiu, na entrevista à qual já se fez referência, o seguinte: “*Já temos uma empresa de referência no mercado, que é a SUMA, que trabalha a área dos resíduos em baixa, e com a aquisição da EGF pretendemos fechar o ciclo de abordagem ao mercado*” (cf. fls. 622). Contudo, tais afirmações não significam mais do que o facto do Grupo Mota-Engil estar presente em todas as fases do ciclo de produção dos resíduos urbanos e mesmo que revelassem uma estratégia 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 5/15.7YQSTR

encerramento do mercado em baixa, não basta a vontade da Suma, é necessário, para além disso e tal como a AdC analisou, a capacidade para empreender com sucesso esse objetivo – cf. § 464 a 513.

As asserções precedentes são extensivas a todas as demais afirmações efetuadas por Ismael Gaspar relativas à estratégia empresarial que o Grupo pretende empreender em relação à Suma e EGF e, que, só por si e mesmo que fossem (que não são) frontalmente reveladoras de uma estratégia de monopolização, ainda assim não seriam suficientes para demonstrar a factualidade em análise.

Quanto à existência de eventuais sinergias entre a Suma e a EGF, é exato que, na mesma entrevista, Ismael Gaspar refere que a *“A EGF tem a responsabilidade, em diversas concessionárias, da recolha em baixa e da recolha seletiva. Temos de avaliar qual a melhor forma de fazer o aproveitamento de sinergias que existem, nomeadamente com a SUMA.”* (cf. fls. 622-623). Contudo, a existência de sinergias, designadamente no processo produtivo, como é o caso, consubstancia um ganho de eficiência, com efeitos positivos e pró-concorrenciais, conforme esclarece a AdC – cf. § 498 e 499. Ora, tais ganhos, como também refere corretamente a AdC, apenas deverão ser impedidos se existir a possibilidade de encerramento do mercado, porque a existência de pressão concorrencial, efetiva ou potencial, é também ela própria uma fonte potenciadora de eficiência – cf. § 457. Por conseguinte, a mera existência de sinergias não significa, só por si, a capacidade de implementação de uma estratégia bem sucedida de encerramento do mercado.

Dir-se-á, mas a Suma pode inclusive e tal como salientou Pedro Manuel de Paulo, administrador da Citri desde 2014 e que já exerceu as funções de Secretário de Estado do Ambiente, beneficiar, por exemplo, de seguros mais baratos pelo facto de pertencer a um Grupo de dimensão superior, como a EGF. Ou pode ter maior poder de contratação. Mas isto, mesmo que se considere que não seja um ganho de eficiência, é insuficiente para demonstrar a capacidade da Suma para empreender a referida estratégia, pois é necessário levar em conta outros fatores, designadamente aqueles que a AdC analisou nos § 464 a 519.

Dir-se-á ainda, mas há efeitos de escala a considerar.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Ora, sobre esta matéria é verdade que se refere no parecer elaborado pela *Global Economics Group*, junto a fls. 2165 e ss., volume 5.º, da certidão do procedimento de controlo da operação de concentração, e fls. 124 e ss. dos presentes autos, que “[a]s economias de escala geradas pela aquisição podem gerar uma vantagem em termos de custos muito significativa para a [Suma] de tal forma que pode efetivamente eliminar concorrentes dos concursos municipais para a recolha de resíduos. Se [essa entidade] ganhar a maior parte dos concursos e tendo em conta que esses contratos tendem a durar acima de três anos, a concorrência pode ser eliminada” (p. 4 – tradução livre – e cf. também p. 16).

Também Pedro Manuel de Paulo fez referência às economias de escala como um dos riscos da operação de concentração e Marco Marques às inúmeras vantagens que a Suma teria caso concorresse com a mesma.

Na mesma linha, Maria Madalena Presumido referiu que o equipamento utilizado na recolha indiferenciada e na recolha seletiva é o mesmo, que o equipamento é mais valorizado quantas mais horas de trabalho tem e que aí consegue-se *tirar partido de fazer a integração das atividades*, concluindo que quem estiver a fazer recolha seletiva tem um potencial de valorização que os outros não têm. Salientou ainda o facto da Suma ser a maior empresa nesta área.

Também Maria Margarida Rodrigues referiu que *o mercado pode estar ameaçado*, tendo esclarecido que com isto pretendia dizer que há grandes possibilidades da Suma conseguir ganhar os concursos com mais baixo preço, ameaçando as outras empresas que trabalham nesta área, porque beneficia do efeito escala e da experiência em termos de capacidade e para os Municípios a existência de um monopólio que não seja de interesse público é uma ameaça.

Não obstante os meios de prova referidos, basta o mero confronto dos mesmos com a análise empreendida pela AdC (cf. § 300 a 306 e 464 a 519), que, não assenta apenas em asserções teóricas, mas sustenta-se também em factos apurados no decurso do procedimento, para se concluir que tais meios de prova são claramente insuficientes.

Quanto às características do mercado de RSU em baixa, é verdade que Catarina Conde referiu que, nos concursos de lavagens e de monos, tem-se registado uma diminuição do



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

número de concorrentes, um esmagamento de preços e uma diminuição da qualidade dos serviços prestados. No mesmo sentido, Inês Silva confirmou a diminuição do número de concorrentes nessas áreas e referiu um caso em que o concorrente que ganhou começou por prestar um mau serviço porque não tinha uma viatura com a dimensão adequada. Por sua vez, Maria Madalena Presumido, referiu que os concursos agora são muito mais curtos, um ano, dois anos, que está a verificar-se uma concorrência de abaixamento de preços e em algumas situações de falta de qualidade de serviço, aparecendo “*empresas de franco atirador*”, se a coisa corre mal, vão à falência. Afirmou ainda que é uma atividade em que é fácil montar uma empresa, mas é difícil mantê-la.

Nuno Seco afirmou que há efetivamente empresas de setores paralelos a entrar neste mercado. Contudo, referiu que continuam a operar no mercado empresas de grande dimensão, que o número médio de concorrentes é entre 5 e 10 e que têm surgido consórcios.

Analisados os meios de prova produzidos, verifica-se que Catarina Conde e Inês Silva têm experiência direta em concurso de monos e lavagens, tendo sido produzida, nesta parte, prova em sentido contrário em relação aos concursos de recolha de resíduos, designadamente o depoimento de Nuno Seco. Sem prejuízo de não se duvidar da sinceridade dos depoimentos de Catarina Conde e Inês Silva, também não há razões objetivas para afastar a credibilidade da testemunha Nuno Seco, pelo que não é possível concluir, nesta parte, pela existência de um paralelismo entre os concursos de recolha de resíduos e os concursos de lavagens e monos.

Quanto a Maria Madalena Presumido, a verdade é que a mesma não está, neste momento, na atividade em baixa e, para além disso, as suas afirmações são gerais, sem concretização, pelo que não são suficientes para infirmar o juízo alcançado pela AdC, com base na análise de 252 procedimentos concursais – cf. § 224.

Por fim, pese embora os Municípios de Loures, Odivelas, Sintra, Vila Franca de Xira e Almada tenha internalizado os serviços de recolha de RSU – conforme resultou dos depoimentos de Maria Margarida Rodrigues e Catarina Conde – não há evidências concretas de que isso se venha a generalizar e tenha ou venha a ter proporções de relevância maior do que aquelas que foram consideradas pela 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.º 5/15.7YQSTR

\*\*\*

### Enquadramento jurídico

\*

*Questão prejudicial que deveria determinar a suspensão do procedimento por parte da AdC (invocada na decisão originária):*

Tal como se entendeu na decisão proferida no procedimento cautelar considera-se que este primeiro fundamento que sustenta a pretensão dos autores é manifestamente improcedente.

Com efeito, o artigo 38.º, n.º 1, do CPA, exige, como requisito legal de aplicação, que *a decisão final dependa da decisão de uma questão que tenha de constituir objeto de procedimento próprio ou específico ou que seja da competência de outro órgão administrativo ou dos tribunais.*

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

Improcede, assim, o fundamento em análise.

\*



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

### *Falta de fundamentação da decisão da AdC (invocada na ação apensada):*

Na petição inicial, as autoras sustentaram este vício na circunstância da decisão proferida pela AdC não se ter pronunciado sobre questões suscitadas pelas mesmas em sede de audiência prévia, designadamente e em síntese as seguintes: (i) as implicações para a concorrência decorrentes da mudança de natureza da EGF, que passa de pública a privada; (ii) as incorreções do Projeto de decisão, assinaladas pelas requerentes, incorreções essas que interferem de forma significativa na ponderação que a apreciação da operação de concentração exige; (iii) e a não consideração do impacto da receita proveniente da produção de energia.

Nas alegações de direito, as autoras reiteram o vício invocado, mas atribuem-lhe um conteúdo distinto. Assim, as autoras reconduzem, agora, a alegada falta de fundamentação a um erro na definição do mercado relevante, em particular: (i) na aferição do grau de relevância do desvio de RNU para dentro dos sistemas multimunicipais; (ii) na restrição da argumentação da AdC a considerações *merger specific*; (iii) e no reposicionamento injustificado da AdC antes e após a notificação da concentração (cf. artigos 2, § 1 e 6 a 40 das alegações de direito).

Vejamos.

Assim, impõe-se esclarecer, em primeiro lugar e nos mesmos termos já exarados na decisão proferida no procedimento cautelar, que o vício invocado pelas autoras, nos termos expostos na petição inicial assenta no pressuposto implícito de que o cumprimento do dever de fundamentação da decisão da AdC pressupõe o dever de se pronunciar relativamente a todas as questões suscitadas pelos sujeitos admitidos a intervir no procedimento administrativo.

Não se partilha este entendimento. Efetivamente, as questões suscitadas pelas requerentes estão inseridas num procedimento administrativo tendente à prolação de uma das decisões previstas no artigo 53.º, n.º 1, do NRJC, não assumindo, em si mesmas, qualquer autonomia que dê origem a um concreto ato administrativo reportado apenas à sua apreciação. Por conseguinte, será uma das referidas decisões finais o concreto ato



## 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 5/15.7YQSTR

administrativo que tem de observar o dever de fundamentação a que aludem os artigos 124º e 125º do CPA, e que, no caso, se traduziu numa decisão de não oposição. É, assim, por referência a esta decisão, na sua globalidade, que se tem de aferir se foi cumprido o aludido dever.

