



200460-10080840



Exmo(a). Senhor(a)

Av.ª de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

Processo: 5/15.7YQSTR-C.L1	Apelações em processo comum e especial (2013)	N/Referência: 10995662 Data: 25-11-2016
Extraída dos autos de Procedimento Cautelar (CPC2013), nº 10/15.3YQSTR-A do Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - 1º Juízo		
Recorrente: Citri Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais Sa e outro(s)...		
Requerido: Autoridade da Concorrência e outro(s)...		

Assunto: Acordão

Fica V. Ex.ª notificado, na qualidade de Mandatário, relativamente ao processo supra identificado, do acordão de que se junta cópia.

O Oficial de Justiça,

Sandra Cristina Saraiva de Araújo Peneda

Notas:

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



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

PROCESSO Nº 5.15.7YQSTR-C.L1

6ª Secção

ACORDAM NO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I - RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

Requerida:

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (doravante AdC), com sede na Avenida de Berna, n.º 19, 1050-037, Lisboa.

Contrainteressadas:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

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

EMPRESA GERAL DE FOMENTO, S.A., com sede na Rua Visconde de Seabra, 3, 2.º, 1700-421 Lisboa (doravante EGF),

ÁGUAS DE PORTUGAL, SGPS, S.A., com sede na Rua Visconde de Seabra, 3, 2.º, 1700- 421 Lisboa,

PARPÚBLICA, PARTICIPAÇÕES PÚBLICAS, SGSPS, S.A., com sede na Avenida Defensores de Chaves, 6, 6.º Piso, 1000-117 Faro,

ALGAR – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede na Rua Dr. Cândido Guerreiro, 43, 3.º F, 8000-318 Faro, NIPC 503 600 270;

AMARSUL – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede em Aterro Sanitário de Palmela, Pinhal das Formas, Quinta do Anjo, 2950-672 Palmela, NIPC 503 876 321,

ERSUC – RESÍDUOS SÓLIDOS DO CENTRO, S.A., com sede na Rua Alexandre Herculano, 21, 3000-019, Coimbra, NIPC 503 004 405;

RESIESTRELA – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede na Estrada de Peroviseu, Quinta das Areias – Apartado 1064; 6230-022 Fundão, NIPC 507 718 232,

RESINORTE – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, S.A., com sede em Condessoso, Apartado 27, 4890-166 Celorico de Basto, NIPC 509 143 059,

RESULIMA – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, S.A., com sede no Aterro Sanitário do Vale do Lima e Baixo Cávado, Apartado 11, 4936-908 Vila Nova de Anha, NIPC 509 143 059,

SULDOURO – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, S.A., com sede no Aterro Sanitário de Vila Nova de Gaia e Santa Maria da Feira, Rua Conde Barão, 4415-103 Sermonde, NIPC 503 693 812;

VALNOR – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS, S.A., com sede no Centro Integrado de Valorização e Tratamento de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Resíduos Sólidos de Avis/Fronteira – Herdade das Marrãs Figueira e Barros, 7480-325 Avis, NIPC 505 255 090,

VALORLIS – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A. com sede na Quinta do Banco, Parceiros, Leiria, 2416-902 Leiria, NIPC 503 811 866,

VALORMINHO – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, S.A., com sede no Lugar do Arraial, São Pedro da Torre, 4930-521 Valença, NIPC 503 796 328,

VALORSUL – VALORIZAÇÃO E TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS DAS REGIÕES DE LISBOA E DO OESTE, S.A., com sede na Plataforma Ribeirinha da CP, Estação de Mercadorias da Bobadela, 2961-801 São João da Talha, NIPC 503 295 779.

As requerentes pediram a suspensão de eficácia da decisão da AdC de não oposição à operação de concentração, decorrente da privatização da EGF, adjudicada à SUMA, que foi oficiosamente substituída, conforme despacho precedente, por uma providência cautelar com efeitos similares aos previstos no art. 40º/1, al a), do NRJC.

Alegam as requerentes que a decisão da AdC é manifestamente ilegal, nos termos e para os efeitos do art. 120º/1, al a), do CPTA, uma vez que: (i) incorre em manifesta falta de fundamentação por omissão de pronúncia sobre questões suscitadas pelas requerentes em sede de audiência prévia, violando os artigos 124.º e 125.º, ambos do Código do Procedimento Administrativo (CPA), aplicável *ex vi* artigo 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro; (ii) omite diligências de provas requeridas, sem decisão de indeferimento fundamentada, violando o artigo 104.º do CPA, aplicável *ex vi* artigo 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro; (iii) viola flagrantemente o artigo 41.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08.05.

Subsidiariamente, sustentam que se trata de uma providência cautelar conservatória e que, nos termos e para os efeitos do art. 120º/1, al b), do CPTA: (i) se verifica o *periculum in mora*, porquanto a operação de concentração irá causar a eliminação de mercados relevantes, encerramento das empresas que neles operam e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

despedimento de trabalhadores; (ii) e se mostra preenchido o requisito do *fumus non malus juris* com base nos fundamentos exarados no parágrafo precedente.

Sustentam, por fim, que a providência respeita o princípio da proporcionalidade, uma vez que o seu decretamento apenas irá prejudicar em SUMA. Em contrapartida, a operação de concentração tem um efeito restritivo da concorrência e afeta o princípio do poluidor pagador.

Oposição deduzida pela AdC2:

Para além das exceções dilatórias já decididas nos autos, a AdC pronunciou-se no sentido de improcedência do procedimento cautelar, por não estarem verificados os respetivos pressupostos legais, sustentando que a decisão de não oposição não padece de qualquer vício ou ilegalidade.

Mais defende que o interesse público da defesa das condições de concorrência cumpre-se através da efetiva manutenção da decisão de não oposição, uma vez que não existe nenhuma razão legal para manter a situação de incerteza gerada pelo culminar do procedimento “sem decisão”.

Oposição deduzida pela EGF e pela SUMA3:

Para além das exceções dilatórias já decididas nos autos, a EGF e a SUMA pronunciaram-se no sentido de improcedência do procedimento cautelar, por não estarem verificados os respetivos pressupostos legais, sustentando que a decisão de não oposição não padece de qualquer vício ou ilegalidade.

Mais defendem que os prejuízos causados pelo decretamento da providência convalidada são, proporcionalmente, muito superiores aos que foram alegados pelos requerentes, pelo que deverá ser recusada nos termos do art. 120º/2, do CPTA.

Oposição deduzida pela AdP4:

Para além das exceções dilatórias já decididas nos autos, a AdP pronunciou-se no sentido de improcedência do procedimento cautelar, por não estarem verificados os



4

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

respetivos pressupostos legais, sustentando que a decisão de não oposição não padece de qualquer vício ou ilegalidade.

Mais defende que a ponderação a efetuar deverá levar a concluir que a providência cautelar convolada não pode ser decretada porque os danos que resultaria da sua concessão seriam muito superiores àqueles que resultariam da recusa.

Foi proferida sentença que julgou improcedente o pedido de suspensão de eficácia da decisão da AdC proferida no âmbito do processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF, de não oposição à operação de concentração referente à aquisição pela SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A. (SUMA) do controlo exclusivo sobre a EGF – Empresa Geral do Fomento, S.A. (EGF), absolvendo a requerida e as contrainteressadas do pedido.

Recorrem as Requerentes tendo, no essencial, formulado as seguintes conclusões:

A. Sentença proferida padece de nulidade porquanto (i) invoca fundamentos que estão em oposição com a conclusão e decisão proferidas (art. 615.º/1/c), do CPC), (ii) não se pronuncia sobre questões que identifica e cuja apreciação era devida (art. 615.º/1/d), do CPC) e (iii) decide com manifesta falta de fundamentação;

C. A Sentença recorrida incorre, igualmente, em (iv) manifesto erro de julgamento quanto ao alcance e extensão da análise dos requisitos de decretamento das providências cautelares e é infundada quanto à sua não verificação;

D. A sentença incorre e padece de nulidade por contradição entre os fundamentos que invoca e os factos que deu como provados e a decisão que profere (art. 615.º/1/c), do CPC) a propósito do tema relacionado com a produção do biogás e com a subsidiação energética, ao concluir simplesmente que *“se os pressupostos de facto aí considerados estão errados, é matéria que não contende com a compreensibilidade da decisão”*;

H. A sentença incorre e padece de nulidade por omissão de pronúncia nos termos e para os efeitos do disposto no art. 615.º/1/d), do CPC, porquanto o Tribunal *a quo*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

identifica um potencial vício e não o analisa, não verificando se a decisão da AdC incorre nesses mesmos vícios;

J. Sem prescindir das nulidades invocadas, a providência requerida deveria ter sido decretada, sem mais, ao abrigo do disposto no art. 120.º/1/a), do CPTA, em virtude das ilegalidades manifestas que a decisão da AdC padece relacionadas com:

a. A falta de fundamentação sobre as questões suscitadas pelas Requerentes em sede de audiência prévia, violando os arts. 124.º e 125.º, ambos do CPA, aplicável *ex vi* do disposto no art. 8.º e 9.º do DL 4/2015, de 7.01;

b. Omissão de diligências de prova requeridas, sem decisão de indeferimento fundamentada, violando o art. 104.º do CPA, aplicável *ex vi* do disposto nos arts. 8.º e 9.º do DL 4/2015, de 7.01;

c. Violação dos artigos 41.º e 53.º, ambos da LdC;

K. O Tribunal *a quo* incorreu em erro de julgamento em sede de apreciação da verificação do requisito consagrado no art. 120.º/1/a) do CPTA, que pode justificar, por si só, o decretamento da providência que tiver sido requerida:

K.1.) ao considerar que a decisão da AdC, na sua globalidade cumpre o dever de fundamentação, apesar da omissão de pronúncia sobre as questões suscitadas pelas Recorrentes em sede de audiência prévia, com manifesta violação dos arts. 124.º e 125.º, ambos do CPA;

