Assinado eletronicamente. Esta assinatura substitui a assinatura autógrafa.
Dr(a). Joana Manuel Mateus Araújo

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

**

SENTENÇA

*

*

I. RELATÓRIO

*

- Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A. [FERGRUPO];
- [redacted] [redacted];
- COMSA SAU e COMSA Corporación de Infraestructuras S.L. [COMSA SAU e COMSA S.L. – COMSA's];
- Somafel – Engenharia e Obras Ferroviárias, S.A. [SOMAFEL] e
- [redacted] [redacted];

Todos melhor identificados nos autos,

Apresentaram recurso de impugnação da decisão proferida pela Autoridade da Concorrência [AdC], datada de 03/03/2020, de acordo com a qual foi decidido o seguinte:

A. Condenar FERGRUPO

1. No pagamento da coima única no valor de € 870.000, pela prática de duas contraordenações, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 9.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05, bem como do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, correspondente às seguintes coimas parcelares:
   - ✓ € 503.000, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;
   - ✓ € 367.000, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015;
2. Na sanção acessória de publicação de um extrato da Decisão na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, a seu encargo, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar do seu trânsito em julgado;

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

3. Na sanção acessória de privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública, cujo objeto abranja exclusivamente prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, durante o período de 2 (dois) anos, a contar do trânsito em julgado da Decisão.

B. Declarar COMSA SAU e COMSA S.L. – COMSA's

1. Responsáveis solidárias pelo pagamento da coima única no valor de € 870.000, aplicável à FERGRUPO, nos termos conjugados do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, correspondente às seguintes coimas parcelares:
   - ✓ € 503.000, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;
   - ✓ € 367.000, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015.

C. Condenar [redacted]

1. No pagamento da coima única no valor de € 19.400, enquanto membro do órgão de administração e direção da FERGRUPO, conhecedor e participante ativo nos factos imputados a esta empresa, pela prática de duas contraordenações, previstas e punidas nos n.os 1 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da mesma lei, correspondente às seguintes coimas parcelares:
   - ✓ € 9.700, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;
   - ✓ € 9.700, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015.

D. Condenar SOMAFEL

1. No pagamento da coima única de € 925.000, pela prática de duas contraordenações, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 9.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, de 08-

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

05, bem como, do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, correspondente às seguintes coimas parcelares:

- ✓ € 547.000, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;
- ✓ € 378.000, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015;

2. Na sanção acessória de publicação de um extrato da Decisão na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, a seu encargo, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar do seu trânsito em julgado;
3. Na sanção acessória de privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública, cujo objeto abranja exclusivamente prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, durante o período de 2 (dois) anos, a contar do trânsito em julgado da Decisão.

E. Condenar [redacted]

1. No pagamento da coima única de € 11.800, enquanto membro do órgão de direção da SOMAFEL, conhecedor e participante ativo nos factos imputados a esta empresa, pela prática de duas contraordenações, previstas e punidas nos n.os 1 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da mesma lei, correspondente às seguintes coimas parcelares:
   - ✓ € 5.900, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;
   - ✓ € 5.900, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015.

Pugnando toda elas pela alteração da decisão da AdC, nos termos que melhor sintetizam a final nos respetivos recursos, sustentam tal pretensão, delimitada pelas conclusões aí apresentadas, com os seguintes fundamentos:

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

FERGRUPO e [redacted]

«[...]

1. Vem o presente recurso de impugnação interposto da Decisão da AdC, datada de 04.03.2020, que condenou os Visados Fergrupo e Eng.º [redacted], ora Recorrentes, ao pagamento de coimas no valor de € 870.000 e € 19.400, respetivamente, e determinou a aplicação à Recorrente de sanção acessória de privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública cujo objeto abranja prestações de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, durante o período de 2 anos pela prática de duas infrações, a saber: (i) fixação do nível dos preços e (ii) repartição de mercados, nos termos do disposto nos artigos 9.º, n.º 1 e 68.º, n.º 1, alínea a) da LdC e 101.º, n.º 1 do TFUE.
2. [...]
3. Ao longo da fase de inquérito, a então Visada, ora Recorrente, interpôs junto desse Venerando Tribunal recursos interlocutórios de despachos da AdC, de entre os quais se destaca o interposto da decisão de indeferimento da arguição de nulidade das diligências de busca e apreensão e respetivo mandado.
4. No entanto, decidiu esse Venerando Tribunal que não era o momento oportuno para apreciar as questões suscitadas, e que, caso a AdC viesse a utilizar os elementos em causa como meios de prova, a Recorrente poderia submeter novamente a apreciação tais questões.
5. Assim, no âmbito das diligências de busca e apreensão efectuadas nos presentes autos, foram apreendidos diversos ficheiros informáticos dos computadores de colaboradores da Recorrente, sendo que a grande maioria dos ficheiros são mensagens de correio eletrónico.
6. A apreensão de correio electrónico é proibida nos termos do artigo 34.º, n.º 1 da CRP, sendo apenas admitida a título excepcional em sede de processo criminal, nos termos dos artigos 18.º, nrs. 2 e 3, 32.º, n.º 2 e 34.º, todos da CRP, pelo que não é admitida no

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

âmbito de um processo contra-ordenacional como o destes autos. Assim mesmo dispõe o art.º 42.º, n.º 1 do RGCO.

7. Pese embora o artigo 18.º da LdC confira à AdC poderes para proceder à busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita ou outra documentação, independentemente do seu suporte, tal preceito não pode ser interpretado como admitindo solução contrária à consagrada na CRP, e que foi seguida por outros regimes jurídicos. Um qualquer documento em suporte digital não tem o mesmo valor que uma mensagem de correio eletrónico, para efeitos do artigo 20.º, n.º 1 da LdC.
8. A prova de que a AdC lançou mão nas diligências de busca e apreensão configura uma proibição absoluta de prova, uma vez que não pode ser apreendida correspondência (quer aberta quer fechada) no âmbito de um processo contraordenacional, nomeadamente, por infração sancionada nos termos da LdC.
9. As diligências de busca e apreensão realizadas pela AdC nas instalações da aqui Recorrente encontram-se feridas de *nulidade*, por se tratar de prova proibida em sede de processo contra-ordencional, de harmonia com o disposto nos arts. 34.º, nrs. 1 e 4 da CRP, 42.º, n.º 1 do RGCO e 126.º, n.º 3 do CPP (este último aplicável por remissão sucessiva dos artigos 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO).
10. Suscita-se a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 18.º, n.º 1, alínea c) da LdC, se interpretada e aplicada no sentido de ser admitida a apreensão de mensagens de correio eletrónico pela AdC no âmbito de diligências de busca e apreensão por si realizadas no âmbito de processo contraordenacional, por violação do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º da CRP e do princípio da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, consagrado no artigo 34.º, nrs. 1 e 4 da CRP.
11. Sem conceder, a admitir-se, no caso vertente, diligências de busca e apreensão de correio eletrónico, as mesmas teriam de ser realizadas sob exigências acrescidas, não bastando para as legitimar um artigo de um regime jurídico sectorial que, ademais, nem sequer autoriza expressamente a apreensão de mensagens de correio eletrónico.
12. Actualmente, a matéria relativa à busca e apreensão de correio electrónico, aplicável subsidiariamente ao processo contra-ordenacional, encontra-se regulada

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

no artigo 17.º da Lei do Cibercrime, que determina, expressamente, que o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão das mensagens de correio electrónico encontradas armazenadas num sistema informático, se as mesmas se afigurarem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

13. O mesmo artigo remete para a disciplina do art.º 179.º, n.º 1 do CPP, que determina: "*[S]ob pena de nulidade, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão* [de correspondência]".
14. Também por força do artigo 32.º, n.º 4 da CRP, a apreensão de correspondência só pode ser ordenada por um juiz.
15. O referido regime é aplicável a correspondência eletrónica lida e não lida, conforme fica claro da leitura da própria lei, que faz menção às mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante que "*forem encontrados armazenados nesse sistema informático*".
16. Nestes termos, deve ser desconsiderada a correspondência eletrónica como meio de prova, por constituir prova proibida, por não ter sido apreendida mediante mandado judicial, em clara violação do disposto no artigo 17.º da Lei do Cibercrime, nos artigos 179.º, n.º 1 e 126.º, n.º 3 do CPP (aplicáveis por remissão sucessiva dos artigos. 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO).
17. Suscita-se a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 20.º, n.º 1 da LdC, se interpretada e aplicada no sentido de ser admitida a apreensão de mensagens de correio eletrónico no âmbito de diligências de busca e apreensão sem prévio mandado judicial para o efeito, por violação do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º da CRP, do princípio da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, consagrado no artigo 34.º, nrs. 1 e 4 da CRP e do princípio da reserva da função jurisdicional, previsto no artigo 202.º, n.º 2 da CRP.
18. No decurso do período para apresentação da pronúncia à NI e durante a fase de instrução do processo, foram apresentadadas propostas de transação pelos visados.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

19. A própria Recorrente apresentou à AdC uma proposta de transação. Contudo, acabou por não se conformar com o teor da Minuta de Transação elaborada pela AdC, pelo que apresentou a pronúncia à NI.
20. As decisões ou soluções encontradas num mesmo processo, em sede de transação, ou em sede de decisão final, ainda que distintas, têm necessariamente que respeitar os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, consagrados nos artigos 13.º e 18.º da CRP.
21. Na Decisão entendeu a AdC justificar-se a aplicação de uma coima no valor de € 870.000, correspondendo € 503.000 pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015 e € 367.000 pela infração alegadamente cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015.
22. Pelo contrário, em sede de conversações de transação, e na própria Minuta de Transação, notificada a 11 de março, a AdC fixou esse montante em € 472.000, já incluindo 10% de redução em função dos ganhos de eficiência resultantes de uma transação.
23. Ou seja, entendeu a AdC que a coima devida pela prática da infração seria de cerca de € 519.200, ao qual seria deduzido um desconto de 10% do valor global em virtude da transação: € 47.200.
24. Assim, a coima concretamente aplicada não poderia superar estes referenciais.
25. Por outro lado, contrariamente à análise vertida na referida Minuta de Transação, a AdC entendeu encontrar-se justificada a aplicação das duas sanções acessórias previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 71.º da LdC, tendo concluído pela adequação e necessidade, a título de sanção acessória, da privação da Fergrupo (bem como da Somafel) de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública no âmbito do mercado afetado durante o período de 2 anos.
26. No entender da Autoridade, a aplicação da sanção acessória justificar-se-ia pelo *"elevado desvalor da conduta das visadas objeto do presente processo, bem como pela manifesta insensibilidade das mesmas face às regras de concorrência"*.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

27. Sucede que, no ponto 227 da Minuta de Transação: *"[A]tentas as circunstâncias do presente caso e a proposta de transação apresentada, conclui esta Autoridade pela desnecessidade de aplicação das referidas sanções acessórias à visada Fergrupo."*.
28. Acresce que na proposta de Transação apresenta pela ora Recorrente à Autoridade foi elencado um conjunto de elementos e factos que enquadrava e contextualizava o comportamento daquela, pugnando pela justificabilidade dos mesmos e, consequente, não subsunção na previsão legal do artigo 9.º, n.º 1 da LdC e do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE.
29. Não obstante a Autoridade ter refutado os argumentos apresentados pela Recorrente, considerou ser, mais uma vez, *"desnecessária"* a aplicação da presente sanção acessória face às "*circunstâncias do presente concreto"*.
30. Inexistem no processo novos elementos de facto ou de direito que permitam alterar a apreciação da AdC sobre a gravidade da conduta e culpa da Recorrente.
31. Tal alteração, que não encontra respaldo em factos e valorações comportamentais concretas e adicionais às referidas na NI e na Proposta de Transação (devidamente justificadas), é manifestamente desproporcional e redunda numa intenção de penalizar a ora Recorrente que decidiu, nos termos conferidos pela LdC, não aderir à versão final da decisão condenatória em sede de transação, por não se rever no texto, factualidade e/ou enquadramento jurídico e/ou medida da coima aplicada.
32. Como resulta das linhas de orientação publicadas pela Autoridade, a Transação visa apenas encerrar o processo contraordenacional de forma mais célere, culminando com a aplicação de uma coima mais reduzida.
33. Considerando que o procedimento de transação existe para que a AdC beneficie de ganhos de eficiência processual – não tendo este procedimento sido criado para beneficiar as visadas – não se vislumbra em que medida pode tratar de maneira diferente as situações da Futrifer, da Neopul e da Mota-Engil (ou mesmo a proposta anteriormente efetuada à Somafel e à Fergrupo) da que presentemente se verifica com a Decisão ora impugnada.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

34. Não se alcança qual o ganho processual da AdC em não aplicar a sanção acessória de inibição de participar em procedimentos públicos em procedimento de transação, que já justifique a sua aplicação em sede de decisão final.
35. Não existindo matéria de facto e ou de direito adicional aquela que já constava da apreciação realizada pela Autoridade na Nota de Ilicitude e à data da Minuta de Transação, qualquer alteração e/ou agravamento da moldura contraordenacional e/ou sancionatória aplicável constitui uma violação dos princípios constitucionais da *proporcionalidade* e da *igualdade* previstos nos artigos 13.º e 18.º da CRP e artigo 18.º do RGCO.
36. Apenas será admissível que a Autoridade verta na decisão final o impacto das eficiências que não se verificaram em virtude da frustração da transação, nomeadamente, a não aplicação do desconto efetuado no montante da coima já fixada.
37. Quanto ao princípio da proporcionalidade, na sua vertente de adequação, dir-se-á que, se, por um lado, a aplicação de sanções tem por finalidade a prevenção geral e especial, então, a aplicação da sanção acessória só será adequada se as coimas não forem suficientemente dissuasoras.
38. Considerando que houve três decisões finais alcançadas através de processo de transação onde não foi aplicada qualquer sanção acessória, pode concluir-se que a AdC considera que a coima é suficientemente dissuasora.
39. Não está, então, respeitado o subprincípio da adequação.
40. Por outro lado, também se verifica um total desrespeito pelo subprincípio da necessidade.
41. Em particular, a aplicação da sanção acessória cumula-se com a aplicação de uma coima, que, pelo seu valor e só por si, seria suficiente para prosseguir o fim de interesse público de promoção da concorrência e de prevenção geral e especial.
42. Como bem referiu a AdC, a implementação de um rigoroso programa de *compliance* pelas empresas, aliado ao pagamento de uma coima num valor já avultado, certamente que cumpre os objetivos da promoção do direito da concorrência e da dissuasão da sua

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

violação pelos operadores económicos, que a AdC pretende fazer valer com a aplicação desta sanção acessória.

43. A aplicação da sanção acessória prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 71.º da LdC causará um impacto negativo de grande magnitude na vida da empresa.
44. Quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, sempre se dirá que o prejuízo causado à Fergrupo, traduzido na proibição de participação em procedimentos de formação de contratos cujo objeto abranja as prestações típicas associadas à manutenção ferroviária, e as consequências para o mercado e os consumidores, decorrentes da eliminação da concorrência, não cedem perante as vantagens (que não se vislumbram) obtidas pela aplicação desta sanção.
45. A AdC não atribuiu qualquer diferença valorativa à intervenção de cada uma das visadas. E, em três decisões finais, a AdC concluiu que não se justificava, face às circunstâncias do caso, aplicar a sanção acessória.
46. Aplicar a sanção acessória à Fergrupo neste momento equivale a uma sanção não pela alegada infração que a AdC lhe imputa, mas pelo facto de – ao contrário de outras visadas – a Fergrupo não ter concordado com a totalidade do teor da minuta de transação apresentada pela AdC, o que constitui violação crassa do princípio da igualdade de tratamento.
47. A ora Recorrente tentou enveredar pelo processo de transação, para o que apresentou a devida proposta. Contudo, a AdC contrapropôs uma minuta com a qual a Recorrente não concordou totalmente, muito em particular em relação a factos que lhe tinham sido imputados e ilações daí retiradas, e, como tal, não pôde transigir.
48. Nesse momento, a AdC apresentou a sua opinião sobre as sanções que considerava adequadas ao caso em termos de coima, sanção acessória e âmbito subjetivo de aplicação.
49. A AdC concluiu que inexistia qualquer razão de tutela jurisdicional efetiva geral e especial que justificasse a aplicação da sanção acessória.
50. Esta ponderação foi realizada pela AdC no encerramento do processo em relação a três co-visadas e a Fergrupo manteve a expectativa que também se aplicasse ao seu caso.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

51. Está-se perante uma clara violação do princípio da boa fé, primordialmente na sua vertente da tutela da confiança, ao qual a Administração está vinculada por força do artigo 266.º, n.º 2 da CRP.
52. Nos termos do artigo 58.º do RGCO, a decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter, sob pena de nulidade, entre outros, a fundamentação da decisão.
53. Ao visado têm que ser concretamente explicitadas as razões de facto e de direito que levaram à sua condenação e à determinação concreta da medida da coima aplicada, possibilitando-lhe um juízo de oportunidade sobre a sua impugnação por meio de recurso e, já na fase judicial, ao tribunal de recurso conhecer o processo de formação da decisão recorrida.
54. A Decisão ora impugnada é completamente omissa quanto às conclusões relativas às justificações apresentadas pelo consórcio CEMAV, Recorrente e demais visadas nos vários concursos públicos em causa.
55. A Decisão não se pronuncia, nem considera como relevante as justificações apresentadas, não analisando, mesmo que em abstrato, os impactos da redução do Preço contratual na estrutura de custos das visadas e em particular da ora Recorrente, por exemplo.
56. Tal omissão consubstancia uma violação do dever de fundamentar a decisão, pondo em causa os direitos de defesa da Recorrente.
57. A AdC não cumpriu a determinação legal de conhecer todas as questões alegadas pelas partes, o que acarreta, necessariamente, a nulidade da decisão por omissão de pronúncia e falta de fundamentação, nos termos do artigo 58.º, n.º1, alínea c) do RGCO e artigos 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alínea c) do CPP (aplicáveis *ex vi* do artigo 13.º, n.º 1 da LdC e do artigo 41.º, n.º 1 do RGCO).
58. Cumpre clarificar o contexto em que alegadamente teve lugar a prática das infrações de que a Recorrente vem acusada.
59. O investimento na rede ferroviária nacional, designadamente na sua conservação e manutenção, tem vindo a sofrer cortes significativos, pelo menos desde 2011.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

60. A REFER, e posteriormente a IP, reviu em baixa os preços dos concursos ou renovações das prestações de serviços em curso.
61. Foi no período de ajustamento da economia, que a REFER lançou o Sistema de Qualificação, cujos exigentes requisitos, económicos e técnicos, não eram compatíveis com as reduzidas bases e limitados prazos de execução, dos concursos lançados ao abrigo deste.
62. Com estes constrangimentos, aquando do lançamento do Concurso 0, as quatro empresas previamente qualificadas (Fergrupo, Futrifer, Mota-Engil e Somafel) apenas puderam concorrer agrupadas – no consórcio CEMAV – para tentar aproveitar sinergias obtidas com a prestação de serviços de outro tipo de manutenção da via férrea em diferentes áreas geográficas do país.
63. Com o degradar das condições económicas dos concursos subsequentes, mantendo-se constante o número de aparelhos de via objeto da prestação de serviços em causa (2.813 unidades), Concursos I e II, as empresas agrupadas não puderam apresentar propostas que correspondessem ao preço base apresentado pela IP.
64. Os contactos estabelecidos pelo CEMAV com a Neopul tinham por base a incorporação desta no CEMAV, por forma a potenciar valências e sinergias do consórcio, atendendo ao trabalho que a Neopul executava na área de manutenção de via e catenária na região sul do país.
65. Apesar de estar a ter um resultado negativo na execução do contrato respeitante ao Concurso 0, o CEMAV assegurou a MAV na RFN durante os meses em que não foi possível contratar outra solução, em condições económicas mais desfavoráveis, designadamente numa primeira fase pelo corte da atividade de inspeção na MPS (com a justificação de tal ter sido internalizado pela própria IP, facto que não se traduziu em redução de encargos para o CEMAV), e numa segunda fase, apenas contratando as atividades de MPC e MC, manifestamente insuficientes para cobrir os encargos com a execução das prestações de serviços.
66. Acresce que a própria IP também promovia os concursos em que se admitia de forma expressa a apresentação de propostas por agrupamentos de empresas, que pudessem

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

assim acomodar melhor as reduções de preço face aos custos inerentes, na medida em que podiam beneficar das eficiências geradas por um consórcio.

67. O CEMAV sempre contestou o reduzido valor dos diversos concursos lançados pela REFER/IP, o que traduziu nas propostas apresentadas.
68. No Concurso III, perante a posição da IP de não permitir a apresentação de propostas em agrupamento, a Fergrupo apenas podia apresentar propostas como fez, para aproveitar as sinergias no âmbito do seu contrato de manutenção de via e catenária.
69. Os preços foram todos determinados pela IP e a Fergrupo, sozinha, só poderia lograr apresentar um preço requerido pela IP em relação ao Lote 2.
70. No entanto, tal não foi devidamente valorado pela AdC.
71. A AdC não se pronunciou, assim, sobre o contexto económico precário que se vinha a sentir desde 2008, por efeito da crise económica e financeira (com destaque para o recurso a ajuda financeira internacional de 2011).
72. Do mesmo modo, não se pronunciou, designadamente, sobre o reajuste dos investimentos em matéria de conservação e manutenção da rede ferroviária nacional; os exigentes requisitos de qualificação do Sistema de Qualificação lançados pela REFER/IP; o baixo valor e reduzido prazo de execução dos concursos; a necessidade de criação do CEMAV; a ausência de revisão de preços; o agravamento da situação ao longo de todos os procedimentos concursais em questão.
73. O que, conforme já referido, acarreta a nulidade da decisão por omissão de pronúncia e falta de fundamentação, nos termos do artigo 58.º do RGCO e artigos 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alínea c), ambos do CPP.
74. De outra banda, cumpre apreciar o comportamento das visadas na apresentação das propostas aos concursos I, II e III, à luz dos meios de prova existentes nos autos.
75. Segundo a AdC, a primeira infração imputada à ora Recorrente traduziu-se num acordo entre as empresas consorciais que integravam o CEMAV e a Neopul para fixar os preços dos Concursos I e II.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

76. A segunda infração reportar-se-ia a um acordo entre as cinco empresas visadas (Fergrupo, Futrifer, Mota-Engil, Somafel e Neopul) para fixar preços e repartir mercados no Concurso III.
77. Nos Concursos I e II, as visadas Fergrupo, Futrifer, Mota-Engil e Somafel apresentaram-se em consórcio.
78. O consórcio era expressamente admitido nos referidos concursos e a AdC reconhece na Decisão que a constituição de consórcios e apresentação de propostas em conjunto não configura em si mesmo uma infração.
79. Não existe qualquer questão de ilicitude relacionada com as reuniões, discussões, coordenação a apresentação de propostas pelo CEMAV e respetivos membros.
80. No Concurso I, o CEMAV apresentou uma proposta para 2 lotes; a Neopul apresentou uma proposta apenas para 1 lote.
81. O CEMAV e a Neopul apresentaram propostas – diferentes – acima do preço base.
82. Não houve decisão de adjudicação e a IP celebrou um novo contrato com o CEMAV por ajuste direto por um período adicional de 12 meses, contados de 01.01.2015.
83. A Neopul não beneficiou de qualquer adjudicação e não foi subcontratada pelo CEMAV.
84. O desfecho do concurso em nada coincide com a teoria de infração proposta (de um consenso e plano de ação comum para fixação de preços).
85. O objetivo das reuniões anteriores à apresentação das propostas era alargar o CEMAV (às áreas geográficas em que atuava a Neopul), sendo certo que inexiste qualquer meio de prova do qual conste o conteúdo das reuniões ocorridas.
86. Não havendo prova inequívoca de um plano de ação comum para fixar preços e apenas podendo procurar interpretar-se os meios de prova (francamente dispersos e incoerentes) existentes nos autos, parece claro que deverá sempre prevalecer o princípio da presunção da inocência, sob pena de violação grosseira dos direitos de defesa da Fergrupo.
87. No que concerne ao Concurso II, o CEMAV apresentou uma proposta para os 5 lotes a concurso; a Neopul não apresentou qualquer proposta.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

88. O CEMAV apresentou propostas acima do preço base.
89. Não houve decisão de adjudicação e a IP revogou a decisão de contratar, sendo que a Neopul não beneficiou de qualquer adjudicação e não foi subcontratada pelo CEMAV.
90. Uma vez mais, o desfecho do concurso em nada coincide com a teoria de infração proposta, pelo que sempre prevalecerá, também quanto a este segmento o princípio da presunção de inocência.
91. O Concurso III era idêntico ao Concurso II, prevendo a adjudicação dos mesmos 5 lotes.
92. A IP apenas convidou as cinco empresas visadas para apresentação de propostas.
93. O concurso não admitia a apresentação de propostas por agrupamentos de empresas e observou-se um incremento do preço base em 14% face ao Concurso II.
94. As cinco empresas apresentaram propostas.
95. Cada visada apresentou uma proposta abaixo do preço base para o lote correspondente à sua área geográfica de implantação física e uma ou duas propostas acima do preço base para lotes contíguos mais afastados da sua área de implantação.
96. Foi adjudicado um lote a cada visada, correspondente à área geográfica de implantação física e à área "natural" em que historicamente as empresas consorciadas foram operando.
97. As empresas Fergrupo, Futrifer, Mota-Engil e Somafel ganharam, cada uma, o lote equivalente ao lote em que vinham operando dentro do CEMAV, na sequência das adjudicações e ajustes diretos anteriores.
98. A Neopul ganhou pela primeira vez um lote que também correspondia à sua área geográfica de implantação física.
99. O desfecho do concurso coincide parcialmente com uma nota pessoal manuscrita pelo Administrador da Neopul 4 meses antes (15 de julho de 2015), quando ainda era desconhecido o lançamento do Concurso III.
100. A nota terá sido manuscrita durante a fase de apresentação de propostas ao Concurso II.
101. A nota manuscrita não era conhecida das demais visadas.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

102. O objetivo das reuniões era alargar o CEMAV (às áreas geográficas em que atuava a Neopul).
103. Não existe qualquer prova de contactos ou reuniões entre as empresas visadas após o lançamento do Concurso III e carregamento no Portal Base de um esclarecimento prestado pela IP afirmando que neste concurso não poderia haver propostas em agrupamento.
104. O Concurso III não admitia propostas em agrupamento e, nessa medida, as empresas que integravam o CEMAV não voltaram a reunir.
105. Não há qualquer meio de prova que demonstre a existência de contactos, reuniões ou de um plano de ação comum e consenso quanto a uma estratégia de fixação de preços e consequente repartição de mercados para o Concurso III.
106. A AdC reconhece que estabelece uma presunção de infração: na medida em que o desfecho do Concurso III coincide parcialmente com alguns cenários manuscritos a título pessoal pelo administrador da Neopul 4 meses antes (e coincide de resto com a alocação histórica daqueles lotes dentro do CEMAV e de acordo com as respetivas áreas de implantação física das consorciadas), existiria necessariamente um cartel.
107. A Fergrupo não poderia ter sido condenada por presunção.
108. Ou há prova de um plano de ação comum para fixação de preços e repartição de lotes no Concurso III ou não há; e neste caso não há, como assume a AdC.
109. Como a própria IP evidencia, o Concurso III era igual ao anterior, prevendo cinco lotes para as únicas cinco empresas convidadas a apresentar proposta; as empresas consorciadas sempre trabalharam nos lotes que viriam a ser adjudicados por corresponderem à área onde detinham o seu estaleiro.
110. O ligeiro aumento do preço base permitia às empresas apresentar propostas acima dos custos e sem incorrer em prejuízos.
111. Não existia nenhuma razão para estas empresas apresentarem propostas diferentes face ao histórico público e conhecido de todas.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

112. Não existe qualquer meio de prova que demonstre ou sequer indicie a existência de contactos e de um plano de ação comum para uma combinação de preços e repartição de mercado no Concurso III.
113. Apenas existe a presunção de que a coincidência parcial do resultado com um apontamento pessoal manuscrito meses antes configura prova de um cartel e que a infração é a única explicação possível para o resultado.
114. A existência ou inexistência das infrações em causa depende apenas da prova produzida, não se podendo condenar por presunção ou conveniência.
115. Acresce que a AdC não se pronunciou nem valorou os vários documentos justificativos apresentados pela Recorrente e demais visadas junto da Entidade Adjudicante evidenciado a desadequação das condições contratuais, ou os argumentos apresentados em sede de resposta à Nota de Ilicitude.
116. A AdC falhou na prova de que os preços base estabelecidos pela IP aumentaram (o facto é que diminuíram face aos concursos anteriores, não tendo sequer havido revisão de preços).
117. Resulta da análise detalhada dos elementos probatórios utilizados para imputar a infração à Recorrente, que a prova presente nos autos não permite em cenário algum caracterizar as práticas investigadas como tendo por objeto ou efeito uma restrição da concorrência, nomeadamente um acordo para fixação do nível de preços e/ou repartição do mercado.
118. A AdC determinou que, *in casu*, não seria necessária uma delimitação prévia e exacta do mercado relevante, na medida em que em causa está uma infração por objeto.
119. Foi também com base nas quotas de mercado das visadas que a AdC concluiu pela verificação de alguns dos elementos do tipo da infração, como seja o carácter sensível da restrição da concorrência, a afetação do comércio entre Estados-Membros ou o facto de as empresas serem concorrentes entre si.
120. Inexistindo prova concreta de um acordo proibido e apresentando o mercado características muito particulares, impunha-se naturalmente uma definição completa

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

do mercado relevante para, pelo menos, identificar a qualidade de concorrente, que é intrínseca às infrações em causa.

121. Acresce que, independentemente da definição dos mercados adotada na Decisão, a verdade é que a AdC não procedeu nem a uma análise concreta do modo de funcionamento do mercado em causa, nem a uma análise do impacto que a alegada infração terá tido no mesmo, ainda que perfunctória.
122. Se a AdC tivesse realizado tais análises e tivesse tido em conta o contexto económico e jurídico da alegada infração, como de resto a jurisprudência do Tribunal de Justiça impõe, teria certamente concluído que o mercado identificado apresenta características particulares que deveriam ter sido consideradas na Decisão.
123. Na medida em que não há sequer prova efetiva e inequívoca de um acordo proibido, sempre se exigiria mais para aferir da existência ou inexistência de uma infração e do seu impacto.
124. A AdC nada fez, tendo-se refugiado no conceito cómodo, mas insuficiente, de infração pelo objeto.
125. Ao não considerar o contexto económico e jurídico da infração, como de resto a jurisprudência mais recente do TJUE impõe, a AdC incorre num vício de análise que se traduz na clara falta de fundamentação da decisão e num erro grosseiro sobre os pressupostos de facto e de direito.
126. Não existe prova nos autos que sustente que as visadas acordaram apresentar propostas acima do preço contratual máximo; acordaram abster-se de apresentar propostas; decidiram sobre a coordenação do seu comportamento ou que as propostas foram elaboradas em colusão.
127. Não basta que os indícios se adequem, ainda que remotamente, a uma qualquer teoria de infração; não havendo prova do acordo, como no presente caso, tem que se demonstrar obrigatoriamente que esses indícios correspondem a uma realidade que só poderia resultar de um acordo proibido, não admitindo outra explicação.
128. A prova de uma prática de cartel não pode fazer-se, nem se fará, seguramente por presunção.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

129. Para a AdC bastaria que o resultado de um concurso realizado em novembro, desconhecido em julho, fosse convergente com um cenário equacionado, a título pessoal, numa nota manuscrita meses antes por um administrador da Neopul no quadro da eventual integração de um consórcio (de resto em linha com a alocação história dos lotes, totalmente transparente no mercado e conhecida da própria IP).
130. Não é este o crivo legal. Qualquer empresa poderia assim ser facilmente condenada por presunção, pela aparência, pela coincidência ou pelo simples facto de operar num mercado concentrado e transparente, em que que cada operador (e a IP) sabe exatamente qual o comportamento esperado do seu concorrente.
131. Não existe qualquer possibilidade (juridicamente válida) de a AdC concluir, desta forma ligeira, que a Fergrupo participou de forma voluntária e consciente, enquanto membro do consórcio CEMAV, num acordo restritivo da concorrência.
132. Pelo contrário, existe prova abundante nos autos que demonstra a inexistência de um plano de ação comum ou de acordo entre visadas.
133. Não existe nos autos qualquer meio de prova que permita revelar, ainda que de forma ténue, o conteúdo e objeto dos contactos ou reuniões entre o CEMAV e a Neopul no âmbito do Concurso I.
134. Não existiu acordo, uma vez que a Neopul não integrou o consórcio; o CEMAV apresentou propostas para dois lotes e a Neopul apenas para um; as propostas tinham preços e características diferentes.
135. As propostas não foram aceites e a IP decidiu celebrar um novo contrato por ajuste direto com o CEMAV por um período de 12 meses, contado a partir de 1.1.2015.
136. A Neopul não obteve qualquer benefício com este concurso e também não foi subcontratada pelo CEMAV.
137. Os preços cobrados à IP pelo CEMAV não aumentaram.
138. Não existe nos autos qualquer meio de prova que permita revelar, ainda que de forma ténue, o conteúdo e objeto desses contactos ou reuniões no contexto do Concurso II.
139. Também no âmbito deste Concurso II não existiu acordo: a Neopul não integrou o consórcio; o CEMAV apresentou propostas para os 5 lotes e a Neopul não se

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

apresentou a concurso (invocando junto da IP que o preço base não permitia cobrir o custo da operação).

140. A proposta do CEMAV ficou acima do preço base e a IP decidiu revogar a decisão de contratar, mantendo-se o CEMAV a prestar serviços ao abrigo do contrato anterior.
141. A Neopul não obteve qualquer benefício com este concurso e também não foi subcontratada pelo CEMAV.
142. Os preços cobrados à IP pelo CEMAV não aumentaram.
143. O preço-base definido pela IP não era suficiente para cobrir os custos da operação nos termos definidos nos respetivos cadernos de encargos e/ou realizar a operação com o mínimo de lucro.
144. As visadas procederam à junção de documentos justificativos dos preços, tiveram reuniões com a Entidade adjudicante e demonstraram a falta de razoabilidade das condições contratuais propostas.
145. Para efeitos do Concurso III não existe qualquer meio de prova nos autos que revele contactos ou reuniões entre as empresas visadas depois de prestado o esclarecimento pela IP de que este concurso não admitia a apresentação de propostas por agrupamentos.
146. As empresas não reuniram.
147. As empresas apresentaram propostas com preços e características diferentes para lotes diferentes, de acordo com a sua área de implantação e exploração "natural" (mais próxima do estaleiro físico).
148. Perante as condições do concurso, a Recorrente (tal como as demais empresas consorciadas) apenas estava em condições de apresentar proposta válida na área onde leva a cabo a execução dos demais serviços.
149. A AdC utiliza um documento descontextualizado (a referida nota manuscrita elaborada na sequência da reunião de 15.07.2015) para comprovar factos incertos (existência de um acordo para repartição de mercados de um concurso que não existia) e que as partes desconheciam à data da sua elaboração (assim como

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

naturalmente desconheciam quais as regras específicas de um hipotético procedimento concursal – que neste caso, até foram distintas das regras definidas em anteriores concursos).

150. Afirmar-se que o desfecho de um concurso coincide parcialmente com um cenário equacionado numa nota manuscrita meses antes não equivale a provar que cinco empresas se reuniram em determinada data e que nessa reunião discutiram e decidiram combinar os preços a apresentar ao concurso.
151. Nos casos em que se observe um paralelismo de comportamento deve conseguir provar-se que as condições de concorrência observadas não correspondem à mera adaptação inteligente dos operadores ao comportamento conhecido ou esperado dos concorrentes e às normais condições de funcionamento de determinado mercado.
152. O mercado era totalmente transparente para as cinco empresas visadas, sendo certo que as visadas consorciados apresentavam já um histórico de operação em determinados lotes ou áreas.
153. No Concurso III, a IP apenas convidou as cinco visadas para apresentação de propostas a 5 lotes, claramente coincidentes com a cinco áreas de atuação preferencial de cada uma. Parece evidente que a própria IP esperaria e consideraria este desfecho normal – não tendo suscitado, à luz do Código de Contratos Públicos, qualquer questão relacionada com a licitude da conduta das visadas.
154. Elementos probatórios demonstrativos da existência de contactos/negociações entre empresas consorciadas e a Neopul para esta última integrar também o consórcio CEMAV não equivalem ou permitem presumir um acordo e plano de ação comum para aumento do preço contratual máximo estabelecido pela IP.
155. Os elementos de prova constantes dos autos não são suficientes, precisos e consistentes para a AdC concluir pela existência de um plano de ação comum para alcançar um acordo de repartição do mercado no âmbito da prestação de serviços de MAV.
156. Não existe uma ata, email ou documento trocado entre as visadas a combinar preços ou qualquer outra estratégia.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

157. A Recorrente não participou em qualquer acordo de repartição do mercado e de fixação dos preços da prestação de serviços de MAV nos termos dos artigos 9.º da LdC e 101.º, 1, do TFUE.
158. Subsidiariamente, sem conceder, se os factos em causa se considerassem provados, sempre seria de considerar uma única infração e não duas.
159. Para efeitos de determinação dos elementos do tipo, o resultado (a não adjudicação e eventual aumento do preçom, num caso, e no outro a efetiva repartição de lotes) é manifestamente irrelevante.
160. Apenas se exigiria a demonstração de que existiu um plano de ação comum para combinar os preços das propostas a apresentar a cada concurso.
161. O tipo preenche-se no momento em que se observa a verificação dos vários elementos do tipo (nomeadamente o acordo de vontades), sendo irrelevante para esse efeito a forma de execução do acordo. Ou seja, para efeitos das infrações propostas pela AdC apenas importaria determinar, no que respeita ao tipo objetivo, se as empresas acordaram ou não coordenar-se para apresentar propostas aos concursos oferecendo determinados preços; já o impacto desse acordo apenas relevaria para efeitos de análise da gravidade do acordo e a maior ou menor execução por cada visada para efeitos do tipo subjetivo.
162. O alegado acordo também não era suscetível de eliminar a concorrência naquele mercado relevante específico porque esta não se teria processado de outra forma. Consequentemente, não houve nem nunca poderia ter chegado a haver qualquer impacto restritivo no mercado.
163. O Sistema de Qualificação esteve sempre em aberto, até caducar por causa unicamente imputável à IP, não tendo aparecido mais nenhuma candidatura durante todos os anos dos concursos em causa.
164. Mesmo no cenário hipotético em que as empresas concorriam isoladamente, com toda a probabilidade, o resultado alcançado seria o mesmo, ou seja, as empresas ou deixariam os concursos desertos ou apresentariam propostas acima do Preço-Base (e

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

respetiva justificação) dada a desadequação e insuficiência do Preço-Base para custear as operações.

165. A AdC não justifica a qualificação do ilícito que imputa às visadas como uma infração por objeto, limitando-se a fazer uma interpretação muito simplista do conceito e aplicando-o, sem mais, ao caso em apreço.
166. A AdC deveria ter realizado um juízo de probabilidade de efeitos restritivos com vista a determinar se a infração poderia ser proibida por objeto – i.e., interpretação restritiva das infrações por objeto.
167. São infrações ao direito da concorrência "por objeto" aquelas que pela sua própria natureza têm o potencial de restringir a concorrência nos termos do artigo 101.º do TFUE e artigo 9.º da LdC (parágrafo 24 das Orientações Horizontais). Só um conjunto relativamente pequeno de acordos restringem a concorrência por objeto.
168. O conceito de infração por objeto exige uma interpretação restritiva, daqui resultando que do teor e finalidade da prática em causa, bem como do contexto económico e jurídico em que a mesma se insere, se tenha nitidamente de retirar uma pretensão anticoncorrencial.
169. O contexto económico e jurídico encontra-se descrito pela Recorrente de forma exaustiva e permite concluir que o preço base dos Concursos I e II vinha a baixar significativamente face aos procedimentos anteriores, que já tinham refletido uma redução, enquanto se mantinham as exigências em termos de serviços prestados.
170. As empresas visadas quereriam ter apresentado uma proposta sob a forma de consórcio (CEMAV); não sendo admitida essa possibilidade e face ao ligeiro aumento do preço base, que permitia cobrir os custos de operação, as empresas apresentaram propostas individuais, determinadas de forma autónoma e independente por cada uma.
171. As empresas visadas não poderiam ter apresentado propostas diferentes das que efetivamente apresentaram, na exata medida em que o preço base (mesmo no Concurso III) não permitia que cada empresa pudesse concorrer senão ao lote

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

"natural" e a lotes contíguos, de acordo com a área de implantação geográfica, sob pena de o preço base não cobrir sequer os custos incorridos.

172. A prática em análise nos presentes autos (cristalinamente lícita) não provocou qualquer efeito nocivo no mercado – os preços não aumentaram e, mais importante, foi sempre garantida a prestação de serviços de manutenção, essenciais para a segurança ferroviária.
173. A AdC não poderia ter concluído que as alegadas infrações em causa devem ser consideradas infrações por objeto.
174. O artigo 9.º, n.º 1 da LdC aplica-se a acordos que tenham por objeto ou efeito, impedir, falsear ou restringir a concorrência desde que haja uma restrição sensível da concorrência de forma sensível no todo ou em parte do território nacional.
175. Os acordos que não sejam suscetíveis de restringir de forma considerável a concorrência, por apenas afetarem o mercado de modo insignificante, não se enquadram no âmbito de aplicação do artigo 9.º da LdC, nem no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE.
176. No ponto 793 da Decisão, a AdC, uma vez mais, lança mão de uma suposta presunção de que se os acordos tiverem um objeto anticoncorrencial, os mesmos se presumem não negligenciáveis, esquecendo-se, porém, que tem de demonstrar o "caráter sensível" para poder subsumir a conduta ao tipo contraordenacional em causa.
177. Quanto à contextualização dos comportamentos da Fergrupo e das demais empresas visadas, bem como aos argumentos apresentados pela Recorrente relativamente ao carácter não sensível dos alegados acordos, a AdC nada disse, analisou ou valorou.
178. No caso vertente, aplicando uma lógica puramente aritmética (mas ainda assim que considera as circunstâncias concretas dos procedimentos em causa), tendo em conta os volumes adjudicados anualmente pela IP e os volumes adjudicados nestes concursos, não se vislumbra como podem ter estes contratos um caráter sensível, devido ao seu diminuto valor.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

179. Como ficou demonstrado durante a Instrução e em sede de diligências complementares de prova, os comportamentos das visadas ocorreram num contexto económico específico – que resultou na apresentação pela Entidade Adjudicante de condições contratuais desajustadas face à prestação dos serviços a realizar pelas empresas – e de estreita relação de parceria e resposta aos objetivos estratégicos da Entidade Adjudicante, bem como da necessidade de manutenção das melhores condições e do bom estado de utilização da ferrovia nacional.
180. Ficou por demonstrar que os alegados acordos celebrados entre as visadas continham restrições da concorrência de natureza grave.
181. É manifesto que não pode a AdC dar por preenchido, sem mais, o pressuposto de que a restrição tem um caráter sensível, ao contrário do que impõe o artigo 9.º, n.º 1 da LdC e o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE.
182. A AdC não logrou fazer prova dos três elementos fundamentais do requisito que determina a aplicação do direito da União Europeia, que são (i) o conceito de comércio entre Estados-Membros; (ii) a noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros; e (iii) o conceito de carácter sensível.
183. A AdC não procurou caracterizar a existência do impacto mínimo nas atividades económicas transfronteiriças entre pelo menos dois Estados-Membros, tendo-se bastado com uma simples referência ao facto de que *"os acordos objeto do presente processo abrangem a totalidade do território de Portugal continental* […] *e os agentes económicos envolvidos, à data dos factos, representavam a totalidade do mercado, pertencendo a grandes grupos de empresas com dimensão internacional e presença noutros Estados-Membros"*.
184. Tendo em conta que a configuração dos concursos lançados pela IP envolveram sempre a totalidade do território continental (ainda que partido em lotes por área geográfica) e eram dirigidos às únicas cinco empresas a operar, nunca poderia o argumento alegado pela AdC ser contrariado.
185. A AdC deveria ter demonstrado a afetação do comércio entre os Estados-Membros – algo que nem sequer tentou fazer.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

186. O requisito de comércio entre Estados-Membros não se encontra preenchido, ficando totalmente afastada a possibilidade de aplicação do artigo 101.º do TFUE.
187. O mesmo se diga quanto ao segundo requisito de suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros, que apenas se considerará preenchido quando for possível prever, com um suficiente grau de probabilidade, com base num conjunto de fatores objetivos de direito e de facto, que o acordo poderá ter uma influência direta ou indireta, efetiva ou potencial, na estrutura concorrencial da União Europeia.
188. Quanto à natureza do serviço, importa referir que a sua prestação era necessariamente nacional (e de âmbito regional), realizada a um único cliente, localizado em Portugal.
189. Relativamente à existência de barreiras, é essencial ter em conta que esse cliente, primeiro a REFER e depois a IP, decidia a forma de contratar o serviço.
190. Não existiam condições para que empresas que não estivessem já a operar em Portugal se apresentassem a concurso.
191. Apenas foram lançados um primeiro anúncio, em 2013, e um segundo anúncio, em 2014, momento em que a visada Neopul concretizou a sua candidatura ao Sistema de Qualificação.
192. O que indicia que o Sistema de Qualificação não era mais abrangente que o nacional, e que não havia, portanto, comércio entre Estados-Membros nesta aceção.
193. Tal conclusão é reforçada pelo facto de, após 2014, não ter sido lançado mais nenhum anúncio para a integração de novas entidades no Sistema de Qualificação.
194. À luz do exposto, conclui-se que a oferta no mercado da prestação de serviços para a manutenção de aparelhos de via era limitada ao território nacional.
195. A posição de mercado das empresas figurou como o principal sustento das conclusões da AdC quanto ao caráter sensível da afetação.
196. A AdC não formulou a fundamentação necessária para concluir que foi observada uma restrição sensível da concorrência, condição *sine qua non* da aplicabilidade do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

197. A AdC não cumpriu as exigências do ónus da prova ou do nível de prova que lhe incumbia, sendo que só dessa forma obedeceria ao princípio *in dubio pro reo*.
198. A AdC construiu o seu caso com base em elementos de prova que no seu conjunto, como vimos, não são suficientes para demonstrar o alegado acordo e, na verdade, têm uma explicação alternativa lícita e consistente.
199. A AdC não provou, de facto, ter havido fixação de preços e/ou repartição do mercado.
200. A prova que incumbe à AdC não pode ser qualquer prova, mas sim prova de um nível suficiente para estabelecer – para além de uma dúvida razoável – que a infração foi efetivamente cometida.
201. Acusações com consequências bastante gravosas para as empresas visadas, têm necessariamente de ser alicerçadas na mais concreta prova, sob pena de violação grosseira do princípio da *presunção de inocência*, que encontra assento constitucional no artigo 32.º, n.º 2 da CRP, no artigo 6.º da CEDH, e constitui um princípio geral de direito da União Europeia.
202. No presente caso, a AdC limitou-se a *olhar apenas para um lado da história*, sem admitir que pudesse existir uma explicação lógica, aliás, a única possível.
203. Os alegados acordos não podem dar-se como provados.
204. Sem conceder, jamais a Recorrente representou a possibilidade de estar a violar o direito da concorrência.
205. Contrariamente ao sustentado pela AdC, não existe nenhuma evidência nos autos de que a Recorrente tivesse atuado com dolo, nem tão-pouco com negligência. Muito pelo contrário.
206. O pedido do Recorrente Eng.º [redacted] no sentido de apagar determinadas mensagens de correio eletrónico nada tem que ver com um putativo conhecimento e representação da prática de um ilícito concorrencial.
207. Nenhuma das mensagens contém ou revela qualquer acordo restritivo para efeitos do artigo 9.º da Lei da Concorrência (antes correspondendo a agendamentos de reuniões no contexto do CEMAV e que poderiam ou não em determinados momentos incluir a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Neopul, nada revelando sobre o respetivo conteúdo e, muito menos, sobre um acordo para fixação de preços ou repartição de mercado).

208. A verdadeira justificação para tal pedido é plenamente lícita: não sendo a possibilidade de a Neopul participar no consórcio conhecida de todos os respetivos colaboradores, aquele visado pretendia que houvesse cautela na transmissão da mensagem, num momento embrionário, em que as empresas ainda se encontravam a preparar a proposta no âmbito do CEMAV.
209. Este pedido prendeu-se com questões de sensibilidade negocial e não com qualquer propósito de esconder qualquer prática ilícita.
210. Não obstante, nunca seria aquele pedido do Recorrente [redacted] a fazer prova de dolo – leia-se, a intenção consciente e voluntária de cinco empresas para se encontrarem e combinarem quais os preços concretos a apresentar em concursos da IP de forma a viciar os resultados.
211. O comportamento dos Recorrentes revelou um enorme sentido de responsabilidade, procurando encontrar uma solução operacional que permitisse a manutenção dos AMV, em claro benefício do transporte de passageiros e de mercadorias, e com um custo contratual bastante mais baixo do requerido para a prestação exigida, indo ao encontro da expectativa da REFER/IP, que pretendia reduzir o investimento neste tipo de prestações de serviços.
212. A título subsidiário, e sem conceder, caso se entendesse por mera hipótese de raciocínio que teria existido um acordo restritivo no qual a Fergrupo teria participado com culpa, sempre a conduta em causa teria de ser sancionada apenas a título de negligência inconsciente, nos termos e para os efeitos do previsto no artigo 8.º, n.º 3 do RGCO, aplicável *ex vi* do artigo 13.º da LdC.
213. Não se fazem sentir quaisquer exigências de prevenção.
214. Quanto às exigências de prevenção especial negativa, se, como ficou demonstrado, a Recorrente não praticou, ou, pelo menos, não praticou dolosamente, a infração imputada, não se podem ter por verificadas tais exigências.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

215. Quanto às exigências de prevenção geral negativa, ainda que as mesmas se verificassem – o que apenas se concebe por mero benefício de raciocínio – jamais poderiam ser satisfeitas mediante a condenação da Recorrente, sob pena de violação do princípio da culpa.
216. Tendo a Recorrente agido sem culpa, e não podendo haver, em caso algum, sanção sem culpa ou acima da culpa, não pode a Recorrente ser sancionada por razões exclusivamente relacionadas com os fins de prevenção geral das coimas.
217. Sem conceder em relação à inexistência das infrações descritas da Decisão, a Fergrupo entende que nenhuma coima lhe deverá ser aplicada.
218. No entanto, a AdC entende que poderá aplicar uma coima à Fergrupo até 20% do seu volume de negócios, afirmando a aplicação das suas Linhas de Orientação sobre a Metodologia a utilizar na Aplicação de Coimas, adotadas pela AdC em 7 de agosto de 2012 ("Linhas de Orientação sobre Coimas"), nas quais propõe o enquadramento da coima concreta no volume de negócios relacionado com a infração (n.º 4 das Linhas de Orientação sobre Coimas).
219. A AdC entendeu justificar-se a aplicação de uma coima no valor de € 870.000 (oitocentos e setenta mil euros), correspondendo a 6% (seis por cento) do seu volume de negócios, e à soma de € 503.000 (quinhentos e três mil euros) pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015 e, € 367.000 (trezentos e sessenta e sete mil euros) pela infração alegadamente cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015.
220. Como já referido, no termo da fase inquérito, a Fergrupo acedeu ao convite da AdC para participar em negociações de uma eventual transação.
221. Em sede de conversações de transação, e na minuta de transação, a AdC fixou o montante total da coima em € 472.000, já incluindo 10% de redução em função dos ganhos de eficiência resultantes de uma transação.
222. O artigo 27.º, n.º 3 da LdC afirma expressamente que a minuta de transação contém os termos da transação "*incluindo as sanções concretamente aplicadas e a percentagem da redução da coima*". Ou seja, a LdC limita a AdC quanto à

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

possibilidade de aumentar a coima concretamente aplicada para além da percentagem de redução da coima indicada na minuta de transação.

223. Ou seja, trata-se efetivamente de uma redução face à coima que seria aplicada àquela infração na ausência de transação.
224. Neste sentido, estranha-se necessariamente a quase duplicação do montante da coima na sequência da não adesão da Fergrupo à minuta de transação proposta (por se entender que não reproduzia os factos e o direito aplicável).
225. A Recorrente nunca poderia ver a sua coima drasticamente agravada apenas por ter exercido o seu direito de não aderir à transação e continuar a pugnar pela inexistência de qualquer infração.
226. O montante proposto pela AdC em sede de procedimento de transação a Fergrupo considera que o mesmo era demasiado elevado, não apenas em função dos argumentos acima referidos que constituem evidência da desnecessidade de aplicação de uma coima elevada.
227. Tendo em conta os princípios da igualdade e da proporcionalidade, em comparação com a coima concretamente aplicada à Neopul (€ 360.000), que correspondeu a cerca de 3% do volume de negócios desta empresa, à coima proposta à Somafel (idêntica à proposta à Fergrupo), que corresponde a cerca de 2,5% do volume de negócios desta empresa e à coima aplicada à Mota-Engil (€ 900.000), que correspondeu a cerca de 0,3% do volume de negócios desta empresa.
228. Qualquer uma das visadas desenvolve atividade em mercados mais abrangentes do que a Fergrupo, sendo certo que de acordo com as Linhas de Orientação sobre Coimas a AdC "*pode reduzir o montante da coima calculado com base no volume de negócios relacionado com a infração tendo em conta o facto de o visado pelo processo desenvolver o essencial da sua atividade no mercado afetado pela infração, garantindo, desse modo, a proporcionalidade da coima a aplicar*".
229. Qualquer eventual coima que pudesse ser aplicada à Recorrente sempre teria de situar-se bastante abaixo destes valores.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

230. A discricionariedade da Autoridade está balizada pelos critérios definidos no artigo 69.º da LdC e no n.º 10 das Linhas de Orientação sobre Coimas.
231. Deveriam ter sido avaliados pela AdC outros factores para além dos quatro referidos na Decisão, e mesmo estes quatro deveriam ter sido densificados e enquadrados.
232. A existir qualquer infração – o que não se concede – sempre terá muito menor gravidade do que a atribuída pela AdC.
233. Os preços dos concursos não aumentaram face aos Concursos 0 e -1. Pelo contrário, mostraram-se abaixo destes.
234. A coima definida pela AdC pressupõe a verificação de um aumento do nível de preços dos concursos, não tendo este acontecido, tal como acima foi amplamente demonstrado.
235. Não houve repartição de mercado porque a Fergrupo apenas poderia ter apresentado uma proposta válida ao lote onde poderia beneficiar de alguma sinergia por já se encontrar implantada nessa área geográfica, sob pena de a operação não ser minimamente rentável.
236. Também não foram afastados quaisquer concorrentes na medida em que enquanto durou o Sistema de Qualificação não houve mais empresas a manifestarem-se interessadas em prestar os serviços em causa.
237. Apesar de deixar uma delimitação prévia e exata do mercado relevante em aberto, a AdC tem no processo elementos para verificar que não estamos perante um mercado afetado de grandes proporções, desde logo porque identifica, "*para efeitos da presente Decisão, o mercado dos serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental"* (cf. parágrafo 703 da Decisão).
238. Na NI a AdC apresentou um total de volume de negócios das empresas visadas para o quadriénio 2014-2017 – sem conceder quanto à consideração deste montante como o correspondente ao mercado afetado, em virtude da posição adotada quanto à inexistência de infrações ou a sua duração – de apenas € 12.534.337.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

239. A diminuta dimensão do mercado afetado é um fator a ter em conta para a determinação do montante da coima, nos termos do artigo 69.º da LdC e dos n.ºs 10 e 26 das Linhas de Orientação sobre Coimas.
240. As alegadas infrações tiveram uma duração curtíssima.
241. A alegada primeira infração, segundo a AdC, terá tido lugar entre o último trimestre de 2014 e o dia 22 de setembro de 2015. Ou seja, terá perdurado por um máximo de 12 meses.
242. Quanto à alegada segunda infração, uma duração ainda mais curta, estendendo-se desde novembro de 2015 – que só pode ser 18 de novembro de 2015 – até ao dia 1 de dezembro de 2015. Ou seja, terá tido a duração de 12 dias.
243. De acordo com o artigo 69.º, n.º 1 da Lei da Concorrência, quer, inclusivamente, com o parágrafo n.º 10, alínea c), das Linhas de Orientação sobre Coimas, a duração da infração corresponde a um dos critérios a considerar na determinação da medida da coima.
244. Aplicando o imperativo previsto no parágrafo 28 das Linhas de Orientação, que refere que os períodos de duração superior a seis meses e inferiores a doze meses serão contados como um ano completo, a duração total das duas infrações ascenderá, no máximo, a um ano.
245. A AdC não quantificou nem tão-pouco identificou quaisquer vantagens para a Recorrente em consequência da prática da infração.
246. Os contratos de manutenção de AMV não eram economicamente favoráveis para a Fergrupo, não tendo esta contribuído para a subida do preço (que não existiu), mas sim tendo concorrido validamente ao lote onde naturalmente apresentaria a sua proposta de forma a beneficiar das sinergias com os contratos de via e catenária, pelo que a Visada Fergurpo não obteve quaisquer vantagens em consequência de alegadas infrações.
247. Cumpre ainda considerar a total ausência de dano para a IP e/ou para os consumidores.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

248. Nas Linhas de Orientação sobre Coimas refere-se que "*a Autoridade da* Concorrência *considera também as circunstâncias atenuantes, designadamente: (i) o facto de o comportamento anticoncorrencial ter sido autorizado ou incentivado por entidades públicas ou regulamentação*" (n.º 33).
249. No cenário hipotético em que se considerasse provada a infração, a referida circunstância atenuante encontrar-se-ia verificada no presente caso.
250. A REFER/IP constitui uma entidade pública,
251. Sendo certo que a REFER/IP não só teve conhecimento da atuação das visadas, como autorizou e incentivou a mesma.
252. Até ao lançamento do Concurso n.º 5010023098, as visadas Fergrupo, Mota-Engil, Somafel e Futrifer sempre concorreram em agrupamento, pelo que em caso algum a REFER/IP desconhecia a articulação operacional entre as empresas.
253. A REFER/IP sempre efetuou muita pressão para que as visadas, ainda enquanto Consórcio CEMAV, garantissem a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via.
254. A própria IP promovia o contacto entre todas as visadas (bastando recordar que no dia das buscas realizadas pela AdC estava agendada uma reunião na IP com todas as visadas, como de resto consta dos autos).
255. A IP implementou um Sistema de Qualificação aberto mas ao qual nunca se apresentou qualquer empresa para além das visadas; pense-se ainda, olhando por exemplo para o Concurso III, que a IP apenas convidou as 5 empresas visadas a apresentar propostas, organizando o concurso em 5 lotes, correspondentes precisamente às áreas geográficas em que cada empresa vinha atuando ou tinha melhores condições para atuar (face ao histórico anterior).
256. A IP nunca questionou a atuação das empresas ou duvidou das suas intenções, antes continuando a promover a contratação dos seus serviços.
257. Caso fosse intenção da IP excluir candidaturas de agrupamentos para o futuro ou caso considerasse que a atuação destas empresas poderia ter sido ilícita, a sua conduta subsequente não deixaria de ser no mínimo contraditória, na medida em que

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

continuou a proceder a uma pluralidade de ajustes diretos ao consórcio CEMAV a partir do início de 2016.

258. As empresas visadas sempre estiveram significativamente limitadas pelas condições impostas pela REFER/IP.
259. Qualquer decisão de contratação está sujeita a um criterioso escrutínio das condições contratuais que lhe estão subjacentes, pelo que não se poderá afirmar que algum dos concursos ou ajustes diretos executados não tiveram a aprovação da REFER/IP.
260. A natureza do mercado e dos seus agentes demonstra, neste caso, que a contratação das empresas visadas não poderia ser feita de outro modo, motivo pelo qual a suspeita de atuação anticoncorrencial nunca ter merecido uma denúncia ou originado qualquer atuação concreta por parte da IP.
261. Ainda que se conclua pela existência de uma prática restritiva, jamais poderá ser desconsiderado o facto de sempre ter existido um incentivo por parte da IP à contratação nos termos em que esta efetivamente ocorreu.
262. Encontram-se integralmente verificadas as condições atenuantes admitidas pela AdC e Comissão, nas suas linhas de orientação para o cálculo de coimas.
263. Não existe justificação para a aplicação das sanções acessórias previstas no artigo 71.º, n.º 1 da LdC, tal como referido anteriormente.
264. Entende a AdC que a aplicação da sanção acessória justificar-se-ia pelo *"elevado desvalor da conduta das visadas objeto do presente processo, bem como pela manifesta insensibilidade das mesmas face às regras de concorrência"*.
265. Justifica a AdC a aplicação da referida sanção com a elevada gravidade e censurabilidade dos alegados *"dois acordos horizontais de tipo «cartel»"*.
266. A Recorrente não *"[viciou] o regime legal aplicável aos concursos públicos"* ou recorreu a uma alegada *"estratégia alternativa, e ilícita, para restringir a concorrência"*; não praticou qualquer ilícito.
267. A AdC não ponderou de forma adequada os factos, justificações e contexto económico apresentado pela Recorrente aquando da pronúncia à Nota de Ilicitude. Tais factos contextualizam e enquadram devidamente os comportamentos das

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

visadas, demonstrando-se a inexistência da infração e mais se revelando que a conduta da Fergrupo nunca poderia ser merecedora de especial censura.

268. A Decisão é omissa quanto aos factos e/ou comportamentos que, no entender da Autoridade, foram reveladores de *"manifesta insensibilidade"* da aqui Recorrente e que, segundo aquela, devem justificar e fundamentar a aplicação da sanção acessória em análise.

269. A atuação da Recorrente à data dos factos encontra-se amplamente descrita e justificada.

270. A Recorrente colaborou sempre de forma proactiva com Autoridade durante a fase de inquérito e de instrução, nomeadamente em sede de procedimento de transação, produzindo e fornecendo elementos adicionais à AdC para enquadramento e contextualização dos alegados comportamentos, reunindo com a equipa de instrutores e respetivo Conselho de Administração para contribuir para a melhor decisão do caso.

271. Estranha-se que a Autoridade qualifique a atitude da ora Recorrente como revelando *"manifesta insensibilidade"*.

272. A falta de fundamento e cabimento legal para aplicação da sanção acessória é ainda mais notória quando se analisam as conclusões proferidas pela AdC em sede de procedimento de transação quanto à *"desnecessidade de aplicação das sanções acessórias".*

273. Apesar de a AdC considerar que existiam duas infrações, não deixou de refletir na minuta de Transação proposta à Fergrupo que seria *"desnecessária"* a aplicação da sanção acessória de privação de participação em concursos face às "*circunstâncias do caso concreto"*.

274. Naquele momento, e estando a AdC preparada para condenar a Fergrupo pela prática das mesmas duas infrações que agora se discutem, não deixou de manifestar de forma expressa que inexistiam razões para a aplicação da sanção acessória; as circunstâncias concretas do caso (factos e comportamento da Visada) não

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

justificariam, tornando-a desnecessária, tal sanção acessória de privação de participação em concursos.

275. A Decisão não revela que factos ou informações novas poderiam ter resultado da instrução que justificassem a quase duplicação da coima e, agora também, a aplicação da sanção acessória de privação de participação em concursos.

276. Não parece possível fundamentar e/ou encontrar base fática e probatória que corrobore a tese da "*manifesta insensibilidade"* da Recorrente perante as regras de concorrência; e tal não consta da Decisão.

277. A Decisão reproduz na totalidade a análise fática e jurídica que já se encontrava vertida na NI e na Minuta de Transação; nessa medida, e na ausência de dados novos, a AdC não podia, sem mais, alterar a valoração da conduta da Recorrente, agravando de forma substancial o quadro sancionatório.

278. Faz-se mister que à Recorrente não seja aplicada nenhuma sanção acessória, sob pena de violação dos princípios da proporcionalidade, da igualdade, da confiança-legítima e da boa fé, previstos nos artigos do artigo 13.º, 18.º e 266.º, n.º 2 da CRP.

279. A AdC entendeu que *"a alegada solução encontrada pelo visado* [redacted] *para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, vi larga* […] *configura uma prática proibida, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, bem como do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE"*.

280. O Recorrente [redacted] não praticou qualquer infração.

281. Não se pronunciando sobre o enquadramento económico, justificações e considerações apresentadas relativamente ao Eng. [redacted], a AdC refere que *"os argumentos da exclusão da ilicitude ou da culpa que é imputada ao visado* [redacted] […] *não podem ser acolhidos"*.

282. O comportamento do Recorrente [redacted], enquanto administrador e diretor geral da Fergrupo, revelou sempre um enorme sentido de responsabilidade, procurando encontrar uma solução operacional que permitisse a manutenção dos AMV, com um custo contratual bastante mais baixo do requerido para a prestação

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

exigida, indo ao encontro da expectativa da REFER que tinha que reduzir o investimento neste tipo de prestações de serviços.

283. O Recorrente procurou sempre garantir que a IP não ficava sem manutenção ferroviária, essencial para a segurança da ferrovia, ainda que a preços contratuais francamente baixos face aos níveis de serviço exigidos e de modo a tentar acomodar as necessidades da IP.

284. A preocupação do Eng. [redacted] e da Fergrupo sempre foi a de garantir a segurança ferroviária (ainda que sem obter uma rentabilidade mínima com a operação).

285. Reitere-se à semelhança afirmado para a Fergrupo, que os contactos entre as pessoas singulares visadas não tiveram como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, nem o Eng. [redacted] quis ou sequer representou como possível esse resultado.

286. E não se acompanhe o argumento da AdC de que o "*pedido reiterado de* [redacted]*, da Fergrupo, para apagar diversas mensagens de correio eletrónico que referiam a adoção e/ou implementação dos acordos celebrados pelas empresas visadas*" se justifica pelo conhecimento e representação da prática de um ilícito concorrencial.

287. Em primeiro lugar, nenhum ilícito poderia resultar deste facto.

288. Em segundo lugar, reitera-se que a verdadeira justificação para tal pedido é plenamente lícita: não sendo a possibilidade de a Neopul participar no consórcio conhecida de todos os respetivos colaboradores, o Eng. [redacted] pretendia que houvesse cautela na transmissão de informação, num momento embrionário em que as empresas ainda se encontravam a preparar a proposta no âmbito do CEMAV.

