

PRC/2016/6

DECISÃO FINAL EM SEDE DE PROCEDIMENTO DE TRANSAÇÃO

[VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL]

VISADOS:

Futrifer – Indústrias Ferroviárias, S.A.

[Administrador Futrifer]

[Administrador Futrifer]

ÍNDICE

1.	DO PROCESSO.....	7
1.1.	Notícia da infração	7
1.2.	Abertura de Inquérito	7
1.3.	Alargamento do âmbito subjetivo do processo	8
1.4.	Diligências probatórias.....	8
1.4.1.	Diligências de busca e apreensão	8
1.4.2.	Pedidos de elementos	9
1.5.	Decisão de Inquérito: Nota de Illicitude	9
1.6.	Decisão Final em Sede de Procedimento de Transação – Neopul.....	9
1.7.	Decisão Final em Sede de Procedimento de Transação – Mota-Engil	10
1.8.	Proposta de Transação da Futrifer de 26.04.2019	10
1.9.	Proposta de Transação da Futrifer de 11.06.2019	11
2.	DOS FACTOS.....	12
2.1.	Identificação e caracterização das visadas destinatárias da presente Decisão	12
2.1.1.	Futrifer	12
2.1.2.	[Administrador Futrifer]	Erro! Marcador não definido.
2.1.3.	[Administrador Futrifer]	Erro! Marcador não definido.
2.2.	Identificação e caracterização do mercado	13
2.2.1.	Dimensão do mercado da prestação de serviços.....	13
2.2.1.1.	Serviços de manutenção de aparelhos de via	13
2.2.1.2.	A procura	14
2.2.1.3.	A oferta	15
2.2.2.	Dimensão geográfica do mercado	15
2.3.	Dos concursos	16
2.3.1.	Procedimento de qualificação de prestadores, de 04.02.2013.....	16
2.3.2.	Procedimento concursal econtrato n.º 5010014694, de 01.11.2013	17
2.3.2.1.	Consórcio CEMAV, de 08.01.2014	17
2.3.3.	Procedimento concursal econtratos n.º 5010016780, de 14.10.2014	18
2.3.4.	Procedimento concursal econtratos n.º 5010021530, de 01.07.2015	20
2.3.5.	Procedimento concursal econtratos n.º 5010023098, de 03.11.2015	21
2.4.	Comportamento dos destinatários da presente decisão.....	25
2.4.1.	Procedimento concursal econtratos n.º 5010016780, de 14.10.2014	25
2.4.2.	Procedimento concursal econtratos n.º 5010021530, de 01.07.2015	28
2.4.3.	Procedimento concursal econtratos n.º 5010023098, de 03.11.2015	32
2.5.	Conclusões quanto à matéria de facto	38
3.	DO DIREITO	42
3.1.	Apreciação jurídica e económica do comportamento da Futrifer	42
3.1.1.	Mercado Relevante	43
3.1.2.	Do tipo objetivo	43
3.1.2.1.	Conceito de empresa.....	43
3.1.2.2.	Da existência de um acordo	44
3.1.2.3.	O acordo de fixação do nível dos preços	45
3.1.2.4.	O acordo de repartição do mercado	46
3.1.2.5.	O objeto restritivo da concorrência	47
3.1.2.6.	Caráter sensível da restrição da concorrência	48
3.1.2.7.	A afetação do comércio entre Estados-Membros	49
3.1.3.	Do tipo subjetivo	50
3.1.3.1.	Illicitude	50
3.1.3.2.	Culpa	51
3.1.3.3.	A execução temporal das infrações	51

3.1.3.3.1.	Acordo de fixação do nível dos preços	51
3.1.3.3.2.	Acordo de repartição do mercado.....	52
3.1.3.3.3.	A execução temporal das infrações: conclusão	52
3.1.4.	Determinação das sanções.....	52
3.1.4.1.	Prevenção geral e prevenção especial	52
3.1.4.2.	Medida legal da coima.....	53
3.1.4.2.1.	Gravidade das infrações.....	53
3.1.4.2.2.	Duração das infrações.....	54
3.1.4.2.3.	Grau de participação da Futrifer	54
3.1.4.2.4.	Colaboração prestada à Autoridade	54
3.1.5.	Sanções acessórias.....	55
3.2.	Pronúncia sobre a Proposta de Transação da Futrifer de 11.06.2019	55
3.3.	Responsabilidade do membro do órgão de administração.....	56
3.3.1.	Tipo objetivo	56
3.3.2.	Tipo subjetivo	57
3.3.3.	Determinação das sanções	58
3.3.3.1.	Determinação da medida da coima	58
3.4.	Pronúncia sobre a Proposta de Transação do titular de órgão de administração	58
4.	CONCLUSÃO	59

A Autoridade da Concorrência,

Considerando as atribuições e competências, que lhe são conferidas pelo disposto na alínea a) do artigo 5.º e na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto;

Considerando o disposto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“Lei n.º 19/2012” ou “Lei da Concorrência”);

Considerando o disposto no artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”)¹;

No processo de contraordenação registado sob o n.º PRC 2016/6, em que são visados:

Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A. (“Fergrupo”), pessoa coletiva n.º 502156392, com sede social na Avenida D. João II, n.º 44C, Edifício Atlantis, 2.º Piso, Esc. 2.1, 1990-095 Lisboa;

Futrifer – Indústrias Ferroviárias, S.A. (“Futrifer”), pessoa coletiva n.º 503038113, com sede social na Rua José Afonso n.º 4 - C, 1.º, Espaço H, Edifício Coopali, 1600-130 Lisboa;

Mota-Engil – Engenharia e Construção, S.A. (“Mota-Engil”), pessoa coletiva n.º 500197814, com sede social na Casa da Calçada, no Largo do Paço, n.º 6, Cepelos, 4600-032 Amarante;

Sacyr Neopul, S.A. (“Neopul”), pessoa coletiva n.º 501378375, com sede social na Rua Castilho, n.º 165, 4.º Dto., 1070-050 Lisboa;

Somafel – Engenharia e Obras Ferroviárias, S.A. (“Somafel”), pessoa coletiva n.º 500272557, com sede em Edifício 2, Lagoas Park, 2740-265 Porto Salvo; bem como,

COMSA S.A.U. (“COMSA SAU”), com sede em Edifício Numancia 1, c/ Viriat 47, 08014 Barcelona, Espanha;

COMSA Corporación de Infraestructuras S.L. (“COMSA Corporación”), com sede em Edifício Numancia 1, c/ Viriat 47, 08014 Barcelona, Espanha;

¹ Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 30.03.2010, C 83/47.

Mota-Engil Europa, S.A. (“Mota-Engil Europa”), pessoa coletiva n.º 509442706, com sede na Rua Mário Dionísio, n.º 2, 2799-557 Linda-a-Velha, Lisboa;

Mota-Engil, SGPS, S.A. (“Mota-Engil SGPS”), pessoa coletiva n.º 502399694, com sede na Rua Rego Lameiro, n.º 38, 4300-454 Porto;

Sacyr Somague, S.A. (“Sacyr Somague”), pessoa coletiva n.º 503156000, com sede na Rua Castilho, n.º 165, 1.º, 1070-050 Lisboa;

Somague – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A. (“Somague SGPS”), pessoa coletiva n.º 500257752, com sede na Rua Castilho, n.º 165, 1.º, 1070-050 Lisboa;

Tedal – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A. (“Tedal”), pessoa coletiva n.º 51201694, com sede em Lagoas Park, Edifício 2, 2740-265 Porto Salvo;

Teixeira Duarte S.A. (“Teixeira Duarte”), pessoa coletiva n.º 509234526, com sede em Lagoas Park, Edifício 2, 2740-265 Porto Salvo;

Teixeira Duarte – Gestão de Participações e Investimentos Imobiliários, S.A. (“Teixeira Duarte Gestão”), pessoa coletiva n.º 500131244, com sede em Lagoas Park, Edifício 2, 2740-265 Porto Salvo, bem como;

[Administrador Ferggrupo] com o Número de Identificação Fiscal (NIF) [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais], com morada profissional [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais];

[Administrador Futrifer], com o NIF [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais], com morada profissional [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais];

[Diretor Mota-Engil], com o NIF [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais], com morada profissional [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais];

[Diretor Neopul], com o NIF [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais], com morada profissional [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais];

[Diretor Somafel], com o NIF [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais], com morada profissional [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]; e

[Administrador Futrifer], com o NIF [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais], com morada profissional [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais];

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito:

1. DO PROCESSO

1.1. Notícia da infração

1. A Autoridade da Concorrência (AdC) recebeu, em 09.08.2016, uma participação do Tribunal de Contas, relativa a um procedimento de contratação pública lançado pela Infraestruturas de Portugal, S.A. (IP).
2. O referido procedimento visava a aquisição de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, com as componentes de Manutenção Preventiva Sistemática (MPS), Manutenção Preventiva Condicionada (MPC) e Manutenção Corretiva (MC), dividido em cinco lotes, pelo período de dois anos compreendido entre 2015 e 2017.
3. De acordo com a documentação remetida pelo Tribunal de Contas, o procedimento em causa culminou na adjudicação de um lote a cada uma das empresas visadas, em resultado da exclusão das restantes propostas apresentadas pelas mesmas, por incluírem um preço superior ao preço base, o que indicava um eventual acordo de repartição de mercado, comportamento restritivo da concorrência, subsumível no artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como no artigo 101.º do TFUE.

1.2. Abertura de Inquérito

4. Existindo indícios de infração, o conselho de administração da AdC ordenou, em 13.10.2016, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, a abertura do competente inquérito contraordenacional, que foi registado sob o n.º PRC/2016/6, contra as empresas Fergrupo, Futrifer, Mota-Engil, Neopul e Somafel, para investigar a existência de práticas restritivas da concorrência proibidas pelo n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como pelo n.º 1 do artigo 101.º do TFUE (fls. 2 a 7).
5. Na mesma Decisão, para salvaguarda do interesse e eficácia da investigação, foi igualmente determinada pelo conselho de administração da AdC a sujeição do processo a segredo de justiça (fls. 2 a 7).
6. Ao abrigo do n.º 2 do artigo 24.º da Lei 19/2012, o conselho de administração da AdC deliberou, em 27.03.2018, prorrogar o prazo de inquérito contraordenacional por um período de 6 meses (fls. 1409).
7. Na mesma data foi dado conhecimento da referida Deliberação do conselho de administração da AdC às empresas visadas no PRC/2016/6 (fls. 1410 a 1427).

1.3. Alargamento do âmbito subjetivo do processo

8. No decurso da fase de inquérito, as diligências de investigação determinaram o envolvimento, no ilícito em causa, dos seguintes titulares de órgãos de administração e/ou direção das empresas visadas no PRC/2016/6, pelo que os mesmos assumem igualmente a qualidade de visados no processo, conforme despacho de alargamento do âmbito subjetivo do processo, proferido pelo conselho de administração da AdC, em 17.05.2018 (fls. 3055): **[Administrador Fergrupo], [Diretor Mota-Engil], [Administrador Futrifer], [Diretor Neopul], [Diretor Somafel] e [Administrador Futrifer]**.
9. Foi ainda decidido por despacho do conselho de administração da AdC, de 13.09.2018, o segundo alargamento do âmbito subjetivo do processo, assumindo a qualidade de visadas no processo as seguintes empresas: COMSA S.A.U.; COMSA Corporación de Infraestructuras S.L.; Mota-Engil Europa, S.A.; Mota-Engil SGPS, S.A.; Sacyr Somague S.A.; Somague – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.; Tedal – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.; Teixeira Duarte – Gestão de Participações e Investimentos Imobiliários, S.A.; e Teixeira Duarte, S.A. (fls. 4287).

1.4. Diligências probatórias

1.4.1. Diligências de busca e apreensão

10. Ao abrigo do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, e atenta a matéria de facto constante da informação remetida pelo Tribunal de Contas, a complexidade dos eventuais ilícitos em causa e a especial dificuldade de obtenção da respetiva prova, assim como o risco para a investigação decorrente da utilização de outro tipo de meios de obtenção de prova, foi identificada a necessidade de se proceder, nas instalações das empresas visadas no PRC/2016/6 e de terceiras empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, quer se encontrassem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo em suportes informáticos, bem como eventual apreensão de objetos, incluindo computadores, e exame e cópia da informação que contivessem, a fim de se obter elementos constitutivos de prova dos comportamentos em causa.
11. Para o efeito foi requerido, em 06 e 12.07.2017, à competente entidade judiciária (Ministério Público – Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa) e emitidos

por esta, em 07 e 13.07.2017, Mandados de Busca e Apreensão (fls. 140 a 162 e 247 a 249).

12. Em cumprimento dos Mandados, as diligências de busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação foram executadas, entre 12 e 25.07.2018, nas instalações das empresas visadas Fergrupo, Futrifer, Mota-Engil, Neopul e Somafel e ainda das empresas IP, Mota-Engil Europa, S.A., Somague Engenharia, S.A. e Teixeira Duarte – Engenharia e Construções, S.A..
13. Os documentos apreendidos no âmbito das referidas diligências foram carreados para os Autos e dão-se como integralmente reproduzidos.

1.4.2. Pedidos de elementos

14. Em 28.02.2018, a AdC dirigiu um pedido de elementos à IP, ao abrigo do disposto nos artigos 15.º, no n.º 2 do artigo 17.º, e na alínea b) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012 (fls. 894 a 897).
15. Em 23.03.2018, a AdC dirigiu pedidos de elementos às empresas visadas no PRC/2016/6 a solicitar o envio da certidão permanente de registo comercial, de cópias dos Relatórios e Contas referentes aos anos de 2014 a 2017, a descrição da estrutura societária do grupo empresarial em que se inserem, quando aplicável, bem como informações relativas à prestação de serviços na rede ferroviária nacional (fls. 1384 a 1408).
16. Em 21.05.2018, a AdC remeteu pedidos de elementos referentes às remunerações auferidas pelas pessoas singulares visadas (fls. 3077 a 3100).

1.5. Decisão de Inquérito: Nota de Ilícitude

17. Em 13.09.2018, o conselho de administração da AdC, procedeu ao encerramento do Inquérito no âmbito do PRC/2016/6, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea a) e b) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012.
18. Em 14.09.2018, a AdC notificou os Visados no PRC/2016/6 da Nota de Ilícitude (fls. 4419 a 4519 e 4525 a 4530).

1.6. Decisão Final em Sede de Procedimento de Transação – Neopul

19. Em 6.12.2018, a visada Neopul e **[Diretor Neopul]** foram notificados de minuta de decisão de transação, deliberada na sequência de proposta de transação apresentada

pelos referidos visados, nos termos do disposto no artigo 27.º da Lei da Concorrência (fls. 5070 a 5102).

20. Em 21.12.2018, os referidos visados procederam à confirmação da minuta de transação, bem como ao pagamento das coimas que lhes foram aplicadas, convolvendo-se a minuta em decisão definitiva condenatória em sede de procedimento de transação, nos termos do disposto no n.º 7 do artigo 27.º da Lei da Concorrência.
21. Nos termos da decisão de transação, o processo foi arquivado relativamente à Sacyr Somague e Somague SGPS.

