



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Processo: 88/12.1YUSTR	Recurso (Contraordenação)	N/Referência: 23279
------------------------	---------------------------	---------------------

*

1. Relatório

EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda., pessoa coletiva n.º 500 347 506, com sede social na Praça de Alvalade, 6, 3.º, 1749-020 Lisboa (doravante, “Eurest”);

GERTAL – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A., pessoa coletiva n.º 500 126 623, com sede social na Rua de Garagem, 10, Carnaxide, 2780-078 Carnaxide (doravante “Gertal”);

ICA – Indústria e Comércio Alimentar, S.A., pessoa coletiva n.º 500.142.858, com sede na Avenida Manuel da Maia, n.º 46, 1000-203 Lisboa (doravante “Ica”);

ITAU – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A., pessoa coletiva n.º 500 142 258, com sede no Largo Movimento das Forças Amadas, 3, 2610-123 Amadora (doravante “Itau”);

NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar, S.A., pessoa coletiva n.º 502 176 890, com sede na Rua Eugénio dos Santos, Lote 96/97, Zona Industrial Casal do Marco, Arrentela, 2840-185 Seixal (doravante “Nordigal”);

TRIVALOR – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A., pessoa coletiva n.º 502 145 820, com sede na Avenida Infante Santo, n.º 21, 1350-177 Lisboa (doravante “Trivalor”);

UNISELF – Gestão e Exploração de Restaurantes de Empresas, Lda., pessoa coletiva n.º 501 323 325, com sede no Parque Industrial do Arneiro, Edifício Uniself, Lotes 32 a 37, São Julião do Tojal, Loures, 2660-456 São João do Tojal (doravante “Uniself”);

SODEXO PORTUGAL – Restauração e Serviços, S.A. pessoa coletiva n.º 501 384 954, com sede na Rua Castilho, 71, 5.º Dto., 1250-068 Lisboa, anteriormente designada



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

como Lisrestal – Organização e Gestão de Restaurantes Colectivos, S.A. e Sodexo Portugal II– Restaurantes e Serviços, S.A (doravante “Sodexo”);

JOSÉ LUÍS SILVESTRE CORDEIRO, com domicílio profissional na Rua da Garagem, n.º 10, Carnaxide, na qualidade de administrador da Gertral;

MANUEL ANTÓNIO RIBEIRO SEVINATE DE SOUSA, com domicílio profissional na Rua Eugénio dos Santos, Lote 96 a 97, Casal do Marco, Seixal, na qualidade de Administrador da Nordigal e da ICA:

CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MARTINS MOURA, com domicílio profissional no Largo do Movimento das Forças Armadas, n.º 3, Amadora, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da Itau;

MATEUS DA SILVA ALVES, com domicílio profissional no Parque Industrial do Arneiro, Edifício Uniself, Lotes 32 a 37, São Julião do Tojal, Loures, na qualidade de gerente da Uniself;

CECÍLIA MARIA ANDRADE GRILO SILVA, com domicílio profissional na Rua Castilho, n.º 71, 5.º Dto, em Lisboa, na qualidade de Administradora da Sodexo,

interpuseram recurso de impugnação da decisão da **Autoridade da Concorrência** (AdC) que lhes aplicou, no âmbito do processo de contraordenação nº **PRC/2007/02**, as seguintes coimas:

- à **EUREST** uma coima de € 5.207.746,61 (cinco milhões, duzentos e sete mil, setecentos e quarenta e seis euros e sessenta e um cêntimos), pela prática da contraordenação resultante da violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência – LdC);

- à **TRIVALOR (GERTRAL/ITAU)** uma coima de € 6.778.686,20 (seis milhões, setecentos e setenta e oito mil, seiscentos e oitenta e seis euros e vinte cêntimos), pela prática da contraordenação resultante da violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 – LdC;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- à **UNISELF** uma coima de € 1.742.124,83 (um milhão, setecentos e quarenta e dois mil, cento e vinte e quatro euros e oitenta e três cêntimos), pela prática da contraordenação resultante da violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 – LdC;

- à **ICA/NORDIGAL** uma coima de € 634.387,87 (seiscentos e trinta e quatro mil, trezentos e oitenta e sete euros e oitenta e sete cêntimos), pela prática da contraordenação resultante da violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 – LdC;

- à **SODEXO** uma coima de € 357.337,76 (trezentos e cinquenta e sete mil, trezentos e trinta e sete euros e setenta e seis cêntimos), pela prática da contraordenação resultante da violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 – LdC;

- a **CECÍLIA MARIA ANDRADE GRILO SILVA** uma coima de € 2.500,00 (dois mil e quinhentos euros), pela prática da contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 – LdC;

- a **MANUEL ANTÓNIO RIBEIRO SEVINATE DE SOUSA** uma coima de € 2.500,00 (dois mil e quinhentos euros), pela prática da contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 - LdC.

- a **MATEUS DA SILVA ALVES** uma coima de € 5.000,00 (cinco mil euros), pela prática da contraordenação prevista no art. 47º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 - LdC.

- a **CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MARTINS MOURA** uma coima de € 5.000,00 (cinco mil euros), pela prática da contraordenação prevista no art. 47º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 - LdC.

- a **JOSÉ LUÍS SILVESTRE CORDEIRO** uma coima de € 5.000,00 (cinco mil euros), pela prática da contraordenação prevista no art. 47º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 - LdC.

A referida decisão fundamenta-se, sumariamente, na prática dos arguidos de participação num intercâmbio de informações sensíveis e na celebração e execução de um acordo entre empresas com o objeto e o efeito de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência através da repartição de clientela no mercado das refeições e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

serviços de gestão e exploração de refeitórios, cantinas, restaurantes ou espaços no âmbito da restauração coletiva.

Inconformados com a decisão, vieram os Recorrentes junto deste Tribunal formular as seguintes pretensões que se indicam sumariamente:

- a **EUREST** requer a declaração de nulidade da decisão administrativa, por violação de direitos e garantias constitucionalmente consagrados ou a absolvição da Arguida das infrações que lhe são imputadas ou a redução da coima aplicada;

- **GERTAL, ITAU, TRIVALOR, CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MARTINS MOURA e JOSÉ LUÍS SILVESTRE CORDEIRO** requerem a declaração de nulidade da decisão administrativa ou a revogação da decisão por violação de princípios constitucionais e legais e por inexistência de elementos probatórios para a imputação das contraordenações;

- **ICA, NORDIGAL e MANUEL ANTÓNIO RIBEIRO SEVINATE DE SOUSA** requerem a declaração de nulidade da decisão administrativa ou o arquivamento do processo por não se mostrarem indicados quaisquer factos que consubstanciem práticas anticoncorrenciais pelos arguidos;

- **UNISELF e MATEUS DA SILVA ALVES** requerem a nulidade da decisão administrativa por preterição de direitos fundamentais, ou a revogação da decisão administrativa, por não preenchimento do tipo contraordenacional em causa, ou a alteração da coima por ser desproporcional, por ser insuficiente e indevidamente fundamentada e por não se coadunar com o grau de culpa dos arguidos, nem com a gravidade da infração. Requerem ainda a revogação da sanção acessória de publicação da decisão, por tal não estar fundamentado e por violação do princípio da presunção de inocência;

e

- **SODEXO e CECÍLIA MARIA ANDRADE GRILO SILVA** requerem a nulidade da decisão administrativa ou a revogação da decisão administrativa e serem as Arguidas absolvidas quanto à prática das contraordenações que lhes são imputadas ou a revogação da decisão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

quanto às coimas a aplicar, sendo estas fixadas em função dos critérios legais e nos termos da impugnação judicial das arguidas.

*

A **EUREST** alegou, em conclusões, que:

“CONCLUSÕES

1.º

À luz do *supra* exposto, cumpre concluir como se segue:

A título introdutório

1. O presente recurso tem na base a sentença do TCL de 10.12.2010 que declarou nula a decisão de dezembro de 2009, em virtude da recusa ilegal, por parte da AdC, em realizar diligências complementares de prova requeridas pela Arguida Trivalor.
2. Os quatro argumentos apresentados pela Autoridade Recorrida, para o referido efeito, foram todos considerados improcedentes, tendo o TCL sido peremptório em concluir que *“a recusa das diligências probatórias requeridas foi injustificada e, nessa medida, ilegítima”*.
3. Pelo que, em conformidade, o TCL julgou procedente a nulidade suscitada, decorrente da omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade, e determinou a remessa dos autos à AdC a fim de ser sanada a nulidade em questão.
4. Porém, o tratamento do mesmo desde então – e inclusive a decisão recorrida – apenas reforça os motivos e argumentos plasmados no anterior recurso da EUREST, ao mesmo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

tempo que está na origem de mais alguns argumentos adicionais. Estes motivos de recurso adicionais podem ser sumarizados da seguinte forma:

Da desconsideração das diligências complementares de prova por parte da AdC

5. A AdC desconsidera as diligências adicionais que foi obrigada a realizar em virtude da Sentença do TCL. Com efeito, o que o TCL identificou e censurou foi um erro procedimental material, resultante de uma recusa e omissão de realizar diligências adicionais de prova. O fato de a AdC não ter compreendido devidamente isto mesmo só reforça e agrava os erros da AdC (conforme melhor se explicou no recurso original da EUREST). Os erros da AdC residem agora: (i) no fato de não ter permitido que todas as Arguidas se pronunciassem sobre as questões adicionais a colocar; (ii) de considerar e tratar *a priori* os resultados das diligências adicionais de prova como sendo irrelevantes e insuscetíveis de alterar substancialmente os fatos e as suas conclusões; e (iii) em ter omitido a sua interpretação e entendimento sobre os elementos adicionais de prova para que as Arguidas pudessem pronunciar-se sobre os mesmos, assim infringindo os respetivos direitos de defesa.

Falta de pronúncia de todas as Arguidas

6. Tendo a Sentença do TCL considerado, *inter alia*, que aos arguidos assiste o direito de se pronunciarem sobre todas as questões que possam interessar à decisão do processo e que as diligências complementares de prova constituíam diligências essenciais para a descoberta da verdade, o fato de a EUREST e as demais Arguidas e Arguidos – com exceção da Trivalor/Gertal – não se terem pronunciado previamente sobre o conteúdo das questões a enviar a hospitais e direções regionais de educação, ao contrário do que sucedeu com a sua co-Arguida Trivalor/Gertal, constitui uma irregularidade que foi



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

previa e tempestivamente arguida pela EUREST, constituindo concomitantemente, uma violação do princípio da igualdade processual entre arguidos, no quadro do exercício dos mesmos direitos de defesa.

7. A EUREST arguiu e volta aqui a arguir, nos termos e para os efeitos do previsto no n.º 1 do artigo 123.º do CPP, aplicável *ex vi* artigos 19.º e 22.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, e artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, a irregularidade e consequente invalidade do ato de notificação da sua co-arguida Gertal do elenco de questões supra citado datado de 6.9.2011 e respetivos termos subsequentes, bem como que a AdC infringiu o disposto no artigo 13.º, n.º 1 da CRP, uma vez que o referido comportamento da AdC colocou a EUREST e a sua co-arguida Gertal numa situação de desigualdade processual, ao permitir a esta última o acesso e a pronúncia prévios, tendo, concomitantemente, tal comportamento resultado na concessão de diferentes prazos às diferentes partes processuais no quadro do exercício dos mesmos direitos de defesa, o que infringe igualmente o direito a um processo equitativo consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH e no n.º 4 do artigo 20.º da CRP, *in fine*.

Da consideração das diligências adicionais de prova como sendo irrelevantes e insuscetíveis de alterar substancialmente os fatos e as conclusões anteriores

8. É desde logo notório que a AdC partiu para a realização das diligências probatórias adicionais, encarando-as não como “*essenciais para a descoberta da verdade*”, mas sim com o pré-conceito de que as mesmas de nada serviriam e que, no fundo, como já tinha anteriormente considerado em 2009, as mesmas eram irrelevantes. De fato, basta atentar no que é dito, v.g. e em especial, nos §105 e §§116 a 118 para o compreender plenamente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

9. E por isso mesmo não constituiu surpresa o fato de a AdC não ter alterado qualquer das suas teses ou entendimentos ou o montante da coima aplicada a qualquer dos arguidos quando pelo menos em relação a uma entidade hospital – o Hospital D. Estefânia -, vem agora reconhecer não ser possível chegar a uma conclusão relativa à existência de indícios de cartelização (alínea D) do §115 da decisão). E tal sucede não obstante os concursos relativos ao Hospital D. Estefânia serem, conjuntamente com os relativos ao Hospital Garcia da Orta, os que, nos termos da Nota de Ilícitude de 2008, teriam alegadamente tido o maior período de cartelização (1998 a 2004) de todas as 8 entidades hospitalares cujos certos concursos a AdC concluiu terem sido supostamente cartelizados.
10. É, pois, manifesto que a AdC se limitou, a este respeito, a tentar cumprir formalmente o que o TCL determinou, sem se preocupar em avaliar, de forma isenta e imparcial, em que medida efetivamente os resultados decorrentes das diligências complementares de prova poderiam alterar a sua percepção dos fatos e as conclusões que havia retirado sobre os mesmos, tendo realizado pré-juízos sobre o sentido da prova a produzir.
11. Acrescente-se, aliás, que esta ideia é ainda posteriormente exacerbada pelo fato de, segundo a AdC e conforme referido, dos elementos obtidos das diligências complementares de prova, *“não pode resultar uma alteração substancial dos fatos aos arguidos, já que a imputação das práticas identificadas na Nota de Ilícitude às arguidas não assentou nos elementos em relação aos quais a Trivalor requereu produção complementar de prova”*. Ou seja, e segundo a lógica da AdC, as diligências complementares de prova até poderiam, por hipótese, demonstrar a total, completa e absoluta inocência de todas as Arguidas e Arguidos. Mas tal seria irrelevante e não poderia jamais motivar uma alteração substancial dos fatos vertidos na acusação, posto



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

que os elementos de prova posteriormente obtidos não teriam sido aqueles que teriam servido para imputar as alegadas infracções.

- 12.** O fato de a AdC considerar que a ‘diminuta representatividade’ dos elementos probatórios recolhidos através das diligências adicionais que foi obrigada a realizar pelo TCL não poderia prejudicar as conclusões a que teria chegado na sua Nota de Ilícitude de 2008, é, por si só, bem demonstrativa da sua notória visão pré-determinada sobre os termos e os resultados de tais diligências e elementos. Porém, a análise, aferição, ponderação e consideração de elementos de prova não pode nem deve ser feita em função da quantidade de diligências realizadas ou da comparação do respetivo número mas sim através da respetiva qualidade, contextualização e confrontação com os demais elementos do processo.
- 13.** Na medida em que a Autoridade Recorrida efetivamente realizou pré-juízos valorativos sobre o sentido da prova a produzir, considerando-a *a priori* irrelevante e *a posteriori* e a todo o custo desconsiderou erroneamente grande parte dos resultados decorrentes da mesma que pudessem pôr em causa o seu ímpeto condenatório, chegando mesmo a contradizer os seus próprios raciocínios em diversas ocasiões, a mesma desrespeitou substancialmente os ditames decorrentes da Sentença do TCL, devendo por isso e em conformidade ser decretada a invalidade da decisão recorrida.

Da violação dos direitos de audição e defesa em virtude da omissão de notificação prévia das Arguidas da valoração feita pela AdC das provas complementares produzidas

- 14.** No §115 – alíneas A) a L) da decisão em crise – a AdC tenta levar a cabo uma análise substantiva acerca do valor probatório dos indícios recolhidos na sequência das diligências complementares de prova. Porém, tal análise não foi previamente transmitida



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

à EUREST para efeitos de exercício do seu direito de audiência prévia e de defesa, ao abrigo do artigo 50.º RGCO (na interpretação dada pelo Assento n.º 1/2003 do STJ e conforme aplicado pelo TCL), tendo a EUREST sido surpreendida pela mesma na decisão em crise.

- 15.** A AdC forçou os arguidos a exercerem os seus direitos de audição e de defesa “às escuras”. A aceitação de tal modo de proceder permitiria que a AdC instrumentalizasse o exercício dos direitos de audição prévia e defesa das arguidas como meio de investigação, assim invertendo o ónus da prova que lhe compete, em violação da presunção de inocência.
- 16.** Uma vez que apenas no momento em que foi notificada da decisão condenatória tomou a Recorrente conhecimento de aspetos essenciais para a decisão do processo, *acima* e *infra* melhor enunciados, tal omissão, traduzindo-se numa inadmissível preterição de formalidade essencial ao exercício do direito de defesa, em violação dos artigos 20.º, n.º 4, 32.º, n.º 10 da CRP, 50.º do RGCO, 100.º e 101.º do CPA e 26.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, é geradora de nulidade com eficácia invalidante de todo o processado posterior, afetando, por conseguinte, a decisão recorrida, conforme resulta do disposto dos artigos 283.º, n.º 3, 120.º, n.º 2, alínea d), 120.º, n.º 3, c) e 122.º, n.º 1 do CPP, ora aplicáveis nos termos do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 22.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

Da tentativa de caracterização da Sentença do TCL como corroborando a tese substantiva da AdC

- 17.** Em diversos pontos da decisão ora recorrida, a AdC procura, ora descontextualizar a Sentença do TCL, ora escamotear a importância da mesma, a fim de “branquear” os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

vícios que caracterizaram a sua atuação ao longo do presente processo. A Sentença do TCL está porém, longe de ratificar a atuação da AdC para além dos vícios que apreciou.

18. De fato, no cômputo das várias dezenas de nulidades, irregularidades procedimentais e vícios de substância invocados pelas diversas Arguidas, o que aquela Douta sentença do TCL faz é apreciar apenas *quatro*, tendo, ainda assim, encontrado matéria suficiente para declarar a total nulidade da decisão condenatória, relativamente a todas as Arguidas, por “omissão de diligências essenciais à descoberta da verdade”.

19. Os referidos erros são, pois, agravados pelos esforços inglórios e erróneos da AdC de tentativa de caracterização da Sentença do TCL como corroborando a sua tese substantiva. O TCL não se pronunciou, não aprovou e nem sequer julgou a substância do processo nem os argumentos substantivos constantes dos recursos das Arguidas. As tentativas da AdC de sugerir o contrário constituem nada mais do que desesperadas e vãs formas de pretender, a todo o custo, defender as suas posições e interpretações abusivas da Sentença do TCL

Das reformulações realizadas pela AdC para além do ordenado pela Sentença do TCL – Das diferenças entre a decisão recorrida e a decisão da AdC de dezembro de 2009

20. A Sentença do TCL ordenou a remessa dos autos para a AdC para que esta sanasse a nulidade decretada. Assim, à Autoridade Recorrida apenas caberia proceder às concretas diligências complementares de prova e analisar os respectivos resultados. Em conformidade com os mesmos, deveria depois extrair as suas conclusões, no que respeita à concreta existência da alegada infração e dos respectivos efeitos e, bem assim e sendo caso disso, quanto à determinação da medida da coima aplicável.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 21.** É, porém, notório que a AdC aproveitou a oportunidade para tentar reformular a sua decisão, relativamente a matérias que nenhuma relação tinham com as diligências adicionais de prova ordenadas pelo TCL.
- 22.** A decisão de que ora se recorre é, em tudo, similar à decisão da AdC de dezembro de 2009. Contudo, são notórias certas diferenças em certos parágrafos, seja por alteração ou aditamentos ao texto anterior, seja por supressão de expressões, palavras ou frases. Noutros casos ainda, é flagrante a supressão integral de parágrafos ou a alteração da respetiva ordem de apresentação, conforme se verá, de forma a tentar corrigir as mais notórias falhas de uma deficiente investigação e pior decisão. Tais diferenças são especialmente visíveis no que respeita às matérias relativas à dicotomia objeto/efeito restritivo da concorrência e quanto à utilização dos elementos fornecidos à AdC pelos Hospitais e Direções Regionais de Educação. E tal obviamente só poderá ter resultado da consciência que a AdC teve da falta de sustentação das suas posições e entendimentos e o desejo de as reforçar, após ter compreendido que as evidências factuais existentes e as resultantes das diligências complementares de prova não suportavam as suas teorias sobre como o alegado Acordo de Repartição de Clientela teria supostamente funcionado e o seu impacto no mercado.
- 23.** Qualquer que seja o significado ou valoração que a AdC pretenda atribuir aos dados concursais recolhidos, os quais refletem a realidade do funcionamento do mercado, tais indícios económicos têm consequências probatórias objetivas inescapáveis e que a AdC não logrou contestar, a saber: tais indícios económicos sobre o funcionamento do mercado infirmam, a título de contra-prova, a teoria da existência de um alegado Acordo anticoncorrencial relatada pelo requerente de clemência, porquanto evidenciam *mudanças* regulares de fornecedores e *descidas* significativas de preços no período relevante. Impedem, pois, que os indícios reunidos nos autos (a possuírem algum valor



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

probatório) sejam reputados de claros, precisos e concordantes. Por maioria de razão, tal prova preclui que o suposto Acordo seja tido por estabelecido para além de qualquer dúvida razoável.

Da Defesa Por Excepção: Sobre os Vícios Adjectivos da Decisão Recorrida

- 24.** No sentido de assegurar aos arguidos o exercício do seu direito de audiência e defesa, é indispensável conferir-lhes um “prazo razoável” para o efeito, conforme a lei expressamente impõe. Em conformidade, para que a EUREST tivesse podido exercer devidamente o seu direito de audiência e defesa, era essencial que lhe tivesse sido concedido um “prazo razoável” para avaliação dos termos da Nota de Ilícitude de 2008 que lhe foi notificada, dos elementos constantes dos respetivos autos e para apresentação da sua defesa. Assim, no cumprimento do seu dever de obediência, a AdC deveria ter disponibilizado o conjunto de indícios constantes dos autos por forma a permitir aos arguidos o atempado, cabal e efectivo exercício dos seus direitos de audiência e defesa constitucional e legalmente consagrados e, também e por conseguinte, responder de forma adequada, completa e efectiva, num “prazo razoável”. O mesmo sucedeu relativamente à apresentação do presente recurso, cuja data de adopção obrigou a EUREST a ter de requerer e obter desse Tribunal uma extensão do respectivo prazo.
- 25.** O procedimento da AdC no presente processo manifestamente coartou a possibilidade de a EUREST exercer os seus direitos fundamentais de defesa e audiência, ao mesmo tempo que infringiu os princípios de colaboração e participação.
- 26.** A Autoridade Recorrida não respeitou, senão de forma deficiente e incompleta, antes da adopção da decisão final ora em crise, o direito de audiência prévia que assiste aos arguidos em sede de procedimentos contra-ordenacionais, assim afectando as garantias



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

de defesa da EUREST, tal como consagradas pelo legislador ordinário e constitucional. De fato, uma análise comparativa liminar do teor da acusação notificada à EUREST, por ofício datado de 1.9.2008, e da decisão ora em crise permite facilmente apurar que a EUREST (e presumivelmente as demais arguidas) nunca foi chamada a pronunciar-se, antes do termo da fase administrativa do processo, acerca de diversas circunstâncias que fundamentaram a decisão condenatória, designadamente sobre as afirmações sobre a capacidade, natureza e características quantitativas e qualitativas das Empresas Arguidas e dos supostos fatores da sua diferenciação, face aos demais operadores no sector, bem como das alegações relativas ao suposto fato de as Empresas Arguidas terem tido em conta, na definição da sua própria conduta comercial, as informações que alegadamente trocaram entre si.

27. O mesmo sucedeu, aliás, relativamente a certos aspectos relativos à determinação da medida da coima e, bem assim, quanto ao estatuto do requerente de clemência e até à alegada convivência de dois funcionários da EUREST *“quanto à manutenção das referidas práticas”* alegadamente ilícitas. Ora, estes elementos em que a AdC se alicerçou a fim de se permitir adoptar a decisão em crise foram integralmente subtraídos ao exercício do contraditório. Uma tal omissão, traduz-se numa inadmissível preterição de formalidade essencial ao exercício do direito de defesa, em violação dos artigos 32.º, n.º 10 da CRP, 50.º do RGCO, 100.º e 101.º do CPA e 26.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, sendo geradora de nulidade com eficácia invalidante de todo o processado posterior, afectando, por conseguinte, a decisão recorrida, conforme resulta do disposto dos artigos 283.º, n.º 3, 120.º, n.º 2, alínea d), 120.º, n.º 3, c) e 122.º, n.º 1 do CPP, ora aplicáveis nos termos do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e 22.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

28. Em diversas ocasiões, a decisão recorrida tenta proceder à inversão do ónus da prova que à AdC incumbe, chegando mesmo a criticar e a censurar os arguidos pelo teor e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

sentido dos seus argumentos ou por terem ou não terem adoptado determinadas condutas processuais ou ainda por não terem, na sua óptica, apresentado elementos, explicações ou alternativas “contrafactuais” e não conhecerem a jurisprudência do TCL, acabando por “dar por provado” e “para lá de qualquer dúvida” tudo o que, na sua visão, não tenha sido simplesmente contraditado pelos arguidos (relevando, portanto, o respetivo silêncio em seu desfavor) ou que ponha em causa a essencialidade das suas teses. Ora, decorre de jurisprudência constante que o ónus da prova, em relação à existência de uma violação das regras de concorrência, incumbe à autoridade que alega a referida violação, estando igualmente o acusado isento do ónus de ter de provar a sua própria inocência, nos termos do artigo 32.º, n.º 2 da CRP e 6.º, n.º 2, da CEDH, pelo que a decisão recorrida padece de um vício de violação de lei, invalidante da mesma. Para além disso, e relativamente ao alegado desconhecimento da jurisprudência do TCL, refira-se, como a AdC, aliás, bem sabe, que a mesma não se encontra publicada, pelo que a AdC a ela tem acesso privilegiado.

- 29.** Relativamente à condução do processo, importa notar que, mesmo após a apresentação da resposta da EUREST à Nota de Ilícitude, a actuação da AdC no presente processo de contra-ordenação continuou a pautar-se por manifestas e graves violações dos direitos de defesa e audição da EUREST, bem como de diversos princípios de boa administração, tendo o Conselho da AdC intervindo apenas em 8 de janeiro de 2009, para revogar a decisão manifestamente incorrecta dos instrutores do processo de não concessão de extensões de prazo para apresentação da primeira resposta à Nota de Ilícitude de 2008, i.e. cerca de 7 semanas após ser exigível à EUREST apresentar a sua resposta.
- 30.** Acresce que a situação criada pela AdC, no que respeita aos eventos que ocorreram no decurso da Audição Oral da EUREST, só veio confirmar o seu desrespeito pelos mais básicos direitos de defesa e princípios de boa administração. De fato, a AdC, confrontada



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

com requerimentos prévios e tempestivos, a solicitar a notificação, para presença, dos referidos co-arguidos da EUREST da data e hora da Audição Oral desta, foi incapaz de responder atempadamente aos mesmos, tendo, de forma explícita e manifesta, criado uma situação em que aos aludidos co-arguidos da EUREST não restou outra alternativa senão comparecer e tentar assistir à Audição Oral em questão. Assim, a AdC teve de finalmente atrasar o início da referida Audição em cerca de duas horas e meia, o que teve como consequência a EUREST incorrer em custos adicionais desnecessários que poderiam ter sido facilmente evitados caso a AdC tivesse actuado com um mínimo de diligência processual.

- 31.** Mas, quer anteriormente, quer após a referida Audição Oral da EUREST, a actuação da AdC no presente processo de contraordenação continuou a infringir, a outros níveis, os direitos de defesa e audição da EUREST, bem como de diversos princípios de boa administração. Foi esse o caso, designadamente, das constantes e injustificadas delongas de acesso da EUREST a cópias actualizadas dos autos sucessivamente requeridas, da própria data de adopção da decisão recorrida, sustentados numa visão redutora dos direitos de defesa dos arguidos e violadora dos princípios da imparcialidade e justiça, da igualdade de tratamento e da boa-fé, bem como de participação, de colaboração com os particulares, prossecução do interesse público e respeito pelos direitos dos particulares. Tais actuações da AdC configuram uma grosseira e manifesta violação dos direitos fundamentais e das garantias dos arguidos tutelados pela Constituição, bem como uma infração das regras que regulam os processos relativos a práticas restritivas da concorrência.
- 32.** A AdC violou ainda outros princípios gerais de boa administração, tal como previstos na CRP e na lei, ao ter excluído indícios absolutórios constantes dos autos. A AdC demonstrou falta de objetividade e imparcialidade na sua conduta inquisitória,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

seleccionando, analisando e ponderando indícios probatórios, bases jurídicas, fatos e circunstâncias de uma forma que, no mínimo, dá azo a uma percepção de parcialidade e desigualdade, bem como de má-fé, intuito persecutório, criação de obstáculos ao exercício dos direitos de defesa e desconhecimento das realidades comerciais que pretendeu analisar.

- 33.** A AdC foi incapaz de provar, nos termos legalmente exigíveis, qualquer das alegadas infrações ao artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003. E, em certos aspectos fundamentais, chegou mesmo a equivocar-se relativamente às presunções legais aplicáveis, sendo as suas alegações e conclusões sobre a existência de condutas anti-concorrenciais baseadas em declarações inconsistentes e retiradas do respetivo contexto, bem como numa exacerbada confiança nas declarações do requerente de imunidade. Acresce que, na sua breve e suposta análise dos efeitos da alegada conduta infratora, a AdC omitiu explicações sobre a metodologia utilizada para aferição de instâncias específicas da alegada conduta infratora, ou, em todo o caso, não foi capaz de apresentar um raciocínio e uma explicação clara, completa e congruente.
- 34.** A EUREST considera, além disso, que outras violações evidentes dos seus direitos de defesa e audição ocorreram, no decurso do processo de contraordenação ora em questão. Todavia, tais violações encontram-se já alegadas à sociedade por alguns dos demais arguidos perante a AdC, nas respectivas respostas à Nota de Illicitude, pelo que, na medida em que as mesmas venham a ser invocadas, pelos referidos arguidos, e devidamente fundamentadas nos respetivos recursos de impugnação da decisão recorrida, a EUREST a elas adere, assim evitando que esse Tribunal tenha, também quanto a tais questões, que apreciar, de forma aprofundada, argumentos similares.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Sobre os Vícios Substantivos da Decisão Recorrida

Em sede da alegada prática concertada de Troca de Informações

- 35.** A tese da AdC a propósito da existência de uma alegada prática concertada de Troca de Informações alicerçou-se no erro fundamental nos pressupostos de que as Empresas Arguidas teriam instituído um sistema de intercâmbio entre si de informações sobre *preços*.
- 36.** No entanto, não há quaisquer indícios testemunhais ou documentais de que as Arguidas hajam instituído um sistema de intercâmbio entre si de informações sobre preços, nem sobre dados sensíveis relativos a preços, como margens ou custos de produção. Pelo contrário, tal resulta infirmado “de forma precisa e concordante” pelos indícios existentes, incluindo pelas declarações escritas do próprio requerente de imunidade.
- 37.** Tal alegação da AdC, reiterada insistentemente ao longo da decisão em crise, resulta pois de uma deturpação grosseira – ou melhor – de uma autêntica ficção – de prova.
- 38.** Ora, a presente questão tem uma importância nuclear na construção da tese da AdC na medida em que a alegação da própria existência de uma suposta prática concertada dependia da natureza da informação trocada, i.e. do fato desta incidir sobre preços, o que não ocorreu. Este erro fundamental nos pressupostos de fato da decisão em crise determina inevitavelmente a absolvição da EUREST no que se refere, desde já, à alegada prática concertada de troca de informações, o que respeitosamente se requer.
- 39.** Acresce que o enquadramento jurídico em que se baseou a AdC para fazer a apreciação jusconcorrencial da alegada prática concertada de troca de informações está viciado por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

uma série de erros e de lacunas manifestos, de direito e de apreciação. Tais vícios contaminaram inevitavelmente as subseqüentes inferências que a AdC quis extrair a propósito da alegada ilicitude dessa prática. Tendo errado na interpretação do direito, era inevitável que a análise da AdC errasse também na avaliação jus concorrencial da matéria de fato:

40. Em particular, a AdC incorreu num sério erro de direito ao considerar, à revelia do esmagador sentido da jurisprudência aplicável, que a troca de informações *sub judice* poderia ter um *objeto* anticoncorrencial, i.e. ser proibida de *per se* ou por natureza, não obstante (i) ela não incidir sobre preços, (ii) nem servir de suporte a uma infração jus concorrencial grave. Com efeito, a própria AdC entendeu à luz da prova produzida que a alegada prática concertada foi uma prática perfeitamente autónoma.
41. A eliminação pela AdC da quase totalidade das notas de rodapé (por comparação com a anterior decisão condenatória de dezembro de 2009 declarada nula) onde constavam as fontes jurisprudenciais em suposto suporte da sua tese a propósito da alegada troca de informações revela o desconforto ou incapacidade sentida pela AdC para contestar credivelmente a fundamentação apresentada pela *Eurest* a esse respeito, *maxime*, sobre o fato de a jurisprudência estabelecida dos tribunais da UE, que no passado censurou determinados tipos de trocas de informação, se afastar ostensivamente do caso em análise.
42. Dito de outra forma, tal eliminação das fontes de jurisprudência anteriormente usada pela AdC corrobora a conclusão de que a alegada troca de informação apenas poderia ser tida como uma infração pelo *efeito*. Ou seja, apenas poderia ser tida por proibida acaso houvesse ocasionado *efeitos* anticoncorrenciais – o que não foi o caso – não o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

tendo, aliás, a AdC sequer alegado, já que insistiu no pressuposto erróneo de que se trataria de uma infração pelo *objeto*.

- 43.** O erro cometido pela AdC no enquadramento analítico do caso teve fatais consequências em sede probatória, na medida em que, por esse motivo, a AdC considerou que estaria eximida de provar os concretos efeitos anticoncorrenciais de tal prática, tendo-se, ao invés, limitado a presumi-los.
- 44.** O facto de estar em causa uma infração pelo efeito, atentas as características da alegada troca de informação – *maxime*, não incidia sobre estratégias futuras em matéria de preços ou de quaisquer outros dados comerciais confidenciais – tem consequências importantes em sede probatória. Tal significa igualmente que a alegada troca não deverá ser classificada como uma infração de *perigo* (quer se trate de infração de perigo abstrato, de perigo concreto ou de perigo abstrato-concreto), mas como uma infração de *dano*. Consequentemente, a AdC deixou por provar e preencher importantes elementos objetivos do tipo contrordenacional em causa, a saber: (a) desde logo, a verificação do *dano* ou *resultado* consistente na produção de efeitos anticoncorrenciais – i.e. efeitos negativos sobre preços, oferta, qualidade, diversidade ou inovação; e (b) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.
- 45.** Se dúvidas porventura subsistissem sobre a suscetibilidade ou insuscetibilidade de (a) ocorrência de efeitos anticoncorrenciais; (b) em resultado da troca de informações em apreço (o que só se pondera por rigor conceptual) sempre tais dúvidas deveriam ser resolvidas a favor da EUREST ao abrigo da regra probatória *in dubio pro reo*, dando-se tais factos por não provados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

46. Tal como ilustra a jurisprudência e prática decisória consolidadas, em atenção aos benefícios e efeitos pró-concorrenciais que trocas de informações entre concorrentes, i.e. uma maior transparência no mercado, em certas circunstâncias podem propiciar, a troca que nos ocupa só poderia em tese ser tida como anticoncorrencial em função dos seus concretos efeitos negativos sobre preços, qualidade, diversidade ou inovação, o que incumbia à AdC demonstrar.
47. Adicionalmente, a AdC ignorou simplesmente a prova, constante do seu próprio processo, de que a *totalidade* da informação efetivamente trocada – relativa a adjudicações passadas de contratos – era, sem exceção, já do domínio público ou publicamente acessível no momento em que foi trocada pelas Empresas Arguidas, não podendo por isso ser tida como comercialmente sensível ou como segredo de negócio. De fato, conforme já explicado supra, uma troca de informações publicamente disponíveis ou não-confidenciais, ainda que a sua compilação porventura gere poupanças de custos às empresas participantes, não pode restringir a concorrência.
48. A falta de “sensibilidade” estratégica da informação em causa, mormente do seu “nível de sistematização ou agregação”, é eloquentemente demonstrada pelas plataformas eletrónicas de contratação pública. Estas disponibilizam “em linha” informação atual e pormenorizada relativa a cada procedimento público de contratação, com um nível de detalhe muito superior ao da troca em apreço (incluindo *preços*). Tais plataformas proporcionam ademais aos utilizadores múltiplas funcionalidades em termos de segmentação de procedimentos, categorização, pesquisas temáticas avançadas, *rankings* de vendedores e outras estatísticas várias.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

49. Ou seja, existe, também nesta sede, um reconhecimento expreso por parte do legislador de que a disseminação de informação em mercados como o que nos ocupa é suscetível de gerar efeitos pró-concorrenciais.
50. De sublinhar que ao contrário da perceção que a AdC se esforça enganosamente por transmitir, não foram transmitidas *as carteiras de clientes*, i.e. as listas globais de clientes de cada empresa, mas apenas informações *não confidenciais* sobre um número limitado de contratos que houvessem sido já ganhos ou perdidos no passado, num período determinado. Tão pouco foram transmitidas informações sobre *quantidades*, fornecidas ou efetivamente vendidas, mas apenas estimativas, tal como anunciadas pelos clientes, de médias diárias de consumo.
51. Mesmo que se considerasse que nem todas as informações em causa eram já do domínio público no momento em que foram divulgadas, o que não se concede e apenas se pondera por rigor conceptual, a AdC, ainda assim, não demonstrou, por ter adoptado um enquadramento analítico errado, que essas informações geraram efeitos negativos sobre os parâmetros da concorrência, condicionando a autonomia decisória da EUREST em sede de preços, oferta, qualidade, diversidade ou inovação, no período considerado.
52. De notar na tese da própria AdC, que está em causa a apreciação de uma prática *passada*, com termo em 2007. Assim, aquando da adopção da decisão recorrida, quase três anos volvidos sobre a respectiva cessação, a AdC estaria em condições de demonstrar cabalmente os respetivos efeitos negativos sobre a concorrência, caso estes existissem.
53. Note-se que, em todas as situações em que as autoridades de concorrência e instâncias judiciais foram chamadas a apreciar puros intercâmbios de informações, tratava-se de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

avaliar uma prática em vigor e de prevenir os seus eventuais efeitos negativos futuros. As circunstâncias que nos ocupam são muito distintas, pois tendo o alegado ilícito cessado, não há, por um lado, futuros efeitos a prevenir e, por outro lado, a AdC poderia e deveria ter demonstrado efeitos reais, pois eles já teriam ocorrido caso existissem.

54. Porém, tudo o que a AdC refere a este respeito são presunções e asserções não fundamentadas, sem qualquer suporte numa análise concreta da evolução dos parâmetros da concorrência, mormente dos preços, no mercado da restauração colectiva durante o período considerado.
55. Note-se, especialmente, que a AdC nem sequer se referiu aos critérios de apreciação referentes (a) às características dos produtos e (b) à estrutura do mercado relevante tipicamente exigidos pela jurisprudência em casos de trocas de informações. Ou seja, a AdC nem analisou se existiam *in casu* as características de mercado habitualmente consideradas por tribunais, autoridades de concorrência e relevante doutrina jurídica e económica como sendo susceptíveis de favorecer efeitos anticoncorrenciais em casos de troca de informações, a saber: (a) a presença de produtos marcadamente homogéneos e (b) a ausência de uma estrutura de oferta fragmentada ou atomizada.
56. Não o fez porquanto essa análise infirmaria definitivamente a sua improvável tese. É que o mercado português da restauração colectiva é (a) justamente caracterizado por serviços marcadamente heterogéneos ou diferenciados, em que as empresas concorrem em múltiplos parâmetros para além do preço; e (b) apresenta uma “estrutura de oferta relativamente atomizada”, onde “operam um número elevado de empresas”, na ordem das “dezenas”, como a própria AdC observa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 57.** A EUREST fez ao longo da fase administrativa deste processo a prova negativa de um tal pretense efeito anticoncorrencial, sem que tivesse sido minimamente contrariada também neste ponto pela decisão em crise. Em particular, muito embora tal não lhe fosse exigível, a EUREST demonstrou mesmo que a troca de informações não produziu qualquer impacto negativo sensível sobre os principais parâmetros da concorrência, maxime sobre os preços por si praticados ao longo do período relevante.
- 58.** A ter sido provado pela AdC um efeito negativo significativo na concorrência, o que não sucedeu e apenas se pondera para efeitos de raciocínio, a AdC teria o dever de avaliar a prática à luz do artigo 5.º da Lei 18/2003, até porque a possibilidade de justificação foi invocada pela EUREST, o que a AdC também não fez. Resulta de jurisprudência europeia constante que a avaliação completa e cabal da legalidade de uma prática sempre exigiria que a AdC analisasse a eventual verificação das condições previstas no artigo 5.º da Lei 18/2003 [equivalente, *mutatis mutandis* ao artigo 101.º, n.º 3 do TFUE] afastando-as fundamentadamente se fosse o caso. Não o tendo feito, a decisão em crise encontra-se neste particular igualmente viciada por relevante omissão de apreciação, com eficácia anulatória da presente decisão.
- 59.** Existem diversos objetivos legítimos e pró-concorrenciais que poderão ter motivado a troca que nos ocupa, bem como benefícios para o bem-estar dos consumidores no mercado da restauração colectiva em Portugal que aquela troca poderá ter desencadeado, os quais são devidamente sustentados pela teoria económica, incluindo pelos Professores Drs. Jorge Padilla, Rosa Abrantes-Metz e Nadine Watson, que não foram ponderados pela decisão em crise, designadamente, o fato da troca contribuir para: (a) reduzir a incerteza ao nível da procura, permitindo a adopção de decisões de gestão mais eficientes, nomeadamente, no que respeita ao nível e qualidade dos investimentos; (b) ajudar os agentes económicos a comunicar a qualidade dos seus



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

produtos ao mercado e a melhorar a qualidade dos serviços prestados; (c) permitir a formulação de preços mais reduzidos e mais ajustados ao valor real dos serviços prestados.

- 60.** Tais benefícios ou efeitos pró-concorrenciais ilustram bem a possibilidade de a referida prática ser justificada ao abrigo do artigo 5.º da Lei 18/2003.
- 61.** Por conseguinte, ainda que se pudesse admitir, a título meramente subsidiário e por simples cautela de patrocínio, a existência de uma restrição sensível da concorrência na acepção do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, sempre a alegada prática concertada de troca de informações preencheria as condições do chamado “balanço económico positivo”, consagrado no artigo 5.º da Lei n.º 18/2003, pelo que se requer, muito respeitosamente, a aplicação *in casu* desta disposição, atentos os poderes de plena jurisdição de que goza este Douto Tribunal – a título meramente subsidiário, porquanto nenhum efeito negativo significativo se provou.

Em sede do alegado Acordo de Repartição de Clientes

- 62.** A AdC não reuniu indícios suficientes à demonstração juridicamente satisfatória da existência de um acordo de repartição de clientes, em particular, a AdC não logrou produzir prova dotada de força probatória capaz de proporcionar uma certeza para além de qualquer dúvida razoável sobre a existência desse alegado ilícito, em virtude essencialmente dos seguintes aspectos:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 63.** O “método probatório” empregue pela AdC nestes autos padece de graves distorções: muito embora seja certo que cada uma das provas ou indícios aduzidos para um processo não tenha necessariamente de satisfazer a exigência de prova que acima se descreveu, é indubitável que o conjunto de indícios produzidos sempre deverá respeitar esse padrão, i.e. deverá fornecer ao decisor *uma certeza para além de qualquer dúvida razoável* sobre a verificação de cada elemento da infração, porquanto (a) qualquer dúvida sobre um fato desfavorável ao arguido deve ser resolvida em seu benefício; e (b) o sentido de qualquer prova ou indício deve ser interpretado à luz que lhe seja mais favorável. Mas mais importante do que isso – sendo aqui que o juízo evidenciário da AdC falha redondamente – importa que cada um ou pelo menos algum ou alguns dos indícios ou provas produzidas ostente força probatória suficiente – e que não admita qualquer outra explicação coerente – para que possa servir de prova de uma infração.
- 64.** Ou seja, a fim de que se possa retirar uma *“conclusão suficientemente fundada num feixe de elementos probatórios e indiciários, graves precisos e concordantes”* que afastem qualquer dúvida razoável acerca da verificação de uma infração, é indispensável que tais elementos isoladamente existam. Ora, examinados os indícios invocados pela AdC como suposta prova do alegado acordo verifica-se que não possuem qualquer valia probatória ou a sua força evidenciará é de tal forma frágil que se torna insignificante.
- 65.** Preliminarmente cumpre ter presente que, nos termos do artigo 355.º, n.º 1 do CPP, as declarações escritas incorporadas nos autos de ex-funcionários da EUREST, nas quais a AdC alicerça em exclusivo a sua tese não são admissíveis enquanto tal como meio de prova, sob pena de inconstitucionalidade.
- 66.** A AdC aceitou de forma acrítica as alegações do requerente de imunidade e deturpou o sentido de prova documental: a aceitação acrítica que a AdC fez das alegações do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

requerente de imunidade é particularmente criticável, uma vez que o mesmo teve motivações pessoais para agir nos termos em que o fez, encontrando-se a sua credibilidade objetivamente prejudicada.

- 67.** A este propósito, a AdC nem sequer considerou devidamente as circunstâncias – que lhe haviam sido devidamente comunicadas pela EUREST – que colocariam fatalmente em causa a credibilidade das declarações do requerente de imunidade, a saber: o fato de este haver sido despedido pela EUREST, em virtude, entre outros motivos, de haver falsificado documentos da empresa a fim de maximizar o montante da sua pensão de reforma e de ter querido orquestrar uma situação destinada a desvalorizar a EUREST, prejudicando o seu valor de mercado no contexto de um projecto de aquisição da empresa (MBO).
- 68.** De resto, a sujeição do depoimento de co-arguido a contraditório constitui requisito de validade desse meio de prova. As declarações do requerente de clemência não foram sujeitas a contraditório, sendo consequentemente inadmissíveis enquanto meio de prova. Ainda que o tivessem sido, a AdC ignorou a insignificância probatória que tipicamente sempre possuiriam tais declarações.
- 69.** A tese da AdC, suportada em exclusivo em alegações vertidas em auto de ex-funcionários da EUREST, é contraditada por elementos de idêntico valor evidenciário, a saber, as declarações dos representantes de outras Arguidas, justamente as pessoas com suposto envolvimento directo na comissão dos fatos alegado e que contestaram expressamente a veracidade de tais alegações.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 70.** Nestas circunstâncias, a importância que a AdC poderia atribuir aos “testemunhos” nos quais se apoiou para alegar a existência de uma infração é significativamente reduzida, porquanto eles foram contraditados por outros indícios de idêntico valor evidenciário.
- 71.** Não existe qualquer prova ou mero indício documental circunstancial que, direta ou indiretamente, implique a EUREST no alegado acordo de partilha de clientes. As conclusões que a AdC se permite extrair a respeito do sentido do que qualifica como “outros elementos indiciários de natureza documental” apenas são concebíveis à custa de uma leitura descontextualizada e de uma interpretação desses documentos à luz mais prejudicial possível para as Arguidas e para a EUREST, em violação clara das regras aplicáveis em matéria de apreciação da prova. Não se trata apenas de uma interpretação adversa, mas de uma leitura verdadeiramente preconcebida sobre a culpabilidade das Arguidas.
- 72.** A decisão em crise está, ademais, viciada por se haver alicerçado na valorização probatória do silêncio da EUREST no momento em que esta exerceu os seus direitos de defesa e por inúmeros erros e distorções em sede de ónus e exigências de prova.
- 73.** A tese da AdC é ainda enfraquecida por não ter reflexos no mercado – os indícios de mercado relativos à evolução dos preços da EUREST e das quotas de mercado das Empresas Arguidas são inconsistentes, do ponto de vista económico, com a existência de um acordo de partilha de clientes.
- 74.** A tese da AdC também é fragilizada pela realidade do funcionamento do mercado quanto aos padrões de comportamento dos concursos, estando a análise da AdC quanto aos dados concursais gravemente inquinada por erros de fato e apreciação – tal como as diligências complementares de prova vieram demonstrar de forma eloquente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 75.** Os indícios económicos sobre o funcionamento do mercado contribuem para a contra-prova da existência de um alegado acordo de partilha de clientes, porquanto evidenciam *mudanças* regulares de fornecedores e *descidas* significativas de preços no período relevante.
- 76.** Por conseguinte, como adiante se verá em maior detalhe, a análise económica do funcionamento do mercado evidenciada pelos dados concursais recolhidos pela AdC impede que os indícios reunidos nos autos (a possuírem algum valor probatório) sejam reputados de claros, precisos e concordantes. Por maioria de razão, tal prova preclui que o suposto Acordo seja tido por estabelecido para além de qualquer dúvida razoável.
- 77.** Mas mesmo que a AdC houvesse logrado provar a teoria do requerente de clemência, o que não sucedeu, uma pretensa colusão sobre *preços* não seria apta ou adequada a produzir *resultados* anticoncorrenciais, atendendo às características económico-jurídicas do mercado relevante: *in casu*, o alegado efeito anticoncorrencial consistente na manutenção do cliente “preferente”, mediante preços mais elevados. Tratando-se de uma infração *pelo objeto*, ensina a jurisprudência que o tipo contra-ordenacional em análise constituiu uma infração de perigo *concreto*. Como tal, para que o tipo se encontre preenchido é necessário que a conduta identificada *revele aptidão* para produzir o resultado – o que não é o caso – conforme a amostra concursal exaustivamente demonstra, porquanto o preço estava longe que permitir condicionar os resultados concursais.

A Título Meramente Subsidiário: Sobre A Determinação Da Medida Da Coima



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 78.** Cumpre sublinhar que a secção do recurso da EUREST relativa à análise da AdC sobre a determinação da medida da coima aplicável é apresentada a título puramente subsidiário e por mera cautela de patrocínio.
- 79.** A decisão recorrida é, a respeito da determinação da medida da coima, largamente ininteligível, posto que se encontra ausente da mesma qualquer explicação metodológica que possa auxiliar à compreensão desta questão, em especial no que respeita à forma concreta como a AdC terá chegado aos largamente exagerados e injustificados montantes de coimas que aplicou aos arguidos – e em especial à EUREST. Nessa medida, a Recorrente entende que a decisão recorrida padece de um vício de falta de fundamentação, com a conseqüente cominação de nulidade e/ou anulação da decisão ora sob recurso.
- 80.** Em todo o caso, subsidiariamente e sem prescindir, caso porventura este douto Tribunal tivesse por provada a participação da EUREST numa infração ao artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003 (o que apenas se pondera por dever de patrocínio e rigor conceptual), ainda assim, a prova reunida não permitiria impor uma coima à EUREST que não fosse substancialmente reduzida, pela ordem de razões que se segue.
- 81.** A decisão recorrida procurou socorrer-se da ideia de que o alegado Acordo de Repartição de Clientes constituiria uma infração “pelo objeto” para se tentar furtar à análise e quantificação dos concretos efeitos que o aludido Acordo de Repartição de Clientes, acabando por qualificar, sem mais, o alegado Acordo de Repartição de Clientes como uma infração “muito grave”, não obstante ter considerado que o mesmo teria alegadamente produzido efeitos restritivos da concorrência. De igual forma, não atentou nos concretos resultados das diligências complementares de prova, que impunham uma



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

clara diminuição da coima, em virtude dos elementos relativos, v.g., ao Hospital D. Estefânia (e outros).

- 82.** Toda a análise referente às alegadas vantagens de que supostamente as Empresas Arguidas teriam beneficiado em consequência da infração e, bem assim, do alegado “dano económico”, padece de múltiplos erros, inconsistências e falácias, que comprometem irremediavelmente a sua validade. A decisão recorrida incorreu num flagrante erro de interpretação, apreciação e aplicação do critério legal previsto na alínea a) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, pelo que deverá a coima aplicada à arguida EUREST ser substancialmente reduzida – o que igualmente e de forma expressa se requer -, posto que só assim se dará cumprimento ao princípio da proporcionalidade na determinação da mesma.
- 83.** A AdC não atentou na capacidade efectiva e individualizada que a EUREST e as demais Empresas Arguidas teriam para afectar o mercado relevante (acaso houvessem participado nas alegadas infrações e as mesmas tivessem existido), tal como expressa nas respectivas quotas de mercado e na importância do segmento que ela própria considerou como relevante face ao total do setor e tal como decorre das relevantes Orientações da Comissão e da jurisprudência recorrente dos Tribunais Comunitários. Só esses fatores permitiriam aferir da influência que o alegado comportamento de cada Empresa Arguida poderia exercer sobre o mercado e, por conseguinte, qual a gravidade de cada uma das respectivas alegadas infrações para a manutenção de uma concorrência efectiva, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea a) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003 e até do n.º 1 do artigo 18.º do RGCO.
- 84.** A Autoridade Recorrida, ao aplicar a final a mesma coima por infração a certas arguidas (designadamente a Trivalor) com acentuadas diferenças de capacidade para afectar o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

mercado relevante, acaba, na verdade, por penalizar mais severamente a EUREST, sem qualquer justificação para tal, o que viola flagrante e grosseiramente o princípio da igualdade e da não discriminação previsto no artigo 13.º da CRP e no n.º 1 do artigo 5.º do CPA (e na jurisprudência europeia e prática orientadora e decisória da Comissão Europeia), que implica que os iguais sejam tratados como iguais e os diferentes na medida da respectiva diferença, proibindo, em especial, a discriminação que não se fundamente em causas objectivas.

