
From: Alexandra Almeida e Silva | Ar Telecom <[REDACTED]>
Sent: 3 de julho de 2020 13:40
To: reg.leilao@anacom.pt
Cc: Sandra Pilar Costa | AR Telecom
Subject: Ar Telecom - Consulta sobre o projeto de Regulamento do Leilão para a atribuição de DUF nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz
Attachments: Consulta 5G Projeto de Regulamento_03072020_Comentários Ar Telecom_V Não confidencial.pdf; Consulta 5G Projeto de Regulamento_03072020_Comentários Ar Telecom_V confidencial.pdf
Categories: Blue Category

Exmos. Senhores,

A Ar Telecom vem por este meio apresentar os seus contributos ao Projeto de Regulamento do leilão para a atribuição de direitos de Utilização de frequências nas faixas 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz.

Enviamos as versões “não confidencial” e “confidencial”. Esta última justificada por conter informação estratégica sobre o futuro da Ar Telecom.

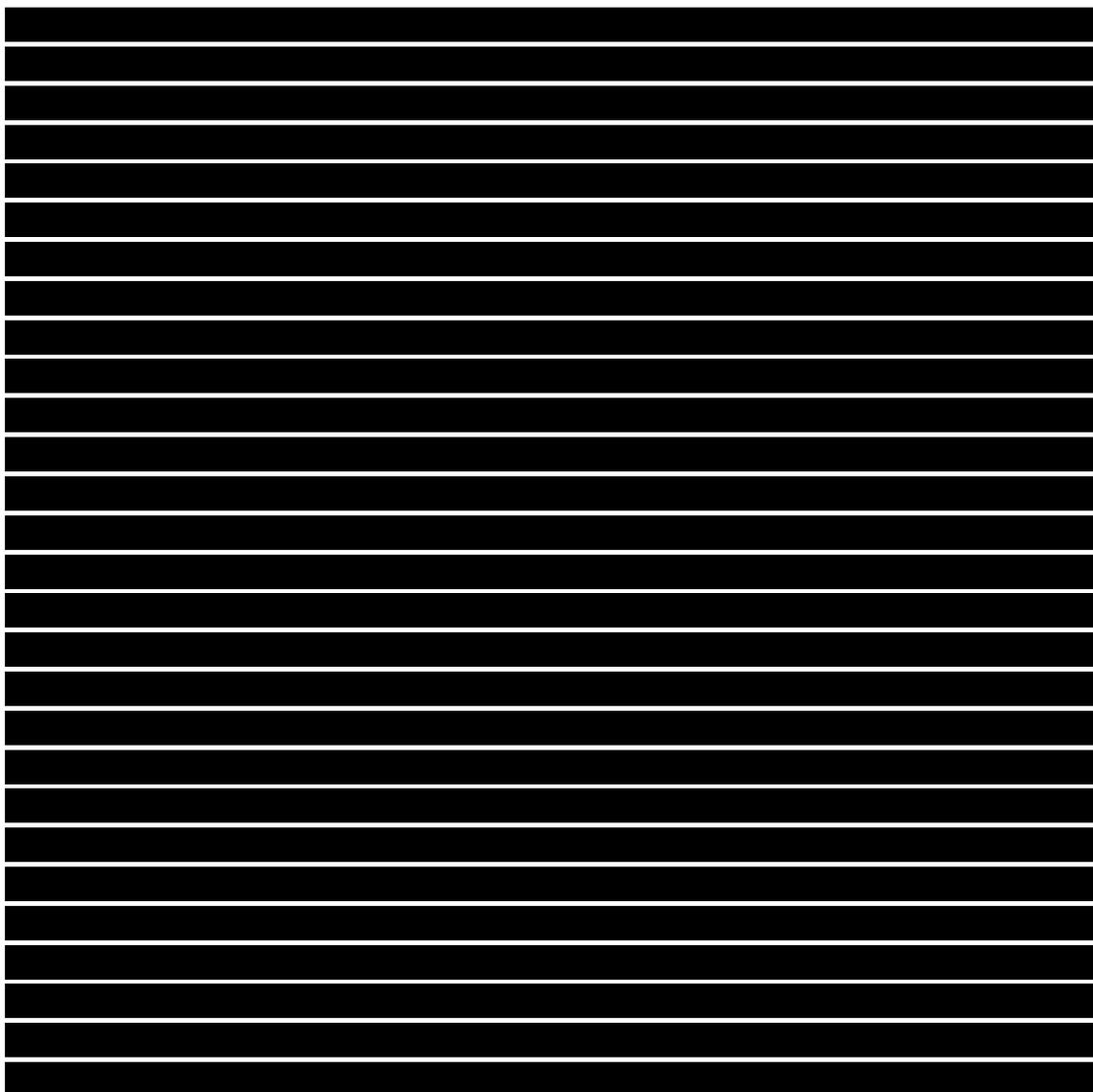
Melhores Cumprimentos,

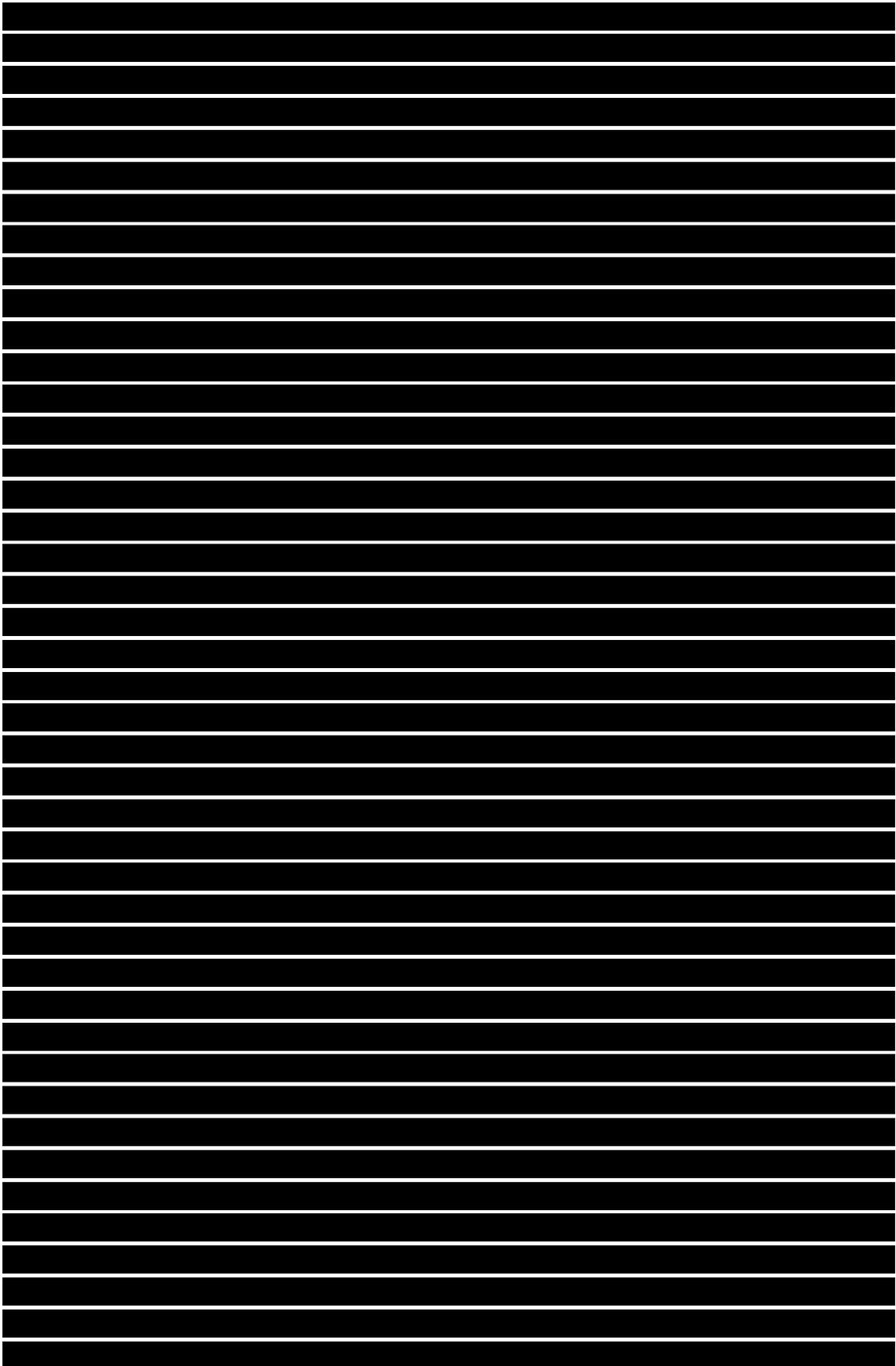


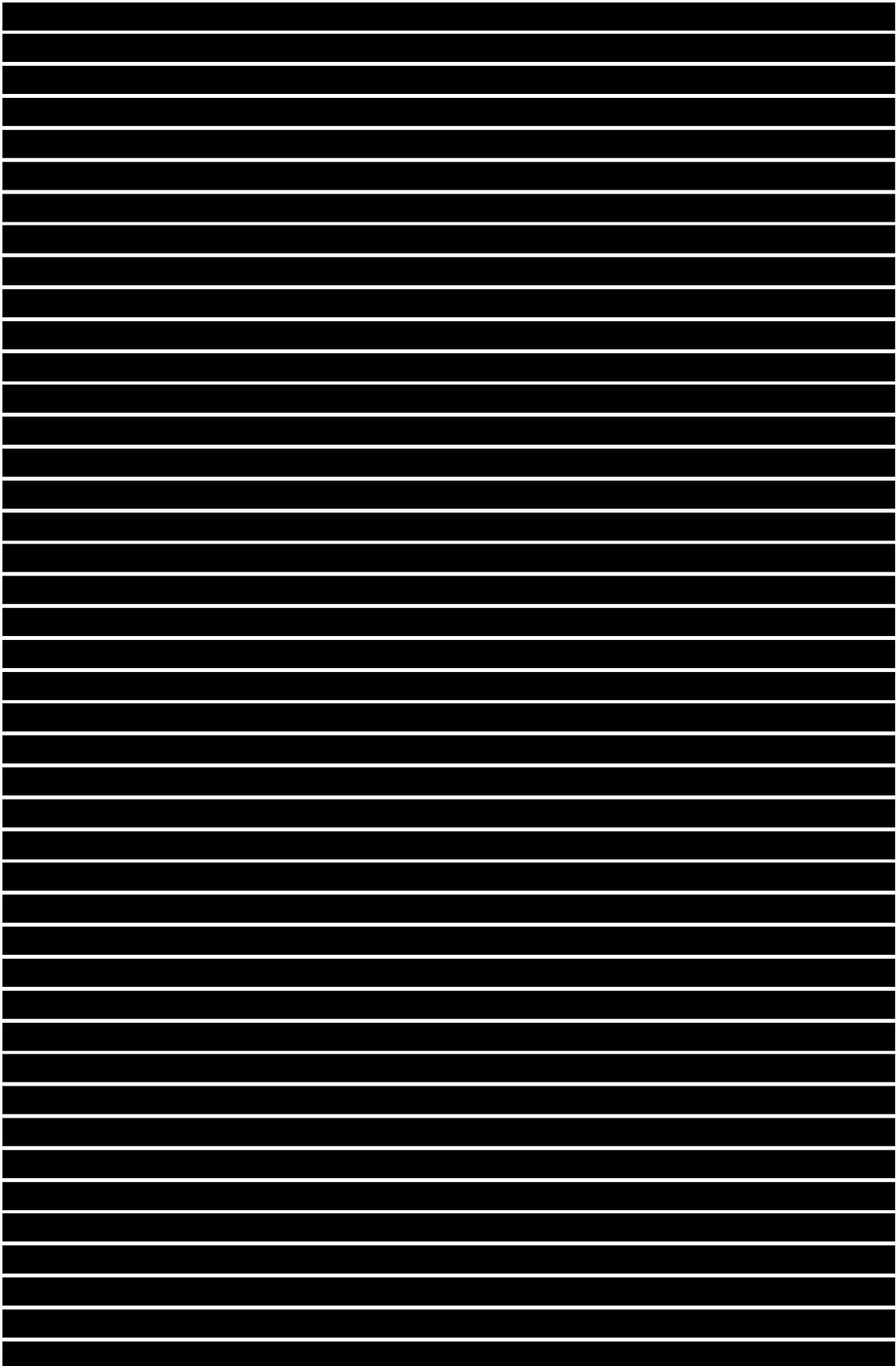
Contributos da Ar Telecom ao Projeto de Regulamento do Leilão para a
Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz,
900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz

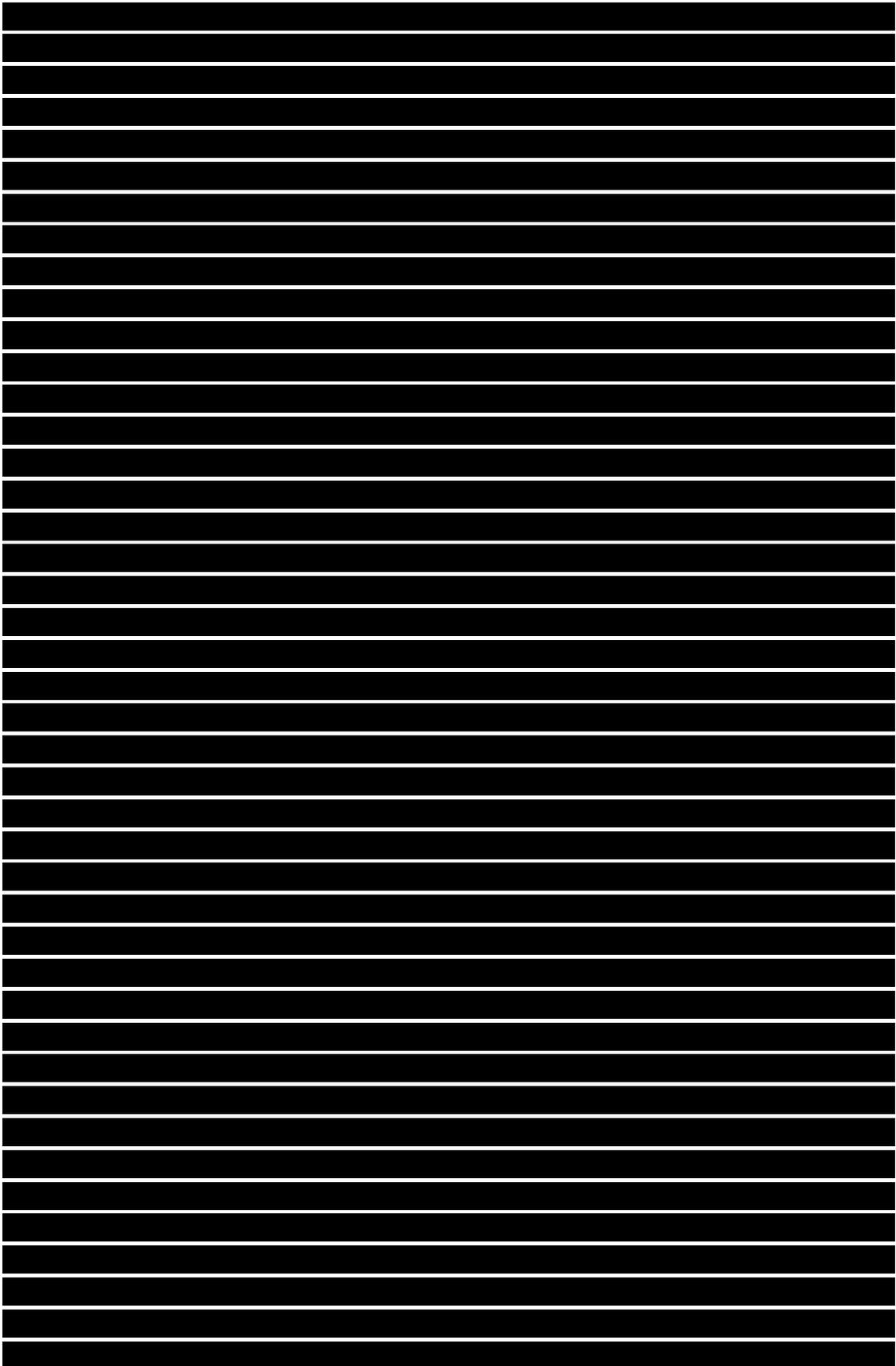
03/07/2020

A Ar Telecom - Acessos e Redes de Telecomunicações, S.A., doravante denominada como "Ar Telecom" vem por este meio apresentar os seus contributos ao Projeto de Regulamento do leilão para a atribuição de direitos de Utilização de frequências nas faixas 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz.









[REDACTED]

From: Graham Currier <[REDACTED]>
Sent: 3 de julho de 2020 14:22
To: reg.leilao@anacom.pt
Subject: Consulta sobre o projeto de Regulamento do Leilão para a atribuição de DUF nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz
Attachments: DAP Auction Regulation Responce 3 July 2020.pdf
Categories: Blue Category

Exmos. Senhores,

Junto enviamos, em anexo, os nossos comentários à consulta em referência.

Melhores cumprimentos,

Graham Alan Currier
Gerente da Dense Air Portugal

<p>Consultation on the draft Auction Regulation for the allocation of Rights of Use of Frequencies in the 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2.1 GHz, 2.6 GHz and 3.6 GHz bands</p> <p>Introduction</p> <p>In February 2020, ANACOM published the Draft Regulation Auction for the Allocation of Rights of Use of Frequencies in the 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2.1 GHz, 2.6 GHz and 3.6 GHz bands and the Draft of the amendment of Dense Air's Right of Use of Frequencies.</p> <p>Executive Summary</p> <p>The primary issue is the removal of the right of renewal of Dense Air's RUF. This limits the length of 4G/5G business operation to the current license expiry in 2025, a period within which it is very difficult to invest and make a financial return. In addition, potential major business customers also see this limitation and view it as a deterrent to entering into business with DAP. There is potential to alleviate some of this risk by making additional investments in the upcoming spectrum auction but this will significantly degrade DAP's business case.</p> <p>The two major impacts of this change are the economic consequences of roll-out obligations within a time limited operating license and the potential for advanced payment for future acquired spectrum.</p>	<p>Consulta sobre o projeto de Regulamento 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</p> <p>Introdução</p> <p>Em fevereiro de 2020, a ANACOM publicou o projeto de Regulamento de Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas bandas de 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz e o projeto de alteração do Direito de Utilização de</p> <p>Sumário Executivo</p> <p>A principal questão suscitada na Decisão da ANACOM sobre o DUF da DAP é a eliminação do direito de renovação. Esta limita a duração da operação comercial 4G/5G ao atual termo da licença em 2025, um período dentro do qual é muito difícil investir e obter um retorno financeiro. Além disso, os potenciais grandes clientes comerciais também vêm esta limitação e vêem-na como um fator dissuasor para encetar relações comerciais com a DAP. Há potencial para aliviar parte deste risco realizando investimentos adicionais no próximo leilão para atribuição de espectro, mas tal degradará significativamente o projeto de negócios ("business case") da DAP.</p> <p>Os dois principais impactos desta alteração são as consequências económicas das obrigações de desenvolvimento de rede numa licença de exploração limitada no tempo e o potencial</p>
---	--



Auction Payment in Advance

Continuing use of DAP RUF frequencies after 2025 requires auction participation in 2020 with part payment for spectrum obtained straight after the process has completed. DAP had expectations of additional fees on renewal in 2025 in phase with its business plan but had not envisaged advanced payments in 2020 for this purpose. DAP believes that entering the auction for spectrum not available until 2025 should require payment of the fees in 2025, not 2020 as is now slated.

Reconfiguration

DAP's overall spectrum holdings have been significantly reduced during ANACOM's review of its RUF in order to facilitate allocation to the market of sufficient 5G spectrum. This loss of spectrum by DAP in Regions 1 & 2 was a major contribution to the band's re-planning but also resulted in DAP's Regions 3-8 spectrum being rounded down from 56MHz to 55MHz. This is not an amount that can be used efficiently as a 5G NR channel and should be rounded up to 60MHz. DAP requests to utilise the 5MHz above its allocation for the duration of its current licence until 2025 enabling 5G deployment in 20MHz channels. This does not affect the Auction design, which is already split between 40 MHz and 60 MHz in the 3400-3500 MHz band.

pagamento antecipado do espectro adquirido para o futuro.

Pagamento antecipado do leilão

A continuidade da utilização das frequências do DUF da DAP após 2025 requer a participação no leilão em 2020 com pagamento parcial do espectro obtido logo após a conclusão do processo. A DAP tinha a expectativa de pagar taxas adicionais relativas à renovação em 2025, em consonância com o seu plano de negócios, mas não tinha previsto pagamentos antecipados em 2020 para este fim. A DAP considera que a entrada no leilão para espectro não disponível até 2025 deveria exigir o pagamento das taxas em 2025 e não em 2020, como agora se estabelece.

Reconfiguração

O espectro globalmente detido pela DAP foi significativamente reduzido na sequência da alteração do seu DUF pela ANACOM, a fim de facilitar a afetação ao mercado de suficiente espectro 5G. Esta perda de espectro pelo DAP nas Regiões 1 e 2 constituiu uma contribuição importante para o replaneamento da banda, mas também resultou no arredondamento para baixo do espectro das Regiões 3-8 do DUF da DAP de 56MHz para 55MHz. Esta não é uma quantidade que possa ser utilizada eficientemente como canal 5G NR e deve ser arredondada até 60MHz. A DAP solicita a utilização dos 5MHz acima da sua atribuição durante o período de validade da sua licença atual até 2025, permitindo a utilização de 5G em canais de 20MHz. Esta atribuição não afeta

Annual Fees

Annual fees are an important element of the business case and built into our plans; any change to these assumptions has a very significant impact on our business case. Whilst not specifically mentioned in the consultation DAP believes that any fee structure should be proportional to the cost and utility of the spectrum.

As an illustration, a MHz of spectrum at 700 MHz should be significantly higher than a MHz at 3.6 GHz. DAP believes spectrum fees should be proportional to the value of reserve prices already proposed by ANACOM and ensure that resources required for 5G investment and roll out are not compromised by high regulatory costs. Significant spectrum fees will also provide a disincentive to DAP's market proposition which is to incentive both sharing and greater deployment through neutral host small cell densification for other operators in the market.

Outdoor Small Cells

DAP intend to mass deploy small cells into the Portugal market to economically densify current or newly deployed networks. Dense Air has developed a product to provide low cost outdoor coverage called a 'Magic Box'. It is a fully functioning 4G eNB or 5G gNB with all the

a conceção do leilão, que já está dividido entre 40 MHz e 60 MHz na banda 3400-3500 MHz.

Taxas anuais

As taxas anuais são um elemento importante do *business case* e estão incluídas nos nossos planos; qualquer alteração destes pressupostos tem um impacto muito significativo no nosso *projeto de negócios*. Embora não especificamente mencionado na consulta, a DAP acredita que qualquer estrutura de taxas deve ser proporcional ao custo e utilidade do espectro.

A título de exemplo, um MHz de espectro em 700 MHz deveria ser significativamente superior a um MHz em 3,6 GHz. A DAP acredita que as taxas do espectro devem ser proporcionais ao valor dos preços de reserva já propostos pela ANACOM, de forma a assegurar que os recursos necessários para o investimento e a implementação de 5G não sejam comprometidos por custos regulatórios elevados. Taxas significativas sobre o espectro constituirão também um desincentivo à proposta de mercado da DAP, que consiste em incentivar tanto a partilha como uma maior implementação através da densificação por *small cells* anfitriãs ("*host*") para outros operadores no mercado.

Outdoor small cells

A DAP pretende implementar *small cells* de forma massiva no mercado português de forma a densificar economicamente as atuais redes ou as recentemente instaladas. A Dense Air desenvolveu um produto para fornecer uma cobertura de baixo custo no exterior

functionality of a full sized macro base station. Being installed in a window provides very economic "outdoor" coverage and capacity with a Tx power greater than +29dBm as required for this category of access radio transmitter. These radios provide the significant street level and aggregated coverage required by current 4G and future 5G networks. DAP would like to confirm this device as a qualifying outdoor small cell for agreed "outdoor" small cell rollout obligations.

Shared Networks

DAP believes it can achieve a fundamental improvement in the performance and extend the coverage of existing and new mobile networks through use of our neutral host and shared use of spectrum assets. However, it is most important that regulatory incentives align with economic and market drivers to ensure this is the case. The auction rules should allow all types of sharing to count against rollout obligations:

- RAN as a Service (Small Cells as a Service)
- National Roaming
- Specific Spectrum Leases

It is very important that providing an MNO can offer a 5G service (using any of these solutions) that it counts against their rollout obligations and are not driven to build individual coverage in every required location.

denominado "Magic Box". Trata-se dum 4G eNB ou 5G gNB totalmente funcional, com todas as funcionalidades de uma estação base macro de dimensão completa. Será instalada numa janela fornecerá uma cobertura e capacidade "outdoor" muito económica com uma potência Tx superior a +29dBm, conforme necessário para esta categoria de rádio transmissor de acesso. Estes rádios fornecem o nível exterior significativo e a cobertura agregada exigida pelas atuais redes 4G e futuras redes 5G. A DAP gostaria de obter a confirmação de que este dispositivo é qualificável como um "outdoor small cell" para efeito das obrigações acordadas de instalação "outdoor small cells".

Redes Partilhadas

A DAP acredita que pode alcançar uma melhoria fundamental no desempenho e alargar a cobertura das redes móveis quer existentes, quer novas, através da utilização do nosso *host* neutro e da utilização partilhada dos ativos de espectro. No entanto, é muito importante que os incentivos regulatórios se alinhem com os fatores económicos e de mercado para garantir que assim seja. As regras do leilão devem permitir que todos os tipos de partilha contem para efeitos das obrigações de implementação:

- RAN as a Service (*Small Cells as a service*)
- Roaming nacional
- Locações Específicas de espectro

É muito importante que se preveja que um operador de rede móvel (MNO) possa oferecer um serviço 5G (utilizando qualquer uma destas soluções) que conte para efeitos das suas

<p>General Comment</p> <p>DAP's strong intent is to enter the Portugal market and invest heavily in building a shared neutral host infrastructure to significantly improve the quality of experience of mobile users. Initial investments and proof of concept trials are already underway including being the first operator to build 5G sites in Lisbon. The decisions on right of renewal, time limited obligations and payment timing stated in the two consultations have a huge impact on our business plan and totally change the current investment. The recommendations and observations contained in this response go some way to alleviating the situation, but if not accepted by ANACOM, will be the deciding factors in DAP's entry into the Portugal market.</p>	<p>obrigações de desenvolvimento de rede e não seja levado a construir uma cobertura individual em todos os locais necessários.</p> <p>Comentário Geral</p> <p>É firme intenção da DAP entrar no mercado português e investir fortemente na construção de uma infraestrutura de acolhimento neutra partilhada, a fim de melhorar significativamente a qualidade da experiência dos utilizadores móveis. Os investimentos iniciais e as provas de conceito estão já em curso, incluindo ser o primeiro operador a construir sítios 5G em Lisboa. As decisões sobre o direito de renovação, sobre obrigações limitadas no tempo e sobre prazos de pagamento declaradas nas duas consultas têm um enorme impacto no nosso plano de negócios e alteram totalmente o atual investimento. As recomendações e observações contidas nesta resposta contribuem de alguma forma para aliviar a situação, mas se não forem aceites pela ANACOM, serão fatores decisivos para a entrada da DAP no mercado português.</p>
--	---

Graham Alan Currier - manager / gerente

GACurrier

From: Sofia Aguiar dos Santos <[REDACTED]>
Sent: 3 de julho de 2020 17:52
To: gab.ca@anacom.pt; reg.leilao@anacom.pt
Cc: Alexandra Sofia Trincão Leote
Subject: Projeto de Regulamento do Leilão para a atribuição de DUF nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz
Attachments: 20200703_ProjetoRegulamentoLeilão.contributos.MEO_vf_vnc.pdf; 20200703_ProjetoRegulamentoLeilão.contributos.MEO_vf.pdf; 20200703 ANACOM 76.pdf
Categories: Blue Category

Exmos. Senhores,

A MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. vem apresentar, através dos documentos em anexo, comunicação e a sua pronúncia sobre o Projeto de Regulamento referido em epígrafe, aprovado por deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 6 de fevereiro.

O documento contém passagens confidenciais devidamente assinaladas como tal, com a indicação de [IIC] — Início de Informação Confidencial e [FIC] — Fim de Informação Confidencial, uma vez que as mesmas constituem segredo comercial e de negócio, sendo suscetíveis de revelar questões inerentes às atividades e vida interna da empresa.

Conforme solicitado, junta-se também em anexo uma versão expurgada dos elementos confidenciais.

