

**Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.**

**Resposta ao procedimento de consulta pública relativo à revisão de preços da oferta de referência de acesso a condutas (ORAC) e da oferta de referência de acesso a postes (ORAP) da MEO**

**23 de março de 2022**

**Resposta ao procedimento de consulta pública relativo à revisão de preços da oferta de referência de acesso a condutas (ORAC) e da oferta de referência de acesso a postes (ORAP) da MEO**

**I. Introdução**

A **Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.** (doravante abreviadamente designada por “Vodafone” ou “empresa”) vem, pelo presente, pronunciar-se sobre o procedimento de Consulta Pública relativo à revisão de preços da oferta de referência de acesso a condutas (ORAC) e da oferta de referência de acesso a postes (ORAP) da MEO (doravante abreviadamente designado por “Consulta” ou “SPD”) levado a cabo pela Autoridade Nacional de Comunicações (doravante abreviadamente designada como “ANACOM” ou “Regulador”).

Os comentários ora tecidos constituem a posição da Vodafone sobre a Consulta *supra* mencionada, podendo sofrer alterações em virtude dos desenvolvimentos de mercado ou de novas decisões ou projetos de decisão que a ANACOM venha futuramente a aprovar neste contexto ou noutro com ele direta ou indiretamente relacionado.

Nesta medida, a Vodafone reserva-se o direito de alterar ou retificar a posição refletida no presente documento no que respeita às matérias aqui tratadas ou quaisquer outras com elas relacionadas.

**II. Comentários Prévios**

**A. O enquadramento do SPD**

Primeiramente, a Vodafone começa por congratular a ANACOM pela iniciativa em proceder à revisão, ainda que parcial por apenas se aplicar a uma das suas componentes, das ofertas de acesso a condutas (doravante abreviadamente designada por “ORAC” ou “Oferta”) e a postes (doravante abreviadamente designada por “ORAP” ou “Oferta”) da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (doravante abreviadamente designada por “MEO”).

Não obstante, e sem prejuízo dos comentários mais detalhados que tecerá no capítulo seguinte da presente pronúncia, a Vodafone gostaria, desde já, de salientar o seguinte:

- Por decisão de 17.07.2004, o Regulador determinou à MEO os elementos mínimos que deveriam integrar uma oferta de referência de acesso a condutas, tendo, igualmente, fixado os princípios e condições gerais a que deviam obedecer quer o acesso, quer a utilização de condutas e infraestrutura associada.

- Foi, ainda, determinado pela ANACOM que aquela oferta deveria respeitar os princípios da transparência, não discriminação e orientação dos respetivos preços para os custos.
- Em dezembro de 2004, foi, então, definida e disponibilizada aos interessados a ORAC.
- Posteriormente, mais concretamente em 28.10.2010, a ANACOM determinou à MEO a criação de uma oferta de referência, desta feita relativa a postes (ORAP), tendo, em dezembro de 2010, sido criada e disponibilizada aos interessados a ORAP.

Desde a disponibilização destas ofertas até à data de hoje já decorreram 18 e 12 anos respetivamente, sendo que, no que respeita à primeira, em 2006, e por força de uma decisão da ANACOM, foram determinados os preços máximos aplicáveis aos serviços disponibilizados, tendo em conta o princípio da orientação dos preços para os custos. Já no caso da ORAP não se verificaram, até à data de hoje, quaisquer alterações ou determinações a esse respeito.

## **B. Confidencialidade da informação | Falta de fundamentação**

Em linha com o que a Vodafone tem vindo a argumentar junto da ANACOM no âmbito de outros procedimentos de consulta pública e, em particular, nos relativos aos preços dos circuitos que ligam o Continente e as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (CAM) e aos que ligam as várias ilhas dos Açores (circuitos inter-ilhas), o presente SPD contém um elevado volume de informação classificada como confidencial, impossibilitando, por parte da Vodafone, qualquer análise esclarecida sobre a revisão de preços agora proposta pela ANACOM.

### **Pedido de acesso a informações adicionais**

Assim sendo, a Vodafone procurou obter, junto do Regulador, informação que considera essencial para a sua pronúncia, tendo para o efeito solicitado, através de pedido submetido a 10 de março de 2022 à ANACOM, nos termos dos artigos 268.º, n.º 1, n.º 2 e n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, 17.º e 82.º do Código do Procedimento Administrativo e 12.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, o seguinte:

- (i) Informação relativa à evolução anual das receitas da MEO relativas ao serviço de acesso e utilização de condutas, bem como da evolução dos indicadores físicos que lhe estão associados, designadamente km de ocupação de condutas e de sub-condutas, acompanhamentos, pedidos de viabilidade e outros associados às referidas receitas, desde a disponibilização da oferta (2004) até ao final do ano de 2021;
- (ii) Informação relativa à evolução anual das receitas da MEO relativas ao serviço de acesso e utilização de postes, bem como da evolução do número de postes/fixações em postes e de

outros serviços geradores das referidas receitas, desde a disponibilização da oferta (2010) até ao final de 2021;

- (iii) Sendo feitas ao longo do documento diversas menções às margens dos diversos produtos e subprodutos destas ofertas de referência, informação relativa ao facto de as mesmas serem positivas ou negativas, numa base anual, ao longo do período 2004/2010 até 2021;
- (iv) Evolução desde 2004 da taxa de custo de capital para efeitos regulatórios definida para efeitos de determinação do custo de capital até 2021;
- (v) Caso a informação acima indicada, com o detalhe solicitado, seja considerada como confidencial, a partilha da informação em causa poderá ser feita em termos agregados (receita total do serviço de aluguer de condutas e receita total do serviço de alugues de postes) ou sob o formato de intervalos.

