Relatório da audiência prévia do Projeto de relatório do leilão

Índice

Enquadramento	2
I. Esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM	3
II. Esclarecimentos relativos ao artigo 35.º do Regulamento do Leilão.....	7
III. Decisão de libertação da caução prestada pela ZON III	11
IV. Outras matérias.....	22

Enquadramento

Ao abrigo do disposto nos artigos 28.º e 29.º do Regulamento n.º 560-A/2011, de 19 de outubro (doravante, «Regulamento do Leilão»), o Conselho de Administração do ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (doravante, «ICP-ANACOM») aprovou, em reunião de 15 de dezembro de 2011, os seguintes projetos:

- a) Projeto de relatório do leilão (doravante, o «Projeto de Relatório»);
- b) Projeto de decisão de atribuição de direitos de utilização de frequências.

Em cumprimento do disposto no artigo 28.º do mesmo Regulamento, o ICP-ANACOM notificou todos os licitantes para que, querendo, se pronunciassem por escrito, no prazo de dez dias úteis contado da data de receção da notificação, a saber:

- Optimus – Comunicações, S.A. (doravante, «OPTIMUS»);
- TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (doravante, «TMN»);
- Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (doravante, «VODAFONE»);
- ZON III – Comunicações Electrónicas, S.A. (doravante, «ZON III»).

Em tempo, foram recebidas as pronúncias da OPTIMUS (**Anexo 1**), da VODAFONE (**Anexo 2**) e da TMN (**Anexo 3**), tendo esta última enviado, fora de prazo, um pedido de retificação da sua pronúncia (**Anexo 4**).

O presente relatório de audiência prévia apresenta, com base nas pronúncias recebidas, o entendimento do ICP-ANACOM e fundamenta, em conjunto com o relatório final do leilão, a decisão de atribuição de direitos de utilização de frequências.

Atendendo às matérias presentes nas pronúncias recebidas, este relatório será dividido nos seguintes capítulos:

- Esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM (**Parte I**);
- Esclarecimentos relativos ao artigo 35.º do Regulamento do Leilão (**Parte II**);
- Decisão de libertação da caução prestada pela ZON III (**Parte III**);
- Outras matérias (**Parte IV**).

I. Esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM

Relativamente aos esclarecimentos dados pelo ICP-ANACOM durante o processo do leilão, a **VODAFONE** considera que os mesmos não devem ser objeto de comentário na presente sede, entre outras razões e principalmente porque:

- a) Tendo presente a impossibilidade de um regulamento autorizar que a sua própria interpretação autêntica, integração, modificação, suspensão ou revogação seja efetuada por outro ato que não detenha o mesmo valor, os esclarecimentos apresentados pelo ICP-ANACOM, nomeadamente em momento posterior ao início da fase de qualificação, esgotam a sua eficácia no âmbito da esfera interna da Administração Pública;
- b) Conforme a VODAFONE já teve oportunidade de se pronunciar em sede adequada, nomeadamente nas duas consultas públicas efetuadas, sobre os limites inerentes a determinados preceitos constantes do Regulamento do Leilão, tanto por força da sua obrigatória conformidade e compatibilidade com a Lei das Comunicações Eletrónicas, como por força dos vários princípios gerais de direito como a igualdade, proporcionalidade e fundamentação (plena), será a prática da Administração que poderá ofender tais desideratos e não o Regulamento em si ou a sua interpretação.

Apesar destas considerações, a VODAFONE não deixou de manifestar a sua posição no sentido de que a atuação administrativa especificamente inerente à prestação de esclarecimentos aos interessados teria padecido de várias irregularidades, nomeadamente ao nível das garantias de imparcialidade, igualdade, segurança jurídica e previsibilidade regulatória, que considera terem como única causa a opção inicial do ICP-ANACOM de não adotar, neste particular, um procedimento plenamente transparente, conforme insistentemente solicitado por esta empresa.

A VODAFONE apresenta o que considera serem vários exemplos destas situações, a saber:

- a) O ICP-ANACOM notificou, por vezes, todos os operadores e, por vezes, apenas alguns interessados (por exemplo, no que se refere à questão da obrigação de itinerância nacional na faixa dos 900MHz ou 800MHz ou do incremento mínimo sobre lotes previamente cancelados), sem que se encontre qualquer justificação para o tratamento diferenciado e sendo no mínimo questionável que tal tratamento não tenha tido uma influência determinante nas opções de atuação de cada interessado;
- b) Também no mesmo âmbito, o ICP-ANACOM apresentou uma argumentação inicial que posteriormente revogou (por exemplo, no que se refere aos potenciais beneficiários dos acordos de itinerância nacional), sendo que o entendimento inicial não foi notificado a todos os interessados, nem são claros os motivos para tais alterações de entendimento;
- c) Houve aspectos dos pedidos de esclarecimento que não foram notificados aos "restantes particulares" – nomeadamente, o ICP-ANACOM transmitiu apenas ao Grupo ZAPP.pt que

as obrigações de *roaming* nacional incluíam todos os serviços que pudessem ser prestados através daquelas faixas de frequências, independentemente de os beneficiários já prestarem tais serviços ou não.

A VODAFONE considera que, dada a natureza abrangente e transversal dos exemplos acima enunciados, o ICP-ANACOM poderia ter emitido esclarecimentos gerais sobre as questões colocadas, à semelhança do que fez relativamente a outras matérias, salvaguardando a confidencialidade no que respeita à identidade dos autores dos pedidos e sem pôr em causa a necessidade de promover um tratamento não discriminatório entre todos os interessados.

Mais considera esta empresa que, de forma a precaver a existência de danos graves decorrentes das irregularidades referidas, o ICP-ANACOM não poderá deixar de atuar, relativamente às matérias tratadas em tais esclarecimentos, com criteriosa atenção e consideração da potencial desigualdade em que terá colocado os vários interessados, principalmente face à utilidade de tal informação para a importante decisão de investimento em causa.

Entendimento do ICP-ANACOM

Foi preocupação do ICP-ANACOM, ao longo de todo o processo do leilão, traduzida no Regulamento do Leilão e sobejamente explicada, designadamente nos relatórios das consultas públicas, conseguir um equilíbrio entre a necessária transparência e acesso à informação por parte de candidatos e licitantes e alguma reserva de informação imprescindível ao decurso do procedimento.

O principal objetivo foi o de prevenir eventuais estratégias de concertação entre os candidatos/licitantes, suscetíveis de comprometer os genuínos mecanismos competitivos inerentes ao leilão.

No que aos pedidos de esclarecimento especificamente concerne, em sede de procedimento de consulta pública sobre o Regulamento, alguns respondentes pronunciaram-se no sentido da disponibilização ao mercado dos esclarecimentos (formulados pelos interessados e prestados pelo ICP-ANACOM), desde que estes nada revelassem quanto a potenciais estratégias de licitação.