- 85.** A introdução do parâmetro dito “dano económico”, para além de constituir uma errónea classificação e caracterização do critério legal constante da alínea b) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, terá constituído uma forma de, sub-repticiamente e através de uma mescla de um critério legal e de um alegado parâmetro, empolar as alegadas vantagens para as empresas infratoras (esse sim, o concreto e correcto critério legal a considerar), decorrentes da alegada prática da infração ora em causa. A Autoridade Recorrida incorreu, pois, num manifesto erro de apreciação da verificação do disposto na alínea b) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003 e que só poderá ter como consequência a invalidade da decisão controvertida, pelo menos no que a este aspeto respeita, o que expressamente se requer.
- 86.** A pretensa análise do alegado “dano económico” resultante do alegado Acordo de Repartição de Clientes (e na medida em que se consiga vislumbrar a lógica subjacente à análise da AdC a este respeito) parece apoiar-se na presunção de que o aumento observado nas quotas de mercado das empresas arguidas entre 1997 e 2004 é uma consequência direta de um comportamento ilícito das mesmas. De igual forma, a decisão em crise presume que o pequeno aumento da margem comercial média obtido durante o mesmo período pelas empresas arguidas é também resultante do alegado comportamento ilícito. Com base nestas duas premissas, que estão profundamente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

viciadas, a decisão ora em crise: (i) concluiu que o alegado Acordo de Repartição de Clientes teve um efeito significativo no mercado de restauração colectiva; e (ii) calculou os alegados proveitos ilícitos. Ora, tal metodologia empregue pela AdC é conceptualmente errada, afastando-se da prática económica comum, tal como universalmente reconhecida, em virtude de quatro vícios principais, ampla e detalhadamente demonstrados nos relatórios dos peritos em economia Professores Drs. Jorge Padilla, Rosa Abrantes-Metz e Nadine Watson:

- (a)** A análise da AdC sobre a evolução das quotas de mercado ao longo do tempo está inquinada por erros factuais ou de apreciação: um aumento das quotas de mercado é simplesmente contrário a um comportamento de cartel; aquando da investigação de um comportamento alegadamente colusivo, a prática económica comum determina que se avalie a evolução dos preços e a reação dos preços a alterações nos custos dos operadores: a decisão em crise não leva a cabo qualquer análise desta natureza; acaso a AdC tivesse feito esta avaliação, teria apurado prova contrária a um comportamento de cartel. Assim, a AdC não logrou demonstrar que o alegado Acordo tenha produzido efeitos restritivos apreciáveis no mercado nacional da restauração coletiva, tendo, em todo o caso, a EUREST feito essa prova negativa, evidenciando que os seus preços médios não só não aumentaram, como decresceram no período da alegada infração, pelo que o impacto da sua participação no alegado Acordo, a ter-se por provada (o que não se concede), sempre seria negligenciável;
- (b)** A metodologia da AdC está igualmente inquinada e limitada por erros sérios no que respeita a questões de agregação: a AdC errou ao não utilizar dados comparáveis entre as diversas Empresas Arguidas ao nível de quotas de mercado e de margens. Se a AdC tivesse baseado a sua análise de quotas de mercado e de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

margens em dados comparáveis, as suas conclusões relativamente ao suposto impacto do alegado acordo teriam sido substancialmente diferentes;

- (c) Para além disto, a análise da AdC, relativa a procedimentos concursais, quotas de mercado e margens, supostamente no âmbito da determinação da medida das coimas aplicáveis, inclui erroneamente, na suposta duração do alegado Acordo de Repartição de Clientes, períodos em que – mesmo segundo a inexacta análise da própria AdC – o alegado Acordo não estaria em vigor. É, pois, inconcebível que as Empresas Arguidas pudessem ter tido quaisquer “ganhos económicos” relativamente a períodos temporais em que, de acordo com a própria tese da AdC, o alegado Acordo de Repartição de Clientela nem sequer existiria, situação esta que constitui uma verdadeira contradição entre a fundamentação e os termos da decisão da AdC, não esclarecedora da sua concreta motivação, o que equivale à falta de fundamentação. Ou ainda que assim não se pudesse considerar (mas sem prescindir) sempre constituiria um manifesto e grosseiro erro sobre os pressupostos de fato, invalidante da decisão recorrida. Refira-se ser igualmente notável que a decisão recorrida omita as quotas individuais de cada uma das Empresas Arguidas (excepto Lisrestal/Sodexho) em grande parte do período alegadamente relevante, posto que só com tal elemento se poderia calcular efetivamente quais os ganhos de quota de mercado de cada uma das Empresas Arguidas, em obediência ao princípio da responsabilidade individualizada das penas e das sanções, segundo o qual *“uma empresa só deve ser punida por fatos que lhe sejam individualmente imputados”*. E se a decisão recorrida tivesse sido coerente com o período em que anteriormente considerou que o alegado Acordo se teria iniciado (2001), teria necessariamente que concluir que, mesmo a supor sem conceder, a respectiva existência do mesmo não teria



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

resultado qualquer ganho económico, em termos de quota de mercado ou de margens comerciais.

- (d) A AdC simplesmente não aborda quaisquer outras explicações plausíveis para o observado aumento de quotas de mercado e de margens comerciais. Em especial, a AdC incorreu em manifestos erros nos pressupostos de fato ao não ter em conta as seguintes alterações de mercado ocorridas durante o suposto período de duração do alegado Acordo, v.g.: (i) o aumento abrupto na procura de fornecedores externos de refeições; (ii) o crescimento orgânico das Empresas Arguidas, em especial da EUREST; e (iii) novos concorrentes (em especial no segmento ‘Empresas’).

87. Ainda que a metodologia da AdC não padecesse de sérios erros de fato e de apreciação (o que não é claramente o caso), a sua aplicação prática, tal como levada a cabo na decisão em crise, mostra-se ela própria manifestamente viciada por múltiplos erros e omissões, essencialmente porque:

- (a) A quantificação da AdC relativamente aos alegados benefícios ilícitos supostamente auferidos pelas Empresas Arguidas, à luz daquilo que os Professores Drs. Jorge Padilla, Rosa Abrantes-Metz e Nadine Watson puderam vislumbrar nos cálculos da AdC, é radicalmente desproporcionada pois padece de uma dupla contabilização. Aliás, o fato de o método de cálculo dos alegados “ganhos ilícitos” da EUREST padecer de vícios gritantemente grosseiros deveria ter sido óbvio para a AdC, dado que a sua estimativa dos ganhos ilícitos da EUREST (aproximadamente €136 milhões) ultrapassa, num montante considerável, a própria margem comercial da EUREST durante o mesmo período (aproximadamente €34 milhões);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- (b) A AdC não conseguiu testar nem provar com a mínima robustez as suas conclusões a este título; e
- (c) A AdC não logrou demonstrar que o aumento observado nas quotas de mercado e nas margens comerciais é estatisticamente significativo.
88. Mais importante ainda, mesmo que a AdC houvesse logrado produzir prova bastante da existência dos alegados ilícitos, algo que manifestamente não fez, a análise económica demonstra que qualquer suposta infração não produziu qualquer efeito negativo sobre os preços praticados pela EUREST e, logo, no bem-estar dos consumidores, justamente o bem cuja proteção as regras de concorrência visam em derradeira instância assegurar.
89. Confrontada que foi com a miríade de erros, de errados pressupostos e cálculos constantes da Nota de Ilícitude de 2008, por parte das arguidas, nas respectivas respostas à NI, relativamente à sua suposta análise dos concursos hospitalares e educacionais, bem como do suposto “dano económico”, a AdC não só optou por manter, na íntegra, tais elementos como pretendeu escusar-se quanto ao fato de a sua análise e conclusões não terem, a final, constituído prova ou indício dos fatos e da existência das infrações, mormente do alegado Acordo de Repartição de Clientes, mas apenas estimar *a ordem de grandeza das vantagens obtidas pelas arguidas, no preenchimento de um dos critérios de determinação da coima a aplicar em concreto.*
90. A AdC também errou quanto à duração do alegado Acordo, ao recusar-se a aplicar devidamente o princípio da presunção da inocência dos arguidos, na sua vertente do *in dubio pro reo*, perante evidente e clamorosa dúvida sobre o início e final do mesmo; errou igualmente ao não ter em conta o fato de que o alegado Acordo haveria



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

funcionado apenas de forma intermitente e ao posteriormente chegar mesmo a afirmar ter detectado a existência e efeitos da alegada infração Acordo de Repartição de Clientes relativamente a períodos temporais que, segundo a sua própria tese, paradoxalmente não coincidem; errou também ao não ter em conta o fato de a EUREST não ter antecedentes contra-ordenacionais.

- 91.** A AdC errou ainda por não ter tido em conta o fato de que, segundo as provas apresentadas pela própria AdC, a Trivalor teria sido provavelmente o principal instigador do alegado Acordo, não obstante se encontrar vinculada à apreciação do grau de participação de cada uma das arguidas em cada uma das alegadas infrações: em resultado deste erro, a análise da AdC confere inevitavelmente um peso indevido ao suposto papel da EUREST no desenvolvimento e implementação do alegado acordo, assim violando o princípio da igualdade e da proporcionalidade.
- 92.** A AdC também errou ao não dar a necessária importância ao fato de a EUREST ter colaborado com a investigação da AdC, colaboração esta que foi além da prestada pelas outras Empresas Arguidas, a saber; (i) o fato de a EUREST ter respondido a todos os pedidos da AdC, tempestivamente e de forma completa; (ii) toda a suposta “prova” da existência do alegado Acordo de Repartição de Clientes, tal como se alega na decisão recorrida, advir de depoimentos de ex-funcionários e funcionários da EUREST; (iii) a EUREST haver facilitado declarações das referidas pessoas que, segundo a própria AdC, eram “particularmente valiosas” e “foram particularmente valorad(a)s”; e (iv) a EUREST haver satisfeito os pedidos da AdC durante a sua investigação até ao ponto em que um executivo sénior do grupo, que vive fora do país de jurisdição da AdC, ter-se colocado voluntariamente à disposição da AdC em três ocasiões (uma das quais cancelada pela AdC na véspera da data em que a inquirição deveria ter tido lugar).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 93.** A decisão recorrida determinou também erroneamente que nenhuma das Empresas Arguidas teria adoptado qualquer comportamento tendente à eliminação das práticas proibidas, sem devidamente tomar em conta o fato de, conforme constante dos autos, existir um comportamento da EUREST que concreta e cabalmente terá eliminado a alegada prática proibida Acordo de Repartição de Clientela.
- 94.** Em suma, os erros grosseiros e omissões manifestas da decisão em crise em sede de determinação da medida da coima impõem que, a ter-se por provada a participação da EUREST no alegado Acordo de Partilha de Clientes, o que se pondera por mera rigor conceptual, a coima aplicável não poderia deixar de ser substancialmente reduzida, o que desde já respeitosamente se requer a este Douto Tribunal, em obediência aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.
- 95.** Por último, refira-se que não há qualquer menção à existência de uma alegada Prática Concertada de Troca de Informações no requerimento de clemência apresentado pelo Senhor Manuel de Lancastre, não tendo sido por ele fornecido qualquer elemento de prova a propósito desta alegada infração. De resto, o Senhor Manuel de Lancastre não requereu a dispensa ou a atenuação especial da coima aplicável pela prática de uma alegada Prática Concertada de Troca de Informações. Por conseguinte, a posição processual do Senhor Manuel de Lancastre, no que respeita à alegada Prática Concertada de Troca de Informações, é idêntica à dos outros arguidos neste processo, uma vez que negou que a alegada troca de informações configurasse uma infração ao direito da concorrência, não tendo apresentado, a respeito da referida alegada Prática Concertada, qualquer requerimento de clemência. É inconcebível, por falta absoluta de previsão legal para o efeito, que a AdC tenha concedido imunidade total, à luz do regime legal previsto na Lei n.º 39/2006, de aplicação de uma coima devida a quem não a solicitou.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 96.** Acresce que o Senhor Manuel de Lancastre violou o seu dever de cooperação plena e contínua com a AdC, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 39/2006, ao (i) apresentar (supostos) elementos de prova de acordo com a sua conveniência e em função dos seus interesses pessoais (elementos de prova esses que, com uma excepção, estavam provavelmente na sua posse no momento em que foi apresentado o seu requerimento de clemência, em 2 de fevereiro de 2007); e (ii) ao não fornecer propriamente informações e elementos de prova que devam ser considerados *“completos e precisos”* no que respeita aos vários elementos constitutivos do alegado Acordo de Repartição de Clientes, em particular no que se refere à sua duração, não estando como tal preenchidos, *in casu*, os requisitos legais previstos no n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 39/2006.
- 97.** Em conclusão, o Senhor Manuel de Lancastre deveria também ter sido responsabilizado por violação do disposto no n.º 3 do artigo 47.º da Lei n.º 18/2003, uma vez que, supondo, para efeitos de argumentação e sem conceder, que efetivamente ocorreu o alegado Acordo de Repartição de Clientes, o Senhor Manuel de Lancastre teve, manifestamente, conhecimento dessa prática e *“não [adoptou] as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente”* (vide, igualmente, o disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 39/2006). A decisão em crise violou assim, também neste ponto, o princípio da igualdade de tratamento entre co-arguidos ao favorecer ilegítimamente o requerente de imunidade em violação da Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, que estabelece o regime jurídico da clemência. Assim, e também por esta razão, a coima aplicada à EUREST não poderá deixar de ser reduzida para montante equivalente em obediência ao referido princípio da igualdade de tratamento.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

São estes os vícios que fundamentam a presente impugnação, sem prejuízo das alegações que antecedem, as quais fundamentam as presentes conclusões, e para as quais ora se remete.”

*

Vieram **GERTAL, ITAU, TRIVALOR, CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MARTINS MOURA e JOSÉ LUÍS SILVESTRE CORDEIRO** alegar em conclusões que:

“CONCLUSÕES:

Objecto do recurso

- I. **Impugna-se a decisão final (DF2) da AdC proferida nos autos de processo de contra-ordenação que, sob o número PRC-02/07, correu termos na mesma AdC, em que é imputada a todos os arguidos naquele processo a prática, em comparticipação, de infracções ao disposto no nº 1 do art. 4º da LdC e/ou (no caso dos arguidos pessoas singulares) a prática de infracção prevista e punida no nº 3 do art. 47º da LdC.**
- II. **Sintetizando as conclusões deste recurso, antecipa-se, desde já que: Não obstante a oportunidade que o Tribunal do Comércio de Lisboa concedeu à AdC para emitir nova decisão válida, a DF2 impugnanda constitui quase decalque da anterior, está ferida de várias nulidades e, como tal, deverá ser declarada nula.**

Caso assim se não entenda,

A DF2 deve ser revogada, porque violadora dos princípios legais e constitucionais da tipicidade e da legalidade: Dos autos não constam factos que integrem os elementos objectivos e subjectivos dos tipos contra-ordenacionais imputados aos Arguidos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Caso assim

se não entenda,

A DF2 deve ser revogada porque os elementos de prova constantes dos autos não permitem a imputação aos arguidos das contra-ordenações por que foram condenados.

Esclarecimentos

- III. A presente impugnação é apresentada sem prejuízo da declaração de nulidade de todo o processo de contra-ordenação por violação dos art. 50º do RGCO e 32º, nº 10, da CRP, oportunamente arguida e cuja decisão está pendente de recurso (Processo nº.44/12.0YUSTR, 1º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão).**

Que constitui «questão prévia» à matéria do presente recurso.

Não obstante,

Nulidades da DF2

Alteração substancial dos factos

- IV. A verdade é que, nestes autos, se verificou uma alteração substancial dos factos entre a Nota de Ilícitude (NI)/Decisão Final 1(DF1) e a DF2, que o presente Tribunal pode, e deve, desde já, conhecer.**
- V. Na NI e na DF1, a AdC imputou às Arguidas a prática duma infracção por objecto e por efeito e concluiu pela verificação de efeitos (que identificou em estudo baseado em elementos recolhidos junto de Hospitais e Direcções-Gerais) decorrentes da existência de uma alegada infracção: restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela (cf. 326.º, 356, 364.º a 456º e 519.º a 525.º da N.I.).**
- VI. Imputou, assim, às Arguidas a prática de um acordo entre empresas com o objecto e o efeito de impedir, restringir ou falsear, de forma sensível, a concorrência.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- VII. O que afirmou expressamente, em diversos trechos da DF1 (em especial, nºs. 1037.º, 1038.º, 1039.º, 1042.º, 1046.º, 1052.º, 1066.º, 1079.º) - cf. fls. 74 da douta sentença do Tribunal do Comércio de 10 de Dezembro de 2010, a fls. 55201 dos autos, que determinou a nulidade da DF1.
- VIII. Das informações e esclarecimentos prestados pelos Hospitais e Direcções Regionais de Educação, no decurso dos anos de 2011 e 2012, em cumprimento da decisão do Tribunal do Comércio de 10 de Dezembro de 2010, resultaram infirmados praticamente todos os factos invocados pela AdC na Nota de Ilícitude e no Anexo "Investigação de indícios económicos de restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela e quantificação da estimativa de vantagens".
- IX. Em consequência, a AdC emitiu nova decisão final – a DF2 – , na qual imputou aos Arguidos a prática de infracção com objecto restritivo da concorrência (nºs. 1004 a 1024.º e 1081.º da DF2) – que já não por efeito – , alegando ter desconsiderado os elementos obtidos junto das entidades adjudicantes para efeitos de determinação de efeitos de participação no alegado acordo identificado nos autos.
- X. O que fez - sem prévia elaboração de nova NI - com o enquadramento fáctico e jurídico do resultado das provas agora obtidas.

Ora,

- XI. O artigo 4.º da LdC pune quer o acordo com objecto restritivo, quer o acordo com efeito restrito da concorrência, mas os elementos constitutivos de cada ilícito são distintos:

Na infracção por objecto, o tipo legal basta-se com a colocação em perigo do bem jurídico "concorrência", presumindo os seus efeitos anti-concorrenciais. Na infracção por efeito não existe qualquer presunção no sentido da produção dos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

efeitos anticoncorrenciais, havendo sempre que proceder à sua verificação/prova.

XII. Como se demonstrou, a AdC, na N.I., tal como na DF1, baseou o cálculo dos pretensos ganhos ilícitos das Arguidas nos efeitos anticoncorrenciais que identificou na informação recolhida junto das Unidades Hospitalares e Direcções Regionais de Educação.

XIII. Já na DF2 – porque os resultados da prova entretanto produzida não permitem identificar efeitos anti-concorrenciais – alega ter determinado os ganhos unicamente com recurso aos relatórios e contas disponibilizados pelas Arguidas.

Ora,

XIV. Alteração substancial dos factos é aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis [artigo 1.º n.º1 al. f) do CPP].

XV. Verificou-se uma alteração dos factos relevantes para a imputação de ilícito, que correspondem a um tipo legal diferente: passou a imputar-se aos Arguidos a prática de uma infracção por objecto (por oposição à anterior infracção por objecto e por efeito).

Mais,

XVI. Com a AdC a determinar a presunção de um elemento que na infracção por efeito tinha que ter efectivamente demonstrado (isto é, produção de efeitos anti-concorrenciais), os Arguidos viram a sua posição agravada em termos de configuração e concepção da sua defesa.

XVII. Por outro lado, a alteração dos factos influenciou, também, o método e forma de cálculo das pretensas vantagens obtidas pelos Arguidos, elemento essencial para a fixação da medida da coima.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- XVIII.** Dúvidas não subsistem, pois, de que as alterações perpetradas preenchem o conceito de alteração substancial de factos, aplicável, *mutatis mutandis*, ao processo contra-ordenacional, nos termos do artigo 41.º do RGCO.
- XIX.** Impunha-se à AdC a elaboração de nova Nota de Ilícitude que reproduzisse as alterações factuais decorrentes dos elementos de prova recolhidos (reconhecidas pela própria AdC – cf. fls. 56905 a 56907 dos autos) e procedesse ao seu enquadramento factual e jurídico actual.
- XX.** Não pode, pois, esta alteração ser tomada em conta para efeitos de condenação dos Arguidos (artigo 359.º, n.º 1, do CPP, igualmente aplicável *ex vi* do art. 41º do RGCO).
- XXI.** Verificando-se alteração substancial de elementos relevantes para a decisão de facto e de direito, deveria a AdC ter procedido ao enquadramento factual e jurídico dos resultados das diligências de prova realizadas e à correcção do estudo económico, notificando de seguida as Arguidas de nova Nota de Ilícitude.
- Nulidade decorrente da falta de Identificação dos factos integradores dos elementos subjectivos dos tipos contra-ordenacionais imputados aos arguidos**
- XXII.** A decisão condenatória proferida pela AdC não contém factos de onde se extraia a verificação do elemento subjectivo – dolo ou negligência – do tipo contra-ordenacional imputado aos arguidos.
- XXIII.** O artigo 8º do RGCO estabelece que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos previstos na lei, com negligência.
- XXIV.** E é necessária a integração do dolo ou da negligência em factos concretos.
- XXV.** Decorre da análise dos números 963 a 969 da DF2, no que concerne à alegada *prática concertada* entre as Arguidas, e dos números 1034 a 1043, no que concerne ao alegado *Acordo* entre as arguidas e, ainda, dos “*factos*” considerados como provados, descritos em II.2.2., II.2.3. e III.2.2. da DF2, designadamente dos respectivos números 513 a 662 e 1146 a 1152, no que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

concerne ao ilícito descrito no artigo 47º, n.º 3, da LdC, a absoluta falta de fundamentação factual do elemento subjectivo dos tipos contra-ordenacionais imputados às arguidas pessoas colectivas e aos arguidos pessoas singulares.

XXVI. Da falta de fundamentação factual dos elementos subjectivos dos tipos contra-ordenacionais imputados decorre uma presunção (inadmissível) de dolo (vd. nº 965 e 1151 da DF2).

XXVII. A DF2 é, assim, nula por força do disposto nos artigos 41º, n.º 1, 58º, n.º 1, b), do RGCO, 374º, n.º 2, e 379º, n.º 1, a), do CPP.

(cf., entre outros, os cit. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 06 de Novembro de 2008, do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Abril de 2004 e do Tribunal Constitucional, proferido em 12 de Março de 2008).

Nulidade decorrente da falta de Identificação dos factos integradores dos elementos objectivos dos tipos contra-ordenacionais imputados aos arguidos

XXVIII. A decisão condenatória contém, obrigatoriamente, a descrição dos factos imputados - art. 58º, nº 1, b), do RGCO.

XXIX. A concretização do que deva entender-se por descrição dos factos imputados é feita com recurso ao art. 283º, nº 3, b), do CPP, e inclui: narração sintética de factos, lugar, tempo, motivação da prática, grau de participação e circunstâncias relevantes para a determinação da sanção que deva ser aplicada.

V. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Novembro de 2008 e 21 de Setembro de 2006, proferidos nos processos 08P2804 e 06P3200, respectivamente.

XXX. A Jurisprudência e a doutrina consideram que, atentas as finalidades visadas com a enumeração de factos provados, esta não é compatível com a mera remissão para o conteúdo de documentos juntos aos autos, designadamente relatos de sujeitos processuais (v. citado Acórdão do STJ de 6 de Novembro de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

2008 - Processo 08P28 www.dgsi.pt, e Paulo Pinto de Albuquerque *in* Comentário do Código de Processo Penal, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, pág. 743).

- XXXI. A DF2 não contém os requisitos essenciais, tal como definidos legal, jurisprudencial e doutrinariamente, quanto à descrição dos «factos» imputados aos Arguidos.
- XXXII. A DF2 imputa, agora «ex novo» aos Arguidos a prática de alegadas infracções anti concorrenciais por objecto (que já não por efeito)
- XXXIII. Mas a «factualidade» elencada não integra factos susceptíveis de integrar/caracterizar a aptidão anticoncorrencial do alegado «acordo», já que refere que o mesmo *«assegurava às participantes a manutenção dos seus clientes mediante um sistema que tanto garantia a preferência de cada empresa em relação aos clientes presentes como assegurava a compensação pela eventual perda de um cliente para outra empresa participante no acordo»*(cf 577 DF2)» Mas:
- Não descreve/caracteriza factualmente o «*sistema*» a que alude;
- Não explica como é que tal pretensão «*sistema*» assegura ou garante os resultados descritos;
- XXXIV. Falta, quanto à alegada infracção «Acordo» a descrição factual de um elemento essencial do tipo imputado às arguidas: A aptidão anticoncorrencial (cf. 577 e ss DF2).
- XXXV. E o mesmo acontece quanto à alegada «prática concertada de troca de informações» (cf. 513 e ss DF2).
- XXXVI. A DF2 é, assim, nula porque violadora dos artºs. 1º, 2º e 8º do RGCO, os artºs. 1º e 13º do CPP, os artºs. 1º, 18º, nº 2, 29º e 32º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa e o art. 4º da LdC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Mais,

- XXXVII.** Quanto à alegada prática concertada de troca de informações entre as arguidas, sob a epígrafe “Factos provados”, a AdC inclui conceitos genéricos ou indeterminados, juízos conclusivos e ilações e conceitos jurídicos criados doutrinária e jurisprudencialmente – cf. números 521 a 527 e 692 e ss. da DF2.
- XXXVIII.** E concretamente, nos números 540 a 576 da DF2, cita passagens de depoimentos produzidos nos autos.
- XXXIX.** Quanto ao alegado *Acordo*, sob a epígrafe “Factos provados”, a AdC limita-se a citar depoimentos do requerente de clemência, representantes legais das arguidas e testemunhas – cf. números 579 a 662 e 764 a 769 da DF2.
- XL.** E nem sequer especifica um dos elementos essenciais do tipo contra-ordenacional, isto é, o tempo da prática dos factos – cf. números 869 e 870 da DF2.
- XLI.** Quanto à infracção imputada aos impugnantes pessoas singulares e, mais precisamente no ponto III.2.1. da DF2, sob a epígrafe “Tipo Objectivo”, a AdC enuncia conceitos e remete para outros artigos da DF2 que contêm apenas citações dos depoimentos prestados nos autos.
- XLII.** E não especifica a data da prática da alegada infracção que lhes imputa.
- XLIII.** A DF2, porque não contém a descrição objectiva dos factos que, alegadamente, consubstanciarão os elementos objectivos das infracções imputadas aos arguidos, viola os arts. 58º do RGCO e 374º do CPP, inviabiliza o exercício cabal do direito de defesa dos impugnantes e é, por isso, nula. (Acórdão do STJ de 21 de Setembro de 2006, proferido no processo 06P3200).

Nulidade decorrente da falta de fundamentação da medida da coima



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- XLIV.** Estabelece o artigo 58º, n.º 1, c) e d), do RGCO que a decisão condenatória deve conter a coima, as sanções acessórias e a fundamentação da decisão.
- XLV.** Uma decisão sancionatória estará fundamentada se permitir apreender e reconstituir o procedimento lógico empregue pela autoridade administrativa que a determinou à tomada daquela decisão e de nenhuma outra.
- XLVI.** *Ex vi* do art. 41º do RGCO, aplicam-se à decisão sancionatória as regras processuais relativas à sentença, designadamente os arts. 379º e 380º do CPP, pelo que é nula a decisão que impuser uma coima sem a devida fundamentação.
(cit. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Outubro de 2003)
- XLVII.** A DF2 não identifica qual ou quais dos elementos, elencados no artigo 44º da LdC como determinantes para a aplicação da coima, foram considerados para graduação e fixação da medida concreta da coima, e/ou em que medida ou grau, tornando impossível a reconstituição do procedimento lógico que terá conduzido a autoridade administrativa a fixar tal medida para a coima (nºs. 1128 e 1129 da DF2).
- XLVIII.** A DF2 refere que as duas contra-ordenações alegadamente cometidas pelas arguidas pessoas colectivas são muito graves, mas não fundamenta tal qualificação (cf. nºs. 1069 a 1079 da DF2).
- XLIX.** A DF2 refere que considerou o «*desvalor do resultado*» para fixar a medida da coima e «*quantifica*» alegados ganhos ilícitos.
Porém,
- L.** A DF2 não fundamenta a «*quantificação*» a que procede dos alegados ganhos ilícitos das arguidas nem explana como chegou aos números que verteu na DF2 como constituindo tais ganhos, quais as premissas do seu raciocínio, ou qual o cálculo a que procedeu.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- LI. A DF2 impossibilita aos Arguidos a tarefa de contraditar a «quantificação» de «ganhos ilícitos» a que alegadamente atendeu (ou, *rectius*, deveria atender) para fixar a medida da coima que aplicou (cf. nºs. 1080 a 1117 da DF2).**
- LII. A DF2 é, por isso, nula nos termos do disposto nos artigos 41º, n.º 1, 58º, n.º 1, c), do RGCO, 374º, n.º 2, e 379º, n.º 1, a), do CPP.**
- (cf. citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Outubro de 2003, processo 3839/03).**

Nulidade decorrente da contradição entre a decisão de fixação da coima e os seus fundamentos

- LIII. Ao fixar a medida da coima que aplica à arguida TRIVALOR, e, designadamente no ponto III.5.2.8, a DF2 faz repetidas alusões à influência do «desvalor do resultado» (entendido pelos aqui impugnantes como desvalor do resultado das alegadas práticas contra-ordenacionais) em tal fixação.**
- LIV. Mas a AdC confessa:**
- a) a impossibilidade de identificação de tais «resultados»;**
- b) que presumiu que uma alegada sobremargem que detectou decorreu da existência de infracção (cf. nº 1111 DF2).**
- LV. A AdC não refere como, nem através de que método ou com recurso a que valores ou métodos de cálculo, detectou tal alegada «sobremargem».**
- LVI. Não só veda às arguidas qualquer hipótese de aferirem e contraditarem a verificação de tal «sobremargem» e de a interpretarem ou explicarem,**
- LVII. Como presume (sem fundamentar) que a mesma decorreu de infracção.**
- LVIII. Fixa, assim, a coima em função de um desvalor de resultado confessadamente presumido.**
- LIX. Encerra, assim, a decisão de fixação da medida da coima uma contradição insanável com os seus fundamentos, que a torna nula.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Nulidade decorrente da violação do Princípio da igualdade na fixação da medida da coima

- LX. Verificando-se multiplicidade de arguidos num processo contra-ordenacional, imporia o princípio da igualdade que os critérios utilizados para fixar a medida da coima fossem os mesmos para todos.**
(cit. Acórdãos Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1997 e de 28 Fevereiro de 2007, e de 29 de Abril de 2004)
- LXI. E que, verificando-se o mesmo circunstancialismo de facto, a coima aplicada às várias co-arguidas fosse idêntica.**
- LXII. Nestes autos, a imputação das contra-ordenações é feita nos mesmos precisos termos às arguidas Trivalor, Eurest e Uniself - cf. números 1069 a 1126 da DF2.**
- LXIII. Tendo todas «beneficiado» da presunção de dolo directo – cf. números 963 a 965, 1034 a 1036, 1040 a 1043 da DF2.**
- LXIV. Sendo que a única divergência decorreu do benefício económico com a alegada prática das infracções, em que a AdC entendeu que o da Trivalor era o mais reduzido (número 1092 da DF2).**
- LXV. Ao condenar a Trivalor no pagamento de uma coima no valor de 6.778.686,20€, a Eurest numa coima de 5.207.746,61€ e a Uniself numa coima de 1.742.124,83€, a AdC violou o princípio da igualdade consagrado no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa.**
- LXVI. Do mesmo modo, a AdC considerou que as circunstâncias da alegada prática dos ilícitos eram idênticas para todos os Arguidos pessoas singulares.**
- LXVII. Imputou, a todos, as contra-ordenações a título de dolo directo (nºs. 1146 a 1152 da DF2).**
- LXVIII. Imputou, a todos, a omissão dos deveres de conduta adequados a pôr termo à prática das alegadas infracções, referindo, relativamente a todos, demonstrarem**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

«elevada insensibilidade aos bens jurídicos tutelados pelas regras da concorrência» (1158 DF2).

LXIX. Ao aplicar aos arguidos Carlos Moura e Luís Cordeiro coimas de valor superior àquelas que foram aplicadas aos restantes arguidos pessoas singulares, a DF2 violou o art. 13º da CRP .

Nulidade decorrente de contradição entre a decisão de facto e a respectiva fundamentação

LXX. A DF2 contém inúmeros elementos contraditórios em sede de valoração de provas.

LXXI. É contraditória com a alegada menor valoração dos depoimentos do arguido Lancastre e da testemunha Carraca (números 801, 823, 834, 835 e 837 do DF2) a conversão *ipsis verbis* do texto dos respectivos depoimentos em *“II.2.3. Factos provados quanto ao sistema de preferências e de compensação por clientes perdidos entre empresas arguidas”*, sob os números 579 a 602 da DF2.

LXXII. A DF2 refere expressamente que apenas valorou os depoimentos do requerente da clemência e da testemunha Carraca se e enquanto corroborados por outros depoimentos concordantes.

Mas,

LXXIII. Nos nºs 543, 546, 579 a 591 e 592 a 602 da DF2 converte «trechos» dos depoimentos dos primeiros em factos provados.

LXXIV. A DF2 reconhece a óbvia contradição entre depoimentos, de que decorre a impossibilidade de definição temporal do alegado «acordo».

(v. nºs. 866, 867, 869 e 871 da DF2).

LXXV. E, em notória contrariedade com tal reconhecimento, fixa temporalmente o alegado «acordo».



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

LXXVI. A DF2 é, por isso, nula nos termos do disposto nos arts. 374º, nº 2, 379º, nº 1, a), e 410º, n.º 2, b), do CPP.

Nulidades decorrentes da violação de normas de direito probatório

LXXVII. **O princípio da legalidade impõe o respeito pelos limites legais e constitucionais de apreciação da prova e pelo dever de fundamentação em relação às provas que alicercem a verificação dos factos que integrem todos e cada um dos elementos dos tipos contra-ordenacionais imputados às Recorrentes.**

(Cf. o cit. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 1165/96, reiterado pelo Acórdão 464/97.)

LXXVIII. **O princípio da livre apreciação da prova tem limites, legais e constitucionais que se impõem à entidade decisora e respeitam, designadamente:**

a. Ao grau de convicção exigido para a decisão;

b. À proibição da utilização de determinados meios de prova;

c. À observância do princípio da presunção da inocência dos Arguidos (que inclui a observância do princípio “*in dubio pro reo*”).

LXXIX. **É ao Tribunal que compete controlar os limites, legais e constitucionais, que balizam a «livre» – que não arbitrária – apreciação de prova levada a cabo pela AdC.**

LXXX. A decisão fundada em provas nulas é nula nos termos do disposto no art. 122º, nº 2, do CPP e terá como consequência a repetição da decisão, sem a ponderação da prova proibida. (cf. Manuel da Costa Andrade, ob.cit. nesta motivação, págs. 63 e 66).

LXXXI. **De acordo com o art. 97º, nº 5, do CPP, os actos decisórios são sempre fundamentados, sem o que estarão feridos de nulidade (art. 379º, nº 1, a), do CPP.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

LXXXII. Impende sobre a AdC o ónus de demonstrar fundamentadamente, não podendo bastar-se com meros indícios ou suposições, a verificação dos factos que integrem todos os elementos (objectivos e subjectivos) do tipo contra-ordenacional que pretenda imputar aos arguidos.

Provas nulas

LXXXIII. O art. 118º, nº 3, do CPP estabelece o princípio do tratamento autónomo das proibições de prova, que podem ser conhecidas em qualquer altura do processo quer a prova tenha, ou não, sido apreciada pelo tribunal.

LXXXIV. A nulidade da prova proibida prejudica a decisão, ferindo-a de nulidade, se a prova proibida tiver sido utilizada na sua fundamentação, bastando para o efeito que tenha sido um dos meios de prova invocados e mesmo que não seja elemento preponderante para a sua fundamentação.

(Manuel Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova cit.*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, págs. 64 e 65).

Nulidade da «prova» resultante das declarações dos arguidos.

LXXXV. Nos presentes autos, todas as declarações dos arguidos foram tomadas sem que as pessoas em questão tivessem sido previamente constituídas como tais como impõe a disposição do art. 58º, n.º 1, al. a), do CPP, aplicável *ex vi* do art. 41º, n.º 1, do RGCO.

LXXXVI. Da omissão destas formalidades decorre uma verdadeira proibição de prova (cf. art. 32º, n.º 8, da CRP e art. 126º, n.º 3, do CPP): tais declarações não podem ser utilizadas como prova (cf. art. 58º, n.º 5, do CPP).

LXXXVII. A presença do advogado nas inquirições dos arguidos não converte os respectivos depoimentos em provas permitidas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

LXXXVIII. Não é a presença do advogado que permite ao inquirido saber que está a ser ouvido na qualidade de arguido e, concretamente, exigir saber o que é que lhe está a ser imputado, de molde a orientar a sua defesa, exercendo, ou não, o direito de se remeter ao silêncio.

LXXXIX. A decisão da AdC sobre a matéria de *facto* não pode fundar-se nas declarações tomadas aos arguidos e aos representantes legais das arguidas.

Assim,

XC. Constituem provas nulas todos os Autos de Declarações dos Arguidos, a fls. 16536 a 16540, 16604 a 16606, 16614 a 16618, 16733 a 16735, 16856 a 16859, 16976 a 16977, 17111 a 17115, 29967 a 29970, 30091 a 30093, 30098 a 30100, 30121 a 30123, 30254 a 30256.

Nulidade da «prova» mediante utilização de técnicas de inquirição enganosas

XCI. A técnica adoptada pelos Senhores instrutores da AdC para confronto dos depoentes (testemunhas e arguidos) com documentos constitui meio enganoso de obtenção de prova.

XCII. As testemunhas/arguidos inquiridos foram confrontados com aglomerados de documentos soltos, não numerados nem incorporados no processo que, nos autos de inquirição, são designados como “Anexos”, os quais, só em momento temporal posterior, foram incorporados pela AdC (sem a presença dos inquiridos e respectivos advogados) , no processo e a seguir aos autos de declarações.

XCIII. É impossível aferir se os “Anexos” que, em momento posterior às declarações prestadas, foram incorporados no processo e numerados pela AdC, correspondem efectivamente aos documentos com os quais os depoentes foram confrontados, tanto mais que esses “Anexos” não estão assinados/rubricados pelos depoentes.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- XCIV.** Até porque a numeração do processo foi, várias vezes, ostensivamente, rasurada e renumerada.
- XCV.** Consequentemente, não podem ser utilizados como meios de prova os autos de declarações incorporados no processo a fls. 32 a 37, 46 a 54, 16188 a 16195, 16238 a 16244-a, 16410 a 16415, 16536 a 16540, 16604 a 16606, 16614 a 16618, 16733 a 16735, 16856 a 16859, 16976 a 16977, 17114 (na parte em que o depoente é confrontado com o anexo I), 21463 a 21464, 21469 a 21478 e 29983 a 29985.
- XCVI.** A decisão sobre a matéria de facto emitida pela AdC, na medida em que fundada nestes “autos de declarações” que remetem para Anexos, é nula porque foi obtida através de meios enganosos [art. 126º, nº 2, a), do CPP].
- XCVII.** A alguns arguidos e testemunhas foram lidos pela AdC, pedindo o seu comentário, excertos de depoimentos, descontextualizados, sem identificação do seu autor, da data em que foram prestados, do local onde foram prestados e das circunstâncias em que foram prestados.
- XCVIII.** Sem possibilitar aos depoentes ler a totalidade dos depoimentos para que ficassem esclarecidos quanto ao seu autor, ao seu concreto conteúdo e ao contexto em que tinham sido prestados.
- XCIX.** O que a disposição do art. 138º, n.º 4, do CPP, permite é que possam ser mostradas às testemunhas peças e documentos do processo, sendo esta disposição aplicável aos arguidos (cf. art. 140º, n.º 2, do CPP).
- C.** A AdC utilizou um meio enganoso de obtenção de prova, directa e expressamente proibido pela disposição do art. 126º, nºs. 1 e 2, a), do CPP.
- CI.** Se pretendia saber se os arguidos tinham, ou não, celebrado o acordo ou incorrido na prática concertada que lhes viria a ser imputada, devia a AdC não só tê-los informado do objecto do processo e das imputações de que estavam a ser



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

objecto, como ter-lhes feito a pergunta directamente [cf. arts. 61º, als. c), d) e h), 126º, 141º, nº 4, 144º, nº 1, do CPP].

- CII.** São nulas, não podendo ser utilizadas como prova, as declarações constantes de fls. 21464 a 21469, 21749 a 21753, 29967 a 29970, 29971 a 29974, 29975 a 29976, 29981 a 29993, 30091 a 30093, 30098 a 30100, 30102 a 30104 e 30121 a 30123 (cf. arts. 126º, nºs. 1 e 2, a), do CPP).

Nulidade das «provas» recolhidas nos domicílios profissionais

- CIII.** **A AdC realizou buscas e apreensões nos locais de trabalho (gabinetes privados) de diversas pessoas singulares (v.g. gabinete do «arguido» José Luis Silvestre Cordeiro, gabinete de Natália Lameiras, administradora da Gertal, gabinete de Joaquim Augusto Freitas Fernandes Dias Cabaço, gabinete do «arguido» Carlos Alberto dos Santos Martins Moura).**

- CIV.** A ausência de ordem judicial na base das buscas realizadas nesses domicílios profissionais, é geradora de nulidade da prova assim obtida porque obtida por intromissão no domicílio (cf. arts. 126º, n.º 3, e 177º, n.º 1, do CPP).

- CV.** A decisão da AdC, na medida em que se funde ou pretenda fundar nos documentos de fls. 174 a 360, 1902 a 2030, 2078 a 2351, 4778 a 4805, apreendidos nos referidos gabinetes, é igualmente nula.

- CVI.** A interpretação dos arts. 117º, n.º 1, e 126º, n.º 3, do CPP no sentido da sua inaplicabilidade ao domicílio profissional é violadora do art. 34º, nºs. 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa.

Nulidade da «prova» obtida mediante apreensão de correspondência

- CVII.** **A busca, exame, recolha e apreensão de correspondência dependem de despacho da autoridade judiciária que autorize a sua realização (cf. art. 17º, n.º 2, da LdC), isto é, só pode ser ordenada ou autorizada pelo Juiz de Instrução.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CVIII.** A AdC procedeu à apreensão de correspondência, nomeadamente, faxes e mensagens de correio electrónico, sem para tal estar autorizada pelo Juiz de instrução.
- CIX.** É o caso da correspondência de fls. 415 a 417, 420 a 422, 3105, 3108, 3111, 3113, 3116, 3118, 3121 a 3123, 3130, 3131, 3140 a 3141, 3144, 3150, 4982, 4983, 4997 a 4999.
- CX.** É, pois, nula esta prova obtida mediante apreensão de correspondência [cf. arts. 126º, n.º 3, 179º, n.º 1, e 269º, n.º 1, al. b), do CPP].
- CXI.** O art. 42º, n.º 1, do RGCO, que prevalece sobre as disposições do CPP (cf. art. 41º, n.º 1, do RGCO) proíbe, nos processos contra-ordenacionais, toda e qualquer intromissão na correspondência.
- CXII.** Na sua decisão, a AdC vem defender que a protecção legal se deve circunscrever a correspondência fechada.
- CXIII.** A tutela destes bens jurídicos, acautelada no art. 34º da Constituição da República Portuguesa, verifica-se quer se esteja perante correspondência fechada ou aberta.
- CXIV.** O facto de a correspondência ter sido aberta não retira o seu carácter de correspondência privada, ou seja, de correspondência que se destina a ser lida apenas e só pelo seu destinatário e a inerente tutela constitucional.
- CXV.** A interpretação das disposições dos arts. 42º do RGCO, 126º, n.º 3, e 179º, n.º 1, do CPP no sentido de que as mesmas só protegem a correspondência fechada viola o disposto no art. 34º, nºs. 1 e 4, da Constituição da República Portuguesa.
- CXVI.** Do teor dos autos resulta impossível aferir se a correspondência apreendida se encontrava aberta ou fechada, pelo que, na dúvida, a mesma tem que ser tratada como correspondência fechada.
- CXVII.** O direito ao sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada abrange toda a espécie de correspondência de pessoa a pessoa (cartas,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

postais, impressos) cobrindo todas as telecomunicações (v.g. telefone, telegrama, telefax) e o correio electrónico e os conceitos de «aberto» / «fechado» não são aplicáveis ao telefax e ao correio electrónico.

CXVIII. Na impossibilidade de determinar se o fax ou o correio electrónico foi, ou não, lido pelo respectivo destinatário, a protecção constitucional terá que abranger toda a correspondência, quer «aberta» quer «fechada».

CXIX. Termos por que se conclui pela nulidade de toda a “prova” de fls. 415 a 417, 420 a 422, 3105, 3108, 3111, 3113, 3116, 3118, 3121 a 3123, 3130, 3131, 3132, 3140 a 3141, 3144, 3150, 4982, 4983, 4997 a 4999.

CXX. É nula a DF2 emitida pela AdC porque fundamentada em provas nulas nos termos do disposto no art. 122º, nº 2, do CPP.

Nulidade da «prova» obtida com violação do Princípio do Direito à não auto incriminação

CXXI. Na DF2, a AdC afirma que a estimativa das vantagens económicas alegadamente auferidas pelas Arguidas foi por si determinada, exclusivamente, com base em prova documental fornecida por aquelas, mediante solicitação da própria AdC. (vd., concretamente quanto à Gertal e à Itau, nos termos constantes de fls. 17060 a 17064 e 17074 a 17078).

CXXII. É pacífica a dignidade constitucional do direito à não auto-incriminação (cf. Acórdão n.º 155/2007 e Acórdão 4561/2011), na base do catálogo das garantias de defesa do direito criminal, e, bem assim, uma das decorrências do processo equitativo. (cf. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/02/2011, processo 3501/06 e 17/04/2012, processo 594/11, ambos disponíveis em www.dgsi.pt).

CXXIII. Constitui direito do Arguido, o direito ao silêncio e o de carrear para os autos (tão só e apenas) os elementos que repute relevantes para a sua defesa, não lhe



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

podendo ser imposto que colabore com a acusação na instrução do processo [cf. Rui Patrício, “O princípio da presunção de inocência do arguido na fase de julgamento no actual processo penal português (Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português)”, AAFDL, Lisboa, 2000, pág. 94, citado pelo Tribunal da Relação de Lisboa em Acórdão de 17-04-2012, processo 594/11, disponível em www.dgsi.pt].

- CXXIV.** Inclino-nos pois no sentido de que a interpretação da norma do art. 18º nº1 da LdC no sentido da sua aplicabilidade, quando o respectivo destinatário seja arguido /ou suspeito em processo contra-ordenacional, ferir-lá de inconstitucionalidade por violação dos art. 2º e 32º da CRP.

Ainda que assim se não entenda,

- CXXV.** Certo é que a jurisprudência tem entendido que a Acusação não pode impor ao Arguido que faculte provas que são alcançáveis por outras vias (cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23-01-2012, processo 32/10, do Tribunal da Relação do Porto de 18-05-2011, processo 438/08 e de 20/10/2010, processo 1271/08, e do Tribunal da Relação de Coimbra 23-05-2012, processo 136/10 todos disponíveis em www.dgsi.pt).
- CXXVI.** O direito à informação das entidades reguladoras não pode esvaziar o direito à não auto-incriminação do Arguido, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade (cf. artigo 18.º, n.º 2, da CRP).
- CXXVII.** As restrições que os deveres de colaboração com as autoridades administrativas impõem ao direito à não auto-incriminação devem limitar-se ao mínimo necessário (cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17/04/2012, processo 594/11; no mesmo sentido, Acórdão do mesmo Tribunal de 15/02/2011, processo 3501/06, ambos disponíveis em www.dgsi.pt).
- CXXVIII.** O pedido de informação efectuado pela AdC às arguidas Itau e Gertal não se mostra adequado ou proporcional.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CXXIX.** Face aos poderes de que está investida (cf. art. 17º LdC), a AdC não precisava de “instrumentalizar” os Arguidos, constituindo-os em veículos de informação que esta podia fazer carrear para os autos através de outros meios.
- CXXX.** Esta autoridade fez uso do meio de prova mais lesivo para os Arguidos, sem curar de ponderar pela obtenção de tais provas através de outros meios.
- CXXXI.** Pelo que a restrição imposta ao princípio da não auto-incriminação não respeitou o princípio da proporcionalidade (cf. Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/02/2011, processo 3501/06 e de 17/04/2012, processo 594/11).
- CXXXII.** Sempre que a AdC pretenda utilizar as informações que solicita, para fins sancionatórios, deverá assegurar que o Arguido seja expressamente advertido de que as informações que lhe são requeridas poderão ser utilizadas para tais fins (isto é, para instrução de processo sancionatório).
- CXXXIII.** Das notificações da Gertal e da Itau apenas consta que as informações eram solicitadas “com o objectivo de esclarecimento de factos suscitados em tais autos” e que a não prestação das informações constitui contra-ordenação (fls. 17060 a 17064 e 17074 a 17078).
- CXXXIV.** A AdC não advertiu as Arguidas de que as informações eram solicitadas no âmbito de processo de contra-ordenação.
- CXXXV.** Nem que as mesmas poderiam vir a ser utilizadas para efeito de imputação de ilícitos anti-concorrenciais ou para determinação de elementos relevantes para fixação da medida da coima.
- CXXXVI.** Nem de qual a infracção concreta que suspeitava ter sido cometida pelos Arguidos.
- CXXXVII.** Face ao teor da notificação, os Arguidos não puderam ponderar qual o efeito mais nocivo:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Se entregar os documentos e sujeitar-se a que estes fossem utilizados para efeitos de determinação da medida da coima pela prática de contra-ordenação, ou

- não entregar os elementos e sujeitar-se à prática da contra-ordenação prevista no artigo 43.º, n.º 3, al. b), da LdC.

CXXXVIII. O direito à não auto-incriminação dos arguidos foi, portanto, grosseiramente, violado.

CXXXIX. As provas assim obtidas violam, pois, o princípio da não auto-incriminação pelo que são nulas, por violação do disposto no artigo 125.º do CPP e no artigo 18.º, n.º 3, e 32.º, n.º 10, da CRP.

CXL. Assim, as provas constantes de fls. 17744 a 19411 (elementos fornecidos por Gertal e Itau) (e, mais precisamente, no que concerne aos elementos contabilísticos em causa, as provas a fls. 18002 a 18307 e 18574 a 19411) não poderão pois, ser usadas pela AdC como enunciado nos citados artigos da DF2.

**CXLI. Em consequência do teor das conclusões I a CXL:
Deverá ser declarada a nulidade da decisão final emitida pela AdC.**

Impugnação dos «Factos» imputados às Arguidas quanto à alegada «troca de informações comerciais sensíveis» entre as empresas arguidas.

CXLII. Vão, genericamente, impugnados todos os «factos» exarados nos números 513 a 576 da DF2.

CXLIII. Apenas os documentos expressamente identificados no mapa transcrito no ponto V.3.1.1. da presente impugnação foram objecto de troca entre as arguidas.

CXLIV. Todos os outros documentos referidos no Título II.2.2. da DF2 não foram, nem a respectiva informação o foi, transmitidos ou trocados entre as arguidas.

