



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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

§1

- 1 EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA interpôs recurso de impugnação da decisão administrativa proferidas pela AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, que lhe aplicou uma coima no valor de 48.000.000,00€, pela prática de uma contraordenação, prevista e punida pelo artigo 68.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regime Jurídico da Concorrência, por violação do disposto no artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), do Regime Jurídico da Concorrência e artigo 102.º, 1.º e 2.º parágrafo, alínea b), do Tratado de Funcionamento da União Europeia, **arguindo as seguintes conclusões:** O presente recurso vem interposto da Decisão da AdC, que condena a EDP Produção ao pagamento de uma coima-recorde de € 48 milhões, por prática de abuso de posição dominante ao abrigo da alínea b) do n.º 2 do artigo 11.º da LdC e da alínea b) do artigo 102.º do TFUE, alegadamente consistente na limitação das ofertas do serviço de sistema de regulação secundária pelas centrais CMEC, de modo a supostamente transferir atividade e receitas para as suas centrais de mercado e, assim, elevar artificialmente os preços deste serviço e a remuneração das centrais CMEC. A Decisão incorre em vários vícios de nulidade e aplica normas da LdC em desrespeito da CRP, mas, no que verdadeiramente releva para a verdade material, não assiste à Autoridade a menor razão de fundo. O regime dos n.os 4 e 5 do artigo 84.º da LdC obriga o visado, em processo de contraordenação da AdC a suportar antecipadamente os efeitos punitivos da decisão — não definitiva, e convalidada em acusação depois do recurso de impugnação (artigo 62.º, n.º 1, do RGCO) — proferida por aquela autoridade administrativa, seja mediante o pagamento da coima liquidada naquela decisão, seja através da apresentação de caução que garanta adiantadamente o pagamento daquele exato valor. Tal solução legal viola, desde logo, o princípio da presunção de inocência, princípio fundamental do Estado de Direito (com consagração expressa no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição) que se aplica a todo o domínio sancionatório, incluindo contraordenacional (conforme doutrina e jurisprudência unânimes), o qual impõe — ao legislador e ao julgador — a não antecipação de consequências jurídicas sancionatórias em relação a quem não tenha sido condenado por decisão definitiva, tais como aquelas que resultam do disposto nos citados n.os 4 e 5 do artigo 84.º da LdC. Para além disso,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

este regime viola, igualmente, o princípio da tutela jurisdicional efetiva (com consagração expressa no artigo 20.º, n.os 1 e 4, da Constituição), do qual resulta, em sede de processo contraordenacional, a possibilidade de exercício livre e incondicionado do direito de impugnação judicial de decisões administrativas, a apreciar por um órgão jurisdicional de plena jurisdição. Tal possibilidade (livre e incondicionada), aliás, é condição necessária da compatibilidade constitucional da concentração de funções instrutórias e decisórias da autoridade administrativa na fase administrativa do processo de contraordenação, conforme jurisprudência do TEDH à luz do artigo 6.º da CEDH. Em face do exposto, as normas constantes dos n.os 4 e 5 do artigo 84.º da LdC são materialmente inconstitucionais por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva consagrado nos artigos 20.º e 268.º, n.º 4, em articulação com o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º, n.º 2, e o princípio da presunção de inocência em processo contraordenacional que se extrai do artigo 32.º, n.os 2 e 10, todos da Constituição, como reconhecido pela jurisprudência recente do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.os 674/2016, de 13 de dezembro de 2016, e 445/2018, de 2 de outubro de 2018). Para além disso, as normas consagradas nos n.os 4 e 5 do artigo 84.º da LdC redundam, ainda, em violação do artigo 6.º da CEDH, e, bem assim, em violação de preceitos de dignidade constitucional, em razão da remissão para eles operada no artigo 8.º da Constituição. Assim, e em conformidade com o disposto no artigo 204.º da Constituição, deve ser recusada a aplicação daquelas normas (inconstitucionais) por parte deste Tribunal, e, em consequência, ser atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, nos termos do artigo 408.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável de acordo com o disposto no artigo 13.º, n.º 1, da LdC. A magnitude da coima aplicada à EDP Produção (€ 48 milhões) concorre para agravar substancialmente o impacto da coima na situação económica da Visada — em parte, há que reconhecê-lo, em razão de uma incorreta opção do legislador relativamente aos critérios de determinação das sanções. Com efeito, apesar de as coimas impostas pela AdC serem apuradas por referência ao volume de negócios relacionado com a infração do visado no exercício imediatamente anterior à decisão condenatória ou tomando por referencial o respetivo volume de negócios total, a consideração desses volumes de negócios como barómetro para o montante de determinação das coimas é desajustada e infeliz. Com efeito, apesar dos volumes de negócios particularmente elevados da EDP Produção, a verdade é que a Visada, nos últimos dois anos, registou prejuízos de mais de € 138 milhões. É, portanto, manifesto que a coima de € 48 milhões, além de perfeitamente infundada 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

Recurso (Contraordenação)

deslocada, importa, para a EDP Produção, um “prejuízo considerável” — muito considerável, diríamos — na aceção do n.º 5 do artigo 84.º da LdC, correspondendo aquele valor, quando e se somado aos resultados registados nos últimos dois anos, a mais de € 180 milhões de prejuízo. Mais: estando em causa uma coima cuja receita é repartida — sendo 40% receita própria da AdC e os restantes 60% revertendo para o Estado (Cfr. artigo 35.º, n.º 7, do Estatuto da Autoridade da Concorrência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto) — é evidente que, em caso de procedência do presente recurso, e também porque a LdC não prevê de forma expressa o pagamento de juros, a restituição desta coima não se afigurará de fácil e pacífica resolução, o que naturalmente contribuirá para agravar o prejuízo considerável que resultará para a Visada da não atribuição de efeito suspensivo ao mesmo. Perante o exposto, e havendo prejuízo claro e considerável para a EDP Produção em virtude do pagamento da coima aplicada, requer-se, subsidiariamente à alegação de inconstitucionalidade normativa, que a execução da Decisão e o conseqüente pagamento da coima de € 48 milhões sejam substituídos pela prestação de caução, em termos e prazos a fixar pelo Tribunal, sugerindo-se, desde já, que a modalidade de caução a prestar seja a de garantia bancária ou seguro caução, e que o prazo fixado para a efetiva prestação da caução seja de 20 (vinte) dias úteis. As normas constantes dos n.os 4 e 5 do artigo 84.º da LdC, se interpretadas no sentido de que o “prejuízo considerável”, para efeitos de concessão de efeito suspensivo ao recurso das decisões proferidas pela AdC, deve ser apurado por referência ao volume de negócios, mesmo que esse volume de negócios não reflita, por razões legais, a situação económica e de tesouraria, são materialmente inconstitucionais por violação do princípio da igualdade, do artigo 13.º da Constituição, do princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, por violação das garantias de defesa tuteladas pelo artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, e ainda por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º, n.os 1 e 4, da Constituição. A coima associada à infração ora em crise não se encontra quantitativamente determinada, por referência a valores pecuniários, no seu limite mínimo e máximo. Ao invés, nos termos do artigo 69.º, n.o 2, da atual LdC, a sanção associada à contraordenação em apreço encontra-se indexada, na definição (apenas) do respetivo limite máximo, ao volume de negócios do infrator no exercício imediatamente anterior à condenação. Não havendo teto máximo (pecuniário) para o valor da coima a aplicar, a coima máxima abstratamente aplicável pela prática da infração prevista na LdC variará sempre e necessariamente em cada caso, designadamente em função do avanço do processo e, por



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

consequente, do impulso que lhe decida dar a AdC. No concreto caso dos autos, aliás, esta circunstância é especialmente sensível, pois, como a própria AdC reconhece na Nota de Ilícitude, a notícia da suposta infração surge logo em março de 2013, mas o inquérito, estranhamente, só foi iniciado em 2016, sendo a Nota de Ilícitude deduzida em 2018 e a Decisão proferida em 2019 — produzindo-se assim, por razões exclusivamente imputáveis à AdC e aos seus “critérios” de gestão processual, um impacto negativo na base de cálculo da coima aplicável (e aplicada) à EDP Produção. Ora, estando o valor máximo da coima indexado a um resultado, sobre o qual incidirá uma percentagem, sem estipulação de qualquer teto máximo, a sanção é por definição indeterminada, incerta e, o que é mais, ilimitada, ofendendo assim o princípio da legalidade, na vertente de *nulla poena sine lege*, e ainda o princípio da proporcionalidade (das sanções punitivas). A esta luz, ainda que se admita que a coima não tenha necessariamente de se definir nos termos gerais previstos no artigo 17.º do RGCO, certo é que, em função das exigências constitucionais, é necessário que se preveja em qualquer caso um limite máximo da coima, concretamente pré-determinado, para que se possa considerar respeitado o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição e o próprio princípio da legalidade. Não é esse o caso, porém, do disposto no artigo 69.º, n.º 2, da LdC, onde se prescreve que a coima aplicável será determinada de modo indexado e indireto — correspondendo a 10% do volume de negócios da entidade infratora num dado período temporal — sem previsão de qualquer limite quantitativo limitador da moldura sancionatória resultante da aplicação daquela percentagem, em termos que a sanção (abstrata e concreta) aplicada ao visado não possa ultrapassar. Tanto basta para concluir que a norma constante do artigo 69.º, n.º 2, da LdC é materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade, previsto no artigo 29.º, n.os 1 e 3, da Constituição, na modalidade *nulla poena sine lege*, também por violação da proibição de sanções ilimitadas, consagrada no artigo 30.º, n.º 1, da Constituição, e ainda por violação do princípio da proporcionalidade, extraído do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Para além disso, a norma constante do artigo 69.º, n.º 2, da LdC é também materialmente inconstitucional, por violação do princípio da legalidade, previsto no artigo 29.º, n.os 1 e 3, da Constituição, mais uma vez na vertente *nulla poena sine lege*, desta feita considerando o período de referência temporal a que se reporta a aplicação da taxa de 10% — e, por essa via, o apuramento da coima aplicável —, correspondente “ao exercício imediatamente anterior à Decisão condenatória proferida pela AdC”. Na realidade, à luz daquele normativo, no momento em que o agente pratica o alegado facto ilícito não tem como saber, com a necessária e exigível exatidão, quais



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 consequências sancionatórias em que incorre com esse seu comportamento, sendo antes confrontado com um potencial valor da coima aplicável que vai flutuando indefinida e ilimitadamente ao longo do tempo, desde o momento da prática do facto até que seja finalmente proferida a decisão condenatória. Para além disso, e com independência do acima alegado, a coima aplicável à contraordenação em causa nestes autos (correspondente até 10% do volume de negócios da entidade visada) assume ainda uma latitude potencial manifestamente incompatível com o princípio da legalidade, em razão da amplitude da moldura sancionatória, pelo que o artigo 69.º, n.º 2, da LdC é também materialmente inconstitucional por ofensa do princípio da legalidade da sanção, consagrado no artigo 29.º, n.os 1 e 3, da Constituição, e dos princípios do Estado de Direito Democrático, da separação de poderes e da indisponibilidade de competências, consagrados nos artigos 2.º e 111.º, n.os 1 e 2, da Constituição. O que é tanto mais grave, in casu, por a AdC não ter demonstrado e fundamentado a medida da coima através dos critérios definidos nas Linhas de Orientação sobre Aplicação de Coimas. Finalmente, a punição com coima correspondente até 10% do volume de negócios da entidade infratora é ainda manifestamente desproporcional porquanto, como se detalhou acima, o volume de negócios exprime o valor total das vendas de bens e serviços realizados durante um determinado período temporal, antes de apurado o resultado do exercício em causa e antes de liquidados os impostos que incidem sobre o mesmo, o que assume já, em termos verdadeiros e próprios, foros confiscatórios, uma vez que toma em consideração um valor que não integra a esfera patrimonial da entidade que é visada pela sanção, desconsiderando, desse modo, a efetiva capacidade económica do agente condenado. Assim, pelas razões agora adiantadas, a norma constante do artigo 69.º, n.º 2, da LdC redundando também em norma materialmente inconstitucional por violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, consagrados nos artigos 18.º, n.º 2, e 13.º da Constituição. A AdC reconhece na Decisão que recebeu a “notícia da infração” após uma denúncia da ERSE em 13 de março de 2013 (Cfr. § 9 da Decisão); não obstante, apenas em 08 de setembro de 2016 procedeu à abertura de inquérito contra a Visada nos termos e para os efeitos do artigo 17.º da LdC. O não exercício do dever de abertura de inquérito pela AdC logo quando da receção da “notícia da infração” gerou a convicção da ora Visada de que a Autoridade tinha formulado um juízo sobre a ausência de ressonância concorrencial dos factos em causa. O próprio comportamento da AdC após a receção dessa notícia reforçou essa mesma convicção da Visada, pois que a Autoridade, em resposta à comunicação da ERSE, propôs a realização de uma auditoria com vista a apurar a melhor forma de 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

Recurso (Contraordenação)

proceder à revisão do quadro legal. A tomada de posição da AdC sobre a necessidade de revisão da Lei num determinado mercado já regulado nem sequer é estruturalmente compatível com a afirmação de uma violação das regras concorrenciais desse mercado. É necessariamente tutelado pelo princípio da boa-fé previsto no artigo 10.º do CPA, conforme também referido pela Doutrina e confirmado pela Jurisprudência, o decurso prolongado do tempo numa situação de consciente abstenção de exercício de uma competência (in casu, o exercício dos seus poderes sancionatórios através da abertura de inquérito quando a AdC tomou conhecimento da infração) que vem posteriormente a ser exercida, em postergação da confiança que aquela abstenção inicial tinha gerado no particular. No caso dos autos, o não exercício pela AdC das competências de abertura de inquérito durante quase 3 anos e meio após tomar conhecimento da infração, considerando também que essa notícia partiu de autoridade pública responsável pela supervisão do mercado pretensamente abusado, tornam inadmissível, à luz do princípio da boa fé, que a AdC venha agora a adotar a Decisão vertente, devendo a mesma, por conseguinte, ser anulada. Acresce que, além do comportamento descrito, a AdC violou ainda direitos de Defesa elementares da ora Visada porque promoveu uma verdadeira investigação logo após a participação da ERSE, de forma encapotada e secreta, pois que essa investigação da suspeita que tinha formulado sobre a conduta da EDP Produção foi desacompanhada da abertura formal de um inquérito. A AdC, antes de abrir inquérito, ativamente promoveu a realização de uma auditoria Brattle que veio posteriormente a utilizar para acusar e condenar a EDP Produção. Essa prova foi produzida sem que fosse dado qualquer conhecimento à EDP Produção, pois que desconhecia sequer a existência de uma investigação, pelo que a referida auditoria foi levada a cabo sem os seus dados e contraditório. Consequência dessa ocultação, a auditoria Brattle foi desenvolvida sem que fossem disponibilizados todos os dados necessários, pois que muitas informações essenciais ao objeto daquela análise apenas poderiam ser fornecidas pela EDP Produção (como foi reconhecido pelo próprio auditor); não obstante, é essa prova que a AdC agora invoca, em muitos segmentos da sua Decisão, para recusar a Defesa da Visada. Nestes termos, a AdC, ao assumir de forma definitiva na sua Decisão que recebeu a notícia da infração em 13 de março de 2013 e que só quase 3 anos e meio depois procedeu à abertura de inquérito, após receber prova que promoveu e que veio a utilizar na sua Decisão condenatória, incorreu numa manifesta falta de inquérito durante esse período, o que consubstancia a nulidade constante do artigo 119.º, alínea d), do Código de Processo Penal, aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável de acordo com o disposto no artigo 13.º, n.º 1,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 LdC, e que determina a nulidade de todo o procedimento. Caso assim não se entenda, sempre teria que se concluir, pelas mesmas razões, pela verificação de uma situação de, pelo menos, insuficiência de inquérito, igualmente sancionada com nulidade nos termos do artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal, aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável de acordo com o disposto no artigo 13.º, n.º 1, da LdC. Em qualquer procedimento sancionatório, seja na dedução da nota de ilicitude, seja na decisão final, impende sobre a autoridade administrativa um ónus de individualização de factos atinentes à imputação subjetiva da infração em causa, nos termos dos artigos 50.º e 58.º do RGCO e do artigo 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, aplicável ex vi do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável de acordo com o disposto no artigo 13.º, n.º 1, da LdC. A própria jurisprudência vem salientando que “a alegação de factos que integram os elementos subjectivos de uma qualquer infracção não pode deixar de constar da decisão da autoridade administrativa” sob pena de nulidade. Na Decisão vertente, a AdC, pura e simplesmente, não procedeu à imputação subjetiva, tanto factual do ilícito à EDP Produção, tendo-se limitado a repetir a mesma factualidade que indicara já para efeitos de suposta instanciação da imputação objetiva nos seus § 966 a § 974 e § 1017 a § 1069 da Decisão. Quanto ao mais, invoca situações anteriores ou muito posteriores ao suposto comportamento ilícito — a suposta posição da EDP Produção num processo de 2008, o estudo Compass Lexecon e, ainda, o facto da Visada se dotar de aconselhamento jurídico — sem qualquer conexão com a matéria dos autos, muito menos com o suposto dolo da Visada. Pelo que a falta de densificação da imputação subjetiva do tipo contraordenacional imputado à ora Visada determina a nulidade da Decisão, enquanto peça jurídica materialmente equivalente a uma acusação, nos termos do disposto no artigo 283.º, n.º 3, alínea b), do Código de Processo Penal, aplicável ao caso dos presentes autos ex vi artigo 41.º, n.º 1, e 58.º do RGCO, e artigos 13.º, n.º 1, e 73.º da LdC. Por último, refira-se ainda que entendimento diferente do aqui expresso, ou seja, as normas, individualmente consideradas ou entre si conjugadas, constantes dos artigos 50.º e 58.º do RGCO e artigos 410.º, n.º 2, alíneas a) e c), 283.º, n.º 3, e 120.º, n.º 2, alínea d), todos do Código de Processo Penal, aplicáveis ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, e artigo 13.º, n.º 1 da LdC, interpretadas no sentido de bastar à Decisão proferida no termo da fase administrativa, em sede de procedimento sancionatório, indicar, para efeitos de instanciação do elemento subjetivo do ilícito contraordenacional imputado a pessoa coletiva, os mesmos factos que serviram de fundamento para a suposta instanciação dos elementos objetivos dessa mesma infração, sempre redundariam em preceitos



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

materialmente inconstitucionais, por ofensa dos artigos 1.º, 2.º, 20.º, n.º 4, 29.º, n.º 1, e 32.º, n.os 2 e 10, da CRP, o que, cautelarmente, se deixa desde já invocado. Caso assim não se entenda, deverá a Decisão ser revogada por ausência de elementos suscetíveis de revelar a possibilidade de imputação subjetiva, o que impede que a Visada possa sequer incorrer em responsabilidade. A Visada foi condenada ao pagamento de uma coima de € 48 milhões, sem, porém, conseguir alcançar os concretos fundamentos que levaram à fixação desse quantum. No direito sancionatório, é pacífico, em termos gerais, que qualquer decisão condenatória tem de ser fundamentada (artigo 58.º, n.º 1, do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, da LdC). No caso de processos de contraordenação tramitados sob a égide da LdC, essa exigência é explicitada e acentuada pelo artigo 69.º do referido diploma, por referência ao qual a AdC se vinculou, com vista à devida calibragem dos critérios vertidos naquele normativo, à adoção da metodologia constante das Linhas de Orientação sobre Aplicação de Coimas. Todavia, e pese embora reconheça a utilidade desse guião “[p]ara assegurar a transparência e a objetividade das suas decisões, bem como a segurança jurídica”, a Autoridade não cumpre, sequer minimamente, as exigências legais de fundamentação decorrentes da lei e a que se autovinculou por via das referidas Linhas de Orientação, em frontal violação dos desígnios de transparência, objetividade e segurança jurídica, com irremediável prejuízo para o direito de defesa da ora Visada.. Como tal, a EDP Produção fica impedida de sindicar de forma cabal e suportada — como é seu direito — o processo lógico-decisório que conduziu à fixação da coima que lhe foi aplicada. Não existe, em toda a Decisão, um único elemento que permita, sequer minimamente, compreender, com base no disposto nas Linhas de Orientação sobre Aplicação de Coimas (que a AdC não terá deixado de aplicar), a razão de ser da sanção aplicada à EDP Produção. Pelas razões apontadas, a Decisão final é nula, por absoluta falta de fundamentação da sanção aplicada, e assim deve ser declarada, decorrendo tal nulidade da conjugação dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), e 374.º, n.º 2, e 379.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, aplicáveis ex vi artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, por sua vez aplicável nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da LdC, e do artigo 69.º da LdC, bem como da violação dos princípios da União Europeia. A norma que resulta da conjugação dos artigos 58.º, n.º 1, alínea c), e 374.º, n.º 2 e 379.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, bem como dos artigos 41.º, n.º 1, e 58.º, n.º 1, alínea c) do RGCO, e 13.º, n.º 1, e 69.º da LdC, interpretada no sentido de que não é obrigatório, na decisão final proferida em processo contraordenacional, indicar e fundamentar de forma individualizada a sanção aplicada, é, nessa interpretação, materialmente inconstitucional, por violação do disposto nos artigos



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

20.º, n.os 1 e 4, e 32.º, n.os 1, 5 e 10, e 268.º, n.º 3, da Constituição. A AdC identifica como mercado relevante alegadamente afetado pela suposta infração a banda de regulação secundária, ou serviço de telerregulação, em Portugal continental — atividade que autonomiza, por um lado, da produção e venda grossista de eletricidade e, por outro, da reserva de regulação terciária. Sem prejuízo das reservas que a Visada tem quanto à segregação de mercados operada pela AdC, esta ignora aspetos críticos de interconexão entre aquelas várias atividades que condicionam os comportamentos escrutinados no presente processo. Na relação entre a prestação de serviços de sistema e a produção de eletricidade, a Autoridade não toma devidamente em conta que, numa e noutra, as centrais utilizam a mesma capacidade e a mesma disponibilidade de recurso, gerando um custo de oportunidade e um desvio de receitas para o produtor, medido pelo valor alternativo de colocação da mesma energia no mercado grossista ou na prestação de serviços de sistema. No cenário, pretendido pela Autoridade, de as centrais CMEC alargarem a sua participação na banda secundária, a AdC estava obrigada a calcular e deduzir, às receitas de banda secundária, as perdas incorridas pelas centrais por menor otimização na atividade de produção, perdas estas que não são plenamente reconhecidas na revisibilidade dos CMEC — algo que a Autoridade não fez. Relativamente à interação entre regulação secundária e regulação terciária, a AdC ignora que elas funcionam numa lógica de vasos comunicantes, levando a que a energia que é mobilizada para a primeira deixe de poder ser vendida na segunda. Alegando a Autoridade que as centrais CMEC deveriam ter prestado mais regulação secundária, isso levaria a que diminuíssem as receitas que auferiram na reserva terciária, as quais foram de elevado montante e reverteram para os consumidores através da revisibilidade, aspeto que não foi considerado na Decisão. Os consumidores suportam o custo total das duas parcelas de serviços de sistema, tendo esse custo permanecido relativamente estável durante o período da alegada infração e depois disso. Toda a Decisão assenta no pressuposto de que as ofertas de banda secundária das centrais CMEC não refletem o comportamento que se imporá num cenário “eficiente e competitivo” e que tal teria conduzido a um resultado não concorrencial. A AdC desconsidera, porém, que, entre o comportamento e o resultado intercedem fatores exógenos que distorcem o putativo ambiente concorrencial em que a Decisão repousa e condicionam indelevelmente, tanto o comportamento em causa como os resultados observados em mercado. Ao contrário do que a AdC alega, o mecanismo CMEC não é neutral para as ofertas de telerregulação das centrais CMEC, uma vez que a simulação do VALORÁGUA, que suporta as revisibilidades CMEC, não reconhece, modela ou



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

materializa corretamente em receitas a efetiva prestação de telerregulação daquelas centrais. O modelo contém, pois, um conjunto grande de falências que distorcem a função custo económico da prestação de banda secundária e geram fortes penalidades financeiras para a EDP Produção, as quais se teriam agravado ainda mais acaso esta seguisse o entendimento defendido pela Autoridade. O espaço de concorrência neste mercado foi delineado e circunscrito pelo legislador ao calibrar, de forma imperfeita, o modelo VALORÁGUA, não deixando qualquer margem de autonomia prática às centrais CMEC (fenómeno de “contrived competition” ilustrado pelo Professor Doutor Álvaro Nascimento em parecer junto aos autos). A existir algum problema de concorrência neste processo, ele reside no modelo regulatório que foi montado, e não nas ofertas de telerregulação das centrais CMEC — que foram ditadas pela preocupação objetiva e legítima de minorar perdas financeiras — algo que a AdC não compreendeu. O sacrifício financeiro que a AdC espera da EDP Produção não é exequível ou sustentável nas concretas circunstâncias do caso. A AdC não analisou nem alcançou a forma como o modelo VALORÁGUA funciona na prática, mesmo sendo esta a questão cimeira do processo e tendo a Autoridade sido para ela alertada por diversas entidades (para além da Visada) e em vários momentos. A AdC invoca essencialmente seis argumentos para sustentar que o VALORÁGUA e, conseqüentemente, o mecanismo de revisibilidade dos CMEC operam uma contabilização correta e completa da participação das centrais CMEC na banda de regulação secundária: (i) a fórmula que provém do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro; (ii) os Procedimentos de Revisibilidade anual dos CMEC, consensualizados entre a REN e a EDP Produção em 2007; (iii) os exercícios de revisibilidade anual dos CMEC ocorridos entre 2007 e 2017, plasmados nos respetivos relatórios; (iv) a alegada falta de alerta da Visada quanto às limitações do modelo no tratamento da telerregulação pelas centrais CMEC antes do Despacho n.º 4694/2014, de 1 de abril; (v) os esclarecimentos prestados pela REN à AdC ao longo do processo; e (vi) a suposta falta de credibilidade económica da quantificação das perdas do VALORÁGUA apresentadas pela EDP Produção. Todos estes elementos, bem longe de suportarem a ideia da AdC quanto à adequada contabilização dos serviços de telerregulação, mostram precisamente o oposto. A fórmula de revisibilidade inscrita no Decreto-Lei n.º 240/2004 determina que as revisibilidades dos primeiros 10 anos de ajustamentos CMEC (de 2007 a 2017) sejam feitas com base nas simulações do modelo VALORÁGUA, o qual, ao contrário do que sucede para a produção e venda grossista, não contém um referencial de otimização para a prestação de serviços de sistema. A disponibilização de serviços 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

Recurso (Contraordenação)

sistema foi também de natureza facultativa durante todo o período coberto pela infração imputada na Decisão, conforme resulta do Manual de Procedimentos e é reconhecido pela Autoridade. O VALORÁGUA não modeliza nem incorpora, per se, a prestação de serviços de sistema, pelo que, de modo a que o modelo não assuma a geração grossista da unidade produtora nos períodos em que é ofertada banda secundária, as energias de telerregulação movimentadas pelas centrais têm de ser impostas como restrições exógenas nas simulações do modelo para efeitos de revisibilidade CMEC. Adicionalmente, a base elementar de tempo usada pelo modelo é o posto horário e não a hora, pelo que os parâmetros de cálculo dos CMEC distribuem as energias dos centros electroprodutores por cinco postos horários, correspondendo grosso modo os primeiros 3 postos horários às horas de ponta e cheia (com preços mais elevados) e os 4.º e 5.º postos horários às horas de vazio (com preços são mais reduzidos). Atendendo à configuração da otimização interna do VALORÁGUA — que está pensada para simular o sistema electroprodutor em ambiente de mercado perfeito — o modelo otimiza a produção, concentrando-a nas horas de maior remuneração, levando, designadamente, a que as produções reais nos 4.º e 5.º postos horários não sejam reconhecidas. Assim, ao imporem-se restrições ao VALORÁGUA para ele acomodar as energias de telerregulação efetivamente disponibilizadas pelas centrais CMEC, o modelo não consegue cumprir integralmente essas restrições — daí que se fale em “incumprimentos” ou “energias não cumpridas” — sujeitando-as automaticamente ao processo de otimização, ou seja, alocando-as artificialmente a postos horários de maior valorização. Gera-se, assim, uma perda (shortfall) para a EDP Produção, resultante da diferença entre as receitas que obteve no período de preço mais baixo e as receitas que, mesmo não tendo auferido, terá de devolver à revisibilidade porque a simulação do VALORÁGUA assume a remuneração a preços mais elevados. O shortfall é, simultaneamente, uma perda efetiva e real para a EDP Produção e um benefício para os consumidores, na medida em que reduz o custo das centrais CMEC através do mecanismo de revisibilidade, à custa de um prejuízo para a EDP Produção e de uma falha regulatória. Quando a fórmula da revisibilidade foi prevista no Decreto-Lei n.º 240/2004, e o VALORÁGUA foi nele inscrito como suporte do procedimento de revisibilidade dos CMEC, não existia mercado de serviços de sistema em Portugal (em nenhum dos seus segmentos de regulação primária, secundária ou terciária), não se sabia como seria estruturado e ignorava-se como iria operar, pois as regras de funcionamento desse serviço só foram instituídas pelo Despacho n.º 17 744-A/2007, de 10 de agosto, da ERSE. Daí que, ao contrário do clamado pela AdC, o Decreto-Lei n.º 240/2004 não possa ser



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

invocado para alegar que o VALORÁGUA trata correta e integralmente as situações em que as centrais CMEC disponibilizam telerregulação. A conclusão do parágrafo anterior vale igualmente para explicar por que é que os Procedimentos de Revisibilidade não demonstram a adequação do modelo VALORÁGUA no tratamento do serviço de telerregulação. É que, quando esses procedimentos foram aprovados pela REN e pela EDP Produção em junho de 2007, apesar de neles vir assumida a intenção de enquadrar aquele serviço como condicionante exógena ao modelo, o mercado de serviços de sistema não havia ainda sido constituído, nem existia o serviço de banda de regulação secundária. Conforme reconhecido pelo Brattle, pela Comissão de Acompanhamento (da qual a AdC fez parte) e pela REN, da segunda metade de 2007 até, pelo menos, ao último trimestre de 2009, ocorreu um período experimental durante o qual o serviço de banda secundária, entretanto definido pelo já citado Despacho n.º 17 744-A/2007, foi assegurado pela REN, na qualidade de gestor global do SEN, não detendo a EDP Produção controlo sobre as centrais CMEC nessa altura. Desde logo, foi a primeira a alertar, do primeiro ao último exercício de revisibilidade, para a incapacidade congénita do VALORÁGUA em reconhecer a regulação secundária disponibilizada pelas centrais com equipamentos de bombagem, a qual, conforme resulta de todos os relatórios de revisibilidade, nunca foi considerada na revisibilidade dos CMEC, gerando conseqüentemente perdas pelas quais a EDP Produção nunca foi compensada. A EDP Produção pugnou ainda, desde o primeiro exercício de revisibilidade, pela necessidade de se introduzirem no modelo VALORÁGUA todas as restrições resultantes da telerregulação das centrais, algo que a REN só passou a fazer em 2011 com a integração da base de telerregulação nas revisibilidades, após muita insistência da EDP Produção e várias chamadas de atenção quanto à inconsistência dos dados (incompletos) que estavam a ser considerados nas simulações ao longo dos primeiros anos de ajustamentos. Em 2011, passam, portanto, a introduzir-se no VALORÁGUA a totalidade das restrições associadas à telerregulação, assim tornando mais visíveis as respetivas falências no tratamento desse serviço, de que a EDP Produção se tinha já apercebido anteriormente. Contudo, a integração da base de telerregulação nas simulações da revisibilidade não solucionou as falhas estruturais do modelo, uma vez que é essa base de telerregulação que o modelo não consegue cumprir integralmente nos postos horários corretos. Assim, de 2011 em diante continuaram a registar-se perdas financeiras significativas para a EDP Produção quando as centrais CMEC mobilizavam regulação secundária, e continuaram também os alertas da Visada quanto às deficiências do modelo. Em 2013 — ainda antes da aprovação do Despacho n.º 4694/2014, antes de 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

Recurso (Contraordenação)

Visada ter tomado conhecimento do estudo que a ERSE remeteu à Autoridade (e que, aparentemente, está na origem do presente processo), e antes da Recomendação AdC — a EDP Produção reuniu com o Governo e com a ERSE, expondo de forma clara os condicionalismos do modelo VALORÁGUA e suas implicações financeiras negativas na revisibilidade dos CMEC. Poucos meses após estas reuniões foi elaborado o Relatório de Revisibilidade 2013 — também ele anterior ao Despacho n.º 4694/2014 — no qual a EDP Produção, uma vez mais, expôs as falhas do modelo e respetivas consequências. Com a aprovação do Despacho n.º 4694/2014 — que, como reconhecido na Decisão, resulta das preocupações manifestadas pela EDP Produção — veio, por via legal, (i) a confirmação das limitações do VALORÁGUA no tratamento da telerregulação; (ii) o reconhecimento de que, nas revisibilidades realizadas até então, as simulações do modelo não consideravam integralmente as restrições derivadas da prestação de regulação secundária pelas centrais CMEC; (iii) a afirmação do direito da EDP Produção a ser ressarcida das perdas que venham a ser apuradas por regulamentação governamental (que ainda hoje se aguarda); e (iv) a necessária demonstração, 10 anos volvidos sobre a aprovação do Decreto-Lei n.º 240/2004, de que, a existir algum problema quanto à participação das centrais CMEC na telerregulação, ele é de cariz regulatório (de tal maneira que, para lidar com o problema, foi necessário... mudar a arquitetura regulatória). Na sequência da aprovação do Despacho n.º 4694/2014, a REN e a EDP Produção passaram a explicitar de modo clarividente e em todos os relatórios de revisibilidade subsequentes — todos, sem exceção — que, mesmo depois de impostas as restrições de telerregulação, o VALORÁGUA não as consegue cumprir totalmente, gerando perdas de energia que estão também quantificadas nesses relatórios e que nunca foram levadas à conta de revisibilidade dos CMEC por ausência da regulamentação prevista no sobredito Despacho. Partindo do mesmo método de quantificação das energias não cumpridas que foram calculadas pela REN e que estão representadas nos relatórios de revisibilidade respeitantes aos ajustamentos de 2014 a 2017, o Segundo Relatório Compass Lexecon (anexo à Pronúncia) demonstra que a dimensão do shortfall nos anos visados pela Decisão (2009-2013) foi de € 7,7 milhões. Só o facto de estas perdas se terem efetivamente registado mostra que a EDP Produção sofreu prejuízo próprio para assegurar o aprovisionamento de reserva secundária ao SEN com centrais CMEC, o que não estava obrigada a fazer por normativo ou dispositivo contratual algum. Se as centrais CMEC tivessem participado ainda mais na banda secundária, como a AdC propugna, o shortfall teria aumentado para € 28,5 milhões no período 2009-2013 (como se demonstra nas simulações anexas ao presente recurso). Ainda a respeito



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 suposta inação da Visada quanto às falhas do VALORÁGUA em momento anterior ao Despacho n.º 4694/2014, são inconsequentes e infundadas as alegações da Autoridade de que, como contraponto às perdas provocadas pelo modelo, a EDP Produção, por um lado, deveria ter recorrido aos mecanismos de resolução de litígios previstos no âmbito dos CAE/CMEC e, por outro, seria beneficiada pelo coeficiente de produção previsto na Portaria n.º 228/2005, de 22 de fevereiro, tendo também a possibilidade de requerer a revisão de tais coeficientes. A primeira hipótese não tem qualquer sustentação, pois, além de não se poder atribuir qualquer significado ilegítimo ou censurável à decisão unilateral de uma empresa em não prosseguir um rumo litigante (com todos os custos que tal sempre acarreta), a realidade é que não existe qualquer diferendo entre as contrapartes nos CAE e nos acordos de cessação dos CAE (REN e EDP Produção) quanto à circunstância de o modelo VALORÁGUA gerar perdas para a EDP Produção quando as centrais CMEC disponibilizam telerregulação, como se atesta nos relatórios de revisibilidade subscritos pelas duas empresas e nas informações transmitidas pela REN à AdC no presente processo. Logo, o problema que emerge para a Visada de toda esta situação não pode ser dirimido através de mecanismos de composição ou resolução de litígios instituídos entre a REN e a EDP Produção, mas apenas por via legal e regulatória, como o Despacho n.º 4694/2014 confirma, na sequência justamente das preocupações suscitadas pela Visada junto das autoridades competentes. Igualmente destituída de sentido é a convocação da Portaria n.º 228/2005. Por um lado, o coeficiente de ajustamento das produções que aí vem previsto nunca beneficiou a EDP Produção nem, muito menos, a compensou por eventuais perdas financeiras na telerregulação, pois esse coeficiente visa apenas corrigir e anular erros sistemáticos, históricos e comprováveis de otimização do modelo VALORÁGUA e, assim, assegurar um referencial correto, realizável e adequado de otimização, nada tendo que ver com o tratamento da banda secundária (que só veio a ser criada em 2007 e operacionalizada em 2009). Por outro, a sugestão da Autoridade, de que a Visada poderia ter requerido a alteração do coeficiente da Portaria n.º 228/2005 para assegurar que a utilização do VALORÁGUA não lhe seria prejudicial (i) é incorreta, pois implicaria a utilização de um instrumento que não foi concebido para o fim que a AdC propõe; (ii) é inviável, porque a dita Portaria não permite que o pedido de revisão seja feito depois do ano de ajustamento fechar; (iii) é desajustada, por se estar a tentar compensar uma perda através de uma metodologia que, de forma artificial e desconexa com o propósito pretendido, iria gerar uma receita que poderia, ou não, ter alguma relação com a perda ocorrida; e (iv) é desprovida de interesse prático, atendendo ao período temporal contemplado 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