1.7. Decisão Final em Sede de Procedimento de Transação – Mota-Engil

22. Em 29.03.2019, a visada Mota-Engil e o visado **[Diretor Mota-Engil]** foram notificados de minuta de decisão de transação, deliberada na sequência de proposta de transação apresentada pelos referidos visados, nos termos do disposto no artigo 27.º da Lei da Concorrência (fls. 6005 e 6006).
23. Em 9 e 11 de abril os referidos visados procederam à confirmação da minuta de transação (fls. 6023 a 6024 e 6031 a 6032).
24. Em 12.04.2019, os visados procederam ao pagamento das coimas que lhes foram aplicadas, convolvendo-se a minuta em decisão definitiva condenatória em sede de procedimento de transação, nos termos do disposto no n.º 7 do artigo 27.º da Lei da Concorrência (fls. 6044 e 6046).
25. Nos termos da decisão de transação, o processo foi arquivado relativamente às sociedades Mota-Engil Europa, S.A. e Mota-Engil, SGPS, S.A..

1.8. Proposta de Transação da Futrifer de 26.04.2019

26. Em 16.04.2019, a visada Futrifer e os visados **[Administrador Futrifer]** e **[Administrador Futrifer]**, administradores da Furtrifer, apresentaram à AdC uma proposta formal de transação, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 27.º da Lei da Concorrência (fls.6052).
27. No dia 26.04.2019, foram a visada Futrifer e os visados **[Administrador Futrifer]** e **[Administrador Futrifer]** notificados, nos termos do artigo 27.º da Lei da Concorrência, da minuta de transação adotada pela AdC, aplicando à visada Futrifer uma coima de € 300.000 (trezentos mil euros) a pagar em prestações mensais iguais, pelo período de um

ano, sem juros, e não aplicando coima ao visado **[Administrador Futrifer]**, atendendo **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** remuneração auferida pelo exercício das suas funções na Futrifer, nos anos de 2014 e 2015, nos termos do n.º 4 do artigo 69.º da Lei da Concorrência (fls. 6658 a 6693).

28. Em 13.05.2019, a visada Futrifer e o visado **[Administrador Futrifer]** confirmaram a minuta de transação notificada, face ao teor das respetivas propostas de transação, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 27.º da Lei da Concorrência (fls.6924).
29. No mesmo dia 13.05.2019, o visado **[Administrador Futrifer]** veio recusar a confirmação de que a minuta de transação notificada refletia o teor da proposta de transação, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 4 e n.º 5 do artigo 27.º da Lei da Concorrência (fls. 6925).
30. Em 28.05.2019, a AdC notificou os visados Futrifer, **[Administrador Futrifer]** e **[Administrador Futrifer]** da Deliberação do conselho de administração da Autoridade da Concorrência, de 23.05.2019, nos termos da qual foi declarada a ineficácia da confirmação da minuta por parte da visada Futrifer e do visado **[Administrador Futrifer]**, concedendo ainda, nos termos da referida Deliberação, um prazo adicional de 10 (dez) dias úteis para que a visada Futrifer e os visados **[Administrador Futrifer]** e **[Administrador Futrifer]** pudessem substituir, alterar ou completar a pronúncia sobre a Nota de Ilícitude, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 25.º da Lei da Concorrência, terminando o referido prazo em 12.06. 2019 (fls. 7015 a 7022).

1.9. Proposta de Transação da Futrifer de 11.06.2019

31. Em 11.06.2019, na sequência da notificação da Deliberação do conselho de administração da AdC *supra* referida, a visada Futrifer e os visados **[Administrador Futrifer]** e **[Administrador Futrifer]** apresentaram à AdC nova proposta formal de transação nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 27.º da Lei da Concorrência (fls.7027 a 7034).
32. Nos termos da referida proposta de transação, a Futrifer, **[Administrador Futrifer]** e **[Administrador Futrifer]** **[CONFIDENCIAL – Artigo 27.º da Lei n.º19/2012]**.

2. DOS FACTOS

2.1. Identificação e caracterização das visadas destinatárias da presente Decisão

2.1.1. Futrifer

33. De acordo com a Certidão Permanente de Registo Comercial junta aos autos, a sede social da Futrifer situa-se na Rua José Afonso, n.º 4 - C, 1º, Espaço H, 1600-130 Lisboa (fls. 1874).
34. A Futrifer tem como objeto social a indústria e construção ferroviárias, regeneração, assistência técnica, conservação e montagem de aparelhos de mudança de via, a sua comercialização e todos os atos ou operações que couberem, em via direta ou instrumental, no âmbito do seu objeto social.
35. A Futrifer foi constituída em julho de 1993 e o seu capital social é detido em 61% pela Vossloh Cogifer e em 39% pela Diorama – Gestão e Participações, S.A. (fls. 2101).
36. A Futrifer opera no mercado nacional e no mercado europeu (fls. 3406).
37. O volume de negócios realizado pela Futrifer no quadriénio 2014-2017 foi, respetivamente, de € 4.818.010, € 5.663.555, € 5.320.009 e € 4.140.805 (fls. 2087 3129, 3160 e 3192).
38. No que se refere ao volume de negócios realizado na prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental no quadriénio de 2014-2017, este foi, respetivamente, de [CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012], **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]**, **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** e de **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (fls.1871).
39. No triénio 2014-2016 o conselho de administração da Futrifer era composto por: Yves Robert Alfred Antonini; Sven Ove Ingvar Ohrling; Didier Paul Raymond Mainard; Joaquim Dias Amaro ; Dirk Redda; Jean-Marie Max Albert René Toubeau; Tiago Manuel Lourenço Dias Amaro ; e Christophe Guy Arches (fls. 1875 a 1876).
40. Por referência ao triénio de 2017-2019, o conselho de administração da Futrifer é composto por: Christophe Guy Arches; Joaquim Dias Amaro ; Jean-Marie Max Albert René Toubeau; Ralph Claus Lohmeyer; e Tiago Manuel Lourenço Dias Amaro (fls. 1874).

2.1.2. [Administrador Futrifer]

41. **[Administrador Futrifer]**, na qualidade de administrador delegado da Futrifer, foi o responsável pelos procedimentos de contratação pública no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, nomeadamente, pela adoção de decisões quanto à participação, ou não, nos procedimentos, lotes a concorrer e valores a apresentar, no período de 2014 a 2017 (fls. 1870).
42. Acresce que, **[Administrador Futrifer]** também representava a Futrifer nas reuniões do consórcio CEMAV, como melhor descrito na secção 2.3.2.1 *infra*, no período de 2014 a 2016 (fls. 2127).
43. Pelo exercício das suas funções na Futrifer, **[Administrador Futrifer]** **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** paga pela Futrifer, nos anos de 2014, 2015 e 2016, **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (fls. 3501 e 4331).

2.1.3. [Administrador Futrifer]

44. **[Administrador Futrifer]** detinha também o cargo de administrador e diretor comercial da Futrifer no período 2014 a 2017 (fls. 1870).

2.2. Identificação e caracterização do mercado

45. A prática objeto do presente processo de contraordenação insere-se no âmbito da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental.

2.2.1. Dimensão do mercado da prestação de serviços

2.2.1.1. Serviços de manutenção de aparelhos de via

46. A circulação de comboios nas vias ferroviárias provoca desgaste no material, fadiga nas fixações e alterações nas condições da geometria da infraestrutura e da superestrutura, fruto do peso da carga a transportar, da frequência de utilização e da velocidade a que os comboios circulam. A deterioração da via exige necessariamente o recurso a serviços de manutenção que garantam a sua integridade.
47. Como parte integrante da via-férrea, os aparelhos de via (AV), estando sujeitos aos fatores de desgaste e alteração anteriormente identificados, exigem inspeções, verificações e manutenções específicas, designadamente a manutenção preventiva

sistemática (MPS), a manutenção preventiva condicionada (MPC) e a manutenção corretiva (MC) (documento Neopul96 e fls. 899 e 900).

48. A MPS caracteriza-se por englobar um conjunto de intervenções de rotina, executadas periodicamente com base num roteiro pré definido, de modo a reduzir a probabilidade de anomalias ou avarias e permitindo ainda conhecer o estado das condições das instalações e equipamentos. Este tipo de manutenção tem como principais atividades a limpeza e medição dos parâmetros significativos dos diferentes aparelhos de via, de modo a identificar os valores que divergem do normal desempenho operacional do equipamento, e proceder, caso se verifique necessário, à calibração e/ou à substituição de componentes.
49. A MPC inclui um conjunto de intervenções regeneradoras, programadas após a sua deteção, de modo a garantir a funcionalidade e aptidão do sistema, ou seja, a reparação ou substituição de peças ou componentes deteriorados.
50. Por último, a MC refere-se ao conjunto de intervenções efetuadas após avaria ou anomalia, ou seja, a reparação ou substituição de peças ou componentes deteriorados que surge de uma forma imprevista.
51. De salientar que a manutenção de aparelhos de via se distingue de serviços de manutenção prestados por referência a outros elementos da rede ferroviária nacional, que, pela sua especificidade, exigem *know-how* e equipamentos distintos (cf. secção 2.3.1 *infra*).

2.2.1.2. A procura

52. A procura de serviços de manutenção de aparelhos de via é constituída por uma única empresa, a IP, que, até 2015, era denominada de Rede Ferroviária Nacional – REFER, E.P.E. (REFER).
53. A IP, criada em 01.06.2015, é uma empresa pública que resulta da fusão entre a REFER e a EP – Estradas de Portugal, S.A. (EP) através da qual a REFER incorporou, por fusão, a EP, sendo transformada em sociedade anónima e passando a denominar-se Infraestruturas de Portugal, S.A..

54. A IP tem por objeto a conceção, projeto, construção, financiamento, conservação, exploração, requalificação, alargamento e modernização das redes rodoviária e ferroviária nacionais, incluindo o comando e controlo da circulação ferroviária².
55. A IP adquire, neste contexto, serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, através de procedimentos, quer concursais (concursos limitados), quer por negociação (ajustes diretos).
56. Os procedimentos de aquisição lançados pela IP no período relevante no âmbito do presente processo de contraordenação, bem como o sistema de qualificação prévia de prestadores introduzido no início de 2013, constam da secção 2.3 *infra*.

2.2.1.3. A oferta

57. A oferta do mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, é constituída pelas empresas, visadas no processo de contraordenação PRC/2016/6, Fergrupo, Futrifer, Mota-Engil, Neopul e Somafel, sendo as mesmas as únicas habilitadas a prestar estes serviços (cf. secção 2.3.1 *infra*).
58. Estas empresas participaram nos procedimentos de aquisição lançados pela IP em consórcio ou individualmente, conforme melhor descrito na secção 2.3 *infra*.

2.2.2. Dimensão geográfica do mercado

59. No que respeita à dimensão geográfica do mercado em causa, é de referir que a prática decisória nacional³ tem sido a de considerar que o mercado das obras ferroviárias assume dimensão correspondente ao território nacional.
60. Considerando que a referida prestação de serviços envolve prestações permanentes de manutenção, tornando-se necessária a presença local e em permanência das empresas, o que as leva a estabelecerem-se nos locais em que pretendem operar, deverá definir-se o mercado por referência ao território de Portugal continental.

² Cf. artigo 2.º dos seus Estatutos constantes do Decreto-Lei n.º 91/2015, de 29.05.

³ Cf. Decisão da AdC no processo Ccent. n.º 4/2007 – OPCA/Edifer/Promorail.

2.3. Dos concursos

2.3.1. Procedimento de qualificação de prestadores, de 04.02.2013

61. Em 04.02.2013, a REFER lançou um procedimento para a qualificação de prestadores de serviços para a manutenção de aparelhos de via^{4,5}, com vista à seleção de concorrentes para futuros concursos limitados ou procedimentos por negociação (fls. 31).
62. O referido procedimento de qualificação visava criar uma carteira de entidades qualificadas, permitindo, nos procedimentos posteriores para a formação de contratos, prescindir da fase da qualificação destinada a avaliar a capacidade técnica, económica e financeira dos candidatos.
63. Nestes termos, uma vez concluída a fase da qualificação, seria enviado convite e o programa do procedimento às entidades previamente qualificadas para a apresentação de propostas, contendo as regras de concurso limitado, aplicáveis a partir da fase de apresentação das propostas.
64. De salientar que esta carteira de entidades qualificadas permanece aberta, devendo ser, em princípio, todos os anos, lançado o anúncio para a integração nessa carteira de novas entidades. Contudo, no presente caso, o último anúncio foi lançado em 2014 (fls. 29 a 31, 900 e 901).
65. No quadro do procedimento de qualificação lançado em 2013, foi deliberado, em 02.07.2013, pela comissão nomeada para o efeito, qualificar como prestadoras as empresas Futrifer, Somafel, Fergrupo e Mota-Engil (fls. 29 a 31, 900 e 901).
66. Em 09.04.2014, a REFER lançou um novo procedimento para a qualificação de prestadores de serviços para a manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga.

⁴ Diário da República, 2ª série – N.º 24, de 04.02.2013 - anúncio procedimento n.º 539/2013.

⁵ Estabelece o artigo 245.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos (CCP), que, no âmbito de contratos que digam principalmente respeito a atividades exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, as entidades adjudicantes podem instituir sistemas de qualificação de interessados em participar em concursos limitados por prévia qualificação ou em procedimentos de negociação para a formação de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços. Estes sistemas de qualificação, sendo procedimentos abertos, visam a qualificação de entidades que atuem nos sectores especiais para participar em concursos limitados por prévia qualificação ou em procedimentos de negociação para formação de contratos de empreitada ou aquisição de bens e serviços.

67. Ao abrigo do referido procedimento, em 23.07.2014, a REFER comunicou à Neopul, a aceitação da sua candidatura, e conseqüentemente, a sua qualificação a par das restantes empresas visadas (fls. 29 a 31, 900 e 901).

2.3.2. Procedimento concursal econtrato n.º 5010014694, de 01.11.2013

68. Em 01.11.2013, na sequência da prévia qualificação da Futrifer, Somafel, Fergrupo e Mota-Engil em julho do mesmo ano (parágrafo 65), as mesmas foram convidadas pela REFER para apresentar proposta no âmbito do procedimento concursal econtrato n.º 5010014694 que visava a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, pelo período de um ano (janeiro a dezembro de 2014), com um preço base de € 2.500.000,00 (fls. 1041).
69. O referido procedimento foi adjudicado pelo valor de € 2.496.393,27 às quatro empresas *supra* identificadas que apresentaram proposta conjunta⁶, tendo as mesmas posteriormente constituído, para o efeito, o consórcio CEMAV⁷, nos termos descritos na secção seguinte.

2.3.2.1. Consórcio CEMAV, de 08.01.2014

70. Em 08.01.2014, para efeitos da prestação do serviço no contexto do procedimento concursal econtrato n.º 5010014694 identificado na secção anterior, foi formalmente constituído o consórcio CEMAV entre as empresas Futrifer, Fergrupo, Mota-Engil e Somafel. A duração do CEMAV estava limitada exclusivamente ao cumprimento do seu objeto, ou seja, a *"Prestação de Serviços de Manutenção de Aparelhos de Via da Rede Ferroviária Nacional, Via Larga, adjudicada através da carta da REFER, ref. a*

⁶ Cf. Portal Base, disponível em <http://www.base.gov.pt/Base/pt/Pesquisa/Contrato?a=987160>.