CXLV. E nem têm, e nem há, quaisquer indícios de o terem sido.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CXLVI.** Todos os documentos que foram objecto de transmissão entre as arguidas são mapas de aberturas e fechos de unidades.
- CXLVII.** Todos os documentos que foram objecto de transmissão contêm, apenas e tão só, os seguintes dados: Identificação e localização (sul ou norte) das unidades, número de refeições servido, data da abertura ou fecho e entidade (empresa) de origem ou destino.
- CXLVIII.** Todas as transmissões de tais documentos tiveram lugar em momento temporal posterior ao dos factos nos mesmos referidos (aberturas e fechos de unidades).
- CXLIX.** Todos os dados constantes dos aludidos documentos eram, à data da transmissão, públicos, tinham sido objecto de publicação e, invariavelmente, reportavam factos pretéritos.
- CL.** Parte da informação relativa a aberturas e fechos era, obrigatoriamente, objecto de troca de informação entre as partes (transmitente e transmissário do estabelecimento transmitido) por força da legislação laboral aplicável (artigo 37.º da LCT, artigo 318.º do Código do Trabalho de 2003, CCT entre ARESP e FESHOT depositado em 17 de Agosto de 1982, a fls. 26 do livro nº 3, com o nº 261/82, e publicado no BTE, nº 32, 1ª série, de 28/2/82, e CCT entre ARESP e SINDHAT depositado em 19 de Fevereiro de 1988, a fls. 18 do livro nº 5, com o nº 60/88, e publicado no BTE, nº 8, 1ª série, de 29/2/88, CCT entre a ARESP e a FETESE, publicado no BTE, 1ª Série, nº 24, de 29/6/2004). (fls. 38406 a 39115)
- CLI.** É falso que, da documentação dos autos, tenha sido apurada troca de informações mensais, trimestrais e anuais.
- CLII.** É falso que tal documentação fosse transmitida entre as arguidas com periodicidade variável, mas regular.
- CLIII.** É falso que decorra dos autos a existência de troca de informações entre as arguidas entre os anos de 1998 e 2006.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CLIV.** Dos documentos (mapas de aberturas e fechos de unidades), únicos transmitidos entre arguidas, não constam volumes de vendas individualizados por cliente, nem volumes de vendas agregados por período temporal, nem termos de comparação ou evolução anual nem definição de circunscrição geográfica.
- CLV.** Dos documentos (mapas de aberturas e fechos de unidades), únicos transmitidos entre arguidas, não decorre que as mesmas trocassem entre si informações relativas a preços e custos de produção.
- CLVI.** A informação constante dos documentos (mapas de aberturas e fechos de unidades), únicos transmitidos entre arguidas, não permite às arguidas conhecer a posição de cada uma das suas concorrentes no mercado no ano transacto, de forma desagregada, por períodos temporais, geralmente por trimestre.
- CLVII.** A informação constante dos documentos (mapas de aberturas e fechos de unidades), únicos transmitidos entre arguidas, não permite a cada arguida construir estudos de evolução de mercado.
- CLVIII.** Os documentos de fls. 477, 479, 480 a 483, 488, 489 e ss., 767 a 780, 3105, 3108, 3111, 3113, 3116, 3118 a 3124, 3130 a 3150, 4982 a 4987, 4997 a 4999, 5022, 5024, 5028 a 5031, 5039, 5040, 5042, 5044, 5045, 5049 e 5051, 5078 e ss. e 5100 e ss. não foram objecto de qualquer transmissão entre as arguidas.
- CLIX.** É porque estabelece confusão total entre o conteúdo dos Mapas de abertura e fecho de unidades transmitidos ocasionalmente entre algumas das arguidas e o conteúdo dos outros documentos que encontrou nas respectivas sedes, mas que nunca foram objecto de qualquer comunicação ou transmissão entre as mesmas, que a AdC se permite verter na DF2 as conclusões dos números 513 a 576 da DF2, que são falsas e expressamente se impugnam.
- CLX.** As arguidas não trocaram qualquer informação relativa a preços e custos de produção e nem tal decorre dos documentos dos autos (nem dos de fls. 760 e ss. e 1772, contrariamente ao referido pela AdC).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CLXI.** Toda a informação que foi trocada entre as Arguidas era pública e estava livremente disponível.
(fls. 33467 a 33484 - arts. 216º a 301º da DE e respectiva documentação junta a fls. 34105 a 39117)
- CLXII.** Toda a informação que foi trocada entre as Arguidas era pretérita.
- CLXIII.** O referido nas conclusões CLXI e CLXII, aliás, é expressamente reconhecido pela AdC (cf. 712, 721 e 726 da DF2).
- CLXIV.** Pelo que a informação que foi trocada entre as Arguidas não introduz no conhecimento do destinatário nenhum elemento novo de que este não dispusesse já.
- CLXV.** Não é verdade que os mapas de abertura e fecho de unidades não fossem também trocados com outras empresas concorrentes, diversas das arguidas.
- CLXVI.** Também não é verdade que os mapas de aberturas e fechos de unidades permitissem, a cada arguida, construir estudos de evolução de mercado(Cf.523 DF2), já que os documentos a fls. 178 e ss. e 204.º e ss., a que a AdC se reporta, foram elaborados internamente pela Trivalor com base nos meios referidos na Conclusão CLXI e nos estudos de mercado referidos na conclusão seguinte (CLXVII).
- Com efeito,**
- CLXVII.** As impugnantes adquiriram, periodicamente, estudos de mercado e elementos (esses sim) informativos, ampla e sobejamente suficientes para o conhecimento do mercado e da posição das respectivas concorrentes no mesmo (cf. documentos de fls. 34105 a 38404).
- CLXVIII.** Do mesmo modo, da prova testemunhal (depoimentos) constante dos autos não decorre que tenha ocorrido entre as arguidas qualquer troca de informação (cf. fls. 16188 e ss., 21755 e ss., 16244, 21463 e ss., 16856 e ss. e 16976 e ss.).
- CLXIX.** O depoimento de Manuel Reis é mesmo em sentido oposto (fls. 21 463 e ss.).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CLXX.** Nenhum dos representantes legais das impugnantes TRIVALOR, GERTAL e ITAU admitiu a existência de qualquer troca de informações entre as Arguidas (cf. fls. 16857, 16858, 16976 e 16977).
- CLXXI.** Os representantes legais da SODEXHO, ICA/NORDIGAL e UNISELF, limitaram-se a afirmar conhecer a prática da troca entre os comerciais de listagens de abertura e fecho de unidades.
- CLXXII.** O que invalida, totalmente, a conclusão extraída pela AdC de que os representantes legais das arguidas “... haviam admitido ...ter trocado tais informações com as suas concorrentes” - cf. número 696 DF2 – ou de que “A AdC ... obteve prova – documental, testemunhal, e por depoimento dos representantes legais – que demonstra que cada uma das empresas participou numa complexa troca de informações com as demais arguidas“- cf. número 698 DF2.
- CLXXIII.** É absolutamente ilegítima a conclusão da AdC de que “As empresas arguidas mantinham como prática comercial, normal e regular, a troca de informação comercial entre si, pelo menos desde 1998, até Fevereiro de 2007, data de realização de buscas pela AdC”.
- CLXXIV.** Realça-se que é a própria AdC que reconhece que a transmissão entre as arguidas dos documentos identificados em a) não ocorreu em preparação ou por causa de qualquer acordo (cf. 760 a 762 DF2.).
- Da Impugnação dos «Factos» imputados às Arguidas quanto ao pretense “Acordo”
- CLXXV.** Vai expressamente impugnado o conteúdo de todos e cada um dos números 577 a 662 da DF2, que correspondem ao teor do respectivo Título II.2.3. - “Factos provados quanto ao sistema de preferências e de compensação por clientes perdidos entre as empresas arguidas”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CLXXVI.** Impugnação a que procedem, não obstante as dificuldades decorrentes da falta de concretização do elemento temporal da infracção que lhes imputa, da falta de concretização do objecto do tal «Acordo» que qualifica como constituindo «infracção por objecto» ou do local e hora de celebração do «Acordo» ou da ocorrência dos contactos em que o mesmo se teria, alegadamente, consubstanciado.
- CLXXVII.** As Impugnantes declaram expressamente que não celebraram – nunca – qualquer acordo relativo ao mercado de restauração colectiva.
- CLXXVIII.** Inexiste qualquer documento que comprove, ilustre ou confirme o alegado «Acordo», e
- CLXXIX.** Os depoimentos reproduzidos nos números 577 a 662 da DF2 não demonstram qualquer “acordo” como o que a AdC pretende imputar às arguidas.
- CLXXX.** Não só porque são nulos como meios de prova, mas também porque tal não decorre do respectivo conteúdo.
- CLXXXI.** Dos «factos» considerados provados, não decorre a data de celebração ou estabelecimento do alegado acordo: Dos depoimentos reproduzidos como relevantes decorrem, pelo menos, 4 datas diferentes para o estabelecimento do «acordo» e 3 datas diferentes para o seu termo (cf. fls. 32, 46 e ss., 16189, 16194, 16410, 21467, 21749, 21751 e 21756).
- CLXXXII.** A ausência de prova relativa à duração temporal do «acordo» é expressamente reconhecida pela AdC nos números 866 a 871 da DF2.

Por outro lado,

- CLXXXIII.** Trata-se de meras presunções, ademais ilegítimas e frontalmente contrariadas por elementos de prova juntos aos autos, as que a AdC estabelece quanto a conteúdo de reuniões da ARESP e de conversações em mesas de restaurante, no



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

sentido de que tais encontros teriam como objectivo “dirimir conflitos comerciais, independentemente da sua natureza”.

Mas

- CLXXXIV.** Existe, nos autos, evidência documental da não existência de «acordo» no alegado período da sua vigência, constituída por documentos que as Impugnantes juntaram aos autos com a DE e a DEC, e informação fornecida pelas Instituições Hospitalares e Direcções Regionais de Educação.
- CLXXXV.** Tais documentos e informações afastam a verificação/existência do alegado «acordo» em todos e cada um dos concursos constantes da amostra escolhida pela AdC para estudar e quantificar os alegados ganhos ilícitos decorrentes do «acordo» (cf. Anexo I, que passa a fazer parte integrante do presente recurso, e documentos no mesmo referidos).
- CLXXXVI.** Da análise efectuada no Anexo I resulta demonstrado que nas Instituições Hospitalares e Direcções Regionais de Educação constantes da amostra escolhida pela AdC:
- as mudanças de concessionários eram frequentes;
 - o critério de adjudicação não era o do mais baixo preço (com uma única excepção) e o factor preço nunca assumia peso determinante na apreciação das propostas;
 - o concessionário instalado frequentemente não apresentava o preço mais baixo no procedimento seguinte;
 - os concorrentes preteridos recorriam aos meios gratuitos e contenciosos disponíveis para fazer valer a sua convicção de que deveriam ter sido classificados em primeiro lugar.
- CLXXXVII.** Do que se extrai a improcedência das conclusões exaradas pela AdC na n.i. quanto à existência de indícios de restrição horizontal do tipo cartel.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CLXXXVIII.** E a improcedência das conclusões exaradas pela AdC nos artigos 1064.º e 1065.º da DF1 quanto às entidades e períodos relativamente aos quais alegava ter detectado indícios de restrição horizontal da concorrência (cf. quadro a fls. 206 a 224 da presente impugnação).
- CLXXXIX.** O que se impunha à AdC era, não a desconsideração da informação recolhida junto das Unidades Hospitalares e Direcções Regionais de Educação e fornecida pelas Arguidas, mas sim a necessária reformulação dos estudos económicos e das conclusões exaradas na n.i. e nos artigos 1064.º e 1065.º da DF1.
- CXC.** A existência de qualquer «acordo» é também negada por documentos redigidos e assinados pelo próprio Requerente de clemência, a saber, relatórios de gestão da EUREST nos quais se alude repetidamente ao aumento da agressividade e concorrência no mercado (a fls. 17381 a 17382, 17394 a 17395, 17417 a 17418, 17515 a 17516 e 17644 a 17645).
- CXCI.** A AdC desconsiderou, em absoluto, os factos alegados e provados pelos Impugnantes na sua DE, DEC e nos requerimentos de 14 de Março (fls. 56321 a 56342), de 22 de Junho (cf. fls. 56635 a 56662) e de 18 de Julho de 2012 (cf. fls. 56845 a 56860) e, bem assim, as provas pelos mesmos oferecidas e, bem assim, a prova adicional produzida em cumprimento da douta sentença do Tribunal do Comércio.
- CXCII.** De tais provas decorre, como se demonstrou nas Conclusões CLXXXIV a CLXXXVIII, decorre que não existiu nem foi celebrado, implementado ou executado o alegado «Acordo» imputado às arguidas.
- CXCIII.** Decorre do documento de fls. 41917 a 41931, que, só no período de 2000-2005, houve inúmeras unidades ganhas e perdidas entre as alegadas intervenientes (mais precisamente, a ocorrência de, pelo menos, 872 mudanças de concessionário entre as arguidas, alegadamente envolvidas no «Acordo»).
- CXCIV.** A Trivalor identificou:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- 29 reclamações e Recursos hierárquicos apresentados pelo Itau contra adjudicações a concorrentes (todos identificados e documentados no ponto VII.3. da presente impugnação).
- 29 reclamações e Recursos hierárquicos apresentados pela Gertal contra adjudicações a concorrentes (todos identificados e documentados no ponto VII.3.da presente impugnação).
- 52 processos judiciais (acções de contencioso pré contratual e providências cautelares, destinados a anular adjudicações a concorrentes, alegadamente intervenientes no Acordo) (todos identificados e documentados no ponto VII.4.).

CXCV. Não é verdade que as Arguidas recorressem a estes meios gratuitos e contenciosos de forma indistinta, automática ou “mecânica” e que destes não emergisse qualquer efeito relevante.

CXCVI. Com efeito, e com referencia aos concursos identificados no ponto VII.5. da impugnação, os mesmos foram anulados ou suspensos ou as decisões de adjudicação foram anuladas ou a classificação das propostas foi alterada em função das reclamações /recursos hierárquicos / providências cautelares / acção de contencioso pré contratual, interpostas pelos Arguidos (cf. VII.5. da presente impugnação e documentação a que nestas se alude).

CXCVII. Decorrem dos quadros insertos no ponto VIII.1., as situações em que, no universo de Hospitais e Direcções Regionais de Educação escolhido pela AdC, tais entidades optaram por não lançar concurso público, contratando por ajuste directo e as situações em que as mesmas entidades procederam à anulação de concursos lançados.

CXCVIII. E decorrem, ainda, dos quadros insertos no ponto VIII.2. as situações de concursos públicos em que o critério de adjudicação não era o do mais baixo preço e em que, no critério de adjudicação, o factor preço relevava em menos de 50%.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CXCIX.** Qualquer «Acordo» não teria aptidão para o pretenso objecto anti concorrencial de manutenção de clientes.
- CC.** É que, sempre que o preço constitui factor cuja relevância é inferior a 50% para a decisão de adjudicação, qualquer alegado «acordo» de preço seria inapto para a prossecução de qualquer resultado específico na adjudicação.
- CCI.** E tal acontece em todas as situações da “amostra” (com uma única excepção) - cf. ponto VIII.2. da presente impugnação.
- CCII.** Inexiste nos autos documento ou depoimento que sustente a existência de qualquer sistema de alegada compensação ou qualquer indício, referência ou alusão a qualquer caso concreto de compensações pela perda de clientes.
- CCIII.** Ao invés há, pelo menos, uma testemunha a referir que tal sistema de compensações não foi acordado (a fls. 21469) e nenhum dos arguidos foi questionado sobre essa matéria.
- CCIV.** E o documento de fls. 41917 a 41931 identifica as transferências de exploração de unidades de restauração ocorridas em cada um dos anos de 2000 a 2005.
- CCV.** O depoimento do requerente da clemência/arguido é inapto para demonstração do alegado «Acordo».
- CCVI.** A sua credibilidade é reduzidíssima, atenta a sua tripla qualidade de arguido, denunciante e possível beneficiário da clemência (cf. Ac. STJ de 18 de Junho de 2008, Processo 08P1971, www.dgsi.pt).
- CCVII.** E ademais inexiste nos autos corroboração probatória das suas declarações, como supra demonstrado (corroboração essa absolutamente essencial para fundamentar a prova de factos invocados por co-arguido - Ac. STJ de 12 de Julho de 2006, Processo 06P1608, www.dgsi.pt).
- CCVIII.** A prova testemunhal dos autos é inapta para demonstrar o alegado «Acordo».
- CCIX.** Porque a AdC, em directa violação do art. 129º do CP, converte em factos provados partes truncadas dos depoimentos que recolheu (n.ºs. 592 a 630 DF2).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCX.** Quando reconhece que as testemunhas Armando Carraca, Miguel Ramis Barrios e Eurico António Varela Santos não têm conhecimento directo da factualidade em causa (n.º 801, 823, 834, 835, 836 e 837) e, não obstante, converte em factos provados (592 a 602, 633 a 640, 643 a 647 da DF2) o teor dos seus depoimentos.
- CCXI.** E quando as todas as testemunhas, sem excepção, depõem sem estar ajuramentadas.
- CCXII.** E porque não existe nos autos qualquer prova documental que confirme a existência de qualquer «acordo» entre as arguidas ou se refira às regras de tal «acordo» ou a qualquer repartição de mercado.
- CCXIII.** A Jurisprudência do TPI é uniforme no sentido de que a prova testemunhal relativa a um acordo anticoncorrencial contestado pelas empresas acusadas, é insuficiente para considerar provada a existência de eventual «acordo», se tal existência não estiver sustentada noutros elementos de prova. (cf. Ac. TPI de 14 de Maio de 1998, proferido no processo T 337/94, Ac. TPI de 25 de Outubro de 2005, proferido no processo T 38/02, Ac. TPI de 8 de Julho de 2004, proferido nos processos T 67/00, T68/00, T71/00 e T87/00).
- CCXIV.** E os elementos de prova que a jurisprudência do TPI aceita para sustentar ou corroborar a prova testemunhal foram, sempre, constituídos por documentos escritos que corroboravam de forma expressa e clara a existência do acordo, as suas regras específicas, as alterações nas regras existentes, as quotas de mercado fixadas e a participação dos responsáveis. (cf. citados Acórdãos).
- CCXV.** Não existe, no caso ajuizado, qualquer documento que confirme a existência do alegado «acordo» ou que se refira às suas regras ou a qualquer repartição de mercado.
- CCXVI.** Aos invés, os documentos dos autos contêm referências absolutamente opostas a qualquer pretensão «Acordo» - cf. fls. 1775 e ss., 11 e ss., 2743 e 2744, 2752).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCXVII.** Na DF2, a AdC tenta justificar com argumentos, aparentemente lógicos, mas desprovidos de fundamento, a óbvia falta de verificação “no terreno” das consequências económicas típicas das situações de cartel.
- CCXVIII.** Tais argumentos, exarados nos números 1080 a 1119 da DF2, vão, desde já, afastados nos precisos termos do parecer do Professor Fernando Branco, nos autos a fls. 48768 e ss., que se dá por integralmente reproduzido.
- CCXIX.** Do ponto VI.3.2.1, do Anexo I a esta impugnação, e dos documentos no mesmo referidos, decorre claramente que todas as afirmações da AdC no sentido de detecção de indícios de restrição horizontal da concorrência nas entidades e períodos elencados no estudo económico (e sumarizadas nos artigos 1064.º e 1065.º da DF1) estão absolutamente erradas.
- CCXX.** Vai, assim, impugnada toda a Parte I do estudo económico elaborado pela AdC na n.i. (n.ºs. 360.º a 456.º), a fls. 30417 a 30474, na qual esta concluída pela existência de “efeitos económicos decorrentes da prática restritiva das empresas arguidas”.
- CCXXI.** Numa segunda parte do mesmo «Estudo económico» a AdC, estimou as alegadas «vantagens ilícitas obtidas» pelas empresas relativamente às quais tinha concluído (na primeira parte do estudo) ter detectado indícios de restrição horizontal do tipo cartel.
- CCXXII.** É evidente que a primeira e a segunda parte do estudo económico enxertado no ponto 3.2.5.4. da n.i. (e, posteriormente, transposto para o Anexo I da DF1 e, ainda, acolhido expressamente na DF2 – art. 1083º) são indissociáveis, porque a segunda parte do estudo (quantificação das vantagens) teve como pressuposto, lógico e necessário, a detecção dos efeitos do Acordo (tal como avaliados na primeira parte do estudo).
- CCXXIII.** Vai, pois, impugnado, por falso, o referido nos artigos 83, 117, 118, 119, 1086 e 1087 da DF2.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCXXIV.** A ausência de determinação de efeitos económicos de alegadas práticas anti concorrenciais, determina a improcedência das conclusões da AdC quanto aos ganhos ilícitos emergentes do Acordo.
- CCXXV.** Vai, assim, impugnada a segunda parte do estudo económico.
- CCXXVI.** A AdC não fundamenta a «quantificação» a que procede dos alegados ganhos ilícitos das arguidas, nem explica como chegou aos números que verteu na DF2 como constituindo tais ganhos, nem quais as premissas do seu raciocínio, ou qual o cálculo a que procedeu.
- CCXXVII.** A DF2 não permite a qualquer destinatário normal:
- Alcançar quais os dados em que a AdC se baseou para elaborar os gráficos e quadros apresentados na n.i..
 - Alcançar como é que, dos valores apresentados nos gráficos e quadros do estudo de fls. 30417 e ss., foi determinado o pretense ganho ilícito agregado de € 172.630.135,00 e, no caso concreto da Trivalor, o ganho ilícito de 15.967.276,00€.
- CCXXVIII.** Só através de um método tentativa/erro seria possível alcançar um resultado, e ainda assim, aproximado, àquele a que a AdC chegou.
- CCXXIX.** Foi assim que a Deloitte, em parecer que se juntou sob o Anexo II, conseguiu obter um valor meramente aproximativo do referido pela AdC, quanto aos pretensos ganhos ilícitos da Trivalor.
- CCXXX.** É totalmente inapto o estudo da AdC para determinação de qualquer valorização de ganhos alegadamente ilícitos.
- CCXXXI.** Vai, assim, impugnada a valorização efectuada pela AdC na parte II do estudo de fls. 30417 e ss..

De qualquer forma e sem prescindir



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

CCXXXII. De tal estudo decorrem erros de metodologia que, também, inquinam o próprio estudo económico e reforçam a inaptidão do mesmo para determinação de alegados ganhos ilícitos. Porque:

-Não são apresentados dados relativos à representatividade da amostra dos concursos considerados;

- Não são apresentados dados que permitam concluir que as variações dos indicadores utilizados na Secção 4 – quota de mercado e margem comercial – entre os três períodos considerados na análise (antes, durante e depois da alegada cartelização) assumem as proporções necessárias para que se possa considerar que as mesmas se revistam de significância estatística e que efectivamente conduzam a três períodos distintos;

- Não está justificada a razão para a consideração do período de 1997 a 2004 como sendo de alegadas práticas ilícitas;

-A quantificação ignorou por completo a influência de factores exógenos nas margens de rentabilidade (conjuntura económica, alterações no contexto de mercado e no panorama concorrencial, preços das matérias primas alimentares);

- A quantificação ignorou também a evolução/variação no «mix» de segmentos de mercado de actuação das Arguidas;

- A conclusão de que a constituição dum cartel diminui a quota de mercado conjunta das empresas integrantes do cartel aliada à conclusão oposta da AdC (de que as empresas alegadamente integrantes do alegado cartel teriam, por força do mesmo, obtido um ganho de cerca de 10% de quota de mercado) , por si só, afasta a possibilidade de verificação, in casu, de uma situação de cartel;

Acresce que:

CCXXXIII. A AdC ignorou por completo factos objectivos que conhecia e que influenciam directamente a variação das quotas de mercado (como a expansão do mercado e as fusões e aquisições ocorridas entre as Arguidas no período de referência).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCXXXIV.** É, assim, evidente a total incapacidade da segunda parte do estudo económico (mesmo se não tivesse como premissa dados absolutamente errados – o que, como vimos, tem) para fundamentar os alegados ganhos ilícitos imputados às Arguidas.
- CCXXXV.** Como refere o Professor Fernando Branco: «(...) a análise económica reportada na Nota de Ilícitude , de uma forma geral e quase em cada um dos seus passos, (...) é inadequada para a avaliação do caso em apreço, não permitindo retirar conclusões válidas.».
- CCXXXVI.** Pelo que se impugna o estudo económico e os artigos 1080 a 1117 da DF2.
- CCXXXVII.** São absolutamente falsas as declarações da AdC de que “os representantes legais das empresas arguidas foram confrontados com as declarações do requerente da clemência e com as declarações corroborantes das demais pessoas inquiridas” (cf. nº 665 DF2) e, de que “... tais declarações não foram negadas ou contraditadas pelos inquiridos quando com elas confrontados” (cf. nº 667 DF2) e de que “...o seu conteúdo não foi contestado”, como decorre dos depoimentos de tais representantes legais, a fls. 30093, 30122, 29969, 30099.
- CCXXXVIII.** Do que se conclui que o que existe nos presentes autos é um feixe de provas documentais precisas, seguras e concordantes que afastam a existência do «acordo» que vem imputado às arguidas.

Da impugnação dos “factos” imputados aos legais representantes da Trivalor

- CCXXXIX.** A imputação aos legais representantes das arguidas da prática da infracção prevista no art. 47º, nº 3, da LdC baseia-se em duas premissas erradas, a saber:
- A comissão, por parte das empresas por si representadas, de práticas anticoncorrenciais previstas e puníveis enquanto contra ordenações e,
- O conhecimento de tais práticas e a omissão de medidas para lhes pôr termo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCXL.** Como se demonstrou, a TRIVALOR não incorreu em qualquer prática anti concorrencial de «troca de informações».
- CCXLI.** E resulta dos depoimentos de Luís Cordeiro e Carlos Moura, clara e expressamente, que estes não reconheceram nem admitiram ter conhecimento de quaisquer alegadas práticas anti concorrenciais no seio das empresas que administravam (cf. fls. 16857,16976 e 16977).
- CCXLII.** É, assim, evidente que os legais representantes das participadas da TRIVALOR, Carlos Moura e Luís Cordeiro, não incorreram na prática da contra ordenação p.e p. no art. 47º, nº 3, da LdC.
- O Direito
- CCXLIII.** A LdC, por via do disposto nos seus artigos 42º e seguintes, qualifica a infracção às normas contidas nos seus artigos 4º a 7º como contra-ordenação.
- Ora,
- CCXLIV.** O direito contra-ordenacional comunga dos princípios fundamentais do direito penal, nomeadamente dos princípios da legalidade e da tipicidade, tal como determinado pelos arts. 2º e 3º do RGCO.
- CCXLV.** A tipicidade consiste na adequação do comportamento ao tipo legal, ou seja, na correspondência entre um comportamento ocorrido na vida real e a hipótese abstracta desenhada pela lei.
- CCXLVI.** O tipo fornecerá os pressupostos (objectivos e subjectivos) de aplicação da norma contra-ordenacional, os quais correspondem a um conjunto de elementos que devem ser preenchidos pelo comportamento do agente.
- CCXLVII.** No que respeita ao tipo objectivo das contra-ordenações previstas no art. 4º da LdC são seus elementos:
- A qualidade de empresa;
 - A realização de um "acordo" ou "prática concertada" entre empresas;
 - O objecto ou efeito anti-concorrencial do comportamento;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- O carácter sensível da restrição de concorrência;

- A existência de um mercado relevante.

CCXLVIII. O legislador configurou o tipo objectivo da contra-ordenação com recurso a conceitos indeterminados, a saber: “prática concertada” e/ou “impedir, falsear ou restringir a concorrência”.

CCXLIX. O princípio da legalidade, com sede constitucional, obriga a que um comportamento proibido, bem como todos os elementos de que dependa a sua punição, sejam objectivamente determináveis de forma a dotar a norma de características mínimas de certeza e determinação e permitir-lhe desempenhar a sua função garantística.

CCL. Uma interpretação do nº 1 do art. 4º da LdC que seja conforme à Constituição da República Portuguesa impõe que só as circunstâncias com uma estrutura axiológica e normativa equivalente às constantes da enumeração das alíneas a) a g) do mesmo art. 4º possam fundamentar a aplicação da norma incriminadora.

CCLI. A AdC decidiu punir as arguidas pela prática de duas contra-ordenações sem que se mostrassem verificados os elementos objectivos do tipo.

CCLII. A AdC errou na definição de mercado relevante (ponto XIII.2) o que a determinou a julgar, também erradamente, verificado o elemento «restrição de forma sensível da concorrência no mercado relevante».

CCLIII. O mercado relevante geográfico (oferta) não é o nacional.

CCLIV. Para aferir qual o mercado relevante, deve verificar-se, atentas as regras subjacentes à contratação dos serviços de restauração colectiva nos procedimentos em que as arguidas participavam, quais eram as empresas que podiam efectivamente concorrer à obtenção de tais contratos.

Assim,

CCLV. Ao efectuar este apuramento, a AdC desconsiderou que os concursos públicos a que se reportou eram concursos públicos internacionais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Com efeito,

CCLVI. Entre 1998 e 2007 os procedimentos de aquisição de serviços foram regidos pelos Decretos-Lei n.ºs 55/95, de 29 de Março, e 197/99, de 8 de Junho, que dispunham que aos procedimentos de aquisição de serviços podiam concorrer nacionais dos Estados Membros da União Europeia (cf. respectivos artigos 22º e 31º).

CCLVII. Dos procedimentos em que participaram as empresas arguidas, considerados na análise efectuada pela AdC (Anexo I à DF1), pelo menos, os identificados em XIII.2.1.1., da presente impugnação, foram concursos públicos internacionais.

Mais,

CCLVIII. Exerceram efectivamente a sua actividade no mercado nacional as empresas internacionais identificadas no Documento de fls. 41594 e 41715.

CCLIX. A AdC considerou que as Arguidas detinham uma quota de mercado superior a 60% do mercado relevante, o que fez por referência ao mercado nacional (cf. números 956 a 962 e 1025 a 1030 da DF2).

Mas,

CCLX. Todas as empresas de restauração colectiva que operam no mercado Europeu tinham possibilidade e capacidade para se apresentar aos concursos públicos internacionais identificados na amostra eleita pela AdC.

CCLXI. É evidente que o mercado da oferta é constituído por todas as empresas de restauração colectiva da União Europeia.

(v. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 21 de Maio de 2008, proferida no Processo 48/08.7TYLSB)

CCLXII. O volume de negócios no mercado da restauração colectiva europeia atingiu, em 2006, os 21.807 Milhões de Euros, sendo que o volume de negócios de todas as Arguidas, no mesmo ano, foi de 387.695.397,41Euros (cf. Documento junto sob o nº 8).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCLXIII.** A quota das arguidas no mercado da restauração colectiva comunitária não é, pois, de 60%, mas inferior a 1,77%.
- CCLXIV.** Da aplicação da comunicação da Comissão Europeia publicada no JO C368 de 22 de Novembro de 2001, concretamente do seu ponto 7, decorre que qualquer prática concertada e/ou acordo de empresas, ainda que tivessem existido, no que não se concede, teriam que ser considerados de pequena importância.
- CCLXV.** Consequentemente, não teriam nunca o efeito de restringir a concorrência, de forma sensível, no mercado da restauração colectiva comunitária.
- CCLXVI.** Do que se conclui que os factos imputados às arguidas não teriam jamais restringido, ou tido a aptidão de restringir, a concorrência no mercado relevante, de forma sensível, pelo que não se verifica a previsão do artigo 4º, n.º 1, da LdC.
- CCLXVII.** O conceito de Prática concertada, tal como definido no art. 4º da LdC é um conceito em aberto e, como tal, tem vindo a ser definido ou concretizado pela Jurisprudência Comunitária.
- CCLXVIII.** De acordo com a Jurisprudência do TJ, uma prática concertada exige a verificação cumulativa de quatro elementos: contacto, coordenação, paralelismo comportamental e nexos de causalidade entre estes dois últimos.
- CCLXIX.** A Jurisprudência qualifica como contacto o que tenha por objectivo ou efeito, quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer revelar a tal concorrente o comportamento que se decidiu ou se pretende seguir por si próprio no mercado, integrando naquele conceito a troca de informações confidenciais sensíveis, como as que respeitem a preços de venda.
- CCLXX.** A única informação trocada entre os comerciais das arguidas era pública, estava livremente acessível, reportava-se a factos passados e não continha qualquer informação relativa a preços,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCLXXI.** A alegada «troca de informação» não se enquadra, pois, no conceito de contacto, não tendo como efeito, nem sequer a potencialidade, de influenciar comportamentos no mercado ou de revelar aos concorrentes qualquer comportamento futuro.
- CCLXXII.** A mera troca de dados públicos e passados relativa a abertura e fecho de unidades ocorrida entre os comerciais das arguidas não permite eliminar a incerteza do mercado.
- CCLXXIII.** Não se verifica, in casu, o elemento objecto ou efeito anti concorrencial da alegada «prática concertada».
- CCLXXIV.** A AdC não identifica, na DF2, qualquer efeito impeditivo, falseador ou restritivo da concorrência decorrente da alegada «troca de informação».
- CCLXXV.** Ademais reconhece que a troca de informação não é instrumento de execução de qualquer acordo restritivo da concorrência (cf. DF2, nºs. 760 a 762).
- CCLXXVI.** Na ausência de ligação entre a troca de informação e qualquer combinação ilícita, a primeira, em si mesma e com as características com que ocorreu, é pró competitiva (cf. o Parecer de fls. 48803 a 48890).
- CCLXXVII.** A troca de listagens de aberturas e fechos de unidades afasta-se totalmente da estrutura axiológica e normativa que determinou a inclusão na lista do art. 4º da LdC das circunstâncias ali previstas, pelo que a sua sanção ao abrigo dessa disposição revelar-se-ia ferida de inconstitucionalidade por violação do princípio constitucional da legalidade.
- CCLXXVIII.** Inexistem indícios nos autos que permitam concluir pela celebração de um “Acordo” entre as empresas arguidas.
- CCLXXIX.** A AdC não identificou, “no terreno”, nenhum dos efeitos típicos da cartelização.
- CCLXXX.** Tal ausência de «efeitos» foi claramente reforçada e comprovada com a prova produzida na sequência da Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCLXXXI.** A realidade económica patente no mercado aponta no sentido da inexistência de qualquer cartel (vd. Parecer do Professor Fernando Branco, a fls.48768 a 48802).
- CCLXXXII.** Considerando, também, as reconhecidas fragilidade, incoerência e nulidade dos meios de prova a que tinha atendido para elaborar a DF1 e, ainda, as provas produzidas pós sentença do Tribunal do Comércio, a AdC devia ter modificado o «Estudo Económico» a que procedeu (cf. supra XI da presente impugnação) e ter concluído pela não verificação da infracção «Acordo».
- CCLXXXIII.** Ao invés «transmutou-a» em infracção por objecto.
- CCLXXXIV.** A infracção por objecto constitui um tipo contra-ordenacional diverso da infracção por efeito e tem sido, e bem, pela nossa jurisprudência considerada como «infracção de perigo concreto».
- CCLXXXV.** Até porque, perante um tipo incriminador como aquele que constitui o corpo do art. 4º da LdC (norma contra-ordenacional “em branco”) no que respeita a restrição por objecto, considerar que a contra-ordenação aí prevista corresponderia a uma infracção de perigo abstracto seria fazer tábua rasa dos princípios da legalidade e da culpa e, nessa medida, ferir a norma do art. 4º da LdC de incontornável inconstitucionalidade.
- Assim,
- CCLXXXVI.** Constitui elemento do tipo contra ordenacional imputado às arguidas a adequação do comportamento à produção do resultado anticoncorrencial. (Cf. sentença TCL proc. 1302/05. 5TYLSB).
- Mas,
- CCLXXXVII.** A DF2 não concretiza o teor do «acordo» que imputa às Arguidas.
- CCLXXXVIII.** Limita-se a referir, no nº 577 da DF2, tratar-se de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

«sistema que tanto garantia a preferência de cada empresa relativamente aos clientes presentes como assegurava a compensação pela eventual perda de um cliente para outra empresa participante no acordo»,
mas não concretiza tal «sistema» nem de que forma o mesmo assegurava a «garantia» anunciada.

- CCLXXXIX.** A factualidade elencada não integra factos susceptíveis de integrar/caracterizar a aptidão anticoncorrencial do alegado acordo, já que:
- Não descreve/caracteriza factualmente o sistema a que alude;**
 - Não explica como é que tal pretenso sistema assegura ou garante os resultados descritos;**
- CCXC.** Falta a descrição factual de um elemento essencial do tipo: A aptidão anticoncorrencial.
- CCXCI.** A DF2 é violadora dos artºs. 1º, 2º e 8º do RGCO, os artºs. 1º e 13º do CPP, os artºs. 1º, 18º, nº 2, 29º e 32º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa e o art. 4º da LdC.
- CCXCII.** Ao determinar a aplicação da L. nº 18/2003 sem determinação do tempo da prática das alegadas infracções, a AdC violou o art. 3º do RGCO.
- CCXCIII.** O tipo objectivo imputado aos representantes legais das Arguidas (art. 47º, nº 3 LdC) integra todos os seguintes elementos:
- a) infracção às regras de concorrência imputável à pessoa colectiva de cujo órgão de administração é titular o agente;**
 - b) conhecimento da prática da infracção;**
 - c) não adopção das medidas adequadas a pôr termo imediato à infracção.**
- CCXCIV.** Nenhum dos citados elementos integrantes do tipo se verifica no presente caso quanto a qualquer dos impugnantes pessoas singulares.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCXCV.** Desde logo porque está prejudicada a verificação do elemento a): infracção às regras de concorrência imputável à pessoa colectiva de cujo órgão de administração é titular o agente.
- CCXCVI.** Acresce que dos autos não resulta que Luís Cordeiro e Carlos Moura tivessem sequer conhecimento da troca de listagens de aberturas e fechos de unidades.
- CCXCVII.** Não se encontram preenchidos os elementos objectivos do tipo da infracção prevista no artigo 47º, n.º 3, da LdC.
- CCXCVIII.** A imputação da prática dessa infracção a Luís Cordeiro ou a Carlos Moura implica violação directa do art. 47º, n.º 3 da LdC e, também dos artºs. 1º, 2º e 8º do RGCO, dos artºs. 1º e 13º do CPP, e dos artºs. 1º, 18º, n.º 2, 29º e 32º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.
- CCXCIX.** Dos “factos” considerados como provados, descritos em II.2.2. e II.2.3 da DF2 não resultam quaisquer factos que integrem os comportamentos inerentes à descrição do tipo subjectivo efectuada nos n.ºs 963.º a 969.º, 1034.º a 1043.º e 1146.º a 1152.º da DF2.
- CCC.** As Arguidas pessoas colectivas não adoptaram qualquer conduta “livre, consciente, voluntária”, não tinham “perfeita consciência da substituição dos riscos da concorrência por uma concertação e cooperação recíprocas” (seja qual for o significado que a AdC atribui a tais expressões) e nunca representaram ou quiseram praticar qualquer um dos “factos” que a AdC lhes imputa.
- CCCI.** Os Arguidos pessoas singulares não tinham “conhecimento directo” de qualquer troca de informações “ ou de qualquer acordo de empresas.
- CCCII.** A DF2 é violadora dos artigos 8º, n.º 1, do RGCO e 13º e 14º do CP.
- CCCIII.** A AdC não explicitou/fundamentou nenhuma das conclusões exaradas nos números 1069.º a 1126.º da DF2, referentes aos critérios de determinação da medida da coima.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCCIV. Não decorre da DF2 que os critérios descritos no artigo 44.º da LdC (ou sequer os previstos no artigo 18.º do RGCO) tenham sido efectivamente utilizados na determinação da medida da coima aplicada às Arguidas.**
- CCCV. É total a ininteligibilidade da fixação da medida da coima, o que impede os respectivos destinatários de apreender e reconstituir o procedimento lógico empregue pela AdC.**
- CCCVI. As exigências de fundamentação são particularmente prementes nos casos em que existe uma grande diferença entre os limites mínimos e máximos da coima aplicável.**
- CCCVII. Maxime perante uma situação legislativa, como é a que resulta da relação entre a LdC e o RGCO, em que se assiste a uma amplitude desproporcionada entre limites mínimos e máximos das coimas.**
- CCCVIII. Desproporção cuja inconstitucionalidade também se suscita, desde já, nos termos e para os efeitos, pelo menos, dos arts. 18º, 29º e 204º da Constituição.**
- CCCIX. Ao determinar a medida da coima, a ADC violou os art. 18º do RGCO, 44º da LdC e o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais (expresso, por ex., no nº 5 do art. 97º do CPP).**
- CCCX. O volume de negócios anual é um factor variável que apenas se determina, num concreto ano, no último dia deste.**
- CCCXI. O que equivale a dizer que uma empresa não sabe qual o limite máximo da coima que lhe poderá ser aplicada se cometer uma infracção ao disposto no artigo 4.º da LdC (artigo 43.º, n.º 1, a) da LdC).**
- CCCXII. O artigo 29.º, nºs. 1, 3 e 4, da Constituição da República Portuguesa impõe (ex-vi do art. 32º nº 10 da CRP) que a punição de um ilícito sancionatório seja determinada por lei anterior à prática do facto, por forma a que o destinatário possa apreender as possíveis consequências de determinada conduta.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- CCCXIII.** O artigo 43.º, n.º 1, al. a) da LdC não cumpre esses critérios, atenta a indeterminabilidade do limite máximo da coima.
- CCCXIV.** Tal conclusão é ainda agravada pela (potencial) excessiva diferença entre os limites mínimos e máximos (recorda-se que, por exemplo, a moldura da coima da Trivalor é de 3,47€ a 16.946.715,43€), e pela ampla margem de discricionariedade que é atribuída à AdC na fixação da medida da coima (apenas condicionada aos factores estabelecidos no artigo 44.º da LdC, não se prevendo o modo da sua aplicação ou o peso de cada um).
- CCCXV.** Atenta a total imprevisibilidade da punição conclui-se pela inconstitucionalidade dos artigos 43.º e 44.º da LdC por violação dos artigos 1º, 2º, 3º, 9º, 18º, 29.º, 32ºnº 10 e 204.º da Constituição da República Portuguesa.
- CCCXVI.** A AdC, nos termos em que configurou a DF2, imputou às Arguidas Trivalor, Eurest e Uniself a prática das mesmas infracções e entendeu que os indicadores relevantes para a graduação da medida da coima eram iguais para todas, com excepção do alegado benefício económico auferido com as práticas ilícitas.
- CCCXVII.** Tendo a AdC decidido que o alegado «ganho» da Trivalor era o mais reduzido das três – e que aliás correspondia a cerca de um décimo do alegado «ganho» da Eurest – , a sua decisão de aplicar à Trivalor a coima de valor mais elevado leva a que se puna mais severamente quem menos beneficiou com a presumível infracção, violando o Princípio da igualdade.
- CCCXVIII.** O volume de negócios “funciona” apenas como uma baliza máxima, não constituindo critério a ser ponderado na graduação concreta da coima.
- CCCXIX.** Pelo que, e sem prejuízo da nulidade supra arguida, a decisão é, também, ilegal por violação do artigo 13.º da CRP e dos artigos 43º e 44º da LdC.
- CCCXX.** E mais: o «volume de negócios» não poderia sequer ser utilizado de modo duplo na determinação da medida da sanção sem que isso mesmo significasse violação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

do princípio da dupla valoração, também jurídico-constitucionalmente fundado (art. 29º, nº 5, da Lei Fundamental).

- CCCXXI.** Constitui jurisprudência uniforme do Tribunal do Comércio de Lisboa que o facto de as Arguidas serem obrigadas a responder aos pedidos de informação da AdC não retira valor à efectiva colaboração que os mesmos prestem à AdC, já que os Arguidos poderiam optar por não responder.
- CCCXXII.** Tendo a Gertal e o Itau fornecido todos os dados e elementos solicitados pela AdC tal circunstância deveria ter sido considerada como atenuante.
- CCCXXIII.** Ao desconsiderar tal colaboração, a DF2 violou o art. 44º d LdC.
- CCCXXIV.** Sendo a coima aplicada às pessoas colectivas instrumental da aplicada às pessoas singulares (artigo 47.º, n.º 3 da LdC), a infirmação de uma determina a infirmação da outra.
- CCCXXV.** A AdC violou o princípio da igualdade ao aplicar aos Administradores da Gertal e Itau coima mais elevada que aquela que aplicou aos representantes das demais Arguidas, não obstante ter considerado que o ilícito e a forma de actuação eram os mesmos.”

Mais veio, complementarmente, arguir em conclusões, o seguinte:

“(…)

- I.** No requerimento apresentado em 17 de Agosto de 2012, os Recorrentes arguiram a nulidade do processo e da Decisão Final da AdC de 31 de Julho de 2012 decorrente da falta de observância da disposição do art. 50º do RGCO.
- II.** A AdC, por decisão proferida em 27 de Agosto de 2012, decidiu pela não verificação da aludida nulidade invocada pelos Recorrentes e indeferiu a respectiva declaração.
- III.** Desta decisão da AdC foi interposto recurso pelos Recorrentes para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, o qual foi distribuído ao 1º Juízo, sob o n.º 44/12.0YUSTR.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- IV.** Por decisão de 29 de Outubro de 2012, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão não admitiu o recurso interposto e convidou os Recorrentes a *“no prazo de 10 dias úteis, querendo, apresentarem junto da AdC novo requerimento de interposição de recurso, recorrendo da decisão final de 31/7/12 em vez da decisão de 27/8/12, mas limitada tal possibilidade às mesmas questões a apreciar suscitadas no âmbito deste recurso” (sic).*
- V.** Os Recorrentes interpuseram recurso da decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 29 de Outubro de 2012 através de requerimento que apresentaram em 14 de Novembro de 2012.
- VI.** Tal recurso não tem efeito suspensivo (cf. art. 408º do CPP *«a contrario»*)
- VII.** Pelo que, sem prejuízo do recurso interposto, os Recorrentes, **por cautela de patrocínio**, apresentam, complementarmente, a presente impugnação judicial complementar, cujo objecto se cinge *«às mesmas questões suscitadas» (sic)* no recurso não admitido, ou seja, à arguição da nulidade do processo de contra-ordenação e da Decisão Final da AdC de 31 de Julho de 2012 nele proferida, por falta de observância do art. 50º do RGCO, o que fazem ao abrigo de decisão (em recurso) proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.
- VIII.** A apresentação desta impugnação judicial complementar não implica aceitação da decisão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 29 de Outubro de 2012 (em recurso)

Assim,

- IX.** O Art.º 50º do RGCO impõe que ao arguido sejam dados a conhecer todos os elementos necessários para que fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, desde a factualidade imputada, que integra o elemento objectivo e subjectivo do tipo, às provas produzidas, ao enquadramento jurídico dos factos e das provas, e aos elementos relevantes para determinação da medida da coima.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- X.** Antes da prolação da Decisão Final de 31 de Julho de 2012 e após a conclusão das diligências probatórias realizadas em cumprimento da sentença do Tribunal de Comércio, a AdC devia ter notificado os arguidos do novo e actualizado enquadramento jurídico dos factos e das provas reunidas.
- XI.** Ao invés, não o fez e notificou-os da Decisão Final, a qual introduz ou raciocina sobre alterações que influenciam o enquadramento jurídico dos factos imputados aos arguidos e a determinação da medida da coima, as quais constituem uma verdadeira novidade para os arguidos que não tiveram a oportunidade de sobre elas se pronunciar.
- XII.** Na Nota de Ilícitude e na Decisão Final declarada nula, a AdC deu relevância e baseou-se nos factos decorrentes da informação recolhida junto de unidades hospitalares e Direcções Regionais de Educação para realizar o estudo económico com base no qual estimou as alegadas «vantagens ilícitas obtidas» consideradas na determinação da medida da coima.
- XIII.** Das informações e esclarecimentos prestados pelos Hospitais e Direcções Regionais de Educação no decurso dos anos de 2011 e 2012 (diligências probatórias realizadas em cumprimento da sentença do Tribunal do Comércio) resultam infirmados praticamente todos os factos invocados pela AdC na Nota de Ilícitude e no estudo económico (cf. fls. 56321 a 56342, 56635 a 56662 e 56845 a 56860).
- XIV.** Na nota de ilicitude e no estudo económico que a integra (2ª parte), a AdC declarou possível quantificar dois efeitos (leia-se do alegado cartel), a saber: sobremargem comercial auferida pelos membros do cartel e ganho de quota de mercado obtida pelos membros do cartel (cf. nº. 491º da nota de ilicitude).
- XV.** Fê-lo comparando «(...) a situação vigente no mercado sob o suposto cartel, com aquela que existiria num hipotético mercado competitivo (...)» (cf. cit nº. 491º da nota de ilicitude).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- XVI.** Porque partiu do pressuposto e afirmou expressamente que verificara claramente, no conjunto de unidades hospitalares e direcções regionais de educação (a «amostra»), efeitos económicos decorrentes da prática restritiva das empresas arguidas.
- XVII.** Na Decisão Final de 31 de Julho de 2012, a AdC abandona a premissa da verificação de efeitos económicos do alegado cartel, passando a referir que, tratando-se de infracção por objecto, não tem que verificar tais efeitos. E declara expressamente que os não verifica.
- XVIII.** Mas, sem explicação fundamentada, quantifica algo que, confessadamente, nem sequer constata existir (!).
- XIX.** Este fundamento relativo a uma premissa de um pressuposto essencial da punição tinha obrigatoriamente que ter sido transmitido aos arguidos, para que sobre o mesmo se pronunciassem e defendessem.
- XX.** A AdC omitiu a notificação aos arguidos dos elementos em que veio a alicerçar a fixação da medida da coima feita na Decisão Final de 31 de Julho de 2012.
- XXI.** Assim violou o art. 50º do RGCO, necessariamente interpretado à luz do art. 32º, nº 10, da Constituição, e do Assento nº 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça.
- XXII.** A sanção para esta violação, segundo a melhor doutrina, é a cominação de uma nulidade insanável (Conselheiros M. SIMAS SANTOS e J. LOPES DE SOUSA, *op. cit.*, págs. 407-408, na nota 7 ao art. 50º), embora, para outros, se trate de uma nulidade sanável (cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Universidade Católica Editora, 2011, pág. 210, na nota 15 ao mesmo art. 50º).
- XXIII.** Mas seja como for, o que é indisputável é que se verifica uma nulidade.
- XXIV.** Termos por que, sem necessidade de mais considerações, mas sempre contando com o douto suprimento de V. Ex^a, e sempre sem prejuízo da impugnação judicial apresentada em 19 de Outubro de 2012, deverá ser declarada a nulidade do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

processo de contra-ordenação n.º 02/2007 e da Decisão Final nele proferida em 31 de Julho de 2012 por falta de observância do art. 50º do RGCO.”

*

ICA, NORDIGAL e MANUEL ANTÓNIO RIBEIRO SEVINATE SOUSA, alegaram em conclusões que:

“III - CONCLUSÕES

- A.** Nos termos do disposto no art. 58.º do RGCO a autoridade administrativa é obrigada a elencar e descrever os factos imputados, com a indicação das respectivas provas obtidas, pelo que verificando-se, como se verifica, a ausência de descrição e imputação dos factos às Arguidas ora recorrentes na decisão final condenatória, a mesma está ferida de nulidade nos termos conjugados dos arts. 58.º do RGCO, e 3774.º/2/3 e 379.º/1 a) do CPP.
- B.** A decisão impugnada enferma de falta de fundamentação, ou, pelo menos, esta é insuficiente, obscura e incongruente (vd. arts. 268.º/3 da CRP, 124.º e 125.º do CPA, arts. 1.º/1 a), d) e f) do DL 256-A/77, arts. 18.º e 58.º do DL 433/82, de 27 de Outubro, art. 72.º do Cód. Penal e arts. 375.º e 379.º do Código de Processo Penal), colocando em causa, desde logo, as garantias mínimas relacionadas com o direito de defesa, por muito sumário e expedito que se apresente o processo contra-ordenacional (vd. art. 32.º/10 da CRP).
- C.** A AdC ao aplicar uma só coima a duas entidades distintas como se de uma só pessoa se tratasse, ainda que estivesse preenchido o conceito previsto nas disposições conjugadas do n.º 2 do art. 2.º e art. 10.º da LDC – que como demonstrado não está! – Incumpriu com o disposto no art. 44.º da LDC e violou o elementar princípio da individualização da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

pena bem como o princípio da proporcionalidade constitucionalmente consagrado no art. 226.º/e da CRP.

- D.** No processo *sub judice* verifica-se ainda que as ora Recorrentes, e o seu legal representante – Manuel Sevinate Sousa, nunca foram constituídos Arguidos, nem sequer lhes foi comunicado a existência de qualquer suspeita da prática de contra-ordenação, tendo sido violados os mais elementares direitos de defesa que lhes assistem, bem como os princípios constitucionais consagrados os arts. 25.º, 26.º, 32.º e 34.º da CRP, pelo que a decisão recorrida é nula.
- E.** **As declarações tomadas ao Arguido Manuel Sevinate Sousa nunca poderiam ser utilizadas para fundamentar a existência de uma qualquer infracção , pois foram obtidas de forma ilegal, sendo certo que na fase de instrução do processo não foram praticados actos legalmente obrigatórios (vd. arts. 59.º, 61.º e 120.º n.º 2 d) do CPP) pelo que a decisão recorrida é nula.**
- F.** A decisão recorrida sempre seria ainda nula por violação do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* (vd. artº 32ª n.º 2 da CRP), pois não se encontra demonstrado no presente processo, para lá de qualquer dúvida razoável, que as Arguidas ICA e Nordigal tenham trocado informações com as demais recorridas, tendo por objecto restringir ou falsear a concorrência;
- G.** Com efeito, e além do mais, não resulta demonstrado nos presentes autos que a ora Recorrentes ICA e NORDIGAL:
- tenham trocado informações com as demais Arguidas, tendo por objecto a restringir ou falsear as regras da sã concorrência;
 - Que tais informações tivessem um carácter sensível;
 - Que tal troca tivesse ocorrido entre os anos 1998 e 2007, de forma ininterrupta, como decorre do próprio texto da decisão recorrida, em que se refere uma alegada (mas não demonstrada) participação das Arguidas ICA e NORDIGAL apenas nos anos de 2003 a 2005, e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- que dessa alegada troca de informações tenha resultado qualquer benefício para as Arguidas ICA e NORDIGAL.

H) O ilícito de mera ordenação social tem como elementos essenciais um facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal, pelo no caso *sub judice* só constitui a prática ou omissão dolosa ou negligente de alguns dos factos descritos no art. 4.º da Lei n.º 18/2003.

I) No caso *sub judice* não se verifica qualquer conduta ilícita e censurável das ora recorrentes, susceptível de determinar uma contra-ordenação;

J) Com efeito, não resulta da decisão condenatória recorrida, nem da prova obtida no presente processo, que as Arguidas ICA e NORDIGAL:

- i) Tenham trocado informações com as demais Arguidas, tendo por objecto restringir ou falsear as regras da sã concorrência;
- ii) Que tais informações tivessem um carácter sensível;
- iii) Que tal troca tivesse ocorrido entre os anos de 1998 e 2007, de forma ininterrupta, como decorre do próprio texto da decisão recorrida, em que se refere uma alegada (mas não demonstrada) participação das Arguidas ICA e NORDIGAL apenas nos anos de 2003 e 2005, e
- iv) Que dessa alegada troca de informações tenha resultado qualquer benefício económico para as Arguidas ICA e NORDIGAL;

K) no despacho *sub judice* não foram também minimamente respeitados os critérios legais para a determinação das coimas aplicáveis, não se tendo atendido devidamente à gravidade da alegada contra-ordenação, culpa do agente, benefício e situação da impugnante, pelo que foi frontalmente violado o disposto no art. 18.º do DL 433/82, de 27 de Outubro e o princípio da proporcionalidade (vd. art. 266/2 da CRP).”

*

UNISELF e MATEUS DA SILVA ALVES alegaram em conclusões que:

“



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

CONCLUSÕES

1. Vem o presente recurso interposto da decisão do Conselho da AdC, de 31.07.2012, na qual esta Autoridade (i) condenou a Arguida Uniself no pagamento de uma coima de € 1.742.124,83 (um milhão setecentos e quarenta e dois mil cento e vinte e quatro Euros e oitenta e três cêntimos) pela alegada prática de duas infrações ao disposto no artigo 4º nº 1 da Lei 18/2003, por suposta participação num intercâmbio de informações sensíveis e celebração e execução de um acordo entre empresas que teriam impedido, restringido ou falseado, de forma sensível, a concorrência através da repartição de clientela no mercado das refeições e serviços de gestão e exploração de refeitórios, cantinas ou restaurantes ou outros espaços no âmbito da restauração coletiva; (ii) condenou o Arguido Mateus Alves (representante legal da Uniself) no pagamento de uma coima de € 5.000,00 (cinco mil Euros) pela alegada prática da infração prevista no artigo 47º nº 3 da Lei 18/2003, por associação a uma suposta troca de informações sensíveis; e (iii) condenou a empresa Arguida na sanção acessória de publicação da mencionada decisão.
2. O presente processo iniciou-se com a apresentação, em 2.2.2007, de um requerimento de clemência por parte de Manuel de Lancastre, no qual este declarou que as empresas aqui Arguidas teriam acordado a fixação de preços e quotas no mercado da prestação de serviços de fornecimento de refeições, nos sectores hospitalar, escolar, prisional, indústria e serviços, tendo tido lugar diversas diligências de prova, incluindo buscas e apreensões, até à decisão de 24.12.2009, na qual a AdC condenou os ora Arguidos nos mesmos termos e nas exatas coimas pelas quais foram condenadas na DI de que se recorre.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

3. Porém, tendo os Arguidos interposto recurso da mencionada decisão de 24.12.2009, o Tribunal do Comércio de Lisboa veio anulá-la, por sentença datada de 10.12.2010, julgado procedente a nulidade por omissão das diligências requeridas pela Arguida TRIVALOR.

4. Tendo realizado, de forma incompleta, inconclusiva e violadora dos direitos dos Arguidos em processo de contraordenação, as mencionadas diligências, a AdC proferiu a DI de que ora se recorre, a qual deve ser revogada pelas razões que se expuseram ao longo das alegações supra apresentadas, que se dão por integralmente reproduzidas e que aqui se sintetizam.

Quanto às questões prévias (Capítulo 2)

5. O desenvolvimento de práticas concertadas é, formalmente, uma contraordenação, prevista no artigo 4º da LdC e punido pelo artigo 43º nº 1 também da LdC, à qual se aplicam, por força dos artigos 19º, 22º e 49º da LdC, as regras do RGCO e, por via da remissão operada pelos artigos 32º e 41º nº 1 deste último Regime Geral, as regras, os princípios e as garantias consagrados para os ilícitos criminais.