Recurso (Contraordenação)

Decisão, porque nunca permitiria a compensação de perdas geradas antes da revisibilidade de 2011, a realizar em 2012. Em suma quanto a este ponto, não tem qualquer apoio afirmar que a EDP Produção nada fez quanto aos problemas do VALORÁGUA a respeito do serviço de telerregulação antes da aprovação do Despacho n.º 4694/2014. Ademais, mesmo que nem todas as discussões havidas entre a EDP Produção e a REN durante este período tenham sido vertidas por escrito no contexto das revisibilidades, a questão do incumprimento das energias de telerregulação pelo modelo VALORÁGUA foi várias vezes discutida entre representantes das duas empresas. Em resposta a pedidos de informação formulados pela AdC à REN sobre o alcance do VALORÁGUA a respeito do serviço de telerregulação, a REN confirmou, em consonância com o que decorre dos relatórios de revisibilidade de 2014 em diante, que as limitações intrínsecas ao modelo não permitem o cumprimento integral das restrições impostas. A Autoridade tresleu a passagem da resposta da REN, que refere que as energias identificadas como incumprimentos não se perdem, sendo antes distribuídas por outros postos horários: é que é justamente nesta alocação artificial, a slots horários mais caros, das energias de telerregulação disponibilizadas em horas de menor preço e que não correspondem às efetivas ofertas colocadas, que reside a génese do shortfall. Uma vez que não tem como contrariar a existência de perdas motivadas pelos incumprimentos de telerregulação do modelo VALORÁGUA, a Autoridade lança suspeições vagas e infundadas sobre a quantificação dessas perdas. Sem prejuízo da refutação individual e motivada de cada uma dessas críticas que é feita em lugar próprio, mesmo que a Autoridade tivesse dúvidas genuínas sobre o montante exato dessas perdas — o que nem sequer se verifica, pois jamais o indagou ou sequer auscultou junto de quem a poderia esclarecer — isso nunca legitimaria que pudesse pôr em causa a existência de perdas, que estão, entre o mais, reconhecidas pelo legislador português (no Despacho n.º 4694/2014) e pela REN (nos relatórios de revisibilidade). A segunda componente do shortfall é composta pelas perdas de rendimento ou ineficiências dos grupos elétricos, motivadas pelas reais perdas de eficiência dos grupos elétricos, já que as simulações da revisibilidade não contêm qualquer relação entre a eficiência de uma central e o nível de potência a que se encontra a operar e, como tal, não captam as variações de eficiência em função dos diferentes níveis de produção. Estas ineficiências registam-se porque, para disponibilizar telerregulação, as centrais têm que estar a operar num nível mais reduzido de potência, o que origina um decréscimo do rendimento, como assumidamente reconhecido, por exemplo, pelos manuais de garantia dos fornecedores das turbinas hidráulicas que equipam as centrais e atestado por um parecer do Professor



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Doutor Luís Gato — tudo elementos que fazem parte do acervo documental do presente processo. Através de uma observação empírica das curvas reais de eficiência de cada uma das centrais CMEC, o Segundo Relatório Compass Lexecon (anexo à Pronúncia) comprova a existência de uma efetiva perda de eficiência em todas as centrais CMEC na prestação de serviços de telerregulação (com a exceção de Picote, em que não se verificou variação de eficiência), perda essa que, no período de 2009-2013, representou um shortfall para a EDP Produção de € 3,5 milhões. Se adicionarmos a este montante os € 7,7 milhões de perdas por energias não cumpridas, o valor do shortfall real avoluma-se para € 11,2 milhões entre 2009 e 2013. No cenário, preconizado pela Autoridade, de maior oferta de banda secundária com centrais CMEC, as perdas de eficiência aumentariam para € 5,9 milhões, alargando o shortfall total para € 34,4 milhões no cômputo dos anos de 2009 a 2013 se tomarmos também em consideração as energias incumpridas (€ 28,5 milhões). Estes cálculos também contrariam a alegação abstrata da Autoridade, de que o funcionamento das centrais em telerregulação tanto pode gerar perdas de eficiência, como ganhos: em termos de prestação real de banda secundária — efetiva e verificada — nunca se observaram ganhos de rendimento, nem a AdC indica qualquer situação concreta em que as centrais da EDP Produção tenham aumentado a sua eficiência quando reduzem a produção do valor máximo para disponibilizar telerregulação. Na data em que o Decreto-Lei n.º 240/2004 foi aprovado e em que foram definidos os Procedimentos de Revisibilidade, não existia um mercado de serviços de sistema em Portugal, nem se encontrava estabelecida ou implementada a atividade de banda de regulação secundária, de modo que não tem razão a Autoridade, ao pretender inferir da simples redação daqueles documentos a ideia de que as reduções de capacidade produtiva, resultantes da prestação de telerregulação pelas centrais CMEC, são reconhecidas e aceites pelo VALORÁGUA e pela revisibilidade. Para que o serviço de telerregulação seja processado nas simulações dos ajustamentos, é primeiro necessário impor ao modelo as restrições de produção que daí resultam. Foi só a partir de 2011 que, por insistência da EDP Produção, a base de telerregulação passou a integrar as simulações do VALORÁGUA e as suas limitações intrínsecas se tornaram mais visíveis, pelo que soçobra a afirmação da AdC de que o modelo integrou as devidas restrições ao longo do período visado pela Decisão. Também não é verdade que, seja antes seja depois de integrar a totalidade das restrições de telerregulação, o VALORÁGUA as cumpre integralmente nas simulações que fundam as revisibilidades dos CMEC, e a prova disso é a existência do shortfall, reconhecido, para além da EDP Produção, pelo legislador, pela REN e pelo Brattle. Não há ainda como sufragar 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)

entendimento da Autoridade de que, até ao Despacho n.º 4694/2014, a EDP Produção nunca se teria pronunciado sobre as limitações do modelo no tratamento do serviço de telerregulação. Esta afirmação é contrariada por todos os relatórios de revisibilidade desde 2007 e por várias outras iniciativas que documentam a preocupação e diligência da Visada em alertar para os erros do modelo e procurar contribuir para a sua resolução. Para além destas evidências escritas, a questão do incumprimento das energias de telerregulação pelo modelo VALORÁGUA foi várias vezes discutida entre representantes da REN e da EDP Produção. O âmbito temporal da análise de comportamento empreendida na Decisão está equivocado, ao remontar o início da alegada infração a janeiro de 2009. Entre a segunda metade de 2007 e, pelo menos, o último trimestre de 2009, foi a REN que deteve o controlo das ofertas (e, naturalmente, da procura) de telerregulação pelas centrais CMEC, não podendo ser imputada à EDP Produção qualquer conduta ocorrida nesse período. Não procede a asserção de que a EDP Produção teria limitado a participação da central de Sines na banda de regulação até 2016. A EDP solicitou à REN, em 2008, que fossem realizados testes de funcionamento da telerregulação nessa central, não tendo a REN promovido tais testes durante o período coberto pela alegada infração. Quer ao abrigo do Manual de Procedimentos quer nos termos do clausulado dos CAE, a EDP Produção exerceu todo o zelo para assegurar que a central de Sines seria submetida a ensaios e, assim, funcionar em telerregulação de modo seguro e fiável, ou, no limite, para que pudesse disponibilizar telerregulação sem precedência de testes de ensaio, caso a REN entendesse que estavam reunidas as condições técnicas e operativas necessárias, não podendo ser imputada qualquer responsabilidade por a central de Sines não ter prestado banda secundária no período 2009-2013. No período analisado pela AdC, as ofertas de banda de regulação secundária não eram obrigatórias, nem existia qualquer parâmetro de prioridade, proporcionalidade ou otimização na alocação das ofertas desse serviço entre centrais CMEC e não CMEC. Contudo, as centrais CMEC enfrentaram um entorse regulatório com repercussões financeiras significativas — o shortfall — que condicionou a suscetibilidade de disponibilizarem este serviço de forma mais alargada, algo que a Autoridade desconsidera. A Autoridade também ignora que, ao terem tido menor quota de participação na regulação secundária, as centrais CMEC auferiram mais receitas de regulação terciária, que devolveram à revisibilidade em benefício dos consumidores; se essas centrais tivessem sido mais utilizadas para fazer regulação secundária, o efeito teria sido o inverso, sendo que os consumidores suportam o custo total das duas rubricas de serviços de sistema e esse custo permaneceu relativamente estável durante



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

o período da suposta infração e depois disso. Não existiu estratégia alguma de restrição física da capacidade de telerregulação das centrais CMEC, nem qualquer estratégia de maximização de lucros; pelo contrário, o que se verifica é a existência de perdas reais e significativas para a EDP Produção. Inexistindo, no período 2009-2013, qualquer obrigação regulatória de disponibilizar regulação secundária ou de dar prioridade, na prestação deste serviço, às centrais CMEC sobre as centrais de mercado (ou vice-versa), o que terá de se avaliar de uma perspetiva de restrição física é se, no cômputo das centrais CMEC e não CMEC, foi disponibilizada oferta suficiente para cobrir as necessidades requeridas pela REN. A questão de saber em que ordem e por que preço é que cada tipologia de central se posicionou na curva de oferta releva apenas no plano de análise da putativa restrição económica da produção e da natureza excessiva, ou não, dos preços que daí resultaram. A Autoridade reconhece que, no cômputo das várias centrais (CMEC e não CMEC) da EDP Produção, foi oferecida quantidade de banda de regulação suficiente para satisfazer a procura da REN, embora, em algumas passagens da Decisão, indique que tais ofertas teriam sido inferiores em cerca de 5-6% às necessidades procuradas pela REN, percentagem que, além de estar errada, seria sempre imaterial para demonstrar alguma restrição física da capacidade. A alegada estratégia de limitação da oferta de regulação secundária pelas centrais CMEC, de modo a beneficiar as centrais de mercado, é, com o devido respeito, absurda e indemonstrável, pois as ofertas daquelas centrais limitaram-se a evitar um alargamento das perdas financeiras resultantes do shortfall. A acusação de retirada de capacidade de reserva secundária é ainda contraditada por condicionalismos hidrográficos e hidrológicos que limitaram a capacidade de as centrais CMEC telerregular durante o período coberto pela Decisão. O nível de preços das ofertas de telerregulação das centrais CMEC é consequência direta e inevitável das limitações intrínsecas do modelo VALORÁGUA, não podendo a Autoridade esperar ou exigir que uma empresa, ainda que dominante, incorra em alargadas perdas financeiras motivadas por falhas regulatórias, apenas para manter os preços num patamar artificial e insustentável. Não se pode imputar à EDP Produção qualquer responsabilidade quanto à forma como as centrais CMEC disponibilizaram banda de regulação secundária durante a maioria do ano de 2009, pois que a gestão do serviço de telerregulação coube então à REN. A Autoridade demitiu-se de apurar se os preços das ofertas de banda secundária das centrais da EDP Produção têm correspondência alguma com os respetivos custos, nunca tendo sequer solicitado informações à Visada sobre estes custos. Sucede que as centrais em mercado da EDP Produção registaram resultados globalmente negativos em todo 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)

período de 2009 a 2013, o que só por si comprova a inexistência de preços elevados ou de desvios significativos entre preços e custos. Esta conclusão é reforçada no Terceiro Relatório Compass Lexecon, através da aferição do custo marginal médio de longo prazo do serviço de telerregulação das centrais, o qual ficou sempre acima do preço da regulação secundária. Este exercício de comparação entre custos e preços só pode ser feito relativamente às centrais de mercado, porque as centrais CMEC, mercê do mecanismo de remuneração, têm naturalmente margens positivas e têm de devolver na revisibilidade todas as receitas que auferiram com a prestação de regulação secundária, não se apropriando nem beneficiando de qualquer estratégia de supostos preços elevados ou excessivos. Ao escudar a sua análise dos custos das centrais exclusivamente na auditoria do Brattle, sem efetuar qualquer análise crítica própria, a Autoridade ignorou os vários e graves erros e das limitações (algumas delas auto-reconhecidas) em que o auditor incorre neste domínio, os quais prejudicam irremediavelmente a conclusão de uma qualquer discrepância entre os custos assim apurados e os preços verificados. Ao contrário do que alega a AdC, o Terceiro Relatório Compass Lexecon demonstra que o preço de equilíbrio da regulação secundária e o custo de oportunidade das centrais hídricas devem ser medidos pelo CMMLP das CCGT, uma vez que, entre o mais, estas são as centrais marginais e sem as quais a REN não consegue satisfazer a totalidade da procura daquele serviço. Independentemente de a Autoridade concordar ou discordar da abordagem de pricing das centrais CMEC que está descrita na Decisão, o que certamente não pode contestar — nem ensaia fazê-lo em momento algum — é que as ofertas refletiram os custos de prestação de banda secundária das CCGT, nunca podendo ser considerados elevados ou excessivos quando refletem os custos efetivos de produção de uma tecnologia que é essencial para a prestação do serviço em causa, ainda para mais quando é a própria Autoridade a reconhecer a grande complexidade de determinação dos custos de banda secundária das centrais hídricas de albufeira. Não faz qualquer sentido apelar a uma comparação dos preços de regulação secundária em Portugal e Espanha como elemento de análise do impacto da conduta das centrais da EDP Produção, pois isso pressuporia que as ofertas de telerregulação das centrais da Visada seriam o único fator de diferenciação entre as atividades de regulação secundária nos dois países. Conforme reconhecido pelo próprio Brattle, existem vários aspetos, estruturais e conjunturais, que justificam diferenças de preço e inviabilizam uma extrapolação direta, designadamente: (i) a circunstância de em Espanha não existirem CMEC e os operadores desses países não enfrentarem as perdas infligidas pelo shortfall; (ii) o distinto mix energético; e (iii) as



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

características do mercado de serviços de sistema como um todo. Estas diferenças explicam por que o preço da banda de regulação secundária é mais alto em Portugal do que em Espanha. De qualquer forma, e este é o ponto mais relevante, não é possível fazer comparações de preços entre os dois países baseadas apenas numa das componentes de serviços de sistema (neste caso a banda de regulação secundária), uma vez que existe uma lógica de vasos comunicantes entre os seus diversos segmentos. Os clientes de eletricidade não consomem nem pagam a banda de regulação secundária como um produto final ou isolado, pelo que o que releva é a comparação do custo global dos serviços de sistema, que os consumidores suportam e que os produtores enfrentam e refletem nas suas estratégias. O Terceiro Relatório Compass Lexecon, junto a este recurso, mostra, de forma particularmente impressiva e com base em dados do Brattle, que os custos totais dos serviços de sistema em Portugal e Espanha estão globalmente alinhados. A alegação da AdC de que a conduta da EDP Produção afetou a qualidade da banda de regulação fornecida ao sistema entre 2008 e julho de 2009 não tem qualquer fundamento, pois, como acima se viu, até pelo menos ao último trimestre de 2009 a participação das centrais CMEC na banda secundária foi controlada pela REN e não pela EDP Produção, pelo que o referido impacto qualitativo, a ter existido, nunca seria imputável à Visada. Do mesmo modo, a avaliação quantitativa do alegado impacto do comportamento da EDP Produção, que conclui pela existência de um prejuízo aos consumidores de € 139,7 milhões, encerra inconsistências sérias que comprometem a sua validade em virtude dos pressupostos utilizados (os relatórios de auditoria do Brattle; a aplicação retroativa do Despacho n.º 4694/2014; os preços praticados no mercado espanhol de regulação secundária; e os preços praticados pela EDP Produção antes e depois do período 2009-2013), já acima analisados. Em face do exposto, a EDP Produção solicitou à Compass Lexecon que desenvolvesse uma análise alternativa de apuramento do impacto da estratégia de oferta de telerregulação pelas centrais CMEC, a qual consta do Segundo Relatório da Compass Lexecon. A análise de impacto desenvolvida pela Compass Lexecon permite corrigir as inconsistências e insuficiências detetadas na avaliação que é realizada pela AdC e baseia-se em dois pressupostos essenciais: a utilização de um cenário contrafactual que isola e quantifica os reais efeitos decorrentes da estratégia de oferta de telerregulação das centrais CMEC; e a consideração de todas as componentes de custo para os consumidores que são efetivamente relevantes para avaliar esse impacto. A análise desenvolvida pela Compass Lexecon conclui que a estratégia de oferta de telerregulação das centrais CMEC trouxe um benefício efetivo de € 4,9 milhões 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

Recurso (Contraordenação)

quando comparado com o cenário contrafactual. Ou seja, se a EDP Produção tivesse seguido a abordagem de maximização da participação das centrais CMEC na banda secundária que a AdC sugere, os consumidores teriam saído lesados em € 4,9 milhões. Esta análise evidencia assim de modo particularmente expressivo as falhas regulatórias do modelo VALORÁGUA: por força do shortfall geram-se resultados de sentidos opostos e perversos, pois, quanto maior for a participação das centrais CMEC em telerregulação, mais a EDP Produção sai penalizada e mais os consumidores ficam beneficiados. As limitações do modelo VALORÁGUA distorcem assim, por completo, a abordagem de mercado competitivo e eficiente que a Autoridade pretende trazer para este processo, o que logicamente não pode ser imputado à Visada. A AdC não procedeu ao preenchimento cumulativo e relacionado de todos os requisitos da norma resultante dos artigos 11.º, n.º 2, alínea b), da LdC, e 102.º do TFUE, pois que não concretizou corretamente os seus elementos típicos da norma (que é uma norma que contém uma cláusula indeterminada de tipificação de ilícito contraordenacional, carece de ser interpretada à luz de ensinamentos decorrentes de outras proveniências), da mesma forma que se baseou num incompleto e deficiente enquadramento factual (desde logo ao desconsiderar que o mercado em causa é objeto de uma regulação que não é neutra sob o prisma concorrencial) para proceder à sua pretensa instanciação. Contrariamente ao afirmado pela AdC, a figura do abuso de posição dominante “exploratório” ou de “exploração” dos consumidores não está estabilizada na prática decisória e na jurisprudência europeias, para além da prática de preços excessivos. Em particular, não existe qualquer precedente decisório no direito da União declarando a ilicitude de abusos de exploração por práticas de “restrição física de capacidade” ou de “restrição económica de capacidade” ao abrigo do artigo 102.º, alínea b), do TFUE. A AdC incorre num erro manifesto ao sugerir que o Acórdão AstraZeneca do Tribunal de Justiça constitui um precedente relevante para o presente processo, designadamente no que respeita a uma alegada exploração do regime regulatório. A conduta objeto da Decisão nada tem que ver com os comportamentos muito específicos em causa naquele processo (“declarações fortemente enganosas” perante autoridades públicas e utilização de procedimentos regulamentares para excluir a entrada de concorrentes), não sendo alegado pela AdC qualquer facto concreto neste sentido, para além de alegações genéricas e infundadas. O conceito de concorrência normal ou pelo mérito, reconhecido pela jurisprudência como devendo ser o padrão de atuação de uma empresa dominante, deve ser aferido à luz das circunstâncias reais do mercado em causa, e não segundo um conceito teórico de concorrência idealizada e quase perfeita. Tendo a EDP



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Produção adotado o único comportamento economicamente racional possível, à luz do quadro regulatório aplicável, com vista a evitar as perdas financeiras que resultariam de uma utilização mais intensa das centrais CMEC, tal comportamento deve forçosamente ser considerado como um comportamento que se rege pela “concorrência normal” ou “pelo mérito”, para efeitos do artigo 102.º do TFUE do artigo 11.º da LdC. Os Acórdãos do Tribunal de Justiça Höfner e Merc Convenzionali Porto di Genova não apresentam qualquer relevância para os presentes autos. Não só a EDP Produção não dispõe de qualquer direito exclusivo no mercado da regulação secundária, na aceção do artigo 106.º do TFUE (preceito que não lhe é aplicável), mas sobretudo o comportamento censurado pela AdC não traduz qualquer operação que evitou o recurso à tecnologia moderna, que era ineficiente ou que não estava manifestamente em condições de satisfazer a procura dos serviços teleregulação contratados pela REN. Na decisão da Comissão Europeia de 2008 no processo E.ON, o único precedente de direito da União Europeia citado pela AdC em matéria de restrição de capacidade — e que, sendo uma decisão de arquivamento com compromissos, reflete apenas uma apreciação preliminar dos factos pela Comissão, sem qualquer juízo de ilicitude quanto ao comportamento da empresa visada —, a principal preocupação prendia-se com o receio de a empresa dominante poder ter retirado capacidade substancial de geração que seria rentável ofertar no mercado. Considerando as perdas decorrentes das falhas do modelo VALORÁGUA — tanto as efetivamente incorridas com a conduta no período 2009-2013 posta em causa pela AdC, como as que resultariam do cenário maximalista defendido como ideal na Decisão — torna-se evidente que à luz do quadro regulatório vigente não é rentável para a EDP Produção prestar teleregulação com as centrais CMEC, na medida em que é forçada a devolver na revisibilidade um montante superior ao que auferir com a prestação do serviço. Não sendo a prestação de teleregulação com as centrais CMEC rentável, não se verifica a preocupação jusconcorrencial identificada (de forma preliminar) pela Comissão Europeia na decisão E.ON, pelo que a análise do comportamento da EDP Produção, à luz de todas as circunstâncias relevantes, exclui por si só a existência de qualquer abuso de posição dominante por limitação da produção. Qualquer aplicação do artigo 102.º do TFUE e da norma equivalente do artigo 11.º da LdC pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre a posição de domínio da empresa em causa e o comportamento alegadamente abusivo, como reconhecido pela jurisprudência, incluindo no recente processo Facebook. Como referido no Terceiro Relatório Compass Lexecon, o comportamento da EDP Produção censurado pela AdC não requer a existência de uma posição dominante e seria



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

implementado por qualquer empresa que operasse uma central CMEC, na medida em que qualquer empresa confrontada com o regime CMEC e com as falhas regulatórias do modelo VALORÁGUA teria incentivo a atuar exatamente da mesma maneira, pelo que não existe a conexão entre a posição alegadamente dominante da EDP Produção e o comportamento em causa requerida pela jurisprudência. Mesmo que a conduta imputada à EDP Produção pudesse porventura ser considerada, à primeira vista, como um abuso de posição dominante (o que apenas se admite para efeitos de raciocínio), a necessidade de evitar perdas financeiras sempre constituiria uma causa de justificação objetiva que excluiria o carácter abusivo do comportamento em causa, de acordo com a jurisprudência e a prática da Comissão Europeia. A AdC reconduz erradamente a possibilidade de justificação objetiva de um comportamento aparentemente abusivo apenas à produção de ganhos de eficiência. A EDP Produção nunca alegou que o comportamento questionado pela AdC era justificado por ganhos de eficiência, nem faria sentido fazê-lo, uma vez que a única razão que presidiu às ofertas das centrais CMEC no período em questão foi a de evitar perdas financeiras superiores decorrentes das falhas do modelo VALORÁGUA. O comportamento da EDP Produção em causa no presente processo constitui uma situação de necessidade objetiva, o primeiro exemplo de justificação objetiva reconhecido pela jurisprudência e pela prática da Comissão. Resulta evidente, em particular, que as limitações do modelo VALORÁGUA constituem um fator objetivo e externo à empresa, ou seja, um fator exógeno, que determinou as ofertas de banda de regulação das centrais CMEC no período 2009-2013. Não podendo ser razoavelmente exigido à EDP Produção que adotasse um comportamento diferente, pelas razões detalhadas no presente recurso, as ofertas realizadas pelas centrais CMEC no período em questão revelaram-se indispensáveis e proporcionais ao objetivo de mitigar as perdas sofridas pela empresa em virtude do quadro regulatório vigente. Considerar o contrário equivaleria a defender que a responsabilidade especial de um operador dominante inclui a obrigação de o mesmo produzir sempre e independentemente do racional financeiro no nível máximo da capacidade, quando não existe qualquer base jurídica ou económica, nem tão-pouco qualquer precedente jurisprudencial ou decisório, no quadro dos artigos 11.º da LdC e 102.º do TFUE, que obrigue uma empresa a esgotar e explorar no máximo a sua capacidade produtiva quando tal comportamento não lhe seja legal ou contratualmente exigível e seja totalmente irracional do ponto de vista financeiro, nem que force uma empresa dominante a sofrer perdas financeiras para compensar as falhas de mercado. A AdC recusa expressamente analisar o comportamento da EDP Produção da perspetiva da eventual prática 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

Recurso (Contraordenação)

preços excessivos, afirmando que a Decisão não tem por objeto uma condenação da EDP Produção por prática de preços excessivos. Como decorre da prática decisória referida pela própria Decisão, da doutrina, e do Terceiro Relatório Compass Lexecon, os casos em que a empresa dominante restringe artificialmente a oferta de modo a obter um lucro supranormal configuram casos de preços excessivos e devem ser apreciados nessa sede. A categoria exemplificativa do abuso de limitação de produção em prejuízo dos consumidores, referida nas alíneas b) do artigo 102.º do TFUE e do artigo 11.º, n.º 2 da LdC, apenas pode ser aplicada a modalidades de abuso de exclusão, na medida em que está pensada para as situações em que um operador dominante restringe a capacidade produtiva de operadores terceiros, que carecem de ter acesso a produtos ou serviços da empresa dominante para concorrerem com ela num mercado a jusante. Alegando a própria AdC que o comportamento da EDP Produção constitui um abuso de exploração que prejudicou os consumidores, a conduta em causa (que corresponde a uma redução de produção própria) é algo que, em si mesmo e só por si não restringe a concorrência nem prejudica os consumidores, apenas podendo produzir um efeito anticoncorrencial e de, como tal, originar um abuso de posição dominante se conduzir à aplicação de preços excessivos. Como bem assinala a Compass Lexecon, o entendimento da AdC não tem qualquer apoio nos princípios da teoria económica, pois um abuso de exploração deve ser forçosamente analisado de uma perspetiva de preços excessivos independentemente dos meios alegadamente utilizados para elevar os preços a um nível supracompetitivo, que podem incluir tanto estratégias de restrição física como económica de capacidade. O teste para aferir a existência de um abuso de posição dominante pela prática de preços excessivos, definido pelo Tribunal de Justiça no Acórdão United Brands, visa determinar se o preço não tem qualquer correspondência razoável com o valor económico do produto, compreendendo dois passos ou critérios cumulativos: (i) apurar se existe uma desproporção excessiva entre o preço e os custos efetivamente incorridos, e, em caso de resposta afirmativa, (ii) apurar se o preço cobrado é não equitativo, quer em si mesmo, quer em comparação com produtos concorrentes. Não se encontra na Decisão uma única referência aos critérios acima enunciados para aferir a existência de um abuso por preços excessivos à luz do Acórdão United Brands e jurisprudência subsequente. A AdC afirma apenas, neste contexto, que os preços praticados pela EDP Produção: (i) são significativamente superiores aos respetivos custos apurados pelo Brattle; (ii) excedem os preços praticados no mercado espanhol; e (iii) são desproporcionais, quer relativamente aos preços do período anterior a 2009, quer relativamente aos preços praticados após 2014, alegações



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

já acima refutadas e que não cumprem os requisitos da jurisprudência United Brands. Ao ter recusado expressamente proceder à análise do comportamento da EDP Produção objeto do presente processo com vista a determinar se os preços das ofertas das centrais aqui em causa eram excessivos, de acordo com os critérios United Brands, a AdC incorreu num erro de direito grave e violou o disposto nos artigos 102.º do TFUE e 11.º da LdC, o que por si só deverá conduzir à absolvição da Visada. Tendo a AdC expressamente recusado analisar o comportamento da EDP Produção à luz dos critérios em matéria de preços excessivos constantes da jurisprudência United Brands, o Terceiro Relatório da Compass Lexecon procede em todo o caso a tal análise, com vista a deixar absolutamente claro que a conduta em causa é conforme aos artigos 102.º do TFUE e 11.º da LdC. Relativamente ao primeiro critério United Brands, a Compass Lexecon conclui que os preços do serviço de regulação secundária durante o período 2009-2013 foram inferiores aos custos de referência, que correspondem ao custo marginal médio de longo prazo ("CMMLP") das centrais em regime de mercado da EDP Produção. Esta conclusão é corroborada ainda pelo EBIT negativo obtido por essas centrais da EDP Produção (CCGT e centrais hídricas sem CMEC) no período 2009-2013, o qual implica que as margens obtidas não foram suficientes para recuperar os seus custos de investimento anuais, constituindo evidência adicional de que não obtiveram lucros supracompetitivos. Não se encontrando preenchido o primeiro critério da jurisprudência United Brands, por não existir uma desproporção excessiva entre os preços e os custos de referência, e sendo os dois critérios de verificação cumulativa, o comportamento da EDP Produção não pode ser considerado um abuso de posição dominante por preços excessivos, nos termos do artigo 102.º do TFUE e do artigo 11.º da LdC. O segundo critério United Brands não se encontra igualmente verificado. Embora a AdC alegue que o preço da regulação secundária em Portugal foi, em média, no período em questão, 65,8% superior ao preço do mesmo serviço em Espanha, o eventual carácter excessivo do preço em Portugal em comparação com o de Espanha deve ser apreciado a partir da análise do efeito combinado dos preços em todos os mercados de serviços de sistema, tendo em conta o elevado grau de interação entre o mercado da regulação secundária, o mercado da produção de eletricidade e os restantes mercados de serviços de sistema, tanto do lado da oferta, como do lado da procura. Neste contexto, resulta do Terceiro Relatório Compass Lexecon que no período 2010-2013 o preço médio dos serviços de sistema em Portugal (3,6 €/MWh) foi consideravelmente inferior ao mesmo preço em Espanha (4,3 €/MWh). Em particular, o preço mais elevado da telerregulação em Portugal no período em causa foi compensado por um preço 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

Recurso (Contraordenação)

restrições técnicas mais elevado em Espanha. Acrescem as diferenças significativas entre os mercados português e espanhol, já acima detalhadas, que impedem a consideração dos preços de Espanha pela AdC para este efeito, em particular no que respeita ao mix energético, à relevância distinta da atividade de restrições técnicas e à maior flexibilidade de prestação do serviço em Espanha. Mesmo considerando apenas a diferença entre o preço da regulação secundária em Portugal e em Espanha no período em análise, tal diferença (65,8%) não parece ser “considerável” ou “significativa”, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça, tendo em conta que os dois mercados apresentam características distintas e nos precedentes mais significativos em processos de abuso de posição dominante em matéria de preços excessivos decididos a nível internacional, o diferencial de preços exigido na maior parte dos casos para que o preço seja considerado excessivo situa-se entre 100% e 1000%. Resulta assim que nem o primeiro nem o segundo critério do Acórdão United Brands se encontram preenchidos, pelo que — mesmo que a AdC tivesse realizado a análise que rejeitou expressamente — o comportamento da EDP Produção questionado pela AdC nunca poderia ser considerado um abuso de posição dominante em matéria de preços excessivos, na aceção dos artigos 102.º do TFUE e 11.º da LdC. Do exposto resulta claro que a atuação imputada à EDP Produção resultou, afinal, indispensável e proporcional, no intuito de evitar perdas maiores, sendo que nem sequer existia qualquer dever legal de oferecer as suas centrais CMEC no mercado relevante. Como tal, o comportamento da Visada não foi adequado a criar qualquer risco para a concorrência, da mesma forma que, ao agir no intuito de evitar perdas adicionais, isto é, de acordo com um padrão de racionalidade económica, não pode esse mesmo comportamento ofender o bem jurídico concorrência (que pressupõe e pretende promover a atuação racional de todos os participantes económicos). Aliás, nem sequer é revelado pela Decisão que concreto comportamento deveria a EDP Produção, na tese da AdC, ter adotado face às perdas em que estava a incorrer. Deveria ser forçada a oferecer em primeira linha os serviços das suas centrais CMEC, internalizando prejuízos que de outra forma não sofreria? E isto pese embora a inexistência de qualquer dever legal ou contratual de oferecer aquelas centrais e a reconhecida falta de incentivos nesse sentido à luz do Decreto-Lei n.º 240/2004? Ainda que assim não fosse, a verdade é que o comportamento em causa nem sequer é causal do alegado dano aos consumidores imputado na Decisão, visto que entre as atuações da EPD Produção e a putativa produção desse dano existiram múltiplas perturbações e influências externas. E assim é porque não existia, no caso vertente, uma situação de mercado livre em concorrência perfeita, atentas as



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

disrupções no mercado provocadas pela entrada em vigor do quadro regulatório vertido no Decreto-Lei n.º 240/2004 e nos restantes instrumentos jurídicos que lhe dão execução, em particular o modelo económico VALORÁGUA e os desincentivos que o mesmo incluía à oferta de centrais CMEC (desincentivos reconhecidos pelo Brattle, pelo Estado português, pela REN e, até, pela AdC). O que significa que o putativo risco jusconcorrencial (a existir) foi introduzido pela própria Lei, o que suscita um caso paradigmático de repartição de competência na provocação do dano, ou, pelo menos, de heterocolocação em perigo livremente aceite. Mas é inexistente onexo causal ilícito também porque o mercado de banda secundária era necessariamente afetado pela realidade dos mercados primários e terciários, em particular quanto ao custo de oportunidade e ao custo para os consumidores da participação da Visada no mercado de banda secundária com as centrais em regime CMEC. De igual modo, o próprio cálculo da compensação devida à Visada nos termos do Decreto-Lei n.º 240/2004 envolvia uma pluralidade de causas e de intervenientes que também impede o estabelecimento do nexocausal entre a atuação da EDP Produção e o prejuízo causado a consumidores. É que o montante de compensação pago anualmente à EDP Produção era previamente controlado e validado pela DGGE, ERSE e Governo, pelo que nem estava na disponibilidade da EDP Produção causar o suposto prejuízo dos consumidores. Não só a montante, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 240/2004, como também a jusante, ao controlar o procedimento de revisibilidade, o titular do bem jurídico concorrência manteve o controlo sobre a afetação desse mesmo bem, isto é, sempre controlando o curso causal que putativamente conduziu (na tese da AdC) ao resultado ilícito. Ademais, a tese decisória é ainda inconciliável com juízos elementares de normalidade social, dado que, como referido anteriormente, a EDP Produção alertou para as inconsistências das simulações utilizadas para cálculo da revisibilidade — o que, logicamente, não teria feito se estivesse a agir no mercado com o intuito de abusar da sua posição dominante através da restrição da oferta das suas centrais CMEC, com vista a aumentar o montante compensatório que lhe era devido em sede de revisibilidade. A ausência de dolo decorre, desde logo, da ausência (já demonstrada) de qualquer comportamento passível de ser objetivamente imputado à ora Visada. Ainda que assim não fosse, decorre também do enquadramento factual providenciado que as atuações da EDP Produção foram levadas a cabo sem qualquer forma de representação, e muito menos com vontade, ilícita, isto é, sem consciência de que agia em termos violadores do Direito da Concorrência, pois que atuou convicta da racionalidade económica e consequente legalidade da sua abordagem ao mercado relevante — o que exclui o seu dolo, 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