Ponderados esses comentários o ICP-ANACOM incluiu no Regulamento do Leilão o n.º 5 do artigo 11.º que, em seu entender, dava resposta às preocupações manifestadas, sem pôr em causa os objetivos preconizados.

Entendeu ainda o ICP-ANACOM que os participantes do leilão poderiam aferir da imparcialidade e transparência de todo o processo no momento da divulgação do relatório final do leilão onde necessariamente constaria toda a informação necessária para o efeito.

Análise dos exemplos referidos pela VODAFONE

No que concerne às questões relativas à alínea b) do n.º 4 e n.º 5 do artigo 35.º do Regulamento do Leilão – obrigação de itinerância nacional na faixa dos 800 MHz ou 900 MHz – o ICP-ANACOM cumpriu escrupulosamente os princípios da igualdade e não discriminação no tratamento de todos os candidatos, dentro dos limites impostos pelo artigo 11.º do Regulamento do Leilão.

Assim, verificado que foi que tinham sido prestados esclarecimentos que não correspondiam a uma correta interpretação do regulamento, foram esses esclarecimentos objeto de substituição parcial ao abrigo do artigo 137.º do Código do Procedimento Administrativo (doravante, «CPA») (na parte onde se verificou a desconformidade) junto dos destinatários dos mesmos.

No mesmo dia, e ao abrigo do n.º 5 do artigo 11.º do Regulamento do Leilão, o ICP-ANACOM emitiu um esclarecimento de ordem geral sobre a matéria.

O regime de prestação de esclarecimentos consagrado no artigo 11.º do Regulamento do Leilão, ao estipular no seu n.º 1, a prestação de esclarecimentos individualizados a cada interessado que os solicite, sobre quaisquer dúvidas surgidas na interpretação dos documentos conformadores do processo do leilão e ao determinar a sua não divulgação, legítima que, consoante as questões colocadas, as respostas sejam orientadas individualmente às dúvidas postas.

Mas não pode afirmar-se, como o faz a VODAFONE, que tenha havido por parte do ICP-ANACOM um tratamento diferenciado dos interessados e muito menos que tal tratamento possa ter tido uma influência determinante nas opções de atuação de cada interessado.

E não pode fazer-se essa afirmação, porque, apesar da existência deste regime particular de prestação de esclarecimentos consagrado no Regulamento, o ICP-ANACOM usou, sempre que o considerou justificado, a sua competência ao abrigo do n.º 5 do mesmo artigo 11.º para, em situações excecionais, emitir esclarecimentos de ordem geral. Nesta ponderação foi tido em conta nomeadamente se os aspectos relativamente aos quais as questões eram suscitadas poderiam razoavelmente ser considerados pouco claros ou equívocos, o que levaria a supor que a dúvida pudesse vir a ser posta por outros interessados. Na ponderação das questões a incluir nos esclarecimentos de ordem geral por parte do ICP-ANACOM observou-se também um critério relativo à relevância das matérias em termos substantivos, nomeadamente quando pudessem estar envolvidos interesses contrapostos das várias entidades.

Nestes termos, sempre que a matéria o justificava, o ICP-ANACOM exerceu a competência prevista no n.º 5 do artigo 11.º do Regulamento do Leilão de modo a manter todos os potenciais candidatos em igualdade de circunstâncias, como aconteceu no caso específico dos

esclarecimentos relativos ao 35º do Regulamento do Leilão. Deste modo, todas as entidades que vieram a apresentar a sua candidatura puderam dispor, e efetivamente dispuseram, do mesmo nível de informação.

Quanto à questão do pedido de esclarecimento relativo ao incremento mínimo sobre lotes previamente cancelados, tratou-se de uma dúvida de interpretação sobre o Regulamento do Leilão, colocada pela VODAFONE e que o ICP-ANACOM não esclareceu por extemporânea (deu entrada no ICP-ANACOM no dia 25 de Novembro de 2011, já após terminado o prazo para a prestação de esclarecimentos ao abrigo do n.º 1 do artigo 11º do Regulamento do Leilão). Assim sendo, não serve este exemplo para demonstrar, como pretende a Vodafone, o alegado "tratamento diferenciado" que o ICP-ANACOM ministrou aos interessados.

Ainda no âmbito das obrigações de itinerância e no que diz respeito aos serviços que podem beneficiar da mesma, essa foi uma questão colocada pelo Grupo ZAPP.pt e que, no entendimento do ICP-ANACOM, decorria já com clareza da própria redação do Regulamento do Leilão atendendo ao facto de a obrigação estar formulada expressamente em termos de não discriminação, pelo que não se verificava a necessidade de um esclarecimento de ordem geral.

Dado o exposto, o ICP-ANACOM rejeita que o modo como foram prestados os esclarecimentos, em total cumprimento com as regras previstas no Regulamento, possa de algum modo ter colocado os interessados ou os candidatos numa situação de desigualdade suscetível de os prejudicar e que venha a justificar uma especial cautela no futuro.

II. Esclarecimentos relativos ao artigo 35.º do Regulamento do Leilão

Vem a **TMN** alegar que apenas com a análise do Projeto de Relatório e seus anexos constatou que o ICP-ANACOM adotou uma posição inicial sobre o tema dos esclarecimentos prestados relativamente ao artigo 35.º do Regulamento do Leilão e que depois alterou para uma posição diametralmente oposta o que, em seu entender, padece de ilegalidade.

Com efeito, entende a TMN que:

- a) O artigo 137.º do CPA não configura norma habilitante para a atuação do ICP-ANACOM na "substituição parcial" dos esclarecimentos prestados sobre o artigo 35.º do Regulamento do Leilão à OPTIMUS, à ZON Multimédia, S.A. e ao Grupo ZAPP.pt;
- b) Não sendo os "novos" esclarecimentos validamente prestados, não podem prevalecer sobre os esclarecimentos "originais".

A TMN fundamenta a sua posição no facto de, em sua opinião, este caso não configurar ratificação, reforma ou conversão de um ato administrativo, pois não se encontram preenchidos os dois pressupostos necessários para o efeito: (i) o esclarecimento em causa ser um ato administrativo e (ii) o esclarecimento original ser um ato inválido.

Quanto ao primeiro pressuposto, refere a TMN que os regulamentos só podem ser alterados ou interpretados por outros regulamentos e não por atos administrativos, pelo que ou os esclarecimentos são atos administrativos e, como tal, ilegais por violação de regulamento ou os esclarecimentos não são atos administrativos mas antes regulamentos e o artigo 137.º do CPA não se aplica e não pode fundamentar a substituição dos esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM.

No que se refere ao segundo pressuposto, este também se não verificaria, de acordo com a TMN, uma vez que os esclarecimentos originais não seriam inválidos, o que afastaria a aplicabilidade do artigo 137.º do CPA.

