

DECISÃO

PRC 2006/13

DATA DA DECISÃO: 10/12/2010

[VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL]

VISADOS:
BAXTER - MÉDICO FARMACÊUTICA,
LDA.
GLINTT – BUSINESS SOLUTIONS, LDA.



A **Autoridade da Concorrência**, considerando:

- As competências atribuídas pelo disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º e os poderes constantes da alínea a) do n.º 2 do artigo 7.º, ambos dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro (Estatutos);
- A Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003 ou Lei da Concorrência) e as regras de concorrência do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹;
- O processo de contra-ordenação aberto nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 24.º da Lei da Concorrência, registado sob o número **PRC 13/06**, em que são visadas as empresas:

BAXTER - Médico Farmacêutica, Lda., pessoa colectiva/ matrícula n.º 503.347.345 (correspondente à antiga matrícula n.º 10.708 da Conservatória do Registo Comercial de Sintra), com sede social no *Sintra Business Park*, sito na Zona Industrial da Abrunheira, Edifício 10, 2710-089 Sintra, Freguesia de S. Pedro de Penaferrim e Concelho de Sintra;

e

GLINTT – Business Solutions, Lda., pessoa colectiva/ matrícula n.º 503.502.537 (correspondente à antiga matrícula n.º 9571A da Conservatória do Registo Comercial de Lisboa), com sede social no *Beloura Office Park*, Edifício 10, sito na Quinta da Beloura, 2710-444 Sintra, Freguesia de S. Pedro de Penaferrim e Concelho de Sintra;

¹ O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor no dia 1 de Dezembro de 2009, procedeu, *inter alia*, a alterações ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia (TCE), passando este a denominar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Em virtude da referida alteração, os artigos 81.º e 82.º do TCE foram reenumerados, correspondendo agora, respectivamente, aos artigos 101.º e 102.º do TFUE. O teor de ambas as disposições mantém-se inalterado. Na presente Decisão, as referências aos artigos 101.º e 102.º do TFUE devem ser entendidas como referências, respectivamente, aos artigos 81.º e 82.º do TCE, quando apropriado.



Tem a ponderar os seguintes elementos, de facto e de Direito, relevantes para a boa decisão do processo contra-ordenacional em causa, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho:

I. DO PROCESSO

1. Origem do processo

1.º

O presente processo teve origem em denúncia dirigida à Autoridade da Concorrência (Autoridade) pelo Hospital Padre Américo – Vale do Sousa, EPE (HPAVS), em 29.09.2006, e recepcionada em 4.10.2006, conforme resulta do teor dessa denúncia, de fls. 4 a fls. 20 dos autos.

2.º

Através dessa denúncia, o HPAVS comunicou à Autoridade a sua decisão de não adjudicação no “Concurso Público n.º 02/2006” para “*Fornecimento, montagem e parametrização de um Equipamento Automatizado de Reembalagem de Formas Orais Sólidas de Medicamentos*” àquele hospital, conforme resulta do teor do programa desse concurso e seu Caderno de Encargos (constante de fls. 24 a fls. 55 dos autos), atenta a constatação de indícios de eventual prática restritiva da concorrência, os quais serão melhor analisados *infra* (vide, ponto 4.3. da presente Decisão).

3.º

Em síntese, a suspeita da existência de eventual prática restritiva da concorrência deveu-se, por um lado, ao facto de as duas únicas empresas concorrentes no referido Concurso Público, as ora Arguidas, terem apresentado valores iguais, até à dezena e à unidade de euros, quer para o valor global das suas propostas, quer para cada um dos seus componentes, e, por outro lado, ao facto de existir absoluta identidade no que se refere, quer à quantidade de consumíveis anuais necessários (v.g., fita de empacotamento e fita de impressão), quer ao preço unitário dos mesmos, constantes dessas propostas, conforme consta do Parecer do Consultor Jurídico daquele Hospital, de fls. 6 a fls. 11 dos autos.



4.º

Ambas as Arguidas concorreram com o mesmo equipamento, o FDS 330 (*Fast Dispensing System* 330), equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos, com 330 *canisters* (o equipamento FDS será melhor descrito *infra*, de 174.º a 179.º, entre outros).

2. Abertura de Inquérito

5.º

Na sequência dessa denúncia, e por Despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 12.10.2006, foi mandado instaurar o presente processo contra-ordenacional, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 24.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante, Lei n.º 18/2003 ou Lei da Concorrência) e do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, o qual foi registado sob a referência interna PRC n.º 13/06, conforme resulta do teor desse Despacho, a fls. 3 dos autos.

3. Diligências probatórias

6.º

Na sequência da denúncia, e tendo em vista o apuramento dos factos necessários à descoberta da verdade, foram realizadas as seguintes diligências probatórias:

3.1. Solicitação de elementos de informação

- a) Ao denunciante, conforme resulta do teor de fls. 21 a 145; de fls. 186 a fls. 399; de fls. 3138 a 3142; de fls. 3458 a fls. 3460; de fls. 3527 e fls. 3528; de fls. 3644 a fls. 4040; de fls. 4454 e fls. 4455; e de fls. 4712 a fls. 4715;
- b) À Arguida GLINTT – Business Solutions, Lda., conforme resulta do teor de fls. 4412-A a fls. 4412-C; de fls. 4425 a fls. 4429; de fls. 4773 a fls. 4775; de fls. 4783 a fls. 4830; de fls. 4837 a fls. 5000; e de fls. 5009 a fls. 5038;

- c) À Arguida BAXTER - Médico Farmacêutica, Lda., conforme resulta do teor de fls.4412-D a fls. 4412-L; de fls. 4430 a fls. 4453; de fls. 4462-A a fls. 4463-B; de fls. 5005 a fls. 5008; e de fls. 5039 a fls. 5074;
- d) À BAXTER Healthcare, SA, conforme resulta do teor de fls. 3228 a fls. 3234; de fls. 3461 a fls. 3465; e de fls. 3468 a fls. 3515;
- e) Ao Gabinete de Gestão do *Programa Operacional Saúde - Saúde XXI*, do Ministério da Saúde, conforme resulta do teor de fls. 168 e fls. 169; e de fls. 409 a fls. 2259;
- f) Ao Hospital Distrital de Santarém, conforme resulta do teor de fls. 156 e 157; e de fls. 178 e fls. 179;
- g) Ao Hospital Curry Cabral, em Lisboa, conforme resulta do teor de fls. 158 e fls. 159; e de fls. 2530 e fls. 2531;
- h) Aos Hospitais da Universidade de Coimbra, conforme resulta do teor de fls. 160 e fls. 161; e de fls. 2439 a fls. 2514;
- i) Ao Hospital de Santa Maria, em Lisboa, conforme resulta do teor de fls. 162 e fls. 163; e de fls. 2515 a fls. 2529;
- j) Ao Centro Hospitalar do Barlavento Algarvio, conforme resulta do teor de fls. 164 e fls. 165; de fls. 2261 a fls. 2278; e de fls. 3372 a fls. 3457;
- k) Ao Centro Hospitalar de Lisboa Ocidental, EPE, conforme resulta do teor de fls. 166 e fls. 167; de fls. 2416 a fls. 2438; de fls. 4459 a fls. 4461; e de fls. 4716 a fls. 4771;



- l) Ao Centro Hospitalar de Vila Real/ Peso da Régua, EPE (CHVRPR)², conforme resulta do teor de fls. 170 e fls. 171; de fls. 2279 a fls. 2415; de fls. 3241 a fls. 3371; de fls. 3525 e fls. 3526 e de fls. 4042 a fls. 4265;
- m) Ao Hospital de Joaquim Urbano, conforme resulta do teor de fls. 404 e fls. 405; e de fls. 2534;
- n) Ao Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE, conforme resulta do teor de fls. 406 e fls. 407; de fls. 2532 e fls. 2533; de fls. 4461-A a fls. 4461-C; e de fls. 4470 a fls. 4693;
- o) Ao Hospital de São Marcos, em Braga, conforme resulta do teor de fls. 2543 a fls. 2545; de fls. 3143 a fls. 3227; de fls. 3521 e fls. 3522; e de fls. 3532 a fls. 3642;
- p) Ao Centro Hospitalar Alto Minho, EPE, conforme resulta do teor de fls. 2546 a 2548; e de fls. 2553 a fls. 3137;
- q) Ao Hospital de S. Teotónio, EPE, conforme resulta do teor de fls. 4456 a fls. 4458; de fls. 4466 a fls. 4468; e de fls. 4694 a fls. 4711.

3.2. Pedido de comparência para prestação de declarações

- a) Do denunciante, foram inquiridos, em 17.10.06:
 - (i) Ricardo Jorge Neto Miraldo Mota, Administrador Hospitalar, conforme resulta do teor de fls. 154 e fls. 155, e de fls. 182 a fls. 185;
 - (ii) Liliana Patrícia da Silva Rodrigues, Técnica de Farmácia, conforme resulta do teor de fls. 400 e fls. 401;
 - (iii) Margarida Marília Teixeira Gomes Meireles, Técnica Superior de Saúde e Responsável pelos Serviços Farmacêuticos, conforme resulta do teor de fls. 402 e fls. 403;

² O CHVRPR, EPE, que promoveu a abertura de um concurso público, que será analisado na presente Decisão (*vide, infra*, ponto 4.2. da presente Decisão), foi extinto em sequência da criação do Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, EPE, resultando este último da fusão daquele Centro Hospitalar com o Hospital Distrital de Chaves e o Hospital Distrital de Lamego. O Centro Hospitalar de Trás-os-Montes e Alto Douro, EPE sucedeu às referidas unidades de saúde “*que lhe [...] deram origem em todos os direitos e obrigações, independentemente de quaisquer formalidades*”, tudo conforme resulta do disposto no artigo 1.º, n.º 1, alínea d), e n.º 3, e no artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 50-A/2007, de 28 de Fevereiro, publicado no Diário da República, I Série, n.º 42, de 28.02.2007, inserido de fls. 4409 a fls. 4412 dos autos.



- b) Do CHVRPR, foram inquiridos, em 28.11.2006:
- (i) Carlos Alberto Vaz, Presidente do Conselho de Administração, conforme resulta do teor de fls. 3236 e fls. 3237 dos autos;
 - (ii) Sara Alexandra Clemente Caetano da Costa Mota, conforme resulta do teor de fls. 3238 a fls. 3240.
- c) Da Arguida GLINTT – Business Solutions, Lda., foram inquiridos:
- (i) Em 17.11.2009, Paula Cristina Mendes Calixto, na qualidade de representante legal e Vogal do Conselho de Gerência desta Arguida, conforme resulta do teor de fls. 4413 a fls. 4415 dos autos; e
 - (ii) Gonçalo Bizarro Nolasco da Silva, na qualidade de Chefe de Departamento de Robótica Hospitalar desta Arguida, conforme resulta do teor de fls. 4416 e fls. 4417 dos autos;
 - (iii) Em 16.04.2010, foram ambos novamente inquiridos, conforme resulta do teor de fls. 4776 e fls. 4777, e de fls. 4781 e fls. 4782 dos autos;
 - (iv) Em 30.04.2010, foi mais uma vez inquirida a identificada Paula Calixto, conforme resulta do teor de fls. 4832 e fls. 4833;
 - (v) Em 30.04.2010, Rogério Cunha Santos Trindade, que à data dos factos exercia as funções de Comercial no Departamento de Robótica Hospitalar desta Arguida, e trabalha actualmente para outra empresa do Grupo GLINTT, a *GLINTT – Healthcare Solutions, Lda.*, conforme resulta do teor de fls. 4834 a fls. 4836 dos autos; e
 - (vi) Em 30.04.2010, Daniel Ferreira Basto, que à data dos factos exercia as funções de Director do Departamento de Robótica Hospitalar desta Arguida, e actualmente exerce as funções de Vogal do Conselho de Administração da referida *GLINTT – Healthcare Solutions, Lda.*, conforme resulta do teor de fls. 5001 e fls. 5002 dos autos;
 - (vii) Todos os inquiridos se fizeram acompanhar, nesses actos, do Advogado Senhor Dr. Raul Lufinha, com procurações nos autos a fls. 4426, 4427, 5082 e 5083.



- d) Da Arguida BAXTER - Médico Farmacêutica, Lda., foram inquiridos:
- (i) Em 23.11.2009, Juan Carlos Sante Serna, na qualidade de representante legal e Director-Geral desta Arguida, conforme resulta do teor de fls. 4420 e fls. 4421 dos autos; e
 - (ii) Duarte Castelo Branco, na qualidade de Director de Operações desta Arguida, conforme resulta do teor de fls. 4422 a fls. 4424 dos autos;
 - (iii) Em 16.12.2009, Paula Almeida, na qualidade de *Business Unit Manager* da Área Renal desta Arguida, conforme resulta do teor de fls. 4464 e fls. 4465 dos autos;
 - (iv) Todos os inquiridos se fizeram acompanhar, nesses actos, do Advogado Senhor Dr. Luís Pais Antunes, com nos autos a fls. 4451 e fls. 4452.

4. Consulta do processo e obtenção de cópia simples

7.º

A Arguida Glintt solicitou, em 15.06.2010, a consulta do processo e a reprodução simples dos documentos constantes do mesmo (conforme resulta do teor de fls. 5264 e fls. 5265).

8.º

A Arguida Baxter solicitou, em 02.07.2010, a consulta do processo e a reprodução simples dos documentos dele constantes (conforme resulta do teor de fls. 5284 e fls. 5285).

9.º

Ambos os pedidos foram deferidos, tendo a Arguida Glintt obtido cópias simples do processo no dia 23.06.2010 (conforme resulta do teor de fls. 5277) e prescindido da consulta do mesmo; e a Arguida Baxter, também prescindindo dessa consulta (conforme resulta do teor de fls. 5300), obteve cópias simples do processo no dia 23.06.2010 (conforme resulta do teor de fls. 5277).

10.º

As Arguidas, até ao momento, não voltaram a solicitar a consulta do processo nem a obtenção de cópias do mesmo.



5. Nota de Ilicitude

11.º

Em cumprimento do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 18/2003, a Autoridade notificou as Arguidas da Nota de Ilicitude, que consta de fls. 5113 a fls. 5182 dos autos, e que aqui se dá na íntegra por reproduzida para todos os efeitos legais, conforme resulta dos teores dos ofícios enviados, em 07.06.2010, quer à Arguida Baxter (S-DPR/2010/1030, a fls. 5187) e seus mandatários (S-DPR/2010/1028, a fls. 5183), quer à Arguida Glintt (S-DPR/2010/1031, a fls. 5189) e seus mandatários (S-DPR/2010/1029, a fls. 5185 dos autos).

12.º

As Arguidas foram regularmente notificadas da Nota de Ilicitude, em conformidade com o disposto nos artigos 25.º, n.º 1, alínea b), e 26.º, n.º 1, ambos da Lei n.º 18/2003, e no artigo 50.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 22.º da Lei n.º 18/2003, tendo-lhes sido concedido um prazo de trinta dias úteis para o exercício do direito de defesa.

13.º

A Arguida Glintt requereu prazo acrescido não inferior a 30 dias úteis para resposta à Nota de Ilicitude (conforme resulta do teor de fls. 5280 a fls. 5282), tendo-lhe sido concedido um prazo acrescido de 15 dias úteis (conforme resulta do teor de fls. 5293), do qual também beneficiou a Arguida Baxter (conforme resulta do teor de fls. 5295 e 5296).

14.º

Resumidamente, a Nota de Ilicitude notificava cada uma das Arguidas da existência de indícios suficientes da prática de uma infração grave ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e ao artigo 101.º do TFUE.



15.º

Mais aí se referindo que cada uma das Arguidas podia vir a ser sancionada, nos termos conjugados do artigo 42.º e do artigo 43.º, n.º 1, alínea *a*), da Lei n.º 18/2003, com coima não excedente a 10% do seu volume de negócios do último ano³.

16.º

A constatação da existência de indícios e a imputação da contra-ordenação às Arguidas baseou-se na celebração entre ambas, manutenção e execução de um contrato, que contém restrições verticais da Concorrência (conforme resulta detalhadamente da Nota de Ilicitude e novamente se exporá *infra, inter alia*, de 243.º a 288.º da presente Decisão).

6. Resposta das Arguidas à Nota de Ilicitude

17.º

Inexistem questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer, sendo que as Arguidas não invocaram qualquer questão prévia ou incidente processual.

6.1. Resposta da Arguida Baxter

18.º

A resposta da Arguida Baxter à Nota de Ilicitude (doravante, Resposta ou Resposta da Baxter) consta de fls. 5385 a fls. 5436 do processo, dando-se aqui por integralmente reproduzida para todos os efeitos legais.

19.º

Os argumentos aduzidos pela Arguida Baxter na sua Resposta são, em suma, os seguintes:

- i. A título introdutório, a Arguida Baxter começa por fazer o seu enquadramento da celebração do contrato em análise nos presentes autos, conforme resulta do ponto II. da Resposta (fls. 5440 a fls. 5443); *vide, infra* 65.º da presente Decisão;

³ O limite de 10% é apurado relativamente ao volume de negócios do último ano da prática da infração (*vide*, neste sentido, *inter alia*, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.11.2007, no processo n.º 7271/07 – 3.ª secção).



- ii. A Arguida Baxter explica os motivos que a levaram a apresentar propostas nos concursos públicos em análise nos presentes autos, afirmando, em suma, entender que não lhe estava contratualmente vedada a possibilidade de apresentar propostas a esses concursos, e acrescentando que, à época, desconhecia se o contrato celebrado com a Glintt seria, ou não, renovado, conforme tudo resulta do ponto III. da Resposta (fls. 5443 a fls. 5445); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá em 127.º e 128.º da presente Decisão;
- iii. A Arguida Baxter defende-se de uma suposta acusação de conluio na apresentação de propostas aos referidos concursos públicos, conforme resulta do ponto IV. da Resposta (fls. 5445 a fls. 5452); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá em 116.º e 117.º da presente Decisão;
- iv. A Arguida Baxter discorda da definição de mercado efectuada pela Autoridade, apresentando uma diferente definição de mercado relevante, conforme resulta do ponto V. da Resposta (fls. 5452 a fls. 5458); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá em 204.º, de 209.º a 216.º e em 233.º da presente Decisão;
- v. A Arguida Baxter afirma que o contrato celebrado com a Glintt não tem um objecto anticoncorrencial, apenas indicando “preços máximos recomendados”, conforme resulta do ponto VI. (I) a) da Resposta (fls. 5460 a fls. 5464); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá, *inter alia*, em 284.º e 286.º da presente Decisão;
- vi. A Arguida Baxter afirma que o contrato celebrado com a Glintt não surtiu efeitos anticoncorrenciais no mercado, conforme resulta do ponto VI. (I) b) da Resposta (fls. 5464 a fls. 5471); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 301.º a 304.º da presente Decisão;
- vii. A Arguida Baxter afirma que a cláusula do contrato celebrado com a Glintt que só permite a esta empresa a venda do produto FDS a consumidores finais não é uma cláusula restritiva da concorrência, conforme resulta do ponto VI. (II) da Resposta (fls. 5472 a fls. 5476); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 275.º a 280.º da presente Decisão;



- viii. A Arguida Baxter afirma que, a ter cometido algum ilícito, o que não concede, não agiu com dolo, conforme resulta do ponto VII. da Resposta (fls. 5476 e fls. 5477); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá em 342.º e 344.º da presente Decisão;
- ix. A Arguida Baxter questiona a gravidade da infracção que lhe é imputada, conforme resulta do ponto VIII. da Resposta (fls. 5477 e fls. 5478); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 370.º a 371.º da presente Decisão;
- x. A Arguida Baxter defende que o contrato celebrado com a Glintt devia beneficiar de um *balanço económico positivo*, estando, assim, justificado ao abrigo do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, conforme resulta do ponto IX. da Resposta (fls. 5478 a fls. 5481); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 327.º a 333.º da presente Decisão;
- xi. Por fim, a Arguida Baxter defende que a ser aplicada uma coima, terá de se atender, na determinação da mesma, ao facto de, no seu entender, não se terem verificado efeitos negativos no mercado, bem como à inexistência de dolo, conforme resulta do ponto X. da Resposta (fls. 5481 a fls. 5487); *vide*, a este propósito, *inter alia*, o que *infra* se dirá em 404.º e 405.º da presente Decisão.

20.º

A Arguida conclui peticionando o arquivamento dos autos, e, em alternativa, mas sem conceder, requer que a Autoridade realize as diligências complementares que julgue adequadas para *i*) prova do mercado relevante; *ii*) prova dos efeitos produzidos pelo acordo; e *iii*) aferir da susceptibilidade de justificação do acordo em causa ao abrigo 5.º da Lei n.º 18/2003, conforme resulta do teor de fls. 5489.

6.2. Resposta da Arguida Glintt

21.º

A resposta da Arguida Glintt à Nota de Ilícitude (doravante, Resposta ou Resposta da Glintt) consta de fls. 5303 a fls. 5382 do processo, dando-se aqui por integralmente reproduzida para todos os efeitos legais.



