



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Ação de Processo Comum

I RELATÓRIO:

1. **[AUTORA]**

sociedade comercial por quotas, com sede ..., registada na Conservatória do Registo Comercial d... com o número único de matrícula e de pessoa coletiva ... veio instaurar a presente **ação declarativa de condenação, sob a forma de processo comum**, contra a **[RÉ]**, sociedade de direito ..., com sede em ..., peticionando, a final, a condenação daquela no pagamento da quantia de € 1.305.446,13, acrescida de juros de mora, à taxa legal supletiva, contados desde 21.03.2019 e até integral e efetivo pagamento.

2. Sustenta o referido pedido na seguinte **causa de pedir**: o [POP] lançou um concurso público, cujo caderno de encargos indicava peças comercializadas apenas pela Ré. A Autora, tendo em vista a apresentação de uma proposta, pediu preços à Ré, que não lhos forneceu. A decisão de contratar de tal concurso foi revogada. Contudo, o [POP] lançou um novo concurso com o mesmo objeto e as mesmas especificações. A Autora voltou a pedir preços à Ré, que novamente não lhos forneceu. O contrato foi adjudicado à Ré, que foi a única sociedade a ter apresentado uma proposta. Em virtude de tal conduta, a Autora não apresentou qualquer proposta, tendo incorrido em danos corporizados no montante que gastou com a aquisição de selos temporais, no valor de € 46,13, nos valores que despendeu com a deslocação e alimentação dos seus colaboradores que se deslocaram às oficinas do [POP], no prejuízo de montante não inferior a €



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

5.000 que suportou em virtude da afetação de colaboradores à elaboração da proposta e no montante de € 1.300.000,00, que previa ganhar com a proposta e adjudicação da mesma, correspondente a uma margem de lucro de 26%.

3. Devidamente citada a Ré apresentou a sua contestação (ref.^a 62993 atendendo ao despacho exarado em 05.07.2022 c/ref.^a 363080) pugnando pela absolvição dos pedidos, defendendo-se quer por exceção (invocando a incompetência material do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e a ilegitimidade passiva da Ré) quer por impugnação. Neste articulado solicita que seja admitida a intervenção do [POP].
4. A Autora notificada para o efeito, apresentou pronúncia sobre as exceções invocadas pela Ré, através de requerimento datado de 12.09.2022 (c/ref.^a 64618), pugnando pela improcedência das mesmas.
5. No que respeita ao pedido de intervenção provocada do [POP] formulado pela Ré, a Autora respondeu em 21.11.2022 (ref.^a 68085) concluindo “pela inadmissibilidade do requerido incidente de intervenção principal provocada por não se mostrar preenchido o disposto no artº 316º nº 3 a) do Código de Processo Civil”.
6. Por despacho de 21.12.2022 (c/ref.^a 388842) foi indeferido o chamamento do [POP] uma vez que não se observavam os pressupostos legais.
7. Realizada a audiência prévia, em 16.05.2023 (c/ref.^a 413257), foi proferida decisão final através do qual este Tribunal se julgou “materialmente incompetente para julgar a presente causa e, subsequentemente, absolve-se a Ré da instância.”



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

8. A Autora inconformada com aquela decisão apresentou requerimento de interposição de recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (cfr. ref.^a 73385), o qual foi admitido por despacho de 28.06.2023 (c/ref.^a 421337).
9. Por acórdão prolatado pelo TRL em 25.09.2023 (c/ref.^a 20514073) foi julgada a apelação procedente e em consequência concedido provimento ao recurso, revogando, assim, a decisão impugnada.
10. Assim, e nesta senda, realizada a audiência prévia, procedeu-se à elaboração do despacho saneador (ref.^a 454273), no qual se julgou improcedente: **a)** a incompetência material do TCRS para o julgamento da presente ação (com fundamentos distintos do incidente de incompetência material previamente suscitado oficiosamente pelo Tribunal), **b)** a caducidade do direito da Autora, **c)** e a ilegitimidade passiva da Ré.
- *
11. O despacho de 04.02.2024, com a ref.^a 454273 definiu ainda o **objeto do litígio** na análise das seguintes questões:
- ✦ Existência do facto voluntário e ilícito por parte da Ré: □ Posição dominante da R.; □ Abuso dessa posição.
 - ✦ Existência de culpa da parte da Ré;
 - ✦ Existência dos danos alegados pela Ré:
 - Danos emergentes;
 - Lucro cessante/perda da chance.
 - ✦ Existência de nexo de causalidade entre o facto voluntário e ilícito imputado e os danos.
12. Não há questões prévias, nulidades ou exceções que obstem ao conhecimento do mérito da causa.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

II. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO:

II.1. Factos provados:

13. Com relevo para a presente decisão resultaram provados os seguintes factos:

- a) A Autora é uma sociedade comercial que se dedica ao projeto, fabrico, instalação e assistência técnica de soluções para sistemas óleo-hidráulicos de elevação e movimentação de cargas e pessoas (artigo 1.º da PI).
- b) A Ré, por seu turno, é uma empresa do grupo [ABC], à data dos factos, com responsabilidade exclusiva de distribuição dos produtos com a referência [XP] nos mercados de Espanha e Portugal (artigo 2.º da PI).
- c) O [POP], em 19/07/2018, enquanto Entidade Adjudicante, deliberou abrir concurso público – Anúncio de procedimento n.º ..., publicado no Diário da República, II Série, número ..., Parte L – Contratos Públicos (artigo 3.º da PI).
- d) O objeto de tal contrato público seria a “Aquisição de serviços para a revisão de portas de passageiros do ...” – Proc. ..., de acordo com o Caderno de Encargos e respetivos anexos (artigo 4.º da PI).
- e) E tinha por valor base 6.000.000,00€ (seis milhões de Euros) (artigo 5.º da PI).
- f) Tal contrato público teria como prazo para apresentação de propostas “até às 23:59 do 75º dia a contar da data de envio do presente anúncio” (artigo 6.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Ação de Processo Comum

- g) Sendo a data de envio do anúncio para publicação no Diário da República, o dia 19.07.2018 (artigo 7.º da PI).
- h) Pelo que o último dia para apresentação de propostas seria o dia 2 de outubro de 2018 (artigo 8.º da PI).
- i) Neste período temporal, a Autora acompanhou os pedidos de esclarecimentos, nomeadamente os feitos pela Ré (resposta aos artigos 9.º e 10.º da PI).
- j) Requereu também ela os seus próprios esclarecimentos ao [POP] (artigo 11.º da PI).
- k) Tendo, para o efeito, comprado “Selos temporais”, no montante de € 46,13, para o poder fazer (artigo 12.º da PI).
- l) Mais tendo participado na visita às oficinas do [POP], que foi agendada para o dia 6 de setembro de 2018 (artigo 13.º da PI).
- m) Paralela, e posteriormente, veio a ser publicado no Diário da República, II Série, número ..., ..., Parte L – Contratos Públicos, um “Aviso de prorrogação de prazo n.º ...” (artigo 14.º da PI).
- n) Que prorrogou o prazo do aludido Anúncio de procedimento n.º ..., de ... (artigo 15.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- o) Sendo que o prazo para apresentação de propostas passaria a ser até às 23:59 do ... dia a contar da data de envio do próprio anúncio (artigo 16.º da PI).
- p) O último dia para apresentação de propostas passou, então, a ser o dia 17 de outubro de 2018 (artigo 17.º da PI).
- q) De acordo com o Caderno de Encargos do Concurso, no ANEXO I – ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS, concretamente no seu número 2. eram definidos os “Órgãos mecânicos a substituir no ...”), nos seguintes termos: “Os órgãos mecânicos deverão ser substituídos no sistema de acionamento das portas, no sistema de guiamento e nos dispositivos de isolamento e de emergência (indicados no Desenho ...). **Os materiais indicados devem ser adquiridos, junto dos fornecedores mencionados na Tabelas 1, Tabela 2, Tabela 3, Tabela 4, Tabela 5, Tabela 6 e Tabela 7.** As quantidades de materiais apresentados nesta memória descritiva são as quantidades a substituir por porta. Na execução do trabalho devem ser substituídos os parafusos, porcas, escatéis, anilhas, chavetas, troços e clips de segurança, ou seja, os materiais de fixação, devendo para tal o adjudicatário prever as quantidades necessárias. A frenagem dos materiais de fixação (parafusos e porcas), deverá ser feita por meio de cola e chapas metálicas, de acordo com as boas práticas” (realce aditado e artigo 18.º da PI).
- r) As Tabelas 1, 2, 3 e 6 acima identificadas indicam como fabricante dos equipamentos aí especificados a [XP] e as referências deste fabricante e a Tabela 7 acima referida identifica como fabricante de dois dos quatro equipamentos aí indicados a [XP] e as respetivas referências (resposta ao artigo 19.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- s) A [XP] é uma empresa sediada em ... e desenvolve, fabrica e vende sistemas elétricos de entrada para veículos ferroviários (artigo 20.º da PI).
- t) Sendo uma divisão da [BCD], com sede em ...
(artigo 21.º da PI).
- u) Que, por sua vez, é filiada do Grupo [ABC], com sede na ...
(artigo 22.º da PI).
- v) Para poder concorrer ao aludido procedimento concursal, e por causa da indicação supra transcrita na alínea q), a Autora contactou via e-mail a [BCD], em 29 de agosto de 2018, às 09:17, ao qual atribuiu importância elevada ("High") (artigo 24.º da PI).
- w) Fê-lo para o endereço ... e com o assunto
"Request for quote_[XP]" (artigo 25.º da PI).
- x) Informando, inicialmente, que pretendiam apresentar proposta no concurso do ... (artigo 26.º da PI).
- y) Solicitando, para o efeito, orçamento para lista de materiais discriminada no Caderno de Encargos (que enviava em anexo) (artigo 27.º da PI).
- z) Acrescentando ainda outro material e equipamento para efeitos de realização dos mesmos trabalhos postos a concurso (artigo 28.º da PI):
- 72 ... Ref. [XP] ...
 - 72 ... Ref. [XP] ...
 - 12 ... Ref. [XP] ...
 - 12 ... Ref. [XP] ...



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

12 ...Ref. [XP] ...

- aa) Por fim, informou que, tendo em conta que o procedimento decorreria pelo prazo de 36 meses, estimavam que o fornecimento fosse faseado em 6 meses, pelo que necessitavam que fosse assegurado o stock de todo o referido material (artigo 29.º da PI).
- bb) Dois dias volvidos, em 31 de agosto de 2018, às 08:29, a A. rececionou um email do Sr. [MPT] (com o endereço eletrónico ...) que, depois de se identificar, informou que era o responsável pelos serviços de pós-venda de produtos da [XP], em Espanha e Portugal (artigo 30.º da PI).
- cc) Informou, ainda, que a Ré estaria a trabalhar no orçamento e que o enviariam assim que possível (artigo 31.º da PI).
- dd) Em 3 de setembro de 2018, às 17:09, à Autora respondeu ao [MPT], questionando, primeiro, se, relativamente à previsão do orçamento solicitado, já tinha alguma data agendada (artigo 32.º da PI).
- ee) E mais, na medida em que a Autora tinha conhecimento de que a Ré seria, igualmente, uma concorrente ao aludido procedimento concursal público, a Autora informou que estaria interessada em avaliar o interesse da mesma numa eventual parceria para a execução dos trabalhos (artigo 33.º da PI).
- ff) Manifestando a disponibilidade da Autora para esse efeito (artigo 34.º da PI).
- gg) Pelo que, em caso afirmativo, a Autora não concorreria ao concurso e faria uma parceria com a Ré para a respetiva execução (artigo 35.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- hh) Questionou, por fim, se iriam estar presentes na visita às instalações do [POP], que iria ter lugar no dia 6 de setembro (artigo 36.º da PI).
- ii) Sendo que, em caso afirmativo, e se interessados, a Autora poderia conciliar uma reunião, nesse mesmo dia, em Lisboa para aquele fim (artigo 37.º da PI).
- jj) No dia seguinte, 4 de setembro de 2018, às 09:04, o [MPT] informou, desde logo, que iriam concorrer ao concurso e que estavam à procura de uma parceria na execução dos trabalhos do projeto (artigo 38.º da PI).
- kk) Informou, ainda, que iriam comparecer na visita agendada para o dia 6 de setembro, no entanto, uma vez que já tinham marcado as viagens de retorno a ..., não seria provável a oportunidade de uma reunião (artigo 39.º da PI).
- ll) Quanto à parceria, solicitou que a Autora lhes enviasse a proposta e informação respetiva e que poderiam agendar uma reunião para outro dia nas instalações da Autora (artigo 40.º da PI).
- mm) Por fim, informou que, no que ao orçamento do material solicitado dizia respeito, ainda estavam a trabalhar no mesmo e que, naquela data não eram capazes de confirmar uma data (artigo 41.º da PI).
- nn) No dia 20 de setembro de 2018, às 16:23, a Autora respondeu a [MPT] com a proposta de prestação de serviços correspondentes à execução dos trabalhos no [POP] (artigo 42.º da PI).
- oo) Referindo que a proposta incluía o planeamento de tarefas a ser desenvolvidas e o capital humano disponível (artigo 43.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- pp) Informou, ainda, que aguardariam a decisão sobre a mesma e uma data para marcar a reunião nas instalações da Autora (artigo 44.º da PI).
- qq) E que ainda aguardavam pelo orçamento aos materiais solicitados (artigo 45.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- rr) No dia 21 de setembro de 2018, pelas 12:12, o [MPT] respondeu à Autora agradecendo a proposta e informando que a mesma iria ser analisada internamente e que fariam os comentários devidos assim que possível (artigo 46.º da PI).
- ss) Quanto ao orçamento do material, referiu que ainda se encontravam a trabalhar no mesmo e que tinham de analisar vários tópicos para poder incluir tudo (artigo 47.º da PI).
- tt) Concluindo afirmando que, assim que a proposta final estivesse pronta, enviariam para a Autora (artigo 48.º da PI).
- uu) No dia 28 de setembro de 2018, pelas 07:18, o [MPT] informou a Autora de que, quanto à proposta de parceria, tendo em conta a dimensão da estrutura apresentada, seria impossível cumprir os requisitos financeiros do [POP] (artigo 49.º da PI).
- vv) Quanto ao orçamento para o material, referiu que ainda se encontravam a trabalhar no mesmo, estando a clarificar os últimos pontos abertos e que estimavam ser capazes de apresentar o mesmo no decurso da semana seguinte (artigo 50.º da PI).
- ww) No mesmo dia, às 11:08, a Autora agradeceu a resposta, questionando se ainda mantinham o interesse numa parceria para o concurso e se ainda estariam interessados numa reunião a decorrer nas instalações da Autora (artigo 51.º da PI).
- xx) Ao que o [MPT] respondeu, no dia 1 de outubro de 2018, às 11:41, referindo que para o projeto em questão, já tinham parceiro para a execução dos trabalhos (artigo 52.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- yy) Mais informando que, quanto à questão do orçamento relativo aos materiais da [XP], ainda se encontravam a trabalhar no mesmo e que precisariam, no mínimo, da referida semana para tal (artigo 53.º da PI).
- zz) Posteriormente, no dia 12 de outubro de 2018, às 13:12, a Autora enviou email ao [MPT], dando-lhe nota de que o orçamento relativo aos materiais ainda não lhes tinha sido enviado e que, por esse facto, estavam a impossibilitar a Autora de concorrer ao procedimento concursal, cujo termo ocorreria no dia 18 de outubro de 2018 (artigo 54.º da PI).
- aaa) Tendo isso em conta, solicitou, no mesmo e-mail, que a proposta fosse enviada, impreterivelmente, até ao dia 15 de outubro de 2018, às 12:00 (artigo 55.º da PI).
- bbb) [MPT] apenas respondeu a este último e-mail, no dia 15 de outubro de 2018, às 17:54, e apenas para solicitar à Autora que o contactasse para o número constante da assinatura no dia seguinte (artigo 56.º da PI).
- ccc) No dia 17 de outubro de 2018, às 14:51, o [MPT] enviou um e-mail à Autora onde informava que, na medida em que também seriam concorrentes no mesmo procedimento concursal, para o projeto todo (materiais e execução dos trabalhos), e tendo em conta as regras do grupo, não seria enviado qualquer orçamento para clientes que fossem externos (artigo 57.º da PI).
- ddd) A Ré ...tinha conhecimento da solicitação de orçamento da Autora, pelo menos, desde o dia 31 de agosto de 2018 – data em que o colaborador da [Ré], [MPT], avocou a si o processo e respondeu ao e-mail da Autora (artigo 63.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- eee) Desde, pelo menos, 04.09.2018 que a Ré colocou a possibilidade de não vir a fornecer os preços solicitados pela Autora caso viesse a concorrer ao concurso, possibilidade com a qual se conformou e que veio a ocorrer (resposta aos artigos 64.º a 69.º da PI).
- fff) A Autora não apresentou a proposta (artigo 70.º da PI).
- ggg) A Autora tinha já preparado, pelo menos, o programa de trabalhos e o preço final que iria apresentar ao concurso do [POP], sem prejuízo dos acertos no preço que tivesse de fazer exclusivamente em função do orçamento que haveria de receber da Ré (artigo 72.º da PI).
- hhh) A Autora tem funcionários que executam esta função, com experiência em concursos públicos e apresentação de propostas aos mesmos (artigo 75.º da PI).
- iii) A Ré apresentou proposta ao mesmo concurso (resposta ao artigo 77.º da PI).
- jjj) Conhecendo os preços e especificações dos materiais cuja cotação a Autora lhe havia pedido (resposta ao artigo 78.º da PI).
- kkk) A Ré foi a única proponente no concurso ... (resposta ao artigo 79.º da PI).
- III) Em 28 de fevereiro de 2019, o Conselho de Administração do [POP] deliberou aprovar a decisão de não adjudicação e a concomitante revogação da decisão de contratar (artigo 80.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- mmm) Decisão esta que tinha como fundamento jurídico os artigos 79.º, n.º 1, alínea b) e 80.º, n.º 1, ambos do Código dos Contratos Públicos ("CCP") (artigo 81.º da PI).
- nnn) Sendo a seguinte a proposta de deliberação: "a) A exclusão da proposta do proponente [Ré]., única proposta no procedimento para a "Aquisição de serviços para a revisão de portas de passageiros do ... – Proc. ...", nos termos do disposto na alínea d) do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, por não se apresentar o documento exigido na alínea c) do n.º 2 do artigo 13.º do Programa de Concurso e nos termos do disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP por apresentar, relativamente a várias matérias termos e condições que contrariam e violam o Caderno de Encargos e respetivos anexos. b) A consequente não adjudicação e revogação da decisão da mesma "Aquisição de serviços para a revisão de portas de passageiros do ... – Proc. ...", nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 79.º e n.º 1 do artigo 80.º, ambos do CCP," (artigo 82.º da PI).
- ooo) O [POP], em 06.03.2019, enquanto Entidade Adjudicante, decidiu anunciar concurso público – Anúncio de procedimento n.º ..., publicado no Diário da República, II Série, número ..., ..., Parte L – Contratos Públicos (artigo 83.º da PI).
- ppp) Concurso em tudo semelhante ao anterior, desde logo quanto ao seu objeto, mas também quanto a especificações técnicas de materiais e equipamentos a aplicar (artigo 84.º da PI).
- qqq) O objeto de tal contrato público seria, tal como o transato, a "Aquisição de serviços para a revisão de portas de passageiros do ..." – Proc. ... (de acordo com o Caderno de Encargos e respetivos anexos) (artigo 85.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- rrr) Tal contrato público teve como prazo para apresentação de propostas "até às 23:59 do ... dia a contar da data de envio do presente anúncio" (artigo 86.º da PI).
- sss) Sendo a data de envio do anúncio para publicação no Diário da República, o dia ... (artigo 87.º da PI).
- ttt) O último dia seria o dia 21 de março de 2019 (artigo 88.º da PI).
- uuu) Os materiais e equipamentos identificados como sendo especificamente os materiais a serem aplicados em execução dos trabalhos postos a concurso pelo [POP] com a referência [XP] eram essenciais à apresentação da proposta e posterior execução dos trabalhos (resposta aos artigos 58.º a 60.º da PI).
- vvv) Não era possível a conceção e apresentação de soluções alternativas ou de equipamentos e materiais equivalentes (resposta ao artigo 89.º da PI).
- www) A Autora voltou a contactar a Ré, por email enviado em 11 de março de 2019 (artigo 89.º da PI).
- xxx) E voltou a pedir cotação e condições de fornecimento dos materiais listados no concurso como tendo de ser da referência [XP] e bem assim o mesmo restante material que precisaria para a execução dos trabalhos de acordo com o planeamento que já havia preparado no concurso original (artigo 90.º da PI).
- yyy) A Ré respondeu à Autora, em 21.03.2019 informando a Autora que iria apresentar uma proposta para todo o objeto do concurso, incluindo o trabalho e o material, acrescentando que para uma oferta normal o preço da



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

lista anexa estaria fora do objetivo definido pelo [POP], tendo dito isto porque interpretou a proposta que a Autora lhe enviou em 20 de setembro de 2018, no valor de € 5.359.785,08 + IVA, como reportando-se apenas à mão de obra, valor esse que somado ao preço dos materiais excederia o preço base fixado pelo [POP] de 6 milhões de euros (resposta aos artigos 92.º da PI e 79.º e 194.º da contestação).