Recurso (Contraordenação)

termos do artigo 8.º, n.º 2, do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, da LdC. Também o facto de entre 2009 e 2013, nunca as autoridades, particularmente a ERSE, nem a REN, nem o Estado no momento da validação da revisibilidade, alertaram ou denunciaram qualquer comportamento ilícito contribuiu para esta consciência lícita da Visada — sendo que esta tolerância por parte das autoridades é igualmente reveladora de uma situação do designado “erro-tolerância” que forçosamente impede também a imputação dolosa. Sem prescindir do exposto, im procedem também os argumentos convocados na Decisão sobre a imputação subjetiva do ilícito. Nos factos vertidos nos § 966 a § 974, a AdC nada adianta, bastando-se com a conclusão circular de que os factos apurados em sede de imputação objetiva teriam sido praticados com dolo de utilização da “posição dominante naquele mercado em prejuízo dos consumidores”. O dolo exigido não incide sobre o conceito normativo de abuso de posição dominante, mas sobre os pretensos factos que corporizam esse suposto abuso — pelo que, em rigor, a AdC nem entendeu o que deveria provar a este propósito. Apenas nos § 1041 a § 1069 da Decisão é que a AdC procura concretizar a instanciação do elemento doloso por que veio a condenar a EDP Produção — o que, não obstante, faz de forma errada, pois que se limita a sumarizar novamente os mesmos factos da imputação objetiva sem convocar um só facto novo ou instrumental suscetível de revelar que a Visada quis de facto restringir a oferta das suas centrais CMEC para abusar da sua posição no mercado e causar prejuízos aos consumidores. Tudo o mais, reporta-se a situações que nem sequer se relacionam, nem temporal, nem materialmente, com a infração imputada: (i) a referência ao Relatório Compass Lexecon, e em particular à posição que é aí associada à ora Visada, nada mais revela que uma redação textual de um terceiro sobre a perceção da EDP Produção (e não a sua vontade) quanto às condições do mercado regulado vertente; (ii) o segmento textual invocado da decisão proferida no processo CCent 6/2008, além de corresponder a uma citação incompleta de uma frase redigida pela AdC, também nada revela que seja contemporâneo da representação e vontade dos factos vertentes, incidentes na concreta restrição da oferta das centrais CMEC entre 2009 e 2013; (iii) a tentativa de extrair o dolo da EDP Produção da circunstância de dispor de aconselhamento jurídico especializado, além de ser um argumento perfeitamente reversível, é, uma vez mais, um ilogismo desconexo com a factualidade vertente e que nada demonstra sobre a formação da vontade da EDP Produção. O legislador consagrou, no artigo 73.º LdC, e de forma particular face a outros quadros legais setoriais em matéria contraordenacional, um regime de responsabilidade das pessoas coletivas muito similar ao que vem previsto no artigo 11.º do Código Penal. Nos termos daquele



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

preceito, ou bem que o ato foi praticado por uma pessoa com posição de liderança, ou bem que o foi por pessoa que não tendo essa posição, agia sob a autoridade de alguém que assumia uma posição de liderança. É, pois, absolutamente surpreendente que, em toda a Decisão da AdC, não se encontre uma única menção a este artigo 73.º da LdC. Na Decisão não encontramos qualquer menção a pessoas singulares, a órgãos/departamentos decisores ou, mesmo, a atos decisórios. Não dispomos de um qualquer elemento que permita afirmar, a final, que a punição da EDP Produção se justifica porque, in casu, foi preenchida umas das alíneas expressamente previstas pelo legislador no artigo 73.º, n.º 2, da LdC. A Autoridade, in casu, limitou-se a discorrer um conjunto de factos que, no seu entender (embora erradamente), permitem o preenchimento dos elementos objetivo e subjetivo da infração prevista no artigo 11.º, n.os 1 e 2, alínea b), da LdC, e no artigo 102.º, alínea b), do TFUE, mas não apresenta os factos que, depois, permitiriam responsabilizar a pessoa coletiva por essa mesma infração. Perante esta Decisão, a EDP Produção nem sequer pode contraditar (no sentido de os negar, infirmar, explicar, etc.) quaisquer factos ou elementos permitiriam fundamentar a imputação à pessoa coletiva da contraordenação em causa. No caso dos presentes autos, mostrava-se especialmente relevante perceber as concretas circunstâncias em que teria sucedido o comportamento imputado à pessoa coletiva, isto é, em que as pessoas singulares ou, mesmo, os órgãos societários fizeram a opção em discussão nos presentes autos, quais os seus fundamentos e motivação. Cumpria à Autoridade expor, também com respeito pelo disposto no artigo 73.º da LdC, os elementos concretos que permitiriam sustentar que a opção foi tomada em determinado momento, pelas pessoas que preenchem uma das alíneas do n.º 2 daquele preceito, verificando-se os requisitos expressos que cada uma das mencionadas alíneas prescreve. Assim, independentemente da explicação que possa ser dada nesta sede para opções tomadas no passado, e conforme é entendimento pacífico na nossa doutrina e jurisprudência, a verdade é que a ausência do cumprimento dos requisitos do artigo 73.º da LdC (que nem sequer vem mencionado na Decisão), que são essenciais para a possibilidade de responsabilização das pessoas coletivas, implica, obrigatória e legalmente, a absolvição da EDP Produção. A norma do artigo 73.º, n.os 1 e 2, da LdC, interpretada e aplicada no sentido de que a Autoridade preenche os requisitos nela exigidos independentemente de indicar a posição na visada das pessoas singulares que cometeram os atos passíveis de sanção, bem como os termos em que os praticaram, é, nessa interpretação, materialmente inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 2.º, 18.º, 29.º, n.os 1 e 3, 203.º, e 226.º, n.º 2, da CRP, inconstitucionalidade que se invoca 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

Recurso (Contraordenação)

todos os efeitos legais. Sem prejuízo de não apresentar os termos em que terá aplicado as Linhas de Orientação sobre a Aplicação de Coimas (a que se vinculou nos termos do artigo 69.º, n.º 8, da LdC, e que resultam, igualmente, dos princípios da União Europeia), a Decisão procede à escolha de apenas 6 (seis) critérios que, segundo o que ali se afirma, são aqueles que foram tidos em consideração para efeitos da determinação da coima aplicada. A Autoridade inexplicavelmente não mencionou/analizou/tomou em consideração os seguintes critérios (nem fundamentou a razão de tal opção): (i) "grau de participação do visado pelo processo na infração"; (ii) "a situação económica do visado pelo processo"; e (iii) "os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência", constantes, respetivamente, das alíneas d), g) e h) do n.º 1 do artigo 69.º da LdC. O primeiro é absolutamente essencial para efeitos da determinação da sanção a aplicar, na medida em que tem em consideração o estado atual da empresa, não podendo, para tal efeito, ter-se em conta o volume de negócios, pois que, como se observou, para além de não refletir a situação económica da empresa, também não foi o que o legislador teve em mente neste critério. Só uma razão pode ter justificado esta omissão da AdC: o facto de saber que a EDP Produção apresentou resultados negativos elevados nos últimos dois anos (num total superior a € 138 milhões), isto é, em 2017 e 2018, pelo que a situação económica da Visada sempre imporia contenção acrescida na sanção a aplicar! O segundo critério encontra lugar paralelo em qualquer regime sancionatório, pois que, naturalmente, pretende-se punir mais severamente aqueles que façam do incumprimento da lei um modo de vida. Foi ignorado pela Autoridade, obviamente, porque a EDP Produção jamais foi condenada pela prática de qualquer comportamento violador das regras da concorrência. A Autoridade omitiu a análise de 2 (dois) critérios (em 8 (oito) possíveis), com claro prejuízo para a EDP Produção, o que sempre implicaria uma revisão consideravelmente em baixa do valor de coima a aplicar (num cenário de condenação, o que, como já se disse, não se concebe). A Autoridade não indica um ato em que se tenha definido a tal alegada estratégia de utilização da posição dominante da Visada para definir e implementar uma estratégia de restrição da oferta de capacidade, tendente ao aumento dos preços no mercado de banda de regulação secundária, não aponta uma pessoa em posição de liderança que o tenha feito, não indica que eventuais deveres de vigilância ou controlo foram violados, e nem sequer consegue sustentar, com factos, e perante o modelo existente de imputação de responsabilidade à pessoa coletiva, a alegada motivação que entende ter levado a EDP Produção a agir como agiu. A afirmação de que a Visada assim agiu, e o fez de forma livre, esclarecida,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

voluntária e consciente, tanto mais que tem aconselhamento jurídico especializado e é parte integrante de um grupo de grande dimensão que já foi condenado por práticas restritivas da concorrência é inaceitável. É juridicamente inadmissível que se faça referência a um precedente de outras empresas, que não a Visada, para sustentar a gravidade do seu comportamento, tratando todas as sociedades de um grupo económico como se nada as distinguisse, mais ainda quando se usa como antecedente justificativo da gravidade de uma conduta da EDP Produção, uma decisão (não transitada em julgado), sobre outras empresas, proferida num processo que foi iniciado num ano (2014) que é posterior ao fim da conduta imputada à EDP Produção (final de 2013). É inaceitável que a Autoridade justifique a sua retórica sobre a gravidade da infração com base no facto de uma empresa recorrer a aconselhamento jurídico, como se daí resultasse que os eventuais comportamentos adotados o serão sempre em consciência da violação de normas. Acresce que o único precedente no direito da União relativo a um eventual abuso de posição dominante por “restrição física de capacidade” (a única teoria de dano da Decisão, como vimos acima), não é uma decisão condenatória com aplicação de coima, mas sim a decisão E.ON de 2008, uma decisão de arquivamento com compromissos, ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, decisão essa que nos termos deste diploma não poderia ter sido adotada caso a Comissão tivesse considerado existir elevado grau de nocividade. Apesar de mencionar impactos nos “sistemas vizinhos”, a Autoridade limitar a infração ao mercado de banda de regulação secundária em Portugal Continental. O mercado de banda de regulação secundária representa, apenas, entre 6% e 9 % do mercado diário de eletricidade, sendo que a sua dimensão tem sempre de ser analisada quando integrado no mercado eletricidade. Ainda que se considere ter existido infração — o que não se admite —, a mesma terá tido uma duração sempre inferior aos 5 (cinco) anos indicados pela Autoridade (2009 a 2013), uma vez que só no último trimestre de 2009 deixou a REN de gerir diretamente as centrais CMEC. Só isso bastaria para uma redução significativa da coima aplicada, nem que seja por a duração ser inferior em quase 1/5 do período indicado na Decisão. Acresce que não se pode deixar de ter em consideração a conduta imediatamente adotada pela EDP Produção quando tomou conhecimento da posição das autoridades, e isto apesar de não ter razão alguma para entender que poderia vir a ser visada por um processo sancionatório (recorde-se que a AdC demorou mais de 3 (três) anos a abrir o inquérito). A EDP Produção não violou a lei e não procurou, com base em qualquer violação, o exponenciar das suas margens, tendo, isso sim, as condutas imputadas visado, exclusivamente, evitar perdas maiores. A EDP



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Produção, por mais de uma vez, alertou para os problemas que se haviam detetado com o modelo VALORÁGUA, o que sempre seria incongruente se a Visada quisesse beneficiar do regime vigente para maximizar os seus lucros. A Autoridade admite que, logo que se apercebeu de que as autoridades poderiam ter um entendimento diferente, a atuação da EDP Produção se adaptou a esse entendimento, procurando, logo, expor perante o Governo a sua disponibilidade para rever os mecanismos aplicáveis. Este é um dos critérios do artigo 69.º, n.º 1, da LdC que deve ser analisado favoravelmente à EDP Produção, o que, contrariamente ao sucedido na Decisão, importaria a aplicação de uma sanção com uma dimensão muito inferior à aplicada pela Autoridade. A atuação que lhe é imputada apenas ocorria por manifesto convencimento (juridicamente aceitável, para o mais) da sua legalidade e isto sem prejuízo dos alertas sobre as limitações do modelo que a EDP Produção foi fazendo. Ao longo dos presentes autos, a EDP Produção prestou toda a colaboração que lhe cabia prestar, incluindo fornecendo voluntariamente o Primeiro Relatório Compass Lexecon, e logo em sede de inquérito, que, no seu ver, expunham as razões pelas quais as interpretações da Autoridade poderiam não ser corretas. A Autoridade, sabendo que a EDP Produção se preparava para fornecer um elemento que, uma vez mais, ajudaria a uma análise isenta dos factos, preferiu, ainda assim, não aguardar pelo mesmo e proferir, de imediato a Decisão. A Autoridade: (i) não tomou em devida consideração dois dos oito critérios aplicáveis in casu nos termos do n.º 1 do artigo 69.º da LdC; (ii) assume que, dos seis únicos critérios que analisou, pelo menos dois deles têm de ser valorados positivamente para a EDP Produção; e (iii) nos demais quatro analisados, em parte deles, não apresenta quaisquer elementos que permitam sustentar a conclusão a que chega, tendo, inclusivamente, elencado argumentos que são juridicamente insustentáveis. Perante os elementos que resultam dos presentes autos, temos que a determinação da coima a aplicar (na eventualidade de uma infração existir, o que não se admite) foi, na Decisão, realizada de forma incompleta, ilegal e injustificada, devendo-se ser manifestamente reduzida.

- 2 EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA formulou pedido de reenvio prejudicial, com o seguinte enquadramento: A EDP Produção entende que a aplicação do artigo 102.º do TFUE aos factos do presente processo resulta clara no sentido de que o comportamento que lhe é imputado pela AdC não constitui um abuso de posição dominante à luz da jurisprudência dos tribunais da União. No entanto, caso o Tribunal tenha dúvidas sobre a interpretação



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 dar ao artigo 102.º, a EDP Produção sugere respeitosamente que se suspenda o procedimento judicial e se submeta um pedido de reenvio prejudicial ao TJUE, nos termos do artigo 267.º do TFUE, propondo a formulação e apresentação das seguintes questões: (i) Pode o artigo 102.º do TFUE ser interpretado no sentido de que uma eventual limitação da prestação de serviços de telerregulação, como os prestados pelas centrais CMEC nos termos e circunstâncias do presente processo, constitui um abuso de posição dominante, em particular quando a prestação de tais serviços tem carácter facultativo e o comportamento visa evitar perdas financeiras resultantes das falhas regulatórias de um modelo económico como o VALORÁGUA? (ii) Em particular, na hipótese de o comportamento referido na alínea anterior poder ser considerado, à primeira vista, como um abuso de posição dominante, pode o objetivo de evitar as perdas financeiras resultantes das falhas regulatórias de um modelo económico como o VALORÁGUA, nos termos e circunstâncias do presente processo, constituir uma causa de justificação objetiva do comportamento potencialmente abusivo, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça? (iii) Pode o artigo 102.º do TFUE ser interpretado no sentido de que um comportamento como o referido na alínea (i) deve ser analisado à luz dos critérios aplicáveis aos abusos por preços excessivos, designadamente os estabelecidos no Acórdão United Brands e jurisprudência subsequente, na medida em que tal comportamento é qualificado pela autoridade nacional de concorrência competente como um potencial abuso de exploração, que conduziu ao aumento dos preços dos serviços em causa e produziu impacto direto sobre os consumidores? (iv) Podem o artigo 102.º do TFUE e os princípios gerais do direito da União Europeia, em particular os da igualdade de tratamento, do dever de fundamentação, do direito a um processo justo e equitativo e da transparência e certeza jurídica, ser interpretados no sentido de que uma autoridade nacional de concorrência, quando fixa uma coima a aplicar a uma empresa por violação do artigo 102.º e da norma correspondente nacional, nos termos e circunstâncias do presente processo, não está obrigada a fundamentar de forma especificada na decisão condenatória (para além da mera indicação do volume de negócios total da empresa visada) todas as circunstâncias relevantes que conduziram à determinação do montante concreto da coima, e em particular a forma como ponderou os critérios constantes das linhas de orientação sobre o cálculo de coimas por si previamente aprovadas, com conteúdo e grau de detalhe equivalente ao das orientações da Comissão Europeia na mesma matéria (2006/C210/02)?.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

3 O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão enunciou os seguintes temas de prova:

- a) Características das atividades da produção de energia e da prestação de serviços de sistema e, quanto a estes, da regulação secundária e da regulação terciária. Funcionamento e interligação entre a produção de energia no mercado grossista e a prestação de serviços de sistema e, quanto a estes, entre a regulação secundária e a regulação terciária.
- b) Ausência ou não de um mercado de regulação secundária em Portugal Continental até ao último trimestre de 2009.
- c) Capacidade e fornecimento dos concorrentes e da EDP Produção na prestação de serviços de telerregulação.
- d) Alegadas perdas associadas às energias de telerregulação não cumpridas pelo modelo Valorágua.
- e) Alegadas perdas de eficiência não reconhecidas pelo modelo Valorágua.
- f) Atuação da EDP quanto às pretensas limitações ao modelo Valorágua.
- g) Confirmação das limitações alegadas do modelo Valorágua no Despacho n.º 4694/2014.
- h) Possibilidade das limitações do modelo Valorágua serem superadas por via da alteração do coeficiente de ajustamento da produção previsto na Portaria n.º 228/2005, de 28.02.
- i) A não utilização da central de Sines na prestação do serviço de telerregulação por condicionantes do foro técnico.
- j) Existência de condicionalismos hidrológicos à prestação de serviços de sistema no âmbito das centrais CMEC e das centrais em regime de mercado.
- k) A compensação da subutilização das centrais CMEC na prestação do serviço de telerregulação pela participação das mesmas na prestação do serviço de reserva de regulação terciária.
- l) Alegado excesso dos preços praticados pela EDP PRODUÇÃO na prestação dos serviços de telerregulação durante o período relevante.
- m) Os custos de produção das centrais elétricas no âmbito "da regulação secundária.
- n) Possibilidade de utilização dos critérios previstos no Despacho n.º 4694/2014, para a quantificação da conduta imputada à EDP PRODUÇÃO.
- o) Possibilidade de utilização dos resultados da auditoria Brattle para o mesmo 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

Recurso (Contraordenação)

- p)** Possibilidade de utilização do mercado espanhol de banda de regulação secundária como referência.
- q)** Estratégia de oferta de capacidade através de centrais CMEC no mercado de banda de regulação secundária pela EDP PRODUÇÃO, durante o período relevante.
- r)** Princípios da oferta de banda de regulação secundária da EDP Produção, durante o período relevante.
- s)** Compensações pagas à EDP PRODUÇÃO, relativas à participação desta no mercado de banda de regulação secundária, durante o período relevante.
- t)** O custo de oportunidade associado às ofertas de reserva secundária.
- u)** O custo marginal médio de longo prazo (CMMLP) das centrais em regime de mercado da EDP Produção.
- v)** A oferta, pela EDP PRODUÇÃO, de capacidade suficiente para fazer face às necessidades requeridas pela REN no âmbito da regulação secundária.
- w)** O alegado impacto nos consumidores do comportamento imputado à EDP PRODUÇÃO.

4 Em momento antecedente do encerramento da produção de prova, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão solicitou ao Exmo. Senhor Assessor Técnico nomeado, Senhor Professor Doutor Steffen Hoernig, a elaboração de parecer a incidir sobre os temas da prova acima enunciados, seguindo-se o devido contraditório e formulação de esclarecimentos.

5 A final, por solicitação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, quer a Autoridade da Concorrência, quer a EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA, em resposta à primeira, apresentaram requerimentos que incidiram precisamente com a eventual pertinência na formulação de pedido de reenvio prejudicial e as perguntas que, neste conspecto, haveriam de ser enunciadas, conforme se afere dos requerimentos sob referência 63343 e 63388.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

§2

6 A Recorrente pretende ver discutidas as seguintes questões, assim se delimitando o **objeto do recurso**: i) nulidade por violação do direito de defesa, abertura do inquérito e constituição de arguido; (ii) nulidade da decisão por falta de fundamentação; (iii) imputação do elemento objetivo e subjetivo do tipo. Aplicação do Tratado de Funcionamento da União Europeia e/ou do Regime Jurídico da Concorrência. Justificação objetiva e ónus da prova. Responsabilidade da pessoa coletiva; iv) determinação da medida da coima. Inconstitucionalidade do artigo 69.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência. Mantêm-se válidos e regulares os pressupostos da instância.

§3

7 Como questão prévia e prejudicial, importa analisar a invocada **nulidade por violação do direito de defesa**, designadamente na dimensão de falta de inquérito durante o período em que recebida a notícia da infração, não procedeu imediatamente à abertura de inquérito, e de falta de constituição de arguido. Sopesado o quanto se dispõe no Regime Jurídico da Concorrência (conferir artigo 25.º, n.º 1), a norma plasmada no artigo 50.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas exige, em obediência ao comando constitucional (conferir artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa) que sejam comunicados aos arguidos todos os elementos de facto e de direito relevantes para a decisão e necessários para um cabal exercício do direito de defesa.

8 A norma de receção subsidiária patente no Regime Geral das Contraordenações e Coimas (conferir artigo 41.º, n.º 1) não configura nem uma aplicação automática do Código de Processo Penal sempre que não ocorra previsão explícita no regime jurídico contraordenacional, como, e "sempre que o contrário não resulte 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

Recurso (Contraordenação)

diploma”, os preceitos reguladores do processo criminal merecem uma aplicação “devidamente adaptados”.

- ⁹ Neste conspecto, não se encontra no âmbito do processo contraordenacional da concorrência, um momento processual que vincule a constituição formal e autónoma de visado (vista a denominação seguida pelo Regime Jurídico da Concorrência). E assim é por uma razão imediatamente intuída: é que tal constituição não é necessária à garantia dos direitos, razão pela qual o diploma legal não contém qualquer indicação quanto ao modo e ao tempo como tal constituição se processaria. E tal desnecessidade advém da própria destrição que logo a Constituição da República Portuguesa observa entre as exigências de um processo penal e as exigências menores relativamente a um processo contraordenacional.
- ¹⁰ É este o entendimento que decorre da jurisprudência firme do Tribunal Constitucional e, recentemente, apreciado pelo Tribunal da Relação de Lisboa – conferir acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 26.06.2019, com o processo n.º 71/18.3YUSTR-H.L1-3, Relator: MARIA PERQUILHAS, disponível eletronicamente em dgsi.pt.
- ¹¹ No que respeita à abertura de inquérito, dispõe o artigo 17.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência que a Autoridade da Concorrência procede à abertura de inquérito por práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei ou pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, oficiosamente ou na sequência de denúncia, respeitando o disposto no artigo 7.º da presente lei.
- ¹² Por seu turno, o artigo 7.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência enuncia, enquanto prioridades no exercício das funções, que a Autoridade da Concorrência é orientada pelo critério do interesse público de promoção e defesa da 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

Recurso (Contraordenação)

podendo, com base nesse critério, atribuir graus de prioridade diferentes no tratamento das questões que é chamada a analisar.

- ¹³ Mais, o n.º 2, do artigo 7.º, do Regime Jurídico da Concorrência estabelece inclusivamente um princípio de oportunidade mitigado, quando refere que a Autoridade da Concorrência exerce os seus poderes sancionatórios sempre que as razões de interesse público na perseguição e punição de violações de normas de defesa da concorrência determinem a abertura de processo de contraordenação no caso concreto, tendo em conta, em particular, as prioridades da política de concorrência e os elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados, bem como a gravidade da eventual infração, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
- ¹⁴ E tanto basta para compreender que a Autoridade da Concorrência não só pode, como deve analisar a denúncia e executar as diligências que entenda convenientes e pertinentes, para assumir, então, a necessidade de abertura de inquérito ou eventual arquivamento da denúncia, com os trâmites previstos no artigo 8.º, n.º 1 e 2, do Regime Jurídico da Concorrência.
- ¹⁵ É certo que a Autoridade da Concorrência está vinculada à abertura de inquérito, sempre que os critérios, estritos e taxativos (não meramente enunciativos) presentes no artigo 7.º, n.º 2, assim o determinarem. Mas para aferir do enquadramento de tais critérios, tem necessariamente que ordenar diligências prévias que possam sustentar o juízo de indiciação a que está vinculada, podendo o mesmo variar no tempo, consoante as necessidades ditadas pela denúncia em concreto e respetivo grau 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

Recurso (Contraordenação)

complexidade, tudo a ser apreciado dentro da margem de livre apreciação da Autoridade da Concorrência.

- ¹⁶ Tudo para concluir que a Arguida sabia perfeitamente do que estava a ser acusada e da prova constante dos autos, podendo consultá-la, analisá-la e contrariá-la, sendo que, em momento algum, o seu direito de defesa ficou comprometido, quer por via do tempo decorrido entre a denúncia e a abertura do inquérito, quer pelo facto de não ter havido constituição de arguido, o que no processo contraordenacional se adquire com a notificação a que alude o disposto no artigo 50.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas – conferir TIAGO LOPES DE AZEVEDO, Lições de Direito das Contraordenações, Almedina 2020, pp. 193/6 –, o que foi cabalmente cumprido. Os autos não enfermam, pois, de qualquer nulidade.
- ¹⁷ Importa analisar a invocada **nulidade por falta de fundamentação**, seja por falta de indicação do elemento subjetivo, seja por falta de fundamentação no que tange à determinação da medida da coima.
- ¹⁸ As decisões administrativas condenatórias obrigam ao cumprimento do estipulado no artigo 58.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas. E o artigo 58.º, n.º 1 dispõe que a decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter: a identificação dos arguidos; a descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas; a indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; e bem assim a coima e as sanções acessórias.
- ¹⁹ Tem sido longa a discussão no que respeita ao grau de exigência a suportar pela decisão administrativa quanto ao cumprimento dos requisitos atendíveis. Parece-nos seguro, porém e sem extensas elucubrações teóricas, 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



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

uma sentença judicial – conferir acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.01.2013, disponível em dgsi.pt, com o processo n.º 704/12.5TBCLD.L1-9, Relator: FRANCISCO CAMELO; conferir acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 21.06.2016, disponível em dgsi.pt, com o processo n.º 170/15.3T8GDLE1, Relator: JOÃO AMARO; conferir acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20.06.2012, disponível em dgsi.pt, com o processo n.º 2297/11.1TBPBLC1, Relator: PAULO GUERRA; conferir acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23.01.2019, com o processo n.º 554/18.5Y4LSB.L1-3, Relator: RUI TEIXEIRA

– mas por outro lado, não gozando a Administração Pública de qualquer privilégio neste domínio, as decisões têm de ser devidamente fundamentadas, com a concreta descrição das razões de facto e de direito, de molde a possibilitar o efetivo exercício do direito de defesa – conferir, ainda que em sentido divergente com a primeira asserção: “O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória em processo contraordenacional” da autoria de VÍTOR SEQUINHO DOS SANTOS, in Revista do CEJ, 2.º semestre 2010, número 14, pp. 331/ 81.

²⁰ Também nos parece seguro que a violação dos requisitos previstos no artigo 58.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, conduza a nulidade, sendo tal nulidade de conhecimento oficioso, considerado o disposto no artigo 379.º, n.º 2, aplicável ex vi artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas – conferir MANUEL SIMAS SANTOS e JORGE LOPES DE SOUSA, in Contraordenações – Anotações ao Regime Geral, Areas Editora, 6.ª edição, pp. 426/8; conferir acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12.07.2011, disponível em dgsi.pt, com o processo n.º 990/10.5T2OBR.C1, Relator: ALBERTO MIRA.

²¹ Prosseguindo. As decisões são decisões, qualquer que seja a sua natureza, e num Estado Direito, as decisões são fundamentadas, assim se assegurando o comando constitucional, presente no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa. Seguindo bem de perto o pensamento e as reflexões de Vítor Sequinho dos Santos, ainda que assumindo as reservas já explicitadas (vide “O dever de fundamentação da decisão administrativa condenatória em processo contraordenacional”, in Revista do CEJ, 2.º semestre 2010, número 14, pp. 331/ 81), também o Tribunal entende que os requisitos formais que o artigo 58.º, 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

Recurso (Contraordenação)

Regime Geral das Contraordenações e Coimas estabelece têm necessariamente de ser cumpridos de forma rigorosa e escrupulosa. E ainda que se admita que o não seja de forma equivalente ao “exigido aos juízes no cumprimento dos requisitos que os códigos de processo impõem para as sentenças ou despachos”, certo é que está mais próximo de tal patamar de fundamentação do que o descortinável num ato administrativo.

- ²² Como exemplarmente se expendeu em aresto do Supremo Tribunal de Justiça “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” – conferir acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29.01.2007, disponível em dgsi.pt, com o processo n.º 06P3202, Relator: HENRIQUES GASPAR.
- ²³ Com efeito, não há decisão sem fundamentação, como não há efetivo direito ao recurso, sem que se saiba do que se recorre.
- ²⁴ A decisão administrativa dedica o capítulo III à descrição dos factos e, não obstante tal enunciação não siga, de modo propriamente exemplar, a estrutura de uma decisão judicial, sendo esta a que mais se assemelha ao modelo idealizado pelo legislador do Regime Geral das Contraordenações e Coimas. De facto, a decisão administrativa enferma, amiudadas vezes, de uma certa imersão de assuntos de natureza puramente económica que, pese embora relevantes para a motivação dos factos, não favorecem uma narração escorreita e objetiva dos mesmos, nomeadamente quando estão envolvidos por juízos iminentemente conclusivos. Torna-se, pois, evidente que a mencionada fonte de legitimação interna da decisão



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

fica inevitavelmente abalada com a interposição de elementos estranhos à lógica que deve presidir à redação de decisões contraordenacionais. Mas apesar de abalar, não compromete.

²⁵ Por conseguinte, ainda que o elemento subjetivo esteja deslocalizado em termos de organização interna da decisão administrativa, e não surja junto dos restantes elementos de facto, a verdade é que o mesmo surge, cabal e exaustivamente, descrito no ponto III.1.3 e, portanto, não há margem possível para ser apontada à decisão qualquer nulidade assim suportada.

²⁶ No que tange com os elementos de determinação da medida da coima, a decisão dedica-lhes o ponto III.2, sendo notório que a Autoridade da Concorrência explicita de forma clara e suficiente, os elementos que entendeu relevantes para balizar os pressupostos da medida concreta da coima, ainda que muitas vezes por remissão, perfeitamente admissível, para os factos anteriormente tratados.

²⁷ No mais, o dissenso manifestado pela Arguida contende com o próprio mérito da decisão, mas tal não acarreta, e pelos motivos já deixados, a nulidade da decisão.

²⁸ Não se verifica assim qualquer nulidade que inquie o processo contraordenacional.

§4

§4.1

²⁹ Com interesse para a decisão da causa, **provaram-se os seguintes factos:**

I)

- 1.** EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, S.A. (anteriormente, CPPE – Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade, S.A.) é uma sociedade anónima, constituída em 1994, atualmente com o capital social de 1.650.000.000



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Euros, e que tem por objeto: (i) *"produção, compra, venda, importação e exportação de energia sob a forma de eletricidade e outras, resultante da exploração de instalações próprias ou alheias, com a obrigação, nos termos da lei lhe seja exigível, de garantir, em última instância, a evolução sustentada do sistema electroprodutor nacional"*; (ii) *"compra e venda de qualquer tipo de combustíveis utilizados para a produção de energia, bem como o afretamento do correspondente transporte"*; (iii) *"compra e venda de direitos de produção de energia, designadamente no contexto de políticas ambientais"*; (iv) *"atuação no mercado de produtos derivados no quadro da otimização das transações referidas nos números anteriores"*; (v) *"promoção, dinamização e gestão de modo direto ou indireto de instalações e empreendimentos"*; (vi) *"exploração de serviços e na realização das operações civis e comerciais, industriais e financeiras, relacionadas, direta ou indiretamente, no todo ou em parte, com o seu objeto ou que sejam suscetíveis de facilitar ou favorecer a sua realização"*; (vii) *"elaboração de estudos e o desenvolvimento de projetos, bem como a prestação de quaisquer outros serviços conexos com as atividades supra referidas"*.

2. (...) é detida a 100% pela EDP – Energias de Portugal, S.A. (doravante "EDP Energias").
3. (...) e foi constituída em 1976, como empresa pública, em resultado da nacionalização e fusão das principais empresas do setor da eletricidade em Portugal Continental, tendo, em 1991, sido transformada em sociedade anónima. Com um capital social de 3.656.537.715 Euros, tem por objeto: "a promoção, dinamização e gestão, por forma direta ou indireta, de empreendimentos e atividades na área do sector energético, tanto a nível nacional como internacional,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

com vista ao incremento e aperfeiçoamento do desempenho do conjunto das sociedades do seu grupo”.

4. (...) é uma sociedade aberta, emitente de ações admitidas à negociação no mercado regulamentado da NYSE Euronext Lisbon, e tinha, em 26 de agosto de 2019, como titulares de participações qualificadas e direitos de voto: China Three Gorges, CNIC Co., Ltd, Oppidum Capital, S.L., BlackRock, Inc., Mubadala Investment Company, Paul Elliott Singer, Grupo BCP + Fundo de Pensões do Grupo BCP, Sonatrach, Qatar Investment Authority, Norges Bank, State Street Corporation, EDP (Ações próprias), Restantes Acionistas
5. O Grupo EDP foi constituído em 1994, reunindo um conjunto de empresas detidas a 100%, direta ou indiretamente, pela EDP Energias (doravante “Grupo EDP”). A par da EDP Energias, as principais empresas do Grupo EDP são hoje : EDP – Gestão da Produção de Energia, S.A., EDP Comercial – Comercialização de Energia, S.A., EDP Distribuição – Energia, S.A. (“EDP Distribuição”), EDP Serviço Universal, S.A. (“EDP Serviço Universal”), EDP Gás – Serviço Universal, S.A., EDP – Soluções Comerciais, S.A., EDP Inovação, S.A., EDP Gás GPL – Comércio de Gás de Petróleo Liquefeito, S.A..
6. (...) é um player verticalmente integrado no setor energético, sendo, em Portugal, o maior produtor, distribuidor e comercializador de eletricidade, e, na Península Ibérica, o terceiro maior produtor de energia elétrica e um dos principais comercializadores de gás natural.
7. (...) em termos geográficos, a presença mais significativa do Grupo EDP é em Portugal e em Espanha, estando, porém, também ativo em outras jurisdições, em particular no setor da eletricidade no Brasil e na área das energias renováveis em vários países do mundo.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

8. (...) o volume de negócios consolidado da EDP Produção entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013 foi, respetivamente, de 1.386.309.000, 1.337.536.000, 1.495.791.000, 1.475.567.000 e 1.276.809.000 Euros.
9. (...) o volume de receitas realizado pela Visada no mercado de banda de regulação secundária ou do serviço de telerregulação em Portugal Continental foi, respetivamente, de 38.712.516, 58.657.189, 55.204.332, 81.387.500 e 78.696.857 Euros.
- 10.(...) o volume de negócios consolidado da Visada relativo ao ano de 2018 foi de 1.531.558.116 Euros.

II)

- 11.O processo de liberalização do setor elétrico português e o respetivo modelo organizativo subjacente têm por base o quadro jurídico da União Europeia para o setor elétrico, em particular, à data, a Diretiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, que estabeleceu regras comuns para o mercado interno da eletricidade, a qual foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.
- 12.(...) acordada a criação de um mercado comum do setor elétrico, designado Mercado Ibérico da Eletricidade (MIBEL), teve o seu arranque formal em 1 de julho de 2007.
- 13.(...) sendo formado pelo conjunto dos mercados organizados (mercados a prazo, diários e intradiários) e não organizados (contratos bilaterais, cuja negociação decorre à margem dos referidos mercados organizados), nos quais se realizam transações de energia elétrica, tendo por base os princípios da livre 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

Recurso (Contraordenação)

e do reconhecimento mútuo, com igualdade de direitos e obrigações, de todos os agentes intervenientes e entidades do MIBEL.

- 14.(...) e a gestão é assegurada por um operador de mercado ibérico, desagregado num pólo português – o OMIP, entidade gestora do mercado a prazo, sediada em Lisboa – e num pólo espanhol – o OMIE, entidade gestora dos mercados diário e intradiário, sediada em Madrid.
15. Até à criação do MIBEL, a formação do preço grossista da energia elétrica produzida em Portugal obedecia, no essencial, às regras definidas nos Contratos de Aquisição de Energia (CAE), que vinculavam uma parte muito substancial do parque electroprodutor nacional à REN, na qualidade de agente comercial do Sistema Elétrico de Serviço Público (SEP).
16. Os CAE foram celebrados segundo o modelo consagrado no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho, assentes em relações de venda exclusiva à entidade concessionária da rede nacional de transporte (a REN) e de longa duração (não inferior a 15 anos).
- 17.(...) os contratos, um por central, seguem estrutura idêntica e concretizam as disposições a aplicar ao fornecimento de energia elétrica e serviços complementares por parte da Companhia Portuguesa de Produção de Eletricidade (atual EDP Produção) ao comprador único dessas centrais, o Gestor do Sistema da Rede Elétrica Nacional, S.A. (REN), incluindo a sua disponibilidade em Potência, Energia Ativa, Serviços Complementares e Serviços Especiais.
18. Com a criação do mercado diário / intradiário do MIBEL e a consequente cessação antecipada da maior parte dos CAE, introduziu-se uma alteração estrutural no aprovisionamento grossista da energia elétrica, passando a formação dos preços grossistas a seguir um mecanismo de mercado, assente no encontro entre 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

Recurso (Contraordenação)

oferta e a procura de energia elétrica. Para um dado produtor vender a sua energia elétrica, deve o mesmo apresentar em mercado ofertas de preço para essa energia, ou, alternativamente, celebrar um contrato bilateral com um agente comercializador.

19.(...) o mercado diário é o mercado no qual ocorre a maioria das transações de eletricidade na Península Ibérica, realizando-se todos os dias até às 12:00 da manhã (hora portuguesa), hora em que encerra a receção das ofertas por parte do operador de mercado (OMIE). Do lado da oferta, cada produtor submete ofertas de venda para as 24 horas do dia seguinte, compostos por binómios preço (€) / quantidade (MWh). Do lado da procura, os comercializadores de eletricidade submetem ofertas de compra, igualmente para as 24 horas do dia seguinte. Para cada hora define-se um preço único uniforme, que remunera identicamente todas as unidades de oferta selecionadas a produzir no âmbito do leilão competitivo. Cada agente produtor que tenha realizado uma oferta de venda de preço inferior ao preço de equilíbrio recebe, assim, o preço de equilíbrio e não o preço da sua oferta de venda. Por sua vez, cada comercializador que tenha realizado uma oferta de compra de preço superior ao preço de equilíbrio paga o preço de equilíbrio ao invés do preço colocado na sua oferta. O preço de equilíbrio da energia elétrica, para cada hora, obtém-se da oferta marginal de venda – de preço mais alto – necessária para a satisfação da procura.