Entendimento do ICP-ANACOM

Sem afastar a distinção entre regulamento e ato administrativo, tão dissecada pela TMN, entende o ICP-ANACOM que é sobretudo importante verificar se, nesta matéria, esta Autoridade atuou no âmbito das suas competências e em cumprimento do disposto no Regulamento do Leilão.

O ICP-ANACOM, ao abrigo do n.º 1 do artigo 11.º do Regulamento do Leilão, prestou esclarecimentos à OPTIMUS e à ZON Multimédia, S.A. (no dia 27 de outubro) e ao Grupo ZAPP.pt (no dia 31 de outubro) sobre diversas matérias do referido regulamento e designadamente sobre a obrigação de acesso à rede prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 35.º, nas condições estabelecidas no n.º 5 do mesmo artigo, a saber:

- Aceitar a negociação de acordos de itinerância nacional com terceiros que possuam direitos de utilização de frequências nas faixas acima de 1 GHz e que não possuam direitos de utilização de frequências sobre mais do que um total de 2x5 MHz cumulativamente nas faixas dos 800 MHz e 900MHz;
- A obrigação de acesso referida vigora perante terceiros que se comprometam, no prazo de 3 anos, a utilizar as suas frequências nas faixas de frequências dos 800 MHz ou dos 900 MHz, de forma a que alcancem coberturas correspondentes à disponibilização do serviço a pelo menos 50% da população nacional.

Estes esclarecimentos foram prestados em resposta às questões concretas formuladas por aquelas empresas, que tiveram dúvidas na interpretação das referidas normas.

Em primeiro lugar, importa sublinhar, na sequência do entendimento do ICP-ANACOM constante do Ponto I do presente relatório, que os esclarecimentos no âmbito do procedimento do leilão, e nos termos do respetivo regulamento, têm um regime particularíssimo. Com efeito, foi opção do Regulamento do Leilão que os esclarecimentos prestados, em resposta a solicitações dirigidas ao ICP-ANACOM, não se destinavam em princípio a divulgação geral. Trata-se de solução diversa da seguida correntemente no âmbito de procedimentos concursais, em que os esclarecimentos prestados pela entidade adjudicante são disponibilizados a todos os interessados (cfr. n.º 4 do artigo 50.º do Código dos Contratos Públicos, doravante «CCP»). Esta opção, conforme referido, teve em conta salvaguardar o carácter sigiloso do procedimento, sem prejuízo da necessária transparência e imparcialidade, a qual se traduz na solução de habilitar o ICP-ANACOM à divulgação de esclarecimentos de carácter geral.

Decorrencia direta deste particular regime de prestação de esclarecimentos – em situações individuais e concretas – é a natureza do ato de prestação de esclarecimentos individualizados a cada um dos interessados que os solicitou, ato esse que, com estas especiais características, não tem certamente natureza regulamentar, não sendo também contaminado pela natureza regulamentar do Regulamento do Leilão. Na verdade, cada um dos esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM ao abrigo do n.º 1 do artigo 11.º do Regulamento do Leilão tinha conteúdos orientados a cada situação concreta e dirigia-se individualmente a cada um dos respetivos destinatários, sendo apenas a estes notificados. Foram, pois, resoluções individuais e concretas.

Há assim que concluir que, partindo da noção legal de ato administrativo – decisão dos órgãos da administração que ao abrigo de normas de direito público visa produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta (artigo 120.º do CPA) – os esclarecimentos prestados individualmente a cada um dos interessados ao abrigo do n.º 1 do artigo 11.º do Regulamento do Leilão configuram uma *determinação sobre* ou uma *resolução de um assunto* que é colocado por um particular¹.

Nestes termos, forçoso é concluir pela aplicabilidade ao caso concreto do regime constante do artigo 137.º do CPA relativo à ratificação, reforma e conversão de atos administrativos.

Em segundo lugar, o ICP-ANACOM rejeita que, através da substituição da primeira interpretação pela veiculada em segundo lugar, que se lhe afigurou a correta, tenha procedido a uma alteração do Regulamento do Leilão.

Afirma a TMN, remetendo para a pág. 173 do "Curso de Direito Administrativo" de Diogo Freitas do Amaral, que "os regulamentos só podem ser alterados ou interpretados por outros regulamentos e não por atos administrativos". Ora, na referida página da obra citada, o que pode ler-se é, não o que refere a TMN, mas que "o regulamento é interpretado, e as suas lacunas são integradas, de harmonia com as regras próprias da interpretação e integração das normas jurídicas; para o acto administrativo há outras regras específicas aplicáveis em matéria de interpretação e integração – as regras próprias da interpretação e integração do acto administrativo".

Nestes termos, o que importa reter – e que não se crê que a TMN ponha em causa – é que o Regulamento do Leilão estabeleceu uma regra clara e inequívoca no sentido de atribuir ao ICP-ANACOM uma competência: a de prestar aos interessados os esclarecimentos sobre quaisquer dúvidas surgidas na interpretação de quaisquer documentos conformadores do processo de leilão. E, como tal, também o poder-dever de interpretar o Regulamento do Leilão, enquanto documento conformador do leilão. Assim, atendendo à natureza dos esclarecimentos prestados nos termos do n.º 1 do artigo 11.º do Regulamento do Leilão, de forma individual e concreta a cada um dos interessados, compete naturalmente ao ICP-ANACOM, quando confrontado com a necessidade de corrigir essa interpretação, corrigi-la. Foi o que fez porque a tal estava vinculado, atentos também os princípios da atividade administrativa, nomeadamente o da boa-fé e o da colaboração com os particulares.

Nestes termos, o que importa afastar em absoluto é que o ICP-ANACOM, ao substituir determinado esclarecimento prestado por outro que se lhe afigurou mais correto, por ter

¹ Mário Esteves de Oliveira e outros – Código do Procedimento Administrativo comentado, 2.ª edição, Almedina, em anotação ao artigo 120.º.

entendido que o primeiro enfermava de contradição quanto à conjugação de duas normas do Regulamento do Leilão e quanto ao seu próprio entendimento expresso no relatório da consulta pública do Regulamento, não dispusesse de competência para o fazer. Com efeito, qualquer que seja a natureza jurídica do ato em causa, sempre o ICP-ANACOM seria competente para o substituir ou alterar.

Com a prática destes atos, o ICP-ANACOM não efetuou qualquer modificação do Regulamento do Leilão, pelo que tão somente notificou as decisões adotadas aos respetivos destinatários. Não pode assim pretender-se, como faz a TMN, que estes atos do ICP-ANACOM possam padecer do vício de invalidade por violação de regulamento².

Porém, em paralelo, e dada a pertinência do esclarecimento em questão, a matéria na parte relevante foi incluída nos esclarecimentos de ordem geral emitidos e divulgados no sítio do ICP-ANACOM na internet no mesmo dia 2 de novembro, que, ao abrigo do n.º 5 do artigo 11.º do Regulamento do Leilão, clarificaram um conjunto alargado de matérias relativamente às quais o ICP-ANACOM, tendo em conta os diversos pedidos de esclarecimento recebidos, entendeu justificado pronunciar-se.