22.º

Os argumentos aduzidos pela Arguida Glintt na sua Resposta são, em suma, os seguintes:

- i. A Arguida Glintt destaca a sua actuação “*transparente e cooperante*” durante o presente processo contra-ordenacional, tendo, no seu entender, “*contribuído activamente para a clarificação de todos os factos e para a boa e célere decisão do processo*”, bem como o facto de, segundo afirma, “*em momento algum [ter] contest[ado] os factos que lhe foram imputados*”, conforme resulta do teor de fls. 5307 a fls. 5309; *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 383.º a 393.º da presente Decisão;
- ii. A Arguida Glintt procedeu ao enquadramento da celebração do acordo em análise nos presentes autos, conforme resulta do ponto III. 1. da Resposta (fls. 5309 a fls. 5313); *vide, infra* 66.º da presente Decisão;
- iii. A Arguida Glintt explica os motivos da sua candidatura aos concursos públicos analisados nos presentes autos, conforme resulta do ponto III. 2. da Resposta (fls. 5316 a fls. 5328); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá, *inter alia*, em 126.º da presente Decisão;
- iv. A Arguida Glintt explica a natureza e regime da cláusula de exclusividade ínsita no contrato, bem como a sua versão da “*política de preços*” do contrato em causa, conforme resulta do ponto III., 1.2. e 1.3., da Resposta (fls. 5313 a fls. 5315); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá *inter alia*, de 69.º a 73.º da presente Decisão;
- v. A Arguida Glintt apresenta a sua definição de mercado relevante, a qual diverge da apresentada pela Autoridade na medida em que, segunda afirma, esta não atendeu à “*concorrência potencial*”, conforme resulta do ponto IV. da Resposta (fls. 5328 a fls. 5331); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 205.º a 207.º, 217.º e 233.º da presente Decisão;
- vi. A Arguida Glintt afirma que o contrato celebrado com a Baxter não tem um objecto anticoncorrencial, conforme resulta do ponto IV.2. da Resposta (fls. 5335 a fls. 5345); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá em 285.º e 286.º da presente Decisão;



- vii. A Arguida Glintt defende, também, que o contrato celebrado com a Baxter não produziu efeitos anticoncorrenciais, conforme resulta do ponto IV.2. da Resposta (fls. 5345 a fls. 5354); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 303.º e 304.º da presente Decisão;
- viii. A Arguida Glintt afirma que agiu sem “*consciência da existência de uma qualquer infracção*”, conforme resulta do ponto IV. 3. da Resposta (fls. 5354 e fls. 5355); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 341.º e 342.º da presente Decisão;
- ix. A Arguida Glintt defende que o contrato celebrado com a Baxter devia beneficiar de um *balanço económico positivo*, estando, assim justificado ao abrigo do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, conforme resulta do ponto IV. 4. da Resposta (fls. 5355 a fls. 5368); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 326.º a 333.º da presente Decisão;
- x. A Arguida Glintt sustenta que do contrato celebrado com a Baxter não resultou qualquer afectação do comércio entre os Estados-Membros (fls. 5369 a fls. 5372); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá de 321.º e 322.º da presente Decisão;
- xi. Por fim, a Arguida Glintt pronuncia-se sobre os critérios de determinação da medida concreta da coima, conforme resulta do ponto IV. 6 da Resposta (fls. 5372 a fls. 5379); *vide*, a este propósito, o que *infra* se dirá, *inter alia*, de 383.º a 393.º da presente Decisão.

23.º

A Arguida Glintt conclui peticionando o arquivamento dos autos, por insuficiência de prova da infracção por que vem acusada.

7. Prova produzida pelas Arguidas

24.º

As Arguidas não requereram, conjuntamente com as Respostas à Nota de Ilicitude, a junção aos autos de quaisquer meios de prova.

8. Audição oral

25.º

A Arguida Baxter não requereu a realização de audição oral (complementar à defesa escrita por si apresentada), prevista no n.º 2 do artigo 26.º da Lei da Concorrência.

26.º

A Arguida Glintt requereu a realização de audição oral, conforme resulta do teor de fls.5274, a qual veio a realizar-se em 23.08.2010, conforme resulta do teor do auto dessa diligência, constante de fls. 5543 a fls. 5549 dos autos.

27.º

No âmbito dessa diligência, a Arguida Glintt esclareceu que a mesma tinha como objectivo demonstrar, mais uma vez, a sua postura cooperante com a Autoridade, prestando todos os esclarecimentos necessários.

28.º

A Glintt esclareceu nessa sede que mantinha as suas anteriores declarações no sentido de sempre ter interpretado os preços referidos no contrato celebrado com a Baxter como preços fixos, conforme resulta do teor de fls. 5543 (e por esse meio se considera provado).

29.º

A Glintt requereu, ainda, a junção aos autos, no decurso dessa diligência, de um requerimento através do qual, em suma: *i)* realça a sua postura colaborante ao longo do processo, postura que qualifica de “*colaboração activa e voluntária (...) muito para além do dever de colaboração (...)*” (fls. 5547); *ii)* reiterando que sempre agiu convicta de que o contrato celebrado com a Baxter lhe fixava os preços de revenda do equipamento FDS; e *iii)* afirma que nunca teve intenção de prejudicar a concorrência ou os consumidores, os quais, no seu entender, saíram beneficiados (fls. 5548 e fls. 5549).



9. Diligências complementares de prova

30.º

Nenhuma das Arguidas indicou qualquer diligência complementar de prova concreta que pretendesse ver realizada e a Autoridade não ordenou, oficiosamente, a realização de quaisquer diligências complementares de prova, após a dedução da Nota de Ilícitude.

31.º

A Arguida Baxter, no entanto, e conforme já anteriormente referido (*vide, supra*, 20.º da presente Decisão), veio requerer, na Resposta à Nota de Ilícitude, que a Autoridade realizasse as diligências complementares que julgasse adequadas para *i)* prova do mercado relevante; *ii)* prova dos efeitos produzidos pelo acordo; e *iii)* aferir da susceptibilidade de justificação do acordo em causa ao abrigo do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, conforme resulta do teor de fls. 5489.

32.º

A Lei da Concorrência permite, no seu artigo 26.º, n.º 1, que a(s) empresa(s) Arguida(s) indiquem as diligências complementares de prova que pretendam ver realizadas, e/ou que a Autoridade, caso assim o entenda, realize, *ex officio*, as diligências que julgue necessárias à descoberta da verdade e à boa resolução do processo.

33.º

O que significa que se uma empresa Arguida, *in casu* a Baxter, pretende ver realizadas diligências complementares de prova deve indicá-las de forma especificada, ou seja, “*deve requerer as diligências que considere convenientes*”, o que não fez.

34.º

A Autoridade entende serem desnecessárias novas diligências, com vista à definição do mercado relevante ou à prova dos efeitos produzidos pelo contrato *sub judicio*, os quais, aliás, já se encontram sobejamente demonstrados na Nota de Ilícitude, pelo que valorará os elementos já existentes nos autos.



35.º

Da mesma forma, a Autoridade apreciará e valorará os elementos de prova existentes nos autos quanto à alegada justificação da prática em apreço, ao abrigo do artigo 5.º da Lei da Concorrência, sublinhando não terem as ora Arguidas aduzido, em resposta à Nota de Ilicitude, quaisquer elementos concretos de prova dessa justificação.

36.º

Ora, estando também em causa uma violação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, resulta do artigo 2.º do Regulamento (CE) 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, que *“incumbe à empresa ou associação de empresas que invoca o benefício do disposto no n.º 3 do artigo [101.º] do Tratado o ónus da prova do preenchimento das condições nele previstas”*.

10. Cooperação entre a Comissão e as Autoridades Nacionais dos Estados-Membros responsáveis em matéria de Concorrência

37.º

Em conformidade com o disposto no artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado, a Autoridade comunicou, por escrito, à Comissão Europeia, quer a instauração do presente processo (n.º 3 do artigo 11.º), quer *“a linha de acção proposta”* (n.º 4 do artigo 11.º), tendo esta informação sido disponibilizada às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros.

II. DOS FACTOS

1. Identificação do denunciante

38.º

A entidade hospitalar que efectuou a denúncia tem actualmente a designação de Centro Hospitalar do Tâmega e Sousa, EPE (CHTS), com sede no Lugar do Tapadinho, 4564-007 Guilhufe, Penafiel.

39.º

Este Centro Hospitalar foi criado pelo Decreto-Lei n.º 326/2007, de 28 de Setembro, publicado no Diário da República, n.º 188, I Série, de 28 de Setembro de 2007, constante de fls. 3518 a fls. 3520 dos



autos, tendo resultado da fusão do HPAVS (entidade que, à época, fez a denúncia) com o Hospital São Gonçalo, EPE, conforme resulta do artigo 1.º, n.º 1, alínea *b*), daquele Decreto-Lei.

40.º

Na prática, e após a fusão, as “*áreas físicas, conjugadas com os correspondentes elementos humano e patrimonial*” (fls. 4381, verso) dos extintos HPAVS e Hospital de São Gonçalo, EPE, passaram a constituir as duas “*unidades hospitalares*” (fls. 4381, verso) que integram o CHTS, conforme resulta do disposto no n.º 1 do artigo 1.º do “Regulamento Interno do Centro Hospitalar Tâmega e Sousa, EPE”, o qual se encontra junto aos autos de fls. 4381 a 4408, verso, e foi aprovado nos termos do disposto no artigo 7.º do *supra* referido Decreto-Lei n.º 326/2007 (fls. 3520), e homologado em 22.07.2008, pelo Senhor Secretário de Estado Adjunto e da Saúde.

41.º

Consta desse identificado Regulamento Interno, que o CHTS tem como missão “*a prestação de cuidados de saúde em tempo útil a todos os cidadãos no âmbito das responsabilidades e capacidades das unidades hospitalares que o integram, dando execução às definições de política de saúde a nível nacional e regional, aos planos estratégicos e decisões superiormente aprovados*” (artigo 2.º, n.º 1, a fls. 4381, verso).

42.º

A sua “*área base de influência [...] sem prejuízo do seu grau de diferenciação e do seu posicionamento no contexto das diversas Redes de Referência do Serviço Nacional de Saúde, do direito de escolha reconhecido aos doentes ou da organização específica que venha a ser adoptada para cobertura de urgência*” é constituída “*pelos concelhos de Paredes, Penafiel, Paços de Ferreira, Lousada, Felgueiras, Marco de Canaveses, Castelo de Paiva, Amarante, Baião, Cinfães e Resende*” (artigo 6.º, n.º 1, a fls. 4383).



2. Identificação das Arguidas

2.1. BAXTER – Médico Farmacêutica, Lda.

43.º

A Arguida BAXTER – Médico Farmacêutica, Lda. (doravante, BAXTER) tem por objecto a *“importação, exportação, preparação, fabricação, distribuição e venda de medicamentos e produtos laboratoriais, bem como materiais, aparelhos e instrumentos médico-cirúrgicos e para uso laboratorial. No exercício da sua actividade social [...] pode não só participar no capital social de outras sociedades, mas também adquirir e alienar participações no capital de outras sociedades, ainda que, tanto num caso, como no outro, tais sociedades tenham objecto social diferente, associar-se a quaisquer pessoas singulares ou colectivas ou a quaisquer agrupamentos complementares de empresas, associações em participação ou consórcios ou entidades de natureza semelhante, em particular na sua administração e fiscalização”*, conforme resulta do teor da “Certidão Permanente” dessa sociedade, emitida em 16.05.2009, constante de fls. 5075 a fls. 5079 dos autos.

44.º

A BAXTER possui a Autorização n.º A005/95, de 10 de Novembro de 1995, concedida pelo INFARMED (actualmente INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P.), para o exercício da actividade de distribuição por grosso de medicamentos de uso humano, com exclusão dos medicamentos contendo substâncias psicotrópicas e/ ou estupefacientes, que se encontram sujeitos a legislação especial, conforme resulta do teor dessa Autorização, a fls. 247 dos autos.

45.º

A BAXTER insere-se no denominado “GRUPO BAXTER”, sendo detida em 99,99% pela BAXTER, SA, sociedade de direito belga, a qual é, por sua vez, detida em 99,64% pela BAXTER WORLD TRADE CORPORATION (doravante, BWT), sociedade constituída de acordo com as leis do Estado de Delaware, Estados Unidos da América.

46.º

A BWT é detida a 100% pela BAXTER INTERNACIONAL INC., também constituída de acordo com as leis do Estado de Delaware, Estados Unidos da América, e “sociedade mãe” de todo o grupo



BAXTER, tudo conforme resulta da explicação dada pela *Baxter Healthcare, SA* (BH) (de fls. 3468 a fls. 3478), em resposta a ofício da Autoridade (este constante de fls. 3228 a 3230), no sentido de se apurar, quer a identificação das relações de controlo das sociedades integrantes do “Grupo Baxter”, quer a eventual existência de contratos, acordos, pactos, e/ou acordos de vontade, celebrados entre essa sociedade e a ora Arguida Baxter, ou entre quaisquer outras sociedades, pertencentes, ou não, ao “Grupo Baxter”, relativos a todos os aspectos relacionados com os direitos de distribuição e/ou comercialização, em território português, dos equipamentos FDS.

2.2. GLINTT – Business Solutions, Lda.

47.º

A Arguida GLINTT – Business Solutions, Lda. (doravante, GLINTT) denominava-se, à época da denúncia e da factualidade constante da mesma, CONSISTE – Gestão de Projectos, Obras, Tecnologias de Informação, Equipamentos e Serviços, Lda. (doravante, CONSISTE), tendo entretanto alterado a sua denominação social para GLINTT – Business Solutions, Lda., alteração que registou junto da Conservatória do Registo Comercial, em 20.08.2008, através da apresentação n.º 2/20080820.

48.º

A GLINTT tem por objecto a “[g]estão e realização de projectos de engenharia e de obras, execução de trabalhos de construção civil e fornecimentos, fiscalização de obras e sua manutenção, por conta própria ou para terceiros; [a] gestão e prestação de serviços de assessoria e consultoria informática, bem como a importação e exportação, representação, compra, venda, revenda, aluguer, distribuição e comércio de equipamentos para as farmácias, empresas e instituições prestadoras de cuidados de saúde”, tudo conforme resulta do teor da “Certidão Permanente” dessa sociedade, emitida em 11.11.2009, constante de fls. 4785 a fls. 4795 dos autos.

49.º

Atendendo à alteração de designação social e por facilidade de expressão, doravante, todas as referências feitas à CONSISTE na presente Decisão, incluindo as constantes dos elementos probatórios, são substituídas pela referência à GLINTT.



2.3. Situação económica das Arguidas

50.º

A Arguida BAXTER declarou um volume de negócios, realizado no exercício de 2009, de €9.686.451,00 (nove milhões, seiscentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e cinquenta e um euros), conforme resulta do teor de fls. 5567 dos autos.

51.º

A Arguida GLINTT declarou um volume de negócios, realizado no exercício de 2009, de €51.396.165,00 (cinquenta e um milhões, trezentos e noventa e seis mil, cento e sessenta e cinco euros), conforme resulta do teor de fls. 5089 dos autos.

3. O Contrato celebrado entre as Arguidas

52.º

[CONFIDENCIAL]

53.º

[CONFIDENCIAL]

54.º

[CONFIDENCIAL]

55.º

[CONFIDENCIAL]

56.º

[CONFIDENCIAL]

57.º

[CONFIDENCIAL]



58.º

Tendo sido inquirida nesse sentido, a GLINTT afirmou que nunca foram efectuados posteriores aditamentos ao Contrato, pelo que “*não (...) existem novas versões do [mesmo]*” (conforme resulta do teor das declarações da legal representante da GLINTT, a fls. 4413).

59.º

Este contrato veio a ser denunciado pela GLINTT, “*com efeitos a 10 de Novembro de 2009*”, conforme resulta do teor de carta enviada, em 29.06.2009, pela GLINTT à BAXTER, constante de fls. 2249 e 4428 dos autos (e por esse meio se considera provado).

60.º

A legal representante da GLINTT declarou, em sede de inquirições, que tal denúncia se tratou de “*uma decisão estratégica*” (conforme teor de fls. 4413).

61.º

Afirmou, ainda, que a GLINTT optou por não denunciar anteriormente o contrato, “*porque havia um interesse da Glintt em manter a parceria comercial com a Baxter, a qual seria sempre mais vantajosa comercialmente, por isso a Glintt continuou a cumprir com as suas obrigações contratuais para com a Baxter e a concorrer nos restantes concursos [apesar do incumprimento desta, traduzido em ter concorrido ao Concurso promovido pelo Hospital de S. Marcos]*” (fls. 4414).

62.º

Em sede de Resposta à Nota de Ilicitude, a Glintt reiterou que “*decidiu (...) que o contrato com a Baxter poderia servir os seus interesses estratégicos de expansão da sua actividade principal*”, tendo denunciado o contrato no momento em que “*conseguiu passar a representar outra máquina totalmente automática, igualmente certificada com a marca CE, que pudesse ser vendida aos hospitais portugueses*” (conforme resulta de 34. e 35. da sua Resposta, a fls. 5311 dos autos).

63.º

A BAXTER, inquirida sobre este assunto, afirmou que “*a GLINTT terá denunciado o contrato (...) por (...) estar a analisar outras possibilidades de mercado (...)*” (conforme teor de fls. 4420), tendo



ainda a Dra. Paula Almeida acrescentado “*ter-lhe sido comunicado [pela GLINTT] que seria a própria frustração dos objectivos previstos nos contratos [a motivar a denúncia]: a Glintt não conseguiu cumprir as vendas previstas para os equipamentos. O único equipamento que a Glintt conseguiu vender, desde 2005 a 2009, foi o da Covilhã. A Baxter vendeu três equipamentos*” (conforme teor das declarações de fls. 4465).

64.º

Em sede de Resposta à Nota de Ilicitude, a Baxter reiterou o que anteriormente defendera a este propósito, referindo que a “*denúncia operada pela Glintt terá ocorrido unicamente por razões de estratégia comercial (...) nomeadamente devido ao facto de ter decidido procurar outros distribuidores de equipamentos equivalentes*” (conforme resulta de 23. da sua Resposta, a fls. 5390 dos autos).

65.º

Relativamente ao enquadramento do contrato celebrado entre as Arguidas e aos motivos para a sua celebração, a Arguida Baxter, na Resposta à Nota de Ilicitude, refere que *i)* se apercebeu ser necessário desenvolver esforços para reforçar o mercado com equipamentos de tecnologia avançada; *ii)* nesse sentido, uma das empresas do grupo Baxter negociou com a Automed a distribuição exclusiva em Portugal dos equipamentos FDS; *iii)* posteriormente, a Baxter celebrou o contrato com a Glintt, conferindo a esta o direito de comercialização daqueles produtos; *iv)* tendo a Baxter pretendido com o contrato, segundo afirma, “*contribuir para o aumento da eficiência do serviço a prestar e para a redução dos custos associados à dispensa e gestão de medicamentos*”, conforme tudo resulta do teor de fls. 5387 a fls. 5389.

66.º

Também a Arguida Glintt explica, na sua Resposta, os motivos da celebração do contrato em análise, afirmando que *i)* como já estava presente no sector hospitalar através da venda de vários produtos, teve interesse em maximizar a utilização da prescrição electrónica, através da venda dos equipamentos FDS; *ii)* tratando-se de um negócio meramente residual na actividade global da Glintt, conforme resulta do teor de fls. 5309 a fls. 5312.



67.º

No que se refere, especificamente, à interpretação das expressões “*preço Glintt*” e “*preço de mercado*” constante do Anexo II ao Contrato, a Arguida GLINTT afirmou, em sede de inquirições, que “o «*preço Consiste*» se referia ao preço praticado pela Baxter nas vendas dos equipamentos à (...) Glintt e o «*preço de mercado*» traduzia o preço a que a Glintt deveria vender o equipamento ao cliente final (*pvp*)” (conforme teor de declarações de fls. 4416).

68.º

A GLINTT acrescentou, ainda, que **nunca existiram** “*dúvidas para [esta empresa] que os preços constantes do contrato eram preços obrigatórios, posição sempre manifestada pela Baxter à Glintt, tendo a Glintt cumprido sempre o contrato nessa perspectiva*” (negrito nosso) (conforme teor das declarações de fls. 5001. *Vide*, ainda, neste sentido, o teor de declarações de fls. 4781 e de fls. 4832).

69.º

Já em sede de Resposta à Nota de Ilicitude, a Arguida Glintt, através dos seus mandatários, vem, de forma algo contraditória, afirmar, por um lado, que “*não resulta qualquer indício de que os preços praticados fossem preços fixos convencionados no contrato e/ou impostos pela Baxter à Glintt*”⁴ (conforme resulta de 85. da sua Resposta, a fls. 5320 dos autos).

70.º

E, por outro lado, afirma, nessa sua Resposta, que a Glintt interpretou o contrato de forma a “*que o preço a apresentar em concursos públicos deveria ser sempre o preço (...) indicado no contrato*” (conforme resulta de 80. da sua Resposta, a fls. 5319 dos autos).

71.º

Acrescenta, ainda, a Glintt, nessa sua Resposta, que em momento algum contesta os factos que lhe foram imputados (conforme resulta de 21. da sua Resposta, a fls. 5308 dos autos).

⁴ Note-se que esta é uma afirmação feita de forma conclusiva pelos mandatários da Arguida Glintt, em data posterior à cessação do contrato e que não resulta da interpretação que foi feita pelas partes nem se retira dos efeitos produzidos pela execução do mesmo.



72.º

Posteriormente, e no decurso da audição oral, a legal representante da Glintt veio, mais uma vez, afirmar que “*mantinha as declarações anteriormente prestadas quanto ao facto (...) de os preços estabelecidos no contrato celebrado com a Baxter serem fixos (...)*”, (conforme resulta do teor de fls. 55543).

73.º

O que significa que, não obstante as alegações – contraditórias, repita-se – dos mandatários da Glintt, a legal representante desta empresa sempre admitiu que a Glintt interpretou o contrato, e agiu no mercado, consciente de que a vontade das partes, aquando da celebração, e execução do mesmo, era a de fixar o preço a que a Glintt poderia comercializar o equipamento FDS.

74.º

No que concerne à Arguida BAXTER, esta afirmou, nas declarações prestadas, “*tratar-se do preço máximo de mercado que a Baxter praticava e que foi estabelecido como preço máximo a praticar no mercado pela Glintt*” (conforme teor de declarações de fls. 4413 e de fls. 4464).