⁷ No ponto 1.4 das Cláusulas Gerais do Caderno de Encargos do procedimento econtratos n.º 5010014694, estava prevista a possibilidade de constituição de agrupamentos de empresas para executar a prestação de serviços. Acresce que, em 13.11.2013, em resposta ao pedido de esclarecimentos da Mota-Engil, a Direção de assuntos jurídicos da REFER, através de parecer jurídico, pronunciou-se sobre a sua admissibilidade. Em 27.12.2013, a mesma Direção emitiu novo parecer sobre a aceitação da proposta apresentada neste procedimento pelo Agrupamento das quatro empresas visadas, concluindo nos seguintes termos:

"[...]B. Nos termos do disposto no artigo 51.º do CCP as normas do CCP relativas às fases de formação e de execução do contrato, prevalecem sobre quaisquer disposições das peças do procedimento com elas desconformes ou seja são normas de carácter imperativo;

C. Pelo exposto, e atenta a informação disponibilizada a esta Direção, não se vislumbra a existência de irregularidades que, do ponto de vista jurídico, possam obstar à aceitação da proposta." (documento IP81). Cumpre ainda referir que, em 9.01.2014, após a adjudicação do contrato ao CEMAV, a REFER solicitou novo parecer jurídico a uma sociedade de advogados, nomeadamente o enquadramento desta adjudicação *à luz das Leis da concorrência e não apenas à luz do CCP*" (documentos IP35 e IP36).

1177409/CT-LG de 7 de Janeiro de 2014”, para um período de 12 meses, *i.e.* 01.01.2014 a 31.12.2014 (fls.1867 e 1868).

71. A vigência do consórcio CEMAV foi, no entanto, prolongada no tempo, além do inicialmente previsto, por força da adjudicação de outros procedimentos (ajustes diretos) por parte da entidade adjudicante REFER/IP e de maneira a garantir a continuidade das atividades da prestação de serviços que assegurassem a circulação dos comboios para segurança das pessoas e bens.
72. O contrato de consórcio foi, assim, prorrogado quatro vezes através da celebração dos respetivos aditamentos, prestando o consórcio CEMAV serviços de manutenção à IP até ao ano de 2016 (fls. 1867 e 1868).
73. Para discussão de propostas e acompanhamento dos trabalhos, a Futrifer convocava as reuniões do conselho de orientação e fiscalização (COF), órgão superior do consórcio, do qual faziam parte todas as consorciadas (fls. 2145).
74. As reuniões do COF realizaram-se, de maneira regular, durante a vigência do consórcio, com a participação de representantes de cada uma das consorciadas (fls. 2127 a 2129).

2.3.3. Procedimento concursal econtratos n.º 5010016780, de 14.10.2014

75. Em 14.10.2014, a REFER procedeu à instrução de um concurso limitado lançado ao abrigo do sistema de qualificação de prestadores de serviços em vigor, com vista à contratação do serviço relativo à MPS-Execução⁸, para além das atividades de MPC e MC, para o período 2015-2017.
76. O referido Concurso, identificado como econtratos n.º 5010016780 e/ou NP14090 (adiante, também designado como “Concurso I”), visava a contratação dos serviços durante o período de 31 meses e incluía dois lotes, o Lote 1 “gestão norte”, e o Lote 2 “gestão sul”, sendo o preço base de cada um dos lotes € 2.569.060 e € 2.371.440, respetivamente.
77. Neste âmbito, foram convidadas para apresentar proposta as cinco empresas, que, como *supra* referido, tinham sido previamente qualificadas ao abrigo do sistema de qualificação

⁸ A atividade de manutenção de aparelhos de via da rede ferroviária nacional, via larga, encontra-se prevista no Manual de Manutenção Preventiva Sistemática 2014-2016, nas componentes de Inspeção e Execução (fls. 29). Com a internalização da componente de inspeção da MPS foi necessário proceder-se à contratação do serviço relativo à MPS-Execução, para além das atividades de MPC e MC (fls. 901).

em vigor (cf. secção 2.3.1). O prazo limite para a apresentação de propostas fixou-se no dia 18.11.2014.

78. Foram apresentadas propostas, por um lado, pelo consórcio CEMAV, que agrupava quatro das empresas previamente qualificadas, e, por outro lado, pela Neopul. O Consórcio CEMAV apresentou proposta para os dois lotes do concurso enquanto a Neopul apenas apresentou proposta para o Lote 2.
79. Neste contexto, cumpre referir que, no ponto 1.4 dos termos do convite à apresentação de proposta no procedimento econtratos n.º 50010016780 (Concurso I), estava prevista a apresentação de propostas por parte de Agrupamentos de Empresas nos seguintes termos:

“1.4.1. Todas as entidades qualificadas podem apresentar propostas, privilegiando-se, numa lógica de prossecução do princípio da concorrência, que o façam nos exatos termos em que foram qualificadas: a título individual ou em agrupamento.

1.4.2. Ao procedimento poderão apresentar-se Agrupamentos de Empresas, nos termos do disposto no artigo 54.º do Código dos Contratos Públicos, sem que entre elas exista qualquer modalidade jurídica de associação. [...]

1,4,7. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a prerrogativa ali conferida será inviabilizada caso se verifique, em concreto e mediante apreciação de todos os elementos que forem solicitados por parte da entidade adjudicante, a existência de indícios de que o agrupamento constitui uma prática restritiva da concorrência” (documento Fergrupo624).

80. As propostas apresentadas situaram-se acima do preço base, motivo pelo qual foram excluídas com fundamento na alínea d) do n.º 2 do artigo 70.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) (fls. 29, 901, 1041 e 1756).
81. Em 16.12.2014, atendendo a que, segundo a REFER, os serviços em causa, pela sua natureza e criticidade no tocante à segurança para a circulação ferroviária, não podiam ser interrompidos, esta solicitou ao consórcio CEMAV que assegurasse a continuidade dos serviços, a partir do dia 01.01.2015, por um período de 12 meses, tempo considerado adequado à necessária reflexão técnica para a determinação de um novo preço base, e, portanto, à instrução de um novo procedimento de concurso limitado ao abrigo do sistema

de qualificação de prestadores de serviços de manutenção de aparelhos de via, plurianual (documentos IP34, IP60, IP688 e Futifer579).

82. Em 19.12.2014, a Futrifer, na qualidade de líder do consórcio CEMAV, **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (documentos IP653 e Futrifer579).

2.3.4. Procedimento concursal econtratos n.º 5010021530, de 01.07.2015

83. Em 01.07.2015, atendendo à ausência de adjudicação no concurso econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) *supra*, a IP lançou novo concurso limitado por prévia qualificação, identificado como econtratos n.º 5010021530 e/ou NP15046 (adiante também identificado “Concurso II”), para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional durante o período de 24 meses, dividido em cinco lotes, sendo o preço base total de € 4.319.839,20 (fls. 902).
84. A IP convidou novamente as cinco empresas concorrentes, previamente qualificadas, para apresentar proposta, inicialmente, até ao dia 29.07.2015, prorrogando-se, posteriormente, este prazo até ao dia 05.08.2015 (fls. 1041 e 1756).
85. Neste contexto, a Neopul informou a IP do seguinte: **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (fls. 902 e documento Neopul237).
86. Por sua vez, as restantes quatro empresas decidiram, *“a exemplo do verificado em anteriores procedimentos da mesma natureza, continuar associadas, face ao valor base exíguo estabelecido pela Infraestruturas de Portugal, considerando as exigências e os níveis de serviços estabelecidos no Caderno de Encargos, para apresentar uma proposta em Agrupamento, em regime de Consórcio Externo de Responsabilidade Solidária, liderado pela FUTRIFER-INDÚSTRIAS FERROVIÁRIAS, SA., como está previsto no Caderno de Encargos - Cláusulas Jurídicas Gerais deste procedimento, por forma a possibilitar a racionalização e permitir definir um valor mínimo, versus o preço base estipulado, que se considera necessário para uma operação desta natureza”* (documentos Fergrupo888 e Fergrupo907).
87. No ponto 1.4 dos termos do convite à apresentação de proposta estava prevista a apresentação de propostas por parte de Agrupamentos de Empresas nos seguintes termos:

“1.4.1. Todas as entidades qualificadas podem apresentar propostas, privilegiando-se, numa lógica de prossecução do princípio da concorrência, que o façam nos exatos termos em que foram qualificadas: a título individual ou em agrupamento.

1.4.2. Ao procedimento poderão apresentar-se Agrupamentos de Empresas, nos termos do disposto no artigo 54.º do Código dos Contratos Públicos, sem que entre elas exista qualquer modalidade jurídica de associação. [...]

1.4.7. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, a prerrogativa ali conferida será inviabilizada caso se verifique, em concreto e mediante apreciação de todos os elementos que forem solicitados por parte da entidade adjudicante, a existência de indícios de que o agrupamento constitui uma prática restritiva da concorrência“ (documento Neopul236).

88. As propostas apresentadas pelo consórcio CEMAV, para os cinco lotes, situaram-se, contudo, novamente, acima do preço base estipulado para cada um dos lotes, sendo, por esse motivo, todas excluídas (fls. 902).
89. Face ao exposto, em 22.09.2015, a IP comunicou às cinco empresas concorrentes que, por decisão do seu conselho de administração de 17.09.2015, era decidida a não adjudicação da aquisição dos serviços, revogando a decisão de contratar (fls. 1755 e documentos Fergrupo941 e Neopul222).

2.3.5. Procedimento concursal econtratos n.º 5010023098, de 03.11.2015

90. Em 03.11.2015, mais uma vez, e perante a ausência de adjudicação no âmbito do anterior procedimento (procedimento econtratos n.º 5010021530 - Concurso II), a IP procedeu à instrução de um novo concurso limitado lançado ao abrigo do sistema de qualificação de prestadores de serviços em vigor, procedimento identificado como econtratos n.º 5010023098 e/ou NP15078 (adiante também identificado “Concurso III”).
91. O procedimento em causa visava a aquisição de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, dividido em cinco lotes, consoante as zonas do país, para o período 2016-2017, pelo preço base contratual máximo total de € 4.927.161,17, acrescido de IVA, repartido pelos seguintes valores: Lote 1 - € 1.251.480,61; Lote 2 - € 1.244.036,68; Lote 3 - € 820.068,75; Lote 4 - € 299.792,93; Lote 5 - € 1.312.693,39 (fls. 30, 1041 e 1756).
92. Segundo a informação constante dos autos, “o processo de contratação da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via EC 5010023098 [Concurso III], é em tudo idêntico ao processo EC 5010021530 [Concurso II] exceto no que se refere ao preço base e à admissão de propostas por parte de agrupamentos [...]. Acresce ainda [...] o facto de o procedimento ter que ser submetido a visto prévio do Tribunal de Contas, situação que não ocorreu nos processos anteriores” (documentos IP114 e IP549).

93. Atendendo a que nos procedimentos anteriores as propostas apresentadas pelos concorrentes estiveram, em todos os casos, acima do preço base estabelecido, a IP entendeu que se podia considerar que o mesmo estava desadequado, pelo que, este novo concurso envolveu uma revisão, em alta, do preço base face ao concurso anterior. A IP considerou ainda que, tendo em vista promover a concorrência entre os qualificados, neste novo procedimento, seria inibida a possibilidade de qualquer agrupamento para efeitos de apresentação de propostas (fls. 902, 1037 e 1755, e documentos IP114, IP551, IP748 e IP753).
94. Em 03.11.2015 foi enviado convite para apresentação de propostas até ao dia 11.11.2015 às cinco empresas concorrentes, entidades previamente qualificadas, tendo sido o referido prazo posteriormente prolongado até ao dia 01.12.2015 (fls. 1756 e documento IP114).
95. Neste sentido, cumpre referir que o ponto 1.4 dos termos do convite à apresentação de proposta no procedimento econtratos n.º 5010023098 (Concurso III) estabelecia o seguinte: *"Não são admitidos agrupamentos para além dos inicialmente qualificados"*. (documento Neopul223).
96. Em 04 e 05.11.2015, a Futrifer e a Fergrupo, respetivamente, solicitam à IP esclarecimentos sobre a possibilidade de as empresas previamente qualificadas poderem apresentar proposta em agrupamento. Em particular, a Fergrupo colocou a seguinte questão:

"No ponto 1.4 da Carta Convite em assunto, pode-se ler:

'Não são admitidos agrupamentos para além dos inicialmente qualificados'

Recorda-se que no processo do Sistema de Qualificação, respeitante ao anúncio de Procedimento Nº 539/2013, à data lançado pela REFER, EPE, foram qualificados os seguintes candidatos:

- *Futrifer – Indústrias Ferroviárias, S.A.;*
- *Somafel – Engenharia e Obras Ferroviárias, S.A.;*
- *Fergrupo – Construções e Técnicas Ferroviárias, S.A.;*
- *Mota-Engil – Engenharia e Construção, S.A.;*

e posteriormente:

- *Neopul – Sociedade de estudos e Construções, S.A.*

Não se tendo portanto previamente qualificado, como tal, qualquer agrupamento, a expressão “para além dos inicialmente qualificados”, é nosso entendimento que apenas são admitidos agrupamentos constituídos exclusivamente por empresas que previamente se tenham isoladamente qualificado.

De outro modo, não se entenderia quais os agrupamentos que, nesta data, se estariam a admitir a concurso.

Entendemos assim, que os agrupamentos que se possam vir a constituir por Empresas candidatas qualificadas à data, são admitidas no procedimento em assunto.

Queiram, por favor, esclarecer se o nosso entendimento está correto (documento Fergrupo1182).

97. Em 18.11.2015, foi colocado na plataforma dos contratos públicos a comunicação da IP, datada de 17.11.2015, esclarecendo que “se as empresas não se candidataram em agrupamento [...] não podem apresentar proposta em agrupamento neste procedimento” (fls. 1004).
98. Assim sendo, em 01.12.2015, foram apresentadas propostas individuais pelas empresas concorrentes (fls. 1756), sintetizando a Tabela 1 a informação sobre o preço base, o valor das propostas apresentadas, a proposta vencedora, por lote, no procedimento em análise.

Tabela 1: Procedimento concursal e contratos n.º 5010023098 (Concurso III):
preço base, propostas, adjudicatária

Lote	Preço base (em €)	Propostas (em €)					Adjudicatária
		Fergrupo	Futrifer	Mota Engil	Neopul	Somafel	
Lote 1	1 251 480,61		1 296 953,98	1 251 451,43			Mota Engil
Lote 2	1 244 036,68	1 243 302,29	1 288 167,90			1 297 613,32	Fergrupo
Lote 3	820 068,75		820 012,75	837 751,60	883 208,00		Futrifer
Lote 4	299 792,93		301 097,76		299 783,25		Neopul
Lote 5	1 312 693,39	1 328 509,35	1 323 606,16			1 312 611,45	Somafel

Fonte: AdC, com base na informação constante da participação do Tribunal de Contas (fls. 30).

99. Relativamente ao Lote 1, foram apresentadas duas propostas: Futrifer e Mota-Engil. A proposta da Futrifer foi excluída por ultrapassar o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Mota-Engil pelo valor de € 1.251.451,43.

