

ESTUDO DE CASO 1:

Cartel na indústria farmacêutica em concursos públicos promovidos por hospitais portugueses

1. Sumário

Entre Novembro de 2001 e Janeiro de 2003, quatro empresas da indústria farmacêutica, com atividade no mercado português, apresentaram uma uniformidade de preços em 36 concursos públicos para fornecimento de tiras-reagente para determinação de glicose (utilizadas para controlo de diabetes), promovidos por 22 hospitais em todo o País.

2. Antecedentes

Anteriormente ao presente caso, a Autoridade da Concorrência havia já condenado a Abbott Laboratórios, a Bayer Diagnostics Europe, a Johnson & Johnson, a Menarini Diagnósticos e a Roche Farmacêutica Química por uma prática anti-concorrencial semelhante relativa ao mesmo produto num concurso público hospitalar de Janeiro de 2003.

Após uma denúncia da Direção do Centro Hospitalar de Coimbra, a Autoridade da Concorrência iniciou uma investigação contra aquelas cinco empresas por se terem concertado num concurso público para fornecimento de tiras-reagente. A investigação realizada pela Autoridade da Concorrência permitiu concluir que, no âmbito do concurso público para fornecimento daquele bem, as cinco empresas apresentaram propostas iguais: € 20 (vinte euros) por caixa de 50 tiras-reagente. Face à uniformidade das propostas apresentadas pelas empresas, o Centro Hospitalar de Coimbra decidiu não adjudicar o fornecimento.

Provada a existência de uma prática concertada naquele concurso público de Janeiro de 2003, a Autoridade da Concorrência condenou, em Janeiro de 2005, as cinco empresas ao pagamento de uma coima no total de 3,2 milhões de euros (658 mil euros/cada).

3. Os Factos

Na sequência desta decisão da Autoridade da Concorrência de Janeiro de 2005, uma das empresas condenadas, a Johnson & Johnson, decidiu colaborar e entregar, de livre e espontânea vontade, à Autoridade da Concorrência vários documentos. Estes documentos permitiram concluir que o caso do Centro Hospitalar de Coimbra, de 2003, não era um caso

isolado, existindo indícios de cartelização em vários outros concursos públicos hospitalares. Os documentos entregues voluntariamente consistiam, na sua maioria, em mensagens eletrónicas e apontamentos referentes a reuniões conjuntas entre a Abbott Laboratórios, a Bayer Portugal e a Bayer Diagnostics Europe, a Johnson & Johnson e a Menarini Diagnósticos, onde eram discutidos os preços. Essas discussões ocorriam no quadro da negociação com o Ministério da Saúde de um protocolo para a venda de tiras-reagente no segmento farmácia.

Após a execução de diligências probatórias que incluíram a realização de inspeções a 22 hospitais de norte a sul do País, foi possível apurar que os preços praticados pelas empresas arguidas eram uniformes e registaram um aumento significativo entre Novembro de 2001 e Janeiro de 2003. Em 20 procedimentos públicos adjudicados os preços apresentados foram exatamente idênticos. A partir de Janeiro de 2003, os preços não só decresceram como se deixou de assistir a uma uniformidade dos preços, o que coincide com a queixa apresentada pelo Centro Hospitalar de Coimbra à Autoridade da Concorrência, que veio a originar a primeira Decisão já referida. Ficou, ainda, provado que estas subidas de preços coincidiam com a realização de reuniões entre as empresas envolvidas, em que os preços das tiras-reagente para o segmento hospitalar eram discutidos.