A ANACOM respondeu ao pedido de acesso submetido pela Vodafone através da “Decisão sobre pedido da Vodafone Portugal de acesso a informação administrativa no âmbito do procedimento em curso relativo à revisão de preços da oferta de referência de acesso a condutas (ORAC) e da oferta de referência de acesso a postes (ORAP)”, datada de 15 de março de 2022. Nesta resposta ao pedido da Vodafone, a ANACOM:

1. Procede à identificação de informação cujo acesso deve ser restringido (categoria na qual inclui a quase totalidade dos elementos solicitados pela Vodafone). Neste contexto e resumidamente, a ANACOM refere que:
  - a) Quanto ao pedido de disponibilização de informação (i) relativa à evolução anual das receitas da MEO relativas ao serviço de acesso e utilização de condutas, bem como da evolução dos indicadores físicos que lhe estão associados, designadamente km de ocupação de condutas e de sub-condutas, acompanhamentos, pedidos de viabilidade e outros associados às referidas receitas, desde a disponibilização da oferta (2004) até ao final do ano de 2021; e (ii) relativa à evolução anual das receitas da MEO relativas ao serviço de acesso e utilização de postes, bem como da evolução do número de postes/fixações em postes e de outros serviços geradores das referidas receitas, desde a disponibilização da oferta (2010) até ao final de 2021, a ANACOM considera que os dados financeiros solicitados não são publicamente divulgados pela MEO e contêm elementos cuja divulgação pode lesar os interesses da MEO e que a divulgação de indicadores físicos associados à oferta de condutas e postes poderia levar a que os concorrentes da MEO pudessem conhecer ou inferir elementos internos da atividade operacional e posicionamento comercial da MEO.

- b) Relativamente ao pedido de indicação do facto de as margens anuais dos diversos produtos e sub-produtos constantes destas ofertas de referência, serem positivas ou negativas, considera a ANACOM que, para além de, novamente, serem dados que a MEO não torna públicos e cuja divulgação poderia lesar os seus interesses, esta informação poder conduzir à adoção, pelos seus concorrentes, de estratégias comerciais especificamente direcionadas para estes serviços.
- c) No que respeita ao pedido de indicação da evolução, desde 2004, da taxa de custo de capital para efeitos regulatórios definida para efeitos de determinação do custo de capital até 2021, a ANACOM remete (i) relativamente aos valores da taxa de custo de capital definidos para os exercícios de 2009 e seguintes, para os dados tornados públicos aquando do processo de consulta pública associado à definição destes valores; e (ii) relativamente aos exercícios compreendidos entre 2004 e 2008, a ANACOM disponibiliza a taxa de custo de capital utilizada para efeitos regulatórios no sistema da contabilidade analítica da MEO.
- d) Sobre a possibilidade de, subsidiariamente, ser disponibilizada a informação solicitada sob o formato de intervalos, a ANACOM reconhece que esta abordagem é possível. No entanto, considera que a mesma envolve um equilíbrio difícil entre a proteção da confidencialidade dos elementos em questão e a utilidade que se pode extrair dos valores intervalos, sendo a utilidade da informação intervalada tanto maior quanto menor for o intervalo em que a informação em causa se insere, dado implicar menor incerteza quanto ao valor efetivo.

Em termos sumários, a ANACOM refere que terá realizado uma ponderação devida da classificação de confidencialidade dos elementos constantes do SPD sem, no entanto, fundamentar esta análise nem partilhar os critérios subjacentes à mesma, indicando que a disponibilização da referida informação, mesmo que de forma agregada ou em intervalos, poderia permitir aos interessados extrapolar o teor das ocultações, inferindo o que se considera digno de proteção superior - i.e. o interesse comercial da MEO.

Ora, conforme acima referido, não pode a Vodafone deixar de manifestar a sua surpresa perante o posicionamento da ANACOM, pelos motivos abaixo indicados.

## **Fundamentação da recusa**

Em momento algum a ANACOM justifica adequadamente em que medida e por que motivo(s) a divulgação da informação solicitada pela Vodafone poderia ser lesiva dos interesses legítimos da MEO e porque os mesmos se devem sobrepor aos interesses gerais dos beneficiários destas ofertas.

Com efeito, a ANACOM não o faz de forma especificada em relação a cada um dos pedidos, nem o faz, adequadamente considerando os pedidos como um todo.

Desde logo, a Vodafone fez vários pedidos específicos que foram tratados (indevidamente) pela ANACOM em bloco, não tendo sido analisado e fundamentado para cada uma das solicitações em concreto os fatores que determinam a recusa da informação. A título de exemplo, veja-se que, no ponto 1. e 2. do pedido de acesso a informação, a Vodafone faz diversas solicitações que vão desde a evolução anual das receitas relativas ao acesso às condutas e postes, à informação relativa aos pedidos de viabilidade e outros elementos associados e que a ANACOM, não analisou detalhadamente, nem cuidou de fundamentar o motivo da recusa de prestação da referida informação, tendo antes remetido para uma justificação genérica, também ela não densificada, e por isso ilegal e inconstitucional, como veremos abaixo, de que a divulgação dos elementos solicitados pode “lesar os interesses da empresa (MEO)”. Ou seja, a Anacom trata de igual modo, para este efeito, receitas agregadas geradas pelo aluguer de condutas/postes e receitas derivadas dos diversos serviços prestados no âmbito das referidas ofertas.

Acresce que, além de genérica e pouco densificada, a justificação apresentada pela ANACOM para a recusa da prestação de informações, assenta, invariavelmente, em juízos meramente conclusivos e não, como deveria suceder, em factos que permitissem efetivamente perceber em que medida é que o fornecimento de uma concreta informação poderia lesar a MEO e qual a específica lesão que daí adviria.

Pese embora se possa compreender, sem, no entanto, se concordar (tendo em conta os interesses em presença, desde logo a circunstância de estarmos perante uma oferta regulada, cujos pressupostos subjacentes à formação dos seus preços devem ser tornados públicos, por razões de transparência), que a divulgação de alguns dos elementos solicitados possam, em teoria, lesar os interesses da MEO. Contudo, a linha de argumentação apresentada pela ANACOM é particularmente difícil de entender no que diz respeito à informação relativa à evolução dos pedidos de viabilidade de acesso às condutas, desde logo porque a ANACOM divulga informação relativa a número de pedidos de instalação de cabos em conduta e em postes nos Relatórios Anuais de Regulação.