100. No que concerne ao Lote 2, foram apresentadas três propostas: Futrifer, Somafel e Fergrupo. As propostas da Futrifer e da Somafel foram excluídas por ultrapassarem o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Fergrupo pelo valor de € 1.243.302,29.
101. Para o Lote 3, foram apresentadas três propostas: Futrifer, Neopul e Mota-Engil. As propostas da Neopul e da Mota-Engil foram excluídas por ultrapassarem o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Futrifer pelo valor de € 820.012,75.
102. No contexto do Lote 4, foram apresentadas duas propostas: Futrifer e Neopul. A proposta da Futrifer foi excluída por ultrapassar o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Neopul pelo valor de € 299.783,25.
103. Finalmente, no que respeita ao Lote 5, foram apresentadas três propostas: Futrifer, Somafel e Fergrupo. As propostas da Futrifer e da Fergrupo foram excluídas por ultrapassarem o preço base, tendo o lote sido adjudicado à Somafel pelo valor de € 1.312.611,45.
104. Cumpre referir que, em 09.12.2015, a IP, internamente, e no âmbito da avaliação técnica das propostas apresentadas, *supra* assinaladas, destacou, em particular, os seguintes aspetos:
- “ - *Para cada um dos lotes apenas foi recebida uma proposta válida, com o preço colado ao Preço Base;*
- *Todos os 5 qualificados se encontram em condições de ver adjudicado um dos 5 lotes a contratar;*
- *Nas propostas das empresas que integram o consórcio CEMAV existem semelhanças até na redação, que se admite advir do exercício executado para processos anteriores;*
- *Por qualificado, não é perceptível através das propostas por que motivo existem diferenças tão díspares de preços para cada um dos lotes, quando a constituição das equipas propostas é a mesma.*
- Em suma, será que há matéria para investigar se se trata de uma prática concertada como parece?”* (fls. 903 a 906 e documentos IP532, IP747, IP500, IP531, IP702, IP751, IP757).
105. O procedimento culminou na adjudicação, em 21.01.2016, de um lote a cada uma das concorrentes, nos termos *supra* indicados, em resultado da exclusão das propostas concorrentes apresentadas, por incluírem um preço superior ao preço base (fls. 33 a 35, 981 a 1033, 1041 e 1756).

106. Em 26.04.2016, os contratos de prestação dos serviços adjudicados foram assinados. Todavia, o procedimento em causa apenas obteve o visto do Tribunal de Contas em 10.05.2016, pelo que os trabalhos começaram em 08.06.2016, no caso do Lote 3, em 01.07.2016, no caso do Lote 4, e em 01.10.2016, para os restantes lotes, continuando o consórcio CEMAV a prestar os serviços até essa data (fls. 1293, 1747, 1756 e documentos IP47, IP270, IP407, IP520, IP241, IP756, Futrifer374).
107. Cumpre referir, por último, que, de acordo com a informação constante dos autos, e como melhor descrito *infra*, as visadas adjudicatárias subcontrataram a visada Futrifer para a prestação de parte dos serviços adjudicados a cada uma, após deferimento dos pedidos apresentados à IP em 20.06.2016 (Neopul), em 21.09.2016 (Fergrupo), em 30.09.2016 (Somafel) e em 04.10.2016 (Mota-Engil) (fls. 1293 e 1747).

2.4. Comportamento dos destinatários da presente decisão

2.4.1. Procedimento concursal econtratos n.º 5010016780, de 14.10.2014

108. Em 21.07.2014, conforme resulta de ata de reunião do COF **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (cf. secção 2.3.1), **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (documentos Futrifer483 e Somafel98).
109. Em 24.07.2014, a própria Neopul, informou a Fergrupo, Mota-Engil e Somafel, suas potenciais concorrentes no concurso que iria ser lançado em breve, da sua qualificação como prestadora de serviços de manutenção de aparelhos de via, reenviando, para conhecimento daquelas empresas, a comunicação recebida da REFER (documento Neopul88).
110. Em 14.10.2014, as cinco empresas concorrentes são convidadas pela REFER para apresentar proposta, individualmente, e até ao dia 18.11.2014, no procedimento econtratos n.º 5010016780 (Concurso I), com vista à contratação de serviços de manutenção de aparelhos de via para o período 2015-2017 (parágrafo 75 e ss. *supra*).
111. Em 17.10.2014, **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, da Neopul, sugere a **[Diretor Neopul]**, também da Neopul, que “*talvez pudéssemos anteciparmos a nossa concorrência e tentássemos negociar uma parceria com a Futrifer*”, para participar neste concurso, ideia esta partilhada também por **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, da Neopul (documento Neopul233).
112. Em 20.10.2014, as empresas membro do consórcio CEMAV, embora tenham sido convidadas a título individual para apresentar proposta ao referido concurso,

[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012] (documentos Futrifer80, Futrifer575, Futrifer574, Futrifer84 e Futrifer79).

113. Em 05.11.2014, perante o pedido de cotação de **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, comercial da Neopul, à Futrifer, **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (documento Futrifer53):

[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]

114. Do teor da mensagem de correio eletrónico *supra* resulta, assim, ter existido uma reunião entre as empresas concorrentes em que terão sido acordados os termos da participação no procedimento concursal econtratos n.º 5010016780 (Concurso I).
115. No mesmo dia, **[Administrador Futrifer]**, da Futrifer, reencaminha a mensagem de correio eletrónico já referida a **[Administrador Fergrupo]**, da Fergrupo, **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (documentos Futrifer10 e Neopul42):

[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]

116. No dia 06.11.2014, **[Administrador Fergrupo]**, da Fergrupo, envia mensagem de correio eletrónico a **[Administrador Futrifer]**, da Futrifer, com o conhecimento de **[Diretor Neopul]**, da Neopul, indicando que aguarda a confirmação de **[Diretor Mota-Engil]**, da Mota-Engil, para a realização da *supra* referida reunião entre as empresas visadas. Mais uma vez, é reiterado por **[Administrador Fergrupo]**, da Fergrupo, o pedido para que a mensagem de correio eletrónico seja apagada. Veja-se, neste sentido, a mensagem de correio eletrónico *infra* (documentos Futrifer9 e Futrifer5):

De: **[Administrador Fergrupo]**@fergrupo.pt [mailto: **[Administrador Fergrupo]**@fergrupo.pt]

Enviada: 6 de novembro de 2014 10:23

Para: **[Administrador Futrifer]** <op437915n@futrifer.pt>

Cc: **[Diretor Neopul]**@neopul.pt

Assunto: RE: FW: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV

Caro **[Administrador Futrifer]**,

Ainda não consegui falar com **[Diretor Mota-Engil]**, mas pela minha parte e do **[Diretor Neopul]** pode ser às 17h30 na Ferrovias. Assim que tiver confirmação do **[Diretor Mota-Engil]** informo-o.

Favor eliminar mail.

Cpts,

[Administrador Fergrupo]

Director Geral

Infraestruturas

**FERGRUPO**

Av. D. João II, 1.06.2.2.C, Ed. Atlantis, 2º Piso, Esc 2.1

1990-095 LISBOA

T. +351 21 722 61 90

F. +351 21 726 32 55

[Administrador Fergrupo] @fergrupo.pt

www.fergrupo.pt

De: **[Administrador Futrifer]** <@futrifer.pt>

Para: **[Administrador Fergrupo]** @fergrupo.pt,

Cc: <**[Diretor Neopul]** @neopul.pt>

Data: 05/11/2014 17:45

Assunto: RE: FW: NP14090 - Prestação de Serviços de Manutenção de AV

Meu Caro

Ok. Amanhã tenho de estar no Tramagal. Se a reunião for amanhã tenho de me organizar mas só poderei chegar entre as 17h30m e 18h.

Aguardo notícias

Cumps

[Administrador Futrifer]

Administrador-Delegado

FUTRIFER, SA

R. José Afonso, 4-C 1º

1600-130 LISBOA

Telf. 217 200 580

Fax 217 200 589

[\[Administrador Futrifer\]@futrifer.pt](mailto:[Administrador Futrifer]@futrifer.pt)

117. Tal como referido na secção 2.3.3, em 18.11.2014, foram apresentadas propostas, por um lado, pela visada Neopul, e, por outro lado, pelas restantes empresas concorrentes, agrupadas no consórcio CEMAV, ao concurso econtratos n.º 5010016780 (Concurso I).
118. As propostas apresentadas incluíram valores superiores ao preço base contratual estabelecido pela REFER para este concurso, tendo sido, por esse motivo, excluídas e prolongada a contratação do consórcio CEMAV para a prestação dos serviços em causa até 31.12.2015 (parágrafo 80).
119. Sublinhe-se, a este respeito, que a continuação da prestação dos serviços durante o ano de 2015, pelo consórcio CEMAV, salvaguardava as condições do contrato em vigor, que incluíam um valor superior ao preço base estabelecido neste concurso pela prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via (parágrafo 81 e ss.).

2.4.2. Procedimento concursal econtratos n.º 5010021530, de 01.07.2015

120. Em 01.07.2015, nos termos atrás descritos na secção 2.3.4, na ausência de adjudicação da prestação de serviços em 2014, a IP lançou um novo procedimento, o concurso econtratos n.º 5010021530 (Concurso II).
121. No dia 05.07.2015, **[Administrador Futrifer]**, da Futrifer, contacta as visadas consorciadas através de mensagem de correio eletrónico para informar que *“saiu novo concurso para a manutenção de aparelhos de via o que torna necessário que o consórcio reúna o mais rapidamente possível”* (documento Futrifer329).
122. Em 07.07.2015, atendendo à disponibilidade dos participantes, e dada a alegada urgência do assunto a tratar, **[Administrador Futrifer]**, da Futrifer, propôs, através de mensagem de correio eletrónico, que a reunião tivesse lugar no dia 10.07.2015 às 10 horas, nos termos *infra* (documentos Futrifer330, Futrifer519, Somafel96 e MotaEngil103):

De: **[Administrador Futrifer]** [mailto:op437915n@futrifer.pt]
Enviada: 7 de julho de 2015 12:21
Para: **[Administrador Fergrupo]**@fergrupo.pt; '**[Diretor Mota-Engil]**' <**[Diretor Mota-Engil]**@mota-engil.pt>; **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**@mota-engil.pt>; '**[Diretor Somafel]**' <**[Diretor Somafel]**@somafel.pt>; **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**@somafel.pt;
[Administrador Futrifer]<op437915q@futrifer.pt>
Cc: **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**@futrifer.pt>
Assunto: CEMAV - Prestação de Serviços em Aparelhos de Via
Importância: Alta

Meus Caros

Consultados todos os intervenientes e dada a urgência do assunto, proponho que a reunião tenha lugar na próxima sexta feira dia 10, pelas 10horas, na Mota-Engil.

O **[Diretor Somafel]** não estará presente pois só regressa a lisboa na semana

seguinte.**[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** também está ausente mas pode estar connosco através de vídeo conferência se a Mota-Engil poder proporcionar as condições necessárias.

Aguardo a vossa confirmação.

[Administrador Futrifer]
Administrador-Delegado
FUTRIFER, SA
R. José Afonso, 4-C 1º
1600-130 LISBOA
Telf. 217 200 580
Fax 217 200 589
[\[Administrador Futrifer\]@futrifer.pt](mailto:[Administrador Futrifer]@futrifer.pt)

123. Ainda no mesmo dia, face aos constrangimentos dos participantes, a reunião foi, finalmente, agendada, mediante mensagem de correio eletrónico, para o dia 10.07.2015,

às 11 horas, nas instalações da Mota-Engil, e com sistema de videoconferência para assegurar a participação da Somafel (documentos Futrifer360, Somafel127, Futrifer170, Futrifer338, Futrifer343, Futrifer344, Futrifer345 e Futrife674):

De: [Administrador Futrifer] [mailto:op437915n@futrifer.pt]
Enviada: 7 de julho de 2015 18:09
Para: [Administrador Fergrupo]@fergrupo.pt; '[Diretor Mota-Engil]' <[Diretor Mota-Engil]@mota-engil.pt>; [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@mota-engil.pt>; '[Diretor Somafel]' <[Diretor Somafel]@somafel.pt>; [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@somafel.pt; [Administrador Futrifer] <op437915q@futrifer.pt>
Cc: [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@futrifer.pt
Assunto: RE: CEMAV - Prestação de Serviços em Aparelhos de Via

Meus Caros

Faço à boa vontade de todos fica então marcada a reunião para o dia 10 às 11h na Mota-Engil que assegurará o sistema e vídeo confeência.

Cumprimentos

[Administrador Futrifer]
Administrador-Delegado
FUTRIFER, SA
R. José Afonso, 4-C 1º
1600-130 LISBOA
Telf. 217 200 580
Fax 217 200 589
[\[Administrador Futrifer\]@futrifer.pt](mailto:[Administrador Futrifer]@futrifer.pt)

124. Em 10.07.2015, [Administrador Futrifer], da Futrifer, confirma, por mensagem de correio eletrónico, a convocatória de uma nova reunião, no dia 15.07.2015, desta vez, também com a participação da Neopul (documentos Futrifer355, Somafel128, Futrifer357, Futrifer672, Futrifer673 Futrifer676 e Somafel258):

De: [Administrador Futrifer] [mailto:[Administrador Futrifer]@futrifer.pt]
Enviada: 10 de julho de 2015 16:49
Para: '[Administrador Fergrupo]@fergrupo.pt' <[Administrador Fergrupo]@fergrupo.pt>; '[Diretor Mota-Engil]' <[Diretor Mota-Engil]@mota-engil.pt>; [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@mota-engil.pt>; '[Diretor Somafel]' <[Diretor Somafel]@somafel.pt>; [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@somafel.pt' [CONFIDENCIAL-dados Pessoais]@somafel.pt>; [Administrador Futrifer] <op437915q@futrifer.pt>
Cc: [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@futrifer.pt' <[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@futrifer.pt>
Assunto: RE: CEMAV - Prestação de Serviços em Aparelhos de Via

Caros,

Por lapso não informei que está confirmada a reunião com a Neopul.

Cumps

[Administrador Futrifer]
Administrador-Delegado

FUTRIFER, SA

R. José Afonso, 4-C 1º

1600-130 LISBOA

Telf. 217 200 580

Fax 217 200 589

[\[Administrador Futrifer\]@futrifer.pt](mailto:[Administrador Futrifer]@futrifer.pt)

De: [Administrador Futrifer] [\[mailto:\[Administrador Futrifer\]@futrifer.pt\]](mailto:[Administrador Futrifer]@futrifer.pt)

Enviada: sexta-feira, 10 de Julho de 2015 16:43

Para: '[Administrador Fergrupo]@fergrupo.pt'; '[Diretor Mota-Engil]'; [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]; '[Diretor Somafel]'; [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@somafel.pt'; '[Administrador Futrifer]'

Cc: [CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]@futrifer.pt'

Assunto: RE: CEMAV - Prestação de Serviços em Aparelhos de Via

Importância: Alta

Meus Caros

Confirmo reunião no dia 15 de Julho, às 15 horas nos escritórios da Mota-Engil.

Cumprimentos

[Administrador Futrifer]
Administrador-Delegado

FUTRIFER, SA

R. José Afonso, 4-C 1º

1600-130 LISBOA

Telf. 217 200 580

Fax 217 200 589

[\[Administrador Futrifer\]@futrifer.pt](mailto:[Administrador Futrifer]@futrifer.pt)

125. A reunião do dia 15.07.2015 foi objeto de notas manuscritas por [Diretor Neopul], da Neopul, no seu caderno (fls. 285):

UNGA 1^o - ~~CONCURSO~~ BLS em R. B. 285 F
13 julho / 14 julho p/ ~~disco~~ 15 julho

Exclus - 15/7/2015 11/2/3/4 [INFORMAÇÃO LEGALMENTE PROTEGIDA DADOS PESSOAIS - NOTAS]
18

→ Preços solicitados
→ 2 cenários | concurso + NEOPUL (CEMAV)
Tudo terminado

• - Afinal como é?
→ Proposta acima base.

