

# **DECISÃO**

## **PRC 2012/08**

**DATA DA DECISÃO: 11/03/2014**

**[VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL]**

### **VISADOS:**

**BRISA – AUTOESTRADAS DE  
PORTUGAL, S.A.**

**DECISÃO DE ARQUIVAMENTO DE PROCESSO POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA  
CONCORRÊNCIA****Artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio****INFORMAÇÕES GERAIS**

<b>Ref.ª interna:</b> PRC 2012/8
<b>Decisão a adotar:</b> Decisão de arquivamento do processo
<b>Origem:</b> Participação do Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P. (InIR), de 26.10.2012
<b>Data de abertura de inquérito:</b> 20.12.2012
<b>Empresas investigadas:</b> Brisa – Auto-Estradas de Portugal, S.A.
<b>Normas consideradas:</b> Artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)
<b>Natureza da infração:</b> Eventual abuso de posição dominante
<b>Regulador Setorial:</b> Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P.

**DO PROCESSO****I. ORIGEM**

1. Em 26 de outubro de 2012, o Instituto de Infra-Estruturas Rodoviárias, I.P. (InIR) participou à Autoridade da Concorrência (AdC) alegados indícios de práticas suscetíveis de restringirem a concorrência, que teriam tido lugar no âmbito do concurso público internacional, lançado pelo Estado, em 2004, para a concessão de lanços de autoestrada e conjuntos viários associados nos Distritos do Porto e Aveiro<sup>1</sup>, designada por Concessão Douro Litoral<sup>2</sup>.
2. O InIR sustentou a participação à AdC no teor da **[CONFIDENCIAL]**<sup>3</sup>.
3. O InIR extraiu o seguinte da **[CONFIDENCIAL]**:
  - a) Através do Acordo Direto que celebrou com o Agrupamento construtor (ACE) e com as empresas de construção que o integram<sup>4</sup>, em 28 de dezembro de 2007<sup>5</sup> (Acordo Direto), a Brisa assumiu perante o ACE a responsabilidade pelo pagamento do montante correspondente ao custo efetivo com a execução das obras decorrentes da construção nova, na parte que excedesse o montante previsto no Contrato de Empreitada para a componente construção;

<sup>1</sup> Concurso que *infra* vem caracterizado com mais detalhe.

<sup>2</sup> Cf. ofício do InIR n.º S/2012/5708, de 26 de outubro de 2012, fls. 4 e ss.

<sup>3</sup> **[CONFIDENCIAL]**.

<sup>4</sup> Teixeira Duarte, Alves Ribeiro, Construtora do Tâmega e Zagope, todas elas também acionistas da Concessionária AEDL, S.A..

<sup>5</sup> Cf. Anexo 14 à participação do InIR, fls. 326 e ss.. Não obstante o Acordo Direto ter sido efetivamente celebrado na data em que foi também assinado o Contrato de Concessão, a respetiva minuta já integrava a Proposta BAFO do concorrente AEDL, de outubro de 2007.

- b) Se a Brisa não tivesse assumido esse risco, o preço proposto para a execução da empreitada seria mais conservador e a proposta apresentada a concurso seria, na sua globalidade, menos valiosa;
  - c) O Acordo Direto entre a Brisa e o ACE Construtor foi celebrado de forma a dotar a proposta de maior atratividade comercial.
4. Partindo da **[CONFIDENCIAL]**, o InIR afirmou existirem indícios fortes de práticas restritivas da concorrência, a saber, *“indícios de uma prática concertada de fixação de preços predatórios (inferiores aos custos reais de obra) entre o então Agrupamento AEDL e a Brisa, S.A. por forma a firmar a posição dominante da segunda empresa no mercado nacional”*.
5. Para o InIR, existiam indícios relevantes de que o Acordo Direto traduzira uma estratégia da Brisa, acionista maioritária da Concessionária, para expulsar do mercado os concorrentes de menor capacidade financeira, com recurso a um preço anormalmente baixo e que não permitia fazer face aos custos reais de construção, proposto pelo consórcio que liderava.
6. Segundo o InIR, tal comportamento aparentava constituir uma infração que, a ter-se verificado, ter-se-ia consumado em 28 de dezembro de 2007, data da assinatura do Contrato de Concessão.
7. Acrescentou o InIR, que o pedido de reequilíbrio financeiro dirigido ao Estado poderia constituir, por si, uma prática suscetível de falsear a concorrência, na medida em que a **[CONFIDENCIAL]**.
8. Entende o autor da participação que esta última infração, referida no parágrafo anterior, poderia ter-se consumado com a formalização do pedido de reequilíbrio, que ocorreu em **[CONFIDENCIAL]**.