Com os melhores cumprimentos,

SA



Sofia Aguiar

Direção de Regulação, Concorrência e Jurídica

215005595 | [REDACTED]

[REDACTED]
Av. Fontes Pereira de Melo nº 40, 6º Piso

1069-300 Lisboa

altice.pt



AVISO DE CONFIDENCIALIDADE

Esta mensagem e quaisquer ficheiros anexos a ela contêm informação confidencial, propriedade do Grupo Altice Portugal e/ou das demais sociedades que com ela se encontrem em relação de domínio, Fundação Portugal Telecom e PT ACS, destinando-se ao uso exclusivo do destinatário. Se não for o destinatário pretendido, não deve usar, distribuir, imprimir ou copiar este e-mail. Se recebeu esta mensagem por engano, por favor informe o emissor e elimine-a imediatamente.

Obrigado



altice

Exmo. Senhor
Dr. João Cadete de Matos
Presidente do Conselho de
Administração da ANACOM
Av. José Malhoa, nº 12
1099-017 Lisboa

N/Ref.º:S1762020DRJ

Lisboa, 03 de julho de 2020

Assunto: Projeto de Regulamento 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

Exmo. Senhor,

Vimos pela presente juntar em anexo a pronúncia da MEO - Comunicações e Multimédia SA (doravante "**Altice Portugal**") ao Projeto de Regulamento 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 ("**Leilão do 5G**"), aprovado por deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 6 de fevereiro ("**Projeto de Regulamento**").

A Altice Portugal aproveita esta ocasião para, desde já, expressar o seu profundo desacordo quanto à forma como a ANACOM tem gerido o dossier da quinta geração de comunicações móveis ("5G").

A discordância não é só quanto ao *timing* e ao conteúdo, é também quanto à postura "contra tudo e contra todos": contra os operadores, contra as orientações estratégicas do Governo e, a final, também contra os interesses dos utilizadores e contra o interesse público, independentemente das convicções da ANACOM em contrário.

altice.pt



altice

O Projeto de Regulamento é mais um capítulo de uma forma de regulação sectária e com graves deficiências de fundamentação que a ANACOM tem vindo a praticar e que a MEO não pode deixar de repudiar. A regulação, sobretudo a regulação económica, é um dos poderes do Estado mais importantes nas modernas economias e não pode ser exercido com arbitrariedade e parcialidade; não pode ser instrumentalizado para satisfazer "visões sobre o mercado" não sustentadas e, principalmente, não pode ser exercido à margem da Lei.

Tudo isto sucede com o atual Projeto de Regulamento que padece, no entender da MEO, de múltiplos excessos, insuficiências e problemas que são devidamente expostos na pronúncia em anexo.

Este Projeto de Regulamento não serve os interesses do país, não serve os interesses do mercado e não serve os interesses dos utilizadores, sejam eles cidadãos ou empresas. Em suma, este Projeto de Regulamento não serve o designio estratégico da Transição Digital e do desenvolvimento do próprio 5G, pelo que, a bem do país, deverá ser reformulado.

A digitalização do país, da qual o 5G será um dos pilares, merece e justifica uma outra estratégia e um outro projeto de regulamento, incluindo por força da gravíssima crise económica que temos pela frente, a maior desde 1929. A estratégia nacional para o 5G e a proposta de regulamento de leilão, ambas desenhadas num contexto pré-crise COVID-19, não podem permanecer inalteradas como se esta crise não tivesse trazido novos desafios também ao sector das comunicações eletrónicas e afetado a sua capacidade de gerar receitas nos próximos anos.

Sem prejuízo dos compromissos assumidos pelo Estado português ao nível da União, as prioridades nacionais devem ser revistas de modo a garantir que os investimentos no 5G não ocorrem de forma prematura (muito desfasados do que será a procura pelos serviços proporcionados por esta tecnologia) e que os operadores não ficam privados dos recursos necessários para investir na expansão de cobertura, qualidade e resiliência das redes e serviços atuais, para os quais existe uma procura latente ainda não satisfeita e que se pretende estimular.



altice

Por tudo isto, e o mais que é assinalado na pronúncia anexa, a Altice Portugal está certa que uma análise séria e ponderada de toda esta situação não poderá deixar de resultar numa profundíssima revisão do Projeto de Regulamento do Leilão 5G e a submissão de um novo projeto a nova consulta pública, nos termos legalmente aplicáveis.

Com os melhores cumprimentos,

Sofia Aguiar
Direção de Regulação, Concorrência e Jurídica
Diretora



**CONTRIBUTOS DA
MEO - SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES E MULTIMÉDIA, S.A.**

**SOBRE O PROJETO DE REGULAMENTO 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**

03 de julho de 2020

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

NOTA PRÉVIA.....	3
COMENTÁRIOS PRÉVIOS	4
COMENTÁRIOS GERAIS.....	5
a) <i>Desconsideração do Decreto-Lei n.º 10-D/2020, de 23 de março</i>	5
b) <i>Instrumentalização do Projeto de Regulamento</i>	7
c) <i>Desconformidade do Projeto de Regulamento com a RCM 7-A/2020</i>	9
d) <i>Insuficiência da Nota Justificativa e desconsideração do CECE</i>	14
e) <i>Carácter excessivo das obrigações associadas aos DUF</i>	19
f) <i>Novo contexto macroeconómico</i>	21
g) <i>Condições preferenciais para novos entrantes</i>	25
h) <i>Incentivos à partilha e o enquadramento jusconcorrencial</i>	40
i) <i>Ausência do mecanismo de peer-review do RSPG</i>	43
j) <i>Compatibilidade do Projeto de Regulamento com o Procedimento Dense Air</i>	43
COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS	48
Artigo 2.º - Definições.....	48
Artigo 3.º - Legislação Aplicável	51
Artigo 5.º - Prestação de esclarecimentos.....	52
Artigo 6.º - Fases e modelo do leilão	53
Artigo 7.º - Lotes disponíveis e preços de reserva.....	55
Artigo 8.º - Limites à atribuição e titularidade de espectro	56
Artigo 10.º - Caução.....	57
Artigo 13.º - Instrução do pedido de candidatura.....	61
Artigo 15.º - Admissão e exclusão de candidaturas	61
Artigo 25.º - Processo de licitação	64
Artigo 27.º - Rondas.....	65
Artigo 28.º - Dispensas.....	67
Artigo 29.º - Ronda inicial e Artigo 30.º - Rondas seguintes	67
Artigo 31.º - Desempate	69
Artigo 33.º - Determinação do vencedor	69
Artigo 35.º - Fase de consignação	70
Artigo 38.º - Depósito	70
Artigo 39.º - Processo de consignação para a faixa dos 900 MHz.....	72
Artigo 40.º - Emissão dos títulos	73
Artigo 41.º - Condições associadas aos direitos de utilização de frequências.....	73
Artigo 42.º - Obrigações de cobertura	74
Artigo 43.º - Obrigações de desenvolvimento da rede	82
Artigo 44.º - Obrigação de reforço do sinal do serviço de voz.....	84
Artigo 45.º - Obrigações de acesso à rede	86

Artigo 46.º - Obrigação de utilização efetiva e eficiente das frequências	93
Artigo 48.º - Prazo do direito de utilização de frequências	94
Anexo 1 - Condições técnicas associadas às frequências	94
Anexo 4 - Municípios de baixa densidade	95

NOTA PRÉVIA

O presente documento constitui a pronúncia da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (“**MEO**”) relativa à consulta pública sobre o Projeto de Regulamento 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, aprovado por deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 6 de fevereiro e publicado na 2.ª série do Diário da República de 12 de fevereiro (“**Projeto de Regulamento**”).

Os comentários, contributos e sugestões da MEO, apresentados neste documento, tiveram em atenção a atual conjuntura do mercado e o quadro legal existente e não prejudicam a adoção de posições diferentes no futuro, caso se alterem as condições subjacentes à presente pronúncia. A pronúncia da MEO em nada prejudica as posições adotadas em processos judiciais que estejam relacionadas com o Projeto de Regulamento, devendo considerar-se os seus comentários, contributos e sugestões no âmbito do exercício do direito/dever de colaboração com a ANACOM na adoção de decisões com impacto nos operadores e no mercado.

A MEO considera, para todos os efeitos, como **CONFIDENCIAIS** as passagens deste documento devidamente assinaladas como tal, com a indicação de **[IIC]** – Início de Informação Confidencial e **[FIC]** – Fim de Informação Confidencial, uma vez que as mesmas constituem segredo comercial e de negócio, sendo suscetíveis de revelar questões inerentes às atividades e vida interna da MEO.

COMENTÁRIOS PRÉVIOS

1. A MEO discorda profundamente da forma como a ANACOM tem gerido o dossier da quinta geração de comunicações móveis ("5G"). A discordância não é só quanto ao *timing* e ao conteúdo, mas também contra uma forma de fazer as coisas "contra tudo e contra todos": contra os operadores, contra as orientações estratégicas do Governo e, a final, também contra os interesses dos utilizadores e o interesse público, independentemente das convicções da ANACOM em contrário.
2. O Projeto de Regulamento é mais um capítulo de uma forma de regulação sectária e mal fundamentada que a ANACOM tem vindo a praticar e que a MEO não pode deixar de repudiar.
3. A regulação, em particular a regulação económica, é um dos poderes do Estado mais importantes nas modernas economias e não pode ser exercido com arbitrariedade e parcialidade; não pode ser instrumentalizado para satisfazer "visões sobre o mercado" não sustentadas e, principalmente, não pode ser exercido à margem da Lei.
4. Tudo isto sucede com o atual Projeto de Regulamento, que padece, no entender da MEO, de múltiplos excessos, insuficiências e problemas, devidamente assinalados ao longo desta pronúncia.
5. Este Projeto de Regulamento não serve os interesses do País, não serve os interesses do mercado e não serve os interesses dos utilizadores, sejam eles cidadãos ou empresas. Em suma, este Projeto de Regulamento não serve o desígnio estratégico da Transição Digital e do desenvolvimento do próprio 5G, pelo que, a bem do País, deverá ser reformulado. O 5G merece e justifica uma outra estratégia e um outro projeto de regulamento, esperando-se que a consulta pública que a ANACOM abusivamente retomou sirva, pelo menos, para esta entidade reponderar toda a sua estratégia relativa ao 5G.

6. Neste contexto, os comentários que se tecem abaixo em termos de sugestões de revisão/alteração ao Projeto de Regulamento são feitos sempre numa base subsidiária, para um cenário — que não se aceita — em que a ANACOM decida avançar num projeto tão estratégico para o futuro do País em moldes semelhantes aos que atualmente são propostos no Projeto de Regulamento.

COMENTÁRIOS GERAIS

a) Desconsideração do Decreto-Lei n.º 10-D/2020, de 23 de março

7. A MEO não pode deixar de reiterar aqui, uma vez mais, a sua total discordância quanto ao entendimento da ANACOM sobre a retoma da contagem do prazo da presente consulta pública e à desaplicação da alínea f) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 10-D/2020, de 23 de março (“**DL 10-D/2020**”), que, entre as diversas “obrigações especialmente aplicáveis ao setor das comunicações eletrónicas”, determinou a suspensão, entre outras, da obrigação de “[c]umprimento de prazos de consulta pendentes a projetos de regulamento da ANACOM, devendo os mesmos ser submetidos ao Governo para decisão”.
8. Na verdade, como a MEO já teve oportunidade de sublinhar, tanto na providência cautelar como na ação administrativa que propôs contra a ANACOM no Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa (e que correm os seus termos naquele tribunal sob os n.ºs 1075/20.1BELSB e n.º 1074/20.3BELSB, respetivamente), aquela disposição é especificamente aplicável ao setor das comunicações eletrónicas e mantém-se obviamente em vigor.
9. De facto, aquela norma constitui uma norma especial face à suspensão geral dos prazos administrativos estabelecida pelo artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º

1-A/2020, de 19 de março, não tendo sido nem expressa nem tacitamente revogada pela Lei n.º 16/2020, de 29 de maio.

10. O artigo 8.º, alínea f), do Decreto-Lei n.º 10-A/2020 foi aprovado num contexto em que o legislador, no mesmo diploma, impôs aos operadores de comunicações eletrónicas, um conjunto de obrigações agravadas, razão pela qual, reconhecendo que o cumprimento das obrigações especificamente aplicáveis ao sector *“poderá dificultar ou impossibilitar a prossecução dos objetivos previstos no presente decreto-lei”*, a norma em causa estabeleceu uma suspensão dessas obrigações, incluindo os prazos de resposta às consultas públicas de projetos de regulamento da ANACOM.
11. Acresce que é muito evidente que o legislador pretendeu especificamente suspender o prazo desta concreta consulta pública, presumivelmente justamente para evitar que um projeto de importância especial para o País decorresse num indesejável contexto de pandemia ou de calamidade, porventura para permitir que o mesmo fosse repensado à luz dos novos cenários macroeconómicos e sociais.
12. Neste sentido, tendo em conta as suas letra e ratio, não há fundamento para considerar que aquela suspensão cessou com a aprovação da Lei n.º 16/2020, que não só não se refere expressamente ao DL 10-D/2020, como não é aplicável aos prazos aqui especificamente em causa.
13. Assim, o artigo 8.º, alínea f), do DL 10-D/2020 só deixará de vigorar quando o legislador revogar expressamente esta norma ou o diploma como um todo.
14. Enquanto tal não suceder, esta norma mantém-se em vigor no ordenamento jurídico e o prazo da presente consulta pública deverá considerar-se sus-

penso, não obstante a posição da ANACOM, que, enquanto entidade administrativa independente, está imperativamente sujeita à lei e ao princípio da legalidade.

15. A ANACOM, sendo independente do Governo e dos operadores, não é independente da Lei, pelo que, ao decidir retomar a presente consulta pública, fazendo tábua rasa de uma disposição legal em vigor, está a contaminar à nascença o projeto 5G, ferindo um eventual regulamento final de ilegalidade.
16. É, pois, inequívoco que o regulamento que vier, a final, a ser aprovado, sem observância da suspensão do prazo de que beneficiavam os operadores, por força da lei, será inevitavelmente nulo, por preterição da consulta pública obrigatoriamente prevista na lei (cf. artigos 101.º e 144.º/2, in fine, do Código do Procedimento Administrativo – “CPA”).
17. A presente pronúncia da MEO é, assim, apresentada sob reserva e sem prejuízo de tudo o que foi defendido por esta empresa nos processos judiciais acima referidos, de cujos fundamentos a MEO não só não se afasta minimamente como, pelo contrário, aqui os pretende dar por integralmente reproduzidos, para todos os efeitos legais.

b) Instrumentalização do Projeto de Regulamento

18. Quanto ao Projeto de Regulamento em si, a primeira nota que a MEO gostaria de referir diz respeito ao facto de o mesmo desconsiderar totalmente a importância do 5G como projeto estratégico do e para o País.
19. Conforme melhor se explica na Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro (“RCM 7-A/2020”), cujo conteúdo mais abaixo se

retomará, o 5G deveria ser um instrumento de desenvolvimento e competitividade da economia nacional, de coesão social e territorial e de melhoria e transformação da vida dos cidadãos, de inovação social e de qualidade dos serviços públicos. Conforme aí também se refere, o 5G gera novas oportunidades de desenvolvimento económico e social e cria condições para um novo paradigma de digitalização, sendo uma alavanca da transformação digital, permitindo criar sinergias com outras tecnologias, designadamente a inteligência artificial, a realidade aumentada e virtual e a Internet das coisas.

20. Esperar-se-ia, assim, não só que as consultas anteriores, conducentes à elaboração do Projeto de Regulamento, como o próprio conteúdo do Projeto de Regulamento em si, traduzissem a importância do projeto 5G para o País. Verifica-se, porém, que o Projeto de Regulamento se resume a uma injustificada, sectária e inaceitável insistência da ANACOM em relação àquilo que considera ser a estrutura de mercado mais adequada, como se competisse ao Regulador desenhá-la “a regra e esquadro”.
21. Todo o conteúdo do Projeto de Regulamento foi, de resto, arquitetado e funcionalizado com o objetivo, não de assegurar que o 5G cumpra o seu desígnio transformacional da economia e da sociedade nacional, mas sim para garantir um único desiderato que a ANACOM (mas apenas e só a ANACOM) tem como relevante: a entrada forçada, artificial, causadora de distorções e lesiva da concorrência de um novo operador.
22. Lamenta-se, assim, que o 5G não seja, como devia ser e como aponta a RCM 7-A/2020¹, um projeto estratégico para o País, sendo antes convertido num projeto estratégico para a agenda própria da ANACOM.

¹ Mas também a Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2020, de 21 de abril, que aprova o Plano de Ação para a Transição Digital.

23. Esperar-se-ia que, pelo menos, a ANACOM tivesse criado as condições que permitissem a entrada de operadores comprometidos com o sucesso do sector, dispostos a realizar investimentos e a cumprir obrigações de cobertura em pé de igualdade e que, assim, trouxessem valor acrescentado face à situação existente.
24. Nada disso, porém acontece. Como ficará claro nesta pronúncia, as regras atuais do Projeto de Regulamento só incentivam entradas oportunistas e especulativas, de entidades sem qualquer histórico ou *track record* no setor e que apenas vejam neste processo uma oportunidade de adquirir ativos relevantes com condições convidativas, pouco ou nada contribuindo para o desenvolvimento do mercado, das infraestruturas de rede e dos serviços e produtos.
25. Assim, mesmo o desiderato de forçar a entrada de um novo operador no mercado, cuja necessidade a ANACOM não explica nem justifica, não é aceitável à luz dos interesses estratégicos do País e do mercado e do quadro de objetivos de regulação que cumpre à ANACOM defender.
26. À MEO não resta, pois, alternativa senão concluir que na elaboração do Projeto de Regulamento a ANACOM está a fazer uma utilização abusiva dos poderes que lhe são conferidos por Lei, desviando-se das finalidades de interesse público que devem pautar a sua atividade e que, de resto, foram já determinadas pelo Governo, pelo que são conhecidas e claras.

c) Desconformidade do Projeto de Regulamento com a RCM 7-A/2020

27. A este propósito, assinala-se que o Projeto de Regulamento é profundamente desconforme com a RCM 7-A/2020.

28. Desde logo, é, no mínimo, bizarro que a ANACOM tenha aprovado o Projeto de Regulamento um dia antes de o Governo publicar a RCM 7-A/2020 e que tenha decidido avançar com a publicação do Projeto de Regulamento no dia 10 de fevereiro, sem cuidar de o adaptar à estratégia definida pelo Governo (a quem compete inequivocamente definir essa estratégia!), criando incertezas jurídicas desnecessárias e transmitindo uma ideia de “guerra surda” ou, no mínimo, de descoordenação sobre esta matéria que, a todos os títulos, lhe competia evitar.
29. Num conjunto considerável de matérias verifica-se uma incompreensível desarmonia entre o Projeto de Regulamento e a RCM 7-A/2020, em especial no que diz respeito às obrigações de cobertura e às medidas de discriminação positiva a favor de novos entrantes. No primeiro caso, as obrigações de cobertura (definidas como metas de natureza estratégica da RCM 7-A/2020) não são tão exigentes como as estabelecidas no Projeto de Regulamento; no segundo tema, a RCM 7-A/2020 é pura e simplesmente omissa, não prevendo, muito naturalmente, qualquer tipo de medida ou solução mais favorável para os novos entrantes.
30. Mais em detalhe, veja-se na tabela seguinte as diferenças substanciais entre o Projeto de Regulamento e a RCM 7-A/2020:

RCM 7-A/2020	PROJ. REG.
2020	
Cobertas c/ rede 5G:	
1 cidade situada em territórios de baixa densidade	Não
1 cidade do litoral c/ >50 mil habitantes	
2023	
Dotados c/ rede 5G:	
Concelhos c/ > 75 mil habitantes	Não ¹
Todos hospitais públicos, 50% centros saúde públicos em territórios de baixa densidade e 50% centros saúde públicos do litoral, que não se encontrem já cobertos por rede fixa de elevado débito	Não ²
Todas as universidades e politécnicos	Não ²

RCM 7-A/2020	PROJ. REG.
50% áreas localização empresarial ou parques industriais dos concelhos do litoral e 50% áreas localização empresarial ou parques em territórios de baixa densidade	Não
Aeroportos internacionais	Não ²
Instalações militares prioritárias	Não
2024	
Dotados c/ rede 5G:	
Concelhos c/ > 50 mil habitantes	Não ³
95% das rodovias c/ tráfego >7,3 milhões veículo/ano A22, A23, A24 e A25; estradas nacionais nº1 e 2	AE: 95%; 2023 IP: 85%; 2023
95% ferrovia Braga-Lisboa e corredor Atlântico	2023
98% linhas comboio suburbanas AM Lisboa e Porto	95%; 2023
98% redes metropolitano Lisboa, Porto e Margem Sul Tejo	95%; 2023
Porto Sines, Setúbal, Lisboa, Leixões e Aveiro	Não ²
2025	
Dotados c/ rede 5G:	
90% Pop. com acesso a serviços de banda larga móvel c/ débito ≥ 100 Mbps	95%
Restantes portos comerciais	Não ²
Rodovias c/ tráfego > 863 mil veículos/ano	AE: 95%; 2023 IP: 95%; 2025
Ferrovia Lisboa-Faro	95%; 2023
Restantes instalações militares	Não

¹ 85% da população do País; 75% da população de cada uma das freguesias de baixa densidade + RAA e RAM.

² Estas entidades podem solicitar a instalação de estações de base macro ou de “outdoor small cells”.

³ 2025; 95% da população do País; 90% da população de cada uma das freguesias de baixa densidade + RAA e RAM

Obrigações adicionais no Projeto de Regulamento:

- Obrigações de densificação da rede nos 3.6 GHz
- Obrigações de acesso (negociação de acordos de MVNO e Roaming nacional)
- Reforço do sinal de voz: cobertura “boa” para 95% do território

- Num projeto de importância estratégica e primordial para o País, não se compreende de todo que exista desarmonia na matéria, sendo inconcebível que a ANACOM remeta os eventuais comentários do Governo para uma

mera intervenção no âmbito da consulta pública agora em curso, desconsiderando a posição político-constitucional do Governo como órgão definidor da política geral do País. Além disto, e mais grave, esta situação conduz a indesejáveis incertezas e inseguranças jurídicas que cabe à ANACOM evitar ao invés de as criar.

32. Assim, sem prejuízo dos comentários efetuados abaixo, quanto à absoluta necessidade de reequacionar a estratégia de desenvolvimento do 5G em função do novo contexto macroeconómico, o regulamento do leilão nunca poderia deixar de respeitar as orientações estratégicas para o 5G fixadas pelo Governo.
33. Note-se que a RCM 7-A/2020 (ou outra, que a venha a substituir para acomodar a mudança de contexto causada pela pandemia) visa, por um lado, definir as prioridades da política de comunicações no domínio do 5G, sendo assim emitido ao abrigo das competências políticas do Governo (cf. artigos 182.º e 197.º da Constituição da República Portuguesa) e, por outro, fixar um conjunto de medidas que pretendem implementar as linhas estratégicas definidas.
34. O texto da RCM 7-A/2020, em especial do n.º 1, e a alínea c) do n.º 2, evidencia o carácter injuntivo do seu conteúdo, que a ANACOM não pode deixar de considerar, não estando na sua disponibilidade modificar o conteúdo das mesmas no Projeto de Regulamento, no sentido de fixar condições mais ou menos exigentes. Caso a versão final do Projeto de Regulamento não venha a estar alinhada com o conteúdo da RCM 7-A/2020 ou de outro diploma que o venha a substituir, estaremos perante uma norma irremediavelmente ferida de ilegalidade, como ilegais serão todos os atos subsequentes que a ANACOM venha a praticar.
35. A necessidade de conciliação entre o texto do Projeto de Regulamento e a RCM 7-A/2020 é especialmente relevante na definição do conteúdo das

obrigações de cobertura, mas também ao nível das condições discriminatórias projetadas para os novos entrantes, uma vez que a RCM 7-A/2020 não só nada refere a este propósito como exige que a ANACOM conduza o procedimento “*de modo imparcial perante todos os interessados*”, o que manifestamente é negado pelo texto submetido a consulta.

36. Uma última nota para salientar que esta posição não contende com as competências que a LCE atribui à ANACOM nesta matéria, nomeadamente no artigo 30.º. A este propósito, deve dizer-se que, até agora, não cuidou a ANACOM de explicar porque se permitiu afastar do ditame do n.º 7 do artigo 30.º, que determina a competência do Governo para aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências quando se referem a frequências acessíveis pela primeira vez ou que se *destinem a ser utilizadas para novos serviços*.
37. Atendendo ao *portfolio* de frequências disponíveis no projeto de regulamento, a MEO considera não restarem dúvidas sobre a impossibilidade de afastamento da disposição citada, não se compreendendo que, ao contrário do que aconteceu em outros processos, a ANACOM nada refira a este propósito.
38. Em todo o caso, mesmo que se admitisse – que não é o caso – a detenção de competências pela ANACOM para aprovar os termos do Projeto de Regulamento, nem por isso esta deixaria de estar sujeita às orientações estratégicas de política geral aprovadas pelo Governo. A ANACOM, como outras entidades administrativas, encontra-se adstrita ao dever de exercer a sua independência com respeito por tais parâmetros políticos de ação geral e não pode deixar de considerar o bloco de legalidade que enforma a sua atividade e que inclui, necessariamente, a RCM 7-A/2020.

d) *Insuficiência da Nota Justificativa e desconsideração do CECE*

39. Ainda num plano procedimental, não se pode deixar de se sublinhar a manifesta insuficiência da Nota Justificativa do Projeto de Regulamento, o qual não cumpre minimamente as exigências legais vertidas no artigo 99.º do CPA, nos termos do qual “[o]s regulamentos são aprovados com base num projeto, acompanhado de uma nota justificativa fundamentada, que deve incluir uma ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas.”
40. Sucede que o Projeto de Regulamento não se encontra devidamente fundamentado – o que, de resto, se revela tanto mais surpreendente e mais grave quando se sabe que este não é um regulamento qualquer, para um procedimento qualquer, mas sim o regulamento que deveria disciplinar (embora não o faça, como vimos) um dos projetos mais estratégicos do setor e da sociedade e economia em geral.
41. Com efeito, o futuro 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 será um momento definidor do desenvolvimento do sector das comunicações eletrónicas em Portugal nas próximas décadas.
42. É da maior importância, como tal, que as medidas propostas e os objetivos que se pretendem atingir sejam devidamente fundamentados através de uma análise rigorosa às características, ao contexto económico-financeiro e às perspetivas de evolução do mercado português, nas suas várias vertentes.
43. Ora, a Nota Justificativa do Projeto de Regulamento é praticamente silenciosa quanto a tal análise, limitando-se a uns escassos parágrafos, declarativos e genéricos, e não fundamentados, sobre a “necessidade de promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas, de contribuir para que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de

escolha, preço e qualidade de serviço, de incentivar a utilização efetiva e eficiente do espectro.”

44. É bem conhecida a posição da MEO de que existe um défice estrutural de fundamentação no procedimento decisório da ANACOM e este é apenas mais um exemplo de como esse problema se manifesta, por sinal num procedimento da maior relevância em que, por maioria de razão, tal boa prática não poderia ser dispensada.
45. De acordo com a doutrina, a nota justificativa exigida pelo artigo 99.º do CPA *“deve conter os elementos determinantes quer para a decisão de aprovar o regulamento, quer para justificar o seu conteúdo material”*, impondo também que *“o Projeto de Regulamento se baseie numa ponderação custos-benefícios”*, a qual pode ser efetuada através de diferentes metodologias, tendo a Administração de *“indicar as razões da sua escolha”* (v. Alexandre Sousa Pinheiro e outros, *Questões Fundamentais para a Aplicação do CPA*, Almedina, 2016, pág. 180).
46. No entanto, a Nota Justificativa deste Projeto de Regulamento não apresenta qualquer fundamentação atendível pois, além de exígua, limita-se, em boa medida, a recordar o histórico anterior à aprovação do projeto e a descrever as soluções adotadas no articulado regulamentar.
47. Mesmo aí, enuncia apenas em que consistem essas soluções, sem que se vislumbre qualquer explicação, mínima que seja, sobre as eventuais alternativas que foram equacionadas pela ANACOM, quais os argumentos pró e contra que pesaram na respetiva ponderação e quais os motivos por que, a final, a ANACOM optou por determinada solução em detrimento de todas as outras (quais?) que porventura tenham sido tidas em conta.