A) MATA / Futriker → 1,3
B) Tequini / ~~NEOPUL~~ / Futriker → 2
C) NEOPUL / Futriker → 4
D) SOMAFER / Futriker → 5

→ PARA 29/7 - CEMAV nos concursos
concorrer cada em preço a cada
lote

→ FUTRIKER vai sozinho

dos produtos a base / preço N. 105

Preço Ret-2015
ACUM

JAN
+ 2015
Preço

CONFIDENCIAL-Dados Pessoais

126. Conforme resulta das referidas notas manuscritas, na reunião realizada no dia 15.07.2015 entre as empresas concorrentes, são discutidos dois possíveis cenários, sendo o primeiro a apresentação de proposta por parte do consórcio e da Neopul, e, o segundo, a apresentação autónoma de proposta por parte de cada uma das empresas concorrentes. Contudo, parece não estar claro para a Neopul, a posição adotar, tal como resulta da expressão manuscrita ("Afinal como é?").
127. As notas fazem, também, referência ao facto de o preço base do concurso em causa não satisfazer as visadas ("preço não satisfaz") e que as propostas deveriam incluir um preço superior ao preço base ("propostas acima base").

128. Das notas consta, ainda, uma listagem e a repartição dos lotes constantes do concurso entre as empresas concorrentes, identificando-se os lotes aos quais cada empresa deveria concorrer, realçando o lote atribuído a cada uma delas. Note-se, desde já, que esta divisão corresponde ao comportamento, efetivamente, adotado pelas empresas concorrentes no concurso posterior (procedimento concursal econtratos n.º 5010023098 – Concurso III), como melhor descrito *infra* na secção 2.4.3.
129. Acresce que o manuscrito *supra* revela igualmente a estratégia delineada pelas cinco empresas para o concurso em causa. Com efeito, as notas manuscritas indicam que a este concurso concorrerá apenas o consórcio CEMAV, conforme a seguinte anotação junto à indicação da data limite inicial para apresentação de propostas, “29/7”: “CEMAV” e “*não concorre cada empresa a cada lote*”.
130. Por último, separadamente, noutro ponto, as notas manuscritas de [Diretor Neopul], da Neopul, mencionam que a Futrifer apresentará proposta individualmente (“*Futrifer vai sozinha*”) e enviará, às restantes empresas, propostas incluindo novos valores (“*dá propostas a todos com preços novos*”), tratando-se de valores acima do preço base (“*PREÇO BAS ACIMA JAN 2015*”), com o fim de conseguir uma revisão do mesmo (“*REVISÃO PREÇOS*”).
131. Em 28.07.2015, [**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**], da Mota-Engil, enviou para as restantes empresas, mediante correio eletrónico, [**CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012**] (documento Neopul52, Fergrupo50, Somafel11, MotaEngil8 e MotaEngil23).
132. Após os contactos e as reuniões *supra* evidenciadas, finalizado o prazo estipulado para a apresentação de propostas no contexto do procedimento econtratos n.º 5010021530 (Concurso II), e como melhor descrito na secção 2.3.4 *supra*, apenas o consórcio CEMAV apresentou proposta para os cinco lotes a concurso. Todas as propostas apresentadas se situaram acima do preço base estipulado, sendo, por esse motivo, excluídas. Em consequência, a IP revogou a decisão de contratar neste concurso.

2.4.3. Procedimento concursal econtratos n.º 5010023098, de 03.11.2015

133. Em 03.11.2015, atentas as circunstâncias relatadas *supra* e conforme descrito na secção 2.3.5, a IP procedeu à instrução de um novo concurso limitado lançado ao abrigo do sistema de qualificação de prestadores de serviços para o período 2016-2017, procedimento identificado como econtratos n.º 5010023098 (Concurso III), tendo convidado as empresas qualificadas a apresentar proposta.

134. Como *supra* detalhado (parágrafo 92 e ss.), este concurso era equivalente ao concurso anterior, salvo no que respeita ao preço base – pois envolveu uma revisão face aos procedimentos concursais anteriores,—, e à inadmissibilidade da apresentação de propostas por parte de agrupamentos de empresas.
135. Em 04 e 05.11.2015, a Futrifer e a Fergrupo, respetivamente, solicitaram à IP esclarecimentos sobre a possibilidade de as empresas previamente qualificadas poderem apresentar proposta em agrupamento neste procedimento (parágrafo 96).
136. Através de comunicação datada de 17.11.2015 a IP informou as empresas concorrentes que não era permitido neste procedimento a apresentação de propostas por parte de agrupamentos, pelo que as empresas visadas deveriam concorrer individualmente (parágrafo 97).
137. No mesmo dia, **[Administrador Futrifer]**, da Futrifer, enviou uma mensagem de correio eletrónico para as restantes empresas concorrentes, convocando uma reunião para o dia 20.11.2015, sob o assunto “*REUNIÃO OPERACIONAL-CONSORCIADAS*”. Note-se que **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** e **[Diretor Neopul]**, ambos da Neopul, são, também, convocados, embora a Neopul não fizesse parte do consórcio CEMAV. Resulta ainda do teor da mensagem de correio eletrónico que existiu uma reunião anterior, na qual foi delineado o plano de atuação das empresas concorrentes no concurso, sendo que esta nova reunião seria para “*corporizar na prác[a] o definido*” (documentos Neopul18, Fergrupo1890, MotaEngil119 e MotaEngil59):

De: **[Administrador Futrifer]** [mailto:**[Administrador Futrifer]**@futrifer.pt]

Enviada: 17 de novembro de 2015 18:53

Para: **[Diretor Mota-Engil]** <**[Diretor Mota-Engil]**@mota-engil.pt>; **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**< **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**@mota-engil.pt>; **[Administrador Fergrupo]**@fergrupo.pt; **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**@fergrupo.pt; **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**@somafel.pt>; **[Diretor Somafel]** <**[Diretor Somafel]**@somafel.pt>; **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**@neopul.com>; **[Diretor Neopul]** <**[Diretor Neopul]**@neopul.com>

Cc: '**[Administrador Futrifer]**' <**[Administrador Futrifer]** @futrifer.pt>; **[CONFIDENCIAL-Dados Pessoais]**@futrifer.pt

Assunto: REUNIÃO OPERACIONAL - CONSORCIADAS

Importância: Alta

Caros colegas

No seguimento da reunião havida na qual se determinou a modalidade de enquadramento a preconizar e tendo em conta que a **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]**, como o tem feito até à data, venho pelo presente solicitar o agendamento de uma reunião com as vossas equipas com o intuito de corporizar na prática o definido.

Propomos para esse efeito reunião 6ª feira pelas 14h30m nos nossos escritórios em Lisboa na Rua José Afonso nº 4 C 1º andar.

Com os meus melhores cumprimentos.

[Administrador Futrifer]

138. Em 18.11.2015, **[Administrador Fergrupo]**, da Fergrupo, confirma sua presença, solicitando, uma vez mais, que eliminem as mensagens de correio eletrónico sobre este assunto, nos seguintes termos (documentos Futrifer71 e Fergrupo1916):

De: **[Administrador Fergrupo]**@fergrupo.pt[mailto:**[Administrador Fergrupo]**@fergrupo.pt]
Enviada: 18 de novembro de 2015 10:18
Para: **[Administrador Futrifer]** <**[Administrador Futrifer]** @futrifer.pt>
Assunto: Re: REUNIÃO OPERACIONAL - CONSORCIADAS

Caro TA,

Confirmada nossa presença. Apenas um reparo... **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]**

Cpts,

[Administrador Fergrupo]
Director Geral
Infraestruturas



Av. D. João II, Nº44C, Ed. Atlantis, 2º Piso, Esc 2.1
1990-095 LISBOA
T. +351 21 722 61 90
F. +351 21 726 32 55

[Administrador Fergrupo] @fergrupo.pt
www.fergrupo.pt

139. Em 23.11.2015, após a realização da identificada reunião, **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, da Somafel, envia uma mensagem de correio eletrónico interno a **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, com os detalhes da citada reunião de 20.11.2015 (documentos Somafel49 e Somafel328):

De: [CONFIDENCIAL- Dados Pessoais] @somafel.pt]

Enviada: 23 de novembro de 2015 11:33

Para: [CONFIDENCIAL- Dados Pessoais]< [CONFIDENCIAL- Dados Pessoais]
@somafel.pt>

Assunto: RE: REUNIÃO OPERACIONAL - CONSORCIADAS

[CONFIDENCIAL- Dados Pessoais]

Na sequência da reunião do passado dia 20, nas instalações da Futrifer, sobre a operacionalização da subempreitada com todos os potenciais adjudicatários dos lotes de manutenção dos AMV's, efetuou o registo das conclusões a que foi possível chegar no referido encontro:

Presentes : **[Administrador Futrifer]** – Futrifer

[CONFIDENCIAL- Dados Pessoais] – Futrifer

[CONFIDENCIAL- Dados Pessoais] – Fergrupo

[CONFIDENCIAL- Dados Pessoais] – Mota-Engil

[CONFIDENCIAL- Dados Pessoais] – Neopul

[CONFIDENCIAL- Dados Pessoais] – Neopul

Conclusões:

Futrifer

Garante a execução a [90-100]% através de contrato de subempreitada.

Pretende inclusive proceder à programação/inserção de documentação/pedido de ODT's e OS's em SIGMA, com recurso a Login e Password de acesso exclusivo ao contrato dos AMV's de cada um dos adjudicatários.

Os relatórios mensais de obra nas áreas da Produção/Qualidade/Segurança/Ambiente serão elaborados pela Futrifer, para cada um dos lotes, de acordo com os modelos a definir por cada um dos adjudicatários.

Propostas de MPC serão elaboradas pela Futrifer, enviadas para os adjudicatários de cada lote, que formalizam junto do Dono de Obra.

Reuniões de trabalho serão sempre realizadas com a presença da Futrifer.

Tempos de resposta no âmbito da MC – tendo como base o histórico dos contratos anteriores a Futrifer não terá equipas de prevenção em período de FS para fazer face a eventuais ocorrências. Informou que as ocorrências tidas no passado foram todas resolvidas por esclarecimento telefónico.

Processo de Concurso

A Futrifer vai elaborar os planeamentos de MPS para cada lote com as respetivas cargas de mão de obra e equipamentos.

Ficou também definido que a Futrifer irá disponibilizar, em suporte editável, documentação nas áreas da Segurança, Qualidade e Ambiente aplicável ao contrato, para que as restantes empresas possam adequar estes documentos aos sistemas de SQA, em vigor em cada um dos adjudicatários. Estes elementos serão enviados no decurso do corrente dia.

A Futrifer irá disponibilizar, igualmente, memória descritiva em suporte editável, do contrato de manutenção em vigor.

Para efeitos de concurso, as empresas identificam os responsáveis pelos contratos nas categorias de Diretor de Obra e Responsável de Segurança, nas afetações definidas nos

elementos contratuais, sendo os responsáveis das áreas da Qualidade e Ambiente garantidos pela Futrifer, para cada lote.

Em suma, a Futrifer pretende continuar a partilhar o risco inerente ao processo de execução destes contratos sem passar qualquer tipo de know-how aos parceiros.

Cps.

[CONFIDENCIAL- Dados Pessoais]

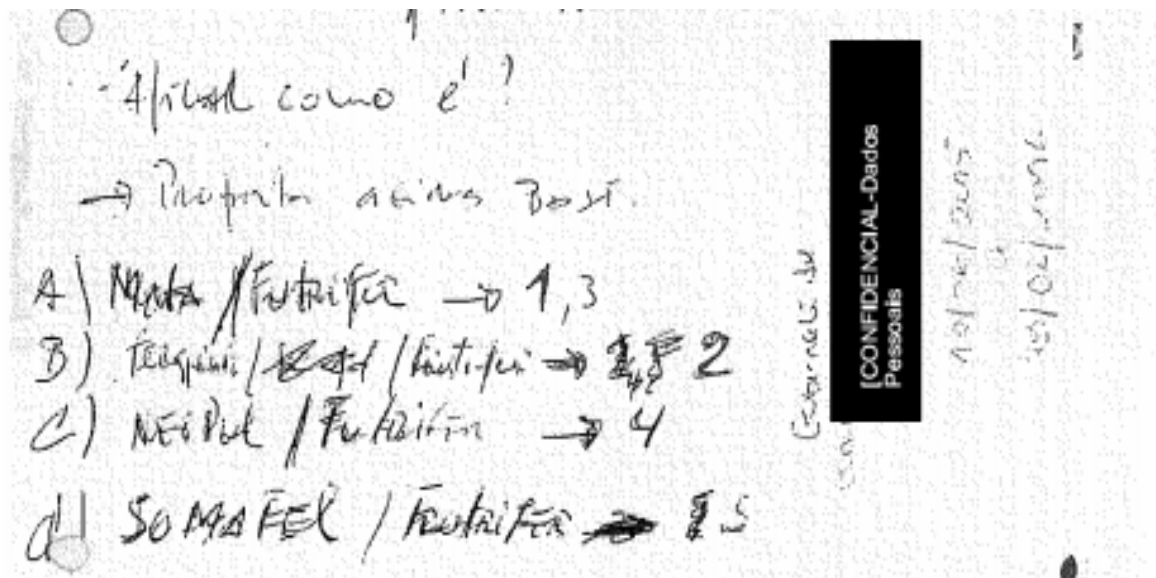
140. Conforme consta do documento *supra* transcrito, todas as empresas concorrentes participaram em reunião de dia 20.11.2015, na qual “*se corporizou na prática*” a estratégia comum de atuação das mesmas, no que se refere à sua participação no concurso em causa, acordada em reunião anterior (documentos Somafel49 e Somafel328).
141. Acresce que, nesta reunião do dia 20.11.2015, as empresas concorrentes acordaram, entre outros aspetos, que a Futrifer elaboraria as propostas de MPC, as enviaria posteriormente a cada empresa, de acordo com o lote previamente adjudicado, e cada empresa formalizaria individualmente a proposta junto da IP. Nos restantes aspetos das propostas, a Futrifer iria, também, disponibilizar a documentação pertinente, para que as empresas concorrentes a adequassem ao lote correspondente. Foi ainda acordado que todas as empresas subcontratariam a Futrifer para efeitos da execução do contrato de prestação de serviços.
142. Atendendo a que, em 20.11.2015, teve lugar a *supra* referida reunião, a reunião do COF marcada para essa mesma data não se realizou (documento Futrifer750).
143. Em 01.12.2015, cada empresa concorrente apresentou proposta, nos moldes previamente definidos, em conjunto, por todas elas, conforme Tabela 1 já referida nos parágrafos 98 a 103:

Tabela 1: Procedimento concursal e contratos n.º 5010023098 (Concurso III):
preço base, propostas apresentadas e adjudicatária.

Lote	Preço base (em €)	Propostas (em €)					Adjudicatária
		Fergrupo	Futrifer	Mota Engil	Neopul	Somafel	
Lote 1	1 251 480,61		1 296 953,98	1 251 451,43			Mota Engil
Lote 2	1 244 036,68	1 243 302,29	1 288 167,90			1 297 613,32	Fergrupo
Lote 3	820 068,75		820 012,75	837 751,60	883 208,00		Futrifer
Lote 4	299 792,93		301 097,76		299 783,25		Neopul
Lote 5	1 312 693,39	1 328 509,35	1 323 606,16			1 312 611,45	Somafel

Fonte: AdC, com base na informação constante da participação do Tribunal de Contas (fls. 30).