K.2.) ao não considerar a decisão da AdC ilegal por omissão das diligências requeridas relativamente ao biogás, partindo do pressuposto que a AdC formou uma convicção sobre todos os factos relevantes para a apreciação da questão, ainda mais quando as diligências preteridas (por omissão) pela AdC afiguravam-se essenciais para seguir o *iter cognoscitivo* que levou à tomada da decisão, e constituíam factos relevantes para a apreciação da questão;

L. Ainda em sede de análise dos requisitos legais previstos no art. 120.º/1/a) do CPTA, a Sentença recorrida padece de nulidade, pois o Tribunal *a quo* não procedeu a todos os testes de juridicidade sobre a decisão da AdC, escudando-se em (i) conclusões genéricas sobre a atuação da AdC; (ii) fundamentação da sua posição também genérica e conclusiva; (iii) remissão para jurisprudência comunitária,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ignorando quer a jurisprudência nacional, quer a legislação nacional (v.g. DL 96/2014, de 25.06, Lei 379/93, de 5.11, DL 294/94);

M. A Sentença recorrida não efetuou uma análise sumária dos vícios, porquanto o Tribunal *a quo* se limitou a extrair conclusões genéricas acerca da controvérsia que os argumentos das Partes supostamente suscitam, ignorando a existência de potenciais outros vícios por ele identificados, o que inquina, por si só, a decisão *sub judice* de nulidade por omissão de pronúncia;

O. O Tribunal *a quo* incorre em erro de julgamento em sede de verificação dos requisitos consagrados no art. 120.º/1/b) do CPTA:

O.1) ao considerar que as Recorrentes pretendem sindicar o modelo de privatização, quando o que está em causa é a decisão da AdC à qual as Recorrentes imputam concretas ilegalidades e demonstram fundamentadamente as consequências;

O.2) ao considerar irrelevante a mudança de sistema para os efeitos jusconcorrenciais, uma vez que não se trata apenas de uma mera substituição de titulares.

O.4.) ao não analisar a questão da “subsidição energética” como devia, em especial quanto ao facto de existir um desvio de tarifário para financiamento de tarifário dos sistemas multimunicipais;

O.5.) ao considerar que a decisão da AdC não padece de nenhum erro de facto, nem nenhum erro manifesto de apreciação dos “efeitos horizontais da operação de concentração relativamente aos mercados em relação aos quais identificou uma sobreposição horizontal (...)”;

O.6) quanto à capacidade do regulador não ser capaz de exercer as suas funções de controlo, na medida em que é a própria ERSAR que admite que não regula diretamente o mercado de prestação de serviços;

P. O Tribunal *a quo* incorre em manifesta contradição porquanto, em sede da análise do mercado de prestação de serviços de gestão de RNU “*em alta*”, num primeiro momento conclui que a posição da AdC não merece reparos nem enferma de erro evidente, dando, depois, por verificado que a SUMA está presente nesse mercado, e



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que o poder de mercado da EGF deve ser conjugado com o poder de mercado que a SUMA detém;

Q. O que sucede também relativamente às vantagens que a SUMA/EGF dispõem, considerando o Tribunal que tais argumentos não são convincentes e que as alegações das Recorrentes, são essencialmente conclusivas;

R. Quanto à utilização de fundos e subsídios públicos e sobre a necessária e consequente distorção da concorrência que advém, entre o mais, por estarem em causa infraestruturas financiadas por dinheiros públicos:

- a fundamentação da sentença baseia-se numa presunção – que o valor de mercado dessas infraestruturas e equipamentos foi levado em consideração no processo de privatização –, o que é inadmissível especialmente quando esta é incorreta;

- a sentença padece de falta de fundamentação ao analisar a possível alteração das infraestruturas de receção para afetação da concorrência “*em baixa*”, sem que fundamente ou explique porque é que considera que a análise efetuada pela AdC não merece reparos;

S. Quanto ao preenchimento do requisito do *periculum in mora*, o Tribunal *a quo* também incorre em erro de julgamento, pois devia ter dado por verificado a existência do *periculum in mora* atendendo a que não ficou manifestamente demonstrada a impossibilidade de ocorrência de prejuízos para os interesses que as Recorrentes visam proteger – antes pelo contrário;

T. É que, se hoje se verifica algum facto consumado – e verifica-se – tal circunstância deve-se, pura e simplesmente, à falta de atuação do Tribunal *a quo*, como seja a autorização concedida pelo Secretário de Estado do Ambiente a 22.03.2016 para a continuidade do exercício pelas concessionárias da EGF das atividades qualificadas como “*complementares*” ou “*acessórias/outras actividades*” desde 1 de Abril de 2016 até à data de decisão final do Concedente, a ser sustentada em pareceres ainda não emitidos e a solicitar à ERSAR e à AdC.

U. Forçoso é concluir que a sentença recorrida padece de dois fulcrais vícios que inquinam todo o raciocínio do Tribunal, quais sejam (i) considerar a decisão de não oposição da AdC – e os pressupostos em que a mesma assenta – como certa,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

inabalável, fundamentada e inquestionável, não fazendo uma análise cabal das afirmações e conclusões tecidas, nem tão pouco procedeu aos testes de juridicidade como lhe competia; e (ii) proceder ao exame da verificação dos requisitos de que depende a concessão da providência requerida como se de uma ação principal se tratasse, quando o que se exige, em sede cautelar, é tão somente uma análise perfunctória dos factos e pressupostos legalmente exigidos;

V. À luz de tudo quanto se expôs, alegou e provou nos presentes autos, devia o Tribunal *a quo* ter deferido a providência requerida – ou ao abrigo da alínea a), ou ao abrigo da alínea b) – ambas do n.º 1 do art. 120.º do CPTA e por assim não se ter entendido, a decisão proferida pelo Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão incorre em erro de julgamento e violação de lei, em concreto dos art. 112.º/1 e art. 120.º/1/a) e b), ambos do CPTA, na medida em que a correta interpretação e aplicação dos aludidos normativos impunha necessariamente solução diversa, em conformidade com o sustentado nas presentes Alegações;

Termos em que, deverá ser dado provimento ao presente recurso jurisdicional, revogando-se a decisão recorrida, com todas as legais consequências e decidindo-se diretamente o objeto da causa em sede de recurso, concedendo-se a providência requerida, nos termos do disposto nos arts 149.º e segs do CPTA.

Contra-alegaram a Requerida e contrainteressadas, tendo, no essencial pugnado pela manutenção da sentença.

A Recorrida SUMA e EGF vieram, em recurso subordinado arguir a Incompetência absoluta do tribunal e a nulidade da sentença por violação do princípio do dispositivo e do pedido, **considerando que o** Tribunal *a quo* convolou oficiosamente a providência cautelar requerida pelas Recorrentes de suspensão da Decisão da AdC numa providência cautelar com os efeitos similares àqueles que estão previstos na alínea a) do n.º 4 do artigo 40º da Lei da Concorrência

Corridos os Vistos legais,

Cumpre apreciar e decidir.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O objeto do recurso é delimitado pelas conclusões das alegações da recorrente como, aliás, dispõem os arts. 635.º, n.º 2 e 639.º 1 e 2 do C. P. Civil, sem prejuízo do disposto no art. 608.º, n.º 2 do C. P. Civil (questões cujo conhecimento fique prejudicado pela solução dada a outras e questões de conhecimento oficioso).

As questões a apreciar, são:

- a) da incompetência absoluta do tribunal
- b) da nulidade da sentença por violação do princípio do dispositivo
- c) da nulidade da sentença nos termos do art. 615º do CPC
- d) da verificação dos requisitos a que alude o art. 120º/1, al a), do CPTA;
- e) da verificação dos requisitos a que alude o art. 120º/1, al b), do CPTA, designadamente *periculum in mora e non fumus malus*;

II - FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

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

2) Na sequência de um processo de nacionalização, ocorrido no passado, a EGF passou a ser 100% detida por capital público – artigo 2º do RI.

3) Em 2014, foi aprovado o seu processo de privatização, com a publicação do Decreto-Lei nº 45/2014, de 20 de março, definindo, no seu artigo 2.º, o processo adotado: a alienação de 100% do seu capital através de concurso público – artigo 3º do RI.

4) Como resultado do respetivo procedimento, e por Resolução do Conselho de Ministros nº 55-B/2014, de 19 de setembro, foi anunciada, como “vencedora” do procedimento, a empresa SUMA – artigo 4º do RI.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5) A operação de concentração em causa foi notificada à AdC, tendo dado origem ao processo de concentração CCent. 37/2014 – resposta ao artigo 5º do RI.

6) As requerentes no âmbito do processo de concentração (CCent. 37/2014) constituíram-se como “terceiros interessados” tendo, para o efeito, apresentado requerimento de admissão como contrainteressados (a 28 de novembro de 2014) e observações nessa qualidade (a 3 de dezembro de 2014) juntos a fls. 53 a 217 e cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido – artigo 6º do RI.

7) A 17 de março de 2015, a AdC adotou uma decisão de passagem a investigação aprofundada cuja cópia se mostra junta a fls. 230 a 310 e cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido – artigo 7º do RI.

8) Na sequência desta decisão, a AdC promoveu uma investigação aprofundada à operação de concentração – resposta ao artigo 8º do RI.

9) As requerentes tiveram oportunidade de se pronunciar sobre o projeto de decisão de não oposição à concentração, cuja cópia se mostra junta a fls. 314 a 341 e cujo teor se dá aqui integralmente reproduzido – artigos 9º e 59º a 63º do RI.