É também totalmente incompreensível em que medida a informação sobre se as margens de determinados produtos serem positivas ou negativas dever ser considerada como segredo comercial.

Como veremos abaixo, o segredo comercial tem enquadramento legal próprio e a ANACOM falhou em explicar em que medida aquela informação é abrangida por tal qualificação. Esta falta de fundamentação é tanto mais séria por estarmos perante ofertas reguladas.

Com efeito, não se percebe como o mero acesso à informação sobre se as margens foram positivas ou negativas, sem qualquer outro elemento adicional, fere interesses comerciais da MEO ou traz vantagens competitivas aos seus concorrentes. Também não é descrita, a ponderação de interesses realizada pela ANACOM que terá determinado que o mero interesse da MEO na confidencialidade desta informação (informação essa que, reiteramos, se refere a indicadores globais associados a ofertas reguladas) se sobrepõe aos interesses legítimos da Vodafone e dos outros participantes na Consulta e ao dever de fundamentação da ANACOM.

Sem prejuízo dos demais argumentos jurídicos invocáveis nesta matéria, não pode a Vodafone deixar de estranhar, especificamente, o facto de a ANACOM determinar simplesmente que a informação solicitada, em geral, não foi publicada pela MEO e que poderá lesar os interesses comerciais desta, sem qualquer fundamentação para além da identificação de disposições jurídicas que (i) estabelecem a relatividade dos direitos administrativos de acesso a informação e documentação no contexto de um processo administrativo, e/ou que (ii) permitem a restrição prática ao princípio da transparência administrativa.

Adicionalmente, não só a ANACOM se limita, na justificação da sua decisão, a identificar princípios jurídicos gerais (sem determinação dos elementos concretamente empregues na sua análise), como apenas cita parcialmente os artigos relevantes, omitindo elementos cruciais a uma interpretação holística e completa, elementos esses que sustentam a validade jurídica e a pertinência do pedido da Vodafone. Senão, vejamos:

- (i) Em primeiro lugar, apesar de começar por esclarecer no seu despacho (e bem) que o direito à informação procedimental se rege por um diploma distinto do direito à informação não procedimental, a que se aplicam, respetivamente, o CPA e a LADA, a ANACOM acaba por alicerçar a sua decisão final em normas de ambos os regimes, o que, além de juridicamente questionável, lança uma escusada confusão sobre o concreto diploma que a ANACOM entende ser o aplicável.
- (ii) Apesar de invocar o artigo 6º da LADA, como um dos fundamentos jurídicos do indeferimento, a ANACOM não parece considerar o facto de o artigo 6º da LADA notar expressamente, no seu número 8, que “*os documentos administrativos sujeitos a restrições de acesso são objeto de comunicação parcial sempre que seja possível expurgar a informação relativa à matéria reservada*” – não tendo, aparentemente, a ANACOM considerado esta obrigação legal de

expurgação da informação que, não sendo de natureza reservada, possa/deva ser acedida pela Vodafone.

- (iii) O Parecer n.º 18/2021 da CADA, que é citado pela ANACOM como fundamento para a possibilidade de recusa de disponibilização de informação considerada “excessiva” ou “desproporcional”, refere também (ponto omitido pela ANACOM) que a recusa de acesso fundada na desproporcionalidade do pedido deverá ser concretizada, de modo a que resulte inequívoca a “desrazoabilidade” do esforço em relação à garantia do direito de acesso, notando ainda que *“as razões de recusa devem ser diretamente apresentadas ao requerente, de modo a garantir o devido contraditório e a alcançar-se uma solução que permita compaginar o direito de acesso com a afetação razoável de recursos para o cumprimento desse direito”*.

Neste parecer é também referido, na senda do disposto no artigo 2º, n.º 1 da LADA, que *“se o requerente vier a reduzir o pedido ou o precisar e escalonar, haverá o mesmo que ser ponderado pela entidade consulente, no quadro dos princípios da boa-fé e da colaboração com os particulares”*. Ora, tal poderia, fácil e razoavelmente, ter sido realizado mediante a disponibilização de informação em formato agregado, conforme de resto solicitado subsidiariamente pela Vodafone - pedido que, como se sabe, foi liminarmente rejeitado pela ANACOM.

- (iv) De igual forma, o Parecer n.º 267/2019 da CADA, para o qual a ANACOM remete para fundamentar a possível restrição ao direito de acesso a documentos nos casos em que os mesmos contenham informações confidenciais, refere expressamente que *“a existir alguma informação sujeita a restrição de acesso, nomeadamente, em razão de segredo comercial, é necessária uma concretização mínima. [...] Na verdade, não basta a mera alegação, genérica, desprovida de concretização factual, sendo que ela deve ser feita, preferencialmente, em relação a cada um dos documentos que integram o procedimento em causa”*. A indicação global e generalizada, pela ANACOM, de que a informação solicitada constitui informação que não foi tornada pública e que pode conduzir a que, direta ou indiretamente, se possa conhecer ou inferir determinada informação comercial é, manifestamente, insuficiente para o cumprimento deste requisito.
- (v) Este mesmo entendimento tem vindo a ser acolhido pela jurisprudência dos Tribunais superiores, como decorre, por exemplo, das conclusões do acórdão do TCA Sul, de 27 de fevereiro de 2020 (p. 2232/18), na parte em que se decidiu o seguinte:



*“XIV- A alegação de desproporcionalidade e exercício abusivo do direito à informação deve alicerçar-se em factos concretos, também alegados pelo requerido, ou em factos notórios, de conhecimento oficioso.*

*XV- No que se refere ao segredo comercial, industrial ou de propriedade científica, literária ou artística, é de salientar que a respetiva invocação não se basta com a mera alegação, vaga e genérica, desprovida de qualquer concretização fáctica, antes devendo a entidade sujeita ao dever de informação concretizar, de modo fundamentado, que os documentos contêm segredos comerciais, industriais e dados internos da vida da empresa, visto estar em causa a restrição a um direito fundamental com assento constitucional”.*

- (vi) Apesar de a ANACOM se referir por diversas vezes a “segredo de negócio” e “segredo comercial”, esta autoridade nada refere quanto aos critérios utilizados para enquadrar a informação solicitada neste conceito legal, apesar de o Parecer n.º 267/2019 da CADA, acima referido, abordar em pormenor o facto de apenas dever ser considerada “segredo comercial” informação que se enquadre na definição legal constante do artigo 318º do Código da Propriedade Industrial – enquadramento que a ANACOM não realiza na sua resposta e que, atento o disposto no referido artigo do Código da Propriedade Industrial, não parece ser aplicável à informação solicitada pela Vodafone.