Efetuada este esclarecimento prévio, o que importa para se considerar cumprido o dever de fundamentação é a observância dos seguintes parâmetros solidamente sustentados pela jurisprudência:

(i) Em primeiro lugar, *“o ponto de vista relevante para avaliar se o conteúdo da fundamentação é adequado àquele imperativo, é o da compreensibilidade por parte do destinatário normal, colocado na situação concreta, de modo que deve dar-se por cumprido tal dever se a motivação contextualmente externada lhe permitir perceber quais as razões de facto e de direito que determinaram o autor do ato a agir ou a escolher a medida adotada”* – acórdão do STA de 27.05.2009, proc. nº 0308/08, que cita jurisprudência abundante sobre a matéria;

(ii) Em segundo lugar, a fundamentação cumprirá o desiderato referido no parágrafo antecedente se for *“suficiente, clara, congruente e contextual. É suficiente se, no contexto em que o acto foi praticado, permitir que um destinatário normal apreenda o itinerário cognoscitivo e valorativo da decisão tomada. Será clara se permitir compreender, sem incertezas e perplexidades, o sentido e motivação dessa decisão, e congruente se ela surge como conclusão lógica das razões apresentadas. É contextual quando se integra no texto do próprio acto, que a inclui ou para ela remete, ou dele é, pelo menos, contemporânea”* – acórdão do STA - Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte de 11.01.2013, 01772/07.7BEPR.

Conclui-se, assim, à luz dos parâmetros enunciados, que o dever de fundamentação da decisão tem uma natureza formal, ou seja, o que importa é que um *“destinatário normal possa ficar ciente do sentido dessa mesma decisão, e das razões que a sustentam, permitindo-lhe optar conscientemente entre a aceitação do ato ou o acionamento dos meios legais de impugnação”* - Acórdão do STA de 04.07.2002, proc. nº 0616/02. Coisa



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

diversa é *“a exatidão ou a validade substancial dos fundamentos invocados. Como adverte Sérvulo Correia (Noções de Direito Administrativo, I, p. 403), “a fundamentação pode ser inexata e ser suficiente, por permitir entender quais os pressupostos de facto e de direito considerados pelo autor do ato. Deste modo, a inexatidão dos fundamentos não conduz ao vício de forma por falta de fundamentação. Ela pode sim revelar a existência de outros vícios, como o vício de violação de lei por erro de interpretação ou aplicação de norma, ou ... por erro nos pressupostos de facto” - Acórdão do STA de 04.07.2002, proc. nº 0616/02.*

O mesmo se aplica à insuficiência dos pressupostos que deveriam ter sido considerados para efeitos de decisão. Efetivamente, a existir tal insuficiência, a mesma poderá afetar o mérito da decisão, se compreendida dentro do âmbito do controlo judicial, mas não a fundamentação, pois a suficiência da fundamentação, conforme resulta das asserções precedentes, reporta-se ao necessário para tornar a decisão inteligível.

Expostos os parâmetros de decisão a considerar, vejamos o que resulta da sua aplicação ao caso concreto tendo em conta as insuficiências invocadas pelas requerentes.

Assim, em primeiro lugar, considera-se que a decisão da AdC, na sua globalidade, é suficiente, clara, congruente e contextual, permitindo aos seus destinatários perceber as razões que a levaram a proferir uma decisão de não oposição, o que, só por si, bastaria para se julgar improcedente o vício invocado.

Em segundo lugar e quanto aos concretos pontos invocados pelas requerentes, retira-se da decisão em crise, de forma também suficiente, clara, congruente e contextual, que a AdC não levou em considerou na sua análise as implicações decorrentes do modelo de privatização do grupo EGF, por considerar que eram exógenas à operação de concentração e não específicas da mesma, na medida em que são comuns a qualquer entidade que ocupasse a posição da notificante. Com efeito, se nos pontos 832, alínea b), e 834 da decisão, parece limitar esse esclarecimento à necessidade ou não de um monopólio em “alta”, extrai-se dos pontos 379 a 381 e 835 que essa posição é extensiva a todas as questões relacionadas com a referida opção. Nesta medida, no plano do dever (formal) 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 5/15.7YQSTR

fundamentação, a decisão permite aos destinatários perceber as razões pelas quais esses elementos não foram considerados.

Quanto às incorreções assinaladas pelas requerentes no ponto 5 da sua pronúncia (cfr. fls. 6775 do anexo 16), considera-se que o facto da AdC ter mantido, na decisão final e eventualmente, os pontos alegadamente incorretos, sem se pronunciar sobre os mesmos, não afetou a compreensibilidade da sua decisão à luz dos parâmetros referidos. Nesta medida, não se considera violado o dever de fundamentação. Na verdade, tais incorreções poderiam consubstanciar erros nos pressupostos de facto assumidos pela AdC. Contudo, as requerentes não formularam a sua pretensão nestes termos e, para além disso, limitaram-se a uma alegação genérica quanto à relevância de tais supostas incorreções para a decisão em crise (cf. artigo 127º) que não permite aferir da efetiva suscetibilidade das mesmas influírem na decisão em causa.

No que respeita à produção de biogás e à subsídio energética, a AdC pronunciou-se sobre a matéria nomeadamente nos § 113 a 115, 250 a 255 e 845, em termos suficientes, claros, congruentes e contextuais. Se os pressupostos de facto aí considerados estão errados, é matéria que não contende com a compreensibilidade da decisão.

Relativamente, à não aferição do grau de relevância do desvio de RNU para dentro dos sistemas multimunicipais, com impacto na definição do mercado relevante, a decisão impugnada é bastante clara, designadamente nos § 73 a 123, quanto aos critérios que tomou em consideração na definição do mercado relevante quanto ao produto, designadamente a imputação subjetiva da responsabilidade pelo tratamento do resíduo (cf. ponto 78) e as diferenças que daí resultam na estrutura da oferta e da procura, decorrentes também do facto de no âmbito dos RSU estarmos perante um monopólio legal sujeito a regulação económica (cf. pontos 79 a 87), sem olvidar a noção de que os resíduos não urbanos podem ser sujeitos às mesmas operações de tratamento/valorização e eliminação dos resíduos urbanos de responsabilidade municipal (cf. ponto 87). Considera-se, assim não existir qualquer falha de fundamentação, reconduzindo-se, na verdade, 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 5/15.7YQSTR

alegação da recorrente, em abstrato, não a este vício, mas a um eventual erro manifesto de apreciação que será analisado *infra*.

Quanto à restrição da argumentação a considerações *merger specific*, em concreto as autoras sustentam este fundamento nos seguintes pontos específicos: nas ligações estruturais entre RSU e RNU (identidade de resíduos, equipamentos, circuitos, etc), que considera serem de enorme relevância concorrencial futura que foi desconsiderada pela AdC (possibilidade de partilha de infraestruturas; troca de informação); e o facto de não ter considerado a capacidade disponível para um operador privado estar, entrar ou expandir para os RNU.

Mais uma vez não se trata de um problema de fundamentação, pois as autoras não demonstram qualquer impossibilidade de compreender o sentido da decisão da AdC, em termos de inteligibilidade, mas uma discordância quanto à mesma. Considera-se, assim não existir qualquer falha de fundamentação, reconduzindo-se, na verdade, a alegação da recorrente, em abstrato, não a este vício, mas a um eventual erro manifesto de apreciação que será analisado *infra*.

Quanto ao reposicionamento da AdC, estribando-se o mesmo no confronto da decisão com elementos externos à mesma, é evidente que não se trata de um vício de fundamentação, que incide sobre a inteligibilidade da decisão, em si mesma e autonomamente considerada, mas se poderá reconduzir a um erro manifesto de direito, que será analisado *infra*.

Em face do exposto, conclui-se pela não verificação de qualquer vício de fundamentação.

\*

*Ilegalidade da omissão de diligências de prova requeridas (invocada na ação apensada):*

Na petição inicial, as autoras CITRI e outras sustentaram este vício no facto da AdC não ter realizado as diligências complementares de prova que haviam requerido em sede de audiência prévia e que eram as seguintes: “(a) Para prova do desvio da



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

*subsidação da produção de energia, que fosse solicitada cópia dos contratos incluindo os respetivos anexos celebrados entre as empresas participadas da EGF e os produtores de biogás (sendo certo que estamos a falar de 30% da receita anual da EGF); (b) Para prova de que a justificação dada pela AdC sobre o papel que atribui aos municípios para garantir o equilíbrio e a manutenção dos mercados relevantes é absolutamente irreal por total falta de poder destes, que fosse solicitado aos municípios para indicarem: i. se alguma vez intervieram de forma decisiva na determinação dos tarifários a pagar; e ii. se pronunciem sobre que mecanismos de controlo têm sobre os desvios ao princípio do poluidor pagador". Alegaram as recorrentes que se impunha a realização de tais diligências para a fundamentação da decisão e que ao não o fazer a AdC violou o disposto no artigo 104º, do CPA.*

Nas alegações de direito, as autoras reiteram o vício de ilegalidade por violação de diligências de prova requeridas, mas com um conteúdo distinto. Efetivamente, sustentam, agora, as autoras que, a respeito da delimitação do mercado relevante, a AdC não procedeu a uma análise de quantidades nos fluxos reais dos resíduos (logo não apurou os desvios); não inquiriu os municípios especificamente sobre a sua possibilidade efetiva de controlo; não consultou as associações sectoriais, nomeadamente, a AEPSA; opinião dos clientes e concorrentes – testes de mercado; não considerou os principais indicadores jusconcorrenciais, como a substituibilidade da procura, a substituibilidade da oferta e a concorrência potencial. A propósito dos questionários realizados pela AdC acrescentam o seguinte: a AdC não realizou uma análise sobre as interações entre sistema público e privado (essencial numa concentração com origem numa privatização), tendo focado apenas e exclusivamente onde considerou existir sobreposição horizontal - no mercado em alta de gestão de RNU.