289. As comunicações entre as empresas visadas, representadas pelos visados pessoas singulares, designadamente quanto à qualificação da visada Neopul no sistema de qualificação reportava-se, como se observou, a informação de cariz público e não sensível, inexistindo qualquer propósito de conluio (de resto não provado).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

290. Relativamente à suposta finalidade de fixação do nível dos preços, a Fergrupo, representada pelo Eng. [redacted], limitou-se a procurar encontrar uma solução operacional que respondesse às exigentes condições contratuais impostas, sendo certo que o valor proposto se situou acima do preço base porque a empresa não tinha condições para praticar um preço mais baixo, sob pena de se traduzir numa decisão imprudente do ponto de vista económico.
291. Nunca foi intenção do Eng. [redacted] participar num acordo de repartição do mercado, tendo apenas respondido às necessidades, também criadas e reclamadas pela IP em cada momento.
292. De harmonia com o disposto no artigo 15.º do Código Penal, aqui aplicável subsidiariamente, a negligência pode assumir a forma de negligência consciente ou inconsciente, sendo que a primeira se traduz na circunstância de o agente "*representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização*" e a segunda na circunstância de o agente "*não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto*".
293. Sem conceder, e por mera cautela de patrocínio, caso não proceda o que se vem de alegar, a contraordenação em causa deve ser imputada ao Visado a título de negligência, nos termos e para os efeitos do previsto no artigo 8.º, n.º 3 do RGCO, aplicável *ex vi* do artigo 13.º da LdC.
294. Estar-se-ia, aliás, no âmbito da negligência inconsciente, uma vez que a admitir-se que o ora Recorrente teria infringido o dever de cuidado imposto pelas circunstâncias (por não ter consciência da ilicitude), tê-lo-ia feito sem sequer conceber a possibilidade de, através da sua conduta, estar a participar num acordo restritivo da concorrência ou representando como possível qualquer impedimento ou restrição da concorrência.
295. No demais, remete-se para tudo quanto foi acima exposto sobre os factos e o direito aplicável, nomeadamente quanto à inexistência de qualquer infração, de vantagem para o Recorrente ou dano para a IP e/ou consumidores.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

296. Quanto ao montante da coima concretamente aplicável ao Recorrente Eng.º [redacted], se resultasse provada uma infração, a AdC não poderia ultrapassar o montante proposto em sede de procedimento de transação (€ 5.000), pelos motivos também apresentados acima quanto à Fergrupo. [...]» (sic).

*

COMSA SAU e COMSA S.L.:

«[...]

1. O presente recurso tem por objecto a decisão final que foi proferida pela AdC, nos termos da qual se declarou ambas as Recorrentes como "*solidariamente responsáveis*" pelo pagamento da coima aplicada à Visada Fergrupo, na quantia de € 870.000,00.
2. Sucede, porém, que muito embora a decisão surja com fundamento "*nos termos conjugados do artigo 3.° da Lei n.° 19/2012 e n.° 1 do artigo 101.° do TFUE*", nem um nem outro desses dois preceitos legais se faz qualquer alusão à possibilidade de, num processo sancionatório, se "declarar" uma determinada pessoa colectiva como "solidariamente responsável" pelo pagamento de uma coima pela qual outra seja condenada.
3. De resto, parece que a AdC não terá percebido o alcance da presunção de influência determinante, tal como a mesma tem vindo a ser percepcionada e aplicada no contexto da jurisprudência do TJUE que cita.
4. É que a mesma o que visa permitir é a introdução de um mecanismo de imputação de responsabilidades pela prática da infracção à unidade económica, nada tendo que ver com supostas responsabilidades solidárias no pagamento da coima, como sucede no caso concreto.
5. Para o que verdadeiramente interessa, o art.º 73.º, n.º 2 é claro no sentido de estatuir que as pessoas coletivas respondem unicamente pelas contraordenações cometidas: a) em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) por quem atue sob a autoridade das pessoas referidas na alínea

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

6. Em parte alguma se alude ao referido conceito de empresa, seja enquanto critério de imputação de responsabilidade contra-ordenacional, seja enquanto meio para garantia de uma maior eficácia na cobrança coerciva das coimas.
7. E a AdC tem perfeita noção disso, tanto mais que, na sua recente proposta de alteração à LdC, datada de 25 de Outubro de 2019, propõe que se adite ao art.º 73.º uma norma que, precisamente, passe a colmatar esta lacuna.
8. Se dúvidas houvesse, aliás, tal entendimento surge ainda mais reforçado pelas explicações que mais uma vez pela própria AdC são adiantadas, quanto a esta proposta, na respectiva exposição de motivos: "*com a introdução do n.º 2 do artigo 73.º da LdC, pretende-se dar corpo ao conceito de empresa densificado no artigo 3.º, explicitando a compatibilização deste conceito com as regras de imputação e responsabilidade pela prática de infrações às regras de concorrência (...) Neste sentido, passa a esclarecer-se, na alínea a), que podem ser responsabilizadas pela prática de infrações às regras de concorrência, a título exclusivo ou solidário, as pessoas que integravam, à data da prática da infração, a mesma unidade económica, conquanto exerçam influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que praticou os factos constitutivos da infração. (...) O aditamento do n.º 3 do artigo 73.º da LdC pretende densificar e concretizar o conceito de influência determinante introduzido na alínea a) do n.º 2, estabelecendo os respetivos critérios e limiares. Em linha com a jurisprudência constante do TJUE, e face aos desafios e dificuldades de natureza probatória resultantes da complexidade da composição e estruturação dos grupos societários, prevê-se uma presunção de exercício de influência determinante por referência à detenção de 90% ou percentagem superior do capital social, salvaguardando-se a possibilidade de elisão dessa presunção por parte das pessoas coletivas ou entidades equiparadas em causa. Assim se dá expressão à jurisprudência da União sobre responsabilidade das sociedades-mãe pelas infrações ao direito da concorrência cometidas pelas suas subsidiárias*".

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

9. Repare-se, portanto, como a AdC não só reconhece que o actual ordenamento jurídico português ainda não admite a possibilidade de imputação de responsabilidades a outras entidades que integrem, à data da infração, a mesma unidade económica que a visada, como nem sequer integra, ainda, a própria delimitação do pressuposto de cuja verificação se faz depender essa mesma imputação (o chamado "*exercício de influência determinante*").
10. Mas há ainda uma outra importante premissa que a AdC aparenta esquecer na decisão recorrida, e que, independentemente de se defender a tal tese da responsabilidade solidária das sociedades-mães, impõe também ela a absolvição das Recorrentes.
11. Segundo é convicção das Recorrentes, é mais do evidente a inconstitucionalidade das normas constantes do art.º 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, e bem assim do art.º 3.º da Lei da Concorrência, quando interpretadas e aplicadas no sentido de estabelecerem uma presunção ilidível segundo a qual uma sociedade-mãe que detenha 100% do capital social da sua subsidiária, exerce uma influência determinante no comportamento desta, admitindo que lhe seja imputado o respectivo comportamento ilícito, por violação dos princípios da culpa, da proporcionalidade e da igualdade, e bem assim da intransmissibilidade das penas, consagrados, respectivamente, nos arts. 1.º, 25.º, n.º 1, 18.º, n.º 2, 13.º da e 30.º, n.º 3 da CRP, todos aplicáveis em sede de ilícitos contra-ordenacionais.
12. De qualquer forma, uma coisa é entrar na discussão de saber se se pode ou não lançar mão, em sede de fundamentação, de presunções ilidíveis para a prova de determinados factos, outra coisa é ter de reconhecer que, para um determinado facto se poder dar como provado, o mesmo tem antes do mais que se fazer contar da matéria de facto provada.
13. No caso concreto, porém, os únicos factos que foram dados como provados referentes às ora Recorrentes dizem respeito, unicamente, à sua estrutura societária, ao seu volume de negócios e à percentagem por si detida no capital social da Visada Fergrupo, nada mais se dizendo.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

14. Assim, se é verdade que o pressuposto da imputação de responsabilidade solidária às sociedade-mãe reside no exercício de uma influência determinante sobre o comportamento da sua filial – o qual se presumirá existir em face da percentagem de capital que é detida no caso concreto –, não deixa também de ser verdade que do objecto do processo não consta qualquer alusão a esse facto em concreto (se foi dado como provado ou não provado).
15. Da matéria de facto provada, pois, não resulta um único elemento que permita que se impute às ora Recorrentes os factos que, alegadamente, terão sido levados a cabo pela Visada Fergrupo, seja a título de acção, seja a título de omissão.
16. Por conseguinte, independentemente de se ter que reconhecer que jamais uma autoridade administrativa se pode prevalecer de uma presunção ilidível para imputação de responsabilidades a uma pessoa colectiva, por violação do princípio da culpa, é evidente que a decisão recorrida padece *in casu* de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada (cfr. art.º 410.º, n.º 2, al. a) do CPP, *ex-vi* art.º 41.º, n.º 2 do RGCO), não havendo outra alternativa senão a de absolver ambas as Recorrentes, também por esse motivo.
17. De qualquer forma, e sempre sem conceder, refira-se que dos autos resultou sobejamente demonstrado que, efectivamente, não foi exercida nenhuma influência determinante sobre o comportamento que é alegadamente imputado à Fergrupo.
18. Todas as testemunhas arroladas pela COMSA confirmaram que: (i) a gestão da Fergrupo não estava subordinada às instruções da COMSA S.A.U; (ii) a Fergrupo não informava a COMSA S.A.U. sobre a sua atuação no mercado; (iii) a Fergrupo tinha plena liberdade contratual, em nada necessitando de prévia autorização da COMSA S.A.U, nomeadamente nas suas interações com a IP; (iv) a Fergrupo era financeiramente autónoma; (v) a estratégia da Fergrupo sempre foi determinada de forma independente; (vi) era esta a percepção de terceiros – que a Fergrupo determinava a sua conduta no mercado de forma autónoma e (vii) no essencial, não aplicava instruções emanadas pela COMSA S.A.U.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

19. Sobre isto, alega a AdC que "*os elementos de prova apresentados pelas visadas supra, constituem meras declarações, constantes das suas pronúncias sobre a Nota de ilicitude e/ou resultantes das inquirições de testemunhas, administradores ou trabalhadores das visadas, realizadas no âmbito das diligências complementares de prova solicitadas no presente processo, sem que tenha sido por estas oferecido qualquer substrato material adicional de prova ou demonstração que corrobore aquelas declarações. Ora, meras declarações, sem elementos adicionais de demonstração, não materializam, a priori, circunstâncias excecionais que permitam ilidir a presunção em causa. Neste sentido, o TJUE mantém que "se, para ilidir a presunção em causa, fosse suficiente que o interessado emitisse simples afirmações não sustentadas, a mesma seria amplamente privada da sua utilidade*".
20. Todavia, parece também aqui entabular-se num lamentável lapso (mais uma vez em prejuízo dos interesses das Recorrentes), confundindo-se declarações que são prestadas pelas Recorrentes nos seus articulados com os concretos meios de prova cuja produção se requer para corroboração dessas mesmas declarações.
21. Salvo o devido respeito, de nada vale que a AdC afirme, na teoria, que uma determinada presunção é ilidível, quando, na prática, o que se verifica é que os argumentos avançados pelas visadas têm todos o mesmo destino, que é o do não provimento.
22. E não se contraponha que "*a visada COMSA Corporación apresenta contas consolidadas com as suas subsidiárias COMSA SAL) e Fergrupo (fls. 8195 e 8326)*" e que, nesse sentido, "*este elemento é considerado pela Comissão Europeia, e confirmado pela jurisprudência, como indício suplementar à presunção, de modo a reforçar fundamentação da responsabilidade das sociedades-mãe, com vista à corroboração dessa mesma presunção*".
23. Com efeito, a admitir-se que a consolidação é um suposto indício forte do exercício de influência determinante, terá primeiro que se admitir também que nada as dominantes podem fazer para se afastar desse mesmo indício, já que o mesmo decorre de uma obrigação legal que sobre si impende.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

24. No caso concreto, é por demais evidente que a forma como a AdC sustenta na sua decisão esta suposta presunção de exercício influência determinante colide frontalmente com o princípio da presunção de inocência, sendo inconstitucional por violação do disposto no art.º 32.º, n.º 2 da CRP.
25. Com efeito, não é às Recorrentes que incumbe fazer prova do que quer que seja em processos sancionatórios, mas sim à AdC.
26. De resto, se em relação à COMSA S.A.U. não existe qualquer indício da mínima influência no sucedido, como se expôs, então ainda menos se percebe o que existirá relativamente à COMSA Corporación de Infraestructuras S.L., uma simples sociedade *holding*, que não exerce actividade nem tem quaisquer colaboradores, não podendo nesse sentido exercer uma qualquer influência determinante seja sobre quem for.
27. De tudo o exposto se conclui, na realidade, que mesmo sendo dados como provados todos os factos que constam da decisão recorrida, ainda assim se impõe a absolvição de ambas as Recorrentes, por se encontrarem subtraídos do *thema decidendum* (objecto do processo) e *thema probandum* (extensão da cognição) quaisquer factos que permitam que sobre as mesmas e a sua actuação seja proferida uma decisão condenatória.
28. Por mais argumentos de que se pretenda lançar mão em defesa da decisão recorrida, não se percebe como é que num processo contra-ordenacional se equaciona que duas visadas possam acabar por ser declaradas responsáveis pelo cumprimento de uma sanção sem que dos factos provados conste o que fizeram ou deixaram de fazer, o que representaram ou com o que se conformaram.
29. Nada é dito. Nada lhes é imputado. [...]» (sic).

*

SOMAFEL:

«[...]

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

1. O presente recurso vem interposto da Decisão da AdC que condenou a Somafel no pagamento de uma coima, em cúmulo jurídico, no valor total de EUR 925 000,00 (novecentos e vinte e cinco mil euros) e na sanção acessória de privação de participação em procedimentos de formação de contatos de natureza pública, cujo objeto abranja exclusivamente prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, durante um período de dois anos.

   [...]

   Questões prévias e nulidades
   Direitos fundamentais e estatuto de "Visado" nos processos sancionatórios por infração às regras da concorrência

2. Na DI, a AdC declarou, expressamente, ter afastado a aplicação de todos os direitos constitucionalmente consagrados às visadas, reduzindo-os apenas aos direitos de audiência e de defesa.
3. A Somafel não se conforma com o entendimento da Autoridade que afasta a aplicação de princípios constitucionais essenciais em processos sancionatórios, tais como a presunção de inocência, o direito à não autoincriminação ou o princípio *ne bis in idem*.
4. Interpretar as normas remissivas constantes dos artigos 13.º da LdC e 41.º n.º 1 do RGCO no sentido de que as mesmas não abrangem os direitos e garantias conferidos ao arguido em processo penal que não encontrem expressa limitação ou exclusão na lei sempre determinaria que as referidas normas se devessem considerar materialmente inconstitucionais, por violação dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2 e 32.º, n.ºs 1, 5 e 10 da CRP, inconstitucionalidade essa que se deixa, desde já, expressamente arguida, para todos os efeitos legais.
5. À Somafel, enquanto Visada, devem ser reconhecidos todos os direitos processuais e garantias de defesa de que beneficia o arguido em processo penal, só sendo possível a sua restrição quando tal se encontre manifestamente justificado e, ainda assim, apenas na medida do necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, ao abrigo do artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Da nulidade do processo por violação do direito de defesa na vertente do acesso ao processo – violação dos princípios da cooperação e da boa administração

6. A forma como a AdC conduziu o processo, em particular, a forma como notificou a NI à Visada e lhe concedeu acesso às provas que, alegadamente, a sustentariam – conforme amplamente descrito e demonstrado acima – não permitiu assegurar o pleno respeito pelo exercício do direito de defesa da Visada, legalmente consagrado no artigo 25.º da LdC e constitucionalmente garantido no artigo 32.º n.º 10 da CRP.

7. O prazo para pronúncia sobre a NI não pode ser analisado de forma desligada das circunstâncias ocorridas no decurso daquele prazo, de nada adiantando argumentar, na DI, que a Visada dispôs de quase 8 meses para preparar e elaborar a sua PNI, quando a AdC bem sabe que facultou o acesso a autos desatualizados e desprovidos de documentos essenciais à defesa.

8. Quanto à decisão de suspensão do prazo para pronúncia à NI relativamente ao processo de transação da Neopul, conforme a própria Autoridade reconhece, apesar de a suspensão em questão poder visar primacialmente acautelar os direitos daquela Visada, ela sempre teria impacto, ainda que reflexo, nos direitos da Somafel, pelo que a falta de instrução do processo e consequente falta de transparência gerada nesse contexto não pode deixar ser considerada no âmbito dos direitos de acesso ao processo e defesa desta última.

9. O direito de defesa, na vertente de acesso ao processo, não foi cabalmente assegurado nestes autos à Somafel, tendo sido, aliás, sistematicamente restringido pela AdC, em violação do disposto no artigo 33.º n.ºs 1 e 4 da LdC, no artigo 25.º n.º 1 da LdC, no artigo 32.º n.º 10 da CRP e no artigo 6.º da CEDH.

10. A violação do direito de defesa constitui a violação de um direito fundamental do visado/arguido, redundando numa nulidade insanável, equivalente à omissão do arguido em momento processual relevante, nos termos do disposto no artigo 119.º alínea c) do CPP, ex vi artigo 41.º n.º 1 do RGCO e 13.º da LdC, nulidade essa que desde já se vem arguir para todos os efeitos legais.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

11. É inconstitucional, por violação do direito de audiência, do direito de defesa e do direito a um processo equitativo, previstos nos artigos 32.º n.º 10 e 20.º da CRP, a interpretação da norma que resulta do artigo 33.º n.º 1 da LdC no sentido de que a AdC pode recusar a disponibilização à Visada de cópias de folhas do processo, por entender que o pedido de acesso às mesmas carece de fundamento, mesmo que tais documentos não tenham natureza confidencial.

12. Estas restrições e atropelos não só tiveram inevitável impacto na forma como o direito de defesa da Somafel acabou por ser pela mesma exercido – motivando que a Visada, além de ter oportunamente arguido todos os vícios que foram ocorrendo durante a fase de instrução, invocasse a violação do seu direito fundamental de defesa naquela secção da sua PNI e arguisse a nulidade dela decorrente –, como são cristalinamente reveladores da postura com que a Autoridade conduziu o processo desde o início.

Ausência de elementos que permitam a imputação das alegadas infrações à Somafel enquanto pessoa coletiva

13. A Decisão Impugnada é absolutamente omissa quanto à demonstração da imputação das alegadas infrações à Somafel, enquanto pessoa coletiva, em violação do disposto nos artigos 73.º, n.º 2, alíneas a) e b), da LdC e 58.º, n.º 1, alíneas a) e b), do RGCO, este último aplicável ao presente processo *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, da LdC.

14. A AdC, em vez partir da responsabilidade da pessoa singular para construir a imputação à pessoa coletiva, afirma a responsabilidade da Somafel (como se de uma entidade física se tratasse) para a seguir imputar a contraordenação em causa nos autos a [redacted] "por ter conhecimento e ter tido participação ativa, no período de 2014 e 2015, nas práticas ilícitas que são imputadas à empresa visada Somafel" (como referido no ponto quinto da parte decisória da DI).

15. Na tentativa de fundamentar a sua conclusão de que "*as empresas visadas atuaram, ao longo do tempo, com consciência perfeita e esclarecida que o seu comportamento violava as regras da concorrência*", a AdC invoca alegados "*pedidos reiterados de* [redacted]*, da Fergrupo, para apagar as mensagens de correio eletrónico que*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

demonstravam a adoção e/ou implementação dos acordos celebrados" (§ 886, realce nosso).

16. É exatamente com o mesmo argumento, ou seja, alegados pedidos de [redacted], da Fergrupo, para apagar mensagens, que a AdC conclui – sem mais – no que diz respeito à apreciação da culpa, que as visadas agiram "de forma livre, consciente e voluntária", punindo-os a título doloso (§ 893).

17. Não pode imputar-se uma contraordenação à Somafel, enquanto pessoa coletiva, com base em atos praticados por [redacted], membro de outra pessoa coletiva, no caso, a Fergrupo, sob pena de violação do artigo 73.º, n.º 2, da LdC.

18. A AdC não invoca quaisquer factos por referência a [redacted] que permitissem imputar a contraordenação à Somafel, limitando-se a tecer esporádicas referências à atuação de [redacted] para efeitos da sua própria responsabilidade enquanto pessoa singular, sem demonstrar se atuou em nome e no interesse coletivo da Somafel ou se o fez em nome individual.

19. Por todo o exposto, a Decisão Impugnada omite a narração de factos dos quais depende a viabilidade jurídica de imputação da contraordenação à Somafel, enquanto pessoa coletiva, em violação do disposto nos artigos 73.º, n.º 2, alíneas a) e b), da LdC e 58.º, n.º 1, alíneas b) e c), do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, da LdC.

Da nulidade por falta de fundamentação da imputação e omissão de pronúncia

20. A AdC elaborou a DI em termos que não se compadecem com as exigências de clareza, rigor e fundamentação que o legislador (constitucional e ordinário) fez impender sobre as decisões judiciais e, bem assim, sobre as decisões das autoridades administrativas, sobretudo quando proferidas em contexto penal ou sancionatório, conforme reconhecido por ampla jurisprudência e doutrina acima mencionada.

21. A forma como a AdC construiu a Decisão poe em causa o princípio da boa administração da justiça, as garantias de acesso ao direito e de tutela jurisdicional efetiva e a apreensibilidade e acessibilidade da Decisão para os cidadãos, com especial gravidade para os que nela são visados.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

22. Tem vindo a ser sustentado pela doutrina que no plano exclusivo do direito sancionatório contraordenacional, não há dúvidas que o artigo 58.º do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, da LdC, demanda a fundamentação das decisões finais condenatórias por parte das respetivas autoridades administrativas, sendo certo que tal sempre decorreria do que o próprio legislador constitucional estabeleceu no artigo 268.º, n.º 3, da CRP.

23. A DI, para além de ser insuficiente na sua fundamentação, é ainda omissa no conhecimento de questões alegadas pela Somafel na sua PNI.

24. A AdC limita-se a enunciar as questões levantadas pela Somafel (e pelas demais Visadas), sumaria-as e de seguida – tratando-as como se fossem inexistentes e sem apresentar qualquer justificação para o efeito – pura e simplesmente repete aquilo que já havia expresso na NI.

25. Tendo a AdC recorrido à técnica de "fundamentação" assente na repetição quase integral do texto da NI, ficam os destinatários da DI sem qualquer garantia de que a mesma tenha resultado de um exame efetivo, crítico e sustentado das questões de facto e de direito suscitadas pela Somafel (e pelas demais Visadas) na PNI, impossibilitando-se, por essa via, o convencimento dos destinatários quanto à bondade da decisão administrativa que ora se escrutina.

26. A AdC devia ter estruturado e dado a conhecer às Visadas todo um percurso lógico-racional que oferecesse a compreensão dos motivos que, apesar das posições pelas mesmas assumidas no exercício dos seus direitos de defesa, determinaram a repetição de posições que já tinham sido plasmadas na NI, sem que tal se tivesse verificado através da sua singela reiteração.

27. Note-se que a Autoridade concluiu que a atuação da Somafel foi dolosa – no sentido da Somafel, alegadamente, ter tido a intenção de celebrar acordos restritivos da concorrência, sabendo da proibição legal de celebração de tais acordos – não invocando factos, nem tão pouco os demonstrando, que permitissem a imputação subjetiva do ilícito à Somafel.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

28. A AdC não faz sequer uma análise individual da imputação subjetiva e da culpa para cada visada, apreciando-as conjuntamente.

29. Também no que respeita à matéria da sanção, a falta de fundamentação quer da NI, quer da Decisão, é absolutamente notória.

30. O direito da Somafel à pronúncia sobre as sanções aplicáveis assume, no caso em apreço, uma relevância acrescida porquanto, pela primeira vez, a AdC acabou por aplicar a sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública (neste caso, relacionados com prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária, via larga), com um grande impacto na atividade da Somafel.

31. A omissão dos elementos que seriam utilizados pela AdC para fixar o limite máximo da coima abstrata aplicável consubstancia uma nulidade insanável, equiparável à ausência do arguido nos casos em que a lei exige a sua comparência, nulidade à qual alude no art.º 119.º, n.º 1, al. c) do CPP, aplicável por força do disposto nos artigos 41.º, n.º 1 e 50.º do RGCO[1], o que se argui para todos os efeitos legais.

32. Compulsados os §§ 4060 e ss. da Decisão, verifica-se que as sanções aplicadas foram-no sem a fundamentação exigível, em clara violação do disposto no artigo 375.º, n.º 1 do CPP, aqui aplicável por remissão dos artigos 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO, o que gera a nulidade da DI, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c) do CPP (ou, assim não se entendendo, do artigo 374.º, n.º 2 do CPP), também aplicável *ex vi* aqueles artigos da LdC e do RGCO.

33. A DI é, também por este motivo, nula, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c), em conjugação com o artigo 375, n.º 1, ambos do CPP, ou, assim não se entendendo, nula nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea a) do CPP, em conjugação com o disposto no artigo 374.º, n.º 2 também do CPP, todos aplicáveis ex vi artigo 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO.

[1] Assim, o Tribunal de Relação de Guimarães, no seu acórdão de 11.12.2006, prolatado no processo n.º 2223/06, e o Tribunal da Relação do Porto de 06.02.2008, prolatado no processo 0715317.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

34. A norma resultante dos artigos 24.º, n.º 3, alínea a) e 13.º, n.º 1, da LdC, 50.º do RGCO e 283.º, n.º 3, alínea b) do CPP, lidos conjugadamente, interpretada no sentido segundo o qual a NI proferida pela AdC não tem de conter, relativamente a cada um dos Visados, os critérios que, em concreto, poderão vir a ser valorados, em eventual fixação da medida da coima, é materialmente inconstitucional, por violação do direito de defesa em processo de contraordenação, direito esse com sede no artigo 32.º, n.ºs 1 e 10, da CRP, inconstitucionalidade que, para todos os efeitos legais, se deixa invocada.

35. Do que vimos acima quanto à deficiente fundamentação e omissão de pronúncia da Decisão, torna-se ainda forçoso concluir pela violação ao disposto nos artigos 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alíneas a) e c), do CPP, aplicáveis *ex vi* artigo 58.º e 41.º, n.º 1, do RGCO, *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, do LdC, sendo a DI, por conseguinte, nula na medida em que a AdC não se pronunciou sobre questões que devia apreciar – nulidade que desde já se requer que seja declarada para todos os efeitos legais.

36. É materialmente inconstitucional a norma resultante da aplicação conjugada dos artigos 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alíneas a) e c), do CPP, aplicáveis *ex vi* artigo 58.º e 41.º, n.º 1, do RGCO, *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, do LdC, interpretada no sentido de que a fundamentação das decisões proferidas pela AdC que apliquem coimas se basta com a simples reprodução e citação da Nota de Ilicitude anteriormente proferida, não exigindo a explicitação do processo de formação da convicção da autoridade administrativa, por violação do dever de fundamentação das decisões da Administração Púbica previsto no n.º 3 do artigo 268.º da Constituição.

Da nulidade por violação do princípio da presunção da inocência e inversão do ónus da prova

37. O entendimento segundo o qual o princípio da presunção de inocência não se aplica aos processos contraordenacionais colide diretamente com o disposto no artigo 32.º, n.º 10, da CRP.

38. O facto de existirem algumas nuances que distinguem o processo penal do processo contraordenacional, as quais justificam algumas diferenças de regime, não significa

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

(nem pode significar) que no processo contraordenacional a autoridade administrativa competente possa fazer tábua rasa dos direitos e garantias de defesa do visado/arguido (ou reduzi-los, sem mais, à mera possibilidade de apresentar a sua pronúncia à nota de ilicitude), nomeadamente daquelas que encontram a sua fonte direta na Lei Fundamental, como sucede com o princípio da presunção de inocência.

39. A DI, pela forma como foi construída, colide frontalmente com o princípio da presunção de inocência, quer na sua dimensão de proibição de inversão do ónus da prova, quer na vertente do princípio *in dubio pro reo* que dele emana.

40. Compulsada a DI, torna-se notório que a AdC procede ao "apuramento dos factos" e à "análise da prova" partindo da sua pré-qualificação jurídica dos factos – i.e., do resultado que pretendia obter –, conformando as premissas à conclusão a que pretende inequivocamente chegar.

41. A DI encontra-se transversalmente ferida de presunções, suposições, extrapolações, especulações e conclusões que não encontram qualquer respaldo nos elementos fáticos e probatórios constantes do processo, em particular no que respeita à Somafel.

42. Por exemplo, em relação ao Concurso I, a Autoridade procede à imputação do alegado acordo de fixação de preços à Somafel mesmo sem ter logrado obter qualquer elemento de prova que sustente a suposta intervenção da Somafel no putativo acordo – o que foi oportunamente apontado pela Visada na sua PNI.

43. Outro exemplo – de entre vários acima demonstrados – é o que vem reproduzido nos §§ 568, 571, 573 e 574 da DI, onde a Autoridade procura concluir, sem qualquer base factual e meramente através das convocatórias e agendamentos de reuniões, que (i) estas existiram, (ii) englobaram todas as Visadas (em particular, a Somafel) e (iii) tinham um objeto ilícito e atentatório do sistema jusconcorrencial.

44. Não pode deixar de constituir um exercício de pura especulação e presunção ensaiar, como faz a AdC nos §§ 597 a 600 da DI, que as notas manuscritas referidas teriam plasmada a definição de um acordo de repartição de mercado no âmbito de um futuro concurso, cuja existência, formulação, número de lotes e distribuição geográfica era

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

impossível conhecer à data em que as mesmas, de acordo com a AdC, terão sido elaboradas.

45. A própria AdC chega mesmo a confessar, de forma absolutamente expressa, o seu entendimento segundo o qual seria à Somafel que caberia produzir prova que, nas suas palavras, "*contrariassem* [leia-se: contrariasse] *o acervo probatório produzido (e que lhes foi comunicado* [às Visadas, entenda-se]) *em faze de inquérito* ", avançando ainda que considera que a análise crítica da matéria de facto, de Direito e da própria prova efetuada pela Somafel na sua PNI redunda numa argumentação que não foi concretizada (o que só mal intencionadamente se pode afirmar) relativamente à insuficiência (manifesta) dos elementos de facto e de Direito plasmados na NI para a imputação dos ilícitos contraordenacionais em causa[2].

46. Sai violado não só o direito de defesa da Somafel, na sua vertente de direito ao recurso da decisão final condenatória, ínsito nos artigos 32.º n.º 10, 2.º e 20.º, n.º 1, todos da CRP, como também o princípio da presunção de inocência, quer na vertente da proibição de inversão do ónus da prova em desfavor do arguido/visado, previsto no artigo 32.º n.º 2 da CRP.

47. Violado sai também o princípio do *in dubio pro reo*, enquanto emanação daquele princípio da presunção de inocência, porquanto, como se verá, o *standard* probatório que a decisão pela condenação exige não foi, de modo algum, alcançado pela AdC, sendo incontornável considerar-se que, da conjugação do plasmado na DI com a prova constante dos autos, subsistem dúvidas insupríveis em relação à efetiva prática das infrações imputadas, pelo menos, no que à Somafel diz respeito.

48. Deve a Decisão Impugnada ser declarada nula, por violação do disposto nos artigos 374.º, n.º 2, 379.º, n.º 1, alínea a) do CPP, 41.º do RGCO e 13.º, n.º 1 da LdC, e, bem assim, por afrontar o direito fundamental à presunção de inocência, nas suas vertentes de inversão do ónus da prova e do princípio *in dubio pro reo*, direito esse consagrado e reconhecido no art.º 32.º, n.ºs 1, 2 e 10 da CRP, que, nos termos do art.º 18.º, n.º 1 da

[2] Cf. § 325 da DI.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Lei Fundamental é diretamente aplicável – nulidade, que se deixa, desde já, arguida para todos os efeitos.

Da nulidade da DI por violação do princípio da presunção de inocência e da boa administração em processo de transação híbrido

49. A AdC adotou as minutas de transação em violação irremediável do princípio da presunção da inocência e da boa administração, previstos nos artigos 48.º e 41.º, respetivamente, da CDFU, relativamente às partes que não transigiram.

50. O presente processo constituiu uma *transação híbrida desfasada*, na medida em que foi concluído, em momentos diferentes, para as visadas Neopul, Mota-Engil e Futrifer, através de decisões de condenação adotadas ao abrigo do procedimento de transação, previsto no artigo 27º da LdC; e, Somafel e Fergrupo, através de decisão de condenação adotada segundo o procedimento ordinário ao abrigo do artigo 29.º, n.º 3, al. a) da LdC.

51. Os tribunais europeus sustentam que nas circunstâncias em que a Comissão (e autoridades nacionais) considere não estar em condições de se pronunciar sobre a responsabilidade das empresas que participam na operação sem que se pronuncie igualmente sobre a participação na infração da empresa que decidiu não transigir, compete-lhe tomar todas as medidas necessárias — incluindo, se necessário, adotar numa mesma data as decisões relativas a todas as empresas envolvidas no comportamento ilícito — que permitam preservar a referida presunção de inocência.

52. Tal não sucedeu no presente caso. A AdC violou o princípio da presunção da inocência, pondo em causa a imparcialidade a que está legalmente vinculada, na medida em que existem inúmeras referências a alegados comportamentos da Somafel *(i)* na descrição dos factos, por exemplo, na Minuta de Transação Neopul (p.e., §§ 146 m), o), p), q)), bem como *(ii)* na qualificação jurídica desses alegados comportamentos (p.e., §§ 168, 169, 173, 174, 175, 177, 190, 208, 209, 211 da Minuta de Transação Neopul). Essas referências demonstram de forma particularmente clara o juízo de culpabilidade antecipado quanto à Somafel que a AdC já aí tinha estabelecido, i.e.,

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

previamente à DI e, sobretudo, previamente ao exercício dos direitos de defesa da Visada em sede de pronúncia à NI.

53. Quer na resenha dos factos, quer, em particular, na secção referente à apreciação jurídica do comportamento da Neopul, as afirmações da AdC comportam qualificações jurídicas dos factos em causa e permitem concluir, objetivamente, que a AdC determinou o seu juízo sobre o comportamento da Somafel e a sua responsabilidade nas supostas infrações numa decisão na qual esta última não é sequer destinatária.

54. Em momento algum da Minuta de Transação Neopul, a AdC justifica a que outro título se refere à Somafel, senão enquanto empresa culpada das alegadas infrações. Comportamento semelhante teve a AdC nas Minutas de Transação Mota-Engil e Futrifer.

55. O respeito do dever de imparcialidade, consagrado no artigo 41.º da CDFUE implica que, no âmbito de um processo tornado híbrido, as autoridades da concorrência redijam e fundamentem as decisões condenatórias adotadas em procedimento de transação utilizando todas as precauções de redação necessárias para que essa decisão, embora não seja dirigida à empresa que se retirou do procedimento de transação, não afete todas as garantias processuais de que esta última deve beneficiar no âmbito do processo contraditório subsequente. Estas precauções de redação devem motivar as autoridades da concorrência a evitar, na medida do possível, designar na decisão de transação a empresa que não tenha transigido.

56. No contexto factual e jurídico em causa, as referências às Somafel *supra* referidas não eram nem indispensáveis, nem a AdC adotou as precauções necessárias de forma a tornar suficientemente claro que na Minuta de Transação Neopul não estava implicitamente a determinar a culpabilidade da Somafel. A AdC não tomou, aliás, qualquer precaução limitando-se, nas mais das vezes, a repetir a NI. O mesmo se diga quanto às Minutas de Transação Mota-Engil e Futrifer, ainda que, nesses documentos, a AdC pareça ter-se dado conta da censurabilidade da sua conduta sem, no entanto, sanar o vício.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

57. Os juízos de culpabilidade formulados pela AdC relativamente à Somafel extravasam inclusivamente o domínio estritamente processual, tendo-se referido direta ou indiretamente aos alegados comportamentos desta Visada e às respetivas qualificações jurídicas em vários comunicados de imprensa e apresentações públicas (cf. p.e., Comunicados de imprensa da AdC n.os 20/2018, de 21.12.2018, 05/2019, de 12.04.2019, 10/2019, de 28.06.2019, 13/2018 de 14.09.2018 , apresentou à Comissão de Economia, Inovação e Obras Públicas o plano de atividades para 2019).

58. As referências, nas Minutas de Transação Neopul, Mota-Engil e Futrifer, nos comunicados de imprensa da AdC e nas apresentações públicas realizadas pelo conselho da AdC, quer explícita quer implicitamente, a comportamentos imputados à Somafel demonstram que, antes mesmo de esta última ter exercido os seus direitos de defesa, a AdC já tinha presumido a sua culpabilidade, na medida em que essas referências diretas ou implícitas à Somafel não eram indispensáveis para estabelecer a responsabilidade das destinatárias das decisões de transação ou para prestar informação pública sobre a atividade da AdC. A AdC não adotou qualquer precaução no sentido de evitar risco de ambiguidade quanto à inexistência de juízos prévios sobre a responsabilidade de outras co-Visadas, incluindo da Somafel.

59. A DI viola o princípio de imparcialidade, o princípio da presunção de inocência e os direitos de defesa da Somafel, pelo que deve se declarada nula, por violação do artigo 41º e 48 da CDFUE, por afrontar o direito fundamental à presunção de inocência, nas suas vertentes do princípio *in dubio pro reo*, direito esse consagrado e reconhecido no art.º 32.º, n.ºs 1, 2 e 10 da CRP, que, nos termos do art.º 18.º, n.º 1 da Lei Fundamental é diretamente aplicável – nulidade, que se deixa, desde já, arguida para todos os efeitos.

Da violação do princípio da confiança legítima e da igualdade de tratamento entre as Visadas

60. A Minuta de Transação da Somafel criou uma expectativa legítima na Visada de que, mantendo-se inalterados os factos considerados apurados pela AdC e a respetiva qualificação jurídica, a moldura sancionatória máxima a aplicar à Somafel AdC nunca

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

poderia exceder a imposição de uma coima acima de EUR 530.000 (equivalente ao montante da coima considerado adequado pela AdC na Minuta de Transação, excluindo a redução de coima de 10%, elemento específico desse procedimento).

61. Da análise da DI não se vislumbra uma alteração em matéria factual ou do enquadramento jurídico que possa ou tenha determinado uma alteração no juízo de desvalor, gravidade ou grau de participação da Recorrente, relativamente ao que já decorria da Minuta de Transação apresentada à Somafel.

62. Assim, a moldura sancionatória aplicada à Recorrente, correspondente a uma coima no valor de EUR 925 000 e ao conjunto de sanções acessórias previstas no artigo 71.º, n.º 1 da LdC, representa um agravamento muito significativo, infundado e injustificável das condições constantes da Minuta de Transação notificada a 29.02.2019 pela AdC à Somafel.

63. De acordo com a jurisprudência dos tribunais da UE, esta atuação da AdC constitui uma violação dos princípios da confiança legítima e da igualdade de tratamento, o que acarreta a nulidade da DI.

64. Em primeiro lugar, a jurisprudência do TJUE esclarece que, ainda que o procedimento de transação e o procedimento ordinário de infração sejam dois processos distintos, tendo em conta nomeadamente o objetivo específico que visam, são regulados, um e outro, pela decisão inicial de iniciar a investigação do cartel e respondem também ao mesmo objetivo de interesse geral, que é o de por termo à prática anticoncorrencial em causa.

65. Dessa jurisprudência resulta que, em matéria de determinação da moldura sancionatória o elemento específico do procedimento de transação face ao procedimento ordinário corresponde à possibilidade de uma redução de coima.

66. Apesar de não se encontrar vinculada pela aplicação às Visadas de uma redução de coima (no caso da Somafel, de 10%), quando as Visadas se retirem do procedimento de transação, a AdC encontrava-se, contudo, vinculada pelo seu próprio juízo de gravidade e culpa – que aliás não se alterou – e, por conseguinte, à moldura sancionatória máxima definida nessa Minuta de Transação.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

67. Em segundo lugar, ao reponderar a moldura sancionatória apresentada à Somafel na Minuta de Transação, designadamente no sentido de agravar quase ao dobro a coima, e de aplicar sanções acessórias com enorme impacto na atividade da Empresa, a AdC terá procedido a uma discriminação entre as Visadas em matéria que não se limita às especificidades inerentes ao procedimento de transação.

68. Sendo, além do mais, de grande censurabilidade que a AdC sinalize, desta forma, que caso as empresas não transijam, sujeitam-se a coimas mais pesadas, desvirtuando assim o objetivo do procedimento de transação, e conferindo um carácter punitivo à não transação.

69. Esta atuação afigura-se ainda mais grave porquanto a AdC não logrou dar qualquer visibilidade na DI quanto ao montante de base concretamente utilizado para cada uma das Visadas, e muito menos quanto aos coeficientes e ajustamentos concretamente aplicados a cada uma delas, não permitindo às Visadas, nem ao tribunal, sindicar a DI quanto ao cumprimento do princípio da igualdade de tratamento.

70. Donde decorre que a AdC não aplica com clareza e transparência a metodologia a que se auto-vinculou pela publicação das suas LOCC, em desconformidade com a jurisprudência dos tribunais da UE, que tem considerado que a não aplicação, por parte da Comissão Europeia, das suas próprias Orientações sobre coimas, no sentido de uma decisão não explicar de forma suficientemente clara e precisa de que modo pretende fazer uso do seu poder de apreciação, viola o princípio da confiança legítima e o princípio da igualdade de tratamento.

71. Analisando o diferente peso das coimas concretamente aplicadas pela AdC por referência aos VN totais das Visadas (uma vez que é este o volume de negócios de referência para efeitos do limite máximo da coima fixado no artigo 69.º, n.º 2 da LdC), conclui-se que coimas com uma ordem de grandeza absoluta equivalente (no ordem dos EUR 900 000), como é o caso das da Mota Engil e da Somafel, correspondem a pesos muito díspares em termos de percentagem do VN total, respetivamente 0,31% e 3,83%.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

72. Estas diferenças – as únicas que a Recorrente consegue verificar, atenta a inexistência de elementos na DI – evidenciam, desde logo, uma distinção de tratamento entre as Visadas, que não é justificada, de forma alguma, nem pela DI nem pelos elementos constantes dos autos, em particular pelas minutas de transação confirmadas pelas Visadas Neopul, Mota-Engil e Futrifer.

73. Por tudo o exposto, considera a Recorrente que a DI constitui uma violação de princípios gerais de Direito da União Europeia, em particular dos princípios da confiança legítima e da igualdade de tratamento entre visadas, pelo que deve ser declarada nula, o que se argui para todos os efeitos legais.

Nulidade da prova em que assenta a DI dada a inadmissibilidade da apreensão de correspondência e de correio eletrónico

74. Em processos contraordenacionais, não pode ser visualizada, examinada nem apreendida correspondência eletrónica, e muito menos pode a mesma ser utilizada como meio de prova para sustentar uma decisão condenatória por infração contraordenacional, não sendo legítima a equiparação da referida correspondência eletrónica a um simples documento com suporte digital nem sendo admissível a analogia com a "teoria da carta aberta", como pretende fazer crer a AdC, porquanto, em qualquer um dos casos, estão em causa realidades manifestamente distintas.

75. As restrições ao direito ao sigilo da correspondência apenas são admitidas, a título excecional e, ainda assim, apenas no âmbito do processo criminal (cf. artigo 34.º, n.º 4 da CRP), encontrando-se sob reserva de lei (artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP) e só podendo ser autorizadas e decretadas por juiz (cf. artigo 34.º, n.º 4 da CRP).

76. Os artigos 18.º n.º 1, alínea c) e 20.º n.º 1 da LdC não habilitam a AdC a apreender correspondência em processo contraordenacional e, mesmo que o fizessem, seriam contrários às normas constitucionais plasmadas nos artigos 34.º n.ºs 1 e 4 e 18.º n.ºs 1 e 2 da CRP.

77. A letra da lei, a sua interpretação à luz da CRP e os elementos que resultam da sua redação e da vontade do legislador apontam todos no sentido de que não é permitida a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

apreensão da correspondência e de correio eletrónico por parte da AdC em processo de contraordenação por violação de normas jusconcorrenciais.

78. Entender-se que a AdC pode assim proceder corresponde a uma interpretação inconstitucional dos artigos 18.º n.º 1 alínea c) e 20.º da LdC que acarreta uma restrição à inviolabilidade da correspondência sem respaldo constitucional, violando, desta forma, o disposto no artigo 34.º da CRP.

79. A interpretação dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 20.º, n.º 1, ambos da LdC, no sentido de permitirem a apreensão e consequente valoração, enquanto meio de prova, de mensagens de correio eletrónico, mesmo que sinalizadas como lidas, é materialmente inconstitucional, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 32.º, n.ºs 8, e 10 e 34.º, n.º 4, todos do CPP; inconstitucionalidade que se invoca para todos os efeitos legais, designadamente nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 72.º, n.º 2, da Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional.

80. Também por força do RGCO, as provas obtidas violando a proteção constitucional conferida à correspondência e às comunicações, incluindo às mensagens de correio eletrónico, são nulas, nos termos do artigo 126.º, n.º 3, do CPP, aplicável *ex vi* artigo 13.º, n.º 1, da LdC e 41.º, n.º 1, do RGCO, e dos artigos 32.º, n.º 8 e n.º 10, e 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP, não podendo ser utilizadas, a não ser que seja obtido o consentimento do titular, circunstância que não se verificou de forma alguma.

81. Nestes termos, deverá ser reconhecida e declarada a nulidade de todos os elementos de prova recolhidos nas instalações da Somafel que correspondem a mensagens de correio eletrónico e outras comunicações que gozam daquela proteção constitucional com as inerentes consequências da declaração de nulidade no que à prova das supostas infrações que vêm imputadas à Somafel diz respeito.

DOS FACTOS

Do contexto económico do sector ferroviário nacional

82. Em resultado da crise financeira internacional, iniciada em 2008, verificou-se uma diminuição dos concursos públicos nas áreas ferroviárias de via e catenária, da

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

dimensão das empreitadas e, sobretudo, dos respetivos preços-base, que frequentemente deixaram de corresponder aos custos reais relacionados com a execução dos contratos, situação esta que poderia, na verdade, contribuir para diferentes problemas associados nomeadamente à prática de preços desadequados (e abaixo do custo), perturbando o bom funcionamento do mercado.

Do contexto económico da atividade de manutenção de aparelhos de via

83. O Concurso lançado pela REFER, em novembro de 2013 – Concurso 0 – reduziu de forma significativa valores base em comparação com ações de MPS adotados em concursos anteriores, progredindo essa redução nos Concursos subsequentes – num total entre 33% e 57%.

84. O contexto de forte degradação dos preços base dos concursos não pode ser ignorado na análise dos factos em causa nos autos, porque é nele que se inserem os Concursos I, Concurso II e Concurso III.

A Atividade da Somafel

85. A Somafel foi constituída em 1957, com o objetivo de desenvolver a sua atividade no setor ferroviário e para representar construtores de equipamentos ferroviários. É uma empresa portuguesa de construção civil e obras públicas de especialização ferroviária. Tem como atividades principais a construção, renovação e manutenção de vias ferroviárias convencionais e de alta velocidade, a eletrificação de vias-férreas, e a instalação de via betonada com soluções otimizadas de isolamento vibrátil e acústico, em sistemas de transporte urbano (Metros) e tem atividades em vários países.

Do CEMAV

86. O CEMAV surge para fazer face à redução do valor base do Concurso 0, i.,e. para permitir apresentar propostas economicamente válidas que, isoladamente, não seria possível apresentar.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

87. A apresentação de uma proposta conjunta ao Concurso 0 permitiu ir ao encontro do (reduzidíssimo) preço base, beneficiando das sinergias decorrentes de as quatro empresas em causa já se encontrarem instaladas em todo o território nacional e a funcionarem operacionalmente por lotes, distribuídos por áreas geográficas em que cada uma delas já anteriormente atuava na rede ferroviária nacional, em consequência dos contratos existentes para a via e catenária aproveitando, por conseguinte, sinergias decorremtes da circunstância de existir, entre as consorciadas, uma subcontratação interna de trabalhos, que permitia uma eficiente e racional gestão dos meios de cada uma.

88. A constituição de um consórcio e, por maioria de razão, o respetivo alargamento não constituem práticas proibidas à luz do direito da concorrência.

Do Enquadramento jusconcorrencial dos Consórcios

89. A AdC afirma que não resulta dos autos qualquer prova de que a constituição e o objeto do consórcio CEMAV constitua uma infração às regras da concorrência. No entanto, refere que o consórcio CEMAV teria sido um instrumento para iniciar reuniões e discussões das empresas visadas consorciadas e não consorciadas, nas quais teriam coordenado o seu comportamento para efeitos da participação nos concursos em causa, tendo sido apresentadas propostas viciadas não só pelo CEMAV, mas também pela Neopul (DI, § 736).

90. A verdade é que os contactos existentes entre as Visadas, quer no âmbito do consórcio CEMAV, quer no âmbito das discussões entre as empresas que integram o consórcio e a Neopul, tiveram apenas por objeto a análise da possibilidade de as referidas empresas apresentarem uma única proposta em conjunto, para cada um dos concursos em causa.

91. A constituição de consórcios e a apresentação de propostas conjuntas a concursos (públicos ou privados) é lícita e pode comportar diversas vantagens em termos de oferta, preço e qualidade para a entidade adjudicante, em comparação com a apresentação de propostas individuais.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

92. A razão pela qual a Somafel decidiu fazer parte do consórcio CEMAV nada teve que ver com a intenção de utilizar o consórcio como instrumento para praticas anticoncorrenciais, mas antes por ser a única forma que permitia à Somafel participar nos concursos em que se apresentou por meio do CEMAV em face à redução significativa dos preços base e serviços associados face a concursos anteriores. Isto porque as empresas consorciadas já dispunham no terreno e ao longo de toda a Rede Nacional, por via dos contratos de Manutenção Geral de Via e de Catenária, de estruturas e meios indiretos, podendo assim alcançar sinergias e eficiências necessárias para obter uma importante redução dos custos fixos/indiretos. Tal foi o mesmo racional nos concursos I, II e III, tendo ainda sido discutida a possibilidade de alargar o consórcio CEMAV, através da entrada da Neopul, de modo a dar resposta às necessidades do setor e apresentar propostas com mais qualidade.

Do Mercado

93. A procura de serviços de manutenção de aparelhos é quase exclusivamente representada pela IP, mas a CP também lança pontualmente concursos de manutenção em Aparelhos de Parques de Material sobre a sua gestão, os quais requerem manutenção semelhante àquela efetuada aos AMVs. Por esta razão, as mesmas empresas que fornecem serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional podem, sem custos significativos, prestar os mesmos serviços para a manutenção em aparelhos de parques de material.

Da evolução das condições dos contratos referentes aos serviços de AMV

(a) <u>Da evolução das condições dos contratos anteriores ao Concurso 0</u>

94. O Contrato 1297 foi rescindido no final do ano de 2012, com efeitos a 31.07.2013. Em setembro de 2013, a REFER lançou o concurso n.º 5010014074.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

95. O lançamento do Concurso 0 representou uma redução de 33% no custo da atividade de MPS face aos preços praticados em 2013 ao abrigo do Contrato 1297[3].

96. Este preço de adjudicação estabelecido pelo Concurso 0 representava também uma redução de 57%, em comparação com o concurso nº 5010014074, que havia sido lançado apenas 3 meses antes, e uma redução de 49% (com preços atualizados a 2013 pelo Índice de Preços ao Consumidor publicados pelo INE), relativamente ao contrato 217/99-SG - Conservação Geral da Via Beira Alta de 1999, realizado pela Somafel entre 2000 e 2005.

(b) Da evolução das condições entre o Concurso 0 e o Concurso I

97. O preço base global estabelecido para o Concurso I constituiu uma degradação adicional do preço base para a prestação dos serviços solicitados, já que supunha uma prestação de serviços por 31 meses, a exclusão do Concurso I da vertente MPS - Inspeção e representava (i) uma descida de cerca de 30% no valor mensal da manutenção face ao valor do Concurso 0; (ii) uma redução de 13,4% face ao valor do Concurso 0, considerando que apenas a vertente da MPS - Execução foi mantida neste concurso; (iii) uma descida de 49% nos preços de MPS - Execução face aos preços praticados entre 2000 a 2005 atualizados a 2013 no contrato 217/99-SG - Conservação Geral da Via Beira Alta de 1999; (iv) uma descida de 45% e de 55% face aos preços praticados em 2013 e 2006, respetivamente, ambos ao abrigo do Contrato 1297[4]; e (v) um valor médio de intervenção por AMV de € 290,49.

98. O consórcio CEMAV apresentou uma proposta global para o referido Concurso I acima do preço base, sinalizando o valor que considerava adequado para a prestação dos serviços em causa.

99. Não obstante este concurso ter ficado deserto, os serviços foram prestados pelo CEMAV à IP mediante ajustes diretos apesar dos graves prejuízos que a execução do atual contrato acarretou para o CEMAV.

[3] Cf. fls. 1035v.
[4] Cf. documento IP656.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

(c) *Da evolução das condições entre o Concurso I e o Concurso II*

(i) O preço base global estabelecido para o Concurso II manteve-se significativamente abaixo do valor apresentado pelo consórcio por ocasião do Concurso I e mantém o valor da manutenção preventiva dos AMV em níveis idênticos ao anterior ajuste direto.

(ii) A própria IP reconhece que os preços base referentes aos Concursos I e II eram desadequados.

(iii) Tendo o Concurso II ficado deserto, o Consórcio CEMAV continuou a prestar serviços à IP por via de ajuste direto "contra os seus próprios interesses económicos, assegurando a continuidade da prestação dos serviços necessários" [5].

(iv) De um modo geral, os valores base do concurso, aproximaram-se dos valores do concurso 1297 e do concurso 0, revertendo a descida dos valores base dos Concursos I e II que eram incoerentes, colocando novamente os preços em valores de maior coerência com o mercado e constância face aos concursos anteriores.

Refutação da posição da AdC quanto ao comportamento da(s) Visada(s)

100. Não é verdade a tese da AdC segundo a qual as Visadas teriam acordado apresentar propostas acima do preço contratual máximo e/ou abster-se de participar no Concurso I e no Concurso II com o objetivo de promover o aumento do preço contratual máximo, inicialmente estabelecido pela REFER/IP para a prestação dos serviços de manutenção de AMVs na rede ferroviária nacional, via larga.

101. A atuação da Somafel relativa aos contactos com as restantes empresas Visadas, no âmbito dos três concursos em causa neste processo, encontra-se legitimada e justificada à luz de uma intenção de apresentar uma proposta conjunta, em consórcio, no âmbito dos três concursos em causa, circunscrevendo-se nos limites dessa justificação, e com o enquadramento de fundo tudo de lograr fazer face a uma acentuada descida dos preços

[5] Cf. fls. 1868.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

dos serviços em causa imposta pela REFER/IP, face às condições de contratos anteriores.

O suposto acordo de fixação de preços: Concurso I e II

Concurso I

102. A AdC sustenta que a Somafel teria entrado num pretenso acordo com as Visadas Neopul, Fergrupo, Mota-Engil e Futrifer para, no âmbito do Concurso I, coordenarem o seu comportamento e apresentarem propostas que supostamente fixassem, em alta, o preço dos serviços em causa.

103. Em primeiro lugar, ao contrário do que a AdC alega, da análise dos documentos em que a AdC se baseia para fazer as alegações identificadas (cf. prova indicada nos §§ 556 e 557 da DI), resulta que as comunicações ocorridas entre as Visadas tinham conteúdo e propósito meramente informativos, correspondendo à normalidade do exercício da atividade de qualquer *player* do setor procurar informar-se relativamente aos desenvolvimentos do mercado em que opera, incluindo quanto à entrada e/ou saída de operadores económicos (cf. também § 631 da DI).

104. Os factos descritos nos §§ 560, 561, 562, 563 e 564 da DI respeitam a comunicações alegadamente trocadas entre outros intervenientes sem que a Somafel conste dos seus remetentes, destinatários ou seja sequer de alguma forma mencionada.

105. A Somafel apenas é mencionada no § 559 da DI no qual se faz referências à discussão do convite à apresentação de propostas numa reunião do COF do CEMAV de 20.10.2014, na qual a Recorrente esteve efetivamente presente mas não a Neopul.

106. Em relação à ata dessa reunião do COF, apenas resulta que as Visadas membros do consórcio CEMAV teriam "trocado impressões" e não que, como alega a AdC, tenham em conjunto discutido aspetos relevantes do Concurso I, muito menos que dessa discussão tenha resultado um qualquer acordo com o intuito de fixar o preço dos serviços em causa no Concurso I.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

107. Estando já o consórcio admitido pela REFER/IP previamente ao lançamento do Concurso I, redigido em moldes idênticos ao Concurso 0, não é ilícito trocarem-se as referidas impressões no contexto do CEMAV que estava em operacionalização.

108. É verdade que a proposta do CEMAV, conforme o descrito no § 556 da DI, foi apresentada com um preço superior ao preço base estabelecido pela REFER, contudo, essa circunstância deveu-se ao facto de não ser possível às Visadas, mesmo agrupadas em consórcio, prestar os serviços previstos no caderno de encargos pelo valor estabelecido como preço base do concurso.

109. Trata-se de uma prática comum na contratação pública em geral, e nada tem que ver com uma suposta fixação de preços.

110. A referida conduta permite ainda evitar que a entidade adjudicante lance sucessivos concursos no âmbito dos quais não são apresentadas quaisquer propostas válidas – em prejuízo da entidade pública e do consumidor – até que esta eventualmente "acerte" num preço mínimo pelo qual um (ou vários) operador(es) económico(s) se disponha a prestação os serviços objeto dos concursos.

111. Não há, pois, indícios de qualquer suposto *acordo* tendente à pretensa fixação de preços em que intervenha a Somafel no que respeita ao Concurso I.

Concurso II

112. A AdC sustenta que a Somafel teria entrado num pretenso acordo com as Visadas Neopul, Fergrupo, Mota-Engil e Futrifer para coordenarem o seu comportamento e apresentarem propostas que supostamente fixassem, em alta, o preço dos serviços, tendo por base os factos descritos nos §§ 568 a 582 da DI, que permitiriam concluir pela realização de reuniões entre as empresas Visadas com o intuito acima indicado.

113. Uma leitura atenta dos referidos parágrafos da DI leva à conclusão de que (i) não só não fica demonstrada a presença da Somafel nas reuniões havidas (e consequentemente não fica demonstrada a existência de encontro de vontades aí alcançado que envolva a Somafel), como (ii) não existe qualquer base ou elemento para sustentar que o intuito e o discutido nessas reuniões era ilegítimo.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

114. A menção a qualquer uma destas reuniões na DI é absolutamente desgarrada de sentido, porquanto o Concurso II apenas viria a ser lançado mais de quatro meses depois (cf. § 569 da DI), pelo que nunca tais reuniões poderiam ter o objeto que a AdC pretende fazer crer, isto é, coordenar o comportamento através da repartição de mercados, através da apresentação de propostas a lotes definidos, sobre o um concurso que não existia, não se sabia se iria existir, nem em que moldes, condições e preços.

115. O motivo pelo qual foi agendada uma reunião do CEMAV para o dia 10.07.2015, foi o facto de ter sido lançado um novo concurso e havendo a possibilidade de as empresas se apresentarem em consórcio – como já tinha sucedido anteriormente –, fazia sentido verificar a viabilidade e oportunidade de se manter o agrupamento nos moldes existentes.

116. O mero agendamento de uma reunião subsequente ao lançamento do concurso não permite concluir (i) o propósito ilícito da reunião (ii) a efetiva presença de todos os supostos participantes e (iii) o que lá se discutiu.

117. Aliás, a Somafel acabou por não comparecer nem se fazer representar (nem mesmo por vídeo conferência) na mencionada reunião, pelo que desconhece, em primeira mão, o que lá terá sido discutido, sendo essa omissão de presença que justifica o contacto descrito no § 573 da DI com o intuito de transmitir o discutido na referida reunião.

118. Quanto à reunião agendada para 15.07.2015 – mencionada no § 574 da DI – o propósito era o de confirmar a possibilidade de apresentação pelo CEMAV de uma proposta ao Concurso II, recentemente lançado pela IP, seguindo a mesma linha de atuação do Concurso 0 e do Concurso I, e equacionar o alargamento do consórcio à Neopul (razão pela qual foi convocada para a reunião de 15.07.2015), por forma a fazer face ao reduzido preço base indicado no convite à apresentação de proposta.

119. Ao contrário do que sustenta a AdC, não houve uma repartição do mercado para efeitos do Concurso II, muito menos um acordo de repartição do mercado para futuros concursos, cujo lançamento, configuração e as respetivas condições se desconheciam por completo.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

120. O resultado das reuniões foi o da indisponibilidade da Neopul para integrar o consórcio CEMAV, pelo que o resultado da reunião foi um não-acordo, por inexistir um encontro de vontades entre o CEMAV e a Neopul.

121. Quanto às empresas consorciadas, resultou o acordo na manutenção do consórcio – que a AdC admitiu não ser proibido –, mas a impossibilidade de se alcançar um preço que pudesse ser inferior ao preço base do Concurso II.

122. Não corresponde à verdade que as Visadas tenham acordado "a distribuição dos lotes aos quais as empresas iriam apresentar proposta". Não houve qualquer divisão de lotes, porque não houve qualquer acordo, nem há um único elemento de prova que a AdC indique para demonstrar um acordo das Visadas para apresentação de propostas fictícias.

123. Resulta dos autos, em primeiro lugar, que nenhum dos comportamentos adotado pela Somafel constitui atos de definição, coordenação ou implementação de qualquer estratégia de atuação conjunta nos Concursos I e II com o propósito de, através destes, aumentar o preço contratual máximo estabelecido pela REFER/IP nos referidos concursos.

124. Em segundo lugar, relativamente aos comportamentos e contactos que envolvem a Somafel, a Visada forneceu uma explicação lógica, plausível, racional e coerente dos factos em causa, as quais excluem as teses enunciadas e indemonstradas sugeridas pela AdC.

O suposto acordo de repartição do mercado: Concurso III

125. Ao contrário do que considera a AdC, a Somafel não entrou num suposto acordo com as Visadas Neopul, Fergrupo, Mota-Engil e Futrifer para alegada repartição do mercado e consequente fixação do nível dos preços (cf. § 683 o) ii) da DI).

126. A Somafel estava convicta de que as regras de apresentação de propostas em agrupamento no âmbito do Concurso III não tinham sofrido qualquer alteração face aos Concursos anteriores, ou seja, estava convicta que continuava a ser admissível a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

apresentação de propostas por agrupamentos de empresas, como vinha sendo genericamente admitido pela IP desde 2014.

127. Por esse motivo, a Somafel não tomou qualquer iniciativa no sentido de obter esclarecimentos junto da IP relativamente a essa matéria, nem teve conhecimento contemporâneo relativamente ao facto – alegado pela AdC no § 586 da DI – de a Futrifer e a Fergrupo terem solicitado esses esclarecimentos à IP.

128. Este foi o entendimento da Somafel até ter tido conhecimento do ofício da IP informando que não era permitida a apresentação de propostas em agrupamento, conforme referido no § 587 da DI.

129. Foi naquele pressuposto que a Somafel estabeleceu contactos com as empresas consorciadas e com a Neopul, tendo em vista a ponderação da viabilidade da sua apresentação ao concurso em consórcio, para efeitos de ganhos de eficiência e obtenção de sinergias.

130. Nesses contactos inclui-se a reunião "anterior" a que se referem os §§ 588, 589, 590, 591 e 592 da DI, em 17.11.2015, realizada ainda pressupondo que as empresas poderiam apresentar-se a concurso em regime de consórcio, já que os esclarecimentos da IP foram disponibilizados apenas no dia 18.11.2015, informação essa que chegou ao conhecimento da Somafel também no dia 18.11.2015, com apenas 10 dias úteis de antecedência face à data de apresentação de propostas.

131. Neste contexto, foi mantida a reunião agendada para dia 20.11.2015 (cujo propósito inicial era operacionalizar alguns detalhes para a apresentação de proposta em consórcio), com o objetivo de desagregar as empresas agrupadas – uma vez que, até então, estas tinham operado no pressuposto de que poderiam apresentar propostas em consórcio – e dotar cada uma delas dos elementos e meios necessários para que pudessem apresentar, individualmente, propostas ao concurso.

132. Face às novas condições do Concurso III, nomeadamente atenta a revisão do preço contratual base, a Somafel decidiu unilateralmente, e desconhecendo as estratégias de atuação das outras empresas, apresentar-se a concurso nos dois lotes com localização geográfica coincidente com os lotes em que tem intervenção no concurso de

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

manutenção de via e de catenária, *i.e.* lotes 2 e 5, para demonstrar interesse na manutenção da sua presença nessas áreas geográficas, muito embora, no que respeita ao lote 2, não tenha logrado apresentar um preço inferior ao preço base.

133. A AdC considera que o alegado acordo de repartição de mercado teria tido início em novembro de 2015 e teria cessado em 1.12.2015, data da apresentação da última proposta (§§ 916 a 917 da DI).

134. Não pode, contudo, considerar-se provado que as Visadas tenham, em 15.07.2015, alcançado um suposto acordo de vontades por referência a um concurso que inexistia e cujas condições e configuração se desconheciam.

135. Para mais, no que diz respeito aos factos conhecidos da Somafel (correspondência em que esteja envolvida ou em que tenha participado), a Somafel não nega a existência desses factos, i.e., das comunicações e/ou reuniões. A Somafel contesta, isso sim, a apreciação especulativa, presuntiva e, sobretudo, incorreta que a Autoridade revela sobre tais factos, como demonstrado pelo enquadramento efetuado pelas Visadas sobre esses mesmos factos (incluindo por Visadas que acabaram por transigir).

136. Tendo em conta o reenquadramento do comportamento das Visadas e refutação dos factos da DI, fica claro que não se encontra preenchido o tipo objetivo (nem subjetivo) dos ilícitos pelos quais a Somafel vem acusada.

DO DIREITO

Do tipo objetivo

137. A AdC não logrou provar que a conduta da Somafel preenche os pressupostos que se subsumem no tipo objetivo do artigo 9.º da LdC e do artigo 101.º do TFUE.