De resto, os diplomas acima referidos e as disposições legais invocadas pela ANACOM apenas confirmam a natureza excepcional da qualificação, como confidencial, da informação que seja solicitada, tanto no que respeita aos fundamentos dessa qualificação, como à duração da confidencialidade, ao modo pelo qual a mesma se processa e ao facto de, sempre que possível, a mesma dever ser meramente parcial.

Não basta, por isso, que a ANACOM se limite a fundamentar a recusa de disponibilização de informação que é essencial a um cabal escrutínio do cumprimento, pela MEO, das obrigações que lhe são aplicáveis no contexto das ofertas ORAC/ORAP, e que meramente replique regras legais que pretendem consagrar exceções ao regime geral, sem uma fundamentação clara, precisa e suficiente quanto ao motivo pelo qual considera relevante a aplicação desta exceção.

Em particular, a ANACOM não identifica o fundamento para a posição assumida no sentido de a mera indicação das receitas auferidas no contexto de ofertas reguladas dever ser considerada confidencial, ficando a sua visibilidade restrita à ANACOM e à MEO enquanto operador responsável por estas ofertas. Aliás a ANACOM reconhece no SPD a particular relevância para o mercado destas ofertas cruciais para o desenvolvimento das redes dos diversos operadores do mercado.

É, com todo o respeito, verdadeiramente incompreensível que, perante uma matéria tão impactante, em que as necessidades de transparência são tão marcadas, a ANACOM opte por proteger cegamente putativos segredos comerciais da MEO – que não especifica e que, a existirem, serão seguramente muito ténues – prejudicando, assim, gravemente, aquele que é o direito dos operadores abrangidos pelas ofertas a conhecerem os pressupostos em que a definição das mesmas se fundam.

Ainda que a ANACOM considerasse, de forma justificada, que a informação solicitada pela Vodafone constituía informação confidencial, poderia (e deveria) ser considerada a disponibilização de informação agregada, conforme solicitado subsidiariamente, o que não sucedeu, conforme descrito nos parágrafos seguintes.

### **Recusa do pedido subsidiário da Vodafone: disponibilização de informação agregada e em intervalos**

Tendo a ANACOM indicado que a disponibilização da informação solicitada, sob a forma de intervalos, é de utilidade prática variável (aspeto que naturalmente deve ser deixado à avaliação da Vodafone), consoante a amplitude dos intervalos considerados, a ANACOM nada refere quanto ao que poderia ser considerado um intervalo mínimo adequado e aceitável, do ponto de vista regulatório para a disponibilização da informação, limitando-se a rejeitar o pedido, mais uma vez, com base no facto de a disponibilização da mesma poder trazer vantagens competitivas aos concorrentes da MEO.

Ora, ao limitar-se a recusar à Vodafone o acesso, *tout court*, à informação agregada e em intervalos, invocando o facto de a mesma não se revelar de grande utilidade, a ANACOM substitui-se à Vodafone naquele que é um ponto eminentemente operacional e de avaliação individual.

Como defendeu o TCA Sul, no citado acórdão de 27 de fevereiro de 2020, a propósito do direito à informação procedimental, “*[s]endo o Recorrido titular do direito à informação procedimental, em virtude de possuir um interesse legítimo, concordantemente com o exigido no art.º 85.º do CPA, é ao Recorrido e não ao Recorrente que cabe ajuizar da necessidade ou pertinência das informações e da obtenção de cópia dos procedimentos requeridos, não sendo lícito à Recorrente recusar a prestação das almejadas informações ou a emissão das cópias dos documentos solicitados*”.

De facto, aquando da submissão do pedido de acesso à informação à ANACOM, a Vodafone realizou, naturalmente, um juízo prévio quanto à utilidade da informação solicitada, tendo determinado que estes elementos, ainda que de uma forma agregada ou através de intervalos de valores, seriam extremamente importantes para permitir à Vodafone efetuar uma análise minimamente fundamentada das variações de preço indicadas no SPD.

De resto, atendendo à natureza e granularidade variável dos elementos solicitados, esperaria a Vodafone que, no cumprimento de princípios legais de proporcionalidade, necessidade e

relatividade, a ANACOM ponderasse a disponibilização parcial de informação constante do seu pedido. No entanto, a ANACOM não parece ter levado a cabo este exercício de ponderação, tratando nos mesmos termos e de igual modo toda a informação solicitada, sem justificação aparente para o efeito.

### **A proporcionalidade/razoabilidade do pedido da Vodafone**

Não pode a Vodafone deixar de fazer uma nota final relativa ao argumento, invocado pela ANACOM, de que, de acordo com o artigo 13º, n.º 6 da LADA, não existe um dever de *“criar ou adaptar documentos para satisfazer o pedido, nem a obrigação de fornecer extratos de documentos, caso isso envolva um esforço desproporcionado que ultrapasse a simples manipulação dos mesmos”*. A ANACOM remete também para o Parecer n.º 18/2021 da CADA, que considera justificada a recusa de pedidos de acesso *“cuja satisfação implique a disponibilização de um considerável número de documentos, obrigando ao dispêndio “excessivo” e “desrazoável” de tempo e de recursos que, de outro modo, podem ser destinados à efetiva melhoria da atividade administrativa”*.

Em termos práticos, não vê a Vodafone como é que este argumento tem aplicação no caso concreto, visto que não são esclarecidos os motivos pelos quais a ANACOM considera que a recolha e disponibilização desta informação de mercado quanto a ofertas reguladas não está ao alcance da ANACOM - diretamente ou através de pedido legitimamente remetido à MEO, em cumprimento dos poderes/deveres estatutários da ANACOM<sup>1</sup>.