- zzz) A Ré foi novamente a única entidade a apresentar proposta (artigo 94.º da PI).
- aaaa) Que, desta feita, lhe veio a ser adjudicada pelo valor de 6.000.000,00€ (Seis milhões de Euros) (artigo 95.º da PI).
- bbbb) Cujo contrato veio a ser assinado em 5 de julho de 2019 (artigo 96.º da PI).
- cccc) Tendo o Tribunal de Contas concedido o respetivo visto prévio (artigo 94.º da contestação).
- dddd) A Autora afetou diversos trabalhadores ao procedimento em causa com o intuito de apresentar uma proposta (artigo 145.º da PI).
- eeee) O que fez com que a Autora não pudesse alocar esses trabalhadores a outros tipos de funções (artigo 146.º da PI).
- ffff) A Autora despendeu montantes atinentes a deslocar os seus colaboradores a Lisboa, no dia agendado para a visita às oficinas do [POP] (artigo 151.º da PI).
- gggg) Montantes como os relativos ao transporte (artigo 152.º da PI).
- hhhh) E os relativos à alimentação dos mesmos (artigo 153.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- iiii) Desde que na posse dos preços dos materiais que havia pedido à Ré, a Autora tinha a firme intenção de apresentar proposta aos concursos do [POP] (artigo 155.º da PI).
- jjjj) Essa proposta seria inferior a € 6.000.000,00 (resposta aos artigos 156.º e 157.º da PI).
- kkkk) A Autora estimou que o preço dos materiais da Ré ascenderia a um valor aproximado de 2.500.000,00€ (resposta ao artigo 159.º da PI).
- llll) Valor que a Autora tem para si como adequado em função do conhecimento do mercado e dos preços então praticados para o tipo de material em causa (artigo 160.º da PI).
- mmmm) A proposta da Autora incluiria o custo com a mão de obra, sendo que a Autora previa afetar: a) 15 técnicos de manutenção b) 30% de disponibilidade de 1 técnico de segurança c) 1 Engenheiro mecânico d) um Chefe de Logística e e) um Gestor de projeto (artigo 163.º da PI).
- nnnn) Mais incluiria a contabilização dos custos estimados com gestão de resíduos (artigo 165.º da PI).
- oooo) Mais os custos relativos ao estaleiro específico para os trabalhos a contratar (artigo 166.º da PI).
- pppp) E o valor da caução a prestar nos termos do caderno de encargos, no valor de 5% sobre o valor do custo efetivo dos trabalhos e materiais - ou seja de valor não inferior a 205.000,00€ (artigo 167.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- qqqq) A Autora, no pressuposto de que o preço dos materiais da Ré ascenderia a um valor aproximado de 2.500.000,00€, previa incorporar na proposta uma margem de lucro de 1.030.000,00€, sendo que a margem de lucro normal neste mercado ascende a, pelo menos, 6 % (artigos 168.º e 170.º da PI).
- rrrr) Nos referidos concursos não estava em causa o fornecimento de novas portas de passageiros mas sim a revisão da integridade e funcionalidade das portas de passageiros já instaladas no material circulante ... utilizado pelo [POP], incluindo a substituição de equipamentos integrantes dos órgãos mecânicos dos sistemas de acionamento das portas, de guiamento e nos dispositivos de isolamento e de emergência, atento o uso e o desgaste que os mesmos registam (artigos 86.º e 88.º da contestação).
- ssss) Razão pela qual apenas poderiam ser fornecidos pela [XP]/Ré sob pena de comprometer o sistema de funcionamento das portas de passageiros e, com isso, comprometer a segurança das dezenas de milhares de passageiros que diariamente utilizam o ... (resposta aos artigos 87.º e 89.º da contestação).
- tttt) O concurso público n.º ... , lançado pelo [POP] tinha por objeto a adjudicação do contrato de "aquisição e instalação de um sistema de acionamento elétrico para as portas e passageiros do material circulante ...", publicitado através do anúncio n.º ..., publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º ..., em que, por estar em causa a aquisição e a instalação de um novo sistema de acionamento de portas de passageiros, não havia qualquer referência nas Especificações Técnicas do Caderno de Encargos a um determinado fabricante ou proveniência (nota de rodapé 2 e resposta ao artigo 97.º da contestação).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- uuuu) Nesse concurso, a Ré também apresentou uma proposta, mas a adjudicação foi feita à proposta apresentada por outra empresa que não a Ré (resposta ao artigo 98.º da contestação).
- vvvv) De acordo com o artigo 15.º do Programa do Procedimento, a adjudicação seria efetuada em com base nos seguintes fatores e coeficientes de ponderação respetivos: a) Preço: a que correspondia uma ponderação de 60%; b) Solução Técnica: a que correspondia uma ponderação de 40% (artigo 217.º da contestação).

*

II.2. Factos não provados:

14. Não se provaram os seguintes factos:

- a) O Grupo [ABC] é considerado como líder global do mercado de travões e outros sistemas ferroviários e de veículos comerciais (artigo 23.º da PI).
- b) A Autora diligenciou pela instrução da proposta que pretendia apresentar com todos os elementos documentais exigidos por lei, pelo Programa do Concurso e pelo Caderno de Encargos (artigo 73.º da PI).
- c) Os funcionários da Autora que efetuam a preparação das propostas a apresentar em concursos exercem tais funções em exclusividade (artigo 75.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- d) Com exceção dos preços solicitados à Ré, a Autora tinha todo o processo documental pronto para submissão aquando do segundo concurso (artigo 93.º da PI).
- e) Os factos descritos nas alíneas dddd) e eeee) dos factos provados geraram um prejuízo na atividade empresarial, dita habitual, da Autora que se computa em valor não inferior a 5.000,00€ (artigos 147.º e 148.º da PI) – apenas se provou o que consta nas alíneas dddd) e eeee) dos factos provados.
- f) Os custos que a Autora suportou em deslocações e alimentação decorrentes da visita às oficinas do [POP] ascenderam a 400,00€ (artigo 154.º da PI).
- g) A proposta que a Autora previa apresentar nunca seria de valor inferior a 5.500.000,00€ - a acrescer IVA, nem superior a € 5.800.000 (artigos 156.º e 157.º da PI) – apenas se provou o que consta na alínea jjjj) dos factos provados.
- h) Os restantes custos já então previstos pela Autora no planeamento financeiro da proposta que havia preparado para a execução do projeto, para além dos preços dos materiais solicitados à Ré, ascenderiam a, pelo menos, 4.300.000,00€ (artigos 161.º e 162.º da PI).
- i) Sendo, destes, 959.534,43€ relativos a todos os custos com mão-de-obra, com o pagamento a cada um dos 15 técnicos de manutenção, de uma remuneração mensal-base de 1.500,00€, ao técnico de segurança de uma remuneração mensal-base de 2.000,00€, ao engenheiro mecânico, de uma remuneração mensal-base de 1.750,00€, ao chefe de Logística de uma remuneração mensal-base de 1.500,00€ e ao gestor de projeto de uma remuneração mensal-base de 1.500,00€ (artigo 163.º da PI).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- j) A que acrescia a contabilização dos custos com a previsível cessação dos respetivos contratos, no valor de 85.125,00€ (artigo 164.º da PI).
- k) Os custos estimados com gestão de resíduos ascendiam a 7.200,00€ (artigo 165.º da PI)
- l) Os custos com o estaleiro específico para os trabalhos a contratar ascendiam ao valor de 3.700,00€ (artigo 166.º da PI).
- m) A margem de lucro normal neste mercado, e em particular na concreta atividade de assistência técnica, normalmente designada de pós-venda ascende a 26% (artigo 169.º da PI) – apenas se provou o que consta na alínea qqqq) dos factos provados.

*

II.3. Motivação:

- 15. Nos termos do artigo 607.º, n.ºs 4 e 5, do CPC, o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto, exceto os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.
- 16. Será à luz destes parâmetros que iremos analisar a prova produzida, que se reconduziu a: prova documental; e à prestação de depoimento pelas seguintes testemunhas:

○ **[CCD]** funcionário da Autora desde 2010, em 2018 era o responsável técnico em questões de Engenharia e interveio na preparação da proposta que a Autora



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

pretendia apresentar aos concursos em causa (cf. ata da sessão de julgamento realizada no dia 05.06.2024, com a ref.^a 466170);

- **[EFG]**, colaboradora da Autora entre 2016 e 2019, tendo tido participação nos concursos em causa nos autos, não tendo, presentemente, qualquer ligação àquela (cf. ata da sessão de julgamento realizada no dia 05.06.2024, com a ref.^a 466170);
- **[HIJ]**, membro do júri dos concursos em causa e chefe do departamento de engenharia e manutenção do [POP] à data dos factos e desde 2011 (cf. ata da sessão de julgamento realizada no dia 06.06.2024, com a ref.^a 466243);
- **[KLM]**, funcionário da Ré, sendo que em 2018 e 2019, exercia funções de Diretor do Grupo [da Ré] (cf. ata da sessão de julgamento realizada no dia 06.06.2024, com a ref.^a 466243);
- **[NOP]**, funcionário da Ré, sendo o responsável pelo departamento de portas da Ré (cf. ata da sessão de julgamento realizada no dia 06.06.2024, com a ref.^a 466243).

17. Tendo em conta os parâmetros enunciados explicitaremos de seguida os fundamentos que sustentam os factos provados e não provados.
18. A atividade da Autora - **alínea a) dos factos provados** – está documentada na certidão permanente de registo comercial junta aos autos com a PI, doc. 1.
19. O facto respeitante à Ré no sentido de ser uma empresa do grupo alemão [ABC] e de, à data dos factos, ter responsabilidade exclusiva de distribuição dos produtos com a referência [XP] nos mercados de Espanha e Portugal – **alínea b) dos factos provados** – considera-se admitido por acordo, na medida em que não foi objeto de impugnação



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

em conformidade com o disposto no artigo 574.º, n.º 1, do CPC. E tanto é assim que esta matéria não foi incluída nos temas da prova, que não foram alvo de reclamação pela Ré (cf. ata da audiência prévia realizada no dia 04.03.2024 com a ref.^a 454273).

20. De qualquer modo, ainda que assim não fosse tal facto considerar-se-ia demonstrado com base em parâmetros de normalidade e razoabilidade, pois não é plausível que a Autora não tenha efetuado uma pesquisa de mercado para saber onde podia adquirir as peças com a referência [XP] que constavam no caderno de encargos e, caso existissem outros distribuidores, não tivesse recorrido aos mesmos, tendo-se limitado a aguardar pela resposta da Ré, conforme decorreu do depoimento prestado por [HIJ] e das comunicações eletrónicas juntas aos autos com a petição inicial (doc. 8) e com o requerimento com a ref.^a 59823, de 09.03.2022, doc. 14, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade e veracidade. Corrobora esta convicção a ausência de qualquer evidência de um fornecedor alternativo à Ré que vendesse, à data dos factos, as peças com a referência [XP] indicadas no caderno de encargos.
21. É verdade que a testemunha [NOP] referiu que algumas das peças que vendem e que são indicadas no caderno de encargos são peças fabricadas por outras empresas e vendidas pelas mesmas e que a referência [XP] que têm aposta é uma mera referência interna, para efeitos de organização. Contudo, tais afirmações, ainda que sejam verdadeiras, não comprometem a veracidade da factualidade em análise, pois seja qual for o motivo da aposição da referência [XP] o certo é que não é por esse facto que a Ré deixa de ser a única empresa que vende as peças que têm apostas essas referências. Acresce que não decorreu da prova produzida a mínima evidência de qualquer forma ou meio que permitisse identificar os fabricantes dessas peças com base na referência [XP], conforme a Autora salientou nas suas alegações finais.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

22. [NOP] referiu ainda que uma empresa chinesa copiou as suas portas, não na totalidade, mas 80%. Contudo, estas afirmações também não comprometem a convicção alcançada pelas mesmas razões expostas no parágrafo antecedente.
23. Contudo, tais afirmações da testemunha justificaram uma alteração na formulação da factualidade em análise, pois o que decorre do seu depoimento é que a Ré tinha, à data dos factos, a responsabilidade exclusiva de distribuição dos produtos com a referência [XP], fossem ou não fabricados pela mesma.
24. O anúncio do primeiro concurso e conteúdo respetivo – **alíneas c) a h) dos factos provados** – estão documentados na cópia do mesmo que se mostra junta aos autos com a PI, doc. 2, não havendo razões para duvidar da sua exatidão e veracidade, uma vez que é um documento publicado no Diário da República n.º ..., Série II de ..., in
25. Os factos respeitantes aos pedidos de esclarecimentos – **alíneas i) e j) dos factos provados** – resultaram da cópia das questões colocadas pela Autora e das respostas dadas pelo [POP] à Autora e à Ré que se mostram juntas aos autos com a PI, doc. 3, não havendo razões para duvidar da sua veracidade.
26. A aquisição dos selos temporais – **alínea k) dos factos provados** – está documentada nos comprovativos de compra juntos aos autos com a PI, doc. 4, não havendo razões para duvidar de que digam respeito ao concurso em causa, tendo em conta a data de pagamento (agosto de 2018).
27. A visita às oficinas do [POP] – **alínea l) dos factos provados** – resultou dos documentos comprovativos da realização da visita e da inscrição da Autora juntos aos autos com a PI, doc. 5, não havendo razões para duvidar da sua exatidão e veracidade, e dos depoimentos das testemunhas [CCD] e [EFG], que participaram na visita, não existindo igualmente razões para duvidar dos seus depoimentos nesta parte.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

28. O anúncio da prorrogação de prazo – **alíneas m) a p) dos factos provados** –consta no documento publicado no Dário da República n.º ..., Série II de
..., in
29. O conteúdo do caderno de encargos – **alíneas q) a r) dos factos provados** – resultou do doc. 13 junto aos autos com o requerimento de 59824, de 09.03.2022.
30. Os factos respeitantes à [XP] – **alíneas s) a u) dos factos provados** – consideram-se admitidos por acordo, na medida em que não foram objeto de impugnação em conformidade com o disposto no artigo 574.º, n.º 1, do CPC. E tanto é assim que esta matéria não foi incluída nos temas da prova, que não foram alvo de reclamação pela Ré (cf. ata da audiência prévia realizada no dia 04.03.2024 com a ref.ª 454273).
31. O facto da Ré ter impugnado os artigos “3.º a 82.º da p.i.” no artigo 73.º da contestação não afasta estas asserções, pois essa impugnação não foi efetuada por negação, ou seja, a Ré não afirmou que tais factos – que são do seu conhecimento pessoal, uma vez que dizem respeito a si - não correspondiam à verdade. Aquilo que a Ré afirmou foi que tais factos não podiam ser considerados porque “na sua grande maioria não [eram] mais do que conclusões, afirmações e até desabafos da Autora” e referiam-se “todos ao concurso público realizado em 2018 e que terminou com a decisão de não adjudicação e com a revogação da decisão de contratar”.
32. De qualquer modo, ainda que assim não fosse tais factos sempre resultariam, em termos gerais, do depoimento prestado por [KLM].
33. Os factos respeitantes às mensagens de correio eletrónico trocadas entre a Autora e a Ré aquando do primeiro concurso – **alíneas v) a ccc) dos factos provados** – consideram-se admitidos por acordo, na medida em que não foram objeto de impugnação em conformidade com o disposto no artigo 574.º, n.º 1, do CPC. E tanto é assim que esta matéria não foi incluída nos temas da prova, que não foram alvo de



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

reclamação pela Ré (cf. ata da audiência prévia realizada no dia 04.03.2024 com a ref.^a 454273).

34. Também aqui o facto da Ré ter impugnado os artigos “3.º a 82.º da p.i.” no artigo 73.º da contestação não afasta estas asserções, pois essa impugnação não foi efetuada por negação, ou seja, a Ré não afirmou que tais factos – que são do seu conhecimento pessoal, uma vez que são comunicações endereçadas e remetidas para e por funcionários seus à data dos factos - não correspondiam à verdade. Aquilo que a Ré afirmou foi que tais factos não podiam ser considerados porque “na sua grande maioria não [eram] mais do que conclusões, afirmações e até desabafos da Autora” e referiam-se “todos ao concurso público realizado em 2018 e que terminou com a decisão de não adjudicação e com a revogação da decisão de contratar”.
35. De qualquer modo, ainda que assim não fosse tais factos sempre resultariam, em termos gerais, da cópia das comunicações em causa juntas aos autos com a PI, doc. 8, que não contém qualquer sinal de manipulação, não havendo razões para duvidar da sua veracidade.
36. Quanto à factualidade respeitante à motivação da Ré – **alíneas ddd) e eee) dos factos provados** – não foi possível inquirir o subscritor dos emails remetidos pela Ré à Autora, designadamente [MPT], uma vez que já não é funcionário da Ré e não foi possível notificá-lo. Contudo, a testemunha [KLM] confirmou que [MPT] trabalhava com ele à data dos factos e não há nenhuma razão para considerar que aquilo que o mesmo escreveu nas mensagens eletrónicas tenha extravasado o seu espaço de autonomia funcional dentro da estrutura interna da Ré e das funções que exercia. Antes pelo contrário. Efetivamente, inferiu-se tanto do depoimento prestado pela testemunha [KLM], como do depoimento de [NOP] que o facto da Ré ir a concurso era razão para não fornecer os preços.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

37. É verdade que [KLM] referiu desconhecer regulamentos internos da Ré que a impedião de dar os preços e [NOP] afirmou não terem recebido instruções para não fornecerem os preços. Contudo, essas afirmações de âmbito geral não comprometem o facto das mesmas testemunhas terem efetuado afirmações no sentido de que a circunstância da Ré ir a concurso era razão para não darem os preços, pois o facto de não existir uma política interna escrita no sentido do procedimento adotado não significa que não existissem regras nesse sentido definidas por parte das pessoas a quem competia decidir, dentro da estrutura interna da Ré., pelo fornecimento dos preços, conforme se depreende dos depoimentos das testemunhas. Por conseguinte, aquilo que [MPT] afirmou no email de 16.10.2018 remetido às 14h51m, corresponde à verdade e o que daí se infere é uma recusa de indicação de preços plenamente representada e intencional motivada pelo facto da Ré também ir a concurso.
38. Quanto à motivação que precedeu essa resposta e ao facto da mesma apenas ter sido dada na véspera do fim do prazo do concurso a testemunha [NOP], que interveio no procedimento, questionada no sentido de esclarecer porque razão não comunicaram à Autora de imediato que não iam apresentar preços, mas apenas no final, referiu que procederam nesses termos porque não sabiam até ao fim se iam apresentar uma proposta diretamente ou avançar com outros para o efeito. Pese embora resulte do email de 01.10.2018 que a Ré já tinha um parceiro para a execução dos trabalhos desde, pelo menos, essa data não é possível excluir a possibilidade de ainda estar em aberto os termos dessa parceria, designadamente se a Ré se limitaria a fornecer os materiais como forneceria à Autora ou se iria concorrer também ainda que conjuntamente com outra empresa. Por conseguinte, não é possível afastar a plausibilidade da afirmação da testemunha e a sua credibilidade nesta parte. O que afasta a tese de um engano deliberado desde o início do pedido apresentado pela Autora. Contudo, o depoimento da testemunha permite que se conclua, com segurança, que, pelo menos, desde a data em que a Ré comunicou à Autora que



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

andava à procura de um parceiro (email de 04.09.2018, enviado às 09h04m), a mesma, na pessoa dos seus funcionários responsáveis por tais tarefas, já antevia como possível o desfecho que veio a ocorrer, porque era uma das hipóteses que estava no seu horizonte de ponderações

e com a qual se sentia evidentemente confortável, pois, conforme se referiu, o facto da Ré ir a concurso era motivo para não serem fornecidos os preços. Por conseguinte, a convicção firmada não corresponde exatamente à alegação da Autora – de um protelamento deliberado e intencional – mas ainda assim está compreendida no seu âmbito, sendo apenas a afirmação de um horizonte de representações e de uma vontade um pouco menos intensa.

39. Os factos respeitantes ao resultado do concurso – **alíneas fff), iii) e kkk) a nnn) dos factos provados** – decorreram do relatório final do concurso, cuja cópia se mostra junta aos autos com a petição inicial, doc. 10.
40. A factualidade no sentido de que a Autora já tinha preparado, pelo menos, o programa de trabalhos e o preço final que iria apresentar ao concurso do [POP] – **alínea ggg) dos factos provados** – resultou do depoimento de [EFG], em conjugação com as cópias do “Project Plan” que se mostram juntas aos autos com a petição inicial, doc. 9, e que a testemunha confirmou serem a proposta, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte e da veracidade dos documentos.
41. Justificam-se duas notas adicionais. Em primeiro lugar, o doc. 9 contém duas propostas com datas distintas e valores ligeiramente diferentes. Uma – a primeira – data de 20.09.2018 e tem como valor final € 5.359.785,08+IVA. A segunda data de 16.10.2018 e tem como valor final € 5.300.272,58 + IVA. Sem prejuízo de poderem ter outras diferenças quanto ao seu conteúdo, estruturalmente os dois “Project Plan” são idênticos, pelo que se conclui com segurança que ambos dizem respeito à proposta



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

de preço que seria apresentada e que sofreu pequenas modificações durante o período do concurso.

42. Em segundo lugar, a testemunha [NOP] referiu que o primeiro "Project Plan" foi a proposta que a Autora lhes remeteu com o email de 20.09.2018 (cf. alínea nn) dos factos provados), tendo em vista uma parceria com a Ré. Esclareceu ainda que interpretaram esta proposta como reportando-se apenas ao preço da mão de obra, sem incluir os materiais. Não há motivos para duvidar do depoimento da testemunha nesta parte, porque, por um lado, o primeiro "Project Plan" tem a data do mesmo dia de envio do email. Por outro lado, quer no email que a Ré remeteu à Autora no dia 28.09.2018, pelas 07h18m (cf. doc. 8 junto com a petição inicial), quer no email que enviou no dia 21.03.2019, pelas 15h47m (cf. doc. 14 junto com o requerimento de 09.03.2022, com a ref.^a 59823), é feita referência ao facto da proposta da Autora ultrapassar o preço fixado pelo [POP], o que se mostra consentâneo com a interpretação referida, pois a testemunha [EFG] esclareceu que o preço final da proposta que elaboraram incluía uma estimativa do preço dos materiais no valor de € 2.500.000,00. Por conseguinte, quem assumisse o pressuposto que a Ré assumiu – ou seja, que o "Project Plan" que a Autora lhe remeteu apenas se reportava ao preço dos trabalhos – retiraria a mesma conclusão a que a Ré chegou. Acresce ainda que o referido "Project Plan" não esclarece se o preço final inclui apenas a mão de obra ou também os materiais, pelo que se o destinatário não soubesse que aquele "Project Plan" correspondia à proposta a apresentar a concurso podia efetuar a mesma interpretação que a Ré empreendeu.
43. Contudo, o facto do aludido documento ter sido remetido à Ré pela Autora para efeitos de uma eventual parceria não afasta a convicção alcançada no sentido de que o mesmo também correspondia à proposta que a Autora pretendia apresentar a concurso, sem prejuízo dos ajustamentos que veio a efetuar mais tarde e que tiveram tradução no segundo "Project Plan". Conclui-se nestes termos por várias razões. Em



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

primeiro lugar, se o documento em causa correspondesse apenas à proposta que a Autora efetuou à R. não haveria razão para existir um segundo documento, com data muito próxima do fim do prazo para o concurso e quando as negociações com a Ré tendo em vista a referida parceria já tinham terminado. Em segundo lugar, de acordo com o relatório final do primeiro concurso um dos documentos que tinha de ser obrigatoriamente apresentado consistia no “Programa de Trabalhos, com o detalhe das tarefas a executar e respetiva duração (...)” (cf. doc. 10 junto com o requerimento com a ref.^a 59824, de 09.03.2022), o que corresponde ao conteúdo dos “Project Plans” juntos aos autos. Em terceiro lugar, resultou do depoimento de [EFG] que a Autora estimava o custo dos materiais em cerca de 2.500.000,00, não sendo plausível que a Autora estando ciente (na pessoa dos seus funcionários responsáveis por tais tarefas) deste valor efetuasse uma proposta só para a execução do trabalho que somada a esse valor ultrapassaria em muito o preço base indicado pelo [POP] para o concurso. Assim, por todas estas razões conclui-se que o “Project Plan” que a Autora remeteu à Ré para uma eventual parceria correspondia também à proposta que pretendia apresentar a concurso e que depois foi ligeiramente modificada. Correspondia especificamente ao aludido “Programa de Trabalhos”, com inclusão do preço final proposto, conforme se infere do seu conteúdo em confronto com os documentos que tinham de ser apresentados que constam no artigo 13.º do Programa do concurso (cf. doc. n.º 12 junto com o requerimento datado de 09.03.2022, ref.^a 59824). Foi assim com base nestas razões que se deu como provada a factualidade exarada na alínea ggg) dos factos provados.