6. Para que possa admitir-se a condenação pela prática deste tipo de ilícito, há, pois, que convocar os princípios e as garantias do direito e do processo penais sob pena de, assim não se considerando, ter de concluir-se que é inconstitucional - inconstitucionalidade que para todos os efeitos aqui se argui - a norma constante do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

artigo 43º nº 1 da LdC, quando desta norma decorra a não aplicação aos processos por infrações às regras da concorrência nela previstos das regras da Constituição Criminal, - em especial o direito de defesa, o princípio da presunção de inocência, o princípio da culpa, a estrutura acusatória do processo, o princípio da legalidade penal e os princípios relacionados com a retroatividade da lei sancionatória mais favorável e da irretroatividade da lei sancionatória mais desfavorável - na sua plenitude, porquanto tal violará os artigos 2.º, 20º, 29º, 30º e 32º da CRP.

7. Em primeiro lugar, verificaram-se condicionamentos no acesso ao processo, dos quais resulta a violação do disposto nos artigos 97º nº 5 do CPP e 18º, 20º 4 e 32º nº 10 da CRP.

Com efeito, apesar de a AdC ter disponibilizado o processo aos arguidos, fê-lo de forma incompleta e não sistematizada, o que impediu os Arguidos de adquirirem a perceção global da factualidade em causa, nomeadamente dos factos que a AdC lhes pretende imputar.

Nomeadamente, (i) até à presente data, os Arguidos continuam a não ter acesso integral ao processo uma vez que partes do processo mantêm-se confidenciais e a AdC apenas disponibilizou aos Arguidos a versão não confidencial do processo; e, (ii) por outro lado, a AdC limitou-se a expurgar o processo das fls. classificadas como confidenciais e a referir que a confidencialidade se deveria ao facto de as mesmas corresponderem a informações sujeitas a segredo de negócio das empresas envolvidas, o que fez sem discriminar e fundamentar suficientemente os elementos que teriam sido considerados confidenciais, assim violando, inclusivamente, o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

disposto no artigo 97º nº 5 do CPP.

A interpretação do artigo 26.º n.º 5 da LdC, no sentido de que a mesma determina a obrigatoriedade de salvaguardar o segredo de negócio das empresas, sem que tenha de ponderar-se a necessidade, adequação e proporcionalidade de tal salvaguarda em face do prejuízo da mesma decorrente para o direito de defesa do arguido em processo contraordenacional é inconstitucional, por violação do artigo 32.º n.º 10, 20.º e 18.º n.º 2 da CRP.

8. Em segundo lugar, foram omitidas diligências essenciais para a descoberta da verdade, o que, para além de contrariar o disposto nos artigos 50.º do RGCO e 32.º n.º 10 da CRP, determina a conclusão de que não foi integralmente cumprida a Sentença do TCL.

Na verdade, ao contrário do que os Arguidos esperavam, os pedidos de informação enviados pela AdC às diversas entidades acima identificadas na sequência da Sentença do TCL, não versaram sobre todas as questões cuja omissão de resposta os Arguidos tinham salientado.

Com efeito, relativamente às respostas do Hospital São José (Centro Hospitalar de Lisboa Central, EPE), tinham os Arguidos salientado que se encontrava em falta a resposta à questão sobre se, no âmbito do concurso n.º 3-3.3480/98, o melhor preço apresentado foi o da ICA.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Porém, no ofício da AdC remetido a esta entidade (constante de fls. 56521 e 56522) constata-se que não foi solicitada toda essa informação.

De igual modo, relativamente ao Hospital de Santo António (Porto), pediram os Arguidos na Primeira Pronúncia que o mesmo fosse oficiado para responder se, no concurso n.º 129/2005, houve renovações do contrato celebrado com a empresa ITAU e, em caso afirmativo, quantas renovações, sendo que, no ofício da AdC remetido a esta entidade (constante de fls. 56525) apenas foi solicitada informação sobre o Concurso n.º 124/2000, não tendo sido requerida qualquer informação ou esclarecimento quanto ao concurso n.º 129/2005.

Da mesma forma, nenhuma explicação para não ter sido colocada a questão dos Arguidos sobre o concurso n.º 129/2005 foi avançada pela AdC, nem os Arguidos foram notificados de qualquer despacho de indeferimento da diligência por si requerida.

Acresce que as respostas das entidades notificadas foram incompletas, em particular as da Unidade Local de Saúde de Castelo Branco.

O exposto significa que a AdC não cumpriu integralmente a sentença do TCL.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Adicionalmente, aos Arguidos não foi dada oportunidade para se pronunciarem sobre a posição da AdC sobre os documentos, o que os impediu de exercerem de forma efetiva o seu direito de defesa e o seu direito ao contraditório, previstos no artigo 32.º n.º 10 da CRP, atenta a omissão de indicação pela AdC da sua posição sobre os mencionados documentos.

9. Em terceiro lugar, não foi respeitado o direito de defesa dos arguidos no plano dos factos, na medida em que a AdC considerou como factos meras conclusões, opiniões e deduções, em violação do disposto no artigo 283º nº 3 do CPP, do direito de audição e defesa do arguido e também do princípio da presunção de inocência, ínsitos nos artigos 32.º n.º 10 e 30º nº 2 da CRP respetivamente e consagrados a nível internacional nos artigos 6º nº 2 e 48º da Carta Europeia dos Direitos do Homem.

Isto porque, quanto às imputações da prática restritiva da concorrência correspondente à troca de informações sensíveis e da realização de um acordo restritivo da concorrência a AdC não realizou, na DI, uma verdadeira operação de enunciação dos factos que a levaram a concluir pela prática, pelos Arguidos, dos ilícitos que lhes são imputados.

Por outro lado, quanto à natureza sensível da informação alegadamente trocada entre as empresas Arguidas, a AdC assenta a sua fundamentação em elementos claramente insuficientes para permitir que tal asserção seja rebatida por cada uma das empresas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Também relativamente ao acordo restritivo da concorrência alegadamente celebrado pelos Arguidos, não apresenta a AdC factos concretos que permitam concluir pela sua existência, assentando tal matéria trazida para a DI pela AdC, em meras conclusões, juízos e presunções da mesma autoridade.

Quanto aos efeitos do acordo, a própria AdC assume não ter indicado factos relativamente a tais elementos, uma vez que depois de indicar os objetivos subjacentes ao acordo, assume que *“[o] contexto económico e a própria estrutura do mercado relevante, bem como os comportamentos das empresas participantes, geraram diversas perturbações no funcionamento do acordo, o qual poderá não ter tido a efectividade pretendida pelas arguidas, nem produzido inteiramente os efeitos de afectação concorrencial substancial em benefício das mesmas, por elas pretendidos”* (cf. § 769 da DI)

Acresce que os dados elencados pela AdC para tentar demonstrar o sistema de compensação mútua correspondem a meras conclusões e extrapolações efetuadas pela AdC, a partir de depoimentos de testemunhas que, como infra melhor se verá, possuem uma credibilidade reduzida.

Por outro lado, também a AdC não evidenciou com base em factos de que forma permitia o suposto acordo assegurar, à empresa ganhadora, a manutenção do cliente através de um suposto direito de preferência, e isto porque nem a vitória



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

num concurso, nem a sua perda, podem ser, sem mais, considerados como factos comprovativos do respeito pela preferência e do respeito pela compensação.

Além do mais, não se encontram na DI os factos concretizadores do elemento subjetivo do tipo contraordenacional imputado aos Arguidos.

10. Em quarto lugar, a AdC considerou provados factos porque não teriam sido contestados pelos Arguidos – entre outros, ver § 682, 666 e 667 da DI – o que é contrário ao princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, ínsitos no artigo 32º n.ºs 2 e 5 da Lei Fundamental.
11. Em quinto lugar, também o princípio da culpa e, por conseguinte, a estrutura acusatória do processo penal e o princípio da presunção da inocência não foram integralmente respeitados, na medida em que a DI:
 - a) atribui factos e culpas indeterminados e indiscriminadamente a todos os Arguidos no presente processo relativamente a todos os factos que veio a considerar subsumíveis nos dois tipos de ilícito que imputa, não individualizando, na maioria das vezes, os factos que julga deverem ser atribuídos a cada Arguido em concreto e sem especificar a suposta culpa de cada um;
 - b) limita-se a tecer considerações genéricas sobre factos que julga terem ocorrido, socorrendo-se de meras convicções não sustentadas e sem as fazer acompanhar de factos e provas concretos;
 - c) “esquece-se” de atribuir culpas relativamente a factos que relata e que considera suscetíveis de responsabilização contraordenacional; e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

d) no caso concreto dos representantes das empresas Arguidas, como é o caso do Arguido Mateus Alves, baseia-se na “responsabilidade funcional” para lhes imputar responsabilidades.

12. Em sexto lugar, a AdC violou ainda os direitos de audiência e defesa dos Arguidos no plano do Direito porquanto apresentou um conjunto de factos, de considerações económicas e jurídicas e de conclusões que imputou genericamente aos Arguidos, acrescentou depois algumas referências à imputação subjetiva, à culpa e à determinação da medida da sanção e tudo para concluir que dessa amálgama de considerações fácticas e jurídicas, os Arguidos teriam mantido uma prática proibida, ou seja, trocado informações com outras empresas e celebrado um acordo restritivo da concorrência.

Ou seja, em bom rigor, a AdC não apresenta a necessária operação de subsunção do comportamento de cada um dos Arguidos aos concretos elementos do tipo contraordenacional pelo qual as mesmos surgem acusados, limitando-se a relatar factos e convicções suas para concluir, a final, e sem se perceber em que medida, pela prática do ilícito que decorre da DI.

13. Em sétimo lugar, e ainda que estivesse na disponibilidade da AdC alterar a sua perspetiva factual e a sua perspetiva jurídica dos factos (em particular quanto à consideração dos efeitos dos comportamentos e da prova desses efeitos), não podia ter deixado de comunicar tais alterações aos Arguidos, conforme impõem os artigos 358.º e 359.º do CPP *ex vi* artigo 41.º n.º 1 do RGCO e, sobretudo, como o impõe o direito de defesa dos arguidos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Na verdade, a AdC não notificou os Arguidos para se pronunciarem sobre a nova perspetiva que tinha dos factos nem sobre os novos factos, em particular relativamente aos elementos adicionais produzidos relativamente aos efeitos das práticas em causa.

Acresce que a AdC, de forma mais ou menos evidente, mas efetiva, veio a alterar a configuração do tipo objetivo, moldando-o à prova que entretanto foi feita e que contraria a configuração inicial do mesmo (neste sentido, compare-se o § 863 da primeira DI o parágrafo paralelo da segunda DI, o § 898.

Por outro lado, a AdC alterou a sua abordagem do ilícito, desintegrando completamente a prova produzida quanto à matéria dos efeitos da análise da estrutura da infração.

14. Em suma, foi preterido o direito de defesa dos arguidos consagrado nos artigos 32º da CRP, 50º do RGCO e 19º n.º 1 e artigo 26º da LdC, o que configura uma nulidade insanável que aqui se argui, nos termos do artigo 119.º n.º 1 alínea c) do CPP.

Termos em que deve concluir-se que a AdC violou direitos fundamentais consagrados no artigo 32º da CRP e nos artigos 50º do RGCO e 19º n.º 1 e 26º da LdC e que tal violação redundava numa nulidade insanável, nulidade essa que desde já se vem arguir para todos os efeitos legais, correspondendo à falta de fundamentação da DI, em violação directa do disposto nos artigos 205º n.º 1 da CRP, 58º n.º 1 alínea b) do RGCO e 374º n.º 2 e 379º n.º 1 alíneas a) e b) do Código de Processo Penal.

Sendo inconstitucionais por violação dos artigos 32º n.ºs 5 e 10 e 205º n.º 1 da CRP as normas correspondentes aos artigos 50º do RGCO e 26º n.ºs 1 e 4 da Lei da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Concorrência na interpretação de que não é necessário a autoridade administrativa relevante:

- a) fundar a sua decisão condenatória em concretos factos, bastando-se com a aplicação de conceitos por si definidos e interpretados de acordo com teorias e com meros exercícios de raciocínio;
- b) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre os novos factos e respetivo enquadramento constantes da DI antes de esta ser proferida, apresentando a sua versão dos mesmos;
- c) dar ao arguido a oportunidade de contraditar convenientemente todos os elementos constantes do processo, incluindo aqueles que a AdC classifica como confidenciais;
- d) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre a versão e o enquadramento jurídico que a autoridade administrativa pretenda aplicar aos factos que estão na origem da censura que se pretende fazer ao arguido; e/ou
- e) dar ao arguido a oportunidade de se pronunciar convenientemente sobre a sanção (ou sanções) que a autoridade administrativa considera dever ser aplicada ao arguido no caso concreto antes da respetiva condenação.

15. Também não foram respeitados os **princípios aplicáveis em matéria de prova**.

16. Em primeiro lugar, as declarações do requerente de clemência são nulas, dado que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

(i) Manuel Lancaestre apresentou uma situação de facto à AdC que, por um lado, não tem correspondência com a realidade e, por outro lado, foi já esclarecida por cada um dos Arguidos no processo; (ii) a especial valoração que se impõe do depoimento do coarguido não foi realizada no presente processo pela AdC que adotou uma postura acrítica relativamente aos depoimentos do requerente de clemência; e (iii) o requerente de clemência é coarguido, pelo que o respetivo depoimento não pode ser utilizado como meio de prova relativamente a outros coarguidos.

Acresce referir que, aproximando-se o instituto da clemência da confissão por coarguido, as declarações do requerente de clemência, face às alegações dos restantes Arguidos, não podem deixar de suscitar dúvidas quanto à sua integridade e total veracidade (veja-se o artigo 344º do CPP, aqui aplicável por remissão).

Apesar de a AdC referir que o requerimento de clemência apenas teria servido para dar conhecimento de uma eventual infração, a verdade é que se constata que foi o elemento principal de prova valorado pela AdC para imputar as práticas de que os Arguidos vêm acusados, tendo a AdC não diligenciado pela procura da verdade material, dispensando-se de investigar temas importantes como enquadramento pessoal e profissional do requerente de clemência o que violou o direito de defesa dos Arguidos no plano das provas.

17. Em segundo lugar, a AdC valorou erradamente a prova testemunhal produzida, não tendo respeitado as regras aplicáveis à recolha de depoimentos testemunhais.

Com efeito, a AdC negligenciou o facto de algumas das testemunhas hostis inquiridas (Armando Lopes Carraca, Manuel Reis e Maria Carolina Nogueira) serem



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

ex-funcionários de uma das Arguidas do presente processo - a EUREST - que saíram da empresa na sequência de processos disciplinares que lhes foram instaurados, tendo valorado excessivamente os seus depoimentos

Por outro lado, em violação dos artigos 128º e 129º nº 1, ambos do CPP, a AdC considerou (e com bastante relevância) diversos depoimentos indiretos, nomeadamente os de Armando Carraca (cf. § 592 a 602 e § 826, conjugados com o § 49 da DI) e Maria Carolina Magiol Nogueira (cf. § 549, § 627 a 632, § 826 e § 871).

Acresce que, em diversos depoimentos recolhidos pela AdC para esta Autoridade tentar obter a confirmação das declarações do requerente de clemência e coarguido, as testemunhas foram confrontadas com as declarações deste, o que compromete seriamente a espontaneidade dos depoimentos, sendo certo que depoimentos condicionados não podem ser considerados como meio de prova admissível em Tribunal, nos termos do artigo 126º nº 1 do CPP.

Esta “técnica” de inquirição constituiu um método enganoso de prova, sendo, por isso, inadmissível em função do preceituado no artigo 126º nº 2 alínea a) (*in fine*) do CPP *ex vi* artigo 41º do RGCO.

Para além do mais, muitos desses depoimentos foram lidos aos depoentes de forma truncada e não contextualizada, nunca tendo a AdC conferido aos depoentes a possibilidade de lerem na íntegra as declarações com que foram confrontados.

Quando confrontados com esses excertos, os declarantes acabaram por ser induzidos a produzir afirmações que, de outro modo, provavelmente não profeririam, ou a confirmar factos sobre os quais não teriam pleno conhecimento,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

perturbando inclusivamente a capacidade de memória e de avaliação do declarante, violando esta situação o disposto nos artigos 126º nº 2 alínea b) e 138º nº 2 do CPP

Nesta situação encontram-se os depoimentos de Manuel Reis (fls. 21463), de Vítor Lopes (fls. 21748), de Maria Carolina Magiol Nogueira (fls. 29981), José Araújo (fls. 29971), Luís Neves (fls. 29975), José Luís Cordeiro (fls. 29967), Manuel Correia (fls. 30102), Mateus Alves (fls. 30098), Cecília Grilo (fls. 30121), Carlos Moura (fls. 30091) – todos os representantes legais à exceção de Manuel Sevinate de Sousa (representante legal da ICA).

Apesar de as testemunhas poderem ser confrontadas com documentos constantes dos autos, a verdade é que, na grande maioria dos casos, foram os depoentes – testemunhas e representantes legais dos Arguidos – confrontados com aglomerados de documentos soltos, que não constavam ainda dos autos, pelo que a valoração de tais depoimentos viola o disposto no artigo 138.º n.º 4 e 140.º n.º 5 do CPP.

18. Em terceiro e último lugar, a prova obtida no âmbito de diligências de busca e apreensão é nula, tendo sido violados os artigos 174º nº 3, 176º, 177º e 179º do CPP, conjugados com o artigo 42º nº 1 do RGCO e frontalmente desrespeitado o artigo 34º da CRP.

Com efeito, mesmo a AdC no uso dos poderes de inquérito que lhe são conferidos ao abrigo das normas constantes do artigo 17º, nº 1 alínea a) e n.º 2 da Lei 18/2003, de 11 de Junho, encontra-se sujeita ao princípio de reserva de juiz, sendo que as buscas efetuadas pela Autoridade – a serem possíveis – só seriam admissíveis se efetuadas, ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 269º do CPP, com prévio



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

despacho de juiz que o autorizasse, sendo por isso toda a prova apreendida neste processo, nas sedes das empresas Arguidas, na medida em que estas beneficiam da proteção conferida no artigo 8.º da CEDH, nula.

Mas ainda que se entenda que o magistrado do Ministério Público era competente para autorizar as referidas buscas, o que não se aceita, tais buscas sempre careceriam de autorização bastante, dado que não se encontra no processo o relatório elaborado pela AdC no qual se expliquem os fundamentos do pedido de autorização das diligências de busca e apreensão que terá sido dirigido ao Ministério Público e para o qual o despacho do magistrado do Ministério Público de 6.2.2007 remete logo na primeira linha como contendo a fundamentação necessária para autorizar as referidas diligências.

Ora, tendo em conta que o conteúdo do referido relatório deve ser parte integrante do despacho do Ministério Público, sem esse relatório não é possível compreender se o mencionado despacho é ou não justificado, sendo, por essa razão, impossível contestar plenamente o seu fundamento.

Como tal, não poderão valer como prova contra os Arguidos, todos os documentos apreendidos nas suas sedes, ou seja, os documentos constantes de fls. 367 a 497 (ICA), 498 a 698, 2717 a 2965, 2968 a 9098 (Sodexo), 3102 a 3441, e de fls. 3443 a 4764 (Uniself), 4768 s 5319 (Itau), 700 a 1062, 1901 a 2351, 2354 a 2711 (Gertal), 1491 a 1899, 5325 a 5522 (Eurest), os quais foram utilizados para elaborar considerações, extrair conclusões e fundamentar a DI (cf., a título exemplificativos, os § 515 a § 521, § 524, § 528, § 532, § 534 a § 542, § 556 a § 560, § 573, § 5740, § 576, § 583, § 638, § 681, § 683, § 686, § 691, § 847 a 855 da DI).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Para além do mais, o despacho com base no qual foram lavrados os mandados de busca e apreensão apresentados aos arguidos e seus representantes legais aquando das diligências de busca, não autorizava expressamente a apreensão de correspondência, o que atentando ainda à proteção concedida pela própria CRP à inviolabilidade da correspondência – artigo 34º nº 4 da CRP – significa que a AdC não tinha autorização para apreender qualquer tipo de documento ou comunicação que possa ser considerada como correspondência, nomeadamente a de fls. 415 a 417, 418 a 422, 1772 a 1774, 2147, 3105, 3111, 3113, 3116, 3118 a 3123, 3130 a 3132, 3140, 3141, 3144 a 3146, 3148 a 3150, 3159, 3408, 4982, 4983, 4997 a 4999, 5021 a 5023 a 5027, 5033 a 5036, 5038, 5039 a 5041, 5042 a 5048, 5050, 16277 a 16279, 16309, 16340, 21587.

No caso concreto da Uniself foram apreendidos duas cartas e diversos faxes com destinatários definidos (cf. tabela em anexo ao auto de apreensão - fls. 3101 a 3104).

As provas obtidas por ingerência na correspondência são nulas, não podendo, nos termos do artigo 126º do CPP, ser utilizadas, a não ser que seja obtido o consentimento do titular (do direito à inviolabilidade da correspondência), o que não sucedeu neste caso.

Quanto à não subsunção do comportamento dos Arguidos nos tipos contraordenacionais em causa (Capítulo 3)

19. Da prova que se encontra nos autos não resulta que a UNISELF e Mateus Alves tenham praticado os ilícitos pelos quais veem condenados, impugnando-se expressamente todos os factos alegados pela AdC nesse sentido.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

20. Antes de mais a AdC estava obrigada por força do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 a aplicar, não apenas o artigo 4.º da LdC, mas também, nos mesmos termos, com os mesmos fundamentos e em simultâneo, o artigo 101.º do TFUE, posto que dos autos resulta manifesta a suscetibilidade de afetação do comércio entre Estados-membros no pressuposto de que a restrição da concorrência se desse como comprovada.

21. É conseqüentemente necessário concluir que a AdC não pode, sob pena de violação do direito comunitário diretamente aplicável, *in casu*, o Regulamento 1/2003, aplicar o artigo 4.º da LdC à prática concertada e ao acordo entre as Arguidas nos termos em que a caracteriza nos autos.

22. O ónus da prova da infração pertence à Autoridade encarregada de tutelas as regras de defesa da concorrência, *in casu* a AdC e, nesse sentido, incumbe à Autoridade apresentar provas para basear uma convicção firme de que foi cometida a infração. Ao Tribunal cabe verificar se esses elementos de prova são ou não suficientes para demonstrar a existência da infração que é imputada à empresa.

23. Pese embora o princípio geral seja a livre apreciação da prova, os Tribunais Europeus têm vindo a sustentar a necessidade da reunião de um acervo probatório suficientemente preciso, credível e consistente para estabelecer o ilícito.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

24. Um único elemento probatório só será suscetível de demonstrar isoladamente a existência de uma infração se o seu valor probatório for inquestionável e se permitir comprovar de uma forma segura a existência da infração.

25. Em caso de dúvida, vigora o princípio *in dubio pro reo*, pelo que o nível de prova exigido às Autoridades é relativamente elevado, sendo inoportuna, para não dizer ilegítima, a abusiva alusão à menor ressonância ética do direito contraordenacional, para todos os efeitos um direito sancionatório que admite a possibilidade de aplicação de coimas superiores à multa mais elevada admissível em direito penal.

26. Partindo destes princípios, o presente caso não passa no teste *standard of proof* das práticas concertadas e dos acordos entre empresas, devendo, em consequência, os Arguidos ser absolvidos por ausência de prova suficiente pela Autoridade (a quem cabia a prova) dos elementos integradores do tipo, sob pena de violação do disposto nos artigos 2.º e 32.º n.ºs 2 e 5 da CRP.

Assim,

27. O impacto de uma prática restritiva, seja ela qual for, tem de ser aferido por referência ao mercado em que produz efeitos – mercado relevante – e à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

importância que as empresas em causa têm nesse mercado.

28. A delimitação do mercado relevante do produto exige a realização de um conjunto mais ou menos complexo de exercícios incluindo: (i) a análise das características do produto e da sua utilização projetada; (ii) a ponderação da importância conferida pelos clientes a essas características; (iii) a estimativa da elasticidade e elasticidade cruzada; (iv) a identificação de preferências dos clientes fundadas em estudos de *marketing* e inquéritos apropriados; (v) a deteção de entraves e custos associados à transferência da procura para potenciais produtos de substituição (custos de substituição).
29. A AdC não realiza qualquer exercício credível tendente a delimitar o mercado relevante para efeitos de aplicação das disposições alegadamente violadas, não se reporta a precedentes claramente identificados e contextualizados, não observa as exigências da jurisprudência na matéria.
30. Não são referidos quaisquer factos ou fontes que permitam: (i) delimitar o mercado em causa; (ii) saber que empresas nesse mercado efetivamente operam; (iii) quais os volumes de negócios dessas empresas que, quando confrontados com os das Arguidas, permitem apurar percentagens indicativas das quotas de mercado.
31. A DI é omissa em elementos que sirvam de apoio às conclusões que a AdC extrai das



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

alegadas quotas de mercado e que são decisivas para o preenchimento do tipo contraordenacional e para a avaliação da sensibilidade e gravidade da suposta restrição.

32. Na ausência de uma correta e exaustiva caracterização dos produtos e do seu mercado, na perspetiva da oferta e da procura, estão prejudicadas as demais considerações que a AdC possa tecer, ainda que com alusões fragmentadas a alguns aspetos do seu funcionamento, sobre a natureza e os efeitos dos comportamentos atribuídos às Arguidas. Isto basta para dar como não provada a prática de qualquer infração.

33. Sem prejuízo, e relativamente à alegada prática concertada de troca de informações, a infração não foi definida pela AdC de forma clara e precisa, nem quanto ao seu objeto nem quanto aos seus efeitos, tendo apenas sido especulado sobre os seus possíveis efeitos e deixado claro que não tinha relação com o alegado acordo entre as arguidas como decorre do § 760 da DI, quando se diz que *“não result[a]m dos autos quaisquer indícios que indiquem que tais trocas de informação ocorressem em preparação ou por causa do acordo entre empresas.”*

34. Na ausência de tipificação expressa da troca de informações na LdC, em particular no seu artigo 4.º n.º 1, e afastada a hipótese de ser coadjuvante do alegado acordo de repartição de clientela através de um sistema de preferências e de compensação mútua é indispensável, sob pena de absolvição dos aqui Arguidos, a exaustiva



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

caracterização da troca de informações e dos seus efeitos sob pena de impossibilidade de contraordenação por violação do princípio constitucional da legalidade (artigo 29.º da CRP).

35. O que os Arguidos defendem – em linha com a jurisprudência do TCL¹ – é que a única interpretação e a única aplicação conformes à Constituição da República Portuguesa passa necessariamente por complementar o n.º 1 do artigo 4.º da LdC com a especificação do respetivo conteúdo por forma a ser possível identificar os comportamentos e resultados proibidos.
36. Decorre das Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (2011/C 11/01), que sintetizam a prática administrativa da Comissão e a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a matéria, que as trocas de informações entre concorrentes podem gerar diversos tipos de ganhos de eficiência e/ou podem igualmente provocar efeitos ou ter um objeto restritivo da concorrência a ponderação. A avaliação é necessariamente casuística e tem de atender às circunstâncias de cada caso concreto, designadamente à estrutura do mercado e a natureza e âmbito da informação trocada.
37. Desde logo a análise da estrutura do mercado foi, na DI, no mínimo insuficiente

¹ Sentença do TCL, 4.º Juízo, de 25.6.2012, proc. n.º 178/09.8 TYLSB, págs. 41 e 42.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

posto que o mercado relevante não foi sequer caracterizado de acordo com as boas práticas e as exigências mínimas.

38. Em seguida, há que ter presente a necessidade de distinguir os casos em que a troca de informações é auxiliar ou coadjuvante de outra prática anti concorrencial – hipótese que a AdC pareceu afinal afastar na DI - dos casos em que a troca de informações traduz um comportamento desligado de tais situações, é por assim dizer autónoma e só pode ser vista, ou não, como uma restrição em si mesma.
39. Em regra, este último tipo de situações não pode ser qualificado como uma restrição por objeto². Pelo contrário, só a análise dos efeitos do comportamento atentas as características da informação, do sistema de troca e do mercado permitirá concluir se o intercâmbio de informações é, ou não, restritivo da concorrência.
40. Não bastam pois considerações abstratas relativamente à aptidão para a produção

² Cf. entre outros: Shaun Goodman, in *EU Competition Law. Volume III, Cartels and Horizontal Agreements*, Claeys & Casteels, Leuven, 2007, p. 63; Richard Whish, *Competition Law*, Oxford, Sixth Edition 2009, p. 527 e 528. Cf. acórdão do TJUE de 23.11.2006, no processo C-238/05 *Asnef-Equifax*, § 48: “Os registos como o que está em causa no processo principal não têm, assim, por objectivo, pela sua própria natureza, impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, na acepção do artigo [101].º, n.º 1, CE, por conseguinte, compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se não têm esse efeito”. A troca de informações em si mesma pode ser restritiva por objeto quando sirva para fixar preços (cf. acórdão do TJUE de 4.6.2009, no processo C-8/08, *T-Mobile Netherlands v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

de efeitos e especulações sobre a finalidade de encontros, designadamente no âmbito de atividades associativas que, salvo prova em contrário, são inócuos na perspetiva da legislação de defesa da concorrência.

41. Não basta sequer que a troca de informações verse sobre segredos de negócio suscetíveis de aumentar indesejavelmente a transparência.

42. Mesmo nos casos em que se trata de segredos de negócio, os efeitos anti competitivos indesejáveis de uma maior transparência dependem de vários outros fatores que é necessário levar em consideração: (i) estrutura do mercado relevante (i.e., grau de concentração, existência de barreiras à entrada, concorrência residual, simetria de custos e quotas de mercado entre os participantes, presença de um ou mais “mavericks”, etc.); (ii) fatores chave da concorrência (i.e., concorrência pelo preço vs. concorrência pela qualidade); (iii) características do produto (i.e., produtos homogéneos vs. produtos heterogéneos); (iv) características da procura (i.e., elasticidade da procura, existência de poder de compra) e (v) capacidade para implementar um equilíbrio colusivo tácito através de mecanismos de punição credíveis.

43. A troca de informações que são públicas, em especial para a generalidade dos concorrentes de determinado setor, como é o caso, não é em princípio capaz de restringir por si mesma a concorrência, sejam essas informações mais ou menos recentes ou atuais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

44. Ora, além de ser errada a qualificação da informação trocada pelas arguidas como segredo de negócio, porquanto a informação sobre quem, arguido ou não, nos últimos meses, ganhou ou perdeu concursos públicos, quantas refeições foram adjudicadas nesses concursos, qual o volume de vendas que lhes está associado de acordo com a informação resultante desses concursos, são públicas e não são segredo de negócio,
45. tal como não é segredo de negócio a forma como essa informação é trocada sob pena de qualquer comunicação minimamente organizada revelar um segredo de negócio,
46. é manifesto que a DI é omissa quanto à contextualização factual mínima indispensável à avaliação da troca de informações sob a perspetiva do direito da concorrência. A DI não enuncia nem prova factos. Faz especulações.
47. A AdC alega por isso que o problema da troca de informações se reconduz também às poupanças que a cooperação proporcionaria às arguidas quando confrontada com o levantamento da mesma informação por cada uma delas, mas não quantifica minimamente essa poupança nem a sua importância relativa, nem a vantagem para quem a circula e para quem não tem acesso a ela por essa via. Ora essa quantificação é indispensável para se perceber a sensibilidade e relevância da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

alegada restrição

48. A AdC não faz prova de que tivesse havido qualquer acordo entre os arguidos no sentido de excluir outros concorrentes da troca de informações e não faz prova de que a informação circulasse sempre com origem de um arguido a todos os demais arguidos.
49. Ora, como a Comissão refere nas suas Orientações de 2001, só o “intercâmbio de informações comerciais sensíveis coloca os concorrentes que não participam no sistema de intercâmbio numa situação de desvantagem concorrencial significativa relativamente às empresas participantes. Este tipo de evicção só é possível se as informações em causa forem de grande importância estratégica em termos de concorrência e abrangerem uma parte significativa do mercado relevante”.
50. Não é o caso. Não se trata de informação comercial sensível e não foi feita prova de qualquer risco sério de encerramento anti concorrencial (cf. parágrafo 70).
51. No que toca muito especialmente ao envolvimento das Arguidas, as informações trocadas entre a Uniself e as demais Arguidas foram apenas as seguintes:
- a) valores de propostas apresentadas em concursos públicos (ex. Santa Casa da Misericórdia de Lisboa) e cópias de adjudicações conhecidos, pelo menos, de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

todos os concorrentes a esses concursos;

b) mapas de aberturas de encerramento e de abertura de unidades da EUREST (fls. 3108, 3113, 3118, 3121, 3140, 3141, 3145 e 3148), da Sodexho (fls. 3111), da ITAU (fls. 3116, 3123, 3139, 3146, 3147 e 3150) e da GERTAL (fls. 3122);

c) descrição de novos contratos agregando elementos respeitantes a várias empresas (fls. 3120) e referentes a vários concursos públicos incluindo empresas do sector que não foram constituídas Arguidas no presente processo (fls. 3137, 3144 e 3149);

d) tabelas gerais com dados referentes a serviços prisionais (fls. 3125-3127);

e) informação referente a questões laborais dos funcionários afetos a “unidades” (fls. 115).

52. Nenhuma informação trocada contém matéria confidencial, incluindo segredos de negócio, nem mesmo o documento enviado pela Sodexho à Uniself em 26.11.2003 (fls. 16564).

53. Não resulta do processo qualquer prova de que a Uniself tivesse enviado às demais Arguidas informações relativas a volumes de vendas individualizados por cliente, agregados, ou não, por período temporal, com termos de comparação e respectiva evolução anual e definição de circunscrição geográfica, consoante as zonas de actuação da empresa ou respectivas delegações.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

54. A Uniself nunca enviou ou recebeu das demais Arguidas informações sobre custos de produção (cf. § 528 da DI)³ sendo aliás de salientar que as declarações do requerente de clemência e de outras testemunhas (cf. § 529 e § 546 da DI) são concordantes relativamente a este ponto uma vez que reconhecem que a informação trocada não incluía preços, mas apenas refeições/dia, zona geográfica e empresa beneficiária ou perdedora da abertura/encerramento.
55. O âmbito da troca de informações entre a Uniself e as demais arguidas é pois o de elementos obtidos em concursos públicos ou de elementos tornados públicos em processos de adjudicação de serviços realizados por entidades privadas.
56. A Uniself não transmitiu às demais arguidas nem delas recebeu informações sobre concorrentes não arguidos que não estivessem incluídas em informação relativa a todos os concorrentes participantes em concursos públicos.
57. Parte da informação trocada entre a Uniself e as demais arguidas encontra-se também disponível em publicações e nos sítios Internet das empresas ligadas ao sector.

³ A alegada troca de informações relativas a preços e custos de produção é sustentada pela AdC num único documento do qual constam tabelas de preços praticadas pela Eurest encontradas nas instalações da Gertal (cf. fls. 760 e 761).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

58. Contrariamente ao que a AdC afirma a informação trocada não permite “*determinar*” com rigor as quotas de mercado e não permite seguramente “*determinar*” quaisquer “*margens comerciais*”. A AdC não explica sequer como chega a tal conclusão.
59. A informação trocada pelas Arguidas permite apenas melhorar o conhecimento do mercado o que é um fim legítimo, tendo valor para qualquer gestor na medida em que o ajuda a atingir as metas da organização, ou seja, a melhorar o desempenho e a competitividade da empresa.
60. A troca de informações ocorreu pois em condições e com propósitos perfeitamente legítimos e compatíveis com o artigo 101º do TFUE e com o artigo 4º da Lei nº18/2003, tal como a Comissão realça logo no início das suas Orientações de 2011 ao dizer: “Os intercâmbios de informações constituem uma característica comum de muitos mercados concorrenciais que podem gerar diversos tipos de ganhos de eficiência e resolver o problema das assimetrias de informação, tornando os mercados mais eficientes. Por outro lado, as empresas podem melhorar a sua eficiência interna, realizando comparações com as melhores práticas dos seus concorrentes”.
61. Isto nada tem de anormal ou de ilegal.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

62. Se a indução de uma confiança mútua inerente à troca de informação fosse censurável, toda a troca de informação o era.
63. Para todos os efeitos é falso, e, aliás, ao processo não foi trazida qualquer prova disso, que o intercâmbio abrangesse informação *“relativa à actividade comercial, nuclear, de cada empresa Arguida”* e de *“informação comercial interna de cada empresa”* (cf. § 692 da DI).
64. A Uniself ignora o que a AdC considera ser *“nuclear”* e *“interno”*. Trata-se de informação pública, ou seja, acessível a concorrentes e a clientes.
65. Ainda que assim não fosse, e que por absurdo se entendesse que a informação em causa não era pública, conhecida e/ou facilmente conhecível, dadas as características dos serviços e produtos em causa e do mercado em que as empresas concorrem, a concertação descrita não poderia contribuir para reduzir sensivelmente a incerteza própria do funcionamento do dito mercado e a AdC não provou que pudesse.
66. Mesmo no pressuposto de o mercado em causa se apresentar relativamente concentrado (o que, contudo, é negado pela AdC no § 936 da DI) e mesmo no pressuposto de as Arguidas representarem cerca de 60% do dito mercado, a verdade é que a troca de informações deixaria de fora operadores que representam cerca de 40% do dito mercado. Isto, no pressuposto de que estes factos estão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

provados, e sabemos que não estão.

67. Além de que entre 1998 e 2007 entraram no mercado, entre outras, as seguintes empresas: Solnave, Solnutri, Narest, Serunion, Sector Mais, Brilha Alimentar, Somanjar, Resnove, Vigold, Refeitoral, Refeitejo, Amil e Home Rest.

68. Estas circunstâncias bastariam para impedir uma redução suficiente e eficaz da incerteza relativamente ao comportamento do mercado e dos concorrentes e em concreto à disputa dos clientes com vista a satisfazer as suas necessidades específicas e pouco homogéneas.

69. Não foi feita qualquer prova de que as Arguidas tenham trocado com as demais estudos efetuados com recurso à informação trocada, nem análises comerciais ou estratégicas comerciais das próprias Arguidas.

70. Também não foi feita qualquer prova de que as arguidas tivessem acordado qualquer periodicidade para a troca de informação, nem o concreto conteúdo e apresentação da informação objeto de intercâmbio, nem entre quem devia a informação ser trocada.

71. Em conclusão, a participação no intercâmbio de informações de que a Uniself vem



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

acusada, não violou nem o artigo 101º do TFUE e nem o artigo 4º da Lei nº18/2003.

72. Da análise que efectuámos com base nos factos e na prova invocados pela AdC resultou claro que:
- a) a troca de informações entre a Uniself e as demais Arguidas se reportou essencialmente, diríamos exclusivamente, a alguns dos dados tornados públicos por ocasião de procedimentos concursais em que a Uniself e ou as demais Arguidas participaram;
 - b) tais elementos de informação incluíam apenas a indicação de quem abriu o concurso, quando teve lugar, quem ganhou cada concurso e quem o perdeu (antigo fornecedor), número de refeições adjudicadas;
 - c) as únicas informações de preços objecto de intercâmbio foram as divulgadas nos ditos concursos, ou seja, valores totais e/ou unitários da prestação de serviços adjudicada, acrescendo a isso que produto – refeições – está longe de ser homogéneo;
 - d) a referida informação reportava-se apenas a concursos cujo processo de adjudicação tinha já sido concluído e era trocada com regularidade variada, da forma como cada uma das Arguidas a agregava, cobrindo períodos de vários meses e/ou anuais;
 - e) a informação era trocada numa base de reciprocidade, entre operacionais das Arguidas envolvidos nos ditos concursos, não existindo prova de que não tivesse sido ou pudesse ter sido trocada também numa base de reciprocidade com outras empresas do sector.
73. Como foi explicado, tendo em conta que a informação em causa era pública, não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

constituía segredo de negócio, não se reportava a intensões futuras e não era portanto sensível, não existe qualquer base para sustentar que o seu intercâmbio deva ser qualificado como uma infracção por objecto.

74. A AdC não produziu qualquer prova dos efeitos da troca de informações no contexto em que ocorreu, não bastando presumir, com base em considerações genéricas e carecidas de fundamento, que tais efeitos não só existiram mas foram sensíveis.
75. A AdC especula mas não prova que as informações fossem imprescindíveis (§ 717 da DI), que a facilidade de compilação decorrente da cooperação traduzisse uma vantagem competitiva sensível (§ 717 da DI), que fosse recolhida e circulada com regularidade de forma agregada e sistematizada (§ 719 da DI), que fosse importante ou imprescindível e não apenas útil para o melhor conhecimento do mercado e a definição de estratégias comerciais (§ 718 da DI), que fosse detalhada por empresa concorrente e relativa a cada concorrente e não a dados conhecidos do mercado (§ 720 da DI), que sendo pretérita a maior ou menor antiguidade fosse suscetível de prejudicar a concorrência (§ 721 da DI) que contribuísse para reduzir a incerteza quanto ao comportamento futuro das arguidas (§ 722 e 723 da DI) ou para reforçar laços de confiança (§ 760 da DI) ou para coadjuvar qualquer tipo de acordo entre as arguidas (§ 761 da DI).
76. Não ficou assim provado que a conduta da Uniself e conseqüentemente a do Arguido Mateus Alves preenchesse os elementos típicos da prática concertada entre empresas que tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência num todo ou em parte do mercado nacional nos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

termos do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003.

77. Acrescente-se que, do ponto de vista subjetivo, nas circunstâncias descritas, a Arguida AdC não atuou com o propósito de eliminar sensivelmente a incerteza própria do funcionamento do mercado mas apenas com a finalidade de trocar e assim recolher e coligir com mais facilidade informação útil à definição das suas próprias estratégias comerciais.
78. Não se provou que a Uniself não tivesse mantido reservada toda a informação sensível em seu poder, ou seja toda a informação que era efectivamente decisiva para a concorrência efectiva com as demais Arguidas e com a generalidade dos concorrentes, a saber: fornecedores, custos e condições de fornecimento, logística, tecnologias e sistemas de preparação de refeições, dietas, sistemas de controlo de qualidade etc...
79. Do exposto resulta a inexistência de comportamento suscetível de ser punido pela LdC fundado na troca de informações confidencial e no desrespeito do dever de lhe pôr termo.
80. Isto quer na perspetiva da empresa Arguida, quer na perspetiva do Arguido MATEUS ALVES, em relação ao qual também não ficou provado qualquer comportamento enquadrável numa prática proibida pelas regras da concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

81. Relativamente ao alegado acordo entre empresas com três dimensões (sistema de preferência sobre clientes, sistema de compensação mútua e sistema de garantia da rentabilidade do cliente) a prova do envolvimento da Uniself reconduz-se no essencial declarações de Manuel LANCASTRE, de Armando Carraca e de Manuel dos Reis contrariamente ao que a AdC afirma e repete em § 835 a 863 da DI.

82. A prova feita pela AdC não corrobora as afirmações de Manuel LANCASTRE nem de nenhum dos demais quanto à natureza, âmbito, modo de execução e duração do alegado acordo.

83. A AdC não fez prova de que o preço apresentado pelo fornecedor habitual era por norma o mais baixo (§ 469 e 470 e 578 a 580 da DI).

84. A AdC não fez prova de que quando o preço apresentado pelo fornecedor habitual era mais alto isso se devia à necessidade de fazer ganhar o concorrente para o compensar da perda de outro cliente habitual.

85. A AdC não fez prova de que as ofertas aos novos clientes fossem “muito agressivas” (§ 472 da DI).

86. Como ficou claro, relativamente à Uniself, para além de algumas referência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

genéricas ao seu alegado envolvimento num alegado acordo resulta de concreto apenas que atuou de forma incompatível com a que seria de esperar se o dito acordo existisse (§ 654 e 657 da DI).

87. Os elementos de prova apresentados pela AdC para sustentar a comissão de um ilícito contraordenacional pela violação das regras de defesa da concorrência não são precisos, não são concordantes nem são suficientes para demonstrar que o alegado acordo de repartição de clientela tenha, de facto, existido e muito menos que a Uniself nele tenha participado.
88. Não ficou minimamente provada e muito menos demonstrada a aptidão do pretense acordo para restringir a concorrência, o que, aliás, é desmentido pela análise das características e do funcionamento do mercado.
89. No que à Arguida Uniself diz respeito, a AdC não recolheu prova de que a empresa tenha obtido qualquer benefício económico do alegado acordo.
90. Quanto à existência do acordo a AdC entendeu valorar apenas os depoimentos de pessoas ligadas a uma das Arguidas, desconsiderando inteiramente os depoimentos de funcionários das outras empresas, que, aliás, supostamente, teriam tido um papel igualmente preponderante no funcionamento do alegado acordo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

91. Sucede que os dois únicos alegados interlocutores da Uniself nos contactos necessariamente estabelecidos com vista a executar um acordo que terá supostamente durado entre 2001 e Janeiro de 2005 desconheciam os factos cuja existência lhes foi sugerida.

92. Tal só pode significar que quaisquer contactos estabelecidos não tiveram por finalidade acertar e/ou executar um acordo com as características do descrito nos autos.

93. Algumas das testemunhas cujo depoimento é utilizado pela AdC para demonstrar a existência do alegado acordo entre empresas têm um conhecimento meramente indireto da alegada existência e funcionamento do mesmo, nomeadamente as testemunhas Armando Carraca e Maria Carolina Nogueira.

94. O próprio requerente de clemência, Manuel LANCASTRE, reconhece ter um conhecimento relativamente limitado sobre a execução do alegado acordo.

95. Os restantes elementos indiciários apresentados pela AdC não são manifestamente aptos nem suficientes para corroborar a imputação de qualquer ilícito às Arguidas, e não o são claramente no que respeita à Uniself.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

96. A prova do sistema de preferência não é concordante, os testemunhos sobre o âmbito do acordo e as empresas participantes e as suas motivações e envolvimento não são coincidentes.
97. Quanto aos elementos indiciários a verdade é que os dados de contacto de funcionários de empresas concorrentes são normais e podem sugerir contactos entre eles mas não necessariamente no âmbito do alegado acordo ou com quaisquer fins ilícitos.
98. A maioria das testemunhas confirma que é importante e normal conhecer as pessoas intervenientes no mesmo sector de atividade, sem que tal contacto tenha necessariamente qualquer intuito anti concorrencial. Isso é aliás uma exigência do relacionamento típico ao nível da associação do sector (ARESP).
99. A mensagem de correio eletrónico datada de 29 de Julho de 2005 (cf. fls. 11) além de ser posterior à cessão do alegado acordo não se reporta à Uniself.
100. Nada na dita mensagem de correio eletrónico indicia a existência de contactos anteriores com propósito de colusão anti concorrencial, sendo, inclusivamente, impossível retirar qualquer suporte para a tese da AdC segundo a qual existiria um ambiente de confiança recíproca e cooperação entre os concorrentes, pelo contrário.
101. A AdC ignorou todas as explicações plausíveis para eventuais encontros entre



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Miguel Ramis e o Sr. Crisóstomo Silva e para o envio do documento para o requerente de clemência, fazendo a interpretação que mais lhe convinha.

102. A leitura devidamente contextualizada dos dois memorandos internos da Arguida Sodexho de 28.9.2003 e de 19.3.2004, não permite as ilações que a AdC extrai. Não é explicado como é que referências a uma continuada guerra de preços entre os principais concorrentes no mercado podem ser entendidas como evidência de um pacto de não-agressão restritivo da concorrência, nem como uma concertação entre “pequenos” combate a “guerra” entre os “grandes”.
103. Com efeito, a referida passagem do documento só admite uma única conclusão: em 2003 as principais empresas no mercado da restauração coletiva concorriam ferozmente entre si.
104. A constatação da agressividade dos concorrentes resulta também evidente no documento datado de 19.3.2004, designadamente de uma passagem que a AdC curiosamente não menciona: “*concurrence: il faut se développer agressivement sur Eurest, Gertal, Itau notamment*” (sublinhado no original).
105. Essa atitude não é, de todo, característica de uma empresa que esteja envolvida num acordo de repartição de clientela, nem corrobora a tese da AdC de que tais documentos se refeririam a meros interlúdios de agressividade concorrencial.
106. A testemunha Cecília Grilo, a manifestação de abertura a discussões com outros concorrentes estaria relacionada com a necessidade de “*saber ou compreender o que se estava a passar nesse mercado*”, acrescentando que “*a Sodexho suspeitava de eventuais práticas de vendas com prejuízo*” (cf. fls. 16538).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

107. Em suma, examinando em detalhe os referidos documentos internos da Sodexo, não é possível retirar qualquer indicação da existência do alegado acordo, antes pelo contrário.
108. Existem várias referências a um ambiente de intensa agressividade comercial, o que manifestamente contraria a alegação de que existiria uma confiança recíproca propícia à concertação entre os concorrentes e terminantemente exclui qualquer suspeita de encontro de vontades entre as empresas no sentido de restringir a concorrência.
109. Para o comprovar a Arguida Uniself e as restantes Arguidas carregaram oportunamente para os autos diversos elementos de prova demonstrativos da abundante litigância entre as Arguidas em sede de atos públicos e contencioso pré-contratual, como será exemplificado *infra*.
110. A AdC não faz prova da existência de reuniões entre os representantes das diversas Arguidas, nas quais teriam sido discutidas questões relacionadas com o funcionamento do mercado e com o comportamento comercial de cada uma das empresas.
111. No que respeita ao envolvimento das Arguidas Ica/Nordigal, Trivalor e Uniself na comissão do sector “Restauração Coletiva”, tais contactos são normais, assumem propósitos perfeitamente legítimos e não existe qualquer indício de que nessas reuniões fosse discutido o acordo de repartição de clientela.
112. A maioria das testemunhas faz referência a reuniões no âmbito da associação do sector, esclarecendo que tais reuniões teriam como objetivo a negociação com os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

sindicatos dos contratos coletivos de trabalho ou a discussão de problemas que assolavam o sector, designadamente a discussão em torno da dívida do sector público às empresas associadas.

113. O próprio requerente de clemência o reconhece num memorando enviado para as suas chefias do Grupo Compass em 13.5.2004 (cf. fls. 16225 e 16226), que houve contactos com os concorrentes relativamente às negociações do contrato coletivo de trabalho ou a greves no âmbito da ARESP, indicando que tais contactos seriam perfeitamente lícitos.
114. Assim, a evidência indiciária não corrobora minimamente a especulação da AdC em torno da finalidade anti concorrencial dessas reuniões e contactos.
115. Resulta assim prejudicada a conclusão da AdC no § 862 da DI, nos termos da qual existiria um conjunto de elementos indiciários que corroborariam as afirmações das testemunhas citadas pela AdC.
116. Muito pelo contrário, a referida prova indiciária enfraquece ainda mais a prova que a AdC pretende extrair das declarações dessas testemunhas e contribui para evidenciar ainda mais o carácter insanável das contradições em que incorrem.
117. No que toca ao sistema de compensação, importa referir que quem decida especular sobre a eliminação da incerteza quanto aos preços e no contexto do mercado em questão, antecipa que tal era impraticável e que as múltiplas vicissitudes a que estariam sujeitas as “aberturas” e “fechos” desmentiriam a tese a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

menos que fosse sugerida a ideia da existência de um sistema de compensação.

118. Quem tem o ónus de provar que o acordo existiu diz que a prova da inexistência do acordo (a perda pelo preferente) é no fundo a prova da existência do acordo (a compensação do não preferente).
119. Por isso mesmo a AdC decidiu abandonar na presente DI a ideia de fazer a prova da compensação através dos resultados dos concursos, arrepiando caminho e procurando agora basear a argumentação exclusivamente nos depoimentos de algumas testemunhas (cf. § 577 e ss. da DI).
120. Consciente da debilidade dessa prova, limita-se a argumentar no § 990 da DI que *“É indiferente que as Arguidas tenham de facto procedido a compensação recíproca por todos e quaisquer contratos que as incumbentes hajam perdido para outras participantes no acordo, uma vez que o objecto restritivo verifica-se na concertação com vista a um objectivo anti-concorrencial, conformado por um plano de actuação objectivamente adequado a esse fim”*.
121. O único depoente que procura elencar alguns exemplos demonstrativos desse sistema de compensações é o requerente de clemência. Os únicos casos que Manuel Lancastra indica no seu depoimento para além do incidente com o Casino do Estoril, são descrições de situações em que a Uniself não teria compensado a Eurest em virtude do desrespeito do acordo de preferência.
122. Segundo o requerente de clemência, tal teria sucedido no caso da Direção Regional Escolar Centro (“DREC”) e da Direção Regional Escolar Norte (“DREN”) (cf. fls. 36), bem como no Hospital de Santa Maria (cf. fls. 16411 e 16412). Sucede que, quanto



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

à DREC, existe prova nos autos que permite concluir, sem margem para qualquer dúvida, que a Uniself nunca forneceu esse cliente (cf. fls. 52223 e 52224, reproduzidas no § 446 da NI)! A AdC “teve o cuidado” de retirar esta referência na nova DI...

123. O contrato da DREN (Grupos C, E e F), anteriormente da Eurest, foi adjudicado à Uniself em 2000 (cf. fls. 52238, reproduzido no Anexo I da primeira NI), quando o acordo supostamente ainda não estaria a funcionar, num tempo em que a concorrência era reconhecidamente feroz e numa altura em que o Sr. Miguel Ramis ainda não teria assumido funções no Grupo Compass (cf. fls. 17111 e 17112). Também a prova deste contrato – claramente favorável aos Arguidos - estava incorporada na primeira DI e deixou de o estar na segunda ...
124. A Uniself está uma vez mais claramente fora da história contada pelo requerente de clemência.
125. Os elementos constantes do processo referentes aos procedimentos concursais em hospitais e direções regionais de educação são assim, também eles, elementos probatórios que, neste caso, permitem infirmar a demais prova em que a AdC alega sustentar a sua tese.
126. Observe-se que – como bem expressou o TCL a propósito da decisão da AdC de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

indeferir as diligências complementares de prova requeridas pela Arguida Trivalor⁴ – *“é difícil de compreender e aceitar”* que a AdC, depois de ter dado tanta importância na NI aos elementos fornecidos pelos hospitais e direções regionais de educação a fim de apurar os alegados efeitos da prática imputada às Arguidas para corroborar a demais prova produzida (§ 371, § 388 e § 455 da NI), venha agora dar o “dito” pelo “não-dito” e atribuir-lhes uma importância marginal ou mesmo nula.