Atendendo à importância da informação solicitada e à possibilidade/dever regulatório de obtenção dos elementos necessários à livre e transparente participação em procedimentos administrativos destinados ao mercado (como é o caso desta Consulta), não percebe a Vodafone como pode a ANACOM invocar sem mais, como parece fazer, a aplicabilidade de um direito (excecional) de recusa da disponibilização de informação, desde logo, por aparente desproporcionalidade, sobretudo quando está em causa a regulação de ofertas de referência, em que a ação da ANACOM, porque intrusiva, deve, naturalmente, rodear-se de especiais cuidados e de um maior respeito pelos princípios da transparência, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da colaboração entre a Administração e os particulares, isto é, pelo conjunto de princípios que enformam e servem de fundamento à Administração Aberta, a que se alude no artigo 2º da LADA.

Por outro lado, importa ter presente que é aplicável neste domínio uma obrigação de transparência acrescida, nos termos do artigo 67º da LCE, de que decorre, naturalmente, uma maior obrigação de publicidade dos elementos e informações, no âmbito do processo decisório em curso.

---

<sup>1</sup> Cf. Artigo 9.º, alíneas (m) e (n) do Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março (Estatutos da ANACOM).

Por último, é inequívoco que, sem o conhecimento por parte dos demais operadores dos pressupostos em que assentam as opções tomadas pela ANACOM, as decisões em causa encontram-se feridas de uma manifesta falta de fundamentação, em violação do artigo 5º, n.º 7, da LCE.

### **Conclusão**

Infelizmente, não tendo o pedido de acesso a informações adicionais, essencial para uma melhor compreensão do enquadramento do presente SPD e estruturante para a sua análise e para uma pronúncia informada de todos os interessados, sido atendido pela ANACOM – exceto no que diz respeito à informação relativa à taxa de custo de capital, a Vodafone considera que não estão reunidas as condições que lhe permitem pronunciar-se de forma adequada e cabal sobre o SPD, ficando-lhe, portanto, vedada a possibilidade de exercer, de forma integral, o seu direito de pronúncia.

Neste ensejo, salienta-se o vertido no n.º 2 do artigo 122.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), o qual estabelece que a notificação para o exercício do direito de audiência prévia dos interessados deve facultar os elementos necessários para que os interessados possam conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito.

É que, repare-se, para que o direito de audiência prévia seja exercido é necessário que os interessados conheçam, não apenas o projeto de decisão (a que, no caso, corresponde o SPD), mas também o percurso percorrido pela Administração e os elementos por ela ponderados nesse excursão – como afirmou já o TCA Norte, *“a audição do interessado é (...) estruturante da actividade administrativa e tem lugar depois de recolhidos todos os elementos indispensáveis à decisão - isto é, “antes de ser tomada a decisão final” - visto só nessa altura o destinatário do acto estar em condições de conhecer todo o percurso que conduzirá à decisão final e de poder contrapor as suas razões às razões da Administração”*. Sem o conhecimento desse percurso e das razões que motivaram a decisão final, o interessado não está em condições de se pronunciar e fica ferido, naturalmente, o seu direito a participar da decisão.

Não obstante o vertido no CPA, no SPD em consulta todos os custos e elementos complementares necessários à formulação de preços e para compreensão dos pressupostos que conduziram à decisão da ANACOM, foram classificados como matéria confidencial, pelo que a Vodafone não pode de facto analisar a correção e adequação das propostas de redução apresentada e, conseqüentemente, pronunciar-se de forma fundamentada.

Note-se que, dado o nível de confidencialidade aplicável ao longo de todo o SPD, a Vodafone é levada a concluir que a única entidade que poderá disputar o sentido provável de decisão será a própria MEO que, naturalmente, não terá presente os interesses legítimos dos operadores alternativos e beneficiários da ORAP e ORAC, condicionando gravemente os benefícios para o mercado, para os

consumidores, para as empresas e para o país em geral que poderão decorrer da revisão, em baixa e de forma adequada, dos preços destas ofertas de referência.

Veja-se que face à total ausência de informação prestada na consulta não é possível avaliar, por exemplo, qual o impacto nos indicadores financeiros relativos aos produtos e subprodutos de acesso a condutas de fatores como a alteração da metodologia de valorização da rede de condutas, de custos históricos para valores de mercado, na sequência da decisão do Conselho de Administração da MEO (à data PT Comunicações), ou o impacto que as deliberações relativas ao Sistema de Contabilidade Analítica emitidas pela ANACOM em janeiro de 2013.

Ora, tudo isto colide de forma perentória com os princípios que deverão pautar qualquer intervenção regulatória, em especial, o princípio da transparência e da não discriminação, assegurando, deste modo, a todas as entidades as condições essenciais para o conhecimento dos processos em que sejam diretamente interessadas, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

Relembramos que, para uma análise informada do SPD e para que a pronúncia da Vodafone tenha em consideração todos os elementos relevantes para uma tomada de posição completa e eficiente, é necessário acesso a elementos informativos suficientes para uma avaliação económica, jurídica e de mercado adequada – interesse que tem apoio legal, desde logo, nos princípios de abertura, transparência e colaboração administrativa com entidades particulares, pelos quais se deve reger a ANACOM. Remetemos, a título de mero exemplo, para os artigos 268.º da Constituição da República Portuguesa, artigos 17.º e 82.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) e artigo 12.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto (LADA), abstendo-nos, para maior brevidade, de referir a ampla doutrina sobre a matéria.

Este direito de acesso, amplamente fundamentado na lei, será certamente fulcral também para os demais participantes no processo, que deverão dispor de toda a informação necessária para uma pronúncia informada, sob pena de apenas a MEO (precisamente a entidade obrigada às ofertas - reguladas - em questão, e a entidade visada no processo de revisão dos respetivos preços de referência na ORAC e ORAP) estar na posse de elementos materiais essenciais à presente Consulta.