Estes esclarecimentos de ordem geral incluem entendimentos gerais e abstratos, tal como o próprio regulamento, ou seja, não definem destinatários concretos nem situações específicas.

Em todos os casos referidos, os esclarecimentos constituem, pois, uma interpretação dos documentos conformadores do processo de leilão, efetuada pela entidade que detém o poder regulamentar originário, ao abrigo dos seus Estatutos e da Lei das Comunicações Eletrónicas³.

Em conclusão, o ICP-ANACOM, ao proceder como procedeu durante todo o período de prestação de esclarecimentos ao abrigo do Regulamento do Leilão, respeitou integralmente as regras aplicáveis.

² Estes casos de invalidade são aqueles em que, como a própria TMN indica, citando Freitas do Amaral, a Administração derroga os regulamentos *sem mais* em casos isolados, mantendo-os em vigor para todos os restantes casos.

³ Cfr alínea a) do artigo 9.º dos Estatutos do ICP-ANACOM anexos ao Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro e 8.º do artigo 30.º da Lei n.º 5/2004 de 10 de fevereiro, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro.

III. Decisão de libertação da caução prestada pela ZON III

No entendimento da **TMN**, a decisão do ICP-ANACOM de libertação da caução prestada pela ZON III foi adotada em violação do disposto no Regulamento do Leilão, tendo em consideração, em síntese, que:

- a) A caução prestada ao abrigo do artigo 10.º pretende garantir não só as obrigações inerentes ao procedimento do leilão, mas também o vínculo assumido com a apresentação da candidatura, que, por seu turno e à imagem do que sucede ao nível dos concursos públicos, inclui a obrigação de manutenção da candidatura e de participação nas fases subsequentes do leilão;
- b) A figura da *licitação em branco* não é admitida pelo Regulamento do Leilão – que estabelece, no n.º 2 do artigo 19.º, que os montantes de licitação da ronda inicial para cada lote correspondem, no mínimo, ao preço de reserva definido para esse lote –, nem pelo Manual de Utilização da Plataforma Eletrónica – que, no seu capítulo 5.3, não prevê tal ação entre as opções ao alcance dos licitantes na fase de licitação –, razão pela qual, a ser admitida pela plataforma eletrónica, apenas se pode tratar de um erro de *software*;
- c) Este entendimento é reforçado pelas definições apresentadas no artigo 2.º, onde, na alínea p), se define *ronda* como um “conjunto de licitações submetidas para os vários lotes das diversas categorias num dado intervalo de tempo, sendo que todas estas licitações têm como montante mínimo os diversos preços dos lotes nas diversas categorias” e, na alínea n), *preço do lote* como “o valor fixado para cada lote que, na primeira ronda, corresponde ao preço de reserva”;
- d) Ao não apresentar uma licitação válida na ronda inicial – ou seja, ao não apresentar uma licitação sobre um ou mais lotes, em montante igual ou superior aos respetivos preços de reserva –, a ZON III não participou na ronda inicial e, conseqüentemente, não participou na fase de licitação – em conformidade, aliás, com o comunicado realizado por esta empresa através do sítio da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários na Internet;
- e) Um licitante é uma entidade que efetivamente e de forma válida participa na fase de licitação e não uma entidade que, habilitada a participar, opta por não o fazer – não se podendo retirar qualquer definição de *licitante* da alínea g) do artigo 2.º, que pretende antes definir *fase de qualificação* –, razão pela qual a ZON III, ao não ter participado na fase de licitação, não adquiriu a qualidade de licitante;
- f) Em suma, a ZON III não participou na fase de licitação, não adquiriu a qualidade de licitante e não poderia ser determinada licitante não vencedor, devendo o ICP-ANACOM, ao abrigo da competência prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 4.º, declarar inválida a *licitação em branco* apresentada por esta empresa e, por falta de enquadramento nas hipóteses previstas no n.º 4 do artigo 10.º, não proceder à libertação da respetiva caução.

Em paralelo, a TMN acrescenta ainda não compreender como pôde a plataforma eletrónica aceitar uma *licitação em branco* e – não resultando esta possibilidade nem do Regulamento do Leilão, nem do Manual de Utilização da Plataforma Eletrónica – como pôde a ZON III supor que uma submissão totalmente vazia seria permitida pelo *software* e aceite pelo ICP-ANACOM.

Entendimento do ICP-ANACOM

Como questão prévia, importa deixar claro que a decisão do ICP-ANACOM de 15 de dezembro relativamente à libertação da caução da ZON III é uma decisão definitiva – e autónoma da que aprovou o Projeto de Relatório e o projeto de decisão de atribuição dos direitos de utilização de frequências – não estando, como tal, sujeita ao procedimento de audiência prévia objeto deste relatório.

Função da caução no quadro do leilão

Aos candidatos ao leilão é exigida, para garantia do vínculo assumido com a apresentação das candidaturas e das obrigações inerentes a todo o procedimento, a prestação de uma caução, por garantia bancária ou seguro-caução, à ordem do ICP-ANACOM, em ambos os casos à primeira solicitação, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 10.º e em conformidade com os formulários constantes do Anexo 2 do Regulamento do Leilão.

Nos termos previstos no mesmo n.º 1 do artigo 10.º do Regulamento do Leilão, o montante da caução a prestar varia de acordo com o número de pontos de elegibilidade que o candidato pretenda obter para a ronda inicial, atendendo aos pontos dos lotes mencionados na tabela constante do artigo 7.º do Regulamento do Leilão e em obediência aos seguintes critérios:

- A cada ponto de elegibilidade corresponde uma caução de 1 milhão de euros;
- Uma caução de 15 milhões de euros garante o número máximo dos pontos de elegibilidade disponíveis para cada licitante, sem prejuízo do disposto em matéria de *spectrum caps* no artigo 8.º do Regulamento do Leilão.

Ao abrigo do n.º 4 do mesmo artigo 10.º do Regulamento do Leilão, a caução é libertada pelo ICP-ANACOM, no prazo de 5 dias, exclusivamente nos seguintes casos:

- Quando a candidatura não tenha sido admitida;
- Quando no termo da fase de licitação o licitante não tenha sido determinado vencedor;
- Quando o licitante vencedor tenha efetuado o depósito nos termos do artigo 30.º do Regulamento do Leilão, correspondente ao montante final acrescido do montante correspondente às eventuais penalizações aplicadas, nos termos do artigo 24.º;

- Quando um licitante, que não seja vencedor e efetue cancelamentos de melhores ofertas, tenha procedido ao depósito nos termos do artigo 30.º do Regulamento do Leilão correspondente às penalizações aplicadas nos termos do artigo 24.º.