*Estipula preceito invocado pelas autoras que após a audiência, podem ser efetuadas, oficiosamente ou a pedido dos interessados, as diligências complementares que se mostrem convenientes.*



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Conforme entendeu o STA no acórdão de 21.05.2008, proc. nº 084/08, na hipótese prevista neste art.º 104.º, está-se numa fase procedimental em que foi concluída a instrução (como se infere da parte inicial do n.º 1 do art.º 100.º do CPA) e deixa-se a critério da Administração a possibilidade de realização de novas diligências, oficiosamente ou a pedido dos interessados, se a entidade que tem competência para decidir entender que elas são convenientes. As diligências procedimentais servem para averiguar os factos que relevem para a decisão do procedimento. Por isso, o juízo sobre a conveniência ou não da realização das diligências complementares dependerá da posição que a entidade com competência para a decisão tiver sobre os pontos da matéria de facto que essas diligências podem esclarecer: se já tiver formado a sua convicção sobre a sua ocorrência, no sentido positivo ou negativo, a decisão adequada será o indeferimento da sua realização, pois não devem praticar-se nos procedimentos administrativos actos que na perspectiva da entidade que dirige o procedimento se lhe afigurem como inúteis e com efeito meramente dilatatório (como está insito nos art.ºs. 60.º, n.º 1, e 87.º, n.º 1, do CPA). Assim, só ocorrerá um vício procedimental por não realização de diligências, se se demonstrar que a administração, não tendo formado a sua convicção em sentido positivo ou negativo sobre a ocorrência de determinados factos que podem relevar para a decisão, não realizou diligências que poderia realizar para os apurar. Com efeito, para se estar perante um défice instrutório, é necessário que a autoridade que dirige o procedimento não tenha tomado posição sobre tais factos, quer considerando-os como provados, quer considerando-os como não provados, pois, se a entidade que decide o procedimento fizer um juízo probatório errado, estar-se-á perante um erro sobre os pressupostos de facto e não perante um vício procedimental”<sup>16</sup>.

Fazendo a aplicação destes parâmetros ao caso concreto, extrai-se da decisão impugnada, a propósito da questão energética, que a AdC considerou os seguintes pontos: (i) que a EGF produz energia elétrica recorrendo ao aproveitamento do biogás e do

<sup>16</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém.

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e:supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

processo de inceneração de resíduos (§113); (ii) que essa eletricidade é comercializada e introduzida na rede, constituindo uma fonte de receitas importante para a empresa (§ 113), designadamente quase 30% do volume de negócios consolidado do grupo EGF (§ 253); (iii) que a SUMA também está presente neste mercado (§ 250); (iv) que a quota de mercado conjunta é despicienda (§ 252); (v) que sendo as quotas no mercado negligenciáveis não resulta qualquer problema de índole jusconcorrencial decorrente de uma sobreposição horizontal neste mercado entre a SUMA e a EGF (§ 255); que tais receitas, pelo regulamento tarifário, revertem a favor dos municípios clientes, na medida em que se traduzem em reduções na tarifa praticada (§ 845); e que é a própria EGF quem efetua o aproveitamento do biogás que resulta da decomposição dos resíduos orgânicos nas suas próprias instalações para produção de energia elétrica (§ 849). Desta análise conclui-se que a AdC formou uma convicção sobre todos os factos relevantes para a apreciação da questão, pelo que a não realização da diligência probatória requerida não redundava no alegado vício de procedimento.

Quanto à segunda diligência de prova, resulta dos parágrafos 468 a 484 que a AdC também formou uma convicção sobre os factos relevantes relacionados com a mesma e com relevo para a decisão.

No que respeita à fundamentação exarada pela AdC para indeferir as diligências de prova requeridas pela autora CITRI e outras (referidas na petição inicial), a mesma é suficiente, clara, congruente e contextual.

Por fim, relativamente às diligências relativas à delimitação do mercado relevante, resulta dos § 77 a 123 da decisão impugnada que a AdC definiu os mercados em função da estrutura da oferta e da procura decorrente do critério legal de imputação subjetiva de responsabilidade pelo tratamento dos resíduos e da existência de um monopólio legal sujeito a regulação económica quanto aos RSU. Ora, à luz destes parâmetros – que conforme se explanará melhor *infra* não suscitam reparos – as diligências referidas pelas autoras não eram necessárias.

Em face do exposto, conclui-se pela não verificação do vício invocado.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

### 1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

\*

*Ilegalidade da decisão por violação dos artigos 41.º, n.º 3 e 4, e 53.º, ambos do NRJC (invocada em ambas as ações):*

No que respeita à ilegalidade da decisão, os autores (quer da ação originária, quer da ação apensada) põem em causa o juízo de discricionariedade técnica da AdC.

O controlo judicial deste juízo, quanto ao seu âmbito, está limitado às seguintes hipóteses: desvio do poder subjetivo; erro de facto; falta ou insuficiência de fundamentação (motivação); erro manifesto de apreciação; e “compatibilidade da “vontade” ou do “juízo” decisórios com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e, sobretudo, com os princípios jurídicos fundamentais que regem a atividade administrativa (igualdade, imparcialidade, boa fé, segurança jurídica, proporcionalidade, racionalidade e razoabilidade)”<sup>17</sup>. O erro manifesto de apreciação consiste no “ “erro evidente ou palmar” e no “erro de avaliação claro (“clear error”), que após prova ou investigação não deixe quaisquer dúvidas ao juiz”<sup>18</sup>.

No que respeita à metodologia do controlo judicial sobre o juízo de discricionariedade técnica da AdC, entende-se que “o juiz não reexamina a decisão discricionária em si, como se fosse um segundo decisor do caso (não procura encontrar a decisão que tomaria se fosse autor do ato), mas procede a testes de juridicidade, para, no uso dos seus poderes de fiscalização, verificar se a decisão do órgão administrativo comporta erros relevantes, incumprimentos ou desrespeito de direitos ou ofensa a princípios jurídicos fundamentais”<sup>19</sup>.

Os parâmetros enunciados mostram-se conformes com a jurisprudência comunitária sobre a matéria, que, em geral, tem sustentado o seguinte: “a fiscalização exercida pelo juiz da União sobre as apreciações económicas complexas da Comissão deve limitar-se à verificação do respeito das regras de processo e de fundamentação, da

<sup>17</sup> Cfr. Vieira de Andrade, “Os poderes de cognição e de decisão do juiz no quadro do atual processo administrativo de plena jurisdição”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 101, Setembro/Outubro de 2013 pág. 38.

<sup>18</sup> Cfr. *Ibidem*, pág. 38.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pág. 38.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém.

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

inexatidão material dos factos, bem como da inexistência de erros manifestos de apreciação e de desvio de poder. A este propósito, cabe recordar que o juiz da União deve não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se esses elementos constituem todos os dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar uma situação complexa, e se são de molde a sustentar as conclusões daí retiradas (v., em relação às decisões tomadas nos termos do artigo 8.º do Regulamento n.º 139/2004, acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, Colet., p. I-987, n.º 39, e em relação às decisões tomadas nos termos do artigo 6.º do mesmo regulamento, acórdão Sun Chemical Group e o./Comissão, já referido, n.º 60)” – acórdão do Tribunal de Geral de 11.12.2013, proc. T-79/12, Cisco Systems Inc. e Messagenet SpA, versus Comissão<sup>20</sup>.

Definidos os parâmetros do controlo a empreender, não há razões, no essencial, para divergir do juízo que foi explanado nas decisões dos procedimentos cautelares.

\*

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

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

---

<sup>20</sup>

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=concentra%25C3%25A7%25C3%25B5es%2Bde%2Be mpresas&docid=145461&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=678874#ctx1>



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

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

Analisemos cada um destes fundamentos.

Na decisão de realização de uma investigação aprofundada, a AdC manifestou efetivamente várias preocupações jusconcorrenciais, o que é compreensível tendo em conta que esta decisão implica justamente a existência de possibilidades que carecem de melhor análise. Contudo, tal como salientaram as contrainteressadas SUMA e EGF, a decisão de não oposição não ignorou essas preocupações, que foram objeto de análise (cfr. § 169 e ss.).

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

Quanto ao parecer da ERSAR, os riscos aí evidenciados foram analisados pela AdC (cf. 436 a 513), sendo certo que tal parecer não é vinculativo.

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



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

No que respeita à delimitação do mercado relevante, entendem os autores que a fragmentação em quatro mercados é meramente artificial e tem como consequência lógica a obnubilação do real impacto da operação de concentração em causa. Os dados que, na perspetiva dos autores, conduzem a esta conclusão são os seguintes: não existe uma diferença de natureza e composição entre os resíduos urbanos e não urbanos; nada impede, em termos legais, que os grandes produtores contratem com os municípios ou quaisquer outras entidades licenciadas para esse efeito a gestão dos resíduos; a notificante, devidamente autorizada, poderá continuar a exercer a atividade de gestão dos resíduos dos grandes produtores; a inter-relação entre operadores e sistemas públicos e privados; o facto de se tratar de uma atividade descontínua, dependente de milhares de decisões individuais, quer dos particulares, quer dos grandes produtores; tecnicamente não se verifica nenhum constrangimento no tratamento dos resíduos em diferentes pontos do país; a Valorsul e as demais concessionárias tratam por igual os resíduos urbanos municipais dos seus acionistas, resíduos urbanos contratados (no caso da Valorsul) e resíduos particulares (de grandes produtores); apenas os municípios, e mais nenhum operador, estão sujeitos a restrições de carácter legal, tendo que tratar os resíduos urbanos nas concessionárias dos respetivos sistemas multimunicipais; e o volume de negócios decorrente das referidas inter-relações é grande e pode aumentar em caso de concentração, pois a SUMA pretenderá receber mais resíduos na central de incineração.

Vejamos.

O regime geral da gestão de resíduos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/2006, de 05.09<sup>21</sup>, bem ou mal, faz a distinção entre resíduos urbanos cuja produção diária não exceda 1100 l por produtor, caso em que a respetiva gestão é assegurada pelos municípios, e os demais resíduos, cuja responsabilidade é do produtor. Ora, este critério legal de imputação subjetiva de responsabilidade pelo tratamento de resíduos tem implicações

<sup>21</sup> Alterado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31.12, pelo Decreto-Lei n.º 138/2009, de 10.08, pelo Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17.06, pelo Decreto-Lei n.º 172/2013, de 30.08, pela Lei n.º 82-D/2012, de 31.12, pelo Decreto-Lei n.º 75/2015, de 11.05, pelo Decreto-Lei n.º 103/2015, de 15.06, pela Lei n.º 7-A/2016, de 30.03 e pelo Decreto-Lei n.º 71/2016, de 04.11.



## 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 5/15.7YQSTR

determinantes, conforme salienta a AdC, no perfil da procura (cf. § 79). Para além disso e mercê também das opções legais quanto à gestão dos resíduos urbanos, a gestão dos RSU é efetuada no âmbito de um monopólio legal sujeito a regulação económica – cf. § 81 a 83 – enquanto que a gestão dos RNU é prestada em regime concorrencial – cf. § 86.