## II. COMUNICAÇÃO AO REGULADOR SETORIAL

9. Nos termos do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, a AdC articula com o regulador setorial competente sempre que tome conhecimento de factos ocorridos num domínio submetido a regulação setorial e suscetíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência.
10. No caso vertente, a sinalização à AdC das alegadas práticas restritivas foi efetuada pelo InIR, entidade que, à data da participação, nos termos n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 148/2007, de 27 de abril, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 132/2008, de 21 de julho, tinha por missão regular e fiscalizar o setor das infraestruturas rodoviárias, o que tornou desnecessária qualquer diligência adicional junto do regulador setorial, para os efeitos previstos no artigo 35.º da Lei n.º 19/2012.
11. Ainda assim, em 3 de janeiro de 2013, a AdC informou o InIR sobre a abertura do presente processo de contraordenação, o seu objeto e a empresa visada<sup>6</sup>.
12. Importa ainda referir que o Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I.P. (IMT) sucedeu ao InIR nas suas atribuições enquanto regulador do setor das infraestruturas rodoviárias (al. a) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 236/2012, de 31 de outubro), tendo-lhe sido dado conhecimento do processo em 15 de março de 2013<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cf. ofício da AdC n.º S-DPR/2013/5, de 3 de janeiro de 2013, fls. 333.

<sup>7</sup> Cf. ofício da AdC n.º S-DPR/2013/205, de 15 de março de 2013, fls. 335.

### III. DILIGÊNCIAS DE INVESTIGAÇÃO

13. No decurso do inquérito, a AdC solicitou elementos ao IMT e à EP – Estradas de Portugal, S.A. (EP), tendo ambos os pedidos sido formulados em 15 de março de 2013<sup>8</sup>, ao abrigo dos poderes de investigação previstos na al. b) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012 e do princípio da cooperação de entidades públicas, previsto no artigo 9.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

## DOS FACTOS

### IV. ARGUIDA

14. A Brisa, fundada em 1972, opera no setor das infraestruturas de transporte, sendo concessionária de uma rede de autoestradas<sup>9</sup>.
15. Em 2012, a empresa detinha no seu portfólio um conjunto de ativos, divididos por cinco áreas de negócio: concessões Brisa e Atlântico, serviços viários, inspeções automóveis e negócios internacionais<sup>10</sup>.
16. No mesmo ano, a Brisa detinha seis concessões rodoviárias – Concessões Brisa, Atlântico, Brisal, Douro Litoral, Baixo Alentejo e Litoral Oeste – que integravam dezassete autoestradas e totalizavam 1678 quilómetros<sup>11</sup>. Desse universo, a Concessão Brisa abrangia, só por si, um total de 1126,3 quilómetros, distribuídos por onze autoestradas, cobrindo o país de Norte a Sul e de Leste a Oeste<sup>12</sup>.
17. A nível internacional, a Brisa está presente nos mercados indiano e holandês/Norte da Europa em projetos de operação e manutenção de concessões rodoviárias, controlando também a concessão rodoviária Northwest Parkway, em Denver, nos Estados Unidos da América<sup>13</sup>.
18. Quanto ao papel da Brisa na Concessão Douro Litoral e à sua relação com a Concessionária, importa referir que, nos Estatutos desta última sociedade, bem como no respetivo Acordo Parassocial<sup>14</sup>, os acionistas definiram a existência de uma relação de domínio como “*a relação entre duas sociedades nos termos da qual uma delas (sociedade dominante) tem uma influência dominante sobre a outra (sociedade dependente), relação essa que se presume existir nos casos em que a sociedade dominante, direta ou indiretamente, (i) detém uma participação maioritária no capital social, (ii) dispõe de mais de metade dos votos ou (iii) tem a possibilidade de nomear mais de metade dos membros dos órgãos de administração ou fiscalização da sociedade dependente*”.

<sup>8</sup> Cf. ofícios da AdC n.º S-DPR/2013/205 e n.º S-DPR/2013/206, de 15 de março de 2013, fls. 335 e 337.

<sup>9</sup> Cf. Relatório e Contas Consolidado de 2012, p. 5, consultado em [http://www.brisa.pt/ResourcesUser/Investidores/RelatoriosContas/BRISA\\_RC\\_CI\\_2012\\_PT.pdf](http://www.brisa.pt/ResourcesUser/Investidores/RelatoriosContas/BRISA_RC_CI_2012_PT.pdf).

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Cf. Anexos 15 e 17 ao Contrato de Concessão, constantes do CD ROM enviado pela EP, em 15 de abril de 2013, em resposta ao pedido de elementos formulado pela AdC, fls. 421 dos autos.