144. Cumpre, neste contexto, relembrar a informação constante das notas manuscritas de **[Diretor Neopul]**, da Neopul sobre a reunião realizada entre as empresas concorrentes em 15.07.2015 (parágrafo 124 a 130):



145. Do cruzamento entre as notas manuscritas de **[Diretor Neopul]**, da Neopul, e as propostas efetivamente apresentadas no concurso, resulta que as empresas concorrentes haviam já repartido os lotes constantes do concurso e contratos n.º 50010023098 (Concurso III), na reunião celebrada em 15.07.2015.
146. Com efeito, no que respeita às propostas apresentadas, e face às notas manuscritas em apreço, observa-se que:
- Para o Lote 1 - foram apresentadas duas propostas: Futrifer e Mota-Engil, como consta das notas manuscritas *supra*;
 - Para o Lote 2 - foram apresentas três propostas: Futrifer, Somafel e Fergrupo, como consta das notas manuscritas *supra*;
 - Para o Lote 3 - foram apresentas três propostas: Futrifer, Neopul e Mota-Engil. Conforme as notas manuscritas *supra*, a Neopul não apresentaria proposta. Note-se, neste sentido, que de acordo com a informação constante dos autos, a Neopul informou internamente, em 17.11.2015, que “*apenas vamos apresentar proposta para o Lote 4*”, tal como estabelecido nas notas *supra*. Não obstante, em 23.11.2015, e uma vez realizada entre as visadas a reunião de 20.11.2015, *supra* evidenciada, a Neopul comunicou internamente que também concorreria ao Lote 3 (documento Neopul8);

- d) Para o Lote 4 - foram apresentadas duas propostas: Futrifer e Neopul, como consta das notas *supra*; e
 - e) Para o Lote 5 - foram apresentadas três propostas: Futrifer, Somafel e Fergrupo. Nas notas manuscritas, para o Lote 5 está identificado o nome das 3 empresas, embora, no caso da Fergrupo, o número 5 aparenta estar rasurado.
147. No que respeita à adjudicação dos lotes deste concurso, realizada em 21.01.2016, verifica-se também que o resultado pretendido pelas visadas no PRC/2016/6 foi, efetivamente, conseguido (parágrafo 105). Com efeito, conforme consta das notas manuscritas *supra*:
- a) No que se refere ao Lote 1, *Mota* está realçada em negrito, tendo o lote sido adjudicado efetivamente à Mota-Engil;
 - b) No que se refere ao Lote 2, o lote foi efetivamente adjudicado à Fergrupo, como assinalado nas notas;
 - c) Relativamente ao Lote 3, depreende-se das notas que seria para Futrifer, tendo o lote sido adjudicado finalmente à Futrifer;
 - d) O Lote 4 foi adjudicado à Neopul, como consta das notas *supra*; e
 - e) O Lote 5 foi adjudicado à Somafel, como marcado nas notas manuscritas.
148. Cumpre ainda relembrar neste contexto, a mensagem de correio eletrónico enviada em 28.07.2015, por **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, da Mota-Engil, às restantes empresas, que **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (parágrafo 131).
149. Em 26.04.2016, os contratos de prestação dos serviços adjudicados foram assinados com a IP, tendo o procedimento obtido o visto do Tribunal de Contas, em 9.05.2016 (parágrafo 106 *supra*).
150. A prestação de serviços do concurso em causa, relativamente ao Lote 3, começou em 08.06.2016, e no caso do Lote 4, em 01.07.2016 (parágrafo 106). A prestação de serviços para o Lote 1, Lote 2 e Lote 5, iniciou-se em 01.10.2016 (parágrafo 106 *supra*).

2.5. Conclusões quanto à matéria de facto

151. Nos termos *supra* expostos, resulta, em síntese, provado, com fundamento nos elementos probatórios referenciados *supra*, que:

- a) Em 02.07.2013, as empresas Futrifer, Somafel, Fergrupo e Mota-Engil foram individualmente qualificadas ao abrigo do procedimento lançado pelo REFER para a qualificação de prestadores de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga (parágrafo 65);
- b) Em 01.11.2013, as quatro empresas elencadas no parágrafo anterior, apesar de qualificadas individualmente, apresentaram proposta conjunta no procedimento concursal econtrato n.º 5010014694 lançado pela REFER para aquisição de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga (parágrafos 68 e 69);
- c) Em 08.01.2014, as referidas quatro empresas constituíram o consórcio CEMAV, para efeitos da prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via no contexto do procedimento concursal econtrato n.º 5010014694;
- d) A vigência do consórcio CEMAV foi prolongada no tempo, para efeitos de contratação da prestação de serviços até ao ano de 2016, atendendo aos ajustes diretos efetuados pela REFER/IP (parágrafos 70 a 72);
- e) Em 23.07.2014 a visada Neopul foi também qualificada ao abrigo do procedimento para a qualificação de prestadores de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, lançado pela REFER em 09.04.2014 (parágrafo 66 e 67);
- f) Em 14.10.2014, as cinco empresas concorrentes são convidadas pela REFER para apresentar proposta no concurso econtratos n.º 5010016780 (Concurso I), com vista à contratação de serviços de manutenção de aparelhos de via para o período 2015-2017. Neste contexto, foram apresentadas propostas, por um lado, pela visada Neopul, e por outro, pelas restantes empresas, agrupadas no consórcio CEMAV. Contudo, todas as propostas apresentadas se situaram acima do preço contratual máximo estabelecido pela REFER, motivo pelo qual foram excluídas e se instruiu novo procedimento concursal (parágrafos 75 a 80 e 117 e 118);
- g) A Futrifer e as suas concorrentes, visadas no PRC/2016/6, estabeleceram contactos e realizaram reuniões para efeitos de determinar, de maneira conjunta, a sua participação no concurso econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) (parágrafos 110 a 119);

- h) Em 01.07.2015, a IP convidou as cinco empresas concorrentes para apresentar proposta no novo procedimento concursal econtratos n.º 5010021530 (Concurso II), para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, para o período 2016-2017, dividido em cinco lotes, sendo o preço contratual máximo total de € 4.319.839,20. Contudo, as propostas apresentadas, apenas pelo consórcio CEMAV, situaram-se acima do preço contratual máximo estabelecido pela IP, motivo pelo qual foram excluídas e se instruiu novo procedimento concursal (parágrafos 83 a 89);
- i) A Futrifer e as suas concorrentes, visadas no PRC/2016/6, estabeleceram contactos e realizaram reuniões para efeitos de determinar, de maneira conjunta, a sua participação no concurso econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) (parágrafos 110 a 119), bem como no concurso econtratos n.º 5010021530 (Concurso II) (parágrafos 120 a 132);
- j) Em 03.11.2015, a IP convidou as cinco empresas concorrentes para apresentar proposta, individualmente, no novo procedimento concursal econtratos n.º 5010023098 (Concurso III), para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, para o período 2016-2017, dividido em cinco lotes, sendo o preço contratual máximo total de € 4.927.161,17 (parágrafos 133 e 134);
- k) Através de comunicação datada de 17.11.2015, a IP informou as empresas em causa que, nos termos do Regulamento do concurso, não podiam apresentar proposta em agrupamento neste procedimento (parágrafo 97);
- l) A Futrifer e as suas concorrentes, visadas no PRC/2016/6, estabeleceram contactos e realizaram reuniões para efeitos de determinar, de maneira conjunta, a sua participação no concurso econtratos n.º 5010023098 (Concurso III) (parágrafos 133 a 146);
- m) Em 01.12.2015, as cinco empresas concorrentes apresentaram propostas individuais, nos moldes previamente definidos em conjunto, por todas elas, nomeadamente, a apresentação, por parte de cada uma das empresas, de apenas uma proposta válida para cada lote, e com o preço *colado* ao preço base (parágrafos 98 e 143);

- n) Em 21.01.2016, a IP adjudicou os lotes contantes do procedimento concursal econtratos n.º 5010023098 (Concurso III) nos moldes *supra* descritos, *i.e.*, um lote para cada uma das empresas concorrentes (parágrafo 147);
- o) Face ao *supra* exposto, resulta provado que a Futrifer, juntamente com as suas concorrentes, coordenou o seu comportamento para efeitos da sua participação nos concursos, lançados pela REFER/IP, econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) e econtratos n.º 5010021530 (Concurso II) para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, adotando e implementando uma estratégia comum. Para o efeito, as cinco empresas concorrentes, acordaram apresentar propostas acima do preço base nos concursos instruídos, primeiro pela REFER (parágrafos 112 a 118), e depois pela IP (parágrafos 120 a 132), com a consequente exclusão das propostas e necessidade de lançamento de novo procedimento concursal (parágrafo 133).
- p) Resulta igualmente dos factos provados que, uma vez verificado o aumento do preço contratual, a Futrifer e as suas concorrentes partilharam entre si o mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, através da repartição dos lotes constantes do concurso n.º 5010023098 (Concurso III) (parágrafos 143 a 147), fixando igualmente o nível de preços.
- q) Resulta, ainda, provado, com fundamento nos elementos probatórios referenciados *supra*, que:
 - i. **[Administrador Futrifer]**, na qualidade de administrador delegado, e/ou pessoa por si designada, representou a Futrifer nos contactos e reuniões realizadas entre as empresas visadas, para definir, coordenar e implementar a estratégia de atuação conjunta nos concursos, lançados pela REFER/IP, econtratos n.º 5010016780 (Concurso I) e econtratos n.º 5010021530 (Concurso II) para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, adotando e implementando uma estratégia comum, com o objetivo de aumentar o preço contratual máximo estabelecido nos referidos concursos (parágrafos 108 a 132);
 - ii. **[Administrador Futrifer]** , e/ou pessoa por si designada, representou a Futrifer nos contactos e reuniões realizadas entre as empresas visadas para repartir o mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, no concurso n.º 5010023098 (Concurso III), fixando igualmente o nível de preços, bem como na adoção das medidas

necessárias para executar e viabilizar na prática, a repartição do mercado previamente acordada (parágrafos 133 a 148);

- iii. Deste modo, **[Administrador Futrifer]**, responsável pela adoção de todas as decisões relativamente à participação da Futrifer nos três procedimentos concursais lançados pela REFER/IP para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, no período 2014-2017, conhecia as estratégias de coordenação adotadas pelas empresas visadas para o efeito da sua participação nos referidos concursos e não adotou qualquer medida para lhes pôr termo.

3. DO DIREITO

152. A eventual convolação da presente minuta de transação em decisão definitiva condenatória, nos termos do n.º 7 do artigo 27.º da Lei da Concorrência, implica a confissão pela Futrifer e por **[Administrador Futrifer]** dos factos que lhe são imputados e o reconhecimento da sua responsabilidade na infração, mas não a aceitação da interpretação jurídica que a AdC faz dos mesmos.

3.1. Apreciação jurídica e económica do comportamento da Futrifer

153. A factualidade descrita nos presentes autos é passível de subsunção na previsão do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, como melhor descrito na presente secção.
154. Nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, são proibidos “[...] *os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; [...] c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; [...]*”.
155. Este preceito tem a sua fonte no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE do qual resulta 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 suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [...]*”.

3.1.1. Mercado Relevante

156. O preenchimento dos tipos de infração previstos na legislação da concorrência implica, em regra, a prévia definição do(s) mercado(s) relevante(s) – na sua dupla dimensão, material (mercado relevante do produto ou serviço) e geográfica (mercado geográfico relevante), com referência ao(s) qual(is) se determina a existência de uma prática restritiva da concorrência.
157. Contudo, a definição de mercados relevantes, como tem vindo a ser reconhecido pela jurisprudência dos tribunais da União Europeia, não é indispensável em processos por práticas restritivas da concorrência no âmbito de acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas que assumam um objeto restritivo da concorrência, como é o caso das infrações objeto da presente decisão.
158. Sem prejuízo do exposto, salienta-se que, dada a natureza da prática em análise, considera-se como mercado relevante o mercado da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, tal como explicitado na secção 44 *supra*.
159. No entanto, deixa-se em aberto eventuais segmentações no mercado acima mencionado, quer ao nível do mercado do produto/serviço, quer ao nível do mercado geográfico, por não relevarem no contexto da presente Decisão.

3.1.2. Do tipo objetivo

160. Tendo-se considerado que os factos objeto do PRC/2016/6 poderão ser suscetíveis de subsunção à previsão do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, cumpre apurar e analisar os elementos integrantes do dispositivo normativo em causa, com vista à explicitação da sua aplicabilidade ao caso concreto.
161. Assim, são elementos do tipo objetivo da contraordenação prevista no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012: (i) a qualidade de empresa dos agentes; (ii) a existência de um acordo ou prática concertada; (iii) o objeto ou efeito anticoncorrencial do comportamento; e (v) o carácter sensível da restrição da concorrência decorrente do mesmo.

3.1.2.1. Conceito de empresa

162. Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, é considerada uma empresa, para efeitos do direito da concorrência, “[...] *qualquer entidade que exerça uma*

*atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*⁹.

163. Neste enquadramento, no que respeita ao PRC/2016/6, face ao exercício de atividades económicas pelas entidades em causa, considera-se que as mesmas são "empresas" para efeitos de aplicação das regras da concorrência nos termos do referido n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012.
164. Esta disposição reflete aquela que vem sendo a jurisprudência europeia desenvolvida a propósito do mesmo conceito, para efeitos de aplicação do artigo 101.º do TFUE^{10,11,12}.
165. Resulta ainda da jurisprudência europeia assente que o conceito de empresa deve ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas^{13,14}.
166. Encontra-se, pois, deste modo, verificado o primeiro dos elementos do tipo objetivo constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei 19/2012.

3.1.2.2. Da existência de um acordo

167. Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, são proibidos os acordos entre empresas, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente, os que se traduzam em fixar, de forma direta ou indireta, 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, bem como, em repartir os mercados ou as fontes de abastecimento.
168. O conceito de acordo previsto na legislação concorrencial abrange contratos, mas também outras formas de entendimento, informais e sem carácter vinculativo, estejam ou

⁹ No âmbito europeu, ver Acórdão do TJUE, de 19.02.2002, Wouters, Proc. C-309/99.

¹⁰ Cf. Acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça em 23.04.1991, no âmbito do processo com o número C-41/90, Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH.

¹¹ Cf. Acórdão de 07.01.2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 59.

¹² Cf., nomeadamente, Acórdãos Dansk Rørindustri e o./Comissão, já referido, n.º 112; de 10 de Janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e o., C-222/04, Colect., p. I-289, n.º 107; e de 11.07.2006, FENIN/Comissão, C-205/03 P, Colect., p. I-6295, n.º 25.

¹³ Cf. Acórdão de 14.12.2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Colect., p. I-11987, n.º 40.

¹⁴ Cf. Processo C-97/08 P, Akzo Nobel NV e o. contra Comissão.

não em vigor. O essencial, para efeitos de caracterização desta figura, é que o instrumento em causa traduza a expressão fiel da vontade das empresas sobre a adoção do seu comportamento comum no mercado¹⁵.

169. Um acordo entre empresas, para efeitos do Direito da Concorrência, consiste num concurso de vontades entre as empresas participantes no acordo, o que se verifica e cumpre logo que as partes atinjam um consenso sobre um projeto que limite, ou seja de natureza a limitar, as suas liberdades comerciais, pela determinação das suas linhas de ação ou de abstenção, bem como da sua ação mútua no mercado¹⁶.
170. Ou seja, trata-se de uma realidade que implica a definição de um "plano de ação" entre as diversas empresas participantes, do qual decorra um conjunto de obrigações, de garantias ou de expectativas de comportamento futuro das suas concorrentes.
171. Com efeito, pode referir-se, como explicita o Tribunal de Comércio de Lisboa, que *"um acordo relevante para efeitos da lei da concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico"*¹⁷.
172. No caso concreto, resulta da factualidade descrita *supra* que a Futrifer participou em dois acordos: um acordo de fixação de preços e um acordo de repartição de mercado.