44. Contudo, para efeitos de concurso não bastava a apresentação do referido documento. Efetivamente, resulta do artigo 13.º do Programa do concurso (cf. doc. n.º 12 junto com o requerimento datado de 09.03.2022, ref.^a 59824) que para além do Programa de Trabalhos tinham de ser apresentados os seguintes documentos:



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- "Documento Europeu Único de Contratação Pública";
 - "Declaração com indicação do preço contratual, elaborada de acordo com o Anexo" do Programa de Concurso;
 - "Lista de quantidades e preços unitários, elaborada em conformidade com o Anexo II do Caderno de Encargos";
 - "Especificação técnico funcional que descreva a remodelação do sistema de controlo do funcionamento da porta de passageiros para o [POP]99";
 - "Documentação técnica funcional que descreva a remodelação do sistema de controlo do funcionamento da porta de passageiros para o [POP]99";
 - "Documentação técnica que especifique o número de ciclos de funcionamento do equipamento ([POP]99) e as normas de ensaio seguidas";
 - "Documento que especifique o índice de fiabilidade dos novos órgãos, nomeadamente, a UCP, motor, sensor de posição e mecanismo de deteção de porta fechada, no [POP]99;
 - "Documento que especifique a solução técnica a implementar para a monitorização das duas folhas e abertura do laço de portas no [POP]99".
45. De todos estes documentos, a não indicação pela Ré dos materiais com referência [XP] impedia a finalização do documento com a lista de quantidades e preços unitários. E também impedia evidentemente a determinação final do preço da proposta. Contudo, já não comprometia o preenchimento parcial da lista de quantidades e preços, pois a lista continha a indicação a materiais sem a referência [XP], ainda que poucos (cf. doc. 3 junto com o requerimento com a ref.^a 59824, doc. 13), e a recolha e elaboração dos demais documentos. Ora, não há evidências de tais documentos nos autos. A única prova produzida sobre os mesmos reconduziu-se ao depoimento prestado por [EFG], no sentido de que tinham tudo pronto para apresentar a proposta, faltando apenas os preços dos materiais pedidos à Ré.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

46. Sucede que este meio de prova é claramente insuficiente para sustentar uma convicção segura e certa sobre estes factos, pois mesmo que não se duvide de que a testemunha estivesse convencida daquilo que afirmou não é possível aferir se a sua convicção estava certa. Desde logo, porque a testemunha não discriminou os documentos que a Autora já tinha recolhido e elaborado. Para além disso, [EFG] não era a única responsável pela recolha e elaboração de tais documentos, pois a própria afirmou que a tarefa estava acometida a uma equipa multidisciplinar e não foi a própria quem pediu preços para todos os materiais. Ou seja, não só a testemunha não executou todas as tarefas relacionadas com a preparação do concurso, como também não tinha conhecimentos técnicos para avaliar a completude e correção de todos os documentos requeridos e necessários. E mesmo que assim não fosse, ou seja, ainda que [EFG] tivesse executado todas as tarefas e/ou tivesse competências para avaliar todos os documentos, ainda assim o seu depoimento seria insuficiente, pois não há evidências seguras sobre as competências técnicas da testemunha ou de outros intervenientes que permitissem sustentar uma convicção segura sobre o trabalho desenvolvido pelos mesmos. Consequentemente, dar como provados os factos exarados na alínea b) dos factos não provados apenas com base na prova produzida seria um verdadeiro ato de fé, não uma convicção racionalmente e objetivamente sustentada. Foi por estas razões que ficou por demonstrar a factualidade exarada na **alínea b) dos factos não provados**.
47. O facto respeitante à detenção pela Autora de funcionários que executam esta função de apresentação da Autora a concursos e com experiência – **alínea hhh) dos factos provados** – resultou do depoimento de [EFC], não havendo razões para duvidar da testemunha nesta parte. Contudo, nem do depoimento da testemunha, nem de qualquer outro meio de prova resultou demonstrado que os funcionários da Autora que executaram tais tarefas trabalhavam em exclusivo nas mesmas ou que tivesse



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

funcionários que apenas efetuassem essas tarefas. Por conseguinte, este segmento da exclusividade ficou por demonstrar – cf. **alínea c) dos factos não provados**.

48. O facto da Ré conhecer os preços e especificações dos materiais cuja cotação a Autora lhe havia pedido – **alínea jjj) dos factos provados** – é uma decorrência lógica e necessária da circunstância de serem materiais vendidos pela Ré. A alegação da Autora era mais abrangente ou podia ser interpretada com um sentido mais amplo, como reportando-se aos preços de todos os materiais indicados no Programa de Concurso. Com este sentido, a resposta dada nesta alínea é mais restrita, na medida em que existiam materiais que não eram vendidos pela Ré, desconhecendo-se se os preços que a Ré obteve dos respetivos fornecedores eram iguais àqueles que foram indicados à Autora.
49. Os factos relativos ao segundo concurso – **alíneas ooo) a ttt) dos factos provados** – resultaram da cópia do anúncio que se mostra junta aos autos com o requerimento com a ref.^a 59824, de 09.03.2022, doc. 11, não havendo razões para duvidar da sua veracidade, sendo certo que é um documento publicado no Diário da República n.º ..., Série II de ..., in
50. Os factos relativos à inexistência de alternativas e às razões pelas quais constavam no caderno de encargos peças com a referência [XP] – **alíneas uuu), vvv), rrrr) e ssss) dos factos provados** – resultaram do depoimento prestado por [HIJ]. A testemunha foi perentória, clara e segura no sentido de que não era possível substituir os materiais indicados com a referência [XP] por outros materiais iguais sem a referência [XP] e explicou porquê, tendo respondido a todas as perguntas colocadas pelos Srs. Advogados das duas partes, sem reservas ou hesitações. O teor das suas respostas é totalmente elucidativo, justificando-se a reprodução das partes respeitantes aos factos em análise.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

51. Assim, questionada pelo Sr. Advogado da A. no sentido de esclarecer se havia alternativas técnicas possíveis em relação às peças de determinadas marcas que constavam no caderno de encargos, a testemunha respondeu, por volta dos 18m19m, que “não havia alternativas porque aquelas peças fazem parte de um sistema do conjunto do sistema de portas, como o sistema não era substituído na sua totalidade, eram apenas partes desses sistema e são peças, portanto, que são controladas por software e o software dessas portas que está, portanto, residente no órgão que, lá está, não ia ser alterado, ia continuar a ser aquele software, portanto as peças tinham de ser exatamente aquelas, porque são peças sujeitas a ajuste e afinação e não podiam ser mudadas por outras”.
52. Feita a pergunta, pelo Sr. Advogado da A., no sentido de esclarecer se no caso de haver rutura de peças e do produtor fechar e ser necessário trocar uma peça qualquer da porta por outra que não a original da porta se isso seria possível, a testemunha respondeu, cerca dos 20m42s “relativamente ao sistema de portas existem algumas peças, conetores, alguns sensores, que é possível substituir por umas outras. No entanto, há peças fundamentais no seu funcionamento que não é possível. Portanto, temos das duas coisas.”.
53. O Sr. Advogado da A. confrontou ainda a testemunha com outra possibilidade, designadamente se seria possível fabricar uma peça semelhante para colocar no lugar da original. A testemunha, por volta dos 20m59s, respondeu que “...aquele sistema tem especificidades, é um sistema de segurança, um sistema de porta de passageiros é considerado um sistema de segurança, tem regulações muito precisas, e como eu disse ainda há pouco são controladas por software, é um controlo muito rigoroso, não funciona com outro tipo de peças com a segurança que se pretende e é necessário, inclusive o software de controlo quando sofre



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

alguma atualização tem de ter a sua validação em termos de segurança por parte do fornecedor que nos fornece esse software”.

54. Por sua vez, o Sr. Advogado da R. questionou a testemunha no sentido de esclarecer melhor a existência de regulações específicas que de alguma forma controlam a qualidade do produto, tendo a testemunha respondido, por volta dos 23m57s o seguinte: “o sistema de abertura e fecho de porta tem sensores que controlam a posição das folhas da porta, que são duas folhas, e em termos da porta ser considerada fechada e trancada faz-se essa regulação e também temos sensores que vão acompanhando a posição da porta até chegar à posição final para dar essa indicação de porta fechada e porta trancada. Outra delas é ao nível do sistema anti entalamento, anti obstrução. Nós temos de ter a porta regulada, de forma a que para seguir as normas, há uma distância mínima entre as folhas da porta em que se algo ficar entalado, uma pessoa ou objeto, essa pessoa ou objeto tem de ser detetada para não ir entalada na porta e provocar acidente e essa regulação tem de ser feita de forma rigorosa”.
55. O Sr. Advogado da R. perguntou, de seguida, à testemunha “se um concorrente apresentasse uma solução que não fosse com um equipamento [XP] mas que desse cumprimento a essas regulações criteriosas e apertadas que a Sra. Engenheira acabou de referir, se isso não seria possível”, tendo a testemunha respondido o seguinte: “No [POP]99 sim porque íamos, ...iam mudar a unidade do comando de controlo, a unidade de comando que como disse há pouco faz esse controlo. No [POP]95 e [POP]97 não, porque como não iam alterar a unidade de comando de porta no sistema que faz esse controlo não era possível”.
56. Após esta resposta e por volta dos 23m56s, o Sr. Advogado da Ré questionou a testemunha nos seguintes termos: “Não claro, a minha pergunta não era alterar o



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

sistema, a minha pergunta é: nas especificações técnicas que consta no caderno de encargos ... fazem-se menções a materiais, esse materiais têm uma referência alguns deles referências [XP], a minha pergunta é: é possível apresentar um equipamento idêntico que cumpra a mesma finalidade?". A resposta da testemunha, dada por volta dos 26m12s, foi a seguinte: "julgo que não, porque para apresentarem teriam de ter toda a informação para fabricar essa peça e nós não tínhamos essa informação".

57. O Sr. Advogado da Ré de seguida e por volta dos 26m20m insistiu com a seguinte pergunta: "eu não pergunto se a Sra. Engenheira era capaz de produzir, isso eu calculo que não, porque se não o [POP] não iria comprar estes equipamentos, produzia-os o [POP], a minha pergunta é se seria possível um concorrente da [XF] fazer?". A testemunha, por volta das 26h40m, reiterou: "julgo que não".
58. Seguidamente o Sr. Advogado da Ré confrontou a testemunha, por volta as 26m53s, com a seguinte questão: "referiu também que não seria possível porque não permitiria funcionar com rigor e segurança o sistema, portanto uma substituição de um equipamento não daria estas respostas de rigor e segurança?". Por volta dos 27m10s, a testemunha respondeu nos seguintes termos: "... eu disse, porque o sistema de software que temos é um sistema de um fornecedor específico e as peças funcionam em sintonia, por questões de compatibilidade, com esse software, e por essa razões se as peças não forem aquelas não iria funcionar".
59. Por voltas dos 27m29s, o Sr. Advogado da R. interpelou novamente a testemunha confrontando-a com a seguinte questão: "mas oh Sra. Engenheira desculpe é que eu de repente perco um bocado a noção, estamos a falar de equipamentos muito sensíveis, com certeza, mas estamos a falar de materiais, de porcas, parafusos, cabos, borrachas é isso que estamos a falar". Por volta dos 27m42s, a testemunha esclareceu sobre este ponto o seguinte: "estamos a falar de fusos, embraiagens,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

motores elétricos que a porta tem associado a ela tudo isso, temos o fuso onde as folhas estão, para permitir comandar as folhas, que são andadas e empurradas por um motor elétrico, temos uma embraiagem também e sensores, uns óticos, uns magnéticos, que detetam as posições onde as folhas se encontram”.

60. Seguidamente, o Sr. Advogado da R. insistiu novamente, questionando a testemunha nos seguintes termos: “o q a Sra. Engenheira diz é q apenas é possível fazer isso com os materiais, com as porcas, os parafusos, as embraiagens [XP] neste caso concreto?”, tendo a testemunha respondido, aproximadamente aos 28m22s, o seguinte: “porque temos o controlo da unidade de comando de portas com o software associado, em termos de compatibilidade, portanto os órgãos mecânicos vão funcionar pelo comando dessa unidade de comando de portas que é o software que dá os comandos”.
61. O Sr. Advogado da Ré questionou, então, a testemunha sobre o impacto de tais factos na concorrência, formulando a seguinte pergunta: “isso quer dizer então que não há concorrência, é isso que me está a dizer, que afinal não há concorrência?”. A resposta da testemunha, por volta dos 28m46s, foi a seguinte: “eu não disse isso ...o concurso foi um concurso internacional, qualquer empresa podia concorrer, agora ao nível daquelas peças com aquelas referências tinham de ser aquelas peças, as outras, ao nível do [POP]99 poderiam ser quaisquer outras porque o sistema aí era substituído, a unidade de comando de porta no 99 era substituída, não tinha, portanto, esse problema, agora, havendo um concorrente que conseguisse fornecer aquelas peças e o resto as outras peças e todos os serviços que estavam incluídos nesse contrato porque incluía também ações de melhoria que portanto estavam lá definidas com equipamentos que o próprio [POP] cederia julgo que não posso dizer que o concurso seria fechado não é”.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

62. Perante esta resposta, o Sr. Advogado da R. insistiu com a seguinte pergunta: “a minha pergunta é se não era fechado, era se não havia concorrência, é que a ideia que me está a dar a mim, ..é que só a [XP] podia fornecer estes equipamentos, não sei se é exatamente isso ou não que era o caso?”, tendo a testemunha respondido, por volta dos 30m07s, o seguinte: “determinadas peças tinham de ser as peças de referência [XP], agora se só a [XP] é q as pode fornecer agora não sei responder”.
63. O Sr. Advogado da Ré, por volta dos 30m35s, confrontou a testemunha ainda com o setor automóvel, especificamente com o facto de existirem inúmeros fabricantes para peças de todas as marcas, tendo a testemunha respondido o seguinte: “Não sei responder ao nível do setor automóvel, não consigo, não tenho conhecimento para arranjar uma comparação ... aqui do que tendo conhecimento existindo aquelas unidades de comando de porta, associadas a cada porta, com aquele software, que é de um fornecedor exclusivo, em que o sistema de portas é um conjunto em si, por questões de compatibilidade, a informação que eu tenho não podemos substituir apenas parte desses órgãos não substituindo a unidade de comando de portas e o restante, a informação que eu tenho é que têm de ser aquelas peças com aquelas características, porque há uma certificação por trás a nível do próprio fornecedor e das garantias a nível da segurança, e portanto não podemos substituir ...”. Interpelada no sentido de esclarecer se estava a falar da “certificação do próprio fornecedor das peças” a testemunha referiu, por volta dos 32m59s, que se estava a referir ao “software, da unidade de comando de portas” e que ao “nível software há essa certificação e que esse software faz o controlo dos órgãos do sistema de portas”.
64. Por fim, a testemunha foi confrontada novamente com uma questão relativa à concorrência, desta feita pelo Sr. Advogado da A., por volta dos 34m49s, com o seguinte teor: “quando respondeu ao meu colega há pouco que não via problemas de concorrência por causa daquela limitação das peças era pressupondo que a



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

[XP] ou a [ABC] forneceriam aquelas peças ao agentes de mercado para poderem usá-las nessa atividades?”, tendo a testemunha dito que “sim”.

65. A transcrição precedente demonstra que todas as perguntas foram feitas, tendo [HIJ] respondido sempre da mesma forma e de maneira assertiva, segura, objetiva e fundamentada. Para além disso, a isenção da testemunha é irrepreensível, pois não tem qualquer interesse no processo, o concurso já terminou sem qualquer impugnação, conforme a testemunha esclareceu, e a própria obra já foi executada, conforme resultou do depoimento de [NOP]. Também as razões de ciência da testemunha são inabaláveis, quer porque tem formação em engenharia eletrónica e de computadores, quer porque era chefe do departamento de engenharia e manutenção do [POP] à data dos factos e desde

2011, pelo que tinha experiência nesta matéria, quer porque era presidente do próprio júri do concurso (cf. relatório junto aos autos com o requerimento com a ref.^a 59824, de 09.03.2022, doc. 10).

66. Acresce ainda que o seu depoimento não foi minimamente abalado pela demais prova produzida. Antes pelo contrário, pois foi convergente com o depoimento prestado por [CCD], engenheiro mecânico e responsável técnico em questões de Engenharia.
67. Para além disso, a própria Ré reconhece nos artigos 86 a 89 da contestação que as peças em questão apenas poderiam ser fornecidas pelo respetivo fabricante, “sob pena de comprometer o sistema de funcionamento das portas de passageiros e, com isso, comprometer a segurança das dezenas de milhares de passageiros que diariamente utilizam o [POP]”.
68. É certo que [NOP] esclareceu, conforme já referido, que a Ré vende peças com a referência [XP] que são fabricadas por outras empresas que não a Ré, iguais a outras



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

que existem no mercado, e que a referência [XP] que têm aposta é apenas uma referência interna da Ré para efeitos de organização. Sem duvidar da testemunha, isso não compromete a convicção alcançada e que decorre do depoimento de [HIJ] no sentido de que as peças com a referência [XP] que constavam nos factos provados tinham de ser efetivamente peças com essa referência (qualquer que fosse a razão de ser da mesma), porque a testemunha foi clara ao esclarecer que existiam peças que podiam ser substituídas, mas outras que eram fundamentais, por causa da unidade de controlo e que tinham de ter a referência [XP]. Importa notar que a testemunha esclareceu que tinham conhecimento das peças e das referências por causa da manutenção que o [POP] efetuava a estas portas. Consequentemente, é um conhecimento sólido sobre a essencialidade das peças em causa para garantir o funcionamento do sistema de portas em segurança. Para além disso, conforme assinalou o Sr. Advogado da A., nas suas alegações orais, não se vislumbra forma de saber qual o fabricante das peças por via da mera indicação das referências [XP].

69. Por conseguinte, não há nenhuma razão para duvidar da credibilidade e suficiência do depoimento da testemunha, concluindo-se que as peças que constavam no caderno de encargos com a referência [XP] tinham de ser peças com esta referência e, por isso, peças vendidas pela Ré, pois era a distribuidora exclusiva das mesmas.
70. Os factos respeitantes ao novo pedido de cotação formulado pela A. e à resposta da R. – **alíneas www) a yyy) dos factos provados** – foram extraídos das comunicações eletrónicas juntas aos autos com o requerimento com a ref.^a 59823, de 09.03.2022, doc. 14, não havendo razões para duvidar da sua veracidade, em conjugação com o depoimento prestado por [NOP], no que respeita à interpretação que efetuaram do “Project Plan” que a A. lhes enviou em 20.09.2018, que mereceu credibilidade pelas razões já explicitadas supra sobre esta matéria.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

71. Da factualidade exarada nesta alínea decorre que a alegação da A. vertida no artigo 92.º da PI, no sentido de não ter recebido qualquer resposta, não corresponde efetivamente à verdade, sendo antes verdadeira a tese da R. exposta nos artigos 79.º e 194.º da contestação, independentemente das implicações jurídicas associadas. Contudo, a formulação adotada nesta alínea yyy) não é coincidente com a alegação da R., porque o texto que consta na comunicação eletrónica remetida à A. não refere, de forma tão completa e esclarecedora, o motivo que a R. pretendeu expressar, considerando-se, por isso, mais exato incluir no facto a resposta que consta no email e as razões subjacentes à mesma.
72. Os factos relativos ao resultado do concurso – **alíneas zzz) a bbbb) dos factos provados** – foram extraídos da informação constante na página eletrónica “BASE:contratos públicos online” e da cópia do contrato, que se mostram juntas aos autos com o requerimento com a ref.^a 59823, de 09.03.2022, doc. 15 e doc. 16 respetivamente.
73. O visto do Tribunal de Contas – **alínea ccc) dos factos provados** – está documentado na mensagem junta pela R. com a contestação, doc. 1.
74. Os factos relativos à afetação pela A. de trabalhadores ao procedimento relativo à apresentação de proposta – **alíneas dddd) e eeee) dos factos provados** – resultaram do depoimento de [EFG], não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte. Adicionalmente, é uma inferência lógica e necessária a constatação de que em virtude dessa afetação a A. não pode alocar tais trabalhadores a outros tipos de funções.
75. Contudo, sem prejuízo de se considerar que tais factos são suficientes para corporizarem um dano ressarcível, não foi possível concluir que daí resultou um prejuízo concreto para a atividade habitual da A. de montante não inferior a € 5.000, desde logo, porque esta não concretiza esse prejuízo e isso também não decorre da



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

prova produzida. Foi, assim, por estas razões que ficou por demonstrar a factualidade exarada na **alínea e) dos factos não provados**.