Em suma, as parcas informações disponibilizadas pela ANACOM no SPD não permitem à Vodafone avaliar, nesta pronúncia, desde logo os seguintes aspetos:

- (i) Em geral, se a atuação da MEO, no contexto da implementação da sua ORAC e ORAP, reflete obrigações adequadas e, sendo proporcionais, suficientemente fortes e efetivas, que assegurem condições de concorrência nos mercados a jusante, promovendo

simultaneamente condições para promover um mercado eficiente e evitar a adoção de eventuais práticas e comportamentos anticoncorrenciais;

- (ii) Se as margens de receitas da MEO, face aos respetivos custos e número de postes/conduitas ocupados, refletem o princípio da orientação para os custos ao qual a MEO está vinculada; e
- (iii) Nestes termos, não é possível à Vodafone pronunciar-se, de forma informada, sobre a adequação da percentagem de redução dos preços e data de entrada em vigor dos mesmos apresentados nos pontos 1. e 2 da Proposta de Deliberação da ANACOM sujeita a consulta.

Neste ensejo, conforme *supra* referido, embora o exercício agora empreendido pela ANACOM seja positivo e benéfico para as beneficiárias das ofertas de referência, a Vodafone não pode deixar de manifestar a sua dificuldade em pronunciar-se adequadamente no contexto do presente SPD nem a sua perplexidade perante os motivos de recusa alegados pela ANACOM para não facultar a informação que seria essencial para tal pronúncia.

### **III. Comentários Específicos**

#### **A) O custo do capital**

Atendendo à evolução do mercado e dos custos da MEO imputáveis a estes serviços, no âmbito do SCA, que, se supõe, ter originado um aumento das margens derivadas da prestação destas duas ofertas, muito se estranha como é que os preços dos diferentes serviços prestados no âmbito da ORAC e da ORAP não tenham sofrido quaisquer alterações, quer por iniciativa da MEO, quer por decisão da ANACOM.

Com efeito, a ANACOM, nomeadamente através do exercício anual realizado pela MEO e submetido a essa Autoridade relativo ao SCA, tem visibilidade sobre os resultados de cada oferta regulada da MEO, dispondo de poderes para intervir em matéria de preços sempre que da sua análise se conclua não estar a ser respeitado o princípio da orientação dos preços para os custos.

Verificados os dados históricos da taxa de custo de capital da MEO (a única informação disponível aos outros operadores que permite, de alguma forma, inferir o sentido da variação dos custos regulatórios da MEO), é possível verificar que, desde 2007, a taxa de custo de capital aplicável às ofertas reguladas tem vindo a diminuir, o que permite concluir que os custos da MEO têm, na mesma medida, vindo a decrescer.

Veja-se que as margens da MEO terão, inclusivamente, sido ampliadas por via das próprias receitas decorrentes da ORAC e ORAP terem, certamente, aumentado por via do acréscimo da procura

(embora a Vodafone não o possa confirmar efetivamente, pelo facto de a ANACOM, conforme acima referido, não disponibilizar a evolução destes valores, nem em termos agregados, para o período em análise, considerando esta informação, infundadamente, como confidencial). Tal aumento terá eventualmente sucedido por via do incremento da procura destas ofertas, decorrente dos investimentos significativos que os operadores alternativos têm realizado na instalação e desenvolvimento das suas redes de comunicações eletrónicas fixas e móveis.

Atendendo a que a remuneração do capital corresponde a uma das componentes de custo dos produtos e serviços regulados da MEO, a descida da respetiva taxa deveria necessariamente contribuir para a redução dos custos totais e, bem assim, para a descida dos preços associados às ofertas reguladas.

Pelo exposto, a ausência de qualquer impacto das sucessivas descidas da taxa de custo de capital nas ofertas de referência tem permitido à MEO, por via da manutenção do preços, auferir de receitas acima das que seriam admissíveis no contexto de um prestador que reiteradamente é designado como detentor de poder de mercado significativo (doravante abreviadamente designado por “PMS”) e, por conseguinte, sujeito à disponibilização de ofertas reguladas de acesso grossista, cujos preços deverão ser fixados respeitando o princípio da sua orientação para os custos decorrentes da prestação desses serviços.

Tal facto, por si só, deve determinar que a retroatividade de aplicação das descidas dos preços da ORAC e ORAP não se pode confinar a 15 de fevereiro de 2022, como proposto no SPD, devendo a ANACOM deliberar no sentido de uma aplicação retroativa nos termos abaixo referidos.

Só assim será possível atenuar o desequilíbrio perpetuado pela ausência de revisão em baixa, ano após ano, dos preços das ofertas de referência em prejuízo dos operadores alternativos, os quais têm contribuído ativamente para o aumento da concorrência do mercado de comunicações eletrónicas em Portugal e para os elevados níveis de investimento que se têm verificado neste sector.

Face ao exposto, a Vodafone questiona a ANACOM sobre o motivo pelo qual não existiram quaisquer reduções de preços em momentos anteriores, solicitando que, em sede de resposta, justifique devida e fundamentadamente o motivo pelo qual, em exercícios anteriores da MEO, considerou não estarem reunidas condições para se proceder a alterações nesse sentido.

## B) Modelo de Custeio

A conclusão à qual a ANACOM chegou agora e tendo em conta os valores percentuais que pretende introduzir a título de redução, conduzem a que a Vodafone fique com reservas quanto aos modelos de custeio utilizado pela MEO e as metodologias utilizadas pela ANACOM para este efeito.