3.1.2.3. O acordo de fixação do nível dos preços

173. Considera a AdC decorrer dos factos expostos na secção 2.4 *supra*, que a Futrifer participou num acordo para a fixação do nível dos preços da prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga.
174. Nestes termos, atendendo aos factos descritos, e ao conjunto de elementos de prova, direta e indireta, precisos e consistentes, constantes dos autos, verifica-se que a Futrifer, juntamente com as suas concorrentes, coordenou o seu comportamento para efeitos da sua participação em concursos lançados pela REFER/IP, com o propósito de fixar o nível dos preços para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga.

¹⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26.10.2000, Bayer AG c. Comissão, processo T-41/96 e Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.07.2006, Volkswagen c. Comissão, processo C-74/04 P.

¹⁶ Nesse sentido, Decisão da Comissão Europeia 91/298/CEE (Solvay) de 19.12.1990.

¹⁷ Cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, 2.º Juízo, Proc. n.º 965/06.9TYLSB, de 02.05.2007.

175. Para o efeito, e como melhor descrito na secção 2.4 *supra*, conclui a AdC que a Futrifer, juntamente com as suas concorrentes, acordou apresentar propostas acima do preço contratual máximo e/ou abster-se de participar nos concursos econtratos n.º 5010016780 e econtratos n.º 5010021530 (Concurso I e Concurso II, respetivamente), com o objetivo de promover o aumento do preço contratual máximo, inicialmente estabelecido pela REFER/IP para a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional.
176. A apresentação de propostas acima do preço contratual máximo estabelecido pela entidade adjudicante e/ou abstenção de participação naqueles concursos, determinou que as propostas apresentadas fossem excluídas e que, em consequência, os concursos em causa ficassem desertos, facto que impunha o lançamento de novo procedimento concursal.

3.1.2.4. O acordo de repartição do mercado

177. Entende igualmente a AdC, que decorre ainda dos factos expostos na secção 2.4 *supra*, que a Futrifer participou num acordo para a repartição da prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga.
178. Nestes termos, atendendo aos factos descritos, e ao conjunto de elementos de prova, direta e indireta, precisos e concordantes, constantes dos autos, verifica-se que a Futrifer, juntamente com as suas concorrentes, coordenou o seu comportamento para efeitos da sua participação no procedimento econtratos n.º 5010023098 (Concurso III), com o objetivo de repartir a prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, fixando, igualmente, o nível dos preços praticados no âmbito do identificado procedimento concursal.
179. Para o efeito, e como melhor descrito na secção 2.4 *supra*, conclui a AdC que a Futrifer, juntamente com as suas concorrentes, reuniram-se e distribuíram entre si os lotes constantes do procedimento econtratos n.º 5010023098 (Concurso III), determinando os lotes aos quais cada empresa deveria concorrer e o lote que deveria ser adjudicado a cada uma (parágrafos 98 a 146).
180. Assim, considera a AdC que, no âmbito do concurso n.º 5010023098 (Concurso III), a Futrifer, juntamente com as suas concorrentes, acordaram apresentar, cada uma, apenas uma proposta economicamente válida para cada lote, com o preço *colado* ao preço base, determinando igualmente, desse modo, em conjunto, o nível do preço da prestação dos serviços em causa (parágrafo 151).

181. Cumpre referir, neste contexto, que a divisão dos lotes acordada correspondeu ao comportamento efetivamente adotado pelas cinco empresas no referido concurso.
182. Face ao exposto, conclui a AdC que a Futrifer e as suas concorrentes, adotaram, em conjunto e conscientemente, um plano de ação comum no mercado nacional de prestação dos serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, em Portugal continental, condicionando reciprocamente a sua liberdade de ação e eliminando a incerteza dos respetivos comportamentos.

3.1.2.5. O objeto restritivo da concorrência

183. O n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 proíbe os acordos entre empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência.
184. Segundo jurisprudência constante do TJUE, o “objeto” e o “efeito” devem considerar-se condições alternativas e “[o] *caráter alternativo desta condição, resultante do uso da conjunção «ou», leva, em primeiro lugar, à necessidade de considerar o próprio objetivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado*”¹⁸.
185. Consequentemente, quando o objeto anticoncorrencial de um acordo se verifica, não é necessário examinar os seus efeitos na concorrência¹⁹.
186. A distinção entre “restrição por objeto” e “restrição por efeito” decorre do facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao normal funcionamento da concorrência²⁰.

¹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30.06.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) e Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, processo 56/65, Colet. 1965-1968, p. 381.

¹⁹ Cf. Acórdãos do TJUE de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services e o. c. Comissão*, processos apensos C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P e C-519/06 P, Colet. P. I-9291, n.º 55; de 04.06.2009, *T Mobile Netherlands, BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo C-8/08, Colet. p. I-4529, n.ºs 28 e 30; de 4.10.2011, *Football Association Premier League e o.*, processos apensos C-403/08 e C-429/08, Colet., p. I-9083, n.º 135; e de 13.10.2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, processo C-439/09, Colet. p. I-9419, n.º 34. Sentenças do 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 09.12.2005 (Ordem dos Médicos Dentistas), processo n.º 1307/05.6TYLSB, pp. 24 a 27; do 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 18.01.2007 (Ordem dos Médicos), processo n.º 851/06.2TYLSB, pág. 35; do 3.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 10.08.2007 (PT Multimédia – SIC), processo n.º 1050/06.9TYLSB, pp. 27 a 34. Cf. ainda acórdãos da 3.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25.11.2008 (PT Multimédia – SIC), processo n.º 1050/06.9TYLSB.L1, pp. 70 a 74; da 3.ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.12.2010 (Abbott, Menarini e outras), processo n.º 350/08.8TYLSB.L1, pp. 161 a 167.

²⁰ Cf. Acórdãos do TJUE (Terceira Secção), de 20.11.2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo C-209/07, parágrafo 17; e de 01.02.1978, *Miller c Comissão Europeia*, processo C-19/77, parágrafo 7.

187. Para ter um objeto anticoncorrencial basta que o acordo seja suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, isto é, que seja concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência.
188. Ora, um acordo entre empresas que determine – seja pelos termos em que é celebrado, seja pelo plano de ação determinado pelas empresas envolvidas, ou seja ainda pelos termos e condições em que é implementado – a fixação de preços e/ou a repartição de mercados configura, por si só, uma prática que tem por objeto restringir, distorcer ou falsear a concorrência e que é, por consequência, proibida nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.
189. Face ao *supra* exposto, conclui-se que os dois acordos imputados à Futrifer no PRC/2016/6, tinham um objeto restritivo da concorrência, sendo também evidente, pela globalidade da prova junta aos autos, que esses acordos foram executados e implementados, e que dos mesmos resultou uma distorção das regras de funcionamento concorrencial do mercado.
190. Impõe-se, portanto, a conclusão de que as condutas objeto da presente investigação, são subsumíveis integralmente no âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 9.º, da Lei n.º 19/2012, e do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, na medida em que têm por objeto a restrição da concorrência no mercado nacional da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga.

3.1.2.6. Caráter sensível da restrição da concorrência

191. Refere o n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 que a restrição da concorrência terá de ser sensível.
192. Quando a restrição da concorrência em resultado da prática restritiva da concorrência ultrapassar o limiar do negligenciável, a mesma deve ser proibida e os seus agentes punidos.
193. Assim, são, desde logo, proibidos os acordos entre empresas, independentemente de os efeitos terem ou não sido verificados, se os mesmos tiverem um objeto anticoncorrencial²¹, já que tais acordos se presumem não negligenciáveis.

²¹ Cf. Acórdão do TJCE de 08.07.1999, *Anic Participazioni SpA*, proc. C-49/92 P, Colectânea I-04125.

194. Neste sentido, a jurisprudência do TJUE estabeleceu que um acordo que tenha por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno constitui, pela sua natureza e independentemente de quaisquer efeitos concretos que possa ter, uma restrição significativa da concorrência²².
195. Ora, no caso concreto, o tipo de condutas em causa, a adoção de (i) um acordo de fixação do nível dos preços e (ii) de um acordo de repartição do mercado entre as cinco empresas em causa, as quais representavam, no seu conjunto, à data dos factos que consubstanciam a infração, a totalidade do mercado em apreço, concorre para a demonstração do carácter sensível da afetação da concorrência no mercado em causa.
196. Ora, sendo que a restrição se afere “*no todo ou em parte do mercado nacional*”, no que respeita ao n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, e tendo em conta o âmbito de atuação das empresas, bem como o âmbito da prestação de serviços em causa, considera-se, *prima facie*, que as duas infrações afetam todo o território de Portugal continental, e que as mesmas se traduzem em restrições sensíveis da concorrência.

3.1.2.7. A afetação do comércio entre Estados-Membros

197. Por sua vez, a restrição da concorrência deve aferir-se no “mercado interno”, à luz do disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.
198. Como resulta diretamente do artigo 101.º do TFUE, o pressuposto da sua aplicação é que a violação das regras da concorrência afete, ou seja suscetível de afetar, o comércio entre os Estados-Membros, implicando a possibilidade de prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de fatores objetivos de direito ou de facto, que o acordo pode ter uma influência – direta ou indireta, efetiva ou potencial – na estrutura do comércio entre os Estados-Membros (não sendo sequer necessário, para este efeito, demonstrar qualquer intenção ou vontade das empresas).
199. Segundo a jurisprudência constante, os acordos que se estendem a todo o território de um Estado-Membro são suscetíveis, pela sua própria natureza, de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros²³.

²² Cf. Processo C-226/11 Expedia, nomeadamente os n.ºs 35, 36 e 37.

²³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.02.2002, *Wouters*, C-309/99, ponto 95.

200. Quanto à questão de saber se essa influência poderá afetar sensivelmente o comércio, tal dependerá da importância do objeto do acordo, bem como da posição que os membros do acordo ocupam no mercado²⁴.
201. Ora, conforme explicitado *supra*, os acordos objeto do presente processo abrangem a totalidade do território de Portugal continental. Acresce que as cinco empresas envolvidas representavam, à data dos factos que consubstanciam as infrações, a totalidade da oferta do mercado em causa. Adicionalmente, as cinco empresas pertencem a grandes grupos de empresas com dimensão internacional e presença noutros Estados Membros (parágrafo 195).
202. Assim sendo, os comportamentos em causa conduziram à alteração, em todo o território de Portugal continental, das condições concorrenciais na prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via na rede ferroviária nacional, via larga.
203. Considera-se, pois, pelo exposto, que se verifica, *in casu*, a suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros, nos termos e para os efeitos de aplicação do disposto no artigo 101.º do TFUE.

3.1.3. Do tipo subjetivo

204. Considera esta Autoridade que, de acordo com a factualidade identificada e vertida nos parágrafos 108 a 151, a Futrifer agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática das infrações que lhe são imputadas, tendo consciência de que os acordos de fixação do nível dos preços e de repartição de mercados que estabeleceu era proibido por lei e, por conseguinte, tendo o seu comportamento configurado uma atuação dolosa.

3.1.3.1. Ilícitude

205. Os comportamentos da Futrifer preenchem, assim, todos os elementos típicos do acordo entre empresas, enquanto prática proibida, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como nos termos do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, pelo que os mesmos são ilícitos, não se verificando quaisquer causas de exclusão da ilicitude.

²⁴ Cf. Acórdão de 22.10.1997, processos apensos T-213/95 e T-18/96, *SCK, FNK contra Comissão*, Col.1997, p. II-1739, ponto 181, onde se considerou que uma quota de mercado de cerca de 40 % podia afetar de maneira sensível o comércio entre Estados-Membros.

3.1.3.2. Culpa

206. Nos termos do artigo 9.º do RGCO, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, age com culpa quem atua com consciência da ilicitude do facto ou quando o erro sobre a ilicitude lhe for censurável.
207. A Futrifer não podia deixar de conhecer as obrigações que lhe incumbem à luz do direito da concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado.
208. A Futrifer sabia também que da adoção, nos termos em que o fez, daqueles acordos, traduzidos na repartição do mercado e a fixação artificial do nível dos preços, resultariam restrições da concorrência (parágrafos 108 a 147).
209. Ainda assim, conhecendo o carácter restritivo da concorrência dos seus comportamentos, a Futrifer optou por adotar as condutas referidas na secção 2.4 *supra*.

3.1.3.3. A execução temporal das infrações

3.1.3.3.1. Acordo de fixação do nível dos preços

210. De acordo com os elementos probatórios constantes dos autos, a infração imputada à Futrifer, por participar num acordo de fixação do nível dos preços da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, descrito e analisado na secção 3.1.2.3 *supra*, teve início em 2014.
211. Neste contexto, consta dos autos prova de que existiram contactos entre as cinco empresas concorrentes em 24.07.2014 (parágrafos 109). Contudo, não é possível a esta Autoridade concluir, de maneira inequívoca, que o início da conduta imputada à Futrifer teve lugar naquele momento. Assim sendo, considera-se, para efeitos da presente Decisão, que o comportamento imputado à Futrifer teve início no último trimestre de 2014, quando da reunião realizada a propósito do procedimento concursal econtratos n.º 5010016780 (Concurso I), referida por **[Administrador Futrifer]**, em *email* de 05.11.2014 (parágrafo 113).
212. Resulta ainda dos autos que o acordo anticoncorrencial em causa terá cessado em 22.09.2015, momento em que a IP comunicou às cinco empresas concorrentes a decisão de não adjudicação da aquisição dos serviços a prestar no âmbito do procedimento concursal n.º 5010021530 (Concurso II) (parágrafo 89).

3.1.3.3.2. Acordo de repartição do mercado

213. No que concerne à infração imputada à Futrifer por participar num acordo para a repartição do mercado e a consequente fixação do nível dos preços da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, descrito e analisado na secção 3.1.2.4 *supra*, de acordo com os elementos probatórios constantes dos autos, constata-se que o mesmo teve início em novembro de 2015, momento em que a Futrifer, juntamente com as suas concorrentes, implementaram a estratégia de distribuição, entre si, dos lotes constantes do concurso econtratos n.º 5010023098 (Concurso III) e determinaram, entre outros aspetos, os lotes aos quais cada empresa deveria concorrer no referido procedimento (parágrafos 133 a 146).
214. Resulta ainda dos autos que o acordo anticoncorrencial em apreço terá cessado em 01.12.2015, data de apresentação da última proposta elaborada de maneira concertada, por parte da Futrifer e das suas concorrentes, no âmbito do procedimento concursal n.º 5010023098 (Concurso III) (parágrafo 143).

3.1.3.3.3. A execução temporal das infrações: conclusão

215. Em suma, as práticas *supra* levadas a cabo pela Futrifer consubstanciaram, assim, duas infrações de natureza permanente (ou duradoura), cujas execuções se prolongaram no tempo, vigorando entre o último trimestre de 2014 e 22.09.2015, a primeira infração, e desde novembro de 2015 até 01.12.2015, a segunda infração.