20.(...) o mercado intradiário é um mercado de ajustes ao mercado diário, que visa incorporar desvios de previsão da procura e ajustamentos na programação de produção que os agentes compradores e vendedores pretendam efetuar. O mercado intradiário compreende seis sessões de negociação diárias, em aproximação ao momento da entrega da energia.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- 21.**A cadeia de valor no Sistema Elétrico Nacional (SEN) integra, portanto, cinco atividades: (i) a produção, (ii) os serviços de sistema, (iii) o transporte, (iv) a distribuição e (v) a comercialização de energia elétrica.
- 22.**(...) a produção em centros electroprodutores / centrais, realizada em regime ordinário ou em regime especial, cobre a maior parte do consumo de energia elétrica em Portugal, sendo a restante obtida por importação através das interligações com a rede elétrica espanhola.
- 23.**(...) os produtores em regime ordinário prestam serviços de sistema requeridos pelo Operador da Rede de Transporte, na sua função de Gestor Global do Sistema (GGS), para equilibrar a produção total face à procura de energia elétrica.
- 24.**(...) a energia elétrica, gerada ou importada, é encaminhada para a rede de transporte, em muito alta ou alta tensão, que a entrega às redes de distribuição, em níveis de tensão mais baixos (média e baixa tensão).
- 25.**(...) a Rede Nacional de Transporte (RNT) assegura o escoamento da energia elétrica produzida nas centrais electroprodutoras a ela ligadas até às redes de distribuição. No âmbito da separação da atividade de transporte das restantes atividades do setor, de forma a garantir o acesso livre e concorrencial às atividades de produção e de comercialização, a REN – Rede Elétrica Nacional, S.A. é a titular da concessão da RNT, sendo legalmente garantida a respetiva independência, no plano jurídico e patrimonial, relativamente às entidades que exerçam atividades de produção ou de comercialização de eletricidade.
- 26.**(...) as redes de distribuição possibilitam o escoamento da energia elétrica recebida da rede de transporte, conduzindo-a para as instalações de consumo. A EDP Distribuição é titular da concessão da Rede Nacional de Distribuição (RND), que opera a distribuição de energia elétrica em alta tensão (AT) e média tensão



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

(MT) (vide o artigo 70.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro). As redes de distribuição de eletricidade em baixa tensão (BT) são objeto de concessão municipal, nos termos do artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro. Em Portugal, a EDP Distribuição detém igualmente a quase totalidade das concessões municipais em BT. A atividade de distribuição de eletricidade é exercida no seio do Grupo EDP em regime de separação jurídica e funcional das restantes atividades do setor energético.

- 27.**(...) os consumidores finais recebem a energia elétrica dos respetivos comercializadores, os quais a adquirem, por grosso, aos produtores, em mercado organizado, à vista e a prazo, ou por contratação bilateral.
- 28.**As referidas cinco atividades correspondem, assim, a segmentos distintos, ainda que relacionados, da cadeia de valor do SEN, sendo possível distinguir o mercado da produção, o mercado dos serviços de sistema e o mercado da comercialização, suportados por uma infraestrutura de redes (de transporte e de distribuição), que constitui um feixe de monopólios naturais.
- 29.**(...) por mercado dos serviços de sistema entenda-se a contratação dos produtos, separados da atividade de produção de energia elétrica, relacionados com a segurança e a fiabilidade da operação do sistema elétrico, através da existência de curvas de ofertas submetidas por agentes de mercado qualificados ao Gestor do Sistema. Assim, a respetiva contratação permite ao GGS garantir o permanente equilíbrio entre a energia produzida e a energia consumida, gerindo os eventuais desvios entre a energia que foi programada fornecer no mercado diário e intradiário e aquela que é necessária à satisfação, em tempo real, da procura.
- 30.**(...) do mercado diário e intradiário resulta uma programação de produção para cada hora, definida como o encontro entre o conjunto das ofertas de produção



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 preço mais baixo e uma previsão de procura para cada hora. Desta programação decorre, assim, uma aproximação, em escada, a uma procura que, em termos reais, é uma variável contínua.

- 31.**(...) os desvios entre produção e consumo resultam na degradação da qualidade do fornecimento, o que pode culminar na interrupção do serviço de distribuição de eletricidade ao consumidor (vulgo “apagão”). Em tempo real, o GGS administra o sistema elétrico no sentido do equilíbrio entre a produção e a procura, competindo-lhe fixar os níveis de reserva de regulação necessários para fazer face aos desequilíbrios. Para gerir desvios, o GGS ora diminui a produção face ao programado ora aumenta essa produção, com recurso à capacidade de produção disponível dos produtores em regime ordinário.
- 32.**(...) o mercado de contratação de serviços de sistema apresenta uma estrutura de oferta distinta, com um preço de equilíbrio igualmente distinto daquele que existe no mercado da produção de energia elétrica, onde é transacionada a maior parte da produção de energia elétrica.
- 33.**(...) as especificidades técnicas que caracterizam os serviços de sistema e também o facto de as importações de energia elétrica não fazerem parte da oferta no mercado dos serviços de sistema cinge os participantes neste último a um número inferior àquele que existe nos mercados de produção.
- 34.**(...) a oferta no mercado de serviços de sistema diferencia-se ainda pelo tipo de regime económico de exploração, identificando-se centrais (i) em regime CMEC, (ii) em regime CAE (REN TRADING) e (iii) em regime de 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

Recurso (Contraordenação)

III)

- 35.**O GGS coordena a correção dos desequilíbrios, recorrendo aos serviços de reserva de regulação primária, secundária e terciária, assim ordenados pela ordem em que os mesmos são mobilizados.
- 36.**A reserva de regulação primária é um serviço complementar de carácter obrigatório e não remunerado, fornecido pelos produtores ativos, todos devendo fornecer regulação primária, tendo por objetivo corrigir automaticamente os desequilíbrios instantâneos entre produção e consumo.
- 37.**A reserva de regulação secundária, obrigatória a partir de 2014, visa garantir o equilíbrio constante entre produção e consumo e assegurar também a manutenção do programa de trocas de energia com o sistema elétrico vizinho (Espanha), corrigindo os desequilíbrios num intervalo entre 30 segundos e um máximo de 15 minutos (entre janeiro de 2009 a novembro de 2010) e um máximo de 5 minutos (após dezembro de 2010).
- 38.**(...) traduz-se na capacidade de variar produção numa determinada banda, sendo remunerado segundo a disponibilidade (reserva disponibilizada para baixar ou aumentar a produção) e a sua mobilização (energia efetivamente utilizada a subir e a baixar).
- 39.**(...) a participação faz-se através de um mercado de banda de regulação secundária, que tem como comprador único o GGS, que publicita diariamente as necessidades de banda de regulação (procura) durante 24 horas, sendo que as centrais disponíveis e habilitadas para prestar este serviço apresentam as suas ofertas de venda, especificando, para cada hora, as quantidades de reserva que querem oferecer (MW) e o preço unitário (€/MW) para o respetivo fornecimento,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 contratada a quantidade de banda de regulação necessária, segundo o princípio do menor encargo para o sistema.

- 40.**(...) segue um leilão de preço uniforme horário, ou seja, o preço é marcado/fixado pela última oferta requerida para satisfazer a procura, sendo conduzido diariamente a seguir à primeira sessão do mercado intradiário, operado pelo OMIE.
- 41.**(...) nos leilões de banda de regulação secundária apenas participam centrais equipadas para telerregular, isto é, aquelas que podem ser controladas automaticamente de forma remota a partir do centro de controlo do sistema elétrico nacional, gerido pelo GGS.
- 42.**(...) as ofertas de venda colocadas no mercado diário ou em contrato bilateral não podem ser inferiores ao mínimo técnico mais a banda a descer (para poderem reduzir a produção sem violar o mínimo técnico) e não podem ser superiores ao máximo técnico menos a banda a subir oferecida (para poderem aumentar a produção dentro da banda oferecida sem violar o máximo técnico).
- 43.**(...) a reserva de regulação secundária oferecida no mercado de banda é discriminada por sentido de regulação, ou seja, a capacidade de uma unidade aumentar a produção de energia ativa (reserva a subir) e a capacidade de uma unidade diminuir a produção de energia ativa (reserva a baixar) . O GGS necessita da reserva total para operar no mercado de banda de regulação secundária.
- 44.**(...) a remuneração auferida no mercado de banda de regulação secundária diz respeito à componente que remunera a possibilidade de o GGS poder ajustar livremente a produção da central dentro da banda de variação permitida, ou seja, remuneração pelo direito de utilização.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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.**(...) as ofertas de venda são remuneradas pela amplitude de banda, sendo remunerada pelo preço por MW estabelecido em leilão, por referência ao preço apurado no mercado de reserva de regulação terciária, valorizando-se ao preço da última oferta de energia de regulação terciária encontrada em cada hora, tanto a subir como a baixar, utilizada para substituir ou completar a energia de regulação secundária, sendo que as centrais que incumpram a banda total que lhes foi atribuída em leilão estão sujeitas ao pagamento de uma penalidade equivalente a 1,5 vezes o valor da banda.
- 46.**A reserva de regulação terciária, de carácter obrigatório, é o último nível de reserva que o GGS dispõe para substituir ou completar a reserva de regulação secundária utilizada e, assim, assegurar o equilíbrio entre a geração e o consumo nos patamares de reserva mínimos, traduzindo-se na variação de produção que é possível conseguir no tempo máximo de 15 minutos e que pode ser mantida por 2 horas consecutivas.
- 47.**(...) é um serviço complementar e remunerado que todos os produtores em regime ordinário (incluindo as unidades de bombagem) estão obrigados a prestar ao sistema, desde que se encontrem disponíveis tecnicamente.
- 48.**(...) a participação faz-se através de um mercado de ofertas de toda a reserva de regulação, tanto para subir como para baixar. Após a publicação dos resultados do mercado de banda de regulação secundária, e até às 20h do dia anterior a que respeitam, os referidos produtores devem colocar à disposição do GGS ofertas com toda a reserva de regulação disponível (MW), a subir e a baixar, discriminadas por áreas de balanço e para cada hora do dia seguinte, e o respetivo preço da energia correspondente (€/MWh), dentro dos 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

Recurso (Contraordenação)

estabelecidos pelo GGS, sendo a energia mobilizada segundo critérios de custo mínimo.

- 49.**(...) as ofertas de reserva de regulação terciária, a subir e a baixar, devem ser atualizadas sempre que a reserva dos produtores for modificada, nomeadamente (i) pela participação nas várias sessões do mercado intradiário, (ii) pela ocorrência de indisponibilidades fortuitas, (iii) pela atribuição de banda de regulação secundária, e (iv) pela falta ou excesso de água nas albufeiras contíguas ou situações hidrológicas extremas em áreas de balanço com centrais hídricas.
- 50.**O mercado de banda de regulação secundária tem lugar após o encerramento dos mercados de produção, sendo gerido pelo Gestor Global de Sistema nacional, para o respetivo território, sendo que apenas pode recorrer às centrais localizadas em território nacional continental.

IV)

- 51.**As centrais que podem oferecer banda de regulação secundária precisam de ter equipamento específico que permita o controlo automático remoto a partir do centro de controlo do GGS, precisando de estar habilitadas para prestar o serviço de telerregulação nos parâmetros técnicos requeridos pelo GGS.
- 52.**(...) A EDP Produção, e sem prejuízo do facto enunciado a 129 e referente ao específico funcionamento do sistema elétrico entre a segunda metade de 2007 e o último trimestre de 2009, apresentou quotas superiores a 84% do total da capacidade habilitada a telerregular, entre 2007 e 2016.
- 53.**(...) e quando o MIBEL arrancou, em julho de 2007, as centrais em regime CMEC representavam mais de 68% do total nacional de telerregulação, com uma predominância da tecnologia hídrica (56,6%), apenas existindo duas centrais



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

habilitadas a telerregular em regime de mercado, com um peso de 27%, sendo a central hidroelétrica do Alqueva e a central de ciclo combinado a gás natural do Ribatejo.

- 54.**As centrais hidroelétricas, em regime CMEC, da EDP Produção eram as centrais de Aguieira, de Alto Lindoso, de Cabril, de Castelo de Bode, de Frades, de Picote, de Pocinho, da Régua, de Torrão e de Valeira.
- 55.**(...) entre 2007 e 2016, a capacidade de telerregulação da EDP Produção passou de 2.076 MW em 2007 para 3.043 MW em 2016: (i) em 2009, entrou em funcionamento a central de ciclo combinado a gás natural (CCGT) de Lares, explorada em regime de mercado e com capacidade de telerregulação, sendo que a central hidroelétrica, em regime CMEC, da Aguieira foi transferida para a Iberdrola, a partir de abril de 2009 e por um período de cinco anos; (ii) no final de 2010, as centrais de ciclo combinado a gás natural da EDP Produção foram limitadas na sua capacidade de telerregulação, com a entrada em vigor da regra de apenas ser admissível a máxima variação de potência em cinco minutos, e em consequência, a potência total de telerregulação das centrais CCGT desceu de 871 MW para 472 MW (embora tenha subido nos anos seguintes para aproximadamente 652 MW); (iii) no final de 2011, entrou em serviço o reforço de potência das centrais hidroelétricas de Bemposta ("Bemposta 4") e de Picote ("Picote 4"), explorados em regime de mercado e com capacidade de telerregulação; (iv) em 2012, deu entrada em funcionamento o reforço de potência da central hidroelétrica do Alqueva ("Alqueva II"), explorado em regime de mercado e com capacidade de telerregulação; (v) em 2014, com o fim do regime CMEC nas centrais hidroelétricas de Bemposta e de Miranda, a EDP Produção equipou ambas as centrais com capacidade de telerregulação, entrando em



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

funcionamento o reforço de potência da central hidroelétrica de Miranda ("Miranda II"), com equipamento de telerregulação instalado; (vi) em 2015, entraram em serviço três novas centrais hidroelétricas, em regime de mercado e com capacidade de telerregulação, concretamente Baixo Sabor Jusante (Quinta da Portela), Salamonde 2 e Ribeiradio; (vii) em 2016, entrou em serviço a nova central hidroelétrica, em regime de mercado, de Baixo Sabor Montante, com equipamento de telerregulação.

- 56.** Os concorrentes da EDP Produção no mercado de banda de regulação secundária, entre 2007 e 2016, são a REN Trading, a Iberdrola e a Endesa, sendo que a posição conjunta dos três operadores no mercado, em capacidade instalada de telerregulação, variou entre 4,9% e 15,5%.
- 57.**(...) a REN Trading é contraparte do CAE com a Tejo Energia relativo à central termoelétrica a carvão do Pego, nos termos do qual adquire, em exclusivo, a energia e os serviços gerados por essa central para depois os revender, sendo que a capacidade de telerregular desta central desce a partir de 2010, fruto da regra da variação de potência máxima admissível em cinco minutos, à semelhança do que sucedeu com as centrais a gás natural da EDP Produção, variando a capacidade instalada, no período em análise, entre 2,3% e 4,9%.
- 58.**(...) a Iberdrola teve uma presença transitória no mercado, enquanto durou o contrato de cedência de exploração da central hidroelétrica de Agueira, pela EDP Produção, por um período de cinco anos, iniciado em abril de 2009 e terminado em março de 2014, sendo explorada com risco de mercado com incentivos semelhantes aos de qualquer operador, apesar de CMEC, variando a capacidade instalada, no período de cedência, entre 5,3% e 7,1%.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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.(...) a Endesa explora a central de ciclo combinado a gás natural do Pego, que entrou em funcionamento em 2011, variando a capacidade instalada, no período em análise, entre 5,9% e 7,1%.

V)

60.Os custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC) foram um mecanismo criado pelo Governo português no ano de 2004, para compensação a unidades de geração de energia, em troca da rescisão antecipada dos CAE que tinham assinado com o Gestor de Sistema (REN).

61.(...) entre as empresas fornecedoras de energia à REN, a EDP Produção foi a única que aceitou a rescisão dos CAE e a consequente implementação dos CMEC.

62.(...) a Tejo Energia e a Turbogás, optaram por não rescindir os respetivos contratos CAE, passando a exploração e ser efetuada pela REN TRADING.

63.(...) os CMEC foram criados para garantir que as unidades de geração de energia obtivessem uma remuneração idêntica à que poderiam ter caso os CAE não tivessem sido rescindidos, traduzindo-se num pagamento adicional sobre as receitas de mercado, para que a margem total angariável pela empresa geradora em mercado seja, quando adicionada da compensação CMEC, aproximadamente equivalente à que havia sido contratada nos CAE.

64.(...) sendo que nos primeiros dez anos de aplicação dos CMEC, ou seja, entre 2007 e 2017 (a partir desta data a compensação passou a ser fixa), a estimativa das receitas atribuída a cada unidade foi realizada através de um modelo de geração a médio e longo prazo desenvolvido pela REN, designado VALORÁGUA, o qual se baseia em premissas da evolução de variáveis, como o custo do combustível, condições hidrológicas, níveis de geração e preços de mercado, estimando



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

anualmente qual deveria ter sido o perfil de geração ideal das unidades nas condições reais e as receitas resultantes desta alocação, considerando igualmente as receitas reais obtidas pelas unidades de geração de energia, incluindo restrições técnicas e a reserva de regulação (secundária e terciária).

65.(...) a diferença entre o preço de compra nos CAE e o preço recebido no mercado grossista, se negativa, é suportada pelos consumidores, nas tarifas de acesso às redes (em particular na tarifa de Uso Global do Sistema), na rubrica dos Custos de Interesse Económico Geral (CIEG), sendo que a remuneração prevista nos contratos CMEC, para o período 2007-2017, desdobra-se numa "parcela fixa" e numa "parcela de acerto", sobre a qual se aplica o mecanismo da revisibilidade.

66.(...) a parcela fixa dos CMEC é determinada com base na diferença entre os pagamentos dos encargos fixos dos CAE e uma margem bruta de mercado calculada *ex ante*, assente em pressupostos iniciais (quantidades vendidas, regime hidrológico, preços de mercado e custos de combustíveis), sendo o valor apurado convertido numa renda anual fixa.

67.(...) a componente de revisibilidade dos CMEC, calculada anualmente, apura a diferença entre a margem bruta calculada *ex ante* e a margem bruta que se apura *ex post*, desdobrando-se em:

$$Revisão_{kt} = \left[\sum_{m=1}^{12} EF_{kmi} \times (Km_{kmi} - Kp_{kmi}) \right] + \left[\sum_{m=1}^{12} \sum_{h=1}^3 (VT_{kimh} \times PT_{mh}) - VT_{ki} \times EVT_{ki} \right] \times \frac{1}{t_{ref}} - \left\{ \sum_{m=1}^{12} \left[\sum_{h=1}^3 (VV_{kimh} \times PV_{mh}) - VV_{kim} \times EVV_{kim} \right] + GP_{ki} + SS_{ki} \right\}$$

(i) ajustamento do Encargo Fixo (EF) ($\sum_{m=1}^{12} [EF]_{kmi} \times ([Km]_{kmi} - [Kp]_{kmi})$), determinado em função da diferença entre a disponibilidade contratada no CAE original e a disponibilidade real demonstrada por cada central; (ii) ajustamento da Margem Bruta de Mercado de Produção, calculada



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

pela diferença entre a margem bruta de mercado calculada ex ante, ajustada pela inflação $(\sum_{m=1}^{12} \sum_{h=1}^5 ([VT]_{kimh} \times [PT]_{mh}) - [VT]_{ki} \times [EVT]_{ki}] \times 1/I_{ref})$ – o valor inicialmente determinado aquando da entrada em funcionamento dos CMEC – e a margem bruta de mercado calculada ex post $\{ \sum_{m=1}^{12} \sum_{h=1}^5 (([VV]_{kimh} \times [PV]_{imh}) - [VV]_{kim}) \times [EVV]_{kim} \}$. Esse ajustamento depende da diferença entre os valores previstos e realizados dos preços de mercado de produção, dos custos dos combustíveis e outros encargos operacionais, do regime hidrológico e das quantidades ótimas determinadas pelo modelo VALORÁGUA *ex ante vs ex post*;

(iii) receitas de Garantia de Potência ($[GP]_{ki}$), que, no caso das centrais CMEC, nunca chegaram a ser auferidas; (iv) receitas de Serviços de Sistema ($[SS]_{ki}$), nomeadamente pela prestação dos serviços de telerregulação, reserva de regulação (secundária e terciária) e restrições técnicas.

68.(...) no mercado da produção (refletido na componente “Ajustamento da Margem Bruta de Mercado de Produção”), o mecanismo de revisibilidade tem em consideração as margens de lucro brutas ótimas (= vendas - custos de produção), as quais são calculadas com base em quantidades ótimas, determinadas ex post pelo modelo VALORÁGUA, que as centrais deveriam produzir com base em condições reais de mercado e de regime hidrológico. Tendo em conta esse referencial, caso a beneficiária dos CMEC, no caso a EDP Produção, se afaste das quantidades ótimas e realize menores margens de lucro, os consumidores não compensam essa perda; caso a EDP Produção consiga margens de lucro acima 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

Recurso (Contraordenação)

nível ótimo, sendo mais eficiente do que o processo de otimização inerente ao VALORÁGUA, a mesma apropria-se dessa margem.

- 69.**(...) no mercado de serviços de sistema, expressa na última componente, a fórmula de revisibilidade estabelece que as receitas auferidas pelas centrais em regime CMEC nos leilões dos mercados de serviços de sistema (incluindo o mercado de banda de regulação secundária) são deduzidas ao valor das margens de lucro brutas ótimas do mercado de produção, sem que as centrais em regime CMEC tenham um referencial de otimização a respeitar, e caso a EDP Produção realize, com as centrais em regime CMEC, receitas em serviços de sistema inferiores às que poderia otimamente realizar, as compensações que os consumidores pagam sobem na exata medida das receitas que deixaram de ser auferidas.
- 70.**No que respeita aos encargos de Operação e Manutenção (O&M), os CAE das centrais hidroelétricas, no respetivo ponto 11.1.2., definem a obrigação de Operação e Manutenção, segundo a qual "[o] Produtor, sujeito a e de acordo com os termos e condições deste Contrato, conservará sempre o Aproveitamento de acordo com os preceitos da Boa Prática Industrial e de quaisquer determinações legais: a) de forma a que cada um dos grupos continue disponível à Potência Contratual de acordo com os Parâmetros Dinâmicos (incluindo as disposições relativas aos Serviços Complementares e Serviços Especiais) aplicáveis em cada oportunidade até à Data de Fim do Contrato (...)". Por outro lado, para os CAE de centrais hidroelétricas, no Anexo 1, onde se define a fórmula de cálculo do Encargo de Potência, identifica-se uma parcela "OM – Encargos de operação e Manutenção Corrente", a qual é atualizada pelo custo de mão-de-obra, pelo índice de preços no consumidor e pelo índice de custo de chapa de aço macio.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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. Nos acordos de rescisão dos CAE hidroelétricos, datados de 27 de janeiro de 2005, ficou estabelecido um conjunto de obrigações para o Produtor, nomeadamente em matéria de Manutenção Programada e Serviços Complementares: O n.º 1 da cláusula 12.ª define o princípio segundo o qual as partes (RNT e EDP Produção) *"acordam em continuar a aplicar, após a cessação antecipada dos Contratos, os procedimentos e a assumir as responsabilidades relativas à Manutenção Programada dos Centros Electroprodutores previstos no Anexo 6 -Parte II de cada um dos respetivos Contratos até à entrada em vigor de normas que determinem os aspetos essenciais respeitantes aos procedimentos que, em ambiente de mercado, garantam a segurança de abastecimento do Sistema Elétrico Nacional, cessando a sua aplicabilidade a partir desse momento"*. O n.º 2 da cláusula 12.ª estabelece que *"O Produtor continuará a assegurar à Entidade Concessionária da RNT os Serviços Complementares previstos no Anexo 8 de cada um dos Contratos enquanto cada Centro Electroprodutor se mantiver em atividade industrial e até ao integral pagamento do montante das compensações devidas pela respetiva cessação antecipada, salvo se legislação ou regulamentação aplicável passar a dispor de modo diverso, caso em que as Partes se comprometem a proceder à respetiva avaliação e consequências no âmbito desse Acordo"*.

72.(...) nos termos do disposto no Anexo IV do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, a produção de cada centro electroprodutor (doravante, central) a considerar para efeitos da determinação do valor da compensação da revisibilidade CMEC é determinada com base nas simulações do modelo VALORÁGUA. Tais simulações são conduzidas por uma equipa de trabalho constituída por elementos da REN – enquanto concessionária da RNT – e por



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

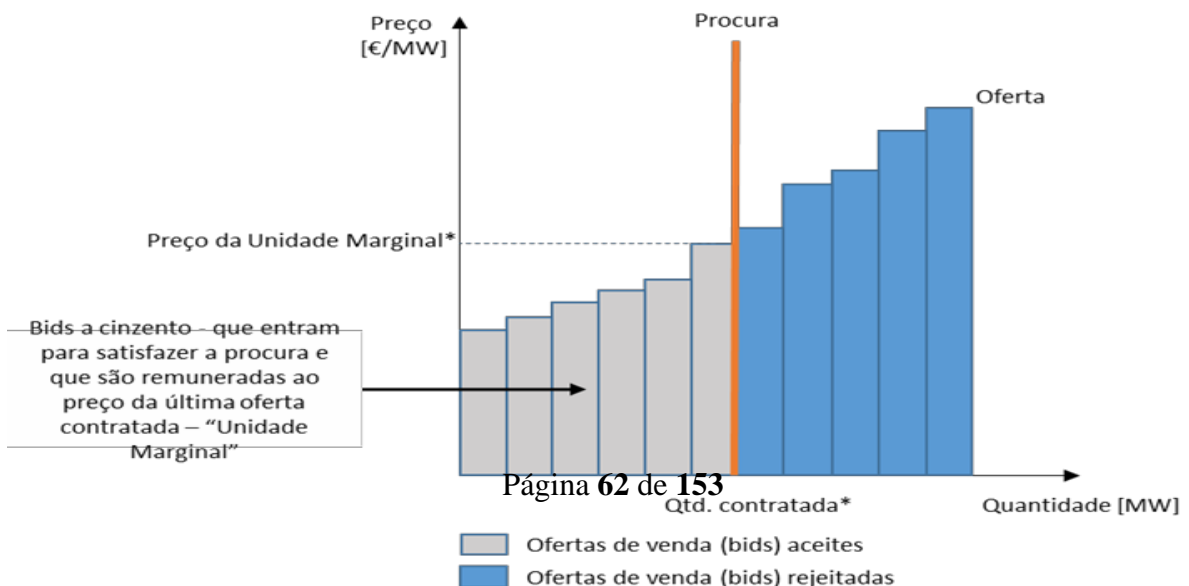
elementos da EDP Produção – enquanto produtor –, que se reúne anualmente nos prazos legalmente previstos.

73.(...) paralelamente, existe uma Comissão Paritária – composta igualmente por elementos da REN e da EDP Produção –, que se pronuncia sobre questões relacionadas com a interpretação ou execução do disposto no referido diploma.

74.(...) os procedimentos técnicos para o cálculo da revisibilidade anual dos CMEC encontram-se estipulados no Manual de Procedimentos, datado de junho de 2007, subscrito tanto pela EDP Produção como pela REN, e segundo o Manual de Procedimentos, o serviço de telerregulação prestado pelas centrais em regime CMEC era enquadrado como uma condicionante exógena ao modelo VALORÁGUA, entrando como restrição ao modelo.

VI)

75.Nos termos do disposto no MPGGs, a banda de regulação secundária contratada no leilão valorizar-se-á ao preço da última oferta aceite em cada período de programação (i.e., em cada hora leiloadá). A marcação do preço em cada leilão horário de banda de regulação secundária faz-se, dessa forma, pela unidade de produção marginal, conforme ilustrado:





Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

VII)

- 76.** Entre 2008 e 2011, a prestação do serviço de telerregulação foi dominada pelas centrais de ciclo combinado a gás natural da EDP Produção em regime de mercado, as quais representaram sempre acima de 56% do total do mercado, tendo atingido um máximo de 66% em 2009.
- 77.**(...) a partir de 2012, as centrais hidroelétricas em regime de mercado da EDP Produção passam a ser as principais fontes de prestação do serviço, tendo registado um máximo de 65,6% em 2013.
- 78.**(...) a tecnologia hídrica em regime CMEC representou, no segundo semestre de 2007 e em 2008, entre 37% e 64% da prestação do serviço de banda de regulação secundária.
- 79.**(...) no período 2009-2013 baixa para valores entre 8% e 16%.
- 80.**(...) a partir de 2014, no seguimento do Despacho do Secretário de Estado da Energia, as centrais hidroelétricas em regime CMEC retomam a prestação do serviço para quotas entre 22% e 36% do total do mercado.
- 81.** Nos anos de 2009 a 2013, o peso das centrais hidroelétricas em regime CMEC no fornecimento de banda de regulação secundária, por comparação à respetiva proporção na capacidade instalada para telerregular, oscilou num rácio de 0,25 (2009), 0,32 (2010), 0,27 (2011), 0,22 (2012) e 0,31 (2013), e nos anos de 2007, 2008, 2014, 2015 e 2016, foi de 1,13, 0,65, 1,00, 0,62 e 0,82.
- 82.** No período 2007-2008, o conjunto de centrais hidroelétricas habilitadas a telerregular da EDP Produção forneceu telerregulação ao sistema em mais de metade das horas de produção de eletricidade, sendo que o padrão de fornecimento de telerregulação das centrais hidroelétricas não apresenta contraste consoante o regime económico de exploração: CMEC ou 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

Recurso (Contraordenação)

- 83.** No período 2009-2013, as centrais em regime CMEC apresentam uma reduzida utilização de telerregulação, o que se traduz numa curva substancialmente menos inclinada do que aquela apresentada para o período 2007-2008, aferindo-se uma inclinação de apenas 0,16 em 2009-2013, face a uma inclinação de 0,66 em 2007-2008, no rácio horas de banda de regulação secundária / horas de produção de energia elétrica, das centrais hídricas, por regime económico de exploração.
- 84.**(...) as centrais hidroelétricas em regime CMEC da EDP Produção registam uma redução significativa no fornecimento de telerregulação ao sistema, numa proporção média de 13 horas de telerregulação por cada 100 horas de produção de eletricidade, contrastando com o padrão de fornecimento da mesma tecnologia, mas com regime de exploração em mercado: as centrais hidroelétricas em regime de mercado da EDP Produção forneceram 66 horas de telerregulação por cada 100 horas de produção de eletricidade.
- 85.**(...) no período 2014-2016, restaura-se a relação entre horas de telerregulação e horas de produção para as centrais hidroelétricas em regime CMEC, exploradas pela EDP Produção, verificada no período 2007-2008, constatando-se ainda uma aproximação destas centrais ao padrão de participação em telerregulação verificado nas centrais (hidroelétricas) em regime de mercado.
- 86.**(...) sem que tal tenha correspondência no mercado de produção de eletricidade, sendo que as centrais em regime CMEC representaram, no período 2009-2013, entre 33,67% (2009) e 57,76% (2013) do total de produção de eletricidade do portfolio de centrais com capacidade de telerregular da EDP Produção, a contrastar com os 27,46%, valor mínimo registado a 2008, e 53,80%, valor máximo registado a 2014.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- 87.**(...) tanto assim que no rácio entre, por um lado, as receitas de banda de regulação secundária da EDP Produção com base nas centrais CMEC e, por outro, a produção de energia das centrais em regime CMEC da EDP Produção, o mesmo desce substancialmente no período 2009-2013 – com uma média de 0,29 – face aos períodos antes (2007-2008) e depois (2014-2016) – onde a média do rácio é de 0,88.
- 88.**(...) sendo que o total de receitas auferidas pelas centrais em regime CMEC face às unidades em regime de mercado representou, em média, apenas 13,9% do total das receitas auferidas pela EDP Produção no mercado de banda de regulação secundária em 2009-2013, contrastando com os 32,87% registados, em média, fora do período 2009-2013.

VIII)

- 89.A** EDP Produção é o único produtor que detém no seu portfolio de telerregulação
- (i) centrais com dois regimes económicos de exploração distintos – CMEC e mercado – e (ii) centrais de tecnologias diferentes – hidroelétricas (fios-de-água e albufeiras), carvão e de ciclo combinado a gás natural, sendo que as centrais hidroelétricas, nomeadamente as centrais de fio-de-água instaladas na bacia do Douro, são a principal origem do padrão do fornecimento de telerregulação no sistema elétrico nacional.
- 90.**O fornecimento de telerregulação das centrais hidroelétricas de fio-de-água do Douro desce significativamente, no subperíodo 2009-2011, para valores entre 4% e 7,8%. Este padrão de participação das centrais do Douro contrasta com o verificado nos períodos fora de 2009-2013, onde estas unidades forneceram, em média, 51,2% da telerregulação total. O registo das centrais do Douro 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

Recurso (Contraordenação)

subperíodo 2012-2013, marcado por valores entre 27% e 51,1% do total do fornecimento de telerregulação, resulta, não de uma maior participação das centrais em regime CMEC do Douro, mas antes da entrada em funcionamento dos novos reforços de potência hídrica de Picote 4 e Bemposta 4, explorados pela EDP Produção em regime de mercado.

- 91.**(...) O peso das centrais hidroelétricas no fornecimento de telerregulação reduz-se no subperíodo 2009-2011, sem que tal encontre correspondência no “índice de produtividade hídrica”, quando a menor participação das centrais do Douro foi registada em 2010 (4%), que foi o segundo ano mais húmido do período 2007-2016, contrastando com o peso de 27%, alcançado em 2012, o ano mais seco do período 2007-2016.
- 92.**(...) o peso das centrais de fio-de-água do Douro no fornecimento total de telerregulação da tecnologia hídrica reduz-se para uma média de 47,3%, entre 2009-2011, a contrastar com a média de 71,3%, nos períodos conjugados de 2007, 2008, 2014 e 2016.
- 93.**A estrutura de oferta de telerregulação da tecnologia hídrica, nomeadamente a instalada na bacia do Douro, sofreu alterações durante o período em análise. Com efeito, até ao final de 2011, só existiam centrais hidroelétricas de fio-de-água em regime CMEC a atuar no mercado de banda de regulação secundária e no final de 2011, regista-se a entrada em funcionamento dos reforços de potência de Picote (“Picote 4”) e de Bemposta (“Bemposta 4”), em regime de mercado, aumentando a capacidade de telerregulação do Douro.
- 94.**(...) entre 2009 e 2011, não obstante existirem centrais em regime CMEC no Douro disponíveis para prestar este serviço, o contributo total da tecnologia hídrica 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

Recurso (Contraordenação)

fornecimento de banda de regulação secundária, nesse período, não foi além dos 28% do total do mercado.

- 95.**(...) a partir de 2012, o padrão altera-se na sequência do crescimento elevado da capacidade instalada de telerregulação em regime de mercado da tecnologia hídrica no rio Douro, e não obstante 2012 ter sido o ano mais seco do período em análise, registou-se, ainda assim, um crescimento importante da tecnologia hídrica no fornecimento de telerregulação, que subiu para 48,4% do total do mercado de banda de regulação secundária, fazendo aumentar o fornecimento de telerregulação das centrais de fio-de-água do Douro de 6,7% para 27% do total entre 2011 e 2012.
- 96.**A central hidroelétrica de Picote dispõe de três grupos em regime CMEC ("Picote") e de um grupo em regime de mercado ("Picote 4"), estando localizada na bacia do rio Douro, cabendo à EDP Produção alocar o afluxo hidrológico a cada um dos grupos disponíveis.
- 97.**(...) o grupo em regime de mercado "Picote 4" apenas entrou em funcionamento em finais de 2011. Por outro lado, os três outros grupos da central de "Picote" estiveram sob o regime CMEC até 31 de dezembro de 2013, tendo transitado para o regime de mercado em 1 de janeiro de 2014. Dessa forma, identificam-se três períodos distintos no que diz respeito à exploração da central hidroelétrica de Picote pela EDP Produção: (i) até finais de 2011, a central hidroelétrica de Picote foi totalmente explorada em regime CMEC – "Picote"; (ii) entre finais de 2011 e 31 de dezembro de 2013, a central hidroelétrica de Picote passou a ser explorada sob dois regimes económicos distintos, i.e., três grupos em regime CMEC ("Picote") e um grupo em regime de mercado ("Picote 4"); (iii) a partir de 1 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

Recurso (Contraordenação)

janeiro de 2014, a central hidroelétrica de Picote foi totalmente explorada em regime de mercado – “Picote” e “Picote 4”.