10) Decorrida a investigação aprofundada, a AdC, em 23 de julho do corrente ano, proferiu decisão de não oposição à operação de concentração (doravante “Decisão da AdC”) decorrente da privatização da EGF, adjudicada à SUMA, por entender que a mesma *“não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva nos mercados relevantes identificados”*, cuja cópia consta a fls. e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido – artigo 10º do RI e todos os artigos do RI que se reportam ao conteúdo desta decisão.

11) Na decisão de não oposição, a AdC identificou os seguintes mercados relevantes (cfr. ponto 59 e ss): i) os mercados da prestação de serviços regulados de gestão de resíduos urbanos (RU) de responsabilidade municipal (“em alta”¹), constituindo cada zona de exclusividade um mercado distinto; ii) os mercados da prestação de serviços de gestão de RNU (“em alta”), nas zonas de influência do Litoral-Norte, Centro e Centro-Sul de Portugal Continental; iii) o mercado da

¹ Serviços “em alta” são as atividades de triagem, tratamento e de valorização ou eliminação dos resíduos – cfr. ponto 50 da decisão da AdC.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (“em baixa”) no território de Portugal Continental; o mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RNU (“em baixa”), no território de Portugal Continental; v) o mercado nacional da produção de energia elétrica; e vi) o mercado da distribuição de Gás Natural Comprimido para Veículos, cujo âmbito geográfico é deixado em aberto – artigos 12º e 148º ambos do RI.

12) Os resíduos sólidos urbanos (RSU) e os resíduos não urbanos (RNU) são materialmente iguais, com a mesma forma de gestão, de valorização e de eliminação – artigos 19º, 20º, 22º e 32º ambos do RI.

13) Os sistemas multimunicipais estão aptos a receber os RNU, usando, para o efeito, os mesmos equipamentos e infraestruturas – artigo 33º do RI.

14) A EGF é concessionária de 11 sistemas multimunicipais, gerindo neles 60% dos RSU nacionais, gozando do uso exclusivo dos sistemas e do monopólio da gestão dos RSU – artigo 34º do RI.

15) Antes da operação de privatização a EGF podia operar na gestão de RNU – resposta ao segmento final do artigo 34º do RI.

16) Situação que se verifica e tem sido prática, sendo que no caso da Valorsul os RIB e os RNU atingem c.d. 25% dos resíduos geridos – artigo 35º do RI.

17) Os equipamentos e infraestruturas afetos à concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e recolha seletiva de resíduos urbanos, que incluem as estações de transferência, os ecocentros, as centrais de processamento, a triagem, a valorização e os respetivos acessos, os aterros, os ecopontos, os meios de transporte de resíduos, máquinas, veículos, aparelhagem e respetivos acessórios, foram construídos com dinheiro público – artigos 49º e 50º do RI.

18) A participação dos Municípios no capital social das participadas, tituladas pela EGF, é minoritária – artigo 69º do RI.

19) O fator preço tende a constituir, cada vez mais, o fator preponderante para a atribuição dos contratos de recolha e transporte de RSU – resposta ao artigo 70º do RI, segunda parte – cfr. pontos 239 e 629 a 633.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

20) No caso da unidade de valorização instalada no aterro de Vila Real, integrado na concessão da Resinorte, o equipamento utilizado na produção de energia elétrica a partir de biogás é detido por terceiro – resposta ao artigo 74º do RI, em conjugação com o artigo 104º da oposição da SUMA e EGF e nota de rodapé 16.

21) A receita decorrente da produção de energia corresponde a 30% da receita da EGF – artigo 75º do RI.

22) As requerentes, no âmbito da sua audição prévia, apresentaram um requerimento em 30 de junho de 2015, cuja cópia consta a fls. 6757 dos anexos (anexo 16), dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor – resposta aos artigos 94º a 101º, 103º, 120º a 128º

23) Nesse requerimento apresentaram incorreções ao projeto de decisão, concretamente: *“Ponto 6: a SUMA, no sector dos Resíduos Urbanos (RU) e para além das actividades de limpeza urbana e recolha, participa também em sociedade cujo objecto social inclui o tratamento e eliminação de RU. São exemplos as suas participações no capital social das empresas responsáveis pelos sistemas ERSUC, Ecoleziria e Ambilital e respectivamente com uma participação de 5,982% e 49%. Pelo que também neste campo do tratamento e eliminação de RU se verificará uma inequívoca concentração neste operador. Pontos 11 a 13: No capital social de cada uma das 11 empresas concessionárias somente participam a EGF e os municípios. Na realidade a SUMA tem já uma participação no capital social de uma das empresas concessionárias, a ERSUC (Resíduos Sólidos do Centro S.A. – Sistema Multimunicipal do Litoral Centro)”*; *“O Grupo de Empresas ressalva ainda que, apesar de ser, em teoria, um mercado onde qualquer empresa de transporte pode atuar (Ponto 158), na prática, são as empresas locais do sector que atuam neste mercado, muitas vezes em concorrência “desigual” com os municípios e em incumprimento legal, por serem recolhidos em baixa resíduos classificados como não urbanos (e faturados como tal ao cliente/produtor, que paga pela recolha e entrega em destino final licenciado, transferindo assim a sua responsabilidade) e, depois entregues na alta como resíduos urbanos (de forma a reduzir nos custos). Acresce que, independentemente de existirem sempre “inúmeras alternativas de empresas em*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

baixa com capacidade para o transporte de resíduos até às instalações de tratamento em alta (Ponto 159), as mesmas empresas nunca terão a mesma capacidade nem os mesmos custos que já se evidenciou (...). Por último, o Grupo de Empresas não concorda com a ausência de alterações na estrutura indicada no ponto 160 nem com a homogeneidade indicada no ponto 161, por serem claras as vantagens locais e dominância regional dos operadores instalados nessas regiões” – artigo 78º e resposta ao artigo 115º ambos do RI.

24) Referiram ainda a propósito do projeto de decisão, entre o mais, o seguinte: *“as suas conclusões têm por base, para além dos pressupostos que não se verificam (clara separação entre RU e RNU; um controlo que não existe e um papel de equilíbrio dos municípios que não têm), a inexistência das mudanças que decorrem da passagem de uma situação de monopólio público, para a situação de monopólio privado” – artigo 104º do RI.*

25) Mais pediram as requerentes que fossem solicitadas cópias dos contratos, incluindo os respetivos anexos, celebrados entre as empresas participadas da EGF e os produtores de biogás, bem como que se solicitasse aos municípios para indicarem se alguma vez intervieram de forma decisiva na determinação dos tarifários a pagar e/ou se pronunciaram sobre que mecanismos de controlo têm sobre os desvios ao princípio do produtor pagador – artigos 80º e 141º ambos do RI.

26) Sobre tais pedidos, a AdC pronunciou-se, na decisão de não oposição, nos seguintes termos: *“849. Quanto à primeira, “Solicitar cópias dos contratos incluindo respetivos anexos celebrados entre as empresas participadas da EGF e os produtores de biogás”, a AdC não entende o alcance do requerido, na medida em que é a própria EGF que efetua o aproveitamento do biogás que resulta da decomposição dos resíduos orgânicos nas suas próprias instalações para produção de energia elétrica (valorização energética). 850. Quanto à segunda, “Solicitar aos municípios para indicarem se alguma vez intervieram de forma decisiva na determinação dos tarifários a pagar e se pronunciarem sobre que mecanismos de controlo têm sobre os desvios ao princípio do poluidor-pagador”, a AdC entende o seguinte. 851. Relativamente à determinação dos tarifários, os municípios já tiveram oportunidade*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

de se pronunciar ao longo do procedimento, em particular no âmbito da temática da sua (in)capacidade para monitorizar/influenciar o comportamento das concessionárias de que são acionistas. 852. Já no que se refere ao princípio do poluidor-pagador, entende a AdC que esta matéria não cabe no âmbito das suas atribuições e competências. 853. Em face do exposto, a AdC considera não ser necessária a realização de qualquer diligência complementar” – resposta aos artigos 142º e 144º do RI.

27) A SUMA está presente no mercado de RNU “em alta” através das subsidiárias TRIU S.A. e Correia & Correia, Lda – artigo 163º do RI.

28) A ERSAR, ouvida no âmbito da investigação aprofundada pela AdC, lembrou que “*sem prejuízo de não regular directamente o mercado de prestação de serviços (...) não deixa de notar que poderá ser relevante ter em conta o efeito de concentração das entidades reguladas com os prestadores desses serviços (do grupo SUMA) na medida em que a notificante pode ser simultaneamente accionista da entidade gestora do sistema multimunicipal e fornecedora do município utilizador do mesmo, que, por sua vez, é acionista e cliente dos sistemas” – artigo 233º do RI.*

29) E acrescenta no que à produção de energia diz respeito: “*a produção de energia elétrica, a partir da incineração dos resíduos urbanos, ou do biogás produzido nos aterros e nas unidades de digestão anaeróbica, não se afigura como uma atividade relacionada, construindo antes objetos da concessão e, nessa medida, deverá ser considerada atividade principal” fazendo notar que “a receita obtida com a venda de energia elétrica não assume uma relevância resíduos, constituindo mesmo, em certa empresas com a Suldouro ou a Valorsul um valor correspondente a cerca de metade dos gastos totais das empresas” – artigo 234º do RI.*

30) O anúncio, publicado no âmbito do POSEUR (*Operational Programme for Sustainability and Efficient Use of Resources*), cuja cópia consta a fls. 345 a 357, restringe o apoio financeiro à “*gestão de resíduos domésticos (incluindo medidas de minimização, triagem e reciclagem); gestão de resíduos domésticos (incluindo medidas de tratamento biológico mecânico, tratamento térmico, incineração e aterro sanitário)” – artigo 299º do RI.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

31) No que a este anúncio diz respeito, o prazo de candidaturas termina no final do ano em curso – artigo 300º do RI.

III - FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO

1. Da incompetência absoluta

Em contra-alegações veio a SUMA, S.A. e EGF, arguir a incompetência absoluta, em razão da hierarquia, já que as Recorrentes vieram interpor recurso jurisdicional para o Supremo Tribunal de Justiça e que o recurso não versa exclusivamente sobre matéria de direito, uma vez que nos pontos 38 a 40 das alegações são introduzidos factos. Nesta medida, o Tribunal competente, em razão da hierarquia, para o apreciar é o Tribunal da Relação de Lisboa.

Decidindo.

No entanto, e tal como consta no despacho que admitiu o recurso, pese embora, as Recorrentes tenham dirigido o recurso ao Supremo Tribunal de Justiça, essa irregularidade não consubstancia a excepção dilatória de incompetência material absoluta, uma vez que se considera que tais normas não são aplicáveis em fase de recurso, e também não é fundamento de rejeição do recurso (cfr. art. 641º/2, a contrario, do Código de Processo Civil ex vi art. 140º, do CPTA).

Impunha-se apenas a correcção de tal erro ordenando-se a remessa do recurso para o Tribunal competente, tal como foi ordenado.

Trata-se de um recurso de agravo, em conformidade com o art. 140º, do CPTA, na redação anterior ao DL nº 214-G/2015, de 02.10, com subida imediata, nos próprios autos do procedimento cautelar e com efeito devolutivo, tudo em conformidade com os arts. 147º/1, do CPTA, e 93º/4, da Lei nº 19/2012.

Improcede a arguida excepção de incompetência em razão da hierarquia, mantendo-se o decidido.

2. Da convolação da providência



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em recurso subordinado, vieram ainda a SUMA, S.A. e EGF alegar que o Tribunal *a quo* ao ter convolado oficiosamente a providência cautelar requerida pelas Recorrentes de suspensão da Decisão da AdC numa providência cautelar com os efeitos similares àqueles que estão previstos na alínea a) do n.º 4 do artigo 40.º da Lei da Concorrência, incorreu numa grave violação do princípio do dispositivo e do pedido.

Essa violação, por força da alínea e) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC, gera a nulidade da Sentença.

Defendem que os efeitos jurídicos da decisão da AdC se encontravam já esgotados e que, como tal, já não poderia a aludida decisão ser suspensa, devendo pois entender-se que a providência cautelar requerida era inútil e requereram que o Tribunal *a quo* declarasse verificada a exceção dilatória de falta de interesse em agir por parte das Recorrentes, absolvendo-se, consequentemente, as ora Recorridas da instância.

No seu despacho de 22 de fevereiro de 2016 o Tribunal entendeu que a providência cautelar requerida pelas Recorrentes se mostrava desadequada e que os seus interesses não encontravam guarida na providência solicitada. Apesar disso, considerou o Tribunal *a quo* que “uma providência cautelar com os efeitos similares àqueles que estão previstos no art. 40.º/4, al a), da LdC, seria, no caso, adequada a evitar a lesão dos interesses dos requerentes”.

Neste sentido, o Tribunal propôs, ao abrigo do n.º 3 do artigo 120.º do CPTA, a substituição da providência cautelar requerida pelas Recorrentes por uma providência cautelar com efeitos similares àqueles que estão previstos na alínea a) do n.º 4 do artigo 40.º da Lei da Concorrência, decidindo-se pela validade da convalidação da providência cautelar.

Discordam as Requeridas que entendem que a substituição da providência cautelar não podia verificar-se.

Sem razão.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Sufragando o entendimento constante da decisão que admitiu a convolação, reproduz-se o seguinte segmento:

«Na verdade, considera-se que do art. 120º/3, do CPTA, resulta, em primeira linha e de forma imediata, um poder-dever de substituir a providência cautelar requerida por uma providência menos gravosa. Em segunda linha e de forma conjugada com o princípio da proteção plena da tutela cautelar, consagrado no art. 112º/1, do CPTA, considera-se que o preceito também admite a substituição de uma providência cautelar inadequada por uma providência adequada a evitar a lesão dos interesses definidos pelo requerente, desde que a mesma não seja excessiva ou na medida do estritamente necessário para acautelar esses interesses».

Com efeito, segundo o n.º 3 do artigo 120.º do CPTA as providências cautelares a adotar devem limitar-se ao necessário para evitar a lesão dos interesses defendidos pelo requerente, podendo o tribunal, ouvidas as partes, adoptar outra ou outras providências, em cumulação ou em substituição daquela ou daquelas que tenham sido concretamente requeridas, quando tal se revele adequado a evitar a lesão desses interesses e seja menos gravoso para os demais interesses, públicos ou privados, em presença».

Embora as Recorrentes discordem, afigura-se que, esta norma, ainda que contornos mais precisos, corresponde, no fundo, ao n.º 3 do art. 376 do CPC quando estabelece que “*o tribunal não está adstrito à providência cautelar concretamente requerida*”.

Ora, tal como no CPTA, também a norma do 376 n.º 3 do CPC não pretende acolher uma qualquer substituição discricionária da providência. Também aqui está em causa a substituição quando justificada, isto é, quando a providência cautelar requerida não for razoável, ou se for excessiva, ou se não for adequada aos fins em vista.

Trata-se pois de uma excepção ao princípio do dispositivo, com prevalência do princípio da oficiosidade, ou se quisermos, um mais vincado dever de gestão processual.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Daí que se conclua que a convolação da providência cautelar requerida por *uma providência cautelar com os efeitos similares àqueles que estão previstos no art.40.º/4 al a) da LdC* é legal, pelo que improcedem as conclusões do recurso das Requeridas.

3. Da nulidade da sentença

As Recorrentes vêm também arguir a nulidade da sentença, com fundamento no art. 615º als. b), c) e d), do CPC.

3.1. Da contradição entre os fundamentos e a decisão - alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC

Segundo as Recorrentes a sentença sofre de nulidade por contradição entre os fundamentos que invoca e a decisão que profere.

Tal contradição prender-se-ia com a temática de produção de biogás e com a subsidiação energética, e verificar-se-ia quando o Tribunal considerou que relativamente à fundamentação da Decisão da AdC “se os pressupostos de facto aí considerados estão errados, é matéria que não contende com a compreensibilidade da decisão”.

Segundo alegam “é manifesto que uma decisão que se funda em pressupostos de facto errados (...) é necessariamente incompreensível para quem (...) conhece os corretos pressupostos de facto”;

Mais uma vez, sem razão.

Nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC a “nulidade do acórdão por contradição entre os seus fundamentos de facto e de direito e decisão só ocorre quando os primeiros conduzirem logicamente ao resultado oposto à segunda”². Com efeito, a oposição entre os fundamentos e decisão, abrange apenas os casos em que ocorre um vício real no raciocínio do julgador: a fundamentação

² cfr. Acórdão do STJ, de 23 de Novembro de 2006, processo n.º 06B4007, disponível em www.dgsi.pt



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

aponta num sentido; a decisão segue o caminho oposto ou, pelo menos, direcção diferente.

Certamente não é o que ocorre no presente caso.

Com efeito, quando na sentença recorrida se afirma que se “os pressupostos de facto aí considerados estão errados, é matéria que não contende com a compreensibilidade da decisão”, tem que entender-se que o faz no contexto específico em que procura afastar a imputada falta de fundamentação da Decisão da AdC, não significando, que se tenha admitido que os pressupostos de facto considerados na Decisão da AdC estão errados.

Apenas significa que se considerou que, para efeitos de apreciar se um acto administrativo padece de falta de fundamentação, nos termos dos artigos 124.º e 125.º do CPA, é indiferente se essa fundamentação é ou não materialmente correta.

Ou sejam a Recorrente descontextualizou as afirmações que constam da sentença, de forma a retirar-lhes o sentido e o seu racional.

Improcede a nulidade da sentença recorrida por não se verificar o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC.

3.2. Da omissão de pronúncia - alínea d) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC

Alegam ainda que a sentença padece de nulidade por omissão de pronúncia nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC.

Defendem que o Tribunal não podia ter considerado que as incorreções da Decisão da AdC invocadas nos artigos 78.º a 81.º do Requerimento Inicial poderiam, apesar das Recorrentes não o alegarem, dar origem ao vício de erro quanto aos pressupostos de facto da Decisão da AdC; e não podia ter deixado de analisar se esse vício – erro quanto aos pressupostos de facto – determinava a invalidade da Decisão da AdC.

Vejamos.

Ao abrigo do artigo 615.º, n.º 1, alínea d) do CPC, vem-se entendendo que a nulidade do acórdão por omissão de pronúncia só acontece quando o acórdão deixa de decidir sobre alguma das questões suscitadas pelas partes.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



É pois pacífico que, nos termos da alínea d) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC:

- (i) Apenas se verificará omissão de pronúncia quando um tribunal se deixe de pronunciar sobre alguma questão que tenha sido suscitada pelas partes;
- (ii) Se verificará excesso de pronúncia quando um tribunal se pronuncie sobre questão que não seja de conhecimento oficioso.

Não foi alegado pelas aqui Recorrentes no seu Requerimento Inicial que a Decisão da AdC padecia do vício de erro quanto aos pressupostos de facto.

Ora, considerando que o vício de erro quanto aos pressupostos de facto de um acto administrativo apenas gera a sua anulabilidade (artigo 135.º do CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro e n.º 1 do artigo 163.º e do n.º 1 do artigo 168.º do CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro) existiria, até, excesso de pronúncia da sentença a quo, se o Tribunal tivesse apreciado esse vício, já que o mesmo não é de conhecimento oficioso.

E por isso bem andou a sentença recorrida ao não ter apreciado a questão.

E de todo o modo, como refere a sentença recorrida, a forma genérica e conclusiva como as Recorrentes invocaram as alegadas incorreções da Decisão da AdC não permitia ao Tribunal “aferir da efetiva suscetibilidade das mesmas influírem na decisão em causa”.