A título meramente exemplificativo, veja-se os preços praticados pelas arguidas, relativamente a concursos abertos pelo Hospital de Santa Maria, em Lisboa, no período investigado:

Preço unitário/emb. 50	ABBOTT	MENARINI	J&J	BAYER	ROCHE
Concurso Público n.º 199/2001	€9.33	-----	€9.98	€17.46	€9.98
Concurso Público n.º 199/2002	€18.01	€18.01	€18.01	-----	€18.01
Concurso Público n.º 199/2003	€20.00	€20.00	€20.00	€20.00	€20.00
Concurso Público n.º 199/2004	€13.90	€14.00	€20.00	€15.00	€17.00

A este propósito é importante salientar que, de acordo com as regras aplicáveis aos concursos públicos, as propostas das empresas concorrentes devem ser apresentadas em envelope selado, não sendo o seu conteúdo conhecido até ao momento da abertura simultânea de todas as propostas. Assim, a Autoridade da Concorrência considerou que, não existindo, na fase de apresentação das propostas, qualquer possibilidade de publicitação dos preços, a figura do alinhamento de preços não poderia, no caso em apreço, ter ocorrido na ausência de concertação prévia. Do mesmo modo, só a existência de práticas concertadas pode justificar o facto de as empresas arguidas coincidirem nos aumentos percentuais dos preços de concurso para concurso.

A prova reunida permitiu concluir que as subidas de preços concertadas propostas nos concursos públicos também visavam influenciar a base de negociação do preço fixado entre o Estado e as empresas farmacêuticas, para a venda das tiras-reagente a farmácias. A importância do preço de venda no segmento das farmácias fixado administrativamente traduz-se no facto de estas vendas representarem 80% das vendas totais, face aos 20% das vendas a hospitais (onde o preço é livre).

Alguns funcionários de algumas das arguidas declaram, durante o desenrolar o processo, ter participado na concertação dos preços.

A Autoridade da Concorrência estimou que o dano económico nas vendas em estabelecimentos hospitalares se situe em mais de 2,1 milhões de euros, em 2002 e 2003, e, no que se refere às vendas em farmácias, o dano económico represente até 10,4 milhões de euros anuais, desde a entrada em vigor da Portaria que fixa os preços de venda ao público das tiras-reagente em 2003.

4. Enquadramento Legal

A Autoridade concluiu que as empresas Abbott Laboratórios, Bayer Portugal e Bayer Diagnostics Europe, Johnson & Johnson e Menarini Diagnósticos, ao incorrerem em práticas concertadas, tendo por objeto a fixação uniforme de preços no âmbito de concursos públicos, no qual todas eram concorrentes, infringiram o disposto no artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho¹.

¹ A Lei n.º 18/2003 foi revogada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que estabelece o novo regime jurídico da concorrência.

5. A Decisão

Nestes termos, a Autoridade da Concorrência decidiu aplicar uma coima cerca de 16 milhões de euros às cinco empresas da indústria farmacêutica, distribuída do seguinte modo:

- Abbott Laboratórios foi condenada ao pagamento da coima mais alta de 7 milhões de euros, pela prática de 35 infrações;
- A Bayer foi condenada ao pagamento de uma coima de 3 milhões de euros, por ter cometido 27 infrações;
- A Menarini Diagnósticos foi condenada ao pagamento de uma coima de 2,8 milhões de euros, por ter cometido 27 infrações;
- A Johnson & Johnson foi condenada a pagar uma coima de 658 mil euros por ter estado envolvida numa infração.