19. De acordo com o Relatório da Comissão de Avaliação das Propostas – Segunda Fase, de outubro de 2007, a Brisa representava, a partir da fase final de negociações, 54,996% da estrutura acionista do concorrente AEDL<sup>15</sup>.
20. Na data da assinatura do contrato de concessão, 28 de dezembro de 2007, a Brisa tinha uma participação de 54,996% no capital social da sociedade concessionária<sup>16</sup>, sociedade essa especificamente constituída para exploração da concessão, em cumprimento do estipulado no programa de concurso<sup>17</sup>.
21. Posteriormente, a Brisa veio a adquirir a quase totalidade das ações da Concessionária AEDL, ficando com 99,98% de participação, aguardando a autorização do concedente para a formalização desta operação e tendo assumido as responsabilidades inerentes à participação dos restantes acionistas<sup>18</sup>.
22. Quanto aos direitos de voto, nos termos do n.º 2 do artigo 12.º dos Estatutos da Concessionária, em sede de Assembleia Geral a cada ação representativa do capital social corresponde um voto<sup>19</sup>, tendo a Brisa, em função da sua participação no capital, mais de metade dos votos neste órgão social.
23. Ainda quanto ao papel da Brisa na Concessionária, sublinha-se que a primeira tem o direito de nomear cinco dos administradores que compõem o Conselho de Administração da segunda, tendo ainda o direito de indicar, de entre os administradores por si nomeados, aquele que assumirá as funções de presidente deste órgão social<sup>20</sup>.
24. Sublinha-se, ainda, que a Concessionária obriga-se, designada e principalmente, pela assinatura conjunta de dois administradores, sendo sempre necessária a intervenção de um dos administradores nomeados pela Brisa<sup>21</sup>.

## **V. MERCADO**

### **A. SERVIÇO**

25. O concurso público a que o InIR alude na sua participação foi lançado pelo Estado, em 2004, tendo a Concessão Douro Litoral por objeto a conceção, a construção, o aumento

---

<sup>15</sup> Cf. Anexo 6 à participação do InIR - fls. 91 e ss..

<sup>16</sup> Cf. Anexo 2 ao Contrato de Concessão, constante do CD ROM enviado pela EP, em 15 de abril de 2013, em resposta ao pedido de elementos formulado pela AdC, fls. 421 dos autos.

<sup>17</sup> Cf. parágrafo 11.7. do programa de concurso, aprovado em anexo ao Despacho Conjunto n.º 55/2004, dos então ministros das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Habitação, de 5 de janeiro de 2004, nos termos do qual o contrato de concessão tinha de ser celebrado com uma sociedade com sede em Portugal, sob a forma de sociedade anónima, tendo como objeto exclusivo as atividades inerentes à concessão, e a constituir pelas entidades componentes do agrupamento ou pela empresa à qual for atribuída a concessão.

<sup>18</sup> Cf. Relatório e Contas Consolidado da Brisa de 2012, pp. 22 e 23, consultado em [http://www.brisa.pt/ResourcesUser/Investidores/RelatoriosContas/BRISA\\_RC\\_CI\\_2012\\_PT.pdf](http://www.brisa.pt/ResourcesUser/Investidores/RelatoriosContas/BRISA_RC_CI_2012_PT.pdf).

<sup>19</sup> Cf. Anexo 15 ao Contrato de Concessão, constante do CD ROM enviado pela EP, em 15 de abril de 2013, em resposta ao pedido de elementos formulado pela AdC, fls. 421 dos autos.

<sup>20</sup> Cf. al. a) do n.º 2 da cláusula oitava do Acordo Parassocial – Anexo 17 ao Contrato de Concessão, constante do CD ROM enviado pela EP, em 15 de abril de 2013, em resposta ao pedido de elementos formulado pela AdC, fls. 421 dos autos.

<sup>21</sup> Cf. al. a) do n.º 1 do artigo 21.º dos Estatutos da Sociedade, conjugado com o n.º 10 da cláusula oitava do Acordo Parassocial, constantes dos já citados Anexos 15 e 17 ao Contrato de Concessão.

do número de vias, o financiamento, a conservação e a exploração, com cobrança de portagem aos utentes, dos seguintes lanços de autoestrada<sup>22</sup>:

- a) A32/IC2 São João da Madeira (ER 237) – Carvalhos (IP1), com a extensão aproximada de 22 quilómetros;
- b) A41/IC24 Picoto (IC2) – Nó da Ermida (IC25), com a extensão aproximada de 34 quilómetros;
- c) A43/IC29 Gondomar – Aguiar de Sousa (IC24), com a extensão aproximada de 8 quilómetros;
- d) ER 327 Ovar (IC1) – São João da Madeira (IC2), com a extensão aproximada de 8 quilómetros.