75.º

Esta posição foi reiterada na Resposta à Nota de Ilícitude (conforme resulta, de entre outros, do teor de fls. 5409).

76.º

Em momento posterior à sua assinatura, e na sequência do *supra* descrito contrato celebrado entre as Arguidas (*vide, supra*, 55.º e 56.º da presente Decisão), ambas apresentaram propostas, simultaneamente mas cada uma por si, a três concursos públicos de fornecimento hospitalar, nos termos *infra* enunciados.



4. Execução do contrato celebrado entre as Arguidas

77.º

O contrato *sub judicio*, celebrado entre as Arguidas, foi efectivamente por ambas executado, conforme resulta da análise dos concursos públicos a que ambas (ou apenas uma delas) concorreram, e que serão *infra* analisados.

4.1. Concursos em que ambas as Arguidas apresentaram propostas

78.º

Os três concursos públicos que serão analisados neste ponto 4.1. foram abertos, pelas respectivas entidades hospitalares, no âmbito da sua candidatura ao *Programa Operacional Saúde – Saúde XXI*.

79.º

O *Programa Operacional Saúde – Saúde XXI* consistiu em um programa operacional integrado, que envolveu a participação de dois fundos comunitários – Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) e Fundo Social Europeu (FSE) – e procurou responder a necessidades existentes congregando medidas para a resolução de problemas concretos, com significado no estado de saúde dos cidadãos e no funcionamento do sistema de saúde português. O Programa Operacional Saúde XXI encontra-se detalhadamente explicado na Nota de Ilicitude, para a qual, nesse ponto, ora se remete, dando-se a mesma na íntegra por reproduzida para todos os efeitos legais (*vide*, ponto 4.1. da Nota de Ilicitude, de fls. 5127 a fls. 5130 dos autos).

4.1.1. O Concurso Público n.º 600040, promovido pelo Hospital de São Marcos

80.º

O Hospital de São Marcos, em Braga, fez publicar, em 12.6.2006, no Diário da República n.º 113, III Série, o anúncio de abertura de um Concurso Público, que tinha como objecto o “*Fornecimento de sistema automatizado para embalagem/ dispensa de medicamentos em dose unitária ao Hospital de São Marcos de Braga*” (conforme resulta da secção II, ponto 1.1., do anúncio de abertura desse concurso, a fls. 3147 dos autos).



81.º

De acordo com o programa desse concurso, e suas cláusulas técnicas (fls. 3144 a fls. 3173), as propostas deveriam incluir, entre outras questões, (i) o preço unitário; (ii) o preço total em euros; (iii) o número de unidades por embalagem; e (iv) outros aspectos que as empresas proponentes considerassem relevantes (*vide*, por todos, fls. 3160).

82.º

As propostas apresentadas a concurso seriam recebidas até ao dia 24.07.2006, conforme resulta da secção IV, ponto 3.4., do anúncio desse concurso (*vide*, fls. 3148).

83.º

Ambas as Arguidas apresentaram as suas propostas no último dia de que dispunham para o efeito, conforme resulta do teor de fls. 4434 dos autos, no que se refere à Arguida BAXTER, e de fls. 4425 dos autos, relativamente à Arguida GLINTT.

84.º

As propostas foram abertas no dia 25.07.2006, conforme resulta do teor da Acta n.º 2, referente a esse Concurso Público, de fls. 3221 a 3222 dos autos, constando *ipsis verbis* do teor dessa acta que “[n]o acto público de abertura da proposta esteve presente o representante da firma [GLINTT] Sr. José Meireles” (fls. 3221).

85.º

No decurso do acto público de abertura das propostas “foi lida a lista dos concorrentes”, a saber, as duas Arguidas, e só estas (fls. 3221), tendo o júri deliberado, após ter verificado que as mesmas tinham entregue todos os documentos exigidos no programa e caderno de encargos, “admitir [as duas] concorrentes, visto cumprirem todas as formalidades legais” (fls. 3222).

86.º

Ainda no decurso desse acto público, procedeu-se à “abertura dos invólucros nos quais se encontra[vam] as propostas”, as quais foram abertas e rubricadas pelo júri e, “após a sua análise formal, foram [ambas] admitidas” (fls. 3222).



87.º

Posteriormente, em 17.08.2008, o Júri do concurso reuniu “*para proceder (...) à aplicação dos critérios de selecção [d]as propostas recebidas*”, conforme resulta do teor da acta n.º 3 relativa a esse concurso público n.º 600040, constante de fls. 3223 e fls. 3224 dos autos.

88.º

As empresas concorrentes – as ora Arguidas – submeteram a esse concurso uma proposta de fornecimento de equipamento idêntico: o já *supra* referido FDS 330.

89.º

Para esse equipamento, a BAXTER apresentou uma proposta no valor total global de €259.495,00 (+ IVA), conforme resulta do teor da sua proposta, de fls. 3176 a fls. 3184 dos autos (*vide, a fortiori*, teor de fls. 3177), e a GLINTT apresentou uma proposta no valor total global de €265.982,00 (+ IVA)⁵ (fls. 3208), conforme resulta do teor da sua proposta, constante de fls. 3185 a fls. 3217 dos autos.

90.º

A Arguida Glintt, apresentou-se, pois, a este concurso público com o preço que lhe foi contratualmente estabelecido para o ano de 2006 [conforme o antecedente artigo 59.º, vii)].

91.º

O júri daquele Concurso promovido pelo Hospital de São Marcos decidiu propor a adjudicação à BAXTER, por “*apresenta[r] melhor preço*” (conforme consta do teor da já *supra* referida acta n.º 3 , a fls. 3223 e fls. 3224 dos autos).

92.º

Em consequência, foi celebrado, em 23.10.2006, entre a Arguida BAXTER e o Hospital de São Marcos, o Contrato n.º 38/2006, através do qual a BAXTER se comprometeu a fornecer àquele

⁵ Relembre-se que resulta do Contrato celebrado pelas Arguidas que o “*preço de mercado*”, ou preço de revenda, do equipamento FDS 330, para o ano de 2006, seria esse preço de €265.982,00 (+ IVA) (*vide, supra*, 57.º da presente Decisão).



Hospital um equipamento FDS 330, pelo preço de €259.495,00, acrescido de IVA à taxa legal de 21% (vide, artigos 4.º e 9.º desse contrato, de fls. 3639 a fls. 3640 dos autos).

93.º

Para mais pormenores sobre os trâmites deste concurso, vide, ponto 4.2. da Nota de Ilicitude (de fls. 5130 a fls. 5132 dos autos), para o qual se remete e se dá na íntegra por reproduzida para todos os efeitos legais.

4.2. O Concurso Público n.º 1440/2006, promovido pelo CHVRPR

94.º

O CHVRPR fez publicar⁶, em 28.06.2006, um Concurso Público que tinha como “*objecto a aquisição de um sistema de dispensa de medicamentos em unidose, que permita a reembalagem automatizada dos respectivos medicamentos, com gestão informática de stocks, para os Serviços Farmacêuticos*” daquele Centro Hospitalar (fls. 4056), conforme consta do artigo 1.º do Programa desse Concurso, de fls. 4055 a fls. 4068 dos autos.

95.º

As propostas seriam recebidas até ao dia 08.08.2006 (artigo 5.º, n.º 1, do Programa do Concurso), e deviam indicar, de entre outros, (i) a descrição completa, obrigatória, “*das características de todos os equipamentos propostos, bem como, as respectivas marcas e modelos*” (artigo 2.º, n.º 2, das Cláusulas Especiais do Caderno de Encargos – fls. 4073 dos autos); (ii) o “*preço total em euros e condições de pagamento*” (artigo 7.º, n.º 2, alínea a), do Programa – fls. 4059 dos autos); (iii) a menção expressa de “*que ao preço total acresce o IVA, indicando-se o respectivo valor e a taxa legal aplicável*” (artigo 7.º, n.º 7, do Programa – fls. 4059 dos autos); (iv) o preço, sem IVA, “*em algarismos e preferencialmente por extenso, prevalecendo em caso de divergência o expresso por extenso*” (artigo 10.º, n.º 2, do Programa – fls. 4060 dos autos); (v) a discriminação dos preços unitários, nomeadamente por equipamento e componentes complementares, equipamento/ módulos complementares, aplicações informáticas e formação dos utilizadores (artigo 6.º, alínea a), das Cláusulas Especiais do Caderno de Encargos – fls. 4074 dos autos); (vi) a “*capacidade de assistência técnica, quer no que diz respeito à substituição de peças avariadas, quer à equipa de técnicos*”

⁶ Em Diário da República, n.º 123, III Série (fls. 4043 e 4044 dos autos).



disponíveis” (artigo 2.º, n.º 3, alínea c), das Cláusulas Especiais do Caderno de Encargos – fls. 4073 dos autos); e (vii) as “*condições e preço anual para o contrato de manutenção a celebrar no fim do período de garantia*” (artigo 9.º, n.º 1, das Cláusulas Especiais do Caderno de Encargos – fls. 4076 dos autos), tudo conforme resulta do Programa de Procedimento desse Concurso, e Caderno de Encargos, de fls. 4055 a fls. 4079 dos autos.

96.º

Para mais pormenores sobre os trâmites deste concurso, *vide*, ponto 4.3. da Nota de Ilicitude (fls. 5133 a fls. 5143 dos autos), para o qual se remete e se dá na íntegra por reproduzida para todos os efeitos legais.

97.º

Ambas as Arguidas apresentaram as suas propostas no dia 07.08.2006, conforme resulta, respectivamente, do teor de fls. 4433 dos autos (Arguida BAXTER) e de fls. 4425 dos autos (Arguida Glintt).

98.º

As propostas recebidas foram abertas no dia 09.08.06, conforme consta do teor da Acta do Acto Público referente a esse Concurso Público (fls. 4080 e 4081 dos autos), referindo-se expressamente nessa acta que estiveram presentes nesse Acto Público os representantes da concorrente GLINTT (fls. 4080).

99.º

No decurso do referido acto público procedeu-se à identificação das concorrentes, a saber, as duas Arguidas, e só estas (fls. 4080), tendo ambas sido admitidas a concurso, após análise, por parte do júri, dos documentos entregues por cada uma (fls. 4080).

100.º

Ainda no decurso desse acto público, procedeu-se à “(...) *abertura dos invólucros (propostas propriamente ditas) (...)*”, as quais foram admitidas “*por satisfazerem os requisitos do concurso(...)*” (fls. 4081).



101.º

O júri deu “(...) *a conhecer o preço total de cada uma das propostas admitidas, tendo sido dada a oportunidade aos concorrentes e seus representantes para examinar a documentação apresentada(...)*” (fls. 4081), estando presentes, como vimos (fls. 4080), os representantes da GLINTT.

102.º

Cada uma das duas concorrentes, as ora Arguidas, apresentou uma proposta de idêntico equipamento, o já identificado FDS 330, tendo ambas ainda apresentado um preço final global também exactamente idêntico, de €259.495,00 (+IVA), conforme consta, respectivamente, do teor das propostas apresentadas pela BAXTER (fls. 4122 a fls. 4144) e pela GLINTT (fls. 4083 a fls. 4121).

103.º

A Arguida Glintt, apresentou-se, pois, a este concurso público com o preço que lhe tinha sido contratualmente estabelecido para o ano de 2005 [conforme o antecedente artigo 59.º, vi)].

104.º

Na proposta da Arguida GLINTT (fls. 4109) – a qual foi entregue em data posterior à abertura das propostas no concurso público analisado em 4.1. da presente Decisão⁷ –, esta começa por aí indicar, o preço total, sem IVA, de **€265.982,00**, referindo, posteriormente, e nessa mesma folha da sua proposta, o preço total, sem IVA, de **€259.495,00**, valor este que corrobora por escrito⁸.

105.º

Em sede de inquirições, a GLINTT explicou que a existência dos dois preços “*se tratou de um lapso sequencial ao facto de ter sido, inicialmente, a proposta elaborada com base nos preços contratualmente estabelecidos com a Baxter [para 2006] e por o início da elaboração da mesma ser anterior à conversa mantida com a Baxter, tendo posteriormente havido uma modificação da proposta*

⁷ Relembre-se que as propostas apresentadas ao referido concurso promovido pelo Hospital de São Marcos foram abertas no dia 25.07.2006 (*vide, supra*, 84.º), tendo estado presente nesse Acto Público o legal representante da Arguida GLINTT (*vide, supra*, 84.º), tendo esta apresentado a sua proposta ao Concurso Público ora em análise em 07.08.2006.

⁸ Recorde-se que as Arguidas fixaram, no contrato entre ambas celebrado, que a GLINTT venderia, em 2005, o FDS330 ao €259.495,00 (+ IVA), e em 2006 ao preço de €265.982,00 (+ IVA) (*vide, supra*, 57.º, 6.º e 7.º hífens, da presente Decisão).



para o preço do ano anterior. A partir de 2007, a actual Glintt passou a apresentar sempre o preço de 2006 (€ 265.982)” (negrito nosso) (conforme teor de declarações de fls. 4417).

106.º

Mais explica, nesse sentido, que “quando souberam que a Baxter concorrera ao concurso anterior [ao Hospital de S. Marcos] e a que preço o fizera - um preço inferior ao que tinha sido estipulado à Glintt e com o qual esta se apresentara no primeiro concurso (€ 265.982) - esta confrontou a Baxter. A Baxter [no decurso de uma reunião entre ambas as empresas] disse, então, à Glintt que tinha havido um erro e que, doravante, **esta poderia concorrer aos concursos com o preço estipulado no contrato para 2005, a saber, €259.495, valor com que a Baxter se tinha apresentado no primeiro concurso**” (negrito nosso) (conforme teor de declarações de fls. 4417).

107.º

Relativamente a esta questão, a Baxter, na Resposta à Nota de Ilicitude, afirmou que “não autorizou (...) a Glintt a praticar determinado preço, apenas esclareceu a mesma quanto aos preços que (...) praticava em 2006, e que correspondiam à tabela de 2005” (conforme resulta de 132. da sua Resposta, a fls. 5412 dos autos).

108.º

E acrescentou que a Glintt apresentou no concurso promovido pelo Hospital de S. Marcos o preço que pensava que ia ser praticado pela Baxter, e que alterou o preço proposto ao concurso promovido pelo CHVR para coincidir com o preço apresentado pela Baxter (conforme resulta de 130. e 131. da sua Resposta, a fls. 5412 dos autos).

109.º

Este argumento da Arguida Baxter não é credível, na medida que a Arguida Glintt, tendo como objectivo contratual para 2006 a venda de 3 equipamentos FDS, se pudesse estipular livremente o preço das suas propostas aos concursos públicos, nunca iria concorrer com um preço idêntico ao da sua concorrente, mas com um preço inferior.



110.º

A Arguida Glintt concorreu, pois, a este concurso público, com o preço que lhe foi estabelecido pela Baxter.

111.º

Relativamente aos contratos de manutenção, ambas as Arguidas apresentaram a mesma proposta⁹, composta por cinco alternativas, três das quais incluem peças e mão-de-obra – proposta A, B e E –, e outras duas, que só incluem mão-de-obra – proposta C e D –, conforme, *infra*, **Tabela 1**.

Tabela 1 – Custo Total Anual sem IVA, referente ao contrato de manutenção apresentado por cada uma das Arguidas ao Concurso Público n.º 1440/2006, promovido pelo CHVRPR

Proposta	Serviço Proposto	Material Incluído	Intervenção	Custo (€) Baxter	Custo (€) Glintt
A	Manutenção preventiva (2/ano) Manutenção curativa (todas as necessárias)	Todas as peças necessárias às manutenções preventivas e curativas	2ª a 6ª feira – das 9 às 18 horas	18.070,00	18.070,00
B	Manutenção preventiva (2/ano) Manutenção curativa (todas as necessárias)	Todas as peças necessárias às manutenções preventivas e curativas	24 horas/ dia 365 dias/ ano	21.950,00	21.950,00
C	Manutenção preventiva (2/ano) Manutenção	Não se incluem peças	2ª a 6ª feira – das 9 às 18 horas	14.990,00	14.990,00

⁹ Conforme resulta do teor das referidas propostas, inseridas, respectivamente, a fls. 4125 a proposta de manutenção da BAXTER, e a fls. 4107 e 4108, a proposta de manutenção da GLINTT.



	curativa (todas as necessárias)				
--	---------------------------------	--	--	--	--

112.º

A proposta de manutenção da GLINTT é subscrita pela BAXTER, uma vez que é esta que assegura a manutenção do equipamento em causa nos contratos a serem celebrados pela GLINTT, conforme resulta, quer do teor da cláusula terceira, n.º 1, do Contrato firmado entre as Arguidas¹⁰, quer da declaração apresentada a esse concurso pela GLINTT, em anexo à sua proposta, através da qual a BAXTER “*declara (...) em como assume o compromisso legal de prestar a assistência de manutenção nas condições e preços indicados*” (fls. 4121).

113.º

Pelo que, na verdade, e no que ao contrato de manutenção diz respeito, incluindo-se neste os valores unitários dos consumíveis, os quais mais não são do que as aí referidas “*peças*” – estas não incluídas em algumas das alternativas da proposta de manutenção (“D” e “E”) –, não estamos perante duas propostas de valor idêntico, mas de uma única proposta, subscrita pela BAXTER, e apresentada por ambas as proponentes/ora Arguidas.

114.º

Em sede de inquirições, a Arguida GLINTT veio confirmar esta situação, explicando que, “*relativamente aos preços estabelecidos para as peças e componentes dos equipamentos constantes das propostas aos concursos, (...) essa situação se deve ao facto de os mesmos serem fornecidos directamente pela Baxter, ao abrigo de contrato de manutenção e de garantia dos equipamentos, a qual, como tal, estabelecia os preços*”. E acrescentou que “*a prova da boa fé da Glintt denota-se, desde logo, nas referências explícitas nas suas propostas às condições da Baxter, designadamente ao nível da manutenção dos equipamentos*” (conforme teor de declarações de fls. 4414).

115.º

A Arguida Baxter explicou, ainda, que “*a Glintt conhec[ia] os preços dos respectivos componentes das máquinas (os quais apresentou nas propostas dos concursos públicos) [apesar de] os mesmos não*

¹⁰ Aí se refere, sob a epígrafe “*Apoio e assistência técnica*”, que a “*BAXTER reserva para si a instalação, a assistência e o apoio técnico de todos os Produtos comercializados*”.



est[arem] contidos no Anexo [II ao Contrato, na medida em que] os preços em causa constam da tabela de preços de assistência técnica do produto em causa, (...) que foram em devido tempo comunicados à Glintt, uma vez que o contrato em análise prevê que a Baxter reserva para si a instalação, assistência e apoio técnico de todos os produtos comercializados” (conforme teor de declarações de fls. 4422).

116.º

Perante tudo o que acaba de se referir relativamente ao contrato de manutenção apresentado por ambas as Arguidas nos concursos (e que já constava de 76.º e 77.º da Nota de Ilicitude), não se compreende como pode a Arguida Baxter afirmar, como faz na Resposta à Nota de Ilicitude, que a Autoridade faz uma “*alegação de conluio baseada na identidade das propostas de assistência*”, conforme resulta de entre outros, de 51. da Resposta da Baxter, a fls. 5395 dos autos.

117.º

Como ficou referido *supra*, em 113.º da presente Decisão, no que concerne ao contrato de manutenção/ assistência, ambas as proponentes, ora Arguidas, concorreram com o mesmo contrato de manutenção, subscrito pela Baxter, pelo que a identidade de preços nesse contrato é justificável.

118.º

Após análise das propostas apresentadas, e constatação de que as mesmas “*eram idênticas, incluindo o valor do contrato de manutenção (preventivo e curativo)*”, o júri desse concurso “*(...) entendeu poder estar perante uma situação de desrespeito da Lei da Concorrência, e tendo tido conhecimento que situações similares se encontra[va]m em processo de averiguações pela [Autoridade], deliberou propor ao Conselho de Administração [da entidade hospitalar em causa, o CHVRPR] (...) a suspensão [daquele] concurso”* (conforme resulta do teor da “Acta da Primeira Reunião do Júri Nomeado” no âmbito desse concurso público, de 22.10.2006, a fls. 4145 dos autos), tendo sido “*autorizada em (...) [reunião de Conselho de Administração] de 26.10.2006 a suspensão proposta*”, conforme resulta do teor de despacho manuscrito pelo Senhor Presidente do Conselho de Administração daquela entidade hospitalar, a fls. 4145.



119.º

Na sequência da decisão daquele Centro Hospitalar de suspender o concurso em causa, e visto tratar-se de um Concurso Internacional financiado pelo “*Projecto Saúde XXI*”, o vogal executivo do Conselho de Administração do CHVRPR, Manuel Maria Antunes Pimentel, dirigiu ofício ao Gestor do referido “*Projecto Saúde XXI*”, com vista à reprogramação física e financeira do projecto anteriormente aprovado, conforme resulta de fls. 4149 a fls. 4156.

120.º

Nesse sentido, o Presidente do Conselho de Administração do CHVRPR afirmou, em 28.11.2006, que “*contactou (...) o gestor do projecto do programa Saúde XXI no sentido de eventual esclarecimento para o problema futuro, dado que são fundos internacionais, e haver eventual problema por os preços serem exactamente os mesmos apresentados por duas empresas concorrentes, concorrendo, por sua vez, com o mesmo equipamento*”, acrescentando que, posteriormente e “*tendo conhecimento da mesma situação noutra hospital, o Conselho de Administração entendeu suspender de imediato a decisão de adjudicação*”, e procedeu, de imediato, à “*reprogramação da candidatura Saúde XXI, optando por outro sistema diferente do «FDS», a saber de tipo «Kardex» (...)*”.

