

I. Relatório

“**Baxter – Médico Farmacêutica, Lda**”, pessoa colectiva nº 503 347 345, com sede no Sintra Business Park, sito na Zona Industrial da Abrunheira, Edifício 10, 2710-089 Sintra, freguesia de S. Pedro de Penaferrim, concelho de Sintra, e “**Glintt – Business Solutions, Lda**”, pessoa colectiva nº 503 502 537, com sede no Beloura Office Park, Edifício 10, sito na Quinta da Beloura, 2710-444 Sintra, freguesia de S. Pedro de Penaferrim, concelho de Sintra, interpuseram recurso de impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência datada de 10 de Dezembro de 2010, pela qual foram condenadas pela prática de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 42, 43 nº1 al. a) e 44 da Lei 18/2003 de 11 de Junho:

i) no pagamento, a “Baxter – Médico Farmacêutica, Lda” de uma coima no valor de €145.296,77 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e noventa e seis euros) e a “Glintt – Business Solutions, Lda”, de uma coima no valor de €385.471,24 (trezentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e um euros e vinte e quatro cêntimos);

ii) na publicação de extracto da decisão na II.ª Série do Diário da República e num jornal nacional de expansão nacional, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da mesma.

A referida decisão da Autoridade da Concorrência (doravante designada AdC) fundamenta-se, resumidamente, na seguinte factualidade:

i) a “Baxter” e a “Glintt” celebraram entre si um contrato pelo qual a primeira, na qualidade de titular dos direitos de representação exclusiva dos produtos Automed em Portugal, conferiu à segunda a comercialização exclusiva designadamente do equipamento FDS 330 incluindo os seus componentes e acessórios, obrigando-se esta, designadamente, a cumprir a política de preços definida pela Baxter, tendo sido fixados em anexo ao contrato os preços e objectivos anuais;

ii) tais preços eram os que, em execução e cumprimento daquele contrato, a Glintt deveria praticar na comercialização do equipamento;

5.

iii) no âmbito da candidatura ao Programa Operacional Saúde - Saúde XXI, foram abertos por três entidades hospitalares concursos públicos a que ambas as arguidas se candidataram apresentando propostas de fornecimento do equipamento FDS 330, sendo a proposta de preço da Glintt a que lhe foi contratualmente estabelecida ou autorizada pela Baxter, apresentando ambas a mesma proposta, subscrita pela Baxter, no que respeita à manutenção do equipamento, e valores de encargos idênticos;

iv) também em outros procedimentos contratuais abertos por entidades hospitalares, a Glintt participou, em execução do contrato celebrado com a Baxter, tendo cumprido, nomeadamente no que se refere ao preço de (re)venda do FDS330, o que lhe foi contratualmente imposto;

v) à data, só o equipamento FDS procedia à reembalagem, automática, em unidose, das formas orais sólidas de medicamentos, sendo as arguidas as únicas que o comercializavam em todo o território nacional e no mercado relevante do fornecimento de equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos, concorrendo directamente entre si enquanto proponentes aos referidos concursos públicos;

vi) ao fixarem no contrato os preços a que a Glintt iria vender o equipamento em causa, as arguidas pretenderam reduzir a concorrência ao nível do preço intramarca, aumentando a transparência a nível dos preços que iriam praticar e eliminando assim a pressão que sentiriam no sentido de baixarem o preço do produto em causa de forma a torná-lo mais competitivo;

vii) ambas as arguidas estavam bem cientes do clausulado do contrato e da restrição concorrencial nele ínsita e não obstante pretenderam celebrá-lo e cumpri-lo;

viii) a cláusula de fixação de preços constante do contrato é anticoncorrencial e, em consequência, nula (art. 4 nº2 da Lei 18/2003);

ix) a conduta das arguidas levou à anulação de dois dos concursos públicos a que se candidataram e provocou prejuízos, verificando-se ainda a susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-Membros, p. no art. 101 nº1 do TFUE;

x) não existem elementos que permitam considerar justificada a conduta das arguidas;

xi) ao celebrarem – e executarem – um contrato que contém cláusulas que restringem verticalmente a concorrência (fixação do preço de revenda), as arguidas violaram o disposto no art. 4 nº1 da Lei 18/2003, bem como o art. 101 do TFUE.

*

Inconformada com a decisão a “**Baxter – Médico Farmacêutica, Lda**” interpôs o presente recurso de impugnação invocando, em síntese, o seguinte:

i) o contrato de distribuição por si celebrado com a Glintt não estabelecia um regime de fixação de preços, nem nunca foi interpretado ou aplicado como tal;

ii) o contrato não só não produziu qualquer impacto negativo no mercado, como teve impacto benéfico sobre a concorrência, pelo que mesmo que se se tratasse de um acordo restritivo da concorrência na acepção do art. 4 da Lei 18/2003, sempre deveria beneficiar do balanço económico a que se refere o art. 5 do mesmo diploma.

Formulando as seguintes conclusões:

i) ao fundamentar a existência de um contra-ordenação na celebração de um acordo vertical entre a Baxter e a Glintt que, alegadamente, previa a fixação dos preços de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos através da máquina FDS 330 e respectivos serviços conexos, a decisão da AdC não se mostra suficientemente fundamentada, não assistindo à AdC qualquer razão para imputar à Baxter a prática de uma contra-ordenação;

ii) da análise do contrato resulta inequívoco que este não continha qualquer cláusula de fixação de preços de revenda, sendo a Glintt inteiramente livre de praticar preços iguais ou inferiores ao preço máximo indicado pela Baxter;

iii) não foi cabalmente demonstrada a existência de um acordo de vontades entre a Baxter e a Glintt no que respeita à fixação de preços de revenda;

iv) não estando, por conseguinte, preenchido o tipo de infracção;

v) o mercado relevante não se esgota no equipamento FDS, abrangendo antes outros equipamentos que, pelas suas características e finalidades, apresentam um grau de substituíbilidade adequado;

vi) a correcta definição do mercado relevante constitui pressuposto que antecede a própria determinação do tipo de infracção e, necessariamente, do impacto desta no mercado, pelo que fica prejudicada a análise subsequente realizada pela AdC.

Conclui ainda, a título subsidiário:

vii) mesmo que tivesse existido uma fixação de preços, a mesma não se revelou apta a produzir qualquer impacto negativo no mercado, não tendo a AdC demonstrado quais os efeitos que concretamente se produziram ou poderiam produzir em consequência da alegada infracção;

viii) em todo o caso, mesmo que a alegada infracção por fixação de preços tivesse existido, deveria a mesma beneficiar de um balanço económico positivo, já que o alegado acordo:

- . contribuiu para melhorar a distribuição dos produtos e para promover o progresso técnico ou económico;

- . reservou aos consumidores uma parte equitativa do lucro resultante;

- . revelou-se indispensável para a consecução dos objectivos referidos em 1.;

- . não causou qualquer restrição da concorrência no mercado relevante;

ix) a AdC não demonstrou o contrário, como lhe competia;

x) não constam do processo quaisquer elementos que permitam concluir pela afectação do comércio entre Estados-Membros, limitando-se a AdC a presumir esse facto, que não demonstra nem fundamenta;

xi) não existe nos autos qualquer elemento que permita imputar à Baxter uma conduta dolosa;

xii) a AdC não ofereceu às arguidas qualquer possibilidade de apreenderem, ainda que a título indicativo ou aproximado, a forma como foram efectivamente ponderados os critérios de determinação da medida concreta da coima;

Termina concluindo que:

xiii) não existem elementos suficientes que permita imputar à Baxter a prática de uma contra-ordenação nos termos descritos na Decisão, pelo que esta deve ser anulada;

xiv) caso assim não se entenda, deverá a coima aplicada à Baxter ser reduzida em função de uma correcta ponderação dos critérios de determinação da medida concreta da coima, à luz dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade.

*

Inconformada também com a decisão a **“Glantt – Business Solutions, Lda”** interpôs o presente recurso de impugnação invocando, em síntese, o seguinte:

i) o contrato de distribuição celebrado não estabelecia um regime de preços fixos, não havendo consequentemente qualquer acordo entre as empresas nesse sentido;

ii) mesmo que se admitisse ter existido um acordo de fixação de preços entre as empresas, no caso concreto não se produziu qualquer impacto negativo no mercado, antes se observando que o acordo de distribuição em causa teve um impacto positivo sobre a concorrência, pelo que a alegada infracção poderia considerar-se justificada, nos termos da lei aplicável, pela existência de um balanço económico positivo;

iii) a ter existido a alegada infracção, a coima aplicada não é adequada ou proporcional tendo em conta a correcta ponderação dos critérios que norteiam a determinação da medida concreta da pena, desde logo e em particular a colaboração prestada pela Glintt, que excedeu o normal, tendo sido mesmo determinante.

Conclui a final e em síntese, o seguinte:

i) não está preenchido o tipo de infracção, faltando o pressuposto de que as partes tivessem acordado a fixação de preços de revenda, o que não houve, tendo a Glintt a liberdade de praticar preços inferiores aos preços máximos indicados pela Baxter;

ii) o mercado relevante não se confunde com a marca do equipamento em questão, correspondendo antes a este tipo de máquinas em geral;

iii) a correcta definição do mercado relevante constitui pressuposto que antecede a própria determinação do tipo de infracção e, necessariamente, do impacto desta no mercado, pelo que fica prejudicada a análise subsequente realizada pela AdC;

A título subsidiário, conclui ainda:

i)) mesmo que tivesse existido uma fixação de preços, a mesma não se revelou apta a produzir qualquer impacto negativo no mercado, não tendo a AdC demonstrado quais os efeitos que concretamente se produziram ou poderiam produzir em consequência da alegada infracção;

ii) se tivesse existido uma infracção por fixação de preços, a mesma poderia beneficiar de um balanço económico positivo, não tendo a AdC demonstrado, como lhe competia, o contrário;

iii) o contrato de distribuição:

1. contribuiu para melhorar a distribuição dos produtos e para promover o progresso técnico ou económico;

2. reservou aos consumidores uma parte equitativa do lucro resultante;

3. revelou-se indispensável para a consecução dos objectivos referidos em 1.;

4. não causou qualquer restrição da concorrência no mercado relevante;

iv) não existe nos autos qualquer elemento que permita imputar à Baxter uma conduta dolosa;

v) não constam do processo quaisquer elementos que permitam concluir pela afectação do comércio entre Estados-Membros, limitando-se a AdC a presumir esse facto, sem contudo proceder a qualquer análise, demonstração ou fundamentação;

vi) a AdC não ofereceu às arguidas qualquer possibilidade de apreenderem, ainda que a título indicativo ou aproximado, a forma como foram efectivamente ponderados os critérios de determinação da medida concreta da coima;

vii) devendo ser realçada em particular, que a colaboração prestada pela Glintt foi decisiva para a clarificação dos factos.

Termina concluindo que:

viii) não existem elementos suficientes que permita imputar à Glintt a prática de uma contra-ordenação nos termos descritos na Decisão, pelo que esta deve ser anulada;

ix) caso assim não se entenda, deverá a coima ser reduzida em função de uma correcta ponderação dos critérios de determinação da medida concreta da coima, à luz dos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, para montante simbólico.