127. Os testemunhos sobre a única outra evidência do funcionamento do sistema de compensação - o caso da perda do contrato do Casino do Estoril pela Gertal para a Eurest - são manifestamente contraditórios.
128. Quanto ao sistema de garantia de rentabilidade, tal como em relação ao funcionamento do sistema de compensação, a AdC não apresenta qualquer elemento de prova adicional, ainda que meramente circunstancial, relativamente ao funcionamento do sistema de garantia de rentabilidade, sustentando a sua tese única e exclusivamente nos depoimentos de algumas testemunhas.
129. Não aponta um caso sequer em que o preferente tivesse subido os preços no segundo concurso após ter ganho o cliente pela primeira vez.
130. Acresce que, diferentemente do que sucedeu quanto ao mecanismo de compensação, neste caso, nenhuma testemunha deu um único exemplo do funcionamento desse sistema de garantia de rentabilidade.

⁴ Pág. 75 da sentença proferida no processo n.º 262/10.5 TYLSB.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

131. Diversamente do que a AdC afirma, a prova direta testemunhal do acordo entre a Uniself e as demais Arguidas não é concordante, a prova circunstancial também não o é, e a prova documental não existe.
132. O modo como a AdC desvaloriza a prova constante dos autos não contribui em nada para credibilizar a sua argumentação.
133. Quanto à duração do acordo alegadamente entre 2001 e Janeiro de 2005 a AdC não avança nenhum dado concreto de facto que demonstre que foi em 2001 que o acordo foi celebrado e não em 1996, 1999, ou 2002.
134. Neste domínio, a prova testemunhal citada pela AdC é especialmente contraditória e não foi produzido um único documento que sustente essa alegação da Autoridade.
135. A prova constante dos autos, designadamente o memorando interno enviado pelo próprio requerente de clemência em 13.5.2004 para o Grupo Compass, não deixa margem para dúvidas sobre a inexistência do acordo em meados de 2004.
136. Em documento interno da Sodexo refere-se que em 2003 o mercado seria caracterizado por uma verdadeira guerra de preços entre os principais concorrentes (cf. fls. 16457).
137. Em face de todas estas incongruências e incertezas, a Arguida não pode deixar de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

concluir que a prova não é de todo precisa nem é concordante quanto à duração do acordo.

138. A própria AdC reconhece expressamente no § 867 da DI que não existem elementos documentais que permitam estabelecer a efetiva duração do acordo, bastando-se a Autoridade com uma evidência *“mais ou menos volúvel”* e baseada exclusivamente em depoimentos profundamente contraditórios...
139. A AdC não tenta escrutinar rigorosamente durante que períodos a infração terá efetivamente sido cometida, limitando-se a reconhecer no § 856 da DI que o acordo *“sofria diversas crises no seu funcionamento”* e no § 874 da DI que terão existido *“perturbações e conflitos permanentes entre os participantes”*.
140. Por outro lado, a prova documental relevante aponta exatamente no sentido da inexistência do acordo em 2003 e 2004, prova essa que é interpretada pela AdC de uma forma distorcida ou pura e simplesmente ignorada.
141. No que à Arguida Uniself diz respeito, a prova aduzida pela AdC é completamente inexistente, visto que nem o início nem o fim da participação no acordo da Uniself estão minimamente demonstrados, nem sequer mencionados.
142. Existem pelo contrário inúmeras alusões a um ambiente de conflituosidade e de guerra gerado pela própria Uniself que afastam a ideia de participação da Uniself no alegado acordo
143. No que respeita ao suposto envolvimento da Uniself no acordo, Manuel de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Lancastre refere que a Eurest contactava “poucas” vezes a Uniself e que “à Gertal competiria falar com a Itau, Ica, Sodexho e também Uniself por vezes” (cf. fls. 35 e 36).

144. Segundo decorre do depoimento do requerente de clemência, a Uniself comportar-se-ia como um *outsider* no âmbito do acordo, tendo alegadamente por várias vezes conquistado clientes da Eurest, sem a ter compensado como seria suposto. Tal teria alegadamente sucedido no caso do concurso para as escolas da Direcção Regional Escolar Centro e depois no concurso da DREN – Direcção Regional Escolar Norte (cf. fls. 36), bem como do importante contrato com o Hospital de Santa Maria (cf. fls. 16411 e 16412).
145. Armando Carraca identificou Manuel Correia como interlocutor da Uniself, mas não aludiu a qualquer episódio de execução do acordo entre a Uniself e as demais Arguidas.
146. Manuel dos Reis citou Mateus Alves como interlocutor da Uniself mas não indicou qualquer situação de execução do acordo relativamente a esta Arguida, reconhecendo, contudo, a existência de uma “*situação de conflituosidade*”, em virtude da saída de Manuel Correia da Eurest para a Uniself.
147. Vítor Lopes afirmou que as empresas participantes do alegado acordo de repartição de clientela seriam a Gertal a Itau e a Uniself, indicando Manuel Correia como representante desta última. Porém, no seu testemunho não referiu qualquer episódio de execução do acordo com a Uniself.
148. Maria Carolina Nogueira disse saber por Manuel Reis que o interlocutor da Uniself



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

seria Mateus Alves, não referindo qualquer ocasião em que o acordo tivesse sido executado com a Uniself.

149. Contudo, o próprio Manuel Correia afirmou ser Diretor Geral da Uniself desde 2000 e que, embora conhecendo as pessoas identificadas como interlocutores no acordo desconhece inteiramente os fundamentos das declarações com que foi confrontado sobre os factos relacionados com o funcionamento do acordo.
150. Finalmente, Mateus Alves declarou conhecer os alegados interlocutores do acordo, enquanto intervenientes no mercado e participantes de reuniões no contexto da ARESP, mas disse desconhecer todos os factos relativos ao suposto acordo de repartição de clientela.
151. Assim, ao contrário do que a AdC anuncia, a prova testemunhal não é concordante quanto à participação da Uniself no alegado acordo.
152. Manuel Lancastre começa por afirmar que o acordo restritivo da concorrência teria começado a vigorar em 2001, envolvendo a Eurest, o Grupo Trivalor e a Uniself (cf. fls. 16411).
153. Todavia, embora refira que a empresa fazia parte do acordo, descreve um ambiente de tensão nas relações comerciais entre as empresas, na sequência da saída de Manuel Correia do cargo de Diretor operacional Norte da Eurest para ocupar o lugar de Diretor Geral da Uniself. Essa tensão ter-se-ia manifestado na perda do contrato de fornecimento do Hospital de Santa Maria (cf. fls. 16411).
154. Ou seja, estamos perante um caso inusitado de uma empresa que alegadamente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

participa num acordo de repartição de clientela, mas cuja suposta participação aparenta estar envolta em conflituosidade, que constantemente desrespeita as “regras do jogo” e que não apenas disputa o mercado à Eurest como ainda engaja os responsáveis comerciais e a clientela que angariaram.

155. Percorrendo os autos, é possível verificar que existem ainda outros elementos de prova que contrariam a alegação do envolvimento da Uniself no suposto acordo de repartição de clientela desde o ano de 2001.
156. Com efeito, atentando no documento de fls. 5051 facilmente se constata que a Uniself venceu quatro importantes concursos que anteriormente teriam sido adjudicados à Eurest e à Gertal⁵ e que representavam sensivelmente 3700 refeições por dia.
157. Manuel Lancaestre refere também que em 2002 “nenhuma das empresas parte do acordo tentou tirar contratos aos outros integrantes do acordo” (sublinhado nosso). Todavia, segundo o mesmo requerente de clemência, as guerras com o Sr. Manuel Correia da Uniself ter-se-iam mantido (cf. fls. 16412).
158. Além disso, existe prova nos autos - e que a AdC uma vez mais ignora - que contraria essa afirmação perentória do requerente de clemência. Com efeito, em 2002, a Uniself conquistou três clientes às restantes Arguidas, que representavam à

⁵ Excluindo dois contratos ganhos à Lisrestal, atual Sodexho, que não são contabilizados, visto que a AdC sustenta que o envolvimento dessa empresa no alegado acordo teria tido início apenas em 2003.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

volta de 2820 refeições por dia (fls. 5048 a 5050)⁶.

159. Os elementos documentais que constam dos autos não suportam a alegação segundo a qual a Uniself estivesse no acordo, visto que, em 2003, a Uniself assegurou cinco adjudicações anteriormente ganhas pelas empresas Arguidas, no equivalente de, sensivelmente, 3550 refeições por dia (fls. 5043 a 5045)⁷.
160. Embora o requerente de clemência sustente que o acordo teria terminado em 2003, existem testemunhas que afirmam que a infração terá terminado apenas em 2005, sendo, por isso, útil atentar nos dados referentes aos dois anos seguintes.
161. Em 2004, a Uniself venceu três concursos em que o fornecedor anterior fora uma das empresas aqui Arguidas, conquistando, por essa via, o fornecimento de 540 refeições por dia (fls. 5039 a 5042).
162. E em 2005, foram adjudicados sete contratos de fornecimento de refeições que anteriormente tinham sido entregues às outras Arguidas. Tais contratos representavam à volta de 3970 refeições por dia (fls. 5036 a 5038)⁸.
163. Em geral e em especial relativamente à UNISELF a prova testemunhal não encontra qualquer sustentação na realidade dos factos e as declarações do requerente de clemência não merecem o menor crédito.

⁶ Note-se a este respeito que do processo não constam dados quanto às aberturas e fechos no 4.º trimestre de 2002.

⁷ Do processo não constam dados quanto às aberturas e fechos no 3.º trimestre de 2003.

⁸ Do processo não constam dados quanto às aberturas e fechos no 2.º trimestre de 2005.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

164. A mera existência de dados de contacto de funcionários da Uniself no computador pessoal de um funcionário da Eurest e a presença de representantes da empresa numa comissão de empresas do sector não permite concluir absolutamente nada, a não ser comprovar que a Uniself concorria no denominado mercado da restauração coletiva.
165. Caso algumas dúvidas ainda subsistam a propósito da participação da Uniself no alegado acordo de repartição de clientela, existe vasta prova nos autos que atesta que existia uma intensa litigiosidade entre a Uniself e as outras empresas Arguidas.
166. Em 2004, no âmbito do concurso público aberto pelo Instituto do Emprego e Formação Profissional de Chaves, que foi ganho pela Uniself, a Gertal instaurou uma providência cautelar junto do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra.
167. Também a Eurest instaurou uma providência cautelar no contexto do mesmo concurso aberto pelo Instituto de Emprego e Formação Profissional, tendo sido a Uniself citada, neste processo, como contrainteressada.
168. No âmbito do concurso aberto pelo Instituto do Desporto de Portugal para a concessão da exploração dos Serviços de Restauração e Bar no Centro de Estágio da Cruz Quebrada, em 2004, o Itau desencadeou um processo de contencioso pré-contratual, tendo a Uniself sido citada como contrainteressada por ofício judicial de 10 de Março de 2004.
169. Os casos deste tipo sucedem-se como se referiu oportunamente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

170. A conflituosidade patente nas reclamações e recursos em sede de ato público, nas alegações em sede de audiência prévia contestando a legalidade da adjudicação e na impugnação judicial de deliberações dos júris de concursos públicos não se coaduna minimamente com o paradigma de cartelização sugerido pela AdC.
171. A alegada consistência da prova recolhida pela AdC é turvada por testemunhos pejados de incongruências e contradições insanáveis, atravessados por um manifesto desconhecimento dos factos, e, verosimilmente motivados por ressentimentos recônditos, o que prejudica, em definitivo, a possibilidade de a AdC se socorrer exclusivamente das mesmas para demonstrar não apenas a duração, mas também a própria existência de um ilícito.
172. Por outro lado, os restantes elementos de prova constantes do processo ou não são de todo conclusivos ou apontam mesmo na direção oposta da tese defendida pela AdC.
173. Contudo, a demonstração mais acérrima do não envolvimento da Uniself no alegado acordo é a absoluta ausência de prova nos autos, seja ela direta ou circunstancial, que permita ir além dos depoimentos de algumas testemunhas e de um requerente de clemência!
174. A prova testemunhal referida pela AdC na DI não é suficientemente precisa nem consistente para respeitar o nível probatório exigido pela jurisprudência comunitária para a imposição de uma sanção pela violação das regras de concorrência.
175. Não existe evidência do funcionamento do acordo, para além das descrições



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

contraditórias desenhadas pelas testemunhas.

176. Sustenta a AdC na DI que *“demonstrando-se a existência de um acordo que tem por objectivo garantir a estabilidade dos clientes e assegurar a possibilidade de as empresas incumbentes renegociarem os seus contratos sem recearem a concorrência directa dos maiores operadores no mesmo mercado relevante do mesmo passo fica demonstrado o objecto restritivo da concorrência e a aptidão para lesar o bem jurídico “concorrência” através do comportamento das arguidas”* (cf. § 1024 da DI).
177. A ausência de necessidade de provar os concretos efeitos no mercado não deve contudo ser confundida com a necessidade de tomar em consideração todos os fatores relevantes de molde a concluir se o acordo é ou não apto a restringir a concorrência.
178. Na realidade, no mesmo documento sublinha a Comissão Europeia que *“Para determinar se um acordo tem por objectivo restringir a concorrência, toma-se em consideração uma série de factores. Estes factores incluem, em especial, o teor do acordo e os seus objectivos concretos. Poderá também revelar-se necessário apreciar o contexto em que é (ou irá ser) aplicado e a conduta e comportamento efectivos das partes no mercado. Por outras palavras, pode ser necessário examinar os factos subjacentes ao acordo e as circunstâncias específicas do seu funcionamento antes de concluir se uma determinada restrição constitui uma*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

restrição da concorrência por objetivo” (cf. § 21 da Comunicação relativa à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, sublinhado nosso).

179. É, assim, indispensável ter em consideração um conjunto de factores na avaliação do seu possível objecto anticoncorrencial, designadamente **o contexto legal e económico** em que é aplicado, bem como o **comportamento das partes no mercado**⁹.
180. A determinação sobre o carácter sensível da restrição não se basta com meras formulações genéricas e conclusivas como as efetuadas nos § 1025 e 1026 da DI.
181. Ora a AdC desconsiderou totalmente quaisquer outros fatores, apesar de a Arguida, na DE, ter chamado a atenção para eles.
182. Num mercado como aquele que está em causa nos presentes autos, o da restauração coletiva, um acordo de comportamento coordenado entre as Arguidas

⁹ Cf. acórdão do TRL, 3.ª Secção, de 15.12.2010, proc. n.º 350/08.8TYLSB, págs. 163 e 164; Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (Jornal Oficial, C 11, 14.1.2011, págs. 11 e ss.), p. 25. Para exemplos de casos em que as tradicionais restrições por objeto foram afastadas, atendendo ao contexto económico e legal em que as práticas foram implementadas, *vide* Richard Whish, *Competition Law*, Oxford, 2009.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

nunca poderia lograr atingir os objetivos que supostamente lhe estariam subjacentes.

183. Em mercados onde os produtos não são homogéneos, a concorrência é por norma multidimensional e a cartelização torna-se muito mais complexa e difícil.
184. Empresas de diferentes dimensões, que realizam economias de produção distintas, têm presumivelmente capacidade para apresentar preços distintos no mercado. Empresas com maior escala e com menores custos de produção poderão, por norma, apresentar preços mais reduzidos, sendo por isso, pouco provável que exista um incentivo à coordenação com empresas mais pequenas¹⁰.
185. A DI não tece qualquer consideração quanto a este aspeto – fundamental de resto – , para sustentar a existência de um acordo de repartição de clientela e de fixação de preços entre as empresas.
186. É muitíssimo duvidoso que as empresas de maior dimensão, e presumivelmente com menores custos produtivos, tivessem incentivos a cartelizar-se com concorrentes que chegam a ser quase 14 vezes mais pequenos.

¹⁰Bishop and Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2010, págs. 171 e 172.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

187. No que respeita às *barreiras à entrada*, a coordenação de comportamento encontra-se mais facilitada em mercados onde existem elevadas barreiras à entrada, uma vez que um preço supercompetitivo (que é o resultado por norma almejado por um comportamento coordenado entre empresas no mercado) estimula a entrada de concorrentes.
188. Ainda que admitíssemos (o que se faz, sem conceder, e como mero exercício teórico) que existiam elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, segundo a DI, cerca de 35% do mercado não participava no acordo e – tratando-se de um mercado com elevado nível de transparência decorrente do facto de as condições oferecidas serem, como se viu *supra*, alvo de publicação e acessíveis aos restantes concorrentes no momento da abertura das propostas nos procedimentos concursais – poderia sempre sentir os mesmos incentivos em disputar os concursos em que os preços eram supracompetitivos.
189. Na realidade, entre as diversas empresas “*outsiders*” ao suposto acordo encontram-se a Serunion, a Solnave, a Totalis, a Sektormais, a Refiserve, a Solnutri, a Servi-refeitório, a SUCH, a Renove, a Narest, a Refeitoral, a Mimoso, a Brilha (alimentar), a Covanca, a Pratogal, a Iberusa, a Serviaguinchos, a Servicater, a Restamil, a Vigold, a Layvi, a Primaz Catering, a Silva Carvalho, a São Bernardo, a Chefe¹¹.

¹¹ Dados recolhidos no Estudo Prodescon (p. 73) e através da análise de diversos relatórios de concursos públicos na área da restauração coletiva.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

190. Este facto, i.e. o de estas empresas, que representam cerca de 35% do mercado não integrarem, segundo a DI, o alegado acordo, representa um evidente risco para que este pudesse ser eficaz.
191. É de um ponto de vista económico é muito questionável que um acordo de coordenação de comportamento – como o visado na DI – que tivesse em vista concertar propostas a apresentar em concursos públicos pudesse deixar de incluir outros concorrentes que tivessem capacidade para igualmente disputar os concursos objeto do acordo.
192. A conveniência em ter dentro do acordo todas as empresas com dimensão para o pôr em causa é bem evidenciada no caso mais emblemático de coordenação de comportamento na apresentação de propostas a procedimentos concursais tratado pelas instâncias comunitárias, onde as partes do acordo terão igualmente tentado eliminar do mercado o único concorrente que se recusou a participar no acordo¹².
193. Relativamente à *elasticidade da procura*, esta reflete, por norma, a sensibilidade dos clientes ao preço. Quando a procura dos serviços supostamente cartelizados é mais sensível ao preço, existe menos incentivo em constituir um cartel e a subir os preços.

¹² Cf. Decisão da Comissão de 21 de Outubro de 1998 - Processo IV/35.691/E-4: Cartel dos tubos com revestimento térmico.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

194. Um mercado em que os clientes mudem frequentemente de prestador de serviço, evidencia uma elasticidade da procura mais elevada, o que não favorece o surgimento de um cartel.
195. O mercado da restauração coletiva, conforme se viu na secção anterior, é rico em exemplos de mudanças ao nível do prestador do serviço, o que torna uma vez mais duvidosa a existência de condições favoráveis à formação de um cartel.
196. Por fim, um outro fator que é por vezes apontado como um incentivo à coordenação de comportamento entre empresas é o facto de o mercado em causa se encontrar em recessão ou registar uma procura decrescente, podendo assim levar os concorrentes a chegar a um entendimento para manter as margens.
197. Ora, apesar de a DI não apresentar quaisquer dados a este respeito, entre 1998 e 2008 o mercado da restauração coletiva cresceu a um ritmo de cerca de 10% ao ano, o que configura um ambiente económico que dificilmente se compadece com a concertação entre empresas.
198. Do exposto, resulta não apenas que o mercado da restauração coletiva não apresentava características favoráveis à celebração de um acordo como aquele que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

é imputado às coarguidas, mas sobretudo, que a celebração de um acordo como o que a AdC descreve, atendendo às características do mercado, não tem qualquer aptidão a restringir a concorrência.

199. Tendo a Arguida chamado a atenção para cada um destes pontos na DE, não se encontra contudo na DI a análise das observações efetuadas relativas à estrutura do mercado, para além da afirmação de que *“as características do mercado, alegadas por algumas das arguidas, muito embora podendo ser relevantes para a manutenção do acordo ou para a realização efectiva dos objectivos por ele pretendidos, não podem ser relevadas quanto à demonstração da existência de um acordo e dos seus objectivos – e presunção da respectiva adequação à produção dos efeitos pretendidos – mas tão-somente na apreciação da gravidade dos eventuais efeitos (e não, sublinhe-se, enquanto infracção concorrencial por objecto), e demais elementos relevantes para a determinação da coima concreta a aplicar.”* (cf. § 877 da DI)
200. Por outras palavras, a AdC dispensa-se de comentar a avaliação do contexto económico em que o suposto acordo teria tido lugar – exercício este que teria sido fundamental para extrair conclusões quanto à idoneidade ou aptidão do mesmo para restringir a concorrência de forma sensível no todo ou em parte do território nacional – por considerar ter prova que demonstra a existência de um acordo, confundindo pois as alegações das Arguidas a este respeito com uma tentativa de demonstração da inexistência de efeitos concretos no mercado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

201. A exigência de que uma infração ao art. 4.º, n.º 1, da LdC apenas se verifique quando ocorra uma restrição *sensível* da concorrência – que, contrariamente ao referido pela AdC (§ 1028 da DI), não se presume – torna assim este tipo legal numa contraordenação de perigo concreto. A questão não é sequer aflorada.
202. Em face do que precede, resulta pois que a AdC não logrou demonstrar que o suposto acordo tem um *objeto* restritivo, de forma sensível, da concorrência.
203. Pelo exposto, deverão os Arguidos ser absolvidos por manifesta inexistência de prova suficiente para condenar as Arguidas e, em particular, a Uniself pela prática de um ilícito contraordenacional consubstanciado na violação do artigo 4.º da LdC.
204. Em face do reenquadramento dos factos em causa, bem como da análise crítica da prova, é forçoso concluir que a atuação da UNISELF não se subsume ao tipo contraordenacional pelo qual vem condenada por não se encontrarem preenchidos os seus elementos objetivo e subjetivo do ilícito contraordenacional previsto no artigo 4.º da LdC.
205. A formulação da responsabilidade dos titulares dos órgãos de administração das empresas arguidas utilizada pela AdC não basta para cumprir o ónus que recai sobre a AdC de alegar factos respeitantes a cada arguido individualmente, devidamente circunstanciados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

206. Mateus Alves não conhece que factos lhe são em concreto imputáveis para ser responsabilizado como pessoa singular, porquanto tais factos não são indicados na DI, o que colide com o seu direito de defesa, constitucionalmente garantido pelo artigo 32.º n.º 10 da CRP.
207. O relato que a AdC tem no processo sobre a atuação de Mateus Alves mostra a sua convicção de que a prática que a Autoridade reputa como sendo ilícita é uma prática que nada tem de ilegal ou de ilícito, na medida em que o normal funcionamento da atividade económica inclui trocas de informações entre os diversos *players* do mercado, sendo natural o desenvolvimento de relações entre empresas e a globalidade das empresas de restauração partilha informações através da associação do setor.
208. Não se admitindo que a atuação da UNISELF corresponda a uma prática ilícita, é forçoso concluir que a atuação do Arguido Mateus Alves também não tem carácter ilícito.
209. E, mesmo que objetivamente, a conduta do Arguido Mateus Alves fosse enquadrável no tipo de ilícito contraordenacional em causa, a AdC desconsidera os termos das declarações do Arguido Mateus Alves, que bem expõem a sua convicção sobre a regularidade e licitude das condutas da Uniself de que tinha conhecimento,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

210. convicção essa que teria, necessariamente, de afastar o preenchimento do elemento subjetivo do ilícito contraordenacional que a AdC pretende imputar-lhe, nos termos do disposto nos artigos 8.º e 9.º do RGCO.

211. Em face do exposto, conclui-se que não se encontram nos autos elementos factuais e probatórios para condenar o Arguido Mateus Alves pela prática da infração descrita no artigo 47.º n.º 3 da LdC, pelo que deverá o mesmo ser absolvido.

Quanto à ilicitude e imputação subjetiva do ilícito (Capítulo 4)

212. As exigências relacionadas com as matérias do tipo subjetivo, da ilicitude e da culpa assumem relevância acrescida em relação aos ilícitos que se encontram previstos e que são punidos pela LdC, dada a aproximação dos mesmos aos ilícitos do tipo criminal, não foram cumpridas, o que viola os artigos 13º a 17º do Código Penal, 1º, 8º e 9º do RGCO, 47º nº 3 do RJC e 30º nº 3 da CRP.

213. Quanto à alegada troca de informações sensíveis, verifica-se que a UNISELF não agiu com dolo (muito menos direto).

Com efeito:

- não procede a alegação de que os Arguidos teriam agido “*de forma livre, consciente e voluntária na prática da infração que lhes é imputada*” porquanto não poderiam as Arguidas estar conscientes da prática de uma infração que não se verificou;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- as informações em causa que seriam trocadas entre as empresas Arguidas são públicas, não representando a UNISELF, nem o seu representante legal, que informações públicas - que podiam ser obtidas e utilizadas por qualquer pessoa - poderiam de alguma forma configurar um ilícito jusconcorrencial;
- os elementos de prova constantes deste processo não são nem precisos nem concordantes, pelo que dos mesmos não pode retirar-se qualquer conclusão ao nível do tipo subjetivo ou a qualquer outro nível;
- os riscos da concorrência não são suscetíveis de ser substituídos por uma concertação ou por uma cooperação: são duas realidades distintas que não se substituem;
- as Arguidas não sabiam nem podiam saber que a troca de informações públicas poderia ser configurada como um ilícito em matéria de concorrência, estando convictas – ou, pelo menos a UNISLEF e Mateus Alves estavam-no – de que se tratava de uma prática regular e comum no setor, erro que, no mínimo, é um erro não censurável.

214. Quanto ao alegado acordo entre empresas, verifica-se que a Arguida UNISELF não agiu com dolo (muito menos direto), porquanto o acordo em causa não é sequer idóneo a restringir a concorrência, pelo que a Arguida não podia consciencializar o que não era idóneo a restringir a concorrência como restringindo-a.

215. MATEUS ALVES não agiu com dolo (muito menos direto).

Com efeito:

- os Arguidos pessoas singulares representaram a troca de informações entre empresas como uma prática habitual e recorrente no mercado, o que significa



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

que não se encontra preenchido o nexó de subjetividade exigido para se imputar a prática da contra-ordenação em causa aos representantes legais das empresas; e

- a troca de informações tem que ser considerada no contexto do mercado em que as empresas em causa actuam e, para os Arguidos, nesse contexto de mercado era normal e nada tinha de ilícito trocar informações

216. Na apreciação do comportamento do representante legal MATEUS ALVES houve uma violação do princípio da culpa, essencialmente, a dois níveis:

- (i) um primeiro nível, que resulta da manifesta falta de conexão de factos concretos assacáveis ao Arguido em concreto dos quais se possa subsumir a prática do ilícito contraordenacional em causa; e
- (ii) um segundo nível, que respeita ao facto de a AdC assentar a condenação do aqui Arguido, não nos factos materiais que praticou, mas sim na circunstância de assumir uma determinada posição na empresa UNISELF.

217. A AdC puniu MATEUS ALVES recorrendo à figura da culpa funcional, figura que não é admissível no ordenamento sancionatório português, não sendo compatível com o disposto nos artigos 8º nº 1 do RGCO e 43º do RJC (e no artigo 13.º do Código Penal), nem com os princípios da culpa e da pessoalidade das penas.

218. Assim, a condenação do Arguido viola os artigos 10º, 13º e 26º do Código Penal, 43º e 47º da Lei 18/2003, 1º, 8º e 9º do RGCO e 2º, 18º nº 2, 29º nº 1, 30º nº 3 e 32º nºs 2, 5 e 10 da Lei Constitucional, o que redundará numa nulidade insanável que desde já se vem arguir para todos os efeitos legais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

219. Sendo inconstitucional a norma correspondente ao artigo 47º nº 3 do RJC, por violação dos artigos 2º, 18º nº 2, 29º nº 1, 30º nº 3 e 32º nºs 2, 5 e 10 da CRP, na interpretação de que dela decorre uma responsabilidade em função do cargo ocupado, partindo-se de uma presunção inaceitável de culpa (funcional) que tenha que ser o Arguido a ilidir e não a acusação a demonstrar.

Quanto à incorreção da sanção aplicada (Capítulo 5)

Questões de índole geral

220. As coimas de € 1.742.124,83 e de € 5.000,00 que foram aplicadas aos aqui Recorrentes são injustificadas (e não estão minimamente fundamentadas), desproporcionadas, ilegais e inconstitucionais.
221. Desde logo, à exceção dos supostos efeitos dos comportamentos dos Arguidos, os critérios enunciados pela AdC não são subsequentemente devida e suficientemente desenvolvidos nem densificados por esta Autoridade e em nenhum dos parágrafos em que a AdC se referiu à determinação da medida da coima se encontra uma qualquer explicação para ter sido aplicada à Arguida UNISELF uma coima que corresponde a 4% do seu volume de negócios.
222. A constitucionalidade do artigo 43.º n.º 1 alínea a) da LdC está em causa por nele se fixar uma moldura sancionatória por referência a percentagens de alguma coisa, o que corresponde a uma técnica questionável, já que é suscetível de ofender os princípios - estruturantes da Constituição Penal - da legalidade, da tipicidade e da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

determinabilidade da sanção (artigo 29.º n.ºs 1 e 3 da CRP), deixando à AdC uma significativa discricionariedade na determinação da medida da sanção.

223. O facto de existirem na lei critérios gerais (no artigo 18.º do RGCO) e critérios especiais (no artigo 44.º da LdC), não chega para suprir a insuficiência de determinação da sanção.
224. A possibilidade conferida pelo artigo 43.º n.º 1 da LdC de aplicação de uma coima de até 10% do volume de negócios das empresas sem ser acompanhada de quaisquer orientações quanto à fixação da coima a aplicar, pode transformar-se numa intolerável violação do princípio da legalidade da sanção sendo aquele preceito inconstitucional – inconstitucionalidade que aqui se invoca – por violação do disposto no artigo 29.º n.ºs 1 e 3 da Lei Fundamental.

Volumes de negócios relevantes

225. Aceitando – por mera cautela de patrocínio e sem conceder – a tese da AdC de que a troca de informações se teria realizado até 2007 e que o acordo entre empresas teria durado até 2005, o volume de negócios a considerar deveria ser o de 2005 ou o de 2007, mas não o de 2006, tendo, assim, saído violado o artigo 43.º da LdC.
226. Quanto ao critério do volume de negócios, impunha-se que a AdC tivesse tomado em consideração as diretrizes comunitárias existentes, em especial, as novas Orientações da Comissão Europeia para o Cálculo de Coimas, o que a AdC não fez.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Crítérios para determinação da medida da pena

227. A AdC apreciou de forma incorreta e insuficiente o critério da gravidade para efeitos de determinação da medida da pena, o que não pode deixar de ter como consequência – a admitir a punição do comportamento dos Arguidos (o que não se admite) – a revisão da coima aplicada para um valor bastante mais baixo do que aquele que consta da DI.
228. E isto porque, em relação ao tema da troca de informações (sensíveis):
- a AdC não distingue o grau de gravidade que considera estar em causa em relação a cada uma das Arguidas, sendo que, necessariamente, cada Arguida atuou de seu modo, em determinado contexto e com motivações diferentes;
 - impunha-se que, na análise do critério da gravidade da infração, a AdC tivesse apreciado a dimensão de cada uma das empresas no tipo de mercado em que se inserem, uma vez que só considerando o contexto desse concreto mercado é que se mostra possível apreciar o comportamento de uma dada empresa, mas o certo é que a AdC não define com precisão o mercado relevante;
 - a AdC não deveria ter deixado de considerar dois factores que se julga serem relevantes para a apreciação do critério da gravidade: (i) o tipo de informações em causa; e (ii) os efeitos da troca de informações – caso o tivesse feito teria concluído pela pouca gravidade da alegada infracção, na medida em que as informações em causa são públicas e não contêm segredos de negócio, a troca de informações não teve quaisquer repercussões no funcionamento do mercado e o tipo de informações em causa estava



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

disponível em locais públicos e é, desde há anos, disponibilizada em sítios da Internet que estão acessíveis a qualquer pessoa.

229. Em relação ao tema do acordo entre empresas:
- a AdC não explica em que medida o acordo *sub judice* é diferente de outros e, por isso, aparentemente, muito grave;
 - a AdC esquece-se de analisar o contexto concorrencial em que o acordo terá ocorrido e que passa, por exemplo, pela consideração de que está em causa, no essencial, a actuação das empresas em concursos públicos
230. Relativamente às pessoas singulares, a AdC limita-se a apresentar constatações abstratas que não permitem de modo algum uma pronúncia sobre o critério da gravidade, nem, em bom rigor, sobre qualquer outro.
231. Na apreciação da gravidade da infração deve atender-se ao grau de violação ou ao perigo de violação dos bens jurídicos e interesses ofendidos e à natureza dos bens jurídicos e interesses ofendidos e suas consequências, mas a AdC não atendeu.
232. No que diz respeito aos critérios das vantagens para a empresa infratora e ao dano económico alegadamente produzido pelas infrações, em matéria de troca de informações sensíveis, a AdC verdadeiramente não analisa estes critérios.
233. Quanto ao critério das vantagens para a empresa infratora em relação ao suposto acordo entre empresas, a AdC alterou substancialmente a sua posição da primeira DI para a segunda DI, tendo prescindido, na segunda, da análise dos efeitos dos comportamentos, o que apenas fez após conhecer os resultados da prova adicional



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

produzida na sequência da Sentença do TCL que são manifestamente favoráveis aos arguidos e enfraquecem significativamente a tese da Autoridade.

234. Note-se que a AdC focava-se na análise de dois sectores - o sector da Saúde e o sector da Educação – que considerava serem os mais representativos em volume de faturação e de dispersão territorial, revestindo a prova produzida sobre os mesmos a maior relevância para a apreciação do comportamento dos arguidos, pelo menos, ao nível da medida da coima.
235. Recorde-se que, relativamente à área da Saúde, a AdC não alcançou conclusões relevantes para a investigação em curso em relação aos Hospitais de São Marcos, em Braga, de Santo António, no Porto, de São João, no Porto, da Universidade de Coimbra, em Coimbra, de São André, em Leiria, Amato Lusitano, em Castelo Branco, de São José (Centro Hospitalar de Lisboa Central), em Lisboa, de Santa Maria, em Lisboa e do Espírito Santo, em Évora.
236. Em contrapartida, a AdC dizia ter alcançado conclusões relevantes para a investigação em curso em relação aos Hospitais Centro Hospitalar do Alto Minho, em Viana do Castelo, Infante D. Pedro, em Aveiro, Centro Hospitalar de Coimbra, em Coimbra, dos Capuchos, em Lisboa, de D. Estefânia, em Lisboa, de Sta. Marta, em Lisboa, Garcia da Orta, em Almada e Distrital de Faro, em Faro.

Quanto a estes:

(i) sobre o **Centro Hospitalar do Alto Minho (Viana do Castelo)**:

- no período compreendido entre 2002 e 2004 e no período após Setembro de 2004, a Eurest apresentou um preço significativamente inferior ao dos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

demais concorrentes (€ 44,15), enquanto estes apresentavam preços próximos entre si e que oscilavam entre € 48,28 e € 47,62, sendo que, quanto a este concurso é normal que ganhe quem apresenta preços inferiores, no pressuposto de que esse critério é decisivo;

- até 2001, o Centro Hospitalar não lançava concursos, uma vez que recorria a produção própria, tendo o primeiro concurso lançado sido o Concurso n.º 10/02 que tem lugar em pleno período de funcionamento do alegado cartel, em 2002, mas em relação ao qual não se encontram quaisquer indícios de cartel;
- quanto ao Concurso n.º 55/04 tudo indica que a Eurest reduziu o preço do primeiro para o segundo concurso e a concorrente Nordigal apresentou um preço ainda mais baixo, o que bastava para não permitir à AdC recolher nos concursos do Centro Hospitalar do Alto Minho (Viana do Castelo) indícios de qualquer cartelização;
- no período de 1995 a 2007, só se realizaram dois concursos públicos, sendo que o primeiro previa a adjudicação por um ano renovável até três anos, enquanto que, no segundo, a adjudicação seria por um ano com a possibilidade de renovação até dez, o que permite questionar a existência de incentivos para efetuar uma cartelização num cenário de formação de contratos de longa duração;
- a primeira adjudicação à Eurest foi renovada sem realização de concurso;
- não só não há suficiente indício de cartelização por referência aos preços apresentados pelas empresas Arguidas nos diversos concursos, como a respetiva análise demonstra o inverso.

(ii) sobre o **Hospital Infante D. Pedro, em Aveiro:**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- parece razoavelmente evidente que uma empresa (como a Eurest, por exemplo) que, em 2001, apresentou uma proposta com um preço 40% superior ao da vencedora, tente reduzi-lo na proposta seguinte;
 - contudo, atento o aumento dos custos de produção verificados no período entre 2001 e 2003, a sua proposta mantém-se ainda assim superior ao da vencedora;
 - no segundo concurso de 2003, a diferença da proposta da Eurest para a proposta vencedora é de apenas 1%, facto que pode ser explicado por diversas razões entre as quais por um esforço comercial para tentar ganhar um cliente;
 - ainda que a disparidade entre os preços das propostas se tenha reduzido, esta não deixa de ser assinalável em todos os concursos (2001 e 2003);
 - no concurso ocorrido em 2006, já após o período do alegado cartel, a ITAU volta a apresentar o melhor preço, facto que não podendo ser explicado por uma acordo que já terminara, fica por explicar: efetivamente, a ITAU venceu sempre no período em que o acordo estaria alegadamente em vigor (2001 e 2003) e no período em que aparentemente não estaria (2006).
 - importa considerar a participação de outra concorrente, a SUCH, que apresentou o preço mais baixo no concurso aberto em 2006;
 - em qualquer dos concursos em questão, verificamos que o critério com maior relevância percentual é a *“experiência no fornecimento de alimentação, preferencialmente em Estabelecimentos de Saúde”*;
 - no Concurso Público n.º 190003/2001, a Eurest apresentou uma reclamação contra os preços que considerou excessivamente baixos dos concorrentes.
- (iii) sobre o **Centro Hospitalar de Coimbra**:
- a AdC declara ter encontrado indícios de restrição horizontal de tipo cartel para repartição de clientela no concurso de 2004 do Hospital Geral, sendo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

beneficiária a Eurest, o que não é verdade dado que esta empresa foi a que apresentou o preço mais baixo;

- os resultados dos concursos públicos abertos no período de duração da alegada infração ilustram uma situação que muito dificilmente se coaduna com um cenário de cartelização - na realidade, a Eurest venceu com o preço mais baixo em 2002; em 2003, a Eurest mantém-se fornecedora por ajuste direto, não tendo tido lugar qualquer concurso; só em 2004, ano em que foi aberto novo concurso, se poderia avaliar a existência ou não de um cartel, mas este não existiu; em 2005, a Eurest reconquistou o cliente, tendo, contudo, a empresa que apresentou o preço mais baixo sido a GERTAL, facto que a AdC explica por o concurso ter já ocorrido fora do período da infração;
- relativamente ao Concurso Público n.º 17002/2005, não são referenciados os valores das propostas apresentadas pelas empresas SUCH e Serunion;
- em 2003, a Eurest subiu o preço por ajuste direto, e que, em 2006, manteve por ajuste direto o preço de 2005, mas, em 2007, desceu por ajuste direto o preço praticado em 2006;
- até 2005, o SUCH foi o ganhador do Hospital Pediátrico e da Maternidade Bissaya Barreto, mas a AdC não estranha este facto;
- em 2005, a Eurest conquistou a Maternidade, tendo apresentado o melhor preço, e perdeu o cliente, no ano seguinte, para a Nordigal, embora esta não tenha apresentado o melhor preço.

(iv) sobre o ***Hospital dos Capuchos***:

- a AdC afirmava, na primeira DI, que tiveram lugar dois concursos, um em 2001 e outro em 2002, a que se apresentaram *apenas* três empresas, a Eurest, a ITAU e a ICA, não se compreendendo o alcance desta afirmação;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- a não apresentação de propostas aos concursos por parte de outras empresas supostamente integrantes do acordo – em bom rigor, apenas a Uniself não apresentou proposta, uma vez que a Gertal, que também não compareceu, integra, tal como a ITAU, o Grupo Trivalor – devia, na verdade, suscitar tantas interrogações à AdC como a circunstância de nenhuma outra empresa de fora do suposto acordo e frequentemente presente em muitos outros concursos hospitalares não ter igualmente apresentado propostas nestes anos;
 - estranham-se as empresas que a AdC identifica como participantes na restrição da concorrência ocorrida nestes concursos, uma vez que no período apontado, nem a Lisrestal/ Sodexho nem tão pouco a ICA, segundo a caracterização do cartel efetuada na DI, integravam o suposto acordo;
 - os preços apresentados do concurso de 2000 (ambiente de concorrência livre, pré-acordo) para o de 2001 e deste para o de 2002 não aumentaram substancialmente face ao aumento dos custos de produção nesse período, o que permite questionar uma vez mais a verificação do padrão de acordo sustentado pela AdC.
- (v) sobre o **Hospital D^a Estefânia** – Lisboa:
- não existem indícios de cartel nos concursos do hospital em questão;
 - os indícios anotados pela AdC na primeira DI não correspondem ao período da infração identificado na DI;
 - no primeiro concurso ocorrido durante o período do suposto cartel - o de 2002 - a empresa que apresentou melhor preço e venceu o concurso, a Lisrestal/Sodexho, não integrava ainda o suposto cartel (relembre-se que, segundo a DI, nesta altura apenas a Eurest, a Trivalor e a Uniself formavam o dito cartel);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- no concurso de 2004, em que a Lisrestal/Sodexho já integraria o acordo, o normal seria que fosse a “preferente” e que a sua posição fosse protegida pelas concorrentes supostamente conluiadas, mas não foi isso que se passou, já que a Lisrestal/Sodexho não se apresentou sequer a concurso;
- é incompatível com a tese da existência de um acordo como o sugerido pela AdC o facto de o cenário de 2004 se ter repetido exatamente nos mesmos termos em 2005, uma vez que nesta altura o alegado acordo já teria cessado a respetiva vigência;
- a Lisrestal/Sodexho foi a concessionária presente neste Hospital durante o período de Setembro de 1996 até Dezembro de 1998;
- a Lisrestal/Sodexho manteve-se durante o ano de 1997 por ajuste direto;
- em 1998, a Lisrestal/Sodexho perdeu o concurso público para a ITAU uma vez que esta se apresentou com o melhor preço;
- no entanto, em 1999, a Lisrestal/Sodexho concorreu, oferecendo um preço inferior ao da proposta vencedora, o que ilustra que o preço mais baixo não era o critério de adjudicação determinante, sendo contrabalançado pela “garantia de boa qualidade e execução técnica” e “capacidade técnica e financiamento da empresa” - contudo, este concurso não produziu quaisquer efeitos, pelo que a ITAU foi contratada por ajuste directo;
- em 2000, verifica-se um cenário idêntico: a ITAU, Eurest e Lisrestal/Sodexho concorreram, tendo esta última vencido, mas o concurso volta a não produzir efeitos, sendo adjudicada por ajuste direto a ITAU;
- em 2001, o Hospital D. Estefânia não procedeu a abertura de qualquer concurso público, tendo permanecido a ITAU, por ajuste direto;
- em 2002, foi aberto concurso por negociação sem publicação prévia de anúncio, verificando-se um quadro semelhante ao acima descrito: a Lisrestal/Sodexho



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

apresenta o melhor preço, vence o concurso, mas este não produz efeitos e é adjudicada a ITAU, por ajuste direto;

- em 2003, o Hospital Dona Estefânia abre o Concurso Público n.º 1 – 6.0313/2003 – relativamente ao qual a AdC não faz qualquer referência – este concurso foi anulado, tendo sido adjudicada novamente a ITAU por ajuste directo;
- em 2004, para além da ITAU, UNISELF e ICA, concorreram também a Nordigal e a Serunion, tendo o preço mais baixo sido apresentado pela Nordigal, mas, como o “mérito técnico da proposta” assumia exactamente a mesma importância na ponderação das propostas, venceu a ITAU.

(vi) sobre o **Hospital de Sta. Marta:**

- analisados os cadernos de encargos referentes a estes concursos, conclui-se que o critério preponderante era o da “qualidade” e não o do preço mais baixo, pelo que o exercício da AdC nunca serviria para demonstrar a existência de qualquer tipo de acordo de repartição de clientela com base numa prévia fixação de preços que, como é evidente, seria inútil;
- o período indicado pela AdC como em cartelização é divergente do período de duração da infração identificado para efeitos da DI (2001 a 2005);
- contrariamente ao que decorre da tabela do Anexo I da DI, foi aberto, em 2002, o Concurso Público n.º 3.10.021/02a que concorreram a ICA e a ITAU;
- diversamente do que é afirmado na referida tabela, em 2003 foi aberto o Procedimento por Negociação 4.10.056.03, de acordo com documento junto pela Trivalor, tendo sido entabuladas negociações com a ITAU, ICA e SUCH, no entanto, a entidade adjudicante decidiu manter a ICA.

(vii) sobre o **Hospital Garcia da Horta – Almada:**

- não há também indícios de cartel



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- a Eurest manteve sempre o cliente entre 1995 e 2007: em 1995, contra várias Arguidas incluindo a UNISELF, com o melhor preço; em 1998, contra várias Arguidas incluindo a UNISELF, também com o melhor preço; em 2002, sem outros concorrentes mas com preço inferior ao de 1998; e em 2007, contra a ICA e a Nordigal, apesar de ambas terem apresentado melhor preço;
- durante o período do alegado cartel (2001-2005) teve lugar apenas um concurso (em 2002);
- no caso deste hospital, o critério do “preço” apenas era ponderado numa segunda fase de análise das propostas, resultando dos relatórios das sucessivas comissões de júri que o primeiro fator a tomar em consideração na primeira fase de avaliação das propostas era a “qualidade”;
- o concurso aberto em 1998 não se referia apenas à prestação de serviços por um ano, mas antes tinha a possibilidade de manter a empresa adjudicada pelo triénio;
- em 2003, teria sido aberto o Concurso Público n.º 8.1.0064/2003 – que não merece qualquer referência por parte da AdC – e que previa a renovação do contrato celebrado pelo triénio de 2003, 2004 e 2005;
- foi também aberto o Concurso Público Internacional n.º 8.1.002/2005 para o triénio de 2005, 2006 e 2007, o que foi desconsiderado pela AdC.
- houve ajustes diretos neste período e o critério do “preço mais baixo” assumiu uma importância relativa reduzida face a critérios como a “qualidade” ou o “mérito técnico da proposta”;
- as conclusões da AdC sobre o alegado cartel em relação a este hospital não se situam no período que a mesma Autoridade identifica como o da duração da infração.

(viii) sobre o **Hospital Distrital de Faro**:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- a análise da AdC sobre este Hospital respeita somente aos anos de 1998 e 1999;
- mesmo em relação a 1998 e 1999, não há indícios de concertação, sendo que a AdC dizia, na primeira DI, não saber o que se passou em 1998 e, relativamente a 1999, a GERTAL ganhou o concurso com um preço substancialmente superior ao oferecido pela ICA.

237. Conclui-se face ao exposto que, relativamente às entidades adjudicantes do sector hospitalar analisadas na DI, as conclusões da AdC quanto à identificação de indícios de fixação dos preços a apresentar nas propostas são destituídas de fundamento, tanto mais que não são sequer constantes os critérios de ponderação da Autoridade.
238. Em suma, relativamente ao sector da Saúde, pode concluir-se que a amostra recolhida pela AdC é sempre incompatível com o modelo de cartel de que vêm acusados os Arguidos.
239. Em particular em relação à UNISELF, conclui-se que, em matéria de alegados efeitos do seu comportamento decorrente de um suposto acordo entre empresas, tal acordo não produziu quaisquer efeitos.
240. No que se refere ao sector da Educação importa sumariar o que acima se alegou de forma mais detalhada.

Assim no que se refere aos concursos públicos lançados pela **DREN**:

- qualquer acordo com base na fixação de preços na DREN seria sempre muito difícil de gizar, uma vez que a DREN fixava de antemão o “*preço base por refeição... dos quais....respeitarão a matéria-prima alimentar*”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- já em 1998, consta dos autos que o concurso público tinha como “*preço base de licitação*” e “*o custo global da despesa*” e, em 1999, no Concurso Público nº1/DASDE/99, foi fixado um preço base por refeição;
- a previsão do número de refeições assim como o custo total e o preço médio diário das refeições eram determinados por portaria do Ministro da Educação;
- a DREN determinava mesmo os limiares de variação dos preços em função do aumento do custo da matéria-prima alimentar, razão pela qual não havia qualquer margem para concertação de preços entre as empresas;
- sendo previamente fixado um preço base por refeição e não sendo o critério do preço mais baixo o fator de adjudicação preponderante, não pode haver quaisquer indícios de cartel;
- os supostos indícios de cartel estão fora do período que identifica como correspondendo ao alegado acordo entre empresas (2001-2005).

No que se refere aos concursos públicos lançados pela **DREC**:

- Participaram diversas empresas nos concursos públicos abertos no período de 1998 a 2007;
- houve mudança de concessionário e os preços das propostas vencedoras não aumentaram substancialmente nos concursos subsequentes - em 2001, o preço unitário da Eurest era de 1,79 euros, no ano seguinte, a empresa manteve o mesmo preço e apenas em 2003 subiu ligeiramente o preço para 1,82 euros, ainda assim abaixo do aumento da inflação em 2004, numa altura em que o acordo estaria supostamente plenamente em vigor e que, nos termos do padrão que a AdC sustenta na DI deveria ser a preferente a manter o seu cliente, a Nordigal vence com um preço de 1,75 euros; e em 2005, a Gertal vence o concurso apresentando o preço de “*1.39 euros*”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- também a DREC fixava um “preço base por refeição”, deixando uma pequena margem de decisão quanto ao preço da proposta;
- a classificação das propostas era regida por critérios de adjudicação variados e com ponderação diversa (qualidade, relação qualidade/preço, mérito técnico), não constituindo o critério do preço mais baixo o fator de maior peso na ponderação (vide neste contexto a vitória da Eurest em 2003).

No que se refere aos concursos públicos lançados pela **DREA**:

- a mera designação do vencedor, destituída do critério de adjudicação mais relevante, não se afigura suficiente para concluir que a Gertal tenha sido a beneficiária de um alegado acordo;
- a AdC não tece qualquer consideração relativa à participação nestes concursos de empresas não Arguidas no processo, mas o certo é que outras empresas participaram em concursos abertos para este hospital (Alimenrápida, Solnave ou Procaterring);
- sobre o Concurso Público n.º 1 DREA-RE/00 (i) os dados da AdC estão incompletos, uma vez que esta Autoridade não considera a participação da Nordigal nos grupos A, B, G, H e a ICA nos grupos G e H; e (ii) no grupo B, a Gertal ganhou, mas sem ter apresentado o melhor preço que foi apresentado pela Eurest, sendo que no grupo G, a mesma empresa também foi adjudicada embora tenha apresentado o terceiro melhor preço – tendo sido a Uniself que apresentou o preço mais baixo e o mesmo sucedeu no grupo H, em que a Gertal ofereceu apenas o segundo melhor preço;
- no Concurso n.º 1 DREA – RE/03, não é referido que o critério do preço mais baixo assumia uma ponderação minoritária nem que, conseqüentemente, as adjudicações tenham sido efetuadas às empresas que apresentaram os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

segundos e terceiros melhores preços: a título de exemplo, no grupo B, venceu a Nordigal com o segundo melhor preço.

241. O parecer do Prof. Fernando Branco, junto aos autos pela Arguida Trivalor, corrobora integralmente as teses dos Arguidos na DE.
242. Relativamente às entidades adjudicantes do sector da educação analisadas na DI, constata-se que as conclusões da AdC quanto à identificação de indícios de fixação dos preços a apresentar nas propostas são destituídas de fundamento, tanto mais que não são sequer constantes os critérios de ponderação da Autoridade.
243. Em especial quanto à UNISELF, conclui-se que, em matéria de alegados efeitos do seu comportamento decorrente de um suposto acordo entre empresas, apenas poderia admitir-se em tese que tal acordo a teria beneficiado no contexto da DREN.
244. Face ao exposto, é forçoso concluir que não procedem as análises, nem as conclusões da AdC respeitantes à alegada verificação de indícios de restrição horizontal de tipo de cartel para repartição de clientela nos vetores da saúde e da educação.
245. Em sede de determinação da medida da coima a aplicar às Arguidas, a AdC, após uma breve (e não correta) análise das quotas de mercado, propôs-se ainda estimar os eventuais ganhos económicos que as participantes poderiam ter obtido com a participação no alegado cartel, o que aquela Autoridade fez sem sucesso, porquanto:

(i) quanto à margem comercial:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- atenta a AdC mais na evolução desta no período subsequente ao da infração, do que no período da infração propriamente dito;
- a AdC utiliza o indicador das margens comerciais de que usufruíam as participantes no alegado acordo para concluir que também estas poderiam constituir evidência da existência de um cartel, sendo que, para o efeito, a AdC atenta não tanto na evolução da dita margem ao longo do período do alegado cartel, mas sobretudo no período anterior e posterior a este;
- a análise efetuada pela AdC relativa às margens comerciais é manifestamente inadequada para demonstrar a existência de um cartel de repartição de clientela e fixação de preços, desde logo porque o conceito de margem comercial média necessita de adequado esclarecimento que não foi feito na DI
- não é efetuada uma comparação com qual seria a evolução da margem comercial da ausência do alegado cartel, sendo expectável que um conjunto de empresas supostamente cartelizado (i.e. sem pressão concorrencial externa) aumente as suas margens comerciais de forma significativa, o que não se verifica;
- a análise económica da AdC é, quanto a este último ponto, deficiente, não apenas por não efectuar uma comparação analítica entre a evolução das margens num quadro de cartel e a evolução fora de um quadro de cartel, mas também por ignorar as causas de flutuações nas margens imputando-as, quando convém à conclusão que pretende sustentar à existência ou não de um acordo entre concorrentes.