48. Isso verifica-se, com particular relevância, nas medidas discriminatórias a favor dos novos entrantes, bem como na definição das obrigações de cobertura e de reforço do sinal de voz, a que a MEO terá oportunidade de regressar em detalhe mais adiante nesta pronúncia.
49. Dito de outro modo, a Nota Justificativa deste Projeto de Regulamento não está minimamente “fundamentada” e não evidencia — nem mesmo em aspetos fulcrais da configuração do procedimento — ter existido qualquer ponderação de custo-benefício, ao arrepio do que resulta imperativamente da lei.
50. A manifesta insuficiência da Nota Justificativa, além de particularmente grave num procedimento com esta importância, não permite cumprir minimamente as exigências legais do artigo 99.º do CPA, sendo ilegal, por violação de um requisito formal/procedimental essencial (artigos 143.º, n.º 1 e 144.º, n.º 2 daquele diploma).
51. Num plano mais regulatório, também não se pode deixar de referir que o Projeto de Regulamento mereceria ser um bom exemplo da aplicação de uma metodologia de Avaliação de Impacto Regulatório (“**AIR**”), o que manifestamente não sucede. O mercado continua sem saber que opções alternativas foram consideradas, as vantagens e desvantagens de cada uma e as justificações para o modelo final escolhido. Há um vazio completo de justificação que não permite conhecer o *caminho* que a ANACOM trilhou (se algum) para chegar a determinada solução, o que se projeta negativamente sobre a validade das medidas adotadas.
52. A este propósito, não se pode deixar de se aludir ao que dispõe atualmente o artigo 52.º do novo Código Europeu das Comunicações Eletrónicas (“**CECE**”), que corresponde a um artigo que não existia, com esta formulação, no quadro regulamentar anterior. Esta disposição enquadra as medidas

que as autoridades reguladoras nacionais podem adotar na concessão, renovação ou alteração de Direitos de Utilização de Frequências (“DUF”), no sentido de promover a concorrência efetiva e evitar distorções no mercado.

53. É de notar que nos termos do n.º 2 desse artigo, as medidas a adotar devem ter em conta as condições de mercado e os parâmetros de referência disponíveis, e ser baseadas numa avaliação objetiva e prospetiva das condições de concorrência do mercado e da necessidade de tais medidas para manter ou alcançar uma concorrência efetiva, sem desconsiderar os efeitos prováveis dessas medidas a nível dos investimentos existentes e futuros dos participantes do mercado.
54. O Considerando 133 do CECE explicita, a este propósito, que as medidas de promoção da concorrência adotadas no âmbito da concessão de direitos de utilização de frequências podem ter efeitos danosos para a concorrência, referindo, em concreto, o seguinte: *“a imposição de limites máximos e de reservas de espetro de radiofrequências poderão criar uma escassez artificial, as obrigações em matéria de acesso ao mercado grossista poderão limitar indevidamente os modelos de negócio na ausência de poder de mercado e os limites a nível de transferências poderão impedir o desenvolvimento dos mercados secundários. Assim, para impor tais condições é necessário um exame coerente e objetivo da concorrência, o qual deverá ser consistentemente levado a cabo. O recurso a tais medidas deverá, por conseguinte, basear-se numa avaliação exaustiva e objetiva, pelas autoridades reguladoras nacionais e outras autoridades competentes, do mercado e das condições de concorrência.”*
55. Precisamente por essa razão, o artigo 52.º, n.º 2, do CECE refere que a adoção de tais medidas deve ter em conta o artigo 67.º, n.º 2, ou seja, deve basear-se num modelo de avaliação semelhante ao da análise de mercado, considerando os diversos aspetos aí referidos. Por conseguinte, de acordo

com o CECE, a imposição de medidas de promoção de concorrência no procedimento de concessão de DUF, traduzidas, por exemplo, na limitação do acesso ao espectro ou na imposição de obrigações de acesso grossista, deve ter subjacente uma análise e uma fundamentação semelhante a uma análise regulatória de mercado relevante.

56. Veja-se a este propósito, por comparação, o documento publicado pelo Ofcom, em 13.03.2020, sobre o leilão dos 700 MHz e dos 3,6-3,8 GHz no Reino Unido, que inclui um extenso capítulo de "*competition assessment*" e um anexo de caracterização detalhada do sector, incluindo dados sobre as receitas, valores de investimento e níveis de rendibilidade dos operadores.²
57. Nada disto sucede no caso concreto, em que o Projeto de Regulamento e os documentos de enquadramento são absolutamente omissos na matéria e estão muito longe do nível de detalhe e de justificação que permeia as análises de mercado relevante.
58. É certo, e a MEO não desconhece, que o CECE ainda não foi transposto para a ordem jurídica nacional, mas importa referir que o mesmo já está em vigor (cf. artigo 126.º). Os Estados-Membros, e naturalmente a ANACOM, devem, por um lado, à luz do princípio da cooperação leal, procurar atender ao regime do CECE nas decisões que venham a adotar, sobretudo nas decisões que se projetem para lá do termo do respetivo prazo de transposição, e, por outro, abster-se de durante o período de transposição adotar medidas que possam prejudicar o cumprimento dos seus objetivos.
59. Face ao exposto, a MEO considera que a Nota Justificativa da versão final do regulamento do leilão deve ser profundamente expandida ou ter como referência um documento complementar que, entre outros aspetos, inclua

² <https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/category-1/award-700mhz-3.6-3.8ghz-spectrum>

um enquadramento detalhado e completo do sector, a identificação dos problemas a resolver e a avaliação de impactos que justifica as opções tomadas.

60. A este respeito, note-se que foi insuficiente (e também inconsequente) a consulta pública de outubro de 2019 relativa à limitação de DUF nas diversas faixas e à definição do procedimento de atribuição, em cujo anexo a ANACOM apresentou a avaliação (negativa) que faz dos resultados e do nível de concorrência do sector. Da discussão que se proporcionou sobre o assunto no âmbito da consulta pública resultou apenas a publicação da súmula dos contributos recebidos, sem qualquer reflexão adicional da ANACOM.
61. A MEO remete, nesta ocasião, para as observações que apresentou no âmbito da referida consulta pública de outubro de 2019 e reitera o seu entendimento de que o mercado português não apresenta problemas competitivos que justifiquem todas as opções regulatórias que a ANACOM pretende seguir no futuro leilão de espectro, nomeadamente no âmbito da promoção de novos entrantes e das condições associadas aos DUF.
62. Adicionalmente, a MEO considera que algumas destas opções, abordadas nos pontos seguintes, não foram suficientemente avaliadas do ponto de vista da sua adequação, impacto e mesmo exequibilidade, ou seja, por outras palavras, não têm subjacente qualquer avaliação de impacto regulatório.

e) Carácter excessivo das obrigações associadas aos DUF

63. Um dos aspetos em que é mais notória a falta de uma AIR é o das obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede que a ANACOM propõe no Projeto de Regulamento.

64. Não existe em todo este processo o mínimo indício de ter sido realizada a mais pálida análise do que estas obrigações implicam em termos de esforço de investimento, nem de como esse esforço se adequa às características e capacidade de retorno do mercado nacional, nem da possibilidade de ocorrerem efeitos adversos, por exemplo nos níveis de investimento ou de preços do sector.
65. No entanto, da análise detalhada que a MEO realizou aos investimentos que são necessários para dar cumprimento às obrigações previstas nos artigos 42.º a 44.º do Projeto de Regulamento resulta, desde logo, uma questão de exequibilidade logística.
66. De facto, tendo em consideração os acordos já existentes de partilha de infraestruturas passivas, a MEO estima que irá requerer a construção de mais [IIC] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [FIC]
67. Este ritmo de expansão só se afiguraria possível num cenário de roaming nacional que, contudo, não se mostra viável tendo em consideração as dificuldades técnicas e os impactos na experiência do utilizador descritos nos comentários apresentados mais à frente neste documento, relativos ao artigo 42.º.
68. O carácter excessivo das obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede sobressai também da comparação com as obrigações impostas aos operadores de outros países europeus, em processos equivalentes de atribuição de DUF nas faixas dos 700 MHz e dos 3,6 GHz.

69. Em particular, destaca-se a absoluta desproporcionalidade e desadequação da obrigação de reforço do sinal do serviço de voz (artigo 44.º do Projeto de Regulamento), definida em termos de cobertura do território (e não da população), que não tem paralelo a nível europeu e que é responsável por uma parte muito importante do esforço de investimento referido anteriormente.
70. A MEO considera, assim, que o grau de exigência e os prazos de cumprimento das obrigações previstas nos artigos 42.º a 44.º do Projeto de Regulamento devem ser profundamente reequacionados. Nos comentários específicos a estes artigos a MEO faz algumas sugestões para esse efeito.
71. O carácter excessivo das obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede previstas no Projeto de Regulamento surge especialmente reforçado no novo contexto macroeconómico criado pelas medidas de combate e contenção da pandemia de COVID-19, assunto que se detalha de seguida.

f) *Novo contexto macroeconómico*

72. Diversas entidades nacionais e internacionais têm assinalado que a pandemia de COVID-19 criou uma das maiores, senão mesmo a maior, recessão económica dos últimos 100 anos.
73. No início de junho, o Banco Central Europeu³ publicou as suas projeções para a Zona Euro relativas ao triénio 2020-2022, indicando que:

The coronavirus (COVID-19) pandemic has dramatically affected global economic activity since taking hold in early 2020 and the euro area economy is no exception.

³ https://www.ecb.europa.eu/pub/projections/html/ecb.projections202006_eurosystems-taff-7628a8cf43.en.html

(...) These containment measures are expected to weigh on supply and demand. Elevated uncertainty and worsened labour market conditions are expected to induce households and firms to cut back their spending further. Substantial support from monetary, fiscal and labour market policies should help maintain incomes and limit the economic scars the health crisis would leave behind. Such policies are also assumed to be successful in preventing adverse amplifications through financial channels. Under these assumptions, real GDP in the euro area is projected to fall by 8.7% in 2020 and to rebound by 5.2% in 2021 and by 3.3% in 2022.

74. O BCE comparou também as suas projeções com as de outras entidades, conforme quadro seguinte, o que permite confirmar a robustez do sentido e da ordem de magnitude das projeções:

Comparison of recent forecasts for euro area real GDP growth and HICP inflation

(annual percentage changes)

	Date of release	GDP growth			HICP inflation		
		2020	2021	2022	2020	2021	2022
Eurosystem Staff projections ¹⁾	June 2020	-8.7	5.2	3.3	0.3	0.8	1.3
Euro Zone Barometer	April/May 2020	-7.6	4.7	1.6	0.4	1.3	1.5
Consensus Economics	April/May 2020	-7.9	6.2	1.8	0.3	1.1	1.4
European Commission	May 2020	-7.7	6.3	-	0.2	1.1	-
Survey of Professional Forecasters	April 2020	-6.5	4.3	1.7	0.4	1.2	1.4
IMF	April 2020	-7.5	4.7	-	0.2	1.0	-

75. A OCDE⁴ projeta no seu “OECD Economic Outlook” de 10.06.2020, variações do PIB da Zona Euro entre -9% e -11,5% em 2020 e entre 6% e 3,5% em 2021. E relativamente a Portugal refere:

The economy is projected to shrink by 11.3% in 2020, should a second pandemic outbreak hit at the end of 2020 (the double-hit scenario). Assuming a single wave of the pandemic (the single-hit scenario), GDP is expected to decline by 9.4% in 2020, with a rebound of 6.3% in 2021. In the double-hit scenario, the recovery will be

⁴ https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-outlook/volume-2020/issue-1_0d1d1e2e-en

slower due to prolonged export weaknesses, heightened uncertainty, additional bankruptcies, and prolonged unemployment spells.

76. Já o FMI, em 24.06.2020, agravou substancialmente as suas projeções publicadas em abril de 2020, prevendo agora um decréscimo do PIB da Zona Euro de 10,2% em 2020, seguido de um crescimento de 6% em 2021.⁵
77. A nível nacional, o cenário macroeconómico 2020-2021 do Governo subjacente ao Programa de Estabilização Económica e Social⁶, publicado em 06.06.2020, prevê variações do PIB de -6,9% e 4,3% em 2020 e 2021, respetivamente.
78. O Conselho das Finanças Públicas⁷ publicou em 03.06.2020 as suas “Perspetivas económicas e orçamentais 2020-2022”, estimando variações do PIB entre -7,5% e -11,8% em 2020 e entre 3,0% e 4,7% em 2021 (cenário base e cenário severo).
79. E o Banco de Portugal publicou em 16.06.2020 o “Boletim Económico de junho de 2020”⁸, no qual aponta para um decréscimo do PIB entre 9,5% e 13,1% em 2020, seguido de crescimentos entre 5,2% e 1,7% em 2021 e entre 3,8% e 3,5% em 2022 (cenário base e cenário severo).
80. Não obstante estas diferenças nas projeções de evolução do PIB para 2020 e 2021, há dois aspetos sobre os quais não parecem existir dúvidas, ambos nocivos para um ambiente favorável ao investimento: (i) o curto prazo é ainda marcado por uma grande incerteza quanto ao real impacto da crise,

⁵ <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOUpdateJune2020>

⁶ <https://dre.pt/pesquisa/-/search/135391594/details/maximized>

⁷ <https://www.cfp.pt/pt/publicacoes/perspetivas-economicas-e-orcamentais/cfp-apresenta-cenario-macro-orcamental-ate-2022>

⁸ <https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-o-boletim-economico-de-junho-de-2020>

bem como quanto aos instrumentos de política pública que serão disponibilizados para a combater, incluindo no que respeita a apoios ao investimento; (ii) antes de 2022, pelo menos, as economias não irão recuperar da destruição de valor que marcará o ano 2020.

81. Neste contexto, o futuro leilão de espectro não pode deixar de ser reequacionado em várias vertentes. No entender da MEO é inconcebível que se possam manter inalteradas a estratégia nacional para o 5G e, em especial, o Projeto de Regulamento, ambos desenhados num contexto pré-crise COVID-19, como se esta crise não tivesse trazido novos desafios também ao setor das comunicações eletrónicas e afetado a sua capacidade de gerar receitas nos próximos anos.
82. A urgência da introdução do 5G deve ser relativizada face à importância que as redes de comunicações eletrónicas atuais estão a revelar nesta crise de saúde pública e à resiliência e flexibilidade demonstradas no respetivo desempenho mesmo na fase mais aguda do confinamento, desempenhando um papel verdadeiramente central na política de aceleração da transição digital da economia e da sociedade portuguesa.
83. Assim, as prioridades devem ser revistas de modo a garantir que os investimentos no 5G não ocorrem de forma prematura (muito desfasados do que será a procura pelos serviços proporcionados por esta tecnologia) e que os operadores não ficam privados dos recursos necessários para investir na expansão de cobertura, qualidade e resiliência das redes e serviços atuais, para os quais existe uma procura latente ainda não satisfeita e que se pretende estimular.⁹

⁹ Note-se a recente decisão tomada no Canadá, de adiar por 6 meses o lançamento do leilão na faixa dos 3,5 GHz previsto inicialmente para Janeiro de 2021: <https://www.mobileworldlive.com/featured-content/top-three/canada-delays-latest-5g-auction-due-to-covid-19/>

84. Neste sentido, a MEO considera que o leilão do 5G não pode deixar de atender à evolução da economia e do sector esperada em 2020 e 2021 e quanto aos instrumentos de política económica que serão acionados. Nas circunstâncias atuais, a MEO considera que não deverão estar reunidas as condições mínimas necessárias para lançar e concluir o leilão 5G antes do final do ano, sendo de admitir com maior probabilidade que tais condições mínimas só ocorram no 1º trimestre de 2021.
85. Por outro lado, e como já referido nos comentários apresentados na alínea e) supra, a grave crise económica reforça a necessidade de suavizar significativamente as obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede previstas no Projeto de Regulamento, diminuindo o seu nível de exigência e alargando o prazo de cumprimento.
86. Para além disso, os preços de reserva também deverão ser revistos em baixa dado que o referencial com que foram obtidos — para as faixas dos 700 MHz e dos 3,6 GHz, média dos preços de reserva dos leilões ocorridos na União entre 2015 e 2019, ajustados pela população, PPC e duração dos DUF — tem agora de ser ponderado, também, pelo período de grave recessão económica que iremos atravessar.

g) Condições preferenciais para novos entrantes

87. Como referido, um dos principais problemas do Projeto de Regulamento é a criação de condições inaceitavelmente favoráveis (sem qualquer precedente ou paralelo na Europa e destituídas de qualquer justificação válida) destinadas a assegurar um único objetivo que, por razões que o mercado em geral e os operadores em particular desconhecem, a ANACOM considera relevante: a forçada e artificial entrada de um novo operador.

88. Nos termos do Projeto de Regulamento, e apenas citando os aspetos mais chocantes, sem qualquer carácter, pois, de exaustividade:

- (i) O (único) lote de 2 x 5 MHz na faixa dos 900 MHz e todos os lotes na faixa 1.800 MHz estão reservados para "novos entrantes", que beneficiam assim de uma fase de licitação exclusiva, na qual apenas eles podem participar, usufruindo adicionalmente de um desconto de 25% sobre o preço desses lotes;
- (ii) Em acréscimo, um "novo entrante" não só tem uma perpétua (e inédita) isenção de obrigações de cobertura nas faixas reservadas, como podem aceder, através de roaming nacional, de forma não limitada no tempo (circunstância também inédita em qualquer atribuição de espectro conhecida), à rede dos atuais operadores, em qualquer faixa dessa rede (2G, 3G, 4G ou 5G) e independentemente da quota de mercado que venha a adquirir, ao longo de 20 anos, à custa do investimento alheio;
- (iii) Os atuais operadores que venham a deter 2 x 10 MHz na faixa dos 700 MHz (a quantidade [mínima] de espectro que viabiliza o 5G em todo o território nacional), têm obrigações de cobertura muitíssimo exigentes, nomeadamente a cobertura de 95% da população do País (incluindo 90% da população de todas as freguesias de baixa densidade) até 2025; já um novo operador que obtenha a mesma quantidade de espectro naquela relevante faixa, fica apenas sujeito a cobrir 25% de cada autoestrada, itinerário rodoviário "principal" e itinerário ferroviário, sem qualquer obrigação de cobertura de população

89. O Projeto de Regulamento permite assim que, com um ínfimo investimento, um novo operador aceda, em roaming nacional, por 20 anos e independentemente da quota de mercado que vier a alcançar nesse período, a todas as faixas de uma rede alheia, com isenção total de obrigações de cobertura, podendo, assim, assegurar todos os serviços que são prestados por operadores que já investiram muitas centenas de milhões de euros na sua atual

rede e que terão de investir vultuosíssimos montantes para cumprir as novas obrigações de cobertura previstas no Projeto de Regulamento, algumas delas verdadeiramente absurdas, como a do reforço da cobertura de voz com nível de qualidade “Boa” em 95% do território.

90. Ao mesmo tempo, priva os atuais operadores de acesso ao espectro das faixas dos 900 e dos 1800 MHz, o qual tem uma importância elevada na melhoria da cobertura e capacidade da rede móvel, até porque foram as primeiras faixas atribuídas às redes móveis digitais. O aumento de quantidade de espectro nestas faixas é muito relevante tendo em conta que permite realizar o *refarming* da rede para tecnologias mais avançadas, por exemplo, para 4G com o acesso de internet móvel, [IIC] [REDACTED]
[REDACTED] [FIC]
91. As novas tecnologias e o aumento de quantidade de espectro permitirão uma utilização mais eficiente destas faixas, o que se afigura fundamental para fazer face ao acréscimo de tráfego resultante de fenómenos recentes, mas duradouros, como o teletrabalho e o ensino à distância.
92. Dado este contexto, é imprescindível que no próximo processo de atribuição de espectro os atuais operadores tenham também total acesso a todo o espectro disponível, incluindo ao espectro das faixas dos 900MHz e 1800MHz, permitindo aos atuais operadores selecionar as melhores opções técnico-económicas.
93. Perante este quadro, a MEO não tem como não considerar que as condições de verdadeiro favor concedidas aos novos entrantes no Projeto de Regulamento são verdadeiramente escandalosas, promovem entradas oportunistas e especulativas, e destroem, de forma gratuita e intolerável, o valor social e económico conquistado no passado pelo mercado.

94. Não se vê, pois, alternativa que não seja uma radical mudança neste plano, tanto mais que tais condições discriminatórias são impostas à custa: (i) dos verdadeiros interesses dos cidadãos e das empresas (dispor, no imediato, de reforço de banda larga móvel/rede 4G), (ii) do desenvolvimento económico e social do País (atribuição do espectro dissociada de obrigações de cobertura e do inerente investimento) e (iii) do erário público (desconto de 25% nas faixas que são cruciais para o reforço urgente do 4G em Portugal).

Incentivos à entrada e objetivos de regulação

95. De acordo com o ponto 5 da Nota Justificativa, a ANACOM justifica laconicamente as referidas condições discriminatórias com uma alegada, mas nunca demonstrada, necessidade de promover a concorrência e com a existência de um, também alegado e nunca demonstrado, impacto positivo nos utilizadores. Porém, não só estas referências são absolutamente genéricas, carecendo assim de concretização e fundamentação, como não correspondem, de todo em todo, à realidade.
96. Quanto à *promoção da concorrência*, adiante-se desde já que promover a concorrência não é equivalente a aumentar o número de operadores no mercado. Como a ANACOM não pode desconhecer, o conceito de concorrência, apesar de não estar densificado na lei, vai muito para além de uma mera análise ao número de operadores presentes em cada mercado.
97. Em qualquer caso, é inequívoco que o quadro legal e regulatório não atribui competências à ANACOM para determinar o que deve ser a estrutura de mercado e menos ainda para o desenhar “a regra e esquadro” como é pretendido no Projeto de Regulamento. Ao invés, à ANACOM cabe apenas *promover a concorrência* e criar as condições necessárias para que essa concorrência se verifique, no quadro dos objetivos de regulação definidos na lei. Não lhe cabe *promover (rectius, forçar) a entrada*.

98. O quadro legal vigente admite uma intervenção corretiva das autoridades da concorrência na estrutura do mercado, nomeadamente em situações de concentrações, mas tal não se encontra prevista para as autoridades reguladoras, a quem cabe apenas promover condições de concorrência e não determinar administrativamente a estrutura que considera desejável. As entradas devem verificar-se se os candidatos considerem que têm oportunidades de lucro e não devem ser determinadas, nem proibidas, pelo regulador com base no que entende ser a estrutura de mercado mais eficiente.
99. Assim, ao procurar forçar a entrada de um novo operador a todo o custo, instrumentalizando todo o Projeto de Regulamento para esse propósito, a ANACOM está a abusar dos poderes legalmente conferidos e a atuar fora dos objetivos de regulação que lhe cumpre defender.
100. Em abono da conclusão anterior está a circunstância de, em rigor, o Projeto de Regulamento não só a *promover a entrada*, ao arrepio do regime legal, mas também a definir as condições em que essa concorrência será exercida, sobretudo pela imposição de obrigações de cobertura bastante mais ligeiras a novos entrantes e que pode, mesmo, chegar ao extremo de não imposição de quaisquer obrigações de cobertura, e por conceder direitos de acesso à rede dos operadores existentes durante períodos de tempo muito longos (potencialmente, durante 20 anos).
101. Assim, com o presente Projeto de Regulamento, a ANACOM não se limita a eliminar uma barreira à entrada por excelência, que é a escassez de espectro. Ao disciplinar administrativamente os termos da concorrência, desequilibrando intoleravelmente a posição entre os operadores, o regulador distorce e condiciona toda a dinâmica concorrencial futura do mercado, que é o contrário do que lhe é exigido pelo artigo 5.º, n.º 1, alínea a), da LCE.
102. E não se diga que existem outras barreiras à entrada no mercado que se pretendem endereçar com este Projeto de Regulamento. Se assim fosse, os

mercados móveis de retalho teriam sido considerados como mercados relevantes para efeitos de aplicação de medidas de regulação sectorial *ex ante* ou, no mínimo, o mercado grossista de acesso à rede móvel teria sido também identificado como mercado relevante. No entanto, até agora, não se provou que medidas como a imposição de acesso à rede fossem adequadas, nem que fossem necessárias.

103. Fica assim, em absoluto, por demonstrar que as condições preferenciais para novos entrantes definidas no Projeto de Regulamento visem efetivamente promover a concorrência, no sentido exigido na LCE.
104. Por outro lado, mesmo que se aceitem os efeitos que a ANACOM parece antecipar com a entrada de novos operadores no mercado — maior concorrência e mais benefícios para os utilizadores — haveria sempre que equacionar os efeitos desta medida em outros objetivos de regulação, como os incentivos ao investimento.
105. De facto, ainda que se admita que da entrada possa resultar, no imediato, uma diminuição de preços, admitir que a mesma é benéfica para os utilizadores é confundir inaceitavelmente efeitos estáticos e dinâmicos da concorrência — a descida de preços corresponde a um efeito estático, mas tem implicações muito relevantes no investimento e o investimento é fundamental para as dinâmicas competitivas. Se a queda de investimento significar pior qualidade de serviço, os utilizadores ficam sempre pior, mesmo que haja uma queda do preço.
106. Nos mercados móveis, a evidência existente nas últimas décadas aponta para a existência de um efeito negativo da entrada de novos operadores

sobre o investimento de cada operador, com uma redução da qualidade de serviço ou um aumento de custos¹⁰.

107. Em termos legais (cf. artigo 5.º da LCE), a promoção da concorrência (não da entrada) e a promoção do investimento eficiente são objetivos de regulação de igual peso, não havendo qualquer justificação para a promoção de um, em detrimento do outro. O objetivo final de uma medida regulatória deve ser uma adequada e equilibrada reconciliação destes objetivos, que não existe manifestamente no caso concreto.
108. Ao contrário do que a ANACOM aponta no ponto 5 da Nota Justificativa, há um claro e evidente privilégio dado à entrada (não à concorrência) de um novo operador em detrimento do incentivo ao investimento, de uma forma que, pela sua extensão e repercussões, é manifestamente contrário ao quadro legal e regulatório vigente.
109. Em primeiro lugar, o favorecimento, injustificado, do acesso grossista às redes móveis por via da regulação, sob a forma de MVNO ou de roaming, encerra um efeito de desincentivo ao investimento em infraestruturas próprias, com consequências também ao nível da inovação e diferenciação das ofertas (que tende a diminuir), da qualidade de serviço (que tende a nivelar por baixo) e da fragilidade das redes em termos de integridade e segurança

¹⁰ Por exemplo, num trabalho feito com base na informação sobre mercados móveis nos países da OCDE, entre 2002 e 2014, conclui-se que um aumento da concentração no mercado está relacionado com um aumento de preços, relativamente a uma situação com menor concentração, mas, também, com um aumento do nível de investimento por operador, não sendo conclusiva a evidência no que diz respeito ao impacto do aumento da concentração no investimento total. Esta ausência de uma relação entre o nível de concentração e o nível de investimento total na indústria sugere que há ganhos de eficiência com uma redução do número de empresas no mercado, podendo esses ganhos corresponderem a uma redução de custos fixos, caso em que beneficiariam as empresas, mas não os consumidores, ou a uma redução de custos marginais ou a aumentos de qualidade de serviço com benefícios para os consumidores. Cf., X. Vives, 2008, "Innovation and Competitive Pressure," *Journal of Industrial Economics*, 56(3), 419-469 e M., Motta e E. Tarantino, 2016, "The Effect of a Merger on Innovation," CEPR DP11550.

(que tende a aumentar em virtude de partilharem uma componente de infraestrutura maior).

110. De novo, desconhece-se a avaliação detalhada que a ANACOM porventura fez destes aspetos e o raciocínio que seguiu para concluir que estes efeitos prejudiciais ao bem-estar dos utilizadores no longo prazo não se verificam ou que são mais do que compensados com os benefícios esperados de uma maior intensidade concorrencial no curto prazo.
111. Nos termos legais, garantir o máximo benefício dos consumidores, em termos de escolha, deve ser entendido, não no sentido de garantir que os consumidores tenham o maior número possível de escolhas, mas no sentido de garantir que a concorrência se verifica com benefício dos consumidores, ou seja, de que os consumidores tenham melhores escolhas, o que nos conduz para análises mais dinâmicas e menos estáticas da concorrência no mercado.
112. A longo prazo, medidas que desincentivam o investimento em infraestruturas alternativas são fortemente danosas para as dinâmicas concorrenciais e para o bem-estar dos consumidores. De notar que o critério de concorrência baseada nas infraestruturas saiu robustecido no âmbito do recente CECE. A este propósito, o respetivo Considerado 27 é expressivo em referir o seguinte: *“A melhor forma de promover a concorrência é através de um nível economicamente eficiente de investimento infraestruturas novas e existentes complementado por regulação, se necessário para alcançar uma concorrência efetiva no domínio dos serviços de retalho”* (cf., ainda, o artigo 3.º, n.º 2, alínea b), e n.º 4, alínea d)).
113. Ainda sobre as obrigações de negociar o acesso grossista às redes móveis, é de assinalar a intenção da ANACOM de estender tais obrigações às faixas onde os operadores atuais já detenham direitos de utilização de frequências. Apesar da sua muito deficiente redação, do texto do artigo 45.º, n.º 1,

parece decorrer que as obrigações de acesso à rede se aplicam a todas as faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas que os titulares de direitos de utilização detenham no termo do procedimento de leilão, ou seja, as faixas dos 700 MHz e dos 3,6 GHz e as faixas já utilizadas por tais operadores.