76. Quanto aos factos relativos aos gastos com a deslocação às oficinas do [POP] – **alíneas ffff) a hhhh) dos factos provados** – consideram-se os mesmos demonstrados com base em parâmetros de normalidade e razoabilidade, tendo em conta que a sede da A. se localiza na ... (cf. certidão permanente junta aos autos com a petição inicial, doc. 1), pelo que a deslocação em causa implicou necessariamente gastos com o transporte e com a alimentação, suportados pela A., uma vez que o seus colaboradores efetuarem essa deslocação por sua conta e no seu interesse.
77. No entanto, o montante desses custos não ficou demonstrado, pois não foi produzida qualquer prova quanto a esse valor, que também não pode ser inferido apenas com base em parâmetros de normalidade e razoabilidade, pois os custos de transporte e alimentação dependem de variáveis que se desconhecem, como o tipo de transporte e o número de refeições ingeridas. Foi, por isso, por estas razões que ficou por demonstrar a factualidade exarada na **alínea f) dos factos não provados**.
78. A factualidade relativa à firme intenção da A. de apresentar a proposta – **alínea iiiii) dos factos provados** – inferiu-se do depoimento prestado por [EFG], não havendo razões para duvidar da credibilidade do seu depoimento nesta parte, e das próprias comunicações remetidas pela A. à R. (cf. doc. 8 junto com a petição inicial e doc. 14 junto com o requerimento com a ref.^a 59823, de 09.03.2022), insistindo sempre pela obtenção dos preços e comunicando que a não apresentação dos preços a impedia de concorrer.
79. Quanto ao valor da proposta que a A. iria apresentar – **alínea jjjj) dos factos provados** – não foi produzida prova que sustente a alegação da A. no sentido de que a proposta nunca seria de valor inferior a 5.500.000,00€, a acrescer IVA, nem superior a 5.800.00,00€. É verdade que as propostas que elaborou indicavam um preço



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

aproximado de € 5.400.000 + IVA – cf. “Projects Plan” juntos aos autos com a ref.^a 59824, doc. 9.. Contudo, estas propostas assumiam, conforme esclareceu [EFG], que o preço dos materiais cuja cotação foi pedida à R. ascenderiam a cerca de € 2.500.000,00, ou seja, assumiam uma estimativa, que podia não corresponder ao preço que a R. viria a indicar (e que podia ser distinto do preço indicado pela própria na sua proposta). Para além disso, não se sabe – porque não foi feita prova - se caso fosse indicado um preço superior ao estimado a A. não ultrapassaria o montante de € 5.800.000,00. Razão pela qual tais factos ficaram por demonstrar – cf. **alínea g) dos factos não provados**.

80. Contudo, não se duvida de que a proposta seria de valor inferior a € 6.000.000,00 (o preço base fixado pelo [POP]), porque é esse o padrão de conduta expectável no âmbito de um concurso por parte de um concorrente que não está em condições de fixar o preço de forma independente face aos seus concorrentes e que apresenta a sua oferta num contexto de incerteza quanto ao preço proposto por aqueles, pois o preço representava 60% no juízo de ponderação de atribuição do concurso (cf. anúncio junto aos autos com a petição inicial, doc. 2, e anúncio junto aos autos com o requerimento com a ref.^a 59824, de 09.03.2022, doc. 11). Ora, não há razões para duvidar de que fosse esse inequivocamente o quadro de atuação da A., inferindo-se a factualidade em análise também das propostas que elaborou com base numa estimativa do preço dos materiais com a referência [XP] no valor aproximado de € 5.400.000,00 – cf. “Projects Plan” juntos aos autos com a ref.^a 59824, de 09.03.2022, doc. 9. É verdade que não se sabe se seria o preço final. Contudo, essas propostas revelam da parte da A. um comportamento enquadrado nesse padrão de atuação.
81. Os factos respeitantes à estimativa que a A. efetuou dos preços dos materiais cuja cotação solicitou à R. – **alíneas kkkk) e llll) dos factos provados** – resultaram do depoimento prestado por [EFG], não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte. É verdade que não foi a testemunha quem efetuou esta



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

estimativa. Contudo, não há razões para duvidar de que o valor estimado fosse esse e não é credível, de acordo com parâmetros de normalidade e razoabilidade, que o mesmo não tivesse sido apurado com base na recolha de preços já praticados, sendo, por isso, razoável admitir que a A. estivesse convencida de que o valor que apurou fosse adequado.

82. Os factos relativos aos recursos humanos que seriam afetados à execução dos trabalhos – **alínea mmmm) dos factos provados** – resultou do depoimento prestado por [CCD], do depoimento prestado por [EFG] e do “Project Plan” datado de 16.10.2028, junto aos autos com o requerimento com a ref.^a 59824, de 09.03.2022, doc. 9, não havendo razões para duvidar da credibilidade destes meios de prova nesta parte.
83. Contudo, não se apurou o custo global da mão de obra, nem a remuneração mensal base de cada uma das pessoas envolvidas por falta de prova, razão pela qual tais factos ficaram por demonstrar – cf. **alínea i) dos factos não provados**.
84. Os factos relativos à gestão de resíduos e ao estaleiro – **alíneas nnnn) e oooo) dos factos provados** – foram extraídos do depoimento prestado por [CCD], não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte.
85. No entanto, não se apuraram os montantes alegados por falta de prova, razão pela qual tais factos ficaram por demonstrar – cf. **alíneas k) e l) dos factos não provados**.
86. O valor da caução – **alínea pppp) dos factos provados** – decorre das condições do concurso – cf. anúncio junto aos autos com o requerimento com a ref.^a 59824, de 09.03.2022, doc. 11, não sendo plausível que a proposta que a A. viesse a apresentar seria de valor muito inferior àqueles que foram estimados e que constam nos “Project Plans” junto aos autos com o requerimento referido, doc. 9.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

87. No que respeita à margem de lucro que a Autora pretendia obter – **alínea qqqq) dos factos** – a factualidade dada como provada resultou do depoimento prestado por [EFG], tendo por referência as propostas estimadas, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte. É verdade que a testemunha [KLM] referiu que, no melhor dos casos, a margem de lucro neste tipo de contrato chegaria a 8% e [NOP] referiu que a margem típica rondaria os 6% a 8%. Contudo, isto não afeta a credibilidade do depoimento de [EFG], pois as empresas podem ter margens de lucro e metas distintas.
88. Não ficou provado que a posição da A. nesta matéria fosse irreduzível, conforme decorre da alegação da A., no sentido de não concorrer com uma margem de lucro inferior. Apenas se apurou o que consta nos factos provados por referência às estimativas efetuadas pela A. e refletidas nos "Project Plans já mencionados. Daí que se tenha esclarecido que esta margem assumia o pressuposto relativo ao valor das peças cuja cotação foi pedida à R. estimado pela A. e se tenha eliminado a expressão "nunca inferior".
89. Não ficou provado que 26% correspondesse à margem normal neste tipo de atividade por falta de prova, razão pela qual tal facto ficou por demonstrar – cf. **alínea m) dos factos não provados**. Contudo, infere-se dos depoimentos de [KLM] e [NOP] que a margem de lucro ascenderia a, pelo menos, 6%.
90. Os factos respeitantes ao concurso público n.º ... – ... – **alíneas tttt) e uuuu) dos factos provados** – resultaram dos depoimentos prestados por [HIJ] e [NOP], não havendo razões para duvidar da sua credibilidade nesta parte.
91. A factualidade relativa aos fatores de ponderação da decisão de adjudicação – **alínea vvvv) dos factos provados** – foi extraída da cópia do programa de concurso junta aos autos através do requerimento com a ref.^a 59824, de 09.03.2022, doc. 12.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

92. A factualidade relativa à posição da R. como líder em determinados mercados – **alínea a) dos factos provados** – ficou por demonstrar por falta de prova.
93. Os factos no sentido de que a A. tinha todo o processo documental pronto para submissão aquando do segundo concurso – **alínea d) dos factos não provados** – ficaram por demonstrar pelas mesmas razões expostas a propósito da factualidade exposta na alínea c) dos factos não provados e para as quais se remete.
94. Os factos no sentido de que os restantes custos ascendiam a € 4.300.000 – **alínea h) dos factos não provados** – ficou por demonstrar por falta de prova, sendo certo que também é incompatível com os valores indicados nos “Projects Plans” já referidos, tendo em conta a estimativa dos preços pedidos à R. no valor de € 2.500.000.
95. A factualidade relativa aos custos com a previsível cessação dos respetivos contratos – **alínea j) dos factos provados** – ficou por demonstrar por falta de prova.

III FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO:

96. A A. sustenta o pedido formulado em um alegado abuso de posição dominante praticado pela R. que lhe causou danos.
97. O abuso de posição dominante é uma prática restritiva da concorrência proibida e punida, entre nós, como contraordenação. Pode assumir um âmbito exclusivamente nacional, nos termos previstos no artigo 11.º da Lei da Concorrência (LdC), aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 08.05, ou um âmbito europeu, em conformidade com o



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

estatuído no artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Em qualquer um dos casos é suscetível de gerar responsabilidade civil extracontratual, conforme decorre atualmente do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2018, de 05.06 (diploma que regula o direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, em transposição da Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014) e que remete para o regime previsto no artigo 483.º do Código Civil (CC).

98. Já era assim antes deste diploma. No caso da infração de âmbito nacional em virtude da aplicação direta do artigo 483.º, do CC, pois o artigo 11.º da LdC é uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios. E no caso da violação do artigo 102.º do TFUE o direito a uma indemnização por danos causados por um abuso de posição dominante emerge diretamente do direito Europeu, não porque estivesse expressamente previsto nesta norma, mas porque era e é necessário, como esclarece o Tribunal de Justiça (TJ), para assegurar a plena eficácia dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, cujo efeito útil ficaria comprometido caso o mesmo não fosse reconhecido¹.
99. No âmbito do direito Europeu tal direito inseria-se também na responsabilidade civil extracontratual, conforme reconhecido de forma expressa pelo TJ no acórdão de 23.10.2014, caso flyLAL, processo C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319, § 28. É esta igualmente a leitura que o STJ tem efetuado da jurisprudência europeia, como decorre do acórdão de 19.12.2018, processo n.º 2312/16.2T8FNC.L1.S1, e do acórdão do STJ de 08.03.2022, processo n.º 6/19.6YQSTR-C.L1.S1, ambos in www.dgsi.pt.

¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.09.2021, processo C-453/99, Courage, Coletânea da jurisprudência 2001 I-06297, págs. 6314 a 6328, § 26 e Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.12.2019, processo n.º C-435/18, Otis, ECLI:EU:C:2019:1069, § 22.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

100. Para além da recondução expressa do direito à responsabilidade extracontratual por parte do TJ nomeadamente no referido aresto é igualmente esse o enquadramento jurídico do direito que resulta da forma como o mesmo é configurado por aquele Tribunal, designadamente como um direito que deve ser reconhecido de forma abrangente a qualquer pessoa, desde que haja um nexo de causalidade entre o prejuízo e a prática proibida pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE². Por conseguinte, o reconhecimento do direito não está dependente da existência de uma relação contratual. A Diretiva 2014/104/EU di-lo de forma expressa no considerando 13. Contudo, sempre foi essa a configuração do direito nos termos reconhecidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).
101. Para além da recondução do direito ao instituto jurídico da responsabilidade extracontratual, parece resultar do Direito Europeu que o reconhecimento do direito está dependente apenas dos seguintes pressupostos: a existência de uma infração ao direito da concorrência por violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE; a existência de danos; e um nexo de causalidade entre a infração os danos. Efetivamente, o TJ nada mais exige, sendo as suas exatas palavras que “qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do prejuízo sofrido quando haja um nexo de causalidade entre o referido prejuízo e um cartel ou uma prática proibida pelo artigo 101.º TFUE” - § 34, Sumal³.
102. No nosso ordenamento jurídico nacional, o direito de indemnização emergente de responsabilidade civil extracontratual também está dependente da verificação dos referidos pressupostos, consubstanciando a infração ao direito da concorrência a

² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.07.2006, processos apensados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, Coletânea da jurisprudência 2006 I-6619, págs. 6641 a 6674, § 61, e acórdão do Tribunal de Justiça de 28.03.2019, processo C-637/17, Cogeco, ECLI:EU:C:2019:263, § 40, e considerando 13 da Diretiva 2014/104/EU.

³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.10.2021, processo C-882/19, EU:C:2021:800.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

ação ou facto voluntário e ilícito em virtude da violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios – cf. artigo 483.º, n.º 1, do CC.

103. Contudo, para além dos pressupostos referidos a nossa lei também exige, no artigo 483.º, n.º 1, do CC, a culpa, que se pode traduzir em dolo ou “mera culpa”, no sentido de negligência. Tratar-se-á em qualquer uma destas modalidades de um juízo de censura, que deve ser provado pelo lesado (cf. artigo 487.º, n.º 1, do CC).
104. Crê-se que a omissão à culpa na forma como o direito foi configurado e admitido pelo TJ é intencional, pois para a jurisprudência europeia o reconhecimento das infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE são independentes de culpa⁴. No entanto, a culpa enquanto pressuposto de verificação de uma prática restritiva da concorrência por violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE está presente no direito Europeu, sendo exigida pelo artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Efetivamente, esta norma prevê o poder da Comissão Europeia para aplicar sanções pela violação das normas referidas, mas desde que tais infrações sejam praticadas “deliberadamente ou por negligência”.
105. Para além disso, a Diretiva 2014/104/EU esclarece, no considerando 11, que caso os Estados-Membros exijam a culpa para efeitos de verificação da obrigação de indemnização podem manter este requisito, desde que respeitem a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os princípios da efetividade e da equivalência e a diretiva. A Lei n.º 23/2018, que, conforme referido, transpõe estas Diretiva, é aplicável tanto ao direito de indemnização emergente da violação das disposições nacionais que proíbem as práticas restritivas da concorrência, como ao direito de indemnização decorrente da violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE – cf. artigo 1.º, n.º 1 e artigo 2.º, alínea I), ambos da LdC. Por conseguinte, sem prejuízo de se entender que já antes

⁴ Cf. acórdão do TG de 09.09.2009, Processo T-301/04, Clearstream Banking/Comissão, Col. 2009 II03155, § 141 e 142.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

era assim, o certo é que agora o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2018, ao remeter para o artigo 483.º do CC, torna claro, na letra da lei, que o direito de indemnização emergente do artigo 102.º do TFUE está dependente de todos os pressupostos exigidos pelo artigo 483.º do CC, incluindo, consequentemente, a culpa.

106. Por conseguinte, **o direito reclamado pela A. está dependente da verificação dos seguintes pressupostos: um facto voluntário e ilícito consubstanciado numa violação dos artigos 11.º da LdC e/ou 102.º do TFUE; culposos; a existência de dano; e um nexo de causalidade entre o facto voluntário e ilícito e o dano.** Vejamos se estes pressupostos estão verificados no caso concreto.

III.1. Facto ilícito:

107. O direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência não proíbem a aquisição de uma posição dominante, mas apenas o seu abuso. Significa isto, no essencial, que uma empresa pode adquirir uma posição dominante, mas, uma vez conquistada essa posição, tem uma especial responsabilidade, designadamente "de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum" (acórdão do TJ Michelin). Pode-se, assim, dizer que o "conceito fundamental, onde assenta a disciplina do abuso de posição dominante, é o de aceitação da existência de tais posições, tendo como contrapartida a sujeição das empresas que ascendam a tal predomínio a um conjunto de deveres especiais de conduta"⁵.
108. O direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência também convergem, atualmente, no conteúdo do interesse tutelado e, nessa medida, no

⁵ MIGUEL MOURA E SILVA, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Teses, Almedina, 2010, pág. 399.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

"critério de apreciação das práticas restritivas da concorrência"⁶. Trata-se, sobretudo, de proteger a concorrência no mercado, mas entendida como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afetação de recursos. Verificou-se, neste âmbito e no que respeita ao direito europeu da concorrência, uma "mudança do seu programa teleológico"⁷, que inicialmente visava garantir a integração do mercado europeu e que se transferiu primordialmente para a defesa de interesses económicos.

109. É importante salientar que o conceito de consumidor "utilizado no direito comunitário da concorrência é mais amplo que o aplicado no direito do consumo (...). De facto, enquanto o direito do consumo visa a proteção de interesses não necessariamente económicos, como a saúde ou a segurança, do consumidor final, o direito da concorrência pretende salvaguardar sobretudo interesses económicos do «comprador», ainda que este seja um mero intermediário"⁸.
110. Os dois ordenamento jurídicos convergem ainda em relação a alguns dos pressupostos de verificação do abuso de posição dominante. Assim, quer no direito nacional, quer no direito europeu da concorrência, o abuso de posição dominante pressupõe a verificação dos seguintes requisitos: o agente tem de ser uma empresa; essa empresa tem de deter uma posição dominante; e é necessário que abuse da mesma. Consequentemente, (i) empresa, (ii) posição dominante e (iii) abuso são três elementos da figura comuns ao artigo 11.º da LdC e ao artigo 102.º do TFUE. A verificação do artigo 102.º do TFUE pressupõe ainda que o abuso seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que essa afetação seja sensível.

⁶ SOFIA OLIVEIRA PAIS, O Critério do Bem-estar dos Consumidores no Contexto de Renovação do Direito Comunitário da Concorrência, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume I, Almedina, pág. 626.

⁷ Idem, pág. 626.

⁸ Idem, pág. 626. Cfr. nota de rodapé 2, pág. 10, da Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Vejamos se todos estes elementos estão verificados.

III.1.1. Empresa:

111. O conceito de empresa relevante para efeitos de aplicação do artigo 11.º, da LdC, e do artigo 102.º, do TFUE, é, no essencial, o mesmo, abrangendo qualquer entidade que desempenha uma atividade económica, o que inclui qualquer tipo de organização, formal ou não, independentemente da sua natureza ou estatuto jurídica e do seu modo de funcionamento que oferece bens ou serviços num determinado mercado⁹. E é este, no essencial, o conceito que está atualmente previsto no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2018.
112. A aplicação deste conceito à Ré não suscita dúvidas, uma vez que é uma sociedade comercial, que desempenha uma atividade económica (cf. alínea b) dos factos provados), tendo sido no exercício dessa atividade que praticou os factos imputados pela Autora – cf. alíneas s) a eee) e www) a yyy) dos factos provados.
113. Por conseguinte, este elemento está verificado.

III.1.2. Posição dominante:

114. O atual artigo 11.º, da LdC, em convergência com o artigo 102º, do TFUE, não contém nenhuma definição de posição dominante. Contudo, o conceito está solidamente consolidado na jurisprudência europeia. Efetivamente, data dos

⁹ Cfr. JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, Lições de Direito da Concorrência, Almedina, págs. 153-154.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

acórdãos United Brands¹⁰ e Hoffmann-La Roche¹¹ a definição da posição dominante como “uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores”¹².

115. Esta definição conjuga dois elementos: “um relativo ao impacto na concorrência efetiva e outro à margem de discricionariedade à disposição da empresa em causa”¹³. É este segundo elemento, que traduz a ideia de independência, que constitui o elemento central do conceito¹⁴. Efetivamente, deter posição dominante corresponde a deter poder substancial de mercado e uma empresa detém poder substancial de mercado “quando pode elevar os preços a um nível supracompetitivo, de forma lucrativa e duradoura, sem recar perder clientes. Tal sucede apenas quando não é sujeita a pressões concorrenciais efetivas”¹⁵.

116. Isto não significa que a posição dominante pressuponha necessariamente a inexistência de concorrência efetiva, pois, conforme salientou o TJ, no acórdão United Brands, “para ocupar uma posição dominante, não é necessário que uma empresa

¹⁰ Processo n.º 27/76, acórdão de 14.02.1978, in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76609>.

¹¹ Processo n.º 85/76, acórdão de 13.03.1979, in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89251&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77522>.

¹² Parágrafo 65 do acórdão United Brands e parágrafo 38 do acórdão Hoffmann-La Roche.

¹³ MIGUEL MOURA E SILVA, Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial, Almedina, 2008, pág. 611. No mesmo sentido, veja-se OCDE, Policy Roundtables, Abuse of Dominance and Monopolisation, 1996, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379408.pdf>. ¹⁴ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, Abuso de Posição Dominante, Almedina, 2012. pág. 61. ¹⁵ Idem, págs. 61 e 62.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

tenha eliminado toda e qualquer possibilidade de concorrência”¹⁴, ou seja, “uma posição dominante não preclui a existência de concorrência residual”¹⁵.

Contudo, a concorrência existente é insuficiente para afetar de forma sensível as decisões da empresa em posição dominante”¹⁶.

117. A determinação da posição dominante pressupõe, tal como a Ré defende, a definição do mercado relevante, uma vez que “uma posição dominante não pode, por definição, existir em abstrato mas tão somente em relação a um dado mercado concreto”¹⁹. É este o entendimento da jurisprudência europeia, que tem afirmando, de forma constante, que no âmbito da aplicação do artigo 102.º do TFUE “a definição adequada do mercado em causa é condição necessária e prévia a qualquer juízo sobre um comportamento alegadamente anticoncorrencial, uma vez que, antes de determinar a existência de um abuso de posição dominante, é necessário determinar a existência de uma posição dominante num dado mercado, o que pressupõe que esse mercado tenha sido previamente delimitado”¹⁷.

118. O mercado relevante visa identificar “as pressões concorrenciais efetivamente sentidas pelas empresas ..., para compreender de que modo está limitada a sua

¹⁴ Parágrafo 113.

¹⁵ MIGUEL MENDES PEREIRA, Lei da Concorrência Anotada, Coimbra Editora, 2009, pág. 150.

¹⁶ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 62. ¹⁹ Idem, pág. 151.