Destarte, improcede a arguida nulidade da sentença recorrida por não se verificar o disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC.

3.3. Da falta de fundamentação - alínea b) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC

Ainda no que tange às nulidades da sentença, alegam as Recorrentes a sentença padece do vício de falta de fundamentação.

Não assiste, uma vez mais, razão às Recorrentes.

Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC, “é nula a sentença quando não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

É pacífico o entendimento no sentido de que só a falta absoluta de motivação, e não a motivação meramente deficiente ou medíocre, conduz à referida nulidade, o que, aliás, nem sequer é o caso.

Por outro lado, a sentença apenas se encontrará ferida de nulidade quando a falta de fundamentação respeite aos fundamentos de facto e de direitos nos quais assente a decisão, e não apenas sobre a argumentação produzida pelas partes³.

A alegada *falta* de fundamentação da sentença recorrida é invocada, aliás, quando a sentença apreciava a falta de fundamentação da decisão da AdC, que a sentença analisa à luz dos artigos 124.º e 125.º do CPA, no sentido de que a fundamentação apresentada pela AdC, obedecia aos requisitos da suficiência, da clareza, da congruência e da contextualização das conclusões apresentadas.

Improcede também esta nulidade da sentença recorrida por não se verificar o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC.

4. Dos pressupostos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA

4.1. Alegam as Recorrentes que demonstraram, no pedido de decretamento da providência cautelar que a Decisão da AdC padece de ilegalidades manifestas que justificariam que a providência fosse decretada, sem mais, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA.

Com efeito, uma providência cautelar apenas poderá ser decretada ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA quando:

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

Os requisitos legais necessários para o decretamento de uma providência cautelar, no âmbito do CPTA, variam, havendo que distinguir duas hipóteses: (i) a

³ Acórdão do STJ de 5 de Maio de 2005, processo n.º 05B839, em www.dgsi.pt.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

existência de evidência da procedência da pretensão principal; (ii) e incerteza relativamente à existência da ilegalidade ou do direito do particular.

Na primeira hipótese, o decretamento da providência depende apenas do *fumus boni iuris*, por força do art. 120º/1, al a), do CPTA, tratando-se, contudo, de situações excecionais de manifesta ilegalidade do ato⁴.

Na segunda hipótese, há que efetuar uma nova distinção, desta feita entre providências conservatórias e providências antecipatórias. No que respeita às primeiras, a lei basta-se com um “juízo negativo de não-improbabilidade (*non fumus malus*) da procedência da ação principal”⁸ (art. 120º/1, al b), do CPTA). No que respeita às segundas, impõe-se um *fumus boni iuris*, menos exigente do que aquele que está previsto no art. 120º/1, al a), do CPTA, e que se traduz na probabilidade de que a pretensão formulada ou a formular na ação principal venha a ser julgada procedente (art. 120º/1, al c), do CPTA)

Ao abrigo desta disposição, a jurisprudência administrativa “tem-se orientado no sentido de que só existe evidência, para efeitos do disposto na alínea a) do n.º 1 deste artigo 120.º, em situações notórias ou patentes, em que a procedência da ação principal seja perceptível sem necessidade de elaborada indagação, quer de facto quer de direito”⁵.

A este propósito, refere o Acórdão do STA de 11 de Dezembro de 2007⁶, que, como decorre «da etimologia, só pode ser considerado evidente aquilo que se constata de maneira imediata e manifesta. Há uma diferença irreduzível entre captar imediatamente uma evidência e realizar uma demonstração tendente a captá-la, pois esta supõe o recurso a definições, divisões ou argumentações que possibilitem e suportem a captação de uma realidade que não era patente.

Portanto, a letra do dito art. 120º, n.º 1, al. a), sugere logo que o deferimento imediato do meio cautelar, aí previsto, há-de resultar de ilegalidades patentes e

⁴ Vieira de Andrade, A Justiça Administrativa, Lições, 2014, 13ª edição, Almedina, págs. 312 e 313.

⁵ ALMEIDA, Mário Aroso e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes - Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Almedina, 3.ª Edição revista, 2010, p.798.

⁶ Ac. STA de 11 de Dezembro de 2007 processo n.º 0210/07, em www.dgsi.pt.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

flagrantes, capazes de convencer primo conspectu, e sem necessidade de um laborioso discurso coadjuvante, da procedência da acção principal».

Este o âmbito de aplicação da alínea a) do n.º 1 do 120.º do CPTA.

4.2. No caso concreto, quanto à falta de fundamentação da decisão da AdC alegam as Requerentes/Recorrentes que a fundamentação da decisão proferida pela AdC não se pronunciou sobre questões suscitadas pelas mesmas em sede de audiência prévia, designadamente e em síntese as seguintes: (i) as implicações para a concorrência decorrentes da mudança de natureza da EGF, que passa de pública a privada; (ii) as incorreções do Projeto de decisão, assinaladas pelas requerentes, incorreções essas que interferem de forma significativa na ponderação que a apreciação da operação de concentração exige; (iii) e a não consideração do impacto da receita proveniente da produção de energia.

O vício invocado assenta no pressuposto implícito de que o cumprimento do dever de fundamentação da decisão da AdC pressupõe o dever de se pronunciar relativamente a todas as questões suscitadas pelos sujeitos admitidos a intervir no procedimento administrativo.

A sentença toma posição sobre esta questão, considerando que a decisão da AdC se encontra fundamentada.

Na verdade quanto aos parâmetros indispensáveis para cumprimento do dever de fundamentação de actos administrativos, vêm as Recorrentes referir-se ao modelo de privatização e às questões relativas à produção de biogás mas não explicam em que medida estas matérias poderiam relevar para contrariar a conclusão da AdC de que a aquisição da EGF pela SUMA não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste - afinal, o critério de apreciação de operações de concentração incluído no Artigo 41.º, n.os 3 e 4 da Lei da Concorrência.

E como faz notar a sentença recorrida, os parâmetros relevantes para aferir o cumprimento do dever de fundamentação das decisões administrativas prendem-se



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

com a suficiência da decisão em termos de compreensibilidade da motivação e do sentido da decisão tomada⁷.

Ou seja, o dever de fundamentação estará verificado se a motivação do acto administrativo for suficiente, clara, congruente e contextual, dando a conhecer a um destinatário normal (colocado na situação concreta do real destinatário e no contexto circunstancial que rodeou a prática do acto) as razões que levaram à prática do acto.

Conclui a sentença recorrida que o dever de fundamentação com tais contornos foi realizado pela AdC.

Ademais, resulta inclusivamente da jurisprudência da UE relativa ao controlo de operações de concentração que o dever de fundamentação de uma decisão de uma entidade administrativa consiste em exprimir formalmente as razões em que assenta essa decisão⁸.

Consequentemente, não existe erro de julgamento quanto a esta matéria, uma vez que a decisão não padece de violação dos artigos 124.º e 125.º do CPA, tendo em conta que o dever de fundamentação se cumpre com a explicitação dos motivos que conduziram à conclusão nela incluída, sem exigir a apreciação detida de fundamentos que não relevam para esta, como pretendem as Recorrentes.

E apesar de o cumprimento do dever de fundamentação não exigir que a autoridade administrativa tenha de esgotar todas as questões suscitadas pelas Recorrentes, na sua qualidade de contrainteressadas, o que é facto é que a AdC vem tomar posição expressa sobre as questões por estas suscitadas.

Assim, quanto à questão da manutenção de um monopólio em alta e todas as questões relacionadas com esta opção de política pública, a AdC refere que a decisão de privatizar a EGF, o modelo escolhido, e as demais questões conexas, são fatores exógenos, alheios à aquisição da EGF por parte da SUMA.

⁷ vide, neste sentido, o Acórdão do STA de 25 de julho de 2009, processo n.º 0308/08; Acórdão do STA de 04 de julho de 2002, no processo n.º 0616/02 e o Acórdão do STA de 11 julho de 2011, processo n.º 0656/11, www.dgsi.pt/jsta.

⁸ Cfr. Acórdão C-413/06 P, Bertelsmann AG e outros contra Comissão Europeia, in, <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Em suma, apesar das Recorrentes poderem não concordar com a exclusão destes elementos da análise “no plano do dever (formal) de fundamentação, a decisão permite aos destinatários perceber as razões pelas quais esses elementos não foram considerados” (Cfr. página 22 da Sentença recorrida).

E quanto às incorrecções a que as Recorrentes, mais uma vez aludem, não só não existem tais incorrecções, como inclusivamente são mencionadas na decisão, tal como a sentença recorrida realça, quando refere que as Recorrentes nada dizem quanto à relevância de tais supostas incorrecções para a decisão em crise.

4.3. No que se refere à alegada questão da “subsidição” da atividade da EGF através da produção de energia elétrica resultante da produção de biogás, a AdC, como faz notar a sentença recorrida, pronuncia-se sobre esta matéria nos pontos 113 a 115, 250 a 255 e 824 da Decisão.

Assim sendo, não há de fundamentação, sendo mais uma questão de desacordo das Recorrentes com essa mesma fundamentação.

Da decisão da AdC resulta que quaisquer questões relacionadas com a produção de biogás nunca teriam relevância em termos de controlo de concentrações, tendo em conta que a fileira do biogás, que é composta por uma multiplicidade de operadores, públicos e privados para além da SUMA e da EGF, representará, de acordo com o parecer da ERSE, no parágrafo 545 da Decisão, somente cerca de 3% da produção de energia elétrica, pelo que resulta claro que o impacto da concentração neste mercado global é ínfimo.

Ou seja, a AdC afasta fundamentadamente a generalidade das questões colocadas, apesar de as Recorrentes poderem não concordar com a fundamentação apresentada, pelo que não há qualquer erro de apreciação por parte do Tribunal *a quo* relativo à falta de fundamentação da Decisão.