3.1.4. Determinação das sanções

3.1.4.1. Prevenção geral e prevenção especial

216. A aplicação de coimas em processo contraordenacional visa a salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pelas normas que proíbem, no presente contexto, a adoção de determinados comportamentos anticoncorrenciais.
217. A confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicos, na sua ordem jurídica e na tutela da concorrência como garantia do funcionamento eficiente dos mercados tem de ser tutelada e firmemente protegida.
218. Deve, pois, atender-se às exigências de prevenção, geral e especial, que visam, por um lado, tutelar a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e da transparência das relações entre agentes económicos e, por outro, dissuadir os agentes

económicos que manifestam uma elevada insensibilidade aos bens jurídicos tutelados, restabelecendo a confiança dos agentes económicos e dos consumidores no ordenamento jusconcorrencial.

3.1.4.2. Medida legal da coima

219. A violação do disposto no artigo 9.º da Lei 19/2012 constitui contraordenação punível com coima, nos termos da alínea a) e alínea b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.
220. A medida legal desta coima tem como limite máximo 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória, nos termos do n.º 2 do artigo 69.º, da referida Lei.
221. Sem prejuízo, nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO, relativo ao concurso de contraordenações e aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, “[q]uem tiver praticado várias contraordenações é punido com uma coima cujo limite máximo resulta da soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso” (n.º 1), não podendo, nesse caso, a coima aplicável “exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contraordenações em concurso” (n.º 2), nem ser “inferior à mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contraordenações” (n.º 3).
222. Na determinação da medida da coima a Autoridade utiliza a metodologia adotada nas suas linhas de orientação sobre aplicação de coimas, nos termos do n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, considerando, entre outros, os critérios a seguir referenciados, por força do n.º 1 da mesma disposição legal.

3.1.4.2.1. Gravidade das infrações

223. As infrações objeto do presente processo de contraordenação traduzem-se num acordo de repartição do mercado e num acordo de fixação do nível dos preços, com o objeto de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência.
224. Nessas circunstâncias, conclui-se pela elevada gravidade das infrações cometidas pela Futrifer, tratando-se de restrições horizontais de tipo “cartel”, traduzidas na coordenação de condutas no mercado com o objetivo de repartir o mercado e fixar o nível dos preços, o que pode afetar de forma especialmente gravosa o bom funcionamento do mercado.
225. Com efeito, as práticas adotadas permitiram à Futrifer reduzir a incerteza quanto ao comportamento futuro das suas concorrentes, alterando assim as condições

concorrenciais no mercado, mediante prévia divulgação e articulação da sua estratégia e da conduta comercial de cada uma das cinco empresas.

226. As infrações cometidas pela Futrifer são, pois, qualificadas como infrações muito graves.

3.1.4.2.2. Duração das infrações

227. No presente processo de contraordenação considerou-se ter a Futrifer praticado duas infrações permanentes, constatando-se que:

a) A infração imputada à Futrifer por participar no acordo de fixação do nível dos preços da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga durou desde o último trimestre de 2014, quando da reunião realizada no âmbito do procedimento concursal econtratos n.º 5010016780 (Concurso I), referida por **[Administrador Futrifer]**, em 05.11.2014 (parágrafo 211) até 22.09.2015, momento em que a IP comunicou às cinco empresas a decisão de não adjudicação da aquisição dos serviços a prestar no âmbito do procedimento concursal n.º 5010021530 (Concurso II) (parágrafo 89).

b) A infração imputada à Futrifer por participar no acordo de repartição do mercado e fixação dos preços da prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga durou de novembro de 2015 até 01.12.2015, data de apresentação da última proposta elaborada de maneira concertada no âmbito do procedimento concursal n.º 5010023098 (Concurso III) (parágrafo 214).

3.1.4.2.3. Grau de participação da Futrifer

228. No que se refere ao grau de participação nas infrações, a Futrifer interveio enquanto autora das infrações (acordos restritivos da concorrência), sendo-lhe imputáveis os factos em apreço (parágrafos 108 a 148).

3.1.4.2.4. Colaboração prestada à Autoridade

229. Relativamente à colaboração prestada à Autoridade da Concorrência, a Futrifer atuou em conformidade com as normas aplicáveis, tendo correspondido ao cumprimento do seu dever legal.

3.1.5. Sanções acessórias

230. Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012, caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade pode determinar a aplicação de sanção acessória que consiste na publicação, a expensas do infrator, de decisão de condenação proferida no âmbito do processo, no Diário da República e/ou num jornal de expansão nacional, regional ou local, após o trânsito em julgado.
231. Ainda nos termos da alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo, a Autoridade pode privar, as empresas condenadas *“do direito de participar em procedimentos de formação de contratos cujo objeto abranja prestações típicas dos contratos de empreitada, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de locação ou aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços ou ainda em procedimentos destinados à atribuição de licenças ou alvarás, desde que a prática que constitui contraordenação punível com coima se tenha verificado durante ou por causa do procedimento relevante”*, durante um período máximo de dois anos, contados da decisão condenatória, após trânsito em julgado.
232. Atentas as circunstâncias do presente caso e a proposta de transação apresentada, conclui esta Autoridade pela desnecessidade de aplicação das referidas sanções acessórias à visada Futrifer.
233. Cumpre referir, neste contexto, que a visada Futrifer **[CONFIDENCIAL – Artigo 27.º da Lei n.º 19/2012]**.
234. **[CONFIDENCIAL – Artigo 27.º da Lei n.º 19/2012]**.

3.2. Pronúncia sobre a Proposta de Transação da Futrifer de 11.06.2019

235. Tendo em conta o teor da proposta de transação apresentada pela Futrifer, em 11.06.2019, bem como a admissão da respetiva participação nos factos constitutivos das infrações objeto da presente Decisão, a Autoridade considera que o contributo dado pela Futrifer por esta via lhe permitiu ganhos significativos de economia e eficiência processual.
236. Acresce que, de acordo com os Relatórios e Contas referentes aos anos de 2014 a 2017, bem como das informações prestadas pela Futrifer, a situação da empresa **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]** (fls. 1880 a 2121 e fls. 5734 e fls. 6050)

237. No que se refere à sua liquidez e/ou tesouraria, **[CONFIDENCIAL – artigo 30.º da Lei n.º 19/2012]**.
238. Em face do exposto, e como resulta da Decisão *infra*, a AdC entendeu conceder à Futrifer uma redução de coima, ao abrigo do disposto no artigo 27.º da Lei da Concorrência, sendo igualmente deferido o plano de pagamento apresentado.

3.3. Responsabilidade do membro do órgão de administração

3.3.1. Tipo objetivo

239. O n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012 prevê a responsabilidade, pelas práticas restritivas da concorrência imputadas às empresas visadas, dos titulares dos órgãos de administração, bem como, dos responsáveis pela direção das mesmas, no caso em que tenham atuado em nome e no interesse da respetiva empresa visada, ou no caso em que, tendo ou devendo ter tido conhecimento da prática da infração concorrencial pela empresa visada que representam, não tenham adotado as medidas adequadas para a fazer cessar de imediato.
240. Estatui, em concreto, a norma em causa que *“os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação, incorrem na sanção cominada no n.º 4 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, quando atuem nos termos descritos na alínea a) do n.º 2 ou quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, a não ser que sanção mais grave lhes caiba por força de outra disposição legal”*.
241. No presente processo de contraordenação apurou-se que **[Administrador Futrifer]** era, à data dos factos que consubstanciam as infrações, administrador delegado da Futrifer (secção 2.1, *supra*).
242. Apurou-se, ainda, que **[Administrador Futrifer]**, não apenas teve conhecimento direto das práticas ilícitas imputadas à Futrifer, como participou na adoção e/ou implementação das mesmas.
243. Cumpre ainda referir que **[Administrador Futrifer]** não adotou, ao longo de todo o período correspondente ao âmbito temporal das infrações, medidas para fazer cessar as infrações imputadas à Futrifer, a empresa que representava.

244. Assim sendo, e com base na prova reunida nos presentes autos e carreada nesta Decisão, conclui-se que **[Administrador Futrifer]** é autor de dois ilícitos contraordenacionais, previstos e puníveis nos termos dos n.ºs 2 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, por ter conhecimento direto e intervenção pessoal nas práticas restritivas da concorrência imputadas à Futrifer de cujo órgão de administração era titular à data dos factos que consubstanciam as infrações, bem como por não ter adotado qualquer diligência ou medida tendente à sua cessação imediata.

3.3.2. Tipo subjetivo

245. Os factos que constituem contraordenações à luz do regime jurídico da defesa da concorrência podem ser imputados a pessoas singulares e a pessoas coletivas, nos termos do n.º 2 do artigo 73.º, da Lei n.º 19/2012. Prevê o n.º 6 do mesmo dispositivo legal a responsabilidade dos titulares dos órgãos de administração, bem como dos responsáveis pela direção e fiscalização de áreas de atividade em que tenha sido praticada alguma contraordenação, nos casos (i) de prática pelos mesmos de atos de execução e implementação da conduta ilícita ou (ii) em que a prática da infração por essas empresas fosse, ou devesse ser, do seu conhecimento e quando não tenham adotado as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente.
246. Considerando os factos *supra* descritos, bem como o conjunto de elementos de prova precisos e concordantes que se encontra junto aos autos, verifica-se que **[Administrador Futrifer]** tinha conhecimento direto das práticas restritivas da concorrência imputadas à empresa visada que representava – não adotando qualquer diligência ou medida tendente a pôr termo imediato a essas práticas –, sendo que os elementos probatórios documentais demonstram não apenas que estava consciente do objeto e efeitos anticoncorrenciais dos acordos em causa, como pretendeu, com os seus atos, implementar e viabilizar, na prática, as condutas restritivas da concorrência imputadas (parágrafos 108 a 150), preenchendo, como tal, os elementos constitutivos do tipo previsto na disposição do n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.
247. Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atua com intenção de o realizar, consistindo o dolo direto no conhecimento e vontade de realização dos factos que preenchem o tipo (elementos cognitivo e volitivo do dolo, respetivamente).
248. Apreciadas as provas e os factos constitutivos do tipo *sub judice*, verifica-se que **[Administrador Futrifer]** omitiu, intencionalmente, o seu dever de pôr termo aos acordos

em causa, tendo-se demonstrado, também, ter sido o responsável pela definição dos respetivos parâmetros, sua implementação e execução quotidiana.

249. Assim sendo, encontram-se preenchidos no PRC/2016/6 os requisitos que permitem concluir pela imputação das infrações em apreço, previstas e punidas nos termos do n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, a **[Administrador Futrifer]**, a título de dolo.

3.3.3. Determinação das sanções

3.3.3.1. Determinação da medida da coima

250. De acordo com o disposto no n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, e nos termos do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 69.º da mesma Lei, a coima aplicável aos membros dos órgãos de administração e direção das empresas visadas, não poderá exceder 10% da remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções nas empresas visadas, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida.
251. Sem prejuízo, nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO, relativo ao concurso de contraordenações e aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, “[q]uem tiver praticado várias contraordenações é punido com uma coima cujo limite máximo resulta da soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso” (n.º 1), não podendo, nesse caso, a coima aplicável “exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contraordenações em concurso” (n.º 2), nem ser “inferior à mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contraordenações” (n.º 3).
252. Cumpre, no entanto, referir que **[Administrador Futrifer]** não recebeu qualquer remuneração paga pela Futrifer nos anos de 2014 e 2015, por se encontrar desde 2007 na condição de reformado (parágrafo 43), não sendo, como tal, possível proceder à aplicação da coima correspondente, nos termos do n.º 4 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

3.4. Pronúncia sobre a Proposta de Transação do titular de órgão de administração

253. Tendo em conta o teor da proposta de transação apresentada por **[Administrador Futrifer]**, em 11.06.2019, bem como a admissão circunstanciada da respetiva participação nos factos constitutivos das infrações objeto da presente Decisão, a Autoridade considera que o contributo dado por esta via lhe permitiu ganhos significativos de economia e eficiência processual.

4. CONCLUSÃO

254. A Futrifer cometeu duas infrações ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, ao participar, entre o último trimestre de 2014 e 01.12.2015, em dois acordos entre empresas com o objeto de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência no mercado nacional de prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, o que constitui contraordenação punível com coima, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.
255. Na determinação da medida da coima aplicável à Futrifer a AdC considerou os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, bem como a redução decorrente da aplicação do regime da transação, nos termos e para os efeitos do artigo 27.º da Lei n.º 19/2012.
256. O visado **[Administrador Futrifer]** é autor de dois ilícitos contraordenacionais previstos e punidos nos n.ºs 2 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, por ter conhecimento e/ou ter tido participação ativa, no período de 2014 a 2015, nas práticas ilícitas que são imputadas à Futrifer, na qual ocupa ou ocupava cargo de administrador delegado, e por não ter adotado qualquer diligência ou medida que impedisse as infrações ou a sua execução.
257. Na determinação da medida da coima aplicável ao visado **[Administrador Futrifer]** a AdC concluiu que, **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, não é possível proceder à aplicação da coima correspondente nos termos do n.º 4 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

DECISÃO

Tudo visto e ponderado, o conselho de administração da Autoridade da Concorrência decide:

Primeiro

Declarar que a visada Futrifer, ao participar, entre o último trimestre de 2014 e 01.12.2015, em dois acordos entre empresas concorrentes com o objetivo de fixar o nível dos preços e repartir o mercado, no âmbito dos concursos públicos lançados pela REFER/IP para a prestação de serviços de manutenção de aparelhos de via, na rede ferroviária nacional, via larga, cometeu duas infrações ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como ao disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

Segundo

Aceitar, ao abrigo do artigo 27.º da Lei n.º 19/2012, a proposta de transação da Futrifer, nos termos em que foi apresentada, fixando a coima a aplicar, para o efeito, em € 300.000 (trezentos mil euros) a pagar em prestações mensais iguais, pelo período de um ano, sem juros, devendo a primeira prestação ser paga no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis após a notificação por escrito da presente decisão.

Em conformidade, fixar em 10 (dez) dias úteis o prazo para que confirme por escrito que a presente Decisão, no que respeita à transação, reflete o teor da sua proposta, sob pena de a mesma ficar sem efeito, nos termos do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 27.º da Lei n.º 19/2012.

Terceiro

Declarar que **[Administrador Futrifer]** é autor de dois ilícitos contraordenacionais previstos e punidos nos n.ºs 2 e 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, por ter conhecimento e/ou ter tido participação ativa nas práticas ilícitas que são imputadas à Futrifer, na qual ocupa ou ocupava cargo de administrador delegado, e por não ter adotado qualquer diligência ou medida que impedisse a infração ou a sua execução.

Quarto

Aceitar, ao abrigo do artigo 27.º da Lei n.º 19/2012, a proposta de transação de [Administrador Futrifer], nos termos em que foi apresentada, não sendo possível proceder à aplicação da coima correspondente, atendendo **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, nos termos do n.º 4 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Em conformidade, fixar em 10 (dez) dias úteis o prazo para que confirme por escrito que a presente Decisão, no que respeita à transação, reflete o teor da sua proposta, sob pena de a mesma ficar sem efeito, nos termos do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 27.º da Lei n.º 19/2012.

Quinto

Proceder ao arquivamento do processo PRC/2016/6 no que concerne ao visado **[Administrador Futrifer]** .

Sexto

Determinar que a eficácia da presente Decisão fica dependente da confirmação da mesma pelos visados Futrifer, **[Administrador Futrifer]** e **[Administrador Futrifer]** .

Lisboa, 12 de junho de 2019

O conselho de administração da Autoridade da Concorrência,

X

Margarida Matos Rosa
Presidente

X

Maria João Melícias
Vogal