*

Em sede de contra-alegações, a AdC formulou as seguintes conclusões:

i) no contrato outorgado pelas ora Recorrentes, o preço de venda do equipamento ao consumidor final foi fixado pela Baxter e aceite pela Glintt;

ii) do cotejo das Cláusulas Segunda e Sexta do Contrato conclui-se que a Glintt fica obrigada a comercializar os produtos, constantes do Anexo 1, pelos preços fixados pela Baxter (e aceites pela Glintt) no Anexo II;

iii) a Glintt, nos concursos públicos compulsados nos presentes autos, apresentou-se sempre com os preços que lhe foram estabelecidos pela Baxter e por aquela aceites, no âmbito do Contrato que celebraram;

iv) à data dos factos, não existia no mercado outro equipamento com as mesmas características do FDS 330, certificado pela União Europeia, pelo que inexistia qualquer substituíbilidade do lado da procura, nem existia concorrência potencial no mercado relevante;

v) ambas as Recorrentes, na outorga do Contrato e na sua execução, estavam bem cientes do seu clausulado e da restrição concorrencial ínsita no mesmo, provando-se, assim, que as mesmas agiram com dolo quanto a inclusão da cláusula de fixação de preços de revenda e ao seu cumprimento;

vi) atenta a posição e importância das empresas ora Recorrentes, a sua implantação forte no mercado (100% de quota) e a natureza grave da infracção, verifica-se, in casu, a condição de susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-membros, nos termos

descritos na Comunicação da Comissão Europeia- Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 101º e 102.º do TFUE;

vii) não obstante a desnecessidade de demonstração da existência de efeitos restritivos concretos no mercado relevante para se concluir pela existência de uma infracção as regras da concorrência, bastando atender ao objecto, a AdC, ainda assim, não deixou de aferir e enunciar na sua Decisão os efeitos restritivos comprovados da conduta anticoncorrencial das Recorrentes;

viii) as Recorrentes não fizeram prova nos autos de qualquer causa de justificação, à luz do disposto nos artigos 5º, n.º 1, da Lei nº 18/2003 e 101º, n.º 3, do TFUE;

ix) a Recorrente Baxter não indicou quais as diligências complementares de prova que julgasse capazes de contraditar a prova produzida pela AdC, nem carrou para os autos quaisquer elementos que pudessem refutar a mesma;

x) a AdC considerou, para ambas as Recorrentes, o volume de negócios declarado no ano de 2009, em cumprimento do artigo 43º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003;

xi) para efeitos de determinação da medida concreta da coima, a AdC ponderou a colaboração prestada pela Recorrente Glintt, valorando-a positivamente;

xii) a aplicação do regime jurídico da dispensa e atenuação especial da coima, consagrado na Lei n.º 39/2006, pressupõe a apresentação de um pedido expresso e formal, o que, in casu, não aconteceu;

xiii) a Decisão, a classificação da infracção como grave resultou de estarmos perante uma fixação de preços de revenda, que as Recorrentes incluíram no Contrato que celebraram entre si, cobrindo a totalidade da oferta dos produtos/serviços no mercado relevante;

xiv) o grau de participação na infracção das ora Recorrentes é semelhante, atenta a aceitação por ambas do clausulado do Contrato, assim como a idêntica participação activa na sua execução;

xv) a Decisão da AdC, ora recorrida, encontra-se devidamente fundamentada;

xvi) a Decisão recorrida explicitou de forma clara e com o pormenor adequado ao caso concreto os seus fundamentos, indicando as razões de facto e direito que determinaram a sua prática.

*

Realizou-se a audiência de julgamento, que decorreu com observância do formalismo legal.

*

II. Saneamento

O Tribunal é competente.

*

Invoca a arguida “Baxter” no seu recurso que a decisão impugnada padece do vício de falta de fundamentação, pelo que é anulável, nos termos do disposto nos arts. 123 nº1 al. d) e nº2, 124 nº1 al. a) e 125 nºs. 1 e 2 do Código de Procedimento Administrativo e art. 19 da Lei da Concorrência.

Antes de mais e face à argumentação da arguida há que delimitar qual o regime subsidiário aplicável, se o Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas (RGCO) se o Código de Procedimento Administrativo (CPA).

O art. 19 da Lei 18/2003 dispõe que, *“Sem prejuízo do disposto na presente lei, os procedimentos sancionatórios respeitam o princípio da audiência dos interessados, o princípio do contraditório e demais princípios gerais aplicáveis ao procedimento e à actuação administrativa constantes do Código de Procedimento Administrativo (...) bem como, se for caso disso, do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social (...)”*.

Por sua vez, o art. 22, nº 1 do mesmo Código determina que aos processos relativos a práticas proibidas se aplica subsidiariamente o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

Da interpretação conjugada que das duas normas deve fazer-se, resulta que a aplicação subsidiária do CPA está pensada para determinadas situações e a aplicação subsidiária do regime geral dos ilícitos de mera ordenação social está pensada para outras. Nos processos de natureza sancionatória em que está em causa a prática de uma contra-ordenação, o direito subsidiário aplicável é o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social. Nos processos de natureza sancionatória em que não está em causa a prática de um ilícito contra-ordenacional, a AdC actua no campo do direito administrativo, sendo por conseguinte aplicável subsidiariamente o Código de Procedimento Administrativo.

Este entendimento é sufragado por Lacerda Costa Pinto que refere: *“Do ponto de vista da autoridade administrativa a competência para processar contra-ordenações pode ter algo de peculiar: trata-se de Direito aplicável por uma entidade administrativa, mas que não é em rigor Direito Administrativo. (...) quando um acto de uma autoridade administrativa possa ser visto simultaneamente como um acto administrativo e um acto integrador de um processo de contra-ordenação o seu regime jurídico, nomeadamente para efeitos de impugnação, deverá ser em princípio o do ilícito de mera ordenação social e*

subsidiariamente o regime do processo penal, mas não o regime do Código de Procedimento administrativo. Uma solução diferente criaria o risco de um bloqueio completo da actividade sancionatória da administração por cruzamento de regimes e garantias jurídicas".

"A solução aqui sustentada (...) parece ser aquela que é ditada não só pelo enquadramento constitucional das garantias em processo de contra-ordenação, mas também pelo facto de o regime geral das contra-ordenações determinar a aplicação subsidiária do processo penal ... e equiparar os poderes instrutórios em processo de contra-ordenação aos poderes da polícia de investigação criminal (art. 48, nº 2), negando implicitamente qualquer recurso subsidiário ao Direito Administrativo." - "O Ilícito de Mera Ordenação Social e a erosão do princípio da subsidiariedade da Intervenção Penal", in RPCC, ano 7, Fasc. 1º, Jan-Março 1997, p. 81.

Também Simas Santos e Lopes de Sousa defendem esta posição: *"Este artigo 41, insere-se nas normas gerais do processo contra-ordenacional e, por isso, as remissões nele feitas reportam-se tanto à fase de investigação da contra-ordenação, a que serão aplicáveis subsidiariamente as normas do processo de inquérito e instrução, como à fase de julgamento, no caso de recurso judicial da decisão administrativa de aplicação da coima."* - in *Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral*, 2ª ed., Vislis, p. 267. No mesmo sentido ainda António Beça Pereira, no «Regime Geral das Contra Ordenações e Coimas», Almedina 2001, pág. 88; Teresa Beleza, no «Direito Penal», AAFDL, vol. I, 2.ª edição, pág. 131; José P. F. Cardoso da Costa, «O Recurso para os Tribunais Judiciais da aplicação das Coimas pelas Autoridades Administrativas», 1991, pp. 57 e segs. e José Gonçalves da Costa, «Contra-Ordenações», CEJ, Set. 1995, pp. 46 e segs., s/ a «estrutura e conteúdo da decisão».

A este propósito L. Dantas entende que *"A razão de ser da norma daquele artigo 19 parece-nos, de facto, outra. Na verdade, o apelo ao código de procedimento administrativo em sede de actividade sancionatória deriva da natureza das infracções em causa e do facto de muitas delas serem constatadas em procedimentos de natureza administrativa que seguem os termos do respectivo código. Esta circunstância justifica que se tenha pretendido aproveitar essa forma de procedimento e, sobretudo os actos já levados a cabo no contexto do mesmo para sancionar as infracções em causa, afastando, em relação a elas, o processamento típico das contra-ordenações."* - comunicação proferida em 3.06.05 num Seminário sobre Direito Europeu da Concorrência, promovido pela Procuradoria Geral da República, que teve lugar no CCB, Lisboa.

Em suma, no caso dos autos, em que está em causa uma alegada infracção contra-ordenacional, não há que recorrer às normas do CPA mas sim às normas do RGCOC.

»

Os elementos que nos termos da lei devem constar da decisão condenatória encontram-se previstos no art. 58 do RGCOG, nomeadamente, e no que aqui releva, no seu nº1.

«1. A decisão que aplica a coima ou as sanções acessórias deve conter:

- a) Identificação dos arguidos;*
- b) Identificação dos factos imputados com indicação das provas obtidas;*
- c) Indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão;*
- d) A coima e as sanções acessórias.»*

"Os requisitos previstos neste artigo visam assegurar ao arguido a possibilidade de exercício efectivo dos seus direitos de defesa, que só poderá existir com um conhecimento perfeito dos factos que lhe são imputados, das normas legais em que se enquadram e condições em que pode impugnar judicialmente aquela decisão.

Por isso as exigências aqui feitas deverão considerar-se satisfeitas quando as indicações contidas na decisão sejam suficientes para permitir ao arguido o exercício desses direitos" (Simas Santos e Lopes de Sousa, in "Contra-Ordenações, Anotações ao Regime Geral", 2ª ed., Vislis, em anotação ao art. 58º).

A omissão na decisão administrativa dos elementos previstos nas diversas alíneas do nº1 do art. 58 do RGCOG, gera nulidade, nos termos do art. 379 nº1, al. a) do Código de Processo Penal, aplicável *ex vi* art. 374 nº2 do Código de Processo Penal, este último preceito apenas no sentido de que a falta de fundamentação, tal como prevista no art. 58 nº1, gera nulidade.

É nula a decisão que não contiver, designadamente, a respectiva fundamentação (neste sentido Ac. RL de 28.04.04, Proc. 1947/2004-3).

Desde logo, e em sede geral, diga-se que os elementos previstos no art. 58 do RGCOG estão presentes na decisão condenatória, pelo que a análise a efectuar incidirá sobre os argumentos concretos esgrimidos pela defesa.

Alega expressamente a "Baxter" no seu recurso que, ao ter concluído pela condenação sem ter devidamente analisado os argumentos invocados pelas arguidas em defesa da existência de um balanço económico positivo, a decisão padece de um vício de falta de fundamentação.

Alegam ainda ambas as arguidas que não se mostra de todo fundamentada a decisão sobre a existência de uma infracção ao disposto no art. 101 do Tratado sobre o

Funcionamento da União Europeia (TFUE); concluindo ainda, no que respeita à determinação da medida concreta da coima, que a AdC não oferece às arguidas qualquer possibilidade de apreenderem a forma como os critérios da sua determinação foram efectivamente ponderados.

Fundamentar é expor os motivos, o *iter* cognoscitivo e valorativo da decisão, a qual deve ser clara, objectiva, passível de ser facilmente entendida e compreendida, inteligível em suma.

Vejamos, por partes.

i) do balanço económico positivo

A AdC contém nos arts. 323 a 334 da decisão impugnada a apreciação da “*justificação do contrato entre as arguidas ao abrigo do artigo 5º da Lei nº 18/2003*” (sobre as diligências complementares de prova requeridas pela arguida Baxter na sua resposta à Nota de Ilicitude, pronunciou-se a AdC nos arts. 30 a 36 da decisão).

Começa por sublinhar que o não preenchimento de um dos critérios enunciados no nº1 do art. 5 da Lei da Concorrência inviabiliza por si só que a prática em causa possa ser considerada justificada; enuncia depois de forma sumária os argumentos aduzidos pelas arguidas nas suas respostas à nota de ilicitude, concluindo (arts. 327 a 329), que não existem no processo quaisquer elementos que permitam considerar justificada a prática cometida pelas arguidas, nem estas os facultaram, ou seja, não resulta dos elementos de prova coligidos nos presentes autos qualquer vantagem adveniente da cláusula de preços que permita considerar justificada a sua inclusão no contrato celebrado entre as arguidas, e que as arguidas não demonstraram na resposta à nota de ilicitude que a prática que lhes é imputada beneficie de um balanço económico positivo.

Acrescenta ainda que não existiu qualquer reserva aos utilizadores de parte dos alegados benefícios dos contratos, porquanto de acordo com o estipulado no acordo só a “Glintt” poderia concorrer aos concursos públicos e sempre com o mesmo preço também praticado pela “Baxter”, pelo que nunca existiu livre concorrência entre ambas apesar de formalmente existirem duas entidades a comercializar o produto; e que o contrato celebrado entre as arguidas provocou prejuízos aos utilizadores (v.g. os advenientes da anulação dos procedimentos concursais e da necessidade de reprogramar as candidaturas ao Projecto Saúde XXI).

Prossegue concluindo pela improcedência do argumento da existência de benefícios para a “Baxter” decorrentes da atribuição da distribuição do equipamento à Glintt, sublinhando que a Baxter continuou a apresentar propostas aos concursos públicos, e termina sublinhando de novo o carácter cumulativo dos requisitos de demonstração do balanço

económico positivo e que é suficiente que um deles não se mostre preenchido para que a prática em questão não possa beneficiar dessa causa de justificação.