114. É, porém, inconcebível e manifestamente ilegal que as obrigações de acesso à rede se possam projetar sobre DUF atribuídos no passado. A MEO não pode manifestamente aceitar esta medida e lutar contra a mesma por todos os meios ao seu dispor.
115. À semelhança do que foi determinado no artigo 35.º do Regulamento n.º 560-A/2011, de 19 de outubro, a propósito da quarta geração móvel ("**Regulamento 560-A/2011**"), as obrigações de acesso podem aplicar-se, quando muito, às faixas dos 700 MHz e dos 3,6 GHz e, apenas, relativamente a operadores que tenham adquirido direitos de utilização nessas faixas (e de forma temporária e sujeita a obrigações de cobertura pelos operadores beneficiários do acesso, naturalmente). Eventuais alterações a DUF, como parece ser a intenção da ANACOM, têm de forçosamente se enquadrar no âmbito do regime do artigo 20.º da LCE, o qual prevê que tais direitos apenas possam ser alterados em casos objetivamente justificados e de acordo com o princípio da proporcionalidade, o que não seria manifestamente o caso.
116. Estes requisitos, particularmente exigentes, não estão minimamente verificados no caso concreto e não se pode admitir que uma alteração substancial, como a que parece transparecer da leitura do artigo 45.º, n.º 1, do Projeto de Regulamento seja tratada sem as devidas justificações e fundamentos. Não existe, de resto, qualquer justificação no Projeto de Regulamento, nem em outros documentos de enquadramento, que justifiquem uma eventual extensão das obrigações de acesso a outras faixas para além dos 700 MHz e dos 3,6 GHz.

117. Quanto às obrigações para novos entrantes constata-se com absoluta incredulidade que o Projeto de Regulamento não prevê quaisquer obrigações de cobertura associadas às faixas dos 900 MHz e dos 1800 MHz (nas quais existe reserva de espectro para novos entrantes) e que as obrigações de cobertura na faixa dos 700 MHz são bastante menos onerosas que as aplicáveis aos atuais detentores de DUF para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas terrestres.
118. Este é um exemplo paradigmático da instrumentalização do Projeto de Regulamento em função da visão que a ANACOM pretende forçar para o mercado de comunicações móveis nacional. Com efeito, ao invés de impor um conjunto de obrigações relevante para garantir que o projeto 5G cumpre os seus desígnios, a ANACOM decide suavizar as obrigações dos novos entrantes, sem qualquer mecanismo de nivelção ao longo do tempo, com o evidente (único) objetivo de aliciar a entrada de um novo operador.
119. Não se compreende, à luz dos desígnios subjacentes ao 5G, que possam existir diferenças tão substanciais, em claro prejuízo do interesse das empresas, dos utilizadores e, em última instância, do Estado.
120. Numa comparação com os operadores atuais, o Projeto de Regulamento cria um quadro profundamente discriminatório, desproporcional e lesivo da concorrência, que se perpetua por toda a extensão dos DUF a atribuir (i.e., por 20 anos), o que é manifestamente ilegal.
121. Antes de mais, como referido, não existem fundamentos materiais para alicerçar as discriminações positivas a favor dos novos entrantes, revelando, isso sim, a introdução de diferenciações infundadas e arbitrárias, que conduzem inevitavelmente à violação do princípio da igualdade e da não discriminação. Recorda-se que nos termos do artigo 5.º, n.º 5, alínea b), da LCE é determinado que a ANACOM deve *“assegurar que, em circunstâncias*

análogas, não haja discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrônicas.”

122. Face ao tipo e extensão de medidas de discriminação positiva incluídas no Projeto de Regulamento, em termos de conteúdo e tempo, é manifesto que se verifica uma discriminação injustificada e um tratamento parcial proibido por lei.
123. Acresce que as medidas mais favoráveis para os novos entrantes geram distorções no próprio funcionamento do mercado, conduzindo à violação do princípio da concorrência, o qual visa impedir situações de vantagem injustificadas entre concorrentes que se encontram na mesma situação.
124. A criação de condições preferenciais com o objetivo de promover a entrada de novos operadores não pode justificar que ao fim de 20 anos estes ainda beneficiem de um enquadramento menos exigente que o dos restantes operadores. A ser assim, o propósito não é apenas o de promover a entrada de novos operadores, mas também o de garantir que estes subsistem no mercado sem ter de desenvolver as suas próprias redes, beneficiando dos investimentos já realizados e a realizar pelos atuais operadores, que sempre estiveram e irão continuar a estar sujeitos a obrigações de cobertura exigentes, o que manifestamente distorce a concorrência e o funcionamento do mercado. Razões mais do que suficientes para considerar violado o princípio da concorrência.
125. Além do que se referiu atrás, é ainda de salientar que o recente artigo 52.º do CECE, já antes referido, embora admita medidas favoráveis para novos entrantes, nomeadamente de reserva de espectro ou de acesso grossista (alíneas a) e b)), desde que baseadas numa análise aprofundada das condições atuais e prospetivas de concorrência, não prevê qualquer medida discriminatória que se traduza numa isenção total de obrigações de cobertura.

126. De resto, convém recordar que, mesmo a propósito da definição de preços de terminação assimétricos, a Recomendação da Comissão sobre o tratamento regulamentar das tarifas da terminação de chamadas em redes fixas e móveis na União Europeia, de 7 de maio de 2009, apenas admite, a este propósito, um período transitório máximo de quatro anos após a entrada do mercado (cf. Considerando 17 e artigo 10.º deste documento).
127. Embora se trate de uma matéria de menor relevo, é evidente que esta referência não pode deixar de ser significativa, por diferentes motivos: (i) esta recomendação da Comissão visa acautelar situações de novos entrantes, que podem carecer de algumas medidas discriminatórias positivas até atingirem escalas mínimas de eficiência e, como tal, está alinhada com as eventuais preocupações que a ANACOM possa ter tido ao redigir o Projeto de Regulamento; (ii) esta recomendação indica que o quadro regulatório e as instituições da UE são contrárias à definição de medidas discriminatórias com longos períodos de vigência.
128. A circunstância de não serem definidas obrigações de cobertura para os novos entrantes na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz e de serem definidas obrigações mais suaves na faixa dos 700 MHz, sem garantia de um desejável e necessário alinhamento ao longo do tempo, é fortemente contrária ao quadro legal e regulatório em vigor.
129. Ainda em relação a este tópico, as soluções de vantagem criadas a favor dos novos entrantes são excessivas e desrazoáveis, em termos de conteúdo e de lapso temporal, e, como tal, violam igualmente o princípio da proporcionalidade, nomeadamente nas vertentes da necessidade (as medidas são excessivas face aos objetivos que visam atingir e não envolvem um mínimo de sacrifício aos particulares) e razoabilidade (as medidas não traduzem um balanço equilibrado entre os diferentes interesses em presença).

130. Por exemplo, estas medidas acentuam a desproporcionalidade das obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede impostas aos demais operadores. Incumbia à ANACOM realizar uma análise às margens dos operadores e concluir que estas são suficientes, não apenas para sustentar a erosão natural de uma alteração da estrutura de mercado, aumentando o número de concorrentes, mas também para financiar de forma sustentável o esforço de investimento necessário ao cumprimento das obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede. Mas como já se expôs, tal análise não existe.

Incentivos à entrada e auxílios de estado

131. Ainda que o mecanismo de reserva de espectro para novos entrantes pudesse ser defendido à luz das políticas tendentes a promover a entrada de novos operadores, o mesmo já não se pode dizer do desconto de 25% sobre o preço final a pagar pelos novos entrantes nos lotes relativos às faixas dos 900 MHz e dos 1800 MHz.

132. O preço devido pelos licitantes vencedores é, inequivocamente, uma receita do Estado, pelo que o desconto implica a perda dessa receita e deve, portanto, ser considerado um auxílio de Estado.

133. De acordo com o artigo 107 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“**TFUE**”) *“são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”*.

134. O desconto de 25% no preço a pagar ao Estado (em sentido amplo abrangendo a generalidade das entidades públicas) tem por natureza uma inci-

dência nas trocas comerciais entre Estados Membros (investimento, estabelecimento e prestação de serviços), traduz-se numa perda de receitas do Estado (tal como, por exemplo, qualquer isenção fiscal) e falseia a concorrência favorecendo seletivamente determinadas empresas (os novos entrantes).

135. Tratando-se de um auxílio de Estado, a sua licitude depende da possibilidade de ser enquadrado numa das seguintes hipóteses: (i) ou está coberto por uma qualquer exceção prevista no TFUE, o que não é o caso; (ii) ou está abrangido por uma qualquer isenção decorrente de regulamentação da Comissão para certos tipos de auxílios ou para certos programas de auxílio específicos, de âmbito nacional ou europeu, o que tudo indica não será também o caso; (iii) ou foi notificado à Comissão e por esta declarado compatível com o mercado interno.

136. Assim, não nos parecendo existir dúvidas de que estamos perante um auxílio de Estado, o Governo não deve implementá-lo sem o ter previamente notificado à Comissão e obtido uma decisão favorável de compatibilidade com o mercado interno. Se não o fizer qualquer interessado poderá fazer constatar a respetiva ilegalidade num Tribunal nacional uma vez que os tribunais dos Estados-membros têm competência para constatar a ilicitude de um auxílio que não tenha sido notificado à Comissão, e extrair daí as consequências possíveis à luz do direito nacional (anulação do concurso ou da adjudicação, por exemplo).

137. Admitindo-se não ter havido interação nesta matéria entre a ANACOM e o Governo, e não sendo provável que o auxílio tenha sido notificado à Comissão (até porque a RCM 7-A/2020 nada refere a este propósito), não se pode deixar de notar que a ANACOM está a colocar o Governo numa situação no mínimo delicada, de ter que vir a responder por uma medida em relação à qual não foi tido, nem achado.

138. A MEO assinala, por fim, ainda que desconhece outros procedimentos de atribuição DUF no contexto 5G em que tenha sido aplicado um desconto apenas para novos entrantes.

Acesso ao espectro nas faixas dos 900 e 1800 MHz

139. Tal como referido no início deste ponto, ao reservar uma parte substancial da faixa dos 900 MHz e a totalidade da faixa dos 1800 MHz para os novos entrantes, o Projeto de Regulamento falha redondamente em estabelecer condições que garantam a disponibilização de espectro suficiente para que os atuais operadores possam desempenhar o papel que lhes compete no movimento de aceleração da transição digital.

140. Não permite, por exemplo, que os atuais operadores possam responder ao aumento exponencial de acessos à banda larga móvel promovido pelo Governo através de programas de digitalização de ensino, não permite responder à maior pressão causada pelo continuado fenómeno do teletrabalho e não assegura conectividade suficiente para o estabelecimento de contactos através de vídeo, fundamental para diversas plataformas e serviços da economia mais digital.

141. As faixas de frequências nos 900 MHz e nos 1800 MHz têm uma importância estratégica para a aceleração da transição digital. A disponibilidade de espectro adicional nestas faixas, que existe, permitiria aos operadores fazerem refarming das suas redes para versões otimizadas e melhorar a robustez do serviço de internet móvel.

142. Neste contexto, e como a MEO já teve oportunidade de transmitir, seria fundamental que os operadores atuais pudessem aceder a todo o espectro disponível na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz. Na atual proposta, a totalidade dos 2x15 MHz na banda dos 1800 MHz não está disponível para os

atuais operadores e na banda dos 900 MHz apenas 2x4 MHz estão disponíveis.

143. Esta situação é limitadora da capacidade de resposta dos operadores atuais aos desafios da transição digital. Não se alcançam os motivos de interesse público que podem justificar que estas faixas fiquem reservadas para os novos entrantes quando seriam fundamentais para a operação dos atuais operadores e para cumprimento de importantes metas estratégicas definidas pelo Governo para a transição digital.

h) Incentivos à partilha e o enquadramento jusconcorrencial

144. O Projeto de Regulamento propõe-se, ainda, *“abrir espaço a modelos flexíveis de uso recíproco de ativos bem como impor obrigações de acesso à rede para operadores móveis virtuais (MVNO) e/ou itinerância (roaming) nacional às empresas que adquiram quantidades significativas de espectro e que já sejam detentores de direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres.”*

145. Sem prejuízo da desejabilidade, do ponto de vista social, da partilha de determinados elementos de rede e do reconhecimento das potencialidades dos acordos de partilha para diminuir os custos, aumentar a cobertura, reduzir o *timing* de construção da rede, para implantar eficiente e rapidamente novas tecnologias e reduzir a perceção do impacto ambiental das antenas, a MEO vê com a máxima preocupação o incentivo à partilha que é veiculado no Projeto de Regulamento, por esta prática ser suscetível de colidir com o regime jurídico da defesa da concorrência.

146. Com efeito, a partilha de infraestruturas pode configurar um acordo de cooperação entre empresas restritivo da concorrência (p.ex. redução da con-

corrência pela infraestrutura ou incentivo à adoção de comportamentos coordenados¹¹), e não puder ser justificado com base em benefícios (eficiências) que compensem aqueles efeitos restritivos, nos termos dos artigos 9.º e 10.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“**LdC**”) e do artigo 101.º do TFUE, sendo de realçar que o ónus desta justificação cabe às empresas.

147. Sucede que os acordos de partilha de redes não beneficiam de nenhuma isenção por categoria específica que lhes confira uma presunção de legalidade e que proporcione alguma certeza jurídica às partes.

148. *As Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal, de 2011 (que tem correspondência na lei nacional com os artigos 9.º e 10.º da LdC), são claras quanto à responsabilidade das empresas em situações em que as autoridades públicas favorecem a conclusão de acordos de cooperação: “Nalguns casos, as empresas são incentivadas pelas autoridades públicas a concluir acordos de cooperação horizontal, a fim de atingirem um objetivo de política pública através de auto-regulação. Todavia, as empresas continuam a estar abrangidas pelo artigo 101º se a lei nacional encorajar, meramente, ou lhes facilitar a prática de comportamentos anti-concorrenciais autónomos. Por outras palavras, o facto de as autoridades públicas incentivarem um acordo de cooperação horizontal não significa que tal acordo seja permitido ao abrigo do artigo 101º. O artigo só não se aplica se a lei nacional exigir das empresas comportamentos anti-concorrenciais ou se a lei nacional criar um quadro legal que exclua a concorrência no que lhes diz respeito.” (cf. parágrafo 22).*

149. Do exposto resulta que há um risco de conflito entre o teor do Projeto de Regulamento e das posições públicas assumidas pela ANACOM e o quadro

¹¹ P.ex. os acordos de roaming nacional podem favorecer a coordenação de preços retalhistas (“Partilha de redes de comunicações electrónicas”, AdC, dez 2012).

legal da concorrência em Portugal e na União Europeia em matéria de partilha de redes. A MEO considera inaceitável que as empresas sejam colocadas numa posição em que possam vir a ser sancionadas por partilharem as suas redes em resposta aos incentivos do regulamento e aos apelos do regulador setorial.

150. Nesse sentido, por exemplo, a menção “em conformidade com as regras da concorrência” prevista no n.º 7 do artigo 42.^o¹² parece-nos uma salvaguarda manifestamente insuficiente e de conteúdo vago, sendo requerido que a ANACOM promova a necessária articulação com a Autoridade de Concorrência (“**AdC**”), de modo a prevenir esse tipo de consequência.
151. Sobretudo, na medida em que os custos partilhados entre os participantes se situem em níveis apreciáveis, deverá ser garantida a capacidade de diferenciar as ofertas, a partilha de informações deverá ser mantida ao nível indispensável e os efeitos prováveis de encerramento do mercado devem ser prevenidos, sem o que os acordos em causa não poderão ser considerados livres da proibição contida no artigo 9º da LdC e 101º do TFUE.
152. Complementarmente, a promoção que a ANACOM faz das soluções de partilha devia ter correspondência, no Projeto de Regulamento, com um enquadramento mais detalhado do tipo e alcance dessas soluções, para além dos acordos de MVNO e de roaming nacional. O Projeto de Regulamento refere “modelos flexíveis de uso recíproco de ativos” mas não detalha tais modelos, nem as regras e condições que devem ser observadas. Importa perceber, nomeadamente, qual o enquadramento que a ANACOM pretende criar para soluções de *RAN sharing*, assunto sobre o qual o Projeto de Regulamento nada refere.

¹² “As obrigações de cobertura identificadas no ponto vii da alínea a) e no ponto iv da alínea b) do n.º 1 do presente artigo, podem ser cumpridas com recurso à itinerância (roaming) nacional, em conformidade com as regras da concorrência.”

i) Ausência do mecanismo de peer-review do RSPG

153. Tal como referido atrás, a MEO considera que a ANACOM deveria ter tido em consideração as disposições relevantes do CECE na presente consulta sobre o Projeto de Regulamento.
154. Em particular, o novo Código prevê (cf. artigo 35.º), e o *Radio Spectrum Policy Group* (“**RSPG**”) já pratica com regularidade, que as regras e condições a seguir na consignação de direitos de utilização de frequências sejam submetidas a um processo de análise inter pares. E é de notar que o já referido artigo 52.º do CECE é claro em determinar, no n.º 3, que as medidas de promoção da concorrência na concessão de direitos de utilização de frequências, devem seguir, entre outros, precisamente o disposto no artigo 35.º.
155. Estando o CECE já em vigor, considerando que os direitos de utilização de frequências a atribuir no futuro leilão terão um prazo de validade muito para além do prazo de transposição desta diretiva e considerando-se que existe um dever de cooperação leal e de boa-fé na execução do respetivo regime, a ANACOM devia ter promovido essa análise inter pares já que tal poderia ter ajudado a corrigir as insuficiências e excessos apontados ao Projeto de Regulamento nos pontos anteriores.

j) Compatibilidade do Projeto de Regulamento com o Procedimento Dense Air

156. De uma análise do Projeto de Regulamento resulta uma clara omissão da forma como este se relaciona – ou melhor, se compatibiliza – com outros procedimentos em curso relacionados com o leilão 5G.
157. Paradigmaticamente, não se encontra mencionado o procedimento relativo à “Alteração do direito de utilização de frequências atribuído à Dense Air

Portugal” (“**Procedimento Dense Air**”) que, como a ANACOM bem sabe, tem um impacto muito relevante no leilão 5G.

158. Com efeito, tendo esse procedimento em vista a alteração de um direito de utilização incidente sobre frequências relevantes no contexto da implementação do 5G em Portugal e do leilão que a antecipa, torna-se absolutamente manifesto que propor a alteração do direito de utilização de tais faixas do espectro eletromagnético pode ter impacto no referido leilão, assim como atribuir outros DUF incidentes sobre as mesmas faixas de espectro pode ter impacto nos termos em que a alteração do DUF deve ser feita.
159. Dirá a ANACOM que tal não é verdade por, no limite, poder acomodar as alterações ao DUF da Dense Air que resultarem, a final, do Procedimento Dense Air no regulamento do leilão do 5G, alterando-o em conformidade com o que nesse procedimento venha a ser decidido, ou alterando, uma vez mais, o DUF da Dense Air por forma a ajustá-lo à versão final do regulamento do leilão do 5G.
160. Mas a certeza e a segurança jurídicas impõem que a consolidação no ordenamento jurídico, por um lado, da alteração do DUF da Dense Air e, por outro, do regulamento do leilão do 5G ocorram em momentos distintos, presumindo, pois, que ambos os procedimentos de consulta pública ocorram com separação cronológica.
161. A ANACOM sabe que a posição da MEO sobre o “destino” do DUF da Dense Air, demonstrada em sede própria no final de 2019, foi a da defesa da revogação desse direito por vários motivos (como sejam a circunstância de a ANACOM se demitir do seu dever de gerir eficaz e eficientemente o espectro ou o facto de a — então hipotética — decisão da ANACOM de não revogar esse direito colocar em causa a sã concorrência entre operadores de comunicações eletrónicas).

162. Mas nem é isso que aqui está em causa: o que está em causa é que o Procedimento Dense Air deve correr em momento distinto ao presente procedimento de consulta pública, por forma a evitar que as respetivas decisões finais sejam alcançadas em simultâneo.
163. Só dessa forma se assegura aos interessados a possibilidade de exercerem, verdadeiramente, o seu direito a audiência prévia.
164. Com efeito, por exemplo (e sendo o exemplo inverso igualmente válido), qualquer alteração substancial que ocorra no Procedimento Dense Air já não poderá ser refletida no âmbito da presente consulta pública, e mesmo que a ANACOM venha a ajustar o texto do Projeto de Regulamento à luz de comentários que recolha no âmbito do Procedimento Dense Air, os operadores, à partida, já não se poderão pronunciar sobre essa alteração.
165. A não ser deste modo, parece ter de se aceitar a ideia de que a ANACOM terá já decidido em que termos é que o DUF da Dense Air será alterado bem como a letra que o regulamento do leilão do 5G, a final, irá ter, ignorando-se assim as pronúncias da MEO e dos outros interessados em ambos os procedimentos.
166. E, bem assim, esvaziando-se de significado e de importância a audiência prévia e a audiência de interessados, bem como aos princípios da confiança, boa-fé, certeza regulatória e da participação dos interessados.
167. Não se pode terminar esta parte sem se referir um aspeto adicional, relacionado também com o DUF da Dense Air e que, de resto, foi já abordado na pronúncia apresentada pela MEO no contexto do Projeto de Decisão de Alteração do Direito de Utilização de Frequências Detido Pela Dense Air Portugal e Utilização Futura da Faixa de Frequências do 3,4-3,8 GHz.

168. É que a circunstância de o DUF Dense Air não ter sido revogado implica uma sobreposição de direitos de utilização incidentes sobre as mesmas faixas de frequências, o que implica uma considerável “nebulosa jurídica” em torno dos direitos de utilização de frequências que — na linguagem do projeto de regulamento — se achem “restringidos” até 5 de agosto de 2025.
169. Nomeadamente, deixa manifestas dúvidas a forma como esta sobreposição ocorrerá – e que tratamento merecerá por parte da ANACOM –, dúvidas essas que são de enorme importância para o futuro do 5G em Portugal, destacando-se, as seguintes:
- (i) Não é claro qual a natureza jurídica e a amplitude dos direitos adquiridos através do leilão cujo objeto seja colidente com o DUF da Dense Air Portugal. Tal redonda num conjunto elevado de problemas, como seja a total incerteza sobre quem detém, verdadeiramente e em termos práticos, o direito de utilizar, e em que termos o poderá fazer, a faixa de espectro objeto de dois distintos direitos de utilização (i.e., o detido pela Dense Air e o adquirido, por efeitos do leilão do 5G, por outro operador de comunicações eletrónicas);
 - (ii) Não se encontra estabelecido se existe um ou vários direitos sobre essas faixas de frequências, o que tem impacto não só na sua concreta utilização (nomeadamente em termos de definição estratégica) como em fatores externos (por exemplo, quem é responsável pelo pagamento de taxas legalmente devidas perante a ANACOM); e
 - (iii) Não se sabe se o prazo de 20 anos dos direitos de utilização de frequências a ser concedido pela ANACOM no contexto do leilão do 5G se conta, no que concerne aos ditos “direitos de utilização de frequências restritos”, apenas a partir do termo das restrições, em 2025, ou logo desde o momento em que tais direitos de utilização de frequências são adquiridos.

170. Sublinhe-se, ainda, que as consequências práticas desta colisão de direitos, fruto da não revogação do DUF da Dense Air, provoca um claro desincentivo dos restantes operadores a procurarem obter um direito para utilizar as frequências abarcadas pelo direito de utilização de frequências da Dense Air, uma vez que perdem uma vantagem competitiva (temporal) muito grande.
171. A MEO salienta, novamente, que a concretização dos contornos que os direitos de utilização de frequências sujeitos a restrições assumirão até ao levantamento das mesmas é de crucial importância para a definição da estratégia a adotar na abordagem do leilão do 5G.
172. Só dessa forma se conseguirá assegurar os já referidos princípios da confiança, boa-fé e certeza regulatória.

Terminados estes Comentários Gerais, a MEO apresenta de seguida os seus comentários específicos aos artigos do Projeto de Regulamento, não podendo deixar de notar, tal como fez no início deste documento, que os comentários são apresentados sob reserva, já que a MEO considera que o Projeto de Regulamento não serve o projeto do 5G e a finalidade última da transição digital e, como tal, deve ser totalmente reformulado.

COMENTÁRIOS ESPECÍFICOS

Artigo 2.º - Definições

173. Na alínea k) define-se o conceito de “novo entrante” como as entidades que, à data de entrada em vigor do presente regulamento, não detenham DUF em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas. A MEO tem diversos comentários a propósito desta definição.
174. Em primeiro lugar, para que não se criem ambiguidades, sugere-se que a redação desta alínea seja complementada de modo a tornar claro que os DUF atualmente atribuídos para BWA na faixa dos 3,6 GHz estão abrangidos pelo conceito de “direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas”, conforme resulta da decisão da ANACOM sobre a alteração do DUF da Dense Air publicada em 30.12.2019.
175. Em segundo lugar, na definição de novo entrante é também estabelecido que estas entidades, para além de não deterem direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres, não detêm *“relações, diretas ou indiretas, de domínio ou de influência significativa, com entidades titulares de direito de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas.”*
176. Porém, os conceitos de relações diretas e indiretas de domínio e de influência significativa não são devidamente densificados no contexto desta definição, e devem sê-lo, tal como acontece nos n.ºs 4 e 5 do artigo 8.º, relativo aos limites à atribuição e titularidade de espectro.
177. Em terceiro lugar, a MEO nota que o Projeto de Regulamento nada refere em relação a possíveis acordos de compra do capital social de entidades

que detenham DUF à data de entrada em vigor do regulamento, mas que apenas produzam efeitos numa data posterior. Por exemplo, caso uma determinada entidade tenha, neste momento, um acordo de compra do capital da Dense Air, mas esse acordo apenas produza efeitos após a data de entrada em vigor do futuro regulamento, parece que continuaria a poder ser qualificada como novo entrante, o que não tem qualquer sentido.

178. Por outro lado, nem o Projeto de Regulamento (nem o Procedimento Dense Air) contém qualquer regra que impeça alterações no capital social da Dense Air numa fase posterior ao regulamento do leilão, permitindo assim que uma entidade se qualifique como novo entrante para efeitos do regulamento e posteriormente adquira o capital social da Dense Air, o que deveria levar a que perdesse essa qualidade, sobretudo numa situação em que a Dense Air também adquira DUF no âmbito do leilão.
179. Se a “visão” da ANACOM para o mercado móvel passa efetivamente pelo surgimento de um novo operador e a manutenção da operação da Dense Air, seria fundamental garantir que o Projeto de Regulamento endereça adequadamente alterações societárias, pelo menos de 1.º e 2.º nível, que podem rapidamente distorcer os pressupostos que a ANACOM seguiu na elaboração do Projeto de Regulamento, ou seja, que o novo entrante seja efetivamente “novo” e não seja apenas artificialmente novo.
180. Numa outra vertente, e em acréscimo ao que se referiu sobre a Dense Air, importa ainda referir que o Projeto de Regulamento não estabelece qualquer regra que impeça ou, pelo menos, controle alterações acionistas no novo entrante. Com efeito, nos termos atuais, nada impede o novo entrante de participar no futuro leilão e, mais tarde, os seus acionistas, venderem o capital social do novo operador a qualquer terceiro. Esta omissão promove, mais uma vez, entradas oportunistas e especulativas de terceiros que não estejam comprometidos com o sucesso do mercado.