Neste contexto, determinado pelas opções legais em matéria de gestão de resíduos, com implicações decisivas no perfil da procura e nas regras a que estão sujeitos os operadores intervenientes, que integram a oferta, considera-se que a delimitação dos mercados relevantes quanto ao produto em função da distinção entre RSU e RNU não enferma de nenhum erro manifesto de apreciação.

E isto é assim, mesmo admitindo que, mercê da impossibilidade de distinção material entre RSU e RNU e do facto de estarem, por isso sujeitos às mesmas formas de tratamento, possam existir, na prática, casos de desvios de RNU para o circuito dos RSU e que sejam impossíveis de fiscalizar e controlar.

Estes fatores não alteram as conclusões alcançadas, porquanto esses desvios, a existirem, consubstanciam uma prática ilegal (cf. artigos 5.º e 67.º, n.º 2, al a), ambos do citado regime geral da gestão de resíduos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/2006, de 05.09), ou seja, anomalias, porventura decorrentes do próprio regime legal de gestão de resíduos, mas que não podem, em todo o caso, ser consideradas na delimitação dos mercados relevantes quanto ao produto.

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

Quanto aos movimentos e inter-relações que existem entre os sistemas de gestão de RSU em alta entre si e com os operadores privados, não se vê em que medida 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 5/15.7YQSTR

possibilidade de partilhas de infraestruturas entre as concessionárias ou uma gestão integrada possa afetar a delimitação de mercado efetuada ou qualquer outro dos pressupostos de análise relevantes para a operação de concentração. No que respeita especificamente aos movimentos entre as concessionárias e os operadores privados, designadamente de transferências de resíduos, considera-se que a existirem não afetam a delimitação dos mercados relevantes, pois serão enquadráveis dentro dos mercados delimitados, designadamente no âmbito dos RNU, tendo em conta as quantidades que certamente estarão envolvidas. Quanto às implicações nos efeitos da operação de concentração, face ao volume de transações envolvidas, a alegação dos autores não é suficiente para se concluir se esse impacto é ou não relevante, especificamente se compromete ou não as quotas de mercado apuradas pela AdC a propósito do mercado de RNU “em baixa” – cf. § 247 –, a análise relativa aos efeitos de escala – cf. § 300 e ss. – e a análise que incidiu sobre a possibilidade de um encerramento do mercado “em baixa” – cf. § 436 e ss..

Por conseguinte, nenhum dos fundamentos invocados pelos recorrentes permite concluir pela existência de um erro manifesto na delimitação dos mercados relevantes.

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

Analisemos cada um destes pontos.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

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

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

Delimitada e enquadrada a questão, importa referir, quanto ao mercado dos serviços de apoio à gestão de RNU em baixa, que a EGF está presente enquanto decorrência do facto das concessões incluírem a recolha seletiva. No que respeita à SUMA, que está presente na recolha indiferenciada (cfr. figura 3, § 112), a AdC não obnubilou as elevadas quotas de mercado da SUMA, anteriores à concentração – cfr. § 211 e ss e 615 e ss da decisão. Contudo, entendeu que, por se tratar de *bidding market* ou mercado sob a forma de leilões “a quota de mercado, per se, pode não ser um indicador



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

muito fiável para efeitos de avaliação da estrutura do mercado, na medida em que se podem verificar grandes variações nas quotas à medida que vão sendo instaurados concursos por parte dos municípios” (cfr. § 220 e 617 da decisão impugnada). Mais salientou que “elevadas quotas de mercado não constituem o único fator de avaliação jusconcorrencial e que a existência de pressões concorrenciais, decorrentes os fatores ... indicados, resultará, necessariamente, numa certa contestabilidade no mercado” (§ 620). Esta análise não ofende as referidas Orientações, porquanto a Comissão Europeia esclarece que a quota de mercado, em cada um dos mercados em causa, é um indicador.

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

Por último, em relação ao mercado dos serviços de apoio à gestão de RNU em baixa, a AdC concluiu que não há sobreposição entre as empresas envolvidas na operação de concentração e que se trata “de um mercado onde estão presentes inúmeras empresas, quer em termos efetivos, quer em termos potenciais, e índices de concentração que, sendo de difícil apuramento, são muito baixos” (cfr. § 248 e 249 da decisão). Por conseguinte, a AdC considerou na sua análise o fator em causa, entendendo-se que os termos em que o fez não ofendeu as Orientações da Comissão.

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

Relativamente às vantagens competitivas decorrentes da transferência de custos da atividade em baixa para a atividade em alta, os requerentes contestam a conclusão da AdC referente à existência de uma possível transferência de custos da atividade em baixa para a atividade em alta. Invocam, para tanto, o parecer da ERSAR, salientando que a posição assumida por esta entidade reguladora setorial demonstra que o “modelo de definição



## 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

Próc. Nº 5/15.7YQSTR

tarifária não constitui garantia de possibilidade de transferências de custos da atividade “em baixa” para a atividade “em alta”. Mais acrescentam que “[e]m poucas áreas será tão evidente a possibilidade de transferência de custos; E mesmo sem passar por engenharias contabilísticas especialmente complexas”.

A AdC analisou a questão das transferências de custos, quer no plano dos incentivos, quer no plano da capacidade – cfr. § 445 e ss. Neste âmbito, o que se impõe assinalar, em primeiro lugar, é que nada ficou demonstrado suscetível de infirmar o juízo formado pela AdC no sentido de que o modelo tarifário “não é particularmente conducente à eficácia na implementação de tal estratégia” (ponto 485). Para além disso, a AdC não resumiu a sua análise ao modelo tarifário definido pela entidade reguladora setorial. Também salientou o facto dos Municípios não terem incentivos para aceitar essa prática, associado à circunstância de, enquanto acionistas e clientes, constituírem um “elemento permanente de controle e monitorização das concessionárias “em alta”” (§ 468 e ss da decisão), o que também não foi infirmado. Para além disso, a AdC salientou ainda o facto da SUMA seguir “regras contabilísticas razoavelmente estritas, nomeadamente ao nível da definição de preços internos de referência, cujo cumprimento é regularmente certificado” (§ 493 da decisão), o que também não foi infirmado. Em face de tais asserções, não se pode concluir que a conclusão da AdC no sentido de que “a entidade resultante da operação de concentração não terá capacidade de implementar este tipo de estratégias de forma a influenciar significativamente a atividade da SUMA na prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal, no sentido de proceder a um encerramento do mercado” (§ 494 da decisão) enferme de qualquer erro de facto ou de um erro manifesto de apreciação.

Quanto às vantagens competitivas decorrentes do aproveitamento de recursos, os requerentes também contestam a conclusão da AdC no sentido de que não será plausível que a SUMA venha a utilizar a título não oneroso as infraestruturas das concessionárias. Alegam, a propósito, que a concessionária pode recorrer a recursos da SUMA para 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.º 5/15.7YQSTR

atividade de recolha seletiva e que, mediante essa utilização, naturalmente as viaturas poderão ficar parqueadas nas instalações da concessão.

Também este ponto, do aproveitamento de recursos, foi analisado pela AdC na decisão impugnada – cfr. § 495 e ss – em termos que não permitem concluir pela verificação de qualquer erro evidente. Com efeito, mesmo uma hipótese de aproveitamento de instalações, designadamente para efeitos de estacionamento de viaturas, camuflada, no âmbito da recolha seletiva, consubstanciaria uma violação dos contratos de concessão, pois o DL nº 96/2014, de 25.06, e os contratos de concessão estipulam que os ativos afetos à atividade em alta são numa base exclusiva. Ora, independentemente de estratégias mais ou menos sofisticadas na ocultação da conduta, considera-se que não enferma de um erro de apreciação evidente a afirmação de que o simples facto de se tratar de uma conduta que viola o contrato consubstancia, em si mesmo, um condicionamento que torna essa conduta de difícil verificação.

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

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

Quanto à incapacidade da ERSAR para exercer as suas atribuições de controlo, alegam os requerentes que a realidade tem demonstrado que a ERSAR não tem revelado a



## **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 5/15.7YQSTR

capacidade de resposta e controlo efetivo que as suas atribuições e competências pressuporiam. Saliem, neste âmbito, a demora da resposta da ERSAR à proposta de orçamento e tarifário para 2015 da Valorsul.

O que cumpre referir, a propósito, é que não ficou demonstrado que a ERSAR não seja capaz de exercer efetivamente as suas atribuições, o que não se pode retirar apenas e só de uma circunstância. Acresce ainda que mesmo que se concluísse nesse sentido, ainda assim a demonstração desse facto não seria suficiente para se concluir que a decisão de não oposição enferma de um erro manifesto de apreciação, pois a AdC não sustentou a sua análise e as suas conclusões apenas e só na capacidade de controlo do regulador setorial.

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

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

No que respeita à existência de barreiras à entrada na atividade em baixa, contestam os requerentes as asserções tecidas pela AdC a propósito da existência ou não de barreiras à entrada na atividade em baixa. Alegam, a propósito, que os dados recolhidos, designadamente a quota média da notificante de 2009 a 2013 e o decréscimo nos concursos, de acordo com a figura 7 anexa ao ponto 229, demonstram que o custo



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

inicial de investimento/expansão e a sua natureza de custo afundado constitui uma barreira significativa à entrada/expansão neste mercado. Mais salientam que se os Municípios para reinternalizarem os seus serviços necessitam de investimentos avultados, o que dizer do investimento necessário a fazer pelas empresas privadas. Acrescentam ainda que não é concebível que parte substancial do investimento não esteja feito aquando da apresentação a concurso, pois, boa parte das vezes, entre o momento da adjudicação e a data de início de produção de efeitos do contrato medeiam períodos curtos que não se compadecem com a ligeireza do adjudicatário pensar que vai ter tempo para fazer diversos tipos de investimento, o que é mais evidente se estivermos perante contratos que estão sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal de Contas. Referem também que quanto maior for o preço contratual, maior se afigura a necessidade do adjudicatário concorrer aos procedimentos já com todos os investimentos feitos. Afirmam ainda que é incorreto afirmar-se que os municípios atendem à necessidade de garantir um prazo razoável para o retorno, pois os Municípios atendem à satisfação das necessidades que resultam no processo de contratação.