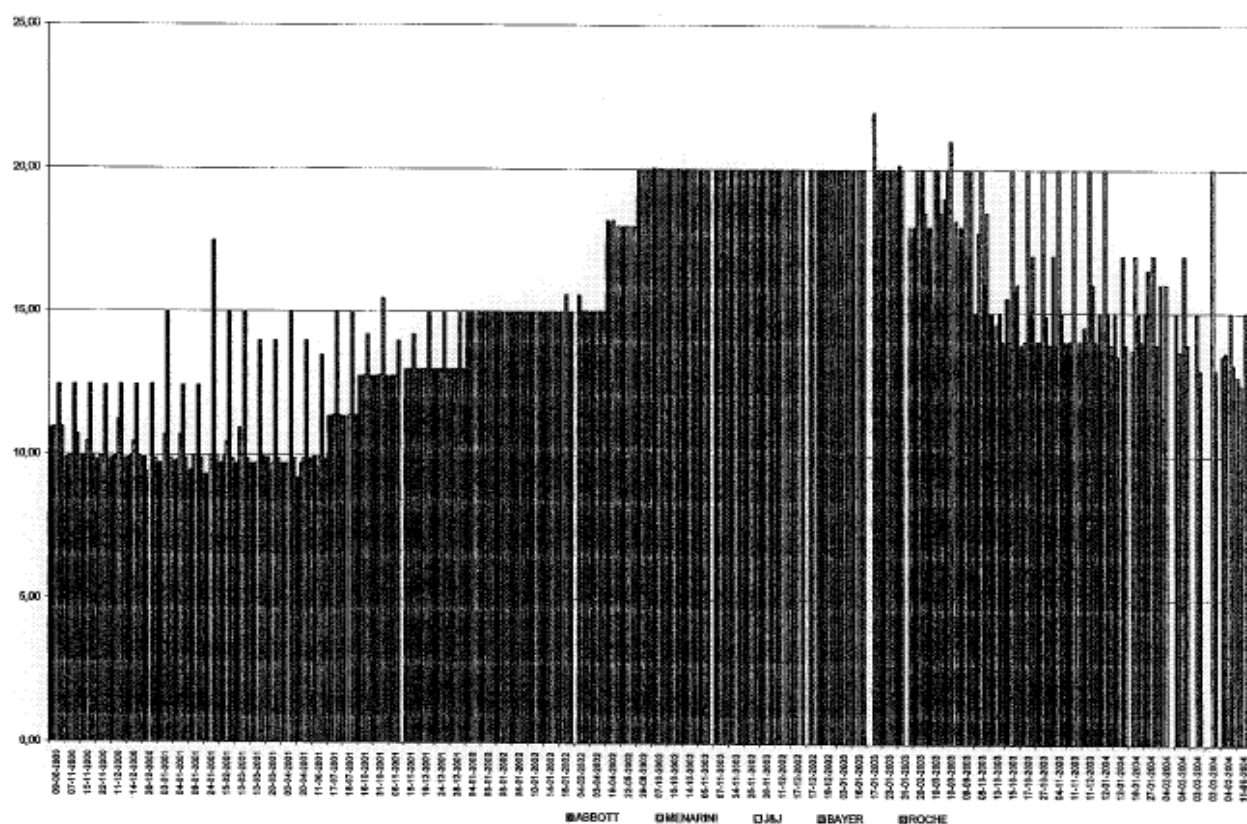
Portugal não dispunha, aquando da Decisão da Autoridade da Concorrência, de um programa de clemência. No entanto, na determinação da medida concreta das coimas para cada uma das empresas, foi tomada em especial atenção a colaboração das empresas com a Autoridade da Concorrência, que figurava entre as circunstâncias atenuantes legalmente atendíveis para este efeito.

6. Recursos

Apenas três das quatro empresas interpuseram recurso da Decisão perante o Tribunal de Comércio de Lisboa: a Abbott Laboratórios, a Menarini Diagnósticos e a Johnson & Johnson. O Tribunal de Comércio de Lisboa confirmou a condenação destas 3 empresas, tendo, no entanto, reduzido as coimas para 3 milhões de euros, 2 milhões de euros e 70 mil euros, respetivamente.