Neste enquadramento, a caução prestada pelos candidatos ao abrigo das disposições acima referidas desempenha uma dupla função:

- Uma função procedimental;
- Uma função garantística.

No plano procedimental, a caução constitui:

- Uma condição de qualificação, devendo a candidatura ser rejeitada, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento do Leilão, sempre que a caução não seja prestada em conformidade com os termos do respetivo artigo 10.º;
- Uma condição e um critério de aferição de elegibilidade, sendo a elegibilidade de cada licitante na ronda inicial determinada em função do montante da caução prestada, de acordo com os critérios constantes das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 10.º e em conformidade com o n.º 3 do artigo 17.º do Regulamento do Leilão.

No plano garantístico, e partindo-se do disposto no n.º 1 do artigo 10.º – que destina a caução à “garantia do vínculo assumido com a apresentação das candidaturas e das obrigações inerentes a todo o procedimento do leilão” – para uma interpretação sistemática das diversas regras pertinentes do Regulamento do Leilão, verifica-se que a caução pretende garantir, em exclusivo, as seguintes obrigações:

- Obrigação de pagamento do montante final devido pelos licitantes vencedores, calculado nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 25.º do Regulamento do Leilão;
- Obrigação de pagamento de eventuais penalizações devidas pelos licitantes, vencedores ou não vencedores, nos termos do disposto nos n.ºs 5 e seguintes do artigo 24.º do Regulamento do Leilão.

É este o sentido que se retira do n.º 4 do artigo 10.º do Regulamento do Leilão, o qual determina que a libertação da caução apenas pode ser autorizada pelo ICP-ANACOM:

- Quando se encontrem cumpridas as obrigações de pagamento, em concreto no caso de licitantes vencedores [alínea c)] e de licitantes não vencedores aos quais sejam aplicadas as penalizações previstas nos n.ºs 5 e seguintes do artigo 24.º do Regulamento do Leilão [alínea d)];
- Quando não existam quaisquer obrigações de pagamento, em concreto nos casos de candidatos não admitidos a leilão [alínea a)] e de licitantes não vencedores aos quais não

seja aplicada qualquer penalização ao abrigo dos n.ºs 5 e seguintes do artigo 24.º do Regulamento do Leilão [alínea b)].

Este entendimento é ainda confirmado pelo disposto no n.º 5 do artigo 29.º do Regulamento do Leilão, nos termos do qual a caução prestada é perdida a favor do ICP-ANACOM sempre que, salvo motivo de força maior devidamente fundamentado e como tal reconhecido pelo ICP-ANACOM, o depósito não seja efetuado pelos licitantes vencedores nos termos previstos no n.º 1 do artigo 30.º do mesmo regulamento.

Com efeito, a enunciação geral contida no n.º 1 do artigo 10.º do Regulamento quanto à função da caução – “garantia do vínculo assumido com a apresentação das candidaturas e das obrigações inerentes a todo o procedimento do leilão” – não pode deixar de ser lida em articulação com as previsões expressas relativamente às situações determinantes da sua libertação – o n.º 4 do mesmo artigo – e da sua perda – o n.º 5 do artigo 29.º.

Daqui se conclui que a caução prestada no presente processo de leilão não pretende garantir o cumprimento das demais obrigações impostas aos licitantes no âmbito das fases de licitação, de consignação e de atribuição, cujo incumprimento terá as consequências previstas, caso a caso, nas disposições relevantes do Regulamento do Leilão. Ou seja, as restantes regras do Regulamento do Leilão, e não o regime da caução, são suficientes para formatar os comportamentos possíveis das empresas, em particular na fase de licitação, como de resto se verificou no caso em apreço.

Análise dos argumentos da TMN

Tendo presente o enquadramento acima exposto e passando à análise dos argumentos apresentados pela TMN, esclarece-se o seguinte:

- (i) No termo da fase de qualificação prevista nos artigos 9.º a 13.º do Regulamento do Leilão, em que os interessados se candidatam à atribuição dos direitos de utilização de frequências a leilão, o ICP-ANACOM decide sobre a admissão das candidaturas e, em inteira conformidade com a definição constante da alínea g) do artigo 2.º, determina quais as entidades habilitadas a participar nas fases subsequentes do leilão.

Nesse momento e de acordo com o disposto nessa mesma alínea, os candidatos admitidos adquirem a qualidade de licitantes, ou seja, de entidades habilitadas a participar nas fases subsequentes do leilão, nos termos das regras previstas pelo Regulamento do Leilão.

Independentemente da atuação que a entidade venha a assumir no âmbito das fases subsequentes do leilão, a qualidade de licitante mantém-se desde o momento da admissão ao leilão até ao termo do procedimento, salvo uma eventual decisão de exclusão

que o ICP-ANACOM, em face dessa mesma atuação e ao abrigo da competência prevista na alínea g) do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento do Leilão, resolva adotar.

Neste sentido concorre a terminologia utilizada no Regulamento do Leilão relativamente aos sujeitos intervenientes no leilão, que, ao reconhecer apenas três qualidades distintas e sucessivas, de «interessado», de «candidato» e de «licitante», permite pressupor que as mesmas esgotam a qualificação das entidades intervenientes no leilão e que o momento da notificação da decisão de admissão ao leilão, ao necessariamente pôr termo à qualidade de «candidato» e ao determinar a habilitação a participar no leilão – em conformidade com a alínea g) do artigo 2.º do Regulamento do Leilão –, implica uma imediata transição para a qualidade de «licitante».

No mesmo sentido, note-se que as disposições do Regulamento do Leilão com um âmbito aplicável a todas as fases do procedimento utilizam, no que respeita ao sujeito, a terminologia «candidato e/ou licitante», permitindo, por seu turno, pressupor não existir, entre ambas as qualidades, qualquer período de pendência, sob pena de, nesse mesmo período, se colocar em dúvida a sua aplicação. É o caso das seguintes disposições:

- Alínea f) do n.º 2 do artigo 4.º e do n.º 1 do artigo 5.º, onde se estipula que “os candidatos e licitantes” se encontram, nos termos aí dispostos, obrigados a prestar os esclarecimentos solicitados pelo ICP-ANACOM, sob pena de uma eventual exclusão do leilão;
- Alínea j) do n.º 2 do artigo 4.º, onde se estabelece que as decisões do ICP-ANACOM aí referidas devem ser comunicadas “aos candidatos ou licitantes, conforme aplicável”.

Um entendimento diverso deste faria com que, no período que medeia entre a notificação da decisão da admissão ao leilão e o termo da primeira ronda, as entidades habilitadas – não sendo «candidatos», nem «licitantes» – não revestissem qualquer qualidade definida, colocando-se em dúvida, num exemplo muito revelador, a sua sujeição à competência do ICP-ANACOM de as excluir nos casos previstos e ao abrigo do disposto na alínea g) do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento do Leilão.