¹⁷ Acórdão do TG de 17 de dezembro de 2009, processo T-57/01, SECLI:EU:T:2009:519, § 248; Solvay SA versus Comissão. No mesmo sentido: acórdão do TJ de 21.02.1973, processo 6/72, Europemballage Corporation, Bruxelas (Bélgica), e Continental Can Company Inc. versus Comissão, in <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88341&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3051662>, § 32, com o seguinte teor: “(...) 32-Tanto na apreciação da posição dominante da SLW como na das consequências da concentração em causa, a delimitação do mercado em questão é de importância essencial, por as possibilidades de concorrência só poderem ser apreciadas em função das características dos produtos em causa, devido às quais esses produtos estão particularmente aptos a satisfazer necessidades constantes e são pouco intermutáveis com outros produtos.”; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, SIV e o./Comissão, T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Colect., p. II-1403, n.º 159; Acórdão do TG de 2000/03/15, Cimenteries CBR et al c. Comissão (T-25/95 etc.), C.J. (2000) II-491, §833.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

atuação no mercado”¹⁸ e, tal como o TJ esclareceu em 1976, “é necessário definir esse mercado quer do ponto de vista do produto quer em termos geográficos”¹⁹.

119. A delimitação do mercado relevante quanto ao produto e do mercado geográfico é sempre efetuada por referência a um determinado período temporal. No caso de uma prática restritiva da concorrência esse período corresponde ao período de duração da infração. Adicionalmente, o fator tempo pode surgir “como uma componente integrante da própria definição de mercado, por força das características desse mercado”²⁰. Ou seja, conforme esclarece a Comissão: em determinadas situações “as considerações temporais podem também ser relevantes para definir o mercado relevante”²¹. Contudo, não é o caso, pelo que esta dimensão de mercado não será analisada. Iremos limitar a nossa análise ao mercado relevante quanto a produto e ao mercado geográfico.
120. O mercado de produto relevante “engloba todos os produtos que os clientes consideram permutáveis ou substituíveis pelo(s) produto(s) da(s) empresa(s) em causa, com base nas características dos produtos, nos seus preços e na utilização prevista, tendo em consideração as condições da concorrência e a estrutura da oferta e da procura no mercado”²⁵.
121. O grau de substituíbilidade necessário é da “permutabilidade suficiente”, que tem sido adotado pela jurisprudência europeia²², assente na ideia de razoabilidade ou suficiência²³, considerando-se que o chamado teste do monopolista hipotético (teste

¹⁸ Idem, pág. 8.

¹⁹ Acórdão de 14 de fevereiro de 1978, United Brands/Comissão, C-27/76, EU:C:1978:22, n.os 10 e 11.

²⁰ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 525.

²¹ Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da União, publicada no Jornal Oficial de 22.02.2024, C/2024/1645, § 13. ²⁵ Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante, § 12, a).

²² MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 367

²³ Cfr. jurisprudência citada por MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 367.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

SSNIP), cujo grau de substituíbilidade radica na reação da procura ou da oferta a um pequeno aumento (5% a 10%), mas não transitório, do preço de um produto e/ou serviço por parte de um monopolista hipotético, um indicador. A ideia essencial deste teste é a seguinte: se "não for lucrativo a uma empresa com a totalidade das vendas de um produto subir o preço em cerca de 10%, impõe-se a conclusão de que, das duas uma, ou o produto em causa concorre com outros produtos, ou existem outras empresas que podem passar, no curto prazo, a oferecer aquele produto e para quem esse pequeno aumento tornaria lucrativa essa reafecção dos seus recursos"²⁴.

122. Por sua vez, o mercado geográfico relevante "compreende a área em que as empresas em causa fornecem ou procuram produtos relevantes, em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas para que os efeitos do comportamento ou da concentração possam ser apreciados, e que pode distinguir-se de outras áreas geográficas devido ao facto, em especial, de as condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas"²⁵.
123. Por conseguinte, a determinação do mercado relevante, quer na dimensão do produto, quer na dimensão geográfica, pressupõe uma análise das fontes de pressão concorrencial a que estão sujeitas as empresas e que consistem na substituição do lado da procura e na substituição do lado da oferta. Existe uma terceira fonte de pressão, que se reconduz à concorrência potencial. Contudo, a concorrência potencial, que "diz respeito à capacidade de empresas que estão fora do mercado relevante nele entrarem a médio ou longo-prazo (mais do que um ano)"²⁶, não é

²⁴ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 381.

²⁵ Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante, § 12, b).

²⁶ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 40.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

operativa na delimitação do mercado relevante, mas na determinação da posição dominante²⁷.

124. Determinado o mercado relevante, o segundo passo necessário para a aferição da existência de uma posição dominante consiste na aplicação de métodos determinação de poder de mercado. Os critérios preponderantes na jurisprudência europeia têm sido "as quotas de mercado da empresa em causa, a sua comparação com as quotas dos concorrentes, a análise de concentração no mercado, a existência de obstáculos à entrada e ponderação de outros fatores que indiciem a ausência de pressões concorrenciais sobre a empresa supostamente dominante"²⁸.
125. Esclarecidos estes pontos gerais, impõem-se duas notas complementares reclamadas pelas particularidades do caso concreto.
126. A primeira nota diz respeito aos **mercados relativos a produtos secundários ou pós-venda**. Um produto secundário "tem vindo a ser definido na doutrina económica através de duas características essenciais: (i) o produto/serviço secundário é utilizado em conjunto com um produto primário; e (ii) o produto/serviço secundário é adquirido após o produto primário"²⁹. Nesta categoria incluem-se, entre outros, os produtos ou serviços necessários "para manter um produto primário em bom funcionamento – e.g., peças sobresselentes do motor de um carro ou serviços de reparação especializados ou de assistência técnica"³⁰.
127. Estes produtos suscitam desafios na definição do mercado relevante quanto ao produto. O primeiro consiste em saber se os mesmos integram um mercado autónomo em relação aos produtos primários ou se, em contrapartida, há um único

²⁷ Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante, § 23, b).

²⁸ Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, OB. CIT., PÁG. 583.

²⁹ MIGUEL SOUSA FERRO, OB. cit., págs. 446 e 447.

³⁰ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 447.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

“mercado de sistemas que engloba tanto o produto primário como o secundário”³¹. Caso a resposta seja afirmativa, no sentido da referida autonomia entre mercados, surge, então, um segundo problema, que se reconduz à questão de saber se, para além de um mercado do produto primário, há tantos mercados secundários quantos os produtos secundários associados a cada marca do produto primário ou se existe apenas o mercado do produto primário, por um lado, e o mercado do produto secundário, por outro lado, ou seja, mercados duais que englobam as várias marcas dos produtos primários e secundários³².

128. A Comissão trata esta problemática na sua recente Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante nos capítulo 4.5. fornecendo elementos para a resolução das questões referidas. Neste sentido esclarece, no § 101, que a “definição de um mercado de sistemas pode ser mais adequada: a) Quanto mais provável for que os clientes tenham em conta os custos ao longo de todo o ciclo de vida quando comprem o produto primário; b) Quanto mais elevada for a despesa (ou o valor) do(s) produto(s) secundário(s) comparativamente com a despesa (ou o valor) do produto primário; c) Quanto mais elevado for o grau de substituíbilidade entre os produtos primários e mais baixos forem os custos de substituição entre os produtos primários; d) Quando não haja ou haja poucos fornecedores especializados apenas no(s) produto(s) secundário(s)”.
129. No §102 acrescenta que “[c]aso contrário, pode ser mais adequado definir mercados duais ou múltiplos, dependendo principalmente do grau de substituíbilidade entre os produtos secundários dos vários fornecedores. Por exemplo, se os produtos secundários de diferentes fornecedores forem compatíveis com todos ou com a maioria dos produtos primários, pode ser mais adequada a definição de mercados

³¹ Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da União, § 100, alínea a).

³² Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da União, § 100.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

duais, ao passo que se os clientes do produto primário estiverem obrigados a usar apenas um conjunto restrito de produtos secundários, pode ser mais adequada a definição de mercados múltiplos”.

130. A problemática do mercado dos produtos secundários ou pós-venda também já foi analisada pela jurisprudência europeia. Assim, no **acórdão Hugin**³³, considerado “a pedra basilar da jurisprudência europeia sobre os mercados secundários”³⁴, estava em causa um abuso de posição dominante de recusa de fornecimento pela Hugin, fabricante de caixas registadoras, de peças sobresselentes à Liptons, empresa de serviços de locação de máquinas e de prestação de serviços de reparação que até ao fim dos anos 50 comprou peças sobresselentes à Hugin. Neste aresto, “o Tribunal considerou que a Hugin tinha um monopólio no mercado das peças sobresselentes para as suas máquinas registadoras”³⁵. Para chegar a esta conclusão, “o TJ defendeu que um produto secundário constitui um mercado autónomo quando é compatível com o produto primário de um único fabricante”⁴⁰, ou seja, “[n]ão sendo as peças para máquinas Hugin substituíveis pelas peças de outras marcas, os reparadores independentes não dispunham de alternativa, levando a que o mercado secundário do fornecimento de peças, para reparação de máquinas Hugin fosse definido como o mercado relevante e nele a Hugin fosse considerada dominante”³⁶.

131. A análise do Tribunal foi criticada pela doutrina por ser muito pragmática ou demasiado simplificadora na definição do mercado relevante³⁷. É verdade que, mais tarde, no acórdão Hilti o TJ esclareceu, quando confrontado com a jurisprudência Hugin, que nesse acórdão não pretendeu “definir os critérios que permitem

³³ Acórdão do TJ d 31.05.1979, processo 22/78, Hugin c. Comissão, EU:C:1979:138.

³⁴ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 449.

³⁵ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit, pág. 449. ⁴⁰

Idem.

³⁶ MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., pág. 895.

³⁷ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 449 MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., pág. 895.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

determinar se um mercado de produtos de consumo é diferente do dos aparelhos aos quais são destinados”, acrescentado que “simplesmente verificou que, no caso que lhe era submetido, concretamente o das peças sobresselentes das caixas registadoras fabricadas pela Hugin, os compradores das peças sobresselentes, essencialmente empresas independentes de manutenção e de reparação de caixas registadoras, eram diferentes dos compradores de caixas registadoras”. Contudo, não deixou de reafirmar que o mercado das peças sobresselentes constituía um mercado específico, correspondendo às condições de oferta e de procura que lhe eram próprias” (§ 15)³⁸.

132. O TPI voltou a apreciar a problemática dos mercados dos produtos secundários no **acórdão Hilti**³⁹. Neste caso, estava em causa também um abuso de posição dominante praticado pela Hilti, porque detinha uma posição dominante no mercado das pistolas de pregos, bem como dos pregos e das fitas de cartuchos próprios para essas pistolas e aplicou contra os produtores independentes de pregos para as pistolas de pregos Hilti normas de conduta destinadas quer a impedir o seu acesso ao mercado e a penetração no mesmo dos pregos compatíveis com a Hilti, quer a prejudicar direta ou indiretamente a sua atividade, ou ambos.
133. O TPI começou por identificar o problema relativo à delimitação do mercado relevante nos seguintes termos: “para determinar se a Hilti, na sua qualidade de fornecedor de pistolas de pregos e de artefactos conexos a elas adaptáveis, detém sobre o mercado dos produtos em causa um poder que lhe confere uma posição dominante na acepção do artigo 86.º, a primeira questão a resolver é saber se o mercado em causa é o do conjunto dos sistemas de fixação destinados à indústria de construção ou se os mercados em causa são o dos sistemas FFAP e dos artefactos

³⁸ Acórdão do TJ de 1994/03/02, Hilti c. Comissão (C-53/92 P), C.J. (1994) I-667.

³⁹ Acórdão do TG de 1991/12/12, Hilti c. Comissão (T-30/89), C.J. (1991) II-1439.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

conexos adaptáveis a estes aparelhos, ou seja, as fitas de cartuchos e os pregos" (§ 65).

134. O TPI concordou com a Comissão no sentido de que o mercado dos produtos secundários (no caso as fitas de cartuchos e os pregos) consubstanciava um mercado autónomo em relação ao produto primário (pistolas de pregos), no essencial, porque existiam produtores independentes que fabricavam pregos destinados a ser utilizados em pistolas de pregos, alguns dos quais eram especializados e apenas produziam pregos e nalguns casos só um tipo de pregos especificamente adaptado aos aparelhos da marca Hilti (§ 66 e 67). A decisão do TPI foi confirmada pelo TJ.
135. O TPI analisou novamente a problemática dos produtos secundários no **acórdão Tetra Pak** (confirmado pelo TJ⁴⁰). Neste aresto discutia-se um abuso de posição dominante, imputado a esta empresa por ter tirado partido da sua posição dominante nos mercados — denominados 'assépticos' — das máquinas e dos cartões destinados ao acondicionamento dos líquidos alimentares, tendo infringido, desde pelo menos 1976, o disposto no artigo 86.º do Tratado CEE (atual artigo 102.º do TFUE), tanto nestes mercados 'assépticos', como nos mercados vizinhos e conexos do equipamento e dos cartões 'não assépticos', através de uma série de diferentes práticas que visavam a eliminação da concorrência e/ou a maximização, em detrimento dos utilizadores, dos benefícios que poderiam ser retirados das posições adquiridas.
136. A Treta Pak defendia que o mercado em causa devia ser definido como o mercado integrado dos sistemas de acondicionamento, englobando as máquinas destinadas ao acondicionamento de líquidos alimentares e as próprias embalagens (§ 79). Contudo, o Tribunal deu razão à Comissão que considerou que eram mercados

⁴⁰ Acórdão do TJ de 1996/11/14, Tetra Pak c. Comissão (C-333/94 P), C.J. (1996) I-5951.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

independentes, no essencial, porque existiam “desde há muito, produtores independentes, especializados no fabrico de cartões não assépticos destinados a ser utilizados em máquinas produzidas por outras empresas e que não produzem eles próprios máquinas” (§ 82)⁴¹.

137. Importa considerar, por fim, o **acórdão CEAHR**⁴². Neste caso, o aresto não incidiu sobre uma decisão condenatória da Comissão, mas sobre uma decisão de arquivamento de uma denúncia apresentada por uma associação de reparadores independentes de relógios contra fabricantes de relógios suíços, por recusa de fornecimento de peças sobresselentes. A Comissão entendeu que existia um “mercado de sistema”, englobando os relógios e as peças sobresselentes e serviços de reparação. Contudo, o Tribunal “concluiu, pelo contrário, que a Comissão ignorara indícios óbvios de que o mercado secundário era autónomo e não investigara o suficiente para aferir a substituíbilidade entre os produtos secundários das diferentes marcas”⁴³.

138. Como pontos de maior relevância para o nosso caso, importa destacar que o TG começou por aceitar a afirmação geral da Comissão no sentido de que “é possível que o mercado das peças sobressalentes para os produtos primários de uma determinada marca não constitu[a] um mercado relevante separado em duas situações: em primeiro lugar, no caso de o consumidor poder recorrer a outras peças sobressalentes produzidas por outro fabricante; em segundo lugar, no caso de o consumidor poder recorrer a outro produto primário para evitar um aumento de preço no mercado das peças sobressalentes” (§ 79). No entanto, o TG acrescentou que esta assunção era verdadeira desde que fosse “demonstrado que, no caso de um aumento moderado e permanente do preço dos produtos secundários, um número

⁴¹ Acórdão do TPI de 1994/10/06, Tetra Pak c. Comissão (T-83/91), C.J. (1994) II-755.

⁴² Acórdão do TG de 2010/12/15, CEAHR c. Comissão (T-427/08), C.J. (2010) II-5865.

⁴³ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág.452.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

suficiente de consumidores recorreria a outros produtos primários ou secundários, tornando esse aumento não rentável" (§ 80), aplicando o raciocínio subjacente ao teste SSNIP, que, conforme já referido, no essencial se reconduz ao "exercício mental em que se formula uma hipótese de uma pequena variação duradoura dos preços relativos e em que se avaliam as reações prováveis dos clientes a esse aumento" (§ 69). Se perante uma pequena variação duradoura dos preços os consumidores optarem por outros produtos isto significa que os mesmos são substituíveis entre si.

139. Portanto, de acordo com esta jurisprudência, o critério prevalecente para se determinar a existência de um mercado de sistemas ou de um mercado do produto primário e um mercado para o produto secundário é, fundamentalmente, o da reação dos consumidores a uma pequena mas duradoura variação do preço do produto secundário, procurando alternativas. O Tribunal referiu ainda que "se determinados operadores económicos são especializados e só são activos no mercado de pós-venda de um mercado primário, isto constitui, por si só, um indício sério da existência de um mercado específico (v., neste sentido e por analogia, acórdão Hilti/Comissão, n.º 105, supra, n.º 67)" (§ 108).
140. O TG esclareceu outro ponto muito importante, este relativo "à possibilidade de o consumidor recorrer a peças sobressalentes produzidas por outros fabricantes", tendo afirmado que "a questão da existência dessa possibilidade e, consequentemente a de saber se se trata de um único mercado de peças sobressalentes ou de uma pluralidade de mercados de peças sobressalentes específicas das marcas, depende principalmente da existência de um grau suficiente de substituíbilidade das peças sobressalentes produzidas pelos diferentes fabricantes" (§ 84).
141. Miguel Sousa Ferro dá nota de que na jurisprudência nacional, «o TCL já considerou que um mercado de produto pode abranger não só o bem em causa, mas também



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

os serviços complementares ou subsequentes associados a esse bem, i.e. ser um "mercado de sistema"»⁴⁴.

142. Importa, por fim, fazer referência a uma decisão do Supremo Tribunal dos EUA – **acórdão Kodak**⁴⁵ – que, de certa forma, permite compreender alguns dos parâmetros que a Comissão considerou relevantes no § 101 da sua Comunicação sobre a definição de mercados. Sem necessidade de detalhar as particularidades do caso importa apenas salientar duas notas gerais. A primeira consiste no facto do Tribunal ter considerado que elevados custos associados à substituição do produto primário tornavam altamente improvável que os clientes perante um aumento de preço dos produtos secundários adquirissem um produto primário concorrente. A segunda nota diz respeito ao "problema da informação". De acordo com o Supremo Tribunal Americano "era possível que alguns clientes considerassem os verdadeiros custos totais dos equipamentos, ao longo da sua vida útil (incluindo os custos dos produtos/serviços secundários), ao escolherem o produto primário, o que levaria a que não existissem dois mercados autónomos, mas sim um "mercado de sistema". No entanto, o Tribunal Supremo considerou que isto não era um cenário provável para os clientes "não sofisticados", que não teriam tendência para calcular aqueles custos nem acesso à informação necessária para o fazer. Por outro lado, mesmo que todos os clientes tivessem esta informação, prévia e completamente, a [empresa] podia alterar posteriormente os custos, mexendo nos preços dos produtos secundários. É verdade que isso podia levar a uma quebra de vendas de equipamentos novos, mas essa quebra poderia ser compensada pelo aumento de receitas decorrentes das vendas de produtos e serviços secundários à base já instalada de clientes"⁴⁶.

⁴⁴ Ob. cit., pág. 552.

⁴⁵ EUA, Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, 112 S. Ct. 2080-89.

⁴⁶ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 451. Veja-se também sobre esta decisão MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., págs. 895 e 896.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

143. Quanto a nós consideramos que há dois passos distintos que devem ser empreendidos. O primeiro consiste em aferir se existe um mercado de sistemas ou se há autonomia do mercado ou dos mercados dos produtos secundários face ao mercado do produto primário. Isto pressupõe a identificação do produto primário e pressupõe também que se considere a existência de substituíbilidade do lado da procura e da oferta em dois momentos distintos, no momento da aquisição do produto primário e no momento da aquisição do produto secundário.
144. No primeiro momento, relevam todos os fatores que permitem aferir em que medida o custo do produto secundário é importante ou determina a decisão de aquisição do produto primário. O problema da informação referido e a questão, concomitante, de saber se os clientes têm em conta os custos ao longo de todo o ciclo de vida quando compram o produto primário são fatores a ponderar neste momento. Contudo, não são os únicos e a sua relevância é, à partida limitada, pois por mais sofisticados que sejam os clientes há sempre um determinado nível de incerteza, pois não sabem como irão evoluir os preços dos produtos secundários.
145. No segundo momento, importa sobretudo aferir, tal como o TG esclareceu, no acórdão CEHR a reação dos consumidores a uma pequena mas duradoura variação do preço do produto secundário, relevando aqui fatores como o valor dos produtos primários face aos produtos secundários e a maior ou menor grau de substituíbilidade entre os produtos primários e os custos de substituição. A existência, conforme referido, de vários fornecedores especializados apenas nos produtos secundários é um indício de que estes integram um mercado autónomo.
- Contudo, a hipótese contrária não significa necessariamente o inverso.
146. Se se concluir que há autonomia entre o mercado do produto primário e o mercado ou mercados do ou dos produtos secundários importa, então, empreender o segundo passo, que consiste em aferir se há um só mercado secundário ou se há vários



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

mercados secundários. O que depende, conforme o TG esclareceu, "principalmente da existência de um grau suficiente de substituíbilidade das peças sobressalentes produzidas pelos diferentes fabricantes" (§ 84). É também este o critério proposto pela Comissão na Comunicação sobre a definição dos mercados relevantes (cf. § 102).

147. Esclarecida esta problemática, o caso concreto suscita um segundo problema, sendo esta a segunda nota que importa clarificar. A mesma diz respeito aos **mercados concursais**. Não é que neste tipo de mercado as regras aplicáveis sejam distintas. Não são⁴⁷. A particularização desta tipologia de casos serve sobretudo o propósito de alertar para alguns desvios na delimitação do mercado relevante. Um desses desvios, com relevo para a decisão do caso, ocorre quando se faz corresponder o mercado relevante do produto com a marca ou referência indicada pela entidade que lança o concurso apenas e só com base nessa indicação, ou seja, como se a vontade da entidade adjudicante fosse suficiente para delimitar o mercado relevante. Não é assim, pois se assim fosse, conforme adverte Miguel Sousa Ferro, as "entidades que organizam os concursos t[eriam] o poder de criar, artificialmente, posições dominantes ou oligopólios em mercados onde exista atonicidade, subvertendo a aplicação das normas de concorrência. A mesma lógica levar-nos-ia a concluir que qualquer cliente num mercado de concorrência perfeita poderia criar, para si mesmo, um mercado monopolista, pela simples decisão de se recusar sistematicamente a comprar o produto em causa a qualquer outro agente, sem que as necessidades que visa satisfazer tenham características que justifiquem, objetivamente, essa recusa. Nestes casos, não se verifica verdadeiro poder de mercado, mas apenas uma aparência de poder de mercado criada pela própria procura. Ora, a definição de mercados não pode ser refém dos caprichos injustificados de um agente da procura"⁴⁸.