Da existência de um alegado acordo de fixação do nível de preços e de um alegado acordo de repartição de mercados

138. A AdC não demonstrou ter existido qualquer acordo entre as Visadas em qualquer dos Concursos em causa, não tendo existido qualquer concurso de vontades, plano comum

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

ou linhas de ação comuns tendentes à fixação de preços ou à repartição de mercados entre as empresas Visadas.

O alegado acordo de fixação do nível de preços

139. Não resultou demonstrada qualquer das alegações da AdC (§§725-729 da DI) – nem existem indícios graves, precisos e concordantes de infração – na DI porquanto não existiu – de facto e de direito – qualquer acordo de fixação de preços entre as Visadas, em particular entre o Consórcio CEMAV e a Neopul:

(i) A AdC não identifica qualquer elemento de prova concreto, preciso e consistente que demonstre ter havido, entre as cinco empresas visadas (incluindo a Somafel), um "concurso de vontades" quanto ao nível de preços a apresentar em cada um dos dois concursos em causa (Concurso I e Concurso II).

(ii) As cinco empresas visadas não alcançaram qualquer concurso de vontades nem definiram qualquer plano de ação comum, muito menos com o propósito que a AdC pretende sugerir.

(iii) Não consta dos autos evidência de que as discussões havidas no <u>âmbito do consórcio e entre as empresas consorciadas</u> representem qualquer infração às regras de concorrência. A criação do consórcio teve por finalidade poder responder aos concursos lançados pela Refer/IP com condições muito exigentes nomeadamente em termos de preço.

(iv) Há uma explicação alternativa, plausível, coerente, credível – <u>que é a verdadeira</u> – para os factos descritos na DI: o consórcio CEMAV apresentou propostas ao Concurso I e II, que resultaram da adição da contribuição e dos valores indicados individualmente por cada uma das consorciadas; as propostas apresentadas pelo Consórcio CEMAV encontravam-se, de facto, acima do preço base proposto pela entidade adjudicante sendo, no entanto, essa prática comum enquanto forma de manifestar à entidade adjudicante o valor referencial adequado a que as empresas estão dispostas a prestar os serviços objeto dos concursos; assistiu-se a uma degradação assinalável das condições

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

económicas e técnicas dos Concursos I e II quando comparadas com concursos anteriores.

(v) Os contactos existentes entre o consórcio e a Neopul tiveram, em cada uma das ocasiões em que a Somafel participou, o desiderato de explorar a possibilidade de a Neopul poder vir a integrar o consórcio, em resultado do contexto e das condições técnicas e económicas específicas dos procedimentos concursais em causa, sucessivamente deterioradas face a procedimentos concursais anteriores.

(vi) A AdC limita-se a inferir a participação da Somafel num alegado acordo a partir de escassos documentos, muitos dos quais agendamentos de reuniões entre representantes das empresas Visadas que não demonstram a existência de qualquer ilícito.

(vii) As propostas apresentadas pelo Consórcio no âmbito do Concurso I e Concurso II resultaram de uma decisão das empresas que integravam o consórcio CEMAV, e não de um suposto acordo entre este e a Neopul.

(viii) O comportamento do consórcio CEMAV e da Neopul não é sequer consistente com qualquer acordo entre ambos, revelando-se tal alegado acordo irracional do ponto de vista económico. A apresentação de propostas acima do preço base no caso do Concurso I, por um lado pelo Consórcio CEMAV e, por outro lado, pela Neopul, tiveram por consequência a celebração de um ajuste direto entre a entidade adjudicante e o CEMAV para que os serviços em causa continuassem a ser prestados. O mesmo sucedeu quanto ao Concurso II. Admitindo, por mera hipótese, que o ajuste direto pudesse revelar-se benéfico para as empresas do Consórcio CEMAV, a Neopul não teria, nem teve, qualquer benefício na sua exclusão do Concurso I e na não participação no Concurso II. Não se percebe que sentido teria a realização de um acordo com o Consórcio para dele, sistematicamente, não retirar qualquer benefício económico.

(ix) O tipo de acordo que a AdC pretende imputar à Somafel – um acordo horizontal de fixação de preços – não pode proceder. Com efeito, não tendo sido possível ao Consórcio CEMAV apresentar propostas economicamente

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

viáveis pelos motivos mencionados, não seria tão-pouco possível, por maioria de razão, a cada uma das empresas individualmente consideradas fazê-lo, porquanto estariam à margem das sinergias que resultavam da participação em consórcio. Por conseguinte, as empresas consorciadas não devem ser consideradas concorrentes, pelo menos para efeitos do Concurso I e II.

O alegado acordo de repartição do mercado

140. Não resulta demonstrado nos autos um qualquer concurso de vontades acerca de um plano comum entre a Somafel e as restantes empresas Visadas para repartir o mercado no que respeita ao Concurso III:

(i) Ao contrário do que alega a AdC, os factos descritos nos §§ 547 a 601 não demonstram o alegado acordo de repartição de mercados no âmbito do Concurso III, desde logo porque, por razões cronológicas, não poderiam referir-se ao Concurso III por terem ocorrido em momento em que tal concurso nem sequer existia, não era antecipável e, sobretudo, a sua própria existência não dependia da Somafel.

(ii) Era entendimento da Somafel durante 15 dias (até 18.11.2015) que o consórcio CEMAV não estava impedido de concorrer ao Concurso III. Os contactos havidos até essa data tiveram por propósito integrar a Neopul no consórcio CEMAV para apresentação de proposta conjunta ao referido concurso. A reunião de dia 20.11.2015 manteve-se com o intuito de desagregar as empresas agrupadas que, até então, estariam já a operar no pressuposto de que poderiam apresentar propostas em consórcio, e dotar cada uma delas dos elementos e meios necessários para que, querendo, pudessem preparar nos meros 9 (nove) dias seguintes, as suas propostas unilaterais, e foi o que a Somafel fez: decidiu estar em condições de se apresentar a concurso nos dois lotes localizados em geografia coincidente com os estaleiros onde intervém já no concurso de manutenção de via e de catenária, i.e., lotes 2 e 5, muito embora apenas tenha conseguido alcançar uma proposta economicamente válida apenas quanto ao lote

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

5, indicando, quanto ao lote 2, o valor a que a Somafel estaria disposta a prestar aqueles serviços.

(iii) Não pode considerar-se provado ter sido delineado o suposto um plano de ação comum que constituiria um acordo de repartição do mercado nacional de prestação dos serviços em causa, em 15.07.2015, por referência a um concurso inexistente e cujas condições não eram sequer antecipáveis. Em 15.07.2015 estava em curso o Concurso II, cujo desfecho não era conhecido e as Visadas não tinham como saber se a IP iria lançar novo concurso e, muito menos, poderiam antever que, decidindo a IP lançar novo concurso, em que condições o faria, e que lotes seriam previstos.

(iv) A apresentação de propostas pela Somafel aos lotes 2 e 5 do Concurso III resulta de uma decisão unilateral da Somafel, e não de um qualquer concurso de vontades acerca de um plano de ação entre esta e as restantes empresas visadas, na aceção do artigo 9.º da LdC e 101.º do TFUE, inexistindo manifestação de vontade comum entre a Somafel e as restantes empresas Visadas, para se comportarem no mercado de uma forma determinada.

Da existência de um alegado objeto restritivo da concorrência

141. A conclusão e os pressupostos da AdC que a levam a concluir pela caracterização dos alegados acordos como supostas restrições da concorrência pelo objeto assentam numa interpretação incorreta do nº 1 do artigo 9.º da LdC e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

142. A AdC não cumpre os requisitos que resultam da jurisprudência do TJUE (escalpelizada detalhadamente na secção 4.1.3.1 supra). Um acordo não pode ser tipificado como *restrição por objeto* de forma automática, como a AdC pretende fazer, a mero pretexto de ser "suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, isto é, que seja concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência (cf. DI, § 773)", havendo de demonstrar, casuisticamente, o grau suficiente de nocividade para a concorrência da conduta concreta, sendo certo que o conceito.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

143. O conceito de restrição por objeto tem sido objeto de vários acórdãos (recentes) do TJUE. Tem sido consistentemente reafirmado que deve ser interpretado restritivamente, estando essa classificação reservada a tipos de conduta reveladoras de um grau suficiente de nocividade para a concorrência. A constatação de que uma conduta é restritiva da concorrência pelo objeto exige da autoridade que o alega um duplo nível de análise.

144. O primeiro nível é tendente a identificar, de maneira generalizada, o tipo de condutas que podem ser classificadas como restrições por objeto (aquelas que, pela sua própria natureza, podem ser consideradas prejudiciais ao bom funcionamento do jogo da concorrência). O segundo nível exige uma análise individual da conduta concreta, tendo em conta o teor do acordo ou a natureza da conduta, os objetivos que visa prosseguir, sempre no contexto económico e jurídico em que a mesma se insere, sendo também relevante tomar em consideração os efeitos pro-competitivos do alegado acordo.

145. A caracterização de uma restrição pelo objeto deve ser adotada quando a análise do acordo em questão deixar claro que o comportamento em causa não pode ter outra explicação que não a do interesse comercial das partes em suprimir a concorrência pelo mérito entre elas.

146. Um acordo só pode, pois, ser classificado como restritivo da concorrência pelo quando a única explicação plausível é a restrição da concorrência. E, no caso de as partes objeto do acordo avançarem uma explicação plausível suscetível de justificar uma dúvida razoável quanto à ausência de grau suficiente de nocividade para a concorrência, então um tal acordo não pode ser qualificado como restrição pelo objeto e as autoridades da concorrência não estão dispensadas de analisar os efeitos desse acordo.

147. Este duplo nível de análise não foi nem deficientemente realizado pela AdC. A AdC não alega nem demonstra que elementos considerou, e de que forma foram considerados.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

148. Embora esta inclua na DI o título "Apreciação jurídica e económica do comportamento das visadas", nenhuma análise é feita relativamente ao contexto jurídico e económico dos Concursos em causa e dos contactos havidos entre as empresas visadas a esse respeito para efeitos da demonstração de uma infração pelo objeto.

149. Ainda que as autoridades da concorrência possam ter em conta a intenção das partes para determinar o caráter restritivo da conduta, é inadmissível considerar que um acordo tem um objeto restritivo da concorrência apenas porque o suposto propósito das partes é a pretensa restrição da concorrência. E é, de resto, tão somente o que faz a AdC nos §§ 773 e 774 da DI, sendo as únicas passagens relevantes da DI que ensaiam demonstrar, manifestamente sem conseguir, que os supostos acordos constituem restrições por objeto.

150. Reiterando o seu *modus operandi*, e sem prejuízo das alegações da Somafel nesta matéria em sede de PNI, a AdC limitou-se a replicar as considerações da NI na DI, e não se pronunciou sobre os argumentos que Somafel apresentou em sede de PNI nesta matéria, persistindo em identificar um conjunto de generalidades. Basta-se com a técnica de "fundamentação" assente na falácia de que um argumento se torna correto através da sua simples reiteração.

151. A DI revela uma na total ausência de análise dos bens e serviços afetados, das reais condições de funcionamento do mercado, do contexto jurídico e económico dos Concursos em causa e dos contactos havidos entre as empresas visadas a esse respeito.

152. Não tendo demonstrado por que razão os alegados acordos poderiam ser considerados restrições pelo objeto, a AdC não estaria desonerada de demonstrar os efeitos concretos produzidos no mercado, o que não fez.

153. Conclui-se que não se encontra preenchido um elemento fundamental do tipo descrito no artigo 9.º da LdC e 101.º do TFUE: a existência de acordos com objeto, ou efeitos, anticoncorrencial.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Do suposto caráter sensível da restrição da concorrência

154. A AdC conclui na DI que se encontra preenchido o requisito da sensibilidade da restrição da concorrência, porquanto os alegados acordos imputados à Somafel (acordo de fixação do nível de preços e acordo de repartição de mercados), constituem restrições por objeto, assim configurando, pela sua própria natureza, uma restrição significativa da concorrência, para tal invocando, em particular, a jurisprudência do TJUE (acórdão *Expedia*) e a Comunicação *De Minimis* da Comissão Europeia.

155. Ora, as comunicações da Comissão, como a Comunicação *De Minimis*, não são vinculativas para os Estados-Membros, não vinculando, por sua vez, a AdC. Em todo caso, a Comunicação *De Minimis*, não aborda a questão de saber o que, efetivamente, constitui uma restrição sensível da concorrência, antes indicando, por meio de limiares de quotas de mercado, as circunstâncias em que considera que os acordos suscetíveis de ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno não constituem uma restrição significativa da concorrência ao abrigo do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE.

156. O caráter sensível da restrição da concorrência, elemento objetivo do tipo de ilícito previsto no artigo 9.º da LdC, não deve ser confundido, como resulta da DI, com o conceito de caráter sensível da *afetação do comércio entre os Estados-Membros*, elemento que determina a aplicação do artigo 101.º do TFUE.

157. Fazer resultar da sensibilidade da afetação do comércio entre Estados-Membros o carácter sensível da restrição da concorrência é contrário à jurisprudência do TCRS, que já concluiu que, não exigindo o artigo 9.º, n.º1 da LdC, a verificação do pressuposto da afetação do comércio entre Estados-Membros, não basta a invocação do acórdão Expedia para se concluir pela natureza sensível da restrição, que terá de ser concretamente apurada.

158. Não resulta dos autos prova de que a Somafel tenha participado em quaisquer acordos restritivos da concorrência por objeto, sendo que a AdC não procedeu à avaliação dos possíveis efeitos no mercado dos supostos acordos e não fez demonstração da existência de uma restrição por efeito.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

159. Ao contrário do que pretende a AdC, segundo a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia que a própria AdC cita, uma restrição por objeto pode não afetar de forma sensível a concorrência, se estivermos perante acordo que não afeta o comércio entre os Estados-Membros, pelo que concluir que uma restrição por objeto seria sempre, pela sua própria natureza, uma restrição sensível, comportaria uma interpretação incorreta dessa jurisprudência, assim como da jurisprudência do TCRS, *supra* referida.

160. A AdC não demonstrou que os alegados acordos restringiram a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, tendo apenas tecido considerações genéricas quanto ao âmbito de atuação das empresas em causa, bem como o âmbito da prestação de serviços.

Da suposta afetação do comércio entre Estados-Membros

161. A AdC não logrou fazer prova dos três elementos fundamentais do requisito que determina a aplicação do direito da União Europeia, que são (i) o conceito de comércio entre Estados-Membros; (ii) a noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros; e (iii) o conceito de caráter sensível.

162. De acordo com as Orientações da Comissão sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros, para que haja afetação do comércio entre Estados-Membros terá sempre que dar-se um impacto mínimo nas atividades económicas transfronteiriças entre pelo menos dois Estados-Membros, o que a AdC não demonstrou.

163. A suscetibilidade de a abrangência de um acordo aplicado à totalidade do território de um Estado-Membro contribuir para a compartimentação dos mercados e de afetar as trocas intracomunitárias constitui apenas uma presunção de que o comércio entre Estados-Membros [é] afetado, podendo a referida presunção ser ilidida se a análise das caraterísticas do acordo e do contexto económico em que ele se insere demonstra[sse] o contrário.

164. A Somafel demonstrou que se tivesse realizado esta análise, a AdC só poderia ter concluído pela não afetação do comércio entre Estado Membros, tendo em os procedimentos concursais em que se verificaram as alegadas práticas dependiam de

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

uma qualificação prévia no âmbito da qual não ficou qualificada nenhum concorrente de outro Estado Membro.

165. A consideração da AdC de que as empresas Visadas integrariam "grandes grupos de empresas de dimensão internacional com presença noutros Estados Membros" (cf. § 818 da DI), só seria relevante caso as práticas envolvessem as empresas de outros Estados Membros, tendo efeitos igualmente nesses estados, o que não é o caso.

166. A AdC não demonstrou a suscetibilidade de afetação do comércio, uma vez que, aqui novamente, não atendeu ao contexto jurídico económico em que se inscreve a prática, tal como exigido pela jurisprudência dos tribunais europeus.

167. A AdC cingiu-se a concluir que "tratando-se de dois acordos horizontais com um objeto anticoncorrencial que abrange o território nacional, os mesmos têm, pela sua natureza "o efeito de reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificulta a penetração económica pretendida pelo Tratado" (§ 839 da DI),pelo que não demonstrou, como lhe competia, ser possível prever com um grau de probabilidade suficiente, com base num conjunto de fatores objetivos de direito ou de facto, que os alegados acordos podem ter uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados Membros.

168. Em contraste, a Somafel demonstrou que, não tendo ficado qualificado nenhum concorrente de outro Estado-Membro, os alegados acordos não podiam, nem mesmo potencialmente, ter qualquer aptidão a excluir concorrentes de outros Estados-Membros, pelo que não havia sequer suscetibilidade de afetação do comércio no mercado interno europeu.

169. Quanto ao elemento do caráter sensível, a AdC não podia ter ignorado que, a terem existido acordos entre as Visadas, *quod non*, estes só abrangem o território nacional e, como já demonstrado, nem teriam sequer aptidão a afetar o comércio entre Estados Membros, atento o seu contexto jurídico e económico, razão pela qual nunca poderia verificar-se uma afetação sensível.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

170. Assim, não ficou demonstrado nos autos que a suposta infração afetou o comércio entre Estados Membros, requisito de que depende a aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE.

Da alegada justificação dos supostos acordos de fixação de preços e acordo de repartição de mercados

171. A análise da AdC quanto a uma eventual justificação dos supostos acordos está inquinada por se basear num critério de análise que não integra a previsão dos artigos 10.º da LdC e do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE.

172. As considerações da AdC constantes dos §§ 859 a 861 e 868 a 871, em particular quanto à questão de saber se uma conduta alegadamente anticoncorrencial decorria ou era imposta por um determinado enquadramento regulatório, relevam apenas para a aferição quanto ao preenchimento da previsão do artigo 9.º da LdC e n.º 1 do artigo 101.º.

173. Tais considerações não relevam para a aferição da questão de saber se um acordo integra a previsão dos referidos artigos.

174. As Orientações da Comissão Europeia quanto à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, estabelecem que esta disposição não exclui, a priori, do seu âmbito determinados tipos de acordos. Em princípio, todos os acordos restritivos que satisfaçam as quatro condições do n.º 3 do artigo 101.º são abrangidos pela exceção, pelo que a negação categórica desta possibilidade pela AdC, sem qualquer análise à luz do balanço económico, é inaceitável à luz da prática decisória da Comissão Europeia.

Da não imputação subjetiva das supostas infrações e da ausência de comportamento culposo por parte da Somafel

175. Mesmo que se viesse a considerar que a conduta da Somafel preencheria o tipo objetivo dos ilícitos contraordenacionais que lhe vêm imputados na DI (no que não se

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

concede), sempre ficaria afastada a imputação daqueles ilícitos à Somafel, seja a título de dolo, conforme pretende a AdC, seja a título de negligência.

176. A interpretação das normas previstas nos artigos 8.º n.º 2 e n.º 3 do RGCO e do artigo 68.º, n.º 3 da LdC defendida pela AdC no § 908 da DI, segundo a qual a circunstância de as empresas "com uma dimensão considerável no mercado nacional", pertencentes a "grandes grupos económicos com dimensão internacional", com uma "capacidade financeira" análoga à das Visadas e com "estruturas internas (que tipicamente integram departamentos jurídicos, recorrendo igualmente a assessoria jurídica externa)" faz, por si só, improceder a invocação pelas mesmas da falta de consciência da ilicitude da ação e do erro sobre os elementos constitutivos do tipo de ilícito no âmbito de um processe de contraordenação por infrações ao Direito da Concorrência é manifestamente inconstitucional por violação dos princípio da igualdade, da legalidade e da culpa, nos termos constitucionalmente consagrados nos artigos 13.º, 29.º n.ºs 1 e 3, 266.º n.º 2, 2.º e 27.º, n.º 1, todos da CRP – inconstitucionalidade que, desde já, se invoca.

177. A AdC devia ter alegado e provado factos concretos em relação à Somafel que, no entender da Autoridade, determinariam o preenchimento do tipo subjetivo dos ilícitos imputados e a suposta qualificação do comportamento da Somafel como culposo – o que não fez.

178. No que diz respeito aos Concursos I e II, não pode a conduta da Somafel ser qualificada como dolosa, desde logo porque a Somafel, atento o contexto *supra* descrito, nunca atuou com conhecimento da factualidade típica, isto é, nunca previu ou representou que a sua conduta se subsumiria no tipo de ilícito objetivo que lhe vem imputado ou fosse sequer ilícita por qualquer outro motivo.

179. A conduta da Somafel também não pode ser qualificada como negligente porque a Somafel nunca sequer representou que a sua conduta pudesse, ainda que por mera hipótese, ter natureza típica – o que determina o afastamento da negligência consciente porquanto a mesma pressupõe que o agente represente a possibilidade de verificação

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

de todas as circunstâncias típicas, confiando, porém, que a sua conduta não conduzirá à realização típica.

180. Atento o disposto no artigo 8.º n.º 1 do RGCO, resta concluir que não pode a Somafel ser sancionada porquanto não praticou qualquer facto típico com dolo ou com negligência, ficando, por esse motivo, a imputação subjetiva do ilícito referente aos Concursos I e II, excluída, sob pena de violação do princípio da tipicidade, da legalidade e da culpa, ínsitos nos artigos 1.º, 2.º, 8.º do RGCO, 40.º do Código Penal e 29.º n.º 1 e 3, 2.º, 27.º n.º 1, 20.º, 266.º, n.º 2, 18.º n.º 2 e 32.º n.º 2 da CRP.

181. No que diz respeito ao Concurso III, na perspetiva da Somafel, a menção a não serem admitidos agrupamentos de empresas "para além dos inicialmente qualificados" apenas poderia referir-se (i) ao CEMAV, único agrupamento de empresas qualificadas já admitido pela IP ou (ii) a agrupamentos de empresas qualificadas, como, aliás, se tinham referido anteriormente as expressões "nos exatos termos em que foram qualificadas: a título individual ou em agrupamento", quando admitiram a apresentação de propostas em agrupamento de empresas (consórcio) não anteriormente qualificado nesses termos.

182. A Somafel atuou absolutamente convicta da licitude da preparação da apresentação de propostas ao Concurso III pelo Consórcio (incluindo nele a Neopul), sendo que todos os contactos e reuniões entre a Somafel e as restantes Visadas ocorreram sustentados nesse pressuposto – entenda-se, no pressuposto da admissibilidade de apresentação de propostas em agrupamento de empresas (consórcio) e consequente legitimidade e licitude dos contactos e reuniões cujo o objeto fosse precisamente a preparação da referida apresentação de propostas em agrupamento.

183. Nestes termos, sempre teria de configurar-se a atuação da Somafel como uma atuação em erro sobre um estado de coisas que, a existir, afastariam a ilicitude do facto e, bem assim, a sua culpa, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 8.º n.º 2 do RGCO, quer a título de dolo quer a título de negligência, porquanto o erro sobre as circunstâncias de facto em que a Somafel teria incorrido não seria censurável.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

184. Inexistindo a possibilidade de formular um juízo de censurabilidade direcionado à conduta adotada pela Somafel, não revelando a mesma uma atitude interna de indiferença e, muito menos, de contrariedade ao Direito da Concorrência, terá de concluir-se pela ausência de culpa, pelo que não pode a Somafel ser responsabilizada pela contraordenação de que vem acusada, sob pena de violação dos princípios da legalidade e da culpa, nos termos dos artigos 1.º, 2.º e 8.º do RGCO, 40.º do Código Penal e 29.º n.º 1 e 3, 2.º, 27.º n.º 1, 266.º, n.º 2 e 18.º n.º 2 e 32.º n.º 2 da CRP.

Da execução temporal das supostas infrações

185. Quanto aos Concursos I e II, não pode a Autoridade considerar que a infração da Somafel, a ter existido (o que não se concede e apenas se aceita por mero dever de patrocínio), se iniciou no dia 05.11.2014, já que essa data diz respeito a uma reunião realizada a propósito do Concurso I, na qual a Somafel não esteve presente.

186. O início da infração do lado da Somafel (caso a infração tivesse ocorrido, no que não se concede, conforme demonstrámos no capítulo dos factos, para onde se remete) apenas poderia ter como data de início o dia 15.07.2015, na medida em que é o primeiro contacto referido pela AdC que envolve a Somafel / Consórcio e a Neopul no contexto do Concurso II (§ 575 da DI) (os contactos anteriores destinaram-se a agendar a referida reunião, conforme demonstrado acima).

187. Até 15.07.2015 não há, contra a Somafel, factos nem provas que permitam concluir, de maneira inequívoca, que o início da conduta imputada à visada Somafel teve lugar antes de 15.07.2015.

188. Assim, caso se entenda que a Somafel praticou uma infração relativa a participação em acordo de fixação do nível dos preços (no que não se concede), sempre se terá de concluir que tal infração ter-se-á iniciado em 15.07.2015 e terminou, como defende a própria Autoridade, em 05.08.2015, a data de apresentação de proposta pelo CEMAV (§ 915 e 923 da DI), assumindo, assim, uma duração de 22 dias.

189. Quanto ao Concurso III, de acordo com a AdC, a suposta infração relativa ao suposto acordo de repartição de mercado ter-se-ia iniciado em novembro de 2015 e terminado

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

no dia 01.12.2015 (§ 916, 917 e 924 da DI), assumindo, assim, uma duração de, no máximo, 1 mês.

190. Contudo, o que resulta dos §§ 583 a 604 da DI, é que, segundo a própria Autoridade, teria sido na reunião de 20.11.2015 que as visadas teriam corporizado "na prática a estratégia comum de atuação das empresas visadas, no que se refere à sua participação no concurso em causa (…) e acordaram, entre outros aspetos, que a Futrifer elaboraria as propostas de MPC, as enviaria posteriormente a cada empresa visada, de acordo com o lote previamente adjudicado, e cada empresa visada formalizaria individualmente a proposta junto da IP" (§§ 594 e 595 da DI).

191. Assim, a considerar-se que tal infração teria sido praticada (o que não se concede), sempre teria de se considerar como data de início da mesma o dia 20.11.2015 e de termo o dia 01.12.2015, como defende a própria Autoridade, correspondente à data de apresentação de última proposta pelo CEMAV (§ 917 e 924 da DI), assumindo, assim, uma duração de 12 dias.

Das sanções

Das coimas

192. A coima e sanções acessórias que foram concretamente aplicadas à Somafel violam frontalmente os princípios da legalidade e da proporcionalidade, sendo que a DI não respeita as exigências de fundamentação e de tutela de segurança jurídica que impendem sobre as decisões judiciais e administrativas, pondo em causa o princípio da tutela jurisdicional efetiva – na modalidade de direito à impugnação da decisão final condenatória.

193. Não existe qualquer menção na DI às necessidades de prevenção geral e especial sentidas no caso concreto e muito menos se procura uma análise individualizada, em relação a cada uma das Visadas e, em particular, em relação à Somafel, dessas mesmas necessidades preventivas.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

194. O volume de negócios da Somafel considerado nos §§ 946 ii) e 461 da DI, trata-se de um valor estimado (i.e. não auditado), uma vez que, em fevereiro de 2020, a empresa não tinha contas auditadas.

195. A AdC não se refere expressamente ao *volume de negócios relacionado com a infração* ("VNRI"), conceito que deriva das suas LOCC. A Somafel supõe que ao reportar-se, no § 950 da DI, aos volumes de negócio da Somafel (i) em 2014 e 2015, na (ii) prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal, a AdC refere-se ao VNRI.

196. A AdC não identifica que montante concreto considera para efeitos de cálculo do montante base da coima, não sendo, por conseguinte, possível à Somafel ou ao Tribunal sindicar se as LOCC foram ou não aplicadas e de que forma.

Insuficiente fundamentação dos critérios para efeitos de determinação da medida concreta da coima

197. A AdC não deu a conhecer, na DI, as razões que a levaram a determinar a aplicação dos concretos montantes de coima à Somafel e, em comparação com as demais Visadas, os montantes constantes da página 239 da DI e os montantes concretamente aplicados em sede de procedimentos de Transação.

198. Saiu assim violado o dever de fundamentação de um ato juridicamente vinculativo, correspondente ao direito fundamental consagrado no artigo 41.º, n.º 2, alínea c), da CDFUE.

199. A fundamentação de uma decisão deve, nomeadamente, permitir às empresas que dela são destinatárias identificar e compreender os critérios efetivamente utilizados pela AdC para a fixação da coima, bem como verificar se esses critérios foram aplicados de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade, o que a AdC não fez.

200. No caso, como o presente, de um procedimento híbrido desfasado, o dever de fundamentação que recai sobre a AdC (à semelhança daquele que impende sobre a Comissão Europeia) engloba todos os elementos pertinentes exigidos para poder

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

apreciar se a Somafel se encontrava ou não numa situação comparável à das Visadas destinatárias das respetivas Minutas de Transação convoladas em decisões condenatórias e se um eventual tratamento igual ou desigual das referidas situações era objetivamente justificado.

201. Ainda que se possa conceber não ser exigível o detalhe de todos os cálculos aritméticos relativos a todas as etapas necessárias à determinação do montante concreto da coima, os tribunais europeus têm exigido à Comissão Europeia que fundamente a sua decisão e, nomeadamente, explique a ponderação e a avaliação que fez dos elementos tomados em consideração e a existência de fundamentação deve ser verificada oficiosamente pelo juiz.

202. A AdC não se pronuncia na DI individual e concretamente sobre a ponderação de cada um dos critérios legais relevantes para a determinação da medida concreta das coimas (identificados nos § 953, §§ 969 a 987 e §§ 1010-1014 todos da DI), relativamente a cada uma das Visadas – e, em concreto, relativamente à Somafel.

203. Nem fundamenta as suas conclusões, limitando-se, por referência a cada critério que ela própria identifica, a desconsiderar os argumentos das Visadas, através da formulação de juízos genéricos, conclusivos, sem apoio na prova dos autos e repetindo as considerações que havia feito constar na NI.

204. Quanto à alegada *gravidade* das supostas infrações, a AdC qualifica-as como muito graves, em virtude da natureza das mesmas, sem fundamentar a gravidade no caso concreto, sendo que, segundo as LOCC, a ponderação da gravidade é crítica na determinação do montante base da coima, já que, esse montante base corresponde a uma percentagem do VNRI, determinada em função da gravidade (variando entre 0% e 30%).

205. Segundo as suas LOCC, a gravidade da infração não é qualificada exclusivamente em função da sua natureza, sendo determinada casuisticamente, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, designadamente a natureza da prática, o grau de sofisticação da sua implementação, os seus efeitos sobre a economia, o mercado afetado e o comportamento dos agentes económicos, em especial no que respeita à dinâmica da

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

inovação, a dimensão económica dos visados pelo processo e a sua participação na infração, bem como a relevância e a dimensão do sector económico em causa.

206. Quanto à alegada *duração* das infrações imputadas à Somafel, a AdC não identificou qualquer contacto da Somafel por referência ao último trimestre de 2014, mas considera que o suposto acordo de fixação de preços verificou-se nessa altura, sendo que o primeiro contacto referido pela AdC que envolve a Somafel/ Consórcio e a Neopul no contexto do Concurso II (§ 575 da DI) é de 15.07.2015, pelo que a constatar-se que a Somafel teria estado envolvida num tal acordo – *quod non* – o mesmo teria tido uma duração de 22 dias – i.e. de 15.07.2015 a 05.08.2015.

207. O suposto acordo de repartição de mercados (Concurso III), a ter existido, teria tido uma duração de 12 dias – i.e. de 20.11.2015 a 01.12.2015.

208. A aplicação da metodologia constante das LOCC ao caso concreto levaria a considerar, quanto à Somafel, que a primeira infração (22 dias) e a segunda infração (12 dias) seriam tratadas como se tivessem tido uma duração de seis meses cada.

209. No entanto, os tribunais da UE já confirmaram que os multiplicadores em função da duração não podem ser arredondados, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade, devendo os mesmos ser ajustados para refletir a duração real da participação das empresas nas infrações, com o objetivo de, desse modo, assegurar a proporcionalidade do montante da coima relativamente à duração da infração e evitar disparidades no respeitante ao tratamento dado às empresas punidas na mesma decisão.

210. Assim, caso a AdC tenha fixado um multiplicador em função da duração de acordo com as suas LOCC – facto que se desconhece uma vez que esse multiplicador não é identificado na DI – , constata-se que, através de arredondamentos que ficcionam a participação em infrações por períodos não reais, estão a ser imputados à Somafel um número considerável de dias a respeito dos quais não ficou provada qualquer participação em qualquer das alegadas infrações.

211. A AdC não explicita o grau da suposta participação individual de cada visada em cada infração.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

212. A AdC viola, assim, a norma prevista no artigo 16.º, n.º 2, do RGCO, segundo o qual cada comparticipante deve ser punido segundo a sua culpa, e o artigo 29.º do Código Penal que incorpora o princípio segundo o qual não há pena sem culpa e a culpa decide da medida da pena.

213. Viola, ainda, a AdC o princípio da proporcionalidade na medida em que contabilizou como fator multiplicador um período distinto daquele em que a alegada infração ocorreu.

214. Quanto ao *critério da colaboração das empresas Visadas* com a AdC, a DI revela, mais uma vez, total ausência de fundamentação e análise concretizada relativamente a cada Visada.

215. Não tendo sido dada à Visada a possibilidade de se pronunciar sobre os critérios de determinação da medida da coima, DI é nula por violação dos direitos de defesa da Somafel ao abrigo do artigo 25.º da LdC e do artigo 50.º do RGCO (aplicável *ex vi* artigo 13.º da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO).

216. A inexistência de *antecedentes* contraordenacionais deveria ter sido considerada positivamente pela AdC e não o foi.

217. A AdC devia, ainda, ter considerado constituir *circunstância atenuante* o facto de o suposto comportamento anticoncorrencial ter sido autorizado ou incentivado por entidade pública ou regulamentação (conforme assume a própria AdC nas Linhas de Orientação da AdC, § 33), o que é manifestamente o caso, atentos os preços não económicos fixados pela REFER/IP, que tornaram absolutamente indispensável a exploração da hipótese de alargamento do consórcio CEMAV para viabilizar a prestação do serviço.

218. Esta falta de fundamentação, quer na vertente da análise genérica e descaracterizada dos critérios previstos no artigo 69.º, n.º 1, da LdC, quer na vertente da absoluta omissão de análise e ponderação dos critérios relevantes estabelecidos nas suas LOCC, redunda na consequente impossibilidade de apreciação do mérito da decisão da AdC quanto à determinação do montante da coima.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

219. A DI viola, assim, as disposições plasmadas no artigo 375.º, n.º 1 do CPP, aqui aplicável por remissão dos artigos 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO, o que gera a nulidade da DI, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c) do CPP (ou, assim não se entendendo, do artigo 374.º, n.º 2 do CPP), também aplicável *ex vi* aqueles artigos da LdC e do RGCO – nulidade que desde já se deixa arguida para os devidos efeitos.

Omissão de identificação do montante base da coima e omissão de fundamentação do seu apuramento

220. Apesar de constar da DI uma referência a que, na determinação concreta das coimas aplicáveis, a AdC considerou os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 69.º da LdC, bem como a metodologia estabelecida nas suas LOCCs (cf. § 960 da DI), a verdade é que a DI é totalmente omissa quanto à realização do exercício de ponderação de vários fatores imposto pelas LOCC.

221. Desde logo, porque, em antagonia com a prática da Comissão Europeia – que divulga, nas suas decisões, os fatores que pondera e os coeficientes que aplica para efeitos de determinação do cálculo do montante base da coima, tal como exigido pelos tribunais da UE –, a DI omite, por exemplo:

(i) qual o concreto VNRI considerado pela AdC para cada uma das empresas Visadas;

(ii) que percentagem do VNRI a AdC considerou para efeitos do apuramento montante base da coima para cada Visada, também omisso nas Minutas de Transação;

(iii) que multiplicador foi considerado pela AdC, para cada Visada, para cada infração, em função da duração das alegadas infrações - também omisso nas Minutas de Transação;

(iv) a ponderação (admitindo que ponderou, circunstância que não é sequer possível confirmar) dos fatores de gravidade e duração e respetivos coeficientes, se houve aplicação do montante adicional, se houve ajustamentos e em que medida, tudo isto para cada Visada (também omisso nas Minutas de Transação);

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

(v) que circunstância do caso concreto demonstrará especial necessidade em termos de prevenção especial e geral que determine o aumento "até 100%" do montante da coima? (§ 967 da DI).

Violação do princípio da igualdade de tratamento entre as visadas, o princípio da proporcionalidade e o princípio da confiança legítima

222. A AdC violou o princípio da igualdade de tratamento entre visadas, que constitui um princípio geral de direito da UE, consagrado nos artigos 20.º e 21.º da CDFUE, que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de forma diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de forma igual, a não ser que esse tratamento seja objetivamente justificado.

223. Decorre deste princípio que em caso algum – incluindo em procedimentos híbridos desfasados – a aplicação de métodos de calculo diferentes para determinação do montante da coima pode redundar numa discriminação entre empresas que participação na mesma infração, o que veio a acontecer no presente caso.

224. Na determinação do montante da coima, não podia a AdC ter conduzido – como conduziu – a uma discriminação entre as partes que participaram na mesmo infração, no que diz respeito aos elementos e métodos de cálculo da coima, que não são afetados pelas especificidades inerentes ao procedimento de transação, como a aplicação de uma percentagem de redução por transação.

225. O procedimento de transação encontra a expressão da redução da coima não na ponderação dos critérios que determinam a determinação da medida concreta da coima, mas sim na percentagem (ilimitada) de redução permitida pelo artigo 27.º, n.º 3 da LdC.

226. No presente caso, em sede de DI, a AdC:

(i) não alega factos novos, constituindo a resenha dos factos praticamente idêntica à constante nas Minutas de Transação Neopul, Mota-Engil, Futrifer e Somafel e Fergrupo (estas duas últimas que não se convolaram em decisão final);

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

(ii) não altera a qualificação jurídica desses factos na DI, sendo praticamente idêntica à constante nas Minutas de Transação.

227. Face ao enquadramento de facto e de direito semelhante na NI, nas Minutas de Transação e na DI, era de esperar que todas as visadas fossem condenadas por coima aplicada na mesma medida, isto é, tratando igual aquilo que pode ser tratado de forma igual, e diferente aquilo que deve ser tratado de forma diferente.

228. O conteúdo das minutas de transação das Visadas Visadas Neopul, Mota-Engil, Futrifer e Somafel e Fergrupo, é quase idêntico e os respetivos procedimentos de transação desenrolaram-se durante um período concomitante (durante cerca de 6 meses).

229. Considerando também a moldura sancionatória (incluindo ausência de sanções acessórias) constante em todas as Minutas de Transação, devia a AdC ter respeitado, na determinação da moldura sancionatória aplicável a cada Visada, os princípios da igualdade de tratamento entre todas as visadas, o princípio da proporcionalidade e o princípio da boa-fé, o que a AdC não fez.

230. Na ausência de factos novos e de novas qualificações jurídicas entre o procedimento de transação e a DI, a aplicação de uma coima à Somafel de praticamente o dobro daquela que a AdC lhe propôs – ao que acresce a aplicação da sanção acessória apenas às visadas que não transigiram – leva forçosamente à conclusão de que o princípio da igualdade entre visadas terá sido violado em algum momento: ou esse princípio é violado agora, na DI, ou, se a AdC defende que o montante de coima agora aplicado à Somafel não viola o princípio da igualdade entre visadas, então decorre necessariamente que o violou quando notificou a Minuta de Transação à Somafel. Não há razão alguma, de facto e de direito, ou pelo menos não foi comunicada à Somafel, que justifique a duplicação da coima que não a sanção por não ter concluído o processo de transação até ao fim.

231. O mesmo se diga quanto à violação do princípio da confiança legítima, que, tal como resulta da jurisprudência dos tribunais europeus, é aplicável ao procedimento de transação em tudo o que não constitua um elemento específico desse procedimento e,

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

por isso, relativamente ao qual a Comissão Europeia (ou neste caso a AdC) não poderão ficar, naturalmente vinculadas em caso de as visadas se retirarem desse procedimento.

232. Considerando que a Minuta de Transação apresentada à Somafel definiu a moldura sancionatória – em particular o limite máximo da coima, a ser-lhe concretamente aplicada – a AdC encontrava-se vinculada por essa moldura sancionatória na ausência de alterações da matéria factual e/ou do enquadramento jurídico que justificassem uma revisão da ponderação de desvalor, gravidade e grau de participação.

233. Assim, a AdC violou o princípio da igualdade de tratamento entre visadas, o princípio da proporcionalidade e o princípio da confiança legítima.

234. As sanções aplicadas foram-no sem a fundamentação exigível, em clara violação do disposto no artigo 375.º, n.º 1 do CPP, aqui aplicável por remissão dos artigos 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO, o que gera a nulidade da DI, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea a) do CPP em conjugação com o artigo 374.º, n.º 2 do CPP, também aplicável *ex vi* aqueles artigos da LdC e do RGCO.

Improcedência da suposta fundamentação da decisão de determinação de coima no valor de EUR 925 000

235. Não é possível imputar à Somafel uma suposta participação em acordos com a duração e âmbito material que a AdC definiu.

236. Como vimos acima, não pode ser imputada à Somafel uma participação correspondente à totalidade da duração da infração, mas apenas a que corresponda aos momentos da sua efetiva participação: 22 dias quanto ao Concurso I e 12 dias quanto aos Concursos II e III.

237. Assim, admitindo (i) a existência de uma infração com as características que a AdC alega, e (ii) adequada fundamentação da determinação da medida concreta da coima – o que não se aceita e apenas por dever de patrocínio se aventa – sempre se teria de concluir pela redução da coima, pelo menos em função da duração das infração, e do

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

seu respetivo âmbito, porquanto a coima aplicada foi determinada em violação do disposto no artigo 69.º da LdC e das LOCC da AdC, criadas ao abrigo do n.º 8 daquele artigo 69.º.

Das sanções acessórias

Violação dos princípios da igualdade, da confiança legítima e da boa-fé

238. As práticas imputadas à Somafel são as mesmas das imputadas a todas as Visadas, tendo a AdC realizado o mesmo juízo de desvalor, gravidade e grau de participação, como resulta do confronto entre as minutas de transação confirmadas pelas Visadas que transigiram e a Decisão Impugnada.

239. Em face de situações comparáveis, senão mesmo idênticas, a AdC aplicou um tratamento diferenciado claro: as Visadas que transigiram ficaram livres de sanção acessória; as que optaram por contestar o entendimento na NI e não concluir o procedimento de transação (a Somafel e a Fergrupo), viram aplicada a sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos por um período de 2 anos.

240. A AdC violou, assim, o princípio da igualdade de tratamento entre Visadas, tal como enunciado pelo TJUE, que determina que no caso de um processo híbrido como o dos autos, é necessário poder sindicar, de acordo com a fundamentação da autoridade, se a empresa que recusou transacionar se encontrava ou não numa situação comparável à dos seus concorrentes destinatários da decisão interlocutória e se um eventual tratamento igual ou desigual das referidas situações era objetivamente justificado.

241. Ora, do confronto entre a Minuta de Transação da Somafel – que conclui pela desnecessidade de aplicação de sanções acessórias – e a Decisão Impugnada, não se vislumbram quaisquer elementos de facto ou de direito novos, que determinem uma alteração na ponderação de gravidade e culpa quanto à Recorrente.

242. Este tratamento desigual é particularmente grave uma vez que a sanção acessória de proibição de participação em procedimento de formação de contratos públicos não tinha sido anteriormente aplicada pela AdC, e poderá ter efeitos para além do período

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

de dois anos previstos para o caso da Somafel, visto que os concursos públicos cujo acesso será vedado à Visada irão fechar o mercado (pela adjudicação a outra prestadora de serviços) durante todo o período de duração da prestação de serviços.

243. A Somafel parece estar a ser sancionada, através da aplicação das sanções acessórias, pelo simples facto de não ter confirmado a minuta de transação e assim contribuir para uma conclusão célere do processo e garantia da não impugnação judicial da decisão.

244. Esta atuação merece especial censurabilidade, porquanto desvirtua o procedimento de transação, e é violadora do princípio geral da boa-fé na atuação da administração, previsto no artigo 266.º, n.º 2 da CRP.

245. O facto de a AdC proceder a um agravamento da moldura sancionatória aplicada à Somafel, por referência ao que lhe havido sido apresentado na Minuta de Transação que lhe foi notificada, consubstancia, ainda, uma violação do princípio da confiança legítima, nos termos da jurisprudência dos tribunais europeus.

246. A argumentação da AdC de que o procedimento ordinário e o de transação são procedimentos alternativos, não estando a AdC vinculada à moldura sancionatória transmitida nessa sede, conflitua com a jurisprudência europeia, que considera que ambos respondem a um objetivo comum e que o elemento específico do procedimento de transação, em matéria de determinação da moldura sancionatória, é a possibilidade de redução de coima.

247. No caso da Somafel, e em linha com a jurisprudência europeia, a informação da AdC à Somafel quanto à desnecessidade de aplicação de sanções acessórias constitui uma comunicação formal, precisa e clara, na fase final do procedimento de transação, que apenas não foi concretizada porque a Somafel, discordando dos termos da minuta de transação no tocante ao dolo imputado na prática das alegadas infrações, e não se conformando, optou por se retirar desse procedimento.

248. Assim, a AdC encontrava-se vinculada ao seu juízo de gravidade e culpa – que aliás, como já vimos, não se alterou relativamente à Somafel – e à moldura sancionatória definida nessa minuta de transação, com exceção da redução de coima, o que implica

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

uma violação das legítimas expectativas da Recorrente na não aplicação de sanções acessórias.

249. A aplicação das sanções acessórias pela DI constitui, assim, uma verdadeira decisão-surpresa para a Somafel, violando os princípios da igualdade de tratamento entre as Visadas participantes numa mesma suposta infração, da confiança legítima e da boa-fé na atuação da administração, previstos nos artigos 13.º e 266.º, n.º 2 da CRP e consolidados em jurisprudência assente dos tribunais nacionais e da União Europeia, o que determina a nulidade da DI.

Da inconstitucionalidade da aplicação da sanção acessória prevista no artigo 71.º, nº 1. al. b) da LdC

250. A sanção acessória aplicada pela AdC à Somafel viola o princípio da proporcionalidade – com assento constitucional no artigo 18.º da CRP – impondo restrições ilegítimas ao direito de livre iniciativa económica privada da Visada, reconhecido no artigo 61.º da CRP, através da inibição de participação em concursos públicos para a prestação de serviços numa das áreas de negócio que desenvolve – o que equivale, na prática, à inibição de desenvolvimento daquela sua atividade porquanto a mesma apenas pode ser desenvolvida através de adjudicação pública.

251. No plano da adequação, a sanção acessória de inibição de participação em concursos e os efeitos que a mesma inevitavelmente repercute nos mercados onde operam os sujeitos objeto da mesma, sobretudo quando equacionada da perspetiva e no contexto jusconcorrencial, sempre suscitou as maiores dúvidas e perplexidades sobre a sua adequação ou idoneidade abstrata para a prossecução dos fins de defesa da concorrência nos mercados.

252. A título de exemplo, discute-se bastante na doutrina nacional a "*questionável a eficiência desta sanção acessória*", na medida em que, apesar da sua "*função pedagógica preventiva*", a respetiva aplicação poderá, em alguns mercados, "*implicar a criação de monopólios temporários*"[6].

[6] Cf. Nuno Cunha Rodrigues, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013,

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

253. No caso concreto, os fins que a Autoridade genericamente invoca para procurar justificar a aplicação da sanção acessória já estariam largamente salvaguardados sem a aplicação da referida sanção, sendo que da aplicação conjunta da sanção principal com a sanção acessória de publicação da DI a satisfação daquelas finalidades se encontraria sempre salvaguardada.

254. Após dois anos afastada de uma das suas áreas de negócio com os inerentes prejuízos, caso pretenda regressar ao mercado em causa, a Somafel terá ainda de ultrapassar todos os obstáculos que inevitavelmente resultam de um afastamento prolongado de uma empresa de um qualquer mercado em que opere.

255. A aplicação à Somafel da referida sanção é inconstitucional porquanto se traduz numa restrição dos direitos fundamentais da Somafel inadequada à prossecução dos fins de interesse público que a sua aplicação visa salvaguardar, violando o princípio da proporcionalidade quer na sua vertente de adequação como na sua vertente de necessidade quer, ainda, na vertente de justa medida, e, por isso, colidindo com o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, o que desde já se invoca.

Insuficiente fundamentação dos critérios para efeitos da aplicação da sanção acessória

256. A Autoridade:

(i) não procede à efetiva análise da verificação dos requisitos necessários à aplicação de cada uma das sanções à Somafel no caso concreto;

(ii) em momento algum concretiza as específicas exigências de prevenção geral e de prevenção especial que considera justificarem a aplicação de cada uma das sanções ou de ambas no seu conjunto;

(iii) não justifica a "elevada gravidade das infrações cometidas pelas empresas visadas" de forma abstrata e não individualizada, com a configuração da conduta das Visadas como a viciação do regime legal aplicável aos concursos públicos

página 377.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

através do recurso a "uma estratégia alternativa, e ilícita, para restringir a concorrência" ante a proibição da entidade adjudicante da participação em consórcio (cf. § 1049 da DI);

(iv) nada avança quanto à gravidade subjetiva da culpa da Somafel; e

(v) justifica a não aplicação da sanção acessória de inibição de participação às restantes Visadas unicamente num juízo discricionário sobre as propostas de transação apresentadas e na invocação genérica da redução de supostas necessidades de prevenção especial que não concretiza decorrentes da subscrição por aquelas da minuta de transação apresentada (cf. §§ 1052).

257. Uma vez que a aplicação de sanções acessórias depende da alegação e prova de pressupostos autónomos dos aplicáveis à sanção principal (coima) – circunstância que decorre do princípio da proibição de aplicação automática de sanções acessórias – caberia à Autoridade a alegação e prova dos concretos factos que considera conduzirem à qualificação da gravidade da infração como muito grave para efeitos de aplicação de cada uma das sanções acessórias à Somafel e que, no seu entender, preenchem aquele concreto pressuposto, justificando a sua decisão, o que não efetuou.

258. Os pressupostos de aplicação da sanção homóloga à aplicada nos autos, prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 21.º do RGCO, nos termos do artigo 21.º-A do mesmo diploma, devem considerar-se plenamente aplicáveis ao disposto no artigo 71.º n.º 1, alínea b) da LdC *ex vi* do artigo 13.º da referida Lei.

259. A aplicação de uma sanção acessória desta natureza, com a gravidade que tipicamente tem para a empresa que é dela objeto decorrente dos prejuízos que inevitavelmente causa à mesma, nunca poderia ser aplicada "*à totalidade das áreas de negócio onde estão ativas as visadas*", sob pena de completa subversão das finalidades que a mesma cumpre e de violação manifesta do princípio da proporcionalidade, tal como constitucionalmente consagrado.

260. Tendo a AdC tomado a decisão de não aplicação da sanção às restantes Visadas, sobre si recaía o ónus acrescido de fundamentar por que razões considera a Autoridade que aquela deve ser aplicada à Somafel, o que não fez.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

261. Sobretudo quando, entre o momento em que a AdC decidiu não aplicar aquela sanção às restantes Visadas e o momento em que emanou a DI, não se verificou no processo qualquer alteração de facto ou de direito que envolva a Somafel e quando, entre as Visadas que transacionaram com a AdC, avultam Visadas que, de acordo com a descrição factual constante da DI, aparentam ter tido uma conduta substancialmente mais gravosa que a conduta que a AdC imputa à Somafel e aparentam existir em seu desfavor elementos probatórios muito mais substanciais do que aqueles que existem em relação à Somafel.

262. Não tendo a AdC logrado oferecer a devida fundamentação de acordo com os parâmetros legal e constitucionalmente definidos, verifica-se que as sanções aplicadas foram-no sem a fundamentação exigível, em clara violação do disposto no artigo 375.º, n.º 1 do CPP, aqui aplicável por remissão dos artigos 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO, o que gera a nulidade da DI, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea c) do CPP (ou, assim não se entendendo, do artigo 374.º, n.º 2 do CPP), também aplicável *ex vi* aqueles artigos da LdC e do RGCO. [...]» (sic).

*

[redacted]:

«[...]

1. O objeto do presente recurso é a Decisão proferida pela AdC que declarou o Visado autor de dois ilícitos contraordenacionais por, alegadamente, *ter conhecimento e ter tido participação ativa, no período de 2014 e 2015, nas práticas ilícitas que são imputadas à empresa visada SOMAFEL – Engenharia e Obras Ferroviárias S.A., na qual ocupava o cargo de direção.*

[...]

B - Da Decisão objeto de recurso

2. No caso da manutenção dos AMV´s (Aparelhos de Mudança de Via) da Rede Ferroviária Nacional, verificou-se que o Concurso lançado pela REFER, em novembro de 2013 - o procedimento concursal n.º 5010014694 (Concurso 0), reduzia de forma

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

significativa os valores-base para ações de Manutenção Preventiva Sistemática (MPS) adotados em anteriores concursos.

3. O valor base deste concurso sofreu uma redução de 57%, em comparação com o procedimento concursal n.º 5010014074, que havia sido lançado apenas três meses antes, e uma redução de 49% quando se consideram os preços do contrato 217/99-SG, Conservação Geral da Via Beira Alta.
4. Para além da manutenção da via ferroviária nacional, a Somafel realiza outras atividades, representando a manutenção dos AMVs, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal, somente uma pequena fração dessa atividade.
5. O volume de negócios realizado pela Somafel entre 2014 e 2017, na prestação de serviços de manutenção de AMV's na rede ferroviária nacional, representa menos de 3% do volume de negócios total realizado nesse período.
6. A única motivação para a Somafel executar estes contratos estava relacionada com as declarações abonatórias que resultam dos mesmos, e que são úteis para se habilitar a outro tipo de contratos de maior dimensão.
7. Da análise da Decisão impugnada resulta que, no que diz individualmente respeito ao Visado, as poucas referências que lhe são feitas não permitem chegar às conclusões a que chegou a AdC.
8. No que respeita à factualidade relativa ao Concurso I (§556 a 567 da Decisão), não há uma única referência ao Visado (nem tão pouco à Somafel).
9. O mesmo se passa, no essencial, quanto ao Concurso II (§ 568 a 582 da Decisão).
10. As mensagens de correio eletrónico reproduzidas nos § 568, 571 e 574 da Decisão dizem respeito a emails que foram rececionados também pelo Visado, [redacted], mas que não evidenciam, da sua parte, qualquer comportamento ativo ou omissivo que permita concluir que este representou a Somafel, fora do contexto de atuação do Consórcio CEMAV, nos contactos e reuniões "*para definir, coordenar e implementar a estratégia de atuação conjunta*" no Concurso II, "*adotando e implementando uma estratégia comum, com o objetivo de aumentar o preço contratual máximo estabelecido*".

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

11. O Visado (ou qualquer outro representante da Somafel) não esteve presente na reunião de 6 de novembro de 2014 (a que se refere a mensagem de correio eletrónico transcrita no § 562 da Decisão).
12. O Visado também não participou na reunião de dia 10 de julho de 2015, a qual se realizou sem a participação de qualquer representante da Somafel (cfr. § 571 e 572 da Decisão).
13. O Visado desconhecia as notas manuscritas transcritas no § 575 da Decisão.
14. De qualquer forma, esta listagem representava os lotes onde cada empresa já se encontrava a trabalhar no âmbito dos Contratos de Manutenção de Via e de Catenária.
15. Foi por questões de mera eficiência que se equacionou a estratégia para o Concurso II, semelhante à utilizada pelo Consórcio CEMAV - agora alargado à Neopul no lote 4 - permitindo a utilização dos meios e estruturas já disponíveis por cada empresa nas várias áreas geográficas.
16. É, portanto, incorreto afirmar que a alegada repartição referida pela AdC no § 578 da Decisão corresponde à do Concurso III que, aliás, ainda nem tinha sido lançado.
17. Importa relembrar que, já em 1 de novembro de 2013, a REFER havia convidado as empresas qualificadas para apresentarem proposta no procedimento concursal n.º 5010014694.
18. Em 25 de novembro de 2013 foi assinado um acordo preliminar de associação (entre a Frutifer, a Fergrupo, a Mota Engil e a Somafel), que conduziu à entrega de uma proposta, sendo que, no dia 8 de janeiro de 2014, na sequência da respetiva adjudicação, após ter sido previamente pedida autorização ao IP, foi formalmente constituído o consórcio CEMAV.
19. A justificação para a constituição dessa associação consta da proposta que foi submetida à IP, em que se refere a otimização de custos, com base nos estaleiros já instalados em diferentes zonas do país por cada uma das empresas.
20. Foi neste contexto que o Visado, [redacted], teve, entre aquelas datas e o dia 19 de novembro de 2015 (data na qual teve conhecimento do esclarecimento do IP, do

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

qual resultava não serem aceites, como concorrentes, consórcios no denominado Concurso III), contactos no âmbito e/ou contexto de atuação do Consórcio CEMAV.

21. Relativamente ao Concurso III e, em geral, aos contactos havidos no âmbito e/ou no contexto de atuação do Consórcio CEMAV, importa notar que a constituição de um consórcio implica, necessariamente, algum nível de cooperação e/ou partilha de informação. Por definição, implica concertação.
22. Quando se pretende explorar a possibilidade do alargar a terceiras entidades ou se pondera a prestação de um novo serviço em consórcio, isso exige cooperação entre os membros do consórcio e contactos entre estes e os eventuais terceiros.
23. A figura do consórcio implica, por definição, uma ausência de concorrência entre os membros no âmbito do consórcio e uma concertação entre eles.
24. Ao admitir-se, como sucedeu no presente caso, a participação de agrupamentos em concursos públicos (cujos membros deveriam, aliás, associar-se obrigatoriamente em caso de adjudicação), está a permitir-se expressamente que as empresas, neste âmbito, ao apresentarem-se nesta modalidade, não concorram entre si.
25. A própria AdC reconhece (cfr. § 732 da Decisão) que "*o consórcio CEMAV foi constituído conforme as normas nacionais e europeias em matéria de contratação pública*" e que "*não consta dos autos prova de que a criação do consórcio CEMAV, bem como o seu objeto inicial, fosse ilícito ou contrário às regras de concorrência*".
26. Os contactos existentes entre o consórcio CEMAV e a Neopul, em particular no seguimento da abertura de cada um dos concursos, tiveram exclusivamente por objeto a exploração da possibilidade de a Neopul poder integrar o Consórcio CEMAV no âmbito desses concursos.
27. Com o objetivo de avaliar a capacidade combinada das empresas em relação aos requisitos dos cadernos de encargos dos concursos, as empresas terão, em regra, de trocar informações sobre a sua capacidade disponível e sobre as vantagens (nomeadamente em termos de eficiência técnica) de se apresentaram em conjunto a esses mesmos concursos.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

28. Neste contexto justifica-se a troca de informação com vista (i) à constituição de um consórcio, (ii) à sua execução e/ou (iii) à sua expansão (numa palavra, para cumprir o contrato de consórcio), sem que tal constitua um comportamento violador das normas da LdC.
29. Foi o que sucedeu no presente caso!
30. No âmbito do Concurso II, as conversas havidas entre as empresas que compõem o consórcio CEMAV e a Neopul estavam relacionadas apenas e só com a intenção de explorar a possibilidade de a Neopul poder integrar o Consórcio CEMAV no âmbito desses concursos.
31. Não tendo sido viável alargar o consórcio à Neopul, dadas as condições específicas do caderno de encargos do Concurso II, foi apresentada uma proposta em agrupamento composto pelas mesmas empresas que já integravam o consórcio CEMAV.
32. No Concurso III, quanto à apresentação de propostas por parte de Agrupamentos de Empresas, referia-se que "*Não são admitidos agrupamentos para além dos inicialmente qualificados*".
33. Na perspetiva do Visado, aquela menção apenas poderia referir-se (i) ao CEMAV, único agrupamento de empresas qualificadas já admitido pela IP ou (ii) a agrupamentos de empresas qualificadas.
34. Já antes, quando foi admitida a apresentação de propostas em agrupamento de empresas não anteriormente qualificado nesses termos, haviam sido referidas as expressões "*nos exatos termos em que foram qualificadas: a título individual ou em agrupamento*".
35. Este foi o entendimento do Visado até ter tido conhecimento do ofício da IP, informando que não era permitida a apresentação de propostas em agrupamento de empresas (cfr. § 588 da Decisão).
36. Essa informação, segundo a qual não era permitida a apresentação de propostas em agrupamento, somente chegou ao conhecimento da Somafel no dia 18 de novembro de 2015, com apenas 10 dias úteis de antecedência face à data de apresentação de propostas.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

37. A informação sobre a posição da IP relativamente à possibilidade de apresentação de candidaturas ao Concurso III em agrupamentos foi recebida com total surpresa, tendo sido necessária uma análise mais detalhada da mesma.
38. É considerando todas estas circunstâncias que se deverá enquadrar a eventual partilha e tratamento de informações no âmbito da repartição de trabalhos na elaboração da proposta a apresentar em agrupamento.
39. Face às novas condições do Concurso III, nomeadamente uma revisão do preço contratual base, a Somafel decidiu apresentar-se a concurso nos dois lotes com localização geográfica coincidente com a dos lotes em que tem intervenção no concurso de manutenção de via e de catenária (lotes 2 e 5).
40. Os contactos existentes entre o consórcio CEMAV e a Neopul tiveram por objeto a exploração da possibilidade de a Neopul poder integrar o Consórcio, não podendo, no que respeita ao Concurso III, deixar de se considerar o circunstancialismo e o tempo dos esclarecimentos que foram prestados e a sua influência decisiva no tratamento de informações ao nível da repartição de trabalhos na elaboração da proposta a apresentar.
41. No contexto e âmbito em que a ocorreu a intervenção do Visado (em especial, o Consórcio CEMAV), não é exigível que aquele tivesse conhecimento da existência de uma eventual alegada infração, nem que tivesse consciência da alegada ilicitude.
42. Acresce que o Visado, durante o período das infrações que lhe são imputadas (último trimestre de 2014 a 5 de agosto de 2015 e novembro de 2015 a 1 de dezembro de 2015), passou a maior parte do tempo fora de Portugal, pelo que o seu grau de participação, a existir, no que não se concede, sempre se deve considera diminuto.
43. Deve considerar-se excluído qualquer comportamento doloso por parte do Visado ou, sequer, negligente, uma vez que este não tinha a obrigação de prever que estaria a ser posta em causa qualquer norma jusconcorrencial.
44. Na determinação da medida da coima (cfr. § 1179 a 1182), não foram tidas em conta (como deveriam) eventuais vantagens de que haja beneficiado o Visado pelo processo, em consequência da infração.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

45. Atendendo a que o Visado não beneficiou de quaisquer vantagens em consequência da infração, nem a AdC alude a tais vantagens, nenhuma coima deveria ter sido aplicada.
46. Sem prescindir, o valor da coima deveria ser substancialmente reduzido, tendo em conta o grau de participação do Visado e a inexistência de qualquer vantagem.
47. A sanção aplicável foi-o sem a fundamentação exigível, em clara violação do disposto no art.º 375.º, n.º 1 do CPP, aqui aplicável por remissão dos art.ºs 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO, o que gera a nulidade da Decisão.
48. A nulidade arguida deverá ser reconhecida, sob pena de interpretação materialmente inconstitucional das normas em apreço.
49. É materialmente inconstitucional a norma resultante da aplicação conjugada dos art.º 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alíneas a) e c), do CPP, interpretada no sentido de que a fundamentação das decisões proferidas pela AdC que apliquem coimas se basta com a simples reprodução e citação da Nota de Ilicitude anteriormente proferida, por violação do dever de fundamentação das decisões da Administração Púbica previsto no n.º 3 do art.º 268.º da Constituição da República Portuguesa. [...]» (sic).

*

- Distribuídos os autos, os recursos de impugnação interpostos foram admitidos, bem como as alegações escritas apresentadas pela AdC.
- Apreciada a questão da inconstitucionalidade material do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da LdC suscitada pelos Recorrentes SOMAFEL e [redacted], e ainda a defesa dos Recorrentes FERGRUPO, [redacted] e COMSA's quanto ao efeito a atribuir aos recursos por eles interpostos, foi aquela julgada improcedente e indeferida a pretensão dos demais.
- Sem prejuízo do exposto, convidados os Recorrentes para prestarem esclarecimentos quanto a uma eventual prestação de caução com vista à atribuição de efeito suspensivo aos respetivos recursos, foi atribuído efeito devolutivo ao recurso interposto pelas Recorrentes COMSA´s e atribuído efeito suspensivo aos recursos interpostos pelos demais Recorrentes na decorrência da prestação das cauções entretanto fixadas pelo Tribunal.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- Admitida a prova indicada pelos Recorrentes, determinou-se o prosseguimento dos autos para julgamento, o qual decorreu com respeito pelo formalismo legal.
- Mantêm-se válidos e regulares os pressupostos da instância, sem prejuízo do conhecimento das questões prévias suscitadas pelos Recorrentes FERGRUPO, [redacted] e SOMAFEL nos respetivos recursos.

*

O objeto do recurso de impugnação judicial é definido pela acusação/decisão administrativa e, especialmente, pelas conclusões dos recursos apresentados pelos Recorrentes, uma vez que, não se tratando de um verdadeiro processo criminal, predominam as regras concernentes aos recursos, sendo de conhecer sobretudo as questões colocadas pelos Recorrentes e não tanto aquilatar da procedência ou improcedência da acusação/decisão administrativa. O âmbito do recurso é dado, pois, pelas conclusões extraídas pelos Recorrentes da respetiva motivação.

Assim sendo, balizadas pelos termos das conclusões apresentadas, importa ajuizar as seguintes questões, as quais se enunciam por uma ordem lógica de apreciação:

- ✓ Das questões prévias invocadas pelos Recorrentes;
- ✓ Da prática pelas Recorrentes FERGRUPO e SOMAFEL das contraordenações imputadas;
- ✓ Da responsabilidade dos Recorrentes [redacted] e [redacted] pelas infrações imputadas às empresas FERGRUPO e SOMAFEL, respetivamente;
- ✓ Das coimas e das sanções acessórias;
- ✓ Da responsabilidade solidária das Recorrentes COMSA, SAU e COMSA, S.L. pelo pagamento da coima aplicada à empresa FERGRUPO.