181. A MEO nota que em processos semelhantes, que também visavam alargar o portfolio de operadores, como no caso do Regulamento n.º 427/2009, de 29 de outubro (BWA), previu-se que, durante um prazo de dois anos a contar da data da emissão do título, a alteração da composição e titularidade do capital social dos respetivos vencedores só poderia ser executada mediante autorização prévia da ANACOM (cf. artigo 33.º, n.º 3 e n.º 4). Não se encontram quaisquer razões que justificam a ausência de uma regra semelhante no presente processo.
182. Diferente deste tema é a transmissão de DUF, cujo regime já está especificamente previsto na LCE e, como tal, não precisa de ser incluído no Projeto de Regulamento. Já as regras sobre alterações acionistas, ou ficam previstas no futuro regulamento ou ter-se-ão como livres, sem prejuízo naturalmente das regras sobre operações de concentração que são transversalmente aplicáveis.
183. Na alínea l) a ANACOM define “plataforma eletrónica” como *“sistema informático dedicado, acessível remotamente, que suporta a execução do leilão, designadamente a submissão de licitações e a comunicação de informação, nos termos previstos no presente regulamento”*¹³.
184. Sem, naturalmente, contestar o estabelecimento de uma única plataforma eletrónica no qual decorrerá o leilão do 5G, a MEO entende que tal previsão está ainda carecida da concretização de vários aspetos ligados ao funcionamento de dita plataforma e às garantias que serão oferecidas aos licitantes no contexto da utilização da mesma.

¹³ Este conceito de “plataforma eletrónica” aparece, naturalmente, mencionado em vários artigos do projeto de regulamento, como seja, por exemplo, o n.º 4 do artigo 6.º, alínea h) do n.º 1 do artigo 13.º, alínea b) do n.º 5 do artigo 15.º ou n.º 3 do artigo 25.º. Nessa medida, por razões de clareza, a MEO opta por tecer os seus comentários apenas no que toca à própria definição de “plataforma eletrónica”, deixando desde já a ressalva de que os mesmos são extensíveis às demais normas do regulamento que refiram esse conceito.

185. Desde logo, e por exemplo, (i) não está concretizado (nem é concretizável) o momento em que os licitantes terão acesso à plataforma eletrónica, por forma a poderem inteirar-se do funcionamento prático da mesma, sem prejuízo da referência constante do artigo 15.º, n.º 5, alínea b); (ii) não está estabelecida nenhuma linha de apoio técnico para reporte de eventuais falhas que surjam na utilização da plataforma; (iii) não está definida qual é a entidade responsável pela gestão dessa plataforma nem qual o quadro de divisão de responsabilidades pela utilização dessa plataforma, nomeadamente em caso de falhas técnicas.

186. A MEO considera que estes aspetos devem ser clarificados pela ANACOM.

Artigo 3.º - Legislação Aplicável

187. O n.º 3 do artigo 3.º do Projeto de Regulamento faz referência ao estatuído no artigo 20.º da LCE, que estabelece um mecanismo excecional de alteração dos direitos e obrigações (nomeadamente os decorrentes de direitos de utilização de frequências), no contexto da oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas.

188. Este mecanismo, em virtude da suscetibilidade de ferir de forma desproporcional os direitos adquiridos dos titulares de direitos de utilização de frequências, está sujeito ao cumprimento de uma “malha fina” de requisitos.

189. Tal mecanismo de alteração dos direitos de utilização de frequência previsto no artigo 20.º da LCE é, ainda, complementado pelo regime do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho (“**DL 151-A/2000**”), que estabelece um mecanismo de *“compensação aos titulares das licenças para cobrir, no todo ou em parte, encargos que comprovadamente se verificarem com a alteração, anulação ou substituição da consignação de frequências, nas condições e mediante os critérios gerais a definir por portaria do membro do Governo responsável pela área das comunicações.”*

190. Através deste mecanismo, o legislador expressa o seu entendimento de que a alteração dos direitos de utilização de frequências, nos termos do artigo 20.º da LCE, não poderá ser feito sem compensação, devendo tal atuação estar submetida aos mecanismos compensatórios estabelecidos no DL 151-A/2000.
191. Nessa medida, a MEO entende que a menção ao artigo 20.º da LCE estabelecida no n.º 3 do artigo 3.º do Projeto de Regulamento deverá ser acompanhada de igual menção aos mecanismos compensatórios estabelecidos no artigo 4.º do DL 151-A/2000.

Artigo 5.º - Prestação de esclarecimentos

192. No que diz respeito ao n.º 1 deste artigo, a MEO entende que a menção genérica a “*prazo e forma*” exigidos pela ANACOM confere ao regulador uma ampla (leia-se, total) margem de discricionariedade para solicitação dos esclarecimentos que repute de necessários, tema que poderá, em concreto, prejudicar os candidatos e os licitantes que sejam alvo desses pedidos.
193. Com efeito, ficam os mesmos sujeitos à decisão do regulador, que poderá assumir um autêntico carácter “surpresa”, caso o prazo seja demasiado curto ou a forma requerida demasiado burocrática ou exigente.
194. A importância da matéria fica comprovada se atendermos a que o n.º 2 do artigo 5.º comina o desrespeito das condições definidas *ad hoc* pelo regulador com a exclusão dos candidatos ou licitantes em causa.
195. Nessa medida, a MEO entende que deverá ser fixado desde já um prazo mínimo a obedecer para efeitos de prestação de esclarecimentos a pedido da ANACOM. Entende ainda que a exclusão dos candidatos ou licitantes é

excessiva, face aos danos que o eventual incumprimento da prestação de esclarecimentos relacionados com o processo de leilão.

Artigo 6.º - Fases e modelo do leilão

196. Como decorre dos comentários introdutórios, a MEO discorda profundamente da avaliação que a ANACOM faz do nível concorrencial do mercado português e da necessidade de se criarem condições favoráveis específicas para novos entrantes, com o objetivo de promover a entrada de um quarto operador móvel no mercado.
197. A MEO repudia, por isso, a existência de uma fase de licitação prévia exclusiva para novos entrantes, relativa aos lotes das categorias B e D, especialmente quando esta reserva de espectro é conjugada, por um lado, com o desconto de 25% nos preços finais previsto nos artigos 23.º e 33.º para os novos entrantes e, por outro, com a inexistência de quaisquer obrigações de cobertura.
198. Resulta destas condições um quadro de discriminação positiva dos novos entrantes com um grau que não tem justificação económica ou de mercado e para o qual não existem quaisquer precedentes na UE e que só por essa razão justifica atento escrutínio
199. A reserva de espectro para novos entrantes comporta, além da discriminação, o risco de que a licitação não se reflita em preços de mercado o que pode vir a traduzir-se numa vantagem para os novos entrantes e numa perda da receita que, em circunstâncias normais, o Estado auferiria.
200. A esta eventual componente de auxílio acresce, como já explicado acima, a atribuição de um desconto de 25% apenas aos novos entrantes que, sem margem para dúvida, se traduz num “regime” de auxílio de estado que só

pode ser consignado na forma final do regulamento se notificado à Comissão Europeia e por esta autorizado.

201. Ainda em relação à faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz e retomando os comentários atrás, por forma a permitir aos operadores atuais expandir o acesso à banda larga móvel e reforçar a capacidade do 4G, a MEO considera que o leilão deveria prever uma fase preliminar no que respeita à faixa dos 900 MHz, na qual possam ser alocados 2x2 MHz à MEO e à NOS, uma vez que todo o espectro de FDD deve ser atribuído em blocos de 2x5 MHz, pois essa é a unidade base para a implantação de 4G e 5G.
202. Neste sentido, para assegurar um uso eficiente do espectro nesta faixa no futuro, é necessário fazer a transição para blocos contíguos de 2x5 MHz, o que implica a reconfiguração das frequências atuais da NOS e da MEO.
203. A MEO considera que a abordagem apropriada, para este efeito, é que ambos os operadores possam obter diretamente 2x2 MHz ao preço de reserva proporcional, e condicionado à análise de interesse dos operadores face ao preço estabelecido, havendo depois um rearranjo das consignações de modo a garantir a contiguidade do espectro.
204. Trata-se de uma situação em que a alocação eficiente é óbvia pelo que o procedimento mais sensato não é o de levar a leilão lotes de 2x1 MHz, sob pena de se poder incentivar jogos abusivos e estratégias de bloqueio ou punição de rivais, aumentando o risco de o espectro disponível não ficar atribuído nas condições mais eficientes.
205. Relativamente às restantes fases e ao modelo de leilão, a MEO retoma os comentários que apresentou em 02.12.2019, nos contributos para o procedimento de elaboração do presente Projeto de Regulamento.

206. A MEO concorda com o modelo de leilão SMRA mas considera que deverá ser aberto no sentido em que em cada ronda é disponibilizada informação a todos os licitantes sobre os preços de cada lote, incluindo a identificação do licitante.

Artigo 7.º - Lotes disponíveis e preços de reserva

207. No comunicado que acompanhou a publicação do Projeto de Regulamento, a ANACOM refere que em relação às faixas de frequências 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 2,6 GHz, tratando-se de faixas que já tinham sido disponibilizadas no âmbito do leilão multifaixa que decorreu entre 2011 e 2012, optou por manter os mesmos valores que então foram fixados para os respetivos preços de reserva.

208. A MEO não discorda do princípio de se tomar como referência os valores de reserva do leilão multifaixa de 2011/2012, mas considera que deve ser efetuado um ajuste em função da desvalorização superior a 22% que o mercado das comunicações eletrónicas registou desde então. Este ajuste deve, adicionalmente, levar em linha de conta a especial gravidade da recessão económica criada pela pandemia de COVID-19.

209. Neste sentido, sugere-se que os valores de reserva relativos às referidas faixas sejam 25% inferiores aos que se definiram para o leilão multifaixa de 2011/2012.

210. Sem prejuízo deste princípio, o preço de reserva do lote E de 2x5MHz na faixa dos 2,1GHz parece estar equiparado ao do lote de 5MHz TDD nos 2,1GHz do leilão multifaixa de 2011 quando agora se devia ter por referência o dobro daquele valor devido ao FDD. Adicionalmente, considera-se que o valor deste lote deve ficar enquadrado entre os preços de reserva nas faixas dos 1800 MHz e dos 2,6 GHz.

211. No que respeita aos preços de reserva para as faixas dos 700 MHz e dos 3,6 GHz, definidos pela média dos preços de reserva dos leilões ocorridos na União entre 2015 e 2019, ajustados pela população, PPC e duração dos DUF, a MEO considera que a ANACOM deverá proceder a uma revisão em baixa atendendo a que este referencial já não permanece totalmente válido no novo contexto macroeconómico que se desenvolveu. A MEO sugere, para este efeito, que os preços de reserva indicados no Projeto de Regulamento sejam diminuídos em 10%, tendo por referência que a recuperação da economia irá demorar, no mínimo, um décimo da duração dos DUF a atribuir.
212. Ainda sobre o artigo 7.º, é de notar que a Portaria n.º 1062/2004, de 25 de agosto, referida no n.º 2 deste artigo foi revogada, pelo que esta referência deve ser corrigida no regulamento do leilão que vier a ser aprovado.
213. Por fim, o quadro constante do n.º 1 do artigo 7.º refere que, a propósito da faixa de espectro relativa à categoria H, as regiões 1-8 se encontram “com restrições até 5 de agosto de 2025”, e que, no que concerne à categoria I, as regiões 1-2 se encontram “com restrições até 5 de agosto de 2025”. Estas ressalvas são, várias vezes, retomadas noutras disposições do projeto de regulamento.
214. A este propósito, remetemos para os comentários tecidos no ponto i) dos Comentários Gerais, na presente pronúncia, assim como para os comentários mais específicos abaixo apresentados.

Artigo 8.º - Limites à atribuição e titularidade de espectro

215. O n.º 3 deste artigo determina que os limites à atribuição de espectro definidos no n.º 1 são aplicáveis aos licitantes e ao titular de direitos de utilização nos 3.6 GHz *“individualmente considerados ou ao conjunto dos licitantes ou de titulares de direitos de utilização, caso entre eles existam relações,*

diretas ou indiretas, de domínio ou de influência significativa, aferidas nos termos do Código de Valores Mobiliários (CVM).”

216. Atenta a densificação que é feita destes conceitos no n.º 4 e n.º 5 deste artigo, o foco parece estar na relação ascendente/descendente, nos moldes verticais mais comumente conhecidos. Não é, assim, claro qual o tratamento que deve ser dado a entidades que não são dependentes entre si, nesses mesmos termos. Ou seja, no caso de duas “entidades-irmãs”, i.e., que funcionem sob o chapéu da “entidade-mãe” mas onde, por hipótese, o controlo é efetuado apenas por uma delas sobre a outra — ou seja a intervenção da “entidade-mãe”. Este tipo de relação de domínio/controlo “conjunto” não é expressamente previsto no Projeto de Regulamento.

217. Assim, não nos parece que o Projeto de Regulamento tenha a redação tecnicamente mais precisa, sugerindo-se que seja adotada uma redação equivalente ou próxima da que consta da Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de fevereiro, a propósito da TDT (MUXs B a F), que veio prever que os direitos não poderiam ser atribuídos no caso de *“qualquer entidade que seja dominada, directa ou indirectamente, por outra entidade que, por sua vez, domine, ou influencie significativamente, directa ou indirectamente, a entidade referida na alínea a)”* (alínea d) do n.º 2 do artigo 3.º), prevendo assim especificamente a situação de controlo conjunto.

Artigo 10.º - Caução

218. Para estabelecer a elegibilidade inicial, o Projeto de Regulamento prevê no artigo 10.º que o licitante tem de prestar uma caução de 800 mil euros por ponto de elegibilidade até um valor máximo de 15 milhões de euros, que corresponde à elegibilidade máxima permitida pelos limites de atribuição e titularidade de espectro.

219. O problema desta metodologia consiste no facto do preço de reserva por elegibilidade variar significativamente consoante as bandas no leilão, como demonstrado na tabela abaixo.

Categoria	Banda	Número de Lotes	Largura da Banda por lote	Preço de reserva /ponto de elegibilidade (milhões €)
A	700 MHz	6	2x5 MHz	3,84m €
B	900 MHz	1	2x5 MHz	6m €
C	900 MHz	4	2x1 MHz	6m €
D	1800 MHz	3	2x5 MHz	2m €
E	2,1 GHz	1	2x5 MHz	2m €
F	2,6 GHz (FDD)	2	2x5 MHz	2m €
G	2,6 GHz (TDD)	1	25 MHz	3m €
H	3,6 GHz	6	10 MHz	0,84m €
I	3,6 GHz	4	10 MHz	0,94m €
J	3,6 GHz	30	10 MHz	1,23m €

220. E possibilita que com apenas uma caução de 15 milhões de euros um licitante faça uma licitação inicial até aos 127,7 milhões de euros¹⁴, o que significa que a caução representa apenas cerca de 12% da licitação inicial máxima permitida. No caso dos 700 MHz, com uma caução de apenas 8 milhões de euros,¹⁵ um licitante pode licitar 2x10 MHz de 700 MHz que tem um preço de reserva de 38,4 milhões de euros, o que significa que a caução requerida representa somente 21% do preço de reserva.

221. A MEO considera que o valor da caução exigida no Projeto de Regulamento é extremamente baixo quando comparado com o que foi exigido noutros

¹⁴ Isto equivale a uma licitação inicial de 2x10 MHz nos 700 MHz (máximo permitido), 2x5 MHz nos 900 MHz (categoria B), 2x4 MHz nos 900 MHz (categoria C), 2x15 MHz nos 1800 MHz, 2x5 MHz nos 2.1 GHz, 2x10 MHz nos 2.6 GHz (FDD), 25 MHz nos 2.6 GHz (TDD) e 100 MHz nos 3.6 GHz (categoria J, máximo permitido).

¹⁵ 800,000€ * 10, onde elegibilidade 10 é a quantidade requerida para licitar 2 lotes na categoria A.

leilões na europa e não é suficientemente restritivo, podendo levar a licitações frívolas. A tabela seguinte apresenta os requisitos das cauções em leilões europeus recentes.

País	Ano do Leilão	Bandas Incluídas	Requisitos das Cauções/ Garantias Bancárias	Caução máxima requerida em % do preço de reserva
Suíça	2019	700 MHz, 1400 MHz, 3,6 GHz	Caução igual à soma dos preços de reserva dos lotes iniciais licitados.	100%
Reino Unido	2019	2300 MHz, 3,5 GHz	Escala móvel onde o requisito da caução para elegibilidade vai aumentando à medida que o licitante se candidata a maior elegibilidade	100%
Espanha	2018	3,6 GHz	Garantia bancária de 50,000€ por ponto de elegibilidade (cada bloco de 5 MHz teve elegibilidade de 50 e um preço de reserva de 2,5M€)	100%
Alemanha	2019	2,1 GHz, 3,6 GHz	Garantia bancária ou caução de 1,7M€ por ponto de elegibilidade (preço de reserva de 10 MHz dos 3,6 GHz)	68%
Noruega	2019	700 MHz, 2,1 GHz	Garantia bancária de 25 M NOK por ponto de elegibilidade	38%
Hungria	2020	700 MHz, 2,1 GHz, 3,6 GHz	Garantia bancária (garantia processual) de, pelo menos, metade do total das licitações dos lotes inicialmente	50%

222. Além destes exemplos, acresce o de Itália (2018) onde foi utilizada uma estrutura singular para determinar a elegibilidade para o leilão de espectro. Para o leilão dos 700 MHz, 3,6 GHz, e 26 GHz, o *Ministero dello Sviluppo Economico* requereu que os licitantes submetessem uma caução, no mínimo, equivalente ao preço de reserva do bloco do espectro mais caro pela qual iriam competir, o que lhes permitia licitar por esse bloco e por blocos com preços de reserva inferiores.

223. Uma alternativa possível à solução proposta no Projeto de Regulamento poderá ser definir o valor da caução pela soma dos preços de reserva incluídos na oferta inicial de cada licitante (como se fez na Suíça em 2019).
224. Outra alternativa, inspirada no leilão de 2019 do Reino Unido, será um modelo de elegibilidade inicial por patamares:
- (i) Para os primeiros 10 pontos de elegibilidade, uma caução de 840,000€ por ponto de elegibilidade, sendo que 10 pontos de elegibilidade permite ao licitante licitar o limite do espectro nos 3,6 GHz;
 - (ii) Por cada ponto de elegibilidade acima de 10, uma caução inicial de 3,84m€ por ponto de elegibilidade, sendo este valor igual ao preço de reserva por ponto de elegibilidade dos 700 MHz.
225. Sem prejuízo dos comentários anteriores, e para o caso de a ANACOM decidir não alterar este artigo do Projeto de Regulamento, assinala-se que na alínea b) do n.º 1 seria importante explicitar que, independentemente do estabelecido na alínea a), uma caução de 15 milhões de euros garante o número máximo de pontos de elegibilidade que podem ser utilizados em ambas as fases de licitação, ou seja, que o valor de 15 milhões de euros é o teto máximo das cauções a prestar por cada candidato à atribuição dos direitos de utilização de frequências.
226. Caso um candidato deseje licitar 2x10 MHz na faixa dos 700 MHz e 100 MHz na faixa dos 3,6 GHz terá de ter 20 pontos de elegibilidade. Aplicando o estabelecido na alínea a) do número 1, o valor de caução seria de 16 milhões de euros. No entanto, tendo por base o previsto na alínea b) do número 1, o valor da caução a prestar ultrapassa o teto máximo, pelo que será de apenas 15 milhões de euros.

Artigo 13.º - Instrução do pedido de candidatura

227. No âmbito dos documentos solicitados, é fundamental, para efeitos de controlo da definição de novo entrante, que a ANACOM solicite ao candidato uma declaração em que o candidato esclareça que não tem qualquer acordo de compra do capital social da Dense Air, que possa produzir efeitos num momento subsequente ao leilão.

Artigo 15.º - Admissão e exclusão de candidaturas

228. Na alínea a) do n.º 5 é referido que a ANACOM notifica os candidatos admitidos da data de início da fase de licitação para novos entrantes, ou caso a mesma não se realize, da data de início da fase de licitação principal. No entanto, nesta data a ANACOM não tem conhecimento se a fase de licitação para novos entrante se irá realizar.

229. Apenas após os candidatos admitidos para a fase de licitação para novos entrantes informarem a ANACOM da sua intenção de participar nesta fase, de acordo com o previsto no n.º 6 deste artigo, é que a ANACOM tem informação de que esta fase para novos entrantes se irá realizar.

230. De forma a tornar mais simples todo este processo, propõe-se que na apresentação das candidaturas (artigo 12.º) seja exigido aos candidatos novos entrantes que explicitem se pretendem participar nesta fase de licitação para novos entrantes.

231. Com a implementação deste procedimento a ANACOM, após realizar a análise das candidaturas e de decidir a sua admissão ou exclusão, tem conhecimento se a fase de licitação para novos entrantes se irá realizar.

232. Ainda sobre a alínea a) do n.º 5 deste artigo, e também sobre o n.º 7, o prazo mínimo para início da fase de licitação principal após notificação de

admissibilidade da candidatura é definido em 5 dias, o que se considera insuficiente. A MEO sugere que este prazo mínimo seja de 10 dias úteis, nos termos do artigo 87.º do CPA, tal como previsto no artigo 49.º do Projeto de Regulamento.

233. O conhecimento atempado sobre a plataforma eletrónica que irá suportar o leilão é fundamental pelo que a sessão de formação prevista na alínea b) do n.º 5 deste artigo deve ser realizada com a devida antecedência face às datas de início das fases de licitação referidas na alínea a) do n.º 5, sugerindo-se desde já que a mesma seja realizada com a antecedência de 10 dias úteis.
234. A MEO discorda do disposto no n.º 8 deste artigo e defende a sua revisão. A identidade dos licitantes admitidos deve ser publicada no sentido de conferir maior abertura, transparência e eficiência a todo o processo de leilão (a ação de formação sobre a plataforma eletrónica, por exemplo, pode ser conjunta).
235. Uma vantagem importante dos leilões de rondas múltiplas sobre outros processos de atribuição de direitos de utilização de espectro é o espaço concedido para a 'descoberta de preços', associado a licitações mais precisas e a resultados de alocação mais eficientes. Em rondas sucessivas, os licitantes aprendem informações sobre a procura do mercado e a propensão a pagar dos concorrentes, e podem usar essas informações para confirmar ou rever as suas próprias estimativas do valor das licenças disponíveis. Esta configuração (parcial) do tipo "*common value*" protege os concorrentes contra os riscos opostos de sub investir e de incorrer na maldição do vencedor ("*winner's curse*"). As informações aprendidas em cada ronda permitem análises mais robustas e fornecem uma base para a gestão de topo tomar decisões informadas sobre a estratégia de licitações.

236. Divulgar a identificação dos participantes é muito importante para a descoberta de preços. Sem esse conhecimento, é muito difícil para os licitantes interpretar outras informações no leilão, e isso pode levar a uma má tomada de decisão. A não divulgação da identidade dos licitantes também introduz uma assimetria entre os concorrentes, pois alguns podem ter melhor informação de mercado sobre os participantes do que outros, e cria a possibilidade de existirem associações inadequadas entre alguns candidatos que os concorrentes não podem identificar e sinalizar antes da licitação.

237. É por estas razões que é prática comum entre os reguladores europeus divulgar a identidade de todos os licitantes qualificados antes de um leilão multifaixa. Por exemplo, na Dinamarca, Alemanha, Espanha e Reino Unido foi divulgada a identidade dos licitantes nos leilões 5G mais recentes. A ANACOM deve adotar a mesma política ou, a não ser assim, deve explicar claramente quais os fundamentos para adotar uma abordagem diferente da maioria dos outros países.

Artigos 16.º a 24.º- Fase de licitação para novos entrantes

238. Como já foi sobejamente apontado nesta pronúncia, a MEO discorda profundamente das condições preferenciais concedidas aos novos entrantes, aqui se incluindo a fase licitação específica de que beneficiam. Por esta razão, a MEO coíbe-se de comentar detalhadamente a Secção III do Projeto de Regulamento, remetendo-se, por razões de simplicidade deste documento, para o referido a este propósito nos Comentários Gerais.

239. No entanto, a propósito do artigo 24.º, há alguns pontos específicos que a MEO não pode deixar de comentar.

240. Retomando os comentários apresentados acima relativamente ao artigo 15.º, no sentido de assegurar maior abertura, transparência e eficiência ao processo de leilão, a divulgação dos resultados da fase de licitação para

novos entrantes deverá ser pública, com identificação dos lotes atribuídos, respetivos preços e entidade a quem foram atribuídos.

241. Por outro lado, concretamente quanto à participação de novos entrantes, não é inteiramente claro se, nesta fase de licitação, a desistência ou não participação impede o acesso à fase de licitação principal. Ou seja, apesar do n.º 3 do artigo 24.º prever a exclusão da fase de licitação principal para os novos entrantes que “não pretendem adquirir os lotes ganhos”, subsistem dúvidas num cenário em que novos entrantes, qualificados, não interveham em qualquer das rondas, devendo este aspeto ser clarificado.

242. Além disto, a propósito do n.º 3, não se percebe inteiramente a justificação para os licitantes vencedores poderem desistir de adquirir os lotes ganhos. Sendo esta uma fase única e exclusivamente para novos entrantes, não se alcança a justificação para, depois da fase concluída, ainda permitir que estas entidades possam desistir dessa intenção.

243. Para além de ser novamente um “privilégio” atribuído aos novos entrantes, que não está previsto para a fase de licitação principal (cf. artigo 34.º), trata-se de uma medida que pode retirar seriedade à participação num processo que, insiste-se, deveria ser visto como estratégico para o País, e que pode, também, incentivar comportamentos colusórios.

Artigo 25.º - Processo de licitação

244. De acordo com o n.º 4, existindo problemas técnicos com o funcionamento da plataforma eletrónica, admite-se a utilização de um “meio alternativo de comunicação”. Nos termos do n.º 5, a informação a solicitar ao licitante para efeitos de autenticação remete para os procedimentos previstos na alínea b) do n.º 3 do artigo 15.º. Contudo, o n.º 3 não contém qualquer alínea b), parecendo que tal remissão pretende ser feita para a alínea b) do n.º 5 do artigo 15.º, mas este aspeto deve ser corrigido na versão final.

245. Sem prejuízo, do ponto de vista da MEO, deve a ANACOM considerar a realização prévia de testes de interoperabilidade, assegurando a participação do(s) licitante(s) sem perturbações com os respetivos sistemas/equipamentos de comunicações. Aliás, atento o teor do n.º 6 do artigo 25.º, a existência de testes de interoperabilidade é premente quando a ANACOM pretende afastar a responsabilidade por problemas técnicos imputáveis aos equipamentos ou sistemas de comunicações do(s) licitante(s) – tal cenário só poderá ter lugar se, efetivamente, a ANACOM promover tais ensaios e outros exercícios de configuração da plataforma.

Artigo 27.º - Rondas

246. Considera-se que o período de aviso do início de cada ronda (15 minutos), previsto no n.º 2, é manifestamente insuficiente.

247. O n.º 11 estabelece que as informações sobre novos preços serão fornecidas apenas a partir do início de cada ronda de licitação. Esta não é uma prática recomendada para a realização de leilões de rondas múltiplas.

248. Em quase todos os outros países que realizaram este tipo de leilões essas informações foram fornecidas o mais rápido possível após o encerramento de uma ronda e antes da abertura da ronda seguinte. Por exemplo, essa foi a abordagem usada nos recentes leilões de rondas múltiplas na Áustria, Alemanha, Irlanda, Suíça e Reino Unido.

249. Esta abordagem significa que os licitantes podem começar a pensar na sua próxima licitação antes da abertura de uma nova ronda, o que é mais fácil para a governança do processo e pode acelerar o processo de licitação.

250. Na prática, isto é mais importante na hora do almoço (se houver uma pausa na licitação) e no final de cada dia de licitação. Essas pausas oferecem

oportunidades naturais para discussões com a gestão de topo sobre o progresso do leilão e a estratégia de licitações, sendo essencial para estas discussões conhecer os preços da próxima ronda.

251. Além dos preços da próxima ronda, os concorrentes devem também receber informações sobre a procura de cada bloco de espectro na ronda anterior, para facilitar o processo de descoberta dos preços.
252. A preferência da MEO é pela divulgação completa de informações sobre a identidade dos licitantes e seus lances após cada ronda (abordagem usada pela BNetzA nos leilões do tipo SMRA que realizou) por ser essa a melhor forma de promover o processo de descoberta dos preços.
253. Reconhecemos, no entanto, que pode existir a preocupação de que a divulgação de informações completas facilite um comportamento de jogo estratégico entre os licitantes. Mas num leilão do tipo SMRA existe uma maneira standard de prevenir esse efeito sem deixar de prestar informação relevante: revelar em cada ronda informações anonimizadas sobre o excesso de procura. Essa abordagem é amplamente usada em todo o mundo, por exemplo, nos recentes leilões de 5G na Áustria, Irlanda, Suíça e Reino Unido.
254. A abordagem proposta pela ANACOM de fornecer apenas dados de preços apresenta um risco real de conduzir a erros por parte dos licitantes e a resultados ineficientes, pelos seguintes motivos:
 - (i) Se os licitantes não souberem a quantidade de procura para cada lote, não poderão inferir facilmente o “valor comum” (*common value*) de cada lote, pelo que os riscos de sub investimento e de “maldição do vencedor” serão maiores;
 - (ii) As informações reveladas a cada licitante são assimétricas. Os licitantes obtêm informações quando fazem lances em lotes específicos, dependendo de terem feito ou não a licitação mais alta, o que não está

disponível para os rivais. Isso pode levar a situações em que alguns licitantes têm vantagem sobre outros.

