



Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas Faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz

Enviado através do seguinte correio eletrónico: leilao5G@anacom.pt
CC: pca@anacom.pt

Assunto: Leilão 5G e outras faixas: Projeto de relatório do leilão 5G e outras faixas relevantes – comentários da NOS Comunicações, S.A.

Exmo. Senhor Presidente do Conselho de Administração da ANACOM,

A NOS Comunicações, S.A., tendo sido notificada do Projeto de relatório de leilão de e Projeto de decisão de atribuição de direitos de utilização de frequências no âmbito do leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz, cujos procedimentos foram definidos pelo Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, publicado no D.R. n.º 216 (Série II - Parte E), de 5 de novembro de 2020, na sua redação atual, doravante "Regulamento", vem apresentar os seus comentários nos termos que se seguem:

1. O projeto de relatório do leilão apresentado pela ANACOM não reflete os factos relativos à contestação que o Regulamento tem sido alvo desde o processo que conduziu à sua aprovação em novembro de 2020, os quais constituem elementos muito relevantes e marcantes do leilão que o projeto de relatório agora em análise deve retratar.
2. O Regulamento foi e continua a ser alvo de ampla contestação, incluindo da NOS, porque foi inquinado por falhas na avaliação do nível concorrencial do mercado nacional de comunicações e na definição das medidas necessárias e adequadas para promover a sustentabilidade da concorrência a prazo.
3. A definição do Regulamento assentou nos pressupostos de que o setor das comunicações em Portugal não é competitivo e de que mais operadores no mercado é sinónimo de mais concorrência. Estes pressupostos estavam (e estão) errados:
 - a. As redes e as infraestruturas nacionais são ímpares em dimensão e qualidade quando comparamos com os restantes países europeus.



- b. O nível de investimento dos operadores portugueses está muito acima da média europeia, sendo as empresas de comunicações das que mais investem em I&D neste país.
 - c. A rentabilidade do setor em Portugal é das mais baixas da Europa e muito inferior aos restantes setores da economia nacional.
 - d. Os preços em Portugal estão entre os mais baixos da Europa e têm estado em queda.
 - e. Não é possível assumir que existe em Portugal falta de concorrência e níveis de preços elevados no setor, quando o país apresenta retornos sobre os capitais investidos dos mais baixos da Europa.
 - f. A grande maioria dos países europeus tem 3 ou menos operadores
 - g. De um ponto de vista económico, não existe qualquer correlação entre número de operadores e o nível de intensidade competitiva ou de qualidade dos serviços.
 - h. A ANACOM não promoveu uma análise de impacto regulatório, ou seja, uma análise económica e concorrencial do que estima vir a acontecer ao mercado com a entrada de novos operadores, bastando-se com os seus próprios juízos proféticos, mas sem qualquer sustentação.
4. Com base nestes pressupostos errados, a ANACOM incluiu no Regulamento múltiplas medidas de discriminação em favor dos novos entrantes e em prejuízo dos operadores de rede que atuam e investem em Portugal há dezenas de anos, as quais distorcem a concorrência, criam incentivos errados e prejudicam o investimento, incluindo:
- a. Reserva de espectro para novos entrantes, contemplando o leilão uma fase de licitação específica para novos entrantes (artigos 16º a 24º do Regulamento)
 - b. Ausência de obrigações de cobertura ou de investimento associadas ao espectro reservado.
 - c. Obrigações de cobertura na faixa dos 700 MHz para novos entrantes, incomparavelmente mais baixas do que as impostas para os operadores que já atuavam no mercado móvel previamente ao leilão (artigo 42º do Regulamento).
 - d. Direito de acesso dos novos entrantes a todas as redes e frequências dos atuais operadores, incluindo frequências e tecnologias anteriores ao leilão (artigo 45º do Regulamento).
5. As medidas de discriminação positiva de novos entrantes contempladas no leilão 5G português são inaceitáveis sob qualquer perspetiva.