26. A Concessão tem, ainda, por objeto a manutenção e exploração, sem cobrança de portagem aos utentes, de outros lanços rodoviários, mais bem identificados no n.º 2 do artigo 3.º do Caderno de Encargos da Concessão.

## **B. OFERTA E PROCURA**

27. Portugal estabeleceu e mantém um Plano Rodoviário Nacional<sup>23</sup> onde estão identificadas, entre outras, as necessidades em matéria de infraestruturas rodoviárias, cuja execução, designadamente no que diz respeito a autoestradas, tem sido assegurada mediante atribuição de concessões.
28. A primeira concessão foi adjudicada à Brisa – Auto-Estradas de Portugal, S.A., em 1972, através do Decreto n.º 467/72, de 22 de novembro, tendo originariamente por objeto a construção, conservação e exploração de cerca de 390 km de lanços da autoestrada A1, A2, A3 e A5.
29. Subsequentemente, em 1997, a fim de imprimir maior celeridade na execução do plano rodoviário, deu-se início a um programa de concessões privadas de autoestradas em pacote, mediante a realização de concursos públicos internacionais<sup>24</sup>.
30. Estes procedimentos concursais são processos que tendem a desenrolar-se em duas fases, sendo normalmente concluídos no prazo de cerca de um ano.
31. Em traços gerais, a primeira fase compreende a publicitação do concurso no Jornal Oficial da União Europeia, a receção e avaliação das propostas, bem como a pré-seleção dos candidatos que apresentaram as propostas mais vantajosas.
32. A segunda fase tem início com as negociações entre a entidade administrativa adjudicante e os candidatos mencionados, com vista à apresentação das suas propostas finais (propostas BAFO). Esta fase culmina com a assinatura do contrato de concessão com o concorrente vencedor.
33. As propostas submetidas a concurso são, geralmente, avaliadas com base em critérios ponderados, definidos no âmbito do respetivo Programa de Concurso, tais como:
  - Qualidade técnica;
  - Esforço financeiro do concedente;
  - Níveis de risco e de compromisso;

---

<sup>22</sup> Cf. a documentação relativa ao concurso disponibilizada pelo InIR em anexo à sua participação, em particular o artigo 3.º do Caderno de Encargos (Anexo 1) – fls. 13 e ss. – e o anúncio do concurso (Anexo 3) – fls. 80.

<sup>23</sup> Cf. InIR – Relatório de Monitorização da Rede Rodoviária Nacional 2010.

<sup>24</sup> Os Decretos-Lei n.ºs 9/97, de 10 de janeiro e 267/97, de 2 de outubro, estabeleceram o respetivo regime de concurso público internacional aplicável a lanços de autoestrada e conjuntos viários associados com ou sem cobrança de portagens aos utentes.

- Datas propostas para início de operação;
  - Robustez das estruturas financeira e contratual.
34. Os concorrentes que se apresentam a estes concursos são, normalmente, empresas ou consórcios de empresas com competências diversas, por exemplo, empresas promotoras, construtoras ou, até mesmo, entidades financiadoras, nacionais e estrangeiras.
35. Até ao final de 2007, data do contrato da Concessão Douro Litoral, foram adjudicadas 15 concessões de dimensão diferenciada, perfazendo um total de 2731 quilómetros, conforme indicado no quadro seguinte:

**Quadro 1. Concessões Rodoviárias (1972 – 2007)**

<b>Concessão</b>	<b>Concessionária</b>	<b>Ano do Contrato</b>	<b>Extensão (Km)</b>	<b>Empresas Internacionais</b>
Brisa	Brisa – Auto-Estradas de Portugal, S.A	1972	1095	
Lusoponte	Lusoponte, S.A.	1994	24	
Oeste	Auto-Estradas do Atlântico – Concessões Rodoviárias de Portugal, S.A.	1998	169	
Beira Interior	SCUTVIAS- Autoestradas da Beira Interior, SA.	1999	178	
Norte	AENOR – Auto-Estradas do Norte, S.A.	1999	175	
Interior Norte	Norscut – Concessionária de Auto-Estradas, S.A.	2000	157	Eiffage/SEOP
Costa de Prata	LusoScut Costa de Prata, S.A.	2000	105	
Algarve	EuroScut – Sociedade Concessionária da Scut do Algarve, S.A.	2000	130	Grupo Cintra-Ferrovial
Beiras Litoral e Alta	LusoScut Beiras Litoral e Alta, S.A	2001	173	
Norte Litoral	EuroScut Norte, S.A.	2001	113	Grupo Cintra-Ferrovial
Grande Porto	LusoScut Grande Porto, S.A.	2002	55	
Litoral Centro	BRISAL – Auto-Estradas do Litoral, S.A.	2004	93	
Douro Litoral	AEDL – Auto-Estradas do Douro Litoral, S.A.	2007	58	
Grande Lisboa	Ascendi Grande Lisboa - Auto-Estradas da Grande Lisboa, S.A.	2007	84	
Estradas de Portugal	Estradas de Portugal, S.A.	2007	126	

Fonte: INIR-Relatório de Monitorização da Rede Rodoviária Nacional 2010 e Contratos de Concessão celebrados com as concessionárias.