Pelo exposto, não pode colher o argumento apresentado pela TMN no sentido de que a aquisição da qualidade de «licitante» depende daquilo que esta empresa entende ser uma participação efetiva e válida na fase de licitação, repudiando-se, além do mais, a invocada formalidade e artificialidade da definição de «licitante» extraída da alínea g) do artigo 2.º do Regulamento do Leilão – a qual, como acima é referido, é inequivocamente confirmada por uma análise sistemática das disposições e da terminologia utilizada por este regulamento.

No caso em apreço, portanto, e ao contrário do que é defendido pela TMN, a ZON III adquiriu a qualidade de *licitante* a 17 de novembro de 2011, no momento da notificação da decisão de admissão ao leilão, e manteve essa mesma qualidade ao longo de todo o procedimento do leilão, vindo posteriormente a ser determinada como *licitante não vencedor* em face dos resultados finais da fase de licitação, divulgados ao abrigo do disposto no artigo 26.º do Regulamento do Leilão.

- (ii) Uma vez notificado da decisão do ICP-ANACOM de admissão ao leilão, ao abrigo do n.º 3 do artigo 15.º do Regulamento do Leilão, o candidato admitido, agora já licitante, encontra-se, nessa qualidade, habilitado a participar na fase de licitação, sendo, nesse mesmo ato, notificado da data de início desta fase.

Na ronda inicial, de acordo com o disposto nos n.ºs 3 e 5 do artigo 19.º do Regulamento do Leilão, o licitante pode optar por um de sete preços, que correspondem ao respetivo preço de reserva incrementado das percentagens de 0%, 1%, 3%, 5%, 10%, 15% e 20%, e não pode recorrer às dispensas previstas no artigo 23.º.

Atendendo à elegibilidade originalmente aferida em função do montante da caução prestada, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 10.º e no n.º 3 do artigo 17.º do Regulamento do Leilão, a atividade do licitante na primeira ronda:

- Não pode exceder a sua elegibilidade, conforme disposto no n.º 6 e de acordo com o critério constante do n.º 1 do artigo 17.º do Regulamento do Leilão; e
- Encontra-se sujeita a um nível requerido correspondente a 60% da elegibilidade, de acordo com os termos previstos nos n.ºs 7 e 8 do mesmo artigo 17.º.

Se a sua atividade na ronda inicial for igual ou superior a 60% da sua elegibilidade, dispõe o n.º 10 do artigo 17.º que o licitante mantém a sua elegibilidade na segunda ronda. Se a sua atividade na ronda inicial for inferior a 60%, não cumprindo, assim, o nível requerido, determina o n.º 11 do mesmo artigo que a sua elegibilidade na segunda ronda corresponderá à elegibilidade da ronda inicial multiplicada pelo rácio entre a atividade do licitante na ronda inicial e o nível de atividade requerido.

Neste contexto, uma correta articulação do disposto nos artigos 17.º e 19.º do Regulamento do Leilão impõe aos licitantes, de facto, uma obrigação de licitar na ronda inicial, sob pena de, pela aplicação do critério constante do acima referido n.º 11 do artigo 17.º (na fórmula de $e2 = e1[0 \div (0,60 \times e1)]$, com o resultado $e2 = 0$, sendo $e1$ a elegibilidade na ronda inicial e $e2$ a elegibilidade na segunda ronda), se produzir uma total inibição de participação nas rondas subsequentes da fase de licitação.

No caso em apreço e tendo a ZON III, na ronda inicial, executado a sua submissão sem qualquer opção de licitação, a sua elegibilidade – que, atento o montante da caução prestada por esta empresa, correspondente a quinze milhões de euros, e o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º do Regulamento do Leilão, era de 42 pontos – foi reduzida a zero por aplicação do critério constante do n.º 11 do artigo 17.º ($e2 = 42[0 \div 25]$), com o resultado de $e2 = 0$), ficando esta empresa inibida de participar nas rondas subsequentes.

Em rigor, esta conduta consiste na execução de uma submissão sem a seleção de qualquer dos lotes em leilão, ou seja, de uma submissão sem opções de licitação, conforme consta do segundo parágrafo do Ponto 4 da decisão do ICP-ANACOM de libertação da caução prestada pela ZON III, de 15 de dezembro de 2011, e da página 16 do Projeto de Relatório. Neste sentido, a expressão *licitação em branco* – que apenas foi utilizada, entre parêntesis e em itálico, na acima referida decisão – assume não mais do que uma função ilustrativa.

Daqui decorre, desde logo, não proceder o argumento da TMN de que a figura da *licitação em branco* não é admitida pelo Regulamento do Leilão, por desrespeitar quer o disposto no n.º 2 do artigo 19.º, quer as definições constantes das alíneas n) e p) do artigo 2.º. Com efeito, não se tratando de uma licitação *proprio sensu*, mas antes, e precisamente, de uma submissão sem opções de licitação, não lhe são aplicáveis – como é defendido por esta empresa – os montantes mínimos referidos nas alíneas n) e p) do artigo 2.º e impostos pelo n.º 2 do artigo 19.º do Regulamento do Leilão, nem tão pouco se encontra esta atuação sujeita à competência do ICP-ANACOM prevista na 1.ª parte da alínea c) do n.º 2 do artigo 4.º – relembra-se, de “avaliar a validade de todas as *licitações* recebidas”.

Seguindo a linha deste entendimento, não procede também a alegação da TMN de que a ZON III não participou na fase de licitação, por não ter apresentado uma licitação na ronda inicial. Pelo contrário, foi precisamente a participação desta empresa – concretizada, reitera-se, através de uma submissão sem opções de licitação – que determinou, por aplicação do disposto no n.º 11 do artigo 17.º do Regulamento do Leilão e através da plataforma eletrónica, a redução da sua elegibilidade a zero e a sua inibição de participação nas rondas subsequentes. Dito de outro modo, a ZON III participou na fase de licitação, submetendo-se às consequências inerentes ao seu comportamento claramente previstas na *mecânica* das regras do leilão e, como tal, por si antecipáveis.

Relembra-se, a este propósito, que o ICP-ANACOM referiu no relatório da consulta pública sobre o primeiro projeto de regulamento do leilão, em comentário ao artigo 10.º (Caução), na respetiva página 45, que, “equacionando a hipótese de os licitantes não apresentarem qualquer licitação, o ICP-ANACOM prevê no novo projecto de regulamento a obrigação de licitarem na primeira ronda sob pena de não poderem licitar nas rondas seguintes,

conforme resulta da mecânica do novo modelo de leilão proposto, conforme artigos 17.º e 19.º do novo projecto de regulamento” (não sublinhado no original).