*
*
*
*
*
*
*
*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

DAS QUESTÕES PRÉVIAS

[FERGRUPO]

I. Nulidades da Prova

I.1. Nulidade das diligências de busca e apreensão de correspondência eletrónica levadas a cabo pela AdC

I.2. Nulidade do despacho do Ministério Público que autorizou a apreensão de correspondência e consequente nulidade da apreensão

Advoga a Recorrente, em síntese estreita, que a prova resultante das diligências de busca e apreensão realizadas pela AdC nas instalações da FERGRUPO, das quais resultaram a apreensão de correspondência eletrónica diversa dos computadores de colaboradores daquela empresa, se trata de prova proibida em sede de processo contraordenacional, em obediência ao disposto nos artigos 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, 42.º, n.º 1 do RGCO e 126.º, n.º 3 do CPP (este último aplicável por remissão sucessiva dos artigos 13.º, n.º 1 da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO), sendo, por isso, imprestável no âmbito dos presentes autos; mais pugnam pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 18.º, n.º 1, alínea c) da LdC se interpretada e aplicada no sentido de ser admitida a apreensão de mensagens de correio eletrónico pela AdC no âmbito de diligências de busca e apreensão por si realizadas no âmbito de processo contraordenacional, por violação do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º da CRP, e do princípio da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, consagrado no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP.

Sem prejuízo do exposto, advoga ainda, em síntese estreita, que, a admitir-se a legalidade da busca e apreensão da correspondência eletrónica em causa, as diligências em causa seriam sempre ilegais porquanto não ordenadas por mandado judicial, em violação do disposto no artigo 17.º da Lei do Cibercrime e nos artigos 179.º, n.º 1 e 126.º, n.º 3 do CPP, aplicáveis por remissão sucessiva dos artigos 13.º, n.º 1 da LdC e artigo 41.º, n.º 1 do RGCO;

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

mais pugnam pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 20.º, n.º 1 da LdC se interpretada e aplicada no sentido de ser admitida a apreensão de mensagens de correio eletrónico no âmbito de diligências de busca e apreensão sem prévio mandado judicial para o efeito, por violação do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º da CRP, do princípio da inviolabilidade do domicílio e da correspondência, consagrado no artigo 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, e do princípio da reserva da função jurisdicional, previsto no artigo 202.º, n.º 2 da CRP.

A AdC nas alegações escritas que apresentou, por seu turno, através dos argumentos aí invocados, em súmula, defende que o regime jurídico vigente não se opõe à possibilidade de apreensão de correio eletrónico aberto pela AdC, não se verificando qualquer proibição de prova, improcedendo a alegação de que a correspondência apreendida pela AdC é nula nos termos dos n.os 1 e 3 do artigo 126.º da CPP, bem assim o argumento da aplicabilidade da Lei do Cibercrime ao processo contraordenacional da concorrência, inexistindo, por isso, qualquer interpretação desconforme à CRP.

Vejamos:

Nos processos de contraordenação relativos a práticas restritivas da concorrência, a AdC, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, pode proceder a diligências de busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação nas instalações de empresas. Contudo, não pode empreender estas diligências de forma livre, arbitrária, ilimitada ou insuscetível de controlo, pois a tal se opõe a "exigência de proteção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da atividade privada de qualquer pessoa, singular ou coletiva"[7].

No nosso ordenamento jurídico, esta exigência tem fundamento ao mais alto nível, designadamente no artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP), e reflete a tradição jurídica de vários outros sistemas jurídicos, designadamente dos Estados-membros da União Europeia, sendo, por isso, inclusive reconhecida pelo Tribunal de Justiça como um

[7] Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2002, no processo C-94/00, caso *Roquette Frères SA*, § 27, *in* https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

princípio geral do Direito da União Europeia[8]. Compreende-se evidentemente que assim seja, pois corporiza um dos corolários mais imediatos e lineares do princípio do Estado de direito (cf. artigo 2.º da CRP), que é o pilar fundamental de qualquer Estado que se dirige por vetores de racionalidade.

A referida exigência de proteção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da atividade privada de qualquer pessoa, singular ou coletiva, é garantida e concretiza-se, no domínio em que nos encontramos – o das diligências de prova previstas no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC – através de um conjunto de requisitos respeitantes quer ao momento (primeiro) da decisão de autorização da diligência, quer ao momento (segundo) da execução da decisão.

No que diz respeito ao momento da decisão de autorização da diligência, há quatro requisitos relevantes: (i) um de competência; (ii) dois de natureza material; (iii) e um formal.

O primeiro consiste na atribuição de competência para a decisão ao Ministério Público – cf. artigos 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 21.º, todos do NRJC, e 267.º do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, n.º 1, do NRJC.

Os dois requisitos materiais dizem respeito aos parâmetros substantivos de admissibilidade das diligências, dos quais está dependente a decisão de autorização da decisão do Ministério Público, que, em consequência, não é uma decisão totalmente livre. Assim, o primeiro parâmetro consiste na circunstância destas diligências apenas poderem ser realizadas dentro de um processo de contraordenação. Este fator é limitador na medida em que os processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência pressupõem a notícia de uma infração e compreendem, na fase de inquérito (designação adotada pelo NRJC para identificar a fase prévia ao exercício do direito de defesa), as diligências de investigação necessárias à determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como à recolha de prova – cf. artigos 17.º, n.ºs 1 e 2, do NRJC, e 241.º, do CPP, *ex vi* artigos 13.º, do NRJC, e 41.º, n.º 1, do RGCO. Em consequência, as diligências de prova referidas não se destinam a encontrar ou procurar a "notícia da infração", perscrutando todos

[8] *Idem*.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

os extratos da escrita e demais documentação existentes nas instalações de empresas de modo a verificar a existência de uma qualquer infração de entre todas as possíveis. Tais diligências dirigem-se à investigação de uma prática restritiva da concorrência identificada, ainda que sem contornos definitivos ou totalmente precisos. Por conseguinte, a decisão de autorização do Ministério Público tem de incidir sobre diligências destinadas a investigar uma determinada prática restritiva da concorrência. O segundo parâmetro consiste na exigência de que as diligências de busca, exame, recolha e apreensão sejam *necessárias à obtenção de prova*. Este requisito, previsto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, deve ser considerado também naquele primeiro momento em que se decide da realização da diligência, pois não há razões para o limitar ao momento da execução. Por conseguinte, o Ministério Público apenas pode autorizar diligências que preencham este requisito de necessidade.

Para que estes parâmetros sejam respeitados pelo Ministério Público quando decide, enquanto fatores de autocontrolo decorrentes do dever de fundamentação das suas decisões (cf. artigo 97.º, n.ºs 3 e 5, do CPP), para que sejam igualmente respeitados pela AdC no momento em que executa a decisão e para que a empresa visada, no exercício do seu direito de defesa, possa controlar a sua verificação quer num momento, quer no outro, a decisão de autorização do Ministério Público tem de respeitar um último requisito de natureza formal. Este requisito consiste numa exigência que a jurisprudência do direito europeu da concorrência já identificou para as decisões da Comissão Europeia relativamente a diligências da mesma natureza, adotadas em processos destinados à investigação de práticas restritivas da concorrência com finalidades sancionatórias. Tal exigência consiste na necessidade da decisão, que determina a realização da diligência, indicar, "com tanta precisão quanto possível, o objetivo prosseguido e os elementos sobre os quais a instrução deve incidir"[9]. Conforme esclarece o Tribunal de Justiça este requisito "constitui uma exigência fundamental não apenas para evidenciar o carácter justificado da intervenção prevista no interior das empresas em causa, mas também para que estas fiquem em condições de compreender o

[9] Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 1989, nos processos apensos 97, 98 e 99/87, no caso *Dow Chemical Ibérica*, SA, e Outros v. Comissão, § 26, *in* https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

alcance do seu dever de colaboração, preservando ao mesmo tempo os seus direitos de defesa"[10].

A execução da decisão de autorização do Ministério Público por parte da AdC está também sujeita a requisitos, destinados a garantir a exigência referida. Em primeiro lugar, tem de respeitar os limites definidos pelo Ministério Público, sob pena de sair fora do seu âmbito de competência. Em segundo lugar, tem de aferir, em concreto, a verificação do requisito de necessidade plasmado no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, dentro dos limites da decisão de autorização.

Quer a realização das diligências previstas no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC sem qualquer autorização pelo Ministério Público, quer a sua efetivação fora dos limites definidos pelo Ministério Público, geram, pelo menos, uma nulidade insanável por violação das regras da competência material, aplicando-se com as devidas adaptações o artigo 119.º, alínea e), do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, do NRJC, invalidando irremediavelmente os meios de prova apreendidos. Efetivamente, quer numa hipótese, quer na outra, estaremos perante situações nas quais a AdC assumiu uma intervenção que, na lógica de repartição de competências materiais legalmente previstas, não lhe pertenceria.

Ora, perscrutados os autos, não se vislumbra qualquer atropelo a qualquer um destes requisitos (de competência, materiais e formal), sequer colocados em causa, diga-se, pelos Recorrentes, não estando, por isso, ferida de validade a prova obtida na decorrência das diligências de busca e de apreensão em causa.

Por outro lado, contrariamente ao advogado pelos Recorrentes, considera-se não ser aplicável ao processo de contraordenação concorrencial os artigos 17.º da Lei do Cibercrime, 179.º, n.º 1 e 269.º, n.º 1, al. d), do CPP, porque, desde logo, inexiste lacuna no NRJC que permita a aplicação subsidiária destas normas.

Destarte, o regime que se colhe do NRJC, em conjugação com os princípios e direitos fundamentais protegidos pelo nosso ordenamento jurídico, dá resposta e, nessa medida, permite traçar um regime completo em relação a todos os requisitos de competência,

[10] *Idem*.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

parâmetros materiais e requisitos formais dos quais dependem a decisão de autorização e a execução das diligências previstas no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, conforme acima se expôs; sendo que, mesmo neste cenário de um regime que dá resposta a todos os pontos referidos seria ainda assim de aceitar uma omissão carente de solução por via dos diplomas de aplicação subsidiária se entre o regime que se colhe do NRJC e acima sumariamente descrito e os artigos invocados pela Recorrente existisse uma antinomia insustentável. Uma antinomia desta natureza, no que respeita ao tema em análise, verificar-se-ia se o regime do NRJC fosse menos exigente ou mais permissivo no processo de contraordenação quanto à admissibilidade e execução de meios de prova mais lesivos de direitos fundamentais face àquilo que a lei consente no processo-crime. O que é aceitável, do ponto de vista da proporcionalidade, e se encontra refletido, em termos gerais, no artigo 42.º, do RGCO, é justamente o contrário. Por conseguinte, a existência de uma aporia deste género poderia ser reveladora da existência de uma lacuna, no sentido de que o regime consagrado no NRJC é um regime geral e que o legislador não ponderou – de todo ou com razoabilidade – determinadas exceções ou especificidades, sendo nestas exceções que ocorre a antinomia e justificam o recurso subsidiário às normas aplicáveis ao processo criminal.

Contudo, isto também não se verifica na hipótese em análise.

De facto, quanto ao papel, intervenção, competência atribuída ao Ministério Público no processo contraordenacional, importa referir que os atos próprios do Ministério Público reportam-se simplesmente aos atos praticados pelo Ministério Público, sendo o exemplo mais paradigmático, precisamente, o despacho de autorização.

Do ponto de vista estrutural, importa ter presente que o Ministério Público, no seu recorte jurídico-constitucional, consagrado nos artigos 219.º e ss. da CRP, pese embora não exerça a função judicial em sentido estrito que é da reserva dos tribunais judiciais, é um órgão do poder judicial, ou seja, é uma entidade que constitui, ao lado do tribunal, um órgão autónomo de administração da justiça. Isto é assim não só quando o Ministério Público intervém como titular da ação penal, mas também, pelo menos, em todas as funções e intervenções de natureza judiciária. Desta premissa essencial parte-se para uma segunda, que se traduz no seguinte: enquanto órgão do poder judicial, as iniciativas e decisões de natureza

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

judiciária do Ministério Público estão sujeitas ao controlo interorgânico dos tribunais. Estas duas premissas conduzem lógica e necessariamente à conclusão de que é inaceitável, desde logo, na perspetiva constitucional, que a AdC possa exercer qualquer tipo de controlo sobre as iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público. Simplesmente, não pode. Só os tribunais o podem fazer. Para além de estar vedada a referida possibilidade, numa ótica de opções constitucionais fundamentais, também seria fatalmente incongruente de um ponto de vista teleológico, pelo seguinte: conforme se exarou na sentença proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, a atribuição de competência ao Ministério Público prevista nos artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos do NRJC "garante um nível de protecção dos direitos e interesses das visadas acrescido pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts. 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal". Ou seja, tratou-se de uma opção legislativa que visou mais garantia no que respeita ao decisor e não menos, face a meios de obtenção de prova que se caracterizam por uma maior agressividade. Seria uma aporia insustentável admitir que a competência, em primeira linha, cabe ao Ministério Público em nome de uma opção que oferece mais garantias do que a AdC, para, no momento seguinte, se aceitar que a AdC pode rever e substituir – ou seja, controlar – as decisões do Ministério Público. Por estas razões, rejeita-se esta primeira hipótese de solução não só no plano do direito constituído, mas também no plano do direito a constituir.

Passemos para a análise da segunda hipótese – impugnação da decisão do MP diretamente perante o TCRS. O primeiro argumento em sentido contrário consiste no facto da competência do TCRS estar dependente da existência de uma decisão, despacho ou medida da AdC – cf. artigo 112.º, n.º 1, alínea a), da LOSJ. Contudo, este argumento não é decisivo, pois, face ao disposto no artigo 112.º, n.º 5, da LOSJ, não se pode ter por totalmente excluída – pelo menos, para efeitos de melhor ponderação – a possibilidade de o Tribunal ser chamado a intervir diretamente. Por conseguinte, considera-se que a resposta definitiva não está neste horizonte de análise. Avançando noutra direção, importa realçar que os artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos do NRJC, ao atribuírem competência ao Ministério Público, saíram fora da arquitetura-padrão de competências e controlo prevista no NRJC, corporizada pela AdC e

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

pelo TCRS. Concomitantemente, tais normas ao fazerem intervir o Ministério Público, na qualidade de "autoridade judiciária competente", estão a pressupor, por via da utilização do designativo e função exercida pelo Ministério Público na fase de inquérito do processo penal (cf. artigos 1.º, alínea b), e 263.º, n.º 1, ambos do CPP, uma atuação organicamente enquadrada dentro do regime definido pelo complexo de normas de origem dessa atuação enquanto "autoridade judiciária competente", ou seja, o CPP. Esta asserção sai reforçada pela circunstância do legislador não ter incluído no NRJC normas específicas sobre o controlo dos atos e decisões do Ministério Público. A conclusão a que estas premissas nos conduzem é que as decisões e os atos praticados pelo Ministério Público, no processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, devem estar sujeitos aos mesmos mecanismos de controlo endoprocessual previstos no CPP para as decisões e atos praticados pelo Ministério Público, enquanto autoridade judiciária competente, que se adaptem, evidentemente, ao processo contraordenacional. Vejamos quais são esses mecanismos de controlo.

No processo penal, a atuação do Ministério Público enquanto autoridade judiciária competente – isto é, na fase do inquérito – está sujeita a mecanismos de controlo intraorgânicos, através da intervenção hierárquica, e a um controlo interorgânico, ou seja, a um controlo exercido por um órgão do poder judicial diferente do próprio Ministério Público. Este controlo interorgânico, em regra, é o controlo judicial exercido sobre a decisão final do inquérito, pelo juiz de instrução na fase de instrução e/ou pelo juiz de julgamento nesta fase final. Há também a intervenção do juiz de instrução durante a fase de inquérito. Contudo, o juiz de instrução não intervém especificamente como instância de controlo interorgânico dos atos praticados pelo Ministério Público, mas como expressão da reserva judicial relativamente à aplicação de medidas que afetem os direitos, liberdades e garantias, sendo uma intervenção ocasional, provocada e tipificada, ou seja, intervém em matérias que estão excluídas do poder de decisão do Ministério Público, tematicamente vinculadas à proteção dos referidos valores constitucionais. Face à tipificação prevista nos artigos 268.º e 269.º, ambos do CPP, relativamente aos atos que o juiz de instrução pode praticar, ordenar ou autorizar na fase de inquérito, conclui-se que, no processo penal, o mérito das decisões proferidas pelo Ministério Público não pode ser invocado autonomamente perante o juiz de instrução, na fase referida.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Tem-se noção de que este entendimento não é unânime (pelo menos, quanto a vícios formais), conforme se pode constatar por via da fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2015, processo n.º 208/13.9TELSB-B.L1-99, que indica abundante doutrina e jurisprudência num sentido e no outro. Contudo, é aquele que, face aos parâmetros enunciados, se considera, com muito respeito pela posição contrária, o mais consentâneo com as opções legais adotadas. Contudo, tal não significa que ao juiz de instrução esteja sempre vedada a competência para rever o mérito das decisões proferidas pelo Ministério Público na fase de inquérito. Poderá fazê-lo, mas por via incidental apenas quando relevem para as decisões que terá de proferir, tipificadas na lei e tematicamente vinculadas. Só nestas hipóteses muito limitadas se poderá admitir um controlo interorgânico, residual, por parte do juiz de instrução. Destes mecanismos, retira-se a solução para a questão da competência para a revisão ou controlo do mérito das decisões do Ministério Público durante o inquérito, traduzindo-se no seguinte: sem prejuízo de um eventual controlo intraorgânico, qualquer decisão do Ministério Público, nessa fase, ainda que seja definitiva na sequência procedimental do inquérito, não vincula o órgão judicial que vier a intervir em fases subsequentes do processo.

Por conseguinte e em síntese do que se referiu, qualquer decisão do Ministério Público está sujeita a um controlo endoprocessual interorgânico que é garantido pelo controlo judicial (i) em sede de incidentes judiciais que relevem os actos inválidos pelo juiz de instrução, na fase de inquérito (controlo residual, conforme referido) e (ii) pelo controlo judicial subsequente no decurso de fases dirigidas judicialmente, instrução e/ou julgamento (controlo regra). A aplicação destes parâmetros ao processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência leva-nos a concluir pela inviabilidade da segunda hipótese referida e em análise, no sentido do mérito da decisão do Ministério Público ser contestado diretamente perante o TCRS na fase organicamente administrativa, pois, na fase de inquérito do processo penal, não existe este tipo de controlo interorgânico, mas apenas aquele controlo judicial residual por parte do juiz de instrução. Resta, por fim, a terceira hipótese - controlo judicial subsequente pelo TCRS durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

As asserções precedentes, a propósito da análise da segunda hipótese, já permitem antever que esta terceira possibilidade é a correta, não se impondo apenas por exclusão de partes. Assim, há um ponto de identidade entre a arquitetura de controlo traçada no CPP e no NRJC e subsidiariamente no Regime Geral das Contraordenações (doravante "RGCO") que dá apoio a esta solução. Este ponto de identidade consiste no facto do controlo judicial exercido pelo TCRS, no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, ser um controlo de plena jurisdição, cujo âmbito pode ser extensivo a todo o objeto do processo, passando a decisão impugnada a ter um valor meramente enunciativo e estar sujeita a um verdadeiro controlo judicial total subsequente. Este ponto permite estabelecer a identidade substantiva necessária à aplicação – devidamente adaptada – do referido controlo judicial regra.

É certo que também há um fator de diferença, que consiste no seguinte: o Ministério Público não é a entidade decisora da fase organicamente administrativa, sendo a sua intervenção no processo de contraordenação pontual, provocada e tipificada. Contudo, este elemento de diferenciação não é suficientemente forte para comprometer a referida identidade substantiva, pois a decisão final da fase organicamente administrativa, ao pressupor e aceitar como válidos os atos e decisões do Ministério Público, está a incorporá-los ou, utilizando as palavras proferidas no processo n.º 83/18.7YUSTR, dá-se "uma utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC no âmbito de processo contra-ordenacional e de acordo com a tramitação prevista no NRJC". O acolhimento desta terceira hipótese significa o seguinte: durante a fase organicamente administrativa, o visado deve (quanto a vícios sanáveis) ou pode (quanto a vícios insanáveis) suscitar as invalidades relativas aos atos praticados pelo Ministério Público perante o próprio Ministério Público (com eventual intervenção hierárquica se se entender que é legalmente admissível); esta decisão do Ministério Público e os vícios insanáveis podem ser sujeitos a controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, assim como o TCRS pode conhecer oficiosamente os vícios insanáveis neste recurso e nos termos gerais. Foi este o entendimento adotado nos processos n.ºs 249/18.0YUSTR e 249/18.0YUSTR-A.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Pelo que, diante de tudo o acabado de expor, somos a concluir que o NRJC se basta por si só, não existindo qualquer lacuna que imponha o recurso à Lei do Cibercrime ou da lei adjetiva penal, por forma a concluir-se da necessidade de um controlo/autorização judicial para a apreensão da correspondência, contrariamente ao pugnado pelos Recorrentes, sendo, por conseguinte, o M.P. a entidade com competência legitimada pela lei para o efeito.

A mesma conclusão – inaplicabilidade da Lei do Cibercrime ao processo de contraordenação concorrencial –, se extrai da circunstância do artigo 18.º, n.º 1, alínea c) do NRJC aludir a documentação "*independentemente do seu suporte*" ou o artigo 20.º, n.º 1, do mesmo diploma, a "*documentos, independentemente da sua natureza ou do seu suporte*", o que, face à sua amplitude e ao teor também do artigo 18.º, n.º 1, alínea d), do NRJC, especificamente o segmento que refere "*computadores e outros equipamentos eletrónicos de armazenamento de dados"*, inclui dados informáticos. Estes segmentos da lei – podendo porventura traduzir a vontade do legislador histórico no sentido de incluir todo o tipo de dados informáticos – não afasta a possibilidade de existir uma antinomia com as características referidas em relação a um tipo específico de dados informáticos, designadamente mensagens de correio eletrónico. Por conseguinte, considera-se que as razões para o afastamento da referida antinomia não estão aqui, mas nos pontos que se irão explicitar.

O artigo 179.º, do CPP, aplica-se à correspondência. Face à introdução de normas processuais especiais relativas à recolha de prova em suporte eletrónico com um potencial de aplicação generalizado[11], designadamente o citado artigo 17.º da Lei do Cibercrime (doravante "LC"), aprovada pela Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, é de concluir que a norma do CPP está circunscrita à correspondência física. Em consequência, esta norma não é

[11] Este potencial de aplicação generalizado resulta do artigo 11.º, n.º 1, em particular, na nossa perspetiva, da alínea c), da LC. Veja-se neste sentido SÓNIA FIDALGO que criticamente conclui o seguinte: "*A Lei do Cibercrime compreende, assim, um regime geral sobre recolha de prova em suporte eletrónico, aplicável a processo por qualquer crime; não se trata de regras processuais específicas para o setor da cibercriminalidade ou que se estendam também apenas aos processos por crimes praticados por meio de sistemas informáticos. Não se compreende, por isso, por que razão estas regras não foram inseridas no Código de Processo Penal*" – "A recolha de prova em suporte eletrónico – em particular, a apreensão de correio eletrónico", *in Revista Julgar* n,º 38, maio-agosto 2019, pp. 151-165, p. 152.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

diretamente aplicável a mensagens eletrónicas e ficheiros eletrónicos, que são aqueles que estão em causa nos autos. Contudo, isto apenas nos permite afastar a aplicação direta deste normativo legal, pois será necessário tê-lo em conta por via indireta, especificamente devido à remissão do artigo 17.º da LC.

O artigo 17.º da LC diz respeito a "*mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante*" e estabelece para as mesmas um regime de tutela acrescido face à apreensão de dados informáticos em geral, regulada pelo artigo 16.º da LC. É problemático o conteúdo concreto deste segmento, em especial quanto à questão de saber se se aplica a estas comunicações o critério da correspondência aberta/fechada ou lida/não lida, consolidado para traçar os limites do conceito de correspondência física garantido pela Constituição no artigo 34.º, e cuja proteção é assegurada, no plano da lei ordinária, entre o mais, através do artigo 179.º do CPP.

A validade deste critério resulta da circunstância de o mesmo traduzir ou refletir o âmbito de proteção dos bens jurídicos essenciais subjacentes à garantia constitucional da correspondência. Ou seja, o critério da correspondência aberta/fechada-lida/não lida, enquanto critério que serve para traçar a fronteira da garantia constitucional no que respeita à correspondência física e dos regimes da lei ordinária que a refletem, não é um critério arbitrário, mas é aquele que melhor transpõe ou traduz, no mundo da vida, os comandos normativos subjacentes, que se reconduzem a um espaço de proteção fundamental constitucionalmente protegido. Por conseguinte, para se perceber este critério e a sua adequação é necessário compreender estes níveis de profundidade que o suportam.

Assim, o espaço de proteção de que estamos a falar diz respeito à garantia de condições de privacidade. Explicitando melhor: sem prejuízo de poderem existir outras diferenciações relevantes, a proteção da privacidade pode ser assegurada, pelo menos, numa perspetiva material ou numa perspetiva formal[12]. Na primeira perspetiva (designada por *privacidade em sentido material ou temática*), protegem-se temas que se incluem na reserva da vida privada, onde quer que eles ocorram ou quaisquer que sejam as suas formas ou meios

[12] Para mais e melhores desenvolvimentos sobre esta distinção veja-se COSTA ANDRADE, anotação ao artigo 192.º, *Comentário Conimbricense*, Tomo I, 2.ª edição, pp. 1043-1045, § 8 a 10.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

de manifestação. Na segunda perspetiva (designada por *privacidade em sentido formal ou espacial*), protegem-se espaços (estáticos ou dinâmicos, ou seja, locais ou processos/meios) que, em virtude de uma barreira física ou simbólica, que torna esses perímetros menos vulneráveis a violações ou interferências de terceiros, permitem que as pessoas se expressem livremente, nomeadamente através de manifestações da vida privada. Estes espaços são protegidos, independentemente de incluírem ou não segmentos ou temas da vida privada, consubstanciando uma espécie de tutela avançada ou instrumental da privacidade. É a privacidade em sentido formal aquela que é protegida através da inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e dos demais meios de comunicação, consagrada no artigo 34.º, da Constituição[13] e enquanto espaço dinâmico ou processo/meio de comunicação. Ou seja, o alvo de proteção fundamental não é o objeto da comunicação (o conteúdo da correspondência ou mensagem) "dotado de existência autónoma e independentemente do ato comunicativo"[14], mas o "*ato comunicativo"* em si.

Como na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação intervêm, em regra, terceiros, subjacente à garantia constitucional prevista no artigo 34.º, da CRP, está também a proteção, "de forma reflexa e derivada", da «"confiança da comunidade na integridade" dos serviços postais e das telecomunicações»[15].

Em síntese: porque a correspondência é um espaço (processo dinâmico) privilegiado para manifestações da vida privada é necessário garantir a sua inviolabilidade face a todos os terceiros que não os sujeitos envolvidos na comunicação e a proteção da confiança na integridade dos serviços.

O critério da correspondência aberta/fechada é o mais adequado para assegurar e refletir esta lógica de proteção, quer como critério positivo ou de inclusão, quer como critério negativo ou de exclusão, ou seja, como princípio e fim do ato comunicativo, que corporiza o espaço dinâmico de proteção. Como critério positivo ou de inclusão (ou princípio do ato

[13] Cf. JOÃO CONDE CORREIA, obra citada, p. 640, § 3.

[14] JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO DURO, *Lei da Concorrência Comentário Conimbricense*, Almedina, 1.ª edição, anotação ao artigo 18.º do NRJC, p. 210, § 7.

[15] COSTA ANDRADE, anotação ao artigo 194.º, *Comentário Conimbricense*, Tomo I, 1ª edição, p. 754, § 5.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

comunicativo) significa que só a correspondência que o remetente tenha fechado é que merece proteção. A razão é simples e evidente: "é ao fechar a carta que se dá expressão visível ao desejo de confidencialidade"[16]. Como critério negativo ou de exclusão (ou fim do ato comunicativo) significa que a correspondência aberta pelo destinatário deixa de ter proteção, porque "a vulnerabilidade da correspondência já não é tão grande"[17], uma vez que o "risco que a transmissão em princípio consubstancia desaparece, ficando a proteção dos dados privados ou secretos que ela eventualmente encerra na livre disponibilidade do recetor. Ele é que deve tomar as cautelas necessárias para os manter fora do alcance da curiosidade ou da inscrição de terceiros, em particular das instâncias formais de controlo"[18].

Em consequência, a correspondência que o remetente não fechou e a correspondência que o destinatário abriu não têm ou deixam de ter proteção respetivamente, consubstanciando meros documentos e, estando nessa medida, sujeitos ao regime da prova documental ou a qualquer outro regime de proteção especial que tutele o conteúdo da mensagem em função (agora) do tema.

Estes parâmetros, cuja aplicação à correspondência física alcançou alguma consolidação, têm gerado discussão e divergência em relação às *mensagens de correio electrónico*, sob a forma de mensagens lidas e não lidas. Encontramos várias posições na doutrina que se pronunciam contra a utilização deste critério.

Assim, DAVID RAMALHO que, em tese geral, chama a atenção para o facto de nem sempre ser possível a analogia, no plano ontológico, com o mundo físico para construir soluções adequadas ao ambiente virtual[19], rejeita o referido critério com base, no essencial, nos seguintes argumentos: o silêncio do legislador, ao não efetuar qualquer diferenciação face a um tema tão discutido, é revelador de uma opção consciente de afastamento deste critério[20]; "o próprio facto de o legislador se referir a *registos* de comunicações de natureza semelhante e não a comunicações, … indicia que a tutela é conferida mesmo após a comunicação ter

[16] BGH alemão, JZ 1990, *apud* COSTA ANDRADE, obra citada, Anotação ao artigo 194.º, p. 758, § 16.

[17] JOÃO CONDE CORREIA, ob. cit., p. 642, § 6.

[18] *Idem*.

[19] *Métodos Ocultos de Investigação em Ambiente Digital*, Almedina, 2017, p. 354.

[20] *Idem*, p. 278.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

terminado e permanecer apenas o ficheiro recebido e aberto"[21]; mais chama a atenção para o "anacronismo e inadequação da variação de regimes em função de um *clique* - frequentemente desprovido de qualquer apreensão do conteúdo da mensagem – bem como da noção de que uma mensagem de correio electrónico pode ter informações que extravasam o seu conteúdo legível (como metadados e [outros] dados de tráfego)"[22]. Impõe-se ainda acrescentar que, na perspetiva deste autor, o regime especial previsto no artigo 17.º, da LC, destina-se a garantir não só a proteção da privacidade, como também do direito à autodeterminação informativa[23].

Também RUI CARDOSO se pronuncia contra a utilização do critério aberto ou não aberto ou lido ou não lido em relação às mensagens de correio eletrónico, por considerar que não existem "reais bases para fundamentar nessa ilusão do *lido/não lido* diferentes níveis de tutela jurídica das mensagens de correio eletrónico ou semelhantes"[24]. Essas bases reais não existem, na perspetiva do autor, na medida em que o lido ou não lido "não é uma qualquer forma de proteção do conteúdo da mensagem, contrariamente ao que sucede com os envelopes no correio eletrónico"[25], pois não estão em causa "envelopes ou invólucros das mensagens, mas simples filtros que o utilizador pode definir (de acordo com as suas preferências ou critérios) para mais facilmente gerir o volume de mensagens de correio eletrónico recebidas"[26] e que "podem ser facilmente alteráveis (e infinitamente) pelo utilizador, com um clique". Mais chama a atenção para o facto desses filtros não existirem em todas as plataformas (por exemplo telefones móveis) e que os utilizadores podem receber o correio eletrónico em diferentes plataformas, sendo essa a regra, podendo constar numas

[21] *Idem*, p. 278

[22] *Idem*, pp. 278-279.

[23] *Idem*, p. 279.

[24] Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante – artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15.IX", *in Revista do Ministério Público*, n.º 153, janeiro-março 2018, pp. 167-241, p. 186.

[25] *Idem*, p. 186.

[26] *Idem*, pp. 186-187.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

como lidas e noutras como não lidas, dependendo das definições de sincronização possíveis e utilizadas[27].

SÓNIA FIDALGO segue esta posição, no essencial pelos mesmos argumentos invocados por RUI CARDOSO, concluindo que a "fronteira entre correio eletrónico lido e não lido é, assim, difícil de estabelecer", sendo anacrónica e inadequada e, por essas razões, não adotada pelo legislador[28].

No contexto específico da aplicação da norma aos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, JOSÉ LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, após fazerem alusão ao enquadramento histórico decorrente das alterações introduzidas no artigo 190.º, do CPP, pela revisão do CPP de 1998, e no artigo 189.º do CPP em 2007, e por considerarem que o artigo 17.º da LC equipara as mensagens de correio eletrónico (ou registos análogos) armazenados em sistemas eletrónicos a correspondência, concluem pela inadmissibilidade de apreensão destes meios de prova nos processos de contraordenação[29].

Há jurisprudência de suporte a esta tese, designadamente o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.12.2017, processo n.º 184/12.5TELSB-B.L1-3[30], que indica mais jurisprudência relevante e em cujo sumário se sintetizou o seguinte: "Da redacção do artº 17º da Lei do Cibercrime resulta de forma clara que não esteve no espírito do legislador transpor para o correio electrónico e registos de comunicações de natureza semelhante a distinção, por referência ao correio tradicional, de correio aberto ou fechado, o que desde logo se colhe do elemento literal previsto neste preceito legal com a expressão "armazenados" o que pressupõe que a comunicação já foi recebida/lida e, consequentemente, armazenada, além de não existirem razões para considerar diminuídas as exigências garantísticas do correio electrónico quando aberto/lido relativamente ao correio electrónico fechado, atenta a natureza própria destas comunicações".

---

[27] *Idem*, p. 187.

[28] Estudo citado, pp. 159-160.

[29] *Lei da Concorrência*, ob. citada, anotação ao artigo 18.º, § 210-213, § 7.

[30] *In* www.dgsi.pt

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Contudo, esta posição não é unânime. Assim, em sentido contrário pronuncia-se SANTOS CABRAL, defendendo que a "mensagem de correio eletrónica mantida em suporte digital depois de recebida, e lida, terá a mesma proteção da carta em papel que tenha sido recebida pelo correio e que foi aberta e guardada em arquivo pessoal", ou seja, "são um mero documento escrito pelo que tais mensagens não gozam de aplicação de regime de proteção da reserva da correspondência e das comunicações"[31].

Por sua vez, TIAGO MILHEIRO parte da premissa de que um "documento em si mesmo, por ser eletrónico, ou se encontrar em ambiente digital, não pode, só por esse motivo, beneficiar de uma tutela acrescida", pelo que para não se "criar diferenciações irrazoáveis entre os documentos físicos e digitais" propõe que se utilize "um raciocínio hipotético sobre qual seria a disciplina processual se o documento fosse em suporte físico"[32]. Aplicando este critério distingue, a propósito do correio eletrónico, três situações: "a) se estiverem em trânsito aplica-se as regras das interceções telefónicas, devendo ser validadas e autorizadas por um juiz; b) se recebidas e não abertas são aplicadas as normas de apreensão de correspondência; c) se abertas trata-se de prova documental, não competindo ao juiz validá-las, mas sim ao MP"[33], pois "a partir do momento em que [as comunicações são recebidas] e ficam registadas não existe motivo para conferir uma tutela acrescida e diferenciada em relação às comunicações por sistemas informáticos em confronto com outras formas de comunicação[34].

JOÃO CONDE CORREIA, pese embora considere que a tese da irrelevância do critério lido/não lido seja aquela que corresponde a uma interpretação literal, face à ausência de qualquer distinção legal, entende que uma "leitura integrada e coerente, que acentue as inevitáveis semelhanças com os escritos tradicionais e as suas necessidades de tutela" tenderá a excluir o correio eletrónico aberto do âmbito de aplicação do artigo 17.º, da LC[35].

---

[31] *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2016, 2ª edição revista e atualizada, p. 707, § 8.

[32] *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, já citado, anotação ao artigo 164.º, p. 510, § 15.

[33] *Idem*.

[34] *Idem*, anotação ao artigo 189.º, p. 846, § 73.

[35] "Prova digital: enquadramento legal" (pp. 15-29*), in Cibercriminalidade e Prova Digital*, julho 2018, e-book do Centro de Estudos Judiciários, pp. 20-21, disponível *in* file:///C:/Users/MJ02554/Downloads/eb_Ciber_PDigital2018.pdf .

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Crê-se que DUARTE NUNES vai um pouco mais longe, pelo menos, no plano do direito a constituir, por considerar que no correio eletrónico já recebido não há intervenção das comunicações e, em consequência, não há violação do direito à inviolabilidade da correspondência subjacente ao regime especial previsto no CPP para a correspondência física, não sendo diferente de outros dados informáticos e não se justificando, por conseguinte, um regime de tutela acrescido[36]. Para além disso, invoca um conjunto de óbices de natureza operacional à aplicação do regime plasmado no artigo 179.º, do CPP (por remissão do artigo 17., da LC), a este tipo de documentos, na medida em que "*podendo os e-mails ser em grande número e apenas alguns terem relevância para a investigação, a sua prévia abertura, leitura e posterior seleção para ser virem como prova por parte do juiz tenderá a ser uma tarefa verdadeiramente titânica e, no caso de tal suceder na fase de inquérito, os investigadores (polícias) terão um muito melhor conhecimento da investigação (o que muito auxiliará na hora de selecionar quais os e-mails cujo conteúdo é relevante para a investigação) do que o JIC, que apenas intervém pontualmente*"[37]. No plano do direito constituído, o autor segue a tese do lido/não lido, limitando a aplicação do artigo 17.º, da LC, às mensagens de correio eletrónico não lidas, como forma de "*minimizar o desacerto e os efeitos nefastos da opção legislativa*"[38].

Adotam ainda tese da relevância do lido/não lido PAULO DÁ MESQUITA[39], RITA CARVALHO[40] e PEDRO VERDELHO[4142]. É esta a posição que, muito respeito pelo entendimento contrário, se acolhe, pelas razões que se passam a expor.

---

[36] *Os Meios de Obtenção de Prova previstos na Lei do Cibercrime*, Gestlegal, 2018, pp. 141-143.

[37] *Idem*, p. 143.

[38] *Idem*, p. 145.

[39] "Prolegómenos sobre prova eletrónica e interceção de telecomunicações no Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime", *in* Processo Penal, Direito Processual Penal Português – o Código e a Lei do Cibercrime, in *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra Editora, 2010, p. 118, apud Sónia Fidalgo, ob. cit., p. 159, nota 26.

[40] *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal. Natureza e respetivo regime jurídico do correio eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra Editora, 2011, pp. 189-190.

[41] "Apreensão de correio eletrónico em Processo Penal", *in Revista do Ministério Público*, ano 25,

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Concorda-se com DAVID RAMALHO no sentido de que não nos devemos apoiar num critério de analogia ontológica, pois o mundo físico e o mundo digital podem não partilhar, no plano ontológico, a identidade substantiva pressuposta pela analogia. Admite-se também que no plano axiológico-constitucional a prova digital possa suscitar dimensões de proteção novas ou diferentes. Contudo, o que já não é aceitável é que, conforme salienta TIAGO CAIADO MILHEIRO, existam "diferenciações irrazoáveis", ou seja, diferenciações sem diferenças de suporte que verdadeiramente as justifiquem.

Esclarecida esta primeira premissa entende-se que não existem razões para que as coordenadas axiológico-constitucionais que estão subjacentes ao artigo 17.º, da LC, sejam diferentes daquelas que suportam o artigo 179.º, do CPP, e para as quais o legislador remete por via do segmento final do artigo 17.º.

É certo que, tal como DAVID RAMALHO chama a atenção, a mensagem de correio eletrónico pode ter "informações que extravasam o seu conteúdo legível (como metadados e [outros] dados de tráfego)". Contudo, serão dados de tráfego relacionados apenas com o envio e receção da mensagem em questão e um envelope em papel também pode conter o registo de envio da correspondência física com indicação da data e pode igualmente revelar o local de envio.

O mesmo autor faz ainda referência ao direito à autodeterminação informativa como sendo um dos direitos tutelados através do artigo 17.º da LC, para além da privacidade. Contudo, a Constituição também protege este direito no domínio dos ficheiros manuais (cf. artigo 35.º, n.º 7, da Constituição), pelo que não há aqui um direito ou uma dimensão diferente de proteção exclusiva do mundo digital. Noutra perspetiva, é verdade que o direito à autodeterminação informativa tem o seu principal campo de aplicação no domínio informático, não só porque a sua emergência histórica está relacionada com os computadores e as bases de dados informáticas, como também porque o potencial de lesão por esta via é maior, face à quantidade de dados que podem ser armazenados e tratados. No entanto, este

---

outubro/dezembro de 2004, n.º 100, pp. 153-164, pp. 158-159.

[42] Para mais elementos sobre a questão veja-se Lei da Concorrência Anotada, anotação ao artigo 18.º, pp. 194-196, § 7.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

potencial de lesão acrescido não é exclusivo das mensagens de correio eletrónico, mas de qualquer dado informático ou ficheiro informático, sendo certo que a apreensão de dados informáticos em geral não está sujeita a um regime de tutela tão reforçado como aquele que está previsto no artigo 17.º da LC – cf. artigo 16.º da LC.

Ainda neste plano – o da identidade axiológico-constitucional entre as duas normas – refere-se no acórdão do TRL *supra* citado, com relevo para esta discussão, o seguinte: "a lei parece não ignorar que cada vez mais os cidadãos guardam nos seus computadores em ambiente laboral documentos escritos, fotografias da família ou gravações sonoras, que são susceptíveis de revelar segredos da vida íntima, a impor um reforço de tutela de proteção relativamente às comunicações electrónicas". Resulta das considerações tecidas a propósito do artigo 179.º, do CPP, que o espaço de proteção fundamental subjacente à norma incide sobre a inviolabilidade da correspondência, enquanto privacidade em sentido formal, no sentido de um espaço dinâmico de proteção, que, nessa medida, não incide sobre o objeto de comunicação em si mesmo, autónomo e independente do ato comunicativo, mas sobre o processo comunicação. Isto significa que, no domínio do espaço de proteção subjacente ao artigo 179.º, do CPP, e que é o do artigo 34.º, da Constituição, não há um espaço estático de proteção em relação ao destinatário da mensagem ou comunicação. Ou seja, a inviolabilidade da correspondência não se destina a traçar um perímetro de resguardo em torno do destinatário.

Dir-se-á: não existe esta dimensão de proteção porque não existe, no mundo físico, um local ou um espaço onde, em regra, as pessoas guardam toda a correspondência recebida e aberta, uma espécie de depositário, cofre ou caixa postal de correspondência aberta e lida. Contudo, ainda assim considera-se, com muito respeito por entendimento contrário, que, mesmo no mundo virtual, ainda não há razões para se considerar que a caixa postal eletrónica cumpre essa função adicional de espaço estático de proteção da privacidade (perspetiva para a qual nos remetem as palavras *supra* reproduzidas escritas no acórdão do TRL), que mereça aqui uma tutela fundamental acrescida ou diferenciada face à correspondência física. Desde logo, porque não há razões para distinguir a caixa postal eletrónica do próprio computador pessoal, que pode conter inúmeros dados e ficheiros pessoalíssimos, sendo certo que a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

apreensão de dados informáticos em geral não está sujeita à tutela acrescida concedida à apreensão das mensagens de correio eletrónico.

Por conseguinte, não se encontram razões para afastar aquela primeira premissa, no sentido de que as coordenadas axiológico-constitucionais que estão subjacentes aos artigos 17.º da LC e 179.º do CPP são as mesmas. Ora, são estas coordenadas que dominam a teleologia da norma, pelo que uma interpretação orientada pela *ratio legis* deverá tê-las em consideração.

Há uma segunda premissa a considerar e para a qual somos conduzidos pela primeira premissa identificada. Conforme se referiu, subjacente ao artigo 179.º do CPP e, agora, também ao artigo 17.º da LC, está a privacidade em sentido formal ou espacial. Esta modalidade de privacidade pressupõe a definição de uma barreira física ou simbólica que define o perímetro de proteção. Por conseguinte, é inerente ao próprio conceito de mensagem de correio eletrónico a necessidade de definir essa barreira.

Para o efeito, não se encontra nem naquilo que o legislador disse, nem naquilo que omitiu, critérios decisivos. Assim, a utilização do termo "armazenados" é precedida do conceito "encontrados", não sendo inequívoco que as duas palavras tenham sido utilizadas em sentido cumulativo ou alternativo. Quanto ao termo "registos" que precede as "comunicações de natureza semelhante" o resultado da aplicação do filtro "lido/não lido", por via da sinalização da mensagem como lida, pode ser considerado um registo. No que diz respeito ao silêncio do legislador, num contexto de discussão e polémica acerca da adequação do critério, precedido pelas alterações dos artigos 190.º e depois 189.º ambos do CPP[43], para além de apenas ser potencialmente decisivo se se aceitar uma interpretação subjetiva, que procura a vontade do legislador histórico, e que não é a mais correta, não se encontra nenhuma razão suficientemente forte para, mesmo nesse plano, atribuir ao silêncio do legislador apenas esse sentido.

Considera-se adicionalmente que também não é aplicável o critério no sentido de que onde o legislador não distingue não deve o intérprete distinguir, pois o conceito de mensagem

---

[43] Sobre estas alterações veja-se JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO DURO, obra já citada.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

de correio eletrónico pressupõe, por definição, que se trace a referida barreira física ou simbólica, pelo que não se trata de distinguir, excluindo aquilo que está potencialmente incluído num sentido pré-dado, mas de definir esse sentido *ab initio*.

Excluídos os elementos indicados entende-se que releva como critério decisivo o elemento teleológico, que nos remete para as referidas coordenadas axiológico-constitucionais. Assim, a barreira física ou simbólica deve ser aquela que garante a inviolabilidade da mensagem, enquanto espaço ou processo dinâmico de proteção, que incide sobre o ato comunicativo. Ora, o critério lido/não lido mostra-se ajustado para garantir este espaço de proteção. Mostra-se ajustado, por defeito, para determinar o princípio e é igualmente adequado para definir o fim do ato comunicativo, porque o filtro "lido" significa que a mensagem já não é tão vulnerável, pois está na livre disponibilidade do recetor removê-la, destruí-la, guardá-la noutro local.

A circunstância do filtro "lido" não significar que se leu efetivamente o conteúdo da mensagem é irrelevante, pois o que importa é que o mesmo revela a referida disponibilidade. O facto desse filtro ser muito facilmente manipulável também não afasta a sua adequação. Assim, do ponto de vista da sua manipulação pelo destinatário, a única hipótese que se concebe será aquela em que o destinatário lê a mensagem e após a leitura assinala-a como não lida. Contudo, esta hipótese só seria relevante se se pretendesse excluir do conceito de mensagens de correio eletrónico mensagens que se encontram numa etapa do processo anterior à sua abertura. Se o objetivo é o contrário – designadamente afastar o critério para se ser mais restritivo – então não há razões para que, pelo menos, as mensagens identificadas como lidas não sejam excluídas do âmbito de proteção. Do ponto de vista de terceiros, tal manipulação significaria uma intromissão ilegítima na correspondência que também pode ocorrer, no mundo físico, através da abertura do envelope.

A circunstância de existirem plataformas que não têm estes filtros, ou seja, que não permitem saber se a mensagem foi aberta ou "lida" também não é relevante, pois significa apenas que, nesses casos, não há elementos suficientemente seguros para se assumir que a mensagem ultrapassou aquele limiar de vulnerabilidade que já não justifica mais a proteção acrescida. Quanto ao facto da mesma mensagem poder aparecer como "lida" numa plataforma

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

e como "não lida" noutra ou sem qualquer sinalização também não compromete o critério, pois o que releva é a informação que se pode colher da plataforma onde é apreendida a mensagem, enquanto demonstrativa de que a mesma ultrapassou ou não o referido limiar de vulnerabilidade.

Em face das asserções precedentes, a conclusão a que se chega é que o artigo 17.º, da LC não se aplica às mensagens de correio eletrónico identificadas como "abertas" ou "lidas". E alcançou-se esta conclusão não por via de uma analogia, no plano ontológico, entre o mundo físico e o mundo virtual, mas através de um percurso que partiu da identidade axiológico-constitucional entre os espaços de proteção fundamental das duas normas.

Note-se que, por via das asserções precedentes, centradas no âmbito de proteção constitucional do direito à inviolabilidade da correspondência, consagrado no artigo 34.º, da Constituição, estamos também a admitir que as mensagens de correio eletrónica lidas/abertas estão excluídas da tutela constitucional. Por conseguinte, mesmo numa interpretação estrita do segmento "processo criminal" previsto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, no sentido de não incluir o direito das contraordenações, as mensagens com as referidas características podem ser apreendidas num processo por práticas restritivas da concorrência.

O que do ponto de vista dos interesses juridicamente protegidos em confronto é totalmente justificado, pois, numa lógica de ponderação, mediada pelo princípio da proporcionalidade (cf. artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), entre, por um lado, os direitos fundamentais das empresas visadas e, por outro lado, a defesa da concorrência por via da punição de práticas restritivas da concorrência não temos a menor dúvida em concluir que é adequado, necessário e equilibrado utilizar estes meios de prova. Até porquê não poder utilizar estes meios de prova é que seria suscetível de fragilizar de forma grave e séria a defesa da concorrência por via da punição das práticas restritivas da concorrência. É esta, aliás, a perspetiva do legislador da União Europeia, que, nos processos que envolvem a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), admite inclusive a admissibilidade de todo o tipo de mensagens de correio eletrónico, *independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas* – cf. considerando 32, 35 e 73 e artigo 32.º da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

do Conselho de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

Em consequência, o artigo 17.º da LC não é aplicável ao caso, sendo que os Recorrentes sequer alegam que as mensagens de correio eletrónica apreendidas não estivessem identificadas como "abertas" ou "lidas".

Não existindo a referida antinomia insustentável, conclui-se que o NRJC não apresenta lacunas nesta matéria, pelo que não são aplicáveis os artigos 17.º da LC e 179.º do CPP, o que conduz, necessariamente, à improcedência das questões de inconstitucionalidade material invocadas pelos Recorrentes.

Em jeito conclusivo, a prova resultante das diligências de busca e apreensão realizadas pela AdC nas instalações da FERGRUPO, das quais resultaram a apreensão de correspondência eletrónica diversa dos computadores de colaboradores daquela empresa, não é prova proibida em sede de processo contraordenacional e as diligências em causa não são ilegais, porquanto emanadas pela entidade com competência legitimada para tal, o Ministério Público. Por conseguinte, improcedem as nulidades invocadas, bem como as inconstitucionalidades materiais suscitadas a respeito.

II. Manifesta violação pela AdC dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, confiança legítima e boa-fé nos presentes autos

Invoca ainda a Recorrente a violação pela AdC dos princípios da igualdade, da proporcionalidade, confiança legítima e boa fé ao decidir aplicar-lhe uma coima única de valor superior ao proposto em sede de transação, ponderada na fase de instrução, e duas sanções acessórias, que não havia conjeturado nessa fase, quando, ademais, desde então, não sobrevieram aos autos novos elementos de facto e de direito que justificasse alterar a posição ali assumida.

A AdC nas alegações apresentadas refutou a violação de tais princípios com os fundamentos aí melhor vertidos.

Vejamos:

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Conforme reconhecido pela Recorrente, o procedimento de transação, previsto nos artigos 22.º e 27.º da LdC, quer na fase de inquérito quer na instrução, tem um regime próprio, que implica, designadamente e a título meramente exemplificativo, o reconhecimento pelo visado da responsabilidade pelas infrações em causa e que refletirá naturalmente uma solução mais favorável para o visado do que a que resultaria de uma decisão condenatória, com claros ganhos processuais, na perspetiva da AdC, designadamente ao nível da eficiência.

Nesse âmbito, no decurso da fase de instrução, a AdC e a Recorrente encetaram conversações com vista a ponderarem a outorga de uma transação, as quais, contudo, não lograram atingir o desiderato que as motivou. Nesta medida, conforme a Recorrente admite, o processo seguiu a sua tramitação ordinária, culminando na decisão condenatória da AdC, contra a qual ora se insurge, uma vez que, entre o mais, no seu entender, as coimas e as sanções acessórias aplicadas pela AdC violam os princípios da igualdade, da proporcionalidade, confiança legítima e boa fé, quando, ademais, por comparação com a posição sancionatória que a AdC assumiu naquela fase.

Ora, não se vislumbrando uma qualquer consequência processual prejudicial que justifique o conhecimento imediato/prévio da questão em apreço, mas, diferentemente, mais adiante, na apreciação da sanção a aplicar, caso se conclua pela prática das infrações que são imputadas e contra as quais também se insurge através do recurso em análise, relega-se para esse momento da decisão o seu conhecimento, por ser o oportuno e mais adequado.

III. Nulidade da Decisão por omissão de pronúncia

Por último, defende a Recorrente que a decisão da AdC é nula por omissão de pronuncia, nos termos do artigo 58.º, nº 1, al. c) do RGCO e artigos 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, al. c) do CPP (aplicáveis *ex vi* do artigo 13.º, n.º 1 da LdC e do artigo 41.º, n.º 1 do RGCO), porquanto não se pronunciou sobre todos os argumentos apresentados por ela na fase administrativa, designadamente os relativos às justificações apresentadas pelo consórcio CEMAV, FERGRUPO e demais visadas nos vários concursos públicos em causa e os impactos da redução do preço contratual na estrutura de custos das visadas e em particular da FERGRUPO.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

A AdC, por seu turno, em resposta à referida nulidade, pugna pela sua improcedência, alegando que pronunciou-se a respeito na secção 2.6 e posteriormente, em detalhe, na secção 3.2.6 da decisão em crise.

Vejamos:

Dispõe o artigo 58.º, n.º 1 do DL 433/82 de 27/10 [que estabelece o Regime Geral das Contraordenações e Coimas], sob a epígrafe "Decisão condenatória", o seguinte: *1 - A decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter: a) A identificação dos arguidos; b) A descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas; c) A indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; d) A coima e as sanções acessórias. (...).*

Embora de forma menos intensa, o conteúdo da decisão sancionatória da autoridade administrativa no processo de contraordenação aproxima-se da matriz da decisão condenatória em processo penal, nomeadamente no que respeita à enunciação dos factos provados, com indicação das provas obtidas. A função dos elementos da decisão no procedimento por contraordenação consiste, tal como na sentença penal, em permitir, tanto a apreensão externa dos fundamentos, como possibilitar, intra-processualmente, o controlo da decisão por via de recurso. A fundamentação da decisão constitui um pressuposto essencial para verificação, simultaneamente, da pertinência e adequação do processo argumentativo e racional que esteve na base da decisão, sendo uma garantia fundamental dos respetivos destinatários. Por isso, a decisão que não contenha os elementos nos termos e pelo modo que a lei determina não é prestável para a função processual a que está vinculada. A consequência, no âmbito do processo penal, vem cominada no artigo 379.º/1, alínea a) do Código de Processo Penal (CPP): a nulidade da sentença que não contenha a enumeração dos factos provados e não provados e a exposição dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão. Dada a natureza (sancionatória) do processo por contra-ordenação, os fundamentos da decisão que aplica uma coima (ou outra sanção prevista na lei para uma contra-ordenação) aproximam-na de uma decisão condenatória, mais do que a uma decisão da Administração que contenha um acto administrativo. Por isso, a fundamentação deve participar das exigências da fundamentação de uma decisão penal - na especificação dos factos, na

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

enunciação das provas que os suportam e na indicação precisa das normas violadas. A fundamentação da decisão deve exercer, também aqui, uma função de legitimação: (i) interna, para permitir aos interessados conhecer, mais do que reconstituir, os motivos da decisão e o procedimento lógico que determinou a decisão em vista da formulação pelos interessados de um juízo sobre a oportunidade e a viabilidade e os motivos para uma eventual impugnação; e (ii) externa, para possibilitar o controlo, por quem nisso tiver interesse, sobre as razões da decisão. Elementos essenciais da fundamentação de uma decisão sancionatória - a um tempo base e pressuposto de toda a fundamentação e da possibilidade de controlo da própria decisão - são os factos que forem considerados provados e que constituem a base *sine qua non* da aplicação das normas chamadas a intervir. A indicação precisa e discriminada dos elementos indicados na norma do artigo 58.º/1 do RGCOC constitui, também, elemento fundamental para garantia do direito de defesa do arguido, que só poderá ser efetivo com o adequado conhecimento dos factos imputados, das normas que integrem e das consequências sancionatórias que determinem. A consequência da falta dos elementos essenciais que constituem a centralidade da própria decisão - sem o que nem pode ser considerada decisão em sentido processual e material - tem de ser encontrada no sistema de normas aplicável, se não direta, quando não exista norma que especificamente se lhe refira, por remissão ou aplicação supletiva; é o que dispõe o artigo 41.º do RGCO sobre "direito subsidiário", que manda aplicar, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.

Deste modo, a decisão da autoridade administrativa que aplique uma coima (ou outra sanção prevista para uma contra-ordenação) e que não contenha os elementos que a lei impõe, é nula por aplicação do disposto no artigo 374.º/1, alínea a) do CPP para as decisões condenatórias, conforme acima já se aduziu.

A este respeito, com propriedade, leia-se o acórdão do TRCoimbra, datado de 04-06-2003, Col. Jur., 2003, Tomo III, pág. 40., no qual se escreveu o seguinte: "I – O incumprimento do dever de fundamentação da decisão administrativa constitui nulidade nos termos cominados no artigo 379.º do CPP. II – Todavia, uma vez que a decisão é proferida no domínio de uma fase administrativa sujeita às características da celeridade e simplicidade, aquele dever de fundamentação deve assumir uma dimensão menos intensa com relação a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

uma sentença. O que deverá ser patente para o arguido são as razões de facto e de direito que levaram à sua condenação, possibilitando-lhe um juízo de oportunidade sobre a conveniência da imputação judicial e, simultaneamente, já em sede de impugnação judicial, ao tribunal conhecer o processo lógico da formação da decisão administrativa.". (sublinhado nosso).

Posto o Direito e a Jurisprudência a atender, perscrutada a decisão administrativa sob recurso, consideramos que na mesma mostram-se elencados os factos que, no entender da autoridade administrativa, resultam provados, por referência às provas obtidas e aí expressamente indicadas, através das quais se consegue compreender o raciocínio lógico tido a respeito pela autoridade administrativa e que culminou na condenação dos Recorrentes nas coimas parcelares e única e nas sanções acessórias pela prática de duas contraordenações, sendo que na mesma também se faz referência aos argumentos invocados pela ora FERGRUPO na defesa que apresentou nessa fase e ao direito aplicável (vide secção 2.6 e posteriormente, na secção 3.2.6 da decisão). Destarte, uma coisa é a ausência de pronúncia – que não existe –; outra coisa é a sua existência, mas escassa e/ou por não convincente, da qual não resultará a nulidade da decisão, mas, quanto muito, a eventual procedência do recurso de impugnação interposto.

Por outro lado, a Recorrente logrou perceber a decisão da AdC, conforme resulta das alegações e conclusões que apresentou no seu recurso de impugnação. Destarte, a Recorrente, para além de arguir, entre outras, a nulidade da decisão administrativa, coloca em crise os factos considerados provados, rebatendo, de forma exaustiva e pormenorizada, a fundamentação apresentada pela AdC, quer quanto à conclusão extraída da prática pela Recorrente das infrações imputadas, quer quanto às sanções aplicadas.

Cumpre lembrar, a respeito, a jurisprudência fixada no Assento n.º 1/2003 do STJ, de 25-01, de acordo com a qual, «(...) «IV - Se a notificação, tendo lugar, não fornecer (todos) os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o vício será o da nulidade sanável (artigos 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), arguível, pelo interessado/notificado (artigos 120.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), no prazo de 10 dias após a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

notificação (artigos 105.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), perante a própria administração ou, judicialmente, no ato da impugnação [artigos 120.º, n.º 3, alínea c), e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações] (ver nota 53). Se a impugnação se limitar a arguir a nulidade, o tribunal invalidará a instrução administrativa, a partir da notificação incompleta, e também, por dela depender e a afetar, a subsequente decisão administrativa [artigos 120.º, n.os 2, alínea d), e 3, alínea c), e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]. Todavia, se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando, na sua defesa, os aspetos de facto ou de direito omissos na notificação, mas presentes na decisão/acusação), a nulidade considerar-se-á sanada [artigos 121.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações].». (sublinhado nosso). Ora, tendo a Recorrente apresentado recurso de impugnação, no qual defendeu-se cabalmente de todas as imputações a si dirigidas na acusação da autoridade administrativa, considera-se que, a existir uma qualquer nulidade, pela qual não se decide, a mesma sempre estaria sanada, nos termos e pelos fundamentos expressos naquele AUJ.

Pelo que, quer porque a decisão administrativa contém todos os elementos legais relevantes a conferir-lhe validade, nos termos do n.º 1 do artigo 58.º do RGCO, quer porque a Recorrente demonstrou compreendê-la, improcede a apontada nulidade.

*

[SOMAFEL]

I. Direitos fundamentais e o estatuto de "Visado" nos processos sancionatórios por infração às regras da concorrência

A Recorrente, desde logo, advoga que a AdC conduziu o processo contraordenacional em crise sem lhe reconhecer todos os direitos processuais e garantias de defesa, tal como beneficia o arguido em processo penal, a saber: a presunção de inocência, o direito à não autoincriminação ou o princípio *ne bis in idem*, pugnando que a interpretação das normas remissivas constantes dos artigos 13.º da LdC e 41.º, n.º 1 do RGCO, no sentido de que as mesmas não abrangem os direitos e garantias conferidos ao arguido em processo penal que

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

não encontrem expressa limitação ou exclusão na lei, determina a sua inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2 e 32.º, n.ºs 1, 5 e 10 da CRP.

A AdC nas alegações apresentadas refutou tal entendimento, nos termos que aí melhor aduz.

Vejamos:

Diante das mais diversas decisões uníssonas dos nossos Tribunais Superiores, em particular, do próprio Tribunal Constitucional (TC) sobre a questão em apreço, no sentido de que inexiste uma equiparação absoluta entre o direito penal e o direito contraordenacional, em virtude da natureza dos ilícitos e da dimensão das exigências de prevenção que cada um dos regimes comporta, a apreciação da questão suscitada pela Recorrente não carece de grande profundidade, permitindo-nos, assim, socorrer, a título meramente exemplificativo, do transcrito no acórdão n.º 373/2015 do TC, consultável *in* www.tribunalconstitucional.pt, sem prejuízo de a Recorrente, neste momento da sua defesa, não ter concretizado qual(ais) o(s) comportamento(s) assumidos pela AdC do(s) qual(ais) resulta(e)m a alegada falta de reconhecimento à Recorrente de todos os direitos processuais e garantias de defesa, tal como beneficia o arguido em processo penal: «(...) Com efeito, como tem sido reiteradamente entendido pelo Tribunal Constitucional, no âmbito contraordenacional, atendendo à diferente natureza do ilícito de mera ordenação e à sua menor ressonância ética, em comparação com o ilícito criminal, é menor o peso do regime garantístico, pelo que as garantias constitucionais previstas para os ilícitos de natureza criminal não são necessariamente aplicáveis aos ilícitos contraordenacionais ou a outros ilícitos no âmbito de direito sancionatório (cfr., neste sentido, entre muitos outros, os acórdãos n.ºs 158/92, 50/99, 33/2002, 659/2006, 99/2009 e 135/2009). (...) Constitui afirmação recorrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional a da não aplicabilidade direta e global aos processos contra-ordenacionais dos princípios constitucionais próprios do processo criminal, desde logo o princípio da judicialização da instrução consagrado no n.º 4 do artigo 32.º (neste sentido: Acórdão n.º 158/92). A diferença de "princípios jurídico-constitucionais, materiais e orgânicos, a que se submetem entre nós a legislação penal e a legislação das contra-ordenações" reflete-se "no regime processual próprio de cada um desses ilícitos", não exigindo "um automático paralelismo com os institutos e

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

regimes próprios do processo penal, inscrevendo-se assim no âmbito da liberdade de conformação legislativa própria do legislador" (...)».

Pelo que, sem necessidade de outros considerandos, improcede a suscitada inconstitucionalidade material.

II. Da nulidade do processo por violação do direito de defesa na vertente de acesso ao processo – violação dos princípios da cooperação e da boa administração

Invoca também a Recorrente, em síntese, que a forma como a AdC conduziu o processo, em particular, como notificou-a da nota de ilicitude e lhe concedeu acesso às provas que, alegadamente, a sustentariam, e ao processo em si, não permitiu assegurar o pleno respeito pelo exercício do seu direito de defesa, legalmente assegurado pelo artigo 25.º da LdC e constitucionalmente garantido no artigo 32.º, n.º 10 da CRP, tendo havido violação do disposto nos artigos 25.º, n.º 1 e 33.º, n.ºs 1 e 4, da LdC, no artigo 32.º, n.º 10 da CRP e no artigo 6.º da CEDH; mais pugna pela inconstitucionalidade do artigo 33.º, n.º 1 da LdC quando interpretado no sentido de que a AdC pode recusar a disponibilização à Visada de cópias de folhas do processo, por entender que o pedido de acesso às mesmas carece de fundamento, mesmo que tais documentos não tenham natureza confidencial, por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 10 e 20.º, ambos da CRP.

A AdC, nas alegações escritas que apresentou, pugnou também pelo indeferimento de tal pretensão nos termos que aí melhor expressa.

Vejamos:

O artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagra o direito a um processo equitativo, preceituando a alínea b) do seu n.º 3 que o acusado tem o direito de dispor de tempo e dos meios necessários para a preparação da defesa, o que pressupõe que "a informação sobre a natureza e a causa da acusação deve conter os elementos necessários para permitir ao acusado essa preparação, e que este deve ser informado do início do prazo para apresentar a sua defesa". Deve ser-lhe assegurada "a possibilidade de se organizar de maneira adequada e sem restrições" (Irineu C. Barreto, "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada", 2005, p. 167).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos "a figura do processo equitativo não pode ser definida em abstrato, antes deve ser verificada segundo as circunstâncias particulares de cada caso, tomando em consideração o processo no seu conjunto." (cfr. Irineu Cabral Barreto, loc. cit., p. 132/3). A tutela jurisdicional efetiva, o princípio do contraditório, o princípio da igualdade de armas, "igualdade não apenas perante a lei, mas através da lei", são exigências de um processo equitativo (Irineu C. Barreto, loc cit., p. 136).