Não se vê, pois, da análise da decisão da AdC que a mesma contenha qualquer obscuridade ou incoerência, mostrando-se ainda suficiente para que a arguida, que em resposta à nota de ilicitude havia invocado a justificação ao abrigo do art. 5 da Lei 18/2003, da prática que lhe era imputada, perceba os motivos que levaram à decisão (podendo naturalmente com eles não concordar) e exerça a sua defesa, como efectivamente o fez.

ii) Da afectação do comércio entre os Estados-Membros

Na análise que faz do acordo celebrado entre as duas arguidas ao abrigo do art. 101 do TFUE, a AdC depois de transcrever a norma refere que, *“o critério de aplicação do direito comunitário da concorrência a um determinado conjunto de factos passa pelo preenchimento do requisito da afectação, de forma sensível, do comércio entre os Estados-Membros”*, expõe os elementos em que a interpretação daquele critério deve, em traços gerais e de acordo com a letra da lei e a jurisprudência comunitária, assentar, e conclui: *“O facto de uma ou mais empresas que operam na Comunidade definirem, de forma artificial e concertada, o preço de determinados bens e/ou serviços, afecta a estrutura concorrencial do mercado”*; ainda, *“Relativamente à (ii) noção de susceptibilidade de afectação, a interpretação a desenvolver deverá orientar-se no sentido de considerar preenchido este critério (...) sempre que há um grau de probabilidade suficiente de isso acontecer, isto é, sempre que os factos possam ter — de acordo com um juízo de previsibilidade baseado em factores objectivos — uma influência directa ou indirecta, efectiva ou potencial na estrutura do comércio entre os Estados-Membros. Verificando-se que os factos são susceptíveis de afectar a estrutura concorrencial no interior da União Europeia, a aplicabilidade do direito comunitário fica estabelecida”*; e finalmente, *“no que se refere ao (iii) carácter sensível da afectação do comércio entre Estados-Membros, este pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa.*

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

Note-se, também, que mesmo que esteja em causa um único Estado-Membro, a natureza - grave - da alegada infracção e, sobretudo, a sua vocação para encerrar o mercado nacional, ou o falsear na sua globalidade - o que, como vimos, sucede no caso em apreço -

fornecem uma boa indicação acerca da possibilidade de os factos afectarem o comércio entre os Estados-Membros.

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

Não têm pois razão as arguidas ao invocarem a total ausência de fundamentação. Resulta da decisão com a clareza suficiente para que as arguidas, embora não concordando, percebam (e possam contradizer) que a AdC considerou que o facto de operarem na Comunidade e terem definido, de forma artificial e concertada, o preço de determinados bens e/ou serviços, afecta a estrutura concorrencial do mercado; que essa prática pode ter - de acordo com um juízo de previsibilidade - uma influência directa ou indirecta, efectiva ou potencial na estrutura do comércio entre os Estados-Membros, atenta a natureza dos concursos e a as arguidas deterem o exclusivo da comercialização dos equipamentos em causa em Portugal, e por último que, estando embora em causa um único Estado-Membro, a natureza grave da infracção praticada e a sua vocação para falsear o mercado nacional na sua globalidade, torna possível a afectação do comércio entre os Estados-Membros.

Não se verifica pois a invocada ausência de fundamentação.

iii) Dos critérios de determinação da medida da coima

A determinação da medida concreta da coima consta dos arts. 351 a 407 da decisão da AdC. Concretamente, no que respeita à apreciação e subsunção ao caso dos critérios da sua determinação, dos arts. 358 e ss.

Expõe os limites da moldura da coima, por referência ao volume de negócios das arguidas no último ano, as necessidades de prevenção geral e especial, aprecia a gravidade da infracção, as vantagens retiradas da sua prática, a duração e reiteração, o grau de participação de ambas as arguidas (em particular alegam as arguidas que não é apreciado o seu grau de participação, sendo que consta da decisão que “*O contrato em causa foi aceite por ambas as Arguidas, que intervieram activamente enquanto co-autoras da infracção.*”), a colaboração prestada à AdC por cada uma das arguidas, o comportamento destas tendente a eliminar as práticas e à reparação dos prejuízos, a apreciação da situação económica das arguidas, e o grau da sua culpa. Refere ainda a consideração de algumas circunstâncias como atenuantes ou agravantes. Concluindo a final, “*analizados e devidamente ponderados todos os elementos pertinentes*”, pela aplicação do montante concreto das coimas aplicadas.

4.

Não se verifica pois qualquer falta de fundamentação, estando expostos e enunciados todos os elementos visados na determinação da medida da coima.

»

Não existem outras nulidades, excepções, questões prévias ou incidentais de que cumpra conhecer e obstem ao conhecimento do mérito da causa.

*

II. Fundamentação

II.1. Matéria de facto provada

Com relevância para a decisão da causa, abstraindo dos conceitos jurídicos e dos factos conclusivos constantes da decisão da AdC e dos recursos das arguidas, mostram-se provados os seguintes factos:

1- A Baxter - Médico Farmacêutica, Lda. (doravante, BAXTER), pessoa colectiva nº 503 347 345, tem por objecto social a *“importação, exportação, preparação, fabricação, distribuição e venda de medicamentos e produtos laboratoriais, bem como materiais, aparelhos e instrumentos médico-cirúrgicos e para uso laboratorial. No exercício da sua actividade social [...] pode não só participar no capital social de outras sociedades, mas também adquirir e alienar participações no capital de outras sociedades, ainda que, tanto num caso, como no outro, tais sociedades tenham objecto social diferente, associar-se a quaisquer pessoas singulares ou colectivas ou a quaisquer agrupamentos complementares de empresas, associações em participação ou consórcios ou entidades de natureza semelhante, em particular na sua administração e fiscalização”*;

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

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

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

5- A GLINTT - Business Solutions, Lda., pessoa colectiva n.º 503 502 537, (doravante, GLINTT) denominava-se “CONSISTE — Gestão de Projectos, Obras, Tecnologias de Informação, Equipamentos e Serviços, Lda” (doravante, CONSISTE), tendo entretanto alterado a sua denominação social para GLINTT - Business Solutions, Lda., alteração que registou junto da Conservatória do Registo Comercial, em 20.08.2008, através da apresentação n.º 2/20080820;

6- A GLINTT tem por objecto social “a) - *a gestão e prestação de serviços de assessoria e consultadoria informática, a prestação de serviços de consultadoria de gestão/organização e engenharia e manutenção de sistemas informáticos, arquitectura de sistemas de informação e comunicações, a prestação de serviços de desenvolvimento de software, bem como a importação, exportação, representação, compra, venda, revenda, aluguer, distribuição e, bem assim, o comércio em geral, a prestação de serviços de instalação e a manutenção de equipamentos de informática, produtos de software, material activo de comunicações, robótica, equipamento auxiliar de farmácia, equipamentos de segurança, mobiliário de farmácia, material de iluminação, cablagem e consumíveis de informática;* b) - *a prestação de serviços de consultoria em organização e gestão empresarial, merchandising e imagem corporativa e a prestação de serviços de formação, bem como a prestação de serviços de gestão, recrutamento, selecção e consultoria de recursos humanos;* c) - *a gestão e realização de projectos de engenharia e de obras, a execução de projectos de construção, a prestação de serviços de arquitectura, a instalação de redes, manutenção de edifícios, bem como a execução de trabalhos de cablagem para electricidade, dados e voz, a execução de trabalhos de instalação eléctrica, a fiscalização de obras e sua manutenção, por conta própria ou por terceiros;* d) - *a prestação de serviços de segurança privada e actividades conexas, nomeadamente a exploração e gestão de centrais de recepção e monitorização de alarmes, bem como a concepção, instalação, gestão, manutenção e exploração de sistemas de segurança.*”;

7- A BAXTER apresentou, no relatório e contas do exercício de 2009, um total de vendas e prestações de serviços de €9.686.451,00 (nove milhões, seiscentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e cinquenta e um euros);

8- A GLINTT apresentou, no relatório e contas do exercício de 2009, um total de vendas e prestações de serviços €51.396.165,00 (cinquenta e um milhões, trezentos e noventa e seis mil, cento e sessenta e cinco euros);

9- Ao “Grupo Baxter” pertencem igualmente a BAXTER EXPORT CORPORATION (doravante, BEC), sociedade constituída de acordo com as leis do Estado de Nevada, Estados Unidos da América, e a BAXTER B.V., UTRECHT (doravante, BBV), sociedade de direito holandês, ambas detidas em 100% pela BWT;

10- A BEC celebrou, em 31.03.1999, um contrato com a AUTOMED TECHNOLOGIES, INC (doravante, AUTOMED), para exportação, venda e prestação de serviços, sob a marca registada “ATC”, de sistemas de grande volume de dispensa automática de medicamentos, em unidose ou multi-dose, manufacturados pela Sanyo Electric Co, Ltd. e pela Sanyo Electric Trading Co, Ltd.;

11- Posteriormente, e após a cedência de posição contratual nesse contrato da BEC à BBV, foi assinada, em 2.01.2002, entre esta última e a AUTOMED, uma Adenda ao contrato, que entrou em vigor nessa data, através da qual a AUTOMED conferiu à BBV, entre outros, o direito de comercializar, distribuir e sublicenciar, em diversos países, nos quais se inclui Portugal, diversos equipamentos, que incluem o *FDS System Model 300* (FDS 330) e o *FDS System Model 500* (FDS 520);

12- Na sequência da celebração dessa adenda, foi firmado um acordo verbal entre a BBV e a BAXTER, “*no sentido de a execução do contrato [celebrado com a AUTOMED] no território português ser realizada por intermédio da participada do grupo Baxter em Portugal (a BAXTER)*”;

13- A BAXTER e a GLINTT celebraram entre si um contrato (doravante, Contrato), em 11.11.2005, cujo teor integral consta de fls. 3503 a 3513 dos autos, e que aqui se dá por reproduzido na íntegra, dele constando nomeadamente que:

(i) A BAXTER, na sua qualidade de “*titular dos direitos de representação exclusiva dos Produtos AUTOMED em Portugal*”, conferiu à GLINTT a “*comercialização exclusiva dos Produtos constantes no anexo a esse contrato*”, constando desse anexo, quer o equipamento FDS 330, quer os seus componentes e acessórios, designadamente, os canisters, a fita de empacotamento e a fita de impressão, conforme o estipulado na cláusula primeira;

(ii) A BAXTER reservou para si a possibilidade de “*comercializar os Produtos [objecto do Contrato, entre os quais se inclui o FDS 330] às entidades que pretendam relações comerciais com [ela]*”, conforme o estipulado na cláusula quarta, n.º 1, do Contrato;

(iii) A GLINTT “*só pod[ia] vender os Produtos em causa [v.g., o FDS 330] ao consumidor final, estando-lhe vedada a comercialização para revenda*”, conforme o estipulado na cláusula primeira, n.º 2, do Contrato (fls. 3504);

(iv) A GLINTT obrigou-se a “*cumprir a política de preços definidos pela BAXTER*”, conforme o estipulado na cláusula segunda, alínea d), do Contrato (fls. 3504);

(v) A GLINTT obrigou-se, também, a “[c]oncertar com a BAXTER os *objectivos anuais de vendas*”, conforme o estipulado na cláusula segunda, alínea b), do Contrato (fls. 3504); tendo ficado definido, no Anexo II ao Contrato, que, durante o ano de 2006, a GLINTT teria de adquirir a BAXTER 3 equipamentos FDS330 (Anexo II ao Contrato, a fls. 3513);

(vi) Do anexo II ao Contrato, sob a epígrafe “Preços e Objectivos” consta que, para o equipamento FDS 330 e para 2005, o “*preço GLINTT*” seria de €220.000,00 e o “*preço de mercado*” seria de €259.495,00 (preços acrescidos de IVA a taxa legal);

(vii) Para o ano de 2006, o “*preço de mercado*” desse equipamento seria de €265.982,00, acrescido de IVA a taxa legal, tudo conforme o estipulado no Anexo II ao Contrato (fls. 3513);

(viii) Consta ainda desse Anexo que, em ambos os anos, o preço unitário dos cannisters seria de €500,00, acrescido de IVA a taxa legal, conforme o também estipulado no Anexo II desse Contrato (fls. 3513);

(ix) Relativamente à fita de empacotamento, consta do mesmo Anexo ao Contrato que o “*preço de mercado*”, por cada caixa de 6 unidades, seria de €85,610, em 2005, e de €90,747, em 2006;

(x) Quanto à fita de impressão, consta do mesmo Anexo ao Contrato que o “*preço de mercado*”, por cada caixa de 8 unidades, seria de €17,024, em 2005, e de €18,045, em 2006; valores acrescidos de IVA a taxa legal, tudo conforme o estipulado no Anexo II ao Contrato (fls. 3513);

(xi) A BAXTER “*reserv[ou] para si a instalação, a assistência e o apoio técnico de todos os produtos comercializados*”, conforme o estipulado na cláusula terceira, n.º 1, do Contrato (fls. 3504);

(xii) A GLINTT obrigou-se a “*não comercializar os Produtos objecto do (...) contrato (...) mediante preços e condições de pagamento que se mostrem não ser competitivos com os preços e condições de pagamento estabelecidos, pelas partes, no anexo II (...)*”, conforme o estipulado na cláusula sexta, n.º 3, do Contrato (fls. 3505);