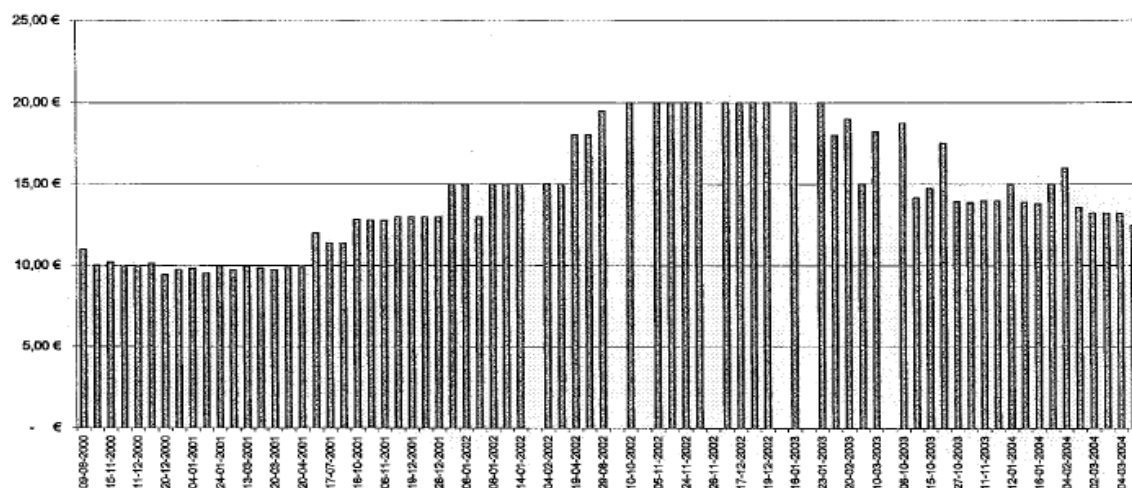
A Abbott Laboratórios, a Menarini Diagnósticos e a Johnson & Johnson interpuseram, ainda, recurso perante o Tribunal da Relação de Lisboa que: declarou extinto o procedimento contraordenacional, por violação do princípio *ne bis in idem*, relativamente à recorrente Johnson & Johnson e alterou a qualificação jurídica dos factos, incorrendo cada uma das arguidas na prática de uma única contraordenação, o que levou à redução da coima da Menarini Diagnósticos para 1 milhão de euros (mantendo-se a coima da Abbott Laboratórios).

Gráfico 1 – propostas de preço das arguidas para o Reagente de Determinação de Glicose no Sangue no período da amostra (valores em €)



Fonte: amostra AdC⁴⁸

Gráfico 2 – preços médios de adjudicação do Reagente de Determinação de Glicose no Sangue no período da amostra (valores em €)



Fonte: amostra AdC. Nota: os espaços em branco no gráfico referem-se a processos públicos de aquisição do Reagente que não resultaram em adjudicações

Questões para discussão

Do ponto de vista de uma Autoridade de Concorrência:

1. Quais os elementos que permitem distinguir uma prática concertada de um mero comportamento paralelo no mercado?
2. Considera que a prova descrita é suficiente para determinar a ocorrência de práticas concertadas?
3. Quais os indícios mais comuns que revelam a existência de colusão em concursos públicos?
4. No caso concreto, o comportamento anti-concorrencial foi, em parte, facilitado pela intervenção do Estado num mercado próximo. Reflita sobre as relações entre concorrência e regulação.
5. Considera relevante condenar, além das empresas, os seus administradores?

Do ponto de vista da empresa visada:

1. Quais os principais argumentos jurídicos que apresentaria em sua defesa face ao enquadramento legal descrito?
2. Que tipo de prova poderia infirmar a existência práticas concertadas?
3. Pode a falta de prova relativamente aos efeitos das práticas em análise invalidar a Decisão da Autoridade da Concorrência?
4. A definição de mercado relevante distinta da apresentada pela Autoridade da Concorrência poderia condicionar as conclusões da Autoridade da Concorrência, no presente processo?

5. Que argumentos poderiam ser utilizados para obter um balanço económico positivo, admitindo a existência das práticas concertadas descritas?

6. Face à prova recolhida pela Autoridade da Concorrência (descrita na Nota de Ilícitude) que motivos levariam as arguidas a reconhecer a sua implicação na prática anti-concorrencial descrita antes da Decisão final?