⁴⁷ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág.564.

⁴⁸ MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 568.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

148. Contudo, isto não significa que o mercado relevante não possa ser coincidente com o produto identificado pela entidade proponente. Pode haver essa correspondência, mas não por causa dessa indicação, devendo antes esta indicação ser – nesses casos – ela própria um corolário da inexistência de substituíbilidade.
149. O nosso ordenamento jurídico contém normas que visam evitar que nos concursos públicos se crie aquela falsa aparência de poder de mercado. Neste plano e com o propósito de evitar entorses concorrenciais, o artigo 49.º, n.º 8, do Código dos Contratos Públicos (CCP), na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31/08, impõe, como regra, que a “menos que o objeto do contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a determinado fabrico ou proveniência, a um procedimento específico que caracterize os produtos ou serviços prestados por determinado fornecedor, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos”.
150. Contudo, o n.º 9 do mesmo preceito admite que tais referências possam ser utilizadas, a título excecional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e inteligível do objeto do contrato nos termos do n.º 7, devendo, no entanto, ser acompanhada da menção «ou equivalente». Nos casos em que a entidade adjudicante recorre a esta norma por não ser possível utilizar referências a especificações técnicas definidas e, por ordem de preferência, a normas nacionais que transponham normas europeias, a homologações técnicas europeias, a especificações técnicas comuns, a normas internacionais e a outros sistemas técnicos de referência estabelecidos pelos organismos europeus de normalização ou, quando estes não existam, a normas nacionais, a homologações técnicas nacionais ou a especificações técnicas nacionais em matéria de conceção, cálculo e execução das obras e de utilização dos fornecimentos (cf. artigo 49.º, n.º 7, alínea b), do CCP), estipula o n.º 10 da artigo 48.º que a entidade adjudicante não pode excluir uma proposta com o



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

fundamento de que as obras, bens móveis ou serviços dela constantes não estão em conformidade com as suas especificações técnicas de referência, se o concorrente demonstrar na sua proposta por qualquer meio adequado, nomeadamente os meios de prova referidos no artigo seguinte, que as soluções propostas satisfazem de modo equivalente os requisitos definidos nas especificações técnicas.

151. Importa notar que o n.º 10 do artigo 48.º do CCP não significa que tenham de existir sempre soluções equivalentes, mas apenas que é possível demonstrar a sua existência, se for o caso evidentemente.
152. **Vejamos o que resulta da transposição dos parâmetros expostos para o caso concreto.**
153. A conduta imputada à Ré incidiu sobre peças ou órgãos mecânicos de sistemas de acionamento de portas, sistemas de guiamento e dispositivos de isolamento e de emergência de portas de passageiros de carruagens de metro com a referência [XP] – cf. alíneas d), q), r), ppp) e qqq) dos factos provados. Estas peças são produtos secundários, pois destinavam-se à revisão das portas – cf. alíneas d), q), ppp) e qqq) dos factos provados. O produto primário consiste nas portas.
154. Cremos não haver dúvidas no sentido de que o [POP] é um cliente sofisticado e bem informado em relação a este tipo de produto, devido à conjugação dos seguintes fatores: o facto de ser uma entidade pública; a circunstância de se dedicar a uma atividade altamente especializada, técnica e com um grau de risco para a segurança das pessoas transportadas elevado; e o facto de estarem em causa componentes essenciais dessa atividade. E a evidência maior disso mesmo está no próprio concurso, cuja delimitação do objeto e referências no caderno de encargos refletem essa sofisticação (cf. alínea q) dos factos provados).



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

155. Contudo, conforme referimos o fator relativo à informação não é decisivo, pois há sempre um nível de incerteza, na medida em que o [POP] não pode ter a certeza da evolução do preço das peças. Para além disso, a procura dos produtos secundários não é constituída apenas pelos adquirentes de portas. Inclui também empresas, como a Autora, que prestam apenas os serviços de reparação. Para estas empresas os custos ao longo da vida das portas são irrelevantes. E o que isto também demonstra é que os adquirentes de portas podem ter – como o [POP] teve – interesse em não adquirir diretamente as peças, mas adjudicar todo o serviço de reparação a uma empresa, incluindo a aquisição das peças. O que significa que no seu horizonte de ponderações considerou e considera a possibilidade dessa aquisição por empresas de reparação ser possível. Assim, por estas razões entendemos que não há fatores relativos ao momento de aquisição das portas que sustentem a tese de um mercado de sistemas, antes pelo contrário.
156. Quanto ao momento de aquisição das peças – que, no caso, ocorreu aquando do lançamento dos dois concursos públicos identificados nos factos provados – afigura-se irrazoável admitir que a diferença de preços que existe entre a revisão das portas existentes e a aquisição de portas novas seja de tal forma reduzida ou que os custos de substituição das portas seja de tal modo baixo que um pequeno aumento duradouro do preço das peças levaria o [POP] ou outro consumidor interessado, nas mesmas circunstâncias, a optar, pela substituição das portas, ou seja, pelo produto primário. Conclui-se nestes termos, porque é evidente que um equipamento novo desta natureza – portas de carruagens de metro – é muito mais valorizado pelo adquirente, na medida em que há riscos associados, relacionados com a segurança dos passageiros. Para além disso, são equipamentos de uso diário e desgaste permanente, pelo que têm certamente custos de manutenção elevados, conforme, aliás, o demonstram o preço base dos concursos em causa. Os custos de manutenção de um equipamento novo serão, à partida, menores. Nesta medida, cremos poder concluir, com segurança, que um adquirente deste tipo de equipamentos optaria



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

sempre pela substituição das portas se a diferença de preços entre estas e a sua reparação, incluindo o custo das peças, fosse baixa.

157. Assim, pelas razões expostas consideramos que não há um mercado de sistemas. Por outro lado, decorre da factualidade provada, designadamente das alíneas uuu) e vvv) dos factos provados, que as peças ou órgãos mecânicos de sistemas de acionamento de portas, sistemas de guiamento e dispositivos de isolamento e de emergência de portas de passageiros de carruagens de metro com a referência [XP] não tinham alternativas, pelo que é forçoso concluir que estamos perante um caso de pluralidade de mercados secundários, ou seja, estas peças com a referência [XP] constituem um mercado autónomo. Por conseguinte, **o mercado relevante quanto ao produto é o mercado das peças ou órgãos mecânicos de sistemas de acionamento de portas, sistemas de guiamento e dispositivos de isolamento e de emergência de portas de passageiros de carruagens de metro com a referência [XP].**
158. O concurso público n.º ..., referido nas alíneas tttt) e uuuu) dos factos provados não compromete as asserções precedentes, pois o seu objeto consistia na aquisição e a instalação de um novo sistema de acionamento de portas de passageiros, tendo, por isso, um objeto distinto dos concursos em causa.
159. Por sua vez, o mercado geográfico relevante é constituído pelos mercados de Espanha e Portugal, pois pese embora não haja razões para considerar que a procura seja diferente em Portugal e em Espanha e nos outros países da UE, a estrutura da oferta pode ser distinta, na medida em que ficou provado que a Ré é a empresa do grupo [ABC], à data dos factos, com responsabilidade exclusiva de distribuição dos produtos com a referência [XP] nos mercados de Espanha e Portugal – cf. alínea b) dos factos provados.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

160. Delimitado o mercado relevante a detenção pela Ré de uma posição dominante torna-se evidente, pois é monopolista (cf. alínea b) dos factos provados) e não há qualquer evidência de concorrência potencial ou qualquer outro fator que possa perturbar a sua posição.
161. Por conseguinte, este pressuposto também está verificado.

III.1.3. Abuso:

162. Nos termos do artigo 11.º, n.º 1 da LdC, o abuso de posição dominante consiste na exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste. O que inclui, nomeadamente, a limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, conforme estipula a alínea b), do n.º 2, do artigo 11.º da LdC. É esta também a noção de abuso de posição dominante prevista no artigo 102.º, § 1.º e 2.º, alínea b), do TFUE. Havendo convergência no texto e nos interesses protegidos não há razões para atribuir à norma nacional um sentido distinto daquele que tem sido definido para a norma europeia, mostrando-se decisiva, neste plano, a jurisprudência do TJUE, que tem densificado os conceitos legais previstos no artigo 102.º do TFUE.
163. Assim, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o conceito de «exploração de forma abusiva de uma posição dominante», na aceção do artigo 102.º TFUE, "é um conceito objetivo que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante que, num mercado no qual, precisamente devido à presença da empresa em questão, o grau de concorrência já esteja enfraquecido, tenham como consequência impedir, recorrendo a meios diferentes dos que regem uma concorrência normal entre produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência”⁴⁹. Entre esses comportamentos está a **recusa de fornecimento**.

164. Para melhor se compreender os requisitos exigentes a que está sujeita esta figura típica de abuso de posição dominante importa ter presente que, em regra, “o direito da concorrência não obriga as empresas a contratar nem lhes impõe os parceiros comerciais”⁵⁰. E é assim não só porque isso é um corolário de direitos e liberdades fundamentais, como a propriedade privada e a liberdade contratual, mas também porque a médio e longo prazo essa obrigação pode ter efeitos contraproducentes no próprio plano concorrencial, pois, conforme esclarece a

Comissão, “a existência dessa obrigação, mesmo contra uma remuneração justa, poderá dissuadir a empresa de investir e de inovar e, por conseguinte, poderá prejudicar os consumidores. O conhecimento de que poderá existir uma obrigação de fornecimento contra a sua vontade pode conduzir as empresas dominantes — ou empresas que prevêem tornar-se dominantes — a não investirem ou investirem menos na actividade em questão. Os concorrentes poderão sentir-se igualmente tentados a aproveitar os investimentos feitos pela empresa dominante em vez de serem eles os investidores. A longo prazo, nenhuma destas consequências seria benéfica para os consumidores”⁵¹.

165. Contudo, há situações excepcionais em que a recusa de fornecer é suscetível de produzir efeitos anti concorrenciais e é, por isso, proibida. Os casos em que isto se verifica estão perfeitamente identificados na prática decisória europeia. Tanto pela Comissão, na Comunicação com a Orientação sobre as prioridades da Comissão na

⁴⁹ Acórdão do TJ de 12.01.2023, Lietuvos geležinkeliai AB v. Comissão, processo C-42/21P, ECLI:EU:C:2023:12, § 77.

⁵⁰ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 127.

⁵¹ Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, publicadas no Jornal Oficial 2009/C 45/02, § 75.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

aplicação do artigo 82.º do Tratado CE, § 75 a 90, como pelo TJUE, que analisou esta questão, pelo menos, nos seguintes arestos: acórdão do TJ Commercial Solvens⁵²; acórdão Telemarketing⁵³; acórdão do TJ Volvo/Veng⁵⁴; acórdão Magill⁵⁵; do TJ de 06.03.1974, processos apensados C-6/73 e 7/73; acórdão do TG Ladbroke⁵⁶; acórdão do TJ Oscar Bronner⁵⁷; acórdão do TJ IMS Health⁵⁸; acórdão do TG Microsoft⁵⁹; acórdão do TG Clearstream⁶⁵; e acórdão do TJ Lietuvos geležinkeliai AB⁶⁰.

166. De acordo com a prática decisória referida, a recusa em fornecer um concorrente constitui um abuso de posição dominante quando se verificarem os seguintes requisitos: recusa em contratar ou em fornecer; que a mesma incida sobre um input indispensável para a concorrência num mercado relacionado; que a empresa que recusa seja detentora de uma posição dominante nesse mercado; que a conduta seja suscetível de eliminar a concorrência neste mercado; que a recusa seja suscetível de originar um prejuízo para o consumidor; e a inexistência de justificação objetiva⁶¹.
167. Nos casos em que estão em causa direitos de propriedade intelectual é exigido um requisito adicional, designadamente a verificação de circunstâncias excecionais⁶². Contudo, não decorre dos factos provados que esta hipótese se verifique no caso concreto. Efetivamente, apenas ficou provado que as peças objeto de recusa têm a referência [XP, mas não decorre dos factos que isso seja o reflexo ou corolário da

⁵² Acórdão de 06.03.1974, processos apensados Ap. C-6/73 e 7/73, Col. 1074, p- 119.

⁵³ Acórdão de 03.10.1985, processo 311/84, Col. 1985 3261.

⁵⁴ Acórdão de 05.10.1988, processo C-238/87, Col. p. 6211.

⁵⁵ Acórdão de 06.04.1995, processos apensados C-241/91 P e C-242/91 P, Col. 1995, p. I 747.

⁵⁶ Acórdão do TG de 12.06.1997, processo T-504/93, Col. 1997 II-923.

⁵⁷ Acórdão do TJ de 26.11.1998, processo C-7/97, Col. 1998, p. I7791.

⁵⁸ Acórdão do TJ de 24.04.2004, processo C-418/91, Col. 2004, p. I-5039.

⁵⁹ Acórdão do TG de 17.09.2007, processo T-201/74, Col. II-3601. 65

Acórdão de 09.09.2009, processo T-T301/04, Col 2009 II-3155.

⁶⁰ Acórdão de 12.01.2023, processo C-42/21P, ECLI:EU:C:2023:12.

⁶¹ Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pás. 158 e 159.

⁶² Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., págs. 159 e 167-168.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

titularidade de patentes. Por conseguinte, iremos considerar apenas os requisitos enunciados no parágrafo precedente. Analisemos melhor cada um deles.

168. A recusa em contratar ou fornecer pode ser explícita ou implícita, designadamente pelo fornecimento do bem ou serviço em "condições não razoáveis e/ou não económicas"⁶³.
169. A indispensabilidade do input pressupõe que não exista um substituto real ou potencial para o serviço ou produto que é recusado.
170. A posição dominante pela empresa que controla esse input tem de se verificar nesse mercado, não sendo necessário que a mesma detenha posição dominante no mercado relacionado (caso este exista).
171. A suscetibilidade de eliminação da concorrência implica que a recusa seja suscetível de eliminar toda e qualquer concorrência no mercado em causa por parte do requerente de acesso/fornecimento. Como o "requisito de indispensabilidade é já suficientemente demonstrativo do risco de eliminação da concorrência", o requisito em análise "procura identificar outros fatores que possam diminuir a capacidade de os concorrentes exercerem uma pressão concorrencial efetiva sobre a empresa dominante ou, pelo contrário, reforçar a exclusão destes"⁶⁴. Neste sentido, esclarece a Comissão que a "probabilidade de a concorrência efectiva ser eliminada é, em geral, tanto maior quanto maior for a quota de mercado da empresa dominante no mercado a jusante; quanto menor for a capacidade de pressão da empresa dominante em relação aos concorrentes no mercado a jusante; quanto maior for a possibilidade de substituição do componente da empresa dominante e a dos seus concorrentes no mercado a jusante; quanto maior for a proporção de concorrentes afectados no

⁶³ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 162.

⁶⁴ MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., pág. 1047.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

mercado a jusante e quanto maior for a probabilidade de a procura, que poderia ser satisfeita pelos concorrentes excluídos, reverter em proveito da empresa dominante” – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE, § 85.

172. Quanto à suscetibilidade de gerar prejuízo este “requisito encontra-se estreitamente ligado com os dois anteriores, i.e., a indispensabilidade do meio de produção e a eliminação da concorrência. Se estes se encontrarem preenchidos, pode considerar-se que o prejuízo para o consumidor fica igualmente demonstrado”⁶⁵.
173. Por fim, a empresa em posição dominante pode demonstrar a existência de uma justificação objetiva para a conduta, provando que o efeito eliminatório que resulta da recusa, que é nefasto para a concorrência, pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor⁶⁶.
174. **Vejamos o que resulta da transposição dos parâmetros expostos para o caso concreto.**
175. O requisito da recusa está preenchido, pois a Ré não forneceu à Autora, por duas vezes, os preços das peças por si vendidas, para efeitos da Autora poder concorrer aos dois concursos lançados pelo [POP], tendo em vista o seu futuro fornecimento pela Ré caso viesse a ganhar o concurso, conforme decorre das alíneas v) a ccc), uuu), vv), www) e yyy) dos factos provados. Efetivamente, no contexto de concursos públicos em que as peças em causa eram essenciais e não tinham alternativas (cf. alíneas uuu) e vv) dos factos provados), a recusa na indicação dos preços é equivalente à recusa em fornecer, pois era um ato prévio necessário para que se viesse a concretizar o fornecimento.

⁶⁵ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 165.

⁶⁶ Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., págs. 165 a 167.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

176. O requisito da indispensabilidade também se mostra verificado, pois a conduta incidiu sobre um input indispensável para a A. se propor a prestar os serviços pretendidos pelo [POP], na medida em que as peças vendidas pela Ré e que constavam no caderno de encargos não tinham alternativas- cf. alíneas uu) e vv) dos factos provados.
177. Resulta da análise já supra efetuada que a Ré detinha uma posição dominante no mercado do produto objeto da conduta, pelo que este requisito também está preenchido, sendo irrelevante que detivesse ou não uma posição dominante no mercado relacionado das portas.
178. Também se considera preenchido o requisito da suscetibilidade de eliminação da concorrência no mercado supra identificado, na medida em que a Ré detém uma posição monopolista neste mercado, pelo que consegue eliminar toda e qualquer concorrência.
179. O requisito da suscetibilidade de causar prejuízo ao consumidor também está verificado, pois a conduta da Ré conduz é suscetível de conduzir a preços mais elevados do que aqueles que seriam praticados se tivesse concorrentes. O que se poderá repercutir no preço das viagens de metro cobrado aos clientes do [POP], conduzindo a subidas ou impedido reduções.
180. Por fim, não resulta dos factos provados que a conduta tenha gerado ou fosse suscetível de gerar qualquer ganho de eficiência ou qualquer outra justificação objetiva. O facto da Ré ter considerado que para uma oferta normal o preço da lista enviada pela Autora estaria fora do objetivo definido pelo [POP], porque interpretou a proposta que a Autora lhe enviou em 20 de setembro de 2018, no valor de € 5.359.785,08 + IVA, como reportando-se apenas à mão de obra, valor esse que somado ao preço dos materiais excederia o preço base fixado pelo [POP] de 6 milhões de euros (alínea yy) dos factos provados) não é suscetível de justificar a sua conduta.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Em primeiro lugar, porque esta interpretação está errada, pois ficou demonstrado que a Autora apresentaria uma proposta inferior ao valor base (cf. alínea jjjj) dos factos provados). Em segundo lugar, mesmo que a referida interpretação estivesse correta, isso não seria justificação para não fornecer os preços, pois em nada se relaciona com ganhos de eficiência, sendo certo que caberia à Autora decidir se concorreria ou não e à entidade proponente a verificação dos requisitos necessários.

181. Da análise precedente conclui-se pela verificação de todos os requisitos.

III.1.4. Requisitos específicos de aplicação do artigo 102.º, do TFUE:

182. Conforme já referido, a aplicação do direito europeu da concorrência está dependente da suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados Membros e que essa afetação seja sensível.

183. Quanto ao primeiro requisito, “resulta de jurisprudência assente que, para um acordo entre empresas ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, deve ser possível prever com um grau suficiente de probabilidade, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, que tem influência direta ou indireta, efetiva ou potencial, nos fluxos comerciais entre Estados-Membros de modo a poder prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados-Membros (v., neste sentido, designadamente, acórdão Dalmine/Comissão, já referido, n.º 90)”⁶⁷.

184. Essa influência ou impacto nos fluxos comerciais entre Estados-Membros é mais evidente nos casos em que o abuso cobre ou está implantado em vários Estados-Membros. Contudo, um abuso que cobre apenas um Estado-Membro é igualmente capaz de produzir esse impacto.

⁶⁷ Acórdão do TJ, de 23.04.2009, AEPI Elliniki Etaireia pros Prostasian tis Pnevmatikis Idioktisias AE, v Comissão.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

185. No caso, este requisito está verificado, pois os concursos públicos em causa lançados pelo POP] eram concursos internacionais, aos quais qualquer empresa estrangeira podia concorrer, conforme evidenciam as propostas apresentadas pela Ré, pelo que a conduta é suscetível de afetação do comércio entre os Estados Membros.
186. O segundo requisito exige que a afetação seja sensível. Conforme esclarece a Comissão, na Comunicação com as Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado (2004/C 101/07), trata-se de um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito comunitário a práticas suscetíveis de produzir efeitos de certa magnitude. Não se inscrevem no âmbito de aplicação do artigo 102.º as práticas que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afetam o mercado de forma não significativa. A avaliação do carácter sensível é função das circunstâncias específicas de cada caso, nomeadamente da natureza da prática, da natureza dos produtos abrangidos e da posição de mercado das empresas em causa.
187. Esclarece ainda a Comissão que na "avaliação do carácter sensível deve ser igualmente tido em conta o facto de a existência de uma empresa dominante em todo o território de um Estado-Membro poder bastar, por si só, para dificultar a penetração no mercado. Qualquer prática abusiva que dificulte a entrada no mercado nacional deve, por conseguinte, ser considerada como afetando sensivelmente o comércio. Da combinação da posição de mercado da empresa dominante com o carácter anticoncorrencial do seu comportamento decorre que as práticas abusivas em causa têm, em princípio, pela sua própria natureza um efeito sensível no comércio"⁶⁸.

⁶⁸ Comunicação com as Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, § 96.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

188. No caso, a Ré tem um monopólio sobre, pelo menos, os mercados de Portugal e Espanha das peças ou órgãos mecânicos de sistemas de acionamento de portas, sistemas de guiamento e dispositivos de isolamento e de emergência de portas de passageiros de carruagens de metro com a referência [XP]. Por conseguinte, pese embora o abuso seja restrito a uma parte do território nacional, pois o [POP] apenas opera na cidade de ..., a verdade é que a posição monopolista da Ré em todo o território é, por si só, suficiente para dificultar a penetração no mercado, pelo menos, nacional no que respeita ao produto referido. Acresce que a conduta incidiu sobre um contrato no valor de seis milhões de euros. Assim, por estas razões considera-se verificado o requisito referido.