## **VI. DOS INDÍCIOS DAS ALEGADAS PRÁTICAS RESTRITIVAS**

36. No concurso lançado para a Concessão Douro Litoral, destacam-se de entre os critérios gerais para a apreciação das propostas, os critérios do valor dos pagamentos ao Estado e o da qualidade da proposta (no qual se incluía a análise dos custos), pela sua

relevância para a aferição de eventuais práticas restritivas, tal como enquadradas na participação do InIR<sup>25</sup>.

37. De forma sintética, os valores dos pagamentos a efetuar ao Estado tinham uma importância relativa global de 30% na avaliação das propostas e os custos inerentes às propostas tinham uma importância relativa global de cerca de 9%<sup>26</sup>.
38. A concessionária teria de assumir a responsabilidade pelo financiamento das atividades que integram a Concessão, nomeadamente pelos custos com a construção e conservação dos lanços concessionados<sup>27</sup>.
39. Quanto à remuneração, a concessionária teria o direito de receber as importâncias das portagens cobradas, os rendimentos da exploração das áreas de serviço e quaisquer outros rendimentos obtidos no âmbito da exploração<sup>28</sup>.
40. Foram admitidos à fase final de negociações o Agrupamento AEDL – Auto-Estradas do Douro Litoral (AEDL) e o Agrupamento Luso-Porto<sup>29</sup>.
41. Findas as negociações, foram apresentadas pelos dois concorrentes, em outubro de 2007, as respetivas propostas finais (propostas BAFO – *best and final offer*), cujo teor, no que para a aferição de eventuais práticas restritivas da concorrência releva, seguidamente se resume<sup>30</sup>.
42. Quanto aos pagamentos ao Estado, o concorrente AEDL comprometeu-se a pagar ao Estado **[CONFIDENCIAL]** Euros e o Luso-Porto **[CONFIDENCIAL]** Euros.
43. Os investimentos propostos, isto é, os preços para as grandes rubricas a custear pela concessionária, foram estimados pelos concorrentes da seguinte forma:

**Quadro 2. Investimentos AEDL (Euros)**

Parcelas	Preços constantes	Preços correntes
Estudos e projetos	<b>[CONFIDENCIAL]</b>	
Construção de obra geral		
Construção de obras de arte especiais		
Construção de túneis		
Expropriações		
Conservação corrente		
Grandes reparações		
Aumento do n.º de vias		
<b>Total</b>		

Fonte: Relatório da Comissão de Apreciação das Propostas – Segunda Fase, de outubro de 2007

<sup>25</sup> Cf. o Programa de Concurso (Anexo 2 à participação do InIR) – fls. 32 e ss. e, em especial, fls. 44.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Cf. o Caderno de Encargos (Anexo 1 à participação do InIR) – fls. 13 e ss. e, em especial, fls. 16 e 16/v.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Cf. o Relatório da Comissão de Apreciação das Propostas – Segunda Fase, de outubro de 2007 (Anexo 6 à participação do InIR), fls. 91 e ss.. Lembra-se que, de acordo com o referido Relatório, a Brisa representava, a partir da fase final de negociações, 54,996% da estrutura acionista do concorrente AEDL.

<sup>30</sup> *Ibid.*



**Quadro 3. Investimentos Luso-Porto (Euros)**

Parcelas	Preços constantes	Preços correntes
Estudos e projetos	<b>[CONFIDENCIAL]</b>	
Construção de obra geral		
Construção de obras de arte especiais		
Construção de túneis		
Expropriações		
Conservação corrente		
Grandes reparações		
Aumento do n.º de vias		
<b>Total</b>		

Fonte: Relatório da Comissão de Avaliação das Propostas – Segunda Fase, de outubro de 2007