98.(...) encontram-se habilitados a telerregular, partilham o mesmo recurso hidrológico e encontram-se sob a mesma esfera de decisão, tendo, contudo, diferido, até 31 de dezembro de 2013, no regime económico de exploração. Como já referido, no regime de mercado, as receitas de banda de regulação secundária revertem para a empresa, ao passo que no regime CMEC essas mesmas receitas revertem para a liquidação dos encargos fixos dos CAE antecipadamente cessados em 2007.

99.Por seu turno, o comportamento da central difere nos três períodos identificados supra: (i) até finais de 2011: entre julho de 2007 e meados de 2008, os grupos em regime CMEC de “Picote” foram utilizados com frequência, ao que se seguiu um período de utilização pontual, marcado por longos momentos sem fornecimento de telerregulação até finais de 2011; (ii) entre finais de 2011 e final de 2013, os grupos em regime CMEC de “Picote” continuam o registo de utilização pontual, com longos momentos sem prestar o serviço de telerregulação; por sua vez, o novo grupo em regime de mercado “Picote 4” regista utilizações regulares e com taxas elevadas de fornecimento de telerregulação desde a sua entrada em funcionamento, em finais de 2011 – em média, superior a 60%; (iii) a partir de 2014, com a transição para o regime de mercado, o padrão de atuação de “Picote” altera-se drasticamente face ao período em que os grupos da central eram explorados em regime CMEC; não só os grupos de “Picote” passam a ser utilizados mais frequentemente no fornecimento de telerregulação (relativamente à produção de energia), como chegam a existir meses em que são utilizados tanto ou mais do que o novo grupo em regime de mercado “Picote 4”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- 100.** (...) em 2012, por cada MWh de energia elétrica produzida, o grupo em regime de mercado "Picote 4" forneceu 0,66 MW de banda de regulação secundária, o que contrasta com os grupos em regime CMEC "Picote" que, por cada MWh de energia elétrica produzida, forneceram apenas 0,05 MW de banda.
- 101.** Em 2007 e 2008, as centrais em regime CMEC do Douro apresentaram, em conjunto, rácios banda de telerregulação (MW) / produção de energia elétrica (MWh) de 24% e 55%, respetivamente, que caíram para valores entre 2,6% e 13,4% no período entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013, apresentado valores relativamente uniformes entre centrais em regime CMEC e centrais em regime de mercado a partir de 2014.
- 102.** O nível de participação da central do Pego no fornecimento de telerregulação ao sistema, durante alguns meses dos anos de 2009, 2010 e 2011, ultrapassou os 20%, contrastando a partir de 2012 (o ano mais seco de todo o período em análise e entrada em funcionamento de novos grupos em regime de mercado habilitados a telerregular – centrais hidroelétricas de fio-de-água do Douro) com valores situados na margem dos 10%.
- 103.** O contraste entre o fornecimento de banda de regulação secundária da central hidroelétrica em regime de mercado de Alqueva (incluindo, a partir de 2012, o reforço de potência "Alqueva II") face às restantes centrais hidroelétricas de albufeira revela um padrão semelhante ao que se apurou para as centrais hidroelétricas instaladas na bacia do Douro, sendo que o rácio Banda (MW) / Produção (MWh) das outras centrais hidroelétricas em regime CMEC, entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013, variou entre 3% e 10%, e o rácio nas centrais em regime de mercado "Alqueva" e "Alqueva II", que foi superior a 19%, tendo chegado a atingir um máximo de 68% em 2012.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- 104.** Durante os anos de 2009 a 2013, o padrão de fornecimento de banda de regulação secundária do portfolio de centrais hidroelétricas da EDP Produção, exibiu rácios MW/MWh reduzidos entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013, face aos valores exibidos fora desse período, sendo que as centrais hidroelétricas em regime de mercado da EDP Produção registaram rácios MW/MWh entre 19% e 69%, contrastando com as centrais hidroelétricas em regime CMEC, que registaram rácios entre 5% e 10%, e a partir de 2014, os rácios MW/MWh das centrais hidroelétricas em regime CMEC sobem para níveis menos contrastantes relativamente aos praticados pelas centrais hidroelétricas em regime de mercado.
- 105.** (...) a relação entre o rácio MW/MWh das centrais hidroelétricas em regime CMEC e o rácio MW/MWh das centrais hidroelétricas em regime de mercado, ficou sempre aquém dos 0,27 no período entre 2009 e 2013 e foi sempre igual ou superior a 0,53 fora desse período.
- 106.** A EDP Produção detém ainda, no seu *portfolio*, um conjunto de centrais termoelétricas com capacidade para prestar o serviço de telerregulação, exploradas maioritariamente em regime de mercado, fazendo parte em regime de mercado, a central de ciclo combinado a gás natural do Ribatejo e, a partir de 2009, a central de ciclo combinado a gás natural de Lares; e, em regime CMEC, a central termoelétrica a carvão de Sines, sem prejuízo do facto não provado.
- 107.** Em 2007 e 2008, as centrais em regime CMEC (excluindo Sines) registaram níveis de fornecimento de telerregulação superiores às centrais em regime de mercado, e entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013, os rácios MW/MWh das centrais em regime de mercado da EDP Produção sobem para níveis entre 17% e 53%, contrastando com os níveis registados pelas centrais em regime CMEC, que descem para rácios entre apenas 5% e 10%, sendo que a partir de 2014, os níveis



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 fornecimento de telerregulação das centrais em regime CMEC sobem consideravelmente em comparação com os níveis apresentados pelas centrais em regime de mercado, que descem significativamente, aproximando-se dos níveis apresentados pelas centrais CMEC.

IX)

- 108.** As centrais em regime CMEC da EDP Produção tenderam a “marcar o preço” (preço da oferta de venda da unidade marginal, isto é, a unidade que satisfaz a última quantidade procurada pelo GGS, e que estabelece o preço de todas as ofertas de venda inferiores) nos leilões horários com maior frequência do que o “peso no mercado” (percentagem de fornecimento de telerregulação), e em 2012, as centrais em regime CMEC marcaram o preço em 27,8% do total de horas colocadas em leilão, pelo GGS, para contratar banda de regulação secundária, embora tenham correspondido a somente 8,4% do fornecimento de telerregulação daquele ano.
- 109.** (...) em 2012, o preço médio da oferta de venda (*bid*) dos grupos em regime CMEC de “Picote” superou em quase cinco vezes o preço médio da oferta de venda do grupo em regime de mercado “Picote 4”, levando a que nenhuma das ofertas de venda mais altas tivesse sido efetivamente aceite no mercado de banda de regulação secundária.
- 110.** (...) assim como os *bids* médios de Pocinho, Régua e Valeira, em regime CMEC, ficaram significativamente acima dos *bids* de Picote 4 e Bemposta 4, em regime de mercado, contribuindo para a subida do preço médio do mercado de banda de regulação secundária em 2012, designadamente porque o GGS foi obrigado a contratar regulação secundária a preços mais elevados.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- 111.** (...) como os casos das centrais do Alto Lindoso, Cabril, Castelo de Bode e Frades, cujas ofertas de venda (*bids*) médias se posicionaram acima dos *bids* médios da central hidroelétrica em regime de mercado do Alqueva (“Alqueva” e “Alqueva II”).
- 112.** Entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013, a taxa de sucesso das ofertas de venda das centrais em regime CMEC (coluna “% Vendas”) foi, em média, de 25% do total de horas leiloadas pelo GGS, o que contrasta com a taxa de sucesso de 79% das centrais em regime de mercado, geridas pela própria EDP Produção e pelos concorrentes REN Trading, Endesa e Iberdrola, verificando-se um contraste no padrão de bids das referidas unidades CMEC no período fora da prática – 2008 e 2014-2016 –, onde a taxa de sucesso das ofertas de venda atingiu, em média, os 74%.
- 113.** Entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013, o preço médio do mercado de banda de regulação secundária em Portugal foi 65,8% superior ao preço observado pelo serviço equivalente em Espanha, sendo que a diferença de preços teve a sua maior expressão (absoluta) em 2012, onde o preço médio praticado em Portugal foi 18,81 €/MW superior ao preço médio praticado em Espanha, e em termos relativos, a maior diferença ocorreu em 2009, quando o preço em Portugal foi quase 2,5 vezes o preço de Espanha, para a partir de finais de 2013 os preços passaram a evoluir de forma semelhante em ambos os países.

X)

- 114.** Em outubro de 2009, o GGS foi obrigado a aumentar a quantidade de reserva procurada em mercado, em resultado de queixas dos Gestores de Sistema vizinhos (Espanha e França) relacionadas com a qualidade da regulação 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

Recurso (Contraordenação)

frequência do SEN, a qual depende da qualidade e quantidade de banda de regulação secundária fornecida em Portugal.

- 115.** (...) a principal responsabilidade pela restrição na oferta de banda de regulação secundária foi atribuída à EDP Produção, dada a sua posição no mercado. De acordo com a REN, as principais explicações para a frequência crescente de desvios na interligação Portugal-Espanha foram, a par da *"falta de experiência de despacho da EDP Produção"*, *"a volatilidade dos preços"* e *"a realização de telerregulação com centrais térmicas em vez de centrais hídricas (CMEC)"*.
- 116.** (...) a limitação da oferta do serviço de telerregulação das centrais hidroelétricas em regime CMEC e a consequente concentração do fornecimento do serviço nas centrais de ciclo combinado a gás natural, em particular até 2011, afetou a qualidade da banda de regulação secundária fornecida pelo SEN.
- 117.** (...) e a deterioração da qualidade da banda de regulação secundária prestada pelas centrais habilitadas a telerregular foi uma das matérias abrangidas na intervenção regulamentar da ERSE, que teve lugar em outubro de 2010, vindo a ser aprovada a revisão do Regulamento de Operação das Redes do Sector Elétrico, no sentido de melhorar a qualidade da banda de regulação secundária contratada pelo GGS, tendo a participação de cada grupo térmico nos mercados de serviços de sistema sido limitada à máxima variação de potência que fosse possível registar em cinco minutos.

XI)

- 118.** A restrição da oferta de capacidade da EDP Produção no mercado de banda de regulação secundária traduziu-se num total estimado, e sem prejuízo 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

Recurso (Contraordenação)

cálculo importar uma redução proporcional ao facto provado que aponta o início da conduta a outubro de 2009, calculando um período temporal entre janeiro de 2009 e 2013, entre €205,60 M e €320,70 M, consoante se considere um prémio de risco de €10/MW ou €0/MW, de onde: (i) €184,00 M a €260,70 M atribuíveis à imposição de preços acima do nível competitivo, que a EDP Produção auferiu ao transferir a sua produção para centrais em regime de mercado; e (ii) €21,6 M a €60,00 M atribuíveis à sobrecompensação decorrente da restrição da oferta de capacidade de telerregulação das centrais em regime CMEC.

XII)

- 119.** Entre a segunda metade de 2007 e o último trimestre de 2009, não é possível afirmar que estivesse verdadeiramente em funcionamento um mercado de serviços de sistema, dado que estava ainda em curso uma fase transitória, durante a qual a REN manteve o controlo técnico e operacional das ofertas de telerregulação pelas centrais CMEC, as unidades chamadas a disponibilizar capacidade de reserva foram despachadas pela REN fora de mecanismos de mercado e sem auferirem qualquer remuneração pelas capacidades mobilizadas; e não se conhecem as quantidades de reserva fornecidas nesse período.
- 120.** Desde o respetivo CAE, a telerregulação da central de Sines estava pronta para efetuar ensaios de funcionamento, os quais não ocorreram, por razões alheias à EDP Produção, não tendo a central voltado a prestar telerregulação desde essa data, e foi só em 2016 que a central de Sines passou a disponibilizar telerregulação, após a realização dos competentes ensaios.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- 121.** Os valores de receita que a EDP Produção devolveu à revisibilidade nos ajustamentos anuais dos CMEC por referência à regulação secundária (banda e energia) e à regulação terciária foram os seguintes:

Receitas de serviços de sistema devolvidas na revisibilidade pelas centrais			
CMEC			
	Regulação Secundária (Total €k)	Regulação Terciária (Total €k)	Serviços de Sistema (Total €k)
2009	7.708	21.567	29.275
2010	14.812	41.737	56.549
2011	9.632	35.950	45.583
2012	10.817	33.533	44.350
2013	9.800	27.362	37.163
2014	36.284	25.170	61.455
2015	30.072	14.792	44.864

- 122.** Até à revisibilidade de 2010 (feita no início do ano seguinte, como sempre acontece), os condicionamentos à exploração das centrais hidroelétricas, decorrentes da disponibilização de serviços de telerregulação, eram considerados na simulação do VALORÁGUA através da seguinte modelização: "Nos períodos em que ocorreu telerregulação nos 1º, 2º e 3º postos horários, limita-se a potência disponível à potência verificada; se a telerregulação ocorreu nos 4º e 5º postos horários, impõe-se a potência mínima colocada correspondente à energia telerregulada".



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- 123.** Nos exercícios de revisibilidade sobrevindos, a modelização nos postos horários de menor valorização passou a ser feita com inclusão da base de telerregulação: “Nos períodos em que ocorreu telerregulação nos 1º, 2º e 3º postos horários, limitou-se a potência disponível à potência verificada; se a telerregulação ocorreu nos 4º e 5º postos horários, impõe-se uma potência correspondente à soma da base de telerregulação com a correspondente energia de regulação”.
- 124.** (...) antes da revisibilidade de 2010 as potências mínimas impostas ao modelo VALORÁGUA nos 4.º e 5.º postos horários foram unicamente as energias horárias a subir da regulação secundária.
- 125.** (...) e, depois dessa altura, em resultado das solicitações da EDP Produção, passaram a utilizar-se a base de telerregulação e a energia de regulação secundária para as produções mínimas horárias nos 4.º e 5.º postos horários.
- 126.** (...) mas mesmo quando as restrições são impostas nos dados de entrada da simulação, o modelo não consegue cumprir na íntegra as restrições geradas pela telerregulação, o que induz incumprimentos ou energias não cumpridas, impedindo a imputação da energia às horas em que realmente foi disponibilizada, e conduzindo a alocação artificial a postos horários mais caros das energias de telerregulação disponibilizadas em horas de menor preço e que não correspondem às efetivas ofertas colocadas.
- 127.** (...) devido a limitações endémicas do próprio modelo, no caso dos aproveitamentos reversíveis o VALORÁGUA não consegue distinguir as energias emitidas em telerregulação e as energias consumidas em bombagem, as quais ocorrem essencialmente no mesmo 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)

- 128.** (...) o que levou a que se reconheça, em todos os ajustamentos anuais aos CMEC de 2007 a 2017, que nas centrais com capacidade de bombagem (Aguieira, Frades e Torrão) não são impostas quaisquer produções de telerregulação nos 4.º e 5.º postos horários, correspondentes às horas de menor valorização
- 129.** Em setembro de 2013, os condicionalismos do modelo VALORÁGUA e suas implicações na revisibilidade dos CMEC justificaram a realização de uma reunião entre a EDP Produção e a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, durante a qual foi efetuada uma apresentação, onde a EDP explicitou ao regulador, entre outros aspetos, que “[c]onsiderando o quadro legislativo, a venda de banda secundária por centrais hídricas CMEC é sempre penalizadora para a EDP”, atendendo a que o modelo VALORÁGUA assume “[m]aior concentração de produção nos melhores Postos Horários de melhor preço”, o que consequentemente conduz a que “[d]evido ao efeito da revisibilidade dos CMEC (devolução de receitas SS), existe uma perda financeira clara quando se usa centrais com CMEC fora dos períodos de melhor preço”.
- 130.** (...) a 19 de setembro de 2013, realizou-se uma outra reunião, entre a EDP Produção e a Secretaria de Estado da Energia, tendo a EDP Produção produzido e entregue em mão uma proposta intitulada “Venda de Banda de Regulação Secundária pelas centrais do portfolio das centrais do grupo EDP” e uma apresentação com o mesmo título, nos quais se dizia: “Considerando o atual quadro legislativo e regulamentar/procedimental a venda de banda de regulação secundária em centrais a operar sob o regime de CMEC (“centrais CMEC”) é penalizadora para o Grupo EDP, nomeadamente nas horas de vazio onde as receitas de mercado são significativamente mais baixas. No atual processo de revisibilidade anual dos CMEC, o produtor devolve o diferencial entre a receita



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

obtida com a prestação de Serviços de Sistema ("SS") e a que resultaria da venda daquela energia no mercado diário. Assim, para efeitos de remuneração das respetivas energias emitidas no âmbito da prestação do serviço de regulação secundária, apenas restam ao produtor as receitas de mercado. No entanto, ao efetuar a otimização do sistema, o modelo VALORÁGUA concentra a produção nas horas semanais de melhor preço, assumindo que as receitas obtidas são fruto da venda de energia a preço de mercado dessas horas, ou seja, pressupõe uma receita significativamente superior à efetivamente recebida pelo produtor (ver exemplo do slide 1 em anexo). Acresce que, no atual documento de "Procedimentos de revisibilidade CMEC", a referência à lista de condicionantes à exploração das centrais hidroelétricas não está suficientemente clara, prestando-se a interpretações distintas que têm conduzido a uma perda de receitas significativa nas centrais CMEC que prestam este serviço de regulação secundária".

- 131.** Para fornecer banda de regulação secundária, e assumindo que toda a capacidade da central é reservada para esse efeito, a unidade tem que estar posicionada a 1/3 do intervalo entre 40%, que representa o mínimo técnico das unidades CMEC, e a capacidade máxima de 100%, situando-se o ponto base de telerregulação sensivelmente a 60% da capacidade máxima da unidade, podendo ser gerada, no quadro pressuposto, uma perda de eficiência de 8% na oferta de banda de regulação, que resulta da diferença entre o ponto de telerregulação, aproximadamente a 92%, e a eficiência máxima de 100%.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

XIII)

- 132.** No período entre o último trimestre de 2009 a 2011, EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, S.A. adotou uma estratégia de subutilização da capacidade no mercado de banda de regulação secundária, nomeadamente nas centrais hidroelétricas de fio-de-água em regime CMEC instaladas na bacia do Douro, e como resultado direto, outras centrais em regime de mercado, detidas quer pela EDP Produção quer pelos seus concorrentes (REN Trading e Iberdrola), participaram no mercado de banda de regulação secundária numa proporção superior àquela que resultaria caso a EDP não tivesse subutilizado as centrais em regime CMEC.
- 133.** (...) o que induziu a introdução de tecnologias menos competitivas, com inerente perda de eficiência produtiva no mercado, como sejam as centrais térmicas ou as centrais de ciclo combinado a gás natural, ambas com custos marginais tendencialmente mais elevados.
- 134.** (...) bem como contribuiu para uma subida dos preços do mercado de banda de regulação, acima do preço competitivo, em benefício das suas centrais termoelétricas em regime de mercado.
- 135.** No período entre 2012 a 2013, com a entrada em serviço dos novos reforços de potência hídrica em regime de mercado, com capacidade para telerregular ("Picote 4" e "Bemposta 4"), e com o fim do regime CMEC das centrais hidroelétricas de Picote, Miranda e Bemposta (estas duas últimas foram, subsequentemente, equipadas para telerregular), todas localizadas na bacia do Douro, EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, S.A. continuou a limitar a oferta de capacidade hídrica em regime CMEC, mas agora em benefício de um



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

aumento de telerregulação das suas centrais hidroelétricas em regime de mercado.

- 136.** (...) com a utilização de estratégias de ofertas com preços instrumentais pelas centrais em regime CMEC para restringir a oferta de capacidade de telerregulação destas centrais/grupos, o que contribuiu para o aumento significativo dos preços médios no mercado de banda de regulação secundária.
- 137.** (...) e conseqüente maximização da rentabilidade das centrais em regime de mercado, as quais, a par de um aumento significativo dos preços acima do seu valor competitivo, obtiveram lucros adicionais através das respetivas receitas.
- 138.** EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, S.A., ao adotar a prática anteriormente enunciada, conseguiu ser duplamente compensada em prejuízo dos consumidores do sistema elétrico nacional, seja porque, quando não tivesse restringido a oferta de capacidade de telerregulação das centrais em regime CMEC, teria recebido um valor menor na compensação CMEC apurado em sede de revisibilidade, seja porque, sempre teria auferido um valor de receitas de telerregulação significativamente mais baixo pela participação das suas centrais em regime de mercado, e, como resultado, determinou que os consumidores de energia elétrica fossem duplamente prejudicados, ao suportarem tarifas de acesso às redes (custos de interesse económico geral, onde a compensação CMEC está refletida) e preços de energia no retalho (onde o sobrecusto do mercado de banda de regulação secundária está refletido) mais elevados.
- 139.** EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, S.A. sabia, e não podia desconhecer, que, ao implementar entre outubro de 2009 e 2013, uma estratégia de restrição da oferta no mercado de banda de regulação secundária do sistema elétrico nacional em Portugal Continental, utilizava a sua posição dominante



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juíz da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

naquele mercado em prejuízo dos consumidores, querendo utilizar tal posição dominante em prejuízo dos consumidores.

140. (...) agindo de forma livre, esclarecida e voluntária na exploração abusiva da sua posição dominante no mercado de banda de regulação secundária em Portugal Continental, sem que tal conduta provenha de qualquer causa que a justifique.

141. (...) bem sabendo que os seus factos eram proibidos e punidos por lei.

XIV)

142. EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, S.A. não tem antecedentes contraordenacionais.

143. (...) e o volume de negócios consolidado da Visada relativo ao ano de 2021 foi de 1.076.607.000 Euros, com resultados líquidos do exercício negativos no valor de (67.378.000,00€).

§4.2

³⁰ E **não se provaram** os seguintes factos:

144. A central termoelétrica (a carvão) de Sines, em regime CMEC, propriedade da EDP Produção, estava apta a prestar serviço de telerregulação no período entre 2009 e 2013.

145. Só depois do Despacho n.º 4694/2014 é que a EDP Produção começa a colocar limitações ao modelo VALORÁGUA específicas ao tratamento do serviço de telerregulação prestado por centrais CMEC.

146. (...) e em momento algum até ao final de 2013 a EDP Produção se pronunciou especificamente sobre desincentivos relacionados com a oferta 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

Recurso (Contraordenação)

serviço de telerregulação pelas centrais em regime CMEC, à exceção da questão relacionada com as penalizações por incumprimento de banda, onde pretendia a aplicação de um regime de exceção para essas centrais.

147. As perdas reais da EDP Produção, e o correspondente acréscimo de margem de mercado transferido para os consumidores, ascendeu a quase € 8 milhões entre 2009 e 2013.

148. (...) e as efetivas perdas de eficiência motivadas pelas falhas do modelo VALORÁGUA são de € 3,5 milhões de 2009 a 2013.

§4.3

³¹ **Visando a motivação da factualidade relevante**, o Tribunal baseou a sua convicção na conjugação e análise crítica da prova produzida, gerada a partir do exame e avaliação dos meios de prova trazidos ao processo e, salvaguardadas as presunções legais, apreciados de acordo com regras de experiência de vida.

³² Com efeito, os factos essencialmente objetivos não são controvertidos, dado que a Arguida os aceita. A Arguida inclusivamente aceita e admite o incurso numa estratégia de restrição de oferta das suas centrais em regime CMEC. Porém, não só discorda das conclusões retiradas pela Autoridade da Concorrência, como, e designadamente no que tange ao funcionamento do modelo VALORÁGUA, pretende que se reconheça, enquanto justificação da conduta, o reconhecimento de perdas devido a restrições não cumpridas, o reconhecimento de perdas de eficiência na exploração das centrais e imputáveis ao modelo (ao partir de padrões de eficiência constantes), a compensação por via da energia mobilizada na reserva terciária e devolvida em sede de revisibilidade, assim se impetrando pela procedência de uma causa de justificação que impeça o preenchimento do tipo. A Arguida discorda, ainda,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 enquadramento jurídico delineado pela Autoridade da Concorrência, nomeadamente quando não demonstra a existência de preços excessivos. Dito isto e em boa medida, o Tribunal haverá de reiterar largamente tudo quanto, de forma objetiva e exaustiva, foi já invocado em sede administrativa e perpassou para a decisão da Autoridade da Concorrência, até porque os fundamentos da EDP atrás enunciados haviam já sido oportunamente esgrimidos na resposta à nota de ilicitude.

³³ Dentre a prova documental constante dos autos, sem prejuízo de toda a produzida em audiência e detalhada nas atas, e além da consideração de ambas as auditorias externas (Brattle e Compass Lexecon), dos pareceres juntos ao processo (Richard Wish, Ian Forrester, Álvaro Nascimento e Luís Gato) e dos esclarecimentos prestados pelo assessor técnico nomeado (Steffen Hoernig), avulta, e permita-se o destaque: (i) do estudo empreendido pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos em março de 2013 (conferir folhas 601/613); (ii) do parecer da comissão de acompanhamento (conferir folhas 15/27); (iii) dos esclarecimentos da REN (conferir folhas 459/469); (iv) dos esclarecimentos da REN (conferir folhas 618/649); (v) dos esclarecimentos da REN (conferir folhas 679/690); (vi) do pedido de elementos à DGEG (conferir folhas 683/705); (vii) dos esclarecimentos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (conferir folhas 1145/1148); (viii) do parecer prévio da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (conferir folhas 1359/1371). Naturalmente, ainda que nem toda a documentação acima referenciada seja exaustivamente tratada, depreende-se a sua análise para as respostas que, passo a passo, se dão aos factos em apreço.

³⁴ Como ponto prévio, refira-se que os esclarecimentos prestados pelo Senhor Professor Steffen Hoernig, assessor técnico nomeado, assumiram particular relevo, quer pela forma extraordinariamente atenta e participativa como assistiu às diversas



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

sessões do julgamento, quer pela disponibilidade sempre demonstrada para esclarecer as dúvidas do Tribunal, quer ainda pela forma cuidada, rigorosa e proficiente como explanou as, muitas e complexas, considerações no “parecer” apresentado. Naturalmente que, dentre tais considerações, o Tribunal só terá em conta aquelas que contendem diretamente com a análise de aspetos de índole económica, retiradas as ilações acerca dos depoimentos de testemunhas e outras inferências de valoração e natureza iminentemente probatórias, sem conexão com as apreciações de cariz técnico.

- ³⁵ Foram ouvidas testemunhas, cuja audição foi oficiosamente determinada pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, na sequência de indicação da REN, nomeadamente: [REDACTED], engenheiro eletrotécnico e de computadores. Trabalha na REN e é responsável do departamento de operação de mercados; [REDACTED], engenheiro eletrotécnico, trabalha na REN há 34 anos e é responsável pela área de informação de mercado; [REDACTED], engenheiro eletrotécnico e é responsável pelo despacho nacional da REN, desde 1999 (sala de comando nacional, em relacionamento com os produtores, operando o mercado em tempo real); [REDACTED], engenheira civil, trabalha na REN desde 1989, na área do funcionamento elétrico; [REDACTED], engenheiro eletrotécnico, trabalha na REN, desde 2001, e está na área de planeamento, tendo introduzido os dados para a simulação VALORÁGUA, a partir de 2011; [REDACTED], economista, trabalha na REN, há 33 anos na direção central de planeamento, agora direção de regulação; [REDACTED], engenheira química e diretora de gestão comercial, tendo ocupado funções na equipa de simulação e equipa económica, do ano de 2013 a 2018. Esteve na comissão de revisibilidade no ano de 2014; [REDACTED], engenheiro mecânico e responsável da regulação e estatística na REN (diretor de estudos e regulação desde 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

Recurso (Contraordenação)

³⁶ Foram, ainda, ouvidas as seguintes testemunhas:

[REDACTED], economista na Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, há 21 anos. Foi, desde janeiro de 2013, diretor de mercados e concorrência e antes trabalhou como consultor na monitorização dos mercados de energia e concorrência nos setores sujeitos à regulação. Colaborou na redação do parecer inicial da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos; [REDACTED], economista na Autoridade da Concorrência (economista chefe e diretora do gabinete de estudos e mercado na Autoridade da Concorrência, desde 2006); [REDACTED]

[REDACTED], economista na Autoridade da Concorrência (técnico especialista, desde novembro de 2016, tendo integrado, entre outubro de 2018 e até outubro de 2021, o gabinete da DGEG); [REDACTED]

[REDACTED], economista na Autoridade da Concorrência (trabalha na Autoridade da Concorrência, há 4 anos e meio no departamento de práticas restritivas, foi nomeado como instrutor em fevereiro de 2017, mas em março de 2017, só formalmente ficou como instrutor); [REDACTED], engenheiro eletrotécnico de energia e sistemas, trabalha na Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, desde 2007, onde desempenha funções na direção de mercado e concorrência; [REDACTED], economista na Autoridade da Concorrência (trabalha na Autoridade da Concorrência desde 2005, como assessor no gabinete da presidência, desde agosto de 2013. Entre 2007 e 2013 esteve na administração da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos); [REDACTED]

[REDACTED], engenheiro eletrotécnico, trabalha na EDP há 31 anos (1990-1998, exerceu funções no despacho que são hoje da REN; 1999-2001, manuais de procedimentos; em abril de 2002, otimização dos centros electroprodutores, hoje em dia é diretor da área de mercados de eletricidade, consistente na otimização e colocação no mercado e ofertas de mercado com o respetivo planeamento); [REDACTED], engenheiro mecânico, trabalha na EDP PRODUÇÃO, sendo subdiretor para a regulação e mercados, desde 2013, e desde 1990, que está ligado ao funcionamento do modelo VALORÁGUA; [REDACTED], economista e professor universitário, responsável pelo parecer junto aos autos; [REDACTED], economista, trabalha na COMPASS LEXECON, há 11 anos e participou na auditoria junta aos autos; [REDACTED], economista, trabalha na COMPASS LEXECON, desde 2012 e participou na auditoria junta aos autos.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- ³⁷ Adiante-se que, genericamente, as testemunhas exibiram relatos credíveis e coerentes. Naturalmente, foi notório que as testemunhas mais intimamente ligadas a uma determinada visão sobre os aspetos em discussão, nomeadamente as que trabalham na Autoridade da Concorrência ou na EDP, revelaram alguns pré-juízos, o que se avalia como absolutamente normal, em face dos estudos que já empreenderam sobre os factos, e, por via disso, são notados vícios de raciocínio incrustados ao modo de pensar. No entanto, o Tribunal atribuiu a todas elas credibilidade, pois que, apesar da visão ser mais ou menos parcial, certo é que não se furtaram aos esclarecimentos devidos e pertinentes, sempre pautando o discurso de forma sincera e séria.
- ³⁸ Os factos enunciados a I) respondem à caracterização da sociedade arguida, o que resulta de diplomas legais e elementos contratuais que são públicos e estão devidamente contextualizados pela Autoridade da Concorrência, sem que, aliás, tenham merecido qualquer atenção crítica da EDP.
- ³⁹ Os factos que integram os pontos II) e III) mais não são que descritivos das várias etapas evolutivas por que passou o sistema elétrico nacional e a forma como o mesmo está organizado, patente nomeadamente em diversos diplomas legais (Decreto-Lei n.º 240/2004 e Decreto-Lei n.º 29/2006) e também no depoimento de algumas das testemunhas indicadas pela REN, a solicitação do Tribunal, e que, enquanto elemento de contexto, pautaram o discurso por explicações sobre a génese e funcionamento do sistema — para uma leitura de enquadramento histórico e de âmbito concorrencial, o Tribunal socorreu-se de dois trabalhos académicos, disponíveis eletronicamente: [FRANCISCA DELGADO FLORES, A Liberalização do Mercado da Eletricidade no Plano Concorrencial](#) e [MANUEL CASSIANO NEVES, "A produção de eletricidade em portugal em regime ordinário: evolução e perspectivas"](#).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

40 O ponto IV) elenca os factos que traduzem a posição de mercado ocupada pela EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA, os quais decorrem das tabelas 1, 2, 3 e 4 da decisão administrativa, cujo teor não é controvertido, não mereceu oposição fundamentada pela Arguida e, de resto, decorre de dados coligidos pela Autoridade da Concorrência a partir de fontes oficiais disponibilizadas pela própria REN. Ademais, tal posição de mercado havia já sido trabalhada em processos de concentração instruídos pela Autoridade da Concorrência e visando a própria Arguida ou sociedades do grupo (Ccent 6/2008, cent 23/2010, Ccent 9/2015 e Ccent 55/2015), nos quais se concluíra em sentido idêntico e, portanto, a posição de mercado ocupada era do conhecimento da Arguida, até em virtude de compromissos assumidos junto da Autoridade da Concorrência em tais processos de concentração. No mais, considerada a expressa ressalva quanto (à ausência) de um alegado mercado de serviços de sistema durante o período entre a segunda metade de 2007 e o último trimestre de 2009, perde acuidade qualquer explicação quanto a esse particular.

41 Mais se atente: o que se deixa dito quanto à valoração dos elementos estatísticos acima mencionados, valerá para as várias figuras e tabelas a que adiante se fará referência, e que mais não são que dados económicos trabalhados, servindo o propósito de justificar e motivar os factos constantes da decisão, os quais se aferem enquanto interpretativos ou descritivos dessas mesmas tabelas e figuras, razão pela qual assim perpassarão para a matéria de facto relevante, reservando os gráficos, figuras e tabelas enquanto fundamentos explicativos.

42 Quanto aos factos narrados no ponto V) e que dizem respeito à criação e implementação do mecanismo CMEC (como abreviatura de “custos para a manutenção do equilíbrio contratual”) e modelo VALORÁGUA em termos 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

Recurso (Contraordenação)

formulação abstrata, os mesmos escoram-se quer nas previsões normativas contidas na legislação atinente (Decreto-Lei n.º 240/2004), quer igualmente nas explicações detalhadas pela assessoria técnica e constantes dos pontos 3 a 15 e 16 a 23, complementadas pelos pontos 2 e 3, do pedido de esclarecimentos.

⁴³ O ponto VI) resulta inteiramente da leitura do manual de procedimentos do gestor global do sistema, devidamente complementado pela explicação contida nos pontos 27 a 37 do parecer de assessoria técnica.

⁴⁴ No tocante aos factos espelhados no ponto VII), a resposta encontra-se na tabela 4 constante da decisão administrativa, a qual espelha o fornecimento de telerregulação em percentagem, individualizando o operador, a tecnologia e o regime económico de exploração, avultando um acréscimo do contributo das centrais termoelétricas, de forma impressionante nos anos de 2009, 2010 e 2011, que ocupam – como aduziu a testemunha [REDACTED] – o espaço que não é preenchido pelas hídricas. É certo que também em 2008, se denota um contributo significativo das termoelétricas, mas sem que isso tenha representado uma redução expressiva das hídricas CMEC, algo que só ocorre a partir de 2009 e decorre até 2013. Por outro lado, a tabela 5 permite apreender os rácios de fornecimento/capacidade, e assim avaliar o peso das centrais em regime CMEC por comparação com a capacidade instalada, retirando-se diferentes leituras quanto aos períodos temporais em análise. As tabelas 6, 7, 8, 9, 10 e 11 concedem o mesmo efeito, desta feita quanto ao rácio entre horas de banda de regulação secundárias e horas de produção, já também quanto aos valores de produção de energia e repartição de receitas.

⁴⁵ O ponto VIII desenvolve factos que contendem com o fornecimento de telerregulação pela EDP, pelas centrais em regime de mercado e centrais em regime CMEC, explorando os índices de produtividade hídrica dos períodos em análise.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Para tanto, releva mencionar os dados transmitidos pelas tabelas 12, 13, 14, 16 e 17, bem como as figuras 12, 13, 14 e 15, as quais conjugadamente permitem aferir, sem prejuízo – mais uma vez se atente – da questão atinente ao facto relativo ao início de um mercado de serviços de sistema só no último trimestre de 2009, do contraste entre os contributos do fornecimento de telerregulação pelas centrais hidroelétricas de fio-de-água da EDP fora dos períodos de 2009-2013 com o período marcado entre 2009-2011. Neste último, denota-se uma redução muito significativa dessa contribuição, afastando da equação qualquer explicação atinente a circunstâncias hidrológicas, designadamente em função de tal redução se ter verificado, mesmo em situações de grande afluência de água; e bem assim, do período a partir de 2012, onde tal oferta se incrementa, coincidindo não com um fornecimento acrescido das centrais em regime CMEC relativamente ao período anterior, mas sim um aumento do contributo das centrais em regime de mercado e coincidente com a entrada em funcionamento de reforços de potência (em regime de mercado), mais uma vez sem que a explicação possa assentar em níveis de hidraulicidade, conquanto e apesar de um período de seca em 2012, assistiu-se a um aumento da percentagem de fornecimento de telerregulação. Claro está que sobrevém uma tendência, empiricamente revelada (e independentemente de o conhecimento ter sido trazido por testemunhas, *maxime* as indicadas pela REN), no sentido de os níveis de produtividade hídrica determinarem uma propensão maior de hídricas, nomeadamente fio-de-água (ou, considerado que inexitem fios-de-água puras em Portugal, aquelas centrais com menor capacidade de reserva de água – tipicamente as centrais da bacia do Douro – por oposição às centrais de albufeira, nas quais poderá fazer sentido reter água, esperando um momento de valorização do rendimento), fornecerem energia ao sistema, por contraponto aos anos de seca, em



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

que se descortina um racional para o fornecimento de energia através de gás natural ou carvão, ainda que com as condicionantes relacionadas com as especificidades da banda secundária. E isto é assim, independentemente de não ser economicamente atrativo fornecer teleregulação em quadros extremos, seja de excedente, seja de escassez de água, conforme referiu [REDACTED].