III.1.5. Síntese:

189. Decorre de toda a análise precedente a verificação do facto ilícito, consubstanciado num abuso de posição dominante por recusa em fornecer, previsto e proibido quer pelo artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), da LdC, quer pelo artigo 102.º, § 1.º e 2.º, alínea b), do TFUE.

III.2. Culpa:

190. Decorre do artigo 487.º, n.º 1 do CC que é ao lesado que compete provar este pressuposto. Por sua vez, o n.º 2 indica o critério normativo de aferição da culpa de acordo com a diligência de um bom pai de família, impondo-se a sua adaptação à realidade empresarial subjacente à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

191. Como é evidente o padrão de referência não pode ser a atuação de um bom pai de família, mas tem de reportar-se a uma empresa medianamente diligente e cuidadosa, nas circunstâncias de atuação, da empresa infratora. Por conseguinte, deverá ser à luz deste padrão que devemos verificar se o facto voluntário e ilícito merece um juízo de



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

censura ou uma reprovação que pode derivar tanto de uma atuação dolosa, como negligente.

192. Quando está em causa a inobservância de leis ou regulamentos a verificação deste pressuposto está significativamente facilitada, na medida em que a jurisprudência, cremos que constante, considera que a “prova da inobservância de leis ou regulamentos faz presumir a culpa na produção dos danos dela decorrentes, dispensando a correta comprovação da falta de diligência”, consubstanciando o referido juízo de censura, nesses casos, uma questão de direito. Este entendimento já era adotado pelo STJ em 1998 (cf. acórdão de 10.3.1998, in BMJ 475-635, citado pelo acórdão de 18.09.2007, processo n.º 07A1555⁶⁹) e continua ser sufragado, conforme se infere do acórdão do STJ de 18.01.2022, processo n.º 2318/18.7T8AVR.P1.S1⁷⁰, que cita mais jurisprudência sobre a matéria e que admite o afastamento da presunção se o autor da infração demonstrar circunstâncias excecionais excludentes do juízo de imputação subjetiva. Não temos razões para divergir deste entendimento.
193. Fazendo a sua aplicação ao caso concreto conclui-se pela verificação da culpa, pois o facto voluntário e ilícito implicou a violação de leis, em particular do artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), da LdC e do artigo 102.º, § 1.º e 2.º, alínea b), do TFUE, não tendo sido alegada, nem, por isso, demonstrada qualquer circunstância excecional excludente do referido juízo.
194. Para além disso, estando em causa um mercado altamente especializado e técnico – o que se infere do tipo de produtos em causa – é, no mínimo, revelador de falta de cuidado da parte da Ré não ter noção da sua posição monopolista e de que, nessa posição, não podia atuar conforme atuou.

⁶⁹ In www.dgsi.pt.

⁷⁰ In www.dgsi.pt.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

195. Por conseguinte, não há qualquer dúvida quanto à verificação deste pressuposto.

III.3. Dano e nexo de causalidade:

196. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2018, o dever de indemnização em análise compreende o prejuízo causado (danos emergentes), bem como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão (lucro cessante), calculados desde o momento da ocorrência do dano.
197. Para efeitos de indemnização é ainda necessário que exista um nexo de causalidade entre os danos e o facto ilícito, cuja definição e parâmetros de aferição, mesmo em relação ao direito de indemnização emergente da violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, têm de ser encontrados no nosso ordenamento jurídico. É assim no quadro jurídico atual, pois a Diretiva 2014/104 e também a Lei n.º 23/2018 não contêm nenhum critério geral de determinação do nexo de imputação ou causalidade. E era assim antes destes diplomas, conforme esclareceu o TJ no caso Manfredi (§ 64).
198. Encontram-se, é certo, na jurisprudência do TJ algumas referências a esta matéria, designadamente no acórdão de 05 de junho de 2014, proferido caso Kone AG⁷¹, que resolveu a questão dos «umbrella pricing» e no acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 2019, proferido no caso Otis⁷², ao esclarecer que a indemnização do prejuízo causado por um cartel não pode estar limitada aos fornecedores e aos compradores do mercado afetado pelo mesmo, pois isso não garantiria nem a plena eficácia e o efeito útil do artigo 101.º TFUE nem a proteção eficaz contra as

⁷¹ Processo C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317.

⁷² Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.12.2019, processo n.º C-435/18, Otis, ECLI:EU:C:2019:1069.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

consequências prejudiciais de uma violação do direito da concorrência⁷³. Para além disso, nesta segunda decisão, o Tribunal de Justiça afastou expressamente a teoria do âmbito de proteção da norma, asseverando que o prejuízo sofrido pela pessoa afetada não tem de apresentar uma ligação específica com o «objetivo de proteção» prosseguido pelo artigo 101.º TFUE, sob pena de os participantes num cartel não serem obrigados a reparar todos os danos que poderiam ter causado⁷⁴, seguindo, neste ponto, as alegações da advogada-geral J. KOKOTT⁷⁵.

199. Pode eventualmente ser exato que a jurisprudência europeia não foi ao ponto de se bastar com um nexo de causalidade naturalístico, no sentido proposto pela teoria da «conditio sine qua non»⁷⁶. É também verdade que a própria Diretiva não excluiu a possibilidade de ser exigido um nexo de causalidade que dependa de filtros normativos, nomeadamente em termos de adequação⁷⁷. Contudo, com exceção da exclusão da teoria do âmbito de proteção, é difícil retirar das decisões do Tribunal de Justiça um critério geral, seja o critério do “nexo de causalidade suficientemente direto” entre o comportamento lesivo e o prejuízo invocado, com um sentido similar ao da teoria da causalidade adequada, proposto por J. KOKOTT⁷⁸, seja outro. Contudo, parece-nos evidente que a jurisprudência do Tribunal de Justiça conduz a um entendimento amplo do nexo de causalidade.

200. Cremos que o conceito de nexo de causalidade consagrado pelo nosso legislador no artigo 563.º, do CC, no sentido de acolher a teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa, conforme proposto por ANTUNES VARELA⁷⁹ e conforme tem sido

⁷³ Idem, § 27.

⁷⁴ Idem, § 31.

⁷⁵ Cf. conclusões, § 84.

⁷⁶ Cf. conclusões da advogada-geral J. Kokott, caso Kone, § 33.

⁷⁷ Cf. considerando 11.

⁷⁸ Conclusões da advogada-geral J. Kokott, caso Kone, § 35.

⁷⁹ In “Das Obrigações em Geral”, Vol. I, 6ª ed., Coimbra 1989, págs. 921 e ss.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

entendimento constante da jurisprudência⁸⁰, incluindo o acórdão proferido pelo TRL no processo n.º 54/19.6YQSTR.L1⁸¹, é suficientemente amplo e respeita os princípios da equivalência e da efetividade. Vejamos em que consiste esta teoria.

201. Conforme há muito o STJ clarificou a doutrina da causalidade adequada “impõe, num primeiro momento, um nexo naturalístico e, num segundo momento, um nexo de adequação”⁸². Este segundo nexo é um parâmetro normativo que é aplicado para corrigir excessos decorrentes do nexo naturalístico e que pode ser formulado pela positiva ou pela negativa. Pela positiva significa que “o facto só será causa adequada do dano, sempre que este constitua uma consequência normal, ou típica daquele, isto é, sempre que verificado o facto, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como um efeito provável dessa verificação”⁸⁹. Na sua formulação negativa, “o facto que actuou como condição do dano deixa de ser considerado como causa adequada, quando para a sua produção tiverem contribuído decisivamente circunstâncias anormais, excepcionais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto”⁸³. Esta segunda formulação é mais ampla.
202. Importa ainda esclarecer que “só quando o resultado se produz de um modo completamente anómalo e imprevisível é que se pode sustentar a interrupção do nexo causal” – cf. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.02.2010,

⁸⁰ Acórdão do STJ 01.07.2003, processo n.º 03A1902, acórdão do STJ de 02.11.2020, processo n.º 2290/04-0TBBCL.G1.S1, acórdão do TRC de 20.10.2015, processo n.º 335/09.7TBNLS.C1, acórdão do TRP de 24.09.2014, processo n.º 510/12.7JAPRT.P3, e acórdão do TRP de 26.06.2023, 1483/21.0T8VNG.P1, todos in www.dgsi.pt.

⁸¹ In www.dgsi.pt.

⁸² Acórdão do STJ 01.07.2003, processo n.º 03A1902, in www.dgsi.pt. ⁸⁹

Idem.

⁸³ Idem.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

processo n.º 3/08.7GDFND.C1 e, no mesmo sentido, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04.10.2006, processo n.º 0543180⁸⁴.

203. Os contornos específicos do caso concreto impõem ainda que se teçam considerações adicionais sobre uma figura que escapa aos parâmetros enunciados e que consiste na chamada perda de chance ou perda de oportunidade, que tem subjacente uma situação de incerteza.
204. Conforme esclarece o acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 2/2022, do Supremo Tribunal de Justiça, a perda de chance “acaba por dizer respeito quer ao nexo causal quer ao dano”. Diz respeito ao nexo de causalidade na medida em que a conexão entre a conduta e os danos invocados é corporizada pela perda de oportunidade. Diz igualmente respeito aos danos, porque é essa oportunidade perdida, com tudo o que a mesma implica, que traduz o prejuízo sofrido e/ou a vantagem não auferida. Em termos mais esquemáticos: a conduta gera a perda de uma oportunidade, oportunidade essa que teria evitado um prejuízo e/ou que teria conduzido à obtenção de ganhos.
205. A aceitação da figura da perda de chance é uma matéria consolidada na nossa prática judiciária, conforme decorre do citado acórdão de uniformização de jurisprudência. O facto da Lei n.º 23/2018 não fazer expressa referência à perda de chance não compromete as asserções precedentes, pois o Código Civil também não prevê a figura e isso não impede o seu reconhecimento, sendo certo que não há nenhuma razão para excluir a figura do domínio das práticas restritivas da concorrência que se inserem, em termos gerais e conforme referido, no instituto da responsabilidade civil extracontratual.

⁸⁴ Ambos in www.dgsi.pt.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

206. Quanto ao direito europeu da concorrência, o TJ ainda não se pronunciou sobre a reparação do dano pela perda de oportunidade de uma forma direta ou expressa. Contudo, indiretamente poder-se-á considerar que já o fez. Efetivamente, no acórdão do TJ de 06.06.2024, processo C-547/22, INGSTEEL spol. s r. o. v. Úrad pre verejné obstarávanie, a propósito do artigo 2.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 89/665 e do reconhecimento da perda de oportunidade de participar num procedimento de adjudicação de um contrato público para obter o mesmo em caso de violação do direito da União, o Tribunal esclareceu que à semelhança do que declarou no que respeita aos lucros cessantes, "a exclusão total, a título do dano reparável, da perda de oportunidade, especialmente a propósito de litígios de ordem económica ou comercial, seria suscetível de tornar de facto impossível a reparação do dano"⁸⁵ - § 43.
207. Nesta asserção, o TJ invoca um fundamento similar àquele que utilizou para sustentar a ressarcibilidade dos lucros cessantes no domínio das indemnizações por práticas restritivas da concorrência. E tanto é assim que após efetuar a aludida afirmação remeteu, entre outros, para o acórdão de 13 de julho de 2006, Manfredi e o., C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, n.º 96, no qual afirmou que "a exclusão total do lucro cessante do prejuízo indemnizável não pode ser aceite em caso de violação do direito comunitário, pois, especialmente a propósito de litígios de ordem económica ou comercial, a exclusão total do lucro cessante é susceptível de tornar impossível de facto a reparação do prejuízo".
208. Das passagens transcritas infere-se um posicionamento geral do TJ nos litígios de ordem económica ou comercial no sentido do reconhecimento da perda de chance com fundamento no princípio da efetividade, aplicável também às indemnizações por violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

⁸⁵ ECLI:EU:C:2024:478.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

209. De qualquer modo, ainda que assim se não entenda, sempre seria de admitir a reparação da perda de oportunidade no domínio das práticas restritivas da concorrência por violação das normas europeias indicadas, pois, conforme esclarece Gero MEEßEN, sendo esse dano admitido pelo direito nacional deve ser igualmente admitido no âmbito de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE em virtude do princípio da equivalência⁸⁶. Tanto mais que o direito de indemnização por violação das normas nacionais e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE estão abrangidos pelo regime previsto na Lei n.º 23/2018.
210. Não havendo dúvidas quanto à admissibilidade da perda de chance ou de oportunidade resta determinar em que termos a que a mesma deve ser reconhecida. Neste plano, assume especial relevância e importância o recente acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 2/2022, que veio justamente clarificar esta questão, tendo firmado jurisprudência nos seguintes termos: "O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade".
211. Retira-se da fundamentação do aresto que essa consistência e seriedade significa que não basta uma «"chance" puramente abstrata e especulativa - isto é, independente da prova de qualquer concreta probabilidade», nem são suficientes as «"perdas de chance" que correspondam a uma pequena probabilidade de sucesso da ação comprometida». É necessário, segundo o referido acórdão que o sucesso da chance seja "considerado como superior ao seu insucesso, uma vez que só a partir de tal limiar mínimo se poderá dizer que a não ocorrência do dano, sem o ato lesivo, seria mais provável que a sua ocorrência".

⁸⁶ Article 6: Powers of the National Courts – Private Enforcement", in Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement: A Systematic Guide, 2022, Wolters Kluwer, pág. 168.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

212. Mais recentemente ainda, o STJ analisou esta problemática a propósito da perda de chance em concursos públicos tendo esclarecido que “a álea dos concursos públicos pode interferir no apuramento da existência de uma oportunidade perdida “consistente e séria”, [mas] essa contingência não é absolutamente proibitiva que se atribua uma indemnização por este tipo de prejuízo. Necessário é que a oportunidade tenha um grau de previsibilidade de concretização suficiente para que a sua perda justifique uma compensação”.
213. Acrescentou que “esse grau, diferentemente do que pode suceder com a perda de chance de sucesso numa ação judicial, em que se exige que a probabilidade de se vencer o litígio deve ser superior à probabilidade de o perder, como se afirma no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2002 para esse tipo de perda de oportunidade, a probabilidade de vitória no concurso não tem que ser necessariamente superior a 50%”.
214. Esclareceu ainda que a “seriedade da oportunidade perdida, sendo uma ideia conclusiva, deve resultar da prova de factos que a revelem. Sendo possível que o julgador da matéria de facto apure a prova da percentagem de hipóteses que o lesado tinha de concretização da oportunidade que perdeu por ação de outrem, resultando do valor dessa percentagem o grau de consistência e a seriedade dessa chance, tais características também podem resultar do apuramento das condições fácticas que o lesado reunia para que essa oportunidade se concretizasse, competindo ao aplicador do direito efetuar um juízo sobre a robustez da probabilidade, sem que tenha necessariamente que a quantificar”.
215. Nesse caso, em que se estava perante a alegação de uma perda de oportunidade da Autora se ter candidatado a vários concursos de adjudicação de obras públicas, perda essa imputável à conduta da Ré, o STJ considerou que existia uma oportunidade perdida “consistente e séria” com base nos seguintes factos dados como provados: “a



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Autora não teve oportunidade de concorrer a umas dezenas de concursos de obras públicas que tiveram lugar num determinado período de tempo (facto 55), tendo aquela a expectativa e a possibilidade de ganhar 15 desses concursos (factos 56 e 63), assim como a capacidade de realizar as respetivas obras (facto 62) (...) está especializada nestas áreas de construção, está dotada de pessoal especializado e qualificado nesta matéria, possui equipamento próprio necessário para este tipo específico de obras, factos que determinam que a Autora tivesse uma vantagem competitiva superior aos seus concorrentes (facto 57) e que, pelo facto do pessoal que a Autora dispõe ao seu serviço estar bastante especializado no tipo de obras, para além de ter bastante experiência, permite a esta uma vantagem competitiva perante todos os seus concorrentes, na medida em que não precisa de subcontratar determinados serviços técnicos (como sejam de projeto, arquitetura e execução de obra), sendo que o seu pessoal, devido à vasta experiência que possui, muito rapidamente responde às mais diversas solicitações em obra, poupando tempo na sua realização permitindo reduzir o tempo de obra e obter ganho de eficácia que permite a apresentação de preços inferiores à concorrência (facto 59)".

216. **Vejamos o que resulta da transposição destes parâmetros gerais para o caso concreto.**
217. Os danos invocados pela Autora consistem, por um lado, nas quantias que despendeu com a preparação da proposta (selos temporais no montante de € 46,13 e gastos com a visita às oficinas do [POP] no montante de € 400,00) e no prejuízo que a alocação dos seus trabalhadores à elaboração da proposta implicou para a sua atividade (em valor não inferior a € 5.000,00) e, por outro lado, no lucro que obteria através da prestação do serviço em causa (no montante de € 1.300.000,00). Uma vez que são danos de tipologia distinta e que, por isso, dependem de requisitos diferentes iremos analisá-los em separado.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Ação de Processo Comum

III.3.1. Prejuízos:

218. Quanto aos **montantes despendidos ou prejuízos**, a Autora provou: que gastou € 46,13 na compra dos selos temporais (cf. alínea k) dos factos provados); que despendeu quantias não concretamente apuradas com a deslocação e alimentação dos seus colaboradores às oficinas do [POP] (cf. alíneas l) e ffff) a hhhh) dos factos provados); e que afetou diversos trabalhadores ao procedimento em causa com o intuito de apresentar uma proposta, o que fez com que a A. não pudesse alocar esses trabalhadores a outros tipos de funções (cf. alíneas dddd) e eeee) dos factos provados).
219. Os montantes despendidos e a alocação dos trabalhadores para o procedimento tendente à apresentação da proposta foram efetuados no pressuposto de que a Autora iria apresentar a proposta (cf. alínea iiiii) dos factos provados) e que com isso teria uma expectativa de ganho, consubstanciando, nessa medida, um investimento justificado no âmbito da atividade da Autora. Não sendo possível apresentar a proposta, tais montantes deixaram de ser um investimento para passarem a ser um prejuízo, corporizando, nessa medida, um dano.
220. A conduta da Ré ao não fornecer à Autora os preços dos materiais com a referência [XP] indicados no caderno de encargos contribuiu para transformar o aludido investimento num prejuízo, na medida em que impossibilitava e impossibilitou a Autora de apresentar a proposta (cf. alíneas uuu) e vv) dos factos provados). Por conseguinte, numa perspetiva naturalística a conduta da Autora foi causa do dano. Aplicado o filtro da causalidade adequada, na referida formulação negativa, confirma-se também o nexo de causalidade pois o resultado verificado – não apresentação da proposta e prejuízo decorrente dos montantes despendidos na sua preparação – é,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

em geral e abstrato, uma consequência possível da conduta assumida pela Ré, pois incidiu sobre um elemento essencial para a apresentação da proposta.

221. Importa ainda notar que não decorre dos factos provados nenhum facto que permita concluir que a própria Autora concorreu culposamente para a produção dos danos referidos, nomeadamente porque não dispunha de recursos, capacidade, oportunidade ou tempo para apresentar uma proposta admissível e viável, prova essa que, neste plano (em que está demonstrado o dano e o nexo de causalidade de acordo com a teoria da causalidade adequada) e nos termos e para os efeitos dos artigos 570.º, n.º 1, e 572.º, ambos do CC, cabia à Ré.
222. Consequentemente, a Ré incorre no dever de indemnizar a Autora pelos prejuízos sofridos. O que implica, nos termos do artigo 566.º, n.ºs 1 e 2, do CC, pagar à Autora o montante que esta gastou com a aquisição dos selos temporais e os valores que despendeu com a deslocação às oficinas do [POP], especificamente com a deslocação e alimentação dos seus colaboradores.
223. Quanto à alocação de trabalhadores ao procedimento tendente à elaboração da proposta não se provou que a mesma tenha gerado para a atividade da Autora um concreto prejuízo de valor não inferior a € 5.000,00 (cf. alínea e) dos factos não provados). Contudo, considera-se que isso não é impeditivo do reconhecimento de um dano e da consequente obrigação de indemnizar por consubstanciar um dano de privação de uso, pelas razões que se passam a explicitar.
224. O dano da privação de uso tem sido definido como o dano decorrente do facto do “proprietário ficar temporária ou transitoriamente impedido de retirar do bem as utilidades, patrimoniais e não patrimoniais, que o bem lhe proporcionaria” – acórdão do TRL de 26.05.2022, processo n.º 12883/21.6T8SNT.L1-2⁸⁷.

⁸⁷ In www.dgsi.pt.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

225. Quanto à sua ressarcibilidade identificam-se na jurisprudência, fundamentalmente, três entendimentos distintos, que o acórdão do TRC de 05.03.2024, processo n.º 3106/20.6T8VIS.C2 sumaria nos seguintes termos: «(...) para uns^[88], o dano da mera privação do uso não é indemnizável, já que para que a privação seja ressarcível, terá de fazer-se prova do dano concreto e efetivo, isto é, da existência de prejuízos decorrentes diretamente da não utilização do bem; para outros^[899091], a simples privação do uso, só por si, constitui um dano indemnizável, mesmo que nada se prove a respeito da utilização ou destino que seria dado ao bem; outros^[92] ainda advogam que se, por um lado, não basta a simples privação do uso do bem, por outro, também não se exige a prova de danos concretos e efectivos, sendo, contudo, essencial a alegação e prova da frustração de um propósito real, concreto e efetivo de proceder à sua utilização”.
226. Quanto a nós consideramos que o dano de privação de uso é um dano autónomo, pois a impossibilidade de utilização de um bem priva o seu proprietário de gozar das faculdades inerentes ao direito que tem sobre o bem, independentemente de outros concretos prejuízos que possa ter ou ganhos que deixe de obter em virtude dessa privação. Contudo, só é assim se existir o exercício efetivo dessas faculdades, ou seja, se o bem tiver uma concreta utilização e a privação do uso obstar à mesma. Dito ainda de outra forma: o dano de privação de uso basta-se com a mera privação do uso, mas é necessário que haja um uso.