44. Numa análise necessariamente sintética, é possível verificar que o preço total do Luso-Porto suplanta o do AEDL em **[CONFIDENCIAL]** Euros, a preços constantes, e em **[CONFIDENCIAL]** Euros, a preços correntes.
45. No entanto, é também possível verificar que os preços de construção do concorrente AEDL são globalmente superiores aos do Luso-Porto, sendo mesmo significativamente mais elevados em parcelas como a construção de obras de arte especiais ou nas expropriações<sup>31</sup>.
46. Finalmente é possível observar que os preços do AEDL são significativamente mais reduzidos que os do Luso-Porto nas parcelas da conservação corrente e, em especial, nas grandes reparações<sup>32</sup> onde a diferença entre preços correntes das duas propostas ascende a **[CONFIDENCIAL]** Euros.
47. No que toca à expectativa de ganhos projetada pela Concessionária AEDL, no momento de assinatura do contrato de concessão, a taxa interna nominal de rentabilidade do projeto (TIR) inscrita no caso base, constante do Anexo 5 ao referido contrato, era de **[CONFIDENCIAL]**<sup>33</sup>.
48. A TIR nominal do projeto, **[CONFIDENCIAL]**, manteve-se positiva, estando projetada em **[CONFIDENCIAL]** na demonstração da **[CONFIDENCIAL]**, enviada pela **[CONFIDENCIAL]**, aquando do pedido de reposição do equilíbrio financeiro<sup>34</sup>.
49. A Concessão Douro Litoral foi adjudicada ao AEDL, tendo o Contrato de Concessão sido celebrado em 28 de dezembro de 2007<sup>35</sup>. Os lanços de autoestrada portajados

<sup>31</sup> Resultantes da soma das parcelas: a) estudos e projetos; b) construção de obra geral; c) construção de obras de arte especiais; d) construção de túneis; e e) expropriações. Estas foram as parcelas também consideradas pela Comissão de Avaliação para cálculo dos custos totais de construção no seu Relatório provisório de avaliação, de outubro de 2007 (Anexo 6), fls. 91 e ss..

<sup>32</sup> Sendo de realçar que, nos termos da al. r) do ponto 15.1. do Programa de Concurso, nas grandes reparações são considerados, entre outros, os investimentos inerentes às intervenções de reabilitação de pavimentos (fls. 38/v).

<sup>33</sup> Cf. ficheiro do caso base, constante dos CD ROM enviados pela EP, em 15 de abril de 2013, em resposta ao pedido de elementos formulado pela AdC, fls. 343, 421 e 467 dos autos.

<sup>34</sup> Cf. ficheiro de demonstração da **[CONFIDENCIAL]**, constante do CD ROM enviado pelo IMT, em 17 de abril de 2013, em resposta ao pedido de elementos formulado pela AdC, fls. 470 e 472 dos autos.

<sup>35</sup> Cf. Contrato de Concessão (Anexo 11 à participação do InIR), fls. 204 e ss..

foram concessionados por um prazo de 27 anos, tendo os demais lanços, na sua generalidade, sido concessionados por 5 anos<sup>36</sup>.

## DO DIREITO

### VII. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

50. A já citada Lei n.º 19/2012, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, entrou em vigor no dia 7 de julho de 2012 (artigo 101.º), tendo revogado a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, na versão que lhe era dada pelas sucessivas alterações, que estabelecia o antigo regime jurídico da concorrência (artigo 99.º da Lei 19/2012).
51. Nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 100.º da Lei n.º 19/2012, o novo regime jurídico aplica-se aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a sua entrada em vigor, isto é, após 7 de julho de 2012, como é o caso do PRC 2012/8, aberto em 20 de dezembro de 2012.
52. No entanto, a norma relativa à aplicação da lei no tempo, ínsita no artigo 100.º do novo regime da concorrência, disciplina somente a aplicação da lei processual no tempo, e já não a aplicação da lei substantiva, que tipifica as práticas restritivas da concorrência<sup>37</sup>.
53. Quanto à aplicação da lei substantiva no tempo, rege o artigo 3.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO)<sup>38</sup>, nos termos do qual releva, para a punição da contraordenação, a lei vigente no momento da prática do facto, estipulando o mesmo preceito que, se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada.
54. No presente caso, é de equacionar que os factos que alegadamente poderiam consubstanciar um abuso de posição dominante na vertente da exclusão teriam ocorrido com a vinculação definitiva da Concessionária aos preços e pagamentos propostos, na data de formalização do Contrato de Concessão, isto é, em 28 de dezembro de 2007, sendo a eventual prática restritiva aferida à luz do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, que então tipificava o abuso de posição dominante.
55. Sublinha-se, por fim, que o novo regime jurídico da concorrência não alterou o regime de 2003 no que respeita aos elementos do tipo do abuso de posição dominante nas suas vertentes da exploração e da exclusão.