(xiii) A GLINTT tinha como objectivo, para o ano de 2006, adquirir três equipamentos FDS à BAXTER, conforme o estipulado no Anexo II do Contrato (fls. 3513);

(xiv) O Contrato foi celebrado com a duração inicial de um ano, “*produzindo efeitos desde o dia 11 de Novembro de 2005, com termo no dia 11 de Novembro de 2006*”, podendo

“ser renovado por idênticos períodos”, salvo denúncia de qualquer das partes, a ser efectuada com a antecedência mínima de 30 dias relativamente ao termo da sua vigência ou de qualquer das suas renovações”, conforme o estipulado na clausula sétima, n.º 1, do Contrato;

14- Este contrato veio a ser denunciado pela GLINTT, *“com efeitos a 10 de Novembro de 2009”,* por carta enviada à BAXTER em 29.06.2009;

15- O *“preço GLINTT”* referido no anexo II. ao Contrato correspondia ao preço praticado pela BAXTER na venda dos produtos à GLINTT;

16- O *“preço de mercado”* referido no mesmo anexo, era o preço praticado pela GLINTT na venda dos produtos ao cliente final;

17 - O Hospital de São Marcos, de Braga, fez publicar no Diário da República n.º 113, III Série, de 12.6.2006, o anúncio de abertura de um Concurso Público, que tinha como objecto o *“Fornecimento de sistema automatizado para reembalagem/dispensa de medicamentos em dose unitaria ao Hospital de São Marcos de Braga”*;

18 - De acordo com o programa desse concurso, e suas cláusulas técnicas, as propostas deveriam incluir, entre outras questões, (i) o preço unitário; (ii) o preço total em euros; (iii) o número de unidades por embalagem; e (iv) outros aspectos que as empresas proponentes considerassem relevantes;

19 - As propostas apresentadas a concurso seriam recebidas até ao dia 24.07.2006;

20 - Cada uma das Arguidas apresentou uma proposta ao concurso, no último dia do prazo, tendo sido as únicas concorrentes;

21 - As propostas foram abertas no dia 25.07.2006, constando da respectiva acta que *“[n]o acto publico de abertura da proposta esteve presente o representante da firma [GLINTT] Sr. José Meireles”*;

22 - No decurso do acto público de abertura das propostas *‘foi lida a lista dos concorrentes’*, tendo o júri deliberado, após ter verificado que as mesmas tinham entregue todos os documentos exigidos no programa e caderno de encargos, *“admitir [as duas] concorrentes, visto cumprirem todas as formalidades legais”*;

23 - Ainda no decurso desse acto publico, procedeu-se à *“abertura dos invólucros nos quais se encontra[vam] as propostas”*, as quais foram abertas e rubricadas pelo júri e, *“após a sua análise formal, foram [ambas] admitidas”*;

24 - Ambas as arguidas apresentaram a esse concurso uma proposta de fornecimento do equipamento FDS 330;

25 - Para esse equipamento, a BAXTER apresentou uma proposta no valor total global de €259.495,00 (+ IVA), e a GLINTT apresentou uma proposta no valor total global de €265.982,00 (+ IVA);

26 - No início de Agosto de 2006 teve lugar uma reunião entre a GLINTT e a BAXTER, na qual esteve presente, pela GLINTT, Rogério Trindade, Comercial do Departamento de Robótica Hospitalar, tendo os representantes da BAXTER sido questionados sobre o facto de esta arguida ter apresentado uma proposta ao concurso e constar da sua proposta um preço para o FDS 330 inferior ao preço de 2006 e igual ao preço de 2005;

27 - Tendo a BAXTER clarificado que não se deveria ter apresentado a concurso, que se havia tratado de um engano;

28 - E transmitido à GLINTT que esta podia passar a praticar no restante ano de 2006 o preço previsto para 2005;

29 - Em 17.08.2008, o Júri do concurso reuniu *“para proceder à aplicação dos critérios de selecção às propostas recebidas”*;

30 - O júri do concurso decidiu propor a adjudicação à BAXTER, por *“apresenta[r] melhor preço”*;

31 - Em consequência, foi celebrado, em 23.10.2006, entre a Arguida BAXTER e o Hospital de São Marcos, o Contrato n.º 38/2006, através do qual a BAXTER se comprometeu a fornecer àquele Hospital um equipamento FDS 330, pelo preço de €259.495,00, acrescido de IVA a taxa legal de 21%;

32 - O Centro Hospitalar de Vila Real/Peso da Régua (CHVRPR) fez publicar no Diário da República, nº 123, III Série, de 28.06.2006, o aviso de abertura de um concurso público que tinha como *“objecto a aquisição de um sistema de dispensa de medicamentos em unidose, que permita a reembalagem automatizada dos respectivos medicamentos, com gestão informática de stocks, para os Serviços Farmacêuticos do CHVRPR, EPE”*;

33 - As propostas seriam recebidas até ao dia 08.08.2006 e deviam indicar, de entre outros, (i) a descrição completa, obrigatória, *“das características de todos os equipamentos propostos, bem como, as respectivas marcas e modelos”*; (ii) o *“preço total em euros e condições de pagamento”*; (iii) a menção expressa de *“que ao preço total acresce o IVA, indicando-se o respectivo valor e a taxa legal aplicável”*; (iv) o preço, sem IVA, *“em algarismos e preferencialmente por extenso, prevalecendo em caso de divergência o expresso por extenso”*; (v) a discriminação dos preços unitários, nomeadamente por equipamento e componentes complementares, equipamento/módulos complementares, aplicações informáticas e formação dos utilizadores; (vi) a *“capacidade de assistência técnica, quer no*

que diz respeito a substituição de peças avariadas, quer a equipa de técnicos disponíveis”; e (vii) as “condições e preço anual para o contrato de manutenção a celebrar no fim do período de garantia”;

34 - Cada uma das arguidas apresentou uma proposta ao concurso, no dia 07.08.2006, tendo sido as únicas concorrentes;

35 - As propostas recebidas foram abertas no dia 09.08.06, referindo-se expressamente nessa acta que estiveram presentes nesse Acto Público os representantes da concorrente GLINTT;

36 - No decurso do referido acto público procedeu-se a identificação das concorrentes, tendo ambas sido admitidas a concurso, após análise pelo júri dos documentos entregues por cada uma;

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

38 - O júri deu “(...) a conhecer o preço total de cada uma das propostas admitidas, tendo sido dada a oportunidade aos concorrentes e seus representantes para examinar a documentação apresentada(..)”

39 - Ambas as arguidas apresentaram a esse concurso uma proposta de fornecimento do equipamento FDS 330;

40 - Tendo a BAXTER apresentado um preço final global de €259.495,00 (+ IVA);

41 - A GLINTT indicou no início da sua proposta um valor total de €265.982,00 (sem IVA), indicando no final, na mesma folha da sua proposta, o preço total, sem IVA, para €259.495,00, valor esse que corroborou por extenso;

42 - Relativamente aos contratos de manutenção, ambas as arguidas apresentaram a mesma proposta, composta por cinco alternativas, três das quais incluem peças e mão-de-obra — proposta A, B e E — e outras duas, que só incluem mão-de-obra — proposta C e D —, conforme, tabela que consta de fls. 4125 (e 4107/4108) dos autos e cujo teor integral aqui se dá por reproduzido;

43 - A proposta de manutenção da GLINTT foi subscrita pela BAXTER, tendo apresentado em anexo à sua proposta, uma declaração “sob compromisso de honra”, da BAXTER, “em como assume o compromisso legal de prestar a assistência de manutenção nas condições e preços indicados, no período de 5 anos após o fim do período de garantia”;

44 - Na primeira reunião do júri nomeado, em 22.10.2006, após análise das propostas apresentadas, e constatação de que as mesmas “eram idênticas, incluindo o valor do

contrato de manutenção (preventivo e curativo) ”, o júri desse concurso “(..) entendeu poder estar perante uma situação de desrespeito da Lei da Concorrência, e tendo tido conhecimento que situações similares se encontra[va]m em processo de averiguações pela Alta Autoridade para a Concorrência”, deliberou propor ao Conselho de Administração (...) a suspensão do (...) concurso”, tendo sido “autorizada em Conselho de Administração de 26.10.2006 a suspensão proposta”;

45 - Na sequência da decisão daquele Centro Hospitalar de suspender o concurso em causa, o Vogal executivo do Conselho de Administração do CHVRPR, Manuel Maria Antunes Pimentel, dirigiu ofício ao Gestor do “Projecto Saúde XXI”, com vista à reprogramação física e financeira do projecto anteriormente aprovado (projecto nº 2407 “Implementação de um Sistema de Gestão Integrado do Circuito de Medicamentos e outros Produtos Farmacêuticos Hospitalares”), “conforme mapa abaixo apresentado:

	<i>Investimento aprovado</i>	<i>Alteração solicitada</i>
<i>Equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos – Sistema FDS</i>	<i>313.988,95</i>	
<i>Equipamento de fornecimento semi-automático de formas orais sólidas e injectáveis de medicamentos em dose unitária – Sistema Kardex</i>	<i>49.713,86</i>	<i>49.713,86</i>
<i>Equipamento de distribuição automatizada de medicamentos - Sistema PYXIS</i>	<i>575.708,94</i>	<i>575.708,94</i>
<i>Equipamento de fornecimento semi-automático de formas orais sólidas e injectáveis de medicamentos em dose unitária – Sistema Kardex</i>		<i>49.713,86</i>
<i>Sistema de Dispensa de Medicamento em Unidose com Gestão Informática de Stocks para os Serviços Farmacêuticos</i>		<i>262.167,21</i>
<i>TOTAL</i>	<i>939.411,75</i>	<i>937.303,87</i>

46 - No âmbito da reprogramação da candidatura daquela entidade hospitalar ao “Projecto Saúde XXI”, a qual foi entretanto “autorizada por despacho de 29. 12.2006 de Sua Excelência a Secretária de Estado Adjunta e da Saúde”, o CHVRPR realizou dois outros procedimentos concursais, o Concurso Público Internacional n.º 1532/2006 e o Processo de Aquisição n.º 1509/2006;

47 -- O Concurso Público Internacional n.º 1532/2006 teve por objecto a aquisição de um *“Sistema automático para dispensa de medicamentos intra-hospitalar, que permita, entre outros, a gestão informática de stocks para o CHVRPR, EPE”*, tendo o respectivo anúncio de abertura sido publicado no Diário da República, II Serie, n.º 188, de 28.09.2006;

48- Apresentaram propostas a esse Concurso as sociedades GRIFOLS e LUSOPALEX, tendo o júri nomeado proposto a adjudicação no concurso em causa à GRIFOLS, a qual propusera o fornecimento de um equipamento *Medstation 3000*;

49 - Essa proposta de adjudicação foi aprovada, tendo sido celebrado, em 28.12.2006, entre aquele Centro Hospitalar e a GRIFOLS, o *“Contrato Concurso Publico n.º 1532/2006 — Sistema de Gestao Integrado do Circuito de Medicamentos e outros Produtos Farmaceuticos Hospitalares do Centro Hospitalar de Vila Real/ Peso da Regua, EPE”*, através do qual, e de entre outros, aquela firma forneceu ao CHVRPR o equipamento em causa, pelo preço de *“(...) 716.507,49 euros”* acrescidos de *“150.466,57 euros (...) referente[s] ao IVA”*;

50 - O Processo de Aquisição n.º 1509/2006, tinha por objecto a *“Aquisição de um equipamento para fornecimento semiautomático de formas orais sólidas e injectáveis de medicamentos em dose unitária”*;

51 - Apresentaram propostas as sociedades LUSOPALEX e GRIFOLS, tendo o júri proposto a adjudicação à GRIFOLS, classificada em primeiro lugar;

52 - Esta empresa apresentara uma proposta de dois equipamentos para fornecimento semiautomático de formas orais sólidas e injectáveis de medicamentos em dose unitária, pelo valor global de €82.078,60, acrescido de IVA a taxa legal, com oferta de uma reembaladora automática de medicamentos no valor de €16.000,00;

53 - Essa proposta foi aprovada por Deliberação do Conselho de Administração daquele Centro Hospitalar, de 21.12.06;

54 - O Concurso Público n.º 02/2006, aberto pelo “Hospital Padre Américo - Vale do Sousa, EPE” tinha por objecto o *“Fornecimento, Montagem e Parametrização de Equipamento Automatizado de Reembalagem de Formas Orais Sólidas de Medicamentos”*, a ser instalado nos Serviços Farmacêuticos daquele Hospital durante o ano de 2006;

55 - O programa do concurso referia que a adjudicação seria efectuada segundo o critério da proposta economicamente mais vantajosa, atendendo, por ordem decrescente, ao valor global da proposta; à sua adequação técnica as especificações solicitadas; às condições e prazo de garantia; às condições e encargos com a assistência post-garantia; ao prazo de

entrega, montagem e parametrização; aos preços unitários e condições de fornecimento dos respectivos consumíveis; e condições adicionais;

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

57 - As propostas deveriam ser entregues até ao dia 21.08.2006;

58 - Cada uma das arguidas apresentou uma proposta a esse concurso, nesse dia 21.08.2006, tendo sido as únicas concorrentes;

59 – Ambas as arguidas visitaram as instalações do Hospital antes da entrega das respectivas propostas;

60 - As propostas foram abertas no dia 22.08.2006, tendo estado presentes no acto público de abertura das propostas quer a representante da firma BAXTER, Maria Suzel Carreira de Albuquerque de Campos, quer o representante da firma GLINTT, Daniel Henrique Ferreira Basto;

61 - No decurso do acto público procedeu-se à identificação das concorrentes, tendo ambas sido admitidas a concurso, após análise pelo júri dos documentos entregues por cada uma;

62 - Ainda no decurso desse acto público, o júri deu a conhecer aos presentes o preço total de cada uma das propostas admitidas;

63 - Na reunião ocorrida em 12.09.2006 o Júri do concurso deliberou “*propor à consideração superior a não adjudicação da única posição a concurso*”, nos termos da acta III junta a fls. 63 a 67 dos autos e cujo teor integral aqui se dá por reproduzido, e de que nomeadamente consta, “*pelos motivos que a seguir se transcrevem:*

5.