Ainda sobre o mesmo ponto, defende a TMN que do capítulo 5.3 do Manual de Utilização da Plataforma Eletrónica decorre que, na fase de licitação, os licitantes só podem submeter as opções aí elencadas e não quaisquer outras e que, conseqüentemente, caso não sejam transitadas ou canceladas ofertas ou utilizadas dispensas, o licitante deverá necessariamente proceder à apresentação de licitações através da indicação do lote desejado e da escolha do preço.

Nos termos deste capítulo, “em cada ronda, os licitantes podem optar por uma ou mais das seguintes opções:

- Apresentar licitações para os lotes desejados, e para os quais não detenham a melhor oferta, através da escolha de um preço, de entre as opções disponíveis, que correspondem à aplicação dos níveis de incrementos definidos;
- Apresentar licitações para os lotes desejados, para os quais detenham a melhor oferta transitada da ronda anterior, através da escolha de um preço de lote, de entre as opções disponíveis que correspondem à aplicação dos níveis de incrementos definidos, e que resultam necessariamente, para este caso, em preços superiores ao montante da melhor oferta transitada da ronda anterior;
- Transitar as melhores ofertas;
- Utilizar dispensas (ativas);
- Cancelar uma, ou mais, melhores ofertas que tenham transitado da ronda anterior.”

Neste ponto, sublinha-se que a lista de opções não é, nem poderia ser, exaustiva, desde logo por dela não constarem algumas opções essenciais a um adequado funcionamento do leilão – onde se diz que “os licitantes podem optar por uma ou mais das seguintes opções” não se pretende afastar que os licitantes não optem por nenhuma das mesmas.

Num exemplo: se um licitante for, numa determinada ronda, suplantado em todas as suas melhores ofertas pelos seus concorrentes, e não desejar submeter licitações com montantes superiores às novas melhores ofertas, desejando antes tornar-se licitante não vencedor, restam-lhe as seguintes alternativas com vista ao esgotamento da respetiva elegibilidade:

- Uma alternativa imediata, que consiste em executar submissões sem selecionar quaisquer opções, confirmando, de seguida, que não pretende utilizar uma dispensa ativa, o que implicará a imediata perda de toda a sua elegibilidade, determinada pela aplicação do n.º 11 do artigo 17.º do Regulamento do Leilão;

- Uma alternativa não imediata, que consiste em não executar qualquer submissão, o que, uma vez esgotadas as dispensas passivas previstas no artigo 23.º do Regulamento do Leilão, também implicará a perda de toda a sua elegibilidade, determinada pela aplicação do n.º 11 do artigo 17.º.

Neste exemplo, se, como defende a TMN, a lista constante do capítulo 5.3 fosse exaustiva, este mesmo licitante, não sendo detentor de quaisquer melhores ofertas que possa transitar ou cancelar, nem tendo motivos para utilizar as dispensas de que eventualmente ainda disponha, ver-se-ia, por absurdo, obrigado a suplantar as melhores ofertas da concorrência.

Neste contexto, o ICP-ANACOM não considera procedente o argumento apresentado pela TMN.

- (iii) A execução de uma submissão sem qualquer opção de licitação na ronda inicial tem, como única e exclusiva consequência, a perda total de elegibilidade e a inibição de participação nas rondas subsequentes do leilão, por aplicação do disposto no n.º 11 do artigo 17.º do Regulamento do Leilão.

Assim e em articulação com o que acima ficou exposto, esta atuação não tem qualquer relevância:

- Para a qualificação do seu autor como licitante, que, conforme referimos, se mantém desde a notificação da decisão de admissão ao leilão até ao termo do procedimento, salvo exclusão do mesmo por decisão do ICP-ANACOM ao abrigo da alínea g) do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento do Leilão;
- Para a decisão de libertação da caução, que, conforme acima ficou exposto, abrange apenas as obrigações de pagamento cometidas aos licitantes, e já não as demais obrigações impostas no âmbito das fases de licitação, de consignação e de atribuição, cujo incumprimento terá as consequências previstas, caso a caso, nas disposições relevantes do Regulamento do Leilão.

Quanto a este aspecto, chama-se novamente à colação o entendimento do ICP-ANACOM vertido no relatório da consulta pública sobre o primeiro projeto de regulamento do leilão (página 45), lembrando agora que tal posição visou precisamente o esclarecimento de dúvidas acerca da função garantística da caução, tendo esta Autoridade concluído que na “hipótese de os licitantes não apresentarem qualquer licitação, o ICP-ANACOM prevê no novo projecto de regulamento a obrigação de licitarem na primeira ronda sob pena de não poderem licitar nas rondas seguintes, conforme resulta da mecânica do novo modelo de leilão proposto, conforme artigos 17.º e 19.º do novo projecto de regulamento”, não fixando a consequência de perda da caução.

Neste contexto e conforme decorre já do entendimento desta Autoridade acerca da função da caução no âmbito do presente processo de leilão, conclui-se não proceder o entendimento da TMN de que a caução prestada ao abrigo do artigo 10.º pretende garantir, *como primeiro dos vínculos*, a obrigação de manutenção da candidatura e de participação nas fases subsequentes do leilão.

Ainda que assim fosse – sendo certo que assim não é – e pressupondo-se, a título de mero exercício, que a caução pretenderia garantir uma obrigação de participação no leilão, reitera-se que a ZON III, na qualidade de licitante, participou na ronda inicial e que, como consequência da opção por si assumida e executada e por via da subsequente aplicação do disposto no Regulamento do Leilão, ficou inibida de intervir nas rondas subsequentes, o que, em face dos resultados finais da fase de licitação, divulgados ao abrigo do disposto no artigo 26.º do Regulamento do Leilão, a determinou como *licitante não vencedor*.

Sobre este ponto, refere ainda a TMN que, se qualquer candidato tivesse retirado a sua candidatura após a respetiva admissão, perderia necessariamente a caução, da mesma forma que se num concurso público um dos concorrentes retirar a sua proposta após ter sido admitido no ato público do concurso, perderá a caução que haja prestado.

O ICP-ANACOM tem dificuldade em descortinar qual o alcance destas afirmações da TMN tendo em conta que nem estamos perante um procedimento do tipo concursal, nem o regime dos concursos públicos, consagrado no CCP, prevê cauções prestadas pelos concorrentes – como é sabido, nos termos deste Código, a caução é apenas exigida ao adjudicatário e a mesma destina-se a garantir a celebração do contrato, bem como o cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com a sua celebração. A caução, no âmbito do regime dos concursos públicos atualmente em vigor, não tem por isso qualquer função de garantia relativamente à manutenção de candidaturas, pela razão de que apenas o adjudicatário está, em certas condições, obrigado a prestá-la.

Nestes termos, não procede o argumento da TMN de que “é assim em todos os concursos públicos e é assim também nos leilões que têm uma fase de qualificação”.