255. Estes problemas podem ser resolvidos com a prestação de informações sobre a procura total (ou excesso de procura) de cada lote no final de cada ronda.

Artigo 28.º - Dispensas

256. A MEO entende que o mecanismo de dispensas serve um propósito estratégico de que os licitantes poderão, querendo, lançar mão, por lhes permitir que optem, dentro do número de dispensas máximo, quais os momentos em que se devem abster de apresentar a sua licitação.

257. Neste contexto, a MEO nota que o Regulamento 560-A/2011 estabelecia que cada licitante dispunha da possibilidade de fazer uso de dispensas até ao máximo de quatro rondas – ou seja, o dobro do número máximo de dispensas estabelecido no projeto de regulamento.

258. Assim, atendendo ao importante papel que as dispensas assumem no planeamento do leilão por parte dos licitantes, a MEO questiona a ANACOM sobre as razões que motivam a redução, para metade, do número máximo de dispensas, sugerindo que se (re)estabeleça um máximo de dispensas não inferior a quatro.

Artigo 29.º - Ronda inicial e Artigo 30.º - Rondas seguintes

259. A ANACOM deve reservar-se poderes suficientes para intervir em circunstâncias extraordinárias, como uma emergência nacional ou evidência de que um licitante não está a seguir as regras do leilão (ou seja, não deve limitar a sua intervenção apenas a situações em que se verifiquem problemas técnicos, conforme prevê o n.º 6 do artigo 29.º).

260. A título de exemplo, a ANACOM pode considerar a adoção de poderes semelhantes ao que propõe o OFCOM para seu próximo leilão dos 700 MHz e dos 3,6 – 3,8 GHz:

“Extraordinary events

“Ofcom retains powers to address extraordinary events that might otherwise compromise the auction, including:

- a) rescheduling a round that has been scheduled and has not yet started;
- b) rescheduling the end of a round in progress;
- c) cancelling a round in progress;
 - d) cancelling one or more completed rounds and rolling back to a previous round;
- e) suspending the auction;
- f) cancelling the auction;
 - g) cancelling some or all bids submitted by one or more bidders in earlier rounds; and
- h) excluding one or more bidders from the auction.”

261. No tocante ao artigo 29.º, o n.º 6 refere que, ocorrendo *“um problema técnico com o funcionamento da plataforma eletrónica que inviabilize a continuidade do processo de licitação, o Conselho de Administração da ANACOM pode optar por reiniciar a fase de licitação principal”*. No entender da MEO, este preceito não é inteiramente compatível com o disposto no n.º 5 do artigo 25.º, no qual é referido que, perante problemas técnicos, é admissível a utilização de um meio alternativo de comunicação.

262. Ademais, a própria redação do n.º 6 do artigo 29.º reforça a necessidade de, previamente, a ANACOM realizar testes de interoperabilidade, acautelando o correto funcionamento da plataforma eletrónica com os sistemas/equipamentos de comunicações do(s) licitante(s).

Artigo 31.º - Desempate

263. Este artigo faz referência ao n.º 6 do artigo 19.º o que constitui um lapso: a referência deve ser feita ao n.º 7 do artigo 27.º. Como já referido nos comentários anteriores ao artigo 27.º, o licitante deverá ser igualmente informado do excesso de procura de cada lote em cada ronda.

Artigo 33.º - Determinação do vencedor

264. Como decorre do exposto no capítulo de Comentários Gerais deste documento, a atribuição de um desconto de 25% apenas aos novos entrantes constitui um auxílio de estado ilegal a não ser que esta medida seja notificada à Comissão e esta a aprove.

265. Além disto, não se alcança a razão para que o desconto de 25% se aplique nas duas fases de licitação, sendo o seu âmbito até mais amplo na fase de licitação principal (uma vez que abrange os lotes da categoria C). A MEO considera que este tipo de medidas não incentiva participações competitivas no procedimento de leilão.

266. De facto, nos termos atuais do Projeto de Regulamento, nada impede um novo entrante de participar na fase licitação inicial, verificar até onde o preço sobe em determinados lotes e eventualmente desistir de os adquirir caso exista excesso de procura. Caso não seja o licitante vencedor desse determinado lote, não está impedido de participar na fase de licitação principal e de procurar adquirir os mesmos lotes (eventualmente disponíveis) por um preço mais baixo, continuando a beneficiar do desconto de 25%.

267. Na fase de licitação principal, todos os operadores deveriam ser colocados em igualdade de circunstâncias.

Artigo 35.º - Fase de consignação

268. No artigo 35.º n.º 3, a MEO considera que deverá ser removida a alínea c) tendo em conta que não é um critério que seja justo porque o critério em cada categoria apenas deverá depender dos lotes e montantes dentro da respetiva categoria.

Artigo 38.º - Depósito

269. Nos termos deste artigo, os licitantes vencedores devem depositar o montante final a que se vincularam 5 dias após receberem a decisão final da ANACOM com os licitantes vencedores e respetivos montantes. No que diz respeito aos lotes ganhos nos 700 MHz, 900 MHz e 3,6 GHz, os licitantes têm a opção de depositar 2/3 do preço a pagar dentro dos referidos 5 dias e de diferir o pagamento do 1/3 remanescente em 5 pagamentos iguais anuais¹⁶.

270. A MEO considera que estes termos de pagamento são demasiado exigentes, nomeadamente num contexto de grave crise económica, criando dificuldades acrescidas ao investimento em redes e serviços que os operadores terão de realizar.

271. As condições de pagamento do valor do espectro adquirido recentemente em vários países na Europa são bastante mais favoráveis que aquelas que a ANACOM propõe no Projeto de Regulamento. Exemplos incluem:

- (i) **Itália:** Para o leilão de 2018 dos 700 MHz, 3,6-3,8 GHz, e 26 GHz, permitiu-se que o pagamento fosse diferido ao longo de 5 anos se o nível de licitações agregado atingisse um nível significativamente acima dos

¹⁶ De acordo com o n.º 8, os licitantes vencedores podem optar por não diferir e escalonar o pagamento de 1/3 do valor em 5 pagamentos anuais, caso em que as prestações anuais vincendas devem ser atualizadas à taxa de desconto de 4,786%. Na prática, isto equivale a conferir um desconto de pronto pagamento de 4,299% no valor a pagar nestas faixas.

preços de reserva, o que se verificou. Os pagamentos entre 2018-2021 foram definidos com um valor fixo e o pagamento final (em 2022) corresponde ao valor remanescente, resultando na seguinte distribuição: 29% no ano da atribuição (2018), 1,1% em 2019, 7% em 2020, 3,5% em 2021 e 60% em 2022.

- (ii) **Grécia:** Para o leilão dos 1800 MHz em 2017, o regulador grego, EETT, concedeu aos vencedores do leilão várias opções de pagamento. Na opção que permitiu a maior distribuição de pagamentos ao longo do tempo, 40% do valor foi pago à cabeça (10 dias depois da atribuição dos direitos de utilização do espectro). Os restantes 60% foram diluídos em 5 prestações iguais anuais de 12% cada, sujeitas a juros equivalentes à taxa de juro dos bilhetes do tesouro do governo Grego + 0,25%.
- (iii) **Espanha:** Para o leilão de 2018, foi requerido aos licitantes que pagassem 1/20 do valor total imediatamente a seguir à atribuição dos direitos de utilização do espectro. A parte remanescente será paga em 19 pagamentos iguais anuais (as anuidades foram ajustadas considerando uma taxa de juro de 2,35%).
- (iv) **França:** Para o leilão futuro dos 3,4 - 3,8 GHz, será permitido que os licitantes vencedores distribuam a taxa antecipada do espectro pelos 15 anos de duração da licença. O pagamento será efetuado em 15 prestações anuais.
- (v) **Dinamarca:** O regulador dinamarquês, DEA, tipicamente permite aos MNO pagar as taxas de aquisição de direitos de utilização do espectro ao longo de vários anos. No leilão de 2019 para os 700 MHz, 900 MHz, e 2300 MHz, foi dada aos licitantes a opção de pagar 10% antecipadamente e os restantes 90% em 8 pagamentos anuais iguais.

272. É ainda de recordar que, conforme consta na RCM 7-A/2020, o Governo português considera o encaixe financeiro resultante do leilão como um aspeto secundário à luz do interesse nacional em presença, pelo que o artigo

38.º do Projeto de Regulamento deve ser reformulado de modo a criar condições bem mais favoráveis de pagamento do valor de aquisição dos direitos de utilização de espectro.

273. Em concreto, a MEO sugere que fique prevista a possibilidade de os licitantes vencedores poderem diluir o pagamento da totalidade do valor devido por um período longo, não inferior a 10 anos. Em alternativa, sugere-se que o pagamento de 2/3 (que o Projeto de Regulamento prevê para ser feito até 5 dias após a decisão final) ocorra ao fim de, no mínimo, 5 anos, relegando assim esse esforço financeiro relativamente maior para um período em que os investimentos no desenvolvimento da rede e no cumprimento das obrigações de cobertura já terão sido, maioritariamente, efetuados.

Artigo 39.º - Processo de consignação para a faixa dos 900 MHz

274. No n.º 3 deste artigo o prazo concedido de 30 dias poderá ter de ser maior para o acordo, pelo que deverá ser possível estender o prazo caso solicitado pelas entidades envolvidas.

275. Para efeitos do n.º 5, na ausência de acordo, a decisão a tomar pelo Conselho de Administração da ANACOM depende de audiência prévia, a ter lugar nos termos dos artigos 121.º e seguintes do CPA. À semelhança do artigo 36.º, entende a MEO que o prazo em questão deve igualmente ser especificado.

276. No âmbito do referido no n.º 6 — no caso de a decisão referida no nº 1 determinar a alteração de consignação de frequências vigentes à data de entrada em vigor do presente regulamento — deve ser sempre prevista a atribuição de compensações destinadas a cobrir a totalidade de eventuais custos associados às referidas alterações e não apenas parte desses custos.

277. No n.º 8 o prazo de 90 dias para a redistribuição de frequências poderá ter que ser maior face ao acordo entre operadores e as alterações necessárias, pelo que este prazo deverá fazer parte do acordo.

278. Não sendo possível chegar a um acordo, deverá o regulador sugerir um plano e respetivo calendário de ajuste das faixas, que tenha em consideração as dependências operacionais de cada operador, podendo a totalidade do período de ajuste ser superior a 90 dias.

Artigo 40.º - Emissão dos títulos

279. O n.º 5 do artigo 40.º refere que “o Conselho de Administração da ANACOM promove a audiência prévia dos titulares de direitos de utilização de frequências nos termos dos artigos 121.º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo”. Por oposição a preceitos anteriores, onde o prazo é especificamente previsto (e.g., artigo 36.º), considera a MEO que, também aqui, deve sê-lo – evitando, assim, interpretações díspares.

Artigo 41.º - Condições associadas aos direitos de utilização de frequências

280. Os comentários mais detalhados da MEO a propósito deste artigo são feitos por referência para os artigos 42.º e seguintes abaixo.

281. Uma nota adicional, a propósito do n.º 3, para salientar que a circunstância de a ANACOM referir que os titulares de DUF ficam sujeitos às medidas que vierem a ser adotadas pelas entidades competentes em matéria de segurança e integridade não altera a natureza, não vinculativa, dos atos referidos nas alíneas a) e c).

Artigo 42.º - Obrigações de cobertura

282. A MEO considera que nas faixas em que já há espectro atribuído (900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 2,6GHz), os novos detentores de direitos de utilização nestas faixas deverão ficar sujeitos a obrigações de cobertura equivalentes às que já vigoram atualmente relativamente a tais faixas, sob pena de se criar um escandaloso e injustificado nível de discriminação positiva permanente destas entidades.

283. A MEO defende, por conseguinte, que o artigo 42.º deve ser substancialmente revisto, de maneira a prever obrigações específicas para eventuais novos entrantes que adquiram DUF nas faixas dos 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 2,6GHz, a cumprir em prazos adequados às atuais circunstâncias de mercado.

284. No mesmo sentido, as obrigações de cobertura de novos entrantes com 2x10MHz nos 700MHz previstas no n.º 2 deste artigo têm de convergir, em algum momento no futuro com as das empresas com 2x10MHz nos 700MHz e que já hoje tenham espectro. Note-se as seguintes diferenças a este propósito:

PERÍODO	ATUAIS TITULARES DE DUF	NOVOS ENTRANTES
Final de 2023	95% de cada uma das autoestradas do País	25% de cada uma das autoestradas do País
	85% de cada um dos itinerários principais rodoviários do País	25% de cada um dos itinerários principais rodoviários do País
	95% de cada um dos itinerários ferroviários incluídos no Corredor Atlântico, na parte relativa ao território nacional, em todas as vias de tipologia	25% de cada um dos itinerários ferroviários incluídos no Corredor Atlântico, na parte relativa ao território nacional, em todas as vias de tipologia

PERÍODO	ATUAIS TITULARES DE DUF	NOVOS ENTRANTES
	dupla e no itinerário ferroviário Lisboa-Faro	dupla e no itinerário ferroviário Lisboa-Faro
Final de 2025	95% de cada um dos itinerários ferroviários do País	25% de cada um dos itinerários ferroviários do País

285. Esta comparação não esgota as diferenças nas obrigações de cobertura propostas no Projeto de Regulamento, já que os atuais titulares de DUF têm obrigações adicionais que não são minimamente contempladas para os novos entrantes, nomeadamente as estabelecidas nos pontos i), vi) e vii) da alínea a) do n.º 1, e nos pontos i), iii) e iv) da alínea b) do n.º 2. Mesmo nos casos em que são definidas obrigações de cobertura, o respetivo conteúdo é completamente diferente e permanece diferente durante todo o período de duração do DUF, ou seja, 20 anos.

286. Não há qualquer razão para o estabelecimento de diferenças tão assinaláveis e, sobretudo, não se vislumbra a mínima justificação para as diferenças, que forçosamente deveriam ser transitórias, se prolongarem durante o período de vigência do DUF, introduzindo perturbações significativas no funcionamento do mercado.

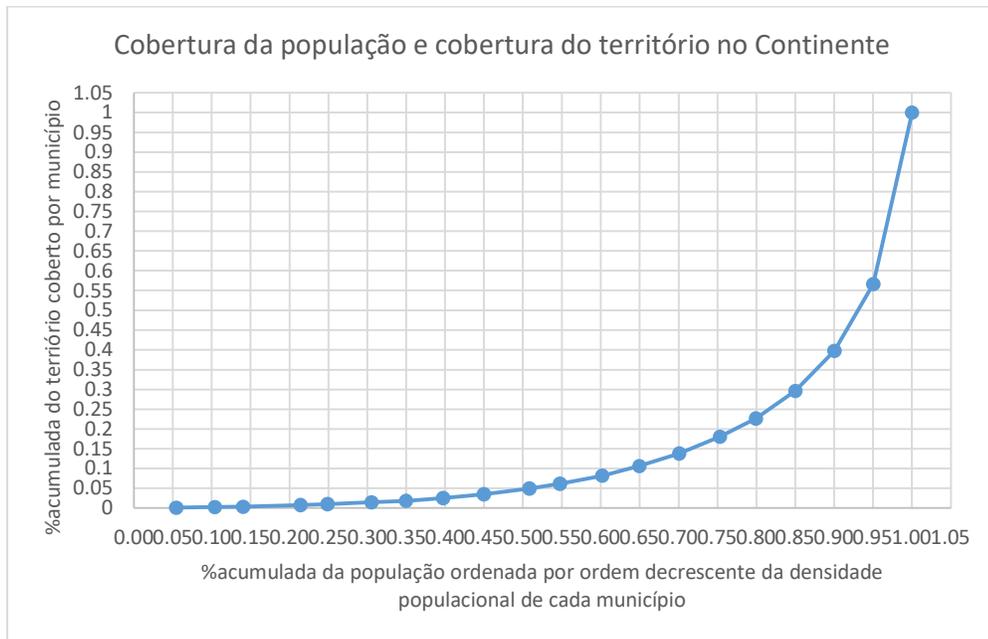
287. A manter-se a discriminação positiva a favor dos novos entrantes — o que a MEO não concebe — as obrigações de cobertura dos novos entrantes devem convergir, num prazo razoável, com as obrigações dos atuais titulares de DUF, de forma a criar um desejável, necessário e imperativo *level playing field* entre todos os operadores.

288. Como ficou acima evidenciado, mas importa reiterar, à ANACOM cabe apenas, nos termos legais, promover a concorrência, mas não promover a entrada e, muito menos, definir de forma perene as condições administrativas das dinâmicas concorrenciais no mercado. Apesar da clareza dos termos legais, é precisamente isso que sucede com o atual Projeto de Regulamento.

289. Quanto às obrigações de cobertura previstas no n.º 1, como já referido no capítulo de Comentários Gerais deste documento, a MEO considera que o grau de exigência e os prazos de cumprimento das obrigações previstas neste artigo, bem como nos artigos 43.º e 44.º do Projeto de Regulamento, devem ser profundamente reequacionados levando em linha de conta o nível de investimento que tais obrigações implicam, a sua inadequação face às características e dimensão do mercado nacional e os impactos económicos recessivos decorrentes da pandemia de COVID-19, que se farão sentir ao longo de 2020 e 2021.
290. A acrescer ao que já foi referido a este propósito, é de notar que a evidência empírica existente sobre redes 5G sugere que há uma relação inversa entre custos por acesso e densidade populacional e que, para densidades populacionais muito baixas há um grande aumento dos custos por acesso. Por exemplo, numa análise do caso do Reino Unido, admitindo-se que se pretendia uma cobertura de redes móveis de banda larga que garantissem um débito de 50 Mbps, estimou-se que isso seria possível para 90% da população até 2027, num cenário base de *business as usual*, mas que não seria viável a cobertura dos 10% da população finais, devido a um aumento exponencial dos custos, relacionadas com a diminuição da densidade populacional¹⁷.
291. Em Portugal, há também uma elevada concentração da população no território. A partir de certa altura, um aumento da cobertura da população exige um grande aumento da área a ser coberta. Conforme se verifica pela figura seguinte, a cobertura dos 60% da população que vive nos municípios com maior densidade populacional (superior a 265 habitantes / Km²) obriga à cobertura de municípios que correspondem somente a 8% do território.

¹⁷ E. Oughton, Z. Frias, 2018, "The cost, coverage, and rollout implications of 5G infrastructure in Britain", *Telecommunications Policy*, 42, 636-652.

Um aumento da cobertura da população de 60% para 95% implica um aumento da cobertura territorial de 8% para 57%. Finalmente, a cobertura dos 5% da população que vive nos municípios de menor densidade populacional (inferior a 27 habitantes / Km²) implica a cobertura de 44% do território (figura 1):



292. A ANACOM não esclareceu na Nota Justificativa, nem em nenhum outro documento que se conheça, quais as suas previsões sobre os custos incrementais por acesso à medida que a densidade populacional diminui, pelo que não se percebe qual o modelo de evolução dos custos que está subjacente aos objetivos de cobertura – quer em 2023, quer em 2025.

293. Apesar desta omissão, é certo que a imposição de obrigações de cobertura da população previstas no Projeto de Regulamento implicará seguramente um aumento substancial dos custos dos operadores já instalados, o qual é agravado pela obrigação de reforço do serviço de voz (artigo 44.º). No entanto, um operador que entre no mercado na sequência do leilão, não tem as mesmas obrigações e, assim, deve ter custos mais baixos.

294. Mesmo que venha a ter obrigações de cobertura (e não é evidente que tal aconteça, uma vez que o Projeto de Regulamento admite entradas no mercado através de *roaming* sem obrigações de cobertura associadas – voltaremos a este tópico abaixo), verificam-se significativas distorções de concorrência:

- (i) Um novo operador pode cobrir somente as áreas de baixo custo ou de elevada receita por acesso (que muitas vezes coincidem). Nestas áreas, os preços dos acessos e das comunicações tenderão a descer para o nível dos custos específicos dessas áreas. Nas áreas de maior custo, preços mais elevados são necessários para cobrir os custos. No entanto, se a discriminação geográfica de preços não for possível, ou se nas áreas de baixo custo a procura for reduzida, é imposto um prejuízo aos operadores móveis atuais que não conseguem recuperar o investimento que foram obrigados a fazer. E quanto mais intensa for a concorrência nas áreas mais rentáveis maior será o prejuízo nas áreas menos rentáveis;
- (ii) Pode argumentar-se que estes prejuízos são de algum modo antecipáveis pelos operadores que, em consequência, reduzem os valores de licitação de forma correspondente, pagando menos pelo espectro. No entanto, as obrigações vão alterar os custos incrementais das empresas e, assim, geram distorções no mercado – e na concorrência; e
- (iii) As diferenças de custos que as diferentes obrigações de cobertura implicam podem levar a diferentes custos incrementais de longo prazo de interligação. O novo operador terá presumivelmente custos de interligação mais baixos porque a sua rede se pode concentrar em áreas de baixo custo. Neste caso, havendo um preço máximo europeu, nos termos do CECE (cf. artigo 75.º), cria-se uma renda, ainda que pequena, para o novo operador. Caso a Comissão venha no futuro a determinar que não se justifica um preço europeu máximo e a ANACOM venha a determinar que é necessário estabelecer preços máximos de

interligação, importaria que se esclarecesse como é que esta situação de profunda assimetria entre os vários operadores será endereçada.

295. Face às razões apontadas, a MEO defende, assim, uma profunda revisão das condições previstas no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 42.º.

296. Já o n.º 3 deste artigo determina que as obrigações de cobertura fixadas no n.º 1 e n.º 2, relativas à faixa dos 700MHz, consideram-se cumpridas com a disponibilização de um serviço de banda larga móvel com um débito mínimo de 100 Mbps, especificando o n.º 4 que este débito *“corresponde ao débito máximo teórico de download possível para um utilizador, incluindo o tráfego de sinalização/codificação.”*

297. A este respeito, é de notar que:

(i) [IIC] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [FIC]

(ii) A disponibilização de um serviço de banda larga móvel com um débito mínimo de 100 Mbps no limite de cobertura, para todas as obrigações de cobertura previstas neste artigo, afigura-se extremamente exigente e desproporcional, pelo que tal obrigação deve ser alterada para a disponibilização de um serviço de banda larga com um nível de sinal de referência semelhante ao 4G/LTE que permita uma cobertura con-

siderada “Aceitável”, nos termos da decisão da ANACOM de 16 de junho de 2017 relativa à “Metodologia para Avaliação do desempenho de Serviços Móveis e de Cobertura GSM, UMTS e LTE”;

- (iii) A manter-se a obrigação de disponibilização de um serviço de banda larga móvel com um débito mínimo de 100 Mbps no limite de cobertura, a MEO sugere que tal nível de exigência se aplique apenas às obrigações de cobertura da população previstas nas alíneas a).i e b).i do n.º 1 deste artigo;
- (iv) Adicionalmente, os prazos para o cumprimento das obrigações deverão ser mais alargados, propondo-se para esse efeito que se deslize para 2025 o cumprimento das obrigações de cobertura previstas para 2023, e para final de 2030 o cumprimento da totalidade das obrigações de cobertura (95% da população total do País, 95% de cada um dos itinerários ferroviários do País, 95% de cada um dos itinerários principais rodoviários do País, 90% da população de cada uma das freguesias consideradas de baixa densidade e em todas as freguesias das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores), sem prejuízo do cumprimento de metas intermédias que sejam necessárias a assegurar os compromissos assumidos pelo Estado português ao nível da União Europeia.

298. Por uma questão de rigor e transparência, o n.º 6 deste artigo deverá remeter para um anexo com o detalhe dos itinerários principais, ferrovias e autoestradas incluídos nas obrigações, e não para o site de internet www.infra-estruturasdeportugal.pt/.

299. A possibilidade prevista no n.º 7 deste artigo de recorrer ao roaming nacional para dar cumprimento às obrigações de cobertura identificadas no ponto vii. da alínea a) e no ponto iv. da alínea b) do n.º 1 não constitui uma verdadeira solução, dadas as questões técnicas de elevada complexidade que se colocam e os impactos ao nível da experiência do utilizador:

- (i) Do ponto de vista técnico, a implementação de roaming nacional para dar cumprimento a obrigações de cobertura apresenta impactos técnicos ao nível do desenho da solução, na integração das redes, na implementação da provisão HLR/HSS, no suporte de roaming em todas as tecnologias (2G/3G/4G/5G) devido aos serviços PS e CS como voz CSFB, VoLTE ou VoNR e ao facto da implementação do 5G em modo NSA (Non-standalone) ser dependente do 4G, no funcionamento de barramentos da HPLMN e dos serviços nos outros operadores, no dimensionamento dos vários elementos da rede, fluxos de CDR e nas adaptações dos tarifários para ter em consideração o roaming nacional, incluindo ao nível grossista;
- (ii) Do ponto de vista do utilizador final, a experiência de utilização será fortemente impactada dado que o utilizador poderá ter de escolher a rede manualmente, não sendo garantido o seu retorno à rede nativa de uma forma automática, com possível perda de serviços.

300. No que se refere à obrigação prevista no n.º 8, a MEO considera que a mesma deve ser suprimida devido à impraticabilidade de haver roaming nacional estação a estação e tendo em conta os impactos técnicos e de experiência do utilizador que existem mesmo na situação de roaming numa área alargada, como referido no parágrafo anterior.

301. Um último comentário, a propósito do n.º 10, para salientar e indesejabilidade de remeter a decisão sobre um aspeto relevante do Projeto de Regulamento para uma decisão posterior da ANACOM, cujo conteúdo não se consegue naturalmente antecipar. Por razões de certeza e de segurança jurídica, o Projeto de Regulamento deve apresentar o quadro completo das obrigações (e respetivos procedimentos) que podem ser impostas aos titulares de DUF, tal como sucede, por exemplo, no caso previsto no n.º 3 do artigo 44.º.

302. Quando decidirem participar no presente procedimento, os licitantes deverão ser capazes de parametrizar e de equacionar todas as obrigações que podem impactar na sua atividade, o que só pode ser garantido se o Projeto de Regulamento for completo e apresentar, nem que seja para remissão para um anexo, o que pode ser o quadro aplicável à verificação do cumprimento das obrigações de cobertura, quaisquer que venham a ser.

Artigo 43.º - Obrigações de desenvolvimento da rede

303. No entender da MEO, o n.º 1 deste artigo deverá especificar as obrigações de desenvolvimento de rede para os titulares que passem a deter menos de 50MHz, podendo ser consideradas 183 estações de base macro ou 1830 estações de base "outdoor small cells" por cada 10 MHz, tendo por referência a especificação constante da alínea b).

304. Adicionalmente, no que respeita à alínea a) do n.º 1 deverá ser explicitado, nomeadamente:

- (i) Racional para determinação do número de estações base;
- (ii) Compatibilidade com obrigações de cobertura, indicando se estas estações podem ser as mesmas da obrigação de cobertura;
- (iii) A não inclusão de equipamentos *small cell indoor*;

305. Deverá, ainda, constar no artigo 43.º que as obrigações de desenvolvimento da rede previstas no presente artigo podem ser cumpridas com recurso a qualquer faixa de frequências consignada no âmbito do presente leilão (ex: incluindo os 700MHz) ou consignada até à data de entrada em vigor presente regulamento.

306. No âmbito do artigo 43.º n.º 2 e n.º 4, a obrigação de apresentar uma proposta que responda aos pedidos aqui previstos, deverá estar limitada às funcionalidades que já estão disponíveis na rede comercial (ex: eMBB, UR-

LLC e mMTC), com velocidades possíveis na rede e funcionalidades associadas a determinadas faixas de frequências (ex: serviço mMTC poderá ser atendida com 700MHz), não se criando assim quaisquer obrigações de desenvolvimento da rede que sejam necessárias para dar resposta a estes pedidos.