1. Por considerar inaceitáveis as propostas apresentadas por ambos os concorrentes (em harmonia com o previsto na alínea a) do nº1 do art. 57º), nomeadamente por:

1.1. envolverem encargos anuais em consumíveis exclusivos exageradamente elevados face à sua natureza intrínseca enquanto bens e à finalidade a que se destinam (...).

1.2. preconizarem encargos anuais com assistência técnica pós garantia desproporcionadamente elevados (...).

2. Por parecer prefigurar-se, ao abrigo da alínea b) do nº1 do art. 57 do mesmo diploma, conluio entre os concorrentes (nos termos do art. 53 do mesmo diploma), nomeadamente em função dos seguintes argumentos:

2.1. Apesar de ambas as firmas responderem ao solicitado em caderno de encargos apresentando o mesmo equipamento (marca e modelos iguais), fizeram-no assumindo condições exactamente iguais na maioria dos elementos de referência obrigatória nas propostas, com destaque para as seguintes:

2.1.1 – (alínea f) do art. 2 das Cláusulas Técnicas do Caderno de Encargos do Concurso Público nº 02/2006) – “Encargos globais, com e sem Iva, correspondentes ao ponto anterior (alínea d – Descrição completa do equipamento, com referência ao artigo precedente e com a especificação exaustiva dos componentes e acessórios necessários para o seu funcionamento em pleno atendendo às características do HPA-VS, EPE, ou seja, incluindo todos os itens complementares ao equipamento principal (...): a este respeito, ambas as firmas apresentaram valores de encargos exactamente iguais, seja na modalidade de envolvendo um equipamento de embalagem de formas orais sólidas de medicamentos sem inclusão dos 20 canisters adicionais (encargos globais, Iva excluído, de 259.495€, no que diz respeito à firma Consiste; encargos globais, Iva excluído de 259.495,00€, no caso da proposta da firma Baxter), seja na modalidade com inclusão dos 20 canisters adicionais (encargos globais, Iva excluído, de 269.495€, no que diz respeito à firma Consiste; encargos globais, Iva excluído de 269.495,00€, no caso da proposta da firma Baxter);

2.1.2. (alínea l) do art. 2º das Cláusulas Técnicas do Caderno de Encargos do Concurso Público nº 02/2006) – “Encargos globais, com e sem Iva, correspondentes ao ponto anterior (alínea j – Enumeração completa dos consumíveis exigidos para o funcionamento em pleno do equipamento atendendo às características do HPA-VS, EPE (...): também neste item, ambas as firmas apresentaram valores de encargos exactamente iguais, quer no que respeita à quantidade previsional por cada consumível exclusivo e aos respectivos preços unitários, quer ainda no que concerne aos encargos globais previstos

4.

(encargos anuais e para o mesmo nível de actividade, Iva excluído, de 15.000€, no que diz respeito à firma Consiste; encargos anuais e para o mesmo nível de actividade, Iva excluído, de 15.000€, no caso da proposta da firma Baxter);

2.1.3 - *(alínea q) do art. 2º das Cláusulas Técnicas do Caderno de Encargos do Concurso Público nº 02/2006) – “Encargos globais, com e sem Iva, correspondentes ao ponto anterior (alínea o – Condições e modalidades de assistência técnica após o termo do prazo de garantia (...): novamente, ambas as firmas apresentam condições exactamente iguais quer no que respeita à tipologia de contratos de assistência disponíveis (...), quer quanto aos respectivos encargos anuais (encargos anuais em ambas as propostas, em todas as modalidades, e, consequentemente, também na modalidade a eleger, ou seja, a correspondente à proposta b de ambas, representando um valor anual de encargos de 21.450€, Iva excluído. (...);*

64 - Após parecer concordante do consultor jurídico do Hospital, o Conselho de Administração do HPA-VS, EPE deliberou não proceder à adjudicação “*da única posição constante do Concurso Público nº 02/2006*”, tendo notificado as arguidas por carta de 26.09.2006;

65 - Ambas as concorrentes foram notificadas em 26.09.2006 da decisão de não adjudicação no concurso em causa;

66 - Em 12.10.2006, o Presidente do Conselho de Administração do Conselho de Administração do HPA-VS, EPE requereu ao Gestor do Gabinete de Gestão do Saúde XXI, a reformulação e reprogramação física da candidatura “*nº2403 – Sistema Informatizado de Apoio à prescrição On Line e à distribuição de Medicamentos em Dose Unitária*”, referindo que “*(...) verificou-se a necessidade de reequacionar alguns aspectos do projecto inicial por razões que se prendem com suspeitas de irregularidades processuais detectadas no âmbito do procedimento de aquisição por Concurso Público do item de equipamento [FDS 330]*” pelo que “*não poderão ser cumpridos os prazos e as formalidades previstos para um novo procedimento de iguais características e, supõe-se, de resultados provavelmente idênticos*”, solicitando “*o deferimento à reprogramação física da candidatura (...) apresentada, de modo a cumprir com os objectivos que lhe estão inerentes, a qual envolverá naturalmente opções de equipamento diferentes*”, por virtude de “*(...) não serem as circunstâncias evocadas imputáveis ao HPA-VS, EPE e dado ser imprescindível acautelar os interesses des[s]a unidade hospitalar, nomeadamente no que respeita à execução integral da candidatura já aprovada ao Programa Operacional Saúde – Saúde XXI (...)*”;

67 - No âmbito da reprogramação da sua candidatura, o HPA-VS, EPE iniciou, quer o Procedimento de Aquisição n.º 02/2006, relativo a “*Equipamento para fornecimento semiautomático de formas orais sólidas e injectáveis de medicamentos em dose unitária*”, quer o Procedimento de Aquisição n.º 04/2006, relativo a “*fornecimento, montagem e parametrização de equipamentos de distribuição automatizada de medicamentos em meio hospitalar*”;

68 - No primeiro destes procedimentos veio a ser adjudicado à empresa LUSOPALEX o fornecimento do equipamento semiautomático por esta comercializado, denominado “*Megamat Megadosis 1044/279/18*”;

69 - No segundo procedimento, foi adjudicado à GLINTT o fornecimento do equipamento denominado “*Medstation 3000RK-6 gavetas base*”, do equipamento “*Medstation 3000 coluna auxiliar dupla com 8 portas*”, e de um *Remote Manager* (com frigorífico incluído);

70 - Em 27.11.2006 a GLINTT apresentou uma proposta de fornecimento do equipamento FDS 330, pelo preço de €259.495,00 (+ IVA) no Procedimento Concursal n.º 960031/2007, aberto pelo Centro Hospitalar Lisboa Ocidental;

71 - Em 5.07.2007 a GLINTT apresentou uma proposta de fornecimento do equipamento FDS 330, e que incluía uma garantia de 4 anos, pelo valor total de €300.522 (+IVA) no Concurso Público nº 2/2007, aberto pelo Centro Hospitalar Cova da Beira, EPE;

72 - O equipamento FDS (*Fast Dispensing Sistem*) sucedeu ao Sistema ATC212 (“*Automatic Tablet Counter*”) entretanto descontinuado, existindo em duas versões, FDS330 e FDS520, respectivamente com capacidade para 330 e 520 *canisters* (gavetas) com 7 diferentes tamanhos, para os diversos medicamentos;

73 - Apresenta duas componentes distintas: (i) uma componente que dispensa embalagens identificadas de medicação e (ii) o computador com o respectivo *software*, que processa a informação da medicação a ser dispensada pela FDS, utilizando a informação do sistema da farmácia hospitalar, através do *autolink*, processando-a de acordo com as especificações, e enviando-a de seguida para a FDS juntamente com a informação da medicação e etiquetagem, para que sejam criadas, de forma automática, as respectivas embalagens;

74 - Permite receber a informação de sistemas informáticos, processá-la e, de seguida, debitar toda a medicação em embalagens separadas e identificadas, para os respectivos doentes. Pode ainda ser utilizada para reabastecer devidamente os armários de emergência das enfermarias, onde os medicamentos serão correctamente identificados com

vários elementos, como a substância activa, quantidade, validade, lote, entre outros. A prescrição da medicação é transmitida directamente à máquina, que a processa automaticamente;

75 - Todo o processo de separação e identificação se processa de forma automática, sendo a intervenção humana durante todo o processo meramente de controlo e não de produção;

76 - Possui um leitor de código de barras que permite saber em que cassete se deve colocar o respectivo medicamento e conhecer o conteúdo de cada cassete;

77 - À data dos concursos referidos supra em 17., 32., 47., 50., 54., e 67. a 71., só o equipamento FDS procedia à reembalagem das formas orais sólidas de medicamentos;

78 - O equipamento da marca Pyxis - propriedade da sociedade Cardinal Health e do qual a empresa “Grifols Portugal” é a distribuidora exclusiva em Portugal - denominado “MedStation 3000”, é um equipamento com 6 gavetas que serve para a dispensa de medicamentos em unidose, com gestão informática de stocks, através de um dispositivo de armazenamento e dispensa automatizados;

79 - A Grifols apresentou uma proposta de fornecimento desse equipamento a um concurso público promovido pelo Centro Hospitalar da Cova da Beira, EFE, e que tinha como objecto o *“fornecimento de um sistema de dispensa de medicamentos em unidose com gestão informática de stocks”*;

80 - O equipamento Kardex, igualmente comercializado pela empresa “Grifols Portugal”, consiste num sistema de fornecimento semi-automático de medicamentos em doses individuais (orais sólidos e injectáveis), através de armários rotativos, funcionando da seguinte forma: após a introdução das prescrições médicas do dia, para cada paciente no programa de unidose do Serviço de Farmácia, o Armário recebe toda a informação, que é processada e agrupada por produto, para que no momento de encher o carro, consiga dar a medicação total por fármaco e individualizada por paciente. O Armário conhece as localizações e os stocks de produtos que contém, pelo que procura a forma mais rápida de acesso aos mesmos, com vista a dispensar os medicamentos de forma célere. O ecrã constante do equipamento indica qual a gaveta e posição de onde se deve retirar cada um dos medicamentos.

81 - A Grifols apresentou uma proposta de fornecimento desse equipamento num concurso público promovido pelo Centro Hospitalar de Setúbal, EPE que tinha por objecto o *“fornecimento semiautomático de medicamentos em doses individuais para farmácia hospitalar”*;

82 - A máquina *Omnicell*, da empresa LusoPalex, constante da proposta apresentada por esta empresa no procedimento de aquisição nº 2/2006, promovido pelo HPAVS, integra-se no grupo de equipamentos designados por “*Equipamentos de Distribuição Automatizada de Medicamentos em Meio Hospitalar*”, que constituem unidades automáticas de armazenamento e dispensa unitária de medicamentos e de material hospitalar, que permitem, através de uma gestão informática, detectar as necessidades de reabastecimento dos equipamentos e comunicá-las automaticamente aos serviços farmacêuticos, por ligação ao “sistema integrado do circuito do medicamento”;

83 - O *Manual da Farmácia Hospitalar*, elaborado pelo Conselho Executivo do Plano de Reestruturação da Farmácia Hospitalar (Ministério da Saúde) refere que, para a reembalagem de medicamentos é “*necessária a existência de equipamentos de reembalagem de medicamentos que garantam condições de segurança e permitam a identificação correcta do medicamento reembalado*”, devendo os “*serviços farmacêuticos com distribuição unidose e/ou individual (...) optar pelo Equipamento Automatizado de Reembalagem de Formas Oraís Sólidas de Medicamentos (tipo ATC/FDS)*”;

84 - Existem actualmente instalados equipamentos FDS fornecidos pelas Arguidas em, pelo menos, três hospitais - o Hospital Distrital de Santarém, o Hospital Curry Cabral (Lisboa) e os Hospitais da Universidade de Coimbra;

85 - As arguidas quiseram celebrar e manter ao longo do tempo o contrato referido em 13. como o fizeram, bem sabendo que os preços indicados no Anexo II do Contrato como “preço de mercado” eram os preços praticados na venda dos produtos ao cliente final;

86 - As arguidas agiram da forma por que o fizeram não desconhecendo as normas que regulam a concorrência e bem sabendo que do Contrato celebrado resultava uma fixação de preços proibida por lei;

87 - E mesmo assim quiseram celebrá-lo, e mantê-lo, nos termos em que o fizeram;

88 - Não são conhecidos antecedentes contra-ordenacionais a qualquer das arguidas.