Apreciando estes argumentos, considera-se, no que respeita às quotas de mercado, que este fator, por si só, não permite sustentar a conclusão alegada pelos requerentes, na medida em que depende de outras variáveis. Relativamente ao número de participantes nos concursos, a AdC, no ponto 233, esclarece ter resultado “das diligências complementares que os concursos lançados têm sido amplamente participados, tendo sido referido por aqueles que, recorrentemente, participam cerca de 5 a 10 empresas por cada concurso lançado”. Asserção esta que não foi infirmada pelos autores, que, neste âmbito, apenas invocaram os próprios factos que constam na decisão impugnada, tendo extraído do mesmo conclusões diversas. No que respeita ao custo dos investimentos a efetuar pelos Municípios, caso pretendessem reinternalizar os serviços em causa, a AdC analisou este argumento, que já havia sido apresentado pelo Município de Loures, nos § 649 a 652, em termos que se considera não enfermarem de qualquer erro evidente de apreciação. Quanto à necessidade de realização dos investimentos antes da adjudicação do concurso, os factos



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

respetivos não ficaram demonstrados, pelo que não se pode concluir que tal asserção, exarada na decisão impugnada, encerre um erro de facto. No que respeita à asserção de que os Municípios consideram, na determinação dos prazos contratuais, a necessidade de garantir ao prestador de serviço um prazo razoável para retorno do investimento, ficou demonstrado que alguns municípios não atendem a este fator. Contudo, isto não é suficiente para invalidar a decisão impugnada, pois, podendo não atender a esse fator, nada impede que não o faça para promoverem novas entradas, sendo, aliás, a possibilidade, em si mesma, que a AdC considerou – cf. § 519, (vi). Por conseguinte, não se pode concluir que as conclusões exaradas pela AdC a propósito das barreiras à entrada e expansão no mercado dos serviços de apoio de RSU enferme de um erro de facto ou de um erro de apreciação manifesta.

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

Em primeiro lugar, não é evidente que essa alternância permitiria um encerramento lucrativo, pois a estratégia do encerramento visa a recuperação numa fase subsequente.

Em segundo lugar, mesmo admitindo que sim, a mesma não é suscetível de invalidar a decisão impugnada, pois, considerando apenas e só este plano específico da possibilidade de aumento lucrativo dos preços, verifica-se que a decisão da AdC sustenta-se noutros pressupostos, não infirmados pela referida possibilidade, designadamente os que constam nos § 502 a 504 e 506-507.

Assim, em face de todo o exposto, improcedem os fundamentos de ilegalidade invocados pelos autores da ação originária.

\*



**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**  
**1º Juízo**

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Quanto à **ação apensada**, os autores também põem em causa o juízo de discricionariedade técnica da AdC, invocando erros manifestos de decisão e insuficiências.

Também neste âmbito não há razões para se divergir do juízo efetuado o procedimento cautelar, que, no essencial, se mantém e reitera.

Assim, a título prévio há que fazer referência ao facto da operação de concentração em causa ter subjacente uma decisão do Governo de privatização total da EGF, vertida no DL nº 45/2014, de 20 de março, e, conseqüentemente, de concessão da exploração e da gestão, em regime de serviço público, dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha seletiva de resíduos urbanos, por entidades de capitais exclusiva ou maioritariamente privados, regulada pelo DL nº 96/2014, de 25.06, e Bases anexas. Foi devido a estas opções, traduzidas em diplomas legais, que a SUMA adquiriu 100% das ações representativas do capital social e direitos de voto de uma empresa – a EGF – que detém uma participação maioritária no capital de 11 empresas concessionárias, que em conjunto abrangem 174 municípios e cerca de 60% da população de Portugal Continental (cfr. § 9 e ss da decisão da AdC).

Chamam-se à colação estes fatores para evidenciar que não estava na competência decisória da AdC sindicarem esse modelo de privatização, que resulta de opções governativas, como também não tinha que tomar em consideração na sua avaliação jusconcorrencial os efeitos e fatores diretamente decorrentes das referidas opções governativas e sem conexão com as especificidades da operação de concentração. E não tinha de o fazer porquanto não são específicos da operação de concentração em causa, tal como a AdC refere nos § 379, 380 e 835, consubstanciando, no seu conjunto, um quadro legal que é exógeno à operação de concentração, na medida em que se aplica quer à SUMA quer a qualquer outra entidade que tivesse adquirido as ações representativas do capital social e direitos de voto da EGF e que resulta de opções governativas.

Conseqüentemente, é irrelevante, para o caso, analisar se o modelo adotado consubstancia ou não a *melhor prática para a liberalização de um sector* bem como 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 5/15.7YQSTR

comparação com modelos adotados por outros países e o estudo de alternativas de redução do seu impacto e custos e saber se o sistema estava ou não preparado para ter um monopólio privado – cfr. art. 94º, *in fine*, do RI.

Quanto às consequências decorrentes do modelo de privatização, aos termos específicos da concessão, designadamente a duração dos contratos, o alargamento do âmbito da concessão, a possibilidade de realizar outras atividades, a exclusividade territorial, a possibilidade de fixação do local e condições de entrega dos resíduos, o poder de construção de servidões e de requerer expropriações necessárias à implantação de infraestruturas, apenas poderão relevar se tiverem implicações nos efeitos da operação de concentração conexos com os mercados relevantes onde a SUMA está presente. O mesmo se aplica às eventuais implicações decorrentes da mudança de natureza da EGF, de pública para privada, que as requerentes convocam, entre outros. Razão pela qual esta matéria será desenvolvida *infra* a propósito dos referidos efeitos.

O que se impunha que a AdC fizesse era que analisasse a operação de concentração em causa tendo por referência a empresa específica que adquiriu a EGF e foi isso que fez. Com efeito, após a identificação dos mercados relevantes, a AdC analisou os efeitos horizontais e não horizontais em relação aos mercados nos quais a SUMA está presente.

Efetuada este esclarecimento prévio, outro se impõe em relação à delimitação dos mercados relevantes, uma vez que as requerentes afirmam discordar da mesma, com fundamento, sobretudo e mais evidenciado nas alegações de direito, num erro manifesto de apreciação resultante: da não aferição do grau de relevância do desvio de RNU para dentro dos sistemas multimunicipais; da restrição da sua argumentação a considerações *merger specific*; e no reposicionamento injustificado da AdC antes e após a notificação da concentração.

Quanto a esta matéria e em relação ao alegado desvio, reitera-se o que já se referiu a propósito de alegação similar da parte dos autores da ação originária.

Assim, a lei, especificamente o regime geral da gestão de resíduos, condiciona necessariamente o perfil da procura, por via da imputação subjetiva do responsável pelo



## 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 5/15.7YQSTR

tratamento do resíduo, e a estrutura da oferta, que, no caso dos RSU, é efetuada num contexto de monopólio legal e sujeita a regulação económica e que, no caso dos RNU, é efetuada em regime de livre concorrência. Neste contexto reitera-se que a distinção entre RSU e RNU, para efeitos de delimitação dos mercados relevantes, não enferma de um erro manifesto de decisão, nem é contrária aos parâmetros de determinação do mercado relevante definidos pelo Regulamento n.º 60/2013, invocado pelas autoras, ou pela Comissão na Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos de direito comunitário da concorrência. Efetivamente, a substituibilidade do lado da procura e do lado da oferta dependem também da estrutura da procura e da oferta, que podem ser limitadas por condicionamentos legais. É o que sucede no caso.

O alegado desvio de RNU para o circuito de RSU, podendo eventualmente existir e, em determinados casos, ser impossível de controlar (conforme já referido), não afasta as conclusões precedentes, pois é, contrariamente àquilo que os autores sustentam, uma situação patológica e ilegal (cf. artigos 5.º e 67.º, n.º 2, al a), ambos do citado regime geral da gestão de resíduos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/2006, de 05.09), ou seja, uma anomalia porventura decorrente do próprio regime legal de gestão de resíduos, mas que não é demonstrativa da existência de relações de substituibilidade do lado da procura e do lado da oferta a ponderar nem na determinação dos mercados relevantes, nem nos efeitos da operação de concentração. Até porque, repare-se, a procura e a oferta – nesse contexto de desvio – continua a ser a mesma, justamente porque a eventual deposição de RNU no circuito de RSU – a existir – é ilegal (quer seja potenciada pelo produtor, quer seja potenciada pelo Município) e, por isso, quando há desvio de RNU para o circuito de RSU, os “grandes produtores” não passam a ser clientes dos Municípios, nem os Municípios passam a ser fornecedores destes “grandes produtores”. Nem – acrescente-se – tais fluxos passam a ser fluxos de mercado a aceitar como válidos para determinar os efeitos concorrenciais.

Razão pela qual nem a AdC tinha que levar em conta esses alegados desvios na determinação do mercado relevante, nem nos efeitos da operação de concentração



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.º 5/15.7YQSTR

(designadamente para os fins indicados pelas autores de cálculo das quotas de mercado na gestão em alta de RNU por parte da EGF e de uma alegada sobreposição em baixa das atividades dos municípios – acionistas da EGF – e da Suma).

O facto das concessionárias estarem, neste momento, autorizadas a exercer a atividade completar de gestão de RNU e poderem vir a continuar a exercer essa atividade no futuro mediante autorização do concedente e nos termos legalmente permitidos não altera também a delimitação do mercado relevante efetuada pela AdC. Com efeito, mesmo nesta hipótese, que, contrariamente àquilo que as autoras alegam, foi ponderada pela AdC e não como uma exceção – cf. § 202 e ss. –, a oferta dos RNU, pelas referidas concessionárias, está sujeita às regras da livre concorrência, enquanto que a oferta dos RSU está sujeita a regulação económica, que, entre o mais, determina a tarifa que vai ser cobrada, ou seja, a estrutura da oferta é substancialmente distinta. O que necessariamente implica a existência de mercados separados quanto ao produto.

Quanto às considerações *merger specific*, importa esclarecer que não se trata de desconsiderar fatores exógenos às empresas envolvidas, como o “grau de concorrência existente no mercado relevante no momento”, referido na jurisprudência comunitária citada pelos autores nas alegações de direito, ou os demais critérios previstos no artigo 41.º, n.º 1, do NRJC que não dizem diretamente respeito às características das empresas envolvidas. O que está em causa é a desconsideração de problemas, com eventual impacto concorrencial, que não são gerados, nem potenciados pela operação de concentração analisada, ou seja, que são pré-existentes à operação de concentração em causa.

É o que também sucede no caso. Efetivamente, mesmo que se admitisse que os alegados desvios pudessem ser considerados na análise jusconcorrencial, o certo também é as autoras não esclarecem, de forma concreta e tangível, como é que a SUMA/EGF, após a operação de concentração, irão – o que pressupõe que queiram (note-se que também estão presentes no mercado de RNU) e que possam – potenciar o alegado desvio, que já era possível antes da operação de concentração.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Em suma, o procedimento de controlo de uma operação de concentração não se destina a resolver todos os problemas concorrenciais que existem nos mercados relevantes, mas apenas a prevenir aqueles que podem ser especificamente gerados ou potenciados pela operação de concentração.