No ordenamento jurídico nacional, por seu turno, lê-se no artigo 32.º, n.º 10 da CRP, sob a epígrafe "Garantias de processo criminal", o seguinte: *Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audição e de defesa;* estipulando o artigo 50.º do RGCO, sob a epígrafe "Direito de audição e de defesa do arguido", o seguinte: *Não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.* Sendo que, com relevo para a situação em apreço, no artigo 25.º, n.º 1 da LdC, sob a epígrafe "Instrução do processo", dispõe-se o seguinte: *1 - Na notificação da nota de ilicitude a que se refere a alínea a) do n.º 3 do artigo anterior, a Autoridade da Concorrência fixa ao visado pelo processo prazo razoável, não inferior a 20 dias úteis, para que se pronuncie por escrito sobre as questões que possam interessar à decisão do processo, bem como sobre as provas produzidas, e para que requeira as diligências complementares de prova que considere convenientes.* E o artigo 33.º, n.ºs 1 e 4 da mesma Lei, sob a epígrafe "Acesso ao processo", o seguinte: *1 - O visado pelo processo pode, mediante requerimento, consultar o processo e dele obter, a expensas suas, extratos, cópias ou certidões, salvo o disposto no número seguinte. (...) 4 – O acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 12.º, e nos artigos 14.º e 16.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

Por outro lado, a defesa da Visada não está sujeita a qualquer formalidade especial, com ressalva de ter que ser reduzida a escrito, e a sua falta não obsta a que, posteriormente, aquela possa impugnar judicialmente a decisão que vier a ser proferida pela autoridade administrativa.

Compulsados os autos, da factualidade descrita pela Recorrente nas alegações do seu recurso – pontos «161. a 248.» –, a qual aqui se dá por integralmente reproduzida para os devidos efeitos legais, resulta que a AdC, efetivamente, não concedeu à Recorrente no imediato cópia integral dos autos, aquando da sua notificação da nota de ilicitude, não estando esta acompanhada de todos os documentos a que a nota de ilicitude fazia referência com vista a sustentá-la, conforme a mesma reconhece nas alegações escritas apresentadas nesta fase – como deveria, diga-se, no respeito estrito pelo disposto nas normas legais precedentemente transcritas –, tendo, no entanto, à medida das diversas interpelações feitas por aquela e diante das mesmas, cedido as cópias dos documentos solicitados, sem prejuízo da consulta presencial dos autos, concretizada pela Recorrente nas instalações da AdC, sempre que assim o pretendeu fazer. Por outro lado, o prazo para a Recorrente apresentar da sua defesa foi prorrogado por diversas vezes, diante de vicissitudes processuais diversas, designadamente das decorrentes do artigo 27.º, n.º 2 da LdC, tendo a Recorrente apresentado a sua pronuncia escrita no dia 13/05/2019. E fê-lo, de forma atempada, insurgindo-se contra a forma como a AdC conduziu o acesso aos autos à Recorrente, nos termos que agora reitera, e apresentando os seus argumentos contra os factos imputados, de modo informado, esclarecido e exaustivo.

Ora, a forma faseada com que a Recorrente acedeu a todos os elementos do processo não afetou irremediavelmente o seu direito de defesa, tal como não sucedeu quanto à alegada questão acerca da decisão de suspensão do prazo para pronúncia à nota de ilicitude relativamente ao processo de transação da Neopul.

De todo o jeito, cumpre lembrar a jurisprudência fixada no Assento n.º 1/2003 do STJ, de 25-01, precedentemente já referido, de acordo com a qual, «(...) «IV - Se a notificação, tendo lugar, não fornecer (todos) os elementos necessários para que o interessado fique a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o vício será o da nulidade sanável (artigos 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), arguível, pelo interessado/notificado (artigos 120.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), no prazo de 10 dias após a notificação (artigos 105.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), perante a própria administração ou, judicialmente, no ato da impugnação [artigos 120.º, n.º 3, alínea c), e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações] (ver nota 53). Se a impugnação se limitar a arguir a nulidade, o tribunal invalidará a instrução administrativa, a partir da notificação incompleta, e também, por dela depender e a afetar, a subsequente decisão administrativa [artigos 120.º, n.os 2, alínea d), e 3, alínea c), e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]. Todavia, se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando, na sua defesa, os aspetos de facto ou de direito omissos na notificação, mas presentes na decisão/acusação), a nulidade considerar-se-á sanada [artigos 121.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações].». (sublinhado nosso).

Ora, tendo a Recorrente apresentado a sua defesa escrita, na qual defendeu-se cabalmente de todas as imputações a si dirigidas na nota de ilicitude e, agora, na decisão da autoridade administrativa, considera-se que, a existir uma qualquer nulidade, o que não se concebe, a mesma sempre estaria sanada, nos termos e pelos fundamentos expressos naquele AUJ.

Pelo que, sem necessidade de outros considerandos, improcede a apontada nulidade e, assim, por prejudicada, a inconstitucionalidade suscitada a respeito.

III. Ausência de elementos que permitam a imputação das alegadas infrações à Somafel enquanto pessoa coletiva

Alega a Recorrente que a decisão impugnada viola o disposto nos artigos 73.º, n.º 2, als. a) e b) da LdC e 58.º, n.º 1, als. b) e c) do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º, n.º 1 da LdC,

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

porquanto omite a narração de factos dos quais depende a viabilidade jurídica de imputação da contraordenação à SOMAFEL enquanto pessoa coletiva, não invocando quaisquer factos por referência a [redacted] que permitissem imputar a contra-ordenação à sociedade.

A AdC, nas alegações apresentadas, pugna pelo indeferimento de tal argumento nos termos aí expostos.

Vejamos:

Dispõe o artigo 58.º do Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas [RGCOC], publicado no DL 433/82 de 27/10, no que ora releva, o seguinte: *1 - A decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter: a) A identificação dos arguidos; b) A descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas; c) A indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; d) A coima e as sanções acessórias*.

Embora de forma menos intensa, o conteúdo da decisão sancionatória da autoridade administrativa no processo de contraordenação aproxima-se da matriz da decisão condenatória em processo penal, nomeadamente no que respeita à enunciação dos factos provados, com indicação das provas obtidas. A função dos elementos da decisão no procedimento por contraordenação consiste, tal como na sentença penal, em permitir, tanto a apreensão externa dos fundamentos, como possibilitar, intra-processualmente, o controlo da decisão por via de recurso. A fundamentação da decisão constitui um pressuposto essencial para verificação, simultaneamente, da pertinência e adequação do processo argumentativo e racional que esteve na base da decisão, e uma garantia fundamental dos respetivos destinatários. Por isso, a decisão que não contenha os elementos nos termos e pelo modo que a lei determina não é prestável para a função processual a que está vinculada - a definição do direito do caso, e consequentemente, é um acto que não suporta todos os elementos necessários à sua validade. A consequência, no âmbito do processo penal, vem cominada no artigo 379.º/1, alínea a) do Código de Processo Penal (CPP): a nulidade da sentença que não contenha a enumeração dos factos provados e não provados, e a exposição dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão. Dada a natureza (sancionatória) do processo por contra-ordenação, os fundamentos da decisão que aplica uma coima (ou outra sanção prevista na lei para uma contra-ordenação) aproximam-na de uma decisão condenatória, mais

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

do que a uma decisão da Administração que contenha um ato administrativo. Por isso, a fundamentação deve participar das exigências da fundamentação de uma decisão penal - na especificação dos factos, na enunciação das provas que os suportam e na indicação precisa das normas violadas. A fundamentação da decisão deve exercer, também aqui, uma função de legitimação - interna, para permitir aos interessados conhecer, mais do que reconstituir, os motivos da decisão e o procedimento lógico que determinou a decisão em vista da formulação pelos interessados de um juízo sobre a oportunidade e a viabilidade e os motivos para uma eventual impugnação; e externa, para possibilitar o controlo, por quem nisso tiver interesse, sobre as razões da decisão. Elementos essenciais da fundamentação de uma decisão sancionatória - a um tempo base e pressuposto de toda a fundamentação e da possibilidade de controlo da própria decisão - são os factos que forem considerados provados e que constituem a base sine qua da aplicação das normas chamadas a intervir. A indicação precisa e discriminada dos elementos indicados na norma do artigo 58.º/1 do RGCOC constitui, também, elemento fundamental para garantia do direito de defesa do arguido, que só poderá ser efetivo com o adequado conhecimento dos factos imputadas, das normas que integrem e das consequências sancionatórias que determinem. A consequência da falta dos elementos essenciais que constituem a centralidade da própria decisão - sem o que nem pode ser considerada decisão em sentido processual e material - tem de ser encontrada no sistema de normas aplicável, se não directa quando não exista norma que especificamente se lhe refira, por remissão ou aplicação supletiva; é o que dispõe o artigo 41.º do RGCO sobre "direito subsidiário", que manda aplicar, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.

Deste modo, a decisão da autoridade administrativa que aplique uma coima (ou outra sanção prevista para uma contra-ordenação), e que não contenha os elementos que a lei impõe, é nula por aplicação do disposto no artigo 374.º/1, alínea a) do CPP para as decisões condenatórias, conforme acima já se aduziu.

Por outro lado, com relevo para a situação em apreço, o artigo 73.º, n.º 2, alíneas a) e b) da LdC, sob a epígrafe “Responsabilidade”, estipula o seguinte: *As pessoas coletivas e as entidades equiparadas referidas no número anterior respondem pelas contraordenações*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

previstas na presente lei, quando cometidas: a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem atue sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. Contudo, a norma nada esclarece quanto aos critérios de imputação da infração, no caso de se tratar de uma pessoa coletiva, o que convoca a aplicação do artigo 7.º, do RGCO, epigrafado de "Da responsabilidade das pessoas coletivas ou equiparadas" (aplicável *ex vi* artigo 13.º da LdC), de acordo com o qual: *1 – As coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas coletivas, bem como às associações sem personalidade jurídica. 2 – As pessoas coletivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contraordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções.*

O n.º 2 do artigo 7.º do RGCOC define, assim, os termos da responsabilidade da pessoa coletiva através de uma fórmula que aparentemente consagra o "modelo de imputação orgânica: só os atos dos órgãos cometidos no exercício das suas funções responsabilizam a pessoa coletiva"[44]. Este modelo é inequivocamente restritivo e conduz a um resultado que certamente não foi pretendido pelo legislador ao estipular, como princípio, a responsabilidade das pessoas coletivas. Tal efeito consiste em "criar uma enorme lacuna de punibilidade quanto a infrações que podem revestir assinalável gravidade social"[45] e foi posto em evidência pelo Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 395/2003, de 22.07, a propósito da interpretação do art. 7.º do RJIFNA, segundo a qual, na expressão "órgãos ou representantes" se incluíam também os agentes de facto.

Para além disso, o referido modelo orgânico é mais restritivo do que aquele que foi consagrado no artigo 11.º do Código Penal (doravante "CP"), não havendo razões para que as regras de imputação, no ilícito de mera ordenação social, consideradas como menos graves, sejam mais exigentes. Acresce que este modelo foi afastado por inúmeros diplomas especiais relativamente a contraordenações.

---

[44] Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 11/2013, publicado no Diário da República, 2ª série, n.º 178, de 16.09.2013.

[45] Acórdão do Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 395/2003, de 22.07, *apud* parecer citado na nota anterior.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Pelas razões expostas, perfilha-se da corrente seguida por alguma jurisprudência e pelo Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 11/2013, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 178, de 16.09.2013, no sentido de interpretar extensivamente o artigo 7.º, n.º 2, do RGCO, "passando de um modelo de imputação orgânica para um modelo de imputação funcional, em que o sentido da expressão "órgão no exercício das funções" usado no artigo 7.º do RGCO é entendido como incluindo os trabalhadores ao serviço da pessoa coletiva ou equiparada, desde que atuem no exercício das suas funções ou por causa delas, exceto quando atuem contra ordens expressas ou em seu interesse exclusivo".

Não significa isto, contudo, que na factualidade imputada à pessoa coletiva tenha que constar a identificação concreta do agente que praticou o ato. Basta que a factualidade, pela sua configuração, conduza à conclusão de que os factos não poderiam ter deixado de ser praticados por uma das pessoas que permitem a afirmação de um dos fatores de conexão referidos. Nestes casos, a afirmação nos factos provados de que os mesmos foram praticados pela arguida/pessoa coletiva é suficiente.

E esta interpretação não viola o disposto nos artigos 18.º, n.º 1, e 32.º, n.º 10, da CRP, não sendo, por isso, materialmente inconstitucional, pois não se defende uma responsabilidade objetiva da pessoa coletiva ou uma responsabilidade desligada de qualquer conexão com os factos praticados pelas pessoas singulares que sustentam a responsabilidade daquela. Para além disso, apenas se admite a não identificação das pessoas singulares que permitem a imputação dos factos à pessoa coletiva nos casos referidos, ou seja, nas situações em que a factualidade, pela sua configuração, conduza à conclusão de que os factos não poderiam ter deixado de ser praticados por uma das pessoas que permitem a afirmação de um dos fatores de conexão referidos. Por conseguinte, a arguida pode exercer o seu direito de defesa, entre o mais, através do afastamento dos referidos fatores de conexão, não existindo, por conseguinte, omissão de factos ou elementos necessários ao exercício do seu direito de defesa quando não se identifica a pessoa singular que em concreto praticou o facto a si imputado.

Diante do exposto, perscrutada a decisão impugnada, estando nela indicados, de forma plenamente percetível, a identificação da aqui Recorrente SOMAFEL, pessoa coletiva; a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas; a indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; bem como a coima aplicada, conforme exigência legal prevista no artigo 58.º do RGCOC, somos a concluir que a mesma não padece que qualquer insuficiência, improcedendo, por conseguinte, a alegada violação do disposto nos artigos 73.º, n.º 2, als. a) e b) da LdC e 58.º, n.º 1, als. b) e c) do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º, n.º 1 da LdC.

IV. Da nulidade por falta de fundamentação da imputação e omissão de pronúncia

Invoca a Recorrente a nulidade da decisão da AdC, em síntese, por considerar que a mesma é insuficiente na sua fundamentação e omissa no conhecimento de questões por si alegadas na defesa apresentada à nota de ilicitude, quer no que contende com as infrações imputadas, quer quanto às sanções aplicadas (tal como o Recorrente [redacted] o invocou no seu recurso). Mais advoga que a norma resultante dos artigos 24.º, n.º 3, alínea a) e 13.º, n.º 1 da LdC, 50.º do RGCO e 283.º, n.º 3, alínea b) do CPP, lidos conjugadamente, interpretada no sentido segundo o qual a nota de ilicitude proferida pela AdC não tem de conter, relativamente a cada um dos Visados, os critérios que, em concreto, poderão vir a ser valorados, em eventual fixação da medida da coima, é materialmente inconstitucional, por violação do direito de defesa em processo de contraordenação, direito esse com sede no artigo 32.º, n.ºs 1 e 10 da CRP; bem como que é materialmente inconstitucional a norma resultante da aplicação conjugada dos artigos 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alíneas a) e c) do CPP, aplicáveis *ex vi* artigo 58.º e 41.º, n.º 1 do RGCO, *ex vi* artigo 13.º, n.º 1 da LdC, interpretada no sentido de que a fundamentação das decisões proferidas pela AdC que apliquem coimas se basta com a simples reprodução e citação da Nota de Ilicitude anteriormente proferida, não exigindo a explicitação do processo de formação da convicção da autoridade administrativa, por violação do dever de fundamentação das decisões da Administração Púbica previsto no n.º 3 do artigo 268.º da CRP.

A AdC nas suas alegações, pronunciou-se a respeito, pugnando pela improcedência da nulidade da sua decisão, sustentada nos argumentos aí plasmados.

Vejamos:

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Dispõe o artigo 58.º, n.º 1 do DL 433/82 de 27/10 [que estabelece o Regime Geral das Contraordenações e Coimas], sob a epígrafe "Decisão condenatória", o seguinte: *1 - A decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter: a) A identificação dos arguidos; b) A descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas; c) A indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; d) A coima e as sanções acessórias. (...).*

Embora de forma menos intensa, o conteúdo da decisão sancionatória da autoridade administrativa no processo de contraordenação aproxima-se da matriz da decisão condenatória em processo penal, nomeadamente no que respeita à enunciação dos factos provados, com indicação das provas obtidas. A função dos elementos da decisão no procedimento por contraordenação consiste, tal como na sentença penal, em permitir, tanto a apreensão externa dos fundamentos, como possibilitar, intra-processualmente, o controlo da decisão por via de recurso. A fundamentação da decisão constitui um pressuposto essencial para verificação, simultaneamente, da pertinência e adequação do processo argumentativo e racional que esteve na base da decisão, sendo uma garantia fundamental dos respetivos destinatários. Por isso, a decisão que não contenha os elementos nos termos e pelo modo que a lei determina não é prestável para a função processual a que está vinculada. A consequência, no âmbito do processo penal, vem cominada no artigo 379.º/1, alínea a) do Código de Processo Penal (CPP): a nulidade da sentença que não contenha a enumeração dos factos provados e não provados e a exposição dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão. Dada a natureza (sancionatória) do processo por contra-ordenação, os fundamentos da decisão que aplica uma coima (ou outra sanção prevista na lei para uma contra-ordenação) aproximam-na de uma decisão condenatória, mais do que a uma decisão da Administração que contenha um acto administrativo. Por isso, a fundamentação deve participar das exigências da fundamentação de uma decisão penal - na especificação dos factos, na enunciação das provas que os suportam e na indicação precisa das normas violadas. A fundamentação da decisão deve exercer, também aqui, uma função de legitimação: (i) interna, para permitir aos interessados conhecer, mais do que reconstituir, os motivos da decisão e o procedimento lógico que determinou a decisão em vista da formulação pelos interessados de

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

um juízo sobre a oportunidade e a viabilidade e os motivos para uma eventual impugnação; e (ii) externa, para possibilitar o controlo, por quem nisso tiver interesse, sobre as razões da decisão. Elementos essenciais da fundamentação de uma decisão sancionatória - a um tempo base e pressuposto de toda a fundamentação e da possibilidade de controlo da própria decisão - são os factos que forem considerados provados e que constituem a base *sine qua non* da aplicação das normas chamadas a intervir. A indicação precisa e discriminada dos elementos indicados na norma do artigo 58.º/1 do RGCOC constitui, também, elemento fundamental para garantia do direito de defesa do arguido, que só poderá ser efetivo com o adequado conhecimento dos factos imputados, das normas que integrem e das consequências sancionatórias que determinem. A consequência da falta dos elementos essenciais que constituem a centralidade da própria decisão - sem o que nem pode ser considerada decisão em sentido processual e material - tem de ser encontrada no sistema de normas aplicável, se não direta, quando não exista norma que especificamente se lhe refira, por remissão ou aplicação supletiva; é o que dispõe o artigo 41.º do RGCO sobre "direito subsidiário", que manda aplicar, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.

Deste modo, a decisão da autoridade administrativa que aplique uma coima (ou outra sanção prevista para uma contra-ordenação) e que não contenha os elementos que a lei impõe, é nula por aplicação do disposto no artigo 374.º/1, alínea a) do CPP para as decisões condenatórias, conforme acima já se aduziu.

A este respeito, com propriedade, leia-se o acórdão do TRCoimbra, datado de 04-06-2003, Col. Jur., 2003, Tomo III, pág. 40., no qual se escreveu o seguinte: "I – O incumprimento do dever de fundamentação da decisão administrativa constitui nulidade nos termos cominados no artigo 379.º do CPP. II – Todavia, uma vez que a decisão é proferida no domínio de uma fase administrativa sujeita às características da celeridade e simplicidade, aquele dever de fundamentação deve assumir uma dimensão menos intensa com relação a uma sentença. O que deverá ser patente para o arguido são as razões de facto e de direito que levaram à sua condenação, possibilitando-lhe um juízo de oportunidade sobre a conveniência da imputação judicial e, simultaneamente, já em sede de impugnação judicial, ao tribunal conhecer o processo lógico da formação da decisão administrativa.". (sublinhado nosso).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Posto o Direito e a Jurisprudência a atender, perscrutada a decisão administrativa sob recurso, consideramos que na mesma mostram-se elencados os factos que, no entender da autoridade administrativa, resultam provados, por referência às provas obtidas e aí expressamente indicadas, através das quais se consegue compreender o raciocínio lógico tido a respeito pela autoridade administrativa e que culminou na condenação dos Recorrentes nas coimas parcelares e única e nas sanções acessórias pela prática de duas contraordenações, sendo que na mesma também se faz referência aos argumentos invocados pela ora SOMAFEL na defesa que apresentou nessa fase e ao direito aplicável (vide secções 2. e 3. da decisão). Destarte, uma coisa é a ausência de pronúncia – que não existe –; outra coisa é a sua existência, mas escassa/insuficiente e/ou por não convincente, da qual não resultará a nulidade da decisão, mas, quanto muito, a eventual procedência do recurso de impugnação interposto.

Por outro lado, a Recorrente (tal como [redacted]), logrou perceber a decisão da AdC, conforme resulta das alegações e conclusões que apresentou no seu recurso de impugnação. Destarte, a Recorrente, para além de arguir, entre outras, a nulidade da decisão administrativa, coloca em crise os factos considerados provados e as sanções aplicadas, rebatendo, de forma exaustiva, pormenorizada e sustentada, a fundamentação apresentada pela AdC, quer quanto à conclusão extraída da prática pela Recorrentes das infrações imputadas, quer quanto às sanções aplicadas.

De facto, cumpre lembrar a jurisprudência fixada no Assento n.º 1/2003 do STJ, de 25-01, de acordo com a qual, «(...) «IV - Se a notificação, tendo lugar, não fornecer (todos) os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o vício será o da nulidade sanável (artigos 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), arguível, pelo interessado/notificado (artigos 120.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), no prazo de 10 dias após a notificação (artigos 105.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), perante a própria administração ou, judicialmente, no ato da impugnação [artigos 120.º, n.º 3, alínea c), e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações] (ver nota 53). Se a impugnação se limitar a arguir a nulidade, o tribunal invalidará a instrução

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

administrativa, a partir da notificação incompleta, e também, por dela depender e a afetar, a subsequente decisão administrativa [artigos 120.º, n.os 2, alínea d), e 3, alínea c), e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]. Todavia, se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando, na sua defesa, os aspetos de facto ou de direito omissos na notificação, mas presentes na decisão/acusação), a nulidade considerar-se-á sanada [artigos 121.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações].». (sublinhado nosso).

Ora, tendo a Recorrente apresentado recurso de impugnação, no qual defendeu-se cabalmente de todas as imputações a si dirigidas na nota de ilicitude e na decisão final da autoridade administrativa, bem assim com relação às sanções aplicadas (tal como [redacted] o fez), considera-se que, a existir uma qualquer nulidade, pela qual não se decide, a mesma sempre estaria sanada, nos termos e pelos fundamentos expressos naquele AUJ.

Pelo que, quer porque a decisão administrativa contém todos os elementos legais relevantes a conferir-lhe validade, nos termos do n.º 1 do artigo 58.º do RGCO, quer porque a Recorrente demonstrou compreendê-la, improcede a apontada nulidade, bem como as inconstitucionalidades materiais arguidas a respeito.

V. Da nulidade por violação do princípio da presunção da inocência e inversão do ónus da prova

Pugna ainda a recorrente que a decisão impugnada deve ser declarada nula, por violação do disposto nos artigos 374.º, n.º 2, 379.º, n.º 1, alínea a) do CPP, 41.º do RGCO e 13.º, n.º 1 da LdC, e, bem assim, por afrontar o direito fundamental à presunção de inocência, nas suas vertentes de inversão do ónus da prova e do princípio *in dubio pro reo*, direito esse consagrado e reconhecido no artigo 32.º, n.ºs 1, 2 e 10 da CRP. Sustenta tal nulidade no entendimento de que, na decisão impugnada, a AdC procedeu ao "apuramento dos factos" e à "análise da prova" partindo da sua pré-qualificação jurídica dos factos – i.e., do resultado que pretendia obter –, conformando as premissas à conclusão a que pretende inequivocamente

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

chegar, estando ferida de presunções, suposições, extrapolações, especulações e conclusões que não encontram qualquer respaldo nos elementos fáticos e probatórios constantes do processo, em particular no que respeita à Somafel.

A AdC respondeu à invocada nulidade, nas alegações escritas que apresentou, refutando tal entendimento da Recorrente pelas razões que aí expôs.

Vejamos:

Sem prejuízo do que já se deixou escrito a respeito da apreciação da nulidade da decisão impugnada, apreciada no ponto precedente, que aqui se reproduz para todos os efeitos legais, ainda no mesmo sentido, a fundamentação da decisão administrativa deve obedecer aos requisitos previstos no art. 58.º do RGCO. No que respeita ao grau de exigência no cumprimento, em geral, destes requisitos exigidos pelo art. 58.º/1, do RGCO, alguma jurisprudência tem salientado que, atendendo à diversa natureza do ilícito de mera ordenação social em relação ao ilícito penal, "não se impõe aqui uma fundamentação com o formalismo e rigor que se exige na elaboração de uma sentença judicial"[46]. No mesmo sentido, encontram-se referências, na doutrina, no sentido de que "nos encontramos no domínio de uma fase administrativa, sujeita às características da celeridade e simplicidade processual, pelo que o dever de fundamentação deverá assumir uma dimensão qualitativamente menos intensa em relação à sentença penal"[47]. A mesma doutrina acrescenta, no entanto, que essa menor exigência de fundamentação não pode deixar de tornar patente para o arguido as razões de facto e de direito que conduziram à sua condenação. Por conseguinte, o critério operativo de determinação do grau de fundamentação da decisão administrativa condenatória deve ser o direito de defesa do arguido, podendo-se, assim, concluir que a fundamentação da decisão será suficiente se possibilitar ao arguido "um juízo de oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial". Acrescenta-se ainda que a fundamentação da decisão administrativa também deve, em sede de impugnação judicial, "permitir ao tribunal conhecer o processo lógico de formação da decisão administrativa"[48].

[46] Acórdão da Relação de Lisboa de 24.01.2013, proc. nº 704/12.5TBCLD.L1-9, *in* www.dgsi.pt.

[47] António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, ob. cit., pág. 194.

[48] António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, ob. cit., pág. 194.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

A lei é omissa quanto ao regime aplicável no caso de omissão dos elementos exigidos pelo art. 58.º/1 do RGCO. No essencial e de forma mais preponderante, têm sido dois os regimes propostos, designadamente o recurso ao regime geral das irregularidades, por aplicação subsidiária dos arts. 118.º/1 e 123.º, ambos do CPP, ou o recurso ao regime especial da sentença penal condenatória, previsto no art. 379.º do CPP, *ex vi* art. 41.º/1 do RGCO. Entende-se que é de aplicar a segunda hipótese enunciada, uma vez que a razão de ser da exigência de fundamentação da decisão administrativa condenatória não é diversa da teleologia imanente à fundamentação da sentença penal, designadamente garantir ao arguido "um incontornável direito a conhecer as razões do sancionamento"[49]. Isto significa que a omissão dos requisitos previstos no art. 58.º/1 do RGCO, conduz a uma nulidade sanável, que se considera suprida caso o arguido se tenha prevalecido dessa nulidade (cfr. art. 121.º/1, al c) do CPP, *ex vi* art. 41.º/1 do RGCO).

Estes são, no essencial, os parâmetros a considerar na resolução da questão prévia enunciada pela Recorrente e, fazendo a sua aplicação ao caso concreto, considera-se que não lhe assiste razão.

Efetivamente, conforme já se concluiu no precedente ponto, na decisão impugnada mostram-se elencados os factos que, no entender da autoridade administrativa, resultam provados, por referência às provas obtidas e aí expressamente indicadas, através das quais se consegue compreender o raciocínio lógico tido a respeito pela autoridade administrativa e que culminou na imputação das infrações por objeto em causa e a condenação dos Recorrentes nas coimas parcelares e única e nas sanções acessórias pela prática de duas contraordenações, não se aduzindo da mesma a invocada violação do seu direito fundamental à presunção de inocência, nas suas vertentes de inversão do ónus da prova e do princípio *in dubio pro reo*, direito esse consagrado e reconhecido no artigo 32.º, n.ºs 1, 2 e 10 da CRP.

Enquanto no processo penal incumbe ao Ministério Público a demonstração perante o Tribunal dos factos imputados ao arguido, no caso do recurso de impugnação é sobre o Recorrente que recai o interesse processual em pôr em causa a decisão da autoridade administrativa, pelo que lhe incumbe demonstrar a falta de fundamento da mesma, podendo

[49] António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, ob. cit., pág. 193.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

alegar factos que ainda não tenham sido trazidos para o processo, que não tenham sido devidamente ponderados pela autoridade recorrida na decisão recorrida e/ou suscitar novas questões de direito, assegurando-se, assim, na sua plenitude, o seu direito de defesa e a sua presunção de inocência, porquanto, na incerteza ou dúvida séria acerca de factos referentes ao objeto do processo, como assim diante da sua insuficiência ou falta de prova bastante, tal poderá conduzir à absolvição do Recorrente, juízo que se fará, nesta fase jurisdicional, no confronto da factualidade trazida aos autos pela autoridade administrativa com aquela trazida pela Recorrente, diante da prova produzida na fase administrativa e nesta fase judicial, e face ao Direito aplicável – neste sentido leia-se o acórdão do TRGuimarães, datado de 30-04-2015, proferido no Proc. 770/13.6TTBRG.G1, consultável *in* www.dgsi.pt .

Diante do exposto, a Recorrente dispôs de toda a informação necessária para aferir da conveniência da impugnação judicial, tal como dispõe o Tribunal, para sindicar a decisão, designadamente, num primeiro nível, por via da análise das valorações efetuadas pela AdC a propósito de cada um dos fatores relevantes e, num segundo nível e conforme salienta a autoridade administrativa na sua resposta, através da compatibilização dessas valorações com as medidas das coimas parcelares e com a coima única.

Em todo o caso, mesmo que assim não se entendesse, tal nulidade sempre se consideraria sanada, uma vez que a Recorrente exerceu cabalmente o seu direito de defesa, conforme resulta da sua extensa e pormenorizada fundamentação articulada no recurso de impugnação.

Termos em que, improcede a invocada nulidade.

VI. Da nulidade da NI por violação do princípio da presunção de inocência e da boa administração em processo de transação híbrido

Advoga a Recorrente a nulidade da nota de ilicitude, em síntese estreita, pelo facto de a AdC, ao fazer referência a alegados comportamentos da SOMAFEL nas minutas de transação apresentadas às empresas co-visadas/não Recorrentes e à sua qualificação jurídica, as quais foram convoladas em decisão final condenatória em sede de procedimento de transação no âmbito do presente processo, formulou um juízo de culpabilidade quanto à

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Recorrente e, por conseguinte, violou irremediável os princípios da presunção da inocência e da boa administração.

A AdC, por seu turno, pugnou pela improcedência da nulidade invocada com os fundamentos articulados nas alegações escritas que apresentou ao Tribunal e que aqui se dão por reproduzidas para os devidos efeitos legais.

Vejamos:

A Lei n.º 19/2012 introduziu um procedimento que permite, nas fases de inquérito ou da instrução, a obtenção de ganhos de eficiência e economia processual na adoção de decisões condenatórias, quando os visados confessam os factos e reconhecem a sua responsabilidade na infração, implicando a aplicação de coimas e outras sanções, designado de procedimento de transação – artigos 22.º e 27.º da Lei n.º 19/2012.

O procedimento de transação pode ser desencadeado no âmbito de um processo contraordenacional que tenha por objeto infrações aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 e/ou aos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

O objetivo do procedimento de transação é garantir a resolução célere dos processos contraordenacionais de concorrência, sempre que daí decorram benefícios para o interesse público na perseguição e punição às infrações às normas de defesa da concorrência e para os objetivos de prevenção geral e especial, inerentes à aplicação de coimas em processos contraordenacionais, ponderados à luz do normal desenvolvimento de um processo contraordenacional nesta sede. A transação implica a aplicação de uma coima mais reduzida do que a que seria aplicável em concreto, caso o processo seguisse os seus termos normais. A medida de redução da coima com base na aceitação deste procedimento será definida nas linhas de orientação previstas pelo n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, sendo que a medida da redução da coima por transação na fase de inquérito ou na fase de instrução refletirá o maior desenvolvimento processual da instrução, devendo ser ponderada à luz dos ganhos de eficiência e eficácia processual pretendidos.

Conforme resulta das disposições conjugadas do n.ºs 5 e 6 do artigo 27.º da LdC, no caso de o Visado não proceder à confirmação da proposta de transação, o processo de contraordenação segue os seus termos, ficando, por um lado, sem efeito a proposta de

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

transação apresentada e, por outro, não pode ser utilizada como elemento de prova contra nenhum visado no procedimento de transação. A lei é clara quanto a este aspeto, em nome do princípio da autonomia e separação do processo de transação face ao processo de contraordenação.

Não obstante, nada impede que a AdC na decisão proferida esteja impedida de tomar em consideração determinados factos admitidos pelos outros Visados que transigiram para efeitos de apreciar a existência de práticas anticoncorrenciais no seu todo. Contudo, tal não significa que o princípio da presunção de inocência das Visadas que não transigiram e cujo processo seguiu os seus termos fique beliscado. Pelo contrário, o seu direito de defesa permanece intocável, sendo-lhe permitido colocar em causa todos os factos imputados pela AdC, incluindo aqueles retirados do declarado pelas co-Visadas naquelas transações.

Destarte, com propriedade para a situação em apreço, o Acórdão *Pometon SPA Contra Comissão*[50], proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ("TJUE"), a 28-03-2019, concluiu, a respeito, o seguinte: *"quando uma empresa decide, livremente, optar pelo procedimento híbrido em vez de apresentar à Comissão uma proposta de transação, não pode pretender, invocando o princípio do respeito da presunção de inocência, que a Comissão, enquanto autoridade responsável pelo respeito das regras em matéria de concorrência, deve ignorar totalmente, na decisão de interlocutória, determinados factos admitidos pelas outras empresas que transigiram e que, mesmo que se refiram a comportamentos da Recorrente que não prosseguiu no procedimento de transação, são relevantes para apreciar a existência desse cartel no seu todo (...) a questão de direito suscitada a este respeito pela recorrente não pretende contestar o poder da Comissão de lhe aplicar uma coima, mas sim o dever de imparcialidade que esta instituição é obrigada a respeitar no tratamento do seu processo sobre os abrasivos e, por conseguinte, também o respeito do princípio da presunção de inocência no âmbito de um processo híbrido desfasado no tempo. No entanto, o direito de uma empresa de se retirar de um procedimento de transação não lhe pode conferir o direito a uma presunção de inocência inilidível, ou seja, uma presunção que não pode ser ilidida por*

[50] Disponível em http://curia.europa.eu .

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

prova em contrário, prova que compete, neste caso, à Comissão apresentar durante precisamente um procedimento contraditório com a empresa em causa". (sublinhado nosso).

Por outro lado, não se alcança em que medida a AdC, na decisão tomada, tenha violado o princípio da boa administração. De facto, conforme se defende a autoridade recorrida, no contexto específico de um processo híbrido desfasado no tempo, as disposições do direito da União aplicáveis na matéria permitem à Comissão cumprir a sua missão de fiscalização e de repressão dos cartéis de forma eficaz, desde que, no entanto, respeite plenamente o seu dever de imparcialidade e da presunção de inocência relativamente à parte que renunciou à transação e optou por ver o ser processo tratado por esta instituição no âmbito de um procedimento contraditório específico, sendo que, no presente caso, o facto de a Recorrente ter disposto da possibilidade de colocar em causa a legalidade da conduta da Autoridade, através do exercício do direito do contraditório, de audição prévia, de produção de prova, de alegação de todos os elementos que julgasse úteis para a sua defesa e ainda da posterior fiscalização jurisdicional da legalidade da conduta da AdC, no âmbito do processo sancionatório, que correu de forma autónoma e separada do processo de transação, apenas demonstra que os princípios em crise foram plenamente respeitados.

Conclui-se, assim, pela improcedência da nulidade invocada pela Recorrente.

VII. Da violação do princípio da confiança legítima, da boa fé e da igualdade de tratamento entre as Visadas

Em sentido semelhante ao invocado pela Recorrente FERGRUPO, a Recorrente SOMAFEL invoca a nulidade da decisão recorrida por violação do princípio da confiança legítima, da boa fé e da igualdade de tratamento entre as Visadas ao decidir aplicar-lhe uma coima única de valor superior ao proposto em sede de transação, ponderada na fase de instrução, e duas sanções acessórias, que não havia conjeturado nessa fase, quando, ademais, desde então, não sobrevieram aos autos novos elementos de facto e de direito que justificasse alterar a posição ali assumida.

A AdC nas alegações apresentadas refutou a violação de tais princípios com os fundamentos aí melhor vertidos.

Vejamos:

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Conforme decidido a respeito da nulidade invocada pela FERGRUPO, cujos considerandos aqui damos por reproduzidos para os devidos efeitos, não se vislumbrando uma qualquer consequência processual prejudicial que justifique o conhecimento imediato/prévio da questão em apreço, o seu relevo observa-se na apreciação da sanção a aplicar aos Recorrentes, caso se conclua pela prática das infrações que lhe são assacadas e contra as quais se insurgem, a título principal, através do recurso em análise. Pelo que, relega-se para esse momento da decisão o seu conhecimento, por ser o oportuno e mais adequado.

Destarte, quanto à questão na nulidade da decisão administrativa, já devidamente apreciada no sentido do seu indeferimento ou, caso assim não se entenda, pela sua sanação atenta a forma escorreita e fundamentada com que a Recorrente se defendeu da mesma no recurso de impugnação em análise, nada há mais a apreciar que contenda com a validade da decisão recorrida, deixando, assim, para momento ulterior da presente decisão a apreciação dos argumentos agora invocados quanto a uma eventual violação pela AdC do princípio da confiança legítima, da boa fé e da igualdade de tratamento entre as Visadas na escolha e determinação da sanções aplicadas.

VIII. Nulidade da prova em que assenta a DI dada a inadmissibilidade da apreensão de correspondência e de correio eletrónico

Por último, a Recorrente, em sentido também semelhante ao invocado pela FERGRUPO, invoca a nulidade da prova em que assenta a decisão impugnada, no seu entender, diante da inadmissibilidade da apreensão de correspondência e de correio eletrónico, porquanto as restrições ao direito ao sigilo da correspondência apenas são admitidas, a título excecional e, ainda assim, apenas no âmbito do processo criminal (cf. artigo 34.º, n.º 4 da CRP), encontrando-se sob reserva de lei (artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP) e só podendo ser autorizadas e decretadas por juiz (cf. artigo 34.º, n.º 4 da CRP). Bem como invoca a inconstitucionalidade material da interpretação dos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), e 20.º, n.º 1, ambos da LdC, no sentido de permitirem a apreensão e consequente valoração, enquanto meio de prova, de mensagens de correio eletrónico, mesmo que sinalizadas como lidas, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 32.º, n.ºs 8, e 10 e 34.º, n.º 4, todos do CPP.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

A AdC pronunciou-se a respeito, no sentido do seu indeferimento, nos termos também deixados expressos a propósito da nulidade e da inconstitucionalidade invocada pela Recorrente FERGRUPO.

A fim de evitar-se a repetição do já deixado escrito a respeito do invocado pela Recorrente FERGRUPO no respetivo precedente ponto I., reitera-se aqui o mesmo para os devidos efeitos legais, concluindo-se, assim, pela improcedência da nulidade invocada e, por prejudicada, da inconstitucionalidade material suscitada, pela qual, assim, se decide.

*

Diante do exposto, isto é, da improcedência das nulidades e inconstitucionalidades suscitadas pelos Recorrentes, nada obsta ao conhecimento do mérito da causa.

**

II. FUNDAMENTAÇÃO

*

DOS FACTOS

Para a boa decisão da causa, com relevo, mostram-se provados os seguintes factos:

FERGRUPO

1. Fergrupo tem sede na Avenida D. João II, n.º 44C, Edifício Atlantis, 2.º Piso, Esc. 2.1, 1990-095 Lisboa (fls. 2424).
2. A Fergrupo tem como objeto social a elaboração de estudos e projetos, execução de empreitadas de obras públicas e particulares, nomeadamente caminhos-de-ferro e outras vias de transporte e bem como o fornecimento de equipamentos e materiais de qualquer natureza aplicáveis na execução ou exploração daquelas infraestruturas.
3. A Fergrupo foi constituída em 1989 e o seu capital social é detido em 99,99% pela COMSA SAU (fls. 3297).
4. A COMSA SAU, por sua vez, é detida a 100% pela COMSA Corporación, empresa líder no mercado espanhol da construção e manutenção de infraestruturas e superestruturas ferroviárias (fls. 3297 e 4086 a 4087).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

5. A Fergrupo opera no mercado interno, tendo realizado no ano de 2019 o volume de negócios € 14.000.000 (fls. 9399).

6. No que se refere ao volume de negócios realizado na prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, o mesmo foi de € 452.949, em 2014, e de € 460.841, em 2015 (fls. 2213).

7. Por referência ao quadriénio 2014-2017, o conselho de administração da Fergrupo era composto por: Jaime Mulet Lavios; Fernando Perea Samarra; Carlos Alberto Correia Nunes e Sérgio Miguel Barreiros Mourato (fls. 2424).

SOMAFEL

8. Somafel tem sede no Edifício 2, Lagoas Park, 2740-265 Porto Salvo (fls. 1447).

9. A Somafel tem por objeto social a realização de estudos, projetos, empreitadas e obras públicas e privadas, nomeadamente nos domínios da engenharia, construção, renovação e conservação de vias férreas, ou instalações conexas, sua exploração ou concessão, bem como a indústria, comércio, importação, exportação e representação de materiais e de equipamentos ferroviários. A sociedade dedica-se também à execução de todo o tipo de obras fluviais e marítimas e tem atividades em vários países.

10. A Somafel foi constituída em julho de 1957, sendo o seu capital social detido em 60% pela Tedal, em 28,60% pela Soares da Costa – Construção, SGPS, S.A. e os restantes 11,40% por ações próprias (fls. 1447 e 1518).

11. Por sua vez, a Tedal é detida a 100% pela Teixeira Duarte Gestão, sendo esta detida a 100% pela Teixeira Duarte S.A., da qual 48,46% do capital é detido diretamente pela Teixeira Duarte – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A. (fls. 4108 a 4120).

12. A Somafel opera no mercado interno, no mercado europeu e ainda no mercado internacional (fls. 3409).

13. À data da decisão da AdC, as contas referentes ao ano de 2019 ainda não estavam auditadas, sendo o volume de negócios estimado de € 24.134.252 (fls. 9396).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

14. No que se refere ao volume de negócios realizado na prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, o mesmo foi de € 559.330 em 2014 e de € 432.105 em 2015 (fls. 1740).

15. No quadriénio 2014-2017 o conselho de administração da Somafel era composto por: Joel Vaz Viana de Lemos; Isabel Maria Estevão Ribeiro Amador; Manuel de Magalhães; José Manuel Lourenço Ferreira e José Magalhães Gonçalves (fls. 1451).

16. No quadriénio de 2015-2018, o conselho de administração da Somafel era composto por: Joel Vaz Viana de Lemos; José Magalhães Gonçalves; José Martins Rovisco e António Vicente Carrapiço Cortes (fls. 1447).

COMSA SAU e COMSA Corporación

17. COMSA SAL tem sede social no Edificio Numancia 1, c/ Viriat 47, 08014 Barcelona, Espanha (fls. 3297 e 4279).

18. A COMSA SAU apresentou, em 2018, um volume de negócios individual de € 284.083.000 (fls. 8328).

19. A COMSA SAU, por sua vez, é detida a 100% pela COMSA Corporación, empresa líder no mercado espanhol da construção e manutenção de infraestruturas e superestruturas ferroviárias (fls. 3297 e 4086 a 4087).

20. A COMSA Corporación tem a sua sede em Edificio Numancia 1, c/ Viriat 47, 08014 Barcelona, Espanha (fls. 4279).

21. A COMSA Corporación apresentou, em 2018, um volume de negócios individual de € 28.128.000. O volume de negócios consolidado, no ano de 2018, foi de € 1.100.901.000 (fls. 8328).

22. Por referência ao exercício de 2019, a COMSA SAU e a COMSA Corporación indicaram que os respetivos volumes de negócios não se encontram disponíveis (fls. 9427v).

[redacted]

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

23. [redacted], na qualidade de administrador e diretor geral da Fergrupo, foi o responsável pelos procedimentos de contratação pública no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, nomeadamente pela adoção de decisões quanto à participação, ou não, nos procedimentos, lotes a concorrer e valores a apresentar, no período de 2014 a 2017 (fls. 2212).

24. [redacted] é ainda, desde o ano de 2004, vogal do conselho de administração da Fergrupo (fls. 114 e 7673).

25. Acresce que [redacted] também representou a Fergrupo nas reuniões do consórcio externo para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via (CEMAV) no período de 2014 a 2016 (fls. 2213).

26. Pelo exercício das suas funções na Fergrupo, [redacted] recebeu, nos anos de 2014, 2015 e 2016, as remunerações de € [redacted], € [redacted] e € [redacted], respetivamente (fls. 3479 e 4306).

[redacted]

27. [redacted], na qualidade de diretor geral da Somafel, foi o responsável pelos procedimentos de contratação pública no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, nomeadamente pela adoção de decisões quanto à participação, ou não, nos procedimentos, lotes a concorrer e valores a apresentar, no período de 2014 a 2017 (fls. 1445 a 1446).

28. Acresce que [redacted] também representou a Somafel nas reuniões do consórcio CEMAV no período de 2014 a 2016 (fls. 1446).

29. Pelo exercício das suas funções na Somafel, [redacted] recebeu, nos anos de 2014, 2015 e 2016, as remunerações de € [redacted], € [redacted] e € [redacted], respetivamente (fls. 3497, 4290 e 4296).

*
*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

30. A prática objeto do presente processo de contraordenação insere-se no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental.

31. A circulação de comboios nas vias ferroviárias provoca desgaste no material, fadiga nas fixações e alterações nas condições da geometria da infraestrutura e da superestrutura, fruto do peso da carga a transportar, da frequência de utilização e da velocidade a que os comboios circulam. A deterioração da via exige necessariamente o recurso a serviços de manutenção que garantam a sua integridade, em termos de funcionalidade e aptidão (documento Neopul96[51]).

32. Como parte integrante da via-férrea, os aparelhos de via, estando sujeitos aos fatores de desgaste e alteração anteriormente identificados, exigem inspeções, verificações e manutenções específicas, designadamente a manutenção preventiva sistemática (MPS), a manutenção preventiva condicionada (MPC) e a manutenção corretiva (MC) (documento Neopul96 e fls. 899 e 900).

33. A MPS caracteriza-se por englobar um conjunto de intervenções de rotina, executadas periodicamente com base num roteiro pré-definido, de modo a reduzir a probabilidade de anomalias ou avarias e permitindo ainda conhecer o estado das condições das instalações e equipamentos. Este tipo de manutenção tem como principais atividades a limpeza e medição dos parâmetros significativos dos diferentes aparelhos de via, de modo a identificar os valores que divergem do normal desempenho operacional do equipamento, e proceder, caso se verifique necessário, à calibração e/ou à substituição de componentes (documento Neopul96 e fls. 900).

34. A MPC inclui um conjunto de intervenções regeneradoras, programadas após a sua deteção, de modo a garantir a funcionalidade e aptidão do sistema, ou seja, a reparação ou substituição de peças ou componentes deteriorados (documento Neopul96 e fls. 900).

[51] As cadeias de conversação em que se encontrem inseridas as mensagens de correio eletrónico referidas na presente Decisão encontram-se, para efeitos de contextualização, listadas no Anexo I, dando-se como integralmente reproduzidas para todos os efeitos legais.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

35. Por último, a MC refere-se ao conjunto de intervenções efetuadas após avaria ou anomalia, ou seja, a reparação ou substituição de peças ou componentes deteriorados que surge de uma forma imprevista (documento Neopul96 e fls. 900).

36. De salientar que a manutenção de aparelhos de via se distingue de serviços de manutenção prestados por referência a outros elementos da rede ferroviária nacional, que, pela sua especificidade, exigem *know-how* e equipamentos distintos.

37. A procura de serviços de manutenção de aparelhos de via é constituída por uma única empresa, a IP, que, até 2015, era denominada de Rede Ferroviária Nacional – REFER, E.P.E. (REFER).

38. A IP, criada em 01.06.2015, é uma empresa pública que resulta da fusão entre a REFER e a EP - Estradas de Portugal, S.A. (EP) através da qual a REFER incorpora, por fusão, a EP e é transformada em sociedade anónima, passando a denominar-se Infraestruturas de Portugal, S.A.

39. A IP tem por objeto a conceção, projeto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação, alargamento e modernização das redes rodoviária e ferroviária nacionais, incluindo o comando e controlo da circulação ferroviária[52].

40. A IP adquire, neste contexto, serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, através de procedimentos, quer concursais (concursos limitados), quer por negociação (ajustes diretos).

41. A oferta do mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, no período entre 2014 e 2016, era constituída pelas empresas visadas pelo presente processo de contraordenação, ou seja, Fergrupo, Futrifer, Mota-Engil, Neopul e Somafel, sendo as mesmas as únicas habilitadas a prestarem estes serviços.

[52] Cf. artigo 2.º dos seus Estatutos constantes do Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29 de maio.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

42. Estas empresas participaram nos procedimentos de aquisição lançados pela IP em consórcio ou individualmente.

43. Com base no procedimento de aquisição lançado pela IP[53], datado de 03.11.2015, (fls.1016), as empresas visadas detinham, no ano de 2016, as seguintes quotas de mercado: Fergrupo 25,2%, Futrifer 16,6%, Mota-Engil 25,3%, Neopul 6,3%; e Somafel 26,6%.

44. No que respeita à dimensão geográfica do mercado em causa, é de referir que a prática decisória nacional[54] tem sido a de considerar que o mercado das obras ferroviárias assume dimensão correspondente ao território nacional.

45. Com efeito, a referida prestação de serviços envolve prestações permanentes de manutenção, tornando-se necessária a presença local e em permanência das empresas, o que as leva a estabelecerem-se nos locais em que pretendem operar, no caso em análise, em Portugal continental.

46. Assim, o mercado define-se por referência ao território de Portugal continental.

*

47. Em 04.02.2013, a REFER lançou um procedimento para a qualificação de prestadores de serviços para a manutenção de aparelhos de via[55] , com vista à seleção de concorrentes para futuros concursos limitados ou procedimentos por negociação (fls. 31).

48. O referido procedimento de qualificação visava criar uma carteira de entidades qualificadas, permitindo, nos procedimentos posteriores para a formação de contratos, prescindir da fase da qualificação destinada a avaliar a capacidade técnica, económica e financeira dos candidatos.

---

[53] Cf. Procedimento econtratos n.º 5010023098, lançado em 03.11.2015.

[54] Cf. Decisão da AdC no processo Ccent. n.º 4/2007 – OPCA/Edifer/Promorail.

[55] Cf. Diário da República, 2ª série – n.º 24, de 04.02.2013 - anúncio procedimento n.º 539/2013.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

49. Nestes termos, uma vez concluída a fase da qualificação, seria enviado convite e o programa do procedimento às entidades previamente qualificadas para a apresentação de propostas, contendo as regras de concurso limitado, aplicáveis a partir da fase de apresentação das propostas.

50. De salientar que esta carteira de entidades qualificadas permanecia aberta, devendo ser, em princípio, todos os anos lançado o anúncio para a integração nessa carteira de novas entidades (fls. 29 a 31, 900 e 901).

51. No quadro do procedimento de qualificação lançado em 2013, foi deliberado, em 02.07.2013, pela comissão nomeada para o efeito, qualificar como prestadoras as empresas Futrifer, Somafel, Fergrupo e Mota-Engil (fls. 29 a 31, 900 e 901).

52. Em 09.04.2014, a REFER lançou um novo procedimento para a qualificação de prestadores de serviços para a manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga.

53. Ao abrigo do referido procedimento, em 23.07.2014, a REFER comunicou à visada Neopul a aceitação da sua candidatura e, consequentemente, a sua qualificação a par das restantes empresas visadas (fls. 29 a 31, 900 e 901).

*

*

Concurso 0 – Procedimento concursal econtrato n.º 5010014694, de 01.11.2013

54. Em 01.11.2013, na sequência da prévia qualificação das visadas Futrifer, Somafel, Fergrupo e Mota-Engil em julho do mesmo ano, as mesmas foram convidadas pela REFER para apresentar proposta no âmbito do procedimento concursal econtrato n.º 5010014694 que visava a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, pelo período de um ano (janeiro a dezembro de 2014), com um preço base de € 2.500.000,00 (fls. 1041).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

55. O referido procedimento foi adjudicado pelo valor de € 2.496.393,27 às quatro empresas supra identificadas que apresentaram proposta conjunta[56], tendo as mesmas posteriormente constituído, para o efeito, o consórcio CEMAV[57].

*

Consórcio CEMAV de 08/01/2014

56. Em 08/01/2014, para efeitos da prestação do serviço no contexto do referido procedimento concursal econtrato n.º 5010014694, foi formalmente constituído o consórcio CEMAV entre as empresas Futrifer, Fergrupo, Mota-Engil e Somafel.

57. A duração do CEMAV estava limitada exclusivamente ao cumprimento do seu objeto, ou seja, a "*Prestação de Serviços de Manutenção de Aparelhos de Via da Rede Ferroviária Nacional, Via Larga, adjudicada através da carta da REFER, ref. a 1177409/CT-LG de 7 de Janeiro de 2014*", para um período de 12 meses, *i.e.* 01.01.2014 a 31.12.2014 (fls.1867 e 1868).

58. A vigência do consórcio CEMAV foi, no entanto, prolongada no tempo, além do inicialmente previsto, por força da adjudicação de outros procedimentos (ajustes diretos) por parte da entidade adjudicante REFER/IP e de maneira a garantir a continuidade das atividades da prestação de serviços que assegurassem a circulação dos comboios para segurança das pessoas e bens.

---

[56] Cf. Portal Base, disponível em http://www.base.gov.pt/Base/pt/Pesquisa/Contrato?a=987160.

[57] No ponto 1.4 das Cláusulas Gerais do Caderno de Encargos do procedimento econtratos n.º 5010014694, estava prevista a possibilidade de constituição de agrupamentos de empresas para executar a prestação de serviços. Acresce que, em 13.11.2013, em resposta ao pedido de esclarecimentos da Mota-Engil, a Direção de assuntos jurídicos da REFER, através de parecer jurídico, pronunciou-se sobre a sua admissibilidade. Em 27.12.2013, a mesma Direção emitiu novo parecer sobre a aceitação da proposta apresentada neste procedimento pelo Agrupamento das quatro empresas visadas, concluindo nos seguintes termos: "[…] *B. Nos termos do disposto no artigo 51.º do CCP as normas do CCP relativas às fases de formação e de execução do contrato, prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes, ou seja, são normas de carácter imperativo; C. Pelo exposto, e atenta a informação disponibilizada a esta Direção, não se vislumbra a existência de irregularidades que, do ponto de vista jurídico, possam obstar à aceitação da proposta*." (documento IP81). Cumpre ainda referir que, em 9.01.2014, após a adjudicação do contrato ao CEMAV, a REFER solicitou novo parecer jurídico a uma sociedade de advogados, nomeadamente o enquadramento desta adjudicação *à luz das Leis da concorrência e não apenas à luz co CCP*" (documentos IP35 e IP36).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

59. O contrato de consórcio foi, assim, prorrogado quatro vezes através da celebração dos respetivos aditamentos, prestando o consórcio CEMAV serviços de manutenção à IP até ao ano de 2016 (fls. 1867 e 1868).

60. A organização, funcionamento e tomada de decisão do consórcio CEMAV constam do contrato de Consórcio Externo, bem como do respetivo Regulamento Interno, assinado pelas consorciadas em 08.01.2014, tendo posteriormente, em 27.04.2015, sido objeto de aditamento (fls. 2142 a 2154 e 2184 a 2192).

61. O consórcio CEMAV, com exceção da Futrifer, refletia o facto de as demais empresas consorciadas já estarem instaladas em todo o território nacional e funcionarem operacionalmente por lotes, distribuídos pelas áreas geográficas em que cada uma delas já anteriormente atuava na rede ferroviária nacional, em consequência dos contratos existentes para a via e catenária (fls. 1867).

62. Entre as consorciadas existia uma subcontratação interna de trabalhos, liderada pela Futrifer, sendo atribuída a cada consorciada 25% do valor adjudicado (fls. 1869).

63. Esta organização permitia ao consórcio CEMAV uma eficiente e racional gestão dos meios de cada consorciada, em função das respetivas valências e competências pré-existentes (fls. 1867 a 1869).

64. Os valores das propostas a submeter aos procedimentos resultavam da adição da contribuição e dos valores indicados individualmente por cada uma das consorciadas, correspondentes ao respetivo preço dos serviços a prestar. Assim sendo, "*se os valores globais tivessem enquadramento no preço base, era definido o valor da proposta a apresentar. Se tal não acontecesse, a proposta a apresentar seria, em regra, superior ao preço base, o que se verificou relativamente aos procedimentos econtratos n.º 5010016780 e n.º 5010021530. Noutros casos, porém, perante a possibilidade de ausência de outros procedimentos e adjudicatários em tempo útil e até a pedido da REFER, foi decidido apresentar propostas enquadradas no valor base, numa atitude responsável, para que os comboios pudessem circular em segurança de pessoas e bens*" (fls. 1868 a 1869).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

65. Para discussão destas propostas e acompanhamento dos trabalhos, a Futrifer convocava as reuniões do conselho de orientação e fiscalização (COF), órgão superior do consórcio, do qual faziam parte todas as consorciadas (fls. 2145).

66. As reuniões do COF realizaram-se, de maneira regular, durante a vigência do consórcio, entre os anos 2014 e 2017, com a participação de representantes de cada uma das consorciadas (fls. 2127 a 2129).

*

*

Concurso I – Procedimento concursal econtratos n.º 5010016780, de 14.10.2014

67. Em 14.10.2014, a REFER procedeu à instrução de um concurso limitado lançado ao abrigo do sistema de qualificação de prestadores de serviços em vigor, com vista à contratação do serviço relativo à MPS-Execução[58], para além das atividades de MPC e MC, para o período 2015-2017.

68. O referido concurso, identificado como econtratos n.º 5010016780 e/ou NP14090 visava a contratação dos serviços durante o período de 31 meses e incluía dois lotes, o Lote 1 "gestão norte", e o Lote 2 "gestão sul", sendo o preço base de cada um dos lotes € 2.569.060 e € 2.371.440, respetivamente.

69. Neste âmbito, foram convidadas para apresentar proposta as cinco empresas visadas, que tinham sido previamente qualificadas ao abrigo do sistema de qualificação em vigor. O prazo limite para a apresentação de propostas fixou-se no dia 18.11.2014.

70. Foram apresentadas propostas, por um lado, pelo consórcio CEMAV, que agrupava quatro das empresas visadas, e, por outro lado, pela Neopul. O Consórcio CEMAV apresentou proposta para os dois lotes do concurso enquanto a Neopul apenas apresentou proposta para o Lote 2 (fls.1041).

[58] A atividade de manutenção de aparelhos de via da rede ferroviária nacional, via larga, encontra-se prevista no Manual de Manutenção Preventiva Sistemática 2014-2016, nas componentes de Inspeção e Execução (fls. 29). Com a internalização da componente de inspeção da MPS foi necessário proceder-se à contratação do serviço relativo à MPS-Execução, para além das atividades de MPC e MC (fls. 901).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

71. Neste contexto, de acordo com o ponto 1.4 dos termos do convite à apresentação de proposta no procedimento econtratos n.º 50010016780 (Concurso I), estava prevista a apresentação de propostas por parte de Agrupamentos de Empresas nos seguintes termos:

"*1.4.1. Todas as entidades qualificadas podem apresentar propostas, privilegiando-se, numa lógica de prossecução do princípio da concorrência, que o façam nos exatos termos em que foram qualificadas: a título individual ou em agrupamento.*

1.4.2. Ao procedimento poderão apresentar-se Agrupamentos de Empresas, nos termos do disposto no artigo 54.° do Código dos Contratos Públicos, sem que entre elas exista qualquer modalidade jurídica de associação […]

1.4.7. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a prerrogativa ali conferida será inviabilizada caso se verifique, em concreto e mediante apreciação de todos os elementos que forem solicitados por parte da entidade adjudicante, a existência de indícios de que o agrupamento constitui uma prática restritiva da concorrência" (documento Fergrupo624).

72. As propostas apresentadas situaram-se acima do preço base, motivo pelo qual foram excluídas com fundamento na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) (fls. 29, 901, 1041 e 1756).

73. Em 16.12.2014, atendendo a que, segundo a REFER, os serviços em causa, pela sua natureza e criticidade no tocante à segurança para a circulação ferroviária, não podiam ser interrompidos, esta solicitou ao consórcio CEMAV que assegurasse a continuidade dos serviços, a partir do dia 01.01.2015, por um período de 12 meses, tempo considerado adequado à necessária reflexão técnica para a determinação de um novo preço base, e, portanto, à instrução de um novo procedimento de concurso limitado ao abrigo do sistema de qualificação de prestadores de serviços de manutenção de aparelhos de via, plurianual (documentos IP34, IP60, IP688 e Futifer579).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

74. Em 19.12.2014, a Futrifer, na qualidade de líder do consórcio CEMAV, aceitou o pedido de continuidade da prestação dos serviços, salvaguardadas as condições do contrato ainda em vigor (resultante do procedimento concursal econtrato n.º 5010014694) que terminava em 31.12.2014. Para o efeito, em fevereiro de 2015, a REFER celebrou um contrato, através de ajuste direto, com o CEMAV (documentos IP653 e Futrifer579).

*

75. Em 21.07.2014, a Futrifer informou as restantes visadas membros do consórcio CEMAV da candidatura da Neopul ao sistema de qualificação de prestadores de serviços de manutenção de aparelhos de via lançado pela REFER (documentos Futrifer483 e Somafel98).

76. Em 24.07.2014, a própria Neopul, informou as visadas Fergrupo, Mota-Engil e Somafel, suas potenciais concorrentes no concurso que iria ser lançado em breve, da sua qualificação como prestadora de serviços de manutenção de aparelhos de via, reenviando, para conhecimento daquelas empresas, a comunicação recebida da REFER (documento Neopul88).

77. Em 14.10.2014, conforme referido em «69.», as cinco empresas visadas são convidadas pela REFER para apresentar proposta, individualmente, e até ao dia 18.11.2014, no procedimento econtratos n.º 5010016780 (Concurso I), com vista à contratação de serviços de manutenção de aparelhos de via para o período 2015-2017.

78. Em 20.10.2014, as visadas membro do consórcio CEMAV, embora tenham sido convidadas a título individual para apresentar proposta ao referido concurso, discutem, em conjunto, os aspetos relevantes do mesmo, tal como resulta da ata da reunião do COF desse mesmo dia, segundo a qual, "*o COF tomou conhecimento do lançamento pela REFER de um novo concurso para a Manutenção de Aparelhos de Via, para um período de 31 meses, tendo trocado impressões sobre a matéria, designadamente quanto ao preço base estabelecido no concurso e quanto à Refer ter retirado as ações de MPC a Inspeção*" (documentos Futrifer80, Futrifer575, Futrifer574, Futrifer84 e Futrifer79).

79. Em 05.11.2014, perante o pedido de cotação de [redacted], comercial da Neopul, à Futrifer, para o fornecimento e montagem dos trabalhos relativos ao Lote 2 do

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

concurso em causa, [redacted], da Futrifer, revela surpresa e questiona [redacted], da Futrifer, sobre o que terá sido previamente acordado na última reunião com a Neopul, nos seguintes termos (documento Futrifer53):

De: [redacted] [mailto:[redacted]@futrifer.pt]
Enviada: 5 de novembro de 2014 15:30
Para: '[redacted]' ([redacted]@futrifer.pt) <[redacted]@futrifer.pt>
Assunto: FW: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV

Não deveria alguém falar com a NEOPUL? Parece-me que não haverá concertação com o acordado na ultima reunião.

Estou a achar isto muito estranho….

De: [redacted] [mailto:[redacted]@neopul.pt]
Enviada: quarta-feira, 5 de Novembro de 2014 14:23
Para: [redacted]; [redacted]
Assunto: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV

Boa tarde D. [redacted],

Vimos por este meio solicitar a vossa melhor cotação para o fornecimento e montagem dos trabalhos de MPC-lote 2, referidos nos ficheiros em anexo.

Estes trabalhos referem-se ao Processo "Prestação de Serviços de Manutenção de Aparelhos de Via na Rede Ferroviária Nacional" – LOTE 2.

Mais solicitamos, que nos envie a v/ proposta até ao **dia 12/11/2014**, ao cuidado de [redacted]

Com os melhores cumprimentos,

[redacted]

Neopul

Comercial

SintraCascais Escritórios Rua da Tapada da Quinta de Cima - Linhó 2714-555 Sintra – PORTUGAL Tel. +351 21 910 42 19 Fax +351 21 910 40 05 www.neopul.pt [redacted]@neopul.pt

80. No mesmo dia, [redacted], da Futrifer, reencaminha a mensagem de correio eletrónico já referida a [redacted], da Fergrupo, transmitindo preocupação e solicitando a intervenção para evitar interferências no acordado. Em resposta, [redacted], da Fergrupo, com conhecimento de [redacted], da Neopul, desvaloriza o pedido de cotação, indica ter falado previamente com [redacted], da Neopul, e refere a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

necessidade de agendar nova reunião para clarificação de alguns aspetos relacionados com a apresentação de propostas a concurso. [redacted], da Fergrupo, solicita, por último, que a mensagem de correio eletrónico seja apagada (documentos Futrifer10 e Neopul42):

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

De: [redacted]@fergrupo.pt [mailto:[redacted]@fergrupo.pt]
Enviada: 5 de novembro de 2014 16:30
Para: [redacted] [redacted]@futrifer.pt
Cc: [redacted]@neopul.pt
Assunto: Re: FW: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV
Caro [redacted],

Não se preocupe com esse mail, pois creio tratar-se de um processo de consulta habitual. Falei hoje com o [redacted] (que está em cópia) e temos que reunir para clarificar apenas alguns aspectos de apresentação de propostas. Pela disponibilidade dos demais, a data de reunião será, em principio, para amanhã ao final do dia. Como lhe disseram não estou em condições de falar... mas espero que o [redacted]/[redacted] confirmem consigo a hora da reunião.