*

II.2. Matéria de facto não provada

Abstraindo de todas as considerações jurídicas e conclusivas constantes quer da decisão recorrida quer das alegações de recurso, não ficou provada a seguinte factualidade:

1 - O “preço de mercado” que consta do Anexo II do Contrato era, apenas, o preço máximo a praticar na venda dos produtos.

*

II.3. Fundamentação da decisão da matéria de facto

Antes de passar à análise dos meios de prova, cumpre fazer algumas considerações sobre a prova e sobre a sua valoração, tendo em consideração a natureza dos autos.

No processo contra-ordenacional está em causa um recurso de impugnação judicial, sendo o seu objecto fixado em função do conteúdo do articulado de impugnação. Daí resultando (e diferentemente do processo-crime, em que o julgamento é feito a partir da acusação ou da decisão instrutória, e nada está à partida provado e tudo tem de ser objecto de prova em julgamento, só podendo ser valoradas na sentença as provas que se produzirem no julgamento e aquelas que tenham sido produzidas anteriormente nos casos devidamente especificados na lei), que não há que produzir prova sobre factos aceites pelo arguido, ficando de fora do objecto do recurso os factos constantes da decisão recorrida que o arguido não questiona. Não se trata de prova por confissão no sentido civilista, valendo aqui o princípio da presunção de inocência e o consequente ónus de prova pela acusação. Só tem é que ser produzida prova e apreciada a factualidade posta em causa pelo arguido, e não os factos constantes da acusação que o arguido não questiona.

»

Matéria de facto provada

A convicção do Tribunal, no que respeita à matéria de facto considerada provada e que foi questionada pelas arguidas nos seus recursos de impugnação, formou-se com base na análise crítica da prova produzida, designadamente nos documentos juntos aos autos e no depoimento das testemunhas inquiridas em audiência.

Concretizando:

Relativamente aos factos 1 a 14 (identificação das arguidas, relações do “Grupo Baxter, volume de negócios das arguidas no ano de 2009, contrato celebrado entre ambas em 11.11.2005) constam da decisão da AdC e não foram impugnados pelas arguidas, remetendo-se naquela para os documentos de fls. 5075 a 5079, 247, 3468 a 3478, 4785 a 4795, 5567, 5089, 3468 a 3478, 3503 a 3513, 2248/4428 dos autos.

Factos 15 e 16 – Todas as testemunhas que depuseram a respeito – Rogério Trindade (Consultor de vendas, funcionário da Glintt desde 2002/2003, com intervenção directa nas propostas de venda do FDS no âmbito dos concursos), Daniel Basto (funcionário da Glintt desde 2000, responsável em 2006 pelo Departamento de Robótica Hospitalar e chefe da testemunha Rogério Trindade), Duarte Castelo Branco (Director de Operações da Baxter, e que subscreveu o contrato em representação da Baxter), Paula Calixto (Administradora da Glintt até Dezembro de 2010), Gonçalo Silva (consultor hospitalar, funcionário da Glintt entre

2005 e 2010 no Departamento de Robótica Hospitalar), Paula Almeida (em Outubro de 2005 e até Dezembro de 2010, Directora da Unidade de Negócios da Baxter, e que participou na última reunião antes da assinatura do contrato com a Glintt e passou a ser o ponto de contacto, a nível comercial, entre as duas empresas) e Pedro Sá (Gestor da Baxter), confirmaram que o “Preço GLINTT” era o preço de venda do equipamento pela Baxter à Glintt.

Quanto ao “preço de mercado”, as testemunhas Rogério Trindade e Daniel Basto afirmaram claramente que aquele preço era “o preço” de venda do equipamento ao cliente, tendo esta última testemunha referido que a Glint não podia vender a máquina abaixo do preço que consta do contrato (que havia um preço de compra e um preço de venda). Também a testemunha Paula Calixto, (ainda que refira apenas ter conhecido o contrato depois da notificação da AdC), referiu que lhe explicaram (os seus colegas na Glintt), que aquele era “o preço” que tinham de apresentar. Também a testemunha Gonçalo Silva referiu tratar-se “do preço” (fixo) a praticar na venda do equipamento. E ainda, quando questionado a respeito, que o objectivo da Glintt não era propriamente o lucro, e sim entrar no mercado hospitalar (actuando a Glintt como a “força comercial” da Baxter). O que foi também confirmado pela testemunha Daniel Basto.

A testemunha Duarte Branco, que participou na outorga do contrato referiu-se a um “preço de tabela” fixado pela Baxter, a um “preço de mercado de referência” fixado pela Baxter HV, na Holanda (afirmando que a Baxter quando concorresse apresentaria o preço referido no contrato com sendo o “preço de mercado”).

A testemunha Paula Almeida referiu sempre ao longo do seu depoimento o “preço de tabela” ou a “tabela de preços de 2005/2006). Afirmou que “os preços” eram fixados e revistos anualmente pela Baxter Internacional, tratando-se de um “preço máximo de mercado”; que o objectivo visado era o de não existirem variações de preço daquela máquina no mercado, podendo a Baxter fazer apenas “ajustes financeiros”.

Também a testemunha Pedro Sá referiu que a aprovação da política de preços era feita “pelos europeus”, dada à Baxter Portugal, e que esse preço era “o preço de referência fixado pela Baxter”.

Foi notória a dificuldade destas últimas três testemunhas em explicarem em que é que consistia um “preço competitivo” com o preço estabelecido como “preço de mercado” (diverso deste), bem como, no contexto em questão, a noção e função de um “preço de mercado”, ou “preço de referência”.

Ora, durante o período de duração do contrato celebrado entre as arguidas (de 11.11.2005 a 10.11.2009), não foi praticado outro preço de venda do equipamento FDS que

5.

não o estabelecido no contrato como “preço de mercado”. Quer a Baxter quer a Glintt apresentaram-se sempre aos concursos em questão com a proposta de fornecimento do FDS 330 ao preço, sem IVA, de €259.495,00 ou de €265.982,00, “preços de mercado” estabelecidos para 2005 e 2006. Nem um cêntimo a menos.

Na sequência do “erro” que a Baxter assumiu na reunião entre as arguidas no início de Agosto de 2006, foi acordado que no restante ano de 2006 podia a Glintt (implicitamente mas também a Baxter) praticar o preço de 2005. O que levou a Glintt a alterar a sua proposta para o concurso do CHVR para o preço de 2005 (por lapso não corrigindo a indicação do preço na totalidade da proposta – como foi referido pela testemunha Rogério Trindade). E nem na sequência deste acontecimento quer a Baxter quer a Glintt (que tinha razões para apresentar um preço nem que fosse inferior em €1 ao “preço de mercado” estabelecido, uma vez que tinha objectivos contratuais a cumprir em termos de nº de equipamentos vendidos por ano, e já tinha visto a Baxter a apresentar uma proposta num concurso, fazendo-o em 2006 com o preço de 2005) apresentaram outra proposta de preço que não a do “preço de mercado” estabelecido no Contrato.

Face a estes elementos conclui-se que o “preço de mercado” referido no Anexo II ao Contrato era, efectivamente o preço de venda ao cliente final.

Factos 26 a 28 – A existência da reunião, a razão da sua convocação e as suas conclusões, são referidas no articulado do recurso da arguida GLINTT (arts. 68 a 72). As testemunhas Rogério Trindade (que nela esteve presente, pela Glintt) e Duarte Castelo Branco (que esteve presente, pela Baxter), confirmaram a existência da reunião no princípio do mês, realizada a pedido da Glintt após ter tido conhecimento da apresentação da proposta da Baxter ao concurso aberto pelo Hospital de São Marcos e do preço constante da proposta.

Ambas as testemunhas confirmaram a assunção pela Baxter do engano (erro, falta de comunicação) e, quanto ao preço referiu a testemunha Rogério Trindade de forma clara e segura que da parte da Baxter lhe disseram que poderiam “praticar o preço de 2005”.

Factos 17 a 25 e 29 a 71 (concursos): constam da decisão da AdC e não foram impugnados pelas arguidas, remetendo-se para os documentos de fls. 3147/8, 3144 a 3173, 3176 a 3184, 3185 a 3217, 3221 a 3224, 3639 a 3640, 4043 e 4044, 4045 a 4079, 4433, 4425, 4080 e 4081, 4122 a 4144, 4083 a 4121, 4125 (e 4107/4108), 4145, 4146/7, 4162/3, 4177 a 4190, 4211/2, 4218 a 4225, 4253, 4261 e 4262/3, 29 a 32, 4435 e 4425, 33, 61 a 66, 10 a 19, 3665, 3728, 362 a 399, 3731 a 3788, 3739 a 3761, 4734, 447/8 dos autos.

Factos 72 a 84 (equipamentos): constam da decisão da AdC e não foram impugnados pelas arguidas, remetendo-se para os documentos de fls. 3503, 109, 110, 113,

114, 436 a 459, 1746 a 1758, 341 a 351, 382 a 398, 4346/7, 4096 e 4123. Quanto ao facto 77, não foi impugnado, antes expressamente admitido pelas arguidas.

Factos 85 a 87: resulta do globo da prova produzida. Não tendo sido apurado que o objectivo de restrição da concorrência tenha sido o objectivo da celebração do Contrato, resulta claro que este resultado foi previsto e aceite como consequência dos termos do acordo.

Na verdade, resulta dos elementos probatórios expostos na motivação dos factos 15 e 16, que aqui se dão por reproduzidos na íntegra, que o “preço de mercado” previsto no Anexo II do contrato era o preço praticado pela Glinnt na venda ao consumidor final e que tal assim foi entendido por ambas as arguidas - a Glinnt como sendo o preço que tinha que praticar e a Baxter como sendo o preço que aquela ia praticar e praticou durante a vigência do contrato, sem qualquer reparo ou oposição por parte da sua parte.

»

Matéria de facto não provada

Quanto à matéria de facto não provada, a convicção do Tribunal baseou-se quer na ausência ou inconsistência de prova, quer na produção de prova em contrário. Reiteramos aqui o referido supra quanto à motivação dos factos 15 e 16: a inconsistência do depoimento das testemunhas, funcionários da Baxter, no que respeita à definição dos conceitos constantes da redacção do Contrato ou dos que as próprias avançaram (preços de referência...), o depoimento, mais claro e coerente com a globalidade dos restantes factos apurados, das testemunhas que são ou foram funcionários da Glinnt, o facto de ao longo do período de duração do Contrato não ter sido apresentado senão o “preço de mercado” que consta do Anexo II, o acordado na reunião de Agosto de 2006 e a subsequente alteração da proposta da Glinnt a um concurso.

Não foi em suma produzida prova suficiente, para alicerçar a convicção devidamente fundamentada do Tribunal, de que o “preço de mercado” estabelecido no Contrato fosse apenas o preço máximo de venda do equipamento.

*

II.4. Enquadramento jurídico

Vêm as arguidas acusadas da prática da contra-ordenação prevista no art. 4 nº1 da lei 18/2003 de 11.06, que dispõe: *“São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do território nacional, nomeadamente os que se traduzam em:*

5.

a) *Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa; (...)*”

Para que se possa concluir que uma determinada prática viola o art. 4, e tendo em consideração a acusação imputada às arguidas, há que apurar:

- se foi encetada por empresas tal como definidas na Lei da Concorrência, e por isso sujeito ao regime previsto nessa Lei;
- se foi celebrado um acordo entre duas ou mais empresas;
- qual o mercado relevante;
- se o acordo em questão tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível, a concorrência no todo ou em parte do mercado relevante.

Passemos pois à análise de cada um destes elementos do tipo.