121.º

Afirmou, ainda, que na sequência da suspensão do concurso “*as empresas [ora Arguidas] foram efectivamente chamadas ao CHVRPR (...) recordando-se aliás que teve reuniões separadas, mas no mesmo dia, em Setembro [de 2006], no sentido de solicitar esclarecimentos e o porquê de concorrerem exactamente com o mesmo preço no concurso*”, não tendo a “*resposta dada pelas empresas [sido] esclarecedora*”, tudo conforme resulta do teor dessas declarações, de fls. 3236 e fls. 3237 dos autos.

122.º

No que a essas reuniões diz respeito, esclareceu a Directora do Serviço de Aprovisionamento do CHVRPR, Dra. Sara Alexandra Costa Mota, em declarações por si prestadas à Autoridade, nesse mesmo dia 28.11.2006, que “[*a*]pós o contacto com a Saúde XXI, (...) marcou reuniões com representantes das duas empresas [ora Arguidas e proponentes naquele concurso que havia sido



suspenso], *que se realizaram no dia 18 de Setembro [de 2006], conforme cópia da sua agenda que junta cópia*” (fls. 3239)¹¹.

123.º

Mais acrescentou nessas suas declarações prestadas à Autoridade, que a *“primeira reunião ocorreu com a representante da BAXTER, de nome Suzel Campos, tendo-lhe sido questionada a razão desta identidade de propostas e preços, não tendo sido apresentada qualquer justificação (...)”*, tendo essa representante da BAXTER referido que *“não sabia e que tinha sido apanhada de surpresa por a BAXTER e a [GLINTT] terem apresentado os mesmos valores no concurso e, conseqüentemente, não tinha qualquer explicação ou justificação(...)”* (fls. 3239).

124.º

E que, *“[s]eguidamente a essa reunião, teve de imediato uma reunião com os representantes da [GLINTT], Daniel Basto e Rogério Trindade, que referiram que a casa-mãe do equipamento (FDS) teria também concedido o direito à [GLINTT] para a distribuição do equipamento em Portugal, mas que a formação dos utilizadores e manutenção do equipamento seria ainda um exclusivo da BAXTER Portugal. Mas não justificaram a razão dos preços serem idênticos, nem quanto ao equipamento, nem quanto à manutenção e formação”* (fls. 3239), tudo conforme resulta do teor dessas declarações da identificada Directora do Serviço de Aprovisionamento do CHVRPR, de fls. 3238 a fls. 3240 dos autos.

125.º

Em sede de inquirições, a Arguida BAXTER afirmou que só terá *“tido conhecimento da apresentação das propostas aos concursos públicos em causa por parte da actual Glintt, aquando do envio das cartas dos respectivos Hospitais. No entanto, recorda-se de a Baxter ter justificado a um dos Hospitais a sua candidatura com base no facto de desconhecer se o contrato celebrado com a Glintt iria ou não ser renovado”* (conforme teor de declarações de fls. 4423).

¹¹ De fls. 3241 dos autos consta cópia dessa página da agenda da identificada Dra. Sara Mota, onde se pode ler: *“12/09/06 [...] 18/ 11:30h – seg.-feira → Baxter... [...] 12h – seg.-feira → [GLINTT] → FDS”*.



126.º

No entanto, a Arguida GLINTT afirmou que, enquanto a “*Baxter apresent[ou] as suas propostas à revelia da Glinti*” (conforme teor de declarações de fls. 4414), aquela sabia, previamente que a GLINTT ia apresentar propostas aos concursos em análise, o que comprova através do teor de e-mails trocados entre ambas as Arguidas, e através dos quais a Arguida GLINTT coloca questões à Arguida BAXTER relativamente à proposta a apresentar ao “*Concurso do Hospital Padre Américo-Penafiel*”, e esta responde aos mesmos, conforme resulta do teor desses e-mails (e-mail de Rogério Trindade, da GLINTT, para José Estevão da BAXTER, com conhecimento a Daniel Basto, da GLINTT, de dia 11.08.2006, às 18h56; e-mail de Rogério Trindade, da GLINTT, para Isabel Camões, da BAXTER, com conhecimento a Daniel Basto, da GLINTT, de dia 11.08.2006, às 19h22; e-mail de Isabel Camões, da BAXTER, para Rogério Trindade, da GLINTT, com conhecimento a Daniel Basto, da GLINTT, de dia 16 de Agosto de 2006, às 9h17; e e-mail de Susana Matos, da BAXTER, para Rogério Trindade, da GLINTT, com conhecimento a Isabel Camões e Duarte Castelo, de dia 17 de Agosto de 2006, às 16h48), juntos aos autos, de fls. 4778 a fls. 4780 (e por esse meio se considera provado).

127.º

A Arguida Baxter afirma, na Resposta à Nota de Ilicitude que não lhe estava contratualmente vedada a apresentação de propostas a concursos públicos, conforme 27. e 28. da sua Resposta, a fls. 5391.

128.º

No entanto, tal interpretação é contraditada pela própria Baxter quando afirma (como veremos, *infra*, em 154.º da presente Decisão), que “[n]os termos [de um] *Contrato celebrado entre as sociedades BAXTER e [GLINTT], caberia à [GLINTT] apresentar uma proposta relativamente aos produtos em causa no âmbito do procedimento [em análise], já que normalmente a BAXTER apenas pode vendê-los directamente*”.

129.º

No âmbito da reprogramação da candidatura daquela entidade hospitalar ao “*Projecto Saúde XXI*”, a qual foi entretanto “*autorizada por despacho de 29.12.200[6] de Sua Excelência a Secretária de Estado Adjunta e da Saúde*” (conforme resulta do teor do ofício dirigido pelo Gestor daquele Projecto



ao Presidente do Conselho de Administração daquele Centro Hospitalar, a fls. 4146), o CHVRPR realizou dois outros procedimentos concursais, o Concurso Público Internacional n.º 1532/2006¹² e o Processo de Aquisição n.º 1509/2006¹³.

130.º

O referido Concurso Público Internacional n.º 1532/2006 teve por objecto a aquisição de um “*Sistema automático para dispensa de medicamentos intra-hospitalar, que permita, entre outros, a gestão informática de stocks*” para o CHVRPR, EPE, conforme consta do artigo 1.º, n.º 1, do Programa desse Concurso, de fls. 4177 a fls. 4190 dos autos.

131.º

Apresentaram propostas a esse Concurso as sociedades *GRIFOLS* e *LUSOPALEX* (fls. 4241), conforme resulta do teor da “*Acta da Segunda Reunião do Júri Nomeado*” para esse Concurso, constante de fls. 4211 e fls. 4212 dos autos, tendo esse júri proposto a adjudicação no concurso em causa à *GRIFOLS*, a qual propusera o fornecimento de um equipamento *Medstation 3000*.

132.º

Essa proposta de adjudicação foi aprovada, tendo sido celebrado, em 28.12.2006, entre aquele Centro Hospitalar e a *GRIFOLS*, o “*Contrato Concurso Público n.º 1532/2006 – Sistema de Gestão Integrado do Circuito de Medicamentos e outros Produtos Farmacêuticos Hospitalares do Centro Hospitalar de Vila Real/ Peso da Régua, EPE*”, através do qual, e de entre outros, aquela firma forneceu ao CHVRPR o equipamento em causa, pelo preço de “*(...) 716.507,49 euros*” acrescidos de “*150.466,57 euros (...) referente[s] ao IVA*” (fls. 4219), conforme resulta do teor desse contrato, de fls. 4218 a fls. 4225 dos autos.

133.º

Relativamente ao identificado Processo de Aquisição n.º 1509/2006, o qual tinha por objecto a aquisição de um equipamento para fornecimento semiautomático de formas orais sólidas e injectáveis

¹² O respectivo anúncio de abertura foi publicado no Diário da República, II Série, n.º 188, de 28.09.2006 (fls. 4162 e fls. 4163)

¹³ O respectivo anúncio de abertura foi publicado, de entre outros, no “Jornal de Notícias”, de 10.08.2006, conforme resulta do teor de fls. 4253 e fls. 4254 dos autos.



de medicamentos em dose unitária (fls. 4253)¹⁴, apresentaram propostas as sociedades *LUSOPALEX* e *GRIFOLS*, tendo esse júri proposto a adjudicação à *GRIFOLS*, firma classificada em primeiro lugar.

134.º

Esta empresa apresentara uma proposta de dois equipamentos para fornecimento semiautomático de formas orais sólidas e injectáveis de medicamentos em dose unitária, pelo valor global de €82.078,60, acrescido de IVA à taxa legal, com oferta de uma reembaladora automática de medicamentos no valor de €16.000,00, tudo conforme resulta do teor da “*Acta da Segunda Reunião do Júri Nomeado*” para esse Processo de Aquisição, constante de fls. 4261 e fls. 4262 dos autos.

135.º

Essa proposta foi aprovada por Deliberação do Conselho de Administração daquele Centro Hospitalar, de 21.12.06, conforme resulta do teor dessa deliberação, a fls. 4263 dos autos.

4.3. O Concurso Público n.º 02/2006, promovido pelo HPAVS

136.º

O Concurso Público n.º 02/2006, aberto pela entidade hospitalar denunciante (à época HPAVS), tinha por objecto o fornecimento, montagem e parametrização de um equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos, a ser instalado nos Serviços Farmacêuticos daquele Hospital durante o ano de 2006.

137.º

O respectivo programa do concurso referia que a adjudicação seria efectuada segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, atendendo, por ordem decrescente, ao valor global da proposta; à sua adequação técnica às especificações solicitadas; às condições e prazo de garantia; às condições e encargos com a assistência *post* garantia; ao prazo de entrega, montagem e parametrização; aos preços unitários e condições de fornecimento dos respectivos consumíveis; e condições adicionais.

¹⁴ *Vide*, também, a Adenda a este Procedimento, com vista à aquisição de um outro equipamento idêntico, conforme resulta do teor de informação subscrita pela já *supra* identificada Directora do Serviço de Aprovisionamento desse Centro Hospitalar (*vide*, 122.º da presente). Dessa informação consta o Despacho de Autorização, manuscrito, em 14.12.2006, pelo Presidente do Conselho de Administração do CHVRPR, EPE (a fls. 4260 dos autos).



138.º

Do teor de cada proposta deveria constar, entre outros aspectos, (i) a marca e o modelo do equipamento proposto; (ii) a descrição completa desse equipamento, com a especificação exaustiva dos componentes e acessórios necessários para o seu pleno funcionamento; (iii) o preço unitário por item de equipamento, com seis casas decimais, sem IVA, acrescido da taxa de IVA aplicável e preço unitário final, com seis casas decimais, após aplicação da taxa de IVA; (iv) os encargos globais dos diversos equipamentos e componentes, salvaguardando uma margem de segurança de 20 *canisters* adicionais para necessidades imprevistas para além da capacidade máxima proposta por cada concorrente; (v) a descrição completa das condições de fornecimento, instalação, configuração, formação e apoio à utilização; (vi) a enumeração completa dos consumíveis exigidos para o funcionamento em pleno do equipamento, com indicação do seu carácter de exclusividade; e (vii) as condições e modalidades de assistência técnica após o termo do prazo de garantia; e encargos globais da proposta; tudo conforme resulta do artigo 8.º, n.º 2, do Programa do Concurso (de fls. 30 a fls. 32 dos autos).

139.º

Para mais pormenores sobre os trâmites deste concurso, *vide*, ponto 4.4. da Nota de Ilícitude (fls. 5143 a fls. 5152 dos autos), para o qual se remete e se dá na íntegra por reproduzida para todos os efeitos legais.

140.º

As propostas deveriam ser entregues até ao dia 21.08.2006, conforme resulta do artigo 6.º, n.º 1, do Programa do Concurso, a fls. 29.

141.º

As Arguidas apresentaram as suas propostas nesse dia 21.08.2006, conforme resulta, respectivamente, do teor de fls. 4435 dos autos, no que se refere à Arguida BAXTER, e do teor de fls. 4425 dos autos, relativamente à Arguida Glintt.



142.º

Ambas as concorrentes, ora Arguidas, visitaram as instalações do denunciante antes da entrega das respectivas propostas¹⁵, conforme resulta das declarações prestadas pelas duas Técnicas do CHTS, constantes de fls. 400 a 403 dos autos.

143.º

Ainda de acordo com o teor das declarações das duas funcionárias da entidade hospitalar denunciante (Liliana Rodrigues e Margarida Meireles), “a visita” da GLINTT “foi exaustiva e detalhada na análise das condições dos serviços para a instalação do equipamento” (fls. 401), e a visita da BAXTER “por não ter sido previamente agendada, foi menos exaustiva, quer quanto à própria verificação das condições existentes na farmácia hospitalar, quer quanto aos contactos com os restantes colaboradores dos serviços farmacêuticos” do denunciante (fls. 403).

144.º

As propostas foram abertas no dia 22.08.2006, conforme resulta do artigo 13.º, n.º 1, do Programa do Concurso, a fls. 36, bem como do teor da “Acta II - Acto Público” referente a esse Concurso, inserida a fls. 61 e fls. 62 dos autos.

145.º

Consta expressamente do teor dessa Acta II que estiveram presentes nesse Acto Público, quer a representante da firma BAXTER, Maria Suzel Carreira de Albuquerque de Campos, quer o representante da firma GLINTT, Daniel Henrique Ferreira Basto (fls. 61 dos autos).

146.º

No decurso do identificado acto público procedeu-se à identificação das concorrentes, as duas Arguidas, tendo ambas sido admitidas a concurso, após análise, por parte do júri, dos documentos entregues por cada uma (fls. 61 e 62).

¹⁵ De acordo com o preceituado no número 9 do artigo 8.º do Programa do Concurso ora em análise, a “apresentação da proposta pressupõe obrigatoriamente uma deslocação prévia aos Serviços Farmacêuticos do HPA-VS, EPE, para visualização das instalações existentes e conhecimento dos dados considerados relevantes para a configuração óptima do equipamento a propor” (conforme resulta do teor de fls. 33).



147.º

Ainda no decurso desse acto público, o júri “*deu a conhecer aos presentes o preço total de cada uma das propostas admitidas*” (fls. 62), estando presentes, como vimos (fls. 61), um representante de cada uma das Arguidas.

148.º

Da Acta III, referente à reunião ocorrida em 12.09.2006, com vista à apreciação detalhada das propostas apresentadas pelas empresas admitidas a concurso, resulta que o respectivo júri do concurso deliberou, após uma extensa e demorada análise das propostas apresentadas por ambas as concorrentes/ora Arguidas, propor à consideração superior a não adjudicação da única posição a concurso, por:

- a) Considerar inaceitáveis tais propostas, atendendo a que:
 - i. Envolviam encargos anuais em consumíveis exclusivos exageradamente elevados face à sua natureza intrínseca enquanto bens e à finalidade a que se destinavam, *maxime*, um encargo anual de cerca de €15.000,00 anuais com *fita de impressão* e *fita de empacotamento*, conforme resulta do teor dessa Acta III, fls. 63 e 64;
 - ii. Preconizavam encargos anuais com assistência técnica pós garantia desproporcionadamente elevados: nas propostas de ambas as Arguidas, a modalidade de assistência a eleger correspondia à respectiva proposta (b) de cada uma das empresas, as quais importavam um valor anual de encargos de €21.450,00 + IVA, conforme resulta do teor dessa Acta III, fls. 64;
- b) Lhe parecer prefigurar-se conluio entre as duas concorrentes/ora Arguidas, atendendo, nomeadamente, a que ambas as empresas assumiram, nos respectivos cadernos de encargos – e apesar de se terem apresentado a concurso com o mesmo equipamento (FDS 330) –, condições exactamente iguais na maioria dos elementos de referência obrigatória nas propostas, a saber:
 - i. Ambas as empresas apresentaram valores de encargos exactamente iguais no que se refere à alínea *f*) do n.º 1 do artigo 2.º das cláusulas técnicas do respectivo caderno de encargos do concurso em causa (“*encargos globais com e sem IVA, relativos ao equipamento objecto da proposta, com a especificação exhaustiva dos componentes e acessórios necessários para o seu funcionamento em pleno, e salvaguardando uma margem de segurança de 20 canisters adicionais para necessidades imprevistas*”): ambas



- as empresas apresentaram um valor de €259.495,00 + IVA¹⁶ de encargos globais, e um valor de €269.495,00 + IVA de encargos globais, com inclusão dos 20 *canisters* adicionais, conforme resulta do teor dessa Acta III, fls. 65;
- ii. Ambas as empresas apresentaram valores de encargos relativos aos consumíveis exigidos para o funcionamento em pleno do equipamento exactamente iguais, quer no que respeita à quantidade previsional por cada consumível exclusivo e respectivos preços unitários, quer no que concerne aos encargos globais previstos com esses consumíveis (ambas as empresas apresentaram, a este título, um valor de €15.000,00 + IVA, correspondentes a €3.000,00 relativos a *fita de empacotamento* e €12.000,00 relativos a *fita de impressão*), conforme resulta do teor dessa Acta III, fls. 65, bem como das respectivas propostas apresentadas (conforme resulta do teor de fls. 72 para a proposta da BAXTER, e de fls. 133 para a proposta da GLINTT);
 - iii. Ambas as empresas apresentaram valores de encargos relativos a condições e modalidades de assistência técnica após o termo do prazo de garantia exactamente idênticos: ambas apresentaram condições exactamente iguais no que se refere à tipologia de contratos de assistência disponíveis e aos respectivos encargos anuais (as propostas a eleger de cada uma das proponentes – a respectiva proposta (b) de cada uma – apresentam um idêntico valor anual de €21.450,00), conforme resulta do teor dessa Acta III (fls. 65 e 66), bem como das respectivas propostas apresentadas (conforme resulta do teor de fls. 74 para a proposta da BAXTER, e de fls. 130 para a proposta da GLINTT).

149.º

Com base na proposta do júri constante da acta referida no ponto antecedente, o Presidente do Conselho de Administração do denunciante solicitou parecer ao consultor jurídico daquele Hospital, o qual se pronunciou no sentido de acompanhar “*no essencial, a posição do Exmo. Júri do Concurso n.º 02/2006*”, propondo àquele Conselho “*a tomada de Deliberação de não adjudicação, com as (...) consequências legais, de notificação aos candidatos concorrentes e participação à Autoridade da Concorrência e demais entidades de notificação obrigatória*” (conforme consta de fls. 11).

¹⁶ Relembre-se, mais uma vez, que este valor corresponde ao preço, fixado no contrato celebrado entre ambas Arguidas, a que a GLINTT deveria vender, em 2005, o FDS330 (*vide, supra*, 57.º, **Erro! A origem da referência não foi encontrada.**, a presente Decisão).



150.º

O identificado consultor fundamentou a sua posição por virtude de *“em 1º lugar, as coincidências de indicação acerca das características do HPA-VS, EPE no que respeita ao número de artigos em ficheiro-mestre e respectiva diversidade bem como no que concerne à capacidade instalada nos Serviços Farmacêuticos em termos de recursos humanos, estrutura física e dotação tecnológica (que resultaram, nomeadamente da análise dos colaboradores de cada um dos concorrentes), com apresentação de valores iguais, até à dezena e unidade de euros, é indício muito forte, presuntivo de conluio”* (conforme, fls. 10 dos autos).

151.º

Mais acrescentando que *“(...) a intensidade d[esse] indício sai reforçada (...) [pelo facto de] uma das concorrentes, a BAXTER, SA, [ser] a representante nacional do equipamento comercializado e a outra concorrente, a [GLINTT], [ser] uma agente comercial que sempre terá de adquirir o equipamento a fornecer, donde com diversidade de preços (...)”* (fls. 10), bem como pelo facto de *“ambas as concorrentes coincidirem nos preços nas diferentes modalidades de inclusão dos equipamentos adicionais dos designados 20 ‘canisters’ associados ao equipamento matricial”* (conforme, fls. 10 dos autos).

152.º

Resulta assim evidente que a Arguida Glintt concorreu também a este concurso público, com o preço que lhe foi contratualmente estabelecido pela Baxter.

153.º

A denunciante notificou ambas as proponentes, ora Arguidas, em 26.09.2006, da sua decisão de não adjudicação no concurso em causa, conforme resulta do teor dessas notificações, de fls. 12 a 15 (BAXTER) e de fls. 16 a fls. 19 (GLINTT).

154.º

Em resposta a essa notificação, a Arguida BAXTER assegurou *“que não se verificou qualquer conluio ou qualquer intenção em influenciar os preços em detrimento do HPA [ora denunciante]”,* porquanto, *“[n]os termos [de um] Contrato celebrado entre as sociedades BAXTER e [GLINTT], caberia à*



[GLINTT] *apresentar uma proposta relativamente aos produtos em causa no âmbito do procedimento [em análise], já que normalmente a BAXTER apenas pode vendê-los directamente”.*

155.º

Mais referiu que, como não podia determinar “*à data da apresentação das propostas (...) se o referido contrato seria renovado*”¹⁷, decidiram “*apresentar ambas [as ora Arguidas] uma proposta, de forma a assegurar que, em todo o caso, não existiria qualquer entrave ao fornecimento do produto em causa ao HPA caso a adjudicação viesse a ocorrer em data posterior a uma eventual cessação do vínculo contratual*”, conforme resulta do teor da carta enviada pela BAXTER ao HPA-VS, EPE, em 26.10.2006, constante de fls. 3139 a fls. 3141 dos autos.

156.º

Por seu lado, a Arguida GLINTT referiu a esse Hospital, através de carta de 28.11.2006, “*que nada [tinha] a acrescentar às informações transmitidas pela BAXTER*”, tendo-se colocado, no entanto, à disposição da ora denunciante “*para qualquer outra informação ou clarificação adicional*”, conforme resulta do teor dessa carta, constante de fls. 3459 dos autos.

157.º

Ainda e em virtude da deliberação de não adjudicação, por todos os motivos já *supra* explanados, a ora denunciante viu-se forçada a apresentar a reprogramação física da sua candidatura ao *Programa Saúde XXI*, de modo a poder cumprir os objectivos que inicialmente propôs, tendo sido *forçada* a optar por um diferente equipamento.