Favor apagar o mail.
Cpts,

[redacted]
Director Geral
Infraestruturas
Av. D. João II, 1.06.2.2.C, Ed. Atlantis, 2º Piso, Esc 2.1
1990-095 LISBOA
T. +351 21 722 61 90
F. +351 21 726 32 55
[redacted]@fergrupo.pt
www.fergrupo.pt

De: [redacted] <[redacted]@futrifer.pt>
Para: <[redacted]@fergrupo.pt>,
Data: 05/11/2014 16:21
Assunto: FW: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV

Meu Caro,
Acabei de tomar conhecimento deste email que não entendo. Pedia-lhe o favor de clarificar rapidamente com o [redacted] esta questão para evitar outras interferências nesta fase.

Cumps

[redacted]
Administrador-Delegado

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

FUTRIFER, SA
R. José Afonso, 4-C 1º
1600-130 LISBOA
Telf. 217 200 580
Fax 217 200 589
[redacted]@futrifer.pt

De: [redacted] [mailto:[redacted]@neopul.pt]
Enviada: quarta-feira, 5 de Novembro de 2014 14:23
Para: [redacted]; [redacted]
Assunto: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV

Boa tarde D. [redacted],

Vimos por este meio solicitar a vossa melhor cotação para o fornecimento e montagem dos trabalhos de MPC-lote 2, referidos nos ficheiros em anexo.

Estes trabalhos referem-se ao Processo "Prestação de Serviços de Manutenção de Aparelhos de Via na Rede Ferroviária Nacional" – LOTE 2.

Mais solicitamos, que nos envie a v/ proposta até ao **dia 12/11/2014**, ao cuidado de [redacted]
Com os melhores cumprimentos,
[redacted]

81. No dia 06.11.2014, [redacted], da Fergrupo, envia mensagem de correio eletrónico a [redacted], da Futrifer, com o conhecimento de [redacted], da Neopul, indicando que aguarda a confirmação de [redacted], da Mota-Engil, para a realização da *supra* referida reunião entre as empresas visadas. Mais uma vez, é reiterado por [redacted], da Fergrupo, o pedido para que a mensagem de correio eletrónico seja apagada (documentos Futrifer9 e Futrifer5):

De: [redacted]@fergrupo.pt [mailto:[redacted]@fergrupo.pt]
Enviada: 6 de novembro de 2014 10:23
Para: [redacted] [redacted]@futrifer.pt
Cc: [redacted]@neopul.pt
Assunto: RE: FW: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV
Caro [redacted],

Ainda não consegui falar com [redacted], mas pela minha parte e do [redacted] pode ser às 17h30 na Ferrovias. Assim que tiver confirmação do [redacted] informo-o.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Favor eliminar mail.

Cpts,

[redacted]

Director Geral

Infraestruturas

Av. D. João II, 1.06.2.2.C, Ed. Atlantis, 2º Piso, Esc 2.1
1990-095 LISBOA
T. +351 21 722 61 90
F. +351 21 726 32 55
[redacted]@fergrupo.pt
www.fergrupo.pt

De: [redacted] <[redacted]@futrifer.pt>
Para: <[redacted]@fergrupo.pt>,
Cc: <j[redacted]@neopul.pt>
Data: 05/11/2014 17:45
Assunto: RE: FW: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV

Meu Caro

Ok. Amanhã tenho de estar no Tramagal. Se a reunião for amanhã tenho de me organizar mas só poderei chegar entre as 17h30m e 18h.

Aguardo notícias

Cumps
J[redacted]
Administrador-Delegado
FUTRIFER, SA
R. José Afonso, 4-C 1º
1600-130 LISBOA
Telf. 217 200 580
Fax 217 200 589
[redacted]@futrifer.pt

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

82. Também [redacted], da Neopul, assinala, mediante envio de mensagem de correio eletrónico aos seus colegas, ter chamado previamente a atenção para o facto de esta situação se prestar a equívocos (documento Neopul44):

> **De:** [redacted]
> **Enviada:** 5 de novembro de 2014 21:06
> **Para:** [redacted] <[redacted]@neopul.pt>; [redacted] <[redacted]@neopul.pt>
> **Assunto:** Fwd: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV
>
> Eu disse-te....deu merda.
>
> Enviado do meu iPhone
>
> Iniciar a mensagem reencaminhada:
>
> **De:** <[redacted]@fergrupo.pt>
> **Data:** 5 de Novembro de 2014 às 16:30:17 WET
> **Para:** [redacted] <[redacted]@futrifer.pt>
> **Cc:** <[redacted]@neopul.pt>
> **Assunto: Re: FW: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV**
>
> Caro [redacted],
>
> Não se preocupe com esse mail, pois creio tratar-se de um processo de consulta habitual. Falei hoje com o [redacted] (que está em cópia) e temos que reunir para clarificar apenas alguns aspectos de apresentação de propostas. Pela disponibilidade dos demais, a data de reunião será, em principio, para amanhã ao final do dia. Como lhe disseram não estou em condições de falar... mas espero que o [redacted]/[redacted] confirmem consigo a hora da reunião.
>
> Favor apagar o mail.
>
> Cpts,
> [redacted]
> Director Geral
> Infraestruturas

83. Em 18.11.2014, conforme referido no facto «70.», foram apresentadas propostas, por um lado, pela visada Neopul, e, por outro lado, pelas restantes empresas visadas, agrupadas no consórcio CEMAV, ao concurso econtratos n.º 5010016780 (Concurso I).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

84. As propostas apresentadas incluíram valores superiores ao preço base contratual estabelecido pela REFER para este concurso, tendo sido, por esse motivo, excluídas e prolongada a contratação do consórcio CEMAV para a prestação dos serviços em causa até 31.12.2015.

85. A continuação da prestação dos serviços durante o ano de 2015 pelo consórcio CEMAV, salvaguardava as condições do contrato em vigor, que incluíam um valor superior ao preço base estabelecido neste concurso pela prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via.

*

*

Concurso II – Procedimento concursal econtratos n.º 5010021530, de 01.07.2015

86. Em 01.07.2015, atendendo à ausência de adjudicação no concurso econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) *supra*, a IP lançou novo concurso limitado por prévia qualificação, identificado como econtratos n.º 5010021530 e/ou NP15046 identificado "Concurso II"), para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional durante o período de 24 meses, dividido em cinco lotes, sendo o preço base total de € 4.319.839,20 (fls. 902).

87. A IP convidou novamente as cinco empresas visadas, previamente qualificadas, para apresentar proposta, inicialmente, até ao dia 29.07.2015, prorrogando-se, posteriormente, este prazo até ao dia 05.08.2015 (fls. 1041 e 1756).

88. Neste contexto, a visada Neopul, informou a IP do seguinte: "*não nos é possível apresentar proposta, tendo em conta que o custo apurado internamente para a execução da mesma é superior ao valor base indicado pelo IP*" (fls. 902 e documento Neopul237).

89. Por sua vez, as restantes quatro visadas decidiram, "*a exemplo do verificado em anteriores procedimentos da mesma natureza, continuar associadas, face ao valor base exíguo estabelecido pela Infraestruturas de Portugal, considerando as exigências e os níveis de serviços estabelecidos no Caderno de Encargos, para apresentar uma proposta em Agrupamento, em regime de Consórcio Externo de Responsabilidade Solidária,*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

liderado pela FUTRIFER-INDÚSTRIAS FERROVIÁRIAS, SA., como está previsto no Caderno de Encargos - Cláusulas Jurídicas Gerais deste procedimento, por forma a possibilitar a racionalização e permitir definir um valor mínimo, versus o preço base estipulado, que se considera necessário para uma operação desta natureza" (documentos Fergrupo888 e Fergrupo907).

90. No ponto 1.4 dos termos do convite à apresentação de proposta estava prevista a apresentação de propostas por parte de Agrupamentos de Empresas nos seguintes termos:

"*1.4.1. Todas as entidades qualificadas podem apresentar propostas, privilegiando-se, numa lógica de prossecução do princípio da concorrência, que o façam nos exatos termos em que foram qualificadas: a título individual ou em agrupamento.*

1.4.2. Ao procedimento poderão apresentar-se Agrupamentos de Empresas, nos termos do disposto no artigo 54.° do Código dos Contratos Públicos, sem que entre elas exista qualquer modalidade jurídica de associação. […]

1.4.7. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a prerrogativa ali conferida será inviabilizada caso se verifique, em concreto e mediante apreciação de todos os elementos que forem solicitados por parte da entidade adjudicante, a existência de indícios de que o agrupamento constitui uma prática restritiva da concorrência" (documento Neopul236).

91. As propostas apresentadas pelo consórcio CEMAV, para os cinco lotes, situaram-se, contudo, novamente, acima do preço base estipulado para cada um dos lotes, sendo, por esse motivo, todas excluídas (fls. 902).

92. Face ao exposto, em 22.09.2015, a IP comunicou às cinco empresas visadas que, por decisão do seu conselho de administração de 17.09.2015, era decidida a não adjudicação da aquisição dos serviços, revogando a decisão de contratar (fls. 1755 e documentos Fergrupo941e Neopul222).

*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

93. Em 03.03.2015, [redacted], da Mota-Engil, em mensagem de correio eletrónico enviada a [redacted], da Fergrupo, a [redacted], da Neopul e a [redacted], da Somafel, propõe que, subsequentemente a uma reunião previamente agendada para o dia 10.03.2015 sobre o tema "Programa de investimentos/2020", se realize uma outra, no âmbito do consórcio CEMAV. Todos, incluindo [redacted], da Neopul, não membro do consórcio CEMAV, concordam com a hora e lugar propostos por [redacted], da Fergrupo (documentos Neopul43, MotaEngil53, MotaEngil107, Neopul45, Fergrupo83, Fergrupo56, MotaEngil131, Neopul47, Fergrupo84, MotaEngil125, MotaEngil68, Neopul49, MotaEngil74, MotaEngil134, Fergrupo85):

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

De: [redacted]
Enviada: 2 de março de 2015 18:53
Para: '[redacted]' <[redacted]@mota-engil.pt>; [redacted]@fergrupo.pt; [redacted]@somafel.pt
Assunto: RE: Programa de investimentos/2020

Por mim está tb ok.

[redacted]

De: [redacted] [mailto:[redacted]@mota-engil.pt]
Enviada: sexta-feira, 27 de Fevereiro de 2015 16:25
Para: [redacted]@fergrupo.pt
Cc: [redacted]; [redacted]@somafel.pt
Assunto: RE: Programa de investimentos/2020

Por mim está perfeito

cps

[redacted]

ME-FRV
Rua Mário Dionísio, N.º 2
2799-562 Linda-a-Velha-Portugal
Tel: 00 351 21 384 7201
Fax: 00 351 21 384 7202
Mov: 00 351 91 991 2100
[redacted]@mota-engil.pt

De: [redacted]@fergrupo.pt [mailto:[redacted]@fergrupo.pt]
Enviada: sexta-feira, 27 de Fevereiro de 2015 15:54
Para: [redacted]
Cc: [redacted]@neopul.pt; [redacted]@somafel.pt
Assunto: Re: Programa de investimentos/2020

[redacted],

Como também propus reunirmos nesse mesmo dia de manhã para se analisar o tema da renovação das prestações de serviços, o melhor seria fazermos tudo de seguida, ou seja abordava-se o tema da renovação contratual das prestações às 15h e depois continuava-se com o P2020.

Entretanto alterava-se a hora da reunião do consórcio CEMAV, das 15h para as 10h desse mesmo dia.

Cpts,

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

[redacted]
Director Geral
Infraestruturas

Av. D. João II, 1.06.2.2.C, Ed. Atlantis, 2º Piso, Esc 2.1
1990-095 LISBOA
T. +351 21 722 61 90
F. +351 21 726 32 55
[redacted]@fergrupo.pt
www.fergrupo.pt

De: [redacted] <[redacted]@mota-engil.pt>
Para: "[redacted]@fergrupo.pt" <[redacted]@fergrupo.pt>,
Cc: [redacted] <pcs@somafel.pt>, "[redacted]
[redacted]@neopul.pt)" <[redacted]@neopul.pt>, [redacted] <[redacted]@mota-engil.pt>
Data: 27/02/2015 12:30
Assunto: Programa de investimentos/2020

Caros
Estou incumbido pela Adm da ME para fazermos uma reunião sobre este tema. Como vamos ter uma reunião no dia 10 ás 15 h, para um tema em que estarão outros participantes também, pergunto se depois dessa , por exº ás 18 h, nos poderíamos reunir nós os 4.
E proponho que as duas reuniões se façam aqui na ME, embora esteja disponível para outra solução

m/cps
[redacted]
ME-FRV
Rua Mário Dionísio, N.º 2
2799-562 Linda-a-Velha-Portugal
Tel: 00 351 21 384 7201
Fax: 00 351 21 384 7202
Mov: 00 351 91 991 2100
[redacted]@mota-engil.pt

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

94. Em 01.07.2015, conforme referido no facto «86.», na ausência de adjudicação da prestação de serviços em 2014, a IP lançou um novo procedimento, o concurso econtratos n.º 5010021530 (Concurso II).

95. No dia 05.07.2015, [redacted], da Futrifer, contacta as visadas consorciadas através de mensagem de correio eletrónico para informar que "*saiu novo Concurso para a manutenção de aparelhos de via o que torna necessário que o consórcio reúna o mais rapidamente possível*" (documento Futrifer329).

96. Em 07.07.2015, atendendo à disponibilidade dos participantes e dada a alegada urgência do assunto a tratar, [redacted], da Futrifer, propôs, através de mensagem de correio eletrónico, que a reunião tivesse lugar no dia 10.07.2015, às 10 horas (documentos Futrifer330, Futrifer519, Somafel96 e MotaEngil103):

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

De: [redacted] [mailto:[redacted]@futrifer.pt]
Enviada: 7 de julho de 2015 12:21
Para: [redacted]@fergrupo.pt ; '[redacted]' < [redacted]s@mota-engil.pt >; '[redacted]' < [redacted]@mota-engil.pt >; '[redacted]' < [redacted]@somafel.pt >; [redacted]@somafel.pt; [redacted] [redacted]@futrifer.pt

Cc: [redacted]@futrifer.pt
Assunto: CEMAV - Prestação de Serviços em Aparelhos de Via
Importância: Alta

Meus Caros
Consultados todos os intervenientes e dada a urgência do assunto, proponho que a reunião tenha lugar na próxima sexta feira dia 10, pelas 10horas, na Mota-Engil.
O [redacted] não estará presente pois só regressa a lisboa na semana seguinte.
O [redacted] também está ausente mas pode estar connosco através de vídeo conferência se a Mota-Engil poder proporcionar as condições necessárias.
Aguardo a vossa confirmação.

[redacted]
Administrador-Delegado
FUTRIFER, SA
R. José Afonso, 4-C 1º
1600-130 LISBOA
Telf. 217 200 580
Fax 217 200 589
[redacted]@futrifer.pt

97. Ainda no mesmo dia, face aos constrangimentos dos participantes, a reunião foi, finalmente, agendada, mediante mensagem de correio eletrónico, para o dia 10.07.2015, às 11 horas, nas instalações da Mota-Engil, e com sistema de videoconferência para assegurar a participação da Somafel (documentos Futrifer360, Somafel127, Futrifer170, Futrifer338, Futrifer343, Futrifer344, Futrifer345 e Futrife674):

De: [redacted] [mailto:[redacted]@futrifer.pt]
Enviada: 7 de julho de 2015 18:09
Para: [redacted]@fergrupo.pt ; '[redacted]' < [redacted]@mota-engil.pt >; '[redacted]' < [redacted]@mota-engil.pt >; '[redacted]' < [redacted]@somafel.pt >; [redacted]@somafel.pt ; [redacted]@futrifer.pt

Cc: [redacted]@futrifer.pt

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Assunto: RE: CEMAV - Prestação de Serviços em Aparelhos de Via

Meus Caros
Faço à boa vontade de todos fica então marcada a reunião para o dia 10 às 11h na Mota-Engil que assegurará o sistema e vídeo confreência.
Cumprimentos
[redacted]
Administrador-Delegado
FUTRIFER, SA
R. José Afonso, 4-C 1º
1600-130 LISBOA
Telf. 217 200 580
Fax 217 200 589
[redacted]@futrifer.pt

98. Em 10.07.2015 na sequência da reunião do dia 10.07.2015, [redacted], da Fergrupo, contacta, através de mensagem de correio eletrónico, [redacted], da Somafel, com o fim de reunirem e "*analisar algumas questões que se levantaram na reunião hoje realizada*" sobre o novo concurso de prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via. Em 11.07.2015, [redacted] informa que antecipou o seu regresso para o dia 13.07.2015, solicitando a [redacted] o seguinte: "*ligue-me de tarde no dia 13 para falarmos e acertamos eventual reunião prévia*" (documento Somafel257).

99. Nesse mesmo dia, [redacted], da Futrifer, confirma, por mensagem de correio eletrónico, a convocatória de uma nova reunião, no dia 15.07.2015, desta vez, também com a participação da Neopul (documentos Futrifer355, Somafel128, Futrifer357, Futrifer672, Futrifer673, Futrifer676 e Somafel258):

De: [redacted] [mailto:[redacted]@futrifer.pt]
Enviada: 10 de julho de 2015 16:49
Para: [redacted]@fergrupo.pt < [redacted]@fergrupo.pt >; '[redacted]s' < [redacted]@mota-engil.pt >; '[redacted]' < [redacted]@mota-engil.pt >; '[redacted]' < [redacted]@somafel.pt>; [redacted]@somafel.pt < [redacted]@somafel.pt >; '[redacted]' < [redacted]@futrifer.pt >
Cc: '[redacted]@futrifer.pt' <[redacted]@futrifer.pt>
Assunto: RE: CEMAV - Prestação de Serviços em Aparelhos de Via

Caros,

Por lapso não informei que está confirmada a reunião com a Neopul.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Cumps

[redacted]
Administrador-Delegado
FUTRIFER, SA
R. José Afonso, 4-C 1º
1600-130 LISBOA
Telf. 217 200 580
Fax 217 200 589
[redacted]@futrifer.pt

De: [redacted] [mailto:[redacted]@futrifer.pt]
Enviada: sexta-feira, 10 de Julho de 2015 16:43
Para: '[redacted]@fergrupo.pt '; '[redacted]'; '[redacted]'; '[redacted]'; [redacted]@somafel.pt ; '[redacted]'
Cc: '[redacted]@futrifer.pt '
Assunto: RE: CEMAV - Prestação de Serviços em Aparelhos de Via
Importância: Alta

Meus Caros

Confirmo reunião no dia 15 de Julho, às 15 horas nos escritórios da Mota-Engil.

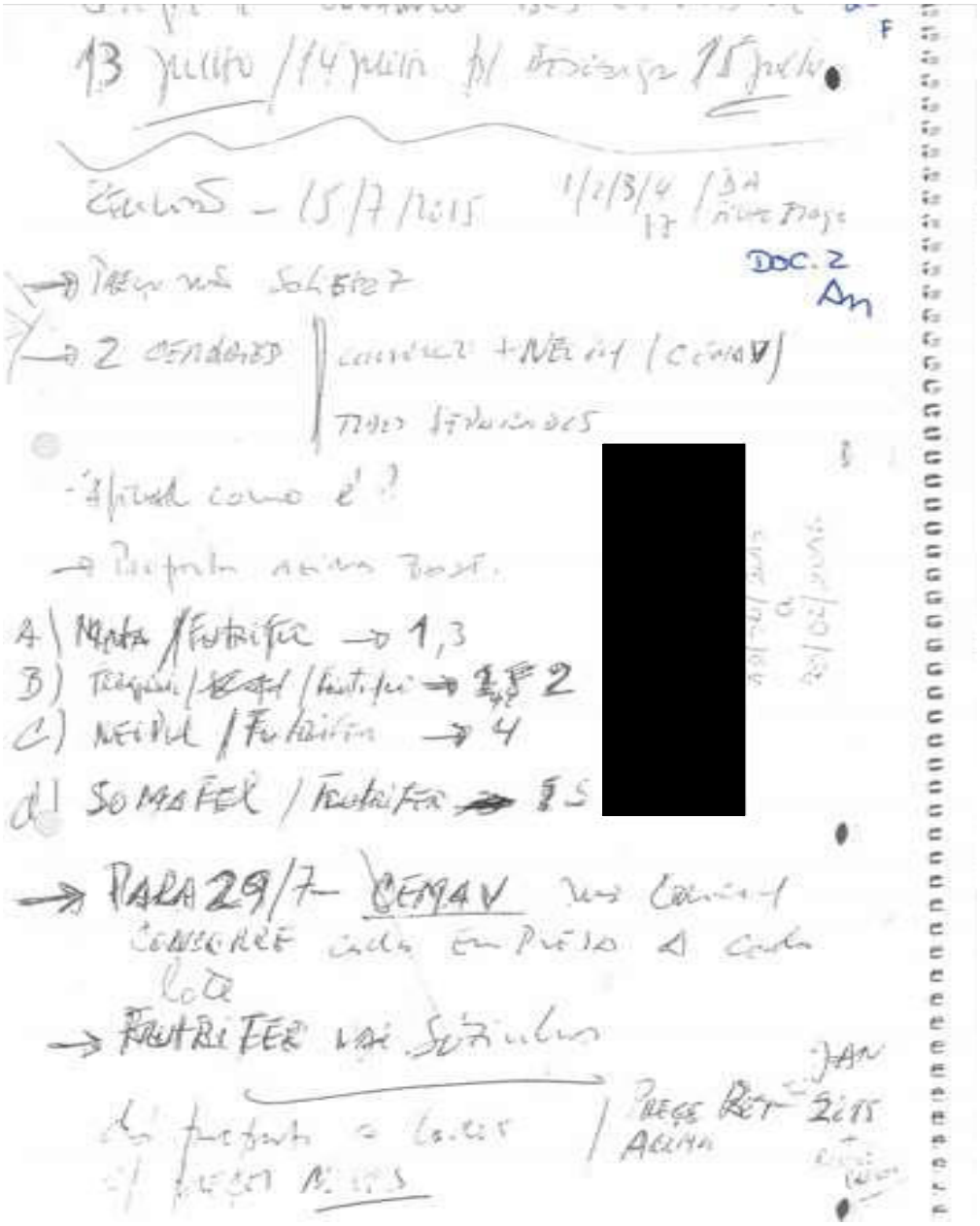
Cumprimentos

[redacted]
Administrador-Delegado
FUTRIFER, SA
R. José Afonso, 4-C 1º
1600-130 LISBOA
Telf. 217 200 580
Fax 217 200 589
[redacted]@futrifer.pt

100. A reunião do dia 15.07.2015 foi objeto das seguintes notas manuscritas por [redacted], da Neopul, no seu caderno (fls. 285):

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)



101. Conforme resulta das referidas notas manuscritas, na reunião realizada no dia 15.07.2015 entre as empresas visadas, são discutidos dois possíveis cenários, sendo o primeiro a apresentação de proposta por parte do consórcio e da Neopul, e, o segundo, a apresentação autónoma de proposta por parte de cada uma das empresas visadas.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Contudo, parece não estar claro para a Neopul, a posição adotar, tal como resulta da expressão manuscrita ("*Afinal como é?"*).

102. As notas fazem também referência ao facto de o preço base do concurso em causa não satisfazer as visadas ("*preço não satisfaz*") e que as propostas deveriam incluir um preço superior ao preço base ("*propostas acima base*").

103. Das notas consta, ainda, uma listagem e a repartição dos lotes constantes do concurso entre as empresas visadas, identificando-se os lotes aos quais cada empresa visada deveria concorrer, realçando o lote atribuído a cada uma delas.

104. Acresce que o manuscrito *supra* revela igualmente a estratégia delineada pelas visadas para o concurso em causa. Com efeito, as notas manuscritas indicam que a este concurso concorrerá apenas o consórcio CEMAV, conforme a seguinte anotação junto à indicação da data limite inicial para apresentação de propostas, "*29/7*": "*CEMAV"* e "*não concorre cada empresa a cada lote*".

105. Por último, separadamente, noutro ponto, as notas manuscritas de [redacted], da Neopul, mencionam que a Futrifer apresentará proposta individualmente ("*Futrifer vai sozinha*") e enviará, às restantes empresas visadas, propostas incluindo novos valores ("*dá propostas a todos com preços novos*"), tratando-se de valores acima do preço base ("*PREÇO BAS ACIMA JAN 2015*"), com o fim de conseguir uma revisão do mesmo ("*REVISÃO PREÇOS*").

106. Após os contactos e as reuniões *supra* evidenciadas, finalizado o prazo estipulado para a apresentação de propostas no contexto do procedimento econtratos n.º 5010021530 (Concurso II), apenas o consórcio CEMAV apresentou proposta para os cinco lotes a concurso.

107. Todas as propostas apresentadas se situaram acima do preço base estipulado, sendo, por esse motivo, excluídas. Em consequência, a IP revogou a decisão de contratar neste concurso, conforme referido nos factos «91. e 92.».

*
*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Concurso III – Procedimento concursal econtratos n.º 5010023098, de 03.11.2015

108. Em 03.11.2015, mais uma vez, e perante a ausência de adjudicação no âmbito do anterior procedimento (procedimento econtratos n.º 5010021530 - Concurso II), a IP procedeu à instrução de um novo concurso limitado lançado ao abrigo do sistema de qualificação de prestadores de serviços em vigor, procedimento identificado como econtratos n.º 5010023098 e/ou NP15078.

109. O procedimento em causa visava a aquisição de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, dividido em cinco lotes, consoante as zonas do país, para o período 2016-2017, e pelo preço base contratual máximo total de € 4.927.161,17, acrescido de IVA, repartido pelos seguintes valores (fls. 30, 1041 e 1756):

- ✓ Lote 1 - € 1.251.480,61;
- ✓ Lote 2 - € 1.244.036,68;
- ✓ Lote 3 - € 820.068,75;
- ✓ Lote 4 - € 299.792,93;
- ✓ Lote 5 - € 1.312.693,39

110. O *processo de contratação da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via EC 5010023098* [Concurso III]*, era em tudo idêntico ao processo EC 5010021530* [Concurso II] *exceto no que se refere ao preço base e à admissão de propostas por parte de agrupamentos*. (documentos IP114 e IP549).

111. *Acresce ainda o facto de o procedimento ter sido submetido a visto prévio do Tribunal de Contas, situação que não ocorreu nos processos anteriores*" (documentos IP114 e IP549).

112. Atendendo a que nos procedimentos anteriores as propostas apresentadas pelos concorrentes estiveram, em todos os casos, acima do preço base estabelecido, a IP entendeu que se podia considerar que o mesmo estava desadequado, pelo que, este novo concurso envolveu uma revisão do preço base face aos procedimentos concursais anteriores (fls. 902, 1037 e 1755, e documentos IP114, IP551, IP748 e IP753).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

113. A IP considerou ainda que, tendo em vista promover a concorrência entre os qualificados, neste novo procedimento, seria inibida a possibilidade de qualquer agrupamento para apresentação de propostas (fls. 902, 1037 e 1755, e documentos IP114, IP551, IP748 e IP753).

114. Em 03.11.2015 foi enviado convite para apresentação de propostas até ao dia 11.11.2015 às cinco empresas visadas, entidades previamente qualificadas, tendo sido o referido prazo prolongado até ao dia 01.12.2015 (fls. 1756 e documento IP114).

115. Neste sentido, cumpre referir que o ponto 1.4 dos termos do convite à apresentação de proposta no procedimento econtratos n.º 5010023098 (Concurso III) estabelecia o seguinte: "*Não são admitidos agrupamentos para além dos inicialmente qualificados*" (documento Neopul223).

116. Em 04 e 05.11.2015, a Futrifer e a Fergrupo, respetivamente, solicitam à IP esclarecimentos sobre a possibilidade de as empresas previamente qualificadas poderem apresentar proposta em agrupamento. Em particular, a Fergrupo colocou a seguinte questão:

"*No ponto 1.4 da Carta Convite em assunto, pode-se ler:*
'Não são admitidos agrupamentos para além dos inicialmente qualificados'
Recorda-se que no processo do Sistema de Qualificação, respeitante ao anúncio de Procedimento Nº 539/2013, à data lançado pela REFER, EPE, foram qualificados os seguintes candidatos:

- *Futrifer – Indústrias Ferroviárias, S.A.;*
- *Somafel – Engenharia e Obras Ferroviárias, S.A.;*
- *Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A.;*
- *Mota-Engil – Engenharia e Construção, S.A.; e posteriormente:*
- *Neopul – Sociedade de estudos e Construções, S.A.*

Não se tendo, portanto, previamente qualificado, como tal, qualquer agrupamento, a expressão "para além dos inicialmente qualificados", é nosso entendimento que apenas

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

são admitidos agrupamentos constituídos exclusivamente por empresas que previamente se tenham isoladamente qualificado.

De outro modo, não se entenderia quais os agrupamentos que, nesta data, se estariam a admitir a concurso.

Entendemos assim, que os agrupamentos que se possam vir a constituir por Empresas candidatas qualificadas à data, são admitidas no procedimento em assunto.

Queiram, por favor, esclarecer se o nosso entendimento está correto".

(documento Fergrupo1182).

117. A IP esclareceu, através de ofício datado de 17.11.2015, que "*se as empresas não se candidataram em agrupamento* […] *não podem apresentar proposta em agrupamento neste procedimento*" (fls. 1004).

118. Assim sendo, em 01.12.2015, foram apresentadas propostas individuais pelas visadas (fls. 1756), sintetizando a Tabela 1 a informação sobre o preço base, o valor das propostas apresentadas e a proposta vencedora, por lote, no procedimento em análise:

Tabela 1: Procedimento concursal econtratos n.º 5010023098 (Concurso III):

preço base, propostas, adjudicatária

Lote	Preço base (em €)	Propostas (em €)					Adjudicatária
		Fergrupo	Futrifer	Mota Engil	Neopul	Somafel	
Lote 1	1 251 480,61		1 296 953,98	**1 251 451,43**			Mota Engil
Lote 2	1 244 036,68	**1 243 302,29**	1 288 167,90			1 297 613,32	Fergrupo
Lote 3	820 068,75		**820 012,75**	837 751,60	883 208,00		Futrifer
Lote 4	299 792,93		301 097,76		**299 783,25**		Neopul
Lote 5	1 312 693,39	1 328 509,35	1 323 606,16			**1 312 611,45**	Somafel

Fonte: AdC, com base na informação constante da participação do Tribunal de Contas (fls. 30).

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

119. Relativamente ao Lote 1, foram apresentadas duas propostas: Futrifer e Mota-Engil. A proposta da Futrifer foi excluída por ultrapassar o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Mota-Engil pelo valor de € 1.251.451,43.

120. No que concerne ao Lote 2, foram apresentadas três propostas: Futrifer, Somafel e Fergrupo. As propostas da Futrifer e da Somafel foram excluídas por ultrapassarem o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Fergrupo pelo valor de € 1.243.302,29.

121. Para o Lote 3, foram apresentadas três propostas: Futrifer, Neopul e Mota-Engil. As propostas da Neopul e da Mota-Engil foram excluídas por ultrapassarem o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Futrifer pelo valor de € 820.012,75.

122. No contexto do Lote 4, foram apresentadas duas propostas: Futrifer e Neopul. A proposta da Futrifer foi excluída por ultrapassar o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Neopul pelo valor de € 299.783,25.

123. Finalmente, no que respeita ao Lote 5, foram apresentadas três propostas: Futrifer, Somafel e Fergrupo. As propostas da Futrifer e da Fergrupo foram excluídas por ultrapassarem o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Somafel pelo valor de € 1.312.611,45.

124. Em 09.12.2015, a IP, internamente, e no âmbito da avaliação técnica das propostas apresentadas, *supra* assinaladas, destacou, em particular, os seguintes aspetos:

" - *Para cada um dos lotes apenas foi recebida uma proposta válida, com o preço colado ao Preço Base;*

- Todos os 5 qualificados se encontram em condições de ver adjudicado um dos 5 lotes a contratar;

- Nas propostas das empresas que integram o consórcio CEMAV existem semelhanças até na redação, que se admite advir do exercício executado para processos anteriores;

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- Por qualificado, não é percetível através das propostas por que motivo existem diferenças tão díspares de preços para cada um dos lotes, quando a constituição das equipas propostas é a mesma.

Em suma, será que há matéria para investigar se se trata de uma prática concertada como parece?".

(fls. 903 a 906 e documentos IP532, IP747, IP500, IP531, IP702, IP751, IP757).

125. O procedimento culminou na adjudicação, em 21.01.2016, de um lote a cada uma das concorrentes, nos termos indicados, em resultado da exclusão das propostas concorrentes apresentadas, por incluírem um preço superior ao preço base (fls. 33 a 35, 981 a 1033, 1041 e 1756).

126. Em 26.04.2016, os contratos de prestação dos serviços adjudicados foram assinados.

127. Todavia, o procedimento em causa apenas obteve o visto do Tribunal de Contas em 10.05.2016, pelo que os trabalhos começaram em 08.06.2016, no caso do Lote 3, em 01.07.2016, no caso do Lote 4, e, em 01.10.2016, para os restantes lotes, continuando o consórcio CEMAV a prestar os serviços até essa data. (fls. 1293, 1747, 1756 e documentos IP47, IP270, IP407, IP520, IP241, IP756, Futrifer374).

*

128. Em 17.11.2015, [redacted], da Futrifer, enviou uma mensagem de correio eletrónico para as restantes empresas visadas, convocando uma reunião para o dia 20.11.2015, sob o assunto "*REUNIÃO OPERACIONAL-CONSORCIADAS*", sendo [redacted] e [redacted], ambos da Neopul, também, convocados, embora a Neopul não fizesse parte do consórcio CEMAV, fazendo-se referência a uma reunião anterior, na qual foi delineado o plano de atuação das empresas visadas no concurso, sendo que esta nova reunião seria para "*corporizar na prátic*[a] *o definido"* (documentos Neopul18, Fergrupo1890, MotaEngil119 e MotaEngil59):

De: [redacted] [mailto:[redacted]@futrifer.pt]
Enviada: 17 de novembro de 2015 18:53
Para: [redacted] < [redacted]@mota-engil.pt >; '[redacted]' < [redacted]@mota-engil.pt >; [redacted]@fergrupo.pt ; [redacted]@fergrupo.pt ; '[redacted]'

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

< [redacted]@somafel.pt >; [redacted] < [redacted]@somafel.pt >; [redacted] < [redacted]@neopul.com >; [redacted] j[redacted]@neopul.com
Cc: '[redacted]' < [redacted]@futrifer.pt >; [redacted]@futrifer.pt
Assunto: REUNIÃO OPERACIONAL – CONSORCIADAS
Importância: Alta
Caros colegas
No seguimento da reunião havida na qual se determinou a modalidade de enquadramento a preconizar e tendo em conta que a Futrifer garantirá do ponto de vista operacional a execução de todas as actividades de MPS, MPC e MC para todos os lotes, como o tem feito até à data, venho pelo presente solicitar o agendamento de uma reunião com as vossas equipas com o intuito de corporizar na prático o definido.

Propomos para esse efeito reunião 6ª feira pelas 14h30m nos nossos escritórios em Lisboa na Rua José Afonso nº 4 C 1º andar.

Com os meus melhores cumprimentos.

[redacted]

129. Ainda no mesmo dia, [redacted], da Mota-Engil, reenviou a mensagem de correio eletrónico *supra* a [redacted], também da Mota-Engil, indicando que seria o mesmo quem participaria nessa reunião (documento MotaEngil211). Também a Somafel, em 18.11.2015, auscultou, internamente, a disponibilidade para se fazer representar nessa reunião (documento Somafel93).

130. Em 18.11.2015, a Neopul verificou internamente, mediante mensagem de correio eletrónico, a sua disponibilidade para participar na referida reunião agendada para o dia 20.11.2015, "*de forma a poder[mos] preparar proposta*", tendo [redacted], da Neopul, confirmado também a sua disponibilidade (documentos Neopul20, Neopul180 e Neopul24).

131. Ainda em 18.11.2015, [redacted], da Fergrupo, confirma igualmente a presença, solicitando, uma vez mais, que eliminem as mensagens de correio eletrónico sobre este assunto, nos seguintes termos (documentos Futrifer71 e Fergrupo1916):

De: [redacted]@fergrupo.pt [mailto:[redacted]@fergrupo.pt]
Enviada: 18 de novembro de 2015 10:18
Para: [redacted] [redacted]@futrifer.pt

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Assunto: Re: REUNIÃO OPERACIONAL - CONSORCIADAS

Caro [redacted],
Confirmada nossa presença. Apenas um reparo... não me parece que este assunto deva estar divulgado desta forma, pelo que agradeço que há medida que receber confirmações, solicite às pessoas que eliminem todos os mails, tal como eu o irei fazer.

Cpts,

[redacted]

Director Geral
Infraestruturas
[redacted]
Av. D. João II, Nº44C, Ed. Atlantis, 2º Piso, Esc 2.1
1990-095 LISBOA
T. +351 21 722 61 90
F. +351 21 726 32 55
[redacted]@fergrupo.pt
www.fergrupo.pt

132. Neste contexto, em 20.11.2015, foi enviada confirmação à Futrifer da participação nesta reunião de [redacted], da Mota-Engil, e de [redacted], da Somafel (documentos Neopul25, Futrifer70, Fergrupo1971, Futrifer12, Futrifer11 e MotaEngil14).

133. Em 23.11.2015, após a realização da identificada reunião, [redacted], da Somafel, envia uma mensagem de correio eletrónico interno a [redacted], com os detalhes da citada reunião de 20.11.2015 (documentos Somafel49 e Somafel328):

De: [redacted] [mailto:[redacted]@somafel.pt]
Enviada: 23 de novembro de 2015 11:33
Para: [redacted]@somafel.pt
Assunto: RE: REUNIÃO OPERACIONAL - CONSORCIADAS
JJ
Na sequência da reunião do passado dia 20, nas instalações da Futrifer, sobre a operacionalização da subempreitada com todos os potenciais adjudicatários dos lotes de manutenção dos AMV's, efetuo o registo das conclusões a que foi possível chegar no referido encontro:

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Presents: [redacted] – Futrifer
[redacted] – Futrifer
[redacted] – Fergrupo
[redacted] – Mota-Engil
[redacted] – Neopul
[redacted] - Neopul

Conclusões:

Futrifer

Garante a execução a 100% através de contrato de subemperitada.
Pretende inclusive proceder à programação/inserção de documentação/pedido de ODT's e OS's em SIGMA, com recurso a Login e Password de acesso exclusivo ao contrato dos AMV's de cada um dos adjudicatários.
Os relatórios mensais de obra nas áreas da Produção/Qualidade/Segurança/Ambiente serão elaborados pela Futrifer, para
cada um dos lotes, de acordo com os modelos a definir por cada um adjudicatários.
Propostas de MPC serão elaboradas pela Futrifer, enviadas para os adjudicatários de cada lote, que formalizam junto do Dono de Obra.
Reuniões de trabalho serão sempre realizadas com a presença da Futrifer.
Tempos de resposta no âmbito da MC – tendo como base o histórico dos contratos anteriores a Futrifer não terá equipas de prevenção em período de FS para fazer face a eventuais ocorrências. Informou que as ocorrências tidas no passado foram todas resolvidas por esclarecimento telefónico.

Processo de Concurso

A Futrifer vai elaborar os planeamentos de MPS para cada lote com as respetivas cargas de mão de obra e equipamentos.
Ficou também definido que a Futrifer irá disponibilizar, em suporte editável, documentação nas áreas da Segurança, Qualidade e Ambiente aplicável ao contrato, para que as restantes empresas possam adequar estes documentos aos sistemas de SQA, em vigor em cada um dos adjudicatários. Estes elementos serão enviados no decurso do corrente dia.
A Futrifer irá disponibilizar, igualmente, memoria descritiva em suporte editável, do contrato de manutenção em vigor.
Para efeitos de concurso, as empresas identificam os responsáveis pelos contratos nas categorias de Diretor de Obra e Responsável de Segurança, nas afetações definidas nos elementos contratuais, sendo os responsáveis das áreas da Qualidade e Ambiente garantidos pela Futrifer, para cada lote.
Em suma, a Futrifer pretende continuar a partilhar o risco inerente ao processo de execução destes contratos sem passar qualquer tipo de know-how aos parceiros.

Cps.
PGL

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

134. Conforme consta do documento transcrito *supra*, todas as empresas visadas participaram na reunião de dia 20.11.2015, na qual "*se corporizou na prática"* a estratégia comum de atuação das empresas visadas, no que se refere à sua participação no concurso em causa, acordada em reunião anterior: a Futrifer elaboraria as propostas de MPC, as enviaria posteriormente a cada empresa visada, de acordo com o lote previamente adjudicado, e cada empresa visada formalizaria individualmente a proposta junto da IP. Nos restantes aspetos das propostas, a Futrifer iria, também, disponibilizar a documentação pertinente, para que as empresas visadas a adequassem ao lote correspondente. Foi ainda acordado que todas as visadas subcontratariam a Futrifer para efeitos da execução do contrato de prestação de serviços.

135. Atendendo a que, em 20.11.2015, teve lugar a *supra* referida reunião, a reunião do COF marcada para essa mesma data não teve lugar (documento Futrifer750).

136. Em 01.12.2015, cada empresa visada apresentou proposta, nos moldes previamente definidos, em conjunto, por todas elas, conforme Tabela 1 referida no facto «118.».

137. E ainda de acordo com um dos cenários ponderados na reunião realizada entre as empresas Visadas no dia 15/07/2015, conforme aludido nos factos «101. a 105.».

138. As empresas visadas repartiram os lotes constantes do concurso econtratos n.º 50010023098 (Concurso III) de acordo com um dos cenários ponderados na reunião celebrada em 15.07.2015.

139. Tal como referiu [redacted], da Futrifer, no email datado de 17.11.2015, referido do precedente facto «128.», no qual alude a uma reunião anterior onde foi definida a atuação das visadas no concurso.

140. Com efeito, no que respeita às propostas apresentadas, e face às notas manuscritas referidas no facto «100.», observa-se o seguinte:

    a) Para o Lote 1 - foram apresentadas duas propostas: Futrifer e Mota-Engil [como consta das notas manuscritas];

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

b) Para o Lote 2 - foram apresentas três propostas: Futrifer, Somafel e Fergrupo [como consta das notas manuscritas];

c) Para o Lote 3 - foram apresentas três propostas: Futrifer, Neopul e Mota-Engil [conforme as notas manuscritas, a Neopul não apresentaria proposta. Note-se, neste sentido, que de acordo com a informação constante dos autos, a Neopul informou internamente, em 17.11.2015, que "*apenas vamos apresentar proposta para o Lote 4*", tal como estabelecido nas notas *supra*. Não obstante, em 23.11.2015, e uma vez realizada entre as visadas a reunião de 20.11.2015, *supra* evidenciada, a Neopul comunicou internamente que também concorreria ao Lote 3 (documento Neopul8)];

d) Para o Lote 4 - foram apresentadas duas propostas: Futrifer e Neopul, [como consta das notas]; e

e) Para o Lote 5 - foram apresentas três propostas: Futrifer, Somafel e Fergrupo [Nas notas manuscritas, para o Lote 5 está identificado o nome das 3 empresas, embora, no caso da Fergrupo, o número 5 aparenta estar rasurado].

141. No que respeita à adjudicação dos lotes deste concurso, realizada em 21.01.2016, verifica-se também que o resultado pretendido pelas visadas foi, efetivamente, alcançado. Com efeito, conforme consta das aludidas notas manuscritas:

a) No que se refere ao Lote 1, *Mota* está realçada em negrito, tendo o lote sido adjudicado efetivamente à Mota-Engil;

b) No que se refere ao Lote 2, o lote foi efetivamente adjudicado à Fergrupo, como assinalado nas notas;

c) Relativamente ao Lote 3, depreende-se das notas que seria para Futrifer, tendo o lote sido adjudicado finalmente à Futrifer;

d) O Lote 4 foi adjudicado à Neopul, como consta das notas *supra;* e

e) O Lote 5 foi adjudicado à Somafel, como marcado nas notas manuscritas.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

142. As empresas visadas, entre as quais, a Fergrupo e a Somafel, com dimensão considerável no mercado ferroviário nacional e pertencentes a grandes grupos económicos com dimensão internacional, com a capacidade financeira que se lhes reconhece e com as suas estruturas internas que detêm, por intermédio das pessoas que as representam, no caso, os Recorrentes [redacted] e [redacted], não podiam deixar de conhecer as obrigações que lhes incumbem à luz do direito da concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado.

143. Fergrupo e Somafel sabiam, pois, que através da adoção, nos termos em que o fizeram, daqueles acordos, traduzidos na repartição do mercado e na fixação artificial do nível dos preços, resultariam restrições da concorrência e, não obstante, optaram por as assumir.

144. Agiram, assim, de forma livre, consciente e voluntária, tendo representado, querido e aceite entre si os acordos que lograram obter, sabendo que tais condutas eram proibidas por lei, tendo, ainda assim, querido realizar todos os atos necessários à sua verificação.

145. [redacted], da Fergrupo, administrador e diretor geral da Fergrupo, com larga experiência profissional em procedimentos de contratação pública no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via e, portanto, conhecedor das regras da concorrência a eles inerentes, não podia ignorar, como não ignorava, que ao assumir tais trocas de informações com empresas diretamente concorrentes da Fergrupo, nos moldes e nos *timings* em que o fez, assumindo acordos estratégicos de participação nos concursos públicos em causa, estava a incorrer na sua violação.

146. [redacted], ao pedir reiteradamente para apagar diversas mensagens de correio eletrónico que referiam a adoção e/ou implementação dos acordos celebrados pelas empresas visadas, sabia da ilicitude e censurabilidade da sua conduta, nada tendo feito para a evitar.

147. De igual modo, [redacted], da Somafel, na qualidade de diretor geral da Somafel, responsável pelos procedimentos de contratação pública no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, nomeadamente na adoção das decisões

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

quanto à forma de participação nos procedimentos concursais em causa, diante da sua vasta experiência profissional em concursos públicos, não poderia ignorar, como não ignorou, que ao trocar impressões, informações, com as demais empresas visadas pelos concursos, fazendo elas parte do consórcio ou não, atendendo ao *timing* em que as mesmas se deram, quando aquelas eram as únicas empresas concorrentes da empresa que representava, delineando a estratégia a seguir nos concursos em causa, estava a infringir as regras da concorrência, suprimindo qualquer incerteza no comportamento dos seus concorrentes, permitindo-lhe conhecer as suas posições no mercado, as estratégias comerciais dos seus concorrentes, alterando, por conseguinte, de modo sensível a concorrência entre todos.

148. [redacted], ao adotar os comportamentos em causa, sabia da ilicitude e censurabilidade da sua conduta, nada tendo feito para a evitar.

*

Mais se evidenciou o seguinte:

149. O volume de negócios realizado pela Somafel entre 2014 e 2017, na prestação de serviços de manutenção de AMV's na rede ferroviária nacional, representa a menos de 3% do seu volume de negócios total realizado nesse período. (documentos de fls. 1459 a fls. 1739).

150. [redacted] não esteve presente na reunião de 6/11/2014, referida em «81. e 82.», não obstante ser conhecedor da sua realização, assim como não esteve presente na reunião ocorrida no dia 10/07/2015, referida em «97.».

151. Não são conhecidos aos recorrentes antecedentes contraordenacionais jusconcorrenciais.

152. A gestão da Fergrupo não estava subordinada às instruções da COMSA SAL.

153. A Fergrupo não informava a COMSA SAU. sobre a sua atuação no mercado, atuando de forma autónoma.

154. A Fergrupo tinha plena liberdade contratual, não necessitando de prévia autorização da COMSA SAU, nomeadamente nas suas interações com a IP.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

155. A Fergrupo era financeiramente autónoma, tendo a estratégia da Fergrupo sempre sido determinada de forma independente, tal como era percecionada por terceiros.

*

Não se provaram, com relevo, os seguintes factos:

a. Que as comunicações existentes entre as empresas visadas, quer no âmbito do consórcio CEMAV, quer no âmbito de discussões entre as empresas que integram o consórcio CEMAV e a Neopul, tinham conteúdo e propósito meramente informativos, correspondendo à normalidade do exercício da atividade de qualquer *player* do setor estar informado e procurar informar-se relativamente aos desenvolvimentos do mercado em que opera, incluindo quanto à entrada e/ou saída de operadores económicos no âmbito dos concursos, designadamente no respeita à Neopul, por forma a fazer face ao reduzido preço base neles indicados.

b. Que as conversas ocorridas entre as empresas que constituíam o consórcio CEMAV, entre as quais a FERGRUPO e a SOMAFEL, e a Neopul visavam unicamente aliciá-la a integrar o referido consócio.

c. Que as propostas do CEMAV, apresentadas com um preço superior ao preço base estabelecido pela REFER/IP, diante de não ser possível às visadas, mesmo agrupadas em consórcio, prestar os serviços previstos no caderno de encargos pelo valor estabelecido como preço base do concurso, visava apenas sinalizar à entidade adjudicante o desajuste do preço base.

d. Que a reunião de dia 17.11.2015 foi realizada apenas pressupondo que as empresas se poderiam apresentar a concurso em regime de consórcio.

e. Que em face do esclarecimento prestado a respeito pela IP no dia 18.11.2015, a reunião agendada para o dia 20.11.2015 foi mantida com o único propósito de desagregar as empresas agrupadas e dotar cada uma delas dos elementos e meios necessários para que pudessem apresentar, individualmente, propostas ao concurso no curtíssimo tempo que se seguia, i.e., em apenas 10 (dez) dias.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

f. Que as propostas apresentadas no Concurso III foram decididas unilateralmente e com desconhecimento das estratégias de atuação das outras empresas.

g. Que a principal motivação para a Somafel executar estes contratos estava relacionada com as declarações abonatórias que resultam dos mesmos e que são úteis para se habilitar a outro tipo de contratos de maior dimensão.

*

Não resultaram provados ou não provados quaisquer outros factos com relevo para a decisão da causa, sendo que houve factos articulados pelos Recorrentes aos quais não se deu resposta por terem sido considerados irrelevantes para a apreciação das infrações que lhe são imputadas, nos termos que melhor se aduzirá na fundamentação da factualidade que a seguir se fará, ou porque ficaram prejudicados/contraditados pelos factos considerados provados e ainda por constituírem matéria repetida, conclusiva ou de direito.

*

Para apuramento dos factos provados, tidos por relevantes face ao objeto da causa, consideraram-se, para além da posição assumida por cada um dos Recorrentes quanto aos mesmos nos seus recursos, os meios de prova produzidos na fase de impugnação judicial e também os elementos recolhidos na fase organicamente administrativa, analisados em si, entre si e de acordo com as regras da lógica e da experiência comum, salientando-se que no "processo contraordenacional não vigora o princípio da imediação, na sua versão rígida"[59], pelo que "a prova produzida na fase administrativa mantém a sua validade na fase judicial"[60]. Pelas mesmas razões, ou seja, por força da versão flexível do princípio da imediação consagrado no artigo 68.º, n.º 1 do RGCO, pode o Tribunal valorar as declarações prestadas pelos arguidos e pelas testemunhas na fase organicamente administrativa.

Na admissão e valoração dos meios de prova produzidos foram levadas em conta as normas legais relativas à admissibilidade dos meios de prova no processo de contraordenação

[59] Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime Geral das Contraordenações, Universidade Católica Portuguesa, 2011, pág 291.

[60] *Ibidem*.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

(cfr. art. 42.º do RGCO) e no processo penal, aplicáveis subsidiariamente e com as devidas adaptações (cfr. art. 41.º/1 do RGCO), bem como o princípio geral da livre apreciação da prova (cfr. art. 127.º do CPP, *ex vi* art. 41.º/1, do RGCO), nos termos que, em pormenor, se passam a expor.

*

A prova dos factos descritos nos pontos «1. a 7.», «8. a 16.», «17. a 22.», «23. a 26.» e «27. a 29.», respeitante às empresas visadas destinatárias da decisão da AdC e dos titulares dos órgãos de administração e/ou direção visados também destinatários da decisão da AdC, aqui Recorrentes, assenta nos elementos documentais referenciados a propósito de cada um deles (técnica que se adotou para facilitação da sua compreensão), recolhidos pela AdC na fase administrativa e conforme indicado pelas próprias visadas nessa sede.

A prova dos factos descritos nos pontos «30. a 46.», respeitante à identificação e caraterização do mercado no contexto em que ocorreram os factos, assenta nos elementos documentais referenciados a propósito de cada um deles, recolhidos pela AdC na fase administrativa, sem prejuízo de tratarem-se de factos notórios, do conhecimento público generalizado.

A prova dos factos descritos nos pontos «47. a 53.», respeitantes ao procedimento de qualificação de prestadores, resulta dos elementos documentais aí referenciados, recolhidos pela AdC na fase administrativa.

A prova dos factos descritos nos pontos «54. a 66.», respeitantes ao procedimento concursal econtrato n.º 5010014694, de 01/11/2013 [concurso 0] e ao consórcio CEMAV constituído nesse contexto, assenta nos elementos documentais aí referenciados, não colocados em causa pela prova produzida em audiência de discussão e de julgamento, conforme mais adiante se analisará.

A prova dos factos descritos nos pontos «67. a 74.», respeitantes ao procedimento concursal econtrato n.º 50110016780, de 14/10/2014 [concurso I], assenta nos elementos documentais aí referenciados, recolhidos pela AdC na fase administrativa.

A prova dos factos descritos nos pontos «75. a 85.», respeitante ao comportamento das empresas visadas quanto àquele concurso I, assenta nos elementos documentais aí

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

referenciados, alguns dos quais transcritos para melhor perceção do seu teor, recolhidos pela AdC na fase administrativa.

De realçar que todos esses elementos documentais foram analisados em si, entre si e de acordo com as regras da lógica e da experiência comum, não tendo a prova produzida em audiência de discussão e de julgamento logrado colocar em crise a análise feita pela AdC quanto ao seu teor.

Destarte, dos referidos elementos documentais extrai-se, desde logo, uma troca de conversações entre a Frutifer, empresa pré-qualificada e chefe do consórcio CEMAV, com as demais empresas que o constituíam, noticiando, desde logo, a pré-qualificação da concorrente Neopul no sistema de pré-qualificação de prestadores de serviços de manutenção de aparelhos de via lançado pela REFER, bem como uma troca de informações entre a Neopul e as empresas Fergrupo, Mota-Engil e Somafel, suas concorrentes, acerca do concurso que iria ser lançado em breve pela REFER – Concurso I, o que, atendendo ao facto de serem concorrentes entre si, permite-nos, desde logo afirmar, não ser uma boa prática concorrencial.

E ainda revelam o objeto da reunião das quatro empresas que integravam o consórcio CEMAV, ocorrida no dia 20/10/2014, isto é, após o lançamento do concurso I, não obstante essas empresas terem sido convidadas pela REFER a título individual para apresentar proposta ao referido concurso.

Mais, dias depois, após a Neopul solicitar preços à Frutifer para o fornecimento e montagem de trabalhos relativos ao lote 2 lançado a concurso, a Frutifer mostra-se surpreendida com tal pedido, designadamente junto da Fergrupo e da própria Neopul, referindo que o mesmo não estará em consonância com o que haviam acordado na última reunião, revelando, assim, que houve conversações entre as empresas, concorrentes entre si, quanto à atuação a seguir no concurso I em causa e da necessidade de se reunirem novamente para "clarificar apenas alguns aspectos de apresentação de propostas" (sic), tendo [redacted], da Fergrupo, nos e-mails trocados com a Fergrupo e com a Neopul a respeito, escrito "Favor apagar o mail"; "Favor eliminar mail" (sic), dando assim a entender o secretismo das conversas e, por conseguinte, a consciência que tinha da ilicitude da conduta em causa.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

As propostas apresentadas nesse concurso I, quer pela Neopul, quer pelas restantes visadas, agrupadas no Consórcio, vieram a ser excluídas, uma vez que ultrapassavam o preço-base, e a contração do consórcio CEMAV em vigor prolongou-se no tempo, através da necessidade de realização de ajustes diretos, até 31/12/2015, logrando, assim, salvaguardar as condições do contrato em vigor, que contemplava um valor superior àquele preço-base, ou seja, em seu benefício.

A prova dos factos descritos nos pontos «86. a 92.», respeitantes ao procedimento concursal econtrato n.º 50110021530, de 01/07/2015 [concurso II], assenta nos elementos documentais aí referenciados, recolhidos pela AdC na fase administrativa.

Dos mesmos afere-se que a IP, na decorrência da deserção do concurso I, no dia 01/07/2015, decidiu lançar um novo concurso com objeto semelhante, pelo período de 24 meses, isto é, para o período de 2016/2017, desta feita, dividido em cinco lotes e com um preço base superior ao Concurso I (explicável em parte pelo facto de não incluir alguns dos serviços previstos no concurso I), na decorrência do que a Neopul, empresa pré-qualificada e convidada para apresentar proposta para este concurso II, informou a IP de que não iria apresentar proposta, tendo em conta que o custo internamente apurado era superior ao valor base indicado, e as demais quatro empresas, não obstante terem decidido apresentar proposta em agrupamento, em regime de consórcio externo de responsabilidade solidária, por forma a fazer face ao que entenderam ser um valor base exíguo, fizeram-no, mas propondo novamente um valor superior ao preço base, tendo, por isso, sido excluídas, conforme comunicação da IP datada de 22/09/2015. Ora, se o objetivo do consórcio era unicamente permitir às empresas que o constituíam ultrapassar, em conjunto, minimizando, as dificuldades em fazer face ao preço base exíguo fixado pela IP, conforme alegam, mostra-se desprovido de sentido que tivessem optado por apresentar em conjunto uma proposta com um preço superior ao preço-base, sabendo, ademais, de antemão, que esta seria rejeitada, ainda para mais com o único propósito de sinalizar à entidade adjudicante o seu desajuste, como afirmam.

A prova dos factos descritos nos pontos «93. a 107.», respeitante ao comportamento das empresas visadas quanto àquele concurso II, assenta nos elementos documentais aí

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

referenciados, alguns dos quais transcritos para melhor perceção do seu teor, recolhidos pela AdC na fase administrativa.

De realçar, novamente, que os mesmos foram analisados em si, entre si e de acordo com as regras da lógica e da experiência comum, não tendo a prova produzida em audiência de discussão e de julgamento logrado colocar em crise a análise feita pela AdC quanto ao seu teor, conforme de seguida se explicará.

Destarte, dos mesmos afere-se que, após o lançamento do novo concurso pela IP (concurso II), a empresa líder do consórcio CEMAV, Futrifer, contactou, via e-mail, as demais consorciadas com vista a reunirem e abordarem a estratégia a seguir nesse concurso, o que foi aceite pelas demais, tendo a reunião ocorrido no dia 10/07/2015 e, novamente, no dia 15/07/2015, mas, desta vez, com a participação da empresa não consorciada Neopul, da qual resultaram alguns apontamentos por parte do representante da Neopul, elucidativos dos assuntos aí abordados.

De facto, apesar de tratarem-se de meros escritos apenas da autoria de uma das pessoas intervenientes na dita reunião, não podemos deixar de os valorar quando analisados em conjunto com os demais elementos carreados para os autos e que nos levam a concluir que, na reunião do dia 15/07/2015, ocorrida entre as únicas empresas pré-qualificadas para o concurso II, foram trocadas impressões e informações sobre a estratégia a seguir, tendo sido ponderados dois cenários possíveis: a apresentação de propostas individuais por cada uma das cinco empresas ou a apresentação de proposta por parte do consórcio e pela Neopul, à semelhança do que vinha sucedendo. Em lugar algum dessas notas se conjetura, pois, contrariamente ao invocado pelas Recorrentes, a possibilidade de a Neopul integrar o consórcio existente, sendo que, a ser essa a única justificação para a participação da Neopul na reunião, conforme alegam as Recorrentes, faria todo o sentido, de acordo com a lógica, que aí estivesse mencionado tal hipótese e não tudo o mais que aí consta.

Dessas notas depreende-se ainda, de acordo com a sua simples leitura, que o preço base do concurso não satisfazia as visadas e que, por isso, as propostas deveriam incluir um preço superior ao preço base, bem como a repartição dos cinco lotes anunciados no concurso pelas cinco empresas convidadas, realçando o lote a atribuir a cada uma delas. Bem como o

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

decidido entre elas a final, isto é, que apenas o CEMAV apresentaria proposta, conforme veio a suceder no concurso II: "29/7: CEMAV e não concorre cada empresa a cada lote" (sic).

Por último, dessas notas, ainda se depreende que a Futrifer se comprometeu a enviar às restantes empresas visadas propostas incluindo novos valores, estes acima do preço base com o objetivo de lograr uma revisão dos preços. Veja-se as expressões utilizadas: "dá propostas a todos com os preços novos"; "preço bas acima Jan 2015"; "revisão de preços" (sic).

Ora, dúvidas inexistem que as cinco únicas empresas pré-qualificadas para o concurso em causa, e, portanto, as únicas concorrentes entre si, deliberadamente reuniram, trocaram impressões e informações sobre o concurso II em curso e a estratégia a seguir.

A prova dos factos descritos nos pontos «108. a 127.», respeitantes ao procedimento concursal econtrato n.º 50110023098, de 03/11/2015 [concurso III], assenta nos elementos documentais aí referenciados, recolhidos pela AdC na fase administrativa.

Dos mesmos resulta que, em 03/11/2015, mais uma vez perante a ausência de adjudicação no âmbito do concurso II, desta vez, com o visto prévio do Tribunal de Contas, a IP lançou um novo concurso para o mesmo fim daquele, para o período de 2016/2017, dividido também em cinco lotes e por um preço base contratual superior ao anterior, numa percentagem de 14%. Contudo, contrariamente ao que havia sucedido nos concursos anteriores, não foi permitida a admissão de propostas por parte de agrupamentos de empresas com vista a promover a concorrência entre os qualificados (certamente porque desconfiava-se da coordenação das empresas, atendendo ao alerta, ressalva, feito pela IP quando, nos concursos anteriores, admitiu a apresentação de propostas em agrupamento).

Mais se evidencia da sua leitura que as únicas empresas convidadas a apresentar propostas foram as cinco empresas previamente qualificadas, tendo cada uma elas, em 01/12/2015, apresentado, individualmente, propostas com valores colados ao preço base apenas para um lote, tal como lhes veio a ser adjudicado, o que, contudo, suscitou à IP dúvidas sobre uma atuação concertada entre todas, bem assim ao Tribunal de Contas quando determinou a remessa do processo à AdC, conduzindo, assim, à origem do presente processo.

A prova dos factos descritos nos pontos «128. a 141.», respeitante ao comportamento das empresas visadas quanto àquele concurso III, assenta mais uma vez nos elementos

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

documentais aí referenciados, alguns dos quais transcritos para melhor perceção do seu teor, recolhidos pela AdC na fase administrativa.

Assim, logo após o lançamento deste concurso III pela IP, a Futrifer contactou as restantes quatro empresas visadas, onde se inclui a empresa não consociada Neopul, aludindo à reunião " na qual se determinou a modalidade de enquadramento a preconizar" (sic) e solicitando "o agendamento de uma reunião com as vossas equipas com o intuito de corporizar na prática o definido"(sic), tendo as demais empresas confirmado a sua presença, realçando-se a resposta por parte da Neopul em que diz "de forma a podermos preparar a proposta" e a resposta da Fergrupo, através de [redacted], quando diz "Confirmada a nossa presença. Apenas um reparo... não me parece que este assunto deva estar divulgado desta forma, pelo que agradeço que há medida que receber confirmações, solicite às pessoas que eliminem todos os mails, tal como eu irei fazer" (sic).

Ora, daqui ressalta à evidência que, não obstante o concurso em causa não permitir a admissão de propostas por parte de agrupamentos, as únicas cinco empresas convidadas a apresentar propostas contactaram previamente entre si com vista a delinear a estratégia a seguir nesse concurso e o secretismo dessas conversações plasmado na preocupação sentida por [redacted] da Fergrupo em apagar os e-mails que o evidenciasse.

Mais resulta que a reunião acordada entre todas se realizou no dia 20/11/2015, bem assim o acordo que daí surgiu, isto é, que a Furtifer elaboraria as propostas de MPC, as enviaria posteriormente a cada empresa visada, de acordo com o previamente adjudicado, e cada empresa formalizaria individualmente a proposta junto da IP, disponibilizando ainda a documentação pertinente para que as empresas visadas a adequassem ao lote correspondente e que todas as empresas visadas subcontratariam a Furtifer para efeitos de execução do contrato de prestação de serviços.

Daqui resultou que as cinco empresas apresentaram as suas propostas no sentido acordado e ainda de acordo com um dos cenários ponderados na reunião ocorrida no dia 15/07/2015, no confronto que se fez com as notas aí escritas pelo representante da Neopul, tendo todas elas alcançado o resultado pretendido com a adjudicação pela IP, a cada uma, do lote efetivamente almejado.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

A factualidade descrita nos pontos «142.» a «146.», respeitante a factos de índole subjetiva, porque insuscetíveis de prova direta, dada a sua natureza, extraem-se, desde logo, dos factos objetivos provados, os quais, tendo em conta as regras da experiência comum e com base em presunção natural, permitem de forma segura inferir tal factualidade.

Destarte, "*No ilícito de mera ordenação social a culpa (elemento moral da contra-ordenação e critério da individualização judicial da coima) não radica na formulação de uma censura de tipo ético-pessoal, mas tão-só na imputação do facto à responsabilidade social do agente. (...) Pertencendo ao foro interno do agente, o dolo é insusceptível de directa apreensão, apenas sendo possível captar a sua existência através de factos materiais que lhe dêem expressão plástica, segundo as regras da experiência comum*" – vide acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.05.2005, processo n.º 665/05-1, *in* www.dgsi.pt. E ainda, de acordo com Paulo Pinto de Albuquerque (*in* Comentário do Regime Geral das Contraordenações, à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, pág. 62), "*o dolo contraordenacional reside no conhecimento intelectual dos elementos do tipo e no desrespeito pelas proibições ou obrigações tuteladas pelas normas contraordenacionais*.".