5. Da omissão de diligências de prova pela AdC

As Recorrentes suscitam ainda a ilegalidade da decisão da AdC em virtude da omissão das diligências de prova requeridas, pelo que não se compreende se formou a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

sua convicção em sentido positivo ou negativo sobre a ocorrência de determinados factos.

Contudo esta afirmação não é correcta, já que a AdC, depois de descrever as diligências complementares de prova solicitadas pelas Requerentes analisa-as e conclui que não se mostra necessária a realização de qualquer diligência complementar.

Na verdade e tal como resulta da jurisprudência dos tribunais administrativos⁹, a AdC goza de discricionariedade administrativa para decidir quanto à realização de diligências de prova, *i.e.* à AdC competia decidir se essas diligências eram ou não pertinentes.

As Recorrentes solicitaram que fossem realizadas as seguintes diligências:

(i) Para prova do desvio da subsidiação da produção de energia, que fosse solicitada cópia dos contratos incluindo os respetivos anexos celebrados entre as empresas participadas da EGF e os produtores de biogás;

(ii) Para prova de que a justificação dada pela AdC sobre o papel que atribui aos municípios para garantir o equilíbrio e a manutenção dos mercados relevantes é absolutamente irreal por falta de poderes destes, que fosse solicitado aos municípios para:

a. Indicarem se alguma vez intervieram de forma decisiva na determinação dos tarifários a pagar; e

b. Se pronunciarem sobre que mecanismos de controlo têm sobre os desvios ao princípio do poluidor pagador.

Quanto à questão do biogás, a AdC tornou clara a irrelevância desta na apreciação do impacto da aquisição da EGF por parte da SUMA, tendo em conta a relevância muito residual da produção de energia elétrica por parte da SUMA/EGF.

E no que se refere à consulta aos municípios, a AdC considerou desnecessária a consulta destes quanto à possibilidade de monitorizarem o comportamento das

⁹ Cfr Ac. STA de 21 de Maio de 2008, proc. 084/08, www.dgsi.pt



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

concessionárias de que são acionistas, tendo em conta que estas entidades já se tinham pronunciado a este respeito ao longo de todo o processo.

Tendo o AdC formado uma convicção sobre todos os factos relacionados com as diligências de prova requeridas pelas aqui Recorrentes como relevo para a decisão final, não incorreu em qualquer vício procedimental, ao rejeitar essas diligências

Não há qualquer erro de apreciação por parte do Tribunal *a quo* relativo à não realização das diligências complementares requeridas no procedimento de controlo de concentrações pelas Recorrentes.

6. Da violação dos artigos 41.º e 53.º da LdC

6.1. As Recorrentes invocam ainda que o tribunal *a quo* não efetuou todos os testes de juridicidade, para um cabal e efetivo controlo judicial, referindo ainda que este tribunal tem especiais e específicas competências e valências para efetuar um completo e global juízo em matéria de direito da concorrência.

Segundo as Recorrentes, este reexame deve ter em consideração questões periféricas e exógenas à aquisição da EGF pela SUMA e não os parâmetros do Artigo 41.º da Lei da Concorrência.

Ora, de acordo com o artigo 41.º da Lei da Concorrência a apreciação pela AdC de uma operação de concentração deve ter por referência a operação tal como a mesma resulta da notificação que lhe é apresentada, nos termos do art. 44 da mesma lei, devendo limitar-se ao impacto provável que a operação poderá vir a ter nos mercados relevantes.

O n.º 2 do artigo 41.º da Lei da Concorrência refere, com base na teoria económica, os fatores principais que deverão ser analisados neste contexto, *v.g.*, a concorrência potencial e a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, as possibilidades de escolha de fornecedores, clientes e utilizadores, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em causa ou os ganhos de eficiência que beneficiem os consumidores.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

No caso, a análise da AdC, pautou-se pelos critérios previstos no enquadramento normativo relevante, centrando-se na averiguação dos efeitos prováveis na concorrência da concentração em causa, analisando inclusivamente o eventual dano relativo ao potencial (e improvável) encerramento lucrativo do mercado por parte da SUMA/EGF.

De todo o modo, a AdC, no âmbito procedimento de controlo de concentrações possui discricionariedade (que não arbitrariedade) administrativa e regulatória para determinar se certa operação de concentração é ou não suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, e de, conforme essa apreciação, determinar se, a final, emitirá decisão de oposição, de não oposição, ou de não oposição com a imposição de condições ou obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pela notificante.

Em conformidade com a jurisprudência administrativa nesta matéria, para que o Tribunal *a quo* pudesse pôr em causa o sentido da Decisão da AdC seria necessário demonstrar que a AdC ultrapassou a margem de discricionariedade de que dispunha, ou seja, que:

- (i) A mesma violou alguma norma aplicável, algum princípio da atividade administrativa ou regulatória;
- (ii) A sua decisão assenta em pressupostos de facto que não têm correspondência com a realidade; ou
- (iii) Se verifique um manifesto erro de apreciação, *i.e.* um erro palmar, visível a olho nu e sem qualquer lupa pericial sobre o assunto.

Mas não tendo as Recorrentes conseguido demonstrar que a Decisão violou o bloco da legalidade ou que padece de algum erro quanto a algum pressuposto de facto relevante, não pode a decisão da AdC ser considerada inválida, como bem decidiu o tribunal a quo.

7. Do artigo 120.º, n.º 1, b) do CPTA: *fumus boni juris/fumus non malus iuris*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7.1. O Tribunal *a quo* entendeu corretamente na sua Sentença que não se verificava a mínima aparência de bom direito das pretensões formuladas pelas Recorrentes no processo principal.

Dispondo a AdC de uma ampla discricionariedade administrativa e regulatória para determinar se a operação de concentração em causa, ao abrigo do artigo 41.º da Lei da Concorrência, é ou não passível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, o controlo da legalidade da sua decisão é não só mais exigente, como mais restrita, sob pena de violação do n.º 1 do artigo 3.º do CPTA.

Porém, as concentrações de empresas inserem-se na liberdade económica e de empresa constitucionalmente consagrada, pelo que a limitação à liberdade concorrencial terá de ser especialmente fundamentada, tendo em conta os efeitos que a concentração será suscetível de produzir na estrutura do mercado. No entanto, em momento algum é aduzida pelas Recorrentes, argumentação no sentido de que da aquisição da EGF pela SUMA poderem resultar em entraves significativos para a concorrência nos mercados relevantes.

O modelo de privatização escolhido pelo Estado constitui, para efeitos da análise da AdC, um dado estrutural do mercado, de natureza exógena em relação à aquisição da EGF por parte da SUMA. Assim, ao apreciar os efeitos de uma concentração sobre a concorrência, a AdC, à semelhança do que tem lugar no plano da União Europeia, compara, numa análise prospetiva, as condições de concorrência resultantes da concentração notificada com as condições que se verificariam na ausência da operação.

Como faz notar a sentença recorrida, as consequências decorrentes do modelo de privatização da EGF «apenas poderão relevar se tiverem implicações nos efeitos da operação de concentração conexos com os mercados relevantes onde a SUMA está presente. O mesmo se aplica às eventuais implicações decorrentes da mudança de natureza da EGF, de pública para privada (...). O que se impunha que a AdC fizesse era que analisasse a operação de concentração em causa tendo por referência a empresa específica que adquiriu a EGF e foi isso que fez. Com efeito, após a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

identificação dos mercados relevantes, a AdC analisou os efeitos horizontais e não horizontais em relação aos mercados nos quais a SUMA está presente».

7.2. Da noção de mercado relevante

Consideram as Recorrentes que a sentença recorrida incorre em erro de julgamento a propósito da delimitação dos mercados relevantes.

Ora, a análise da AdC tem por base critérios económicos plasmados na *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência* utilizada pela CE nas suas análises e considerada como parâmetro orientativo pelas autoridades de concorrência nacionais da União Europeia. A delimitação dos mercados relevantes de produto levada a cabo pela AdC na decisão em causa, no que diz respeito à gestão de resíduos, é consentânea com os referidos critérios.

E a AdC explica e analisa a noção de mercados de resíduos, para concluir pela existência dos seguintes mercados: (i) mercado regulado da prestação de serviços de gestão de RU de responsabilidade municipal (em alta); (ii) mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (em baixa); (iii) mercado da prestação de serviços de gestão de RNU (em alta); (iv) mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RNU (em baixa).

De facto, tendo em conta a estrutura de mercado e a composição da oferta e da procura, cumpre, distinguir entre atividades em baixa, que correspondem à recolha e transporte de resíduos e às atividades em alta que incluem o tratamento, valorização ou eliminação dos resíduos.

A decisão da AdC vem esclarecer que os serviços relativos aos RU e RNU, ao contrário do que defendem as Recorrentes, não se inserem no mesmo mercado do produto, na medida em que «a procura e a oferta no mercado da prestação de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (em baixa) são substancialmente diversas da procura e oferta no mercado da prestação de serviços de apoio de RNU (em baixa)» o mesmo ocorrendo quanto às mesmas actividades “em alta”.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Partindo desta distinção, tal como dá conta a decisão da AdC, a procura no mercado da gestão de RU, “em alta”, de responsabilidade municipal é constituída pelos municípios, que são responsáveis pelos serviços em baixa (recolha e transporte de RU) e que celebram contratos de entrega com a entidade gestora da área geográfica em que se situam, pagando uma tarifa regulada em função da quantidade de resíduos entregue.

Já relativamente às atividades de gestão de RNUs “em alta”, a procura é composta pelas entidades produtoras de resíduos (geralmente estabelecimentos comerciais, agrícolas ou industriais), que são, como vimos, responsáveis por encontrar uma solução de tratamento, valorização ou eliminação para os resíduos que produzem, sejam eles resíduos urbanos com uma produção diária superior a 1100 litros, sejam resíduos industriais e agrícolas não perigosos.