307. O prazo de 10 dias previsto no n.º 5 para comunicar à ANACOM todos os pedidos e respetivas respostas relativos à instalação de estações de base macro ou *“outdoor small cells”*, bem como o dever de dar conhecimento quinzenal e detalhado da evolução das negociações referentes a esses pedidos é desproporcional, inaceitável e desrazoável. Não só constituiria uma intromissão excessiva e totalmente injustificada na vida interna das empresas, como lhes criaria uma carga burocrática absurda com o processamento periódico da informação com o detalhe referido.
308. Note-se que os pedidos para instalação de estações de base macro ou de *“outdoor small cells”*, podem ser apresentados por uma multiplicidade de entidades, desde PME a, estabelecimentos de ensino, hospitais, etc., antecipando-se que possam surgir diferentes pedidos em simultâneo e com diferentes prazos de resposta.
309. Percebendo-se que a ANACOM pretenda definir pontos de controlo quanto ao cumprimento destas obrigações de desenvolvimento de rede, tal não pode, obviamente, redundar numa monitorização quinzenal, detalhada ao nível de cada pedido de instalação que os operadores receberem ao longo de 3 anos. Estes pontos de controlo devem ser feitos, no máximo, com periodicidade anual e exigir dos operadores a indicação do número de pedidos de instalação que receberam e a quantidade de estações de base macro ou *“outdoor small cells”* que foram instaladas e respetiva localização.

310. Apesar do referido no n.º 4 quanto à disponibilização de serviços compatíveis com 5G, deverá garantir-se que a faixa dos 3,6GHz mantenha a neutralidade tecnológica e de serviços.

311. No que respeita ao n.º 6 deste artigo, as obrigações de desenvolvimento da rede para os titulares dos 3,6GHz deverão poder ser cumpridas até 2030, em consonância com o prazo de cumprimento das obrigações de cobertura dos 700MHz sugerido pela MEO nos comentários ao artigo 42.º, sem prejuízo do cumprimento de metas intermédias que sejam necessárias à observância dos compromissos assumidos pelo Estado português ao nível da União Europeia.

Artigo 44.º - Obrigação de reforço do sinal do serviço de voz

312. [IIC] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [FIC]

313. É de notar, de resto, que não são conhecidos quaisquer precedentes para a definição de uma obrigação de cobertura deste tipo, em termos territoriais, nomeadamente no Regulamento 560-A/2011, nem se encontra qualquer justificação ou fundamento para medidas tão gravosas como a que a ANACOM pretende agora impor.

314. A este propósito, a MEO não pode deixar de salientar que a ANACOM está, à semelhança do que tem acontecido noutros processos, a aproveitar o presente Projeto de Regulamento para impor obrigações adicionais que não se encontravam previstas no referido regulamento, com isso violando despuadoradamente os princípios da estabilidade, da certeza e da segurança jurídica. De facto, a pretexto da aquisição de 2x10 MHz na faixa dos 700 MHz,

o que a ANACOM pretende, na verdade, é revisitar o quadro de obrigações imposto em procedimentos de atribuição de DUF anteriores.

315. Evidência do que se acaba de dizer é o facto de, por um lado, o artigo 44.º, n.º 4, permitir que as obrigações de reforço do sinal de voz possam ser cumpridas com recurso a qualquer faixa de frequências, consignada ou não no presente procedimento e, por outro, que os novos entrantes, embora possam também vir a deter 2x10 MHz não têm qualquer obrigação neste âmbito. Tal significa, em boa verdade, que não se trata de uma obrigação específica desta faixa de frequências, mas sim de uma medida que visa alterar o *status quo* do quadro de obrigações anteriormente impostas, utilizando um pretexto manifestamente insuficiente para o efeito e criando uma discriminação ilegal e injustificada.
316. Esta “mudança de regras a meio do jogo”, que lamentavelmente mais uma vez se observa, não pode ser admitida, pois contraria frontalmente princípios e regras legais, desde logo o princípio da estabilidade e da previsibilidade regulatória consagrado no artigo 5.º, n.º 5, alínea a), da LCE, e é fortemente prejudicial para o investimento.
317. De resto, caso a ANACOM pretenda alterar as regras aplicáveis aos DUF emitidos, terá sempre que respeitar o disposto no artigo 20.º da LCE, cujos requisitos não estão minimamente preenchidos no caso concreto.
318. Sem prejuízo do exposto atrás, a MEO considera que a obrigação prevista neste artigo deve, pelo menos, ser substancialmente alterada, sugerindo-se que a sua especificação seja em termos de cobertura da população, como apontada no artigo 42.º, n.º 1, alíneas a) e b), e não de território, tendo por referência um nível de sinal que permita uma cobertura considerada “Aceitável”, tal como fixado na decisão da ANACOM de 16 de junho de 2017, relativa à “Metodologia para Avaliação do Desempenho de Serviços Móveis e de Cobertura GSM, UMTS e LTE”.

319. Da mesma forma, o prazo de cumprimento deve ser dilatado, propondo-se para esse efeito o final de 2030, em alinhamento com a proposta apresentada quanto ao prazo de cumprimento das obrigações de cobertura associadas aos 700 MHz, sem prejuízo do cumprimento de metas intermédias que sejam necessárias à observância dos compromissos assumidos pelo Estado português ao nível da União Europeia.

Artigo 45.º - Obrigações de acesso à rede

320. Tal como a MEO já teve oportunidade de referir, as obrigações de acesso à rede e roaming nacional referidos no artigo 45.º, n.º 1, só podem estar limitadas às faixas de frequências a atribuir no leilão, ou seja, 700 MHz e 3,6 GHz, sendo assim imperativo corrigir a parte final do n.º 1. Para evitar repetições fastidiosas, a MEO remete a este propósito para o que referiu acima a propósito do artigo 44.º, salientando apenas a sua absoluta discordância em relação à hipótese de a ANACOM vir através do presente Projeto de Regulamento impor obrigações adicionais que não foram considerados em anteriores procedimentos de atribuição de DUF.

321. Acresce que a previsão de obrigações de acesso à rede, em conjunto com a inexistência de obrigações de cobertura para novos entrantes em determinadas faixas de frequências, sem qualquer limitação temporal ou cláusula de salvaguarda, é escandaloso e fortemente atentatório dos mais elementares princípios jurídicos.

322. Note-se que os novos entrantes não têm obrigações específicas de cobertura na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz e beneficiam de um regime mais suave na faixa dos 700 MHz. Acresce que beneficiam de obrigações de acesso à rede dos atuais detentores de DUF durante um período que, no limite, pode ser de 20 anos (prazo de vigência dos novos DUF). O exercício desse direito não depende da assunção de qualquer compromisso por parte

do novo entrante e as obrigações não se extinguem nem são reparametrizadas em função das dinâmicas concorrenciais do mercado.

323. Se, por exemplo, um novo entrante vier a obter uma quota relevante do mercado do serviço móvel de voz continua sem ter qualquer obrigação de cobertura, semelhante à dos atuais operadores, e, sobretudo, continua a poder beneficiar das obrigações de acesso à rede.
324. O Projeto de Regulamento não cria nem prevê qualquer medida que possa dar resposta a estas dinâmicas de mercado; pelo contrário, é completamente omissivo, o que mostra a sua inadequação e, mesmo, a sua ineptidão como instrumento regulatório. E nem se diga que seria sempre possível endereçar este tipo de dinâmicas à luz do disposto no n.º 18, através de mecanismos de regulação mais tradicional do mercado. Sabe-se bem as limitações que estes mecanismos têm e, como tal, não se pode aceitar a sua relevância no caso concreto.
325. O ponto fundamental aqui é que o Projeto de Regulamento é extremamente desequilibrado e introduz perturbações significativas no funcionamento do mercado, que podem conduzir a resultados absurdos e completamente contrários aos objetivos de regulação que incumbe à ANACOM defender. Sem advogar soluções semelhantes, uma vez que se considera que o artigo 45.º tem de ser profundamente revisto, não se pode deixar de notar que o Regulamento 560-A/2011 era, a este propósito, mais equilibrado.
326. Por um lado, previa o artigo 35.º, n.º 5, do Regulamento 560-A/2011, que as obrigações que redundassem em acordos de itinerância nacional apenas vigoravam perante terceiros que se comprometessem, no prazo de três anos, a utilizar os seus DUF de forma a que alcançassem coberturas correspondentes à disponibilização de serviço a pelo menos 50% da população. Com esta regra a ANACOM procurava alcançar um desejável equilíbrio entre o investimento próprio e a utilização de infraestruturas de terceiros.

327. O atual Projeto de Regulamento nada contém a este propósito e não exige que os novos entrantes assumam compromissos semelhantes. De notar que, para além de não terem obrigações de cobertura na faixa dos 900 MHz e na dos 1800 MHz, as obrigações de acesso à rede previstas no presente artigo beneficiam os novos entrantes que apenas adquiram 2x5 MHz na faixa dos 700 MHz, pelo que nem lhes será aplicável o regime mais suave de obrigações de cobertura do artigo 42.º, n.º 2.
328. De resto, da forma como está redigido o artigo 46.º, nem sequer é claro se o cumprimento da obrigação de utilização efetiva e eficiente das frequências não pode passar pelo estabelecimento de acordos de itinerância nacional com outros operadores.
329. Por outro lado, o artigo 35.º, n.º 7, do Regulamento 560-A/2011 limitava a vigência da obrigação de negociar acordos de itinerância nacional a 10 (alínea b) do n.º 4 do artigo 35.º) ou 5 anos (alínea c) do n.º 4 do artigo 35.º). No atual Projeto de Regulamento, a ANACOM não só estende, sem qualquer justificação, esse prazo para 10 anos (alínea b) do n.º 7), como também prevê, no seu n.º 8, a possibilidade de manter a obrigação vigente para além do prazo inicialmente fixado.
330. Por outras palavras, a ANACOM, com base neste artigo, pode manter a obrigação de negociar acordos de itinerância nacional durante todo o prazo de vigência dos novos DUF, tal como, de resto, já prevê expressamente para o caso de negociação de operações móveis virtuais (alínea a) do n.º 7). Se consideramos, como tudo indica, que a ANACOM pretende estender as obrigações de acesso à rede a faixas de frequências que não estão abrangidas pelo Projeto de Regulamento, percebe-se facilmente a gravidade, o desajuste e a desfaçatez da medida.

331. É evidente que a atual redação do Projeto de Regulamento não promove minimamente o investimento em infraestruturas, não salvaguarda a concorrência baseada em infraestruturas, não promove a previsibilidade da regulação e conduz a um fortíssimo resultado discriminatório entre os operadores. Tudo de forma contrária aos objetivos de regulação constantes do artigo 5.º, n.º 5, da LCE que se esperava que a ANACOM conhecesse e pretendesse defender.
332. A MEO, de resto, arrisca-se a dizer que o atual Projeto de Regulamento pode ser considerado como um exemplo de escola de medidas regulatórias de *free riding*, que se consideravam abolidas ou fortemente mitigadas desde o pacote regulamentar de 2009. E note-se que são medidas regulatórias potencialmente perenes (durante 20 anos de duração do DUF!), o que também viola frontalmente o princípio da transitoriedade da regulação.
333. Este aspeto conduz a um foco de diferente ilegalidade do Projeto de Regulamento. De facto, não pode a ANACOM pretender através de um instrumento de acesso a bens escassos (neste caso o espectro radioelétrico), introduzir medidas regulatórias que, pela natureza, extensão ou gravidade, apenas são admissíveis no contexto de análises de mercado e no contexto da identificação de problemas concorrenciais significativos, nos termos do artigo 59.º da LCE, nomeadamente a identificação de Poder de Mercado Significativo (“**PMS**”).
334. A ANACOM confunde aqui os seus planos de intervenção e “esquece” que está a interferir com direitos fundamentais dos operadores (nomeadamente de livre iniciativa económica e de propriedade), não podendo, manifestamente, utilizar o Projeto de Regulamento para regular o mercado sem respeitar os requisitos previstos na lei e sem identificar um fator que lhe permita, em tese, comprimir esses direitos.

335. Porém, não só é esse o resultado do atual Projeto de Regulamento como, mais grave, a ANACOM vai além daquilo que seria admissível no contexto de um procedimento de análise de mercado (por exemplo, ao prever uma obrigação de acesso à rede com uma duração inicial de 10 anos, potencialmente prorrogável até aos 20 anos, quando o artigo 59.º-A, n.º 2, da LCE exige uma revisão das medidas adotadas no prazo de 3 anos!). Não só a ANACOM não prevê quaisquer períodos de revisão da obrigação imposta, como a revisão que alude no Projeto de Regulamento, no final do 8.º ano de vigência, está prevista para aumentar o período de duração da obrigação e não o contrário!
336. A manter-se o quadro de obrigações de acesso à rede previsto no Projeto de Regulamento, o que a MEO não aceita, é pelo menos fundamental, por um lado, que as obrigações sejam determinadas em consonância com um procedimento de análise de mercado (nos termos exigidos pelo artigo 52.º do CECE) e que, por outro, sejam periodicamente revistas, em linha com os períodos de revisão previstos na atual LCE.
337. No que se refere à obrigação prevista no n.º 5, a MEO considera que a obrigação de aceitar a negociação tem de ficar sujeita a um princípio de boa-fé igualmente da parte dos operadores que procuram o acesso, sob pena de os operadores de rede terem de despender tempo e recursos neste tipo de processos qualquer que seja a razoabilidade dos pedidos. Nesta análise também devem ser considerados os impactos nas redes e as suas limitações técnicas, como por exemplo as referidas anteriormente relativamente à implementação de roaming nacional.
338. Ainda a propósito do n.º 5, em especial a sua alínea b), a MEO não pode deixar de voltar a salientar, em termos negativos, a promoção à entrada de novos operadores que decorre do mesmo e que pode levar a significativas distorções à concorrência:

- (i) Por um lado, esta alínea b) admite que qualquer aquisição de DUF (*isolada ou conjuntamente*) na faixa dos 700 MHz, dos 900 MHz, dos 1800 MHz e dos 3,6 GHz, desde que não ultrapasse os limites máximos ali estabelecidos (*até*) atribui aos novos entrantes o direito de aceder à rede de qualquer um dos operadores instalados, o que manifestamente é um incentivo a aquisições oportunistas (e ineficientes) de espectro;
- (ii) Por outro lado, como os operadores instalados não beneficiam do direito de acesso às redes dos demais, nomeadamente em termos de roaming nacional (esta hipótese apenas está prevista, de forma limitada, no artigo 42.º, n.º 7), tal significa que qualquer aquisição de espectro por parte de um novo entrante, mesmo que limitada, que impeça um operador instalado de deter o mesmo espectro que os seus concorrentes, irá provocar uma fortíssima distorção competitiva.

Conceba-se, por exemplo, o caso da faixa dos 700 MHz ou dos 3,6 GHz. Sabe-se que para uma solução de 5G verdadeira, à partida, será necessário deter 2x10 MHz na faixa dos 700 MHz e entre 80 a 100 MHz na faixa dos 3,6 GHz. Da forma como o artigo 45.º, n.º 5, está atualmente redigido, um novo entrante que adquira apenas parte do espectro disponível nessas faixas (por exemplo, 4 lotes de 10 MHz na faixa dos 3,6 GHz) pode ter uma operação de 5G com recurso à rede dos operadores instalados. Já o operador instalado, que não consiga adquirir o espectro disponível para a sua operação, fica efetivamente limitado na sua capacidade competitiva!

Tal como a MEO apontou acima, as regras do leilão são gritantemente incentivadoras de entradas oportunistas, por parte de entidades descomprometidas com o sucesso do sector, e que conduzem apenas à destruição gratuita e intolerável de valor social e económico.

339. Para além disto, a MEO considera excessiva a obrigação prevista no n.º 13 deste artigo de dar conhecimento quinzenal e detalhado da evolução das negociações referentes a estes acordos. Esta periodicidade deve ser mais espaçada — sugere-se, para o efeito, uma periodicidade trimestral — sem prejuízo de qualquer das partes envolvidas poder, em querendo, informar a ANACOM em qualquer altura sobre o andamento dos processos.

340. O prazo máximo de 45 dias definido no n.º 15 para se alcançar um acordo é manifestamente insuficiente e deve ser alargado para 90 dias, no mínimo.

341. Acrescente-se ainda a este propósito que a circunstância de a ANACOM remeter a resolução de litígios para o artigo 10.º da LCE significa, por um lado, que esta matéria pode estar sujeita a uma intervenção casuística, fonte de incerteza, e por outro que o preço de acesso pode vir a ser determinado pela ANACOM. A este propósito a MEO gostaria de salientar os seguintes aspetos:

- (i) Num quadro de promoção do investimento não é suficiente remeter o preço do acesso para um processo de negociação em primeiro lugar e, depois, para um processo de resolução de litígios em que o regulador tem um poder discricionário substancial;
- (ii) Mesmo que a ANACOM publicasse os critérios gerais que pretende seguir se tiver de apreciar o preço de acesso num qualquer caso, o resultado pode ser somente uma lista de variáveis a considerar que pouca indicação fornece a um investidor sobre a segurança do seu investimento;
- (iii) O problema essencial em termos de investimento não é só, nem principalmente, um problema de cobertura dos custos do investimento. É, sobretudo, um problema de valorização da opção que é dada aos novos entrantes, que têm garantido o acesso a uma infraestrutura e podem escolher o momento de acesso em função das condições de mercado, sem arriscarem nada. Esta é uma possibilidade vedada a quem

investiu, por opção ou por obrigação, que arriscou os capitais investidos e tem de esperar por boas oportunidades de negócio para os remunerar. As empresas que investem e que têm de dar acesso devem ter a garantia desta remuneração, para não se perderem os incentivos ao investimento.

342. Em conclusão, a imposição de obrigações de acesso nos termos do Projeto de Regulamento não é compatível com os objetivos de promoção de investimento eficiente em redes e serviços e gera distorções nas dinâmicas concorrenciais.

Artigo 46.º - Obrigação de utilização efetiva e eficiente das frequências

343. Em relação ao n.º 1 seria importante, no entender da MEO, atendendo à importância da utilização efetiva e eficiente das frequências, como bem do domínio público do Estado (artigo 14.º da LCE) que fosse detalhado o que se deve entender por *“iniciar a oferta de serviços de comunicações eletrónicas”*. A MEO recorda aqui que apesar de a Dense Air não ter e não ter tido qualquer oferta comercial durante anos, a ANACOM considerou que a obrigação que constava do seu DUF, semelhante à que consta agora deste artigo, não tinha sido violada ao ponto de justificar uma revogação do DUF.

344. Além disso, atendendo a todo o processo em torno do DUF atual da Dense Air, no entender da MEO o regulamento do leilão deverá prever explicitamente neste artigo uma cláusula efetiva de *use it or lose it*, que especifique objetivamente as condições de revogação dos direitos de utilização em caso de incumprimento da obrigação de utilização efetiva e eficiente das frequências atribuídas.

345. Em relação ao n.º 2, remete-se para os comentários tecidos pela MEO a propósito do artigo 43.º, n.º 7.

Artigo 48.º - Prazo do direito de utilização de frequências

346. A MEO concorda com a atribuição dos DUF pelo prazo de 20 anos, podendo ser renovados nos termos da Lei das Comunicações Eletrónicas.
347. Contudo, o Projeto de Regulamento não clarifica qual o momento a partir do qual o prazo de 20 anos começa a contar, no que concerne aos direitos de utilização de frequências na faixa dos 3,6GHz sujeitos a restrições.
348. Com efeito, a MEO entende que deve ser clarificado, no artigo 48.º, qual é esse critério: nomeadamente, se o prazo de 20 anos começa a contar a partir do momento em que o direito é adquirido, critério que a MEO defende, ou apenas com a notificação do termo das restrições.

Anexo 1 - Condições técnicas associadas às frequências

349. A especificação radioelétrica de proteção ao SFS apenas incide de forma detalhada sobre um intervalo de 1 MHz, [3759,5; 3760,5] MHz. Fora deste intervalo [3400 ; 3759,5] U [3760,5 ; 4200] MHz, no qual a MEO tem em operação serviços satélite, não é garantida a proteção radioelétrica, inclusive poder-se-á até inferir que a própria servidão radioelétrica poderá estar em causa, uma vez que nada é referido.
350. O quadro 7 do Anexo técnico da Decisão 2019/235/EU refere-se a limites de potência de emissão acima dos 3800 MHz (sem especificar o limite superior de frequência), no entanto é indicado como referência para a faixa de frequências [3400 ; 3759,5] U [3760,5 ; 4200] MHz. A MEO solicita esclarecimento desta questão.
351. Ainda relativamente ao quadro 7, os valores indicados não garantem que o sinal emitido junto às estações de receção satélite seja inferior aos 188

dBm/560 kHz especificados para a banda de 1 MHz, [3759,5; 3760,5] MHz, sendo de recordar a sugestão que a MEO fez a este respeito na sua resposta de 27.11.2019 à consulta sobre a designação da faixa dos 700 MHz para SCET e limitação dos DUF a atribuir nos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz. Esta aproximação compromete os serviços de satélite em operação.

352. Para referência, a MEO opera o serviço VSAT Internacional na banda C, faixa [3,9 ; 4,0] GHz, situado no intervalo de frequência omissa em regras claras de proteção.

353. A MEO pede esclarecimentos sobre a priorização em caso de interferências no intervalo de frequências [3400 ; 3759,5] U [3760,5 ; 4200] MHz, nomeadamente se a licença SFS irá prevalecer sobre a eventual licença do serviço 5G interferente. Adicionalmente, a MEO solicita a clarificação de qual o enquadramento da servidão radioelétrica da estação terrena de Sintra (Decreto Regulamentar n.º 38/79 de 5 de Julho) no futuro contexto 5G.

Anexo 4 - Municípios de baixa densidade

354. Este anexo 4 deverá indicar todas as freguesias incluindo as da Madeira e dos Açores, e a CAOP de referência.

From: Regulação NOS <regulacao@nos.pt>
Sent: 3 de julho de 2020 17:38
To: reg.leilao@anacom.pt
Cc: Filipa Santos Carvalho; Mafalda Rodrigues Morais
Subject: Resposta NOS Consulta Projeto de Regulamento para atribuição de frequências - versão não confidencial
Attachments: 2020-07-03 Resposta NOS Consulta Projeto regulamento leilão 5G_vf_Anexo 1.pdf; 2020-07-03 Resposta NOS Consulta Projeto regulamento leilão 5G-Parecer Prof. Dr. Paulo Otero.PDF; 2020-07-03 Resposta NOS Consulta Projeto regulamento leilão 5G_vf_VNC.pdf
Categories: Blue Category

Exmos. Senhores,

Junto se envia a versão não confidencial da resposta da NOS Comunicações, S.A. à consulta pública relativa ao Projeto de Regulamento do Leilão para a atribuição de DUF nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz aprovado em 6 de fevereiro de 2020 pelo Conselho de Administração da ANACOM.

Com os melhores cumprimentos,



Mafalda Rodrigues Morais

Direção Jurídica e de Regulação

F: +351 211 553 136 M: +

Rua Actor António Silva, 9

Campo Grande, 1600-404 Lisboa



AVISO

A informação contida neste e-mail e ficheiros anexos são confidenciais e deverão ser lidos exclusivamente pela pessoa ou entidade a quem se dirigem. Se recebeu esta comunicação por engano, por favor, informe de imediato o remetente e apague a mensagem e os ficheiros anexos sem os ler, copiar, gravar, distribuir ou divulgar ou fazer qualquer outro uso da informação. Lembre-se da sua Responsabilidade Social Ambiental antes de decidir imprimir este e-mail.

DISCLAIMER

The information in this email is confidential and should only be read by the person or entity to whom it is addressed. If you have received this communication by mistake, please notify the sender and immediately delete the message and the attached files without reading, copying, recording, distributing, disseminating or making any other use of the information. Remember your Environmental Responsibility before deciding to print this email.

Consulta sobre o Projeto de Regulamento do Leilão para a atribuição de DUF nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz

Comentários da NOS

03 de julho de 2020

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

1. Introdução.....	10
2. Comentários	11
2.1. A mudança radical de contexto provocada pela pandemia reforça a necessidade de revisão profunda do Projeto de Regulamento.....	11
2.2. A aceleração da digitalização exige que os atuais operadores acedam ao espectro necessário para 5G e também para reforçar a capacidade 4G.....	12
2.3. As propostas da ANACOM prejudicam a concorrência e o investimento no setor ...	14
2.3.1. A ANACOM quer forçar a estrutura de mercado, mas um maior número de concorrentes não é sinónimo de mais concorrência.....	14
2.3.2. O Projeto de Regulamento reduz o incentivo ao investimento	15
2.4. O Projeto de Regulamento é injustificadamente discriminatório.....	18
2.4.1. O mercado de comunicações em Portugal é um mercado dinâmico e competitivo	19
2.4.2. A proposta de medidas de discriminação positiva é inédita	21
2.4.2.1. Todos os operadores de rede móvel em Portugal foram sujeitos a obrigações de cobertura quando entraram no mercado	21
2.4.2.2. A nível europeu também não existe precedente de atribuição de espectro sem a sujeição a qualquer compromisso ou obrigação de cobertura.....	22
2.4.2.3. A Comissão Europeia defende a associação de obrigações ao espectro a atribuir a entrantes	22
2.4.3. As medidas de discriminação positiva atraem especuladores sem real interesse no desenvolvimento dos serviços móveis e do país	24
2.5. O preço global do espectro tem que ser equilibrado e ajustado ao novo contexto ..	25
2.5.1. As obrigações de cobertura propostas pela ANACOM são ineficientes porque duplicam o custo dos operadores e o ganho de cobertura é marginal.....	26
2.5.2. As obrigações de cobertura devem ser seletivas e focadas em pontos que alavanquem efetivamente a transformação digital da Sociedade e da Economia.....	27
2.5.3. Os preços de reserva são excessivos face às exigências de cobertura.....	28
2.5.4. As taxas de utilização de espectro em Portugal são 3x superiores à média europeia e têm que diminuir, no mínimo, 50%. A redução deve ser confirmada antes do leilão 5G..	28
2.6. A invalidade do Projeto de Regulamento.....	30
2.6.1. A ilegalidade do estabelecimento de obrigações de cobertura mais exigentes do que as estabelecidas pelo Governo na RCM.....	31
2.6.2. A invalidade da proibição de a NOS (e demais operadores) aceder a espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz em igualdade de circunstâncias.....	32
2.6.3. A invalidade das medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes”	35

2.6.4.	As medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes” constituem auxílios de Estado ilegais, sendo a sua notificação prévia obrigatória e dependendo a sua concretização de uma decisão da Comissão Europeia.....	39
2.6.4.1.	As medidas de discriminação positiva constituem auxílios de Estado.....	39
2.6.4.2.	Esses auxílios têm de ser previamente notificados à Comissão Europeia	42
2.6.4.3.	O Regulamento não pode entrar em vigor sem prévia decisão da Comissão sobre os auxílios	43
2.6.5.	A decisão da ANACOM de retomar a consulta pública é contrária à lei.....	44
2.6.6.	As ilegalidades de que enferma o procedimento irão suscitar litigância judicial	45
3.	Propostas de alteração às regras do leilão.....	47
3.1.	Propostas para aumentar a eficiência do espectro.....	47
3.1.1.	Garantia de contiguidade	47
3.1.2.	Proposta para garantir tempo suficiente para preparar o leilão.....	49
3.1.3.	Proposta para diminuir probabilidade de especuladores	51
3.1.3.1.	Critérios de qualificação mais exigentes	51
3.1.3.2.	Caução.....	52
3.1.3.3.	Regras de desistência e de dispensas	52
3.1.3.4.	Condições de locação e transmissão do espectro	53
4.	Esclarecimentos.....	54
4.1.	Sobre a Dense Air Portugal	54
4.1.1.	Não aplicação do conceito de novo entrante.....	54
4.1.2.	Impossibilidade de apresentação de licitações na categoria J	54
4.1.3.	Data de levantamento das restrições na faixa dos 3,6 GHz e data de depósito	55
4.2.	Sobre o âmbito geográfico de atuação das entidades consideradas novos entrantes	55
4.3.	Sobre obrigações de cobertura, de instalação de rede e de acesso	55
4.4.	Sobre o funcionamento do leilão	57
4.5.	Sobre as condições técnicas de utilização do espectro	59
4.5.1.	Garantia de sincronismo.....	59
4.5.2.	Disponibilidade de 20 MHz efetivos na banda dos 2100 MHz.....	60
4.5.3.	Novas decisões da UE sobre 2100 e 2600 MHz	61
5.	Conclusão	62

Sumário Executivo

O projeto de regulamento da ANACM relativo ao leilão das frequências 5G aprovado em fevereiro de 2020 (Projeto de Regulamento) diminui o incentivo ao investimento e o nível de competitividade do setor português das comunicações eletrónicas no futuro e faz, assim, perigar o desenvolvimento económico, industrial e digital do País do qual, este setor, é pilar decisivo.

Acresce que o Projeto de Regulamento está ferido de ilegalidade que, caso não seja corrigida, irá gerar litigância judicial prejudicando a introdução e implementação da tecnologia 5G em Portugal, bem como o reforço das tecnologias atuais, ambos fundamentais para que o setor tenha condições para suportar a aceleração da digitalização da Economia e da Sociedade.