(ii) quanto à evolução da quota de mercado:

- se não se considerar a quota da Arguida Lisrestal/Sodexho, as restantes Arguidas viram cair a sua quota de mercado de 63% para 59% durante o período em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

que terá existido o alegado acordo de repartição de clientela e fixação de preços, i.e. entre 2001 e 2005

- os elementos relativos às quotas de mercado, se interpretados em função do período que a própria AdC delimita como período da infração, revelam não ganho, mas prejuízo para as empresas envolvidas;
- se o objetivo da AdC fosse efetivamente o da apresentação de um cálculo dos danos económicos causados aos clientes, haveria que ter tomado em consideração cinco elementos: (i) a duração do cartel; (ii) “o preço do cartel”; (iii) “o preço de concorrência”; (iv) as quantidades vendidas durante o cartel; (v) a elasticidade da procura;
- de um ponto de vista económico, a celebração de um acordo horizontal repercute-se na redução da quantidade produzida e no conseqüente aumento dos preços, mas a análise que os Arguidos desenvolveram sobre este aspeto demonstra precisamente o inverso: entre 2001 e 2004 o número de refeições fornecidas aumenta e os preços decrescem;
- a análise da AdC não só não se centra na verificação dos elementos referidos, como revela desde logo três deficiências estruturantes: (i) a consideração de um período de duração do acordo específico para esta sede francamente mais amplo do que a moldura temporal apresentada na determinação dos moldes do acordo; (ii) a desconsideração da análise da evolução dos preços entre 2001 (início do cartel) e 2005 (termo do cartel, nos termos da DI); (iii) as deficiências da aferição das vantagens ilicitamente obtidas com base na análise da evolução das quotas de mercado e das margens comerciais;
- se fosse adotado o método adequado para calcular os danos económicos alegadamente causados aos clientes, as conclusões seriam bem diferentes e a AdC teria que concluir – como os aqui Arguidos concluíram - pela inexistência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

de quaisquer indícios de cartel – tal foi o que se demonstrou com o exercício explicado nas alegações.

246. A AdC apreciou de forma incorreta e insuficiente o critério do caráter reiterado ou ocasional da infração, uma vez que não especificou os concretos factos e comportamentos que teria considerado na análise deste critério.
247. Sobre o grau de participação nas infrações, faltou à AdC analisar em concreto e em que medida é que cada uma das empresas teria participado na troca de informações sensíveis e no acordo entre empresas e, se o tivesse feito, teria concluído que as testemunhas ouvidas (e a própria AdC) reconhecem que as intervenções da UNISELF são muito poucas.
248. Quanto à colaboração prestada à AdC, esta Autoridade limita-se a mencionar que os Arguidos se limitaram a participar na investigação quando instadas para o efeito, mas a verdade é que cada um dos Arguidos – e aqui em especial a UNISELF e MATEUS ALVES – carregou para os autos muitos elementos documentais importantes para a investigação.
249. Quanto ao comportamento dos Arguidos na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos, por um lado, não podiam os Arguidos pôr termo a uma situação que não tinham consciência que poderia de alguma forma ser contrária às regras da concorrência e, por outro lado, tendo ficado por provar a existência de prejuízos concretos para a concorrência, não é relevante a análise da sua suposta não reparação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Desadequação e desproporcionalidade da sanção

250. Como decorre do n.º 1 do artigo 40.º do Código Penal, as penas têm finalidades de prevenção geral e especial, sendo o respectivo limite inultrapassável a culpa e sendo a culpa o suporte axiológico-normativo da sanção.
251. Ao contrário do que fez a AdC, a culpa não deve ser analisada enquanto circunstância atenuante ou agravante para a determinação da medida da pena, mas sim como limite inultrapassável da sanção.
252. Tendo os Arguidos sido punidos – ainda que erradamente – determina o princípio da necessidade das penas (que resulta da aplicação do n.º 2 do artigo 18.º da CRP) que para a medida da pena ser proporcional e adequada à culpa têm que ser ponderadas todas as circunstâncias que rodearam o comportamento dos Arguidos e que foram elencados e desenvolvidas ao longo do presente recurso, o que a AdC não fez.
253. A AdC fez uma aplicação automática da sanção acessória de publicação da DI, o que contende com os mais elementares princípios constitucionais relativos à aplicação de penas de natureza sancionatória, na medida em que é necessário que a autoridade competente especifique os fundamentos de facto e de direito que levam à aplicação de tais sanções acessórias, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência, ínsito no artigo 32.º n.º 2 da CRP.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

254. Ao aplicar a sanção acessória de publicação de forma automática e não fundamentada, a AdC violou o direito de audiência e o direito de defesa do arguido, bem como o princípio da presunção de inocência, consagrados no artigo 32.º da CRP e nos artigos 50.º do RGCO e 19.º n.º 1 e 45.º da Lei 18/2003, o que redundava numa nulidade insanável (nulidade essa que desde já se vem arguir para todos os efeitos legais) e corresponde à falta de fundamentação da DI, em violação direta do disposto nos artigos 205.º n.º 1 da CRP, 58.º n.º 1 alínea b) do RGCO e 374.º n.º 2 e 379.º n.º 1 alíneas a) e b) do Código de Processo Penal.
255. Sendo inconstitucionais por violação do artigo 32.º n.ºs 2, 5 e 10 da CRP as normas correspondentes aos artigos 50.º do RGCO e 45.º da LdC na interpretação de que é possível aplicar a sanção acessória de publicação prevista nesta última disposição legal de forma automática e não fundamentada com factos e argumentação concretos e de que é possível aplicar tal sanção sem ser dada ao arguido a oportunidade de se pronunciar sobre tal sanção antes de a mesma ser aplicada na decisão condenatória.
256. Mais é inconstitucional, por violação do artigo 29.º n.ºs 1, 3 e 4 da CRP a norma correspondente ao artigo 45.º da Lei 18/2003 na interpretação de que é possível alterar os termos da sanção acessória de publicação prevista nesta última disposição legal de forma a ordenar ao arguido que se substitua na obrigação da AdC de fazer publicar a decisão condenatória e de forma a tornar indefinida a extensão dessa publicação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

257. A sanção acessória de publicação será, pelo menos, parcialmente inútil, na medida em que a AdC já divulgou publicamente a DI e mais publicou um documento no qual tenta justificar a condenação dos Arguidas, o que, na verdade, dificultará a circulação da não punibilidade da conduta dos Arguidos no caso (como se espera) de absolvição e deverá determinar que seja a própria AdC a publicar a decisão se for o caso.”

A AdC veio pugnar pela manutenção da decisão recorrida.

*

Não sobrevieram quaisquer nulidades, questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer e que obstem ao conhecimento do mérito da causa, salvo as questões que de seguida se apreciarão.

Note-se que quer nas impugnações quer em posteriores requerimentos escritos e orais foram suscitadas pelos arguidos múltiplas questões, muitas das quais são afinal concretizações ou afloramentos de questões de índole mais geral e que se tratarão de modo agregado. Num processo de contraordenação, que se pretende célere, não é viável analisar autonomamente toda e qualquer questão suscitada, devendo o Tribunal concentrar as questões a apreciar que se afiguram relevantes, quer na perspetiva da acusação quer da defesa, tendo, porém, subjacentes à sua apreciação todos os argumentos esgrimidos e concretizações aludidas pelos vários intervenientes processuais, ainda que a eles não se refira expressamente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Da omissão de diligências complementares de prova e da violação dos direitos de audição e defesa em virtude da omissão de notificação prévia da valoração feita pela AdC da prova complementar produzida

A prova complementar cuja produção foi determinada pelo Tribunal do Comércio de Lisboa havia sido requerida por apenas alguns arguidos, a saber, os arguidos do grupo Trivalor.

A AdC obteve a concordância dos arguidos do grupo Trivalor quanto aos termos em que tais diligências seriam efetuadas, as quais foram realizadas nesses termos.

Não decorre da lei nem da sentença do Tribunal a obrigatoriedade de todos os arguidos se pronunciarem previamente sobre as questões a enviar às entidades a consultar, mais ainda quando tais arguidos não requereram a produção dessa prova. Acresce que a AdC subsequentemente notificou todos os arguidos da prova recolhida no âmbito das diligências suplementares de prova, tendo estes tido oportunidade de se defender.

Atendendo a que a AdC não extraiu consequências diversas da prova complementar recolhida, mantendo o seu entendimento previamente comunicado, não nos parece ser de exigir nova nota de ilicitude, sendo que a notificação quanto à prova recolhida nas diligências complementares é suficiente para assegurar o direito de defesa e audição prévia.

Como se afirma no artigo 113.º da Decisão:

“[...] os elementos probatórios recolhidos na sequência das diligências complementares de prova requeridas pela Trivalor não podem prejudicar as conclusões da AdC apresentadas na Nota de Ilcitude, não só pela sua diminuta representatividade face ao conjunto de recursos e outros procedimentos analisados pelo serviço instrutor na Nota de Ilcitude, mas porque os elementos efetivamente obtidos na sua sequência não permitem modificar, substancialmente, o resultado de tal análise [...]”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Termos em que inexistente qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Da alteração dos factos e da qualificação da infração em preterição do artigo 50.º do RGCO

O art. 50.º do RGCO exige que sejam dados a conhecer ao arguido, ainda em fase administrativa, os aspectos relevantes para a sua defesa, em matéria de facto e de Direito, bem como as sanções em que incorre, podendo este defender-se quanto a tais aspetos. Tal preceito não exige que se elenquem os meios de prova.

Trata-se de um momento de audição do arguido em fase administrativa, sem paralelo em processo penal, e que não deve ser equiparado à acusação penal. Efetivamente, em caso de impugnação judicial, é a decisão administrativa que se converterá em acusação.

Analisado o teor da nota de ilicitude, notificada em cumprimento do art. 50-º do RGCO, e o da decisão ora recorrida, verifica-se que não há qualquer alteração significativa de factos desfavorável aos arguidos. As modificações prendem-se com uma diferente redação, mas remetendo-se nalguns aspetos para a nota de ilicitude, e noutras com a valoração das próprias defesas apresentadas, reequacionando-se as infrações a tal luz e sem que tal importe novos factos menos favoráveis para os arguidos.

Também em termos de qualificação jurídica não há qualquer nova imputação relevante que não resultasse já da nota de ilicitude, sendo que a tónica colocada agora na infração por objeto, embora mantendo a imputação da infração por efeito, beneficia os arguidos e resulta da valoração das próprias defesas apresentadas.

Em alegações, a AdC vem responder quanto a algumas invocadas omissões da nota de ilicitude, apontando a localização das matérias na mesma peça:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- Dimensão e implementação das empresas Arguidas no mercado relevante: tais referências extraem-se dos artigos 66.º e 67.º da Nota de Ilícitude;
- Afetação de entidades públicas e privadas: resulta, nomeadamente, dos artigos 217.º a 219.º, 287.º, 317.º e 340.º da Nota de Ilícitude;
- Duração da infração: expressamente referida no artigo 307.º, sob a epígrafe "Duração da Infração", 318.º e 497.º da Nota de Ilícitude;
- A duração da infração surge também referida nos artigos 68.º (a duração da infração compreendeu o período 1998-2007), 119.º, 156.º, os elementos de prova encontram-se contextualizados temporalmente nos artigos 179.º, 180.º a 182.º, 190.º, 191.º, 194.º a 199.º, 201.º, e respetivas conclusões no artigo 203.º, 235.º, 278.º, todos da Nota de Ilícitude;
- Colaboração prestada pelas empresas: consta dos artigos 320.º e 499.º da Nota de Ilícitude.

Mais relevante do que uma coincidência de redação, ou uma análise palavra a palavra, importa analisar se, no global da decisão, foram aditados alguns factos relevantes desfavoráveis ou se a imputação jurídica é distinta e não resultou da ponderação das defesas apresentadas.

Ora, sem prejuízo de reorganização textual, não há novos factos desfavoráveis que não tenham sido dados a conhecer previamente e que não resultem das defesas apresentadas. Por seu turno, e em sede de qualificação jurídica, mantêm-se as normas jurídicas imputadas e a tónica na infração por objeto, já imputada em sede de nota de ilícitude, implica até um “minus” quanto à imputação efetuada, retirando-se alguma relevância aos efeitos da conduta ilícita, o que só beneficia a defesa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Nestes termos, não há qualquer nulidade por violação do art. 50.º do RGCO ou do art. 32.º, n.º 10 da CRP.

Termos em que inexistem qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Das violações dos direitos de defesa por não acesso à versão completa dos autos

Da análise dos autos não resulta que a AdC tivesse alguma vez negado o acesso aos autos aos arguidos ou a obtenção de cópias de elementos relevantes, ou que os mesmos tivessem, por tais motivos, sido preteridos nas suas defesas.

Num processo com este número de arguidos naturalmente que o acesso aos autos tem de ser devidamente agendado, para possibilitar a sua análise por todos os interessados. Tal é uma limitação de ordem prática, mas que se impõe pela natureza do processo.

Seria útil que no futuro a AdC passasse a incluir índices, o que facilita a consulta destes processos, quer pela própria autoridade administrativa, quer pela defesa e pelo tribunal. Porém, tal não é uma exigência legal, pelo que da sua ausência não pode advir um vício, nomeadamente de nulidade.

De qualquer forma, refira-se que, apesar de a lei não o exigir, a AdC facultou aos arguidos, e consta dos autos, uma versão eletrónica do processo, o que facilita o seu estudo e preparação da defesa.

Quanto à versão eletrónica do processo disponibilizada pela AdC, a mesma não é exigida por lei, pelo que os vícios decorrentes de falta de legibilidade da mesma não importam qualquer consequência legal. Acrescente-se que tais vícios foram detetados e oportunamente corrigidos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Quanto ao não acesso a alguns documentos que integram a versão confidencial, saliente-se que o artigo 26.º, n.º 5, da Lei n.º 18/2003 estabelece que, na instrução dos processos, a AdC tem o estrito dever de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio.

Assim, a própria lei impõe, para salvaguarda de segredo de negócio, que determinados documentos não sejam exibidos aos arguidos.

Em caso de conflito entre a necessidade de acesso a documento confidencial e o direito ao segredo por parte do titular da informação, deve haver lugar a uma ponderação em concreto da prevalência dos deveres em conflito.

No caso concreto, não houve pedido expresso de levantamento da confidencialidade de certo documento para assegurar o direito de defesa e não foi atempadamente invocada qualquer irregularidade quanto à classificação da versão confidencial e respetiva fundamentação.

Termos em que inexistente qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Da violação do direito de defesa por recusa de acesso ao processo relativo à AIPL

Não tendo a Euresc logrado demonstrar em que medida o acesso a esse processo seria relevante para a sua defesa nestes autos, e nada tendo sido requerido a este Tribunal no sentido de assegurar o seu direito de defesa, há que entender que tal matéria é irrelevante nesta sede.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Da não identificação dos factos integradores dos elementos objetivo e subjetivo do tipo, falta de fundamentação da matéria de facto e incoerências

Apesar de a matéria de facto provada na decisão incluir múltiplas transcrições de declarações e depoimentos, referências várias a meios de prova e meios de obtenção de prova, além de alguns conceitos conclusivos e referências genéricas, numa técnica que tem subjacente alguma confusão entre matéria de facto e motivação da mesma, a decisão, no seu todo, contém, ainda assim, factos suficientes para se compreender porque a AdC considera estarem preenchidos os elementos objetivo e subjetivo das condutas imputadas a título de infração anticoncorrencial.

Assim, consideramos que tais factos integradores dos elementos objetivo e subjetivo devem ser retirados não só da matéria de facto provada, mas também da respetiva motivação e mesmo da parte de Direito ou da fundamentação das sanções. Apesar de a decisão administrativa não estar isenta de reparos em matéria de sistematização, do seu texto como um todo é possível extrair os factos necessários. Note-se que tal não prejudica em nada os direitos da defesa, que teve acesso a toda a decisão e pode defender-se em relação a todos os factos e argumentos esgrimidos.

Diga-se ainda que o elemento subjetivo imputado, na modalidade de dolo, resulta de uma análise conjugada de todos os elementos objetivos, à luz das provas produzidas.

Tais factos integradores dos elementos objetivo e subjetivo foram perfeitamente perceptíveis pelos arguidos, o que se espelha nas impugnações apresentadas, não havendo violação dos direitos de defesa, audiência prévia e contraditório.

Quanto à falta de precisa identificação dos termos inicial e final do acordo, refira-se que a decisão indica períodos, embora não datas concretas. Em situações de acordos informais, não escritos e contrários à lei, é de esperar que não seja possível indicar uma data precisa, sendo perfeitamente razoável que a exigência de identificação das coordenadas de tempo se baste com a referência a certo período.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Quanto aos pontos concretos dos quais decorreria a alegada deficiência de fundamentação, são nomeadamente apontados as supostas incongruências da AdC na análise das propostas concursais, designadamente a de que no procedimento de adjudicação do contrato da DREC para o período de setembro 2002 a junho 2003, a Decisão indica, como preço oferecido pela EUREST, 1,79 euros, quando foi de 1,85 euros; bem como a alegada incorreta identificação do adjudicatário de alguns contratos – o contrato relativo ao Hospital D. Estefânia, de 2000, que terá sido adjudicado à ITAU por ajuste direto e não à SODEXO; incongruências quanto ao contrato relativo ao Hospital de Santo André, de 2004 e 2005 e respeitantes à existência de concurso público ou de ajuste direto e ainda a confusão da AdC entre a análise do Hospital dos Capuchos e o Hospital de S. José, com datas erradas.

Foram ainda apontados lapsos quanto aos valores de ganhos ilícitos e contradições em detalhes factuais.

São questões que podem justificar retificações ou a falta de prova de alguns factos, na sua grande maioria meramente instrumentais, o que adiante se analisará, se for caso disso, mas que não colidem com o essencial da matéria imputada nestes autos, a qual está devidamente descrita, é coerente e suficiente para que os arguidos se possam dela defender.

A questão de a decisão não autonomizar os factos não provados não põe em causa os direitos da defesa, pois que tais factos facilmente se retiram da motivação acerca dos factos que ficaram provados. De qualquer modo, em termos de sistematização ideal, seria preferível que, de futuro, a AdC passasse a autonomizar os factos não provados.

Inexiste pois qualquer vício da matéria de facto que ponha em causa os direitos da defesa.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Da ausência de exame crítico da prova e contradições entre factos e motivação; da violação dos limites legais e constitucionais do princípio da livre apreciação da prova; da violação do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* e da inversão do ónus da prova

É compreensível o itinerário valorativo da Autoridade e exame crítico das provas, que levou a dar como provados determinados factos.

A prova foi analisada na sua globalidade, sendo que nem todos os depoimentos têm de ser no seu todo considerados credíveis ou não credíveis. Basta que haja adequada motivação para tal entendimento.

Inexiste pois qualquer vício ou violação dos limites do princípio da livre apreciação da prova.

Sendo a matéria de facto provada com base nos meios de prova indicados e de acordo com o raciocínio explanado, não há violação da presunção de inocência, do *in dubio pro reo* nem inversão do ónus da prova. A prova foi produzida pela AdC, para além de qualquer dúvida razoável e não retirada do silêncio dos arguidos, por ausência de prova no sentido do entendimento da Autoridade.

A discordância em relação à motivação é questão diversa da ausência de exame crítico ou da existência de contradição insanável.

Termos em que inexiste qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Da falta de fundamentação quanto à qualificação jurídica



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Da leitura da decisão administrativa é perfeitamente perceptível o enquadramento jurídico essencial efetuado pela AdC, em relação ao qual os arguidos apresentaram as suas defesas.

Como sintetiza a AdC, "... todas as empresas Arguidas cometerem a infração consubstanciada na prática concertada, subsumível na previsão do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

Todas as empresas Arguidas, salvo a ICA/NORDIGAL, celebraram um acordo subsumível na mesma previsão normativa.

Relativamente às empresas Arguidas que cometeram uma prática concertada e um acordo, ambos violadores daquela disposição legal, considera-se existir um concurso aparente ou concurso de normas, devendo ser aplicado o princípio da consunção, prevalecendo a aplicação da norma incriminadora do acordo, atenta a *ratio legis* desta norma e da norma incriminadora das práticas concertadas."

Na parte da fundamentação das sanções é aduzido o regime prescrito no art. 43.º, n.º 1, al. a).

Quanto às pessoas singulares é bem explícita a imputação do art. 47.º, n.º 3.

Os arguidos podem discordar de tal entendimento jurídico, considerá-lo frágil ou pouco sustentado pelos argumentos que apresentaram, mas certamente o compreenderam, não sendo caso de insuficiência de fundamentação ou de contradição nos seus termos. As normas essenciais foram indicadas e foi realizada a tarefa de subsunção dos factos a tais normas.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Da impossibilidade de medida da censurabilidade das condutas enquanto prática e enquanto acordo; da falta de fundamentação e violação do princípio da igualdade e proporcionalidade quanto às coimas

A decisão administrativa analisa autonomamente a gravidade das condutas acordo e troca de informações, sendo possível apurar da medida da censurabilidade de tais condutas.

O que acontece é que, em virtude de a AdC ter considerado existir concurso de normas, concurso aparente na modalidade de consunção, apenas foi determinada a aplicação de uma coima.

Entendemos que este procedimento de aplicação de apenas uma coima é o adequado, pois apesar de existirem duas condutas distintas, a saber a troca de informações e o acordo, tais condutas foram praticadas essencialmente pelas mesmas empresas, em período temporal relativamente coincidente, contra o mesmo bem jurídico concorrência e reconduzem-se a um mesmo tipo incriminador, o qual pode ser preenchido através de diferentes práticas. Assim, visto existir apenas uma infração não é correto proceder à aplicação de duas coimas.

Em fase administrativa foi dada oportunidade aos arguidos para se pronunciarem também sobre as coimas aplicáveis, tendo podido levar ao processo quaisquer elementos que considerassem relevantes em tal sede.

Na decisão administrativa, a AdC analisou os elementos de que dispunha e que lhe foram facultados pelos arguidos, para ponderação dos montantes das coimas.

À luz das normas aplicáveis, nomeadamente dos critérios previstos no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, e tendo em conta os elementos ponderados pela AdC, entendemos que os fatores analisados se mostram adequados à definição dos montantes das coimas, não sendo legalmente exigível a quantificação concreta e exata dos efeitos da prática ilícita.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Da ponderação efetuada pela AdC, em que se teve em conta a diferente situação económica de cada empresa, a sua participação nos factos, para além da sua culpa, retira-se que há um tratamento igual daquilo que é igual e desigual do que é desigual, em cumprimento do princípio da igualdade na determinação das medidas concretas das coimas.

Questão diversa da falta de fundamentação é a da discordância em relação à valoração efetuada, a qual será analisada noutra sede.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, refira-se que a moldura abstrata aplicável a esta infração admite elasticidade suficiente de modo a abranger realidades sociais e económicas muito díspares. No que respeita às coimas concretas aplicadas nestes autos, e face aos argumentos apontados e valorados pela AdC, à luz dos critérios legais, não se vislumbra que as mesmas sejam desequilibradas ou desproporcionais.

Termos em que inexistente qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Vícios decorrentes da violação de legislação administrativa

A este processo contraordenacional deve ser aplicada a Lei da Concorrência e subsidiariamente o RGCO e não a legislação administrativa, como referido por vários arguidos.

Na tramitação destes autos, a AdC seguiu as exigências da Lei da Concorrência e do RGCO, tendo assegurado um prazo razoável para os arguidos se pronunciarem nos termos do art. 50.º do RGCO e pautado a sua conduta pelos princípios e valores que devem enformar a sua atuação.

*

Vícios quanto ao regime da clemência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Apesar de terem sido invocados vícios acerca das disposições aplicadas quanto ao regime de clemência e bem assim a respeito da aplicação do regime de clemência a Manuel Lancastre quanto à troca de informações, este Tribunal não tem poderes jurisdicionais para se pronunciar sobre tais matérias, visto que a decisão é definitiva quanto à pessoa de Manuel Lancastre.

Mais entendemos que não existe qualquer contradição insanável quanto à valoração das declarações de Manuel de Lancastre.

Em primeiro lugar, as declarações de coarguido, apesar de em abstrato terem menor credibilidade, podem e devem ser valoradas e servir para formar a convicção quanto aos factos provados, desde que apresentem coerência interna e bem assim sejam coerentes com outros meios de prova. De qualquer modo, em articulação com outros meios de prova, não é obrigatório nem desejável que a convicção formada assente unicamente num depoimento, devendo antes resultar da conjugação da vária prova reunida. Ora foi esta ponderação conjugada que a AdC efetuou.

Em segundo lugar, saliente-se que o desenvolvimento do estatuto de clemência, quer em sede europeia quer na legislação nacional, demonstra bem a reconhecida importância desta figura, que tem permitido às autoridades tomar conhecimento e reunir prova bastante sobre muitos ilícitos anticoncorrenciais que de outro modo passariam incólumes. Assim, e sempre que haja fundamentação legal suficiente para tal, é importante que a AdC lance mão deste instituto da clemência.

*

Da violação do direito ao silêncio e à não autoincriminação

Embora o direito ao silêncio seja aplicável aos processos de contraordenação por aplicação direta do artigo 32.º, n.º 10, da CRP, o mesmo deverá ser interpretado e aplicado de uma forma adaptada à natureza do tipo de ilícito em causa nesses processos, isto é, de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

modo a conciliar os direitos do arguido com a efetivação dos poderes-deveres das autoridades de supervisão.

Quanto a tal compatibilização, tem vingado a jurisprudência da União Europeia no caso Orkem. (Acórdão Orkem vs. Comissão, de 18 de Outubro de 1989, no proc. N.º 374/84). Segundo tal acórdão, é possível “obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial”, mas não é admissível “impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração”

Não resultam dos autos elementos no sentido de que os arguidos tenham sido levados a auto-incriminar-se, sendo forçados a confessar a infração.

Os elementos solicitados aos arguidos, como relatórios e contas, eram elementos objetivos, que não implicam a assunção de responsabilidade, e fez-se menção ao processo para que tais elementos se destinavam.

Termos em que se considera inexistir vício de auto-incriminação forçada, ou violação de direitos ou garantias da defesa decorrentes de lei ordinária ou constitucional.

*

Dos erros de valoração da prova testemunhal ;depoimentos “de ouvir dizer” e testemunhas hostis e declarações de coarguido requerente de clemência

Ao contrário do esgrimido pelos arguidos, a AdC alicerçou a sua convicção em depoimentos diretos, sendo que Armando Carraca e Maria Carolina Nogueira têm



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

conhecimento direto de factos imputados, pelas funções que exerciam, o que resulta claro dos seus depoimentos.

De qualquer modo, a lei não proíbe o depoimento indireto, impondo antes que, em tal caso, o tribunal convoque a fonte originária para depor, em virtude da sua privilegiada razão de ciência. Ouvida tal fonte originária, o depoimento indireto deve também ele ser valorado, podendo até revelar-se mais credível, por isento e mais afastado da prática dos factos.

Quanto aos depoimentos de Armando Carraca, Manuel Reis e Maria Carolina Nogueira, considerados testemunhas hostis, a AdC motivou as razões que a levaram a considerá-los credíveis, apesar das relações com a arguida, nenhum vício daí advindo.

Ao contrário do entendido pelos arguidos, a AdC analisou criticamente as declarações de Manuel de Lancastre, coarguido nestes autos e requerente de clemência. E como já atrás mencionado, as declarações de um coarguido, em abstrato com menor credibilidade, podem ser usadas para formar a convicção quanto à matéria provada desde que coerentes, em termos internos e em confronto com os demais meios de prova.

Termos em que inexistente qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Da alegada nulidade das buscas e da apreensão de documentos; do requerimento da AdC para realização de buscas

Nos termos do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003 a AdC tem o poder de “proceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame, recolha e apreensão de cópias ou extratos da escrita e demais documentação, quer se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

encontre ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova”.

O n.º 3 do mencionado preceito estabelece que “as diligências previstas na alínea c) do número anterior dependem de despacho da autoridade judiciária que autorize a sua realização, solicitado previamente pela Autoridade, em requerimento devidamente fundamentado, devendo a decisão ser proferida no prazo de quarenta e oito horas”.

No caso dos autos, as buscas e apreensões foram determinadas por magistrado do Ministério Público. A questão que se coloca consiste em saber se neste caso estava em causa busca domiciliária ou apreensão de correspondência, com as tutelas derivadas de lei ordinária e constitucional.

O conceito de domicílio prende-se com a salvaguarda da intimidade da vida pessoal e familiar, pelo que o mesmo não tem aplicação no caso de buscas em instalações de empresas.

Não estando em causa buscas domiciliárias, o magistrado do Ministério Público tinha competência para as autorizar, nos termos referidos no despacho em causa, não sendo necessário mandado de juiz.

O conceito de correspondência respeita unicamente a escritos fechados, pelo que a documentação apreendida também não poderá qualificar-se de correspondência.

Como refere a AdC em alegações, “toda a documentação apreendida circunscreveu-se, exclusivamente, a documentos já visualizados e que se encontravam a circular internamente, através de sistemas de correspondência internos, em formato papel ou electrónico, sem que em qualquer circunstância, se estivesse perante intromissão de correspondência que requeresse tutela legal.”. Note-se que os arguidos não lograram fazer prova de que tivesse sido apreendido algum email ainda não lido, não aberto pelo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

destinatário, ou qualquer escrito fechado, que pudesse qualificar-se de correspondência. Ora, a prova dos elementos integradores dos vícios praticados no âmbito das buscas e apreensões cabia aos arguidos.

Termos em que inexistente vício relativo às buscas e documentos nelas apreendidos.

Nos termos do artigo 17, n.º 3, alínea *b*), da Lei n.º 18/2003 (bem como o artigo 176.º, n.º 1, do CPP) deve ser entregue uma cópia do despacho que determina a diligência de busca, mas não do requerimento que a solicita.

Refira-se, por último, que ainda que o despacho do MP que determinou as buscas não tivesse sido proferido dentro de 48h, o que não resultou demonstrado, tal irregularidade em nada prejudicaria a defesa, não se vislumbrando interesse legítimo na sua arguição.

*

Da utilização de métodos enganosos de obtenção de prova

É invocado que a alguns arguidos e testemunhas foram lidos pela AdC, pedindo o seu comentário, depoimentos truncados, descontextualizados, o que consubstancia método enganoso de produção de prova.

Esclarece a AdC em alegações que “Quanto aos excertos de declarações, as mesmas eram apresentadas com truncagens que em nada alteravam o seu sentido ou teor, como resulta do seu mero cotejo, e visavam confrontar o declarante, exclusivamente, com os factos alegados por outrem, de que este teria, deveria ou poderia ter conhecimento (cfr. *v.g.*, fls. 21749 ss. e fls. 29981 ss.);

Quanto aos documentos, todos eles cópias de elementos constantes dos autos e apreendidos nas instalações das empresas Arguidas, pretendia-se apenas dados e elementos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

factuais — datas, remetentes, teores — relativos aos próprios documentos com que os declarantes eram confrontados. As explicações que tenham entendido dar sobre os mesmos, ou extravasando dos documentos com que eram concretamente confrontados, e que foram vertidas em auto, foram livre e esclarecidamente proferidas.

E, refira-se, sempre na presença de advogado.”

Da análise dos autos, não se apura ter havido qualquer atuação da AdC no sentido de induzir em erro os arguidos ou testemunhas, sendo que a exibição de excertos de depoimentos ou declarações ou mesmo de documentos é prática corrente, admissível e não enganadora.

Por outro lado, a presença de Advogado é garantia da liberdade na prestação do depoimento. Ora, os Advogados não invocaram em tempo qualquer vício, pelo que há-de concluir-se que os declarantes bem compreenderam o teor dos documentos exibidos e não houve qualquer prejuízo para as defesas resultante da forma dos documentos, ou de qualquer outra característica dos mesmos.

Por outro lado, os meios de prova documental usados para fundamentar a decisão e que são essencialmente relevantes são claros e não padecem de vícios que prejudiquem de algum modo a defesa.

Termos em que inexistente qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Da falta de constituição formal de arguido

Tem sido entendimento pacífico na jurisprudência que em processo contraordenacional não existe necessidade de constituição formal de arguido.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Tal não é exigido pela Lei n.º 18/2003, em que a referência à figura do arguido surge no artigo 25.º, n.º 1, alínea *b*), segundo o qual “terminado o inquérito, a Autoridade decidirá dar início à instrução do processo, através de notificação dirigida às empresas ou associações de empresas arguidas”.

Também não é exigido pelo RGCO, aplicável *ex vi* artigo 22.º da Lei 18/2003, o qual apenas refere, nos termos do artigo 50.º, que não é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contraordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.

Face a tais normativos, tem sido entendido que a constituição de arguido se verifica no momento da notificação da nota de ilicitude.

Na ausência de outros argumentos relevantes a ponderar, é de manter tal entendimento.

Termos em que inexistem nesta matéria qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Da falta de notificação para assistência a diligências de instrução

A Recorrente EUREST veio requerer audiência oral complementar à sua pronúncia escrita subsequente à Nota de Ilicidade emitida pela AdC. Considerando a AdC tratar-se de um ato complementar da defesa escrita, o mesmo foi apenas notificado à então requerente, EUREST, não tendo sido admitida a assistência à audiência oral da EUREST às coarguidas, embora o teor da diligência conste de auto.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Não está em causa qualquer diligência de prova, mas um ato complementar à sua defesa escrita, nos termos do art. 50.º do RGCO. Assim, os demais co-arguidos não tinham qualquer direito de assistir à diligência, podendo tomar conhecimento do seu conteúdo através do auto respetivo.

Termos em que inexistente qualquer vício ou violação de direitos e garantias da defesa consagrados em lei ordinária ou constitucional.

*

Vício decorrente da utilização da noção de empresa e violação do princípio da individualização da coima

“Os Recorrentes ICA/NORDIGAL e Manuel Santos vêm impugnar a sua qualificação como uma única empresa, para efeitos de aplicação das regras de defesa da concorrência, “atendendo ao facto de não preencher os requisitos previstos na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 10.º da LC”.

Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei 18/2003, “Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, 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 modo de funcionamento”. Entende-se “[...] como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º” (n.º 2 do mesmo preceito).

Tal regime, à semelhança da jurisprudência europeia, assenta na noção de empresa no exercício de uma atividade económica e na existência de autonomia de decisão ou económica.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Tendo a AdC assentado a sua tese de que há uma atuação numa lógica de uma única entidade económica, um só grupo, em elementos constantes dos autos e que descreveu, inexistente qualquer vício daqui decorrente, nomeadamente por falta de individualização da coima.

Note-se que a AdC atentou no volume de negócios de cada uma das empresas, após determinou o volume agregado e com base nele a coima aplicável.

*

Da nulidade dos meios de prova

Foi posta em causa a inadmissibilidade probatória dos autos de declarações e depoimentos incorporados pela AdC no processo, por não obedecerem ao princípio da imediação, nem ao princípio do contraditório, não sendo produzidos perante juiz.

Note-se que no âmbito deste processo contraordenacional, o juiz pode e deve conhecer de toda a prova produzida, seja em fase administrativa seja em fase judicial. Tal resulta de norma expressa da Lei da Concorrência (art. 51.º, n.º 5) e é o regime também decorrente do RGCO, conforme questão que até já foi objeto de análise em audiência.

A diferente natureza do processo contraordenacional, com menor ressonância ética face ao direito penal, explica a possibilidade de poder ser usada tal prova produzida em fase administrativa. A abertura da fase jurisdicional permite, porém, aos arguidos ouvir novamente determinadas testemunhas em tribunal, sujeitando-as aos filtros da imediação.

O facto de a decisão incluir passagens de depoimentos e declarações não consubstancia nulidade. É certo que no rigor dos princípios, a matéria de facto provada devia incluir unicamente factos, sendo que as passagens de depoimentos e declarações devem preferencialmente ser incluídos na parte da motivação. Porém, por várias razões de ordem



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

prática, nem sempre esta técnica apurada consegue ser respeitada, sem que daí derive vício de nulidade.

Inexiste pois qualquer violação dos direitos e garantias dos arguidos, seja da legislação penal sobre a leitura proibida de declarações (inaplicável a este processo), seja de direitos e garantias constitucionais, seja do direito a um julgamento justo e equitativo.

Em suma, quanto aos vícios invocados, inexiste qualquer violação da Lei da Concorrência, do RGCO, nomeadamente dos arts. 50.º e 58.º, bem como dos direitos e garantias penais e constitucionais dos arguidos, tendo sido, ao longo do processo contraordenacional, respeitados os arts. 1.º, 13.º, 20.º, 32.º, da CRP, bem como o art. 6.º da CEDH, além de outros preceitos legais mencionados pelos arguidos.

*

Da prescrição

Vieram Gertal e outros invocar a prescrição do procedimento quanto à infração acordo, o qual, na matéria de facto imputada na decisão administrativa, teria durado de 2001 até Dezembro de 2004, Janeiro de 2005. Mais requerem alguns arguidos que sejam os autos devolvidos à AdC para reformulação da decisão, expurgando-a de todos os elementos respeitantes à alegada prática «Acordo» e formulando nova decisão quanto à contraordenação respeitante à troca de informações.

Foi junto aos autos parecer dos Professores Jorge Figueiredo Dias e Nuno Brandão. (Fls. 61248 e seguintes), em que estes consideram que “a contra-ordenação de acordo com objectivo restritivo da concorrência consubstancia uma infracção de perigo abstracto” não podendo a mesma ser “qualificada como infracção permanente ou duradoura”. Pelo que concluem que “a consumação de tal infracção ocorre e esgota-se integralmente no momento em que as empresas fecham entre si o acordo anticoncorrencial”, consumando-se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

em tal momento a contraordenação e iniciando-se a contagem do prazo da prescrição. No seu entender, aplicando-se o prazo de dois anos, “no ano de 2003 sobreveio a prescrição do procedimento contra-ordenacional relativo à infracção de acordo pelo objeto...”.

Por seu turno, a EUREST veio invocar que “o prazo máximo de prescrição do procedimento contra-ordenacional é de 8 anos desde a alegada prática dos factos *sub judice*” pelo que a “prática do suposto acordo entre empresas se encontra extinto, por efeito da prescrição, no máximo desde 1 de Janeiro de 2013”.

ICA e Manuel António Ribeiro Sevinate de Sousa entendem que “a lei aplicável ao caso ora em apreço é a anterior Lei da Concorrência (Decreto-Lei 371/93), ou seja, a lei mais favorável”, já que a “5ª versão do RGCO aprovada pelo Decreto-Lei 244/95, de 14 de Setembro aplica subsidiariamente o Código Penal”. Assim, será de aplicar o artigo 121º, número 3 do Código Penal”, pelo que o “ora procedimento contra-ordenacional (...) prescreve no prazo de três anos, encontrando-se o mesmo prescrito, pelo menos, desde Fevereiro de 2010”:

A Autoridade da Concorrência entende que a “infracção em causa trata-se efectivamente de uma infracção permanente, porquanto a mesma consubstancia uma acção típica que perdura por um tempo mais ou menos longo, durante o qual os agentes cometem uma única infracção de natureza indivisível, renovada e exteriorizada, através de actos que assumem uma natureza cíclica, no caso concreto, um acordo entre empresas tendo como objeto assegurar a manutenção dos seus clientes, através de um sistema que garantia a preferência de cada empresa em relação aos clientes presentes e assegurava a compensação pela eventual perda de um cliente para outra empresa participante no acordo”. Sufragando o seu entendimento no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Dezembro de 2010 segundo o qual “o que se verifica é então um estado duradouro anticoncorrencial criado pelo tal acordo ou prática concertada, em que os bens jurídicos ficam comprimidos, afectados por todo o tempo em que perdurar aquele estado anticoncorrencial, não se esgotando no tempo de conclusão do acordo ou dos suportes formais do entendimento e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

vontades convergentes entre as empresas”. Tal entendimento é ainda sufragado na doutrina de Eduardo Correia segundo o qual “tipos de crime permanentes são aqueles em que o evento se prolonga por mais ou menos tempo”. E ainda na Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 9 de Dezembro de 2005 onde se entendeu que a “contraordenação aqui prevista apresenta-se não como um ilícito de natureza instantânea mas sim de natureza permanente. Pelo que entende a AdC que, na contagem do prazo da prescrição, há que ter em conta que a cessação da infração acordo não ocorreu em 2001, mantendo-se o mesmo até, pelo menos, Janeiro de 2005.

Também o Ministério Público pugnou, em requerimento escrito anterior ao início da audiência, pela não prescrição do procedimento contraordenacional concluindo que o regime aplicável é o constante da Lei 18/2003, e, assim o prazo prescricional é de 5 anos e que estamos perante contraordenações de carácter permanente. O MP apoia a sua posição com o entendimento de Luís Morais que refere que “o elemento do tipo de infração correspondente ao objeto restritivo da concorrência – associado à criação de um estado anticoncorrencial que perdura enquanto as empresas não se dissociarem do encontro de vontades por si gerado”. E no entendimento de Maia Gonçalves que refere que “os crimes permanentes são aqueles cuja execução se prolonga no tempo... a execução persiste no tempo, porque há uma voluntária manutenção da situação jurídica, até que essa cesse, por isso o início do prazo de prescrição só se verifica quando cessa a execução”.

Porém, em alegações finais orais, no final da audiência, o Ministério Público veio já pronunciar-se no sentido da prescrição da infração acordo.

*

A infração imputada, a título de “acordo” quanto à comunicação de preços para apresentação de propostas em concursos públicos, consiste na violação do Direito da Concorrência no objeto de determinado acordo que, por si só, é restritivo da concorrência, independentemente da produção concreta de efeitos, os quais são à partida presumidos pelo legislador.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias e Nuno Brandão, no parecer junto aos autos, “contraordenação duradoura é aquela cuja consumação típica se protraí materialmente no tempo por força da vontade do agente, pressupondo por isso a criação e a manutenção de um efectivo estado antijurídico típico.”.

Sendo um acordo que perdurou durante determinado período, a confluência de vontades no sentido do acordo e o desvalor da infração permaneceram, em nosso entender, enquanto o acordo continuou em vigor, mantendo-se o encontro de vontades, independentemente de o acordo ser cumprido ou não, isto é, dos efeitos de tal acordo.

Assim, a infração deve qualificar-se, pois, de permanente e não de instantânea.

O entendimento contrário conduziria a resultados inadmissíveis, como o de um acordo, com cláusulas objetivamente violadoras do Direito da Concorrência, que nunca foi cessado, permanecendo em vigor entre as partes, e nada podendo as autoridades fazer para pôr um ponto final na situação de ilegalidade, punindo a infração, de modo a prevenir a manutenção da ilegalidade. Parece-nos que o senso comum nos avisa de que enquanto o acordo se mantiver em vigor, a consumação da infração permanece, não podendo o prazo da prescrição ser contado desde a data da celebração do acordo, mera data de início da confluência de vontades.

No caso concreto, não tendo havido uma cessação do acordo até pelo menos Dezembro de 2004- Janeiro de 2005, conforme resulta da decisão administrativa, e independentemente dos efeitos do acordo, a infração por objeto perdurou pelo menos até tal data, evitando o decurso do prazo da prescrição.

O prazo da prescrição não se conta antes de 2005 e apenas se poderá contar desde a data de cessação do acordo.

Entendendo-se que estamos perante uma infração permanente que se consumou ainda em Dezembro - Janeiro de 2005, conforme imputado na decisão, aplicar-se-á a Lei 18/2003, quanto ao prazo prescricional, pois que se trata de lei em vigor à data da consumação da infração. Tendo esta infração perdurado durante a vigência da Lei 18/03 não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

é possível aplicar outra lei mais favorável prévia. Note-se que o próprio parecer junto aos autos, subscrito pelos Profs. Figueiredo Dias e Nuno Brandão, admite que a entender-se que estamos perante uma infração permanente, há-de aplicar-se o prazo prescricional decorrente da Lei 18/03.

Como entendemos que estamos perante uma infração permanente que, de acordo com a decisão administrativa, se consumou em Dezembro de 2004- Janeiro de 2005, aplicar-se-á tal regime decorrente da Lei 18/2003.

O procedimento de contraordenação extingue-se por prescrição no prazo de 5 anos, nos casos de violação do artigo 4.º da Lei 18/2003 (artigos 43.º e 48.º da mesma Lei).

Nos termos do art. 28.º, n.º 3, do RGCO (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro), “A prescrição do procedimento tem sempre lugar quando, desde o seu início e ressalvado o tempo de suspensão, tiver decorrido o prazo da prescrição acrescido de metade.”. Assim, no caso concreto, a prescrição teria sempre lugar decorridos 5 anos, acrescidos de 2 anos e seis meses, isto é, 7 anos e seis meses, ressalvado o tempo da suspensão.

Vejamos, pois, quais as causas de suspensão e seu período máximo de duração.

Reza assim o art. 27.º-A do RGCO, com a epígrafe “Suspensão da prescrição”:

“1- A prescrição do procedimento por contraordenação suspende-se, para além dos casos especialmente previstos na lei, durante o tempo em que o procedimento:

- a) Não puder legalmente iniciar-se ou continuar por falta de autorização legal;
- b) Estiver pendente a partir do envio do processo ao Ministério Público até à sua devolução à autoridade administrativa, os termos do artigo 40.º;
- c) Estiver pendente a partir da notificação do despacho que procede ao exame preliminar do recurso da decisão administrativa que aplica a coima, até à decisão final do recurso.

2- Nos casos previstos nas alíneas b) e c) do número anterior, a suspensão não pode ultrapassar seis meses.”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

O Acórdão do STJ 4/2011, publicado no DR de 11/2/11, veio uniformizar jurisprudência, no seguinte sentido:

“A suspensão do procedimento por contra-ordenação cuja causa está prevista na alínea c) do n.º 1 do art. 27.º-A do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, inicia-se com a notificação do despacho que procede ao exame preliminar da impugnação judicial da decisão da autoridade administrativa e cessa, sem prejuízo da duração máxima imposta pelo n.º 2 do mesmo artigo, com a última decisão judicial que vier a ser proferida na fase prevista no capítulo IV da parte II do RGCO.”.

No caso concreto, houve uma primeira decisão administrativa que foi objeto de recurso para o Tribunal do Comércio, a anulação de tal decisão, a prolação de uma segunda decisão administrativa e novo recurso para este Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

A questão que se coloca consiste em saber se o prazo máximo da suspensão deve ser de seis meses ou antes de doze meses (seis meses na fase jurisdicional que se iniciou no Tribunal do Comércio e seis meses na fase jurisdicional que se iniciou no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão).

O art. 27.º-A, n.º 2, ao estabelecer que “Nos casos previstos nas alíneas b) e c) do número anterior, a suspensão não pode ultrapassar seis meses” refere-se, em nosso entender, a seis meses por cada uma das causas de suspensão. Note-se que a letra do preceito não refere por exemplo “a suspensão não pode ultrapassar seis meses, independentemente do número de causas de suspensão” ou “a suspensão na sua globalidade não pode ultrapassar seis meses”.

Assim, se no mesmo processo existir uma causa de suspensão da alínea b) e depois uma causa de suspensão da alínea c), o prazo máximo global de suspensão poderá chegar aos doze meses, seis meses por cada uma das causas de suspensão.

O entendimento contrário não seria razoável, pois face à verificação de duas causas de suspensão distintas, com diferentes fundamentos, o prazo máximo de seis meses seria sempre excessivamente curto, não se coadunando com as exigências de efetividade na



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

realização da justiça. Ponderando-se a *ratio* do preceito que consagra o regime da suspensão da prescrição, impõe-se concluir que cada vez que existe uma nova causa de suspensão, a contagem do prazo de prescrição deve parar durante o tempo estritamente necessário a que se possam garantir os interesses visados com tal suspensão. Ora, o legislador entendeu razoável o período de seis meses para cada causa de suspensão.

Também no caso de verificação de duas causas de suspensão distintas, mas ambas da alínea c), como no caso dos autos, em que há dois recursos para Tribunais de primeira instância distintos, devemos entender que com cada notificação do despacho do Tribunal de primeira instância que procede a exame preliminar da decisão da autoridade administrativa se inicia um novo prazo de seis meses de suspensão. Note-se que cada vez que há recurso para Tribunal se inicia uma nova fase jurisdicional, em que é apreciada uma decisão administrativa distinta, em termos de factos e Direito.

Nem se diga que tal entendimento é contrário ao Acórdão uniformizador 4/2011, já referido. O desiderato de tal aresto é uniformizar jurisprudência quanto à questão de saber de o termo final de contagem do prazo de suspensão de seis meses coincide com a decisão da primeira instância ou abrange também a decisão da instância de recurso, tendo sido entendido que deve abranger também esta. O Acórdão uniformizador não se pronuncia quanto à questão de saber se o prazo máximo de seis meses para a causa de suspensão da alínea c) se conta para cada causa de suspensão por si, isto é, para cada vez que se admite um recurso jurisdicional de uma determinada decisão administrativa, ou para a globalidade das causas de suspensão, independentemente do número de decisões administrativas existentes e do número de vezes que se iniciou uma fase jurisdicional.

Assim, por ser o único entendimento capaz de garantir a efetivação da justiça, conciliando-a com os valores da celeridade, certeza e segurança jurídicas que enformam o regime da prescrição, entende-se que se inicia um prazo de suspensão de seis meses de cada vez que um Tribunal de primeira instância admite um recurso de uma decisão administrativa



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

nova, podendo haver diferentes causas de suspensão de seis meses no âmbito do mesmo processo contraordenacional.

Aplicando este entendimento ao caso *sub judice*, importa concluir que a prescrição decorrerá sempre decorrido o prazo de prescrição de 5 anos, acrescido de metade (2 anos e 6 meses) e ressalvado o período de suspensão com a duração máxima de 6 meses, relativo à fase jurisdicional do Tribunal do Comércio, e novo período de suspensão com a duração máxima de 6 meses relativo à fase jurisdicional iniciada no Tribunal da Concorrência.

Assim, contando-se 8 anos e meio desde o período descrito na decisão administrativa para a cessação do acordo, Dezembro de 2004 a Janeiro de 2005, importa concluir que à data de início do julgamento neste processo a prescrição ainda não havia decorrido. Termos em que o Tribunal podia e devia conhecer da infração em termos de facto e de Direito.

Sucedo, porém, que, em audiência, a prova apontou para a extinção do acordo em período anterior, entre Setembro e Dezembro de 2004. Todas as testemunhas ouvidas sobre tal matéria, como Manuel Reis, Vítor Lopes e Carolina Nogueira, indicaram que no Concurso do Casino do Estoril, que decorreu no período de Dezembro de 2004 a Janeiro de 2005, sendo que a preparação das propostas é prévia, o acordo já não vigorou. Manuel de Lancastre referiu mesmo ter dado instruções no sentido de cessar tal acordo em Setembro de 2004. Nenhuma testemunha, dos muitos depoimentos produzidos sobre tal matéria, veio afirmar a vigência do acordo em Janeiro de 2005.

Assim, contando os oito anos e meio de prazo máximo de prescrição aplicável neste processo, a partir da data de extinção do acordo que se apurou em audiência, importa concluir, agora, pela prescrição do procedimento.

A consciência da inviabilidade prática dos curtos prazos de prescrição previstos na Lei 18/03 levou o legislador a alargar tais prazos na mais recente Lei da Concorrência, Lei 19/2012, de 8 de Maio. A inviabilidade prática de tais curtos prazos resulta da extensão e complexidade deste tipo de processos e do longo tempo consumido, desde logo nas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Autoridades Administrativas, com a recolha e análise de abundante prova, incluindo de cariz eminentemente económico.

De qualquer modo, e apesar da lei mais recente prever um prazo de prescrição mais longo, que inviabilizaria a prescrição deste processo, tal lei não pode ser aplicada a estes autos, pois não estava em vigor à data dos factos e é desfavorável aos arguidos.

Termos em que se julga procedente a invocada exceção da prescrição em relação à parte da infração que consistia no “acordo”.

A prescrição não abrange a parte da infração relativa ao “intercâmbio de informações”.

*

Em face da prescrição, vieram alguns arguidos requerer sejam os autos devolvidos à AdC para reformulação da decisão, expurgando-a de todos os elementos respeitantes à alegada prática «acordo» e formulando nova decisão quanto à contraordenação respeitante à troca de informações.

A Autoridade da Concorrência tratou as infrações “acordo” e “troca de informações” como integradas numa relação de concurso aparente, em que a primeira consumiria a segunda. Assim, apesar de incluir a factualidade imputada a cada infração e de lhe dar adequado tratamento jurídico, não autonomizou as duas infrações quanto às coimas potencialmente aplicadas, aplicando uma coima à infração que abrange as duas condutas.

A questão que se coloca consiste em saber se em face da prescrição da infração na parte relativa à conduta “acordo”, o Tribunal pode determinar qual a coima aplicável à conduta “troca de informações” ou se deve remeter de novo o processo para a fase administrativa.

O recurso para Tribunal, no âmbito de um processo contraordenacional, não é um mero recurso de anulação, podendo o Tribunal conhecer amplamente da matéria de facto e de Direito e aplicar sanção diversa da aplicada pela Autoridade Administrativa.

Assim, constando dos autos elementos suficientes para se apurar a coima aplicável em virtude da infração resultante da troca de informações, não há motivo para devolução à Autoridade da Concorrência, em virtude de parte da infração estar prescrita.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Termos em que se indefere a devolução do processo à Autoridade Administrativa.

*

2. Fundamentação

2.1. Matéria de facto provada

Mostram-se provados os seguintes factos com interesse para a decisão da causa:

EUREST

1. A arguida Eurest, de acordo com informação acessível livremente no seu sítio www.eurest.pt, é uma empresa cuja atividade se concentra na prestação de serviços nos mercados da restauração, atuando em “(...) áreas tão diversas como a Restauração Coletiva, Catering, Restauração Pública e Vending”, fls. 30274.
2. A empresa opera em Portugal desde 1974, tendo sido adquirida em 1995 pelo Grupo Compass, multinacional do sector da prestação de serviços no mercado da restauração, com origem no Reino Unido — fls. 30274 e 30277 —, podendo uma descrição sucinta da atividade do Grupo Compass ser verificada a fls. 17140.
3. A Eurest atua no mercado da restauração coletiva com as seguintes três marcas: «Eurest», destinada aos serviços a empresas, fábricas e bancos, a «Medirest», destinada aos serviços a Hospitais, centros de recuperação, centros de apoio social, clínicas, lares de 3.ª idade e prisões e a «Scolarest», especializada nos serviços a estabelecimentos de ensino.
4. Ainda de acordo com a informação disponibilizada na mesma fonte, e para efeitos das áreas de negócio da arguida, o mercado abrangido pela referência “restauração pública” compreende “(...) Cafetarias de Centros Comerciais, Cafetarias de Estações de Caminhos de ferro e Barcos Fluviais, Áreas de Serviço de Autoestradas e Restaurantes de Centros Comerciais com Marcas Eurest.”