Por seu lado, os serviços de apoio à gestão de RNUs (“em baixa”) também se distinguem dos serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (“em baixa”) se tivermos em conta as características da oferta e da procura nestes mercados.

No caso dos serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal (“em baixa”) a procura é composta pelos municípios que são responsáveis pela recolha e transporte destes resíduos (bem como pela limpeza urbana) e que recorrem, através de procedimentos concorrenciais, a serviços de operadores privados (incluindo as Recorrentes Hidurbe/Somague Ambiente, Recolte/Teixeira Duarte, Ferrovia/CESPA, Fomentinvest Ambiente/Ecoambiente e Semural), que constituem a oferta. Já a estrutura e a dinâmica concorrencial do mercado dos serviços de apoio à gestão dos RNUs (“em baixa”) é distinta: a procura é composta pelos produtores de resíduos que têm de encontrar, nos termos da Lei, uma solução de recolha/transporte e tratamento/deposição para os RNU que produzem.

Bem andou o Tribunal a quo ao entender que «não é evidente (para efeitos de verificação de um erro manifesto de apreciação) que a utilização do enquadramento legal do setor para efeitos de delimitação dos mercados relevantes seja errada, pois,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

conforme resulta da decisão de não oposição, esse enquadramento legal afeta a procura e a oferta no setor em causa e nos termos definidos pela AdC – cfr. pontos 73 e ss da decisão da AdC. Nesta medida, entende-se que a referida “confusão” não afeta a delimitação dos mercados relevantes».

Como também decorre da decisão da AdC, a capacidade de receção de RNUs por parte das concessionárias da EGF é pouco significativa no contexto global do mercado. Diferentemente do que sucede com os operadores privados, no âmbito das concessionárias da EGF existem limitações à receção de resíduos industriais e agrícolas não perigosos. Além disso, a reconfiguração dos contratos de concessão levada a cabo após a reprivatização limitou a receção futura de resíduos urbanos de produtores com produção diária superior a 1100 litros.

A quota de mercado conjunta da SUMA/EGF na gestão de RNUs em alta representou em 2013 menos de 20% do referido mercado nas áreas geográficas em que há sobreposição, pelo que resulta claro da análise da AdC na Decisão a ausência de impacto jus-concorrencial da concentração no mercado da gestão de RNU em alta.

Conclui-se que a AdC procedeu na sua decisão, a uma segmentação correta dos mercados relevantes e a uma exaustiva análise destes.

Assim sendo, também por este fundamento recursivo, não há que censurar a sentença recorrida.

7.3. Da subsidiação energética

Vêm ainda as Recorrentes insistir na verificação de um *desvio de tarifário para financiamento dos sistemas multimunicipais, constituindo esta circunstância uma fonte de distorção da concorrência*.

Porém, as Recorrentes não esclarecem em que mercados relevantes tal distorção acontece ou de que modo o regime tarifário em causa pode distorcer a concorrência.

Deste modo, andou bem o Tribunal a quo ao considerar que:

«A propósito desta matéria, verifica-se que a alegação das requerentes não infirma o que consta no ponto 845 da decisão da AdC, designadamente que, pelo regulamento



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tarifário, essas receitas revertem a favor dos municípios clientes, na medida em que se traduzem em reduções na tarifa praticada aos respetivos municípios. Por conseguinte e independentemente de mais considerações, não se vislumbra, sobre esta matéria, qualquer erro manifesto de apreciação na decisão da AdC».

7.4. Da utilização de fundos públicos nas infraestruturas da EGF

Afirmam as Recorrentes que “todas as infraestruturas relativas ao tratamento e recolha seletiva de resíduos urbanos, onde se incluem, designadamente as estações de transferência, os ecocentros, as centrais de processamento, triagem, e valorização e os respetivos acessos, os aterros, os ecopontos, os meios de transporte de resíduos, máquinas e veículos, aparelhagem e respetivos acessórios foram construídos com dinheiro público, fazem parte dos sistemas multimunicipais, e não fazem parte da EGF, nem tão pouco a SUMA os comprou nem os qualificou na sua oferta de valor”.

Sucedem que, além do mais, estas afirmações não têm suporte fáctico e foram já rebatidas na decisão da AdC.

Tanto o agrupamento liderado pela SUMA como os demais interessados na aquisição da EGF, valoraram todos os ativos desta empresa e das suas concessionárias na sua proposta, incluindo as concessões e os respetivos equipamentos e infraestruturas, tendo sido a SUMA o proponente que apresentou uma valorização mais vantajosa para o Estado, pelo que se afigura que não foi atribuída neste contexto qualquer vantagem a esta empresa.

Mas ainda que se pretendesse alegar a existência de auxílios de Estado não se vê em que medida poderiam relevar no âmbito de uma apreciação de controlo de concentrações. De facto, a competência da AdC, para avaliar o impacto previsível de uma concentração, sobre os mercados relevantes, nos termos do art. 41º da Lei da Concorrência, não inclui a análise das normas aplicáveis em matéria de auxílios do Estado, estando, ao invés, na esfera de competência da CE nos termos do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Como bem refere a sentença recorrida, «face ao teor das Bases X e XII da concessão, anexas ao DL nº 96/2014, tais equipamentos e infraestruturas fazem parte



4

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

integrante da concessão e são da propriedade da concessionária a não ser que pertençam ao Estado e/ou aos municípios. Não há elementos concretos e tangíveis no sentido de que os equipamentos e infraestruturas em causa pertençam ao Estado e/ou aos municípios.

Em todo o caso, mesmo que assim fosse, o facto de ficarem afetos à concessão é razão suficiente para presumir, face à ausência de qualquer elemento minimamente consistente em sentido contrário, que o seu valor de mercado foi levado em consideração no processo de privatização. E mesmo que assim não fosse, a possibilidade de tal ocorrência consubstanciar uma espécie de “auxílios de Estado” de forma simulada, encoberta ou indireta é matéria que extravasa o objeto da decisão impugnada».

Eis porque se conclui, também nesta parte, pela improcedência das conclusões.

7.5 Da alteração das infraestruturas

Alegam, ainda que a sentença recorrida deveria ter identificado erro manifesto na decisão da AdC, tendo em conta que não considerou que a SUMA poderá, segundo as Recorrentes, proceder à alteração das infraestruturas de recepção para afetação da concorrência em baixa, o que tornaria a SUMA um operador privilegiado.

Relativamente a esta matéria, convém realçar que:

- a) os bens e meios afetos à concessão nos termos do enquadramento legal e contratual aplicável são as infraestruturas e equipamentos utilizados para prosseguir o objeto da concessão (Base XI do Decreto-lei n.º 96/2014), pelo que careceria de aprovação por parte do concedente, após parecer prévio obrigatório quer da ERSAR, quer da AdC;
- b) o dever de não sobrecarregar a atividade principal das concessionárias com custos resultantes do exercício de outras atividades resulta da obrigação legal e contratual de manter contabilidade analítica própria quanto ao exercício de atividades complementares, bem como da exigência de que estas atividades sejam financeiramente autosuficientes;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- c) o regulamento tarifário aprovado pela ERSAR prevê fórmulas de determinação da elegibilidade de custos para efeitos de determinação do tarifário aplicável;
- d) a ERSAR passa a auditar o cumprimento do referido regulamento, identificando eventuais incumprimentos e recomendando a sua correção, podendo vir a emitir instruções vinculativas para a correção dos tarifários;
- e) existem regras contabilísticas que regulam a transposição de custos intra-grupo, e que seriam subvertidas no caso da imputação de custos da atividade da SUMA na atividade da EGF;
- f) apesar de a EGF (e indiretamente a SUMA após a concentração) deter a maioria do capital social nas concessionárias, existem outros sócios que têm o direito à informação nos termos do Código das Sociedades Comerciais, pelo que as operações contabilísticas podem ser controladas pelos demais acionistas da sociedade.

Assim, aderindo á fundamentação que consta da sentença recorrida, dir-se-á que:

«A análise efetuada pela AdC, a propósito destas matéria, não merece reparos. Com efeito, uma hipótese de aproveitamento dos recursos afetos à concessão consubstanciaria uma violação dos contratos de concessão, pois o DL n° 96/2014, de 25.06, e os contratos de concessão estipulam que os ativos afetos à atividade em alta são numa base exclusiva. Ora, independentemente de estratégias mais ou menos sofisticadas na ocultação da conduta, considera-se que não enferma de um erro de apreciação evidente a afirmação de que o simples facto de se tratar de uma conduta que viola o contrato consubstancia, em si mesmo, um condicionamento que torna essa conduta de difícil verificação. As mesmas considerações são extensivas aos recursos humanos, considerando o disposto na Base XI, ponto 3».

7.6. Dos efeitos horizontais

Alegam, ainda as Recorrentes que o Tribunal a quo não parece ter levado a cabo diligências de comprovação ou de análise para além das simples alegações da AdC, o que se revela manifestamente insuficiente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

4

Contudo, as Recorrentes não invocam qualquer facto que ponha em crise a análise dos efeitos horizontais da operação.

Aliás, a análise de efeitos horizontais surge apenas em mercados em que há sobreposição entre as atividades das partes na operação de concentração (SUMA e EGF), o que só se verifica no mercado de produção de energia elétrica em Portugal e na gestão de RNU em alta nas zonas de influência Litoral Norte, Centro e Centro-Sul. Sem olvidar o que já se referiu quanto à pouca relevância das partes nesse mercado em Portugal, pelo que não poderá ser apontada qualquer deficiência à análise realizada pela AdC ou na sentença recorrida.

Já no mercado de gestão de RNU realça-se a análise detida por parte da AdC no sentido da ausência de problemas jus-concorrenciais, tendo em conta que a *quota* conjunta das partes neste mercado seria inferior a 20% em todas as áreas de sobreposição, assumindo que as concessionárias da EGF poderiam continuar ativas na gestão de RNU em alta de grandes produtores.