158.º

Assim, em 12.10.2006, a denunciante enviou um ofício ao Dr. João Vargas Moniz, Gestor do Gabinete de Gestão do Saúde XXI, referindo que “*(...) verificou-se a necessidade de reequacionar alguns aspectos do projecto inicial por razões que se prendem com suspeitas de irregularidades processuais detectadas no âmbito do procedimento de aquisição por Concurso Público do item de equipamento [FDS 330]*” (fls. 3664), pelo que “*não poderão ser cumpridos os prazos e as formalidades previstos*

¹⁷ Recorde-se que o contrato em causa foi celebrado em 11.11.2005 e tinha a vigência de um ano, pelo que, se fosse denunciado por uma das partes para o termo do prazo, cessaria no dia 11.11.2006.



para um novo procedimento de iguais características e, supõe-se, de resultados provavelmente idênticos (...)” (fls. 3665).

159.º

Mais solicitou “deferimento à reprogramação física da candidatura (...) apresentada, de modo a cumprir com os objectivos que lhe estão inerentes, a qual envolverá naturalmente opções de equipamento diferentes” (fls. 3666), por virtude de “ (...) não serem as circunstâncias evocadas imputáveis ao HPA-VS, EPE, e dado ser imprescindível acautelar os interesses des[sa] unidade hospitalar, nomeadamente no que respeita à execução integral da candidatura já aprovada ao Programa Operacional Saúde – Saúde XXI (...)” (fls. 3665), tudo conforme resulta do teor desse ofício, constante de fls. 3664 a fls. 3666 dos autos.

160.º

No âmbito da reprogramação da sua candidatura, a denunciante iniciou, quer o Procedimento de Aquisição n.º 02/2006, relativo a “Equipamento para fornecimento semiautomático de formas orais sólidas e injectáveis de medicamentos em dose unitária”, quer o Procedimento de Aquisição n.º 04/2006, relativo a “fornecimento, montagem e parametrização de equipamentos de distribuição automatizada de medicamentos em meio hospitalar”, conforme resulta do “Extracto da Acta n.º 44, de 13.12.2006”, a fls. 3728.

161.º

No primeiro destes Procedimentos veio a ser adjudicado à empresa LUSOPALEX o fornecimento do equipamento semiautomático por esta comercializado, denominado “Megamat Megadosis 1044/279/18”, conforme resulta do teor da “Acta Final – Proposta de Adjudicação”, referente a esse procedimento, de 10.07.2006, e seus Anexos, de fls. 362 a fls. 399 dos autos.

162.º

Através do segundo Procedimento, foi adjudicado à ora Arguida GLINTT o fornecimento do equipamento denominado “Medstation 3000RX-6 gavetas base”, do equipamento “Medstation 3000 coluna auxiliar dupla com 8 portas”, e de um Remote Manager (com frigorífico incluído), conforme



resulta do teor da “Acta Final” referente a esse procedimento, de 13.12.2006 (fls. 3731 a fls. 3738), e seus anexos (fls. 3739 a fls. 3761).

163.º

O denunciante considera que da “*anulação e não adjudicação (...) no Concurso Público n.º 2/2006*” lhe advieram prejuízos com “*algum relevo financeiro, para além [de] custos indirectos não calculados*” (fls. 3645), dos quais salienta:

- A “[d]espesa suportada com o tempo de trabalho afecto ao procedimento do pessoal administrativo, dirigentes intermédios e análise jurídica do procedimento, inerentes a uma grandeza estimada em 10 (dez) horas de trabalho, ao custo médio, considerados os encargos directos e indirectos (com encargos sociais) de uma média de 65,00€ hora, num total de 650,00€ (seiscentos e cinquenta euros)”;
- A “[d]epreciação associada à imobilização do valor de capital ascendendo ao montante de 250.015,00€, o investimento a afectar pelo Hospital à aquisição, no valor de 25%, ou seja 62.503,37€, e a extrair do seu orçamento, considerando a candidatura ao QCA III Programa Saúde XXI, na despesa correspondente à imobilização financeira e sua consequente não aplicação em capital, que se computa pela projecção da melhoria da qualidade do serviço no montante estimado de aproximadamente 12.000,00€ (doze mil euros)”, que inclui “o capital afecto ao aumento de stocks e custos de ruptura destes”; e
- O “[a]diantamento da instalação dos equipamentos a adquirir, por um período estimado de 6 meses, com o efeito de implicar a manutenção de um posto de trabalho e a criação temporária de outro para técnico de farmácia, cujo encargo médio anual dos mesmos ascendeu a 19.726,22€ (dezanove mil setecentos e vinte e seis euros e vinte e dois cêntimos)” (vide, por todos, fls. 3646 dos autos).

164.º

O CHTS concluiu que os “*prejuízos [por si] apurados situa[ra]m-se na ordem dos €32.376,22 (trinta e dois mil trezentos e setenta e seis euros e vinte e dois cêntimos)*”, tudo conforme resulta de ofício dirigido à Autoridade, em 21.05.2008, constante de fls. 3645 a fls. 3646 dos autos, bem como das guias de receita comprovativas desses custos, constantes de fls. 713 a fls. 715 dos autos.



165.º

A Arguida Baxter referiu, em sede de Resposta à Nota de Ilicitude, que os valores apresentados pela entidade hospitalar denunciante eram “*desproporcionalmente elevados*”, sem que tenha, no entanto, juntado aos autos qualquer prova documental que questionasse a prova apresentada pelo denunciante.

4.4. Outros Procedimentos Concurrais, abertos por entidades hospitalares, em que a Arguida Glintt participou em execução do contrato

166.º

No âmbito das diligências de prova efectuadas em sede de Inquérito logrou-se coligir informação referente à apresentação de propostas de fornecimento do FDS 330, por parte da Arguida Glintt, a outros procedimentos concursais, abertos entre 2006 e 2007, conforme *infra* sumariamente referido.

167.º

Relativamente ao Procedimento Concursal n.º 960031/2007, aberto pelo Centro Hospitalar Lisboa Ocidental (fls. 4719), a Arguida GLINTT aí apresentou uma proposta, em 27.11.2006, de fornecimento do equipamento FDS 330, pelo preço de €259.495,00 (+ IVA) (conforme teor de fls. 4734 e ss.).

168.º

Quanto ao Concurso Público n.º 2/2007, aberto pelo Centro Hospitalar Cova da Beira, EPE, a Arguida GLINTT aí apresentou uma proposta, em 05.07.2007, de fornecimento do referido equipamento, pelo preço de €300.522 (+IVA), conforme resulta da Nota de Encomenda (fls. 4471) e da proposta em causa (fls. 4477 e 4478).

169.º

Conforme é referido pela Arguida GLINTT em sede de Inquirições, o preço apresentado nesta última proposta justifica-se por virtude de “*o cliente, neste caso, [ter] solicit[ado] uma extensão da garantia (mais 2 anos). Nesta sequência, a Glintt solicitou à Baxter qual o valor a apresentar pela extensão da garantia, tendo a Baxter, através da Eng.ª Isabel Camões, indicado o valor de Eur. 34.540,00 por essa extensão de garantia. Mais esclareceu o declarante que se se somar o montante de Eur. 265.982,00 + IVA a este montante de Eur. 34.540,00, obtém-se o mencionado valor de Eur.*



300.522,00 + IVA. O declarante afirma, ainda, que o que referiu pode ser comprovado pelo teor dos e-mails trocados entre o próprio e a Eng^a. Isabel Camões, em 20/06/2007 e 21/06/2007, e-mails enviados com conhecimento a Daniel Basto da Glintt e a Paula Almeida da Baxter, no domínio dos quais esses valores são confirmados e especificados; e-mails já juntos aos autos pela Glintt durante a corrente semana. Daqui se retira, também, que **o valor base foi o valor contratualmente imposto pela Baxter**” (negrito nosso) (conforme teor de fls. 4835).

170.º

Mais acrescentou a Arguida GLINTT, que o “**cumprimento, em todas as vendas [por si efectuadas], do valor base contratualmente imposto pela Baxter pode, também, ser comprovado pelas propostas que (...) junt[ou] nesse acto, e que constam de fls. 4915 a fls. 4996] referentes, respectivamente: (a) a proposta enviada, via e-mail, aos Hospitais da Universidade de Coimbra, em 20 de Junho de 2008, e na qual se propunha para o equipamento FDS 330 o valor de Eur. 265.982.00 + IVA; e (b) a proposta remetida, por e-mail, ao Hospital Amato Lusitano, em Castelo Branco, em 10 de Março de 2009, e na qual se propunha para o equipamento FDS 330 o valor de Eur. 265.982.00 + IVA [valor contratualmente estabelecido para as vendas a realizar pela GLINTT em 2006]**” (negrito nosso) (conforme teor de declarações de fls. 4835).

171.º

Resulta, pois, da análise sumária destes procedimentos concursais, o cumprimento, pela Arguida Glintt, do contrato celebrado entre as Arguidas, nomeadamente no que se refere ao preço de (re)venda do FDS que lhe foi contratualmente imposto.

5. O Mercado

5.1. O produto/serviço

172.º

O produto/serviço em causa no presente processo consiste no fornecimento, montagem e parametrização de um equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos.



173.º

As propostas de ambas as Arguidas apresentadas aos três concursos *supra* analisados tiveram como objecto o fornecimento de um equipamento denominado FDS 330 (*Fast Dispensing Sistem 330*).

174.º

O equipamento FDS é da marca *ATCTM*, marca registada pela empresa AUTOMED (*vide, supra*, 24.º da presente Decisão), sendo a Arguida BAXTER “*titular dos direitos de representação exclusiva dos Produtos AUTOMED em Portugal [onde, como vimos, se insere o FDS330]*”, conforme resulta do considerando A) do contrato celebrado entre as Arguidas (fls. 3503 dos autos), direitos nos quais se incluem a comercialização, venda, prestação de assistência e apoio técnico desses produtos, conforme resulta do considerando B) desse Contrato (fls. 3503 dos autos).

175.º

O equipamento FDS sucedeu ao Sistema ATC212 (“*Automatic Tablet Counter*”) (fls. 504), entretanto descontinuado (*vide*, neste sentido e designadamente, teor de nota de serviço interna do denunciante, a fls. 232), e que possuía tão só 212 *canisters* (gavetas) para formas orais sólidas, existindo, actualmente, o mencionado equipamento FDS em 2 versões, FDS 330 e FDS 520, respectivamente, com capacidade para 330 e 520 *canisters* (gavetas), com 7 diferentes tamanhos, para os diversos medicamentos.

176.º

O sistema FDS possui uma maior velocidade de embalagem do que o sistema anterior (*vide*, teor de fls. 201) e uma maior possibilidade de introduzir informação adicional nas embalagens, podendo utilizar-se, *inclusive*, diferentes tamanhos e tipos de letras para realçar informação importante (*vide*, teor de fls. 203).

177.º

O equipamento FDS apresenta duas componentes distintas: (i) uma componente que dispensa embalagens identificadas de medicação e (ii) o computador com o respectivo *software*, que processa a informação da medicação a ser dispensada pela FDS, utilizando a informação do sistema da farmácia hospitalar, através do *autolink*, processando-a de acordo com as especificações, e enviando-a de



seguida para a FDS juntamente com a informação da medicação e etiquetagem, para que sejam criadas, de forma automática, as respectivas embalagens (*vide*, teor de fls. 114).

178.º

Este equipamento apresenta-se como uma solução avançada, que permite receber a informação de sistemas informáticos, processá-la e debitar toda a medicação em embalagens separadas e identificadas, para os respectivos doentes. Pode, também, ser utilizada para reabastecer devidamente os armários de emergência das enfermarias, onde os medicamentos serão correctamente identificados com vários elementos, como a substância activa, quantidade, validade e lote, entre outros. A prescrição da medicação é transmitida directamente à máquina, que a processa automaticamente (conforme resulta do teor da proposta da GLINTT, ao *supra* analisado concurso promovido pela denunciante, fls. 109 dos autos).

179.º

A implementação de um sistema FDS aumenta a produtividade da farmácia (o fluxo de medicamentos é simplificado, passando a existir menor intervenção manual) e reduz a possibilidade de erro humano: todo o processo de separação e identificação da medicação passa a processar-se de forma automática, sendo a intervenção humana durante todo o processo meramente de controlo e não de produção, pelo que pode ser realizada por pessoal menos especializado. Acresce que a FDS possui um leitor de códigos de barras que permite facilmente saber em que cassette se deve colocar o respectivo medicamento e conhecer o conteúdo de cada cassette (conforme também resulta do teor da referida proposta da GLINT, fls. 109, 110 e 113).

180.º

Importa distinguir o equipamento FDS de outros equipamentos também comercializados em Portugal, que poderiam parecer à partida semelhantes, mas que apresentam características distintas daquele.

181.º

O equipamento da marca *Pyxis* – propriedade da sociedade *Cardinal Health*, e do qual a empresa Grifols Portugal é a distribuidora exclusiva no nosso país –, denominado *MedStation 3000*, é um equipamento com 6 gavetas que serve para a dispensa de medicamentos em unidose, com gestão



informática de stocks, através de um dispositivo de armazenamento e dispensa automatizados (conforme resulta do teor da proposta da Grifols a um concurso público promovido pelo Centro Hospitalar da Cova da Beira, EPE, e que tinha como objecto o “fornecimento de um sistema de dispensa de medicamentos em unidose com gestão informática de stocks”; fls. 436 a fls. 459).

182.º

O equipamento *Kardex*, igualmente comercializado pela empresa Grifols Portugal, consiste num sistema de fornecimento semi-automático de medicamentos em doses individuais (orais sólidos e injectáveis), através de armários rotativos.

183.º

O equipamento *Kardex* funciona da seguinte forma: após a introdução das prescrições médicas do dia, para cada paciente, no programa de unidose do Serviço de Farmácia, o *Armário* recebe toda a informação, que é processada e agrupada por produto, para que no momento de encher o carro, consiga dar a medicação total por fármaco e individualizada por paciente. O *Armário* conhece as localizações e os stocks de produtos que contém, pelo que procura a forma mais rápida de acesso aos mesmos, com vista a dispensar os medicamentos de forma célere. O ecrã constante do equipamento indica qual a gaveta e posição de onde se deve retirar cada um dos medicamentos (conforme resulta do teor da proposta da Grifols de “*fornecimento semiautomático de medicamentos em doses individuais para farmácia hospitalar*” a um concurso público promovido pelo Centro Hospitalar de Setúbal, EPE; fls. 1746 a fls. 1758 dos autos).

184.º

Existe, ainda, um terceiro grupo de equipamentos, de tecnologia menos sofisticada que as categorias anteriores, e que são designados por “*Equipamentos de Distribuição Automatizada de Medicamentos em Meio Hospitalar*”, que constituem unidades automáticas de armazenamento e dispensa unitária de medicamentos, e de material hospitalar, e que visam, *grosso modo*, assegurar o cumprimento integral do princípio da prescrição e distribuição em dose unitária e controlar o *stock* de medicamentos, conforme resulta do teor da já *supra* (de 117.º a 120.º da presente Decisão) analisada recandidatura do denunciante ao Projecto Saúde XXI (fls. 341 a fls. 351).



185.º

Estes equipamentos permitem, através de uma gestão informática, detectar as necessidades de reabastecimento dos equipamentos e comunicá-las automaticamente aos Serviços Farmacêuticos, por ligação à aplicação SGICM (Sistema Integrado do Circuito do Medicamento).

186.º

Integra-se neste grupo, designadamente e de entre outros, a Máquina *Omnicell*, da empresa *LusoPalex* (conforme resulta da proposta apresentada por essa empresa ao procedimento de aquisição n.º 2/2006, promovido pela denunciante em sede de recandidatura ao Projecto Saúde XXI, fls. 382 a fls. 398).

187.º

Em sede de diligências de inquirição à Arguida GLINTT, foi esta Autoridade informada de que, desde o mês de Novembro de 2009, “(...) existe um equipamento concorrente com o FDS, o *Autopharm*, equipamento importado para Portugal pela GLINTT (...) [e que] só nessa altura (...) foi introduzido na Europa (só em Portugal e em França). O fabricante deste equipamento é a *Cretem*, empresa da *Coreia do Sul*, sendo o equipamento exportado pela empresa do mesmo grupo, *Infópia*. Esta e a *FDS* são máquinas com o mesmo fim, de similar capacidade, mas tendo a *Autopharm* uma funcionalidade acrescida, o denominado *free shape packing* (dispensa a calibragem unitária dos *cannisters*, de acordo com os vários comprimidos e permite a embalagem dos comprimidos fora dos *cannisters*)”¹⁸, conforme resulta do teor de fls. 5001 - 5002.

188.º

Também nessa sede, a Arguida GLINTT ressaltou que “(...) em 2006, ou seja, à data dos factos em análise nos autos, não existia concorrência, em Portugal, a essas máquinas [FDS], dado que à época, nenhuma outra máquina estava certificada pela União Europeia e a FDS, nos termos do supra citado contrato, apenas poderia ser comercializada em Portugal pela GLINTT; tendo a *BAXTER Internacional* o exclusivo da distribuição do equipamento para a Europa e Estados Unidos da América” (a fls. 4835).

¹⁸ Mais se refere que a Arguida GLINTT veio juntar aos autos um panfleto informativo relativo ao equipamento *Autopharm*, o qual explicita as diversas características técnicas deste equipamento e consta de fls. 4999 e fls. 5000.



189.º

Resulta, pois, da análise *supra* efectuada, que só o equipamento FDS procedia, à data dos factos, à *reembalagem* das formas orais sólidas de medicamentos, constando tal requisito de reembalagem do respectivo objecto do concurso público aberto pelo denunciante.

190.º

Aliás, as particularidades técnicas deste equipamento obrigaram o ora denunciante, aquando da não adjudicação no âmbito desse concurso, à reprogramação da Candidatura ao Projecto Saúde XXI, alterando a inicial candidatura de “*fornecimento [...] de um equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos*” para o “*fornecimento semiautomático de formas orais sólidas e injectáveis de medicamentos em dose unitária*” (*vide, supra*, 157.º a 160.º).

191.º

Também e no mesmo sentido, o próprio *Manual da Farmácia Hospitalar*, elaborado pelo Conselho Executivo do Plano de Reestruturação da Farmácia Hospitalar (Ministério da Saúde) explica que, para a reembalagem de medicamentos é “*necessária a existência de equipamentos de reembalagem de medicamentos que garantam condições de segurança e permitam a identificação correcta do medicamento reembalado*”, devendo os “*serviços farmacêuticos com distribuição unidose e/ ou individual (...) optar pelo Equipamento Automatizado de Reembalagem de Formas Orais Sólidas de Medicamentos (tipo ATC/FDS)*” (*vide*, teor de fls. 46 e 47 desse Manual, a fls. 4346 - 4347).

192.º

In casu, estava pois em causa a contratação do fornecimento de um equipamento automatizado de reembalagem, em unidose, de formas orais sólidas de medicamentos, com as especificidades técnicas e serviços associados constantes dos cadernos de encargos dos Concursos Públicos analisados.

5.1.1. A procura

193.º

Atendendo às especificidades técnicas do equipamento/serviço em causa, já sobejamente analisadas, a procura de tal produto será constituída pelos Hospitais nacionais e demais Serviços de Saúde de grandes dimensões.



194.º

Existem actualmente instalados equipamentos FDS fornecidos pelas Arguidas em, pelo menos, três hospitais – o Hospital Distrital de Santarém, o Hospital Curry Cabral (Lisboa) e os Hospitais da Universidade de Coimbra, conforme resulta do teor das propostas da GLINTT e da BAXTER ao já analisado concurso público promovido pelo CHVRPR (respectivamente, fls. 4096 e fls. 4123).

5.1.2. A Oferta

195.º

A oferta corresponde à actividade desenvolvida pelas empresas que distribuem e/ou comercializam o equipamento em causa, com capacidade técnica para tal fornecimento, isto é, Equipamento FDS e serviços associados e/ou conexos, tais como montagem e parametrização do equipamento, venda de componentes e consumíveis, assistência técnica e formação, entre outros.

196.º

Ambas as Arguidas estão aptas a fornecer o produto (e serviços) em causa, isto é, o equipamento FDS – e concretamente, o FDS 330 – e os serviços associados e/ou conexos, tais como venda de consumíveis, montagem e parametrização do equipamento, formação e assistência técnica, e têm demonstrado ao longo dos anos capacidade técnica para o fazer.

197.º

Da análise dos concursos públicos *supra* analisados, resulta que só as ora Arguidas aí apresentaram propostas de fornecimento do Equipamento FDS, sendo as únicas que, à época, o comercializavam em território nacional.

198.º

Basta, para tanto, relembrar que a BAXTER é titular dos direitos de representação exclusiva dos Produtos AUTOMED em Portugal, onde se inclui o equipamento FDS 330, e que contratou com a GLINTT a “*comercialização exclusiva*”, por parte desta, e de entre outros produtos, do equipamento FDS 330 (*vide*, 14.º e 18.º da presente).



199.º

As Arguidas, enquanto proponentes aos concursos públicos *supra* descritos, concorreram directamente entre si para o fornecimento do equipamento em causa aos Hospitais nacionais.

5.2. A Dimensão Geográfica

200.º

A fim de apurar qual a área geográfica na qual as empresas intervêm na procura e na oferta do produto/serviço em causa, ou seja, na procura e na oferta de equipamentos FDS – designadamente, no seu modelo FDS330 –, e respectivos serviços associados e/ou conexos, tais como montagem e parametrização desse equipamento, fornecimento de consumíveis, exclusivos ou não, formação, e assistência técnica, é necessário analisar a área geográfica onde as condições de concorrência são suficientemente homogêneas de forma a distingui-la de outras áreas geográficas onde tais condições da concorrência sejam diferentes.