Relativamente ao reposicionamento da AdC, o mesmo não se verifica, pois, no parecer, a AdC posicionou-se relativamente ao modelo de privatização proposto (e é também neste quadro dos efeitos direta e imediatamente resultantes do modelo de privatização, com a possibilidade do concedente autorizar o exercício de atividades complementares, que a AdC se pronunciou na Recomendação relativa às características do Concurso para apresentação de candidaturas ao Programa Operacional Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos – PO SEUR – fls. 685 e ss. de 23 de junho de 2016 – caso se considerasse este fundamento das alegações escritas das autoras). Na decisão de não oposição, a AdC tomou em consideração apenas aquilo que é específico da operação de concentração e que se reconduz concretamente às implicações da operação decorrentes do facto da mesma envolver a SUMA.

Em face a todo o exposto, considera-se improcedente a alegação das autoras nesta parte.

Outro dos pontos de discordância das requerentes relativamente à decisão impugnada reside na questão que designam de “subsidição energética”. Sustentam a propósito que a mesma não pode ser tratada como uma questão de subsidição da energia renovável, na medida em que existe um desvio de tarifário para financiamento dos sistemas multimunicipais, decorrente da cedência de espaço nos seus aterros. Salientam que a receita decorrente da produção de energia corresponde a 30% da receita da EGF e que existe uma alavancagem/subsidição cruzada, que foi evidenciada pela ERSAR no seu parecer.

A propósito desta matéria, impõe-se referir, em primeiro lugar, que o parecer da ERSAR não é vinculativo, nem é específico quanto à existência desta alegada subsidição cruzada decorrente das receitas energéticas. Em segundo lugar, as receitas em causa



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

revertem a favor dos municípios clientes, na medida em que se traduzem em reduções na tarifa praticada aos respetivos municípios, não existindo a referida subsidiação (cf. § 845 da decisão impugnada que não foi infirmado). Em terceiro lugar e conforme já referido, a atividade das concessionárias nos RNU, por força da própria lei – cf. artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de junho, e Base VII, n.º 1, do anexo ao Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho – está sujeita a contabilidade própria e autónoma e tem de ser financeiramente autossuficiente. Por conseguinte e independentemente de mais considerações, não se vislumbra, sobre esta matéria, qualquer erro manifesto de apreciação na decisão da AdC.

As requerentes discordam também da apreciação efetuada pela AdC a propósito da utilização de fundos e subsídios públicos. Alegam, a propósito, que a SUMA passou a usufruir em exclusivo de todos os equipamentos e infraestruturas, construídos com dinheiro público nos sistemas multimunicipais, para tratar não só RSU, onde detém um monopólio legal, como os RNU que pode receber. Tal situação confere-lhe uma clara vantagem em relação aos demais operadores de RNU, com a agravante da ameaça de poder praticar preços abaixo do mercado na medida em que não tem custos de investimento a amortizar, uma vez que tais equipamentos e infraestruturas não estão no ativo da EGF e o seu valor não foi pago pela adquirente e muito menos valorado por esta, para efeitos de proposta de aquisição. Mais referem que a AdC não empreendeu nenhuma diligência para investigar se o preço incluiu efetivamente um valor atribuível/auditável àquelas instalações e ao seu usufruto de forma exclusiva até 2034, prorrogável até 50 anos. Consideram ser evidente a distorção da concorrência que advém de estarem em causa instalações financiadas por dinheiros públicos (e algumas das quais únicas no país), dedicadas em exclusivo por mais de 50 anos a uma entidade privada para tratar resíduos que são, por natureza, indiferenciáveis daqueles que estão na esfera privada. Invocam a prática da Comissão Europeia, designadamente o caso ARA onde o Estado Austríaco foi obrigado a partilhar entre todos estas instalações.



## 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 5/15.7YQSTR

A AdC pronunciou-se especificamente sobre esta questão nos § 390 a 395 da decisão, não havendo razões para se considerar que a apreciação aí exposta enferme de erro nos pressupostos de facto ou de um erro evidente de apreciação.

Com efeito, face ao teor das Bases X e XII da concessão, anexas ao DL nº 96/2014, tais equipamentos e infraestruturas fazem parte integrante da concessão e são da propriedade da concessionária a não ser que pertençam ao Estado e/ou aos municípios. Não há elementos concretos e tangíveis no sentido de que os equipamentos e infraestruturas em causa pertençam ao Estado e/ou aos municípios.

Em todo o caso, mesmo que assim fosse, não ficou demonstrado que o seu valor de mercado não foi levado em consideração no processo de privatização. E mesmo que assim não fosse, a possibilidade de tal ocorrência consubstanciar uma espécie de “auxílios de Estado” de forma simulada, encoberta ou indireta é matéria que extravasa o objeto da decisão impugnada.

No que respeita à prática decisória da Comissão Europeia, não há elementos concretos e tangíveis que permitam qualificar os equipamentos e infraestruturas em causa como essenciais, sendo certo que a sua afetação exclusiva à EGF decorre de uma opção legal nesse sentido.

As autoras discordam também da apreciação efetuada pela AdC no que respeita à utilização da capacidade instalada para os RSU noutras atividades. Alegam, a propósito, que a AdC não considerou, a propósito desta questão, o facto da EGF ter deixado de ser uma empresa pública para passar a ser uma empresa privada. Entendem que este fator é relevante, na medida em que fará com que o tratamento de RNU nos sistemas multimunicipais deixará de ser uma atividade residual e passará a ser prática corrente. Mais acrescentam que a SUMA levará uma clara vantagem sobre os demais operadores de mercado, o que, acrescido às fortes barreiras existentes derivadas da exigência de elevados investimentos e licenciamentos específicos, e ao excesso de capacidade disponível e às estruturas ambivalentes de que dispõe por todo o país, levará necessariamente à eliminação da concorrência no mercado dos RNU.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

A AdC pronunciou-se sobre esta questão nos § 396 a 399 da decisão, tendo esclarecido que se trata de um fator que não é específico da operação de concentração. Concorda-se com a análise efetuada, pois a possibilidade de utilização da capacidade instalada para os RSU no tratamento de RNU existia antes da operação de privatização, não sendo, em si mesmo, um fator específico da operação de concentração.

Já no que respeita à questão das eventuais consequências da mudança de natureza da EGF, de pública para privada, na utilização dessa capacidade instalada para os RSU noutras atividades, designadamente no tratamento de RNU, é uma matéria que se considera ter cabimento, em termos de análise, não nesta questão prévia, mas no âmbito dos efeitos horizontais da operação de concentração, conforme se explanará *infra*.

As autoras discordam também da apreciação da AdC no que respeita à alteração das infraestruturas de receção para afetação da concorrência “em baixa”. Alegam, a propósito desta questão, que o simples facto dos contratos celebrados entre os municípios e a EGF, para o tratamento “em alta” não serem temporalmente coincidentes, quer quanto à sua durabilidade, quer quanto ao seu início e/ou termo com os contratos celebrados entre os municípios e os operadores do mercado de recolha, não pode ser fundamento para afastar a afetação do mercado. Mais formula as seguintes questões: “*Pode duvidar-se que a SUMA/EGF concorrerá sempre aos serviços em baixa, com o uso das viaturas comuns com as usadas em alta? E com o uso das infra-estruturas para armazenamento? E que usufruirá de outras economias de escala, designadamente pelo uso dos recursos humanos comuns?*”. Conclui que esta vantagem acrescida de outras receitas, tais como as provenientes da produção de energia, torna a SUMA um operador privilegiado nos mercados “em baixa”, com a efetiva capacidade para excluir concorrentes e absorver os restantes mercados relevantes, destruindo com isto o futuro competitivo e a inovação do sector.

A AdC analisou a questão da possível alteração das infraestruturas de receção para afetação da concorrência “em baixa” nos § 400 a 406 da decisão, não se vislumbrando na apreciação efetuada qualquer erro manifesto. Efetivamente, a análise efetuada não se



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

sustenta apenas na inexistência de concorrência durante a vigência dos contratos, mas também no seu conteúdo.

Quanto às perguntas formuladas pelas requerentes e às alegadas vantagens da SUMA em relação aos seus concorrentes no mercado “em baixa”, as mesmas já não se reportam especificamente com a questão da possível alteração das infraestruturas de receção para afetação da concorrência “em baixa”, mas com o efeito não-horizontal de encerramento do mercado em “baixa” analisado pela AdC nos §436 e ss da decisão, especificamente nos § 495 e ss no que respeita aos equipamentos e infraestruturas. A análise efetuada pela AdC, a propósito destas matérias, não merece de reparos. Com efeito, uma hipótese de aproveitamento dos recursos afetos à concessão consubstanciaria uma violação dos contratos de concessão, pois o DL nº 96/2014, de 25.06, e os contratos de concessão estipulam que os ativos afetos à atividade em alta são-no numa base exclusiva. Ora, independentemente de estratégias mais ou menos sofisticadas na ocultação da conduta, considera-se que não enferma de um erro de apreciação evidente a afirmação de que o simples facto de se tratar de uma conduta que viola o contrato consubstancia, em si mesmo, um condicionamento que torna essa conduta de difícil verificação. As mesmas considerações são extensivas aos recursos humanos, considerando o disposto na Base XI, ponto 3.

As autoras discordam ainda da análise efetuada pela AdC a propósito dos efeitos horizontais da operação de concentração. Alegaram, a propósito desta questão, que a análise da AdC: (i) limita os efeitos da operação à sobreposição horizontal apenas nos mercados de produção de energia e de prestação de serviços de gestão de RNU “em alta” passando por alto graves problemas que surgem por efeitos verticais e conglomerais distorcivos da concorrência; (ii) no que ao mercado da energia diz respeito, a AdC não o analisa, remetendo esta questão para a sua posição sobre a subsidiação das energias renováveis no geral, o que não é o que se passa na EGF (é uma fonte de receita vedada aos privados – sem razão – e que distorce a concorrência); (iii) no que à análise do mercado de prestação de serviços de gestão de RNU “em alta” diz respeito, a AdC omite qualquer



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

trabalho prospetivo e desconsidera, em absoluto, a passagem do sector público para o sector privado da EGF, tratando esta operação de concentração como uma mera transmissão de titulares, como se de dois privados se tratasse, razão pela qual a sua análise limita-se à soma dos mercados atuais e não considera que, tendo em conta o facto de ser possível atuar nos dois mercados a EGF privada, sem qualquer limite na sua atividade imposto pelo Estado, vai maximizar a rentabilidade com a receção de mais resíduos o que só pode fazer com o aumento da sua presença na gestão de RNU, pelo que a conclusão deveria ser se com uma EGF pública, limitada pelo Estado, a sobreposição já se verifica numa percentagem que vai de 10% a 20% do mercado, com a entrega da EGF a um privado, esta percentagem vai necessariamente aumentar para níveis superiores a 50% do mercado de RNU – o que acabará por eliminar a concorrência (por não terem acesso ao fator de produção).