### VIII. DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE PELA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS

56. Nos termos do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, é proibida a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, designadamente através de práticas de preços predatórios.
57. Na vertente da predação, uma empresa dominante adota um comportamento predatório quando, deliberadamente, suporta perdas ou prescinde de ganhos a curto prazo (sacrifício) por forma a excluir ou poder vir a excluir um ou mais dos seus concorrentes, existentes ou potenciais, com o objetivo de reforçar ou manter o seu poder de mercado e prejudicando, desta forma, o consumidor.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Cf. M. Lopes Porto, J.L. Cruz Vilaça, C. Cunha, M. Gorjão-Henriques, G. Anastácio e outros, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, Coimbra; Almedina, 2013, p. 927.

<sup>38</sup> *Ibid.* O artigo 3.º do RGCO é aplicável *ex vi* do artigo 13.º, n.º 1, e 59.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012.

58. Tal como resulta da jurisprudência Europeia assente<sup>39</sup>, importa verificar se o agente dominante adotou preços inferiores aos custos médios variáveis, com vista a condicionar os concorrentes existentes ou potenciais, podendo a prática também consistir na implementação de preços inferiores aos custos médios totais, caso em que se torna necessária a demonstração da existência de um plano com objetivos anticoncorrenciais.
59. Com a adoção de tal conduta, o agente incorre no sacrifício, na expectativa de posteriormente vir a realizar lucros consideráveis, advindos de um poder de mercado consolidado, tratando-se, assim, de uma conduta cujo benefício apenas tem explicação no contexto de uma estratégia orientada para a conquista ou manutenção de poder de mercado por via da exclusão ou “disciplina” de concorrentes, na medida em que estes representam uma ameaça para o monopolista.
60. Um comportamento predatório não implica necessariamente perdas, podendo estar preenchido mesmo com a fixação de preços objeto de redução, mas ainda assim superiores aos custos médios totais. São situações excecionais, em que a empresa dominante tem um conjunto de vantagens não replicáveis ou economias de escala que lhe permitem praticar, temporariamente, um preço abaixo do custo total médio do concorrente, mas situando-se acima do seu próprio custo total médio (*selective price-cutting*)<sup>40</sup>.
61. Para a redução de preços deste último caso ser considerado predação e não concorrência pelo mérito, tem de se demonstrar que o incumbente tem uma estratégia clara de exclusão, que o potencial concorrente só vai ser menos eficiente devido às vantagens não replicáveis ou economias de escala do primeiro e que a entrada no mercado não tem lugar devido ao desincentivo resultante da redução de preços em causa<sup>41</sup>.
62. Quanto à identificação do agente no caso vertente, os laços de interdependência mantidos entre a Brisa e a Concessionária AEDL permitem que o conjunto formado por estas duas sociedades seja considerado uma única empresa à luz do n.º 2 do artigo 2.º conjugado com o n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, empresa que vem, no âmbito do presente processo contraordenacional, designada por Brisa<sup>42</sup>.
63. Tais laços de interdependência resultam da influência dominante exercida pela Brisa na AEDL, influência presumida, nos termos prescritos pelos próprios Estatutos da Sociedade e pelo Acordo Parassocial, em resultado da participação maioritária da Brisa no capital social da AEDL, da detenção pela Brisa de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais na Concessionária e do papel preponderante atribuído à primeira na composição do conselho de administração e na forma de vinculação da segunda<sup>43</sup>.
64. Importa, assim, aferir da licitude do comportamento da Brisa no mercado em causa no caso concreto.

<sup>39</sup> Acórdãos do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 3.7.1991, no Proc. C-62/86, *AKZO c. Comissão*, Colect. 1991, p. I-3359; e de 14.11.1996, no Proc. C-333/94 P, *Tetra Pak c. Comissão*, Colect. 1996, p. I-5951.

<sup>40</sup> DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, pp. 36 e 37, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Cf. também o acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 10.9.2009, no Proc. C-97/08 P, *AKZO Nobel e o. c. Comissão*, Colect. 2009, p. I-08237, e a jurisprudência aí citada, pela sistematização da jurisprudência Europeia relativa ao conceito de empresa enquanto “*unidade económica*” e à responsabilização da sociedade-mãe, fundada no exercício de uma “*influência determinante*” no comportamento da sociedade participada, pelas práticas anticoncorrenciais desta última.