201.º

In casu, as condições de comercialização do produto, na óptica da procura, bastam para definir tal área geográfica: as regras de contratação pública que presidem aos procedimentos de aquisição abertos por entidades públicas formam um quadro legislativo e administrativo de âmbito nacional homogêneo, que permitem a consideração do território nacional como a dimensão geográfica relevante neste processo.

202.º

Mas também, e no que respeita à oferta do produto/serviço em causa, se verifica que o mesmo é, por natureza, apto a ser fornecido e prestado em todo o território nacional e ao longo do qual encontra condições de concorrência homogêneas.

203.º

Ambas as Arguidas podem, actual ou potencialmente, agir na totalidade da extensão do território nacional e no mercado relevante do fornecimento de equipamento automatizado de reembalagem de formais orais sólidas de medicamentos.

5.3. Posição das Arguidas relativamente ao Mercado



204.º

A Arguida Baxter, na Resposta à Nota de Ilicitude, discorda da definição de mercado efectuada pela Autoridade, afirmando, em suma, que *i)* existiam em Portugal, à data dos factos, outros equipamentos com características e finalidades semelhantes ao FDS, que deveriam ter sido incluídos no mesmo mercado (conforme resulta, de entre outros, de 74. e 78. da Resposta da Baxter, a fls. 5400 e fls. 5401 dos autos); *ii)* deveriam incluir-se na procura farmácias (conforme resulta, de entre outros, de 88. da Resposta da Baxter, a fls. 5403 dos autos); *iii)* a definição de mercado geográfico devia ter atendido à existência, ou não, de barreiras concretas à entrada (conforme resulta, de entre outros, de 96. da Resposta da Baxter, a fls. 5405 dos autos).

205.º

Também a Arguida Glintt discorda da definição de mercado efectuada pela Autoridade, mas com uma argumentação distinta da apresentada pela Arguida Baxter.

206.º

A Arguida Glintt concorda com a Autoridade, no sentido em que “*não existia, à data dos factos, no mercado nacional, qualquer outro equipamento com as mesmas características da FDS*” (conforme 127. da sua Resposta), e que só integram o mercado em causa as “*máquinas que possuam **todas** as características requeridas ao abrigo dos concursos*” analisados (negrito nosso) (conforme resulta de 132. da sua Resposta, a fls. 5330 dos autos).

207.º

Afirma, no entanto, que a Autoridade não atendeu à existência de “*concorrência potencial*”, ou seja, e nas suas palavras, à existência de outras máquinas com características técnicas idênticas à FDS e que já se encontrassem disponíveis, conforme resulta do teor de 133. e 134. da sua Resposta, a fls. 5330 dos autos).

208.º

A Glintt concorda, também, com o âmbito geográfico – nacional – definido pela Autoridade (conforme resulta de 132. da sua Resposta, a fls. 5330 dos autos).



209.º

Ora, não assiste razão à Arguida Baxter, no que se refere à delimitação do mercado do produto, dando-se para aqui por reproduzido tudo o já anteriormente referido quanto às especificidades do equipamento FDS e aos motivos pelos quais o mesmo não se encontra no mesmo mercado dos outros equipamentos analisados (*vide, supra*, de entre outros, 174.º a 192.º da presente Decisão).

210.º

Acrescente-se que, contrariamente ao afirmado pela Arguida Baxter (*vide*, de entre outros, 82. e 83. da Resposta a fls. 5402 dos autos), e conforme o já anteriormente referido, a entidade hospitalar denunciante lançou um novo concurso em sequência da anulação do já analisado concurso n.º 2/2006, porque concorrera à atribuição de fundos comunitários e necessitava de comprar equipamento hospitalar que justificasse a sua candidatura.

211.º

E a Arguida Baxter bem sabe que, se nesse segundo concurso, a entidade hospitalar em causa *prescindiu* da função de reembalagem foi por se encontrar ciente que não existiam quaisquer outras empresas que pudessem fornecer esse tipo de equipamento, o que só vem corroborar a posição da Autoridade, a esse propósito.

212.º

Também não assiste razão à Arguida Baxter no que concerne ao âmbito da procura. Não se justifica, como esta pretende fazer crer, incluir as farmácias na procura dos equipamentos FDS, para efeitos da definição de mercado no processo em análise (*vide*, 88. da Resposta da Baxter, a fls. 5403 dos autos).

213.º

Antes de mais, nenhuma farmácia tinha adquirido este tipo de equipamento, o que resulta, desde logo do formulário apresentado nos concursos públicos pelas Arguidas, onde estas referem quais as entidades a que já venderam o equipamento em causa.



214.º

Por outro lado, é igualmente improcedente o argumento da Baxter da eventual existência de centrais de preparação de dose unitária (*vide*, 88. da sua Resposta, a fls. 5403 dos autos), na medida em que, de acordo com o estatuído no artigo 12.º da Portaria n.º 455-A/2010, de 30 de Junho, a “*dispensa de medicamentos em quantidade individualizada [somente entrou] em vigor em regime experimental, por um período de seis meses contados a partir da entrada em vigor [dessa portaria]*”, ou seja, a partir de 1.07.2010.

215.º

O que significa que enquanto vigorou o contrato celebrado entre as Arguidas, não se encontrava disponível no mercado português a dispensa de medicamentos em dose unitária, pelo que não havia motivos para equacionar, no âmbito da procura, a hipotética existência de “centrais de preparação de dose unitária”, e as quais estariam eventualmente interessadas em adquirir equipamentos FDS.

216.º

Quanto ao âmbito nacional do mercado mantém-se o que já anteriormente ficou referido (*vide, supra*, 200.º a 203.º da presente Decisão), tanto mais que a Arguida Baxter, questionando, todavia, a análise efectuada pela Autoridade, não propôs em sua substituição qualquer outra, nem explicou qual seria então, no seu entendimento, a dimensão geográfica do mercado em causa.

217.º

No que concerne ao facto de se considerar, como o pretende a Arguida Glintt, uma hipotética concorrência potencial na delimitação da oferta, refira-se que nenhuma outra empresa se encontrava, naquela altura, em situação de transpor as dificuldades de acesso ao mercado, na medida em que nenhum outro equipamento detinha a necessária certificação da Comissão Europeia.

218.º

O que significa que não existia, assim, qualquer outra empresa que pudesse constituir, à época, uma ameaça credível aos intervenientes já existentes naquele mercado – as duas Arguidas.



219.º

Aliás, é a própria Glintt que afirma (*vide, supra*, 205.º), que para a concorrência potencial se deveria atender às máquinas já disponíveis.

220.º

Sendo que, à época, não existia qualquer outro equipamento certificado, que possuísse as funcionalidades do FDS (*vide, supra*, 188.º e 189.º).

6. Conclusões quanto à matéria de facto

221.º

A Autoridade formou a sua convicção, quanto à matéria de facto dada como provada, com fundamento em toda a prova documental produzida nos autos.

222.º

A Autoridade valorou igualmente as declarações de ambas as Arguidas, sendo que a versão dos factos apresentada pela Glintt mostrou-se não só mais coerente, como logrou ser corroborada pela prova documental coligida nos autos e pelos efeitos da execução do contrato.

223.º

Nos termos expostos, resulta assim provada a matéria de facto alegada pela Autoridade no ponto II. *supra*, com fundamento na prova referenciada nos vários artigos desse ponto (*vide*, entre outros, 28.º, 59.º, 83.º, 126.º, 164.º, 169.º, 170.º).

III. DO DIREITO

1. Apreciação Jurídica e Económica

1.1. Preenchimento do tipo objectivo

1.1.1. Definição do mercado relevante

224.º

O preenchimento dos tipos legais de infracção previstos na legislação da Concorrência implica a prévia definição do(s) mercado(s) relevante(s), com referência ao(s) qual(is) se determina a existência de uma prática de colusão, de uma decisão de associação de empresas ou de uma posição de domínio.



225.º

O conceito de mercado relevante tem, no âmbito jusconcorrencial, uma dupla dimensão ou sentido: a dimensão material ou o mercado relevante do produto ou serviço, e a dimensão geográfica ou o mercado geográfico relevante.

1.1.1.1. O Mercado do Produto

226.º

O “mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”¹⁹.

227.º

Como já vimos, o equipamento FDS apresenta especificidades e características próprias, que o individualizam dos demais equipamentos comercializados à data da prática dos factos, v.g., no que se refere à sua capacidade de proceder à reembalagem automatizada de formais orais sólidas de medicamentos.

228.º

Aliás, e como também já vimos, o equipamento FDS era o único passível de preencher os requisitos dos Cadernos de Encargos dos concursos públicos *sub judice* (reembalagem automatizada ou dispensa em unidose).

229.º

Entende-se, assim, que o mercado do produto relevante nos presentes autos é o mercado do fornecimento do Equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos FDS330, e respectivos serviços conexos, tais como, montagem e parametrização do equipamento em causa, fornecimento de consumíveis, exclusivos ou não, e serviços de formação e manutenção/assistência técnica.

¹⁹ Vide, ponto 7. da “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, in JO C 372, de 9.12.1997, p. 6.



1.1.1.2. O Mercado Geográfico

230.º

O “mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”²⁰.

231.º

In casu, e como já vimos, as condições de comercialização do produto, na óptica da procura, bastam para definir tal área geográfica: as regras de contratação pública que presidem aos procedimentos de aquisição abertos pelas diversas entidades hospitalares formam um quadro legislativo e administrativo de âmbito nacional homogêneo que permitem a consideração do território nacional como a dimensão geográfica relevante neste processo.

232.º

Simultaneamente, e do lado da oferta, também já vimos que as Arguidas se apresentaram a concursos públicos em diferentes Distritos, tendo a Arguida BAXTER apresentado sempre a mesma proposta (e o mesmo preço) nos diversos concursos hospitalares em que concorreu.

233.º

Reitera-se o já anteriormente referido quanto à improcedência das definições de mercado (relevante) adiantadas pelas Arguidas, pelos motivos já explanados (*vide, supra*, 204.º a 218.º da presente Decisão), e que para aqui se dão integralmente por reproduzidos.

1.1.2. Determinação da existência, ou não, de infracção ao disposto no artigo 4.º da Lei da Concorrência e no artigo 101.º do TFUE

²⁰ Vide, ponto 8. da “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”.



234.º

De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, “*são proibidos os acordos entre empresas que tenham por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:*

- a. *fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;*
- b. *fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;*
- c. *Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos (sublinhado nosso).*

235.º

As práticas proibidas elencadas no *supra* citado artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 podem ser consideradas justificadas se forem objecto de um balanço económico positivo, nos termos do preceituado no artigo 5.º desse Diploma Legal (*vide, infra*, o que fica referido, a este propósito, de 323.º a 333.º da presente Decisão).

236.º

Acresce que a avaliação casuística do acordo pode ser substituída pela aplicação de um Regulamento Comunitário de Isenção por Categoria se esse acordo, apesar de não afectar o comércio entre os Estados Membros, preencher os demais requisitos de aplicação daquele Regulamento (*vide*, nesse sentido, n.º 3 do *supra* referenciado artigo 5.º da Lei n.º 18/2003).

237.º

A Autoridade pode, no entanto, retirar o benefício de isenção concedido pela aplicação do referido Regulamento Comunitário se verificar que o acordo – *in casu*, o contrato celebrado entre as Arguidas – produz(iu) efeitos incompatíveis com o disposto no n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003²¹.

²¹ Dispõe o n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003 que “[p]odem ser consideradas justificadas as práticas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente: a) reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante; b) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não



1.1.2.1. Conceito de empresa

238.º

Considera-se empresa, para efeitos de aplicação do direito da concorrência, qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento (*vide*, artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003).

239.º

Ambas as Arguidas revestem a forma jurídica de sociedades comerciais.

240.º

A Arguida BAXTER exerce, de entre outras e conforme o já *supra* descrito (*vide*, 43.º da presente), a actividade de importação, distribuição e venda de medicamentos, produtos laboratoriais, materiais, aparelhos e instrumentos médico – cirúrgicos e para uso laboratorial.

241.º

A Arguida GLINTT exerce (*vide, supra*, 48.º da presente), de entre outras, a actividade de compra, venda, revenda, aluguer, distribuição e comércio de equipamentos para as farmácias, empresas e instituições prestadoras de cuidados de saúde.

242.º

Pelo que se consideram ambas as sociedades, ora Arguidas, como empresas para efeitos de aplicação das normas jusconcorrenciais.

1.1.2.2. Acordos entre empresas

1.1.2.2.1. O Contrato celebrado entre as Arguidas

243.º

[CONFIDENCIAL]



244.º

[CONFIDENCIAL]

245.º

Estamos, pois, perante um acordo entre empresas de natureza vertical, que diz respeito aos termos e condições pelos quais as partes podem adquirir, vender, ou revender, certos bens ou serviços.

246.º

[CONFIDENCIAL]

247.º

Em reforço desta aceção, a Arguida GLINTT declarou, em sede de inquirições, “*que (...) sempre interpretou, e aplicou, o contrato firmado com a Baxter no sentido de que os preços indicados no Anexo II a esse contrato eram preços impositivos, e não recomendados, ou seja, (...) correspondia[m] ao preço obrigatório base de revenda. Motivo pelo qual a Glintt cumpriu esse[s] valor[es]; se assim não fosse, e não tendo esta empresa qualquer concorrência, como distribuidora exclusiva, na venda das máquinas FDS (tanto mais que não sabia que a Baxter iria incumprir o contrato e apresentar propostas aos concursos públicos em causa), sempre venderia os equipamentos com uma margem de lucro superior*” (negrito nosso) (conforme declarações da Eng.^a Paula Calixto, a fls. 4832).

248.º

Mais acrescentou, “*quanto à interpretação e aplicação que a Glintt fez do n.º 3 da cláusula 6ª do contrato em referência, (...) que se trata de uma norma que permite à Baxter excepcionar unilateralmente o disposto no final do n.º 1 da cláusula 6ª, de que os preços constantes do Anexo II a esse contrato teriam de ser alterados por acordo das partes, ou seja, com este n.º 3, a Baxter consegue impor unilateralmente à Glintt uma alteração dos preços fixos e constantes do citado Anexo II (isto é, sem ser necessário o acordo da Glintt, bastando apenas à Baxter justificar que os preços fixados no Anexo II não eram competitivos)*” (fls. 4832).



249.º

Segundo a Arguida GLINTT, esta “*interpretação fica reforçada pelo facto de, pela letra do n.º 3, resultar para a Glintt uma obrigação e não um direito. Este entendimento da Glintt – de considerar o preço constante do Anexo II como fixo e de só poder ser alterado com o acordo da Baxter – foi prática constante e reiterada da Glintt durante a execução deste contrato, saindo esta interpretação, também, reforçada pelo disposto na alínea d) da cláusula 2ª, na qual se refere que a Glintt está obrigada a cumprir a política de preços definidos pela Baxter*”. Mais salienta que “*no Anexo II vem expressamente definido o «preço de mercado de 2005» e o «preço de mercado de 2006», reforçando o entendimento da Glintt de que o preço é fixo*” (negrito nosso) (fls. 4832 e 4833).

250.º

A Arguida BAXTER, apesar de ter afirmado não concordar com esta interpretação do Contrato, não logrou apresentar, em oposição à mesma, versão credível e sustentada na factualidade coligida nos autos (conforme teor de declarações de fls. 4422 e fls. 4423).

251.º

[CONFIDENCIAL]

252.º

[CONFIDENCIAL]

253.º

O mesmo é dizer que existiu, entre ambas, uma fixação contratual dos preços de revenda do equipamento em causa²².

254.º

O contrato em causa tem, pois, como elemento essencial, a obrigação de o comprador (GLINTT) revender o produto em causa a um preço determinado, fixado pelo vendedor (BAXTER).

²² Vide, neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça, *AEG vs. Comissão*, de 25.10.1983, onde se afirma que estamos perante um acordo, quando o mesmo tem por base a aceitação expressa ou tácita, por parte dos contraentes, da política (de preços) prosseguida pelo fornecedor (considerando 38).



255.º

[CONFIDENCIAL]

1.1.2.2.2. Análise do objecto do contrato à luz do artigo 4.º n.º 1 da Lei n.º 18/2003

256.º

Já vimos que o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 proíbe os acordos entre empresas que tenham por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência, o que significa que não estamos perante requisitos cumulativos, mas sim de verificação alternativa.

257.º

Assim, basta atender ao objecto da prática concertada entre empresas (*in casu*, o contrato celebrado entre as Arguidas), ou aos seus efeitos, sendo suficiente para aferir da proibição da concertação em causa, que a mesma tenha por objecto impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência, independentemente de vir, ou não, a produzir qualquer efeito.

258.º

Inspirando-se o citado artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 no actual artigo 101.º, n.º 1, do TFUE²³, a jurisprudência comunitária, bem como as Orientações da Comissão, constituem um valioso elemento de interpretação da norma nacional.

259.º

Pelo que se cita, nesse sentido, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 6.04.1995, *Ferriere Nord/ Comissão*²⁴, o qual foi confirmado por acórdão do Tribunal de Justiça, de 17.07.1997²⁵: “a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua para efeitos da aplicação do artigo [101.º, n.º 1,] do Tratado, quando se demonstre que [o acordo tem] por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum” (*vide*, considerando n.º 30).

²³ Dispõe este preceito comunitário que “[s]ão incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”.

²⁴ T-143/89, Colect., pág. II-917.

²⁵ C-219/95 P, Colect., pág. I-4411.



260.º

E o inverso também corresponde ao sentido da norma: um acordo que não tenha por objecto restringir a concorrência mas que, na prática, produza esse efeito, fica igualmente sujeito à proibição ínsita no citado n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003.

261.º

Para ser proibido, à luz do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, o acordo em causa necessitará de ter por objecto ou por efeito “*impedir, restringir ou falsear*” a concorrência, considerando-se, para tanto, que ‘impedir’ ou ‘restringir’ significa, respectivamente, excluir total ou parcialmente a concorrência num determinado mercado, significando ‘falsear’ algo de mais amplo que os conceitos anteriores, abrangendo também situações de distorção do livre jogo da concorrência entre operadores económicos.

262.º

Ainda, e à luz do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, a restrição da concorrência terá de ser sensível, ou seja, não negligenciável. O que significa que são, desde logo, proibidos os acordos entre empresas, independentemente dos seus efeitos, que tiverem um objecto anticoncorrencial como, por exemplo, a fixação de preços, a repartição de mercados ou de clientes, e a limitação da produção ou das vendas²⁶.

263.º

Acresce que o ‘carácter sensível’ deve ser avaliado casuisticamente, atendendo, de entre outros, à natureza do acordo e dos produtos abrangidos, não requerendo, necessariamente, o cálculo das quotas de mercado das empresas envolvidas²⁷.

264.º

O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003 – à imagem do que sucede com o artigo 101.º, n.º 1, alínea a), do TFUE – proíbe expressamente os acordos entre empresas que, tendo por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, consistam em “*fixar, de forma*

²⁶ Vide, nesse sentido, Acórdão do TJCE de 8 de Julho de 1999, *Anic Participazioni SpA*, proc. C-49/92 P, Colect., pág. I-4125.

²⁷ Vide, nesse sentido, *Orientações da Comissão sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros, previsto nos artigos 101.º e 102.º do Tratado* (considerando 48).



directa ou indirecta, os preços [...] de venda, ou quaisquer outras condições de transacção” (sublinhado nosso), o que sucede *in casu*, considerando a Comissão que não se podem incluir nos acordos que não restringem sensivelmente a concorrência, aqueles que, celebrados entre empresas não concorrentes, tenham por objecto, directa ou indirectamente, de forma isolada ou em combinação com outros factores, a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda, impondo-lhe um preço fixo ou mínimo²⁸.

265.º

Acresce que o Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de Abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas²⁹, aplicável *in casu ex vi* artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, afasta do âmbito da Isenção concedida aos acordos que contenham ‘restrições verticais’ aqueles que tenham por objecto a “*restrição da possibilidade de o comprador [in casu, a GLINTT] estabelecer o seu preço de venda*”³⁰. Este preceito manteve inalterada a redacção do artigo 4.º, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro³¹, que lhe antecedeu.

266.º

Assim, ao fixar o Contrato os preços a que a GLINTT iria vender o equipamento em causa, pretenderam as Arguidas reduzir a concorrência ao nível do preço intramarca, aumentando a transparência a nível dos preços que iriam praticar.

267.º

O que significa que, por um lado, a Arguida BAXTER não teria de vender o produto em causa a um preço competitivo, uma vez que sabia que a sua única concorrente nesse mercado³², a GLINTT, iria comercializá-lo ao preço imposto, e esta, por sua vez, também não comercializaria esse produto a um

²⁸ Vide, Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE (*de Minimis*), in JO C 368, de 22.12.2001, p. 13-15 (considerando 11. 2. a)).

²⁹ In, Jornal Oficial n.º L 102 de 23.04.2010, p. 1 a 7.

³⁰ Permite-se a imposição de preços máximos ou recomendados, mas não de preços fixos ou mínimos.

³¹ In, Jornal Oficial n.º L 336 de 29.12.1999, p. 21 a 25.

³² Relembre-se que a Baxter é a representante exclusiva em Portugal do produto FDS e que celebrou um contrato de distribuição exclusiva do mesmo com a Arguida GLINTT, pelo que detinham à época as Arguidas 100% da oferta do produto em causa no mercado nacional.



preço concorrencial, porquanto ficou contratualmente adstrita a seguir a política de preços da BAXTER³³.

268.º

Pretenderam, assim, as Arguidas eliminar a pressão que sentiriam – não existindo tal cláusula contratual de fixação do preço de revenda por parte da GLINTT –, no sentido de baixarem o preço do bem/serviço em causa, de forma a torná-lo mais competitivo.