Aliás, a conclusão da AdC no sentido de uma *quota* conjunta das partes neste mercado inferior a 20% mostra-se até mais exigente que a da CE, centrando-se apenas nos operadores mais relevantes, não tendo em conta os operadores detendo infraestruturas de gestão de RNU em alta atualmente em processo de entrada neste mercado e desconsiderando à cautela, a cessação da atividade de gestão de RU de grandes produtores em alta nas concessionárias da EGF, mercê da reconfiguração contratual vigente.

E a sentença recorrida, sindicou esta análise da AdC, considerando que a apreciação da AdC em termos de efeitos horizontais não enferma de nenhum erro evidente de apreciação à luz dos parâmetros considerados pela Comissão Europeia nas Orientações para a apreciação das concentrações horizontais. Tal como analisa os efeitos da operação de concentração, tendo em conta que a mudança de natureza da EGF, de pública para privada, concluindo que «a possibilidade de a operação suscitar preocupações jusconcorrenciais horizontais no mercado “em alta” de RNU é uma possibilidade que não assume contornos de razoabilidade suficientes para se concluir que a decisão da AdC evidencia um erro manifesto de apreciação».



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Consequentemente as alegações das Recorrentes quanto a existência de manifestos erros de apreciação em matéria de efeitos horizontais são também improcedentes.

7.7. Dos efeitos não horizontais

Discordam, ainda, as Recorrentes, da conclusão quanto aos efeitos não-horizontais no sentido de afastar a eventual capacidade da SUMA/EGF em adoptar estratégias anti-concorrenciais no futuro, à luz de um juízo económico complexo.

Ora, o certo é que as Recorrentes não põem em causa a análise da decisão da AdC relativamente aos vários dos factores considerados pela AdC.

Aliás, na análise jusconcorrencial da operação, a AdC utilizou a metodologia de análise das Orientações sobre as concentrações não horizontais, seguindo a sua prática em processos anteriores. Em particular, a análise constante desta decisão reflete os três requisitos referidos nas Orientações para que uma autoridade possa concluir que se verificam preocupações jusconcorrenciais de “natureza não horizontal”, pelo possível encerramento de um determinado mercado à concorrência: (i) incentivo para implementar estratégias de encerramento do mercado; (ii) capacidade para implementar tais estratégias, e (iii) impacto provável na concorrência efetiva.

Reconhecendo que a SUMA/EGF poderia ter incentivos para a implementação de estratégias de imputação de custos das actividades “em baixa” às actividades “em alta”, a AdC concluiu que a empresa não teria capacidade para implementar tais estratégias, em virtude do efeito combinado de vários factores: o papel desempenhado pelos municípios, cujos interesses não estão alinhados com os da EGF; a acção da ERSAR enquanto regulador sectorial; o regime tarifário; as regras contabilísticas seguidas pela SUMA na alocação dos respectivos custos; a inexistência de barreiras significativas à entrada no mercado “em baixa”.

Esta análise da AdC não se baseou na ausência de competência regulatória da ERSAR no mercado dos serviços em baixa, mas, sim, nas funções de regulação desta autoridade no mercado de gestão de RU de responsabilidade municipal (em alta), o



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

J

que foi, conjuntamente com os outros factores referidos, relevante para concluir pela incapacidade da SUMA/EGF para implementar estratégias de encerramento de mercado em baixa. É este o juízo económico complexo a que se refere a sentença recorrida.

Mas, ainda que a SUMA/EGF fosse capaz de empreender uma estratégia de exclusão de concorrentes do mercado de serviços de apoios à gestão de RU de responsabilidade municipal (em baixa), seria muito improvável que os concorrentes não reagissem e que os municípios se deixam ficar à mercê da SUMA/EGF, sendo que resultou da investigação levada a cabo pela AdC que não existiria qualquer possibilidade de incremento posterior de preços por parte da SUMA/EGF.

Na verdade, um aumento de preços, tendo em conta a ausência de barreiras à entrada, faria reentrar os concorrentes excluídos ou novos entrantes no mercado de serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal, que não teriam dificuldades em ganhar concursos cujo critério fundamental de adjudicação é o preço.

É pois válida a conclusão que consta da sentença recorrida, no sentido de que «não resulta da alegação das requerentes qualquer elemento concreto e tangível que permita concluir pela desconsideração, na análise dos efeitos não horizontais, de outros efeitos e/ou outras estratégias para além daquelas que foram consideradas pela AdC».

8. Do periculum in mora

Nos termos do art. 120º, nº 1 alínea b) do CPTA, para o decretamento de uma providência cautelar de suspensão de eficácia do acto administrativo é ainda necessário que o requerente demonstre o periculum in mora, isto é, o «fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal».

A sentença recorrida, na esteira da decisão da AdC, concluiu pela inexistência de um qualquer periculum in mora que necessite de ser acautelado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Com efeito, os prejuízos que as Recorrentes alegam não são passíveis de constituir *periculum in mora*.

É que conforme já acima se referiu esses alegados prejuízos para a concorrência não são passíveis de se verificar, não criando a concentração quaisquer entraves significativos e duradouros à concorrência.

A análise de controlo de concentrações, deve focar-se nos efeitos prováveis das operações projetadas, conforme decorre da prática decisória e da jurisprudência relevantes, ou seja, nos efeitos suscetíveis de serem materializados “num futuro relativamente próximo”, sendo que, por exemplo, o Tribunal Geral considerou que um período de 4 anos após a concentração não parece preencher este critério¹⁰.

Em particular, conforme reconhecido pela CE, as concentrações não horizontais são, regra geral, menos suscetíveis de restringir a concorrência, sendo que, uma das razões apresentadas pela CE para justificar esta afirmação é o facto de as concentrações não horizontais proporcionarem significativas possibilidades para a obtenção de ganhos de eficiência.

Conforme reconhecido pela AdC na sua Decisão, é provável que a operação venha a gerar ganhos de eficiência, em particular tendo em conta a redução de custos expectável no período pós-concentração, e que o mercado de serviços de apoio à gestão de RSU de responsabilidade municipal, venha, conseqüentemente, a tornar-se mais competitivo, uma vez que os ganhos de eficiência geram uma pressão positiva no sentido de uma maior eficiência por parte dos concorrentes.

Não existem, tal como decidido, impactos negativos sobre a estrutura da concorrência nos mercados referidos, além de que, da concentração emergem ganhos de concorrência, que sairiam prejudicados pelo decretamento de uma providência cautelar.

Ainda que assim não fosse importa notar que qualquer teoria de encerramento lucrativo do mercado de RU de responsabilidade municipal em baixa (ganhos de eficiência que resultariam no encerramento lucrativo do mercado por parte da

¹⁰ 18 T-5/02 Tetra Laval BV c. Comissão [2002] ECR II-4381, também referido em contra-alegações.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

SUMA/EGF, sem possibilidade de regresso ao mercado de concorrentes excluídos ou de surgimento de novos entrantes ou, inclusivamente, a possibilidade de exclusão de concorrentes do mercado de gestão de RNU em alta), levaria, em todo o caso, vários anos a materializar-se, pelo que a providência cautelar nunca seria o mecanismo adequado a impedir um impacto na concorrência deste tipo que não teria qualquer possibilidade de se verificar num futuro próximo.

As considerações das Recorrentes em termos de alegados problemas concorrenciais, afastados pela decisão da AdC, são especulativas e desconsideram todos os efeitos pró-concorrenciais da concentração, designadamente, em termos de ganhos de eficiência com repercussão no preço e na qualidade dos serviços, susceptíveis inclusivamente de gerar no mercado um impulso para a reorganização mais eficiente de operadores concorrentes, centrando-se, ao invés, num potencial abuso que poderia apenas ocorrer se as condições de mercado se alterassem, tendo apenas lugar num futuro distante e imprevisível.

Ora, não faz sentido, através do pedido de decretamento de uma providência cautelar impedir ganhos de eficiência quase certos e imediatos em virtude de um alegado dano para a concorrência especulativo e de improvável concretização.

Aliás, a desnecessidade de decretamento da providência cautelar mostra-se também evidente mesmo no caso de se verificar uma evolução do mercado num sentido contrário ao antecipado na Decisão da AdC e ocorram situações desconformes ao direito da concorrência, já que estas podem, a todo o tempo ser dirimidas pela AdC no âmbito das disposições aplicáveis a práticas restritivas da concorrência (artigo 9.º e ss da Lei da Concorrência).

Ou seja, se, em virtude de uma alteração estrutural não previsível deste mercado, se verificar uma conduta abusiva no mercado dos serviços de apoio à gestão de RU de responsabilidade municipal, a AdC pode, a todo o tempo, por sua iniciativa ou a solicitação de um terceiro (incluindo municípios ou concorrentes) aplicar, se estiverem preenchidos os requisitos para o efeito, o enquadramento normativo relativo ao abuso de posição dominante.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

É assim bastante claro, que, do ponto de vista da garantia da concorrência no mercado, não existem quaisquer efeitos da decisão da AdC que possam ser acautelados pelo decretamento da providência cautelar.

Em suma, não se verificando, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA um fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente visa assegurar no processo principal, o Tribunal a quo não poderia ter decretado, como não decretou, a providência cautelar requerida pelas Recorrentes.

Do que vem dito, forçoso é concluir pela improcedência das alegações de recurso apresentadas pelas Recorrentes.

IV – DECISÃO

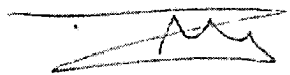
Termos em que se acorda em julgar improcedentes os recursos, assim se confirmando a sentença recorrida.

Custas pelos Recorrentes (Requerentes e Requeridas SUMA e EGF).

Lisboa, 24 de Novembro de 1016.


(Fátima Galante)


(Gilberto Santos Jorge)


(Teresa Soares)