<sup>43</sup> *Ibid.*

65. Fica, desde logo, afastada a hipótese aventada pelo InIR de se verificar “*uma prática concertada de fixação de preços predatórios [...] entre o então Agrupamento AEDL e a Brisa, S.A.*”, uma vez que a Brisa e a AEDL são consideradas uma única empresa para efeitos de direito da concorrência.
66. Quanto ao sacrifício alegadamente incorrido pela Brisa, conclui-se, face aos valores inscritos nos quadros n.ºs 2 e 3 *supra*, que os custos de construção constantes da proposta final do concorrente AEDL eram, na verdade, superiores aos custos de construção constantes da proposta final do Luso-Porto<sup>44</sup>, pelo que parece ser de excluir a existência de uma prática de preços predatórios assente na construção dos novos lanços viários.
67. Não obstante os custos relativos às parcelas da conservação corrente e, em especial, das grandes reparações serem, numa análise tão técnica quanto possível das propostas finais, significativamente mais baixos na proposta final do AEDL, uma eventual predação tem de ser aferida comparando o total dos custos do projeto com a rentabilidade do mesmo.
68. Assente este método de análise, como ficou exposto acima, as projeções financeiras de base e posteriormente ajustadas do Consórcio liderado pela Brisa apresentam taxas de rentabilidade positivas, respetivamente de [CONFIDENCIAL] e [CONFIDENCIAL], não havendo indícios de perdas.
69. As taxas internas de rentabilidade refletem, por seu turno, o conjunto de todas as receitas (portagens) e custos (pagamentos iniciais ao Estado, custos de obras e investimentos, custos correntes da manutenção e reparação, etc.). O facto de serem positivas indica que, no projeto em causa, o conjunto de receitas previstas é superior ao conjunto de custos estimados, entre os quais se incluem os pagamentos iniciais ao Estado.
70. Poderia não estar excluída a hipótese de a Brisa ter incorrido numa diminuição de ganhos (*selective price-cutting*)<sup>45</sup>, caso se conseguisse alcançar o exigente grau de prova que permitisse demonstrar que:
  - a) A Brisa tem uma estratégia clara de exclusão;
  - b) O Luso-Porto só foi menos eficiente no seu modelo de exploração devido a vantagens não replicáveis ou economias de escala da Brisa; e que
  - c) A não obtenção da concessão pelo Luso-Porto ocorreu devido ao desincentivo resultante de reduzida rentabilidade da Concessão Douro Litoral, especificamente assumida para o efeito pelo Consórcio vencedor, com demonstração dos fatores concretos que teriam contribuído para tal sacrifício.
71. Não obstante as diligências de investigação encetadas pela AdC, ficaram por demonstrar factos que configurassem, nos termos acabados de referir, uma prática de *selective price-cutting*.
72. Por sua vez, o pedido de reequilíbrio financeiro dirigido ao Estado não constitui, por si, uma prática suscetível de falsear a concorrência, tal como referido pelo InIR, tratando-se antes de uma questão contratual e não do direito da concorrência.
73. Deste modo, mesmo que a Brisa detenha uma posição dominante, o seu comportamento não terá constituído um abuso dessa mesma posição, o que, desde

---

<sup>44</sup> Cf. a documentação enviada pelo InIR à AdC, e, em particular, o Relatório da Comissão de Apreciação de Propostas de outubro de 2007 (Anexo 6), fls. 91 e ss..

<sup>45</sup> Nesse sentido, pronunciou-se o concorrente vencido Luso-Porto, em sede de audiência prévia relativa à avaliação das propostas BAFO, em novembro de 2007 – cf. Anexo 8 à participação do InIR, fls. 148, 170, 170/v e 172/v.

logo, torna desnecessário apurar os exatos contornos do mercado relevante em causa e se, de facto, a Brisa assume essa posição no mesmo.

74. Por último, nunca é de mais sublinhar que o artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 (tal como o atual regime da Lei n.º 19/2012) não censura a mera existência de uma posição dominante no mercado relevante, mas sim o abuso dessa mesma posição, com prejuízo para o funcionamento concorrencial do mercado.

### **CONCLUSÃO**

75. Tomando em consideração o *supra* exposto, considera-se que os factos referentes aos comportamentos objeto do inquérito e investigados no PRC n.º 2012/8, sustentados nos elementos probatórios identificados, não constituem indícios suficientes de práticas proibidas, em especial, pelo artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; não existindo fundamento, nem se encontrando reunidas as condições para, ao abrigo do regime processual aplicável, em concreto a alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, se proceder à abertura de instrução.
76. Também se considera não estarem reunidas as condições de proibição estatuídas pelo artigo 102.º do TFUE, não estando justificada a intervenção da Autoridade ao abrigo desta disposição legal.
77. Mais se informa que, caso surjam novos factos ou elementos que ponham em causa os pressupostos do arquivamento, que se determina, a AdC procederá a nova análise, podendo mesmo reabrir o inquérito.

### **DECISÃO**

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

#### **Primeiro**

Arquivar o processo de contraordenação PRC n.º 2012/8, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

#### **Segundo**

Não intervir ao abrigo do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nos termos e para os efeitos do último parágrafo do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002.

Lisboa, 11 de março de 2014

O Conselho da Autoridade da Concorrência

António Ferreira Gomes  
Presidente

Jaime Andrez  
Vogal