»

a) da aplicabilidade do regime da concorrência às arguidas

De acordo com o disposto no art. 1 nº1 da Lei 18/2003, o regime legal da concorrência *“é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo”*.

A noção de empresa é-nos dada pelo art. 2: *“qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento”*.

As arguidas são sociedades comerciais, sob a forma de sociedades por quotas, exercendo a sua actividade no âmbito, designadamente, da *distribuição e venda de medicamentos e produtos laboratoriais, bem como materiais, aparelhos e instrumentos médico-cirúrgicos e para uso laboratorial* (a BAXTER) e da *importação, exportação, representação, compra, venda, revenda, aluguer, distribuição e, bem assim, o comércio em geral, a prestação de serviços de instalação e a manutenção de equipamentos de informática, produtos de software, material activo de comunicações, robótica, equipamento auxiliar de farmácia, equipamentos de segurança, mobiliário de farmácia, material de iluminação, cablagem e consumíveis de informática* (a GLINTT), actividade essa que, como sociedades comerciais, prosseguem com intuits lucrativos.

São pois claramente, ambas, empresas para efeitos do art. 4, sendo-lhes aplicável o regime da concorrência.

»

b) da existência de um acordo entre empresas

A noção de acordo não resulta expressamente da Lei da Concorrência, mas quer a doutrina quer a jurisprudência, nacional e comunitária, são unânimes no conteúdo a dar a este conceito: está em causa uma noção muito ampla, que abrange todos os contratos de que derivem obrigações juridicamente vinculativas para as partes, bem como os simples acordos, independentemente da forma que revistam, quer sejam celebrados entre empresas concorrentes, ou seja, situadas no mesmo estágio de produção ou cadeia de distribuição (acordos horizontais) quer sejam celebrados entre empresas situadas em diferentes estádios da produção ou da cadeia de distribuição (acordos verticais).

Um acordo relevante para efeitos da Lei da Concorrência é, pois, qualquer comportamento coordenado de empresas, sob qualquer forma jurídica, em que pelo menos uma se obriga a uma determinada prática ou em que se elimina a incerteza do comportamento da outra; seja ele expresso ou tácito, simétrico ou assimétrico.

No caso dos autos resultou provado que em 11.11.2005 as arguidas celebraram entre si um contrato (que viria a ser denunciado pela GLINTT por carta de 29.06.2009, com efeitos a 10.11.2009) tendo por objecto a comercialização pela GLINTT, dos produtos constantes do anexo a esse contrato (designadamente do equipamento FDS330, seus componentes e acessórios) de cujos direitos de representação exclusiva em Portugal a BAXTER era titular. Acordo de vontades esse que englobava a fixação de um “preço de mercado” do FDS (e da fita de empacotamento, fita de impressão e *canister*) que era o preço a praticar na venda dos produtos ao cliente final.

Celebraram pois as arguidas um acordo (vertical, uma vez que as duas empresas não se encontram no mesmo estágio da cadeia de valor dos produtos, sendo a BAXTER a “fornecedora” dos produtos que a GLINTT iria comercializar) relevante para efeitos de aplicação da Lei da Concorrência, dado que se obrigaram a uma determinada prática e, em simultâneo, eliminaram a incerteza do comportamento da outra.

»

c) do mercado a considerar

A definição do mercado é um passo essencial para determinação da infracção, uma vez que ela existe sempre por referência a um dado mercado. A este propósito escreve Lopes Rodrigues que *“o principal objecto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das empresas*

C.

em causa, susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva.” (in, O Essencial da Política de Concorrência, INA, 2005, p. 95-96).

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

Na óptica da procura o mercado é identificado pela existência de um conjunto de produtos, bens ou serviços, substituíveis entre si. Na óptica da oferta, é identificado pela existência de várias empresas que estão no mercado em causa a fornecer o produto ou serviço, mas que também pode ser oferecido por outras empresas que ainda não estão no mercado ou pelas que já estão no mercado sem que tenham que incorrer em custos ou riscos suplementares significativos.

A AdC identificou o mercado do produto relevante como sendo o do fornecimento do equipamento automatizado de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos FDS 330, e respectivos serviços conexos, tais como montagem e parametrização do equipamento em causa, fornecimento de consumíveis, exclusivos ou não, e serviços de formação e manutenção/assistência técnica.

Insurgem-se as arguidas contra esta delimitação do mercado relevante ao produto em causa, alegando que à data dos factos existiam em Portugal, com resulta da própria decisão, outros produtos considerados substituíveis pelo consumidor, do ponto de vista das suas características e finalidades de utilização (v.g. o Medstation 3000 e o equipamento da Kardex) pelo que devem ser incluídos no mesmo mercado do produto relevante. E que, o facto de o FDS 330 ser, na altura, o único que apresentava a funcionalidade de reembalagem de medicamentos não justifica aquela delimitação.

Sem razão, no entanto, não podendo o mercado de produto relevante neste caso deixar de ser o identificado pela AdC.

Para tanto basta atentar no objecto dos três concursos a que ambas as arguidas concorreram com as suas propostas de fornecimento do equipamento FDS 330: *“Fornecimento de sistema automatizado para reembalagem/dispensa de medicamentos em dose unitária ao Hospital de São Marcos em Braga”*; *“Aquisição de um sistema de medicamentos em unidose, que permita a reembalagem automatizada dos respectivos medicamentos, com gestão informática de stocks, para os serviços farmacêuticos do CHVRPR, EPE”*; *“Fornecimento, Montagem e Parametrização de Equipamento*

Automatizado de Reembalagem de Formas Orais Sólidas de Medicamentos”, a ser instalado nos serviços farmacêuticos do HPA-VS, EPE” durante o ano de 2006.

A funcionalidade da reembalagem automatizada dos medicamentos é uma das especificações dos concursos, por forma que não nos permite qualificá-la como “acessória”. Face à delimitação concreta e precisa do objecto dos três concursos, apenas o equipamento das arguidas preenchia as respectivas especificações. Até poderia haver vários outros equipamentos no mercado com características que lhes permitiriam ser utilizados para finalidades semelhantes àqueles. Mas, tais equipamentos não preencheriam os requisitos dos concursos.

Assim, e neste caso concreto, a definição do mercado é equivalente ao objecto dos três concursos quanto ao produto, já que apenas o equipamento das arguidas os preenchia.

O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos e/ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas. Apura-se, pois, tendo em consideração a zona territorial em que os produtores ou os vendedores de um dado bem ou serviço concorrem em condições homogêneas.

No caso, em termos geográficos, o mercado a considerar é o território nacional, tal como apreciado pela AdC, não tendo sido alegado qualquer facto concreto pelas arguidas que contrarie a consideração do território nacional como a dimensão geográfica relevante.

Consideram as arguidas ter a AdC errado na definição do mercado relevante por não ter considerado a concorrência potencial (equipamentos que possam satisfazer as necessidades da procura e que, potencialmente, pudessem ser comercializados em Portugal e que apenas ainda o não fossem por falta de certificação). Ora, não resultaram demonstrados factos que permitam concluir pela existência de equipamentos nas condições referidas pelas arguidas, na altura em que os Hospitais referidos na matéria de facto pretendiam o fornecimento de equipamentos automáticos de reembalagem de formas orais sólidas de medicamentos.

»

d) da existência de um acordo que tenha por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência

O art. 4 da Lei da Concorrência refere que a infracção se considera cometida desde que o acordo, a decisão ou a prática, tenha por objecto *ou* por efeito restringir a concorrência, de forma sensível.

A introdução da disjuntiva “ou” tem um sentido inequívoco: não é necessário que o acordo, decisão ou prática tenha por efeito restringir a concorrência, bastando que tenha por objecto essa restrição. São pois considerados violadores da concorrência quaisquer acordos, decisões ou práticas que, por elas próprias ou pelos seus efeitos, sejam limitativas da liberdade dos agentes económicos.

Não está assim em causa uma infracção de dano mas sim de perigo: basta que o bem jurídico seja posto em perigo, que exista a possibilidade de lesão, para que a infracção se considere cometida.

Impedir a concorrência implica a sua supressão absoluta, ou seja, a concorrência deixa de existir. *Restringir* a concorrência significa que a mesma continua a existir mas em moldes diferentes dos normais, *i.é.*, a concorrência diminui. *Falsear* a concorrência implica uma alteração das condições normais do mercado, *maxime*, das condições de troca próprias das estruturas do mercado.

O Legislador consagrou no entanto a regra *de minimis*: o acordo só é proibido se a limitação às regras da concorrência for significativa, ou seja, os acordos de menor importância beneficiam de uma isenção genérica. Tal é o significado da expressão “*restringir de forma sensível*” inserta no art. 4.

No caso dos autos está em causa um acordo celebrado entre as duas arguidas que abrangeu a fixação do preço a praticar na venda dos produtos ao consumidor final.

A fixação, directa ou indirecta, dos preços de compra ou de venda consta da al. a) do nº1 do art. 4, que estabelece um elenco exemplificativo de práticas proibidas.

A fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respectivo cliente, não havendo justificação para que seja imposto por um terceiro ao primeiro e, conseqüentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e só do livre jogo do mercado, naturalmente com respeito pelas regras e princípios que regulam o funcionamento do próprio mercado.

Ora o acordo celebrado entre as arguidas, ele mesmo, pelo seu próprio objecto, interfere com o regular funcionamento do mercado, na medida em que influencia necessariamente a formação da oferta e da procura (sendo o factor “preço” decisivo neste binómio, e de forma que não é insignificante ou desprecienda).

Tratando-se de uma infracção por objecto não há que analisar qualquer dos seus efeitos nos termos já supra expostos.

*

e) da justificação da prática ao abrigo do art. 5 da Lei nº18/2003

Dispõe o art. 5 da Lei 18/2003:

“1. Podem ser consideradas justificadas as práticas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;

b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;

c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência num aparte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa. (...)”

Alegam ambas as arguidas que a infracção por fixação de preços por cuja prática foram condenadas deve beneficiar do balanço económico positivo, ser em suma considerada justificada nos termos do art. 5 da Lei da Concorrência, uma vez que o acordo contribuiu para melhorar a distribuição dos produtos e para promover o progresso técnico ou económico, reservou aos consumidores uma parte equitativa do lucro resultante, revelou-se indispensável para a melhoria da distribuição dos produtos e para o progresso acima referido, e por último não causou qualquer restrição da concorrência no mercado relevante.

Ora, não se mostrando provados factos que permitam concluir pelo preenchimento cumulativo dos requisitos previstos nas als. a) a c) do nº1 daquele art. 5, não pode considerar-se justificado o acordo anti-concorrencial das arguidas já analisado.

*

f) da afectação do comércio entre os Estados-Membros e a violação do art. 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Tendo-se concluído que a conduta das arguidas viola o disposto no art. 4 nº1 da Lei 18/2003, há que apurar agora se a mesma também viola o art. 101 do TFUE.

Dispõe o citado artigo que são *“incompatíveis com o mercado comum e proibidos (...) todos os acordos entre empresas (...) que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e eu tenham por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em (...) fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção”*.

Resulta assim da norma em análise que pressuposto da sua aplicação é que a decisão violadora das regras da concorrência afecte o comércio entre os Estados-Membros, ou seja,

que tenha ou possa ter um impacto nas actividades económicas de pelo menos dois Estados-Membros, interferindo na sua estrutura concorrencial. Demonstrados estes requisitos haverá ainda que indagar se tal impacto afecta, de forma sensível, essas mesmas actividades.

Para contribuir para a uniformização da interpretação e alcance que deve ser dado a esta noção, a Comissão emitiu uma comunicação – que permanece actual, face à igual redacção do art. 101 do TFUE - sob a epígrafe “*Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos arts. 81 e 82 do Tratado*” (JO nº C 101, de 27.4.2004), onde se lê:

“na aplicação do critério de afectação do comércio, deve ser prestada especial atenção a três elementos: a) o conceito de “comércio entre os Estados-Membros, b) a noção de “susceptível de afectar”, e c) o conceito de “carácter sensível”.

A propósito do conceito de “comércio entre os Estados-Membros”, refere a comunicação que *“o conceito de “comércio” não se limita às tradicionais trocas transfronteiriças de bens e serviços. Trata-se de um conceito mais amplo, que cobre toda a actividade económica transfronteiriça. (...) O requisito de afectação (...) implica que deve haver um impacto nas actividades económicas transfronteiriças que envolva, no mínimo, dois Estados-Membros (...). A aplicação do critério da afectação do comércio é independente da definição dos mercados geográficos relevantes (...)”.*

Sobre o conceito de “susceptível de afectar”, diz-se que com o mesmo se pretende *“definir a natureza do impacto necessário no comércio entre os Estados-Membros. De acordo com o critério de base desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, a noção de “susceptível de afectar” implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros (...) Nos casos em que o acordo ou a prática é susceptível de afectar a estrutura concorrencial no interior da comunidade, a aplicabilidade do direito comunitário fica estabelecida. (...) A avaliação da afectação do comércio baseia-se em factores objectivos. Não é necessária uma intenção subjectiva por parte das empresas em causa (...) Não há qualquer obrigação ou necessidade de calcular o volume efectivo de comércio entre os Estados-Membros afectados pelo acordo ou prática.”*

Relativamente ao terceiro elemento, “de forma sensível”, é o que introduz a exigência de o acordo assumir alguma magnitude, ficando excluídos *“os acordos e práticas que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afectam o mercado de forma não significativa. O carácter sensível pode ser apreciado,*

nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado do produto em causa”.