269.º

Basta reparar que os consumidores finais – únicos a quem a GLINTT podia vender o produto em causa –, são *grosso modo* hospitais e unidades de saúde de grandes dimensões, que compram esse tipo de produtos através de procedimentos concursais, aos quais a BAXTER também concorreu, antevendo desde logo qual seria a proposta – em termos de preço –, a ser apresentada pela sua única concorrente, a GLINTT, o que lhe permitiu não baixar o valor das suas próprias propostas para um preço concorrencial, e, como tal, mais benéfico para o consumidor.

270.º

E ambas as Arguidas estavam bem cientes do clausulado do contrato, e da restrição concorrencial ínsita no mesmo, e apesar disso, pretenderam celebrá-lo e cumpri-lo.

271.º

À Arguida Baxter interessava fixar o preço de venda à sua revendedora, para que esta (a Arguida Glintt) não tivesse possibilidade de vender o produto em causa a um preço mais competitivo do que aquele que era usualmente praticado pela Baxter.

272.º

Assim, e no momento em que cessasse o contrato, a Baxter não se sentiria pressionada, pelos consumidores, a baixar o seu preço de venda ao público.

³³ Vide, neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça, *SA Musique Diffusion vs. Comissão*, de 07.06.1983, Processo 100-103/80, onde se refere que a gravidade da infracção é elevada quando o objectivo principal do contrato é o de manter um nível de preços elevado para os consumidores (considerando 104).



273.º

E a Glintt permitiu que lhe fosse fixado o preço de (re)venda do equipamento em causa, porquanto, conforme ela própria o admitiu, estava interessada em entrar no mercado em análise (*vide*, de entre outros, 33. da sua Resposta, a fls. 5310 dos autos).

274.º

A cláusula de fixação de preços constante do contrato em apreço é, pois, anticoncorrencial, e, em consequência, nula (nos termos do disposto no artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003).

275.º

Já no que se refere à imposição de a GLINTT só poder vender o FDS 330 ao consumidor final, não se logrou demonstrar, como veremos, a ilicitude de tal cláusula.

276.º

Como vimos, o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 proíbe, de entre outros, os acordos que tenham por objecto ou efeito fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas em diferentes estádios do processo económico, ou limitar ou controlar a distribuição.

277.º

Com a aceitação da cláusula em análise, as Arguidas visaram impedir as vendas por parte da GLINTT a determinados clientes, *in casu*, a revendedores.

278.º

Relativamente a esta cláusula, a Arguida Baxter afirma que existe, neste caso, uma justificação objectiva para essa restrição (*vide*, 165. da sua Resposta, a fls. 5419 dos autos), na medida em que visava assegurar “*a devida manutenção apropriada [do equipamento], bem como que o fornecimento de componentes e peças era adequado às especificidades técnicas e garantia de qualidade de um produto tecnicamente (...) complexo*” (conforme resulta de 170. da sua Resposta, a fls. 5420 dos autos).



279.º

A Arguida Glintt defende também, a este propósito, a licitude da restrição efectuada pela Baxter (conforme resulta, entre outros, de 207. da sua Resposta, a fls. 5344 dos autos).

280.º

Sucedede que, de todos os elementos carreados para os autos, não se logrou provar que a cláusula em causa tivesse sido aposta no contrato com o objectivo de restringir a concorrência, e, por outro lado, não se provou, também, que a mesma não tivesse o intuito de protecção da qualidade e segurança do produto, conforme o alegado pelas Arguidas.

281.º

De facto, existem *in casu* motivos objectivos que legitimam a Arguida Baxter a assegurar que o equipamento em causa recebia manutenção apropriada e que o fornecimento de peças e componentes era adequado às especificidades técnicas e à garantia de qualidade de um produto que era destinado a entidades hospitalares.

282.º

Podia, pois, a Arguida Baxter, no caso em apreço, seleccionar o distribuidor de acordo com as suas capacidades técnicas e formação no sector em causa, não permitindo a venda daquele equipamento a terceiros revendedores, que pudessem não estar em condições de assegurar uma correcta manutenção do mesmo após a sua venda aos hospitais.

283.º

Em suma, de tudo quanto resulta anteriormente alegado, verifica-se que o contrato celebrado entre as Arguidas inclui cláusulas que, pelo seu objecto, são susceptíveis de restringir a concorrência (restrições verticais), na acepção do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, ao proceder à fixação do preço de revenda.



284.º

A Arguida Baxter vem defender, na sua Resposta, que o objecto do contrato não é anticoncorrencial, baseando-se nas alegações, já referidas, de que o preço estipulado no contrato é meramente um preço recomendado.

285.º

Também a Arguida Glintt defende a licitude do objecto do contrato, atentos os argumentos já anteriormente expostos (*vide, supra*, de entre outros, 279.º da presente Decisão).

286.º

Reitera-se, para aqui, os motivos da improcedência das alegações das Arguidas quanto à natureza concorrencial do objecto do contrato, por todos os fundamentos já sobejamente analisados.

287.º

Atenta a prova de que a cláusula de fixação de preços incluída no Contrato *sub judicio* restringe de forma sensível a concorrência, torna-se desnecessária a análise dos seus efeitos, uma vez que, como vimos, o objecto e o efeito anticoncorrenciais não são condições cumulativas de aplicação do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, bastando que se verifique, alternativamente, uma dessas condições.

288.º

No entanto, procede-se *infra* à análise dos efeitos do Contrato, no que respeita à sua execução no mercado relevante.

289.º

A Arguida Baxter defende, ainda, que o contrato em causa, mesmo a ser anticoncorrencial, não afectava de forma sensível a concorrência (conforme 144. da sua Resposta, a fls. 5415 dos autos).

290.º

Já a Glintt, limitou-se a afirmar que, na medida em que considera que não existiu uma restrição da concorrência, não tem de provar que a concorrência tenha sido afectada de forma sensível (conforme 146. da sua Resposta, a fls. 5333 dos autos).



1.1.2.2.3. Análise dos efeitos do Contrato celebrado entre as Arguidas

291.º

[CONFIDENCIAL]

292.º

[CONFIDENCIAL]

293.º

[CONFIDENCIAL]

294.º

[CONFIDENCIAL]

295.º

[CONFIDENCIAL]

296.º

E se dúvidas houvessem de que a similitude das propostas apresentadas por ambas as Arguidas adveio do cumprimento do contrato entre ambas celebrado, basta atentar no facto de que se está perante concursos em que vence a melhor proposta, o que leva a concluir que o alinhamento de preços só é compatível com a prévia concertação do comportamento a adoptar na fase das propostas, mais não fosse, pela estipulação, por parte de uma das concorrentes, do preço com que a outra teria de concorrer.

297.º

[CONFIDENCIAL]



298.º

Os efeitos do Contrato, produziram-se, também, em pelo menos dois outros Procedimentos posteriores a 2006, já referidos, nos quais a GLINTT apresentou propostas com base nos preços que contratualmente lhe foram impostos (*vide, supra*, 4.4. da presente).

299.º

Também em termos de efeitos do Contrato, vem o denunciante considerar que os ilícitos jusconcorrenciais praticados pelas Arguidas tiveram como efeito a apresentação de propostas que “*envolviam encargos anuais (...) exageradamente elevados face à sua natureza intrínseca enquanto bens*”, conforme resulta do teor da notificação, às Arguidas, da decisão de não adjudicação no concurso público em análise (fls. 12 e fls. 16 dos autos), e que não correspondiam ao seu justo preço de mercado.

300.º

A conduta anticoncorrencial das Arguidas levou à anulação dos dois últimos concursos analisados (promovidos, respectivamente, pelo CHVRPR e pelo CHTS, EPE), e provocou, pelo menos, os prejuízos sofridos pela denunciante, já *supra* analisados de 121.º e 122.º da presente, e contabilizados por esta no valor total de [CONFIDENCIAL].

301.º

No que concerne aos efeitos do contrato *sub judicio*, a Arguida Baxter afirma que “*ter-se-ia de provar [que o mesmo] afectava a concorrência actual ou potencial de tal forma que perturbasse os preços, produção, inovação ou a variedade e qualidade de bens ou serviço*”, conforme resulta de 125. da sua Resposta, a fls. 5411 dos autos.

302.º

Ora, ficou já sobejamente demonstrado que o contrato em causa fixou o preço de revenda do equipamento FDS, tendo impedido a livre estipulação do mesmo pela Glintt.



303.º

A Baxter acrescenta, ainda, que “*ambas as empresas continuaram a apresentar propostas competitivas aos concursos*” (conforme resulta de 134. da sua Resposta, a fls. 5413 dos autos). Esta alegação é facilmente desmentida pelos efeitos produzidos pelo acordo: as Arguidas apresentaram-se aos concursos abertos pelo CHVR e pela denunciante com o mesmo preço, o qual, aliás, foi considerado por esta última como sendo demasiado elevado.

304.º

E basta atentar no facto de que, se a Glintt considerasse competitivo o preço que lhe foi contratualmente estipulado pela Baxter para 2006, não o teria alterado assim que tal lhe foi permitido (tendo passado a concorrer com o preço que a Baxter fixara para 2005).

305.º

Ainda relativamente aos efeitos do contrato, a Arguida Glintt afirma que o contrato não surtiu efeitos negativos na medida em que “*os preços se mantiveram inalterados*” relativamente aos preços praticados pela Baxter em momento anterior à celebração do contrato, conforme resulta de 233. da sua Resposta, a fls. 5348 dos autos.

306.º

Ora, este argumento, só por si, não é procedente, na medida em que ao passarem a existir duas empresas com a possibilidade de vender o mesmo equipamento, a articulação de ambas no mercado deveria reger-se por regras concorrenciais, e não por uma transparência artificial criada pela imposição de um preço de revenda.

1.1.2.2.4. Afecção do Comércio entre os Estados Membros e análise do contrato ao abrigo do artigo 101.º do TFUE

307.º

Estatui o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE serem “*incompatíveis com o mercado comum e proibidos (...) todas os acordos entre empresas (...) que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado*”



comum, designadamente as que consistam em: (...) a) fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção”.

308.º

O critério de aplicação do direito comunitário da concorrência a um determinado conjunto de factos passa pelo preenchimento do requisito da afectação, de forma sensível, do comércio entre os Estados-Membros.

309.º

O critério de afectação do comércio entre os Estados-Membros foi objecto de Comunicação da Comissão Europeia que estabeleceu as Orientações a seguir na sua interpretação³⁴.

310.º

Entende-se, em traços gerais e de acordo com a letra da lei e a jurisprudência comunitárias, que esta interpretação deve assentar sobre três elementos fundamentais: *(i)* o conceito de «comércio entre os Estados-Membros», *(ii)* a noção de «susceptibilidade de afectação» e *(iii)* o conceito de «carácter sensível»³⁵.

311.º

No que respeita ao *(i)* conceito de «comércio entre os Estados-Membros», entende-se que se trata de um conceito amplo (independente da definição dos mercados geográficos relevantes), que envolve toda a actividade transfronteiriça, incluindo os casos em que os factos em causa afectam a estrutura concorrencial do mercado.

312.º

O facto de uma ou mais empresas que operam na Comunidade definirem, de forma artificial e concertada, o preço de determinados bens e/ou serviços, afecta a estrutura concorrencial do mercado.

³⁴ Cf., *Comunicação da Comissão Europeia – Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE* (Jornal Oficial C 101, de 27/04/2004 pp. 0081 - 0096).

³⁵ Vide, a propósito da exigência de uma «afectação sensível» o Acórdão do TJCE no processo 22/71, *Béguelin*, Col. 1971, p. 949, ponto 16.



313.º

Relativamente à *(ii)* noção de «susceptibilidade de afectação», a interpretação a desenvolver deverá orientar-se no sentido de considerar preenchido este critério não apenas nos casos em que os factos em causa efectivamente afectam o comércio entre os Estados-Membros, mas também sempre que há um grau de probabilidade suficiente de isso acontecer, isto é, sempre que os factos possam ter – de acordo com um juízo de previsibilidade baseado em factores objectivos – uma influência directa ou indirecta, efectiva ou potencial na estrutura do comércio entre os Estados-Membros.

314.º

Verificando-se que os factos são susceptíveis de afectar a estrutura concorrencial no interior da União Europeia, a aplicabilidade do direito comunitário fica estabelecida.

315.º

Os factores a considerar no juízo da previsibilidade da afectação incluem a natureza dos produtos/serviços em causa (a sua adequação ou não ao comércio transfronteiriço e à possível expansão da actividade económica da empresa), a posição de mercado das empresas envolvidas, o contexto em que se desenvolvem os factos, entre outros³⁶.

316.º

Finalmente, no que se refere ao *(iii)* «carácter sensível» da afectação do comércio entre Estados-Membros, este pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa.

317.º

Quanto mais forte for a posição de mercado das empresas em causa, maior é a probabilidade de os factos que afectem o comércio entre os Estados-Membros o fazerem de forma sensível.

³⁶ Atente-se, nomeadamente, ao facto de *i)* estarmos perante concursos públicos internacionais; e *ii)* as Arguidas deterem, à época, o exclusivo da comercialização do equipamento em causa em Portugal.



318.º

Note-se, também, que mesmo que esteja em causa um único Estado-Membro, a natureza – grave – da alegada infracção e, sobretudo, a sua vocação para encerrar o mercado nacional, ou o falsear na sua globalidade – o que, como vimos, sucede no caso em apreço – fornecem uma boa indicação acerca da possibilidade de os factos afectarem o comércio entre os Estados-Membros.

319.º

Considera-se, pelo exposto, que se verifica, *in casu*, a condição de susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-Membros, nos termos descritos na *Comunicação da Comissão Europeia – Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE*.

320.º

A Arguida Baxter não aduziu, em sua defesa, qualquer argumento que questione a verificação da referida condição de afectação do comércio entre os Estados-Membros.

321.º

A Arguida Glintt refere, a este propósito, que “[n]o caso presente, [uma vez] que se trata da substituição de um operador por outro (...) sem qualquer alteração do ponto de vista das condições comerciais apresentadas, [o contrato celebrado entre as Arguidas] é totalmente neutro do ponto de vista do comércio intra-comunitário” (conforme resulta de 347. da sua Resposta, a fls. 5370 dos autos).

322.º

Dão-se aqui por reproduzidos todos os argumentos já anteriormente aduzidos no sentido de o contrato celebrado entre as Arguidas, ao fixar o preço de revenda, se ter traduzido em restrições verticais da Concorrência, tendo produzido efeitos no mercado.

1.1.3. Ilicitude

1.1.3.1. Justificação do contrato celebrado entre as Arguidas ao abrigo do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003

323.º

O não preenchimento de um dos critérios enunciados no n.º 1 do artigo 5.º da Lei da Concorrência (*vide, supra*, 235.º da presente Decisão), como é o caso da contribuição para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico, inviabiliza, por si só, que a prática em causa nos presentes autos possa ser considerada justificada.

324.º

A Baxter afirma, na Resposta à Nota de Ilicitude, que o acordo “*produz benefícios ao nível do mercado de sistemas de dispensa de medicamentos e gestão de stocks, fazendo-se dele um balanço económico muito positivo*”, conforme resulta de 194. da sua Resposta, a fls. 5425.

325.º

Para esse efeito, a Arguida Baxter alega que o contrato celebrado com a Glintt *i)* permite a melhoria da distribuição do equipamento FDS e a introdução no mercado de novos distribuidores; *ii)* reflecte parte significativa dos benefícios para os utilizadores; *iii)* não impõe às empresas envolvidas quaisquer restrições que não sejam indispensáveis aos objectivos contratuais; e *iv)* não dá a essas empresas – as ora Arguidas – a possibilidade de eliminar a concorrência; tudo conforme resulta do ponto IX. da Resposta da Baxter, de fls. 5425 a fls. 5428 dos autos.

326.º

Da mesma forma, também a Arguida Glintt defende, na Resposta à Nota de Ilicitude, que a prática em causa deve ser considerada justificada, porquanto *i)* o contrato permitiu que existisse uma nova empresa a criar e desenvolver o *know-how* necessário para operar neste mercado; *ii)* o acordo em causa permitiu a criação de eficiências, ao libertar a Baxter da venda do equipamento; *iii)* vedou à Glintt a possibilidade de aumentar o preço do produto; *iv)* as restrições foram indispensáveis ao objectivo; *v)* o contrato reservou para os utilizadores parte das eficiências, através da entrada de um novo operador e da optimização da distribuição; e *v)* não eliminou a concorrência; tudo conforme resulta de 4. da sua Resposta, de fls. 5355 a fls. 5370 dos autos).



327.º

Não existem no processo quaisquer elementos que permitam considerar justificada a prática cometida pelas Arguidas, nem estas os facultaram.

328.º

Ou seja, não resulta dos elementos de prova coligidos nos presentes autos qualquer vantagem adveniente da cláusula de fixação de preços, que permita considerar justificada a sua inclusão no contrato celebrado entre as Arguidas.

329.º

As Arguidas não demonstraram, na Resposta à Nota de Ilicitude, que a prática que lhes é imputada (fixação de preços de revenda) beneficie de um balanço económico positivo.

330.º

Sem prejuízo do exposto, sempre se acrescente o seguinte:

331.º

Não é verdade que se tenha reservado aos utilizadores parte dos alegados benefícios dos contratos: de acordo com o aí estipulado só a Arguida Glintt poderia concorrer aos concursos públicos, e sempre com o mesmo preço também praticado pela Baxter. Pelo que, apesar de formalmente existirem duas entidades a comercializar o produto, nunca existiu livre concorrência entre ambas.

332.º

Sucedo ainda, conforme já demonstrado anteriormente, que o contrato provocou prejuízos aos utilizadores, *v.g.*, os advenientes da anulação dos procedimentos concursais analisados e a necessidade de as entidades hospitalares terem de reprogramar as suas candidaturas ao Projecto Saúde XXI.

333.º

Por fim, e na medida em que a Baxter continuou a apresentar propostas aos concursos públicos, também não procede o argumento da Glintt de que o contrato teve como benefício para a Baxter, “ao



atribuir a distribuição [do] equipamento à Glintt, libertar recursos e concentrar os seus esforços (...) na comercialização de medicamentos usados nestas máquinas (...) e (...) no fornecimento de consumíveis e serviços de manutenção (...)”, conforme resulta de 292. da sua Resposta, a fls. 5359.

334.º

Ora, sendo os requisitos de demonstração do balanço económico positivo cumulativos, basta que um deles não se encontre preenchido para que a prática em questão não possa beneficiar dessa causa de justificação.

1.1.3.2. Outras causas de exclusão de ilicitude

335.º

Inexistem quaisquer outras causas de justificação da conduta das Arguidas, nem estas, sequer, o alegaram.

336.º

Face ao exposto, a conduta assumida pelas Arguidas, preenchendo todos os elementos objectivos do tipo, é ilícita, dada (i) a sua desconformidade legal; (ii) a não aplicação de qualquer isenção prevista em Regulamento Comunitário (o qual, se fosse o caso, seria aplicável por remissão do n.º 3 do artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho); (iii) a inexistência de qualquer justificação da prática adoptada, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 5.º da Lei da Concorrência; e (iv) a inexistência de quaisquer outros factores objectivos alheios às Arguidas, que possam justificar a imposição da conduta em análise.

1.2. Tipo Subjectivo

337.º

Ambas as Arguidas agiram de forma directa, livre, consciente e voluntária na prática das infracções, bem sabendo que as condutas que lhes são imputadas – e *supra* descritas em II. da presente Decisão – são proibidas por Lei, tendo, ainda assim, querido realizar, de forma deliberada, todos os actos necessários à sua verificação.



338.º

O objectivo das Arguidas, de restrição da concorrência, foi directa e imediatamente visado e pretendido, tendo sido o seu comportamento apto a produzir os resultados previstos e efectivamente verificados.

339.º

As Arguidas manifestaram, enquanto executaram o contrato em análise, um elevado grau de insensibilidade aos valores tutelados pelas normas violadas, revelador de uma atitude contrária ao Direito.

340.º

No entanto, ainda que não tivessem representado e manifestado a vontade expressa de praticar os actos que praticaram, nos termos em que o fizeram – o que por mera hipótese se admite, mas não se concede –, as Arguidas terão, pelo menos, podido prever a realização da infracção como uma consequência necessária ou possível da sua conduta, conformando-se, no entanto, com a sua realização.

341.º

Resulta, assim, que as Arguidas agiram com dolo, já que, conhecendo as normas legais aplicáveis, e/ou não podendo ignorá-las, não se abstiveram de praticar, de forma deliberada, os actos *supra* descritos, levando a cabo condutas que preenchem todos os elementos do tipo legal da contra-ordenação em causa.

342.º

A Arguida Baxter alega, que a ser-lhe imputada uma qualquer conduta anticoncorrencial, terá de o ser a título negligente, conforme resulta de 186. e 187. da sua Resposta, a fls. 5424 dos autos, porquanto, segundo afirma, nunca pretendeu criar efeitos restritivos da concorrência, apenas não tendo observado os deveres de cuidado a que estava adstrita.

343.º

A Arguida Glintt alega não ter tido consciência da infracção, nunca se tendo pretendido infringir a concorrência, conforme resulta de 265. a 268. da sua Resposta, a fls. 5354 e 5355 dos autos.



344.º

Mantém-se o já anteriormente referido no sentido de que as Arguidas, enquanto agentes económicos, bem previram – e neste caso, pretenderam – a realização da infracção como uma consequência necessária ou possível da sua conduta, conformando-se, no entanto, com a sua realização.

345.º

Sem prejuízo do exposto, ressalva-se a punibilidade dos factos praticados a título de negligência, nos termos do n.º 6 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003.

346.º

Inexistem, nos presentes autos, quaisquer causas de exculpação, nem as Arguidas o alegaram.