⁴⁶ O anteriormente referido encontra ainda expressão, quer nos depoimentos dos vários especialistas da REN, quer nos depoimentos de [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] devidamente corroborados em termos técnicos no parecer apresentado pela assessoria técnica, nomeadamente pontos 97 a 101. É que, verdadeiramente, não se encontra uma explicação cabal e racional para suportar a diferença de comportamento detetada na mesma central entre grupos de potência distintos, por sinal em regime CMEC ou em regime de mercado, em benefício deste último, permitindo afastar justificações relacionadas com níveis de hidraulicidade (ou de custos de oportunidade, como adiante se verá), de modo a caracterizar e explicar a maior prevalência das centrais em mercado. Bem se pode dizer, como referiu a testemunha [REDACTED], tratar-se de uma experiência natural perfeita. E importa reiterar que é a própria Arguida que admite a estratégia de subutilização das centrais CMEC. Mais, surge até de forma algo contraditória e incoerente disputar algumas das conclusões expressas pela Autoridade da Concorrência, quando a conduta em termos substanciais é admitida e confessada pela EDP, enquanto resultado, é certo, das alegadas perdas financeiras em que incorria.

⁴⁷ O ponto IX) explora o preço das ofertas de venda nos leilões (cujas especificidades já foram apontadas), os níveis de participação da EDP, bem como a comparação com os preços médios em Espanha. Mais uma vez os factos correspondem ao retrato que ressalta dos estudos económicos patentes nas tabelas e figuras insertas na decisão



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

administrativa, especificadamente as identificadas como tabelas 21, 22, 23, 24, 25, 26 e 27, e figuras 17 e 29. Por outro lado, foi especificamente a questão relacionada com o incremento dos preços, logo detetada pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, que esteve na génese do estudo constante de folhas 601/13, e posteriormente acabou por ter reflexos normativos patentes no Despacho n.º 4694/2014. Ademais, apreende-se o funcionamento das ofertas neste mercado e suas consequências, nas explicações contidas a pontos 24 a 37, do parecer apresentado pela assessoria técnica, e que se revela muitíssimo relevante para a compreensão da lógica das licitações (e inerente incremento do preço, exponenciado pelo quadro da compensação CMEC)) por quem possa controlar parte significativa da curva da oferta (ou seja, quando ostenta uma posição dominante no mercado) no âmbito de uma procura inelástica e, implicitamente, previsível e incapaz de responder à oferta. A comparação com o mercado espanhol surge suportada na validação que é feita pela assessoria técnica, cujos argumentos são inteiramente convincentes, porquanto os elementos tipicamente coincidentes entre os dois mercados (proximidade geográfica, estruturação do mercado, similitude nos preços internacionais de gás e carvão – conferir ponto 14, do pedido de esclarecimentos ao parecer) suplantam as diferenças, em relação a Espanha, advindas pela existência de um mercado autónomo de restrições técnicas (a funcionar antes do mercado de banda) ou das ofertas por portefólio (e não por central como em Portugal). Como se refere no parecer e que se transcreve por facilidade de exposição: “Ora, em qualquer exercício de comparação existem sempre diferenças entre os objetos comparados. A questão não pode ser a mera existência da diferença, mas a sua relevância para o objetivo da comparação. A abordagem da Autoridade da Concorrência, ao comparar diretamente o nível de preços médios no mercado da banda de regulação secundária, atribui toda 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

Recurso (Contraordenação)

diferença de preços, e da receita correspondente, a diferenças de comportamento, o que fornece uma estimativa máxima desta diferença. Uma abordagem alternativa, mais conservadora e que fornece uma estimativa mínima desta diferença, tenta identificar os períodos em que a dinâmica de preços nos dois mercados é parecida e atribui como pressuposto de base a diferença de preços nestes períodos a diferenças no desenho dos mercados.”.

⁴⁸ Os factos patentes no ponto X) resultam de dados oficiais e que são expressos pela Autoridade da Concorrência do seguinte modo: auditoria CMEC, Relatório D3, folhas 238/239; ficheiro IESOE_deviations_2009.pptx, que consta da pasta Questão 4 do CD anexo à resposta da REN de 1 de fevereiro de 2018 (fls. 470), estando aliás tal menção contida implicitamente na resposta da REN a folhas 468/9, quando refere que a situação só veio a ser ultrapassada em outubro de 2009. Não obstante, os factos em apreço resultaram igualmente do depoimento de [REDACTED], que aduziu expressamente à degradação da qualidade da prestação de banda de reserva secundária detetada no início de 2009, conexa com o peso de centrais térmicas, nomeadamente a Central do Pego. Importa ainda invocar a concreta alusão feita pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos a este tema na [consulta pública n.º 33](#) (junto aos autos e referenciado pela Autoridade da Concorrência), referindo no documento justificativo o seguinte: “Foi introduzida no artigo 3.º a definição de Banda de regulação secundária consagrando o princípio de só aceitar para integrar a banda de regulação secundária a potência que cada grupo puder atingir em 5 minutos. Esta medida é complementar à introdução de um parágrafo novo no artigo 35.º do ROR em vigor (número 4), com o objetivo de dotar o operador da rede de transporte dos poderes necessários para garantir uma banda de regulação secundária com a qualidade adequada”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

⁴⁹ O ponto XI), unicamente relacionado com o impacto da conduta da EDP, decorre exclusivamente, por ser matéria necessariamente de natureza económica, do parecer apresentado pela assessoria técnica, designadamente quando explica e detalha as formas de cálculo (conferir pontos 38 a 43), para posteriormente apresentar os cálculos devidamente concretizados (conferir pontos 142 a 153, e 154 a 162, no que tange a comparação com o mercado espanhol e respetiva contabilização), e afastando a viabilidade de proceder a cálculos por referência à aplicação retroativa dos critérios contemplados no Despacho n.º 4694/2014.

⁵⁰ A este propósito, cumpre afirmar que, na ausência de conhecimentos específicos do Tribunal para firmar uma posição crítica, considera-se que deverá ser seguida a posição manifestada pela assessoria técnica, como sendo a que reúne, em abstrato, maior isenção e distanciamento. Tanto assim que se afasta dos vários racionais expostos pela Autoridade da Concorrência (*maxime* questionando a utilidade do contrafactual que redundava na aplicação retroativa dos critérios resultantes do normativo de 2014) e, validando a auditoria levada a cabo pela Brattle (conferir folhas 83 – D1; folhas 174 – D2; folhas 232 – D3), acaba por reformular tais cálculos de acordo com o quadro teórico evidenciado e exaustivamente motivado a pontos 142 a 153, assumindo outrossim prémios de risco distintos (o que redundava na incorporação de uma margem de risco, a benefício da Arguida – importando lembrar que, segundo a Comissão de Acompanhamento e o parecer de folhas 15/27, o prémio de risco deverá ser de 0€/MW). Ademais, ancora a solidez e firmeza do método de cálculo na comparação com Espanha, porquanto o “caso espanhol providencia o melhor comparador possível a nível internacional” (conferir ponto 154), revelando a plausibilidade da aritmética efetuada dentro de um contrafactual credível e que aponta a tendência já observada, isto é, um sobrecusto quanto aos preços,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

mostrando-se, evidentemente, incapaz de fornecer qualquer expressão quanto à atividade expectável das centrais CMEC (conferir ponto 161 e 162).

- ⁵¹ Relevado que os cálculos da assessoria técnica se baseiam nos já efetuados pela Brattle, importará tecer alguns comentários quanto a isso. Com efeito, a testemunha [REDACTED], de forma perfeitamente credível e sustentada, evidenciou, e mais que isso, exemplificou com recurso direto à fonte (ficheiros de análise compreendidos nos próprios relatórios da Brattle e que serviram a análise estatística), vários erros de transcrição de resultados entre ficheiros. Mas, tal como se adianta no parecer da assessoria técnica, tais erros não inquinam os pressupostos em que assentou a auditoria, isto é, não é por serem detetados tais erros (inequívocos) que toda a auditoria fica em causa. Como refere o Senhor Professor Steffen Hoernig: "Esta simulação do "efeito total" é de facto (...) a maneira mais correta de avaliar os efeitos do alegado comportamento. Como descrito em detalhe nos anexos B a D do relatório D1, esta simulação do efeito total foi efetuada com os seguintes passos: Estimação da estrutura de custos de cada central apta a fornecer teleregulação; A partir das ofertas reais, estimação das receitas, custos e margens reais; Simulação das ofertas no cenário contrafactual; A partir das ofertas simuladas, estimação das receitas, custos e margens contrafactuais; Determinação do efeito como diferença entre margens contrafactuais e reais estimadas. Esta abordagem utiliza os mesmos passos de modelização e estimação (...) para determinar os resultados reais e contrafactuais a partir das ofertas. Este procedimento aumenta a robustez da comparação, porque elimina enviesamentos inerentes ao processo de modelização ao considerar só a diferença entre os dois cenários."



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- ⁵² O ponto XII) espelha factos alegados pela Defesa, necessariamente relevantes para a decisão e quando não representem a mera formulação negativa de factos considerados provados.
- ⁵³ Decompondo: o facto enunciado a 119 deflui quer do depoimento da testemunha [REDACTED] (especialmente avalizado para o comprovar, vista a razão de ciência), quer das considerações expostas pela REN a folhas 467/9, quer ainda do parecer da assessoria técnica a pontos 57 a 59 e pontos 17 e 18 do posterior pedido de esclarecimentos ao parecer, quer também como resultado da interpretação dos dados constantes da [síntese anual elaborada pela REN 2009 – 2013](#) (junto aos autos, mas acessível publicamente) da qual decorre um valor de necessidade de banda registada em 2009 muito inferior aos anos seguintes, sendo que os valores revelam uma apreciável constância anual ([conferir síntese anual 2014 – 2018](#)), que concorre para um funcionamento da telerregulação fora do mercado e, assim, inviabiliza a consideração de um verdadeiro mercado em funcionamento desde janeiro de 2009, havendo que o considerar só a partir de outubro de 2009, ou seja, o último trimestre de 2009. A resposta a esta questão não implica qualquer tipo de contradição com a consideração de factos que remontam a janeiro de 2009, porquanto simplesmente haverão os mesmos que ser perspetivados sempre de forma integrada com a resposta a este facto, *maxime*, os cálculos enunciados no ponto XI), os quais alcançam um período superior, sem que por isso daí decorra qualquer tipo de contaminação ou comprometimento quanto aos critérios e aritmética seguidos.
- ⁵⁴ A questão relacionada com a central de Sines (facto 120) ficou clara dos depoimentos de [REDACTED] e [REDACTED], do documento de folhas 1131 e seguintes (anexo 6 à pronúncia), da ata da 1.ª reunião de coordenação REN/EDP, de 30 de novembro de 2015 (conferir CD a folhas 423), na qual se diz no ponto 6: "A EDP informou 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

Recurso (Contraordenação)

os ensaios de telerregulação da central de Sines vão decorrer entre o dia 9 e 11 de Dezembro de 2015.”, bem como do documento 5 junto com o requerimento sob referência 60161. É certo que a central estava equipada com telerregulação. No entanto, é igualmente certo que não disponibilizou telerregulação no período atinente, e que a razão para tanto reside no facto de não terem sido ultimados ensaios, ensaios esses pressupostos para o funcionamento da central em telerregulação.

- ⁵⁵ O facto enunciado a 121 resulta da tabela constante de 391 do recurso de impugnação. Saliente-se que os cálculos efetuados pela assessoria técnica tiveram em conta todas as devoluções de serviços de sistema, incluindo os decorrentes da reserva terciária (conferir ponto 105, do parecer).
- ⁵⁶ Os factos descritos de 122 a 128 têm em vista evidenciar as falhas imputadas ao modelo VALORÁGUA, relativamente às energias não cumpridas por via de restrições não assumidas. Como decorre de variada produção de prova, da qual se pode destacar as testemunhas [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED], a documentação inserta a folhas 646/7 e folhas 690 (esclarecimentos da REN), bem como parecer a pontos 20, 21, 65 a 72, ressalta que o modelo VALORÁGUA é um modelo de otimização, o mesmo é dizer que é um modelo que otimiza e maximiza o valor da produção e, por esta via, assume “uma disponibilidade completa da capacidade de todas as centrais e produção da energia nos postos de maior valor” (conferir ponto 21, do parecer), sendo que a única forma de refletir as eventuais limitações ao funcionamento ótimo do modelo consiste na introdução de restrições. Porém, ocorre com frequência que a introdução de um número significativo de restrições implique a impossibilidade de “corrida” do modelo, isto é a sua paralisação, pelo que a única solução passa por



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

retirar as restrições necessárias até que o modelo encontre a solução, havendo a considerar tais restrições retiradas como não cumpridas. Ora, isto mesmo ocorria com a colocação das energias nos respetivos postos horários: como a otimização do modelo leva à alocação das energias aos postos horários mais caros, só por via da imposição de restrições, tal sobrestimação não ocorria. Por outro lado, o modelo admitia de forma mais eficiente a imposição de restrições a centrais de início de cascata do que, sucessivamente, nas centrais de meio de cascata (isto é, as centrais que estão a jusante da primeira), e, naturalmente, mais cumpridor numa central de fio de água, do que numa albufeira. A propósito destes dois temas, a testemunha [REDACTED] [REDACTED] recorreu a imagens sobremaneira impressionantes: quanto à alocação a postos horários mais caros em face do funcionamento do modelo de otimização VALORÁGUA, disse: "é a mesma coisa que ver as horas num relógio que só tem minutos"; quanto à não assunção completa das restrições impostas, disse: "é a mesma coisa que tapar um quadrado com uma válvula circular".

⁵⁷ Em face do antedito, sobreveio a necessidade plasmada na diferente redação dos documentos: "Determinação do Montante de Ajustamento dos CMEC – Ano de 2009" e "Determinação do Montante de Ajustamento dos CMEC – Ano de 2010", designadamente ponto 2.3.2 (página 30) e ponto 2.3.2 (página 25), conforme fica patente dos factos 122 e 123, e o mesmo se diga quanto à questão da bombagem (conferir o mesmo ponto 2.3.2).

⁵⁸ Os factos 129 e 130 decorrem de elementos documentais, designadamente anexo 3 e anexo 4 à pronúncia (conferir folhas 1101 e folhas 1113).

⁵⁹ Quanto ao facto enunciado a 131 e que redundava, mais uma vez, numa imputada falha do modelo VALORÁGUA, a prova do mesmo decorre do depoimento da testemunha [REDACTED] e, sobretudo, dos depoimentos de [REDACTED] e [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)

Relevou, ainda, considerar a própria auditoria Brattle (conferir folhas 126 e 127, notas de rodapé 115 e 121). É certo que a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (conferir folhas 1148) refere que é de difícil comprovação técnica a existência de perdas de eficiência, mas, ao cabo e ao resto, não as afasta. Por outro lado, como o modelo VALORÁGUA não incorpora curvas de eficiência, mas parte de um valor de eficiência constante (conferir pontos 73 a 79, do parecer e ponto 10 do pedido de esclarecimentos ao parecer), compreende-se que, caso toda a capacidade da central esteja reservada para a produção de banda, sobrevenha uma perda de eficiência, devido ao facto de a banda estar comprometida por um intervalo de energia a subir e a descer, impedindo-a, assim, de funcionar no ponto ótimo. Apesar das dúvidas que a questão possa suscitar (e poderiam ter sido obnubiladas com diligências de instrução por parte da Autoridade da Concorrência que contemplassem, por exemplo, a inquirição das pessoas responsáveis da REN ou da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos pelos esclarecimentos prestados), certo é que, mais não seja por recurso a *in dubio pro reo*, dever-se-á considerar a posição sustentada pela EDP, mais ainda quando escorada no parecer técnico do Senhor Professor Luís Gato (conferir documento 3, junto com o recurso da EDP).

⁶⁰ O ponto XIII responde ao elemento subjetivo. Neste particular, importa referir que o Tribunal explanará as razões para a prova do elemento subjetivo, explorando, desde logo, as razões por que se não julgam provados quaisquer factos passíveis de justificar a conduta e de obviar à imputação do elemento subjetivo, tal como explicitado. Esta – independentemente das (in)compatibilidades que possam (in)evitavelmente ocorrer (como *infra se verá*) entre as soluções europeias e as soluções nacionais – parece ser a forma mais adequada e consentânea com a redação da decisão administrativa, a qual recebendo os fundamentos que, em tese,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

implicam uma causa de justificação da conduta, os trata de rebater, assumindo a Autoridade da Concorrência a contraprova do alegado, razão pela qual o facto deverá, dentro desta lógica, ser tratado no âmbito dos factos provados “como um elemento de análise do preenchimento do tipo e não como uma causa de exclusão da ilicitude” (conferir [MIGUEL MOURA E SILVA, “A tipificação da recusa de acesso a infraestruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência”, Revista da Concorrência e Regulação, 2010. Vol. 1, pp. 269/95](#). Ideia, de resto, retomada pelo autor no manual de Direito da Concorrência AAFDL 2018, p. 1141), pese embora a falta de justificação se contenha implicitamente na prova do elemento subjetivo.

⁶¹ A Autoridade da Concorrência infere que os factos provados “apontam para a existência de dois subperíodos distintos entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013, em que as circunstâncias de mercado se alteraram, com reflexo na estratégia e na conduta da EDP Produção”. Ora, no período entre 2009-2011, a EDP “adotou uma estratégia de subutilização da capacidade no mercado de banda de regulação secundária, nomeadamente nas centrais hidroelétricas de fio-de-água em regime CMEC instaladas na bacia do Douro. O contributo das centrais do Douro, neste período, equivaleu a apenas entre 4% e 8% do fornecimento de telerregulação ao sistema, o que contrasta com o peso de 49% em 2007 e 28% em 2008”, oferecendo, deste modo, uma forma robusta de comparação entre o período imediatamente anterior e posterior ao evento descrito, assumido o contraste entre ambos e falta de explicação para a detetada subutilização.

⁶² A Autoridade da Concorrência refere, igualmente que “a subutilização da capacidade de telerregulação das centrais CMEC neste período criou espaço para tecnologias menos competitivas, introduzindo uma perda de eficiência produtiva no mercado”, dado que “as centrais térmicas, com custos marginais tendencialmente mais elevados, marcaram a maioria dos preços horários da banda de regulação”. E, “nessa



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

medida, ao retirar centrais (em regime CMEC) mais competitivas do fornecimento de banda de regulação secundária e ao permitir que tecnologias mais caras entrassem na satisfação da procura, a conduta da EDP Produção contribuiu para uma subida dos preços do mercado de banda de regulação, acima do preço competitivo, em benefício das suas centrais termoelétricas em regime de mercado”

⁶³ Por seu turno, no período entre 2012-2013, a Autoridade da Concorrência invoca o seguinte: “com a entrada em serviço dos novos reforços de potência hídrica em regime de mercado, com capacidade para telerregular (“Picote 4” e “Bemposta 4”), e com o fim do regime CMEC das centrais hidroelétricas de Picote, Miranda e Bemposta (estas duas últimas foram, subseqüentemente, equipadas para telerregular), todas localizadas na bacia do Douro, a EDP Produção continuou a limitar a oferta de capacidade hídrica em regime CMEC, mas agora em benefício de um aumento de telerregulação das suas centrais hidroelétricas em regime de mercado. O contributo das centrais hidroelétricas em regime CMEC do Douro, em 2012 e 2013, equivaleu a 11,7% e 8,1%, respetivamente, do fornecimento total de telerregulação da tecnologia hídrica, em contraste manifesto com o peso de 44,2% em 2012 e 54,3% em 2013 dos novos grupos geradores hídricos em regime de mercado. Note-se que a análise de experiências naturais (por exemplo, relativa aos grupos de Picote) permite afastar razões justificativas associadas ao padrão de hidraulicidade ou razões técnicas ou de eficiência para o padrão de fornecimento de telerregulação das centrais CMEC”. No mesmo período, a Autoridade da Concorrência surpreende e sustenta “a utilização de estratégias de ofertas com preços instrumentais pelas centrais em regime CMEC para restringir a oferta de capacidade de telerregulação destas centrais/grupos, o que contribuiu para 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)

aumento significativo dos preços médios no mercado de banda de regulação secundária”.

⁶⁴ Em face do exposto, a Autoridade da Concorrência conclui que a Arguida definiu uma “estratégia de oferta no mercado de banda de regulação secundária em Portugal Continental”, favorecida pela rigidez da procura, colocando “as centrais CMEC no final da curva de oferta e as centrais não CMEC no início da curva” de forma a estruturar “a oferta das suas centrais no âmbito da prestação de serviços de telerregulação, conhecendo o resultado de tal conduta no plano das compensações das centrais CMEC e dos preços no mercado de banda de regulação secundária em Portugal Continental”. Neste conspecto, ofereceu “apenas a quantidade de banda de regulação secundária suficiente para satisfazer a procura da REN”, e com isso gerou, voluntária e deliberadamente, “uma ineficiência produtiva na medida em que as centrais em regime de mercado eram menos eficientes na prestação de telerregulação, em particular em momentos de perfil hidrológico favorável”. Desta forma, conseguiu maximizar as compensações pagas e revelou, de forma consciente, a “intenção de explorar abusivamente a sua posição dominante através da restrição da oferta, física e económica, gerando (a) um aumento das compensações das centrais CMEC e (b) um aumento dos preços no mercado de regulação de banda secundária em Portugal Continental, obtendo vantagens indevidas, em prejuízo dos consumidores”.

⁶⁵ Destarte, prossegue a Autoridade da Concorrência, a EDP, por apelo à consciência do *homem médio de negócios* no setor elétrico e, em particular, no mercado de banda de regulação secundária em Portugal Continental, teve a intenção: (i) “[influenciar] a formação do preço, visando obter para si lucros adicionais (...) a suportar *in fine* pelo consumidor”; (ii) “[limitar] a oferta no serviço de telerregulação das centrais 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

Recurso (Contraordenação)

beneficiam das compensações CMEC”; (iii) “[subparticipar] das centrais em regime CMEC” e “[participar] no mercado de banda com preços demasiado elevados para que entrassem na satisfação da procura (i.e., preços instrumentais); (iv) “gerar uma perda de eficiência produtiva na satisfação da procura pela transferência da produção de centrais, em geral, mais eficientes (nomeadamente hídricas de fio-de-água) para centrais, em geral, menos eficientes (nomeadamente termoelétricas) quando o perfil hidrológico é favorável; (v) explorar as imperfeições do mecanismo de revisibilidade CMEC, em seu benefício e em detrimento do SEN e dos consumidores; (vi) “aumentar lucros, por um lado com a intenção e consciência de subir os preços, por outro lado com a intenção e consciência de obter compensações mais elevadas”; (vii) sem que tal aumento de lucros tenha por génese qualquer comportamento legítimo de evitar perdas.

⁶⁶ Adiante-se que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão coincide, genericamente, com a leitura elaborada pela Autoridade da Concorrência, a qual se apresenta orientada de forma lógica, coerente, bem fundamentada e com arrimo nos factos objetivamente julgados provados.

⁶⁷ Mais se adiante que o facto enunciado a 119, isto é, apontando como efetivo início do mercado a data de outubro de 2009, não obsta a que se considere o juízo avançado pela Autoridade da Concorrência, porquanto o mesmo não fica comprometido pela singela razão de o início da prática remontar a uma data mais distante do que a defendida na decisão administrativa. Da mesma forma que esse facto, não arreda as considerações precedentes e subseqüentes quanto ao germinar da estratégia da EDP e demais ações empreendidas.

⁶⁸ Como elemento de contexto, importa dizer que a EDP acompanhou todas as vicissitudes que culminaram no desenho de regulação do mercado, isto é, a EDP,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

dada a posição histórica no mercado nacional e o monopólio que geriu durante anos, conhecia perfeitamente todas as incidências da gestão de centrais, assim como as vantagens e desvantagens na transição dos contratos de aquisição de energia (CAE) para o mercado e subsequente implementação dos custos para a manutenção do equilíbrio contratual (CMEC) e modo de funcionamento do modelo VALORÁGUA. Portanto, tão bem quanto a REN (cuja origem, aliás, radica na própria EDP, como inclusivamente muitos dos seus profissionais), a EDP sabia as consequências de aceitar o modelo de transição proposto e as insuficiências que tal acarretava, designadamente ao nível do modelo VALORÁGUA e a incapacidade genética do mesmo em refletir diversos parâmetros relevantes para os cálculos a operar em sede de revisibilidade. Não podia deixar de saber! Certamente não podia conjeturar na íntegra os incumprimentos do modelo – em bom rigor, ninguém estaria capaz de um exercício de “futurologia” – mas sabia perfeitamente o modo de funcionamento do modelo e, nessa medida, as debilidades que o mesmo exibia.

⁶⁹ É certo que a asserção precedente decorre até da mera perceção natural das coisas, mas foi admitida pelas testemunhas [REDACTED] e [REDACTED]. Ambos afirmaram que os CAE não contemplavam os serviços de sistema, ou dito de outra forma, estavam contemplados, mas contemplados no total das energias mobilizadas, sem que se alcançasse uma rubrica própria, porque o CAE remunerava os custos de disponibilização da central. Evidentemente que o modelo VALORÁGUA não podia replicar os serviços de sistema, razão pela qual logo ficou previsto que só por via das restrições exógenas, tal mobilização de energia podia ser incorporada no funcionamento do modelo. Dito isto, também a EDP sabia desde o início – porque não podia deixar de saber – as incapacidades a demonstrar futuramente pelo VALORÁGUA. Mas, e este é um dado relevante que importa sublinhar, aceitou



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

integralmente o desenho de transição dos CAE para o mercado, quer ao nível do modelo de otimização, quer ao nível dos custos de manutenção a serem alcançados. [REDACTED] disse que, logo em 2007, se aperceberam que o modelo não respondia, razão pela qual trataram de minimizar as perdas em que, naturalmente, iriam incorrer. Afirmou, inclusivamente, que informou a REN disso mesmo, designadamente [REDACTED]. Aliás, a ata de 4 de janeiro de 2008 (devidamente referenciada em ata de julgamento) reflete isso mesmo, ou seja, que a EDP, detetado o problema, procurava uma solução para o mesmo. E o mesmo se diga com as restantes melhorias que foram sendo trabalhadas, seja a “base de telerregulação”, a consideração de diferentes postos horários ou a alocação das energias geradas pela bombagem.

⁷⁰ Mas atente-se: procurava uma solução para o mesmo. E aqui reside o ponto de compreensão do comportamento da EDP. [REDACTED] afirmou que sempre tiveram a esperança que as restrições impostas alterassem a situação, mas a verdade é que tal não impediu que prosseguissem a estratégia definida de minimização de perdas, e a definissem até em momento anterior às várias melhorias que foram sendo propostas – como asseveraram [REDACTED] e [REDACTED]. Se a Arguida estava convencida que as restrições teriam êxito, então não havia razão para proceder à subutilização das centrais. Mais, conhecendo como conhecia o modelo torna-se, desde logo, difícil aceitar a invocada esperança no seu funcionamento pleno (considerado que um modelo de otimização regista sempre esta característica, como bem alude o parecer da assessoria técnica – conferir pontos 16 a 23), mas ainda que em tese tal seja admitido, então o único meio de suportar devida e substancialmente os incumprimentos logo intuídos, seria por via da elaboração de cálculos, os quais, de resto, só vieram a ser efetuados em 2014, conforme afirmou [REDACTED], e através de uma corrida simulada (não oficial) do modelo.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 Ora, a EDP, alegadamente, percebe que vai incorrer em perdas, mas não efetua cálculos para perceber a dimensão dessas perdas, nem assume em termos institucionais qualquer posição devidamente consistente e sólida (não se pode aceitar que a EDP achasse que a única via de diálogo seriam atas em reuniões com a REN), nem recorre a vias contenciosas (não podendo, com seriedade, invocar-se o custo financeiro da via judicial como forma de escapar ao cumprimento da licitude, ou estaria encontrada a forma de subverter toda e qualquer exigência do Estado Direito). Pois bem, se a EDP já sabia das inexoráveis restrições incumpridas e das inevitáveis perdas de eficiência, não se encontra explicação plausível e convincente para não ter realizado os cálculos em momento contemporâneo com a revisibilidade e, assim, garantir a possibilidade de influenciar as receitas. Mas mesmo para este paradoxo, [REDACTED] acabou por encetar um juízo explicativo, quando disse, de forma inequívoca e indubitável, que a alternativa era pior, porque significava a possibilidade de a EDP não aceitar os cálculos e, assim, obviava ao crédito das verbas da revisibilidade, quando o certo é que as invocadas perdas (não contabilizadas, relembre-se) se aferiam como insignificantes, face aos valores de receita em causa e cujo recebimento ficaria condicionado. Ou seja, não só a EDP escolheu o caminho economicamente mais rentável, o que é perfeitamente legítimo e racional, como optou por desvalorizar as perdas eventuais (e só podiam ser eventuais, porque não estavam contabilizadas), como ainda, não fazendo contas, já as tomava por insignificantes... claro está que, insignificantes, face à estratégia já encetada de não oferecer as centrais em regime CMEC.

⁷² Por outro lado, importa ainda notar que a EDP, como assumidamente não fez contas até 2014 (momento posterior ao período em causa na decisão), delineia a sua estratégia sem curar de saber, primeiro, que impacto é que tal pode acarretar 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

Recurso (Contraordenação)

mercado de banda de regulação secundária e nos custos de interesse económico geral a serem repercutidos no consumidor final, segundo, que impacto pode ter no preço da energia no mercado de retalho, igualmente suportada pelos consumidores, terceiro, na qualidade do serviço de banda prestado e uso das tecnologias mais eficientes, ademais quando lhe cabia uma especial responsabilidade por via do conhecimento que possuía acerca do desenho de regulação e compensação CMEC, e por via da posição que detinha no mercado, quer em termos de quota de mercado, quer em termos do controlo sobre um conjunto de centrais de diferente tecnologia.

⁷³ Em retas contas, mais parece que a EDP pretendeu, releve-se o tom proverbial, *fazer o mal e a caramunha*: ao mesmo tempo que providenciava pela maximização das suas receitas por via da subutilização das centrais em regime CMEC (*maxime* em benefício das suas centrais em regime de mercado), ainda se queixava das perdas (insignificantes) geradas pelo modelo VALORÁGUA que conhecia e pelos CMEC que aceitou.

⁷⁴ Neste conspecto, logo se antecipa que os doutos argumentos esgrimidos pela EDP como forma de justificar o comportamento de subutilização, pressuposto e assumido, não colhem e não procedem.

⁷⁵ Primeiro, em relação às perdas, não concretamente apuradas, por restrições não cumpridas, ou perdas de eficiência não reconhecidas – estas de impacto mais questionável, como se afere da leitura do parecer da assessoria técnica – o que se revela inquestionável, e pelas razões já anteriormente mencionadas, é que não foram essas realidades que ditaram o comportamento da EDP. E assim se deve concluir, porque a EDP empreendeu e prosseguiu a sua estratégia, independentemente das restrições não cumpridas ou das perdas de eficiência. Com efeito, se acaso fosse esta a motivação, então a EDP teria, desde logo, contabilizado o efeito das alegadas



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

perdas, teria apresentado tais cálculos a instâncias oficiais, teria impetrado em termos institucionais pelas alterações que entendesse convenientes e, em última instância e quando tudo mais se aferisse por inútil, ainda haveria de perspetivar as consequências da estratégia de subutilização das centrais em regime CMEC, quer ao nível dos valores da compensação, quer ao nível dos preços, e tudo por acrescidas razões atinentes à configuração e regulação do mercado que expressamente aceitou. Como refere a Autoridade da Concorrência, “o que nunca a EDP Produção estaria legitimada a fazer seria exercer discricionariamente o respetivo poder de mercado a seu favor e em claro prejuízo do SEN e dos consumidores”.

⁷⁶ A este propósito, releva atentar que o coeficiente de ajustamento, previsto legalmente, não possui valia argumentativa quanto à estratégia usada pela EDP, nomeadamente pelas razões adiantadas pelo parecer da assessoria técnica (conferir pontos 91 a 94). Pese embora não deva ser ignorado o potencial de minimização contido no coeficiente de ajustamento – a que sempre a EDP poderia ter recorrido – a verdade é que o mesmo se revelava relativamente inócuo aos objetivos prefigurados para a compensação CMEC.

⁷⁷ Segundo, o Despacho n.º 4694/2014 surge unicamente como forma de responder ao problema de mercado detetado pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, e ainda que pareça prever a necessidade de incorporação das “restrições decorrentes do facto de as centrais estarem a prestar serviços de sistema”, devendo, no limite, tais efeitos ser apurados nos termos a regulamentar pelo membro do governo (conferir artigo 2.º, n.º 2 e 3), o certo é que o diploma equaciona a possibilidade de sobrevirem tais incumprimentos, mas não os assume antecipadamente, pelo que não confirma a sua existência. Tanto assim, que a EDP na pronúncia exercida em audiência prévia sobre procedimento de compensação no ajustamento do CMEC



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

impulsionado pela DGEG (conferir folhas 683/705), o qual pretendeu imputar o montante de 72,9 milhões de euros na ponderação da fixação do cálculo de tarifas para o ano de 2018, não aduz qualquer contabilização destes valores, nem tão pouco reclama o seu cálculo, o que não deixa de ser relativamente surpreendente face à posição agora manifestada.

⁷⁸ Terceiro, a questão relacionada com a compensação da subutilização das centrais em regime CMEC pela participação da EDP no mercado de reserva terciária, também não envolve qualquer potencial de justificação, como igualmente não inquina os cálculos efetuados quanto ao impacto da conduta. A estarmos no domínio de um mercado distinto do da reserva secundária, não podem os resultados obtidos nesta sede servir de enquadramento para a conduta encetada quanto ao mercado da reserva secundária. Por outro lado, os cálculos efetuados pela assessoria técnica (conferir ponto 105) e, já de resto, os cálculos apresentados pela Brattle, pressupõem a consideração dos valores devolvidos em sede de mobilização de energia terciária para o cálculo da eventual sobrecompensação, conquanto todos os valores recebidos em sede de serviços de sistema eram devolvidos à revisibilidade.

⁷⁹ Mais, a deslocação para a energia terciária da energia que não foi oferecida em secundária, não só não consegue explicar o eventual aumento de preço que tal possa ter propiciado quanto às centrais em regime de mercado, como também acaba por cair numa petição de princípio, porquanto pretende oferecer como explicação um comportamento que decorre da própria estratégia da EDP, ou seja, é a própria estratégia de subutilização que favorece a oferta de energia terciária.

⁸⁰ Quarto, não serve de explicação para a elevação dos preços detetados nas ofertas apresentadas pela EDP (conferir ponto IX), a explicação conexa com os custos de produção na regulação secundária e custos de oportunidade. Conforme esta questão



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

é economicamente explanada no parecer da assessoria técnica (conferir pontos 125 a 137), a EDP pretendeu transmitir (secundada no parecer de [REDACTED] e relatório da Compass Lexecon) a ideia de que os custos de oportunidade das centrais hídricas se atêm ao custo de uma CCGT (ciclo combinado a gás natural), por ser esta a tecnologia de substituição. Contrariamente ao que consta em diversos trechos da decisão administrativa, e ficou patente dos depoimentos de [REDACTED], [REDACTED] ou [REDACTED] (mas também [REDACTED] e [REDACTED]), sempre se vislumbra um custo de oportunidade associado à reserva de água, e que resulta de uma variável facilmente compreendida: mesmo numa central de fio-de-água, por contraste com uma albufeira, sempre haverá de recorrer-se a uma estimativa quanto ao potencial de valorização da água, ou seja, ela deve ser valorizada desde já, ou eventualmente haverá que aguardar por um período de maior rendimento, ainda que possa estar compreendido dentro de seis ou oito horas. E, portanto, afigura-se clara "a complexidade da definição do custo económico da oferta banda de regulação secundária". Com efeito, o custo há de consistir em componentes específicas a cada central, com as suas especificidades ao nível do tipo de central e capacidade, com variáveis relacionadas com os "preços já conhecidos (energia grossista) e ainda não conhecidos (energia terciária, energia grossista futura) noutros mercados", a que acrescem as condicionantes naturais "em tempo real como a hidraulicidade ou preço de combustível previsto", pelo que "este custo económico é diferente para cada central e a cada momento de contratação" (conferir ponto 136, do parecer da assessoria técnica).