- (iv) No que respeita, por fim, ao alegado erro de *software* no funcionamento da plataforma eletrónica de suporte ao leilão, esclarece-se que esta plataforma foi desenvolvida de forma a garantir a aplicação das regras previstas no Regulamento do Leilão, em conformidade com o disposto no n.º 4 do respetivo artigo 6.º.

Neste contexto e em inteira conformidade com o entendimento acima exposto, a submissão da ZON III na ronda inicial, uma vez processada através da plataforma eletrónica, teve como consequência automática a perda total dos seus pontos de

elegibilidade para a segunda ronda, garantindo-se, assim, através deste suporte, uma correta aplicação do disposto no n.º 11 do artigo 17.º do Regulamento do Leilão (*vide*, neste sentido, o Anexo 45 da Projeto de Relatório), sendo evidente que não se tratou de qualquer erro de *software*.

O conhecimento desta funcionalidade não podia deixar de decorrer, desde logo, do conhecimento do próprio Regulamento do Leilão – garantindo a plataforma a aplicação das regras nele previstas – e, relembra-se, pôde ser devidamente consolidado por todos os candidatos admitidos ao leilão no âmbito das sessões de formação e de testes oportunamente agendadas e asseguradas pelo ICP-ANACOM.

Conclusão

Em suma, entende o ICP-ANACOM que:

- a) Na sequência da apresentação da sua candidatura e da decisão de admissão por parte do ICP-ANACOM, a ZON III adquiriu a qualidade de licitante e, como tal, tornou-se uma entidade habilitada a participar nas fases subsequentes do leilão;
- b) A ZON III participou na ronda inicial através da execução de uma submissão sem opções de licitação, atuação esta que teve como única e exclusiva consequência a perda total de elegibilidade e a subsequente inibição de participar nas rondas seguintes;
- c) O apuramento e a divulgação dos resultados finais da fase de licitação nos termos previstos no artigo 26.º do Regulamento do Leilão, ao não atribuir qualquer lote à ZON III, implicou a imediata determinação desta empresa como licitante não vencedor;
- d) A determinação da ZON III como licitante não vencedor determinou a libertação da caução por si prestada, ao abrigo da alínea b) do n.º 4 do artigo 10.º do mesmo regulamento, tendo presente que a mesma deixou de desempenhar, para o ICP-ANACOM, qualquer função procedimental ou garantística.

Neste contexto e tendo a decisão de libertação da caução prestada pela ZON III sido adotada em inteira conformidade com o disposto no Regulamento do Leilão, o ICP-ANACOM repudia, por inaceitável, a alegação de uma lesão ao erário público e, por essa via, de um benefício ilegítimo a esta empresa.

IV. Outras matérias

1. A **TMN** refere que, na página 10 do Projeto de Relatório, a quantificação dos envelopes dirigidos aos representantes dos licitantes se encontra incorreta.

Entendimento do ICP-ANACOM

Dos dezasseis envelopes fechados entregues ao ICP-ANACOM pelo operador da plataforma, onze foram levantados no âmbito das sessões de formação, quatro foram levantados no serviço de atendimento ao público da sede do ICP-ANACOM entre 23 e 25 de Novembro de 2011 e um não foi levantado, tendo o ICP-ANACOM sido informado de que o respetivo destinatário não iria proceder ao seu levantamento. Neste contexto e no sentido do comentário apresentado pela TMN, o ICP-ANACOM procederá à correção desta informação no relatório final do leilão.

2. A **TMN** alerta para o facto de o Anexo 53 estar em branco, pressupondo que a página que lhe corresponde é aquela que, erradamente, é apresentada no final do Anexo 52.

Entendimento do ICP-ANACOM

Na organização dos anexos do Projeto do Relatório, o corpo do Anexo 53 foi trocado com a respetiva capa, lapso este que será corrigido no relatório final do leilão.

3. A **TMN** refere que, no capítulo 2. *Sessões de Testes*, dentro da parte D. *Sessões de formação e testes*, não é feita qualquer referência ao facto de, nas sessões de testes, terem sido utilizados os *templates* definitivos (em substituição dos inicialmente transmitidos aos candidatos), apesar de ser isto que é referido na mensagem eletrónica dirigida a esta empresa no final do dia 25 de Novembro de 2011.

Entendimento do ICP-ANACOM

Esta questão encontra-se referenciada na alínea g) da parte F. *Esclarecimentos de ordem geral e outros pedidos*, tendo sido devidamente juntos ao Projeto de Relatório não só a resposta dirigida a esta empresa acerca deste assunto (Anexo 40), como o teor do esclarecimento de ordem geral emitido pelo ICP-ANACOM nesta matéria (Anexo 37).

4. A **VODAFONE** alerta para a existência de documentos em falta no âmbito da documentação disponibilizada para efeitos de audiência dos interessados, no que respeita a parte dos esclarecimentos solicitados pela OPTIMUS a esta Autoridade, nomeadamente

vertidos nos Anexos 2 e 8, requerendo que seja dado pleno conhecimento da totalidade dos pedidos de esclarecimento dos vários interessados no presente procedimento, bem como a totalidade das respostas do ICP-ANACOM. No mesmo sentido, a **TMN** chama a atenção desta Autoridade para o facto de, na versão impressa do Anexo 2, estarem em falta as últimas questões formuladas pela OPTIMUS, designadamente da questão 10.17 à questão 26.

Entendimento do ICP-ANACOM

Conforme evidenciado pelos Anexos 1 a 14, o ICP-ANACOM pretendeu disponibilizar não só todos os esclarecimentos prestados aos interessados, como também o teor integral dos pedidos apresentados pelos mesmos. Por lapso de impressão, porém, e no que respeita, em concreto, ao pedido de esclarecimento dirigido pela OPTIMUS a 25 de outubro de 2011, não foram juntas ao Anexo 2 as últimas páginas do pedido. Tendo presente que, em conformidade com o respetivo teor, esta falta não prejudicou as pronúncias recebidas, o ICP-ANACOM irá incluir as páginas em falta no relatório final do leilão considerando-se dessa forma o lapso retificado.

No que respeita ao Anexo 8, salientamos que o mesmo já integra o teor integral tanto do pedido da OPTIMUS, como dos esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM.

5. A **TMN** refere que, dos anexos ao Projeto de Relatório, não constam alguns documentos que foram entregues aos candidatos admitidos, como por exemplo as “Condições de utilização dos meios alternativos à plataforma eletrónica” e o “Manual de utilização da plataforma eletrónica”, entendendo esta empresa que todos os documentos do leilão deveriam constar dos anexos ao relatório final, a bem da completude do processo.

Entendimento do ICP-ANACOM

Na versão final do relatório do leilão, o ICP-ANACOM irá anexar o Manual de Utilização da Plataforma Eletrónica e as Condições de Utilização dos Meios Alternativos à Plataforma Eletrónica, sem prejuízo de todos os elementos relativos ao leilão integrarem os processos administrativos existentes no ICP-ANACOM.