- a. Trata-se de medidas inéditas e sem precedentes a nível nacional ou internacional. Em nenhum leilão europeu se registou um nível tão acentuado de discriminação e no passado nenhum operador nacional beneficiou de medidas semelhantes.
 - b. A reserva de espectro coartou a possibilidade de os operadores que atuavam no mercado antes do leilão acederem a espectro essencial para reforçar a sua rede 4G, fortalecendo a capacidade e resiliência nessa tecnologia.
 - c. A absoluta dispensa de obrigações - caso os novos operadores não pretendam aceder às redes dos atuais operadores - e as parcas obrigações - caso os entrantes pretendam beneficiar das redes dos atuais operadores, para além de não terem paralelo a nível internacional, não promovem o investimento e o compromisso com o desenvolvimento do país.
 - d. Acresce que as parcas obrigações de cobertura fixadas para os novos operadores não têm qualquer desígnio de dispersão geográfica ou cobertura de zonas mais desfavorecidas, podendo ser cumpridas com muito baixo investimento apenas em Lisboa e Porto, não contribuindo para o objetivo de generalização da digitalização e da coesão territorial.
 - e. O roaming nacional previsto no Regulamento é uma medida excessiva porque representa o acesso indiscriminado às redes dos três operadores que já detinham frequências, em qualquer parte do território e para todas as tecnologias atuais e futuras (2G, 3G, 4G, 5G)
 - f. A imposição de roaming nacional, apesar da mensagem que a ANACOM insiste em veicular, não é, nem foi uma realidade na maioria dos países europeus. A imposição de roaming nacional é uma exceção e é ainda mais excepcional no âmbito de processos de atribuição de frequências.
6. O Regulamento enferma de várias falhas jurídicas que decorrem dos erros de avaliação atrás mencionados e do desrespeito pela Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro que aprova a estratégia nacional para o 5G (RCM), incluindo:

- a. *Erro nos pressupostos e falta de fundamento:* ao incluir medidas discriminatórias com o propósito de promover a entrada de novos operadores, a ANACOM partiu do pressuposto de que em Portugal não há concorrência, o qual como se viu está errado e não é de todo fundamentado ou comprovado pelo Regulador. E tal é obrigatório por lei e aconselhado pelas boas práticas regulatórias.

Por isso, a falta da fundamentação inquina por essa via a validade do Regulamento adotado pela ANACOM.

- b. *Desrespeito da RCM:* as medidas de discriminação positiva não encontram qualquer alicerce ou fundamento na RCM respeitante ao Leilão do 5G. O sentido da RCM é, aliás, o oposto quando determinou que a ANACOM deveria

conduzir o procedimento de atribuição de licenças de uso de espectro "de modo imparcial perante todos os interessados". Algo que objetivamente não aconteceu.

Foi assim violada a norma injuntiva emanada do Governo subjacente à RCM.

- c. *Falta de fundamento legal*: não há (nem havia) lei- norma habilitante - que permita à ANACOM criar um regime discriminatório a favor de novos entrantes lesando a esfera patrimonial dos atuais operadores. Um tipo de medida tão gravosa e desproporcional não pode ocorrer sem que haja uma lei a dar cobertura à atuação da ANACOM.

Não havendo lei, a adoção de medidas tão discriminatórias como as incluídas no Regulamento representam uma invasão do poder legislativo que fere de ilegalidade o Regulamento.

- d. *Violação de princípios constitucionais* - o tratamento desigual e não fundamentado, o grau excessivo e nunca visto dos privilégios concedidos aos novos entrantes - em Portugal e na Europa -, acrescido do impacto nocivo que os mesmos acarretam para o nível de competitividade do mercado, traduzem-se, de uma assentada, na violação dos princípios constitucionais da igualdade, da imparcialidade, da proporcionalidade e da concorrência.

O tratamento desigual, não fundamentado, traduz-se na violação do princípio constitucional da igualdade que proíbe "o tratamento desigual de situações iguais e o tratamento igual de situações desiguais".

A consequência nociva das medidas para o atual nível de competitividade do mercado, viola o princípio constitucional da concorrência.

O grau excessivo e nunca visto das medidas de discriminação positiva ou dos privilégios concedidos a novos entrantes, violam os princípios da proporcionalidade e da imparcialidade, princípios que devem nortear a atividade regulatória.

A reserva de espectro, ao excluir os atuais operadores, numa primeira fase, de se poderem candidatar à sua aquisição, restringe ou amputa o seu direito ou liberdade constitucional de iniciativa económica privada.

O acesso irrestrito às redes já existentes viola o princípio constitucional do direito da propriedade privada.

- e. *Auxílios de Estado ilegais e violação de diretivas europeias relativas ao setor das comunicações* - as regras de discriminação positiva a favor dos novos entrantes representam, no domínio do Direito Europeu, auxílios de Estado ilegais e uma violação do quadro regulatório do setor das comunicações, designadamente da Diretiva 2002/20/CE, de 7 de março de 2002 (Diretiva Autorização), Diretiva 2002/21/CE, de 7 de março de 2002 (Diretiva Quadro) e da Diretiva (UE) 2018/1972, de 11 de dezembro de 2018 (Código Europeu das

Comunicações).