⁸¹ Tanto assim é, que a testemunha [REDACTED], quando questionada a instâncias do Tribunal, precisou que o facto de se dizer que o custo de oportunidade de uma central hídrica é custo de uma CCGT, enquanto tecnologia de substituição,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

não implica que seja sempre assim, porque pode variar em função das horas, do armazenamento e de outros fatores exógenos e que haverão de influenciar tal juízo. Pese embora se possa descortinar uma tendência para a indexação do custo de uma CCGT ao custo de oportunidade da hídrica, certo é que tal não tem um potencial generalizador, visto que é afetado por diversas razões externas. Ademais, o parecer da assessoria técnica “indica que este pressuposto quase sempre sobrestima o custo económico de banda, levando a preços de oferta demasiado altos”. Seja como for, a explicação pretendida pela EDP soçobra perante a complexidade da fixação dos custos de oportunidade, não servindo, assim, de justificação para as ofertas formuladas pela EDP e que possuíam o efeito potencial (e verificado) de inflacionamento dos preços, considerada a especificidade dos mercados de leilão de preço uniforme (conferir pontos 27 a 43 e 101, do parecer).

⁸² Com efeito, se não tivesse havido uma estratégia tendente a *marcar o preço*, isto é, ofertas propositadamente elevadas, de antemão recusadas, mas cujo objetivo garantia um aumento médio dos preços, não se encontraria explicação adequada para o Despacho de 2014 e a imposição de teto no preço. Aliás, tal imposição não foi sequer questionada pela EDP, impondo-se mais uma vez a alusão à pronúncia de folhas 683/705.

⁸³ Por esta razão, é perfeitamente adequada a leitura da Autoridade da Concorrência no sentido de a capacidade instalada da EDP, seja em quota de mercado, seja em portefólio tecnológico, permitir-lhe, como a nenhum outro concorrente, prever o comportamento do mercado, controlar uma parte da oferta, deslocando a respetiva curva, e influenciando decisivamente o preço de compra, desta forma provocando distorções no mercado, cuja procura por ser inelástica, contribui para este exercício agravado de poder de 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

Recurso (Contraordenação)

- 84 Como sustenta, e bem, a Autoridade da Concorrência: "Mesmo que, teoricamente, um concorrente possa marcar o preço de telerregulação, o risco associado a que a sua capacidade não seja selecionada na ordem de mérito é substancialmente superior face ao risco da EDP Produção. A capacidade instalada de telerregulação da EDP Produção, em conjunto com o portfólio de unidades face aos seus concorrentes, confere-lhe uma capacidade de previsão inigualável, diminuindo a incerteza e o risco associados a qualquer oferta, maior ou menor, de capacidade. Acresce que a capacidade instalada de telerregulação mais significativa da EDP Produção lhe permite, igualmente, no caso de uma licitação de preços de oferta superiores aos custos, auferir ganhos superiores aos que poderia obter no cenário em que seria um dos seus concorrentes a marcar preços mais elevados. (...). Por todo o exposto, as alegações da Visada não se afiguram suscetíveis de pôr em causa a conclusão da AdC quanto à posição da EDP Produção no mercado em causa: em síntese, a EDP Produção é líder destacada de mercado, seja ao nível da capacidade de telerregulação seja ao nível do seu fornecimento efetivo, posição que, tendo em conta a rigidez da procura, lhe confere uma capacidade decisiva para influenciar o preço marginal da banda de regulação secundária, fixando o preço na quase totalidade das horas."
- 85 Quinto, o parecer da assessoria técnica, e não são necessárias mais extensas considerações, desconstrói o argumento atinente ao custo marginal de médio e longo prazo, explorado no relatório da Compass Lexecon, quando refere que "este argumento [se baseia] numa confusão entre custos contabilísticos e custos económicos (cf. secção 2.13). Mais especificamente, os CMMLP como definidos no Appendix C do terceiro relatório Compass Lexecon incluem os custos afundados de investimento da central. Sendo verdade que ao longo da vida económica de uma



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

central elétrica as receitas realizadas terão de cobrir todos os custos, incluindo os de investimento, para o investimento não resultar em perdas, estes custos afundados são irrelevantes para a formação do preço dos serviços prestados, como também se ensina em qualquer curso de gestão ou MBA. Visto de outro modo, basear os preços em custos afundados leva a preços errados que dificultam, e não promovem, a cobertura dos mesmos custos. (...). Se uma central tem lucros contabilísticos ou não, no total da sua atividade anual, é irrelevante para a questão de se recebeu ou não uma margem excessiva no mercado da banda de regulação secundária, porque os lucros ou perdas do total da sua atividade não permitem aferir a remuneração específica das suas atividades individuais.”.

- ⁸⁶ Tudo compulsado, considerado que o incumprimento de restrições e que as (ainda que ténues) perdas de eficiência não motivaram, nem tão pouco explicam ou justificam o comportamento da EDP, percebe-se a solidez das conclusões extraídas pela Autoridade da Concorrência. De outra banda, quando os custos de oportunidade ou custo marginal de médio e longo prazo (Compass Lexecon) não conseguem explicar a estratégia de preços seguida pela EDP, também por aqui se encontra validação para as inferências retiradas pela Autoridade da Concorrência. Por conseguinte, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão não afere erros, contradições, omissões ou inconsistências manifestas e relevantes nos juízos traçados pela Autoridade da Concorrência e que inquinem a teoria do dano (talvez a tradução mais adequada seja teoria do prejuízo, considerada a importação do anglicismo: “theory of harm”) construída pela Autoridade da Concorrência, estando a mesma isenta de dúvidas ou escolhos na sua aplicação, pelo que, na ausência de uma explicação racional económica alternativa – como, de resto, fica patente do parecer da assessoria técnica – deverá tal construção receber a devida chancela judicial –



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

conferir [JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, "o juiz e a economia — a intensidade do controlo jurisdicional em matéria de concorrência na ordem jurídica da união europeia", Julgar N.º 35, Almedina 2018, pp. 11/24](#); conferir [MARIA JOSÉ COSTEIRA, "Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios", Revista de Concorrência e Regulação N.º 36, pp. 19/38](#); conferir MARC VAN DER WOUDE, "Judicial control in complex economic matters", Journal of European Competition Law & Practice, 2019, Vol. 10, N.º 7, pp. 415/23.

⁸⁷ Os sobreditos argumentos respondem, de forma integrada, à ilação conducente a um comportamento deliberado, voluntário e consciente por parte da EDP e, implicitamente, afastam qualquer congruência quanto a uma falta de consciência do ilícito.

⁸⁸ Da mesma forma que, assim, se concebe que o comportamento encetado pela Arguida teve a sua génese numa decisão vinculativa da empresa. Ainda que se desconheça com grande nitidez de que forma a decisão foi tomada e em rigor os trâmites a ela conducentes, certo é, e as testemunhas [REDACTED] e [REDACTED] o esclareceram, que a estratégia de subutilização era do conhecimento superior, sempre tendo sido reportado às sucessivas direções (quadros diretivos com poder de decisão da EDP) as interações com a REN, ou seja, a atuação estava sendo prosseguida em nome e no interesse da empresa, face à interposição de quadros dirigentes. *Aliás, não passa pela cabeça de ninguém*, que um assunto desta magnitude ficasse entregue à disponibilidade de um qualquer funcionário – ainda que o mesmo vinculasse a empresa da mesma forma. A configuração dos factos e o contexto em que os mesmos são praticados revela o próprio plano de imputação à empresa.

⁸⁹ No que tange aos antecedentes contraordenacionais, a prova decorre da informação prestada pela Arguida ou constante dos autos e que não mereceu contestação. Mais se diga que não perpassou para a matéria de facto os vários relatórios e contas



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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, à exceção de 2021, como forma de demonstrar a situação atual, porquanto daí se não pode retirar o potencial probatório quanto à ausência de evidências contabilísticas das perdas incorridas pela EDP (conferir ponto 176, do Parecer). Pese embora se possa inferir o maior ou menor peso da compensação CMEC para as contas da EDP, tal facto só por si não contribui ou influencia qualquer conclusão relevante para os factos em apreço, designadamente porque não reflete, nem pode refletir, as perdas alegadas pela EDP.

⁹⁰ No que tange com os factos não provados, importa esclarecer que o facto enunciado a 144 resulta já das explicações tecidas quanto à central de Sines, percebendo-se que embora apetrechada para o efeito, não prestou serviço de telerregulação entre 2009 e 2013, porque não estava apta para o efeito, designadamente em face de ensaios que não estavam ainda realizados. Não se provou (conferir factos 145 e 146) que a EDP não tivesse abordado anteriormente a questão. Na verdade, percebe-se que a questão – é certo que, muitas vezes, de forma pouquíssimo especificada – foi sendo debatida entre a EDP e a REN, pelo que, tendo em conta a opção pela Autoridade da Concorrência de descrever o facto pela negativa, o mesmo deverá merecer a resposta de não provado. E para tanto, além de outros elementos documentais, avulta logo em 2008 o teor dos documentos 6 a 10 do requerimento sob referência 60161 (no qual constam de forma mais acessível, documentação patente em formato eletrónico e logo junta na fase administrativa).

⁹¹ Por fim, no respeitante aos factos 147 e 148, o Tribunal não considerou que as contas apresentadas mereçam a necessária credibilidade para poderem ser aferidas como consistentes e firmes em termos técnicos. E assim julgamos, quer pelas objeções que são apresentadas pelo parecer da assessoria técnica aos cálculos efetuados pela testemunha [REDACTED] (conferir pontos 72 e 78 e que, resumidamente, referem



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

que os cálculos apresentados apontam para perdas globais, sem curar de destrinçar aquelas que serão especificamente da telerregulação e que possam decorrer de ineficiências próprias da EDP), quer pelas objeções igualmente formuladas quanto ao relatório Compass Lexecon e já anteriormente explicitadas, quer ainda porque se revela pouco consentâneo que a EDP resolva invocar um quadro de cálculos de extraordinária complexidade, decorrendo os mesmos de uma análise posterior, ou seja, de uma corrida posterior do modelo, não contemporânea com os factos em apreço. Mais uma vez se note que a preocupação da EDP era nula, tanto assim que os cálculos efetuados resultam de uma corrida do modelo posterior ao impacto que os ditos incumprimentos poderiam oferecer nos cálculos da revisibilidade. Ora, se a EDP já sabia dos incumprimentos, não se encontra explicação plausível e convincente para não ter realizado os cálculos em momento contemporâneo com a revisibilidade e efetiva possibilidade de influenciar as receitas, e dessa forma atribuir a relevância que importaria a credibilidade, que assim não é oferecida.

⁹² E mais não foi levado à matéria de facto por não oferecer relevo, por ser de teor conclusivo ou por configurar juízos de Direito.

§5

⁹³ Assente que está a factualidade relevante, cumpre avançar na **subsunção ao Direito**. A decisão administrativa, ora sob impugnação, imputou a EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA, a prática de uma contraordenação, prevista e punida pelo artigo 68.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regime Jurídico da Concorrência, por violação do disposto no artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), do Regime Jurídico da Concorrência e artigo 102.º, 1.º e 2.º parágrafo, alínea b), do Tratado de Funcionamento da União Europeia.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- ⁹⁴ Vejamos, agora, o quadro jurídico explicitado na decisão administrativa e que determinou a imputação da conduta, para tanto se seguindo o encadeamento calcorreado pela Autoridade da Concorrência.
- ⁹⁵ Cumpre assumir, sem necessidade de extensas considerações, que o período temporal afetado pela decisão administrativa, determina em abstrato a possibilidade de aplicação de conjuntos legislativos distintos, conquanto a prática se iniciou em 2009 (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) e terminou em 2013 (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio – Regime Jurídico da Concorrência).
- ⁹⁶ Ora, decorre sem margem para discussão, que a alegada infração decorreu de modo permanente durante o respetivo período temporal em causa, o mesmo é dizer que a alegada prática ilícita só cessou em 31 de dezembro de 2013 e, computando-se todo o tempo decorrido como indivisível, o agente haverá de ser punido, ainda que mais severamente, pela lei vigente no momento em que termina o comportamento antijurídico.
- ⁹⁷ De um outro prisma, mas ainda no campo da aplicação da lei, importa reter que, quando se conclua pela suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros, o Tribunal está impelido a aplicar, obrigatória e simultaneamente, a legislação nacional e a legislação europeia. E para tanto concorre – e perdoe-se a redundância estilística –, primordialmente, o primado do direito comunitário, o efeito indireto ou interpretação conforme e o efeito direto dos regulamentos comunitários, tudo enquanto decorrência do princípio da efetividade.
- ⁹⁸ Neste conspecto, dispõe o artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, que “sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na aceção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, na aceção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81.º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82.º do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82.º do Tratado”.

⁹⁹ Miguel Moura e Silva – Direito da Concorrência, AAFDL 2018, p. 309 – esclarece que “quando o direito da União é aplicável a uma prática simultaneamente sujeita ao direito nacional (o que supõe que a conduta em causa é suscetível de afetar o comércio no mercado interno e que a mesma seja abrangida pelas proibições nacionais correspondentes) existe um dever de aplicação cumulativa dos dois normativos”.

¹⁰⁰ Claro está que a compatibilidade a estabelecer entre o direito da União e o direito nacional acarreta, por vezes, dificuldades de concordância prática, designadamente em face do contraste entre a génese administrativa a nível europeu, e a génese sancionatória penal, a nível nacional. Seja como for, afora tais dificuldades de compatibilização e que merecerão *infra* mais desenvolvimentos, sempre caberá ao intérprete observar as soluções mais adequadas – conferir [RICARDO FILIPE FERREIRA LIMA. A Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia em Simultâneo com o Direito Nacional – Problemas e Incompatibilidades. FDUCP 2015, pp. 49/60.](#)

¹⁰¹ O comportamento alegadamente ilícito descrito pela Autoridade da Concorrência e imputado à Arguida constitui prática proibida, seja na aceção do artigo 102.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, seja na aceção do artigo 11.º, do Regime Jurídico da 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

Recurso (Contraordenação)

- ¹⁰² Dispõe o artigo 102.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia: “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: (...) b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (...).”
- ¹⁰³ E o artigo 11.º, n.º 1 e 2, alínea b), do Regime Jurídico da Concorrência estipula: “1 - É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste. 2 - Pode ser considerado abusivo, nomeadamente: (...) b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (...).”
- ¹⁰⁴ O abuso de posição dominante corresponde, pois, a “uma situação de poder económico detido por uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa, ao possibilitar-lhe a adoção de comportamentos independentes, numa medida apreciável relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores” – conferir [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, §23](#).
- ¹⁰⁵ Nos termos que antecedem, convergentes entre o direito nacional e o direito da União, deverá consolidar-se a ideia de o abuso de posição dominante corresponder, à luz da natureza sancionatória adquirida pela infração, um tipo contraordenacional de perigo, com natureza abstrato-concreta, isto é, importa assumir a aptidão genérica da conduta para produzir o desiderato de perigo, qual seja o de restringir a concorrência ou prejudicar os consumidores, recorrendo, para tanto, à consabida técnica do exemplo-padrão – conferir [PAULO DE SOUSA MENDES, “O contencioso da concorrência: balanço 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

Recurso (Contraordenação)

[perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português”, Revista da Concorrência e Regulação, 2012, Vol. 10, pp. 235/49.](#)

- ¹⁰⁶ Percorrer o tipo contraordenacional implica a verificação de (i) uma empresa com posição dominante que, (ii) no âmbito de um mercado delimitado, (iii) recorre a métodos abusivos, (iv) cujo objeto é apto e adequado a distorcer a estrutura concorrencial do mercado.
- ¹⁰⁷ Vejamos, então.
- ¹⁰⁸ O conceito de empresa relevante para efeitos de aplicação do Regime Jurídico da Concorrência resulta, no essencial, decalcado das noções já trabalhadas pela jurisprudência europeia (conferir [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, §36](#)), abrangendo 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 – conferir artigo 3.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência.
- ¹⁰⁹ Em face dos factos provados a I), EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA desenvolve uma atividade económica e, assim, deverá ser qualificada como empresa.
- ¹¹⁰ A definição de mercado relevante (num abuso de posição dominante) surge como etapa prévia de um juízo sobre a posição dominante (ou poder de mercado) – tanto quanto esta só pode ser aferida por referência a uma determinada delimitação do mercado (sem que a identificação do poder de mercado se torne o objetivo da definição do mercado relevante e fique antecipadamente condicionado por esta) – compreende, recorrendo ao ensino de Miguel Sousa Ferro – conferir [A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência: Teoria e Prática, Almedina 2014, p. 655](#) –, um “objetivo imediato”, qual seja o de “permitir, quando necessário, a análise da importância 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

Recurso (Contraordenação)

impacto de práticas no mercado, com vista à determinação da sua admissibilidade ou proibição, da extensão da responsabilidade pessoal e quantificação da coima, ou da atribuição de direitos e obrigações às empresas em causa, a terceiros e às próprias autoridades"); e um "objetivo mediato", enquanto "instrumento essencial à legitimação das restrições da iniciativa económica privada e da liberdade contratual inerentes ao direito da concorrência".

- 111 Prossequindo com a lição de Miguel Sousa Ferro (conferir [A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência: Teoria e Prática, Almedina 2014, pp. 664/5](#)), assumida a necessidade de delimitação de um mercado relevante, para este objetivo concorrem: (i) para o mercado de produto relevante: "o conjunto dos produtos e/ou serviços razoavelmente substituíveis pelos outros produtos e/ou serviços incluídos no conjunto, seja da perspetiva da procura, seja da perspetiva da oferta, atendendo às suas características, às necessidades que satisfazem (ou utilização a que se destinam) e ao contexto económico em que concorrem entre si (decorrente, designadamente, das condições de concorrência e da estrutura da oferta e da procura no mercado)"; (ii) para o mercado geográfico relevante: "o conjunto das áreas razoavelmente substituíveis pela área ou áreas em que as empresas em causa oferecem e/ ou procuram produtos e/ou serviços, seja da perspetiva da procura, seja da perspetiva da oferta, atendendo à presença de condições concorrenciais suficientemente homogéneas"; (iii) para o mercado temporal relevante: "o conjunto dos períodos temporais razoavelmente substituíveis por outros períodos temporais, seja da perspetiva da procura, seja da perspetiva da oferta, em que se verifica oferta ou procura pelas empresas em causa do produto/serviço em causa, na área em causa (só tem de ser definido quando se identifique uma significativa heterogeneidade de condições concorrenciais entre períodos temporais)".



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- 112 Na jurisprudência europeia, pode ler-se – conferir [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, §33](#): “Segundo uma jurisprudência bem assente, para efeitos da aplicação do artigo 86.º do Tratado, o mercado do produto ou do serviço em causa agrupa o conjunto dos produtos ou serviços que, pelas suas características, são especificamente aptos a satisfazer necessidades constantes e só em pequena parte são substituíveis por outros produtos ou serviços (v., neste sentido, acórdãos de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal, 31/80, Recueil, p. 3775, n.º25, e de 3 de Julho de 1991, AKZO/ /Comissão, C-62/86, Colect., p. I-3359, n.º 51)”.
- 113 E num outro acórdão – conferir [acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260, §170](#) – atenta-se que, além das características já evidenciadas, “o mercado a tomar em consideração abrange todos os produtos que (...) são pouco intermutáveis com outros produtos (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.º 37)”, ou seja, implica que “possa existir uma concorrência efetiva entre os produtos que dele fazem parte, o que pressupõe um grau suficiente de intermutabilidade entre todos os produtos pertencentes ao mesmo mercado (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colet., p. 217, n.º 28)”.
- 114 No caso em apreço, a Autoridade da Concorrência logo invoca que a prática decisória da Comissão Europeia (*vide*, por exemplo, as Decisões da Comissão Europeia nos procedimentos COMP/M.3440 – ENI/EDP/GDP, de 9 de dezembro de 2004, §§ 51-55, COMP/M.3868 – DONG/Elsam/Energi E2, de 14 de março de 2006, §§ 235-240, e COMP/M.8660 – Fortum/Uniper, de 15 de junho de 2018, §§ 19-21) tem distinguido o mercado de serviços de sistema como um mercado do produto relevante autónomo, suscetível de segmentação em mercados do produto mais estreitos. Em procedimentos sancionatórios por práticas restritivas da concorrência (*vide* a Decisão 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

Recurso (Contraordenação)

Comissão Europeia de 26 de novembro de 2008, Processos COMP/39.388 – Mercado grossista de eletricidade na Alemanha e COMP/39.389 – Mercado de equilíbrio de eletricidade na Alemanha, § 46) a Comissão Europeia teve já oportunidade de definir o mercado de banda de regulação secundária como mercado do produto relevante. O sobredito adquire relevância em face do disposto no artigo 16.º, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002.

¹¹⁵ Conforme resultou dos factos provados a II), haverá que primeiramente apreender a divisão do sistema elétrico nacional, descortinando que uma parte do mercado está relacionada com “a segurança e a fiabilidade da operação do sistema elétrico, através da existência de curvas de ofertas submetidas por agentes de mercado qualificados ao Gestor do Sistema”, razão pela qual se denomina mercado dos serviços de sistema, dado que “apresenta uma estrutura de oferta distinta, com um preço de equilíbrio igualmente distinto daquele que existe no mercado da produção de energia elétrica, onde é transacionada a maior parte da produção de energia elétrica”.

¹¹⁶ Dentro deste mercado dos serviços de sistema, existe uma reserva de regulação primária, a qual por ser obrigatória e não remunerada, sem sequer constitui um mercado. E existe igualmente uma reserva de regulação secundária e terciária, as quais entre si divergem por apresentarem (conferir parecer da assessoria técnica, ponto 45) “participantes diferentes, requisitos técnicos diferentes, mecanismos de formação de preços, e mecanismos de ativação de atividade diferentes”.

¹¹⁷ Com efeito, a participação em regulação secundária, por contraste com a terciária, faz-se por referência à disponibilidade de uma banda (reserva a subir e a descer dentro de um determinado intervalo de amplitude de banda previamente disponibilizado e contratado pelo operador elétrico – conferir figura 2, da decisão



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

administrativa); com especificidades técnicas diversas (no caso da reserva de regulação terciária, o tempo de resposta máxima é de 15 minutos, ao contrário da reserva de regulação secundária que é ativada de forma automática (entre 30 segundos e 15 minutos até novembro de 2010) e até 5 minutos a partir de dezembro de 2010); na qual só os participantes que possuam centrais habilitadas a telerregular (aquelas que podem ser controladas automaticamente de forma remota a partir do centro de controlo do sistema elétrico nacional, gerido pelo GGS) podem concorrer; num mercado marcado por características próprias e que se resumem ao típico leilão de preço uniforme (já explicado anteriormente, conferir parecer da assessoria técnica, pontos 27 a 37); estando os incumprimentos sujeitos a penalização; mais se atentado que no período em análise a reserva secundária era remunerada, mas de participação facultativa, só se tornando obrigatória a partir de 2014, ao passo que a reserva terciária sempre foi obrigatória e remunerada.

¹¹⁸ No mais e analisadas as objeções da Arguida, não é por a reserva secundária e terciária partilharem de alguma complementaridade ou, quando menos, serem recíproca e parcialmente excludentes, que tal afasta a apreciação elaborada pela Autoridade da Concorrência, a qual vai de encontro às coordenadas dogmáticas anteriormente enunciadas. Na realidade, tal complementaridade decorre do próprio desenho dos serviços de sistema e abrange igualmente o mercado de energia diário. Ou seja, como salienta o parecer da assessoria técnica (conferir pontos 52 a 56) a ordem temporal de entrada nos respetivos mercados (mercado de energia, mercado de banda, reserva terciária) é relevante, porque ela estabelece intrinsecamente diferentes visões acerca do custo de oportunidade, estreitando o conjunto de variáveis proporcionalmente à inexistência de melhor alternativa, mas não é por isso



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

que o mercado de produto relevante se altera, vistas as consistentes diferenças já anteriormente evidenciadas.

- ¹¹⁹ Tudo visto, e não oferecendo discussão a delimitação geográfica como circunscrita ao mercado de Portugal Continental, conclui-se que o mercado de produto é o mercado de banda de regulação secundária ou do serviço de telerregulação, sem que tal conclusão seja afetada por uma restrição quanto ao âmbito temporal da infração.
- ¹²⁰ Delimitado o mercado, importa identificar o poder de mercado da EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA.
- ¹²¹ Ora, resulta provado do conjunto de factos enunciados a IV) que a EDP, de 2007 a 2016, é, de forma evidente e destacada, o principal operador no mercado da telerregulação, seja em termos de capacidade instalada nas suas centrais para telerregular, a qual ascendia a quotas superiores a 84% do total do mercado (não sendo a asserção invalidada pelo facto de a central de Sines não ter prestado telerregulação, porque, apesar disso, estava habilitada e capacitada para telerregular, não obstante carecer da aprovação em ensaios de funcionamento para poder prestar telerregulação), seja ao nível do concreto fornecimento de banda, que se computa em quotas consistentemente acima de 68% (conferir §872, da decisão administrativa).
- ¹²² A jurisprudência europeia (conferir [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, §60](#)) aponta para a natureza presuntiva (ilidível) de quotas que ascendam à magnitude anteriormente evidenciada, dificilmente se podendo considerar como não dominante uma empresa que possui um domínio do mercado acima de 50%, e superdominantes (conferir GONÇALO ANASTÁCIO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina 2013, p. 137) as que apresentem uma quota acima dos 75% (conferir [acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, §92](#)), mais ainda quando consegue fazer prevalecer tal quota durante um período de tempo alargado, como também ocorre *in casu*.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- ¹²³ E isto conduz à pertinência das conclusões explanadas pela Autoridade da Concorrência, isto é, não só mostra, deste modo, “uma capacidade decisiva para influenciar o preço marginal da banda de regulação secundária, fixando o preço na quase totalidade das horas, com os concorrentes da EDP Produção a assumirem a qualidade de meros *price takers*; como, por via da rigidez da procura ínsita a este mercado, a EDP se permite comportar “de forma significativamente independente do comprador único dos serviços de banda de regulação secundária (a REN), na medida em que o GGS/REN contrata as quantidades de banda necessárias para manter o sistema equilibrado, independentemente do preço pago no mercado” (conferir §873/4, da decisão administrativa).
- ¹²⁴ Conclui-se que a EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA é uma empresa com posição dominante no mercado relevante de banda de regulação secundária ou serviço de telerregulação.
- ¹²⁵ Olhemos, agora, para o comportamento abusivo.
- ¹²⁶ Assumida a congruência normativa entre o artigo 102.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia e o artigo 11.º, do Regime Jurídico da Concorrência, surge especialmente impressiva e imagética a afirmação de Richard Wish e David Bailey – conferir *Competition Law*, Oxford Eighth Edition, p. 201 – no sentido de que “a única coisa incontroversa é a de que o artigo 102.º é controverso” (tradução livre: “it is not controversial to say that Article 102 is controversial”).
- ¹²⁷ Ora, o direito da concorrência, mais uma vez se reitera que indistintamente se abordará o direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência, não proíbe a aquisição de uma posição dominante, conquanto a mesma pode basear-se unicamente no mérito, mas apenas o seu abuso. Quer isto significar, em termos



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

substanciais, a alusão à distinção entre métodos legítimos e métodos abusivos como elemento hermenêutico na análise de uma posição dominante à luz de um conceito de concorrência efetiva – conferir [MIGUEL MOURA E SILVA, “A tipificação da recusa de acesso a infraestruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência”, Revista da Concorrência e Regulação, 2010, Vol. 1, pp. 274/5](#). Ideia, de resto, retomada pelo autor no manual de Direito da Concorrência AAFDL 2018, pp. 920/1 –, recaindo “sobre a empresa que detém uma posição dominante a responsabilidade especial de não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno (v. acórdão Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 23 e jurisprudência aí referida). Além disso, na medida em que a estrutura concorrencial do mercado já está enfraquecida pela presença da empresa dominante, qualquer restrição suplementar dessa estrutura concorrencial é suscetível de constituir uma exploração abusiva de posição dominante (acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, EU:C:1979:36, n.º 123).” – conferir [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C- 23/14, ECLI:EU:C:2015:651, §71 e §72](#).

¹²⁸ Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia entende que o artigo 102.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia “proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição, recorrendo a meios além dos que resultam de uma concorrência baseada no mérito (acórdão AKZO/Comissão, já referido, n.º 70, e acórdão de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comissão, C-202/07 P, Colet., p. I-2369, n.º 106)” – conferir [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-457/10, ECLI:EU:C:2012:770, §75](#).

¹²⁹ Em suma, aquilo que poderão ser comportamentos aceitáveis e legítimos em determinadas condições de mercado, passam por abusivos e proibidos quando se está investido de uma posição dominante no 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

Recurso (Contraordenação)

- ¹³⁰ Compreendido o conceito de abuso, releva salientar a distinção entre abusos de exploração e abusos de exclusão (ainda que não contida nas normas em apreço, tem sido abordada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, desde o [acórdão Continental Can vs. Comissão, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, §26 e §27](#)). Seguindo a densificação proposta por Miguel Moura e Silva (conferir Direito da Concorrência, AAFDL 2018, p. 918/9) nos abusos de exploração, “a vantagem é auferida mediante o exercício de poder de mercado sobre os clientes, fornecedores ou consumidores dos bens ou serviços da empresa dominante”; nos abusos de exclusão, “o poder exercido [traduz-se] na capacidade de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva, através de condutas tendentes a eliminar ou, pelo menos, disciplinar os concorrentes da empresa dominante”. Focando a atenção nos primeiros, a vantagem a auferir pela empresa em posição dominante “pode corresponder à forma típica da prática de preços de monopólio (preços excessivos) mas também inclui a simples aptidão para impor [aos consumidores] um encargo, obstáculo ou ónus injustificado (...) por exemplo, discriminando os consumidores em função da respetiva nacionalidade”.
- ¹³¹ Impõe-se como proposição apodítica que os abusos de exploração podem ser cometidos sempre que uma empresa com posição dominante age no mercado, tal qual faz parte da sua própria natureza aumentar os preços ou diminuir a oferta mais acentuadamente do que o poderia fazer num contexto de concorrência plena – conferir a obra coordenada por JONATHAN FAULL e ALI NIKPAY, *The EC Law of Competition, Article 82*, Oxford 2007, pp.396/407.
- ¹³² Ora, a conduta imputada pela Autoridade da Concorrência radica precisamente na limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, na aceção do artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), do Regime Jurídico da Concorrência e artigo 102.º, 1.º e 2.º parágrafo, alínea b), do Tratado de Funcionamento da União Europeia.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- ¹³³ E baseou-se no quadro que avulta do conjunto de factos enunciados a pontos VII), VIII), IX) e XIII, os quais, no essencial, realçam um comportamento que, partindo de um monopólio pré-existente e de limitações (ou mesmo lacunas) de cariz regulatório aceites pela própria empresa, faz uso da posição dominante no sentido de maximizar os lucros, seja por via da compensação CMEC e ínsita ao modelo regulatório, seja pelo benefício adquirido com o aumento dos preços provocado pela restrição de oferta de centrais em regime CMEC em benefício das centrais em regime de mercado exploradas pela mesma empresa e, simultaneamente, pelas ineficiências produtivas geradas pela incapacidade em satisfazer a procura, a qual implicou a entrada de centrais térmicas ao invés de hídricas, e paralelamente, a inerente degradação da qualidade de banda disponível, ainda que ultrapassada em 2010/2011.
- ¹³⁴ Tal restrição de oferta reconduziu-se, como refere a Autoridade da Concorrência, quer a uma "restrição física da produção/oferta", quando tais centrais não são oferecidas no mercado secundário, quer a uma "restrição financeira da produção/oferta", quando a participação no mercado é lograda com preços instrumentais e demasiado altos para satisfazer a procura em leilão de preço uniforme.
- ¹³⁵ Porém e sem prejuízo do que antecede, cabe notar e salientar que, em face dos factos provados (conferir facto enunciado a 119), só a partir de outubro de 2009, pode ser considerado o início do mercado, com as inerentes consequências ao nível da conduta levada a cabo pela EDP e respetivo impacto.
- ¹³⁶ Surge como inequívoco e incontornável que a Autoridade da Concorrência, "não condena a EDP Produção por uma prática de preços excessivos, mas sim por limitação de oferta de capacidade de telerregulação das centrais CMEC, que resultou no aumento do preço no mercado de banda de regulação secundária em Portugal



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Continental, bem como no aumento das compensações pagas pelos consumidores à EDP Produção no âmbito do regime CMEC”.

¹³⁷ No entanto, a Arguida impetra que só a demonstração de preços excessivos possibilitava a aferição de uma prática abusiva. Daqui emerge, salvo o devido respeito, um imediato vício de raciocínio, porquanto só depois de averiguar da sustentação do tipo contraordenacional em causa tal como explanado pela Autoridade da Concorrência, fará sentido defender que o mesmo não pode estar desacompanhado da demonstração de um preço excessivo.

¹³⁸ Sigamos, então, o prisma apontado. Não se vislumbra em que medida um maior ou menor número de casos analisados pela jurisprudência europeia ou mesmo pelas várias autoridades nacionais, pode contribuir positivamente para uma resposta satisfatória à questão *sub judicio*. É certo que se encontram poucos exemplos da punição de práticas de empresas que exploram os consumidores (abusos de exploração) – a que não será alheio a Comunicação da Comissão Europeia (2009/C 45/02): “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante” (publicado no Jornal Oficial C 45, de 24/02/2009, pp. 7/20), cumprindo atentar, todavia, no teor do parágrafo 7 no que tange com os abusos de exploração – mas é, na verdade, indiferente tal contabilidade, porquanto o que releva é dar-se por adquirido que o abuso de exploração é punido pela jurisprudência europeia e recebe a devida integração no artigo 102.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Por outro lado, não se encontra nas suas várias alíneas, cujo carácter é meramente exemplificativo, qualquer espartilho quanto à integração exclusiva no tipo de abuso de exclusão ou exploração, ou qualquer impedimento a uma sobreposição das diversas alíneas relativamente a uma mesma prática – conferir RICHARD WISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, Oxford Eighth Edition, p. 213.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

- ¹³⁹ Com efeito, apesar das inevitáveis diferenças entre os vários precedentes europeus que possam ser apontados, dado que todos incidem sobre factos diversos e que merecem análises diversas, é bom notar que a jurisprudência europeia, já por diversas vezes, integrou, enquanto abusos de exploração, condutas de recusa em satisfazer a procura no âmbito da alínea b), do artigo 102.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, atinente à limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores (conferir, entre outros – para mais referências: MIGUEL MOURA E SILVA, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Almedina 2010, p. 412/3, nota de rodapé 614 – [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464](#), [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-241/91 e C-242/92 \(apensos\), ECLI:EU:C:1995:98](#) e [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161](#)). Sem prejuízo de um comportamento integrado numa recusa de satisfação da procura ser mais frequentemente utilizado em casos de abusos de exclusão, não exclui a possibilidade de ser apropriado para abusos de exploração, conquanto se concebe que a limitação de produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores só se torna viável em função do domínio imposto pelo dominante, pelo que “o abuso de exploração surge como consequência da ineficiência prosseguida pela empresa dominante” (“Hence, exploitation is the consequence of the inefficiency of the dominant undertaking”) – conferir [PINAR AKMAN, “Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?, CCP Working Paper 09-1 Forthcoming in \(2008-2009\) 11 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, p. 21/2](#).
- ¹⁴⁰ Seguindo, mais uma vez de perto, Jonathan Faull e Ali Nikpay – The EC Law of Competition, Article 82, Oxford 2007, pp. 403/4 –, vista a dificuldade em estabelecer critérios consistentes quanto a aferir de uma relevante restrição de oferta – porque a mesma pode decorrer de contextos empresariais absolutamente normais – foi-se impondo uma avaliação baseada, qualitativa e quantitativamente, em aspetos dos quais se extraísse 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

Recurso (Contraordenação)

restrição de oferta teve impacto numa insatisfação da procura, sendo o mesmo usado tanto em monopólios, como em casos de posição dominante.

¹⁴¹ A este propósito, escreve Miguel Moura e Silva que quando os concorrentes não existem, “a exploração dos consumidores torna-se intolerável para o direito da concorrência”. E por isso, “mesmo que se exponha à crítica de que a sua intervenção corresponde a reconhecer que a falha do mercado em causa só pode ser ultrapassada mediante um exercício de regulação, *ad hoc* e imperfeita, a aplicação do abuso de posição dominante encontra fundamento na medida do dano para o consumidor”, bem como da “necessidade de impor à empresa dominante o dever de se comportar como se estivesse em concorrência” (conferir [MIGUEL MOURA E SILVA, “Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?”](#), *Revista de Concorrência e Regulação*, 2012, Vol. 9, p. 105).