A este propósito recordam-se os comentários tecidos pela Vodafone no âmbito dos procedimentos de consulta pública e audiência prévia relativos ao sentido provável de decisão sobre os preços dos circuitos CAM e dos circuitos Inter-ilhas, lançados em dezembro de 2021 (doravante abreviadamente designada por “SPD CAM 2021”), tendo sido, naquela ocasião, indicado o seguinte:

*“A situação verificada no presente procedimento gerou ainda mais dúvidas na Vodafone quanto à adequação e exatidão dos modelos de custeio aplicados para o apuramento e determinação dos valores a pagar, bem como a convicção de que a oferta (ORCE) não é orientada para os custos, mas outrossim os custos são orientados ao valor comercial da oferta.*

*O sucedido no presente procedimento, desde a adoção, por parte da ANACOM, da metodologia em 2016, é inédito. Contudo, não poderá, de forma alguma, não ser tratado com o devido cuidado e atenção que merece. O sentimento de desconfiança é perentório. Se dúvidas já existiam e ao longo do tempo nunca foi possível ter a certeza da veracidade dos valores apresentados, as dúvidas foram, agora, sedimentadas. É entendimento da Vodafone que a própria MEO deverá justificar, no mínimo junto do Regulador, esta situação, na medida em que não só os modelos de custeio utilizados pela ANACOM são desadequados, como também a informação que a MEO remete parece ser desajustada, o que poderá ter origem na forma e moldes no qual a ANACOM solicita a informação, ou outros motivos. É, assim, urgente e necessário proceder-se à revisão da metodologia de cálculo e de custeio.”.*

Os comentários produzidos a propósito daqueles procedimentos dão-se como reproduzidos, ficando a Vodafone a aguardar os respetivos comentários da ANACOM, os quais deverão ser adaptados ao contexto do procedimento agora em análise.

Com efeito, face ao sucedido no âmbito da ORCE e agora ORAC e ORAP, a Vodafone questiona a ANACOM quanto à revisão dos modelos de custeio e metodologias que são utilizados como referência para a verificação do cumprimento do princípio da orientação dos preços aos custos da prestação dos serviços.

Adicionalmente, importa recordar que, no âmbito dos seus contributos nas consultas públicas promovidas anualmente pela ANACOM sobre a taxa de custo de capital da MEO, a Vodafone tem pugnado reiteradamente pela necessidade de adequação dos preços das ofertas de referência



impostas a este operador por via, nomeadamente, da redução da taxa de custo de capital. Tal não tem sido a prática do Regulador, não obstante vir reconhecer agora, por diversas vezes ao longo do presente SPD, a relevância que este parâmetro e a sua evolução representam nos custos das ofertas e, bem assim, na evolução dos seus preços.

A total inércia no reflexo das descidas da taxa de custo de capital nos preços aplicáveis às ofertas reguladas reforça as preocupações da Vodafone sobre a efetiva utilização dos resultados dos modelos de custeio para efeitos da verificação do cumprimento do princípio da orientação para os custos dos preços praticados.

### **C) A orientação dos preços para os custos**

Como referido no ponto anterior, a Vodafone tem sérias reservas quanto ao cumprimento do princípio da orientação dos preços para os custos ou se, à semelhança do que parece verificar-se quanto aos preços praticados pela MEO na ORCE e, em particular, atendendo ao sucedido no contexto do SPD CAM 2021, os preços praticados nos serviços constantes das Ofertas no procedimento *sub judice* estão efetivamente orientados para os custos da sua prestação.

Não obstante a necessidade evidente de incorporar as reduções da taxa de custo capital da MEO no apuramento dos custos que servirão de base à formação dos preços de qualquer oferta regulada, é essencial que se proceda a uma análise profunda da informação financeira remetida pela MEO no âmbito do modelo global de custeio para efeitos da revisão de preços das ofertas de referência pela ANACOM.

Relacionado com este facto e com o nível de confidencialidade utilizado pela ANACOM ao longo de toda a Consulta, é confrangedor a “justificação” apresentada pela ANACOM para a utilização dos dados de SCA de 2019 em detrimento dos dados de 2020.

O Regulador meramente refere que os resultados do SCA de 2020 indiciam que *“a economia das ofertas grossistas ORAP e ORAC possa ser distinta do observado em exercícios anteriores, nomeadamente por se constatar que, em ambas as ofertas grossistas, quer os proveitos, quer os custos reportados são muito distintos dos valores homólogos reportados em exercícios anteriores que se situaram num intervalo de valores relativamente estável e contido”* não sendo apresentado qualquer esclarecimento sobre o sentido das variações apuradas, as rubricas afetadas ou o nível de intensidade verificado. Os operadores beneficiários da ORAC e ORAP têm o direito basililar de compreender melhor o que sucedeu em 2020 e de que forma foram afetados os resultados do SCA da MEO, bem como o impacto que daí poderá advir nas condições, designadamente preços, de utilização destas ofertas.

De igual modo, a Vodafone não pode deixar de assinalar que, embora não estruturante para a definição dos preços propostos no SPD conforme, aliás, salientado pela própria ANACOM na Consulta, a análise comparativa de preços apresentada pelo Regulador é francamente acessória ao objetivo proposto.

Com efeito, a ANACOM não apresenta qualquer *benchmark* internacional por considerar que a realização de tal exercício é difícil e complexa, não obstante os anos que já se passaram desde a criação das referidas ofertas e pese embora o facto de este Regulador ter sido pioneiro na definição das ofertas reguladas de acesso e utilização de condutas e postes.

Adicionalmente, a ANACOM procede a uma comparação com os preços de outras ofertas de acesso a condutas e postes existentes em Portugal, não referindo que as condicionantes de elaboração das mesmas serem radicalmente distintas.

A imposição das ofertas ORAC e ORAP à MEO decorrem de um regime jurídico totalmente distinto do que levou as demais entidades a apresentar as suas ofertas de acesso. Com efeito, no âmbito da Lei das Comunicações Eletrónicas, a MEO tem sido designada como um operador que detém PMS, fruto de múltiplos fatores como sejam a quota de mercado deste operador, a detenção de uma infraestrutura essencial e ímpar em termos de extensão e capilaridade, a permanência de elevadas barreiras (à entrada e) à expansão, a ausência de indícios que comprovem a existência de concorrência efetiva entre as empresas (preços e outras variáveis) e a inexistência de concorrência potencial ao nível do mercado nacional. Tal posição é totalmente distinta das demais empresas que oferecem acesso às suas condutas e postes, pelo que não faz sentido efetuar uma comparação entre ofertas cuja génese é tão distinta como as apresentadas nas tabelas 1 e 2 da Consulta, não se podendo, conseqüentemente, retirar qualquer conclusão relevante de tal análise comparativa.