[Cumpre aqui referir que o Tribunal atentou aos factos imputados aos recorrentes não apenas na parte da decisão administrativa respeitante aos "factos provados" como também aos contidos na fundamentação da decisão administrativa, nos respetivos pontos 3.3. e 3.8. Apesar de a técnica decisória da entidade administrativa não ter sido aqui a mais correta, já que os factos referentes ao elemento subjetivo do ilícito devem estar todos consignados em sede da factualidade dada como provada e não, avulsamente, em sede da motivação, o certo é que o procedimento em causa não beliscou as garantias de defesa dos recorrentes. Destarte, nada impede que esses mesmos factos não possam ser tidos em consideração, desde que não comprometam a inteligibilidade da decisão no que respeita ao complexo de factos imputados, o que, no caso concreto, por força da defesa/recursos apresentados, não sucedeu.].

Ora, as empresas visadas, Fergrupo e Somafel, com dimensão considerável no mercado ferroviário nacional e pertencentes a grandes grupos económicos com dimensão internacional, com a capacidade financeira que se lhes reconhece e com as suas estruturas

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

internas que detêm, por intermédio das pessoas que as representam, no caso, os Recorrentes [redacted] e [redacted], não podiam deixar de conhecer as obrigações que lhes incumbem à luz do direito da concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado.

Fergrupo e Somafel sabiam, pois, que através da adoção daqueles acordos, nos termos em que o fizeram, traduzidos na fixação artificial do nível dos preços e na repartição do mercado, resultariam restrições à concorrência e, não obstante, optaram por as assumir. Agiram, assim, de forma livre, consciente e voluntária, tendo representado, querido e aceite entre si os acordos que lograram obter e todos os atos necessários à sua realização, sabendo que tais condutas eram proibidas por lei.

[redacted], administrador e diretor geral da Fergrupo, com larga experiência profissional em procedimentos de contratação pública no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via e, portanto, conhecedor das regras da concorrência a eles inerentes, não podia ignorar, como não ignorava que ao assumir tais trocas de informações com empresas diretamente concorrentes da Fergrupo, nos moldes e nos *timings* em que o fez, assumindo acordos estratégicos de participação nos concursos públicos em causa, estava a incorrer na sua violação. E tanto assim é, ciente da sua ilicitude, que pedia para apagar diversas mensagens de correio eletrónico quando as mesmas se referiam a adoção e/ou implementação dos acordos celebrados pelas empresas visadas. De facto, mostra-se desferida de lógica a explicação que apresentou em Tribunal, quando manifestou pretender prestar declarações, no sentido de que o fazia para evitar que outros operacionais das empresas visadas nos e-mails, tivessem conhecimento dos referidos e-mails, quando não era em todos os e-mails que fazia uso de tais expressões, mas apenas naqueles em que abordava a necessidade de reunir com as concorrentes ou simplesmente confirmava a presença nessas reuniões. De todo o modo, mesmo que assim não se entendesse, certo é que [redacted] ao participar nas reuniões em causa, não se delimitando expressamente do aí vertido, nem nada fazendo para o evitar, não deixa de considerar-se que a empresa por si representada participou nos acordos que se apuraram, no confronto, ademais, com os demais elementos carreados para os autos e que precedentemente se analisaram

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

De igual modo, [redacted], na qualidade de diretor geral da Somafel, responsável pelos procedimentos de contratação pública no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, nomeadamente na adoção das decisões quanto à forma de participação nos procedimentos concursais em causa, diante da sua vasta experiência profissional em concursos públicos, como evidenciou ter nas declarações que prestou em audiência de discussão e de julgamento, não poderia ignorar, como não ignorou, que ao trocar impressões, informações, com as demais empresas visadas pelos concursos, fazendo elas parte do consórcio ou não, atendendo ao *timing* em que as mesmas se deram, quando aquelas eram as únicas empresas concorrentes da empresa que representava, delineando a estratégia a seguir nos concursos em causa, estava a infringir as regras da concorrência, suprimindo qualquer incerteza no comportamento dos seus concorrentes, permitindo-lhe conhecer as suas posições no mercado, as estratégias comerciais dos seus concorrentes, alterando, por conseguinte, de modo sensível a concorrência entre todos. E a circunstância de não ter estado presente ou a Somafel não ter estado representada em todas as reuniões realizadas entre as demais empresas visadas, ou de passar muito do tempo fora do país no período em que se deram os factos, não o desresponsabiliza, na medida em que a Somafel, com o seu pleno conhecimento, participou em todos os concursos em causa, na qualidade de consorciada ou não, à semelhança das demais visadas, nada tendo feito para se distanciar da estratégia aí acordada e seguida.

Feito o exame aos vários elementos probatórios, recolhidos pela AdC na fase administrativa, que nos conduziu à prova dos factos articulados na decisão sob recurso, sem prejuízo do admitido pelos Recorrentes nos seus recursos, consideramos que a mesma vai de encontro à análise feita pela AdC, sobre a qual incidia o respetivo ónus da prova, uma vez que, ademais, a prova produzida em audiência de discussão e de julgamento, carreada pelos Recorrentes, não teve a virtualidade de a afastar.

Vejamos:

[redacted], diretor financeiro e administrativo na Fergrupo desde finais de 2009/inícios de 2010 e funções de administrador desde 2014/2015, e [redacted], diretor de obras na Fergrupo desde Fevereiro de 2002, de forma escorreita e sustentada, por força das funções que exerciam à data dos factos, explicaram as dificuldades

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

sentidas pela Fergrupo em participar nos concursos em causa, por força do valor-base que era proposto pela REFER/IP, no seu entender, baixo, face aos serviços cada vez exigentes que eram solicitados pela REFER e ao período reduzido dos contratos, os quais implicavam a contratação de pessoal qualificado e, por conseguinte, mais dispendioso, para além do facto da Fergrupo atuar no norte do país, onde reúne as suas infraestruturas e meios, não lhe sendo financeiramente viável atuar noutras zonas do país por força dos custos que tal implica com a deslocação de pessoal e de maquinaria. Desta forma, procuraram explicar a necessidade sentida de reaproveitar sinergias já existentes por parte de outras empresas presentes no mesmo mercado, noutros pontos do país, e que haviam também sido pré-qualificadas, através da constituição do consórcio CEMAV.

Sucede que, como se verá na subsunção dos factos evidenciados ao Direito aplicável ao caso, quer a conjuntura de crise que se vivenciava à data dos factos – facto notório e, por conseguinte, não carecido de ser conduzido à factualidade apurada –, que terá, no entender destas testemunhas, condicionado, em baixa, o preço-base estipulado pela REFER/IP nos concursos em causa, não justifica os comportamentos evidenciados por parte das empresas visadas, como o circunstancialismo que motivação a constituição do CEMAV não foi posto em crise na decisão recorrida. Conforme resulta da factualidade provada, nos pontos «61. a 63.», reconhece-se que o consórcio CEMAV, com exceção da Futrifer, refletia o facto de as demais empresas consorciadas já estarem instaladas em todo o território nacional e funcionarem operacionalmente por lotes, distribuídos pelas áreas geográficas em que cada uma delas já anteriormente atuava na rede ferroviária nacional, em consequência dos contratos existentes para a via e catenária, permitindo uma eficiente e racional gestão dos meios de cada consorciada, em função das respetivas valências e competências pré-existentes.

[redacted], diretor geral da arguida Fergrupo desde janeiro de 2000, prestou declarações, por si e na qualidade de legal representante da Recorrente FERGRUPO. De forma colaborante e bastante segura, reforçou a posição assumida nas alegações do recurso apresentado, expendendo sobre a atividade desenvolvida por esta empresa no mercado nacional, a crise financeira que se fazia sentir à data do lançamento dos concursos em questão, a razão de ser da constituição do consórcio CEMAV – cuja relevância

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

para os autos já se referiu na apreciação feita dos depoimentos antecedentes –, bem assim que os e-mails trocados, com os quais foi confrontado, limitavam-se às empresas consorciadas, respeitando unicamente a assuntos internos do CEMAV, inerentes ao seu normal funcionamento, o que, contudo, não foi corroborado pelos demais meios de prova analisados em conjunto.

Questionado sobre o motivo de em determinados e-mails ter solicitado aos demais visados a sua eliminação, esclareceu que o fez por recear que os mesmos fossem divulgados para pessoas estranhas ao CEMAV. Sucede que, conforme já se referiu, esta explicação não colhe as regras da lógica e da experiência comum, sendo desprovida de sentido, quando, desde logo, a Neopul, única concorrente, *outsider,* do consórcio, também era uma das visadas dos ditos e-mails. E se na sua perspetiva o alargamento do consórcio à Neopul não contendia com as regras da concorrência, qual a razão para o receio sentido que outras pessoas tivessem conhecimento dessa intenção? Nenhuma. Logo, a explicação apresentada pelo Recorrente não é lógica.

Referiu ainda, com relevo, a respeito da relação da Fergrupo com as Recorrentes COMSA's, que aquela sempre foi independente financeiramente, tendo atuado com total autonomia nas decisões que tomou, em participar, nos concursos públicos em causa, a propósito dos quais apresentou apenas as suas qualificações individuais, não existindo ninguém permanente das COMSA's em Portugal que interfira na sua atuação, tal como sucedeu na decisão tomada quanto à participação no consórcio CEMAV. Mais referiu ser detentor de procuração, enquanto diretor geral, emitida pelos acionistas, com poderes gerais, existindo total confiança na sua atuação na Fergrupo por parte daquelas, reunindo com a COMSA semestralmente apenas para discutir questões estratégicas. Tendo estas declarações sido corroboradas pelos depoimentos prestados, em sentido uníssono, na fase administrativa pelas testemunhas aí inquiridas, a saber, [redacted] (também inquirido em audiência e que confirmou tal factualidade), [redacted] e [redacted], levou-se à factualidade evidenciada a factualidade articulada pelas sociedades COMSA´s a respeito – factos «152. a 155.».

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

De referir aqui que, contrariamente ao defendido pela AdC, a presunção (ilidível) de que uma sociedade-mãe detentora de 100% do capital da sua filial, autora de uma infração às regras comunitárias da concorrência, exerce uma influência determinante no comportamento dessa filial (e, por conseguinte, é responsável pelo pagamento de coima em que esta seja condenada), pode ser afastada pelo recurso à prova testemunhal, uma vez que a lei não proíbe o recurso a esse meio de prova. Por isso, diferentemente da AdC, o Tribunal atendeu à prova testemunhal produzida na fase administrativa, corroborada que foi na audiência de julgamento pelos depoimentos das testemunhas antecedentes, que também o afirmaram, e pelas declarações prestadas pelo visado [redacted], as quais, neste conspecto, mereceram a atenção do Tribunal porque atestadas por aqueles depoimentos.

Não obstante, o Tribunal apenas elencou a referida factualidade, atendendo às várias soluções plausíveis de direito, uma vez que, no nosso entender, a mesma se mostra irrelevante, nos termos que melhor se explicará aquando da apreciação da responsabilidade solidária das sociedades mãe pelo pagamento de uma coima em que a sociedade filha seja condenada pela prática de uma infração às regras da concorrência.

[redacted], na qualidade de engenheiro civil da recorrente Somafel desde Novembro de 1992, expendeu sobre a atividade desenvolvida pela SOMAFEL no território nacional, no âmbito dos concursos lançados pela REFER/IP, bem com sobre as áreas de atuação das demais empresas visadas, por referência ao mapa com o qual foi confrontado, junto a fls. 7863-A. Mais explicou, de forma pormenorizada e sabedora, as características dos diversos concursos em causa nos autos e as dificuldades financeiras sentidas em fazer face ao preço-base pelos quais os mesmos foram lançados, o que motivou a criação do consórcio, reaproveitando sinergias já existentes com as demais empresas pré-qualificadas e operantes no mercado das ferrovias. Referindo ter participado na reunião do dia 15/07/2015, ocorrida entre as empresas consorciadas e a Neopul, a propósito do concurso II, com vista a integrá-la no consórcio e, assim, por forma a colmatar as necessidades sentidas na zona sul, onde aquela operava, e viabilizar, assim, uma proposta mais competitiva, disse, contudo, não terem chegado a conclusão alguma, não tendo sido delineado, em qualquer uma das reuniões que participou, o conteúdo das propostas a apresentar por cada uma das

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

empresas. Aludiu ainda que, tendo sido ele quem indicou o valor a apresentar nos concursos em questão, fê-lo sem sugestão de quem quer que fosse, aludindo ser prática comum apresentar valores acima do preço-base quando este se mostra exíguo, por forma a sinalizar a entidade adjudicante da sua desconformidade, tendo no caso do concurso III cada uma das empresas concorrido aos lotes onde já operavam.

Não obstante o deposto por esta testemunha, no sentido pugnado pela SOMAFEL no seu recurso, para além de não ter participado em todas as conversas tidas entre as várias empresas visadas, evidenciadas pelos elementos probatórios carreados aos autos pela AdC, acabou por confirmar os contactos encetados com a Neopul, as conversas entre as várias empresas visadas sobre os concursos e as propostas possíveis face às necessidades da SOMAFEL, o que, por si só e no confronto com os vários elementos documentados, é bastante para se concluir no mesmo sentido analisado pela AdC. Por outro lado, o contexto económico evocado, notoriamente reconhecido, as razões apresentadas que levaram à constituição do CEMAV, constantes dos factos elencados pela AdC, e as tentativas de integrar a Neopul no consórcio, não afasta a conclusão extraída de que as visadas assumiram práticas proibidas e injustificáveis de acordo com a regras da concorrência, conforme melhor se explicará na subsunção dos factos ao Direito aplicável ao presente caso.

[redacted], contabilista a exercer funções no controlo de gestão na empresa Somafel desde 2002, explicou que a atividade desenvolvida pela SOMAFEL no território nacional representa uma percentagem reduzida por comparação com a atividade desenvolvida no estrangeiro, não tendo dos contratos em causa obtido lucros relevantes. Mais referiu, com saber, por força das funções que exercia, que o Eng.º [redacted], à data dos factos, passava a maior tempo no estrangeiro, dedicando-se ao mercado internacional, sem descurar, contudo, os assuntos da empresa em Portugal.

No mesmo sentido, [redacted], secretária do Recorrente [redacted] na Somafel os anos de 2013 e 2019, confirmou que o Eng. [redacted], à data dos factos, passava muito tempo no estrangeiro, onde a empresa desenvolvia a maior parte da sua atividade, mas que, não obstante, estava sempre inteirado do que se passava na empresa em Portugal, quer pelo telefone, quer por e-mail. Atestou ainda, no confronto com os documentos

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

juntos ao recurso de impugnação apresentado por [redacted], que, em 10/07/2015 o mesmo não se encontrava em Portugal, bem assim em 06/11/2014, altura em que se encontrava no Brasil. Razão pela qual, levou-se tal factualidade aos factos provados – facto «150.».

Não obstante as ausências físicas do Eng.º [redacted], atestadas por estas testemunhas, certo é que, para além de ambas terem atestado a sua participação nos assuntos da empresa apesar dessas ausências, quer por telefone, quer por e-mail, as mesmas não relevam para a conclusão extraída na análise que se fez dos elementos carreados para os autos pela AdC e dos factos daí resultantes quando confrontados com a natureza da infração em causa. De facto, a ausência em duas reuniões por parte do Eng.º [redacted], nas quais se reuniram as demais empresas visadas, não o desresponsabiliza dos comportamentos assumidos pela SOMAFEL, na medida em que esta, com o seu pleno conhecimento, participou em todos os concursos em causa à semelhança das demais visadas, nada tendo feito para se distanciar da estratégia aí acordada e seguida.

[redacted], arquiteto e amigo de longa data de [redacted], descreveu-o como sendo uma pessoa íntegra, honesta, rigorosa, sendo visto no meio empresarial como sendo uma pessoa muito competente e profissional, qualidades que, contudo, não isentam [redacted] da responsabilidade advinda das práticas assumidas por si e em nome da Somafel, por força das decisões que tomou.

Por fim, [redacted], diretor geral da Somafel desde maio de 2013 e, por conseguinte, à data dos factos, por si e em representação da Somafel, prestou declarações. De forma sabedora, segura e bastante cordata, corroborou a posição por si assumida no recurso que apresentou, bem como aquela articulada no recurso apresentado pela Somafel. Assim, procurou explicar que os concursos em causa não eram economicamente vantajosos para a empresa, uma vez que os preços-base oferecidos mostravam-se "esmagados", tendo apenas decidido concorrer quando ponderada a constituição do CEMAV, reunindo-se, assim, as sinergias de todas as empresas operantes no mercado nacional das ferrovias, otimizando os meios e reduzindo os custos, tornando, assim, viável a participação da Somafel nos concuros lançados pela REFER/IP, participação essa que era relevante para a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

empresa em termos curriculares. Referiu ainda que, após saber da qualificação da empresa Neopul, operadora do mercado em causa na zona sul do país, foram encetados contactos com a mesma, tendo em vista integrá-la no CEMAV, por forma a minimizar mais os custos, refutando a ideia de que nessas reuniões tenham sido discutidos os valores a propor no concurso I. A respeito dos valores propostos pela Somafel no referido concurso, acima do preço-base, referiu que tal ocorreu deliberadamente, tratando-se de uma prática corrente nos concursos públicos, por forma a sinalizar a entidade adjudicante do desajuste daquele preço, sabendo, de antemão, que os mesmos não seriam aceites, o que culminou no lançamento do concurso II, no qual foi previsto um preço-base mais elevado, mas ainda assim não satisfatório face às exigências que os serviços a prestar acarretavam. E que, persistindo na ideia de integração da Neopul no Consórcio, a mesma, contudo, não se mostrou viável, razão pela qual o consórcio tornou a apresentar valores acima do preço-base, o que reconduziu à deserção do concurso II e ao lançamento do concurso III, com um preço-base superior, mais próximo daquele que haviam estimado. Esclareceu ainda que, convencido da possibilidade de concorrer e consórcio, conforme havia sucedido nos concursos anteriores, foram encetados contactos com as demais consorciadas e que, após saber daquela impossibilidade, apenas encetou contactos com as demais empresas para cindir o consórcio e reunir a documentação necessária para a Somafel concorrer individualmente, como veio a suceder, não obstante o resultado negativo que o mesmo implicou. Negou que tivesse partilhado com as demais visadas informação sobre os valores a apresentar, mas apenas documentação editável, bem como que tivesse participado em todas as reuniões com a Neopul, uma vez que passava a maior parte do tempo no estrangeiro, com ressalva da reunião ocorrida no dia 15/07/2015, onde se discutiram apenas as formas como a Neopul poderia contribuir para o consórcio, sem que tivessem, contudo, chegado a qualquer conclusão. Mais referiu que, na sua ausência, era o [redacted] quem representava a Somafel nas reuniões. Aludiu, por fim, que a sanção acessória aplicada pela AdC, a confirmar-se, revelar-se-á muito penosa para a empresa, designadamente diante dos prejuízos humanos daí resultantes.

Não obstante tudo o declarado, tal não foi bastante para contrariar a análise feita aos elementos probatórios trazidos aos autos pela AdC, analisados em si, entre si e de acordo com

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

a lógica e as regras da experiência comum e, por conseguinte, a factualidade daí resultante. De facto, atendendo à natureza da infração em causa, os comportamentos assumidos pelas visadas, nos termos, ademais, admitidos pelo próprio, são reveladores da mesma: independentemente dos seus efeitos, a troca de informação ocorrida entre as várias empresas visadas, as únicas pré-qualificadas e convidadas a participar nos concursos públicos em causa, permitiu-lhe antever a postura que cada uma iria assumir nos concursos, eliminando o risco da incerteza, próprio de uma atividade concorrencial, bem como o resultados dos concursos, conforme adiante melhor se explicará.

De todo o modo, desde logo, não se percebe porque é que a Somafel persistiu em apresentar propostas a um concurso que considerava ser inviável financeiramente, mesmo integrando o CEMAV, como disse, quando poderia ter optado simplesmente por o não fazer. A justificação de que o consórcio apresentava propostas com valores acima do preço-base simplesmente para sinalizar a REFER/IP do seu desajuste não faz qualquer sentido, independentemente de tratar-se de uma prática corrente, segundo disse, quando essa desconformidade poderia ser sinalizada, individualmente por cada empresa, com um simples e-mail ou numa reunião a solicitar para o efeito, conforme o consórcio chegou a fazer. Para além de que não se concebe qual a vantagem para uma empresa apresentar propostas unicamente para efeitos curriculares, quando se sabe, de antemão, que as mesmas vão ser rejeitadas.

[redacted], profissional experiente em concursos públicos, não poderia deixar de saber que ao propor valores concretos acima do preço-base estava a dar a conhecer a sua posição às demais visadas concorrentes quanto aos valores que a Somafel estaria disposta a aceitar, conduzindo, ademais, a atuação da entidade adjudicante aos seus interesses através do lançamento de um novo concurso e prejudicando-a com o impasse, mesmo temporário, gerado com a deserção de um concurso. Bem como não poderia deixar de saber que ao trocar informações sobre os concursos com as demais empresas consorciadas, suas concorrentes no mercado em causa, sem a total certeza sobre a possibilidade de concorrem em agrupamento, e com a Neopul, também sua concorrente não consorciada, estava a incorrer numa infração às regras da concorrência. Desde logo, ao procurar o alargamento do consórcio à Neopul, como

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

declarou, não poderia deixar de saber que, dessa forma, estava a aniquilar a única concorrência ainda existente.

Por outro lado, como já se referiu, o facto do Eng.º [redacted] não ter participado em todas as reuniões ocorridas com a Neopul, concorrente da Somafel e das demais visadas, e/ou a Somafel não ter estado representada em todas as reuniões, não o desresponsabiliza, porquanto, sabendo, como relevou saber, da sua existência, nada fez para se distanciar do aí discutido, tendo, ao invés, continuado a participar dos desígnios partilhados pelas demais visadas, intervenientes nessas reuniões, e nos concursos à sua semelhança e imagem.

Somos, assim, a concluir que a prova produzida em audiência de discussão e de julgamento não serviu para afastar a conclusão extraída quanto à factualidade apurada pela AdC, pela análise feita aos demais elementos probatórios carreados para os autos, mostrando-se esta ser a mais consentânea com as regras da lógica e da experiência comum.

Sem prejuízo do exposto, porque sustentado nos documentos aí referenciados e nas declarações prestadas pelo Recorrente [redacted], as quais, neste conspecto, por isso, mereceram a atenção do Tribunal, levou-se aos factos provados o vertido nos pontos «149.» e «150.».

Os factos não provados, elencados sob os pontos «a. a g.» resultaram da sua falta de prova. Nos termos deixados expressos na análise que se fez aos depoimentos das testemunhas e às declarações dos arguidos/Recorrentes, os mesmos não se mostraram bastantes para os atestar, no confronto, ademais, com a análise que se fez aos elementos carreados aos autos pela AdC e que conduziram à evidenciação dos factos provados nos termos aí descritos. De referir que, pese embora [redacted] tenha aludido ao propósito da participação da SOMAFEL neste tipo de concursos, exclusivamente por motivos curriculares, o Tribunal não ficou convencido, diante, desde logo, da existência de outro meio de prova que o corroborasse, pelo contrário.

**

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

DO DIREITO E DA SUBSUNÇÃO DOS FACTOS AO DIREITO APLICÁVEL:

As Recorrentes FERGRUPO e SOMAFEL foram sancionadas pela Autoridade da Concorrência [AdC], na decisão sob recurso, pela prática de duas infrações, previstas e sancionadas pelos artigos 9.º, n.º 1 e 68.º, n.º 1, alínea a), ambos da Lei n.º 19/2012, de 08-05 [LdC], bem como de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia [TFUE], por terem participado em dois acordos entre empresas, visando, quer a fixação do nível de preços, quer a fixação do nível de preços e a repartição do mercado, no âmbito dos concursos lançados pela Refer/Infra-Estruturas de Portugal, para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, para o período de 2015-2017, tendo cada um de tais acordos por objeto impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência.

Os Recorrentes [redacted] e [redacted], por seu turno, foram sancionados pela AdC, na mesma decisão, pela prática, cada um deles, de dois ilícitos contraordenacionais, previstos e sancionados nos n.ºs 1 e 6 do artigo 73.º da LdC, pela contraordenação prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da mesma Lei, por terem tido conhecimento e participado ativamente, no período de 2014 e 2015, nas práticas ilícitas que são imputadas às empresas visadas FEGRUPO E SOMAFEL, respetivamente, nas quais ocupavam ou ocupam o cargo de membro do órgão de administração e direção e por não terem adotado qualquer diligência ou medida que impedisse as infrações ou lhe pusessem termo.

As Recorrentes COMSA SAU e COMSA SL – COMSA´s foram aí declaradas responsáveis solidárias pelo pagamento da coima aplicada à empresa FEEGRUPO, nos termos conjugados dos artigos 3.º da LdC e 101.º, n.º 1 do TFUE.

A defesa da concorrência é um direito fundamental constitucionalmente consagrado no artigo 99.º, alínea a) da nossa Lei Fundamental, sendo incumbência prioritária do Estado, no âmbito económico e social, conforme resulta do seu artigo 81.º, alínea f), *"Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral", tendo este, por conseguinte, um papel repressor das práticas lesivas do interesse geral.

Ora, na medida em que a livre iniciativa privada – enquanto possibilidade de atuação livre no mercado – pode originar resultados socialmente benéficos, a concorrência entre empresas é essencial para que se atinjam níveis mais elevados de produtividade e eficiência. Neste sentido, a existência de concorrência corresponde a uma interação estratégica entre as empresas operantes no mercado, proporcionando uma criação e/ou exploração de novas oportunidades de negócios, pelo que também por este motivo deve ser preservada, apresentando-se como um incremento ao bem-estar da sociedade.

Em face da relevância da defesa da concorrência – reconhecida quer pelo direito comunitário, quer pelo próprio legislador português –, torna-se fulcral compreender, de antemão, a razão pela qual o TFUE consigna, no seu normativo 101.º, que *"são proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associação de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno*", bem assim a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que tem vindo a ser escrita a respeito.

Destarte, as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais nacionais têm competência para aplicar diretamente o artigo 101.º na sua globalidade, à luz, respetivamente, dos artigos 5.º e 6.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16/12/2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º). Por outro lado, o referido dispositivo e a jurisprudência que lhe está associada constituem o paradigma para a interpretação e aplicação, no que ora releva, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que revogou a Lei 18/2003, de 11 de junho (LdC) e que consagra o novo regime jurídico nacional da concorrência, designadamente do seu artigo 9.º, de acordo com o qual, constituem práticas restritivas da concorrência, sendo, por tal razão, proibidas, *"os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

nacional.". As descritas práticas constituem uma contraordenação nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 68.º da mesma Lei.

Esta proibição requer, face à letra da lei, a verificação cumulativa das seguintes condições:

ii) Existir um acordo ou uma prática concertada entre empresas, ou uma decisão de uma associação de empresas;

iii)Que ocorra no território nacional ou nele tenha ou possa ter efeitos – Direito nacional – e que seja suscetível de afetar o comércio entre EMs – Direito Europeu;

iv) Que tenha por objeto *ou* como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no mercado nacional – Direito nacional – e no mercado interno – Direito Europeu; e

v) Que o seu efeito restritivo da concorrência seja sensível, i.e. significativo.

São considerados acordos para efeitos do Direito da Concorrência: contratos, acordos de transação judicial, acordos de cavalheiros, etc., não sendo necessário que o acordo tenha sido reduzido a escrito, que se consiga determinar a sua data exata, que tenha uma pretensão de vinculação formal das partes ou que seja judiciável. A questão coloca-se essencialmente ao nível da prova de uma vontade comum acordada.

Nas palavras do Tribunal de Justiça da União Europeia [TJUE]: "Segundo jurisprudência constante, para que haja acordo, na acepção do artigo [101.º(1)] do Tratado, basta que as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada (...). Nestas condições, não é pertinente analisar, contrariamente ao que defende a recorrente, se as empresas em causa se consideraram obrigadas - jurídica, factual ou moralmente - a adoptar o comportamento acordado" – Acórdão do TFUE de 14 de maio de 1998, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft* (T-347/94), C.J. (1998) II-1751, para. 65.

A expressão da vontade comum pode ser implícita: "o facto de apenas um dos participantes nas reuniões [de cartel] controvertidas ter revelado as suas intenções não é suficiente para excluir a existência de um acordo ou de uma prática concertada" – Acórdão do TFUE de 12 de julho de 2001, *British Sugar* (T-202/98 etc.), C.J. (2001) II-2035, para. 54. Uma empresa que participe numa reunião de cartel só não será considerada participante no

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

acordo se se tiver distanciado formalmente, perante as restantes participantes, do conteúdo dessa reunião – Acórdão do TFUE de 11 de dezembro de 2003, *Adriatica di Navigazione* (T-61/99), C.J. (2003) II-5349, para. 135; Acórdão *Cimenteries CBR*, paras. 1353, 1389 e 3199.

A dificuldade de obter provas da participação em cartéis – acordo explícito ou implícito entre empresas concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou cotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação ou, por meio da ação coordenada entre os participantes, eliminar a concorrência e aumentar os preços dos produtos, obtendo maiores lucros, em prejuízo do bem-estar do consumidor –, especialmente para cada empresa e em cada momento dum cartel duradouro, levou o Tribunal a considerar a existência de infrações únicas e continuadas, reconhecendo que "uma empresa pode ser considerada responsável por um cartel global mesmo que se prove que só participou diretamente em um ou vários dos elementos constitutivos deste, se, por um lado, sabia, ou devia necessariamente saber, que a colusão em que participava, em especial através de reuniões regulares organizadas durante vários anos se inscrevia num dispositivo de conjunto destinado a falsear o jogo normal da concorrência, e, por outro, que esse dispositivo compreendia o conjunto dos elementos constitutivos do cartel" – Acórdão do TGUE de 20 de abril de 1999, *NV Limburgse Vinyl Maatschappij* (T-305/94 etc.), C.J. (1999) II931, para. 773.

Uma prática concertada, por seu turno, é "uma forma de coordenação entre empresas que, sem que se tenha chegado a concluir um acordo propriamente dito, substituiu conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre empresas". Para cair no âmbito da proibição, esta cooperação prática deve ter por objeto ou efeito levar a "condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado, tendo em conta a natureza dos produtos, a importância e número das empresas, bem como o tamanho e a natureza do mercado em causa" – Acórdão do TJUE de 16 de dezembro de 1975, *Suiker Unie* (40/73 etc.), C.J. (1975) 1663, para. 26.

Não é, contudo, necessário provar que a prática concertada em questão tenha tido efetivamente um efeito sobre o mercado, já que o que se proíbe são as práticas cujo "objectivo ou efeito" seja de restringir a concorrência – Acórdão do TJUE de 8 de julho de 1999, *Hüls AG* (C-199/92 P), C.J. (1999) I-4287, para. 163 et ss.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Presume-se, pois, que a informação obtida através de certos contactos entre concorrentes será depois usada por estes, incumbindo às empresas participantes o ónus da demonstração da não implementação do acordo ou prática concertada e/ou ausência de efeitos no mercado.

Como indica a letra do Tratado e da lei, só é necessário demonstrar que uma prática coletiva tem um efeito anticoncorrencial se o seu objeto não for, por si só, anticoncorrencial. Isto facilita largamente a prova da violação do art. 101.º TFUE / art. 9.º, n.º 1 da LdC nos casos de acordos com objeto anticoncorrencial – é a chamada infração por objeto. Nos restantes casos, é necessário provar, pelo menos, a possibilidade de um efeito anticoncorrencial, o que implica juízos económicos complexos – é a chamada infração pelo efeito.

Esta distinção parte da constatação de que certo tipo de práticas colusivas têm uma probabilidade tão elevada de serem prejudiciais para os consumidores que seria despiciendo e demasiado oneroso exigir a prova do seu efeito anticoncorrencial. O objeto da prática corresponde ao seu sentido e fim objetivo, no respetivo contexto económico e jurídico, e não à intenção das partes.

A jurisprudência europeia tem vindo a identificar os seguintes tipos de acordos como sendo anticoncorrenciais pelo seu objecto: *(i)* Acordos horizontais de fixação de preços, de troca de informação sobre preços e de repartição de mercados; e *(ii)* Acordos verticais de fixação de preços ou de proibição de exportações.

Em síntese, os acordos que tenham por objeto impedir, restringir ou falsear a concorrência são proibidos independentemente dos seus efeitos no mercado considerado.

Por outro lado, embora a letra do art. 101.º, n.º 1 do TFUE possa sugerir que qualquer restrição da concorrência é abrangida pela proibição, cedo foi esclarecido pelo Tribunal de Justiça que apenas as restrições sensíveis da concorrência são abrangidas (sejam elas por objeto ou efeito): "um acordo não é abrangido pela proibição do artigo [101.º(1)] quando tenha apenas um efeito insignificante no mercado, atendendo à fraca posição das pessoas em causa no mercado do produto em questão" – Acórdão do TJUE de 9 de julho de 1969, *Völk c. Vervaecke* (5/69), C.J. (1969) 295. Não obstante, o Tribunal Europeu tem vindo a tender para

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

considerar a existência de uma afetação sensível sempre que essa afetação seja possível (ainda que de modo algo remoto). Esta precisão já consta também da letra do art. 9.º, n.º 1 da LdC, através do uso da expressão *"de forma sensível"*.

Sobre esta questão assume particular importância as Orientações da Comissão Europeia [Publicadas no Jornal Oficial a 14/01/2011, páginas 001 a 0072] sobre a aplicação do art. 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal, no ponto 2, relativo aos "Princípios gerais da apreciação em termos de concorrência dos intercâmbios de informação". Segundo estas Orientações, deve ser entendido como uma restrição da concorrência pelo objeto, a troca de informações de uma empresa relativas a um comportamento futuro acerca de preços e quantidades. Por outro lado, entende-se que a troca de informações passadas em que não está em causa nem preços nem volumes de faturação, ou delas se possa retirar uma estratégia futura da empresa, não deve ser considerada como uma restrição da concorrência pelo objeto (ou seja, pela sua natureza independentemente da demonstração dos efeitos). A análise deve ser efetuada caso a caso.

O Tribunal de Justiça (nomeadamente, no acórdão John Deere) considerou que a troca de informações precisa e com uma periodicidade frequente, num mercado altamente concentrado, oligopolístico até, onde a concorrência é muito ténue e a troca de informação muito facilitada, é suscetível de alterar significativamente a concorrência entre os operadores económicos. Considerou ainda o Tribunal de Justiça que o Tratado proíbe tanto os efeitos anticoncorrenciais reais e efetivos como os meramente potenciais, desde que estes sejam suficientemente sensíveis. Deste modo, a troca de informações não faz mais do que atenuar ou até suprimir para outros operadores qualquer incerteza no comportamento dos seus concorrentes, permitindo às empresas conhecer as posições de marcado, estratégias comerciais dos seus concorrentes, alterando de modo sensível a concorrência entre operadores económicos.

Quanto ao tipo de ilícito em causa, para que as infrações que resultam das restrições da concorrência por objeto identificadas possam ser imputadas às empresas visadas, é necessário demonstrar que, para além do preenchimento dos elementos do tipo objetivo, estão

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

igualmente preenchidos os elementos do tipo subjetivo da infração tipificada no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.

Com efeito, o n.º 1 do artigo 8.º do RGCO, aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, determina que "[s]*ó é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência*", sendo neste âmbito a negligência punível, nos termos do n.º 3 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

Por fim, dispõe o artigo 73.º da mesma Lei, sob a epígrafe "Responsabilidade", com relevo, que: *1 - Pela prática das contraordenações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica. 2 - As pessoas coletivas e as entidades equiparadas referidas no número anterior respondem pelas contraordenações previstas na presente lei, quando cometidas: a) Em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem atue sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem. 3 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade. (...) 6 - Os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação, incorrem na sanção cominada no n.º 4 do artigo 69.º, quando atuem nos termos descritos na alínea a) do n.º 2 ou quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, a não ser que sanção mais grave lhes caiba por força de outra disposição legal.(...).*

Prevê esta norma a responsabilidade, pela prática restritiva da concorrência imputada às empresas visadas, dos titulares dos órgãos de administração, bem como dos responsáveis pela direção das mesmas, no caso em que tenham atuado em nome e no interesse da respetiva empresa visada, ou no caso em que, tendo ou devendo ter tido conhecimento da prática da infração concorrencial pela empresa visada que representam, não tenham adotado as medidas adequadas para a fazer cessar de imediato. É, assim, punível a conduta dos titulares dos

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

órgãos de administração, fiscalização e direção das empresas visadas que tenham, simultaneamente, o conhecimento ou o dever de conhecer a prática restritiva da concorrência subjacente e a omissão de atos ou medidas adequadas a pôr termo imediato à mesma, ainda que as referidas pessoas singulares não tenham estado diretamente envolvidas na execução da prática ilícita.

Por outro lado, um acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas que preencha os requisitos do art. 101.º, n.º 1 do TFUE ou do art. 9.º, n.º 1 da LdC, ou seja, que caia no âmbito da proibição geral, pode ainda assim ser permitido por uma lógica de justificação económica. Em suma, entende-se que pode haver uma restrição da concorrência que acabe por ser positiva para o bem-estar dos consumidores. Para tal, é necessário que cumpra os quatro requisitos cumulativos indicados tanto no art. 101.º, n.º 3 do TFUE como no art. 10.º, n.º 1 da LdC: ***(i)*** contribuir para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico; ***(ii)*** reservar aos utilizadores uma parte equitativa do benefício daí resultante; ***(iii)*** não impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos; e ***(iv)*** não dar às empresas em causa a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado em causa.

A qualificação como acordo restritivo pelo objeto não pode, pois, estar exclusivamente fundada no que à primeira vista se pode reconhecer, mas numa análise mais detalhada às circunstâncias e vontade das partes, sendo, por conseguinte, à luz do contexto jurídico-económico que a aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto é determinada. Mesmo as restrições mais graves podem, em situações excecionais, ser objetivamente necessárias para um acordo de tipo ou natureza particulares, caso em que não serão abrangidas pelo disposto no n. º 1 do artigo 101.º. É o que sucede quando a restrição da liberdade de iniciativa, aparentemente grave no plano formal, pode não ter aptidão para distorcer a concorrência, porque, por exemplo, as partes não concorrem entre si ou entre elas não existe uma concorrência significativa.

A consideração dos elementos do contexto jurídico-económico suscetíveis de gerar dúvidas sobre a aptidão do acordo para distorcer a concorrência no caso concreto ocorre

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

exclusivamente no quadro no n.º 1 do artigo 101.º. Os elementos do contexto jurídico-económico que não sejam de natureza a gerar dúvidas sobre a aptidão do acordo para distorcer a concorrência, mas que possam ser considerados no sentido da compatibilidade do mesmo com o mercado interno, tal como a melhoria da produção graças às economias de escala, não relevam no quadro do n.º 1 do artigo 101.º, mas no do n.º 3 do artigo 101.º.

Nos processos nacionais e comunitários de aplicação do artigo 101.º, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 101.º incumbe à parte que alega tal violação. À empresa ou associação de empresas que invoca o benefício do disposto no n.º 3 do artigo 101.º incumbe o ónus da prova quanto ao preenchimento das condições nele previstas.

A Comissão (no nosso caso interno, a AdC) deve produzir prova suficientemente precisa e consistente de que foi cometida uma infração, podendo um conjunto de indícios, apreciado globalmente, preencher esse requisito. Tratando-se de acordos com um objecto anticoncorrencial, "[…] a Comissão tem de, designadamente, provar que a empresa pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspectivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objectivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco" – leia-se Acórdão Anic Partecipazioni Spa, considerando 87.

Há, assim, que considerar a participação da empresa, pelo seu próprio comportamento, na infração, a contribuição que pretendia dar para a realização da mesma e o conhecimento que tinha dos comportamentos em perspetiva ou postos em prática por outras empresas.

Por seu turno, as empresas em causa estão em condições de exercer os seus direitos de defesa tanto no que respeita ao fundamento relativo à sua participação material na infração, como relativamente aos comportamentos materiais de que são acusadas outras empresas, mas que integram a mesma infração. No caso de acordos com um objeto anticoncorrencial, também podem exercer esses direitos no que respeita à existência de um objetivo comum, à sua intenção de contribuir para a infração no seu conjunto através do seu próprio comportamento e ao conhecimento dos comportamentos dos outros participantes ou à sua previsibilidade e à aceitação do risco correspondente.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Assim, a título de exemplo, demonstrando a Comissão que dada empresa participou em reuniões com um objeto anticoncorrencial, é à empresa visada que cabe avançar com indícios de natureza a estabelecer que a sua participação nas referidas reuniões esteve desprovida de qualquer objetivo anticoncorrencial (por exemplo, ao informar os seus concorrentes que a sua participação nas reuniões tinha um outro propósito). Diferentemente, se a empresa ao participar numa reunião com um objeto anticoncorrencial não se distancia publicamente do seu conteúdo, a empresa dá a entender aos outros participantes e a terceiros que subscreve e se conforma com o mesmo.

Com relevo para a situação em apreço, por força da natureza e conteúdo dos procedimentos concursais, no âmbito dos quais são imputadas às Recorrentes a prática das infrações à concorrência, e por forma a melhor compreender o seu contexto, importa aludir à relação existente entre a contratação pública e a concorrência, quando, ademais, uma das forma de colusão particularmente relevante pode ocorrer precisamente no âmbito das obras públicas, quando os concorrentes se coordenam previamente, de forma ilícita, para obter benefícios à custa do erário público através da apresentação de propostas em concursos públicos.

De facto, é sabido que as entidades adjudicantes estão sujeitas a uma obrigação de transparência, que decorre não apenas de normas do Código dos Contratos Públicos, mas também de inúmera jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais administrativos portugueses. Sucede que, a transparência pode induzir e estimular o alinhamento de preços ou até fenómenos de colusão entre concorrentes. Daí que o Código dos Contratos Públicos [CPP], publicado com o DL n.º 18/2008, de 29-01, tenha vindo a ser revisto, com vista a, entre o mais, eliminar a tensão entre a transparência na contratação pública e os incentivos à colusão, na medida que a transparência pode induzir e estimular o alinhamento de preços ou até fenómenos de colusão entre concorrentes.

Não obstante, certo é que, através do DL n.º 111-B/2017, de 31/08, introduziu-se a norma prevista no artigo 46.º-A, a qual, sob a epígrafe "Adjudicação por lotes", prevê a obrigatoriedade de se proceder à divisão em lotes, na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a (euro) 135 000, e

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

empreitadas de obras públicas de valor superior a (euro) 500 000, podendo, excecionalmente, esta não ser feita, tendo, para o efeito, a entidade adjudicante que o justificar.

A divisão em lotes deve, consequentemente, ser ponderada pela entidade adjudicante, sabendo que a forma como seja operada pode causar distorções no mercado, não apenas por poder beneficiar alguns dos potenciais concorrentes (designadamente as grandes empresas, sabendo-se que, nos termos do artigo 46.º-A, n.º 4, a entidade adjudicante pode limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente), como também por possibilitar a colusão, como sucede quando se procede a uma divisão em lotes definidos territorialmente, que pode estimular que os concorrentes procedam à repartição geográfica de mercados, baseados justamente nos lotes definidos, ou à divisão em lotes com o mesmo preço-base.

Daí que, as entidades adjudicantes, pese embora, não sujeitas ao Direito da Concorrência, devam assegurar a aplicação do princípio da concorrência, por forma a evitar que, através das compras públicas, se gerem distorções no funcionamento dos mercados.

Não podemos deixar de aludir, com interesse também para a compreensão do caso em análise, à figura do consórcio e à sua relação com a restrição pelo objeto, sendo que tudo depende da apreciação da estrutura do mercado em apreço, incluindo o número de potenciais concorrentes a atuar no mercado relevante em causa. Desde logo, não se pode concluir, sem mais, que se um concorrente tiver capacidade para, individualmente, fornecer os produtos procurados, não deve ser admitido num agrupamento ou consórcio num procedimento pré-contratual. É admissível que duas empresas de construção civil formem um consórcio (agrupamento) para a realização de uma empreitada de obras públicas ainda que cada uma, de forma isolada, tenha capacidade para o realizar. Em alguns casos, inclusive, é a própria entidade adjudicante a incentivar a constituição de consórcios – impondo-a no caderno de encargos. Entende-se, por isso, tal como preconizado por NUNO CUNHA RODRIGUES, no escrito que apresentou, sob o título "CONTRATAÇÃO PÚBLICA E CONCORRÊNCIA", na Revista da Concorrência e Regulação, ANO VII • NÚMERO 32 OUTUBRO – DEZEMBRO 2017, págs. 138 e 139, que, "nem sempre um agrupamento de empresas constituído no

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

contexto do artigo 54.º do CCP equivalerá a uma restrição pelo objeto, ainda que as empresas tenham capacidade de concorrerem de forma isolada." (sic).

Destarte, nos procedimentos faseados, como o concurso limitado por prévia qualificação ou o concurso limitado (ou procedimento de negociação) na sequência de sistema de qualificação, não será igualmente possível introduzir uma regra limitativa na primeira fase do procedimento – isto é, a fase de apresentação de candidaturas e qualificação dos candidatos –, sendo razoável admitir, todavia, que essa regra seja introduzida na fase subsequente de apresentação de propostas. Em termos práticos, tal significa que a entidade adjudicante não pode restringir a possibilidade de uma entidade se integrar num agrupamento para efeitos de apresentar proposta num concurso público ou num procedimento de ajuste direto; do mesmo modo, não se afigura possível, em face do disposto no artigo 54.º do CCP, que a entidade adjudicante exclua a possibilidade de uma entidade se integrar num agrupamento para efeitos de apresentar candidatura na fase de qualificação de um concurso limitado por prévia qualificação ou pedido para participação num sistema de qualificação. Mas também, nada parece obstar a que uma entidade adjudicante venha a introduzir regras de acordo com as quais as entidades qualificadas num procedimento de concurso limitado por prévia qualificação, ou no âmbito de um sistema de qualificação, no sentido de que não poderão integrar-se em novos agrupamentos para efeitos de apresentação de propostas na sequência de tais procedimentos. A razão de ser desta restrição é simples: uma vez que o direito de uma entidade se integrar num agrupamento já pode ser exercido no âmbito da fase de qualificação, é legítimo que a entidade adjudicante pretenda, na fase subsequente de apresentação de propostas, estimular ao máximo a concorrência entre o universo já delimitado de participantes no procedimento, impedindo que os mesmos venham a agrupar-se entre si.

*

Posto o Direito, a Jurisprudência e a Doutrina a atender, diante da factualidade apurada, permita-nos já concluir pela inexistência de dúvidas que esta subsume-se à previsão legal do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

Conforme resultou provado, em 02/07/2013, as empresas Futrifer, Somafel, Fergrupo e Mota-Engil foram pré-qualificadas ao abrigo do procedimento lançado pelo REFER para a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

qualificação de prestadores de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga.

Em 01/11/2013, estas quatro empresas visadas pelo PRC/2016/6, apresentaram proposta conjunta no procedimento concursal econtrato n.º 5010014694 lançado pela REFER para aquisição de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, tendo, posteriormente, em 08/01/2014 constituído o consórcio CEMAV, para efeitos da prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via no contexto do referido procedimento concursal econtrato n.º 5010014694 (Concurso 0).

A vigência do consórcio CEMAV foi prolongada no tempo, para efeitos de contratação da prestação de serviços até ao ano de 2016, atendendo aos ajustes diretos com ele efetuados pela REFER/IP.

Entretanto, em 23/07/2014, a empresa Neopul, uma nova empresa, foi pré-qualificada ao abrigo de um novo procedimento para a qualificação de prestadores de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, lançado pela REFER em 09/04/2014.

Em 14/10/2014, as (agora) cinco empresas visadas pelo PRC/2016/6 foram convidadas pela REFER para apresentar proposta no concurso econtratos n.º 5010016780 (Concurso I), com vista à contratação de serviços de manutenção de aparelhos de via para o período 2015-2017.

As empresas visadas pelo PRC/2016/6, isto é, as empresas que constituíam o CEMAV, entre as quais as Recorrentes Fergrupo e Somafel, e a Neopul estabeleceram contactos e realizaram reuniões para efeitos de determinar, de maneira conjunta, a sua participação no referido concurso econtratos n.º 5010016780.

Neste contexto, foram apresentadas propostas, por um lado, pela visada Neopul, e, por outro, pelas restantes visadas, agrupadas no consórcio CEMAV. Contudo, todas as propostas apresentadas se situaram acima do preço contratual máximo estabelecido pela REFER, motivo pelo qual foram excluídas e se instruiu novo procedimento concursal.

Assim, em 01/07/2015, a IP convidou novamente as únicas cinco empresas que se encontravam pré-qualificadas, visadas pelo PRC/2016/6, para apresentar proposta no novo

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

procedimento concursal econtratos n.º 5010021530 (Concurso II), para prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, para o período 2016-2017, desta feita, dividido em cinco lotes, sendo o preço contratual máximo total, superior ao anterior, isto é, de € 4.319.839,20.

As empresas visadas pelo PRC/2016/6 estabeleceram contactos e realizaram reuniões para efeitos de determinar, de maneira conjunta, a sua participação no concurso econtratos n.º 5010021530 (Concurso II).

Em resultado do que, a Neopul decidiu não apresentar qualquer proposta e as propostas apresentadas, apenas pelo consórcio CEMAV, situaram-se acima do preço contratual máximo estabelecido pela IP, motivo pelo qual foram novamente excluídas e se instruiu um novo procedimento concursal.

Nessa sequência, em 03/11/2015, a IP convidou novamente as cinco empresas pré-qualificadas no mercado, visadas pelo PRC/2016/6 para apresentarem propostas, desta vez, individualmente, no novo procedimento concursal econtratos n.º 5010023098 (Concurso III), para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, para o período 2016-2017, dividido em cinco lotes, sendo o preço contratual máximo total de € 4.927.161,17, ou seja, superior ao anterior.

Em 18/11/2015, diante as dúvidas suscitadas por duas dessas empresas, a IP esclareceu-as que, nos termos do Regulamento do Concurso, não podiam apresentar proposta em agrupamento neste procedimento.

Não obstante, todas as empresas visadas pelo PRC/2016/6, aquelas que constituíam o CEMAV e a Neopul, estabeleceram contactos e realizaram reuniões para efeitos de determinar, de maneira conjunta, a sua participação no referido concurso econtratos n.º 5010023098.

Em 01/12/2015, as empresas visadas pelo PRC/2016/6 apresentaram propostas individuais, nos moldes previamente ponderados em conjunto, por todas elas, nomeadamente, a apresentação, por parte de cada uma das empresas visadas pelo PRC/2016/6, de apenas uma proposta válida para cada lote e com o preço *colado* ao preço base.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Em 21/01/2016, a IP adjudicou os lotes contantes do procedimento concursal econtratos n.º 5010023098 (Concurso III) nos moldes *supra* descritos, *i.e.*, um lote para cada uma das empresas visadas pelo PRC/2016/6.

Face ao *supra* exposto, resultou provado, em suma, que as empresas visadas pelo PRC/2016/6 coordenaram o seu comportamento para efeitos da sua participação nos concursos lançados pela REFER/IP, econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) e econtratos n.º 5010021530 (Concurso II) para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, adotando e implementando uma estratégia comum, com o objetivo de aumentar o preço contratual máximo estabelecido nos referidos concursos. Para o efeito, as referidas empresas visadas, acordaram apresentar propostas acima do preço base nos concursos instruídos, primeiro pela REFER e depois pela IP, com a consequente exclusão das propostas e provocando o lançamento de um novo procedimento concursal por um preço-base necessariamente superior.

Resulta ainda dos factos provados que, uma vez alcançado o pretendido aumento do preço contratual, com apresentação de propostas concretas acima do preço base, as empresas visadas pelo PRC/2016/6 partilharam entre si o mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, através da repartição dos cinco lotes constantes do concurso n.º 5010023098 (Concurso III), fixando igualmente o nível de preços ajustados aos seus interesses.

Evidenciou-se ainda, no que à Fergrupo se refere, que [redacted], na qualidade de vogal do conselho de administração e diretor geral da Fergrupo, e/ou pessoa por si designada, representou a Fergrupo nos contactos e reuniões realizadas entre as empresas visadas pelo PRC/2016/6, para definir, coordenar e implementar a estratégia de atuação conjunta nos concursos, lançados pela REFER/IP, econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) e econtratos n.º 5010021530 (Concurso II) para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, adotando e implementando uma estratégia comum, com o objetivo de aumentar o preço contratual máximo estabelecido nos referidos concursos. [redacted] e/ou pessoa por si designada, representou ainda a Fergrupo nos contactos e reuniões realizados entre as empresas visadas pelo PRC/2016/6 para repartir o mercado da prestação de

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, no concurso n.º 5010023098 (Concurso III), fixando igualmente o nível de preços. Deste modo, [redacted], responsável pela adoção de todas as decisões relativamente à participação da Fergrupo nos três procedimentos concursais lançados pela REFER/IP para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, no período 2014-2015, conhecia as estratégias de coordenação adotadas pelas empresas visadas para o efeito da sua participação nos referidos concursos e não adotou qualquer medida para lhes pôr termo ou para se afastar da mesma.

Resulta, ainda, provado, no que à Somafel respeita, que [redacted], na qualidade de diretor geral da Somafel, e/ou pessoa por si designada, por força das funções que exercia e das responsabilidades a elas inerentes, representou a Somafel nos contactos e em algumas das reuniões realizadas entre as empresas visadas pelo PRC/2016/6 para definir, coordenar e implementar a estratégia de atuação conjunta nos concursos, lançados pela REFER/IP, econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) e econtratos n.º 5010021530 (Concurso II) para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, adotando e implementando uma estratégia comum, com o objetivo de aumentar o preço contratual máximo estabelecido nos referidos concursos. [redacted] ou pessoa por si designada, representou a Somafel nos contactos e reuniões realizadas entre as empresas visadas pelo PRC/2016/6, para repartir o mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, no concurso n.º 5010023098 (Concurso III), fixando igualmente o nível de preços, conhecendo ele, enquanto responsável pela adoção de todas as decisões relativamente à participação da Somafel nos três procedimentos concursais lançados pela REFER/IP para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, no período 2014-2015, as estratégias de coordenação adotadas pelas empresas visadas para o efeito da sua participação nos referidos concursos, não tendo adotado qualquer medida para se distanciar das mesmas e para lhes pôr termo.

Diante desta factualidade, perscrutamos do preenchimento dos pressupostos necessários a concluir-se pela prática restritiva da concorrência prevista no artigo 9.º, n.º 1 da LdC e do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

As empresas visadas dedicam-se à prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, sendo o mercado relevante, para efeitos da situação em apreço, o mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental.

As entidades visadas, por força da atividade económica que exercem, assumem a qualidade de empresa, de acordo com a definição legal contida no artigo 3.º, n.º 1 da LdC.

Por outro lado, as empresas visadas, aqui Recorrentes, participaram, juntamente com as restantes empresas visadas pelo PRC/2016/6, num acordo para a fixação do nível dos preços da prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga. Destarte, demonstrou-se que as empresas visadas, sabendo que eram as únicas empresas pré-qualificadas para os concursos em causa, coordenaram o seu comportamento, partilhando informações e dando a conhecer as suas intenções, para efeito da sua participação em concursos lançados pela REFER/IP, com o propósito de fixar o nível dos preços para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, de acordo com as suas necessidades e interesses. Para o efeito, acordaram apresentar propostas acima do preço contratual máximo e/ou abster-se de participar nos concursos econtratos n.º 5010016780 e econtratos n.º 5010021530 (Concurso I e Concurso II, respetivamente), com o objetivo de promover o aumento do preço contratual máximo, inicialmente estabelecido pela REFER/IP para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional. Com efeito, a apresentação de propostas acima do preço contratual máximo estabelecido pela entidade adjudicante, por umas, e a abstenção de participação naqueles concursos, por outra, determinou que as propostas apresentadas fossem excluídas e que, em consequência, os concursos em causa ficassem desertos, circunstância que impôs o lançamento de novo procedimento concursal, necessariamente por um preço base superior, no caso, com um acréscimo de 14%, próximo do valor indicado nas propostas apresentadas, quando poderiam ter adotado um comportamento distinto, como por exemplo, abster-se de concorrer, não apresentando qualquer proposta, quando, de antemão, já sabiam que uma proposta de valor superior ao preço-base seria necessariamente excluída e provocaria um novo procedimento por um valor necessariamente superior.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

E, para o efeito, as empresas visadas utilizaram a figura do consórcio CEMAV, de aparência legal, como veículo e sede de discussão e de acordo da estratégia de coordenação implementada. De facto, o consórcio CEMAV foi criado em 08.01.2014, após a sua admissibilidade por parte da entidade adjudicante, ao abrigo do ponto 1.4 das Cláusulas Gerais do Caderno de Encargos do procedimento econtratos n.º 5010014694, tendo apresentado uma única proposta, dentro do preço contratual máximo estabelecido pela REFER para a prestação dos serviços em lote único.

Contudo, a partir do lançamento em 14/10/2014, e instrução do procedimento econtratos n.º 50010016780 (Concurso I), o consórcio CEMAV acolhe as reuniões e discussões das empresas visadas, consorciadas e não consorciadas (Neopul), sua concorrente, depois de saber que esta também havia sido pré-qualificada para concorrer, discutindo e decidindo sobre a coordenação do seu comportamento para efeitos da participação nos concursos lançados pela REFER/IP para a prestação dos serviços em causa para o período 2015-2017, tendo sido também o consórcio CEMAV, em paralelo com a visada Neopul, a apresentar, posteriormente, as propostas viciadas do ponto de vista concorrencial.

Assim sendo, a partir desse momento, as empresas visadas consorciadas, em acordo também com a Neopul, não consorciada, extravasaram o objeto inicial e a natureza legal do consórcio CEMAV, utilizando-o como instrumento de definição e implementação de uma prática restritiva da concorrência, *in casu*, um acordo com vista à fixação do nível dos preços. Neste sentido, tal como evidenciado, as propostas apresentadas pelo consórcio CEMAV nos procedimentos econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) e econtratos n.º 501001530 (Concurso II), foram elaboradas em colusão e tinham como base a concertação entre todas as empresas visadas, consorciadas e não consorciadas, com o objeto de impedir, falsear e restringir a concorrência no mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga.

Verifica-se, por conseguinte, que as empresas visadas consorciadas – em articulação com a visada Neopul, não consorciada – utilizaram o consórcio CEMAV como instrumento e como expediente para a consecução dos seus objetivos – a coordenação do seu comportamento para efeitos de participação nos concursos lançados pela REFER/IP de acordo

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

com os seus interesses, isto é, com o objetivo de promover o aumento do preço contratual máximo, inicialmente estabelecido pela REFER/IP para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, falseando, desse modo, a concorrência no mercado nacional de prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via.

Conclui-se que as empresas visadas, utilizando o consórcio CEMAV, adotaram, em conjunto e conscientemente, um plano de ação comum no mercado nacional de prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, condicionando reciprocamente a sua liberdade de ação e eliminando a incerteza dos respetivos comportamentos. O referido plano de ação comum envolveu o comportamento *supra* descrito e que se traduz num acordo entre as empresas visadas para a fixação do nível dos preços da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga.

A par, no mesmo contexto, as empresas ora Recorrentes participaram, juntamente com as restantes empresas visadas pelo PRC/2016/6, num acordo para a repartição da prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga.

Destarte, atendendo ao evidenciado, constata-se que as empresas visadas coordenaram o seu comportamento para efeitos da sua participação no procedimento econtratos n.º 5010023098 (Concurso III), com o objetivo de repartir a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, fixando, igualmente, o nível dos preços praticados no âmbito do identificado procedimento concursal, tendo, para o efeito, se reunido e acordado repartir entre si os cinco lotes constantes do procedimento econtratos n.º 5010023098 (Concurso III), determinando os lotes aos quais cada empresa deveria concorrer e o lote que deveria ser adjudicado a cada uma, por força dos valores a apresentar, isto é, colados ao preço base.

Assim, no âmbito do concurso n.º 5010023098 (Concurso III), as empresas visadas acordaram apresentar, cada uma, apenas uma proposta economicamente válida para cada lote, com o preço *colado* ao preço base, determinando igualmente, desse modo, em conjunto, o nível do preço da prestação dos serviços em causa.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Face ao exposto, como já adiantado, as empresas visadas adotaram, em conjunto e conscientemente, um plano de ação comum no mercado nacional de prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, condicionando reciprocamente a sua liberdade de ação e eliminando a incerteza dos respetivos comportamentos, ou seja, apresentando todas as características que permitem caracterizar a existência de dois "*acordos*" na aceção do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, quando elas eram as únicas empresas elegíveis no mercado em causa, isto é, as únicas concorrentes entre si.

As empresas visadas, que formavam um verdadeiro oligopólio no mercado nacional da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, substituíram, conscientemente, os riscos normais da concorrência por um sistema de cooperação, adotando e implementando um plano de ação comum com vista a coordenar o seu comportamento para efeitos da participação nos concursos lançados pela REFER/IP com o fim de *(i)* aumentar o preço contratual máximo estabelecido nos concursos econtratos n.º 5010016780 e econtratos n.º 5010021530 (Concurso I e Concurso II, respetivamente), para, posteriormente, *(ii)* repartir entre si o mercado, fixando o nível de preços, mediante a partilha dos lotes constantes do procedimento concursal econtratos n.º 5010023098 (Concurso III), independentemente dos seus efeitos, diga-se. Com efeito, é dado objetivo que os dois acordos em causa têm por objeto a restrição da concorrência no mercado nacional da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, sendo ainda evidente que esses acordos foram executados e implementados pelas empresas visadas e que dos mesmos resultou uma distorção das regras de funcionamento concorrencial do mercado em que ocorreram os procedimentos concursais objeto dos presentes autos.

E as empresas visadas, ao adotarem os referidos dois acordos restritivos da concorrência, afetando a prestação de serviços de interesse público, de enorme importância para os utilizadores das ferrovias, acordos esses que, como se viu, abrangem a totalidade do território de Portugal continental e representando totalidade dos agentes económicos envolvidos à data dos factos, a totalidade do mercado, dúvidas inexistem em concluir-se pelo carácter sensível das restrições em apreço.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Sendo que, apresentando-se as visadas como líderes no mercado português, pertencentes a grandes grupos de empresas com dimensão internacional e presença noutros Estados-Membros, os seus comportamentos conduziram à alteração, em todo o território de Portugal continental, das condições concorrenciais na prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, sendo, por isso, suscetíveis de afetar o respetivo mercado nacional, anulando qualquer comportamento concorrencial por parte das únicas empresas que operavam no mercado em causa, e, subsequentemente, face à sua gravidade e dimensão, suscetíveis de produzir os mesmos efeitos no comércio entre os Estados-Membros, quando, ademais, a dinâmica e a estrutura concorrencial do mercado são fatores tidos em consideração por investidores internacionais no mercado nacional.

A par, evidenciou-se que as empresas visadas, aqui Recorrentes, agiram de forma livre, consciente e voluntária na prática das infrações que lhes são imputadas, atuando com dolo, na medida que representaram e aceitaram entre si os acordos que lograram obter, sendo o comportamento do Recorrente [redacted] elucidativo nesse sentido. Os seus pedidos reiterados para apagar as mensagens de correio eletrónico não podem ter outra explicação plausível, de acordo com a lógica e a com as regras da experiência comum, tendo em conta os visados nos e-mails em causa, demostrando a adoção e/ou implementação dos acordos celebrados pelas empresas visadas, ciente de que os comportamentos e eles inerentes violavam as regras de concorrência e que, como tal, eram ilícitos. Conclui-se, portanto, que as condutas adotadas pelas visadas é-lhes plenamente imputável, sendo típica e ilícita, expressamente proibida pelo artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência e pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, encontram-se preenchido também este elemento subjetivo do tipo.

Aproveita-se aqui para esclarecer que mostra-se infirmando o alegado pela FERGRUPO quando alega que, a conceber-se existir infração, tratar-se-ia apenas de uma única infração e não duas, porquanto apenas uma delas, a referente ao Concurso III, terá tido impacto no mercado. De facto, tratando-se de uma infração por objeto, isto é, um acordo horizontal, importa apenas concluir pela potencialidade do seu efeito nefasto e não pelo seu efeito concreto, como ocorreu nas duas situações descritas. Dúvidas inexistem, pois, estarmos perante duas infrações: *(i)* um acordo de fixação de preços relativamente à atuação das

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

empresas nos Concursos I e II, tal como previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da LdC; e *(ii)* um acordo de repartição de mercados, através da fixação do nível de preços e partilha de lotes no Concurso III, tal como previsto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º da LdC.

Por outro lado, não se evidenciaram os factos necessários, cujo ónus incumbia às Recorrentes, de modo a concluir-se por uma alegada "justificação de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas", nos termos em que se mostra prevista no artigo 10.º da LdC.

Destarte, as ora Recorrentes, Fergrupo e Somafel, em sentido semelhante, advogaram que os acordos em causa estariam justificados atendendo ao contexto económico e jurídico em que tais acordos teriam sido concluídos, nomeadamente, à luz dos reduzidos valores constantes dos três concursos em referência e da intenção das empresas visadas de apresentar proposta conjunta, em consórcio, juntamente com as restantes visadas pelo PRC/2016/6, no âmbito dos três concursos objeto do presente processo.

Neste sentido, as empresas visadas justificam, por um lado, os contactos entre todas as visadas pelo processo, com o propósito de a Neopul vir a integrar o consórcio CEMAV e, por outro lado, a apresentação de propostas acima do preço base, com o intuito de sinalizar à IP a impossibilidade de prestação dos serviços pelo preço proposto. Bem como sublinham o impacto que a intervenção do IP provocou no seu comportamento, ao comunicar-lhes, apenas 10 (dez) dias úteis antes de finalizar o prazo, a impossibilidade de apresentar proposta em consórcio no Concurso III. Esta circunstância, na sua perspetiva, obrigou-as a apresentar proposta individual sobre os lotes com localização geográfica coincidente com os lotes em que cada empresa visada já estava a prestar serviços no âmbito dos serviços de manutenção de via e de catenária, porquanto só assim conseguiriam assegurar a prestação dos serviços aos valores exigidos.