Como resulta da própria comunicação, a conclusão de que estamos perante uma actividade que afecta de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros é casuística e tem de ser extraída de factos objectivos que demonstrem o *“impacto nas actividades económicas transfronteiriças”* e que permitam *“prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros”*.

Entendeu a AdC que actuando as arguidas em todo o território de um Estado-Membro e detendo o exclusivo da comercialização dos produtos em causa em todo esse território, o acordo de fixação do preço desses produtos falseia o mercado nacional na sua globalidade, afecta a estrutura concorrencial do mercado e é susceptível de afectar a estrutura concorrencial no interior da União Europeia.

Como se referiu, a conclusão de que o acordo afecta o comércio entre Estados-Membros tem de se extrair de factos objectivos e, acrescente-se, devidamente descritos e provados. Ora, no caso, não ficaram provados os necessários dados objectivos que permitam concluir que o acordo celebrado entre as arguidas é susceptível de afectar, de forma sensível, o comércio entre os Estados-Membros. A AdC teria de ter demonstrado, factualmente, que o acordo celebrado entre as arguidas tem por efeito consolidar barreiras de carácter nacional e possibilitar ou reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, o que não fez.

Nas orientações da Comissão sobre o conceito de “afecção”, refere-se que o mesmo depende essencialmente da consideração de três factores: natureza do acordo, natureza dos produtos e posição das empresas em causa, relacionado este último com a apreciação do carácter sensível.

Tratando-se in casu de um acordo celebrado entre empresas nacionais, o mesmo não é um acordo que, pela sua natureza, seja susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros, dado que as empresas envolvidas pertencem ao mesmo Estado-Membro, e o acordo não incide sobre importações e exportações.

Quanto ao produto, não resultou demonstrado que os produtos objecto do acordo de fixação de preços sejam, pela sua própria natureza, produtos adequados ao comércio transfronteiriço.

Resta o factor peso das empresas no mercado comum. E não resultaram a esse respeito demonstrados factos que permitam aferir esse peso (nem a AdC os invocou). Se para

apurar a afectação da concorrência a nível nacional, no caso concreto, atender ao volume de negócios das arguidas é um elemento com peso significativo, para apurar a afectação da concorrência a nível intracomunitário, esse elemento é meramente indicativo. A própria Comissão fixou como montante de referência a considerar para esse efeito €40 milhões (volume de negócios relativo aos produtos objecto do acordo): se as empresas tiverem um volume de negócios igual ou superior a esse montante, há uma presunção ilidível de que os efeitos do comércio são sensíveis (ponto 53 da Comunicação sobre o conceito de afectação do comércio).

Conclui-se, assim, que o acordo em causa não pode considerar-se à partida como um acordo que afecta de forma sensível o comércio intracomunitário, nem existem elementos que permitam concluir que há grande probabilidade de o acordo vir a afectar o comércio entre mais do que um Estado Membro.

Face ao exposto, entende-se que não ficou provado que o acordo celebrado entre as arguidas seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, pelo que não pode a conduta das arguidas nestes autos ser valorada tendo por pressuposto a violação do art. 101 do TFUE.

Resulta de todo o exposto que as duas empresas arguidas celebraram entre si, e executaram, um acordo de fixação de preços de venda anticoncorrencial, proibido nos termos do disposto no art. 4 da Lei 18/2003 de 11.06., agindo, assim, em co-autoria material.

Resultou ainda demonstrado que agiram com conhecimento das regras da concorrência, sabendo que os preços indicados no Anexo II do Contrato como “preço de mercado” eram os preços praticados na venda dos produtos ao cliente final e que do Contrato celebrado resultava uma fixação de preços proibido por Lei, e mesmo assim quiseram celebrar e manter o Contrato ao longo do tempo, nos termos em que o fizeram. Agiram, pois, com dolo directo.

Nos termos do art. 42 da Lei 18/2003, a infracção ao disposto no art. 4 do diploma constitui uma contra-ordenação.

III. Da escolha e medida da sanção a aplicar

Nos termos dos arts. 43 nº1 al. a), a violação do disposto no art. 4, “*Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10% do volume de negócios do último ano.*”

Resultou demonstrado que no exercício de 2009 o volume de negócios da BAXTER foi de € 9.686.451,00 e o da GLINTT de € 51.396.165,00.

Assim, a moldura abstracta da coima aplicável às arguidas tem como limite máximo, respectivamente, €968.645,10 (a BAXTER) e €5.139.616,50 (a GLINTT).

Quanto a limite mínimo nada é dito, pelo que é aplicável o previsto no art. 17 do RGCOG.

Com base nesta moldura abstracta, a AdC aplicou à BAXTER a coima de € 145.296,77 e à GLINTT a coima de €385.471,24.

Cabe agora apurar se, face aos elementos a considerar na fixação da moldura concreta da pena, devem as coimas aplicadas pela AdC ser mantidas, ou se existem circunstâncias a considerar que levem a uma diminuição dos seus montantes. Vigorando aqui o princípio da proibição da *reformatio in pejus* (art. 72-A, nº1 do RGCOG), ao Tribunal está vedado condenar as arguidas em coima superior à que foi aplicada na decisão recorrida.

Passemos pois à determinação da medida concreta da coima, tendo em consideração que “cada participante é punido segundo a sua culpa” (art. 16 nº2 do RGCOG).

Dispõe o art. 44 da Lei 18/2003 que as coimas são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias:

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

Estabelece por seu turno o art. 18 do RGCOG (aqui aplicável, face à remissão do art. 22 e dado que o próprio art. 44 esclarece que as circunstâncias nele previstas deverão ser, “entre outras” consideradas, do que resulta que nele não estão incluídos todos os elementos a considerar na determinação da medida concreta da coima), que na determinação da coima há ainda que considerar:

- . a culpa;
- . a situação económica do agente.

»

Ambas as arguidas pugnam, nas respectivas alegações de recurso, pela diminuição da concreta coima aplicada, em particular a GLINTT para “um montante simbólico” invocando a excepcional colaboração prestada à AdC.

A AdC considerou na sua decisão – já dissemos acima que de forma não infundamentada – que a infracção em causa é grave, face aos bens jurídicos protegidos, tanto mais que a conduta logrou afectar de forma sensível o comércio intracomunitário (para efeitos de aplicação do art. 101 do TFUE).

A gravidade da infracção é manifesta. Tem por objecto restringir e falsear a concorrência e afecta necessariamente o bom funcionamento do mercado (o que decorre necessariamente do simples facto de duas empresas celebrarem um acordo com o âmbito do que as arguidas celebraram: uma interferência no sistema de fixação de preços e na liberdade negocial em geral e restrição da concorrência no mercado). Resulta inquestionável a existência de distorções graves no mercado.

Tal como, pela própria natureza do acordo, é manifesto que o mesmo produziu efeitos nefastos no mercado, impedindo que a formação do preço fosse ditado pelo binómio procura/oferta, como deverá ser num mercado a funcionar em condições normais de concorrência.

Assiste pois razão à AdC ao considerar grave a contra-ordenação praticada, tendo sido postos em causa valores fundamentais para a estrutura da economia, designadamente os valores da liberdade de formação da oferta e da procura e de salvaguarda dos interesses dos consumidores, e durante um período de tempo relativamente prolongado (tanto quanto durante a vigência do contrato).

Não tendo ficado provada a violação do disposto no art. 101 do TFUE, terá tal facto de ser atendido em sentido favorável às arguidas, uma vez que a decisão da AdC tinha como pressuposto também aquela violação.

Quanto ao grau de colaboração das arguidas, e em especial da GLINT, com a AdC até ao termo do processo administrativo: foi tido em conta na decisão, como circunstância atenuante valorada na determinação da medida concreta da coima (e especialmente sublinhado que a colaboração prestada pela GLINTT ultrapassou o mero dever legal previsto no art. 18 da Lei 18/2003. Não pode é o facto de a decisão se ter baseado em considerável medida nas declarações prestadas por funcionários da GLINTT no procedimento administrativo, ser ponderada com o especial relevo que a arguida sugere e que a leva a pugnar pela aplicação de uma coima de montante simbólico. Não se tratou propriamente de uma confissão sem a qual a AdC não teria qualquer forma de demonstrar a existência da

5.

infracção, antes do cumprimento do dever que assiste a qualquer declarante na situação em apreço, de responder com verdade ao que lhe é perguntado.

Quanto ao comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência, foi considerado pela AdC e ponderado como atenuante, o facto de a GLINTT ter posto termo ao contrato fazendo dessa forma cessar a infracção (ainda que só depois da instauração do procedimento contra-ordenacional), não tendo resultado apurados qualquer outros factos relevantes.

O acordo celebrado entre as arguidas vigorou durante quatro anos (celebrado o contrato em 11.11.2005, foi denunciado pela GLINTT com efeitos a 10.11.2009), tendo permitido às arguidas, durante esse período, abstrair-se da pressão exercida em condições normais de mercado concorrencial no que respeita ao preço dos produtos.

Ambas as arguidas intervieram na celebração do acordo e aceitaram a sua manutenção em vigor até 2009, sabendo ambas o que tal acordo significava, não tendo resultado demonstrados factos que permitam concluir por um diferente grau de culpa das arguidas, grau esse que se mostra mediano.

Mostra-se elevada a necessidade de prevenção geral. Como referido na decisão da AdC, a confiança da comunidade e, particularmente, a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e na transparência das relações entre agentes económicos tem de tutelada e firmemente protegida.

As arguidas agiram com dolo, directo, não lhe sendo conhecidos antecedentes contra-ordenacionais.

Quanto à situação económica das arguidas, não resultou demonstrado outro facto que não o volume de negócios de ambas no ano de 2009, ponderado já para efeitos de determinação da medida abstracta da coima.

Tudo visto e ponderado, considerando a moldura abstracta aplicável e todas as circunstâncias supra referidas, entende o Tribunal condenar as arguidas BAXTER e GLINTT, nas coimas de € 100.000,00 e €300.000,00 respectivamente.

*

A AdC condenou ainda as arguidas, nos termos do art. 45 da Lei 18/2003, a título de sanção acessória, à publicação de um extracto da decisão na II Série do Diário da República e em jornal nacional de expansão nacional.

Afigura-se plenamente justificada a aplicação da sanção acessória atenta a gravidade da infracção e o mercado geográfico relevante.

*

IV. Decisão

Face a tudo o exposto, julgando parcialmente procedentes os recursos de impugnação interpostos pelas arguidas “**Baxter – Médico Farmacêutica, Lda** e “**Glintt – Business Solutions, Lda**”, condeno as duas arguidas, pela prática em co-autoria material de uma contra-ordenação p.p. pelos arts. 4 n.º 1 e 43 n.º 1 al. a) da Lei 18/2003 de 11 de Junho, nas seguintes coimas:

a) “**Baxter – Médico Farmacêutica, Lda**, na coima de €100.000,00 (cem mil euros);

b) “**Glintt – Business Solutions, Lda**”, na coima de €300.000,00 (trezentos mil euros).

*

Vão ainda as arguidas condenadas a proceder, a expensas suas, à publicação num jornal de circulação nacional e no Diário da República, II Série, de um extracto da decisão, do qual conste os fundamentos de facto e de direito que levaram à sua condenação e que o Tribunal delimitará após o trânsito em julgado da presente decisão.

*

Condeno as arguidas nas custas do processo, fixando-se a taxa de justiça em 4 UCs (arts. 93 n.º 3 e n.º 4, do Decreto Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro, na redacção do art. 9 do Decreto Lei n.º 323/01 de 17/12 e 8 n.º 4, do Regulamento das Custas Processuais).

*

Notifique.

*

Proceda-se ao depósito desta sentença.

*

Comunique à autoridade administrativa, nos termos do disposto no art. 70º n.º 4 do Decreto-lei n.º 433/82 de 17/10, na redacção dada pelo Decreto-lei n.º 244/95 de 14/09.

*

Lisboa, 12.09.2011

(elaborei e revi a presente decisão)