Concluem que a, com a EGF, a SUMA, simultaneamente titular da EGF e *player* em todos os mercados relevantes, vai operar nestes mercados com utilização de instalações para as quais não teve custo de investimento, com utilização de meios humanos, com economia de escala e com uma posição invejável para receber fundos comunitários, na medida em que, para além de áreas já devidamente licenciadas para a atividade, até poderes de expropriação lhe são dados. Ao não considerar este efeito, a AdC não faz a completa apreciação do impacto da operação de concentração a que legalmente está obrigada.

Na mesma linha, as autoras já haviam alegado que a SUMA tem, no mercado “em alta” de RNU uma clara vantagem sobre os demais operadores do mercado, o que acrescido das fortes barreiras existentes derivadas da exigência de elevados investimentos e licenciamentos específicos, apontadas pela própria AdC, e ao excesso de capacidade disponível e às estruturas ambivalentes de que dispõe por todo o país, levará necessariamente à eliminação da concorrência; e ao monopólio legal dos RSU acrescerá o monopólio, de facto, dos RNU.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

A AdC analisou os efeitos horizontais da operação de concentração nos § 407 a 414 e 250 a 255 relativamente aos mercados em relação aos quais identificou uma sobreposição horizontal, designadamente: o mercado de produção de energia elétrica (§ 250 a 255); e o mercado de prestação de serviços de gestão de RNU em “alta” (§ 409 a 414).

Não se encontra nenhum erro de facto, nem nenhum erro manifesto de apreciação na circunstância da AdC, na análise dos efeitos horizontais, ter considerado apenas os dois mercados referidos, uma vez que apenas identificou sobreposições horizontais entre a SUMA e a EGF nos referidos mercados. Acresce ainda que as requerentes não concretizam os “*graves problemas que surgem por efeitos verticais e conglomerais distorcivos da concorrência*”.

É certo que, nas alegações escritas, as autoras aludem ao facto das quotas de mercado na gestão em alta de RNU por parte da EGF estarem subestimadas (já que uma fatia de resíduos que não é contabilizada como RNU e que está nos sistemas). Mais alegam que a AdC não abarcou na sua avaliação todos os efeitos que decorriam da operação ao não ter avaliado a sobreposição em baixa das atividades dos municípios (acionistas da EGF) e da Suma.

Contudo, estes pontos têm como premissa o alegado desvio de RNU para o circuito dos RSU, o que, conforme já se referiu, não tinha de ser considerado.

No que respeita à questão da subsídio energética, nada mais há a acrescentar sobre esta questão para além do que já se referiu. Nesta medida, o facto da AdC ter limitado a sua análise ao mercado de produção de energia elétrica, nos termos expostos nos § 250 a 255, não merece reparos.

Quanto ao terceiro fator de discordância das requerentes, verifica-se que a AdC tomou em consideração, na sua análise, apenas os níveis das quotas de mercado e de concentração e as conclusões que alcançou com base nas mesmas não enfermem de nenhum erro evidente de apreciação à luz dos parâmetros considerados pela Comissão Europeia nas Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03), publicadas no Jornal Oficial da União Europeia nº C 031, de 05.02.2004.

No entanto, nas mesmas Orientações a Comissão admite que possam existir circunstâncias excepcionais que afastem as presunções decorrentes dos índices de concentração, exemplificando algumas (cfr. ponto 20), ou seja, circunstâncias demonstrativas de que os níveis de quotas de mercado e de concentração não fornecem uma indicação útil acerca da estrutura de mercado e da importância em termos de concorrência das partes na concentração e dos seus concorrentes. O que se considera estar implícito na alegação das requerentes, no sentido de que a AdC não efetuou uma análise dinâmica da operação de concentração, é a asserção de que a mudança de natureza da EGF, de pública para privada, vai conduzir a um reforço da sua posição de mercado, infirmo a leitura que se extrai dos índices de concentração.

A questão não teria, num plano liminar, qualquer relevo se a SUMA não estivesse presente, nem a título efetivo, nem a título potencial, no mercado “em alta” de RNU, pois qualquer alteração da posição da EGF nesse mercado decorrente da referida mudança de natureza seria uma consequência direta do modelo de privatização adotado e, por isso, extensiva a qualquer empresa que tivesse adquirido a EGF. Contudo, a SUMA está presente no referido mercado. Por conseguinte, qualquer alteração razoavelmente previsível do poder de mercado da EGF é relevante, na medida em que tem de ser conjugada com o poder de mercado que a SUMA detém. Enquadrada a questão em termos gerais, verifica-se, contudo, que, em concreto, a alegação das requerentes não é suficientemente convincente para se concluir, em termos de previsibilidade razoável, pela ocorrência da referida possibilidade.

Efetivamente, a posição das requerentes assenta na mudança de natureza da EGF de pública para privada. É certo que não se trata de um fator despiciendo, pois a própria AdC, na análise deste mercado, concluiu que “os maiores operadores tendem a ser os próprios operadores privados” (§ 209). Contudo, só por si, não é suficiente para razoavelmente sustentar a referida possibilidade, desde logo porque não considera os



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

demais operadores do mercado, sendo certo que, resulta da análise efetuada pela AdC, que se trata de um universo mais vasto do que a amostra considerada – cfr. § 205 e ss – amostra esta que inclui empresas com quotas de mercado tão ou mais elevadas do que a SUMA e a EGF – cfr. tabelas reproduzidas no ponto 206.

Quanto às alegadas vantagens de que a SUMA/EGF dispõem, também estes argumentos não são convincentes. Assim, não obstante as fortes barreiras existentes no mercado de RNU “em alta” há, conforme referido, um universo considerável de operadores privados. Para além disso, não há qualquer evidência concreta e tangível de que os demais operadores de mercado não sejam capazes de cumprir os requisitos necessários para receber fundos comunitários, ainda que sem poderes de expropriação, e também não há qualquer elemento concreto sobre a proporção da alegada vantagem decorrente das infraestruturas detidas pela EGF comparativamente com os seus concorrentes. Para além disso e conforme já se referiu, o exercício da atividade de gestão de RNU pelas concessionárias tem de ser financeiramente autossuficiente.

Na verdade, as alegações das requerentes são essencialmente conclusivas.

Por último, as requerentes alegam que com a entrega da EGF a um privado, a sobreposição entre a EGF e a SUMA vai necessariamente aumentar para níveis superiores a 50% do mercado de RNU. Trata-se de uma afirmação desprovida de qualquer sustentação e demonstração.

Por todas as razões expostas, entende-se que, face à ausência de mais elementos concretos e tangíveis, a possibilidade do poder de mercado da EGF e da SUMA após a concentração assumir proporções preocupantes do ponto de vista concorrencial no mercado “em alta” de RNU, em sentido diverso daquele que a AdC apurou, é uma possibilidade que não assume contornos de razoabilidade suficientes para se concluir que a decisão da AdC evidencia um erro manifesto de apreciação.

As requerentes discordam ainda dos efeitos não horizontais, contestando o juízo técnico formulado pela AdC com base, no essencial, nos seguintes pontos: não é verdade que os municípios sejam capazes de influenciar a atividade da EGF, sendo os próprios que



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

referem nada poder fazer e contestam a presente operação; para além de uma queixa ao regulador não consubstanciar um poder de bloqueio, não é verdade que os municípios tenham incentivos para denunciar práticas de encerramento de mercado da EGF, pois os custos podem ser compensados com a receita da produção de energia, e/ou com a imputação de tarifa diferenciada para os RNU e com preços mais baixos no mercado em baixa praticados pela SUMA, facto que o Código dos Contratos Públicos (CCP) não pode controlar pois a adjudicação da recolha, transporte e armazenagem “em baixa” será sempre pelo preço mais baixo; o regulador não tem capacidade de controlo; a falta de distinção material entre RSU e RNU; o mercado “em baixa” está longe de não ter fortes barreiras e seguramente que a SUMA podendo usufruir, como usufruirá, das infra-estruturas “em alta”, aproveitará as economias de escala e, num curto prazo de tempo, terá o domínio do mercado “em baixa”; o parecer da ERSAR que chama a atenção para o facto de que poderá ser relevante *ter em conta o efeito de concentração das entidades reguladas com os prestadores desses serviços (do grupo SUMA) na medida em que a notificante pode ser simultaneamente accionista da entidade gestora do sistema multimunicipal e fornecedora do município utilizador do mesmo, que, por sua vez, é accionista e cliente dos sistemas*” e que “ *a produção de energia eléctrica, a partir da incineração dos resíduos urbanos, ou do biogás produzido nos aterros e nas unidades de digestão anaeróbica, não se afigura como uma actividade relacionada, construindo antes objectos da concessão e, nessa medida, deverá ser considerada actividade principal*” fazendo notar que “ *a receita obtida com a venda de energia eléctrica não assume uma relevância resíduos, constituindo mesmo, em certa empresas com a Suldouro ou a Valorsul um valor correspondente a cerca de metade dos gastos totais das empresas*”, o que não foi considerado pela AdC; a AdC não teve em consideração a estrutura do mercado nem o poder económico adquirido pela SUMA, sendo que a natureza conglomeral do grupo SUMA irá permitir-lhe - como, aliás, já permite, veja-se o exemplo da Valorsul, onde o tratamento de RNU representa 25% dos Resíduos tratados – expandir a sua actividade ao tratamento de RNU, visto não existir distinção material entre os tipos de resíduos, e 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 5/15.7YQSTR

facto de a SUMA dispor de todos os meios e infra-estruturas essenciais à actividade sempre a levará a concorrer também à prestação de serviços “em baixa” e nesta sede poderá escudar-se na subsidiação cruzada entre as duas actividades por forma a poder praticar um preço, que se tornará predatório, com o qual os concorrentes não poderão competir – por não terem acesso às infra-estruturas – e que os Municípios irão sempre preferir, sendo certo que esta política de preços não será desenvolvida devido à sua influência ou “performance” mas sim através a uma prática interna de subsídios entre actividades e/ou mercados relacionados.