A prática concertada ou decisão de associação de empresas que preencha os requisitos do art. 101.º, n.º 1 do TFUE ou do art. 9.º, n.º 1 da LdC, ou seja, que caia no âmbito da proibição geral, pode ainda assim ser permitida por uma lógica de justificação económica. Em suma, entende-se que pode haver uma restrição da concorrência que acabe por ser positiva para o bem-estar dos consumidores. Para tal, é necessário que cumpra os quatro requisitos

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

cumulativos indicados tanto no art. 101.º, n.º 3 do TFUE como no art. 10.º, n.º 1 da LdC, isto é: ***(i)*** contribuir para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico; ***(ii)*** reservar aos utilizadores uma parte equitativa do benefício daí resultante; ***(iii)*** não impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos; e ***(iv)*** não dar às empresas em causa a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado em causa.

Ora, reportando-nos ao caso concreto, não se vislumbra em que medida o acordo evidenciado entre as empresas visadas dos concursos em crise não lhes tenha permitido eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado em causa, quando elas eram as únicas empresas pré-qualificadas, admitidas a concurso, no mercado de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga.

Destarte, as quatro empresas consorciadas, concorrentes entre si, diga-se, ao procurarem, desde logo, o alegado alargamento do consórcio CEMAV à única empresa pré-qualificada e que se encontrava fora dele, sabiam que com essa atuação estavam a eliminar a sua única concorrente, partilhando com ela os seus interesses e inerentes informações sobre a sua almejada atuação no mercado e procurando fazer com que ela atuasse de acordo com os desígnios de cada uma das empresas, do consórcio e da própria Neopul, que, como se viu, visava a aquisição dos contratos em causa pelo preço que consideravam mais ajustado às suas capacidades financeiras e nos locais mais ajustados às suas capacidades. De todo o modo, as empresas consorciadas não podiam ignorar, atendendo à sua vasta experiência em concursos públicos e às regras a eles inerentes, que a integração da única empresa concorrente no CEMAV nunca seria admissível por parte da IP, por força da eliminação total da concorrência no mercado em causa que a mesma implicaria.

Dessa forma, condicionaram a atuação da REFER/IP, propondo um valor acima do preço-base, sabendo, de antemão, isto é, antevendo, face à experiência que detinham em matéria dos concursos públicos, a sua exclusão e a inerente subsequente abertura de um novo procedimento concursal com um preço base mais elevado, como veio efetivamente a suceder, sendo que, até lá, por ajuste direto, continuaram a prestar o serviço com as condições que

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

aceitaram e que, por isso, lhes interessava. Não se concebe, para além do mais, atento o sentido pugnado pelas Recorrentes, a razão pela qual – mesmo após a IP esclarecer as concorrentes visadas, no âmbito do Concurso III, da impossibilidade de apresentarem propostas em conjunto – as empresas que formavam o CEMAV tiveram a necessidade de reunir, inclusive com a empresa não consorciada, isto é, com a Neopul, quando, de acordo com a sua versão, esta já havia declinado o convite para integrar o consórcio. De facto, outra conclusão não se extrai, de acordo com as regras da lógica e da experiência comum, senão a de que, diante do esclarecimento surpreendente da IP, as empresas que constituíam o CEMAV e a Neopul, entre o mais, procuraram redefinir, entre si, a estratégia a seguir nas propostas a apresentar nesse concurso, por forma a atingir o desiderato inicial, de entre de um dos cenários que já haviam delineado na reunião ocorrida em Julho do mesmo ano a respeito do Concurso II, que, como se viu, desertou, face à postura das mesmas empresas, e que conduziu ao lançamento de um novo concurso, o Concurso III, com o mesmo fim.

Desta forma, as empresas visadas, nas quais se incluem as empresas Recorrentes, distorceram as regras da concorrência, eliminando qualquer risco e incerteza e criando as condições mais vantajosas para si ou, pelo menos, menos prejudiciais, e que não resultavam do próprio funcionamento do mercado, discutindo e acordando os preços a apresentar e a estratégia quanto aos lotes a concorrer. O resultado do concurso o evidenciou, conforme a própria IP desconfiou e o Tribunal de Contas denunciou.

Diante do exposto, face à necessidade da evidenciação cumulativa dos quatro requisitos supra assinalados e não se verificando, desde logo, que o comportamento assumido pelas empresas visadas não deu às mesmas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado em causa, pelo contrário, o mesmo não se apresenta justificável, quedando-se prejudicada a análise dos demais argumentos invocados, sendo que os mesmos, a verificarem-se, nunca se mostrariam bastantes para justificar o cartel objetivamente constatado.

Sem prejuízo do exposto, importa realçar que o alegado contexto de crise económica que se fazia sentir à data dos lançamentos dos concursos, facto notório e por isso não carecido de ser elencado na factualidade, e a alegada baixa contínua dos preços lançados pela

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

REFER/IP, não justifica ou legitima *de per si* qualquer atuação ilícita das empresas visadas, porquanto se sabe que é precisamente nos momentos de crise financeira que surgem as práticas restritivas à concorrência com vista à minimização dos prejuízos dela resultantes, através da eliminação do risco, da imprevisibilidade, da concorrência, como sucedeu no caso em apreço.

Conforme sinalizado pela AdC na decisão em crise, decorre da jurisprudência europeia que "*(...) como a Comissão correctamente indicou, regra geral, os cartéis nascem no momento em que um sector tem dificuldades*[61]." e que, "[a]*inda quanto à crise económica excecional no mercado automóvel no momento da adoção da decisão impugnada, que teria agravado de forma significativa o impacto real da coima na Saint-Gobain, esse facto, admitindo-o demonstrado, é irrelevante para o caso. Com efeito, resulta de jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que, na determinação do montante da coima, a Comissão não tem que levar em conta a situação financeira deficitária de uma empresa, pois isso equivaleria a oferecer uma vantagem concorrencial injustificada às empresas menos adaptadas às condições do mercado (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de junho de 2006, SGL Carbon/Comissão, C-308/04 P, Colet., p. I-5977, n. o 105; v. acórdão do Tribunal Geral de 29 de novembro de 2005, Union Pigments/Comissão, T-62/02, Colet., p. II-5057, n. o 175, e a jurisprudência aí referida). 386. A este respeito, é irrelevante que essas dificuldades financeiras, que se podem concretizar por uma degradação dos indicadores económicos e contabilísticos da empresa ou mesmo por uma situação financeira deficitária, tenham origem num contexto de crise que afete os mercados em que essa empresa tem atividade. 387. Em primeiro lugar, essa crise, em princípio, tem maior impacto nas empresas menos adaptadas às condições do mercado. Em segundo lugar, uma eventual obrigação de a Comissão tomar em consideração qualquer situação de crise económica para reduzir o montante das coimas aplicadas em matéria de infrações ao artigo 81. o , n. o 1, CE poderia afetar significativamente a eficácia da proibição contida nessa disposição, uma vez que é frequente os cartéis nascerem nos momentos em que um setor tem dificuldades* (vide, neste sentido,

[61] cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) proferido em 29.04.2004 no âmbito do Processo Tokai *Carbon Co. LTD* e Outros contra Comissão das Comunidades Europeias, T-236/01, T-239/01, T-244/01 A T-246/01, T-251/01 E T-252/01, n.º 345.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

acórdão do Tribunal Geral de 6 de maio de 2009, KME Germany e o./Comissão, T-127/04, Colet., p. II-1167, n. o 122).[62]".

Por outro lado, bem vistas as coisas, em virtude da não adjudicação da prestação de serviços no âmbito dos concursos lançados, verificou-se, por um lado, um incremento de preços no que respeita aos ajustes diretos referentes à prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, lançados pela REFER/IP em 2014 e 2015 e, por outro, um aumento do preço contratual máximo, inicialmente estabelecido pela REFER/IP, de que é evidente o preço proposto no âmbito do Concurso III.

E, relativamente aos ajustes diretos, decorre dos esclarecimentos prestados pela REFER/IP ao pedido de elementos da AdC o seguinte: "[m]*antendo em vista a contratação com abertura ao mercado, promovendo a concorrência, e face ao resultado do contrato de 2014, foi desenvolvido novo procedimento de concurso limitado ao abrigo do sistema de qualificação (EC 5010016780), em 2 lotes e para um período de 31 meses com inicio em 2015, consultando já os cinco qualificados. Do objeto deste procedimento foi excluída da prestação de serviços a componente de manutenção preventiva sistemática (MPS) Inspeção, conforme determinado pelo estudo, e os preços base das componentes de MPS Execução, manutenção preventiva condicionada (MPC) e manutenção corretiva (MC) foram fixados nos valores obtidos para o contrato 5010014694 (2014). No âmbito do EC 5010016780 foram recebidas duas propostas do consórcio CEMAV para cada um dos lotes, e uma proposta da Neopul para o lote 2, todas com valores acima do preço base. Esta situação, de ausência de resposta por parte do mercado, não poderia ser prevista com exatidão não obstante o exercício de revisão de preços base efetuado, que não se manifestou, contudo, suficiente. Assim, sendo necessário dispor de uma ferramenta que garantisse a continuidade da execução da atividade de manutenção neste conjunto de Ativos com elevada criticidade para a segurança da circulação ferroviária, tendo ainda em consideração a condicionante do tempo necessário ao desenvolvimento de um procedimento de contratação, em estrito cumprimento do disposto no CCP, constituindo-se o procedimento por Ajuste Direto, o único*

[62] cf. Acórdão do Tribunal Geral (Segunda Secção) proferido em 27.03.2014 no âmbito do processo Saint-Gobain Glass France Sa e o. Contra Comissão Europeia, T-56/09 E T-73/09, N.OS 385-387.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

cujo tempo de contratação se coadunava com a urgência imperiosa de outorga de contrato, que se veio a concretizar através do EC 5010020056, e pelo período de um ano, destinado ao lançamento de nova iniciativa por recurso a concorrência Pese embora os preços apresentados pelo consórcio CEMAV no âmbito do EC 5010016780 serem superiores aos fixados para o ajuste direto, o consórcio aceitou as condições contratuais desse ajuste direto que não configuram alterações ao preço base fixado para o procedimento EC 5010016780."(fls 899 a 1383).

Relativamente ao incremento dos preços base concurso após concurso, veja-se que: ***(i)*** no Concurso I, que visava a contratação dos serviços durante o período de 31 meses e incluía dois lotes, o Lote 1 "gestão norte" e o Lote 2 "gestão sul", o preço base de cada um dos lotes estabelecido foi de € 2.569.060 e € 2.371.440 respetivamente; ***(ii)*** no Concurso II, para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional durante o período de 24 meses, dividido em cinco lotes, o preço base total foi de € 4.319.839,20 e ***(iii)*** no Concurso III, que visava a aquisição de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, dividido em cinco lotes, consoante as zonas do país, para o período 2016-2017, o pelo preço base contratual máximo total foi de € 4.927.161,17, acrescido de IVA, repartido pelos seguintes valores: Lote 1 - € 1.251.480,61; Lote 2 - € 1.244.036,68; Lote 3 - € 820.068,75; Lote 4 - € 299.792,93; Lote 5 - € 1.312.693,39.

Ora, este concurso III, que era equivalente ao concurso anterior, já envolveu uma revisão face ao procedimento concursal anterior, com um aumento real de 14%. Significa isto que, não obstante os constrangimentos orçamentais invocados, a apresentação de propostas com valores superiores ao preço base contratual estabelecido pela REFER/IP motivou, posteriormente, a revisão e o aumento do preço base máximo.

Por outro lado, quanto à invocada justificação da constituição do CEMAV como o meio mais eficaz para otimização de custos e aproveitamento de sinergias, diante da crise financeira vivida em 2008, que acarretou consequências negativas no setor ferroviário nacional, de que é exemplo a degradação dos preços base dos concursos, cumpre referir que não está em causa a conformidade legal da sua constituição mas, tão somente, a utilização que lhe foi dada pelas consorciadas e não consorciadas e a atuação do consórcio CEMAV fora do

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

âmbito para o qual foi constituído, como já se explicou. Destarte, não obstante a constituição do consórcio e as sucessivas prorrogações, a sua operacionalização extravasou aquilo que era o seu âmbito material e temporal, a ponto de o objeto inicial para o qual foi constituído não poder justificar a sua continuidade ou mesmo as tentativas de alargamento de consorciados, no caso, da única empresa elegível, concorrente no mercado.

Ora, o consórcio CEMAV permitiu às Recorrentes *medir* a pressão concorrencial que pudessem ou não vir a sofrer por parte de concorrentes externos e, nessa medida, antecipar propostas. Não obstante as empresas membro do consórcio CEMAV terem sido convidadas a título individual para apresentar proposta aos concursos I e II, o consórcio permitiu às consorciadas discutir, combinar e apresentar propostas com preços superiores comparativamente aos preços base apresentados nos concursos, visando um incremento do preço base por parte da entidade adjudicante (que se verificou aquando do Concurso III, tendo o preço base aumentado cerca de 14%). Ao abrigo da regularidade formal da constituição do consórcio, as consorciadas e a Neopul conseguiram delinear o plano de atuação para efeitos do Concurso III, discutir e planear os preços que iriam apresentar e as suas variações, de maneira a que saísse vencedora a proposta cujo preço apresentado era *colado* ao preço base, consoante o lote em causa. Mais, através das reuniões mantidas pelo consórcio, os Recorrentes alegam que, a dado momento, travaram um contacto exploratório com a Neopul no sentido de a mesma aderir ao consórcio. Contudo, essa circunstância, para além de não figurar dentro das razões subjacentes à constituição do consórcio CEMAV, permitiu às consorciadas reduzir a incerteza e o risco inerentes a eventuais comportamentos futuros que concorrentes pudessem adoptar ou não no mercado, prevendo-os. Ademais, não resulta dos elementos constantes dos autos prova do alegado propósito de apresentar proposta em consórcio por todas as empresas visadas pelo PRC/2016/6, incluindo a Neopul, nos subsequentes concursos lançados pela REFER/IP. Também não consta dos autos qualquer referência sobre as possíveis razões sobre a indisponibilidade da Neopul para integrar o consórcio CEMAV. E, pese embora o Concurso III não admitisse a participação na modalidade de agrupamento, a constituição e o funcionamento do consórcio CEMAV

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

permitiu, juntamente com a não consorciada Neopul, antecipar e desenhar a estratégia de participação no Concurso em causa.

Ora, objetivamente analisado, somos a concluir, tal como na decisão recorrida, que o consórcio CEMAV, de aparência legal, foi utilizado como veículo e sede de discussão e de acordo da estratégia de coordenação implementada no âmbito dos concursos em causa.

Inexistem, por conseguinte, causas de exclusão ou de justificação da ilicitude, impondo-se por força, por um lado, da improcedência dos argumentos esgrimidos pelas empresas visadas e pelos seus responsáveis diretos e, por outro, da procedência da factualidade da AdC, a manutenção da decisão recorrida quando concluiu que a FERGRUPO e a SOMAFEL cometeram as duas infrações que lhe são imputadas, devendo, por conseguinte, por causa delas, ser sancionadas.

Quanto à responsabilidade dos Recorrentes [redacted] e [redacted], resultou provado que, à data dos factos que consubstanciam as infrações em causa, eram titulares dos órgãos de administração e/ou direção das empresas visadas, isto é: [redacted] era vogal do conselho de administração e diretor geral da Fergrupo; e [redacted] era diretor geral da Somafel.

Apurou-se ainda que os mesmos não apenas tiveram conhecimento direto das práticas ilícitas imputadas às empresas visadas, como participaram na adoção e/ou implementação das mesmas. Com efeito, eles eram, à data dos factos, os responsáveis pela adoção de todas as decisões, relativamente à participação da respetiva empresa visada que representam e representavam, nos procedimentos concursais lançados pela REFER/IP para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via. Deste modo, conheciam e participaram na elaboração dos acordos adotados pelas empresas visadas, para o efeito da sua participação nos referidos concursos.

Neste contexto, constatou-se que os [redacted] e [redacted] representaram as respetivas empresas visadas nos contactos e reuniões realizadas entre as mesmas, para definir, coordenar e implementar os acordos restritivos da concorrência imputados às empresas visadas destinatárias da presente Decisão, não tendo adotado, ao longo de todo o período

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

correspondente ao âmbito temporal das infrações, medidas para fazer cessar as infrações imputadas às empresas visadas que representam.

Assim sendo, diante da factualidade evidenciada, conclui-se que [redacted] e [redacted] são autores de dois ilícitos contraordenacionais previstos e puníveis nos termos do n.os 2 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, por terem tido conhecimento direto e intervenção pessoal nas práticas restritivas da concorrência imputadas às empresas visadas, de cujos órgãos de administração ou direção eram membros à data dos factos que consubstanciam as infrações, bem como por não terem adotado qualquer diligência ou medida tendente à sua cessação imediata, o que fizeram intencionalmente, atuando, assim, como culpa na modalidade de dolo direto.

Mostram-se, assim, preenchidos os elementos necessários ao preenchimento do tipo objetivo e subjetivo previsto no n.º 6 do artig 73.º da LdC, devendo, por conseguinte, ser sancionados.

**

DA ESCOLHA E DETERMINAÇÃO DA SANÇÃO

As Recorrentes FERGRUPO e SOMAFEL praticaram duas infrações, previstas no artigo 9.º, n.º 1, als. a) e c) da Lei n.º 19/2012, de 08-05 [LdC] e no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, sancionadas com coima, nos termos do disposto no artigo 68.º, n.º 1, alínea a) daquela Lei.

A AdC condenando as referidas empresas na prática das referidas infrações, condenou-as nas seguintes sanções:

FERGRUPO:

- No pagamento da coima única no valor de € 870.000, pela prática de duas contraordenações, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 9.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05, bem como do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, correspondente às seguintes coimas parcelares:
- ✓ € 503.000, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

- ✓ € 367.000, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015;
- ➢ Na sanção acessória de publicação de um extrato da Decisão na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, a seu encargo, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar do seu trânsito em julgado;
- ➢ Na sanção acessória de privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública, cujo objeto abranja exclusivamente prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, durante o período de 2 (dois) anos, a contar do trânsito em julgado da Decisão.

SOMAFEL:

- ➢ No pagamento da coima única de € 925.000, pela prática de duas contraordenações, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 9.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05, bem como, do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, correspondente às seguintes coimas parcelares:
- ✓ € 547.000, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;
- ✓ € 378.000, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015;
- ➢ Na sanção acessória de publicação de um extrato da Decisão na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, a seu encargo, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar do seu trânsito em julgado;
- ➢ Na sanção acessória de privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública, cujo objeto abranja exclusivamente prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, durante o período de 2 (dois) anos, a contar do trânsito em julgado da Decisão.

Desde logo, importa analisar a questão colocada por ambas as Recorrentes em sentido semelhante, a título de questão prévia, mas que se relegou para este momento, assente no entendimento de que a AdC na decisão proferida violou os princípios da igualdade, da proporcionalidade, confiança legítima e boa fé ao decidir aplicar-lhe uma coima única de valor superior ao proposto em sede de transação, ponderada na fase de instrução, e duas sanções acessórias, que não havia conjeturado nessa fase, quando, ademais, desde então, não

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

sobrevieram aos autos novos elementos de facto e de direito que justificasse alterar a posição ali assumida.

Pese embora o Tribunal se tenha distanciado da decisão da AdC na determinação concreta das coimas parcelares e na coima única, quanto aos seus valores, na medida que relevou de forma diversa os fatores considerados nessa operação, para além de os ter alargados a outros que não haviam sido ponderados naquela decisão, consideramos não assistir razão às Recorrentes quanto à referida alegação.

Destarte, conforme bem aduziu a AdC na resposta que apresentou à dita violação, nas alegações escritas apresentadas em Juízo, na adoção da Decisão em sede do procedimento ordinário, a AdC não se encontra vinculada aos termos da Minuta de Transação, razão pela qual não podem as Recorrentes vir invocar qualquer confiança legítima.

Não obstante o princípio da confiança legítima e da boa fé serem um dos princípios fundamentais da Comunidade, reconhecidos a qualquer operador económico em cuja esfera a administração tenha feito surgir esperanças fundadas, por garantias precisas que lhe tenha dado, o procedimento de transação, no que ora releva, é um procedimento alternativo e totalmente distinto do processo ordinário, com caraterísticas e regras específicos, tal como se depreende do disposto no artigo 27.º da LdC, sendo que, quando a empresa não apresente uma proposta de transação ou quando os esforços para concluir a transação falhem, aplica-se o procedimento ordinário, que é regulado pelas suas próprias regras, e não pelas regras da transação, assistindo aos visados, no âmbito desse processo, o direito de contestar os factos apurados pela AdC e a sua interpretação da prova, esgotando todos os prazos à sua disposição até à decisão final. Estando a AdC, neste procedimento, unicamente vinculada pela nota de ilicitude ("NI"), que não estipula o valor concreto das coimas a aplicar, devendo ao longo do procedimento tomar em consideração os elementos novos levados ao seu conhecimento.

No presente caso, as Recorrentes Fergrupo e Somafel apresentaram, cada uma, uma proposta de transação, cujos termos incluíam o valor da coima a que as Visadas se propunham sujeitar, as quais foram avaliadas e aceites pela AdC. Contudo, nenhuma das Visadas chegou a confirmar a Minuta de Transação, pelo que o procedimento ordinário seguiu o seu curso, conforme as disposições que o regulam, não podendo os termos das transações malogradas

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

constituírem qualquer critério, garantia ou referência suscetíveis de condicionar o procedimento ordinário, ou seja, os termos incluídos na Minuta de Transação não representam nem podem representar informações precisas, incondicionais e concordantes fornecidas pela AdC, na medida em que os mesmos apenas se aplicariam caso a Minuta de Transação fosse confirmada pelas ora Recorrentes e se convolasse em decisão definitiva condenatória, o que não sucedeu.

Conforme o TJUE já teve oportunidade de se pronunciar a respeito, no Acórdão *Timab*[63]:

"*o montante da coima não deve, em caso nenhum, ser mais elevado do que o montante correspondente ao limite superior (acrescido de 10%) do leque de coimas que lhes tinha sido comunicado com vista a uma transação."*[64]. (...) *No caso em apreço, as recorrentes decidiram interromper as discussões que visavam a transação. Como acertadamente salientaram, as recorrentes dispunham em absoluto do direito de o fazer. A este respeito, há que observar que o procedimento de transação é um procedimento voluntário (v. n.° 120, infra) e, além disso, distinto do procedimento ordinário. O ponto 19 da comunicação sobre a transação dispõe que, quando uma empresa se retira do procedimento de transação, isto é, no caso em que não apresenta uma proposta de transação, a instrução do processo que leva à decisão final desenrolar-se-á em conformidade com as disposições gerais, nomeadamente n.° 2 do artigo 10.° (resposta à comunicação de acusações), o n.° 1 do artigo 12.° (audição), e o n.° 1 artigo 15.° (acesso ao dossier), do Regulamento n.° 773/2004, e não com as disposições que regem o procedimento de transação*. (...) *importa sublinhar que o leque de coimas é um instrumento única e especificamente ligado ao procedimento de transação. O artigo 10.°-A, n.° 2, do Regulamento n.° 773/2004 faculta expressamente aos serviços da Comissão a possibilidade de informar os participantes que queiram iniciar discussões com vista a uma transação, uma estimativa do montante da coima que lhes será aplicada tendo em conta as modalidades previstas nas orientações para o cálculo das coimas, as disposições da*

[63] Acórdão do Tribunal Geral de 20 de maio de 2015, no proc. n.º T-456/10, *Timab Industries e Cie financière et de participations Roullier (CFPR)/ Comissão*.

[64] *Ibid*, §§56.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

comunicação sobre a transação e da comunicação sobre a cooperação, se for caso disso. A lógica subjacente a estas disposições é que, como resulta do considerando 2 do Regulamento n.° 622/2008 e do ponto 16 da comunicação sobre a transação, o leque de coimas e os restantes elementos devem ser levados ao conhecimento da empresa em causa para que esta possa utilmente pronunciar-se sobre os elementos tidos em conta pela Comissão e, assim, com conhecimento de causa, decidir transigir ou não. Se a empresa decide transigir, apresentará, no prazo fixado pela Comissão, uma proposta de transação, na qual reconhece a sua responsabilidade na infração e que reflete os resultados das discussões levadas a cabo para esse efeito, designadamente uma indicação do montante máximo das coimas que espera que a Comissão lhe aplique, e que aceitaria no âmbito do procedimento de transação. Sendo a notificação, por escrito, de uma comunicação de acusações uma etapa obrigatória antes da adoção de uma decisão final, a Comissão apresentará, em seguida, uma comunicação de acusações que reflete a proposta de transação e a empresa em causa responde a esta comunicação confirmando que esta corresponde ao teor da sua proposta (v. n.° 69, supra). Se a empresa não apresentar uma proposta de transação, o procedimento que conduz à decisão final é regulado pelas disposições gerais do Regulamento n.° 773/2004, e não pelas que regulam o procedimento de transação. Tal como já foi acima salientado, trata-se aqui de uma situação dita «tabula rasa», na qual as responsabilidades devem ainda ser determinadas. Daí resulta igualmente que o leque comunicado durante o procedimento de transação é irrelevante, sendo este um instrumento próprio deste procedimento. Por conseguinte, é ilógico, e mesmo inadequado (v. n.° 100, supra), a Comissão ser obrigada a aplicar, ou a tomar como referência, um leque de coimas abrangido por um outro procedimento entretanto abandonado. Na mesma lógica, nenhuma obrigação de fundamentação mais pesada incumbe à Comissão quando esta recorre ao procedimento de transação, posteriormente abandonado, com vista a facilitar a resolução dos litígios, do que aquela que lhe incumbe quando adota uma decisão ao abrigo do procedimento ordinário. Por conseguinte, o argumento das recorrentes segundo o qual o montante da coima que lhe foi aplicada não deveria, em nenhum caso, ser mais elevado do que o montante correspondente ao limite superior do leque

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

de coimas que lhes tinha sido comunicado com vista a uma transação, acrescido de 10% em razão da não aplicação da comunicação sobre a transação, não pode vingar".

Pelo exposto, atentas as circunstâncias específicas do presente caso, o argumento das Recorrentes quanto à violação do princípio da confiança legítima e da boa-fé improcede.

Quanto à alegada violação do princípio da igualdade entre as visadas, sustentada na ideia de que o agravamento do montante da coima e a aplicação de sanções acessórias, não aplicadas às visadas que decidiram transigir com a AdC, sem que se tenham verificado elementos novos que o justifique, conferindo, assim, um caráter punitivo à opção de não transação, também não procede.

Como é sabido, o princípio da igualdade tem assento constitucional e europeu, estando assente pela jurisprudência do TJUE que o mesmo exige que situações comparáveis não sejam tratadas de forma diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de forma igual, a não ser que esse tratamento seja objetivamente justificado.[65]

Os procedimentos de transação que culminaram com as decisões finais em relação às empresas co-visadas Neopul, Mota-Engil e Futrifer, não são (e não devem ser) necessariamente transponíveis para a Decisão adotada quanto às Recorrentes Somafel e Fergrupo: trataram-se de desfechos processuais distintos que, por via dessa diferença, requerem, por força do aclamado princípio da igualdade, tratamento distinto. O procedimento de transação pressupõe a admissão dos factos, assim como a assunção da responsabilidade pelas empresas que nele participam, o que se traduz, desde logo, numa redução das necessidades de prevenção especial inerentes à condenação e aplicação de sanções a estas Visadas.

Por último, quanto à alegada violação do princípio da proporcionalidade, nas suas vertentes de princípio de adequação, necessidade e proporcionalidade, na sanção aplicada pela AdC, sem prejuízo de tudo o quanto já exposto a propósito dos demais princípios, reitera-se que, em sede do procedimento ordinário, a AdC tem a possibilidade de determinar responsabilidades e, assim, aplicar as sanções que considere adequadas, proporcionais e

[65] Acórdão de 14 de maio de 2014, processo, T-406/09, *Donau Chemie/Comissão*.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

necessárias à infração em causa, não se encontrando vinculada por nada mais do que o exposto na Nota de Ilicitude. Logo, quaisquer soluções adotadas nas Minutas de Transação das outras co-visadas não se transpõem necessariamente para a Decisão, uma vez que têm em consideração um contexto específico e o momento da sua apresentação. Nada havendo a apontar à atuação da AdC na condenação das Recorrentes nas coimas e nas sanções acessórias concretamente aplicadas, analisemos o seu mérito.

A coima funciona como uma "mera «admonição», como mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas"[66]. Por conseguinte, devem ser estranhas à aplicação e determinação da medida da coima exigências de "retribuição ou expiação de uma culpa ética"[67], bem como de ressocialização do agente[68], pelo que esta sanção "desempenha uma função geral negativa e de prevenção especial negativa"[69].

Estes fins devem ser alcançados, sem prejuízo das circunstâncias relevantes para a aferição da culpa, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do RGCO, em função dos critérios previstos no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio [LdC] e que são os seguintes:

- A gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional;
- A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração;
- A duração da infração;
- O grau de participação do visado pelo processo na infração;
- As vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas;
- O comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, nomeadamente através do pagamento de indemnização aos lesados na sequência de acordo extrajudicial;
- A situação económica do visado pelo processo;

[66] FIGUEIREDO DIAS, O *Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, in Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, 1998, pág. 30.
[67] *Idem.*
[68] *Idem*. No mesmo sentido, veja-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Regime* …, pág. 84.
[69] PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pág. 84.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

- Os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência;
- A colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

Sendo que, no caso da contraordenação em causa, prevista no artigo 68.º, n.º 1, al. a) da mesma Lei, *a coima determinada não pode exceder 10 /prct. do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, por cada uma das empresas infratoras ou, no caso de associação de empresas, do volume de negócios agregado das empresas associadas.*

Devendo a AdC adotar, ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, linhas de orientação contendo a metodologia a utilizar para aplicação das coimas, de acordo com os critérios definidos na presente lei, conforme resulta do n.º 8 do referido artigo 69.º, por forma a introduzir um maior grau de certeza jurídica, previsibilidade e transparência na atuação sancionatória da AdC, conferindo aos agentes económicos as informações necessárias à compreensão do método utilizado pela Autoridade na determinação das coimas aplicadas, as quais oferecem uma orientação de índole geral, preservando o grau de amplitude necessário das coimas às particularidades de cada caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, refletindo ainda as boas práticas e a jurisprudência da União Europeia nesta matéria por forma a assegurar consistência e uniformidade na aplicação das regras de concorrência no espaço da União.

Expostos os parâmetros gerais a considerar e sob a moldura contraordenacional referida, importa determinar a medida concreta da sanção a aplicar a cada uma das Recorrentes por cada uma das infrações cometidas, por referência aos fatores aludidos.

Cumpre, desde logo, salientar, no que respeita às exigências de prevenção geral, que as mesmas são entendidas como um instrumento de política sancionatória destinado a atuar sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de ilícitos, atuando em duas vertentes: através da manutenção ou reforço da confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos (prevenção geral positiva ou de integração), e através da intimidação causada à generalidade dos agentes, devido ao prejuízo que a sanção causa ao infrator e que os leva a não cometer atos puníveis (prevenção

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

geral negativa ou de intimidação), apresentando-se atualmente como prioridade a atuação dinâmica e robusta na deteção, investigação e punição de práticas que distorcem o funcionamento dos mercados, nomeadamente cartéis, considerada a mais grave para a concorrência, diante dos seus efeitos danosos para os consumidores. Pelo que, as necessidades de prevenção geral, no caso, são elevadas.

Por outro lado, as exigências de prevenção especial, assenta na ideia de que a coima é um instrumento de atuação preventiva sobre o infrator, com o fim de evitar que, no futuro, este cometa novos ilícitos. A prevenção especial atua, quer ao nível da intimidação individual do agente para que este não repita o facto praticado (prevenção especial negativa), quer através da criação de condições para que este atue de harmonia com as regras jurídicas (prevenção especial positiva). No caso, a FERGRUPO opera mercado desde o ano 1989, data em que foi constituída; é considerada uma das líderes no mercado português e, por isso, com responsabilidades acrescidas no exemplo a dar às demais no cumprimento das regras da concorrência. E a SOMAFEL, operante no mercado desde 1957, também é considerada uma das líderes no mercado, pertencente a grandes grupos de empresas com dimensão internacional e presença noutros Estados-Membros, com responsabilidades acrescidas no exemplo a dar às demais no cumprimento das regras da concorrência. Pelo que, as exigências de prevenção especial também se mostram relevantes.

Deve ainda atender-se ao desvalor da ação e ao resultado da mesma, bem como à intensidade da realização típica, sendo que, entre essas circunstâncias, se considera, no que toca à ilicitude, o grau de violação ou o perigo de violação do interesse ofendido, o número de interesses ofendidos e suas consequências, a eficácia dos meios utilizados; no que toca à culpa, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, o grau de intensidade da vontade, os sentimentos manifestados no cometimento do ilícito, os fins ou motivos determinantes, a conduta anterior e posterior.

Estes elementos permitirão concretizar, dentro da medida abstrata da coima, o *quantum* a aplicar no caso concreto.

Assim, quanto à gravidade das infrações objeto dos autos, as mesmas são consideradas muito graves. Traduzem-se num acordo de fixação do nível dos preços e num acordo de

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

repartição do mercado e de fixação do nível dos preços, entre as empresas visadas, com o objeto de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, ou seja, em restrição à concorrência horizontal de tipo "cartel", o que pode afetar de forma especialmente grave o bom funcionamento do mercado. Com efeito, as práticas adotadas permitiram às empresas visadas reduzir a incerteza quanto ao comportamento futuro das suas concorrentes, alterando assim as condições concorrenciais no mercado, mediante prévia divulgação e articulação da sua estratégia e da conduta comercial de cada uma das empresas visadas. Acresce que, como se evidenciou, as infrações em causa afetam todo o território de Portugal Continental, representando as empresas visadas conjuntamente, à data dos factos que consubstanciam as infrações em causa, a totalidade da oferta do mercado em causa.

Neste sentido, veja-se a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia, a respeito das práticas em causa no presente processo: "[…] *as infrações que consistam na fixação de preços e na repartição de mercados […] devem ser consideradas particularmente graves pois comportam uma interferência direta nos parâmetros essenciais da concorrência no mercado em causa"* [70]; a "[…] *natureza da infração tem um papel primordial, nomeadamente na caracterização das infrações 'muito graves'. A esse respeito, resulta da descrição das infrações muito graves nas orientações que os acordos ou práticas concertadas que se destinem, nomeadamente, como no presente caso, à fixação dos preços podem, só pela sua própria natureza, levar à qualificação de 'muito graves', sem que seja necessário caracterizar esses comportamentos através de um impacto ou de um alcance geográfico particular*[71]. (sublinhado nosso).

Quanto à natureza e dimensão do mercado afetado pelas infrações, conforme resulta da factualidade provada, o comportamento das empresas Recorrentes desenvolveu-se no mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, abrangendo todo o território nacional, Portugal Continental, pelo que, estamos perante um mercado de dimensão nacional em que as empresas envolvidas nos

[70] cf. Acórdão do Tribunal Geral, de 11 de março de 1999, no processo T-141/94, *Thyssen Stahl*, considerando 675. Disponível em *www.curia.eu*
[71] Cf. Acórdão do Tribunal Geral, de 28 de abril de 2010, processos T-456/05 e 457/05, *Gütermann AG*, considerando 137. Disponível em *www.curia.eu*

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

acordos objeto do processo, no período da infração, constituíam, a totalidade da oferta do mesmo.

Relativamente à duração das infrações, cumpre dizer que as empresas visadas praticaram duas infrações permanentes, mais concretamente:

- ✓ Uma infração pelo facto de as empresas visadas terem participado no acordo de fixação do nível dos preços da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, que durou desde 05/11/2014, aquando da reunião realizada no âmbito do procedimento concursal econtratos n.º 5010016780 (Concurso I), referida por [redacted] da Futrifer – facto «82.» -, até 05/08/2015, data limite estabelecida pela IP para apresentação de propostas no âmbito do procedimento concursal n.º 5010021530 (Concurso II), ou seja, durante nove meses. Cumprindo aqui esclarecer que, conforme resultou evidenciado, independentemente da Somafel não ter estado representada nas reuniões realizadas nos dias 05/11/2014 e 10/07/2025, a mesma estava inteirada das mesmas, do seu objeto, tendo adotado a estratégia daí resultante, à semelhança das demais visadas, não se demarcando das mesmas, conforme resultou das propostas apresentadas nos concursos em causa e dos demais elementos carreados para os autos.
- ✓ Uma infração pelo facto de as empresas visadas terem participado no acordo de repartição do mercado e fixação dos preços da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, que durou desde 17/11/2015, data do e-mail enviado pela Futrifer às demais empresas visadas, entre as quais as qui Recorrentes, a convoca-las para uma reunião para delinear o plano de atuação no Concurso III – facto «128.» – e até 01/12/2015, data de apresentação da última proposta elaborada de maneira concertada, com base na estratégia desenhada pelas visadas pelo processo, no âmbito do procedimento concursal n.º 5010023098 (Concurso III), ou seja, durante quinze dias.

Quanto ao grau de participação das empresas visadas, as mesmas intervieram ativamente, enquanto autoras das infrações em causa, reconhecendo-se, contudo, que a FERGRUPO, através de [redacted], teve um papel mais ativo do que a SOMAFEL,

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

através de [redacted], de que são expressão, por um lado, os e-mails referenciados nos factos provados e, por outro, a não representação da SOMAFEL em todas as reuniões realizadas, diferentemente do que sucedeu com a FERGRUPO, que esteve sempre representada.

Quanto às vantagens de que beneficiaram as infratoras, pese embora não se tenham apurado o lucro concreto extraído por cada uma das infrações, certo é que ambas as empresas retiraram vantagens das mesmas, permitindo reduzir a incerteza quanto ao modo como avaliavam o funcionamento do mercado e quanto ao comportamento futuro das suas concorrentes, ajustando as suas estratégias individuais em conformidade, e, como tal, alterar as condições concorrenciais no mercado e coordenar, deste modo, o seu comportamento no mercado, em seu exclusivo benefício e em detrimento não só dos seus concorrentes mas dos próprios consumidores. A alteração das condições concorrenciais no mercado representa, pois, uma clara vantagem para as empresas visadas, uma vez que constitui para estas uma garantia de não concorrência, ou de falseamento da concorrência, de que elas serão as principais beneficiárias.

A par, não se evidenciou qualquer comportamento assumido por parte das visadas com vista à eliminação das práticas restritivas da concorrência constatadas ou reparação dos prejuízos daí advindos.

De acordo com os seus relatórios e contas e sendo elas pertencentes a grandes grupos empresas, não apresentam dificuldades económico-financeiras, tendo, de acordo com a factualidade evidenciada, no ano de 2019, imediatamente antecedente ao ano em que foi proferida decisão sob recurso, apresentado os seguintes volumes de negócios, de acordo com as informações por ela prestadas:

i) FERGRUPO: € 14.000.000,00;
ii) SOMAFEL: € 24.134.252,00.

Por outro lado, ambas as empresas são primárias, não lhes sendo conhecidos quaisquer antecedentes contraordenacionais jusconcorrenciais, tendo colaborado com a AdC, conforme a mesma reconhece na decisão em crise, designadamente aquando das diligências de busca,

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, ou de diligências de obtenção de prova consubstanciadas em pedidos de elementos que lhes foram endereçados, atuando, por conseguinte, em conformidade com as normas aplicáveis e em cumprimento do seu dever legal.

A par, não podemos deixar de reconhecer que a conduta da REFER/IP nos concursos em crise, de certa forma, concorreu para a conduta assumida pelas visadas nos concursos em causa, sem que com isto se mostre justificada ou desculpabilizada a atuação censurável das visadas, objetivamente observável, quando as mesmas poderiam e deveriam ter assumido um comportamento distinto, nos termos deixados consignados na apreciação que se fez a respeito na subsunção dos factos ao Direito aplicável.

De facto, não podemos ignorar as recomendações do Tribunal de Contas à entidade adjudicante, não acatadas, a respeito dos concursos em causa, nos termos que se passam a transcrever: "Recomenda-se, no entanto, que em futuros procedimentos a entidade adjudicante se abstenha de fixar preços mínimos ou outras cláusulas que limitem a concorrência, não observando o regime do preço anormalmente baixo." (sic) – vide fls. 32 verso e 33. Ora, a REFER/IP ao lançar os concursos em apreciação nas condições em que o fez, fixando um preço mínimo e permitindo que as visadas, que atuavam num verdadeiro oligopólio no mercado em causa, se agrupassem, pese embora pré-qualificadas individualmente, não obstante alertada para as consequências que daí pudessem advir, permeabilizou a atuação das visadas nos termos demonstrados.

Tudo ponderado, entende-se que são proporcionais à gravidade dos factos, suportadas pelo grau de culpa das Recorrentes, necessárias, adequadas e suficientes para satisfazer as exigências de prevenção geral e especial reclamadas pelo caso e compatíveis com a situação económico-financeira das Recorrente, fixar as seguintes coimas parcelares:

- <u>À FERGRUPO</u>
  - ✓ € 450.000,00, pela infração cometida no período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015;
  - ✓ € 315.000,00, pela infração cometida no período compreendido entre 17/11/2015 e 01/12/2015.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

- <u>À SOMAFEL</u>
- ✓ € 485.000,00, pela infração cometida no período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015;
- ✓ € 330.000,00, pela infração cometida no período compreendido entre 17/11/2015 e 01/12/2015.

Coimas inferiores às indicadas não refletiriam a gravidade dos factos, nem seriam suficientes para satisfazer as exigências de prevenção reclamadas pelo caso. Acresce que as coimas indicadas são mais baixas do que aquelas aplicadas pela AdC, refletindo, assim, os fatores favoráveis às recorrentes *supra* referidos, não considerados por aquela.

No que respeita à coima única a fixar entre o mínimo, correspondente à sanção de maior valor (cfr. art. 19.º, n.º 3 do RGCO, aplicável *ex vi* art. 13.º, n.º 1 da LdC) e o limite máximo decorrente da soma das duas coimas (cfr. art. 19.º/1, do RGCOC), sob as condicionantes previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 19.º do RGCO e "em função da apreciação conjunta dos factos e da responsabilidade social-adscritiva do agente"[72], precedentemente feita, aquando da concreta determinação das coimas parcelares, entende-se que é adequada, necessária e suficiente uma coima a fixar entre o mínimo e meio da moldura legal abstrata, mais próximo deste último, ou seja:

- <u>Quanto à FERGRUPO</u>
- ✓ Uma coima única no valor de € 600.000,00.
- <u>Quanto à SOMAFEL</u>
- ✓ Uma coima única no valor de € 640.000,00.

Efetivamente, a apreciação conjunta dos factos revela um grau de irresponsabilidade social-adscritivo das Recorrentes, que justifica claramente a aplicação de uma coima com potencial intimidatório, mas também temperada pelos fatores favoráveis às mesmas *supra* referidos.

[72] Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime …, pág. 89.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

As infrações cometidas pela FERGRUPO e pela SOMAVEL são ainda puníveis com as sanções acessórias previstas no artigo 71.º, n.º 1, al. a) e b) da LdC, ou seja, *publicação, a expensas do infrator, de decisão de condenação proferida no âmbito do processo, no Diário da República e/ou num jornal de expansão nacional, regional ou local, após o trânsito em julgado*; e/ou privar, as empresas condenadas "*do direito de participar em procedimentos de formação de contratos cujo objeto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços ou ainda em procedimentos destinados à atribuição de licenças ou alvarás, desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante*", durante um período máximo de dois anos, contados da decisão condenatória, após trânsito em julgado.

Para o efeito, conforme resulta da letra da lei, importa ponderar se a gravidade da infração e a culpa do infrator as justificam, bem como, responsavelmente, os efeitos que da aplicação das mesmas podem advir tanto para as empresas como para o normal funcionamento do mercado, acoberto pelo princípio da proporcionalidade constante no artigo 18.º da CRP.

Apesar das elevadas exigências de prevenção geral e especial assinaladas, bem assim o evidente desvalor da conduta das visadas Recorrentes, a gravidade das infrações e a culpa das Recorrentes, na modalidade de dolo direto, e não obstante a AdC ter optado por restringir a privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública, cujo objeto abranja exclusivamente prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via, certo, é que ambas as Recorrentes, operadoras no mercado há largas décadas, são primárias, estando o Tribunal convicto que a censura do seu comportamento, a decorrente condenação na coima única aplicada, a par da publicação, a expensas suas, da presente decisão, no Diário da República e num jornal de expansão nacional, servirão de advertência bastante para a dissuadir de assumir comportamentos semelhantes no futuro. Por outro lado, não podemos ficar indiferentes ao impacto que a sanção de privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública, mesmo restringida às prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via, teria ao nível de perda de postos de trabalho nas empresas

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recorrentes, com os inerentes e evidentes danos sociais e económicos, quer para os trabalhadores, quer para o próprio Estado, quando, ademais, vivemos um período de crise económica, criada pela pandemia do novo coronavírus, covid-19, que, por si só, tem revelado inegáveis perdas de postos de trabalho nos vários setores da economia.

Considera-se, assim, que não se justifica a condenação de cada uma das Recorrentes na sanção acessória de privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública, cujo objeto abranja prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via.

Em súmula, quanto às sanções acessórias, mantendo-se a condenação de cada uma das empresas Recorrentes na sanção acessória prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 71.º da LdC, altera-se a decisão da AdC quanto à condenação na sanção acessória de privação de participar em procedimentos de formação de contratos de natureza pública, cujo objeto abranja exclusivamente prestações de serviços de manutenção de aparelhos de via durante o período de 2 (dois) anos, absolvendo-as da mesma.

*

Os Recorrentes [redacted] e [redacted], por seu turno, foram autores de dois ilícitos contraordenacionais, previstos e sancionados nos n.ºs 1 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05 [LdC], pela contraordenação prevista no artigo 68.º, n.º 1, alínea a) da mesma Lei, por terem conhecimento e participação ativa, no período de 2014 e 2015, e sem que tivessem adotado qualquer diligência ou medida que impedissem ou colocassem termo às práticas ilícitas praticadas pelas empresas FERGRUPO e SOMAFEL, respetivamente, nas quais ocupam cargos de direção.

A AdC condenando os referidos Recorrentes nesses termos, condenou-os nas seguintes sanções:

[redacted]

- No pagamento da coima única no valor de € 19.400, enquanto membro do órgão de administração e direção da FERGRUPO, conhecedor e participante ativo nos factos imputados a esta empresa, pela prática de duas contraordenações, previstas e punidas nos

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

n.os 1 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da mesma lei, correspondente às seguintes coimas parcelares:

- ✓ € 9.700, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;
- ✓ € 9.700, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015.

[redacted]

- ➢ No pagamento da coima única de € 11.800, enquanto membro do órgão de direção da SOMAFEL, conhecedor e participante ativo nos factos imputados a esta empresa, pela prática de duas contraordenações, previstas e punidas nos n.os 1 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da mesma lei, correspondente às seguintes coimas parcelares:

- ✓ € 5.900, pela infração cometida no último trimestre de 2014 a 05.08.2015;
- ✓ € 5.900, pela infração cometida de novembro de 2015 a 01.12.2015.

De acordo com o disposto no n.º 6 do artigo 73.º da LdC, e nos termos do disposto nos n.os 4 e 5 do artigo 69.º da mesma Lei, a coima aplicável aos membros dos órgãos de administração e direção das empresas visadas, não poderá exceder 10% da remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções nas empresas visadas, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida.

Conforme já referido, a respeito da apreciação das sanções aplicadas às empresas Recorrentes FERGRUPO e SOMAFEL, na determinação da medida concreta da coima, importa atender aos critérios elencados no n.º 1 do artigo 69.º da LdC, reiterando-se, aqui, para todos os efeitos legais, o aí referido a respeito, bem assim às necessidades de prevenção geral e especial, cuja relevância aqui se reforça em igual medida.

Como se concluiu, as infrações cometidas pelas empresas visadas, pela qual os visados [redacted] e [redacted] são responsáveis, nos termos do artigo 73.º da LdC, consubstanciam infrações muito graves.

A duração das duas infrações imputada às empresas visadas corresponde à duração da infração imputada a [redacted] e a [redacted], ou seja, nove meses e quinze dias, respetivamente.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

Quanto ao grau de participação de cada um nas infrações imputadas às empresas, que representam, a mesma foi relevante, tendo ambos participando nas reuniões e contactos realizados entre si e com os representantes das demais empresas visadas, com vista a discutir as dificuldades do mercado, dos concursos sucessivamente lançados e a adotar e implementar as medidas que consubstanciam os acordos restritivos da concorrência. Tudo sem prejuízo de se reconhecer, tal como já se referiu a respeito das respetivas empresas, que a intervenção de [redacted] foi maior do que a de [redacted], uma vez que este não esteve presente em todas as reuniões realizadas, pese embora estivesse inteirado das mesmas e assumido o aí discutido nas decisões que tomou quanto à participação pela Somafel nos concursos em causa e à forma como o fez, da sua responsabilidade.

Quanto às suas remunerações, como se evidenciou, nos anos que aqui relevam, isto é, em 2014 e 2015, apresentaram os seguintes valores:

i) [redacted]: € 150.367 e € 156.925, respetivamente;

ii) [redacted]: € 149.864 e € 156.630, respetivamente.

Por outro lado, não se evidenciou que qualquer um deles tivesse pessoalmente extraído lucros das infrações, reconhecendo-se, contudo, que beneficiaram indiretamente das vantagens que advieram para as empresas, para quem trabalham.

Ademais, apresentaram-se sempre colaborantes perante a AdC no decurso do processo, tal como a mesma reconhece, tendo ambos mantido essa mesma postura em audiência de discussão e de julgamento quando tomaram a iniciativa de prestar declarações, fazendo-o de forma correta, educada e colaborante, respondendo a todas as questões que lhe foram sendo colocadas. Para além disso, não lhes são conhecidos antecedentes contraordenacionais jusconcorrenciais nas suas já longas carreiras profissionais.

Tudo ponderado, incluindo os fatores atenuantes aludidos a respeito das empresas visadas, os quais, naturalmente, se estendem aos Recorrentes/pessoas singulares, entende-se que são proporcionais à gravidade dos factos, suportadas pelo seu grau de culpa, necessárias, adequadas e suficientes para satisfazer as exigências de prevenção geral e especial reclamadas pelo caso e compatíveis com a sua situação financeira, evidenciada nas retribuições auferidas por cada um, fixar as seguintes coimas parcelares:

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

- [redacted]NES
- ✓ € 8.000,00, pela infração cometida no período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015;
- ✓ € 8.000,00, pela infração cometida no período compreendido entre 17/11/2015 e 01/12/2015.
- [redacted]
- ✓ € 4.200,00, pela infração cometida no período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015;
- ✓ € 4.200,00, pela infração cometida no período compreendido entre 17/11/2015 e 01/12/2015.

Coimas inferiores às indicadas não refletiriam a gravidade dos factos, nem seriam suficientes para satisfazer as exigências de prevenção reclamadas pelo caso. Acresce que as coimas indicadas são mais baixas do que aquelas aplicadas pela AdC, refletindo, assim, os fatores favoráveis aos recorrentes *supra* referidos, não considerados por aquela.

No que respeita à coima única a fixar entre o mínimo, correspondente à sanção de maior valor (cfr. art. 19.º, n.º 3 do RGCO, aplicável *ex vi* art. 13.º, n.º 1 da LdC) e o limite máximo decorrente da soma das duas coimas (cfr. art. 19.º/1, do RGCOC), sob as condicionantes previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 19.º do RGCO e "em função da apreciação conjunta dos factos e da responsabilidade social-adscritiva do agente"[73], precedentemente feita, aquando da concreta determinação das coimas parcelares, entende-se que é adequada, necessária e suficiente uma coima a fixar entre o mínimo e meio da moldura legal abstrata, ou seja:

- Quanto a [redacted]
- ✓ Uma coima única no valor de € 12.000,00.
- Quanto a [redacted]
- ✓ Uma coima única no valor de € 6.300,00.

[73] Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime …, pág. 89.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Efetivamente, a apreciação conjunta dos factos revela um grau de irresponsabilidade social-adscritivo dos Recorrentes, que justifica claramente a aplicação de uma coima com potencial intimidatório, mas também temperada pelos fatores favoráveis aos mesmos *supra* referidos.

**

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS RECORRENTES COMSA´s:

Na decisão sob recurso, COMSA SAU e COMSA S.L. – COMSA's foram declaradas responsáveis solidárias com a Fergrupo pelo pagamento da coima única aplicável a esta última, nos termos conjugados do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

A AdC sustenta essa decisão no facto da visada Fergrupo ser detida em 99,99% pela COMSA SAU, que, por sua vez, é detida a 100% pela COMSA S.L., considerando, de acordo com a jurisprudência e os princípios invocados, que presume-se que COMSA SAU e COMSA Corporación exerceram uma influência determinante no comportamento da empresa visada Fergrupo e, como tal, é responsável na exata medida daquela pelo pagamento da coima em que esta foi condenada.

Por seu turno, COMSA´s, no recurso que apresentaram, pugnam pela sua absolvição, advogando, desde logo, que a sua declaração como responsáveis solidárias pelo pagamento da coima aplicável à Recorrente Fergrupo não tem respaldo legal, porquanto, a seu ver, nem o artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, nem o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE aludem à possibilidade de, num processo sancionatório, uma pessoa coletiva ser declarada "como "solidariamente responsável" pelo pagamento de uma coima pela qual outra seja condenada.

E, em nosso entender, assiste-lhes. Vejamos:

Como é ideia assente, no regime contraordenacional vigora o princípio da tipicidade, o que significa que cabe à lei e só a esta especificar quais os factos ou condutas que constituem uma contraordenação, quais os pressupostos que justificam a aplicação duma coima e, por conseguinte, a responsabilidade pelo seu pagamento.

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Por outro lado, diante de uma lacuna na lei, o julgador não pode abster-se de julgar com esse fundamento, devendo socorrer-se de normas aplicáveis a casos análogos, sempre que no caso omisso procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei – cfr. arts. 8.º e 10.º do Código Civil.

A norma prevista no artigo 3.º da LdC, na qual a AdC sustenta a responsabilidade das COMSA´s no pagamento da coima em que a Fergrupo foi condenada, respeita à noção de empresa para efeitos da aplicação da Lei da Concorrência, e o artigo 101.º do TFUE, também invocado a respeito, refere-se à definição de práticas restritivas da concorrência, tal como definidas no nosso artigo 9.º da LdC.

Ora, desde logo, destas normas não se alcança qualquer responsabilidade solidária de sociedades no pagamento de coimas aplicadas pela prática de uma infração ao direito da concorrência por outra sociedade sua associada.

Por outro lado, perscrutada a LdC, do CAPÍTULO VII "Infrações e sanções", designadamente do artigo 73.º, apenas resulta a "Responsabilidade" pela prática das contraordenações previstas nessa lei, extensível aos sujeitos aí identificados, e não a imputação da responsabilidade solidária para pagamento de coimas a quem quer que seja. De todo o modo, diga-se, na decisão sob recurso, a AdC não imputa às COMSA´s qualquer responsabilidade pela prática das infrações cometidas pela Fergrupo, como daí ressalta à saciedade, mas apenas uma responsabilidade, digamos, civil, a fim de possibilitar a cobrança da coima aplicada à Fergrupo, quer a esta, quer àquelas, por força da solidariamente defendida.

Ora, não estando prevista na atual ordem jurídica portuguesa a possibilidade de imputação da alegada responsabilidade a outras entidades que integrem a mesma unidade económica que a visada da infração, tal como não se encontra em qualquer outra norma de situação análoga, não se alcança como é que da jurisprudência da união europeia, se possa assacar tal responsabilidade. Uma coisa é o dever que o julgador tem de efetuar uma harmonização da interpretação de normas vigentes à luz da jurisprudência do TJUE, outra completamente distinta é servir-se da mesma para criar normas que não existem e que extravasam o espírito do legislador, conforme bem referem as Recorrentes, quando, como se

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

referiu, da conjugação do artigo 3.º da LdC e do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE não se alcança sequer a necessidade de recorrer-se à jurisprudência europeia quando as referidas normas nada aludem a respeito.

Uma coisa é o facto de uma pessoa coletiva que não é a autora de uma infração às regras da concorrência poder, contudo, ser punida pelo comportamento ilícito de outra pessoa coletiva, desde que ambas façam parte da mesma entidade económica e, nessa medida, constituam uma empresa que infringiu as normas da concorrência, e, por conseguinte, ser-lhes assacada a responsabilidade pelo pagamento da coima, ideia em que assenta a jurisprudência invocada na decisão sob recurso quanto à interpretação do conceito de empresa para esse fim. Outra coisa, distinta, é a possibilidade de declarar uma sociedade solidariamente responsável pelo pagamento de uma coima aplicada pela prática de uma infração cometida por uma outra sociedade, independentemente de se considerar estarmos perante a mesma empresa na aceção do artigo 3.º da LdC, quando não lhe é imputável o comportamento ilícito assacado àquela, como sucede na decisão em apreço.

O caso dos autos apresenta-se, pois, distinto, do caso previsto, por exemplo, no regime das contraordenações laborais, isto é, no artigo 551.º, n.º 4 do Código do Trabalho, de acordo com o qual, o contratante e o dono da obra, empresa ou exploração agrícola, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com o contratante, dono da obra, empresa ou exploração agrícola se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das disposições legais e por eventuais violações cometidas pelo subcontratante que executa todo ou parte do contrato nas instalações daquele ou sob responsabilidade do mesmo, assim como pelo pagamento das respetivas coimas. Nesta situação verifica-se, pois, uma responsabilidade solidária de empresa de domínio ou de grupo pelo pagamento de uma coima enquanto responsáveis também pela violação das disposições legais, às quais também se encontra sujeita. Esta situação não tem, assim, paralelo com a situação em apreço, por forma a que possamos recorrer a ela na integração da lacuna latente.

Outra situação ponderável é aquela que advém do artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC). Mas nem aqui ocorre o paralelismo necessário por forma a

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

permitir ao Tribunal ultrapassar a lacuna da lei, imputando, sem mais, à sociedade, dita de "mãe", a responsabilidade pelo pagamento da coima em que a sociedade "filha" foi condenada, desde logo, porque aí o que se prevê é uma responsabilidade objetiva (independentemente de culpa) e solidária da sociedade dominante com relação à sociedade filha, perante os credores desta, de natureza puramente obrigacional.

E tal como TERESA QUINTELA DE BRITO defende (*in* Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e "actuação em lugar de outrem", página 686), "a coima, apesar de se traduzir na obrigação de pagar determinada quantia monetária, não constitui uma dívida, mas uma sanção imposta à sociedade-filha em consequência da prática culposa de um ilícito contraordenacional. Por ser essa a sua essência - e dada a intransmissibilidade da responsabilidade contraordenacional que não deixa de ser responsabilidade pessoal (artigos 1.º e 8.º, do RGIMOS, e artigo 30.º, n.º 3, da CRP) - nunca poderá aplicar-se à coima o regime previsto no artigo 501.º do CSC".

Consideramos, pois, que, na lei da concorrência, a sociedade-mãe do grupo apenas poderá responder pela contraordenação e pela correspondente coima se foi parte na infração, isto é, se participou no comportamento proibido.

E, mesmo que se defenda que o Regime Jurídico da Concorrência tem uma natureza especial face ao Regime Geral de Mera Ordenação Social, considerando que o que está em causa é um conceito funcional de empresa, de acordo com o seu artigo 3.º - que considera, como tal, *"qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento",* sendo considerada uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituam uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência – e que, por conseguinte – isto é, porque a sociedade filha e a sociedade mãe fazem parte da mesma unidade económica –, a lei da concorrência, pelo seu caráter excecional face às demais, dirige as suas proibições à entidade económica una e não à pessoa jurídica individualmente considerada, não se violando, nessa medida, o princípio da responsabilidade pessoal em casos de aplicação de coimas à sociedade-filha, importaria demonstrar, no caso concreto, que a sociedade mãe assume um completo controlo da

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

sociedade filha, apresentando-se, pois, a mera influência decisiva insuficiente para responsabilizar solidariamente a sociedade mãe pela coima em que a sociedade filha foi condenada. Importaria, pois, no nosso entender, para quem defende este entendimento, com o qual não partilhamos, no que respeita ao presente caso, que a AdC demonstrasse o completo controlo das sociedades COMSA´s sobre a sociedade visada Fergrupo, o que não sucedeu, uma vez que, desde logo, na decisão sob recurso não estão articulados quaisquer factos a respeito e da prova produzida tal não se evidenciou.

Nesta senda, sem necessidade de outros considerandos e porque mostra-se precludida, por desnecessária, a análise dos demais argumentos invocados pelas Recorrentes COMSA´s, incluindo a alegada inconstitucionalidade, decide-se alterar a decisão recorrida, absolvendo aquelas Recorrentes da responsabilidade solidária imputada no pagamento da coima aplicada à Fergrupo, por falta de fundamento legal.

*

CUSTAS PROCESSUAIS:

Nos termos do disposto no artigo 8.º, n.º 7 do Regulamento das Custas Processuais (RCP), aplicável de acordo com as remissões sucessivas previstas no artigo 524.º do CPP, artigo 92.º, n.º 1 do RGCO e artigo 83.º da LdC, *[é] devida taxa de justiça pela impugnação das decisões de autoridades administrativas, no âmbito de processos contra-ordenacionais, quando a coima não tenha sido previamente liquidada, no montante de 1 UC, podendo ser corrigida, a final, pelo juiz, nos termos da tabela iii, que faz parte integrante do presente Regulamento, tendo em consideração a gravidade do ilícito.*

Atendendo à condenação dos Recorrentes FERGRUPO, SOMAFEL, [redacted] E [redacted], sãos os mesmos, individualmente, os responsáveis pelo pagamento das custas do processo, nada havendo a pagar por parte as Recorrentes COMSA´s por força da sua absolvição (cfr. artigo 93.º, 3 do RGCO).

Considerando a complexidade da causa, a gravidade das infrações em causa, o número de sessões que a audiência de julgamento comportou, a sua capacidade financeira e o limite fixado na tabela iii anexa ao RCP, fixa-se a taxa de justiça devida por cada uma das

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

sociedades arguidas em 4,5 UCs e a taxa de justiça devida por cada uma das pessoas singulares em 3,5 (UCs)

**

III. DISPOSITIVO

*

Nestes termos e pelos fundamentos expostos:

A. Julga-se procedente o recurso interposto pelas Recorrentes COMSA SAU e COMSA Corporación de Infraestructuras S.L., melhor identificada nos autos, e, por conseguinte:

1. Absolve-se COMSA SAU e COMSA Corporación de Infraestructuras S.L. da imputada responsabilidade solidária no pagamento da coima aplicada à Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A.;

2. Sem custas – art. 93.º/3 do RGCO *a contrario*.

*

B. Julgam-se parcialmente procedentes os recursos interpostos pelos demais Recorrentes, todos eles melhor identificados nos autos e, por conseguinte:

1. Improcedem as questões prévias e nulidades suscitadas nos recursos de impugnação.

2. Condena-se Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A.:

2.1. Pela prática de uma contraordenação, prevista no artigo 9.º, n.º 1, al. a), artigo 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, referente ao período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015, no pagamento de uma coima parcelar no valor de € 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil euros);

2.2. Pela prática de uma contraordenação, prevista no artigo 9.º, n.º 1, als. a) e b), artigo 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, referente ao período compreendido entre 17/11/2015 e 01/12/2015, no

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

pagamento de uma coima parcelar no valor de € 315.000,00 (trezentos e quinze mil euros):

2.3. Em cúmulo jurídico, no pagamento de uma coima única no valor de € 600.000,00 (seiscentos mil euros); e

2.4. Na sanção acessória de publicação de um extrato da presente sentença na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, a seu encargo, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar do seu trânsito em julgado, absolvendo-a do demais;

3. Condena-se Somafel – Engenharia e Obras Ferroviárias, S.A.:

3.1. Pela prática de uma contraordenação, prevista no artigo 9.º, n.º 1, al. a), artigo 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, referente ao período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015, no pagamento de uma coima parcelar no valor de € 485.000,00 (quatrocentos e oitenta e cinco mil euros);

3.2. Pela prática de uma contraordenação, prevista no artigo 9.º, n.º 1, als. a) e b), artigo 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 08-05 e no artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, referente ao período compreendido entre 17/11/2015 e 01/12/2015, no pagamento de uma coima parcelar no valor de € 330.000,00 (trezentos e trinta mil euros):

3.3. Em cúmulo jurídico, no pagamento de uma coima única no valor de € 640.000,00 (seiscentos e quarenta mil euros); e

3.4. Na sanção acessória de publicação de um extrato da presente sentença na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, a seu encargo, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar do seu trânsito em julgado, absolvendo-a do demais;

4. Condena-se [redacted]:

4.1. Pela prática de um contraordenação, prevista e punida nos artigos 73.º, n.^{os} 1 e 6 e 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 08-05, referente ao período

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2
Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Recurso (Contraordenação)

compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015, no pagamento de uma coima parcelar no valor de € 8.000,00 (oito mil euros);

4.2. Pela prática de um contraordenação, prevista e punida nos artigos 73.º, n.os 1 e 6 e 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 08-05, referente ao período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015, no pagamento de uma coima parcelar no valor de € 8.000,00 (oito mil euros);

4.3. Em cúmulo jurídico, no pagamento de uma coima única no valor de € 12.000,00 (doze mil euros).

5. Condena-se [redacted]:

5.1. Pela prática de um contraordenação, prevista e punida nos artigos 73.º, n.os 1 e 6 e 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 08-05, referente ao período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015, no pagamento de uma coima parcelar no valor de € 4.200,00 (quatro mil e duzentos euros);

5.2. Pela prática de um contraordenação, prevista e punida nos artigos 73.º, n.os 1 e 6 e 68.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 19/2012, de 08-05, referente ao período compreendido entre 05/11/2014 e 05/08/2015, no pagamento de uma coima parcelar no valor de € 4.200,00 (quatro mil e duzentos euros);

5.3. Em cúmulo jurídico, no pagamento de uma coima única no valor de € 6.300,00 (seis mil e trezentos euros).

6. Condena-se os Recorrentes nas custas do processo, fixando a taxa de justiça devida por cada uma das sociedades Recorrentes em 4,5 (quatro e meia) UCs e a taxa de justiça devida por cada um dos demais Recorrentes em 3,5 (três e meia) UCs – artigo 8.º, n.º 7, do RCP e tabela iii anexa.

Notifique e deposite.

Comunique à autoridade administrativa - artigo 70.º/4 do RGCO.

**

Santarém, 06 de setembro de 2021

A Juíza de Direito