7. Para além das medidas de discriminação positiva de novos entrantes e das alterações de regras que a ANACOM promoveu durante a fase de licitação principal, o Regulamento está também inquinado pelas decisões da ANACOM relativas ao Direito de Utilização de Frequências nº ICP- ANACOM Nº 04/2010, em concreto, a opção de não recuperar os direitos de utilização de frequência na faixa dos 3,6 GHz atribuídos à Dense Air previamente ao leilão.
8. A decisão da ANACOM de alterar o DUF ICP-ANACOM Nº 04/2010¹, ao invés de recuperar a totalidade dos DUF's atribuídos em 2010 à Dense Air na faixa dos 3,6 GHz, condicionou o espectro da faixa dos 3,6 GHz disponível no leilão (artigo 7º do Regulamento), obrigando à fragmentação do espectro da faixa dos 3,6 GHz em 3 categorias - H, I e J - em que duas delas apresentam restrições de utilização até 2025 (categorias H e I). Esta situação condicionou, e muito, o leilão, nomeadamente porque criou escassez no espectro imediatamente disponível na faixa dos 3,6 GHz, uma das faixas core para o 5G.
9. Neste seguimento, a NOS interpôs, a nível nacional, várias ações judiciais a contestar o Regulamento tal como aprovado pela ANACOM, incluindo providências cautelares, as quais ainda estão em curso, bem como ações e providências cautelares relativas às alterações ao Regulamento que a ANACOM promoveu durante o decurso da fase de licitação. No que respeita às alterações ao Regulamento efetuadas durante a fase de licitação, apesar de a ANACOM as mencionar no projeto de relatório do leilão, nada é dito sobre o elevado nível de contestação à sua introdução, nem sobre as ações judiciais promovidas, quer pela NOS, quer por outros licitantes, a propósito de tais alterações.
10. Adicionalmente, como a ANACOM tem conhecimento, a NOS apresentou duas queixas formais à Comissão Europeia relativas: i) a Auxílios de Estado ilegais; e ii) à violação do quadro jurídico-regulatório do setor das comunicações, as quais estão ainda em fase de análise por aquela instituição. De acordo com as notícias veiculadas nos *media*, outros licitantes também promoveram queixas junto da Comissão Europeia relacionadas com o leilão 5G nacional.
11. Apesar da elevada contestação ao Regulamento que enquadrou o desenrolar do leilão, constata-se que o relatório proposto pela ANACOM é totalmente omissivo sobre a contestação às regras do leilão que antecedeu, que se manteve durante toda a fase de licitação e que ainda perdura.
12. Do ponto de vista da NOS, o relatório do leilão, sendo factual, não pode deixar de

1

https://www.anacom.pt/streaming/dec23122019alteracaoDUFdenseAir.pdf?contentId=1498321&field=ATTACHED_FILE

mencionar, no mínimo, os eventos concretos relativos à contestação ao leilão, como é o caso das ações judiciais interpostas a nível nacional e das queixas que correm termos no plano do direito comunitário relativas ao Regulamento.

13. Adicionalmente, a NOS não pode deixar de, nesta oportunidade, fazer uma apreciação crítica da plataforma eletrónica adotada pela ANACOM para suportar a fase de licitação do leilão.
14. Como se conclui pelos múltiplos reportes de problemas feitos por diversos licitantes sobre (in)disponibilidade, incoerência ou incorreção de informação apresentada e rapidez de resposta, a plataforma usada pela ANACOM nem sempre respondeu com a robustez e fiabilidade que era expectável num processo estrutural como é o leilão de frequências 5G.
15. A este propósito de referir também que a NOS, como outros licitantes, sugeriram à ANACOM alterações à plataforma logo após as sessões de formação e em antecipação às fases de licitação. Porém, naquele que foi o seu registo em todo o processo de ignorar as sugestões apresentadas, sobretudo se vindas dos operadores que já atuavam no mercado, a ANACOM recusou-se a fazer qualquer adaptação à plataforma e tentou sempre até ao limite afastar as suas responsabilidades sobre as falhas registadas na plataforma. No entanto, o reporte do mesmo tipo de falhas por diferentes licitantes invalida as tentativas de justificação da ANACOM que imputavam a responsabilidade pelas falhas ao licitante que as reportava.
16. No que ao demais está vertido no projeto de relatório a NOS não tem comentários.
17. Por último, relacionado com o procedimento de atribuição dos direitos de utilização de frequências em resultado do leilão 5G e outras faixas relevantes e a emissão dos respetivos títulos habilitantes, a NOS relembra a necessidade de estes processos refletirem a decisão da ANACOM de 23 de dezembro de 2019, através da qual aquela Autoridade atribuiu à NOS 2x200 kHz na faixa dos 900 MHz².

Lisboa, 18 de novembro de 2021


Filipa Santos Carvalho

Administradora Executiva

² <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1498282>