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

5. Em contrapartida, a referência “restauração coletiva” compreende fornecimentos a Hospitais, clínicas e centros de terceira idade, serviços de restauração em empresas, fornecimentos a escolas ou centros escolares e estabelecimentos prisionais.

6. A administração da empresa Eurest apresenta a seguinte composição, para o mandato de 2005-2006 (fls. 17157):

- Jonathan Stent Torriani – Gerente
- Jorge Avelino Rodrigues Monteiro dos Santos – Gerente
- Manuel Maria Sá Coutinho de Lancastre – Gerente

E para o mandato de 2006-2007:

- Eurico António Varela Santos – Gerente
- Jorge Avelino Rodrigues Monteiro dos Santos – Gerente
- Marc Albert J. Van Handenhove – Gerente
- Miguel Ramis Barrios – Gerente

GERTAL

7. A arguida Gertal, de acordo com informação acessível livremente no seu sítio www.gertal.pt, é uma empresa cuja atividade se concentra na prestação de serviços nos mercados da restauração, atuando em “(...) sectores tão diversificados como: jardins-de-infância, escolas, residenciais de estudantes, centros de saúde, hospitais, lares de terceira idade, forças armadas, estabelecimentos prisionais e empresas públicas e privadas”, fls. 30279.

8. A empresa opera em Portugal desde 1973, sendo detida a 100% pela Trivalor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A. (fls. 17746).

9. A administração da empresa Gertal apresenta a seguinte composição (fls. 17781 e segs.):

A) No triénio de 1998-2000 e 2001-2003:

- José Luís Silvestre Cordeiro – Presidente do Conselho de Administração



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- José Carlos Brandão Telles – Vogal do Conselho de Administração
- Natália Maria Garcia Alves Lameiras – Vogal do Conselho de Administração
- Luís Filipe Marinho da Cruz Jardim – Vogal do Conselho de Administração
- José Nunes Ferraz Leal de Araújo – Vogal do Conselho de Administração

B) No triénio 2004-2006:

- José Luís Silvestre Cordeiro – Presidente do Conselho de Administração
- José Carlos Brandão Telles – Vogal do Conselho de Administração
- Natália Maria Garcia Alves Lameiras – Vogal do Conselho de Administração

ITAU

10. A arguida Itau, de acordo com informação acessível livremente no seu sítio www.itau.pt, é uma empresa cuja atividade se concentra na prestação de serviços nos mercados da restauração, “(...) *vocacionada para o serviço de restauração coletiva*”, o que incluirá, de acordo com a mesma fonte, “(...) *empresas privadas, organismos oficiais, instituições de ensino, organismos de saúde e hospitais, instituições de apoio social e lazer e estabelecimentos prisionais*”, tendo iniciado a sua atividade em 1963, fls. 30280.

11. Tal como a arguida Gertal, a arguida Itau é detida a 100% pela Trivalor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A, fls. 18312.

12. A administração da empresa Itau apresenta a seguinte composição nos triénios 1998-2000, 2001-2003 e 2004-2006, fls. 18347 e segs.:

- Carlos Alberto dos Santos Martins Moura – Presidente do Conselho de Administração
- António Ferreira Monteiro Limão – Vogal do Conselho de Administração
- Domingos Rufino Pereira – Vogal do Conselho de Administração.

TRIVALOR

13. A arguida Trivalor é uma empresa cuja atividade e objeto social correspondem à gestão de participações sociais de outras sociedades, entre outras, as sociedades



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Gertal e Itau, onde detém 100% dos respetivos capitais sociais (cfr. as respostas supra da Gertal e Itau).

14. A administração da empresa Trivalor apresenta a seguinte composição, para o triénio 2004-2006, fls. 18353 e segs.:

- José Domingos Vístulo de Abreu – Presidente do Conselho de Administração
- Joaquim Augusto Freitas Fernandes Dias Cabaço – Vogal do Conselho de Administração
- Sofia Quintin Crisóstomo Silva Silveira – Vogal do Conselho de Administração.

UNISELF

15. A arguida Uniself é uma empresa cuja atividade se concentra na prestação de serviços nos mercados da restauração, apresentando como setores de atividade preferencial, de acordo com informação acessível livremente no sítio www.uniself.pt, a “(...) restauração pública, ensino, prisões, saúde, trabalho, área social e catering”, fls. 30282.

16. A sociedade foi constituída em 1981, sendo o seu capital social detido maioritariamente por Mateus da Silva Alves, que é também o único sócio-gerente da empresa, fls. 20032 e segs.

ICA

17. A arguida Ica é uma empresa cuja atividade se concentra na prestação de serviços nos mercados da restauração, apresentando como destinatários dos seus serviços, de acordo com a informação disponibilizada no seu sítio www.ica.pt, escolas, fábricas, hospitais e outro equipamento social, tendo sido constituída em 1984, fls. 30285 a 30286.

18. O capital social da empresa Ica encontra-se distribuído pelos seguintes acionistas (fls. 19417 e segs.):

- Manuel António Ribeiro Sevinate de Sousa
- Paulo Sérgio Arteiro Meireles



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- Nazaré Pereira dos Santos Meireles
- Ana Maria Narciso Canha Sevinatate de Sousa
- Nordigal – Indústria de Transformação Alimentar, S.A.

19. A administração da empresa Ica apresenta a seguinte composição, para o quadriénio 2003-2006, fls. 19433:

- Manuel António Ribeiro Sevinatate de Sousa – Presidente do Conselho de Administração
- Nazaré Pereira dos Santos Meireles – Vogal do Conselho de Administração
- Paulo Sérgio Arteiro Meireles – Vogal do Conselho de Administração.

NORDIGAL

20. A arguida Nordigal é uma empresa cuja atividade se concentra na prestação de serviços “(...) *na área do Catering, especialmente dirigido ao sector HORECA [Hotéis, Restaurantes e Cafés], atuando ainda na restauração coletiva*”, de acordo com informação disponibilizada no seu sítio www.nordigal.pt, tendo sido constituída em 1989, fls. 30287 e 30288.

21. O capital social da empresa Nordigal encontra-se distribuído pelos seguintes acionistas (fls. 20281 e segs.):

- Ana Maria Nazaré Sousa
- Nazaré Pereira Santos Meireles
- Paulo Sérgio Arteiro Meireles
- Manuel António Ribeiro Sevinatate Sousa
- ICA – Indústria e Comércio Alimentar, Lda.

22. A administração da empresa Nordigal apresenta a seguinte composição, para o quadriénio 2005-2008, idêntica à do mandato anterior, quadriénio 2001-2004, fls. 20298:

- Paulo Sérgio Arteiro Meireles – Presidente do Conselho de Administração
- Ana Maria Narciso Canha Sevinatate Sousa – Vogal do Conselho de Administração



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- Manuel António Ribeiro Sevinate Sousa – Vogal do Conselho de Administração.

23. De acordo com informação constante dos autos, e no que respeita às empresas Ica e Nordigal “(...) a gestão diária se encontra alocada ao declarante [Manuel Sevinate de Sousa] no que respeita à ICA e ao Sr. Paulo Meireles no que respeita à Nordigal, e mau grado o facto de as duas serem concorrentes no mercado entre si (...), as duas sociedades funcionam numa lógica de grupo de empresas. Aliás, casos existem em que quando uma das sociedades não pode prestar determinado serviço ou apresentar-se a determinados concursos, tais situações são alocadas à outra sociedade que não padece de tais limitações ou impedimentos”, fls. 16604.

SODEXO

24. A arguida Sodexo é uma empresa com atividade na prestação de serviços no mercado da restauração coletiva, fls. 20935 e segs.

25. A empresa foi constituída em 1982, enquanto Lisrestal – Organização e Gestão de Restaurantes Colectivos, Lda., tendo a sua denominação social sido alterada para a atual em 2002, na sequência da aquisição desta empresa pela multinacional francesa do setor da restauração, Sodexho Alliance, atualmente designada Sodexo, fls. 30289 a 30291.

26. A administração da empresa Sodexo apresenta a seguinte composição (fls. 20913 e 20914):

A) Para o triénio 2003-2005:

- Jean Michel Dehnain – Administrador
- Michel Marie Bernard Franceschi – Administrador
- Cecília Maria Andrade Grilo Silva – Administradora

B) Para o triénio 2006-2008:

- Maria Cármen Guerra Vilanova – Administradora
- Michel Marie Bernard Franceschi – Administrador



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- Cecília Maria Andrade Grilo Silva – Administradora.

27. As empresas Eurest, Gertal, Itau, Nordigal, Ica, Uniself e Sodexo são, pelas informações prestadas pelas próprias arguidas, associadas da AHRESP, sendo que, de acordo com depoimentos juntos aos autos, e a título de exemplo, na “(...) *comissão do sector de atividade «restauração coletiva» que existe em tal Associação (...), estão presentes na referida comissão os representantes da ICA (...), a Gertal (...), e a Uniself (...)*”, constituindo esta associação um fórum onde os representantes das arguidas se encontram com regularidade, a título de exemplo v. fls. 16194 e 16606.
28. No que respeita às quotas de mercado destas empresas, e não havendo qualquer divulgação oficial ou publicação que permita aferir das mesmas, incluindo pela própria associação empresarial representativa do sector — *vide* a resposta da AHRESP, a fls. 20675 e segs. —, estimar-se-ão de acordo com o volume de vendas de cada empresa no mercado das refeições e serviços de gestão e exploração de refeitórios, cantinas, restaurantes ou outros espaços no âmbito da restauração coletiva.
29. Assim, estima-se que as quotas de mercado das empresas envolvidas no presente processo contraordenacional, no período de 1995 a 2006, sejam as seguintes:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Empresas	1995		1997		2000		2004		2006	
	Vendas (Euros.000)	%								
Gertal	40.351	18,9%	48.719	20,6%	71.992	19,4%	93.634	20,0%	103.997	20,0%
ITAU	27.035	12,7%	28.047	11,8%	35.098	9,4%	55.920	11,9%	64.497	12,4%
Grupo Trivalor	67.386	31,6%	76.766	32,4%	107.090	28,8%	149.554	32,0%	168.494	32,5%
Eurest	33.285	15,6%	41.309	17,5%	78.711	21,2%	99.368	21,2%	92.798	17,9%
Uniself	11.591	5,4%	17.907	7,6%	26.676	7,2%	38.391	8,2%	43.553	8,4%
Lisrestal / Sodexho	4.802	2,3%	9.234	2,3%	10.431	2,3%	13.295	2,3%	12.762	2,3%
ICA	11.163	5,2%	11.924	5,0%	18.162	4,9%	17.354	3,7%	18.310	3,5%
Nordigal	3.345	1,6%	3.961	1,7%	6.343	1,7%	15.496	3,3%	13.667	2,6%
Grupo ICA / Nordigal	14.508	6,8%	15.885	6,7%	24.505	6,6%	32.850	7,0%	31.977	6,2%
Subtotal	131.572	61,7%	161.101	68,1%	247.413	66,6%	333.458	71,3%	349.584	67,3%
Serv. Portugal	7.500	3,5%	14.000	5,9%		0,0%		0,0%		0,0%
Solnave	2.500	1,2%	3.500	1,5%	9.000	2,4%	12.500	2,7%	12.300	2,4%
Totalis	2.500	1,2%	3.400	1,4%	4.500	1,2%	4.500	1,0%	5.100	1,0%
Serunion		0,0%		0,0%	1.800	0,5%	7.900	1,7%	8.600	1,7%
Narest		0,0%		0,0%		0,0%	1.900	0,4%	2.500	0,5%
Subtotal	12.500	5,9%	20.900	8,8%	15.300	4,1%	26.800	5,7%	28.500	5,5%
Outras empresas	69.228	32,5%	54.699	23,1%	108.937	29,3%	107.692	23,0%	141.016	27,2%
TOTAL	213.300	100,0%	236.700	100,0%	371.650	100,0%	467.950	100,0%	519.100	100,0%

Fonte: AdC, a partir de elementos constantes dos autos do processo n.º PRC/2007/2

I.1.1 Factos provados quanto à troca de informações comerciais sensíveis entre as empresas arguidas

30. As empresas arguidas mantinham, como prática comercial, normal e regular, a troca de informação comercial entre si, pelo menos desde 1998, até fevereiro de 2007, data de realização das diligências de buscas pela AdC.

31. A informação trocada entre todas as empresas arguidas dizia respeito às listagens de aberturas e encerramentos de “unidades” do ano anterior (vide mensagens de correio eletrónico a fls. 420 a 422).

32. A prática de troca habitual de informações abrangia também informações relativas a clientes ou contratos individuais (cfr. fls. 415 e ss).

33. Tais “unidades”, segundo o jargão profissional deste sector, correspondem aos contratos e/ou clientes de cada empresa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

34. A informação relativa a tais “unidades” era complementada com o número de refeições para cada unidade, bem como com a identificação das empresas arguidas ou outras empresas concorrentes que fossem, ou passassem a ser (no caso do “encerramento de unidades”), os fornecedores de tais clientes, vide, a título de exemplo, fls. 421 e 422.
35. O número de refeições referido no ponto anterior era o número constante do caderno de encargos ou do contrato celebrado com o cliente privado e não o número de refeições efetivamente servidas.
36. O número de refeições referido respeitava às refeições principais.
37. Não se verificou que empresas concorrentes, que não as empresas arguidas, recebessem ou fornecessem tal informação às arguidas.
38. Tais informações eram complementadas com a identidade dos clientes em concreto, forma de adjudicação/contratação, número de refeições individualizados por cliente e agregados por período temporal, por vezes com termos de comparação e respetiva evolução anual e definição de circunscrição geográfica, consoante as zonas de atuação de cada empresa ou respetivas delegações regionais, fls. 421 e 422, 479 e 488 (informações da arguida Eurest encontradas nas instalações da arguida Ica), e 480 a 483 (informações da arguida Itau encontradas nas instalações da arguida Ica).
39. Sendo tais informações transmitidas com periodicidade variável, mas regular (há troca de informações mensais, trimestrais e anuais), conforme elementos junto aos autos, fls. 3105, 3108, 3111, 3113, 3116, 3118 a 3124, 3130 a 3150 e 4997 a 4999.
40. Tais informações, vistas no seu conjunto e conjugadas com as informações individuais que cada arguida tem do mercado onde opera, permitem a cada uma das empresas conhecer com suficiente exatidão a posição de cada uma das suas concorrentes no mercado no ano transato, de forma desagregada, por períodos temporais, geralmente por trimestre.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

41. O que se verifica pelos diversos relatórios e memorandos de análise do mercado e das perspectivas da sua evolução, recolhidos nas sedes das empresas envolvidas, onde se analisam as quotas de mercado dos concorrentes e respetivo posicionamento comercial.
42. Tais elementos (obtidos pela troca de informações e conjugados com os elementos informativos internos) permitem, igualmente, a cada arguida construir os seus próprios estudos de evolução do mercado (a título de exemplo, os diversos relatórios “Informação sobre o mercado da Restauração Coletiva”, encontrados nas instalações da arguida Trivalor, v.g., a fls. 178 e segs., e “comentários sobre a concorrência”, a fls. 204 e segs.; ou os mapas de “encerramento de unidades” a fls. 489 e segs., encontrados nas instalações da arguida Ica).
43. A informação transmitida entre as empresas participantes no intercâmbio de informações dizia igualmente respeito a empresas terceiras, concorrentes no mesmo mercado, indicando perdas ou ganhos de “unidades” dessas empresas para cada uma das empresas participantes na troca de informações, fls. 421 e segs. e 767 e segs.
44. Ou seja, sempre que uma das empresas arguidas perdesse — ou, em alternativa, conquistasse — “unidades” a empresas terceiras, também essa informação (complementada com a identidade dos clientes em concreto, forma de adjudicação/contratação, número de refeições individualizado por cliente, entre outras) seria comunicada às restantes arguidas. Como tal, este grupo de empresas monitorizava também o comportamento de empresas terceiras, e a sua evolução no mercado.
45. A informação trocada continha os seguintes elementos:
- A) Identidade dos clientes “perdidos” ou “adquiridos”;
 - B) Quantidades fornecidas;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

C) Identidade das empresas concorrentes que ganhassem ou perdessem determinado cliente;

D) Número de refeições global dos contratos e/ou adjudicações.

46. A informação era fornecida regularmente, normalmente numa base periódica trimestral, o que permitia às empresas arguidas consolidar a informação por tais períodos (fls. 767 a 780, para a consolidação realizada pela arguida Gertal, para os anos de 1998 a 2006).

47. No caso da arguida Eurest, tais elementos seriam “(...) elaborados, para fins estatísticos pelo Senhor Jorge Pedro, chefe de vendas que trimestral, semestral ou anualmente trocava informações com a concorrência relativas a empresas – unidades abertas e encerradas pela EUREST, sem informação relativa a preço e com a indicação exclusiva de refeições/dia, zona geográfica e empresa beneficiária ou perdedora da abertura/encerramento”, fls. 16244.

48. As tabelas de aberturas e fechos de unidades não faziam menção aos preços das refeições ou ao volume de faturação, na moeda vigente, por unidade nem total.

49. As informações trocadas não incluíam referência a dados sobre comportamentos futuros das arguidas em matéria de preços ou de vendas.

50. As informações em causa, nos termos em que eram trocadas entre as arguidas, não se encontram livremente disponíveis, nem são objeto, enquanto informação agregada e sistematizada, de qualquer tipo de publicação oficial ou oficiosa.

51. As informações não eram facilmente acessíveis às empresas concorrentes, em especial nos termos e condições de que beneficiavam, senão através deste sistema de intercâmbio de informações.

52. As informações relativas à adjudicação por entidades públicas no âmbito de procedimentos de contratação não são disponibilizadas nos termos e condições de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

sistematização e agregação idênticas às constantes dos autos relativas a informações trocadas.

53. Nem toda a informação disponibilizada é decorrente de concursos públicos, por exemplo, fls. 5078 e segs., e 5100 e segs.
54. Os comerciais das empresas faziam estudos e análise da concorrência, com base em informações próprias, fazendo levantamento de dados em concursos públicos, junto de potenciais clientes privados, de publicações da área, ou mesmo tendo por base dados transmitidos no âmbito de transmissão de estabelecimentos por imposição de legislação laboral.
55. Porém, a utilização das informações provenientes de tais fontes “livremente acessíveis” impunha o processamento de diversas fontes de informação, implicando necessariamente um encargo e a utilização de recursos, humanos e materiais, o que as arguidas não realizavam de modo cabal.
56. A troca de informações acima relatada era levada a cabo sobretudo pelos comerciais das empresas arguidas.
57. Existia grande familiaridade entre os funcionários das arguidas, nomeadamente comerciais, fruto da mobilidade laboral.
58. Durante o período de troca de informações, foram propostas e estiveram pendentes várias ações judiciais entre as empresas arguidas, essencialmente relativas aos resultados de concursos públicos.
59. Tendo consciência da existência das trocas de informações acima descritas, levadas a cabo essencialmente pelos comerciais das empresas, os Recorrentes pessoas singulares, na qualidade de legais representantes das empresas, não desenvolveram qualquer conduta destinada a pôr termo às práticas proibidas, com as quais concordavam (art. 700 e 1130 da decisão).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

60. Os Recorrentes agiram de forma livre, consciente e voluntária na prática dos factos que lhes são imputados, bem sabendo que os mesmos eram proibidos por lei e querem ainda assim praticá-los.
61. Com base nos Relatórios e Contas ou documentos equivalentes juntos aos autos, fornecidos pelas arguidas, e em relação ao ano de 2006 (fls. 17691, 18262, 18824, 20256, 19545, 20330 e 21080), verifica-se que:
- A) A arguida Eurest realizou um volume de negócios de € 130.193.665,24 (cento e trinta milhões, cento e noventa e três mil, seiscentos e sessenta e cinco euros e vinte e quatro cêntimos).
- B) A sociedade Gertal realizou um volume de negócios de € 104.970.432,00 (cento e quatro milhões, novecentos e setenta mil, quatrocentos e trinta e dois euros); a sociedade Itau realizou um volume de negócios de € 64.496.723 (sessenta e quatro milhões, quatrocentos e noventa e seis mil, setecentos e vinte e três euros).
- A empresa arguida Trivalor, consolidando os volumes de negócios das sociedades Gertal e Itau, realizou um volume de negócios de € 169.467.155,00 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil, cento e cinquenta e cinco euros).
- C) A arguida Uniself realizou um volume de negócios de € 43.553.120,84 (quarenta e três milhões, quinhentos e cinquenta e três mil, cento e vinte euros e oitenta e quatro cêntimos).
- D) A sociedade Ica realizou um volume de negócios de € 18.052.406,95 (dezoito milhões, cinquenta e dois mil, quatrocentos e seis euros e noventa e cinco cêntimos); a sociedade Nordigal realizou um volume de negócios de € 13.666.986,55 (treze milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, novecentos e oitenta e seis euros e cinquenta e cinco cêntimos).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

A arguida Ica/Nordigal realizou um volume de negócios de € 31.719.393,50 (trinta e um milhões, setecentos e dezanove mil, trezentos e noventa e três euros e cinquenta cêntimos).

E) A arguida Sodexo realizou um volume de negócios de € 12.762.062,83 (doze milhões, setecentos e sessenta e dois mil, sessenta e dois euros e oitenta e três cêntimos).

62. Não foi possível apurar a situação económica dos arguidos que são pessoas singulares.

63. Não se apurou que os arguidos pessoas singulares tivessem retirado algum benefício pessoal da prática dos factos.

64. Inexistem antecedentes contraordenacionais dos arguidos por idênticos factos.

*

2.2. Matéria de facto não provada

Com relevância para a decisão da causa resultou não provado que:

- A informação relativa à abertura e fecho de “unidades” era complementada com o número de refeições/volume de vendas real ou efetivo de cada unidade e não apenas com o número constante do caderno de encargos ou do contrato celebrado com o cliente privado.
- As empresas trocavam habitualmente informações entre si relativas a preços e custos de produção (fls. 760 e segs., quanto a tabelas de preços praticadas pela Eurest encontradas nas instalações da arguida Gertal).
- As tabelas de aberturas e fechos trocadas continham menção ao volume de vendas ou de negócios expresso na moeda vigente.
- Todas as informações trocadas acima referidas eram públicas, sendo divulgadas publicamente pelas próprias arguidas e por terceiros.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

- Todas as informações podiam ser obtidas através de publicações periódicas, pelos anúncios de adjudicação de contratos, através da participação em procedimentos contenciosos de impugnação dos procedimentos concursais e mesmo através de publicações de natureza publicitária ou promocional, editadas pelas arguidas (exemplificando com os “boletins” publicados pela arguida Eurest).
- Todas as informações trocadas e acima referidas eram facilmente acessíveis por qualquer interessado.
- As informações trocadas e acima referidas não eram suscetíveis de influenciar a política comercial das empresas envolvidas.
- Os intervenientes na troca de informações estavam convencidos de que as suas condutas eram legais.
- A troca de informações teve benefícios para os clientes e consumidores.
- As empresas arguidas atuavam em mercados estrangeiros e havia empresas estrangeiros a atuar e exercer influência significativa no mercado português.

2.3. Motivação da decisão de facto

A matéria de facto provada resultou da análise crítica conjugada de toda a prova constante dos autos – documental, declarações e depoimentos - e bem assim da prova produzida em audiência, à luz das regras de experiência comum e do princípio da livre apreciação da prova.

Em fase administrativa foram juntos aos autos múltiplos documentos, muitos dos quais recolhidos no âmbito de buscas às instalações das empresas arguidas, e foram nomeadamente ouvidos:

CECÍLIA MARIA ANDRADE GRILO SILVA, na qualidade de Legal Representante da Sodexo Portugal (conf. fls. 16536 a 16540);

MANUEL ANTÓNIO RIBEIRO SEVINATE DE SOUSA, na qualidade de Legal Representante da ICA (conf. fls. 16604 a 16606 e 30121 a 30123);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

EURICO ANTÓNIO VARELA SANTOS, na qualidade de Legal Representante da Eurest (conf. fls. 16614 a 16613);

MATEUS DA SILVA ALVES, na qualidade de Legal Representante da Uniself (conf. fls. 16733 a 16735 e 30098 a 30100);

CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MARTINS MOURA, na qualidade de Legal Representante da Itau (conf. fls. 16856 a 16859 e 30091 a 30093);

JOSÉ LUÍS SILVESTRE CORDEIRO, na qualidade de Legal Representante da Gertal (conf. fls. 16976 a 16977 e fls. 29967 a 29970 e 30254 a 30256);

MANUEL MENDES DOS REIS, na qualidade de ex-diretor financeiro da Eurest funções que exerceu desde 1981 até ao mês de outubro 2007 (Conf. fls. 21463 a 21473);

VITOR MANUEL JACINTO LOPES, na qualidade de Diretor Operacional Norte da Eurest (Portugal) desde 2000 (Conf. fls. 21748 a 21753)

MANUEL MARIA SÁ COUTINHO DE LANCASTRE, na qualidade de antigo diretor geral e gerente da sociedade Eurest (Conf. fls. 21795 a 21797)

JOSÉ NUNES FERRAZ LEAL ARAÚJO, na qualidade de membro do Conselho de Administração da Gertal (Conf. fls. 29971 a 29974)

LUÍS TAVARES NEVES, na qualidade de Diretor Geral Norte da Gertal (Conf. fls. 29975 a 29976)

MARIA CAROLINA MAGIOL NOGUEIRA, na qualidade de ex-diretora comercial da Eurest, funções que exerceu desde cerca de 1981 até Novembro de 2007 (Conf. fls. 29981 a 29985)

MANUEL MOREIRA CORREIA, na qualidade de Director Geral da UNISELF (Conf. fls. 30102 a 30104)

HENRIQUE MANUEL FERNANDES LEITE, Diretor Geral da Eurest desde 1992 (Conf. fls. 32293)

CARLA MARIA SERRALHEIRO MACHADO BAPTISTA CONDE, Diretora de Recursos Humanos da Eurest desde 2005 (Conf. fls. 32294 a 32296).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

A AdC inclui nos factos provados várias referências a meios de prova que são de salientar nesta sede, pela sua relevância. Assim, refere a AdC que:

“Como exemplos da informação trocada entre as empresas arguidas refiram-se as telecópias remetidas pelas arguidas Eurest, Sodexo, Itau e Gertal à arguida Uniself, e que dizem respeito a informações trocadas entre estas empresas entre os anos de 1998 e 2006, a fls. 3105, 3108, 3111, 3113, 3116, 3118 a 3124, 3130 a 3150 e 4997 a 4999.

Bem como as informações remetidas pelas arguidas Eurest e Uniself à arguida Itau, algumas das quais já em janeiro de 2007, fls. 4982 a 4987.

Ou, ainda a título exemplificativo, o documento recapitulativo sobre quais as empresas que tinham distribuído informação sobre as respetivas aberturas e fechos de unidades pelas suas concorrentes, desde o ano de 1998 a 2006, que foi obtido nas instalações da Direção Comercial da arguida Itau, e que não pode deixar de ter sido elaborado com base nas informações comerciais, designadamente de aberturas e fechos de unidades, trocadas entre as empresas ora arguidas e mediante o envio de telecópias da Eurest (Compass Group), e da Uniself, para as empresas arguidas do Grupo Trivalor, fls. 5000.

Atente-se ainda às cópias remetidas pela arguida Eurest para a arguida Itau, com as listagens de aberturas e encerramentos de unidades, de 1998 a 2006, e que incluía igualmente a indicação do número de refeições por unidades abertas e fechadas, isto é, o número de refeições ganhas e perdidas em tais áreas e período temporal relativo, fls. 5021 a 5031.

De igual modo, veja-se a mensagem de correio electrónico enviado em 4 de abril de 2006, pela arguida Itau para a arguida Ica, contendo a listagem de aberturas e fechos de unidades daquela empresa no ano de 2005, fls. 420.

Ou o ficheiro preenchido com informação da arguida Uniself, contendo a listagem de aberturas e fechos de unidades referente aos anos de 1998 a 2006, e que incluía igualmente



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

a indicação do número de refeições por unidade aberta e fechada, isto é, o número de refeições ganhas e perdidas em tais áreas e período temporal, que igualmente se encontrava nas instalações da Direção Comercial da arguida Itau — fls. 5033 a 5054 —, sendo que pelo menos um desses documentos (relativos, recorde-se, à Uniself), foi reencaminhado pela arguida Eurest para a arguida Itau, como se poderá verificar pelo remetente da telecópia em causa, a fls. 5034, o que demonstra o grau de reciprocidade e confiança existente entre estas empresas, neste âmbito particular.

Quando confrontado o Senhor Manuel Reis, ex-diretor administrativo e financeiro da Eurest Portugal, com um conjunto de documentos apreendidos nas instalações da Eurest Portugal e outras empresas arguidas, o declarante pronunciou-se sobre os mesmos e, desde logo, sobre os documentos juntos que correspondem a cópias de mensagens de correio electrónico, e respetivos anexos, recolhidas nas instalações da Eurest Portugal, fls. 1772 e segs.

O requerente de clemência, quando questionado sobre um conjunto de cópias de telecópias e listagens que correspondem aos anexos 31, 32 e 33 do auto de declarações de 28 de março de 2007 — fls. 16267 e segs. —, que, por sua vez, correspondem a documentos e informações trocadas entre as empresas arguidas, e que foram apreendidos nas suas instalações, afirmou:

“(...) que o anexo contém documentos das maiores empresas do sector. Relativamente aos documentos Eurest, estes eram elaborados, para fins estatísticos pelo Senhor Jorge Pedro, chefe de vendas que trimestral, semestral ou anualmente trocava informações com a concorrência relativa a empresas – unidades abertas e encerradas pela Eurest, sem informação relativa a preço e com a indicação exclusiva de refeições/dia, zona geográfica e empresa beneficiária ou perdedora da abertura/encerramento”, fls. 16244.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

O Senhor Manuel Reis, quando confrontado com as cópias de tais documentos obtidos nas instalações das empresas ora arguidas Itau e Uniself (correspondendo aos anexos 5 A e 5 C do seu auto de declarações, fls. 21486 e segs.), e que correspondem, nas suas próprias declarações, a cópias de telecópias provenientes da Eurest sobre “(...) *aberturas e fechos relativas a clientes*”, confirmou as declarações do requerente de clemência, quanto à questão de saber qual a “(...) *razão pela qual a Eurest enviou à sua concorrente ITAU tais documentos, isto é, as listagens de aberturas e fechos de unidades (...)*” que, “(...) *como já afirmado anteriormente, julga ter havido troca de informação do Departamento Comercial (...)*”.

Dando a mesma justificação para o facto de tais documentos, relativos à abertura e encerramento de unidades da Eurest, terem sido igualmente encontrados nas instalações da Uniself.

Também a Senhora Maria Carolina Magiol, inquirida na qualidade de ex-diretora comercial da Eurest Portugal, funções que terá exercido “(...) *desde cerca 1981 até 30 de novembro de 2007, tendo iniciado atividade profissional na referida empresa em 1978 (...)*” — fls. 29981 —, foi confrontada com cópias de documentos apreendidos nas instalações das empresas arguidas, e que correspondem ao anexo 1 A ao auto de declarações a que se faz referência, e questionada se poderia esclarecer:

“(...)

- *o conteúdo de tais documentos e suas autorias*

- *a razão pela qual a Eurest enviou à sua concorrente ITAU tais documentos, isto é, as listagens de aberturas e fechos de unidades*

(...)”.

A testemunha declarou que:

“(...) *relativamente aos documentos apresentados, conhece os que são da autoria da Eurest. Tratam-se de aberturas e fechos de clientes, por áreas norte e sul que a Eurest ia*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

tendo. Em geral, eram tratados e trocados trimestralmente com as empresas referidas participantes no acordo. Mais referiu que esta era uma prática que existiu durante vários anos”.

Por seu turno, a AdC também incluiu nos factos provados trechos das declarações dos Recorrentes pessoas singulares, legais representantes das arguidas pessoas coletivas, que aqui se descrevem:

O Senhor José Luís Silvestre Cordeiro, na qualidade de legal representante da Gertal, “*funções que exerce desde 1994 até ao momento*” da audição, a fls. 16976, em resposta ao pedido de contextualização do facto de informação relativa a aberturas e fechos de unidades (ou seja, de clientes e contratos de fornecimento), ser trocada entre empresas concorrentes, declarou:

“(…) que procura estar sempre informado da atividade do sector, pedindo aos seus comerciais que disso o informem e supõe que os seus comerciais comuniquem tais informações, que são conhecidas por serem públicas a outras empresas, por uma questão de reciprocidade, desconhecendo, no entanto a forma como tal ocorre, dado que não lida com isso. Existindo alguma informação sobre a empresa, supõe que também terão de dar alguma informação a outras empresas, dentro de uma lógica de bench-marking entre as empresas atuantes no sector”, fls. 16977.

O Senhor Carlos Alberto dos Santos Martins Moura, na qualidade de legal representante da Itau, “*funções que exerce desde 1994 até ao momento*” da audição, a fls. 16856, ao ser confrontado com cópia de uma mensagem de correio electrónico datada de 4 de abril de 2006, e remetida por “IS-Elsa Coragem (Comerciais)”, com o endereço elsa.coragem@lx.itau.pt e com o destinatário nperdigao@ica.pt, tendo por assunto “Mapa de Aberturas e Fechos” e contendo como ficheiro anexo o documento, em formato “Excel”, “Aberturas e Fechos 2005.xls” (fls. 420 a 422), afirmou:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

“(…) ser a pessoa supra identificada [Elsa Coragem] secretária da direção comercial do Itau (...), há já vários anos (...)”, embora desconhecendo o destinatário de tal mensagem.

Já no que respeita ao seu conteúdo,

“afirmou desconhecer tal email enviado, relativamente ao anexo afirmou que o mesmo se trata de um mapa de aberturas e fechos de clientes do tipo dos elaborados pela direção comercial do ITAU (...)”.

“Mais afirmou que dá instrução ao Diretor Comercial, Dr. José Guerreiro para que a sua direção conheça as aberturas e encerramentos da concorrência, de modo a se inteirar qual a posição que os concorrentes no mercado detêm na altura de elaboração do mapa, desconhecendo a forma pela qual tal instrução será cumprida pelo diretor comercial”.

Quanto às cópias de documentos que constituem o anexo 2 do seu auto de declarações, que uma vez mais foram obtidos nas instalações da empresa Itau, especificamente na sua Direção Comercial, e que correspondem a uma telecópia, datada de 9.1.2007, enviada pela Eurest Portugal — fls. 16864 —, com informações relativas a aberturas e fechos de clientes desta empresa, o declarante afirmou *“(…) desconhecer tal documento”.*

Por outro lado, quanto ao conjunto de cópias obtidas nas instalações da empresa Itau, e que incluem diversas tabelas relativas a aberturas e encerramentos de clientes de diversas empresas ora arguidas (Gertal, Eurest, Uniself, Ica), e que foram juntos ao auto de declarações em referência como anexo 3 — fls. 16866 —, o declarante *“(…) afirmou que os mesmos se tratam de aberturas e fechos de quatro empresas concorrentes, desconhecendo tais documentos. A informação que pede ao seu diretor comercial é o número de aberturas e fechos da concorrência em cada período”.*

Refira-se, não obstante, que alguns desses documentos correspondem a telecópias, com remetentes claramente identificados — Eurest Portugal, fls.16888 e segs., e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Uniself, fls. 16900 e segs. — e, no seu conjunto, abrangem o período temporal de 1998 a 2006.

Quanto à cópia de uma mensagem de correio electrónico datada de 23 de janeiro de 2007, enviada pela já identificada Elsa Coragem para comercial2@uniself.pt, contendo em anexo um documento em formato “Excel”, “Abert.eFechos.xls”, e que identificam, de janeiro a dezembro de 2006, os clientes adquiridos (“unidades abertas”) e os clientes perdidos (“unidades fechadas”) da Itau, bem como o nome das empresas que eram as anteriores fornecedoras, ou que passaram a ser fornecedores desses clientes — fls. 16926 —, o declarante afirmou “(...) *desconhecer o email e seu ficheiro anexo da secretária da direção comercial para comercial2@uniself.pt. Quanto ao documento constante do ficheiro anexo ao referido email, afirmou conhecer o formato, correspondendo ao tipo de mapa de abertura e fecho trimestral elaborado pela direção comercial do ITAU (...)*”.

Ainda quanto “às cópias de faxes, 10.10.2003, 19.01.2004, 16.04.2004, de 14.01.2005, 19.04.2005, 11.10.2005, assim como os documentos que se encontram identificados como o documento 32 reportando o primeiro trimestre de 2006 e documento 33 reportando ao último trimestre de 2005, e um documento de 2005 reportado ao último trimestre de 2005” — fls. 16941 e segs. —, o declarante “(...) afirmou tratar-se de mapas dos quais constam as aberturas e fechos do ITAU, elaborados pela Direção Comercial do ITAU. Mais informou que desconhece o envio de tais documentos para a Uniself, assim como dos restantes documentos de outras empresas constantes do anexo”.

O Senhor Manuel António Ribeiro Sevinate de Sousa, na qualidade de Legal Representante da Ica, “funções que exerce desde 1984 ou 1985 até ao momento” da audição, a fls. 16604, começou por clarificar as relações entre as empresas ICA e Nordigal, referindo que, se “(...) a gestão diária se encontra alocada ao declarante no



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

que respeita à ICA e ao Sr. Paulo Meireles no que respeita à Nordigal, e mau grado o facto de as duas serem concorrentes no mercado entre si (...), as duas sociedades funcionam numa lógica de grupo de empresas. Aliás, casos existem em que quando uma das sociedades não pode prestar determinado serviço ou apresentar-se a determinados concursos, tais situações são alocadas à outra sociedade que não padece de tais limitações ou impedimentos”.

Confrontado com a cópia do documento junto como anexo 1 ao auto de declarações do declarante — fls. 16608 — foi o declarante questionado no sentido de identificar o destinatário de tal mensagem de correio electrónico, ao que respondeu, “(...) *que tal email profissional [nperdigao@ica.pt] pertence a Nuno Perdigão, que exerce funções de comercial na ICA”.*

Por outro lado, quanto ao conteúdo do mesmo, o declarante não teve dúvidas em confirmar que este “(...) *corresponde a trocas de informações que os comerciais trocam entre si para darem conta das unidades que abriram e fecharam durante determinado período, e de alguma forma o progresso ou retrocesso que tiveram em termos de número de refeições”.*

Sendo que tal documento havia sido enviado da empresa Itau para a Ica “(...) *no contexto supra referido, isto é, de os comerciais das empresas terem por hábito trocarem este tipo de informações para facilitarem os seus trabalhos”.*

De facto, o mesmo declarante “*tinha conhecimento que os comerciais das empresas tinham tal prática e nunca se opôs a isso. Aliás, tal prática – o «saber dos outros», se o mercado cresceu, ou não cresceu, etc. – vem de trás e existe desde que se recorda”,* fls. 16605.

A Senhora Cecília Maria Andrade Grilo Silva, na qualidade de legal representante da empresa, “*funções que exerce desde março de 2003 até ao momento”* da audição, a fls. 16536, ao ser confrontada com o conjunto de cópias de documentos que constituem o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

anexo 5 ao seu auto de declarações — fls. 16558 —, e que correspondem a um conjunto de cópias de tabelas e de telecópias, com informações relativas ao número de unidades abertas e encerradas das diversas empresas ora arguidas, referiu que “(...) *especificamente quanto ao documento enviado do fax da Sodexho para a Uniself, em 26 de novembro de 2003, que o documento é da autoria da Sodexho e que corresponde aos modelos utilizados, à época, para elaboração de mapas de aberturas e fechos de unidades*”.

Tendo ainda a declarante esclarecido “(...) *que tinha conhecimento que os comerciais da Sodexho, no âmbito de uma prática generalizada e, conseqüentemente não limitada apenas à Uniself, trocavam entre si as listagens de aberturas e de fechos de unidades enquanto instrumento de avaliação de mercado e concorrência. É nesse contexto de prática comercial generalizada que surge tal troca de informações, da qual tinha conhecimento*”, fls. 16540.

O Senhor Mateus da Silva Alves, na qualidade de legal representante da Uniself, “*funções que exerce desde 1981 até ao momento*” da audição, a fls. 16733, foi confrontado com cópias de documentos já referidos na Nota de Ilícitude e, assim, em relação à cópia de mensagem de correio electrónico, a fls. 16736, remetida pela empresa Itau, tendo afirmado não conhecer o seu remetente, esclareceu que o endereço de destino comercial2@uniself.pt “(...) *corresponde a um email «geral» da secção comercial da Uniself, ao qual todos os funcionários da área comercial da Uniself têm acesso*”.

Declarou ainda que o conteúdo desta mensagem e, em particular, do ficheiro anexo à mesma “(...) *constitui o tipo de documentos que os vários comerciais trocam para saberem «quem é quem», a evolução no mercado, etc., para constituição de bases de dados. Esclareceu que os comerciais da Uniself e de outras empresas vão trocando essas informações para irem conhecendo a evolução do mercado*”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

O declarante apresentou os mesmos motivos justificativos para explicar *“a razão pela qual a Uniself enviou à sua concorrente ITAU tais documentos, isto é, as listagens de aberturas e fechos de unidades”*, a fls. 16773 e segs., abrangendo o período entre 2004 e 2006.

Aliás, quando questionado *“se pode esclarecer como o concorrente ITAU poderá ter na sua posse um mapa de quotas de mercado”* a fls. 16799, o declarante argumenta:

“(...) que a razão continua a ser a mesma e já referida. As quotas de mercado vão sendo calculadas mediante a determinação do volume global de vendas e sua conjugação com o número de unidades em cada sector por cada concorrente (...)” sendo certo que apenas o *“(...) volume global de vendas pode ser obtido através do modelo 22, ou através dos serviços da MOPE ou Dun, ou através de quaisquer outras formas que possibilitem tal conhecimento”*.

Tendo, em conclusão, confirmado que *“(...) a própria Uniself também enviava, quando necessário, as suas próprias listagens de aberturas e fechos de unidades para outras empresas concorrentes, como por exemplo o fax de 14 de janeiro de 2005 (...)”*.

Analisemos agora globalmente a prova produzida em fase administrativa.

Atento o teor dos documentos apreendidos no âmbito das buscas realizadas, muitos dos quais indicados a propósito dos factos provados e supra, nesta motivação, resulta que se encontravam nas instalações de umas das empresas arguidas documentos relativos essencialmente a mapas de aberturas e fechos de unidades produzidos por outras arguidas.

O teor concreto das informações, dado como provado, resulta da análise do conteúdo de tais documentos.

Das declarações dos legais representantes e dos depoimentos testemunhais, sobretudo dos acima transcritos, para que se remete, resultou claro que tais



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

documentos eram trocados entre si pelas empresas arguidas, nomeadamente pelos comerciais de tais empresas.

Também resulta claro o propósito de tal troca e a utilidade da mesma. No caso da arguida Eurest, por exemplo, e como referido, tais elementos seriam “(...) *elaborados, para fins estatísticos pelo Senhor Jorge Pedro, chefe de vendas que trimestral, semestral ou anualmente trocava informações com a concorrência relativas a empresas – unidades abertas e encerradas pela EUREST, sem informação relativa a preço e com a indicação exclusiva de refeições/dia, zona geográfica e empresa beneficiária ou perdedora da abertura/encerramento*”, fls. 16244.

Os próprios legais representantes das arguidas, em declarações na fase administrativa, acima parcialmente transcritas, não escamoteiam a utilidade dos dados, sendo que alguns admitem expressamente que solicitavam periodicamente dados sobre a concorrência.

Note-se que a troca há-de ter alguma utilidade e se as arguidas acedessem diretamente a todas as informações, com a mesma facilidade e sistematização, e não carecessem de mapas fornecidos por outras empresas, a prática de troca de informações não existiria.

Assim, as conclusões que a AdC retirou da prova produzida em fase administrativa afiguram-se-nos adequadas e as únicas aceitáveis face ao constante da prova produzida e à luz de regras de experiência comum.

*

Vejamos agora a prova produzida em audiência e se a mesma foi suficiente para as afastar as conclusões retiradas da prova produzida em fase administrativa.

A generalidade dos arguidos não adiantou esclarecimentos quanto aos factos, no uso de um direito que lhes assiste.

Em audiência foram ouvidas as seguintes testemunhas:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

MANUEL MENDES DOS REIS, Diretor Financeiro da Eurest de 1981 a 2007, já reformado, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 1772, 1773, 21610, 21611, 1711, 1712, 21610, 21611, 21612, 21486 e seguintes, 21509 e seguintes, 21619, 21621, 21624, 21480, 21481, 21482, 21596, 21597, 21627, 21629, 21631, 21599 e seguintes, 21548, 21549, 21610, 21611, 21480, 21482, 30177 a 30192, 21840, 21610, 21611, 35339, 35345 vº, 35347, 21712, 34232 a 34286, 12, 13, 15, 28, 21509, 21510, 21599, 24548, 21619, 21624 e 21486 dos autos.

O depoimento desta testemunha reputou-se credível, por espontâneo e isento, visto que se encontra reformado e já não ao serviço da Eurest.

Referiu esta testemunha, licenciada em gestão de empresas e que foi responsável pela parte financeira da Eurest, ter conhecimento da prática de troca de informações sobre aberturas e fechos, incluindo informações sobre clientes ganhos e perdidos e refeições fornecidas. Mais declarou, que tal permitia efetuar estimativas sobre o número de refeições servidas pela concorrência, era relevante para se conhecer a posição relativa de cada uma das empresas e para se determinar a quota de mercado de cada uma delas.

Ora, as afirmações desta testemunha foram relevantes para o Tribunal quanto ao apurar a utilidade das informações, pois esta testemunha, pela formação académica e experiência do ramo e dentro da Eurest, sabe perfeitamente qual a utilidade destas informações trocadas.

Os mapas com as informações sobre a concorrência eram-lhe enviados pela Diretora Comercial, Senhora Carolina Nogueira, sendo que o pedido de informações às demais empresas era processado pela Senhora Carolina ou pelos seus comerciais.

Mais referiu que a Eurest comprava estudos sobre o mercado da restauração, mas com uma periodicidade de vários anos entre si, e com informações bem menos pormenorizadas que as trocadas entre as arguidas.

Por outro lado, afirmou que a Eurest não tinha conhecimento de todas as informações disponibilizadas nos concursos públicos, pois que a Eurest não se apresentava a todos os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

concursos. Por outro lado, não tinha informação total sobre as situações de clientes privados, em que não havia concurso público.

Admitiu existirem várias ações judiciais pendentes entre as arguidas quanto a discordâncias relativas a resultados de concursos.

VITOR MANUEL JACINTO LOPES, desempregado, que trabalhou para a Eurest de 1994 a 2009, como Diretor Operacional e depois como Diretor Norte, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 56012, 21705, 21706, 22074, 22075, 23358, 23371, 23384, 23385, 23363, 23391, 26231, 26250, 47812 e seguintes, 41932, 42193, 42330, 42362, 47812 e seguintes, 47815, 41932, 42193 dos autos.

Este depoimento incidiu essencialmente sobre a conduta imputada que prescreveu, não tendo sido essencial para a formação da convicção do Tribunal, pelo que não nos deteremos sobre ele;

MARIA CAROLINA MAGIOL NOGUEIRA, reformada, Diretora Comercial da Eurest desde 1986 a 2007, a qual foi confrontada com os documentos de fls. 29987, 29989, 30050, 30061, 30081, 30008 a 30011, 30050 e seguintes, 30058, 760, 479, 29982, 29983, 29984, 30009, 30010, 32915, 244439, 760, 23046, 23444, 23445, 23915, 24865 a 24872, 41918 a 41931, 30009 a 30011, 34287 a 34385 e 29981 dos autos.

O depoimento desta testemunha afigurou-se seguro e coerente, além de isento, pelo facto de se encontrar já reformada, pelo que se reputou credível.

Afirmou ter existido a troca de informações, a qual era materialmente executada através de troca de listagens entre os comerciais que liderava e colegas das empresas concorrentes.

Declarou que recolham informação de todas as maneiras e que os dados objeto da troca de informações serviam para confirmar elementos internos.

Quando participavam em concursos tinham acesso às listas de clientes das concorrentes e obtinham também essa informação, além do número de refeições. Porém, não tinham fácil acesso a todas as informações relativas a clientes privados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Mais afirmou que o objetivo da recolha de informações, em que se incluía a troca de informações com os concorrentes, era a preparação de um relatório anual de onde constassem as quotas de mercado das concorrentes.

Referiu ainda que transmitia as informações obtidas da concorrência a Manuel Lancastre, legal representante da Eurest à data e nestes autos requerente de clemência, sendo que o mesmo tinha perfeito conhecimento desta prática de troca de informações de aberturas e fechos e nunca se opôs.

Mais referiu que as informações sobre o mercado constantes de publicações eram pouco corretas, preferindo os dados que os seus comerciais reuniam.

Declarou que pelos gráficos de aberturas e fechos é possível concluir pela posição relativa das várias empresas.

JOÃO PATEIRA FERREIRA, jurista na Autoridade da Concorrência desde Novembro de 2007 e que fez parte da instrução deste processo, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 478 a 488, 760, 5000 a 5057, 5019, 5032, 5021, 30102, 30105, 30109, 30110, 420 a 422, 178 e seguintes, 204 e seguintes, 1772 a 1774, 21596, 21597, 5351, 5357, 5360, 5361, 49313, 49355, 39127 a 39429, 178 a 271, 166, 181, 182, 188, 189, 194 a 196, 213, 214, 215, 217, 34147, 34147 vº, 34386, 34232, 34462, 34475, 34477 a 34490, 34287, 34387, 34459, 34502, 34531 a 34547, 760, 5000 e seguintes, 5077, 5078, 36260 e seguintes, 36187 e seguintes, 36231, 36234, 36538, 36661, 36714, 36678, 36979, 36851, 420 a 422, 423, 427, 1772 a 1774, 30098 a 30100, 16733, 35341, 35344, 5000, 3111, 487, 488 e 3125 dos autos.

Sendo pessoa com experiência na área da concorrência, declarou que as fontes públicas de informação não continham todas as informações objeto de troca, como as quantidades adjudicadas, número de refeições por dia, área geográfica da delegação em causa, nem apresentariam a mesma sistematização por períodos recentes, que interessava às arguidas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Por outro lado, os clientes privados não são obrigados a realizar concursos públicos, pelo que o acesso a tal informação é mais difícil.

Por coerente com a demais prova, este depoimento reputou-se credível.

LUÍS MANUEL MARQUES BENTO, Técnico Economista, a trabalhar na Autoridade da Concorrência, tendo sido um dos instrutores deste processo desde 2008, o qual foi confrontado com os documentos de fls.52194 a 52242, 32264 e seguintes, com especial enfoque nas fls. 9 e 10 do estudo, fls. 32271, 32264, bem como os seguintes artºs da nota da ilicitude 467, 493, 462, 463, 467, 468, 493, documentos de fls. 30472, 18, 19, 30459, 459, 21746, 21702, 56026, 56028, 30488 e seguintes, 30491, 30458, 30460, 30464, 30462, 30466, 30472, 30467 e 30469 dos autos.

Esta testemunha, que se reputou sincera e credível, declarou que os estudos que efetuou visam infirmar a existência de meros indícios económicos de prática de ilícitos, não tendo o objetivo de ser estudos aprofundados sobre tais matérias, nem devendo substituir a prova sobre a matéria apurada.

Por os estudos em causa serem essencialmente direcionados à conduta prescrita, não nos deteremos sobre tais estudos;

FERNANDO MANUEL RIBEIRO BRANCO, Professor Universitário na Universidade Católica, Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais na área de micro-economia, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 48768 e seguintes. Foi ainda confrontado com os artºs 453, 454, 462 e 471 da nota de ilicitude.

Pelas mesmas razões já referidas quanto à testemunha anterior, não nos deteremos neste depoimento, de cariz essencialmente económico e direcionado à análise dos efeitos da conduta prescrita;

JORGE MANUEL CASTANHEIRA PEDRO, Consultor Comercial na Eurest há cerca de 13 anos, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 29987, 29989, 30050, 760, 5021 a 5031, 5033 e 5034 dos autos.

Trabalhou com a anterior testemunha Carolina Nogueira, como seu inferior hierárquico.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

O depoimento desta testemunha não se reputou credível por pouco isento, uma vez que continua a trabalhar para a Eurest, e por se mostrar hesitante e ir em sentido diverso da demais prova nomeadamente do depoimento da sua chefe, Carolina Nogueira e de Manuel Reis, bem como do depoimento de João Lobo, adiante, comercial de empresa concorrente que o identificou como um dos intervenientes diretos na troca de informações.

A testemunha afirmou ter uma única vez enviado um fax com listagens de aberturas e fechos. De resto, as listagens de aberturas e fechos eram feitas por si e não trocadas com a concorrência.

De modo nada credível, disse nunca ter visto os docs. de fls. 5033 e 5034, embora ainda assim admitisse que o nome aí constante de “Jorge Pedro” é o seu nome e não o de um colega.

O n.º de fax 217913695, que afirma ser da Direção Comercial da Eurest e constar do seu cartão de visita, é o número que consta de vários documentos com que a testemunha foi confrontada e diz desconhecer;

ANTÓNIO JOAQUIM PEREIRA SILVÃO, Economista, Técnico Oficial e Revisor de Contas, tendo sido revisor de contas no Grupo Trivalor desde 1970, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 17060, 17074, 18281 a 18291, 18841, 20268 e 19829 dos autos.

Atendendo a que o depoimento desta testemunha incidiu em matérias económicas com relevância para a conduta prescrita, não nos deteremos sobre ele;

FRANCISCO JOÃO VELEZ ROXO, Economista, Administrador do Centro Hospitalar de Leiria e Pombal e Professor na Universidade Católica na Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais, tendo prestado serviços para o grupo Trivalor e sido o autor de um parecer elaborado para o Grupo Trivalor, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 48804, 33994, 33995, 479, 34232 e 34289.

Esta testemunha, que prestou serviços para o grupo Trivalor nesta matéria e que se considerou essencialmente coerente e credível, descreveu o tipo de planos de trabalho, mapas e relatórios que os comerciais do grupo têm de elaborar e que são bastante



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

pormenorizados, com vista, além do mais, a conhecer os clientes ganhos e perdidos pelo grupo Trivalor e suas concorrentes. Tais mapas foram também estabelecidos por exigências de certificação da qualidade.