Concluem, com base no exposto, que: a presente operação de concentração é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional dos resíduos não perigosos, porquanto vai reforçar uma posição dominante, designadamente ao levar o grupo SUMA a adotar uma postura exclusionária que redundará na *evicção* dos seus concorrentes do mercado. Com isto, não só serão afastados os concorrentes actuais como também passarão a ser inexistentes os incentivos para qualquer operador entrar no mercado. Mais, os resultados da privatização serão sentidos não apenas nos mercados relevantes como permitirão a verticalização e conglomeração de todo o processo produtivo para, por fim, redundar na absorção de todos os mercados relacionados por parte do grupo SUMA. Sustentam ainda que a posição de domínio, a EGF (titulada pela SUMA) vai colocar em causa o princípio basilar de direito do ambiente do “poluidor pagador” e impedir a implementação de sistemas equitativos de PAYT e, com isso, oneram-se os produtores de resíduos habitacionais que continuarão a ver a sua tarifa anexa ao consumo de água, na maioria dos casos muito acima da quantidade de resíduos que produzem e sem qualquer incentivo à sua separação para reciclagem, na medida em que um mercado de resíduos de RNU e RSU dominado por um operador vai impedir o aparecimento de novas soluções de gestão de resíduos, o que impede o incentivo à reciclagem na medida em que não havendo concorrência a sua recolha nunca será eficiente para o produtor.



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

Por último, chamam a atenção que a AdC se absteve de se alinhar com o pensamento da Comissão Europeia nesta matéria, pois a decisão em crise cria uma situação em tudo semelhante à que se verifica na Áustria e que a Comissão se encontra a investigar. Nesse caso, há uma empresa dominante – a ARA – cujas infra-estruturas não podem ser duplicadas. Consequentemente, a ARA tem um monopólio *de facto* e terá conseguido eliminar a concorrência no mercado ao recusar o acesso às infra-estruturas essenciais ao desempenho da actividade. Mais do que isso, a decisão da AdC vai exatamente no sentido contrário ao da prática decisória da Comissão e da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Na medida em que cria uma situação em que a SUMA fica com acesso exclusivo às infraestruturas essenciais para qualquer operador desempenhar a sua actividade económica. Recebe o acesso exclusivo a estas infra-estruturas bem como – em consequência da legislação nacional distinguir erradamente entre RSU e RNU – recebe a oportunidade de aumentar a sua actividade e volume de negócios ao recolher mais RNU. A posição das Instituições Europeias aponta inequivocamente no sentido de existir uma obrigação de co-utilização, por todos os operadores, das infra-estruturas requeridas para o exercício da actividade. No presente caso e atento o exposto torna-se evidente que, na situação actual, será possível a um operador, ou seja, à SUMA, restringir o mercado e o acesso a infra-estruturas vitais à prossecução da actividade. No mínimo, a AdC deveria ter tido em conta esta situação e imposto medidas comportamentais que obrigassem a utilização partilhada destas infra-estruturas – prática que estaria em consonância com a Europeia. A AdC, ao não ponderar devidamente – ou de todo – os direitos de utilização de infraestruturas públicas conferidos à EGF/SUMA no uso dos sistemas e gestão dos RSU e na utilização de infra-estruturas públicas vai permitir que um operador privado assumira direitos exclusivos que lhe conferem um monopólio *de facto*.

A AdC analisou os efeitos não horizontais da operação de concentração nos § 415 a 519 e fê-lo na perspectiva de um eventual encerramento do mercado “em baixa”, tendo identificado duas estratégias: (i) imputação dos custos da actividade em baixa nas actividades em alta; (ii) e no aproveitamento de instalações que, pese embora estejam



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

afetas à concessão, poderão ser utilizadas para a prestação dos serviços em baixa. A AdC conclui que a SUMA teria incentivos para empreender as estratégias referidas. Contudo, não teria capacidade para as implementar devido aos fatores sintetizados no § 519 da decisão.

O facto da análise da AdC, relativamente aos efeitos não horizontais da operação de concentração, ter incidido apenas num eventual encerramento do mercado “em baixa” não suscita perplexidades, porquanto, conforme já referido, a decisão identificou sobreposições horizontais no mercado de RNU “em alta”, pelo que a análise dos efeitos, a este nível, se esgota nos efeitos horizontais já apreciados. Nesta medida, não se justifica tecer mais considerações sobre o eventual interesse e capacidade da SUMA na expansão da sua atividade no tratamento de RNU. Consequentemente, entende-se que a recondução da análise, no plano dos efeitos não horizontais, ao mercado em “baixa” não enferma de qualquer erro manifesto de apreciação.

Coloca-se, agora e num segundo plano, a questão de saber se a análise efetuada pela AdC desconsiderou outros efeitos não horizontais negativos no mercado em baixa e/ou outras estratégias de encerramento do mercado. A resolução desta questão passa pela identificação, na alegação das requerentes, de qualquer elemento concreto e tangível nesse sentido.

Neste âmbito, verifica-se que as requerentes invocam a falta de distinção material entre os RSU e os RNU e, por conseguinte, a falta de controlo entre uns e outros. Sobre esta matéria nada mais há a acrescentar àquilo que já foi referido.

Mais se verifica que as requerentes invocam as várias vantagens adquiridas pela SUMA através da operação de concentração, da posição privilegiada que estas vantagens lhe atribuem, nomeadamente em termos de instalações, recursos humanos, economias de escala, obtenção de fundos comunitários e de receitas por via da produção de energia elétrica, e da concomitante vontade e capacidade de praticar preços baixos no mercado “em baixa” suscetíveis de eliminar a concorrência, na medida em que seriam compensados pelos ganhos obtidos em “alta”.



## **Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria  
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 5/15.7YQSTR

Quanto aos efeitos de escala, os mesmos foram analisados pela AdC nos parágrafos 300 e ss., nada resultando das alegações das autoras que infirme os juízos aí formulados.

Quanto à possibilidade de serem praticados preços inferiores ao preço-base dos concursos, tal como a AdC refere no § 844 da decisão em causa a prática de preços baixos não cria qualquer efeito perverso na concorrência, a não ser que se esteja perante “preços predatórios”. Sucede que, neste plano específico, a alegação das requerentes não contém dados concretos e tangíveis que permitam concluir que a SUMA teria capacidade para empreender uma estratégia semelhante. Face às considerações precedentes, considera-se que não resulta da alegação das autoras qualquer elemento concreto e tangível que permita concluir pela desconsideração, na análise dos efeitos não horizontais, de outros efeitos e/ou outras estratégias para além daquelas que foram consideradas pela AdC.

Quanto a estas, a AdC aceita que a SUMA teria incentivos para as empreender, pelo que, neste plano, a alegação das autoras neste sentido é irrelevante. Quanto à capacidade, as autoras contestam as conclusões da AdC no que respeita especificamente ao papel dos municípios e do regulador.

O que importa referir sobre esta matéria é que, em primeiro lugar, a análise da AdC não se estribou apenas nos dois fatores referidos, mas em outros fatores, designadamente no regime tarifário (cfr. § 485 a 487), nas regras contabilísticas seguidas pela SUMA na alocação dos respetivos custos (cfr. § 493), nas limitações decorrentes da Lei e do contrato de concessão (cfr. § 495 a 500), na estrutura do mercado em baixa (cfr. § 501 a 513) e nos demais fatores sumariados no § 519. Trata-se, conforme já referido, de um juízo económico complexo, não sendo evidente que a falência de um ou alguns dos processos conduzisse a conclusões diversas.

Em segundo lugar, não há evidências concretas de que o regulador não seja capaz de exercer as suas funções de controlo.

Em terceiro lugar, quanto aos Municípios, o facto dos mesmos se mostrarem contrários à operação de concentração não significa que não venham a exercer



## Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

efetivamente um papel de monitorização relevante. Acresce ainda que não se encontram razões concretas para concluir que os Municípios, sendo acionistas ainda que minoritários, não sejam capazes de exercer essa função de monitorização. Apenas se poderia concluir em sentido contrário se os interesses dos Municípios estivessem alinhados com os interesses da SUMA. E, neste plano, as alegações das requerentes não são suscetíveis de infirmar o juízo efetuado pela AdC, pois não há elementos concretos e tangíveis no sentido de que um aumento dos custos em “alta” não se repercutiria num concomitante aumento das tarifas e a possibilidade de compensação do aumento da tarifa em “alta” com os custos em “baixa” apenas seria possível nos municípios que recorrem a empresas terceiras para a prestação de tais serviços.

Quanto à partilha de infraestruturas e à prática decisória das instâncias comunitárias sobre a matéria, importa referir que a afetação em exclusivo das infraestruturas detidas pelas concessionárias resulta diretamente do contrato de concessão. Para além disso, não há elementos concretos e tangíveis que permitam concluir que estão em causa infraestruturas essenciais, não replicáveis por outros operadores.

Por fim, contrariamente ao alegado pelas autoras e tendo por referência os critérios previstos no artigo 41.º, n.º 2, do NRJC; a AdC considerou as alterações na estrutura do mercado, decorrentes da possibilidade das actividades complementares virem a ser autorizadas; a AdC não tinha que levar em consideração o alegado desvio de RNU para o circuito de RSU; e a AdC analisou as barreiras à entrada, incluindo os efeitos de escala; analisou a capacidade de ser empreendido um encerramento lucrativo dos mercados implicados; e o índice pós-concentração nos mercados em que há sobreposição.

Pode-se assim afirmar, em síntese e utilizando a terminologia proposta pelas autoras com base na jurisprudência comunitária, não se poder concluir que: (i) os elementos que a AdC baseou a sua decisão são factualmente incorretos, não confiáveis ou inconsistentes; (ii) a AdC não tomou em consideração todos os dados e informação necessária para analisar uma situação complexa; (iii) e/ou que não foi capaz de sustentar as suas conclusões.



**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão**

**1º Juízo**

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 5/15.7YQSTR

\*\*\*

**Dispositivo**

**Em face de todo o exposto, julgo ambas as ações (originária e apensada) totalmente improcedentes, absolvendo-se a ré e as concontraintressadas dos pedidos.**

\*\*\*

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

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

\*\*\*

Registe e notifique, incluindo ao Ministério Público.

14.04.2017