¹⁴² Neste conspecto, as anteditas considerações acolhem o pensamento expendido no douto parecer de Richard Wish junto aos autos, parecendo especialmente impressiva a interpretação do normativo em causa, com apelo ao seu significado simples e natural, cuja invocação e sustentação merece particular adesão. Por outro lado, afasta-se do, igualmente douto, parecer de Ian Forrester. Este último, além de partir de um pressuposto a provar, o de que a conduta da EDP foi induzida pelas perdas sugeridas pelo modelo VALORÁGUA, envolve, salvo o muito e devido respeito, um equívoco genético, qual seja o de que um aumento de preços em resultado de um mecanismo de distorção na oferta imposto pela empresa dominante tem de corresponder necessariamente a um preço excessivo. É que o mecanismo de fixação ou estabilização de preços pode ser afetado e sobrevir aumento do preço, sem que isso decorra da correspondência com um preço excessivo, ademais quando, como ocorre no caso presente, além do aumento de preços no mercado de energia, 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

Recurso (Contraordenação)

apurou um aumento da compensação, a qual resulta de mecanismos regulatórios avessos ao puro funcionamento do mercado.

¹⁴³ Mais, quando normativamente se alude a uma limitação da produção, não se está unicamente a abordar uma redução no fabrico de determinados produtos, o que se está verdadeiramente a falar é da restrição de uma oferta com impacto causal na satisfação da procura. Quanto a EDP restringe a oferta de centrais em regime CMEC, seja física, seja economicamente, não releva saber se essa disponibilidade não oferecida vai ser ou não – muito provavelmente, será – canalizada ou mobilizada de outra forma (v.g. mercado terciário), o que importa vincar é que aquela restrição de oferta no mercado concreto da regulação secundária possui um impacto direto na satisfação da procura, a qual é afetada, quer por via da tecnologia de recurso menos apta e com menos qualidade, quer por via da elevação dos preços ínsita ao estreitamento da oferta, a que acresce a situação peculiar da compensação CMEC.

¹⁴⁴ Dito isto, não se observa qualquer obstáculo dogmático para a integração da conduta nos termos do abuso de exploração por restrição de oferta de capacidade, sem a invocação de preços excessivos, pelo que, sustentado no pensamento anteriormente exposto, se fará a transição para a eventual justificação da conduta, de harmonia com as razões disputadas pela Arguida e que servem, como já anteriormente se vinçou, o propósito de afastar o preenchimento do tipo e não enquanto causa de exclusão da ilicitude.

¹⁴⁵ Pese embora se não preveja qualquer razão justificativa no âmbito normativo do abuso de posição dominante (conferir MIGUEL MOURA E SILVA, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Almedina 2010, pp. 71/82), ao contrário do que ocorre no artigo 101.º, n.º 3, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (equivalente ao artigo 10.º, n.º 3, do Regime Jurídico da Concorrência), a jurisprudência europeia tem considerado que é



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

passível de ser demonstrada uma justificação objetiva e plausível ao abuso de posição dominante, inclusivamente baseada em ganhos de eficiência – conferir, entre outros, [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, §40 a §42](#) – referindo o seguinte: “há que recordar que uma empresa que detém uma posição dominante pode justificar ações suscetíveis de cáirem no âmbito da proibição enunciada no artigo 82.º CE (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 14 de fevereiro de 1978, United Brands e United Brands Centraal/Comissão, 27/76, Colet., p. 77, n.º 184; de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comissão, C-241/91 P e C-242/91 P, Colet., p. I-743, n.os 54 e 55; e TeliaSonera Sverige, já referido, n.os 31 e 75). (...) pode demonstrar, para esse efeito, que o seu comportamento é objetivamente necessário (v., neste sentido, acórdão de 3 de outubro de 1985, CBEM, 311/84, Recueil, p. 3261, n.º 27) ou que o efeito de eliminação que este comporta pode ser compensado, ou mesmo superado, por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor (acórdãos de 15 de março de 2007, British Airways/Comissão, C-95/04 P, Colet., p. I-2331, n.º 86, e TeliaSonera Sverige, já referido, n.º 76). A este respeito, compete à empresa que detém uma posição dominante demonstrar que os ganhos de eficiência suscetíveis de resultar do comportamento em causa neutralizam os prováveis efeitos prejudiciais na concorrência e os interesses dos consumidores nos mercados afetados, que estes ganhos de eficiência foram ou são suscetíveis de ser realizados graças ao referido comportamento, que este é indispensável à realização destes e que não elimina uma concorrência efetiva ao suprimir a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência atual ou potencial”.

¹⁴⁶ Na jurisprudência nacional, cumpre a invocação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – [datado de 11.03.2015, com o processo n.º 204/13.6YUSTR.L1, Relator: CARLOS ALMEIDA, pp. 207/8, ponto 15, disponível eletronicamente em dgsi.pt](#) – o qual acolhe expressamente a jurisprudência europeia,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

assumindo tal hipotética justificação económica, enquanto elemento do tipo, nos seguintes termos: “Se bem que nos pareça que os argumentos aduzidos, na sua esmagadora maioria, se não na sua totalidade, têm a ver com a própria tipicidade e não com uma eventual causa de justificação, e por isso já foram apreciados no que se disse anteriormente, sempre se acrescentará que, embora não se desconheça que os vários autores atribuem uma diferente extensão aos possíveis fundamentos de “justificação objetiva do abuso” , a admissão de uma causa de justificação como a invocada exige a verificação da sua necessidade e de uma relação de proporcionalidade entre os fins prosseguidos pelo agente e os bens jurídicos tutelados pela norma sancionadora que são por aquele violados (...)”.

¹⁴⁷ Destarte, a decomposição do conceito sugerida por Miguel Moura e Silva parece particularmente proficiente, em face da progressiva construção jurisprudencial: “existe uma justificação objetiva quando não puder ser razoavelmente exigido à empresa em questão que, considerando todas as circunstâncias relevantes, adotasse um comportamento diferente; nesta linha de pensamento, o comportamento deixa de ser abusivo porque a empresa não dispõe de uma verdadeira margem substancial de apreciação: o seu comportamento é determinado exogenamente por circunstâncias ponderosas, devendo ainda ser submetido a um teste de adequação e proporcionalidade à satisfação de um interesse atendível” (conferir Direito da Concorrência, AAFDL 2018, p. 1143). Neste conspecto, logo se infere a dificuldade de sustentação de uma justificação objetiva, seja pela multiplicidade de variáveis em equação, seja pelo pressuposto inicial de justificar a conduta “presuntivamente” abusiva, razão pela qual pode bem dizer-se que “se a procedência de uma justificação objetiva ao abrigo do artigo 102.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia é um animal muito raro, o sucesso da defesa por ganhos de eficiência é um unicórnio” (tradução livre de CANI



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

FERNANDEZ, "Presumptions and burden of proof in EU competition law: the Intel judgement", Journal of European Competition Law & Practice, 2019, Vol. 10, N.º 7, pp. 448/56: ""If the objective justification under Article 102 TFEU is a very rare animal, a successful efficiency defense is a unicorn").

- ¹⁴⁸ No que respeita aos ganhos de eficiência, parecem-nos justas as observações críticas de Miguel Moura e Silva (conferir Direito da Concorrência, AAFDL 2018, p. 1149), revelando a inquietação acerca da forma como uma tal justificação por ganhos de eficiência pode ser alcançada no domínio dos abusos de exploração. De facto, "ainda se pode perceber que seja feito um balanço de eficiência quanto a comportamentos que podem excluir concorrentes pelo mérito (...), o alcance desta justificação será necessariamente mais limitado ao contexto de condutas que exploram diretamente os clientes, fornecedores e os consumidores".
- ¹⁴⁹ Buscando uma vez mais o pensamento de Pinar Akman, se o abuso de exploração surge como consequência da ineficiência prosseguida pela empresa dominante em prejuízo dos consumidores, como pode a ineficiência que está na génese do abuso ser, afinal, justificada com ganhos de eficiência?
- ¹⁵⁰ No que tange com o exercício da prova (evitando falar do conceito de ónus de prova em processo penal), julgamos, sem prejuízo do *desafio dogmático* proposto por Paulo Sousa Mendes – conferir "[O contencioso da concorrência: balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português](#)", *Revista da Concorrência e Regulação*, 2012, Vol. 10, p. 245 – que a única compatibilização possível da invocação de uma justificação objetiva, mesmo por ganhos de eficiência, com o ordenamento jurídico português de base sancionatória e com o princípio da efetividade do direito da União, é a de, considerando e incorporando tal justificação, entender que a mesma corresponde a elemento do tipo, cabendo a sua invocação, fundada e fundamentada, à Arguida e a (contra)prova



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

à Autoridade da Concorrência, como parte integrante da demonstração da conduta típica.

¹⁵¹ Aliás, a presente distribuição de prova atenua, em boa medida, as críticas relativamente à dificuldade de demonstração de uma justificação objetiva ou ganhos de eficiência. E, apesar de tudo, procura ir de encontro à preocupação plasmada no considerando (5) do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002 (“A fim de assegurar uma aplicação eficaz das regras comunitárias de concorrência, salvaguardando simultaneamente a observância dos direitos fundamentais da defesa, o presente regulamento deverá regular a questão do ónus da prova ao abrigo dos artigos 81.º e 82.º do Tratado. Caberá à parte ou à autoridade que alegue uma violação do n.º 1 do artigo 81.º e do artigo 82.º do Tratado provar a referida violação nos termos da lei. Caberá à empresa ou associação de empresas que invoque o benefício de um meio de defesa contra o apuramento de uma violação fazer prova, nos termos da lei, de que se encontram reunidas as condições de tal defesa. O presente regulamento não afeta as regras nacionais relativas ao nível da prova nem as obrigações das autoridades responsáveis em matéria de concorrência e dos tribunais dos Estados-Membros de avaliarem os factos pertinentes relativos a um processo, desde que tais regras e obrigações sejam compatíveis com os princípios gerais do direito comunitário”), isto é, à compatibilização entre o primado do Direito da União e o princípio da presunção de inocência inerente a um processo de raiz sancionatória — conferir MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, AAFDL 2018, p. 305.

¹⁵² Prosseguindo. Considerada a inserção do mercado em apreço numa estrutura fortemente regulada, a Arguida propugna que a conduta aqui apreciada decorre de falhas regulatórias relacionadas com o modelo VALORÁGUA, falhas essas que impuseram a solução prosseguida pela empresa, seja pela imposição de restrições exógenas que o modelo não aceita na totalidade e, por isso, são incumpridas; seja porque o modelo parte de um padrão de eficiência média que não serve inteiramente quando aplicado à prestação de banda de reserva secundária.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Basicamente, estão em causa os factos enunciados de 122 a 128 e 132, relativos ao ponto XII) da matéria de facto.

¹⁵³ O Tribunal não encontra fundamento para que a conduta da EDP possa ser enquadrada num contexto estritamente regulatório e, portanto, arredado de juízos de natureza concorrencial. Com efeito, a existência de normas regulatórias, previamente estabelecidas, não tornam lícito o que é ilícito. E, portanto, salvaguardados os casos em que a conduta é determinada pela própria regulação e sem qualquer margem de manobra para a empresa, soçobra qualquer fundamento para justificar a prática abusiva.

¹⁵⁴ Neste sentido, o Tribunal Geral da União Europeia – conferir [acórdão do Tribunal Geral da União Europeia, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, §328 a §330](#) – “[lembra] que o artigo 82.º CE se refere apenas a comportamentos anticoncorrecionais adotados pelas empresas por sua própria iniciativa. Se uma legislação nacional impõe às empresas um comportamento anticoncorrecional ou cria um quadro jurídico que, por si só, elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrecional da sua parte, o artigo 82.º CE não é aplicável. Em tal situação, a limitação da concorrência não está, como exige essa disposição, dentro dos comportamentos autónomos das empresas (v. acórdão *TeliaSonera Sverige*, n.º 146, supra, n.º 49 e jurisprudência aí referida). Em contrapartida, o artigo 82.º CE pode ser aplicável se se verificar que a lei nacional deixa subsistir a possibilidade de uma concorrência suscetível de ser impedida, restringida ou falseada por comportamentos autónomos das empresas (v. acórdão *TeliaSonera Sverige*, n.º 146, supra, n.º 50 e jurisprudência aí referida). Assim, o Tribunal de Justiça precisou que, não obstante essa lei, se uma empresa em posição dominante verticalmente integrada dispuser de margem de manobra para modificar mesmo apenas os seus preços de retalho, a compressão de margens pode, só por



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

isso, ser-lhe imputada (acórdãos de 14 de outubro de 2010, Deutsche Telekom/Comissão, n.º 170, supra, n.º 85, e TeliaSonera Sverige, n.º 146, supra, n.º 51)“.

¹⁵⁵ Claro está, quando a empresa dominante tem “margem de manobra” não pode invocar qualquer justificação para a sua conduta. Caso contrário, sempre que a regulação falhasse, e mesmo quando o fosse de forma deliberada, estaria subtraído ao direito da concorrência qualquer margem de atuação, ainda que em prejuízo imediato da estrutura concorrencial e dos consumidores.

¹⁵⁶ No caso em apreço, é notório que a EDP tinha várias alternativas à estratégia encetada, não se impondo a restrição de oferta como a única via possível. Na verdade, a empresa, que já beneficiara de privilégio monopolista durante anos, o que lhe trouxera conhecimento e experiência como a nenhum outro futuro concorrente, e que acompanhou todas as etapas do processo regulatório em curso, podia, tal como já anteriormente se disse, ter efetuado cálculos para perceber a dimensão das perdas e apresentá-los ao regulador, podia ter assumido em termos institucionais qualquer posição devidamente consistente, sólida e consequente com a estratégia que pensava ser a única possível, como podia recorrer a vias contenciosas.

¹⁵⁷ Mais, o Tribunal não vai reiterar nesta sede tudo quanto já explorou na motivação da matéria de facto, pelo que adquiridas tais considerações (conferir pontos 53 a 79), não se deixará, porém, de dizer que a justificação objetiva só podia ser aceite quando a mesma, além de contemporânea dos factos, implicasse que a empresa não pudesse adotar um comportamento distinto, porquanto o mesmo estaria pré-determinado por circunstâncias exógenas, não controladas pela empresa, havendo ainda que ponderar se tais circunstâncias se revelavam proporcionais e adequadas à satisfação



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 um interesse superior ao que resultou do abuso da estrutura concorrencial e do prejuízo causado aos consumidores.

- ¹⁵⁸ Primeiro, as circunstâncias existentes estavam ínsitas ao funcionamento do modelo VALORÁGUA, sobre o qual a Arguida detinha um conhecimento profundo. Portanto, não são propriamente circunstâncias exógenas, porque prévias ao início do mercado e expressamente aceites pela EDP.
- ¹⁵⁹ Segundo, a EDP, apesar das deficiências genéticas do modelo VALORÁGUA (partilhadas por qualquer modelo de otimização), podia ter agido de outra forma. Isto é, o recurso a uma restrição de oferta de capacidade que provoca um impacto direito na satisfação da procura (inelástica), seja por via de uma "restrição física" (e que implicou a introdução de ineficiências produtivas, pela prevalência de centrais térmicas), seja por via de uma "restrição económica" (e que implicou a utilização de preços instrumentais, mais elevados e não possíveis num mercado competitivo, enquanto parte da mesma estratégia de restrição de oferta de centrais em regime CMEC) não era a única via para fazer face às tais circunstâncias, designadamente quando a empresa dominante com as especiais responsabilidades que sobre si impendem, não cuida de apurar o impacto que tal poderia ter, fosse na elevação dos preços do mercado de energia, fosse no favorecimento de centrais em regime de mercado, fosse nos valores a calcular em sede de compensação CMEC.
- ¹⁶⁰ Terceiro, as circunstâncias exógenas disputadas pela Arguida são, evidentemente, contemporâneas dos factos em apreço, na aceção em que sempre lá estiveram, faziam parte do modelo e não foram impostas posteriormente. Mas a questão não é essa. O que está em causa é que a Arguida não delineia a sua estratégia por causa das alegadas perdas, porque se assim fosse não se encontraria explicação para não as contabilizar em momento oportuno, mas bem ao contrário: as perdas servem 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

Recurso (Contraordenação)

propósito justificativo *ex post*, ou seja, independentemente de serem reivindicadas alterações ao modelo, o certo é que a restrição de oferta de capacidade estava decidida e era para prosseguir, tanto quanto, apesar da esperança depositada nas restrições impostas ao modelo, a estratégia nunca se altera.

- ¹⁶¹ Quarto, ainda que houvesse de ponderar a magna relevância das alegadas perdas para a prossecução da prática abusiva, nunca por nunca, se poderia entender que tais perdas, confessadamente insignificantes (face aos valores em causa na compensação, conforme se referiu na motivação de facto), se traduziam na satisfação de um interesse económico superior aos prejuízos provocados na estrutura concorrencial e nos consumidores, sobretudo nestes últimos, e na parte em que se reflete na compensação CMEC, enquanto auxílio ou mecanismo de (suposto) equilíbrio contratual que parte de uma base de confiança entre o Estado, os cidadãos e uma empresa anteriormente monopolista.
- ¹⁶² Quinto, independentemente da questão da vinculação contratual associada à cessação dos CAE, o mecanismo CMEC só adquire pleno sentido na pressuposição da efetiva prestação de banda de reserva secundária pelo anterior detentor de um CAE, pois essa é a única razão para aceitar a manutenção de um equilíbrio contratual suportado pelo Estado. Se não houver prestação do serviço, não há verdadeiramente custo de manutenção do equilíbrio contratual para garantir!
- ¹⁶³ Soçobra, pois, qualquer fundamento adequado a justificar a conduta, devendo a mesma qualificar-se como dolosa. No mais, e como a própria Arguida admite que não apresentou qualquer defesa com base em ganhos de eficiência (conferir artigo 1253.º, do recurso de impugnação), não estaria a Autoridade da Concorrência onerada a provar o afastamento de tal obstáculo à verificação do elemento típico.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

¹⁶⁴ Vejamos agora mais detidamente a questão da responsabilidade das pessoas coletivas.

¹⁶⁵ O artigo 73.º, n.º 1, 2 e 3, do Regime Jurídico da Concorrência dispõe o seguinte:

“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.”.

¹⁶⁶ Muito se tem escrito e debatido acerca da melhor interpretação a conceder à norma plasmada no artigo 7.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas, designadamente na sua necessária conexão com o disposto no artigo 11.º, do Código Penal. Em nosso entender, e sem excessivas explanações de cariz doutrinário que se afiguram genuinamente desnecessárias, acolhemos a interpretação de que a responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas assenta numa imputação direta e autónoma, quer o fundamento dessa responsabilidade se encontre num «defeito estrutural da organização» ou «culpa autónoma por défice de organização», quer pela imputação a uma pessoa singular funcionalmente ligada à pessoa coletiva, mas que não precisa de ser identificada nem individualizada – conferir o parecer do Conselho



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Consultivo da Procuradoria Geral da República, publicado em 16.09.2013, onde a matéria merece um exaustivo desenvolvimento, Relator: ALEXANDRA LEITÃO.

¹⁶⁷ Portanto, e como tem sido atentado pela jurisprudência que vem sendo trilhada pelas Relações, no seguimento do conceito extensivo de autoria adotado pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/2009 – disponível em tribunalconstitucional.pt, Relator: RUI MANUEL GENS DE MOURA RAMOS – não só “a responsabilidade contraordenacional da pessoa coletiva não depende da responsabilização cumulativa da pessoa física, sendo suficiente que a conduta seja praticada ou determinada em seu nome por pessoa juridicamente vinculante da vontade coletiva” – conferir acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16.03.2011, disponível em dgsi.pt, com o processo 147/10.5TAPDL.L1-3, Relator: MORAES ROCHA – como “a circunstância de não se indicar o nome do titular do órgão ou representante, não afasta a indicação dessa intervenção, como, em geral, a indeterminação da identidade de um dos agentes de conduta não a torna inexistente ou afasta a responsabilidade daqueles que é possível identificar e trazer a juízo” – conferir acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25.01.2010, disponível em dgsi.pt, com o processo n.º 459/05.0GAFLG, Relator: FERNANDO VENTURA. No mesmo sentido: acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26.05.2015, com o processo n.º 206/14.5YUSTR.L1-5, Relator: ARTUR VARGUES; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9.11.2011, com o processo n.º 179/10.3TBMMN.C1, Relator: ALICE SANTOS; acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11.07.2013, com o processo n.º 82/12.2YQSTR.E1, Relator: JOÃO GOMES DE SOUSA, todos disponíveis em dgsi.pt.

¹⁶⁸ Não obstante as soluções normativas convergentes entre o direito da concorrência nacional e o direito da concorrência da União, impõe-se perceber se a prática abusiva prosseguida foi suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros da União Europeia.

¹⁶⁹ Nos termos do disposto no artigo 2.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência, a mesmo é aplicável às práticas restritivas (entre as quais, o abuso de posição



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

dominante) “que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos”.

- ¹⁷⁰ Este critério decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (conferir [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-56/64 e C-58/64 \(apensos\), ECLI:EU:C:1966:41](#) e [acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-6/73 e C-7/73, ECLI:EU:C:1974:18, §31 a §35](#)) e bem assim da comunicação da Comissão Europeia (2004/C 101/07): “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 101.º e 102.º do Tratado” (publicado no Jornal Oficial C 101, de 27/04/2004, pp. 0081-0096).
- ¹⁷¹ E incorpora três noções distintas, mas concorrentes para a aferição do critério: (i) comércio entre os Estados-Membros; (ii) suscetível de afetação; (iii) de forma sensível.
- ¹⁷² Seguindo a anotação de José Luís da Cruz Vilaça e José Luís Caramelo Gomes – conferir Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina 2013, p. 29 – “o conceito de comércio entre os Estados-Membros recobre toda e qualquer atividade económica transfronteiriça, bem como as situações em que os acordos ou práticas afetam a estrutura concorrencial do mercado na União”; a suscetibilidade de afetação “implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente (...) que o acordo ou a prática pode ter uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros, dificultando a realização do mercado interno”; de modo a ser uma afetação sensível, deve tal impacto “ser apreciado em função de circunstâncias tais como a natureza do acordo ou prática, o tipo de produtos abrangidos, o volume de negócios e a posição de mercado das empresas em causa”.
- ¹⁷³ Por seu turno, constitui jurisprudência assente que as práticas que abrangem a totalidade do território de um Estado-Membro possuem, *ipso facto*, o efeito de provocar a segmentação dos mercados numa base nacional, dificultando a entrada



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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 novos concorrentes, assim prejudicando os objetivos comuns prosseguidos pelos Tratados, designadamente o mercado livre.

¹⁷⁴ No caso em apreço, retira-se um conjunto de factos concorrentes para concluir pela afetação do comércio entre os Estados-Membros, nomeadamente: (i) a conduta da Arguida afetou todo o mercado de Portugal Continental da banda de regulação secundária; (ii) o mercado grossista está integrado a nível ibérico por via do MIBEL; (iii) a degradação da qualidade de banda (sem prejuízo do início da conduta em outubro de 2009) potencia a afetação do equilíbrio dos sistemas elétricos, especialmente espanhol; (iv) consabidamente os concorrentes da EDP (ENDESA e IBERDROLA) desenvolvem a sua atividade económica também noutros mercados da União; (v) a própria Arguida desenvolve a sua atividade económica noutros mercados do espaço europeu, pelo que a prática aqui prosseguida representa, potencialmente – ademais incrementada pela compensação CMEC – uma fonte de vantagens capaz de afetar o comércio nesses outros mercados europeus.

¹⁷⁵ Deve, pois, concluir-se pela afetação do comércio entre os Estados-Membros.

¹⁷⁶ Por fim, e pese embora o juízo seja já antecipado, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão não antevê qualquer necessidade de recurso ao reenvio prejudicial.

¹⁷⁷ Como se explicita em acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (secção da PICRS)– datado de 06.04.2021, com o processo n.º 322/17.1YUSTR.L1, Relator: ANA PESSOA (ainda inédito): “desde o Acórdão “Cilfit” [[acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, §21](#)], que identificou a relevância da teoria do ato claro, que o TJ vem admitindo, de forma consistente, a dispensa do dever de suscitar a questão prejudicial por insusceptibilidade de recurso em determinadas situações, a saber: 1.^a) quando a questão de direito da União Europeia suscitada for impertinente ou



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

desnecessária para a resolução do litígio concreto; 2.^a) quando o TJUE já se tenha pronunciado, de forma firme, sobre a questão a reenviar em caso análogo, em sede de reenvio ou outro meio processual, atento o efeito *erga omnes* das suas decisões; 3.^a) quando o tribunal nacional considere que as normas da União Europeia aplicáveis não suscitam dúvidas interpretativas ou são suficientemente claras e determinadas, aptas para serem aplicadas imediatamente, sendo que a clareza das normas aplicáveis deve resultar da sua interpretação teleológica e sistemática e da referência ao contexto histórico, social e económico em que foram adotadas”.

¹⁷⁸ Antes do mais, importa clarificar: não obstante o reenvio prejudicial só se afigure obrigatório em face da insusceptibilidade de recurso, o Tribunal irá debruçar-se da pertinência ou interesse do mesmo no caso em concreto.

¹⁷⁹ Visto o disposto no artigo 267.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, concebe-se que a cooperação entre instâncias jurisdicionais só tem cabimento quanto à interpretação ou validade de normas ou atos da União, conquanto quem decide é o tribunal nacional, razão pela qual o Tribunal de Justiça da União Europeia não responde a factos nem elabora juízos sobre factos.

¹⁸⁰ Alumiado o caminho quanto ao conceito de abuso de exploração, da sua receção no direito da União e da possibilidade de integração de práticas abusivas congéneres no âmbito da alínea b), do 2.º parágrafo, do artigo 102.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, importa realçar, conforme julgámos demonstrar, que os vários contextos hermenêuticos foram devidamente explanados e sopesados, não sobrevindo, assim, dúvida interpretativa ou falta de clareza quanto ao normativo do Tratado de Funcionamento da União Europeia aplicável.

¹⁸¹ No que respeita às questões relacionadas com a justificação objetiva nos abusos de exploração (pese embora fosse mais premente a propósito de uma defesa por



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

ganhos de eficiência) e respetivo ónus de prova, decorre com nitidez que a questão, ainda que em tese pudesse oferecer relevância, o que não parece acontecer em função da extensa jurisprudência europeia sobre a matéria e da ressalva contida no Regulamento n.º 1/2003 já citadas, certo é que perde qualquer acuidade, quando considerados os factos provados, fazendo perigar o reenvio para a mera questão hipotética, e por isso inadmissível.

¹⁸² Em face do exposto, olhando a matéria de facto que resultou provada, e verificados que estão os elementos objetivo e subjetivo do tipo e não havendo quaisquer causas que excluam a ilicitude ou a culpa, forçoso se torna concluir que EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA incorreu na prática, sob a forma dolosa (dolo direto), da contraordenação, prevista e punida pelo artigo 68.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regime Jurídico da Concorrência, por violação do disposto no artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), do Regime Jurídico da Concorrência e, cumulativamente, pelo artigo 102.º, 1.º e 2.º parágrafo, alínea b), do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

§6

¹⁸³ Os critérios a observar para a **determinação do valor concreto da coima** são, nos termos do disposto no artigo 18.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas: a gravidade da contraordenação, a culpa do agente, a situação económica da arguida e o benefício económico retirado da contraordenação. Importa ainda considerar o bem ou interesse jurídico violado, o prejuízo causado com a prática da contraordenação e a própria imputação subjetiva da infração ou infrações. Importa ainda considerar os critérios previstos no disposto no artigo 69.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Concorrência, os quais se decompõem em: (i) gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional; (ii) natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; (iii) duração da infração; (iv) grau 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

Recurso (Contraordenação)

participação do visado pelo processo na infração; (v) vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas; (vi) 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; (vii) situação económica do visado pelo processo; (viii) antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência; (ix) colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

¹⁸⁴ O abuso de posição dominante é punido como contraordenação, atribuindo-se-lhe uma coima que não pode exceder dez por cento do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade da Concorrência, pelo que a coima não pode ultrapassar o montante de €153.155.812,00 – conferir artigo 69.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência.

¹⁸⁵ A Arguida impetra pela inconstitucionalidade material do sobredito artigo pela violação da Constituição da República Portuguesa, quer no que tange com o princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade, da igualdade, da reserva de lei formal e da separação de poderes.

¹⁸⁶ Vejamos. Em retas contas, está em causa a excessiva amplitude da moldura sancionatória.

¹⁸⁷ Já por diversas vezes, o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre esta matéria, e fê-lo sempre de forma perfeitamente unívoca: não se observa qualquer violação do princípio da legalidade ou proporcionalidade, radicado quer no intervalo da coima, quer no limite máximo da mesma, considerada a determinabilidade da coima, perfeitamente situada entre um limite mínimo e um limite máximo, adequado às



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

especificidades das previsões normativas que visa tutelar e como “tributo justificado do princípio da legalidade ao princípio da culpa” – conferir, por todos, acórdão do Tribunal Constitucional n.º 78/2013, de 31.01.2013, disponível eletronicamente em tribunalconstitucional.pt, Relator: JOÃO CURA MARIANO.

188 A propósito desta mesma norma, o Tribunal da Relação de Lisboa – conferir [datado de 11.03.2015, com o processo n.º 204/13.6YUSTR.L1, Relator: CARLOS ALMEIDA, pp. 207/8, ponto 15, disponível eletronicamente em \[dgsi.pt\]\(http://dgsi.pt\)](#) – firmou o seguinte entendimento: “Embora, a nosso ver, seja legítimo discutir se o valor de referência escolhido pelo legislador para a fixação do limite máximo da coima (volume de negócios) é o mais justo e adequado, discussão que extravasa o domínio do controlo da conformidade constitucional das normas, entendemos que a sua escolha não consubstancia qualquer violação do princípio da igualdade uma vez que se trata de um elemento que reflete a dimensão e a situação económica do agente, não existindo nisso qualquer arbitrariedade. Tendo em conta a natureza do bem jurídico protegido pelo tipo legal, que visa assegurar o cumprimento de uma das incumbências prioritárias do Estado em matéria económica – alínea f) do artigo 81.º da Constituição –, a grande diversidade do estatuto económico dos agentes das infrações e a necessidade de garantir que as sanções, para além de se adequarem ao grau de culpa, satisfaçam plenamente as necessidades preventivas que no caso se verificam, não vemos que o estabelecimento de um limite máximo da coima tão elevado ofenda qualquer dos corolários do princípio da legalidade e do princípio da tipicidade que dele decorre. É por isso que, na linha dos acórdãos n.ºs 574/95 e 41/2004, entendemos que o estabelecimento daquela moldura da coima não viola qualquer princípio ou norma constitucional, conclusão que, tendo como objeto a norma de 2012, é também a de Figueiredo 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

Recurso (Contraordenação)

- ¹⁸⁹ Não se vislumbrando qualquer inconstitucionalidade, e não parecendo que o tema mereça mais extensas considerações, importa prosseguir no plano da determinação da coima.
- ¹⁹⁰ O bem jurídico tutelado, neste tipo de ilícitos, avulta da incumbência prioritária do Estado em “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 posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral” (conferir artigo 81.º, alínea f), da Constituição da República Portuguesa), aqui incrementado pela verificação da suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros, razão pela qual a juntar às razões de natureza constitucional de âmbito nacional, teremos razões derivadas da plena integração no espaço da União Europeia e conseqüente primado.
- ¹⁹¹ Ponderadas todas as circunstâncias que concorrem para a gravidade da infração, o Tribunal considera que a mesma só pode ser considerada de elevada, porque se consubstanciou num abuso de exploração, gizado e engendrado pela Arguida, aproveitando a seu favor falhas regulatórias no mercado que antecipadamente conhecia, com conseqüências diretas, e muito significativas, nos consumidores finais. Acresce que os consumidores finais são potencialmente o universo da população portuguesa, visto o fornecimento de eletricidade constituir um bem de primeira necessidade, a que todos necessitam recorrer.
- ¹⁹² Além do mais, deve ser realçado que a prática dolosa abrangeu todo o território nacional com afetação do comércio entre os Estados-Membros, perdurou durante mais de quatro anos, só foi cessada por intervenção legislativa (Despacho n.º 4694/2014), e importou um prejuízo para os consumidores, computados o aumento de preços e compensação CMEC, a oscilar entre 205,60 ME e 320,70 ME, tendo tal



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

verba que sofrer uma redução em função de ter ficado provado que a conduta, de forma conseqüente, só se iniciou a outubro de 2009, quando os cálculos remontam a janeiro de 2009.

- ¹⁹³ A culpa do agente é igualmente elevada, em face da situação de quase monopólio em que estava investida a EDP e a especial responsabilidade que lhe cabia, ademais explorando falhas regulatórias a seu favor, bem sabendo das conseqüências que potenciava nos consumidores finais.
- ¹⁹⁴ Quanto às razões de natureza preventiva, as mesmas adquirem especial premência, designadamente as de natureza geral, como intuitivamente se percebe. Dado que a Arguida não tem antecedentes contraordenacionais, tal circunstância haverá de representar uma atenuação na graduação da coima.
- ¹⁹⁵ A situação financeira e patrimonial não pode ser dissociada na integração do grupo EDP. Mas, seja como for, importa ter presente e ser devidamente ponderado que a Arguida obteve resultados negativos, ainda que não muito expressivos face ao volume de negócios, no último exercício (2021).
- ¹⁹⁶ Dispõe o artigo 51.º, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas que quando a reduzida gravidade da infração e da culpa do agente o justifique, pode a entidade competente limitar-se a proferir uma admoestação. Não cremos que a admoestação satisfaça as necessidades requeridas pelo caso, tendo em conta que a gravidade do ilícito e da culpa não são reduzidas, assim se afastando por si só a possibilidade de aplicação de admoestação – conferir acórdão uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 6/2018, publicado no Diário da República, 1.ª série, número 219, de 14 de novembro de 2018.
- ¹⁹⁷ Lançando o olhar sobre as necessidades de prevenção, a gravidade do ilícito, bem como as conseqüências resultantes para os consumidores, não surpreenderia 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

Recurso (Contraordenação)

coima pudesse ser fixada mais perto da metade legal da moldura, do que propriamente no primeiro terço, como ocorre *in casu*.

- ¹⁹⁸ Porém, importa sopesar as reduzidas necessidades de intervenção ao nível da prevenção especial, a redução do período da infração relativamente ao que constava da decisão administrativa e o período económico conturbado que atualmente se vive e que afeta todo o tecido empresarial, ademais agravado por uma crise energética de contornos ainda indefinidos. Além do mais, bem compreendidos os aspetos peculiares da culpa no domínio do direito de mera ordenação social, sempre haverá de considerar-se como limite inultrapassável da medida da coima a medida da culpa.
- ¹⁹⁹ Tudo para concluir que a dosimetria da sanção adotada pela Autoridade da Concorrência se afigura totalmente consentânea com os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade que devem nortear a aplicação das coimas.
- ²⁰⁰ Do mesmo modo se infere, em face da caracterização já expendida sobre a gravidade da infração e culpa do infrator, que se mostra inteiramente adequado e proporcional a sanção acessória em que a Arguida foi condenada, em harmonia com o disposto no artigo 71.º, do Regime Jurídico da Concorrência.
- ²⁰¹ Destarte e considerado o antedito, afere-se como proporcional, adequada e justa a coima no valor de 48.000.000,00€ (quarenta e oito milhões de euros), pela prática de uma contraordenação, prevista e punida pelo artigo 68.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regime Jurídico da Concorrência, por violação do disposto no artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), do Regime Jurídico da Concorrência e artigo 102.º, 1.º e 2.º parágrafo, alínea b), do Tratado de Funcionamento da União Europeia, acrescida da sanção acessória, consubstanciada na publicação, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da presente sentença, de um extrato da mesma, nos termos e conforme a cópia que lhe será oportunamente comunicada pelo Tribunal da 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

Recurso (Contraordenação)

Regulação e Supervisão, na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional, também a determinar futuramente pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

§7

202 Em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, o **TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO** decide não provir o recurso e, declarando improcedentes as nulidades invocadas:

Condena EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA pela prática de uma contraordenação, prevista e punida pelo artigo 68.º, n.º 1, alíneas a) e b), do Regime Jurídico da Concorrência, por violação do disposto no artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea b), do Regime Jurídico da Concorrência e artigo 102.º, 1.º e 2.º parágrafo, alínea b), do Tratado de Funcionamento da União Europeia, na coima de 48.000.000,00€ (quarenta e oito milhões de euros).

Condena EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA na sanção acessória de publicação de um extrato da sentença na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional.

Condena EDP – GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, SA nas custas judiciais devidas, fixando a taxa de justiça em 5 UC – conferir artigo 93.º, n.º 3 e 4, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e artigo 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais.

*

Extraia certidão e dê conhecimento à ação de processo comum a correr termos sob o número 18/21.0YQSTR.

Notifique o Exmo. Senhor Assessor Técnico nomeado, a fim de apresentar nota de honorários.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 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)

Deposite, notifique e comunique a presente sentença à Autoridade da Concorrência e à Comissão Europeia.