Não será, certamente, a inexperiência da ANACOM nestas matérias que determina uma abordagem tão redutora relativamente a um tema central para o incentivo do investimento e instalação de redes de comunicações eletrónicas de última geração no nosso país.

Por fim, a Vodafone não pode deixar de questionar a ANACOM sobre a forma como os custos incorridos pela MEO na utilização de postes e condutas são refletidos no SCA da ORAC e da ORAP. Sendo evidente que a MEO faz uma utilização dos postes e condutas para as mesmas finalidades que os beneficiários destas ofertas, os custos para a prestação destes acessos para os outros operadores não podem ser diferentes dos utilizados para a prestação destes serviços à própria MEO. Os custos têm de ser os mesmos, devendo ser valorizados os respetivos proveitos aos preços definidos nas ofertas e conseqüentemente, devidamente previstos na análise do SCA das respetivas ofertas de referência.

#### **D) A revisão parcial dos preços**

A revisão de preços proposta pela ANACOM não é transversal a todos os serviços e componentes das Ofertas, relativamente aos quais foi identificada uma margem positiva, mas apenas a alguns, nomeadamente:

- Redução de 35% dos preços (máximos) mensais praticados no contexto da ORAC (nomeadamente nos preços de ocupação de condutas e sub-condutas).
- Redução de 20% dos preços (máximos) mensais praticados no contexto da ORAP (nomeadamente no preço de fixação de cabo em poste da MEO).

Acresce que a Vodafone não compreende como a proposta de descidas de preços se pode confinar apenas a estas componentes da oferta atendendo (i) a quase ausência de descidas de quaisquer dos preços previstos nas mesmas desde a criação da ORAC e ORAP em 2004 e 2010, respetivamente, (ii) a relevância que as mesmas desempenham no fomento da concorrência no mercado das comunicações eletrónicas (iii) o contributo que terão nas iniciativas a promover no futuro próximo<sup>2</sup> e (iv) a descida significativa ocorrida na taxa de custo de capital da MEO, a qual é apurada, justamente, para efeitos da definição dos preços das ofertas reguladas.

A Vodafone considera que a redução dos preços deverá, necessariamente, aplicar-se a outros serviços, tais como, por exemplo, Pedidos de Viabilidade, Acompanhamento e Instalação e Acesso à Extranet, se os mesmos apresentarem margens positivas.

Muito se estranha, aliás, que a ANACOM não tenha seguido esse princípio, sem que para tal apresente qualquer fundamentação.

Sem conceder, e mantendo-se o presente SPD como a decisão final, a Vodafone considera que a ANACOM terá, então, de justificar porquê e em que medida é que, como resultado da análise ao SCA da MEO, os serviços supra identificados não foram objeto de qualquer redução dos custos e os motivos que conduzem a essa situação.

Relativamente ao acesso à Extranet, e aproveitando a referência que a própria ANACOM faz no SPD, a Vodafone vem solicitar que a ANACOM aprove a decisão final referente ao Sentido Provável de alterações à ORAC e ORAP de 25 de julho de 2019, atendendo à relevância das matérias nele contidos

---

<sup>2</sup> Conforme assinalado no SPD, a expansão da cobertura das redes móveis que será reforçada pela recente atribuição de direitos de utilização de frequências, designadamente associadas ao 5G, e pelo cumprimento das obrigações de cobertura que lhes foram associadas, bem como por via do plano de financiamento do Governo português para a instalação de redes fixas de capacidade muito elevada em “áreas brancas”.

e ao facto de já terem decorrido cerca de 3 anos sem que, até ao momento, exista qualquer decisão final.

#### **E) Provisões da MEO no SCA**

A Vodafone questiona a ANACOM sobre se, no âmbito do SPD em consulta, teve em consideração a forma como a MEO encara contabilisticamente o impacto da resolução administrativa de litígios relativa ao incumprimento de procedimentos de instalação de *drops* de cliente no âmbito da ORAP e todos os desenvolvimentos associados, nomeadamente, os valores que estão em causa.

Com efeito, a Vodafone ainda aguarda a decisão final sobre a resolução. O impacto financeiro desta decisão é bastante elevado, pelo que se questiona se, para efeitos da análise dos resultados do SCA, a mesma foi considerada.

#### **F) Retroatividade dos efeitos**

Conforme já referido nesta pronúncia, em 12 e 18 anos de vigência os preços praticados no âmbito da ORAP e ORAC, apenas os preços de uma das ofertas foram revistos e em apenas um momento.

A Vodafone considera surpreendente o facto de a ANACOM prever que a retroatividade dos efeitos da redução de preços apenas se verifique a partir de 15 de fevereiro de 2022.

Efetivamente, a ANACOM refere que os cálculos agora efetuados tiveram em consideração os resultados do SCA de 2019, uma vez que os relativos a 2020 não eram consistentes com os de anos anteriores para além de ainda não terem sido auditados.

Pelo exposto, e no mínimo, a ANACOM deverá retroagir os efeitos do SPD a 1 de janeiro de 2020. Aliás, atendendo a que a própria ANACOM reconhece que se têm verificado margens positivas nas ofertas de acesso a condutas e postes, as descidas de preços a implementar deverão retroagir de forma a corrigir essas mesmas margens positivas, devendo aplicar-se desde que as mesmas se verificam.

Atendendo a que a ANACOM se baseou nos resultados do SCA de 2019 e chegou à conclusão que os valores praticados por alguns serviços deveriam reduzir, a Vodafone também não encontra qualquer justificação, nem tão pouco a ANACOM o detalha, para que os efeitos produzam efeitos apenas a partir de 15 de fevereiro de 2022.

Pelo exposto e caso a decisão final da ANACOM seja igual ou equivalente ao proposto no SPD, as beneficiárias das Ofertas ficarão prejudicadas, uma vez que reiteradamente têm vindo a pagar preços acima dos que deveriam ter pago pelos serviços que utilizam no âmbito destas ofertas.