347.º

A conduta das Arguidas é, pois, não apenas típica e ilícita, mas também culposa.

IV. CONCLUSÃO

348.º

A celebração – e execução – de um contrato que contém cláusulas que restringem verticalmente a concorrência (fixação do preço de revenda), resulta proibida nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, bem como do artigo 101.º do TFUE, constituindo uma contra-ordenação na acepção do artigo 42.º da Lei n.º 18/2003, punível nos termos da interpretação conjugada dos artigos 43.º, n.º 1, alínea a), e 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, com coima que não pode exceder, para cada uma das Arguidas, 10% do respectivo volume de negócios do último ano (*vide, supra*, 54.º e 55.º da presente Decisão), ou seja, não pode exceder, respectivamente, €968.645,10 (novecentos e sessenta e oito mil seiscentos e quarenta e cinco euros e dez cêntimos) relativamente à Arguida Baxter e €5.139.616,50 (cinco milhões cento e trinta e nove mil seiscentos e dezasseis euros e cinquenta cêntimos) relativamente à Arguida Glintt.

349.º

Nos termos do disposto no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, as coimas a que se refere o artigo 43.º são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias: a gravidade da infracção para



a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional; as vantagens de que hajam beneficiado as empresas infractoras em consequência da infracção; o carácter reiterado ou ocasional da infracção; o grau de participação na infracção; a colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo; e o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

350.º

Acessoriamente, poderá também a Autoridade promover a publicação, a expensas das Arguidas, da Decisão proferida no âmbito dos presentes autos, no Diário da República e/ou em jornal nacional de expansão nacional (*vide*, artigo 45.º da Lei n.º 18/2003).

1. Da coima

1.1. Moldura aplicável e volume de negócios das Arguidas

351.º

A moldura abstracta da coima corresponde a um intervalo em percentagem do volume de negócios estabelecido no artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, para cada tipo de contra-ordenação aí indicado.

352.º

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do *supra* referido preceito legal “[c]onstitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10 % do volume de negócios do último ano: a) a violação do disposto nos art. 4.º, 6.º e 7.º”.

353.º

In casu, estamos perante a infracção prevista no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 (e, também, no artigo 101.º do TFUE).

354.º

Como vimos, o limite máximo da coima aplicável à Arguida Baxter é de €968.645,10 (novecentos e sessenta e oito mil seiscentos e quarenta e cinco euros e dez cêntimos), montante equivalente a 10% do seu volume de negócios em 2009.



355.º

E o limite máximo da coima aplicável à Arguida Glintt é de € 5.139.616,50 (cinco milhões cento e trinta e nove mil seiscientos e dezasseis euros e cinquenta cêntimos), montante equivalente a 10% do seu volume de negócios em 2009.

356.º

Ainda no que respeita ao âmbito do volume de negócios a considerar no presente contexto, a jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa preconiza o entendimento segundo o qual aquele *“(...) só se pode reportar ao volume total de negócios da empresa porque é essa a única realidade em que pode assentar o pretendido efeito dissuasor da sanção. Dito de outro modo, a prevenção geral que o estabelecimento de um tal limite máximo da coima pretende alcançar desvanecer-se-ia por completo se se atendesse apenas a um sector da actividade da empresa. Isto não significa, porém, que esses factores não possam e não devam ser considerados na determinação da medida da coima concreta. Mas isso nada tem a ver com a fixação do limite máximo da coima aplicável”*³⁷.

357.º

Na determinação da medida concreta da coima a aplicar a cada uma das Arguidas deverão ser tidos em conta os factores a seguir indicados.

1.2. Critérios de determinação da medida da coima

358.º

A Autoridade deu a conhecer às Arguidas a moldura abstracta da coima em que cada uma incorria, bem como os factores que, aquando da elaboração da Nota de Ilícitude, considerava serem atendíveis na determinação da medida exacta de cada uma das coimas, para que as Arguidas tivessem conhecimento dos mesmos e, querendo, se pronunciassem sobre essa matéria, conforme se veio a verificar.

359.º

Nos termos do disposto no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, a(s) coima(s) a que se refere o artigo 43.º é (são) fixada(s) tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias: a gravidade da

³⁷ Cf., Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.ª Secção, de 07.11.2007, Processo n.º 7251/07, pág. 37.



infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional; as vantagens de que tenham beneficiado as empresas infractoras, em consequência da infracção; o carácter reiterado ou ocasional da infracção; o grau de participação na infracção; a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento administrativo; e o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

360.º

Adicionalmente, a Autoridade poderá atender a outros critérios que serão *infra* referidos e que já foram dados a conhecer às Arguidas na Nota de Ilicitude.

1.2.1. Prevenção geral e especial

361.º

A aplicação de coimas em processo contra-ordenacional visa a salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pelas normas que proíbem, *in casu*, a adopção pelas empresas e/ou associações de empresas de determinados comportamentos no mercado.

362.º

A confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e na transparência das relações entre agentes económicos tem de ser tutelada e firmemente protegida.

363.º

E, da mesma forma que não há pena sem culpa, e a culpa decide da medida da pena, o mesmo sucede no que se refere às coimas por ilícitos contra-ordenacionais.

364.º

Também nesta sede se deve atender às exigências da prevenção, geral e especial, que visam “*tutelar a confiança dos agentes económico na promoção do equilíbrio e da transparência das relações entre*



*agentes económicos, por um lado, e dissuadir os agentes económicos que manifestam uma elevada insensibilidade aos bens jurídicos tutelados, por outro*³⁸.

365.º

A prevenção geral assume um lugar primordial na finalidade da pena, mantendo tal entendimento acuidade em sede contra-ordenacional.

366.º

A prevenção geral é entendida como um instrumento de política criminal destinado a actuar sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de ilícitos, actuando em duas vertentes: através da manutenção ou reforço da confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos (prevenção geral positiva ou de integração), e através da intimidação causada à generalidade das pessoas, devido ao sofrimento que a sanção causa ao delinquente, e que as leva a não cometerem factos puníveis (prevenção geral negativa ou de intimidação).

367.º

Por sua vez, a prevenção especial assenta na ideia de que a pena é um instrumento de actuação preventiva sobre a pessoa do infractor, com o fim de evitar que, no futuro, este cometa novos ilícitos. A prevenção especial actua, quer ao nível da intimidação individual do agente, para que este não repita o facto praticado (prevenção especial negativa), quer através da criação de condições para que este haja de harmonia com as regras jurídicas (prevenção especial positiva).

368.º

Deve ainda atender-se ao desvalor da acção e ao resultado da mesma, bem como à intensidade da realização típica, sendo que, entre essas circunstâncias, se consideram “*no que toca à ilicitude, o grau de violação ou o perigo de violação do interesse ofendido, o número de interesses ofendidos e suas consequências, a eficácia dos meios (...) utilizados; no que toca à culpa, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, o grau de intensidade da vontade (...), os sentimentos manifestados no*

³⁸ Cf., Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 14.01.2008, Processo n.º 1138/07.9TYLSB (4.º Juízo).



cometimento do [ilícito], os fins ou motivos determinantes, a conduta anterior e posterior (...)”
(Manuel Simas Santos / Manuel Leal-Henriques, *Noções elementares de Direito Penal*);

369.º

Elementos esses que permitirão concretizar, dentro da moldura abstracta da coima, o *quantum* a aplicar no caso concreto.

1.2.2. Gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional

370.º

No presente processo de contra-ordenação estamos perante um acordo entre duas empresas que constituíam, à época, a totalidade da oferta dos produtos/serviços do mercado relevante, pelo que a gravidade da infracção aqui em causa é manifesta, tendo a mesma interferido com a transparência nas relações de mercado e com a liberdade de formação dos preços da oferta no âmbito do mesmo.

371.º

Nestes termos, a infracção em causa deve ser considerada grave face aos bens jurídicos protegidos (nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003), tanto mais que a conduta em causa logrou afectar, de forma sensível, o comércio intracomunitário (para efeitos de aplicação dos artigos 101.º do TFUE).

1.2.3. Vantagens de que tenham beneficiado as empresas infractoras, em consequência da infracção

372.º

A celebração e execução do contrato *sub judicio* trouxe às Arguidas vantagens ilegítimas, que as mesmas não alcançariam através do livre fluir do mercado, permitindo-lhes, através de uma transparência artificial do preço do equipamento em causa, que se apresentassem aos concursos públicos com preços demasiado elevados.



373.º

Uma vez que a infracção em causa consubstancia uma infracção por objecto, trata-se de uma contra-ordenação de perigo, pelo que não é necessário verificar quais os seus efeitos concretos, para efeitos do preenchimento do tipo contra-ordenacional.

374.º

Embora não deixe de se verificar que a produção destes efeitos foi pretendida pelas Arguidas, tendo estas praticado actos necessários e adequados ao resultado efectivamente produzido, que se repercutiu, de forma sensível, no mercado.

375.º

Consequentemente, ainda que não existam nos autos elementos suficientes que permitam quantificar as vantagens alcançadas pelas Arguidas com a prática das infracções em apreço, existem elementos suficientes que permitem determinar a existência das mesmas.

1.2.4. Duração da infracção e carácter reiterado ou ocasional da mesma

376.º

O contrato celebrado entre as Arguidas vigorou, como vimos, desde 11.11.2005 até 11.11.2009, data da produção de efeitos da denúncia do mesmo, realizada pela GLINTT (*vide, supra*, 56.º e 58.º da presente Decisão).

377.º

Desta forma, as restrições verticais anticoncorrenciais mantiveram-se e produziram efeitos durante esse período de quatro anos.

378.º

O contrato em análise vigorou e foi aplicado de forma reiterada e ininterrupta, desde a sua celebração, até à denúncia do mesmo.



379.º

Os procedimentos concursais em apreço na presente decisão provam a execução do contrato, de forma ininterrupta, por ambas as Arguidas, ao longo dos quatro anos de vigência desse contrato.

380.º

Por conseguinte, verifica-se que, durante o período de duração da infração, esta foi praticada de modo reiterado e ininterrupto.

1.2.5. Grau de participação do infractor

381.º

O contrato em causa foi aceite por ambas as Arguidas³⁹, que intervieram activamente enquanto co-autoras da infração.

1.2.6. Colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo

1.2.6.1. Arguida Baxter

382.º

No presente processo contra-ordenacional, e até ao momento, a colaboração prestada pela Arguida Baxter traduziu-se na resposta tempestiva aos pedidos de informação e ao envio de documentos solicitados pela Autoridade, em cumprimento do dever legal consagrado no artigo 18.º da Lei n.º 18/2003.

1.2.6.2. Arguida Glintt

383.º

No presente processo contra-ordenacional, a Arguida Glintt cumpriu, de forma tempestiva e completa, as solicitações de informações e de documentos efectuados pela Autoridade da Concorrência.

³⁹ Relembre-se que a Arguida Glintt esclareceu, em sede de inquirições, que todo o clausulado foi negociado por ambas as partes.



384.º

Esta prestação atempada e completa de informações à Autoridade da Concorrência reconduz-se ao cumprimento do dever previsto no artigo 18.º da Lei n.º 18/2003.

385.º

Vem a Arguida Glintt, no âmbito da sua defesa escrita, alegar ter agido sempre “(...) *muito para além do seu dever legal de colaboração*”, conforme resulta de 13. da sua Resposta, a fls. 5307 dos autos.

386.º

Mais afirma a Arguida Glintt que “(...) *as conclusões da AdC quanto à existência da alegada infracção fundam-se exclusivamente em informações e declarações prestadas pela Glintt, que dificilmente teriam sido obtidas de outra forma*”, conforme resulta de 371. da sua Resposta, a fls. 5375 dos autos.

387.º

Neste seguimento, vem esta Arguida enfatizar que “(...) *teria tido todas as condições para requerer a dispensa ou atenuação especial da coima, nos termos da Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto (“Lei da Clemência”), se para tanto tivesse sido alertada pela própria AdC*”, conforme resulta de 363. da sua Resposta, a fls. 5373 dos autos.

388.º

Continua a Arguida Glintt: “*Nos termos do n.º 1 do artigo 5.º da Lei da Clemência, a AdC pode conceder uma atenuação especial de, pelo menos, 50% do montante da coima que seria aplicada nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 43.º e no artigo 44.º da Lei da Concorrência, caso já tenha procedido à abertura do inquérito nos termos do n.º 1 do artigo 24.º do mesmo diploma, à empresa que cumpra, cumulativamente, as seguintes condições:*

- a) *Seja a primeira a fornecer à AdC informações e elementos de prova sobre um acordo ou prática concertada em investigação pela AdC, relativamente ao qual ainda não tenha sido*

efectuada a notificação a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo 25.º e o n.º 1 do artigo 26.º daquele diploma – o que se verifica;

- b) As informações e os elementos de prova fornecidos contribuam de forma determinante para a investigação e prova da infracção – o que foi manifestamente o caso;*
- c) Estejam verificadas as condições previstas nas alíneas b) e d) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei de Clemência (que se referem à necessidade [de] cooperação, cessação da infracção e não coacção de outras empresas a participarem na infracção) – o que também poderia verificar-se” conforme resulta de 365. da sua Resposta, a fls. 5374 dos autos.*

389.º

Concluindo a Arguida Glintt que é “(...) inequívoco que a AdC dificilmente teria podido concluir pela existência de uma infracção sem as declarações e informações [por si] prestadas (...)”, conforme resulta de 367. da sua Resposta, a fls. 5374 dos autos.

390.º

Ora, a aplicação do regime jurídico da dispensa e atenuação especial da coima em processos de contra-ordenação por infracções às normas de concorrência consagrado na Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto, pressupõe que as empresas que dele pretendam beneficiar apresentem um pedido expresso e formal nesse sentido, nos termos dos artigos 3.º e 8.º, n.º 1, deste diploma legal e do Regulamento n.º 214/2006 da Autoridade da Concorrência⁴⁰, o que não sucedeu.

391.º

Ademais, não cabe à Autoridade “alertar” a Arguida para a existência de tal regime jurídico, sobretudo em fase avançada de inquérito de processo contra-ordenacional no âmbito do qual a Arguida (neste caso, a empresa Glintt) sempre se fez representar e/ou assessorar por advogado.

⁴⁰ Publicado no Diário da República n.º 225, II Série, de 22 de Novembro.



392.º

Não obstante a posição pedagógica de esclarecimento dos agentes económicos pela qual a Autoridade pauta a sua actividade, sempre se refira que não lhe compete, genericamente, dar a conhecer às empresas Arguidas a legislação nacional, *maxime*, a respeitante ao Direito da Concorrência, sendo que que o desconhecimento da Lei não lhes aproveita.

393.º

Não se pode, ainda, deixar de realçar que o inquérito do processo contra-ordenacional ora em foco foi aberto, como se referiu acima, através de Despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência datado de 12.10.2006, pelo que, dado o lapso temporal que medeia essa data e o momento actual, a Arguida Glintt, a querer, teria tido inúmeras oportunidades de se socorrer do regime jurídico plasmado na Lei n.º 39/2006, de 25 de Agosto.

394.º

A Autoridade não deixa de valorar positivamente a colaboração prestada pela Arguida Glintt no decurso do inquérito do presente processo contra-ordenacional, designadamente através da apresentação voluntária de documentos, colaboração que se considera ter ultrapassado o mero dever legal previsto no artigo 18.º da Lei n.º 18/2003.

395.º

Até porque tal colaboração terá, necessariamente e conforme decorre da Lei, de constituir uma circunstância atenuante.

396.º

Ressalva-se, no entanto, que a Autoridade dispunha já de diversos elementos de prova que lhe permitiam concluir pela existência da prática proibida aqui em causa, *v.g.*, o contrato assinado pelas duas Arguidas, elemento central de todo este processo.



397.º

Além de que, não pode descurar-se que os actos de colaboração da Arguida Glintt foram sempre precedidos de impulsos processuais desta Autoridade.

1.2.7. Comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

398.º

Não obstante a Arguida Glintt ter afirmado que a denúncia do contrato se ficou a dever a motivos estratégicos, certo é que procedeu a tal denúncia após a abertura do presente procedimento.

399.º

A decisão da Glintt de fazer cessar a infracção, deve, todavia, ser valorada como circunstância atenuante, no cômputo da coima a ser-lhe aplicada.

400.º

No que respeita à reparação dos prejuízos causados à concorrência, até ao momento não existiu qualquer reparação por parte das Arguidas.

1.2.8. Outras circunstâncias relevantes

1.2.8.1. Situação económica das Arguidas

401.º

A Autoridade tomou, ainda, em consideração, para efeitos de determinação da medida da coimas, a situação económica das Arguidas.

402.º

Conforme o já referido, respectivamente, em 50.º e 51.º da presente Decisão, a Arguida Baxter declarou um volume de negócios, realizado no exercício de 2009, de €9.686.451,00 (nove milhões seiscentos e oitenta e seis mil quatrocentos e cinquenta e um euros), conforme resulta do teor de fls. 5567 dos autos;



403.º

E a Arguida Glintt declarou um volume de negócios, realizado no exercício de 2009, de €51.396.165,00 (cinquenta e um milhões trezentos e noventa e seis mil cento e sessenta e cinco euros), conforme resulta do teor de fls. 5089 dos autos.

1.2.8.2. Grau de culpa

404.º

Valorou, também, esta Autoridade, para efeitos de determinação da medida das coimas, o grau de culpa de cada uma das Arguidas.

405.º

Como ficou já referido, de entre outros, em 341.º da presente Decisão, tanto a Arguida Baxter como a Arguida Glintt agiram com dolo, pois ambas, conhecendo as normas legais aplicáveis, e/ou não devendo ignorá-las, não se abstiveram de praticar de forma deliberada as infracções acima descritas, levando a cabo condutas que preenchem todos os elementos do tipo legal de contra-ordenação ora em causa.

1.2.9. Coimas concretamente aplicadas

406.º

Analisados e devidamente ponderados todos os elementos pertinentes, conclui-se pela aplicação, à Arguida Baxter, de uma coima no valor de **€145.296,77 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e noventa e seis euros e setenta e sete cêntimos)**.

407.º

E conclui-se pela aplicação, à Arguida Glintt, de uma coima no valor de **€385.471,24 (trezentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e um euros e vinte e quatro cêntimos)**.

1.2.10. Sanção acessória

408.º

Nos termos do artigo 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, “*caso a gravidade da infracção o justifique, a Autoridade promove a publicação, a expensas do infractor, da decisão proferida no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da presente lei no Diário da República e ou num jornal*”



nacional de expansão nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante em que a prática proibida produziu os seus efeitos”.

409.º

Tendo em conta a gravidade da infracção em causa e a afectação sensível do comércio entre os Estados-Membros, bem como as exigências de prevenção geral e especial, **ordena-se às Arguidas que façam publicar, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da presente decisão, um extracto da mesma, a delimitar pela Autoridade**, nos termos e conforme cópia que lhes será comunicada, **na II Série do Diário da República e em jornal nacional de expansão nacional.**

V. DECISÃO

Tudo visto e ponderado, o Conselho da Autoridade da Concorrência decide:

Primeiro

A celebração, e execução, por ambas as Arguidas, de um contrato que inclui restrições verticais, designadamente, a de fixação dos preços de revenda, resulta proibida nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, bem como do artigo 101.º do TFUE, constituindo uma contra-ordenação na acepção do artigo 42.º da Lei n.º 18/2003, punível nos termos da interpretação conjugada dos artigos 43.º, n.º 1, alínea a), e 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Segundo

Tendo em conta todos os elementos enunciados na presente Decisão, bem como o disposto no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é aplicada à Arguida Baxter – Médico Farmacêutica, Lda. uma coima no valor de **€145.296,77 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e noventa e seis euros e setenta e sete cêntimos).**

Terceiro

Tendo em conta todos os elementos enunciados na presente Decisão, bem como o disposto no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é aplicada à Arguida Glintt – Business Solutions, Lda., uma



coima no valor de **€385.471,24 (trezentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e um euros e vinte e quatro cêntimos)**.

Quarto

A título de sanção acessória, por a gravidade das práticas o justificar, e ao abrigo do artigo 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, **ordena-se, ainda, às Arguidas que façam publicar, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da presente Decisão, um extracto da mesma**, a delimitar pela Autoridade, nos termos e conforme cópia que lhes será comunicada, **na II Série do Diário da República e em jornal nacional de expansão nacional**.

Quinto

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e da alínea *b*) do n.º 2 e n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em **€1.000,00 (mil euros)**, o montante das custas a suportar pela Arguida Baxter – Médico Farmacêutica, Lda. no presente processo.

Sexto

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e da alínea *b*) do n.º 2 e n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em **€1.000,00 (mil euros)**, o montante das custas a suportar pela Arguida Glintt – Business Solutions, Lda. no presente processo.

Sétimo

A coima aplicada a cada uma das Arguidas, bem como as respectivas custas deverão ser pagas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, após o trânsito em julgado da presente Decisão, mediante guias a levantar na Autoridade.

Oitavo

Adverte-se ambas as Arguidas, nos termos do disposto no artigo 58.º do RGCO, que:

- a) A presente Decisão torna-se definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do disposto no artigo 59.º do RGCO e do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho;
- b) Em caso de impugnação judicial, o Tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso as Arguidas, o Ministério Público ou a Autoridade da Concorrência não se oponham, mediante simples despacho;



- c) Tornando-se definitiva ou transitada em julgado a presente Decisão, a coima aplicada a cada uma das Arguidas deverá ser paga no prazo máximo de dez dias a contar do dia em que esta se torne definitiva ou transite em julgado;
- d) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade.

Lisboa, 10 de Dezembro de 2010

O Conselho da Autoridade da Concorrência,

Manuel Sebastião
(Presidente)

Jaime Andrez
(Vogal)

João Espírito Santo Noronha
(Vogal)