A testemunha declarou que os comerciais se queixavam frequentemente de excesso de burocracia.

Mais referiu que os custos das publicações com estudos de mercado faziam com que a Gertal comprasse um número reduzido desses estudos.

Do depoimento desta testemunha infirmamos a nossa convicção no sentido da utilidade para as empresas da obtenção destas informações sobre as concorrentes, para um perfeito conhecimento do mercado e atuação em consonância com tal conhecimento. Por outro lado, faz-nos supor que o excesso de burocracia de que se queixavam os comerciais funcione como estímulo à troca de informações entre concorrentes, de modo a conseguir obter todas as informações pretendidas com o menor tempo e esforço possíveis;

HUGO MIGUEL DA CUNHA FERREIRA FERNANDES MARQUES, consultor na área financeira, trabalha na Deloitte e fez um estudo do grupo Trivalor, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 58648 a 58657, 52194 a 52242, 30420 e seguintes, 20268 e 18281.

Por o depoimento desta testemunha ter incidido sobre estudo por si realizado relevante para a infração prescrita, não nos deteremos sobre ele;

JORGE PADILLA BLANCO, consultor económico, com experiência na área da concorrência, tendo prestado serviços de consultadoria para a Eurest, que entregou os documentos que constam de fls. 32264 e seguintes e fls 50052 e seguintes. A testemunha, que elaborou relatório junto aos autos, foi ainda confrontada com os documentos de fls 32264 e seguintes;

A essencialidade do depoimento desta testemunha incidiu sobre matéria económica com relevância para a infração prescrita, que aqui não analisaremos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Mais referiu a testemunha que a troca de informações só seria proibida e acarretaria danos para o consumidor se incidisse sobre preços futuros ou se permitisse inferir preços futuros, o que não ocorre nestes autos. Mais se pronunciou sobre a natureza próconcorrencial de algumas trocas de informação, como esta.

Este depoimento foi considerado muito teórico e tendencioso. Em termos de experiência comum não é crível que este concreto intercâmbio acarrete vantagens para os consumidores. Se as empresas envolvidas têm especial conhecimento do mercado e definem as suas estratégias em função disso, bem como monitorizam a entrada de novos operadores, terão tendência a definir preços e ponderar volumes de vendas com menor incerteza, menor grau de risco e em consequência de modo mais favorável para si e não para os consumidores. Nenhum depoimento ou relatório nos convenceu do contrário, pelo que considerámos não haver prova suficiente da existência dos requisitos cumulativos de vantagens próconcorrenciais, nomeadamente vantagens para os consumidores.

Pronunciou-se ainda sobre as Orientações da Comissão e jurisprudência comunitária, o que, como é matéria de Direito, adiante será analisada.

MANUEL MARIA SÁ COUTINHO DE LANCASTRE, economista, que trabalhou para a Eurest durante vinte anos como Diretor Geral, foi suspenso de funções em Setembro de 2006, saiu da empresa em Janeiro de 2007, o qual declarou ter pendente processo criminal em que assume a qualidade de arguido e a Eurest assume a qualidade de assistente, com decisão de primeira instância no sentido da sua absolvição e que declarou expressamente consentir na prestação de depoimento na qualidade de testemunha nestes autos, visto que assumiu a qualidade de arguido neste processo com decisão transitada quanto à sua pessoa, e que foi confrontado com os documentos de fls. 16267 e 16268.

A testemunha referiu, quanto à conduta em análise, nada saber quanto à troca de informações entre comerciais.

O depoimento desta testemunha não se nos reputou nesta parte credível, porque contraria os depoimentos de Manuel Reis e mais expressamente de Carolina Nogueira. Por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

outro lado, porque existindo peça processual da Eurest em que esta põe em causa o regime de clemência e a isenção total de coima quando Manuel Reis não forneceu à AdC elementos sobre a troca de informações, é natural que esta testemunha tenha ficado receosa das eventuais consequências de demonstrar agora elevado conhecimento sobre tal matéria.

PEDRO SABINO NEIVA CORREIA, gestor, trabalhou para a Gertal, tendo sido gestor de planeamento de 2000 a 2004, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 700, 760 e 761.

A testemunha declarou ter extraído a tabela de preços de fls. 760 de um ficheiro de um computador que foi deixado num Hospital, cliente ganho à concorrente Eurest.

Porém, quando contou tal facto, a testemunha parecia nervosa, olhando para o chão. Após, mostrou-se hesitante ao responder sobre de quem era o computador, se da Eurest ou do Hospital e se a sala tinha impressora também.

Em suma, a testemunha não se reputou credível. Porém, face a qualquer outra prova sobre troca de informações quanto a custos, além deste documento isolado, e não havendo menção a tal prática por parte de outras testemunhas, deu-se como não provado que as empresas trocavam habitualmente informações entre si relativas a preços e custos de produção, por falta de prova suficiente de tal facto;

VITOR MANUEL TEIXEIRA CALEJO, gerente da Sinal Mais e responsável da Trivalor do Norte, tendo sido diretor comercial da Gertal do Porto entre 1994 a 2002, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 22970, 23018, 23118, 23119, 36979 a 36997, 36864 a 36977, 48816 a 48864, 3122 e 3144 dos autos.

A testemunha declarou que a apresentação da relação de clientes era obrigatória na maioria dos concursos. As declarações dos clientes também juntas em tais processos mencionavam por vezes o volume de vendas e refeições.

Também descreveu os mapas que resultavam do trabalho dos comerciais da Gertal, incluindo informações sobre os concorrentes. Diz que retiravam o volume de negócios do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

modelo 22 e obtinham informações em caso de transmissão do estabelecimento em virtude de exigências da legislação laboral.

Quanto aos mapas de aberturas elaborados pela Gertal disse que eram úteis para pagamento de prémios e análise da atividade comercial e para análise da atuação da Gertal face à concorrência, apreciando quem é mais agressivo.

Mais disse nunca ter trocado listagens com outros concorrentes e referiu a mobilidade de trabalhadores na área da restauração.

O depoimento desta testemunha afigurou-se essencialmente coerente e relevante na parte relativa à utilidade das informações trocadas, que vai no mesmo sentido do trabalho de análise também realizado internamente pela Gertal;

PEDRO PEYSSONNEAU SOUSA TAVARES, técnico comercial, trabalhando há mais de 30 anos na Gertal e há mais de 20 na área comercial, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 30491, 30492, 24218, 24140 a 24142, 24420, 36970 a 36997, 36864 a 36977, 48816, 16267, 48504 e 3144 dos autos.

Esta testemunha descreveu as várias vias de acesso à informação, seja por consulta das listas de clientes e volume de vendas constante da declaração fiscal das concorrentes, apresentada em concursos públicos, seja pela comunicação da adjudicação ou não adjudicação, seja por imposição da legislação laboral.

A testemunha afigurou-se credível na parte em que foi de encontro a outra prova no sentido de que as arguidas poderiam aceder a algumas das informações objeto da troca. Porém, e como melhor se explicitará adiante, entendemos que não poderiam ter acesso a toda a informação e sobretudo com a mesma facilidade e grau de sistematização. Por outro lado, esta testemunha foi identificada como um dos intervenientes diretos na troca de informações, como veremos adiante, não o tendo admitido.

NUNO MARIA PALMA FERNANDES PERDIGÃO, inspetor de vendas, trabalhando para a ICA, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 420, 415, 416, 16924, 16925, 16892, 16891, 16902, 16906, 484, 5055 a 5057, 39129, 39130, 39144 e 4979.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Admitiu que mapas de preços, documentos com resultado de concursos, como o de fls. 415-416, remetia a concorrente, se pedido. Mas não enviava a concorrente um mapa de aberturas e fechos.

Disse que iam sempre aos concursos, mesmo quando não participavam, e contactavam os clientes privados para formularem os próprios mapas de aberturas e fechos. Porém, admite situação em que por alguém não ter podido ir à abertura do concurso possa ter pedido a um concorrente o envio do resultado.

O depoimento afigurou-se-nos tendencioso, não sendo credível que vão a todos os concursos públicos mesmo áqueles em que não participam. Por outro lado, o número de clientes privados é imenso, não sendo credível que os contactem sempre todos;

LUÍS FILIPE CARVALHO E MOURA, diretor comercial, exercendo atividade na ICA desde 2009, tendo sido diretor operacional da ICA de 1997 a 2009, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 478 a 484 e 412 dos autos.

O depoimento desta testemunha, por hesitante e incongruente, não foi integralmente considerado credível. A testemunha admitiu nomeadamente que a tabela de fls. 484 estava na sua secretária de trabalho, mas disse não a conhecer, por não ser importante para o seu trabalho, sendo mera comunicação da empresa. Não se percebe porque teria a testemunha arrumado na sua secretária tal documento que desconhece e no qual não tem interesse.

A testemunha declarou também que não poderiam consultar as propostas apresentadas num concurso caso não tivessem concorrido.

Por outro lado, disse que os estudos sobre mercado de restauração não incluíam informação pormenorizada ao ponto de indicar o número de refeições.

Por coerente com a experiência comum, tal depoimento reputou-se nesta última parte credível;

VITOR MANUEL VASCO MEIRELES SERRA, diretor de restauração, trabalhando para a Nordigal, S.A. há cerca de 18 anos, o qual foi confrontado com documentos de fls. 413, 414 e 484 dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Admitiu poderem pedir elementos com resultados de concursos a concorrentes, por não irem às aberturas de concursos.

Mais declarou fazer os seus preços autonomamente e não ter contactos com a ICA.

Porém, quanto a muitas questões respondeu não saber, serem talvez pedidos dos comerciais a outras empresas, e não se recordar de ter recebido certo documento.

O depoimento algo evasivo afigurou-se pouco credível;

CARLOS ALBERTO DAMAS, dietista, trabalhando na ICA há 17 anos, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 487 a 497, 5056, 5057 e 4979.

Disse ser o responsável pelo sistema de gestão de qualidade. Afirmou que a norma ISO obrigava a indicadores de gestão para melhoria contínua, sendo que os indicadores de qualidade são criados por cada instituição. Daí a necessidade de recolha de informação sobre a expansão, potenciais clientes contactados pela primeira vez, etc.

Mais declarou apurarem informações junto de clientes privados, em caso de não adjudicação.

A testemunha, por coerente, reputou-se essencialmente credível, indo no sentido da nossa convicção de que as informações sobre a concorrência eram essenciais, até por razões de certificação da qualidade.

PEDRO MARIA ANJOS, gestor e empresário, trabalhou para a Sodexo, foi Diretor Geral entre 2001-02

Afirmou não ter conhecimento de troca de informações sobre aberturas e fechos, sendo que tais dados se sabiam pelo contacto com entidades privadas e idas a concursos públicos.

Este depoimento não foi considerado credível, visto que contrariado por outras testemunhas que afirmaram a existência de troca de informações e por, em termos de experiência comum, as idas a concursos e os contactos com clientes privados nunca conseguirem obter uma informação tão completa como aquela que cada empresa dispõe sobre as suas aberturas e fechos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

MANUEL MOREIRA CORREIA, gestor, tendo trabalhado para a Gertal de 1978 a 1982/83, para a Itau de 1986/87 a 1992/93. Tendo formado a Serviços de Portugal em 1996/97 e vendeu a Serviços de Portugal à Eurest, empresa para a qual passa a trabalhar até 2000. Desde 2000 que trabalha na Uniself como diretor geral.

Declarou saber agora, através do Diretor Comercial, que os comerciais, que se encontravam em concursos públicos, trocavam informações sobre aberturas e fechos, mas só soube agora. Não havia instruções da empresa e não estava no plano de trabalho da empresa. Refere que o Diretor Comercial era Carlos Gouveia.

Os comerciais queriam saber como estava o mercado, quem tinha o quê. A testemunha declarou que no lugar deles também teria essa curiosidade. Além do mais, os comerciais têm um vencimento base miserável e o ganho está nos objetivos.

O depoimento apresentou-se tendencioso e contraditório, pois tendo declarado inicialmente que a troca de informações não tinha interesse para a Uniself mas para os comerciais, acabou depois por assumir também que temos de ter perceção do que é o mercado, quem lá está, para nos avaliarmos, pois queremos ganhar o maior número de clientes. Assim, parece que a obtenção de dados mais completos sobre as aberturas e fechos sempre terá relevância para as empresas arguidas e não apenas para os comerciais, na senda da obtenção de informação mais completa sobre o mercado, com vista a conquistar o maior número de clientes;

CARLOS AMADEU GONÇALVES GOUVEIA, diretor comercial, que trabalha na Uniself há 27 anos e desde 1992 como diretor comercial, o qual foi confrontado com os documentos de fls. 3105 a 3608, 5052 e 5033 a 5050 dos autos. E ainda com os documentos de fls.181, 3131 a 3136, 21548, 21549 e 4997 a 4999 dos autos.

Admite que os comerciais trocavam entre si mapas de aberturas e fechos, como o de fls. 3105. Esta prática permitia saber a posição das empresas no mercado, o que ganharam e o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

que perderam. Havia um conhecimento prévio dos dados sobre aberturas e fechos da concorrência, mas não tão perfeito.

Disse ter havido troca de informações com a Gertal, Itau, Eurest, Ica e Nordigal, que referiu ser do grupo da ICA (“é a mesma coisa” – sic).

Referiu não saber se houve trocas com a Sodexo, nem com a Totalis, Serunion ou outras empresas.

A pessoa que na Uniself executava materialmente as trocas era João Lobo, comercial, que enviava as tabelas, normalmente por fax, a outros comerciais da concorrência e reciprocamente recebia tabelas dos concorrentes.

Disse que o número de refeições constante das tabelas de aberturas e fechos é apenas relativo às refeições principais.

Referiu que sabendo o número de refeições fornecidas e obtendo elementos sobre o preço de refeição, é possível saber o volume de faturação projetado. Se tivermos dados sobre várias empresas concorrentes, é possível projetar quotas de mercado.

Para calcularmos variações de quotas de mercado em termos de volume de vendas relativo a faturação, com base nas tabelas de aberturas e fechos, falta-nos os preços das refeições principais e o número e preço de outras não incluídas.

Para calcularmos variações de quotas de mercado em quantidade de refeições fornecidas, com base nas mesmas tabelas, faltam-nos outras refeições não incluídas, além de dados relativos a outras empresas não arguidas e participantes no mercado.

Afirmou que o Administrador Mateus Alves, que é muito atento, provavelmente não deixou passar estas trocas.

Diz que a troca de informações se manteve pelo menos até à data das buscas e deixou de ter interesse posteriormente, a partir do momento em que há acesso à plataforma eletrónica com as propostas dos concorrentes nos concursos públicos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

A testemunha reputou-se essencialmente credível, por apresentar um discurso maioritariamente coerente com a experiência comum e com outros meios de prova que o acompanham, quer prova testemunhal quer documental.

Note-se a referência a que o Administrador, “muito atento, provavelmente não deixou passar estas trocas”. Ora, as declarações do legal representante da empresa, em fase administrativa, acompanham este entendimento de que a Administração sabia da troca de informações e nada fez para a terminar, pois que a mesma interessava à empresa.

Quanto à utilidade dos dados para cálculo de quotas de mercado, seja em termos de volume de faturação seja de quantidade de refeições fornecidas, aceita-se que as tabelas, por si só, não permitem determinar tais quotas. Porém, conjugadas com dados internos e estudos realizados pelas empresas, através da conjugação de várias fontes, tais tabelas são um instrumento precioso para atualização das variações de quotas de mercado e avaliação do comportamento mais ou menos agressivo dos concorrentes;

JOÃO ADÉRITO AGUIAR DE CASTRO PINTO LOBO, comercial, trabalhando na Uniself há 16 anos. Tendo trabalhado na Nutriese de 1994 a 1997 e anteriormente na Unital. O qual foi confrontado com documentos de fls. 3106, 3107, 5050, 5051, 3111, 415 a 422 e 3131 a 3136.

Esta testemunha, comercial da Uniself, que foi executor material de trocas de informação com outros concorrentes assumiu papel relevante.

Disse ter enviado e recebido por fax várias tabelas de aberturas e fechos de unidades para a Itau, mais propriamente para Elsa, Secretária do Departamento Comercial.

Disse que mostrava estas listas a Mateus Alves, como “check list” para este ver como estavam a trabalhar.

Não havia datas fixas para a troca, sendo que a mesma podia ocorrer de 3 em 3 ou de 6 em 6 meses.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Embora tentassem manter-se a par dos resultados dos concursos públicos e fizessem consultas a privados, estas trocas eram importantes para terem informação mais precisa e fidedigna, uma vez que não sabiam de tudo.

Efetivamente, referiu que ia às aberturas de concursos a que concorria, mas não ia às aberturas de concursos a que não concorria. O cliente privado podia não os convidar a apresentar proposta e não ser consultado pela empresa. Por vezes via o boletim informativo, mas nem sempre. Em suma, “Podia falhar alguma coisa” (sic). Em cada dez clientes mencionados na tabela talvez um fosse novidade.

Jorge Pedro da Eurest também enviou uma ou outra lista de aberturas e fechos.

Entre a testemunha e Pedro Tavares, da Gertal, houve troca recíproca de informações 3 ou 4 vezes.

A ICA pediu o envio do resultado de um concurso a que não tinham ido e a testemunha enviou. Por seu turno, diz que o e-mail de fls 415 foi enviado também por alguém da ICA, mas para Nuno Perdigão. Outras informações não trocou com a ICA.

Nunca foi feita troca de preços de mercadorias.

Com base nos elementos que recebia da concorrência e em elementos seus elaborava as suas próprias listas. Nem sempre há coincidência integral entre os números constantes das tabelas dos concorrentes e as listas da testemunha, visto que os números aí indicados são uma aproximação.

Esta testemunha afigurou-se essencialmente credível, por em grande parte coerente, embora tenha tentado minimizar os comportamentos das arguidas, o que se compreende, em face da relação laboral que mantém com uma delas. Assim, embora admitindo a troca de informações que resulta óbvia da documentação apreendida, de modo que se afigura coerente à luz de regras de experiência comum, nunca foi além das informações essenciais, procurando minimizar a importância das informações e o número de vezes que as mesmas foram trocadas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Efetivamente, começou por dizer que a troca ocorria, sem datas fixas, de 3 em 3 ou de 6 em 6 meses. Mas depois ao descrever o número de vezes que trocou informação com cada um dos concorrentes, referiu sempre escassas situações.

Assim, o número de vezes que esta testemunha diz ter sido contactada pela concorrência, e o tipo de informações transmitidas, é elemento que não deve ser analisado isoladamente, mas como um elemento a considerar no conjunto da prova produzida. Há que ter em conta essencialmente o teor dos documentos encontrados e conjugar as informações fornecidas por esta testemunha com as informações de outras testemunhas ouvidas sobre esta matéria da troca de informações, bem como com as declarações dos legais representantes das empresas.

*

Percorridos, em resumo, os depoimentos das testemunhas ouvidas, nos aspetos que o Tribunal considerou mais relevantes, importa extrair conclusões globais.

Resultou também dos depoimentos de várias das testemunhas ouvidas em audiência e dos documentos aí analisados, com especial enfoque para os depoimentos de Manuel Reis e Carolina Nogueira, bem como Carlos Gouveia e João Lobo, a existência de uma prática de troca de informações entre as empresas arguidas.

Tal troca habitual existia essencialmente quanto a mapas de aberturas e fechos de unidades, conforme resulta dos documentos analisados.

A troca era materialmente executada entre os comerciais, como referem Manuel Reis, Carolina Nogueira, Carlos Gouveia e João Lobo.

A utilidade de tais dados resultou dos depoimentos quer de Manuel Reis, Diretor financeiro da Eurest durante anos, mas também de Carolina Nogueira, Diretora Comercial que entregava os dados ao legal representante da empresa. Note-se que Carolina Nogueira declarou que reuniam informações de todos os modos, para preparar um relatório anual com as quotas de mercado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Do próprio depoimento de Francisco Roxo, Professor da Universidade Católica que auxiliou o grupo Trivalor a preparar as minutas de mapas e relatórios que os comerciais têm de preencher, resultou com evidência a importância que a obtenção de informações sobre os concorrentes assume para estas empresas e o grande investimento que envolve tal estudo de mercado.

É certo que se demonstrou que as arguidas faziam os seus próprios estudos e análise sobre a concorrência. Porém não é crível que as mesmas pudessem aceder a todas as informações constantes dos mapas da concorrência objeto de troca entre as arguidas. Como referiu João Lobo, através da troca obtinham informação mais completa e fidedigna.

Com vista a conseguir obter por meios próprios todas as informações constantes das tabelas trocadas, as empresas arguidas teriam de apresentar proposta em todos os concursos, de modo a poderem aceder à documentação de tais concursos, visto que em tal data ainda não havia disponibilização eletrónica, teriam de estar sempre presentes em todas as aberturas de propostas e no período fornecido pelo júri do concurso para consulta da documentação. Mais teriam de conhecer e contactar todos os potenciais clientes privados, que não publicam qualquer abertura de concurso, de modo a saber com quem foi contratada a prestação de serviços de restauração. Note-se que os mapas abrangem alguns clientes menos conhecidos, como IPSS, escolas privadas, associações, etc..

Ora, resulta das regras de experiência comum que cada uma das empresas, por mais eficiente e trabalhador que fosse o seu Departamento Comercial, não conseguira saber sempre todos os clientes que ganhou e perdeu o seu concorrente no período imediato, todas as refeições principais que servia e que passou a servir, qual a área geográfica de tais clientes, etc.

Dito de outro modo, apesar de as arguidas efetuarem os seus próprios estudos, não teriam acesso a toda a informação trocada com as demais empresas arguidas.

Daí a utilidade da troca de informações, permitindo uma informação completa, cabal sobre a concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Resultou da prova produzida, nomeadamente do depoimento de Carolina Oliveira, Carlos Gouveia e João Lobo, que as Administrações tinham conhecimento da troca de informações entre os comerciais. A tal conclusão se chega também pela leitura crítica das declarações dos Recorrentes pessoas singulares, legais representantes em fase administrativa. Nenhum nega a existência de troca de informações, alguns assumem conhecê-la, dizem “supor” ser uma prática dos comerciais, ou haver interesse na informação, sem conhecimento concreto da forma como a mesma é obtida.

Da natureza detalhada das informações constantes dos mapas, carreada subsequentemente para estudos internos, não é possível, em termos de experiência comum, que os Administradores não conhecessem tal prática. Da conjugação dos depoimentos acima referidos, com as declarações dos legais representantes, à luz de regras de experiência comum, conclui-se que os legais representantes sabiam desta prática e nada fizeram para a evitar, atenta a utilidade da mesma para as sociedades envolvidas.

Nem se diga que a prova não é direta, irrefutável e translúcida. Atenta a natureza do ilícito, em que não há um ofendido concreto que tenha deposto em tribunal, face às relações de trabalho e consequentes lealdades existentes entre muitos dos ouvidos, não é de esperar que a prova seja linear.

Nestes casos, a convicção do Tribunal deve assentar essencialmente em prova documental, a qual é mais fidedigna, conjugada com os depoimentos das testemunhas mais isentas, por afastadas das empresas arguidas, por exemplo reformados, sendo tal prova passada pelo importante crivo da análise crítica à luz das regras de experiência comum.

Foi o que fizemos e que nos conduziu a dar como provados os factos acima indicados.

Quanto ao apuramento das quotas de mercado, a AdC baseou-se nos dados disponíveis, como referido a propósito dos factos provados. Se os arguidos considerassem que tais dados não eram comparáveis, poderiam ter apresentado dados de forma comparável, indicando qual o seu entendimento quanto à distribuição das quotas de mercado entre os vários operadores de mercado. Optaram por não o fazer, no uso de um direito que lhes assiste.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Ora, havendo necessidade de determinar as quotas em termos relativos, para se compreender as características do mercado em causa, a AdC lançou mão dos dados de que dispõe, o que é procedimento correto, que acompanhamos.

A matéria de facto não provada resultou de ser contraditória ou incoerente com os factos que se deram por assentes, ou de não ter sido produzida prova suficiente quanto à mesma.

A demais matéria considerou-se conclusiva, de Direito ou irrelevante para a boa decisão desta causa.

*

2.4. Enquadramento jurídico

Sendo estes os factos apurados com relevo para a decisão do presente recurso, há que proceder ora ao seu enquadramento jurídico. Acrescenta-se que em geral se concorda com a análise jurídica da AdC, que se acompanhará de perto, tecendo-se algumas considerações acerca dos aspetos mais controvertidos ou em que nos afastamos do entendimento da AdC.

Às arguidas, ora recorrentes, pessoas coletivas, vem imputada, a título de autoria, uma prática, restritiva da concorrência, na modalidade de uma prática concertada, que consiste em intercâmbio de informações sensíveis, em violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC).

Aos arguidos, ora recorrentes, pessoas singulares, legais representantes das empresas arguidas à data da prática dos factos, vem imputada a prática da contraordenação p.p. pelo art. 47.º, n.º 3 da mesma Lei.

Tendo-se provado que a prática de intercâmbio de informações ocorreu desde 1998 até fevereiro de 2007 e consubstanciando esta prática uma infração permanente ou continuada, cuja concertação de vontades e desvalor da conduta se manteve ao longo de tal período, há que aplicar a lei em vigor à data da cessação de tal prática, independentemente de durante o período referido ter estado em vigor lei mais favorável. Assim, será de aplicar a Lei 18/03, de 11/6 (LdC).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Por seu turno, a Lei 19/2012, de 8/5, Nova Lei da Concorrência, não é aplicável a este processo, visto que refere expressamente apenas se aplicar aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor daquela lei.

Reza o referido art. 4.º, n.º 1 que:

“são proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional...”. O preceito prossegue com várias alíneas exemplificativas, como se retira da expressão “nomeadamente”, mas o preenchimento do tipo basta-se com os elementos constantes do corpo da norma.

O art. 5.º, n.º 1, sob a epígrafe “Justificação das práticas proibidas” estabelece que *“Podem ser consideradas justificadas as práticas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico, desde que, cumulativamente:*

- a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí adveniente;*
- b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos;*
- c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.”.*

O art. 47.º, n.º 2 da mesma Lei estabelece que *“As pessoas coletivas e as entidades que lhes são equiparadas, nos termos do disposto no número anterior, são responsáveis pelas contraordenações previstas nesta lei quando os factos tiverem sido praticados no exercício das respetivas funções ou em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores.”.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Por seu turno o n.º 3 do mesmo artigo prescreve que *“Os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, 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 lhe caiba por força de outra disposição legal.”*.

Eis o fundamental do regime da lei nacional, em que teremos de atentar com cuidado para decidir esta causa.

Vejamos em mais detalhe a inspiração do art. 4.º, n.º 1.

O art. 4.º, n.º 1 está em harmonia com o n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nos termos do qual:

“são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum...”.

Por seu turno, o art. 5.º, n.º 1, está em linha com o art. 101.º, n.º 3 do mesmo Tratado, que também estabelece quatro condições cumulativas para excepcionar a regra da infração anticoncorrencial: o acordo contribuir para a melhoria da produção ou distribuição de produtos ou contribuir para a promoção do progresso técnico ou económico; as restrições serem indispensáveis para a prossecução destes objetivos; o acordo reservar aos consumidores uma parte equitativa das vantagens dele e o acordo não dar às partes a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Tal significa que na interpretação e aplicação dos preceitos nacionais devemos atentar na jurisprudência europeia e em Orientações da Comissão Europeia.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

A proibição do artigo 4º, n.º 1 da Lei 18/2003 abrange a prática concertada entre empresas, qualquer que seja a forma que esta revista.

A prática concertada difere do acordo ou da decisão pelo seu carácter de cooperação informal, não resultante de um ato formal ou de convenção nesse sentido. Daí que não seja necessário haver acordo entre os Administradores ou sequer instruções das empresas aos seus funcionários para que a prática concertada se verifique.

Conforme refere a Autoridade da Concorrência, neste caso existe uma prática concertada entre empresas com a verificação de quatro elementos: o contacto entre empresas, a cooperação como forma de suprimir o grau de incerteza que existiria no mercado sem o contacto entre empresas, a reciprocidade de comportamentos das empresas e uma restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional.

Efetivamente houve contacto entre trabalhadores das empresas, no âmbito das suas funções, que efetuaram troca de informações entre si, reciprocamente, cooperando para benefício de todas, que assim conheciam de forma mais cabal e fidedigna a posição de cada uma delas e de terceiras empresas no mercado, evitando os recursos humanos e materiais que teriam de despender para obter pelos seus meios todas as informações. Assim, adquiriram uma vantagem competitiva em relação a empresas não participantes no intercâmbio de informações, restringindo a concorrência significativamente.

Mas vamos analisar a questão mais demoradamente.

Já demonstrámos a verificação de uma prática concertada.

O conceito de empresa resulta do art. 2.º, n.º 1 da LdC, segundo o qual *“considera-se empresa, para efeitos da presente lei, 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 modo de funcionamento”*.

A noção de empresa funda-se na noção comunitária, de génese jurisprudencial, o que justifica o recurso interpretativo a tal jurisprudência, e tem reflexos na interpretação da Lei



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

n.º 18/2003, afastando-se por isso do conceito jurídico de empresa assente no aspeto organizacional que considera como empresa “uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, ligados a um sujeito juridicamente autónomo e prosseguindo, de forma durável, um fim económico determinado”.

Atenta a noção relevante de empresa, e os critérios resultantes do art. 2.º, n.º 2 e 10.º, n.º 1 da Lei 18/03, concordamos que, *in casu*, devem ser consideradas as seguintes empresas para efeitos do disposto no artigo 4º, n.º 1, da Lei 18/2003: Eurest, Uniself, Trivalor (Gertal e Itau), Ica/Nordigal e Sodexo.

Note-se que a Trivalor detém a 100% a Gertal e Itau e resultou provado, desde logo em face das declarações do legal representante da empresa, que a Ica/Nordigal atuam como uma única unidade económica.

O conceito de mercado relevante tem, no âmbito jus-concorrencial, uma dupla dimensão ou sentido, a saber, a dimensão material ou mercado relevante do produto ou serviço e a dimensão geográfica ou mercado relevante geográfico.

Como refere a AdC, o mercado aqui *sub judice* relaciona-se com o fornecimento de refeições e prestações de serviços associados e/ou conexos na gestão e exploração de refeitórios, cantinas ou restaurantes ou outros espaços localizados, por exemplo, em hospitais, escolas, prisões, empresas, estações de serviço, e outros, no âmbito da restauração coletiva.

Quanto ao mercado geográfico relevante é o mercado de âmbito nacional, onde atuavam tais arguidas, não tendo resultado apurado que as empresas arguidas atuassem no estrangeiro ou que empresas estrangeiras participassem em concursos nacionais influenciando significativamente tal mercado.

Concordamos essencialmente com a análise que a AdC faz sobre a questão da troca de informações, discordando porém quanto à classificação da infração por objeto e por efeito.

As grandes questões que se suscitam neste caso consistem, em nosso entender, em saber se o tipo de informação trocada pode ser considerada sensível e apta a restringir a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

concorrência, uma vez que respeita a dados passados e não incide sobre preços ou volumes de faturação, se a infração em causa é uma restrição pelo objeto ou pelos efeitos e se os efeitos da prática de troca de informações podem ser potenciais e não efeitos reais, já verificados e provados.

Sobre tais questões assumem particular relevância as Orientações da Comissão Europeia sobre a aplicação do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, publicadas no Jornal Oficial de 14/1/2011, p. 001 a 0072, sobretudo o seu ponto 2, dedicado aos “Princípios gerais da apreciação em termos de concorrência dos intercâmbios de informação”.

Em primeiro lugar, refira-se que no caso de troca de informações dos autos estamos no âmbito de cooperação horizontal, pois que a cooperação ocorre entre empresas concorrentes e não há uma prática entre intervenientes colocados em diferentes níveis da cadeia de produção e distribuição.

Em segundo lugar, há que ter em conta que existem práticas que se consideram restritivas da concorrência por objeto (pela sua natureza, independentemente da demonstração dos efeitos) e pelos seus efeitos. Assim sucede com o intercâmbio de informações sensíveis.

A troca de informações individualizadas acerca das intenções de uma empresa relativamente ao seu comportamento futuro em matéria de preços ou quantidades deve ser considerado uma restrição da concorrência pelo objeto (vide 2.2.2. das Orientações).

Pelo contrário, a troca de informações como a dos autos, em que não estão em causa dados futuros mas passados, em que não se referem preços nem volumes de faturação e dos quais não é possível extrair diretamente, de forma imediata e linear, a estratégia de atuação futura destas empresas, não é, em nosso entender, uma restrição da concorrência por objeto. E aqui não podemos concordar com a AdC, pois a natureza dos dados transmitidos não é de molde a considerar-se à partida que houve uma restrição da concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Assim, haverá que analisar causisticamente se a prática de transmissão de certos dados passados, tem efeitos restritivos da concorrência.

Nos termos do ponto 1.2 das referidas Orientações refere-se que “Uma apreciação à luz do artigo 101.º comporta duas etapas. A primeira etapa, ao abrigo do art. 101.º, consiste em apreciar se um acordo entre empresas (...) tem um efeito anti-concorrencial ou efeitos restritivos da concorrência, reais ou potenciais (19).” Note-se desde já que as Orientações referem a admissibilidade de efeitos potenciais. E a nota 19 é clara “O artigo 101.º, n.º 1, proíbe os efeitos anticoncorreciais efetivos e potenciais; ver, por exemplo, processo C-7/95 P John Deere, n.º 77, Colectânea 1998, p. I-3111; processo C- 238/05, Asnef-Equifax, n.º 50, Colectânea 2006, p. I- 11125”.

No Acórdão John Deere, também enfatizado pela AdC, o Tribunal de Justiça entendeu que a generalização entre as principais empresas, e em proveito exclusivo destas, excluindo as outras empresas e os consumidores, de uma troca de informações precisa com uma periodicidade frequente é susceptível, num mercado oligopolístico fortemente concentrado e onde em consequência a concorrência já está fortemente atenuada e a troca de informações facilitada, de alterar de maneira significativa a concorrência que subsiste entre operadores económicos. Sendo que o intercâmbio regular e frequente de informações relativas ao fornecimento de mercado tem como efeito a revelação periódica, ao conjunto de concorrentes, das posições no mercado e das estratégias dos diferentes concorrentes. Considerou ainda o Tribunal de Justiça que o Tratado proíbe tanto os efeitos anticoncorreciais reais como os efeitos puramente potenciais, desde que estes sejam suficientemente sensíveis. Concluindo o Tribunal de Justiça de que a redução do grau de incerteza sobre o funcionamento do mercado restringe a autonomia decisional das empresas. Pelo que o sistema de troca de informações atenua ou suprime, para os outros operadores económicos, qualquer incerteza quanto ao carácter previsível do comportamento dos seus concorrentes, permitindo às empresas conhecer as posições de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

mercado e a estratégia comercial dos seus concorrentes e, assim alterar sensivelmente a concorrência que existe entre os operadores económicos.

Após análise da prática à luz do art. 101.º, n.º 1, dizem as Orientações da Comissão, “A segunda etapa, ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3 (...) consiste em apreciar se tais efeitos pró-concorrenciais compensam os efeitos restritivos da concorrência.”.

O mesmo raciocínio devemos seguir em relação à lei nacional, isto é, verificar se a prática concertada em causa tem efeitos restritivos da concorrência, para efeitos do art. 4.º, n.º 1, e se chegarmos à conclusão afirmativa, então verificar se estão verificados os requisitos cumulativos do art. 5.º, afirmando-se que os efeitos pró-concorrenciais superam as desvantagens. Note-se que o ónus de alegação e prova de tais requisitos que excecionam o art. 4.º, n.º 1 incide sobre as arguidas, como também resulta de 1.2.2. das Orientações da Comissão.

Segundo as Orientações, há que comparar os efeitos prováveis do intercâmbio de informações com a situação concorrencial que existiria na ausência desse intercâmbio de informações específico, apreciando, além do mais o tipo de informações trocadas (se são públicas ou confidenciais, agregadas ou pormenorizadas, históricas ou atuais) e a sua importância ao nível da fixação dos preços, volumes ou condições de serviço (2.2.3).

O facto de os dados serem passados não é óbice a que as informações sejam consideradas sensíveis e com efeitos restritivos da concorrência, pois como se extrai de 2.2.1 das Orientações, a transmissão de dados passados pode ser um instrumento para as empresas controlarem outras participantes no intercâmbio ou para controlarem o momento e o local em que outras empresas tentam entrar no mercado, permitindo-lhes assim enfrentar o novo participante.

Por outro lado, as informações relativas a carteiras de clientes podem ser consideradas informação estratégica, como resulta de 2.2.3, parágrafo 86, das Orientações.

Mais, um intercâmbio de informações só é verdadeiramente público se os dados trocados forem acessíveis de forma idêntica (em termos do custo do acesso) a todos os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

concorrentes e clientes (parágrafo 94). A possibilidade de recolher informações no mercado, por exemplo, junto de clientes, não significa necessariamente que tais informações constituam dados do mercado facilmente acessíveis para os concorrentes (parágrafo 92). Mesmo que se trate de dados disponíveis publicamente (por exemplo, informações publicadas pelas entidades reguladoras), a existência de um intercâmbio de informação adicional entre concorrentes pode restringir a concorrência se provocar a redução adicional da incerteza no mercado (parágrafo 93).

À luz destas Orientações da Comissão, passaremos agora a analisar o caso concreto.

In casu, temos a transmissão de dados passados recentes respeitantes a aberturas e fechos de unidades, indicando-se os novos clientes públicos e privados ganhos e perdidos, o n.º de refeições fornecidas por cliente e por período, a área geográfica e no caso de o cliente ser perdido, qual a empresa escolhida para prestar o serviço. Tais informações eram assim pormenorizadas, e ainda que não incidam sobre preços ou volumes de faturação permitem saber a variação de volume de negócios em termos de refeições principais fornecidas.

Também há transmissão de resultados de concursos públicos.

A frequência da troca era significativa, como resulta dos factos provados.

Caso as empresas arguidas não participassem neste intercâmbio teriam necessariamente de investir mais recursos humanos e materiais na realização de estudos sobre as concorrentes, indo a mais aberturas de concursos, contactando mais potenciais clientes privados, comprando mais publicações e efetuando um trabalho adicional de sistematização dos dados.

Por outro lado, mesmo que as empresas efetuassem tal investimento, nunca teriam acesso a uma informação tão completa e atualizada.

Note-se que não há concursos públicos com tanta frequência, nem publicação de estudos nem visitas trimestrais ou semestrais a todos os potenciais clientes privados.

E mesmo que as empresas efetuassem esse trabalho, teriam de concorrer a todos os concursos públicos para terem acesso a todas as propostas e documentação anexa,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

incluindo listas de clientes das concorrentes. Os estudos publicados não conteriam tanta informação. E, por último, nem todos os potenciais clientes privados estariam dispostos a recebê-los e a transmitir todas as informações pretendidas.

Assim, ponderando os custos e dificuldade de acesso à informação, há que concluir que as informações trocadas não tinham carácter público.

A utilidade da informação resultou também provada, permitindo às empresas, em conjugação com outros elementos que recolham, ter uma visão clara do mercado e da sua posição relativa face às concorrentes. Também lhes permitia aperceberem-se das estratégias de cada uma das empresas, se apostavam no setor da educação, nas prisões, etc. Por último, permitia-lhes detetar a entrada de novas concorrentes do mercado, monitorizando a sua ação e reduzindo a normal incerteza de mercado. Assim, estas informações trocadas assumiam importância crucial para a definição das estratégias de atuação das empresas, repercutindo-se naturalmente na fixação dos preços, volumes e condições de serviço.

Os efeitos restritivos são assim sensíveis e tanto mais significativos quando olhamos às quotas de mercado das empresas participantes e de que resulta que estamos perante um mercado de restauração coletiva fortemente concentrado em torno das empresas participantes no intercâmbio de informações.

Assim, face às características do mercado e às características das informações trocadas entendemos que o intercâmbio tem potenciais efeitos restritivos da concorrência.

Não se provou que o intercâmbio tivesse originado efeitos reais de restrição da concorrência, mas, pelas razões acima expostas, o mesmo tem potencialidade para restringir significativamente a concorrência, permitindo às participantes uma definição de estratégias mais esclarecida e informada e a monitorização frequente de alteração de estratégia das concorrentes ou de entrada no mercado de novos operadores.

Embora se tenha invocado no processo que o raciocínio subjacente ao Acórdão que acima referimos e às Orientações da Comissão estão a ser abandonados, as arguidas não foram capazes de justificar tal afirmação, mencionando casos verdadeiramente análogos e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

recentes em que tal se possa verificar. Para além do mais, as Orientações referidas foram publicadas em 2011, pelo que são recentes e vão de encontro à que consideramos ser a melhor doutrina e jurisprudência.

Assim, estão preenchidos os elementos objetivos do tipo do art. 4.º, n.º 1, aplicável às pessoas coletivas. Note-se que ainda que a prática tenha sido levada a cabo essencialmente pelos comerciais, estes são trabalhadores das empresas que atuam no âmbito das suas funções, pelo que nos termos do art. 47.º, n.º 2, acima transcrito, as pessoas coletivas respondem pela contraordenação em causa.

O tipo subjetivo foi preenchido a título de dolo direto ou intencional, pois houve conhecimento e vontade de praticar o ilícito.

Não resultaram apurados efeitos próconcorrenciais resultantes da prática de intercâmbio de informações, nomeadamente vantagens para os clientes das arguidas. Note-se que o ónus de prova dos requisitos necessários para preenchimento do art. 5.º recaía sobre as arguidas e que todos os requisitos eram cumulativos.

Uma vez que os legais representantes sabiam da troca de informações e não a evitaram, com dolo, estão também preenchidos os elementos objetivos da contraordenação decorrente do art. 47.º, n.º 3.

Não se provaram factos suscetíveis de excluir a ilicitude ou a culpa, nomeadamente não se apurou qualquer atuação em erro, pelo que todos os arguidos deverão ser responsabilizados pelas contraordenações imputadas.

*

2.5. Da escolha e medida das sanções a aplicar

Determinada a prática da contraordenação impõe-se a condenação da arguida, restando apenas apurar a sanção a aplicar.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Nos termos do art. 43.º, n.º 1, al. a), da LdC, as infracções ao disposto no n.º 1 do artigo 4.º da LdC são punidas com coima que não excederá 10% do volume de negócios no último ano da empresa.

Na ausência de indicação de um limite mínimo, este terá de coincidir, em teoria, pelo menos, com o patamar mínimo supletivo estabelecido no art. 17.º, n.º 1 do RGCO. Porém, face à gravidade da lesão do bem jurídico concorrência e aos benefícios retirados da prática deste tipo de condutas, tal limiar mínimo não será nunca aplicável.

Dispõe o n.º 2 do mesmo preceito que “No caso de associações de empresas, a coima prevista no número anterior não excederá 10% do volume de negócios agregado anual das empresas associadas, que hajam participado no comportamento proibido”, preceito especificamente aplicável à Trivalor e ICA/ Nordigal. Não obstante, ainda que esta norma não existisse, por mera aplicação do art. 43.º, n.º 1, al. a), chegaríamos à mesma necessária conclusão, isto é, o limite máximo não excederia também 10% do volume de negócios das várias empresas integrantes da associação. Trata-se de norma específica que vai de encontro à regra geral já decorrente do n.º 1.

De acordo com o art. 47.º, n.º 3 da mesma Lei, “Os titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, 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 lhe caiba por força de outra disposição legal.”. O regime da atenuação especial resulta do art. 18.º, n.º 3 do RGCO, sendo que os limites da moldura da coima são reduzidos a metade.

A arguida **Eurest** realizou um volume de negócios de € 130.193.665,24 (cento e trinta milhões, cento e noventa e três mil, seiscentos e sessenta e cinco euros e vinte e quatro cêntimos), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 13.019.366,52 (treze milhões, dezanove mil trezentos e sessenta e seis euros e cinquenta e dois cêntimos).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

A arguida **Gertal** realizou um volume de negócios de € 104.970.432,00 (cento e quatro milhões, novecentos e setenta mil, quatrocentos e trinta e dois euros), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 10.497.043,20 (dez milhões, quatrocentos e noventa e sete mil e quarenta e três euros e vinte cêntimos); a sociedade Itau realizou um volume de negócios de € 64.496.723,00 (sessenta e quatro milhões, quatrocentos e noventa e seis mil, setecentos e vinte e três euros), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 6.449.672,30 (seis milhões, quatrocentos e quarenta e nove mil, seiscentos e setenta e dois euros e trinta cêntimos);

A sociedade **Ica** realizou um volume de negócios de € 18.052.406,95 (dezoito milhões, cinquenta e dois mil, quatrocentos e seis euros e noventa e cinco cêntimos), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 1.805.240,69 (um milhão oitocentos e cinco, mil duzentos e quarenta euros e sessenta e nove cêntimos); a sociedade Nordigal realizou um volume de negócios de € 13.666.986,55 (treze milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, novecentos e oitenta e seis euros e cinquenta e cinco cêntimos), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 1.366.698,65 (um milhão, trezentos e sessenta e seis mil, seiscentos e noventa e oito euros e sessenta e cinco cêntimos).

A empresa arguida **Ica/Nordigal** realizou um volume de negócios de € 31.719,393,50 (trinta e um milhões, setecentos e dezanove mil, trezentos e noventa e três euros e cinquenta cêntimos), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 3.171.939,35 (três milhões, cento e setenta e um mil, novecentos e trinta e nove euros e trinta e cinco cêntimos).

A empresa arguida **Trivalor**, consolidando os volumes de negócios das sociedades Gertal e Itau, realizou um volume de negócios de € 169.467.155,00 (cento e sessenta e nove milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil, cento e cinquenta e cinco euros), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 16.946.715,43 (dezasseis milhões, novecentos e quarenta e seis mil, setecentos e quinze euros e quarenta e três cêntimos).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

A arguida **Uniself** realizou um volume de negócios de € 43.553.120,84 (quarenta e três milhões, quinhentos e cinquenta e três mil, cento e vinte euros e oitenta e quatro cêntimos), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 4.355.312,08 (quatro milhões, trezentos e cinquenta e cinco mil, trezentos e doze euros e oito cêntimos).

A arguida **Sodexo** realizou um volume de negócios de € 12.762.062,83 (doze milhões, setecentos e sessenta e dois mil, sessenta e dois euros e oitenta e três cêntimos), pelo que 10% de tal montante corresponde a € 1.276.206,28 (um milhão, duzentos e setenta e seis mil, duzentos e seis euros e vinte e oito cêntimos).

Nos termos do artigo 44.º da LdC, as coimas são fixadas atendendo nomeadamente à gravidade da infração para a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado nacional, às vantagens de que hajam beneficiado as empresas infratoras em consequência da infração, ao carácter reiterado ou ocasional da infração, ao grau de participação na infração, à colaboração prestada à AdC até ao termo do procedimento administrativo e ao comportamento do infrator na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

In casu, a infração assume gravidade quer pelas características de concentração do mercado da restauração coletiva que pela frequência e natureza dos dados transmitidos, que não se limitam às carteiras de clientes ganhos e perdidos, mas incluem dados mais específicos como a área geográfica e sobretudo o número de refeições por cliente, que permite projetar alterações de volumes de vendas em termos de quantidades.

Ao evitar os custos de dispêndio de meios humanos e materiais para obtenção das informações e ao reduzir as incertezas na definição da sua estratégia futura, com pleno conhecimento do mercado, seja da atuação recente das suas concorrentes seja da entrada de novos operadores, as arguidas retiraram vantagens desta prática. É certo que não houve lugar à quantificação de tais vantagens, nem seria possível fazê-lo por natureza, atento o carácter não matemático e sempre variável da vantagem resultante de uma gestão mais



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

informada e com um conhecimento de mercado privilegiado. Porém, desta conduta resultam inegavelmente vantagens para as arguidas e a correspondente desvantagem competitiva para todas as empresas que não tiveram acesso a tais informações, que tiveram de investir meios humanos e materiais na realização de estudos de mercado e que com base em informação menos fidedigna e com uma maior incerteza em relação ao mercado tiveram de definir as suas estratégias de atuação.

A troca de informações decorreu durante largo período, entre 1998 e 2007, e com bastante frequência, conforme provado. Assim, há que concluir pelo carácter reiterado e não ocasional da infração.

Todas as arguidas participaram como autoras na troca de informação, enviando e recebendo informações.

Tal como já havia concluído a AdC em fase administrativa, também em fase de julgamento, “nenhuma das arguidas colaborou (...) em termos que possam ser reconhecidos como circunstância atenuante, designadamente por não terem oferecido informações e provas para além da mera colaboração com a Autoridade como resposta aos pedidos de elementos e informações, enquanto cumprimento do dever estabelecido no artigo 18.º da Lei n.º 18/2003”.

Não resultou provado que qualquer das arguidas tivesse adotado comportamento tendente à eliminação das práticas proibidas ou à reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Apesar de os resultados dos concursos públicos e as várias propostas apresentadas serem agora acessíveis em plataforma eletrónica, continua a subsistir interesse em ter acesso a dados de clientes privados e ao documento de aberturas e fechos, com a sistematização e agregação características do mesmo. Assim, tendo em conta que as empresas arguidas continuam a exercer atividade no mercado da restauração coletiva, mantêm-se os receios em termos de prevenção especial.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

A favor das arguidas pessoas coletivas há que ponderar a ausência de antecedentes contraordenacionais por factos idênticos.

Quanto às pessoas singulares, o comportamento dos administradores das empresas arguidas com maior dimensão assume gravidade superior, dada a susceptibilidade de com a sua atuação no mercado causarem uma maior restrição da concorrência. Mas tal já decorre da própria moldura abstrata, indexada ao volume de negócios da empresa administrada.

Ainda quanto às pessoas singulares, não se demonstrou que tenham retirado da prática qualquer benefício pessoal, com exceção do bom desempenho das empresas que administravam.

Tendo tido a possibilidade de vir a este processo pronunciar-se sobre a sua situação económica e comprová-la, documentalmente ou por declarações em audiência, os arguidos pessoas singulares optaram por não trazer a estes autos tais dados, tendo dito não pretender prestar declarações.

A favor dos arguidos pessoas singulares há também que ponderar a ausência de antecedentes contraordenacionais por factos idênticos.

Tudo ponderado, entendem-se necessárias, razoáveis e proporcionais as coimas que na parte decisória se indicarão.

Atenta a gravidade da infração, já acima apreciada, e a culpa dos arguidos, na modalidade de dolo direto, será de manter a sanção acessória já aplicada pela Autoridade, nos termos do art. 45.º, n.º 1, al. a) da Lei 18/2003.

Ao contrário do invocado, tal sanção não colide com a presunção de inocência, visto que a mesma apenas será aplicada após trânsito da decisão, momento em que tal princípio não tem já aplicação. Por outro lado, a obrigação de proceder à publicação recai sobre as próprias arguidas.

*

3. Decisão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Nestes termos e pelos fundamentos expostos, o Tribunal decide conceder parcial provimento ao recurso e assim:

Determinar a condenação da arguida **EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda.** pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 2.000.000,00 (dois milhões de euros)**.

Determinar a condenação da **TRIVALOR**, em que se integram a **Trivalor – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.**, a **Gertal – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.** e a **Itau – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A.**, pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 2.700.000 (dois milhões e setecentos mil euros)**.

Determinar a condenação da arguida **UNISELF – Gestão e Exploração de Restaurantes de Empresas, Lda.** pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 850.000 (oitocentos e cinquenta mil euros)**.

Determinar a condenação da **ICA- Indústria e Comércio Alimentar S.A. / Nordigal – Indústria de Transformação Alimentar, S.A.** pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 600.000,00 (seiscentos mil euros)**.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Determinar a condenação da arguida **Sodexo Portugal– Restauração e Serviços, S.A.** pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. art. 4.º, n.º 1 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 180.000,00 (cento e oitenta mil euros)**.

Determinar a condenação da arguida **Cecília Maria Andrade Grilo Silva**, administradora da Sodexo desde 2003, pela prática, como autora, de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 2.000 (dois mil euros)**.

Determinar a condenação do arguido **Manuel António Ribeiro Sevinete Sousa**, administrador da ICA/Nordigal desde pelo menos 1995, como autor de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 2.500 (dois mil e quinhentos euros)**.

Determinar a condenação do arguido **Mateus da Silva Alves**, sócio gerente da Uniself desde a sua constituição, pela prática, como autor, de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 2.600 (dois mil e seiscentos euros)**.

Determinar a condenação do arguido **Carlos Alberto dos Santos Martins Moura**, Presidente do Conselho de Administração da Itau (Trivalor) desde, pelo menos, 1995, pela prática, como autor, de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 (Lei da Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 2.700 (dois mil e setecentos euros)**.

Determinar a condenação do arguido **José Luís Silvestre Cordeiro**, Presidente do Conselho de Administração da Gertal (grupo Trivalor) desde pelo menos 1995, pela prática, como autor, de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da L 18/03, de 11/6 (Lei da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

Concorrência - LdC) e, em consequência, aplicar-lhe uma **coima no valor de € 2.700 (dois mil e setecentos euros)**.

Manter a condenação aos **arguidos** de **sanção acessória** ao abrigo do artigo 45º da L 18/2003 de publicação do prazo de 20 (vinte dias) a contar do trânsito em julgado da decisão de extrato da presente decisão na II Série do Diário da República e a parte decisória num jornal de expansão nacional com expressa menção à sanção aplicada aos legais representantes, quando aplicável.

*

Mais se condena os arguidos nas custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em 5 UC, em face do número de sessões de audiência e complexidade do processo (arts. 93º nº 3 e nº 4, do Decreto Lei nº 433/82 de 27 de Outubro e 8º nº 4, do Regulamento das Custas Processuais).

*

Proceda-se ao depósito desta sentença.

*

Comunique à autoridade administrativa, nos termos do disposto no art. 70º nº 4 do Decreto Lei nº 433/82 de 17/10).

*

Remeta, de imediato, certidão desta sentença ao Proc. 44/12.0YUSTR, pendente no Tribunal da Relação de Évora, para que, se assim for decidido, possa ser apreciada eventual inutilidade superveniente da lide, uma vez que as questões suscitadas em tal processo foram decididas no âmbito destes autos, pela mesma juíza que não admitiu o recurso no Proc. 44/12.0YUSTR e que, em caso de decisão contrária, teria apreciado tais questões no âmbito do Proc. 44/12.

Santarém, 19 de Julho de 2013



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 88/12.1YUSTR

(Cláudia Marcela Campos Roque)