⁸⁸ [5] Cfr., por todos, acórdãos do STJ de 5.07.2007 (processo n.º 07B2111) e de 30.10.2008 (processo n.º 07B2131), ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸⁹ Cfr., inter alia, acórdãos do STJ 5.07.2007 (processo n.º 07B1849), de 12.01.2010 (processo n.º 314/06.6TBCSC.S1), de 16.03. 2011 (processo 3922/07.2TBVCT.G1.S1) e de 10.01.2012 (processo n.º

⁹⁰ /04.0TBMAI.P1.S1), acórdãos da Relação de Lisboa de 04.10.2007 (processo n.º 3077/2007-6) e de

⁹¹ .09.2007 (processo n.º 6066/ 2007-1) e acórdãos da Relação de Coimbra de 20.03.2007 (processo n.º 226/04.8 TBFN D.C1), de 25.01.2005 (processo n.º 3498/04) e de 6.06.2006 (processo n.º 1605/06), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹² Cfr., neste sentido, acórdão do STJ de 26.05.2009 (processo n.º 09A0531) e acórdão desta Relação de 27.01.2020 (processo n.º 944/18.3T8PFR.P1), acessíveis em www.dgsi.pt.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

227. No caso, não estamos perante a privação de uso de um bem, nem pretendemos, como é evidente, "coisificar" pessoas. Contudo, as pessoas que uma sociedade comercial utiliza para exercer a sua atividade são fatores de produção, dispondo a mesma da faculdade de fazer uso do seu trabalho para os fins que prossegue. Ora, a privação dessa força de trabalho impede a sociedade de gozar dessas faculdades, encontrando-se, nessa medida, na mesma posição em que se encontra um proprietário quando é privado de um bem. Por conseguinte, consideramos que a privação do uso por parte de uma sociedade comercial da força de trabalho dos seus colaboradores para o exercício de funções tendentes ao prosseguimento dos seus fins deve ser ressarcida nos mesmos termos em que é indemnizável o dano da privação do uso. Há entre estas situações a identidade substantiva que justifica a analogia e que impõe, consequentemente, que o seu tratamento seja o mesmo, pois nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do CC, "nas decisões a proferir, o julgador terá em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito".
228. No caso, ficou provado que a Autora ao alocar os seus colaboradores à elaboração da proposta para apresentar nos concursos descritos nos factos provados ficou impedida de fazer uso dos mesmos para outras funções. Isto é o suficiente para se considerar demonstrada uma utilização real, concreta e efetiva da força de trabalho de tais trabalhadores por parte da Autora para o exercício da sua atividade da qual ficou privada pelo facto de os ter alocado a um trabalho que veio a redundar num prejuízo, para o qual a conduta da Ré deu causa.
229. Consequentemente, considera-se que o dever de indemnização da Ré também compreende este dano de privação do uso.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

230. O facto de todos destes danos terem ocorrido aquando do primeiro concurso, cuja decisão de contratar veio a ser revogada (cf. alíneas III) a nnn) dos factos provados) não compromete – ao contrário daquilo que a Ré alega – o dever de indemnização desta, pois: o segundo concurso era em tudo semelhante ao anterior, desde logo quanto ao seu objeto, mas também quanto a especificações técnicas de materiais e equipamentos a aplicar (cf. alínea ppp) dos factos provados); a Autora voltou a pedir preços à Ré (cf. alíneas www) a xxx) dos factos provados), não tendo a Ré fornecido tais preços, conforme já analisado (cf. alínea yyy) dos factos provados); e a Autora não apresentou proposta (cf. alínea zzz) dos factos provados), mas tinha intenção de o fazer se a Ré lhe indicasse os preços (cf. alínea iiiii) dos factos provados). Decorre destes factos que todas as diligências empreendidas pela Autora para efeitos de apresentação da proposta no primeiro concurso eram igualmente úteis para apresentação da proposta no segundo concurso, pelo que consubstanciavam novamente um possível investimento que veio a redundar num prejuízo definitivo em virtude da recusa da Ré e da finalização do concurso por via da adjudicação do contrato à Ré (cf. alíneas aaaa) e bbbb) dos factos provados). Por conseguinte, a revogação da decisão de contratar no primeiro concurso não interrompeu ou comprometeu o nexo de causalidade.
231. Importa, por último, salientar que os danos identificados e o nexo de causalidade respetivo não estão dependentes nem da demonstração de que a Autora teria conseguido ganhar o (segundo) concurso ou que teria uma possibilidade séria e consistente de o ganhar, pois não estão em causa as vantagens que a Autora lograria com a obtenção do contrato. Consequentemente, não compromete a reparação dos danos referidos o facto de apenas ter ficado provado que a A. tinha já preparado, pelo menos, o programa de trabalhos e o preço final que iria apresentar ao concurso do [POP], sem prejuízo dos acertos no preço que tivesse de fazer exclusivamente em função do orçamento que haveria de receber da Ré (alínea ggg) dos factos provados) e a circunstância de não ter ficado provado que a A. tinha todo o processo



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

documental pronto, com exceção dos preços solicitados à Ré (cf. alíneas b) e d) dos factos não provados).

232. Assim, por todas as razões expostas, conclui-se que a Ré tem o dever de indemnizar a Autora: do valor de € 46,13 que esta despendeu com a compra dos selos temporais (cf. alínea k) dos factos provados); das quantias que a Autora gastou com a deslocação e alimentação dos seus colaboradores às oficinas do [POP] (cf. alíneas l) e ffff) a hhhh) dos factos provados); e do dano de privação do uso dos trabalhadores que alocou para o procedimento de elaboração da proposta.

III.3.2. Lucro cessante:

233. Conforme referido, a Autora também alegou que deixou de obter um lucro no montante de € 1.300.00,00, que obteria através da prestação do serviço em causa.
234. Contudo, a Autora não alegou, nem provou que teria ganhado o concurso caso tivesse concorrido. Demonstrada esta hipótese como certa não haveria qualquer dúvida de que a conduta da Ré teria privado a Autora de obter o referido lucro, restando saber se - conforme a Ré - alega este dano poderia ou não ser cumulado com os danos emergentes supra analisados e determinados. Em suma, no cenário descrito não haveria dúvidas nem quanto à ocorrência do aludido dano, na modalidade de lucro cessante, nem quanto ao nexo de causalidade entre este e a conduta da Ré.
235. Contudo, não é esta a hipótese verificada nos autos. Efetivamente, o que apenas podemos ter como certo é que a conduta da Ré privou a Autora da oportunidade de concorrer aos dois concursos e de, consequentemente, ganhar a proposta e celebrar o contrato respetivo. Encontramo-nos, por conseguinte, no plano da chamada perda de chance ou perda de oportunidade, que tem subjacente uma situação de incerteza.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

236. Fazendo a aplicação dos parâmetros aplicáveis a esta figura ao caso concreto facilmente se conclui que o esforço de alegação e prova empreendido pela Autora ficou aquém daquele que era necessário para demonstrar uma perda de oportunidade consistente e séria. Efetivamente, apenas ficaram provados, com relevo sobre esta matéria, os seguintes factos:

- a Autora é uma sociedade comercial que se dedica ao projeto, fabrico, instalação e assistência técnica de soluções para sistemas óleo-hidráulicos de elevação e movimentação de cargas e pessoas (alínea a) dos factos provados);
- A A. acompanhou os pedidos de esclarecimentos, nomeadamente os feitos pela Ré (alínea i) dos factos provados);
- Requereu também ela os seus próprios esclarecimentos ao [POP] (alínea j) dos factos provados);
- Tendo, para o efeito, comprado “Selos temporais”, no montante de € 46,13, para o poder fazer (alínea k) dos factos provados);
- Mais tendo participado na visita às oficinas do [POP], que foi agendada para o dia 6 de setembro de 2018 (alínea l) dos factos provados);
- A A. tinha já preparado, pelo menos, o programa de trabalhos e o preço final que iria apresentar ao concurso do [POP], sem prejuízo dos acertos no preço que tivesse de fazer exclusivamente em função do orçamento que haveria de receber da Ré (alínea ggg) dos factos provados);
- A A. tem funcionários que executam esta função, com experiência em concursos públicos e apresentação de propostas aos mesmos (alínea hhh) dos factos provados);
- A A. afetou diversos trabalhadores ao procedimento em causa com o intuito de apresentar uma proposta, o que fez com que a A. não pudesse alocar esses trabalhadores a outros tipos de funções (alíneas dddd) e eeee) dos factos provados);



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

- Desde que na posse dos preços dos materiais que havia pedido à R., a A. tinha a firme intenção de apresentar proposta ao concurso do [POP] (alínea iiiii) dos factos provados);
- Essa proposta seria inferior a € 6.000.000,00 (alínea jjjjj) dos factos provados);
- A Autora estimou que o preço dos materiais da Ré ascenderia a um valor aproximado de 2.500.000,00€ (alínea kkkk) dos factos provados);
- Valor que a Autora tem para si como adequado em função do conhecimento do mercado e dos preços então praticados para o tipo de material em causa (alínea llll) dos factos provados).
- A proposta da A. incluiria o custo com a mão de obra, sendo que a A. previa afetar: a) 15 técnicos de manutenção b) 30% de disponibilidade de 1 técnico de segurança c) 1 Engenheiro mecânico d) um Chefe de Logística e e) um Gestor de projeto (alínea mmmm) dos factos provados);
- Mais incluiria a contabilização dos custos estimados com gestão de resíduos (alínea nnnn) dos factos provados);
- Mais os custos relativos ao estaleiro específico para os trabalhos a contactar (alínea oooo) dos factos provados);
- E o valor da caução a prestar nos termos do caderno de encargos, no valor de 5% sobre o valor do custo efetivo dos trabalhos e materiais - ou seja de valor não inferior a 205.000,00€ (alínea pppp) dos factos provados);
- A Autora, no pressuposto de que o preço dos materiais da Ré ascenderia a um valor aproximado de 2.500.000,00€, previa incorporar na proposta uma margem de lucro de 1.030.000,00€, sendo que a margem de lucro normal neste mercado ascende a, pelo menos, 6 % (alínea qqqq) dos factos provados).

237. Estes factos permitem concluir que a atividade comercial da Autora lhe permitia executar os serviços objeto do contrato, que empreendeu diversas diligências tendentes à apresentação da proposta, que tem experiência em concursos públicos,



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

que tinha a firme intenção de concorrer e que a proposta que pretendia apresentar teria um valor inferior ao preço base. Contudo, os mesmos são insuficientes para se poder formular qualquer juízo sobre a consistência e seriedade da sua proposta e da sua probabilidade de sucesso, pois para formular este juízo seria necessário que dos factos se conseguisse inferir, no mínimo, que a proposta era admissível, por cumprir todos os requisitos legais, e que a solução técnica apresentada – que valia 40% na ponderação de adjudicação (cf. alínea vvv) dos factos provados) – era viável. Sucede que os factos respeitantes à admissibilidade da proposta não ficaram provados – cf. alíneas b) e d) dos factos provados – e os factos relativos à solução técnica não foram sequer alegados.

238. Noutra perspetiva, também não decorre dos factos provados e acima enunciados que a Autora estava de tal forma capacitada – em termos de recursos humanos, financeiros, logísticos e de experiência – para executar este tipo de trabalhos que permitisse inferir, com probabilidade suficiente, que a sua proposta seria admissível e a solução técnica seria viável. Factos estes que, neste plano, teriam de ser alegados e provados pela Autora, pois são necessários aqui para demonstrar o próprio dano e o nexo de causalidade.
239. Em consequência do exposto, não estando demonstrada uma perda de oportunidade de ganhar o (segundo) concurso séria e consistente não é possível concluir pela prova do dano relativo ao lucro cessante e do nexo de causalidade, o que conduz à improcedência do pedido neste parte, ficando prejudicada a questão de saber se este dano é ou não cumulável com os danos emergentes identificados.

IV. Conteúdo e montante da obrigação de indemnizar:

240. O princípio geral quanto à obrigação de indemnizar consiste, nos termos do artigo 562.º do CC, ex vi artigo 23.º, n.º 1, na reconstituição da situação que existiria, se não



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

se tivesse verificado o evento que obriga à reparação. Esta reconstituição é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível (cf. artigo 566.º, n.º 1, do CC) e tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos (cf. artigo 566.º, n.º 2, do CC).

241. Não tendo sido apurado o montante dos danos há duas soluções possíveis. Caso seja praticamente impossível ou excessivamente difícil calcular com exatidão os danos totais sofridos pelo lesado, tendo em conta os meios de prova disponíveis, o tribunal, nos termos do disposto no artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2018, procede a esse cálculo por recurso a uma estimativa aproximada, podendo, para o efeito, ter em conta a Comunicação da Comissão (2013/C 167/07), de 13 de junho de 2013, sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Trata-se de um poder-dever similar de recurso à equidade àquele que está previsto no artigo 566.º, n.º 3, do CC.
242. O referido artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2018 corresponde ao artigo 17.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104/EU, e conforme resulta da jurisprudência do TJ, em particular do acórdão proferido em 16.02.2023, no caso Tráficos Manuel Ferrer SL, processo C-312/21, ECLI:EU:C:2023:99 e foi salientado pelo TRL no acórdão proferido no processo n.º 54/19.6YQSTR.L1, "este poder deve ser uma **última ratio** ao dispor do tribunal **e não pode visar colmatar falhas processuais das partes**". Ou, nas palavras do TJ o citado aresto, "na hipótese de a impossibilidade prática de avaliar o dano resultar da inação do demandante, não cabe ao juiz nacional substituir-se a este último nem colmatar as suas falhas" (§ 57). Por conseguinte, tem de se tratar de uma impossibilidade prática ou dificuldade excessiva objetivas, que deve ser aferida tendo "em conta todos os parâmetros que conduzem a essa conclusão".



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

243. Caso não haja razões para concluir que seja praticamente impossível ou excessivamente difícil calcular com exatidão os danos totais sofridos pelo lesado, tendo em conta os meios de prova disponíveis, impõe-se o recurso ao artigo 609.º, n.º 2, 1.ª parte, do CPC, nos termos do qual se não houver elementos para fixar o objeto ou a quantidade, o tribunal condena no que vier a ser liquidado. Conforme esclarece o STJ, no acórdão de 18.09.2018, processo n.º 4174/16.0T8LRS.L1.S1, estamos aqui “perante um poder dever do Juiz e não perante um poder discricionário”, que deve ser “usado sempre que se encontrem reunidas duas condições: A primeira que o réu tenha efectivamente causado danos ao autor e a segunda que o montante desses danos não esteja determinado na acção declarativa por não terem sido concretamente apurados”.
244. Importa notar, por um lado, que o recurso à liquidação posterior do dano não impede que, no final, se aplique o artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2018, caso se conclua pela referida impossibilidade objetiva ou excessiva dificuldade. Por outro lado, também é possível recorrer à liquidação para apuramento de factos que permitam efetuar a estimativa aproximada a que alude esta norma.
245. **Vejamos o que resulta da transposição destes parâmetros gerais para o caso concreto.**
246. A obrigação de indemnizar da Ré deve ser fixada em dinheiro uma vez que a reconstituição natural não é possível. Quanto ao montante, inclui, desde logo, o valor de € 46,13 que a Autora despendeu com a compra dos selos temporais, que está quantificado e permite a reparação integral.
247. Mais deverá incluir as quantias que a Autora gastou com a deslocação e alimentação dos seus colaboradores às oficinas do [POP], cujo montante deve ser fixado em liquidação de sentença, até ao limite peticionado de quatrocentos euros, pois não há



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

razões para considerar, por ora, que a prova das quantias despendidas ou de parâmetros que permitam a sua aferição (número de refeições, tipo de transporte, etc) seja impossível ou excessivamente difícil.

248. No que respeita ao dano de privação do uso dos colaboradores que afetou à elaboração da proposta considera-se que a reparação integral deste dano deverá traduzir-se na entrega à Autora do montante total que esta despendeu com o vencimento dos seus colaboradores durante o período de tempo total que estes afetaram à elaboração da proposta que tinha a firme intenção de apresentar no segundo concurso, pois a Autora ao não afetar a força de trabalho dos mesmos a outras funções, que eram a contrapartida desse trabalho, ficou prejudicada justamente nesse montante. Ora, este valor também deve ser fixado em liquidação ulterior, até ao limite peticionado de cinco mil euros, pois não há razões para considerar, por ora, que a prova deste montante ou de parâmetros que permitam a sua aferição seja impossível ou excessivamente difícil.

V. Juros de mora:

249. A Autora pede juros de mora, à taxa legal supletiva, contados desde 21.03.2019 e até integral e efetivo pagamento. O dia 21.03.2019 corresponde ao último dia para apresentação da proposta no segundo concurso (alíneas rrr), sss) e ttt) dos factos provados), pelo que corresponde à data de produção do dano, uma vez que com o fim do prazo terminou a possibilidade da Autora apresentar a proposta.
250. Seguindo o entendimento adotado sobre a data de início de contagem dos juros de mora devidos no caso da obrigação de indemnizar por violações dos artigos 101.º e 102.º do TFUE adotado pelo TRL no acórdão proferido no processo 54/19.6YQSTR.L1, no sentido de que são devidos juros de mora desde a data de produção do dano, consideramos que a Autora acertou na data que indicou.



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

251. Assim, conforme se esclarece no citado aresto, é esse o entendimento que se impõe numa interpretação conforme com o direito Europeu, pois o "Ac. TJUE de 2 de agosto de 1993, caso C-271/91 (M. H. Marshall, ECLI:EU:C:1993:335), esclareceu que perante uma violação do Direito da UE (em tal caso do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres), uma indemnização, devendo proceder à reparação integral do prejuízo, não poderia ignorar, em sede de juros, elementos "como o decurso do tempo, que são suscetíveis de reduzir, de facto, o seu montante" (parágrafo 35). Os efeitos nefastos do tempo, consistem, mais concretamente, numa desvalorização monetária (cf. Ac. TJUE de 3 de Fevereiro de 1994, C-308/87 Grifoni II, ECLI:EU:C:1994:38, parágrafo 40) e na oportunidade perdida para a parte lesada de dispor desse capital (Parecer do Advogado-Geral Saggio nos processos apensos C-104/89 e C-37/90, Mulder e outros/Conselho e Comissão, Coletânea 2000, p. I-203, parágrafo 105, citado no Guia Prático, p. 13, nota 20).

Tal posição no sentido de que os juros deveriam contar-se, portanto, a partir da data da ocorrência do dano, foi ulteriormente reiterada, no âmbito do Direito da Concorrência, no Acórdão de 13 de julho de 2006, nos casos conexos C-295/04 a C-298/04 (Manfredi e o., EU:C:2006:461, parágrafos 95 e 97). Neste último acórdão do TJUE, parágrafo 97, afirmou-se que "[q]uanto ao pagamento de juros, o Tribunal de Justiça lembrou no n.º 31 do acórdão de 2 de Agosto de 1993, Marshall (C271/91, Colect., p. I-4367), que a sua atribuição, nos termos das normas nacionais aplicáveis, deve ser considerada uma componente indispensável da indemnização". Neste contexto, não surpreende que o considerando 12 da Diretiva ao mencionar o direito à reparação, refira que a Diretiva "reafirma o acervo comunitário". Mais recorda aquele considerando que o "pagamento de juros é uma componente essencial da reparação para compensar os danos sofridos, tendo em conta o decorrer do tempo, e deverá ser devido desde o momento em que ocorreu o dano até ao momento do pagamento da reparação, sem prejuízo da sua qualificação



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

como juros compensatórios ou juros de mora no âmbito do direito nacional e da questão de saber se o decorrer do tempo é tido em conta como uma categoria separada (juros) ou como uma parte constitutiva dos danos emergentes ou dos lucros cessantes. Cabe aos Estados-Membros estabelecer as regras a aplicar para o efeito". Ou seja, independentemente do nomen iuris que se dê aos juros e da sua qualificação como compensatórios ou moratórios (ou como um dano emergente ou lucro cessante), o que é certo é que apenas sendo devidos desde a data do facto ilícito (quando o dano coincide com este no tempo), é que se obtém a reparação efetiva do lesado e, assim, a concordância entre o direito nacional e o Direito da União".

252. Fazendo a aplicação destes parâmetros ao caso concreto são devidos juros de mora à taxa legalmente prevista para os juros civis, de 4%, nos termos da Portaria n.º 291/2003, de 08.04, ex vi artigo 559.º, n.º 1, do CC, e às demais que venham a ser aprovadas desde 21.03.2019 até efetivo e integral pagamento.

IV. DISPOSITIVO:

253. Em face de todo o exposto, julgo a presente ação parcialmente procedente, nos seguintes termos:

- a) Condeno a Ré a pagar à Autora a quantia de quarenta e seis euros e treze cêntimos (€ 46,13), que a Autora despendeu com a compra dos selos temporais;**
- b) Condeno a Ré a pagar à Autora as quantias que se vierem a liquidar, até ao limite peticionado de quatrocentos euros, correspondentes aos**



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

montantes que a Autora gastou com a deslocação e alimentação dos seus colaboradores às oficinas do [POP];

- c) Condeno a Ré a pagar à Autora o montante total que se vier a liquidar, até ao limite peticionado de cinco mil euros, que esta despendeu com o vencimento dos seus colaboradores durante o período de tempo total que estes afetaram à elaboração da proposta que tinha a intenção de apresentar no segundo concurso;**
- d) Condeno a Ré a pagar à Autora juros de mora sobre os montantes referidos nas alíneas precedentes, desde 21.03.2019 até efetivo e integral pagamento, de acordo com a taxa legal aplicável aos juros civis (e as demais que venham a ser aprovadas);**
- e) Absolvo a Ré do demais peticionado pela Autora.**



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Ação de Processo Comum

V. CUSTAS:

254. Nos termos do artigo 527.º, n.ºs 2 e 3 do CPC, determino que as custas sejam pagas pela Autora e pela Ré, na proporção do respetivo vencimento, considerando-se que para efeitos de apuramento do vencimento deverão ser considerados apenas os montantes liquidados ou que possam ser liquidados neste momento (cf. montante indicado na alínea a) do dispositivo e respetivos juros de mora nos termos indicados na alínea d) do dispositivo).
255. Registe e notifique.
256. Remeta aos Exmos. Senhores Assessores do Tribunal cópia da presente sentença ou informação no sentido de que a mesma foi proferida, com indicação da data do trânsito em julgado ou informação no sentido de que foi admitido recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, conforme o caso, remetendo-se oportunamente cópia dos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional que venham a ser proferidos e da data do trânsito em julgado.

02.09.2024



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 2

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

Página