Com o Projeto de Regulamento a ANACOM pretende, à margem das suas competências, desenhar ou mesmo forçar a estrutura de mercado. Como escreve MÁRIO AROSO DE ALMEIDA: *"É esse traço identitário que explica que a regulação da economia se concretiza num intervenção que não se dirige a impor a vontade do Estado ao mercado, mas, em primeira linha, a promover o equilíbrio do mercado, de acordo com as suas próprias regras e, por tanto, a eficiência económica visada pelo próprio mercado, que é, desse modo, assumida, em si mesma, como um interesse público."*¹

Assente no pressuposto, que a NOS não reconhece e refuta, de que o mercado não é concorrencial e sem análise de impacto ou fundamentação sólida, a ANACOM propõe um conjunto alargado e inédito a nível nacional e europeu, de medidas para atrair novos *players*, sem lhes exigir, em contrapartida, qualquer compromisso de investimento no país.

Os operadores nacionais têm mantido ao longo dos anos, e malgrado a descida de receitas que caracterizou o setor durante anos, um nível elevado e constante de investimento que tem proporcionado aos cidadãos e empresas nacionais redes com elevada qualidade e cobertura e serviços inovadores.

Porém, o direito de os novos entrantes acederem de forma incondicional, isto é, sem quaisquer obrigações cobertura e de construção de rede própria, às redes existentes e a construir pelos atuais operadores atualmente previsto no Projeto de Regulamento diminui os incentivos ao investimento. Pois, por um lado, registar-se-á um claro desincentivo ao investimento dos atuais operadores, uma vez que é eliminada a capacidade de diferenciação proporcionada pelo seu investimento, já que serão obrigados a colocar ao dispor dos entrantes os benefícios decorrentes dos seus investimentos. Por outro lado, os entrantes, sem obrigações de cobertura e com direito de acesso a todas as redes dos atuais operadores, não têm incentivo a investir no setor e em Portugal.

¹ in **A regulação como função administrativa do Estado: a complexidade de um conceito**, in Carla Amado Gomes / Ricardo Pedro / Rute Saraiva / Fernanda Maças (Coord.), *Garantia de Direitos e Regulação: Perspetivas de Direito Administrativo*, AAFDL - 2020, p. 49

Assim, ao contrário do pretendido, o Projeto de Regulamento promove uma diminuição da intensidade concorrencial, em prejuízo da qualidade dos serviços e inovação, pondo em causa o lugar de destaque e o papel de alavanca da competitividade que os serviços de comunicações têm desempenhado e o papel de catalisador da digitalização.

O Projeto de Regulamento é profunda e injustificadamente discriminatório. Ao mesmo tempo que propõe um conjunto alargado de medidas em favor dos entrantes, impõe um caderno de encargos muito pesado para os atuais operadores acederem ao espectro.

Trata-se de uma discriminação não justificada e inaceitável em qualquer circunstância, para além de que é ilegal, uma vez que viola frontalmente a condição de tratamento imparcial e não discriminatório previsto na lei, assenta em pressupostos errados e contraria a Resolução do Conselho de Ministros que fixou a estratégia para 5G (RCM). Para além disso, as medidas de discriminação potenciam o interesse de especuladores sem real interesse no desenvolvimento do setor e do país.

O conjunto de medidas de discriminação a favor dos entrantes é também inédita a nível nacional e internacional. A nível nacional, recorda-se, por exemplo, que a NOS (então Optimus), apesar de ser o 3º operador a entrar no mercado, investiu cerca de 500 milhões de euros nos primeiros 3 anos de atividade, incluindo para cumprir pesadas obrigações de cobertura que se situavam em 99% da população ao fim de três anos de atividade.

Salienta-se que a NOS nada tem contra a concorrência ou o ambiente competitivo, ambiente no qual surgiu no mercado, cresceu, e do qual foi um agente defensor e promotor ativo ao longo de mais de 20 anos. Aquilo que a NOS não concorda e não pode aceitar é o enviesamento das condições de atuação no mercado proposto pela ANACOM.

É, assim, impreterível que as condições da futura atribuição de espectro sejam equivalentes para todos os interessados, nomeadamente obrigações de cobertura, e deve ser eliminada a obrigação de os atuais operadores concederem acesso a entidades às quais não são exigidos níveis significativos de investimento no desenvolvimento de rede própria, dito de outro modo, o benefício das obrigações de acesso deverá estar condicionada a exigências de investimento em termos de cobertura e rede própria. Adicionalmente, a obrigação de os atuais operadores darem acesso a entrantes deve ser restrita às tecnologias 2G, 3G e 4G (tecnologias *legacy*), uma vez que a possibilidade de desenvolvimento da tecnologia 5G apenas será possível após o futuro leilão para todos os interessados.

Adicionalmente, no sentido de minimizar a fragmentação de espectro, que diminui a sua eficiência, e tendo em conta os princípios da não discriminação e de proporcionalidade, **[IIC - Início de Informação Confidencial] ... [FIC - Fim de Informação Confidencial]**.

De referir que a necessidade de alteração do Projeto de Regulamento proposto pela ANACOM acentuou-se com a alteração dramática do enquadramento económico e social decorrente pandemia de COVID-19.

Ao contrário do expectável há escassos meses, Portugal (e o mundo em geral) enfrentará uma crise económica, social e financeira de proporções históricas que condiciona a disponibilidade

de recursos e aumenta ainda mais a exigência de rigor na sua gestão. Em contrapartida, a pandemia permitiu uma aceleração da digitalização que constitui uma alavanca para a competitividade e crescimento futuro, mas coloca também exigências adicionais às comunicações móveis, incluindo em termos de velocidade e latência.

Para que seja possível dar resposta cabal às exigências da aceleração da digitalização, incluindo dos diversos programas em desenvolvimento pelo Governo neste domínio, dos quais a "Escola Digital" é um exemplo, é fundamental manter os incentivos ao investimento e o nível de competitividade do setor e é também fundamental garantir acesso não só ao espectro para a introdução e desenvolvimento eficiente do 5G em Portugal, mas também o acesso dos atuais operadores a espectro adicional para reforço das redes assentes nas tecnologias atuais, em particular 4G.

Assim sendo, o regulamento final deve garantir a disponibilização de todo o espectro, incluindo das faixas dos 900 e 1800 MHz, a todos os potenciais interessados (incluindo atuais operadores) em condições de igualdade, de modo a garantir que os atuais operadores têm condições para reforçar a capacidade de 4G, com vista a suportar as exigências decorrentes da aceleração da Digitalização da Economia e da Sociedade. Tal implica a eliminação da reserva de espectro das faixas dos 900 MHz e 1800 MHz para novos entrantes atualmente prevista no Projeto de Regulamento. A manter-se algum tipo de reserva de espectro, algo que a NOS entende como injustificado e prejudicial ao desenvolvimento do setor e do país, deverão ser associadas obrigações ao espectro reservado, incluindo obrigações de cobertura alinhadas com as que enfrentaram os atuais operadores quando entraram no mercado, ou seja, nunca inferiores a 75% de cobertura da população nacional ao fim de 3 anos.

No que respeita às obrigações de cobertura para os atuais operadores, a proposta da ANACOM, para além de ser ilegal por não estar conforme as metas traçadas pelo Governo na RCM, é profundamente ineficiente, uma vez que implica um investimento com um custo adicional de 90% e permite, apenas, um acréscimo de 0,7% de população coberta, ao mesmo tempo que deixa de fora agentes que são estratégicos para a transformação digital do país.

As obrigações de cobertura têm que ser mais seletivas e focadas do que as refletidas na proposta da ANACOM. E para sanar a atual ilegalidade, as obrigações de cobertura devem ser alinhadas com as metas traçadas pelo Governo na RCM, focando-se em pontos efetivamente estratégicos e estruturais para o desenvolvimento do país, evitando métricas de cobertura de território e população que, como aludido, não geram na realidade valor relevante e implicam um aumento desproporcional de custos.

No estabelecimento dos preços de reserva a ANACOM atendeu ao *benchmarking* internacional, mas incluiu países que, contrariamente a Portugal, tinham como objetivo a maximização das receitas e não teve em conta que as obrigações de cobertura em Portugal, mesmo as vertidas na RCM, são das mais exigentes a nível europeu. Daqui decorre a necessidade de revisão em baixa dos preços de reserva propostos pela ANACOM.

Apesar de a fixação das taxas de utilização de espectro ser matéria da competência do Governo, a ANACOM deve ser parte ativa e proativa na redução mínima de 50% da atual taxa

de espectro e na criação de uma regra que impeça o aumento das taxas de espectro durante a vigência dos direitos de utilização. Salienta-se que a redução das taxas de espectro terá que ser confirmada previamente ao leilão porque estas taxas constituem um elemento fundamental a considerar pelos interessados na definição das respetivas estratégias de licitação.

Como temos vindo a expor, o Projeto de Regulamento enferma de várias ilegalidades.

A RCM tem caráter injuntivo, como tal, a ANACOM está vinculada ao seu cumprimento. Pois, sem prejuízo de a ANACOM ser uma entidade administrativa independente, não é um *Estado dentro do Estado e toda a sua autonomia exerce no quadro da Constituição, incluindo do respeito pela competência dos órgãos de soberania e do princípio da separação de poderes.*

Assim, a ANACOM não tem discricionariedade para fixar obrigações de cobertura diferentes das previstas na RCM, como fez. Por isso haverá invalidade, por ilegalidade, de todas as soluções a fixar pela ANACOM que contrariem as metas estratégicas fixadas na RCM. Mais, a invalidade da versão final do Regulamento projetar-se-á sobre a validade de todos os atos da ANACOM a jusante, inquinando, desde logo, o ato final².

A proibição imposta pela ANACOM aos atuais operadores de acedermem a espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz em igualdade de circunstâncias, visto o mesmo ser reservado a novos entrantes, viola o direito de aceder a procedimentos de atribuição de espectro de que efetivamente necessitam para prosseguir a sua atividade.

Adicionalmente, as medidas de discriminação positiva a favor dos entrantes previstas no Projeto de Regulamento assentam num erro sobre os pressupostos de facto e violam os princípios da igualdade, da concorrência e da proporcionalidade, além de padecerem de um problema de precedência de lei.

Assim, as normas em causa, se transpostas para a versão final do Regulamento, enfermam de usurpação de poderes ou, numa perspetiva constitucional, de inconstitucionalidade orgânica, sendo nulas e comunicando essa invalidade a todos os atos subsequentes do procedimento administrativo. Por isso, a ANACOM deve remover estas normas sob pena de desencadear um procedimento que se encontra, à partida, inquinado de grave invalidade.

Outro fator de ilegalidade advém da decisão da ANACOM de 1 de junho de 2020 relativa à retoma da presente consulta na sequência da publicação da Lei n.º 16/2020, de 29 de maio. Aquele decisão da ANACOM é ilegal porque ignora que o Decreto-Lei n.º 10-D/2020, e, em particular, a alínea f) do seu artigo 8.º, que estabelece a suspensão dos prazos de resposta a projetos de regulamento da ANACOM, estão em vigor e produzem todos os seus efeitos, Em consequência, mantendo a ANACOM o atual entendimento quanto à retoma do processo de consulta, o Regulamento do Leilão que vier a ser aprovado com preterição da formalidade da realização da consulta pública (tal será o resultado se for considerado um prazo para a mesma que viola a lei) padecerá, desde logo, desta invalidade.

² Cf Parecer do Professor Doutor Paulo Otero junto em anexo

Adicionalmente e de extrema relevância, deve ser tido em conta que o pacote de medidas de discriminação em favor dos entrantes, a confirmarem-se, qualificam-se como auxílios de Estado, uma vez que preenchem, cumulativamente, os requisitos previstos no artigo 107º, nº 1, do Tratado da União Europeia. É inequívoca a obrigatoriedade de notificação à Comissão dos auxílios de Estado previamente à sua implementação. Realça-se que a obrigatoriedade de notificação é aplicável a todos e quaisquer auxílios que o Estado pretenda conceder, sejam eles admissíveis ou não à luz do ordenamento europeu.

Por isso, a manterem-se as medidas de discriminação no Regulamento final, este não pode vigorar, quanto a esses auxílios, enquanto sobre eles não decidir a Comissão, sob pena de ilegalidade do Regulamento final e de um processo de infração do Tratado da União Europeia pelo Estado Português devido ao incumprimento da notificação prévia de auxílios de Estado.

Acresce que a NOS entende que, dadas as características do mercado nacional e a extensão de benefícios para novos entrantes, sem exigências de contrapartidas, as medidas de discriminação em favor dos entrantes constituem auxílios de Estado ilegais.

A NOS confia que a ANACOM, sopesando todos os contributos recebidos no âmbito da consulta pública, quer no plano dos factos, quer no respetivo enquadramento jurídico, corrigirá o Projeto de Regulamento, e respeitará todas as vinculações legais, de direito nacional e da União Europeia em vigor. Trata-se, não apenas, de respeitar os direitos e interesses legítimos da NOS e demais operadores do mercado, mas também de garantir condições para a implementação bem-sucedida do 5G em Portugal e o reforço da capacidade das tecnologias atuais, para que o setor das comunicações atue efetivamente como catalisador e pilar da transformação digital da Sociedade e Economia.

Caso, por hipótese, tal não se verifique, a NOS não poderá deixar de recorrer a todos os meios judiciais, incluindo meios cautelares, que a Constituição da República Portuguesa, a lei nacional e o direito da União Europeia lhe reconhecem, de modo a assegurar em tempo útil a tutela dos seus direitos e o respeito pelo "*level playing field*", bem como a obter ressarcimento por todos os danos causados.

Em conclusão, face ao exposto, a NOS entende que o Projeto de Regulamento carece de profunda revisão e o Regulamento final deve:

- i) Garantir a disponibilização de todo o espectro, incluindo das faixas dos 900 e 1800 MHz, a todos os potenciais interessados (incluindo atuais MNO's) em condições não discriminatórias, de modo a garantir que os atuais operadores têm condições para reforçar a capacidade de 4G, com vista a suportar as exigências decorrentes da aceleração da Digitalização da Economia e da Sociedade. Consequentemente, deverá ser eliminada a reserva de espectro das faixas dos 900 MHz e 1800 MHz para novos entrantes;
- ii) A manter-se a reserva de espectro para entrantes, algo que a NOS considera injustificado e negativo para o mercado, têm que ser associadas obrigações de cobertura a este espectro. Estas obrigações de cobertura deverão ser equivalentes às

fixadas sobre os atuais operadores de rede móvel quando entraram no mercado, portanto, nunca inferiores a 75% da população em 3 anos;

- iii) Prever a equivalência para todos os interessados das condições da futura atribuição de espectro, incluindo das obrigações de cobertura, o que implica o tratamento igual entre novos entrantes e atuais operadores **[IIC] ... [FIC]**;
- iv) Eliminar a obrigação de os atuais operadores concederem acesso a entidades às quais não são exigidos níveis significativos de investimento;
- v) Estabelecer como condição para os entrantes beneficiarem de acesso o cumprimento de objetivos de cobertura, incluindo através do desenvolvimento de rede própria. Adicionalmente, o direito de acesso a redes de terceiros a incluir no Regulamento deve ser restrito às tecnologias 2G, 3G e 4G e limitado no tempo, nunca mais de 5 anos;
- vi) Fixar metas de cobertura focadas em pontos efetivamente estratégicos e estruturais para o desenvolvimento do país, evitando métricas que, na realidade não geram valor e representam investimento ineficiente. Neste seguimento, as obrigações de cobertura a incluir no Regulamento devem estar alinhadas com as metas estratégicas definidas pelo Governo na RCM;
- vii) Os preços de reserva definidos através de *benchmarking* deverão ser revistos em baixa, nomeadamente para refletir os objetivos de cobertura mais ambiciosos que se pretendem fixar.

Adicionalmente, a NOS entende que as regras do leilão devem ser alvo de melhoria com vista a promover a atribuição e utilização eficiente do espectro e diminuir participações especulativas. A NOS considera também que devem ser desde já clarificadas algumas condições sobre o funcionamento do leilão, bem como das condições de utilização do espectro para aumentar a transparência sobre o procedimento.

Por último, mas com grande impacto nos planos de utilização e exploração dos direitos de utilização de frequências, a NOS entende que a ANACOM deve atuar proactivamente junto do Governo de modo a garantir que, previamente ao início do leilão, se concretiza a redução, no mínimo, de 50% das taxas de espectro e que é adotada de uma regra que garante a estabilidade destas durante todo o período de duração dos DUF. A redução das taxas de espectro previamente ao leilão assume extrema relevância porquanto a componente das taxas de espectro tem um impacto relevante na definição das estratégias de licitação.

1. Introdução

A NOS Comunicações, S.A., doravante NOS, vem, através do presente documento, transmitir os seus comentários ao Projeto de Regulamento do Leilão para a atribuição de DUF nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz aprovado em 6 de fevereiro de 2020, doravante “Projeto de Regulamento”.

A ANACOM optou por retomar o Projeto de Regulamento que aprovou em fevereiro de 2020 ignorando que desde então o mundo mudou de forma dramática.

A alteração de enquadramento provocada pela emergência de saúde pública devido à COVID-19 agravou ainda mais o desvio entre as condições propostas pela ANACOM para atribuição de espectro e aquelas que são necessárias para que o setor das comunicações continue a ser um pilar de desenvolvimento do país, mais ainda, num contexto de forte aposta e aceleração na transformação digital da Sociedade e da Economia.

Para que a transformação digital se materialize e seja bem-sucedida é fundamental uma oferta robusta de 5G, mas também o reforço de capacidade das tecnologias atuais. As medidas incluídas no Projeto de Regulamento não promovem que tal aconteça, pelo contrário.

O Projeto de Regulamento assenta no pressuposto de que o mercado de comunicações nacional não é competitivo. Trata-se de um pressuposto errado que inquina (e fere de ilegalidade) a proposta da ANACOM.

Com base neste pressuposto errado, a ANACOM propõe um regulamento profundamente discriminatório. Para além da reserva de espectro para novos entrantes e desconto no respetivo preço, a ANACOM propõe atribuir espectro a novos entrantes sem a exigência de quaisquer compromissos de investimento no país, nomeadamente em termos de obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede própria, ao mesmo tempo que lhes concede o direito incondicional e irrestrito de acesso às redes dos atuais operadores. Por seu turno, a ANACOM propõe pesadas obrigações, incluindo de cobertura, aos atuais operadores.

O Projeto de Regulamento promove, assim, distorções concorrenciais graves que diminuem o incentivo ao investimento e que, a prazo, potenciam o aumento de preços. Mais, a proposta da ANACOM **[IIC]** ... **[FIC]**, para além de estar ferida de ilegalidade.

A pronúncia da NOS é sistematizada em vários capítulos, primeiro são apresentados comentários estruturais, de seguida apresentam-se contributos com vista a melhorar a eficiência do leilão, de seguida são elencados diversos aspetos que carecem de esclarecimento, terminando a pronúncia da NOS com uma conclusão. São parte integrante da pronúncia da NOS seguintes anexos:

- Concorrência do setor das comunicações em Portugal;
- Parecer do Prof. Doutor Paulo Otero sobre a invalidade radical das normas do Projeto de Regulamento.

2. Comentários

2.1. A mudança radical de contexto provocada pela pandemia reforça a necessidade de revisão profunda do Projeto de Regulamento

A emergência de saúde pública provocada pela COVID-19, qualificada pela Organização Mundial de Saúde como pandemia internacional no dia 11 de março de 2020, implicou uma alteração profunda do enquadramento económico e social. Para além dos desafios imediatos inerentes ao combate à pandemia e à adaptação a uma situação generalizada de confinamento e distanciamento inédita e inesperada, o cenário pós pandemia será muito desafiante.

Invertendo um ciclo de crescimento económico e de controlo das contas públicas, a Economia nacional irá sofrer uma contração histórica e uma forte pressão orçamental, sendo que o contexto nacional é agravado pela atual dependência do País do setor do Turismo e pelo facto de se tratar de uma contração a nível mundial, tornando ainda mais desafiante a recuperação nacional.

Neste contexto de crise económica e financeira global torna-se particularmente relevante a aplicação criteriosa de recursos, públicos e privados, canalizando-os para investimentos eficientes e que, preferencialmente, tenham um efeito multiplicador na Economia, em particular, que sustentem a transformação digital do tecido empresarial e da Sociedade.

A par dos desafios (ameaças), a pandemia também gerou oportunidades, com destaque para a aceleração da transformação digital, a qual constitui um instrumento fundamental para o novo modelo de crescimento e desenvolvimento que Portugal ambiciona e tem que perseguir.

Durante a pandemia ficou também evidente a essencialidade dos serviços de comunicações eletrónicas, tal como ficou também bem clara a qualidade e resiliência dos serviços de comunicações prestados pelos atuais operadores de rede móvel e que a atual estrutura de mercado responde adequadamente às necessidades do País em termos de serviços de comunicações, incluindo em situações de emergência.

No processo de aceleração da digitalização em curso é fundamental que Portugal continue a dispor de um setor de comunicações eletrónicas concorrencial, inovador, sustentável e capaz de investir de forma ágil no reforço de capacidade e resiliência das infraestruturas e tecnologias atuais, bem como na implementação e desenvolvimento de novas tecnologias e serviços. Para este efeito são fundamentais as condições regulatórias relativas à atribuição de espectro para a introdução e desenvolvimento do 5G, bem como para o reforço das redes móveis atuais.

Apesar de a ANACOM ter retomado o processo de consulta sobre as condições de atribuição do espectro, como se nada se tivesse alterado, a verdade é que, como defendido pelas mais altas individualidades da Nação, não se pode fingir que nada mudou e que as soluções definidas ontem continuam a ser as soluções adequadas para amanhã.

É imprudente, desaconselhável, para não dizer mesmo irresponsável, ignorar a alteração profunda de contexto e as respetivas ameaças e oportunidades, insistindo em soluções

desenhadas no passado e que, na verdade, já então não eram as adequadas para promover o investimento e a concorrência no setor.

O novo enquadramento decorrente da pandemia, designadamente a contração económica e financeira e a aceleração da digitalização, tornaram ainda mais evidente e essencial a revisão do Projeto de Regulamento no sentido de:

1. Garantir o acesso dos atuais operadores ao espectro necessário para a introdução e desenvolvimento do 5G, mas também para o reforço das redes móveis atuais;
2. Incentivar o investimento de todos os operadores, sem exceção, e promover a concorrência equilibrada e sustentável;
3. Definir um preço global do 5G equilibrado e ajustado ao novo contexto, com destaque para:
 - a. Definição de obrigações seletivas e focadas nos pontos onde existe procura efetiva e nos pontos de transição digital, uma vez que é a cobertura destes que gera valor acrescentado;
 - b. Redução dos preços de reserva acomodando, nomeadamente, o facto de as obrigações de cobertura em Portugal serem mais exigentes;
 - c. Recomendação firme de redução de, pelo menos, 50% das taxas de espectro e de garantia da sua estabilidade durante toda a duração dos direitos de utilização de frequências.

2.2. A aceleração da digitalização exige que os atuais operadores cedam ao espectro necessário para 5G e também para reforçar a capacidade 4G

Como ficou demonstrado durante a pandemia, a digitalização potencia o crescimento do tráfego e coloca maior exigência nas redes de comunicações eletrónicas, incluindo ao nível de velocidade e latência.

[IIC] ... [FIC]

A resposta ao aumento de tráfego e as maiores exigências em termos de velocidade e de latência exige o aumento da quantidade de espectro disponível por cada operador, de modo a permitir a continuidade, a resiliência e a qualidade da prestação de serviços que uma organização da economia e da sociedade assente no digital exige.

De resto, o reconhecimento da necessidade de acesso a mais espectro para fazer face às necessidades de consumo durante a pandemia determinaram a adoção de um modelo mais ágil de acesso a espectro adicional pelos atuais operadores para suportar serviços móveis de qualidade.

Como é do conhecimento da ANACOM **[IIC] ... [FIC]**.

A necessidade de espectro adicional, incluindo de 4G, continuará a ser uma realidade após a pandemia e será intensificada pela aceleração da Digitalização da Economia e da Sociedade, nomeadamente por diversos programas governamentais, como é o caso do Programa “Escola Digital”.

Os programas de digitalização – que são reconhecidamente relevantes para o desenvolvimento, competitividade e coesão social do País – colocarão uma pressão adicional sobre as redes móveis. **[IIC] ... [FIC]**.

Ora, para que os programas de digitalização definidos a nível governamental sejam bem-sucedidos têm que ser acompanhados de medidas que permitam aos operadores responderem cabalmente e com qualidade às novas exigências, onde se inclui necessariamente o reforço de capacidade de 4G.

Do exposto decorre que deve ser eliminada a reserva de espectro para novos entrantes atualmente prevista e que todos os interessados, incluindo os atuais operadores, devem ter a possibilidade de aceder a todo o espectro disponível nas mesmas condições. Como teremos oportunidade de detalhar adiante, a impossibilidade de a NOS (e outros operadores) aceder em condições de igualdade a espectro necessário para o desenvolvimento da sua atividade é ilegal.

No que respeita ao espectro de novas faixas que irão suportar a disponibilização de serviços 5G, é consensual que a extração das potencialidades da tecnologia de forma eficiente para permitir a entrega do “verdadeiro 5G” exige que cada operador disponha de blocos de frequências suficientemente largos.

Na faixa dos 700 MHz **[IIC] ... [FIC]** para que um operador possa entregar os benefícios de banda larga móvel de muito alta velocidade. Importa, por isso, que o espectro das faixas dos 700 MHz e 3600 MHz, identificadas como faixas *core* do 5G, não sejam alvo de fragmentação.

Ora, o Projeto de Regulamento da ANACOM apresentado ao mercado em fevereiro de 2020 promove e incentiva a fragmentação do espectro por vários operadores, nomeadamente através da reserva de espectro para entrantes, agravada pela ausência de obrigações neste espectro e da diferenciação das obrigações sobre os atuais operadores e novos entrantes.

No caso da faixa dos 700 MHz, **[IIC] ... [FIC]**.



Reitera-se que a fragmentação de espectro por vários operadores deve ser evitada na medida em que limita o valor que se pode extrair do espectro devido à menor eficiência espectral e, assim, diminui a capacidade de resposta do país aos desafios inerentes à digitalização, em geral, e a situações de emergência, em particular.

Consequentemente, o Projeto de Regulamento terá que ser alvo de alterações no que a este aspeto respeita. Em concreto, o regulamento deve garantir a disponibilização de todo o espectro disponível, incluindo o das faixas dos 900 e 1800 MHz, a todos os potenciais interessados (incluindo atuais MNO's) em condições de igualdade e não discriminatórias, de modo a garantir que os atuais operadores têm condições para reforçar a capacidade de 4G, com vista a suportar as exigências decorrentes da aceleração da Digitalização da Economia e da Sociedade. **[IIC] ... [FIC]**.

Assim, deverá ser eliminada a reserva de espectro das faixas dos 900 MHz e 1800 MHz para novos entrantes. Adicionalmente, as entidades que adquirirem o direito de utilização **[IIC] ... [FIC]**.

2.3. As propostas da ANACOM prejudicam a concorrência e o investimento no setor

2.3.1. A ANACOM quer forçar a estrutura de mercado, mas um maior número de concorrentes não é sinónimo de mais concorrência

De acordo com a Lei, compete à ANACOM, enquanto regulador das comunicações, "*promover a concorrência na oferta de redes e serviços*" devendo, para o efeito, "*assegurar a inexistência de distorções ou entraves à concorrência*", "*assegurar a gestão eficiente do espectro radioelétrico*" e "*promover o investimento eficiente e a inovação*". Não se incluem nas competências da ANACOM o desenho da estrutura de mercado.

Não obstante, à margem das suas competências e da normal e desejável dinâmica concorrencial, a ANACOM pretende desenhar ou mesmo forçar uma determinada estrutura de mercado, em concreto, o regulador pretende forçar a entrada de novo(s) operador(es) no mercado.

Sucedem que, como é devidamente estudado pela teoria económica, um mercado com mais operadores não significa necessariamente mais concorrência. Em particular, em mercados caracterizados por economias de escala, como é o caso do setor das comunicações, o efeito do aumento de número de concorrentes pode ser a perda de eficiência, em detrimento do objetivo de maximização do bem-estar social.

De referir que em fevereiro de 2020 a GSM Association publicou o estudo "*Mobile market structure and performance in Europe - Lessons from the 4G era*"³ que conclui que os

³ Disponível em:

<https://www.gsmaintelligence.com/research/?file=0daba30e69c834affcc6fd4eda33fd1a&download>

mercados com três operadores geram mais benefícios para os clientes, nomeadamente em termos de velocidade, latência e maior rapidez de cobertura das redes. O mesmo estudo conclui ainda que os operadores presentes em mercados com 3 operadores investem mais do que os que atuam em mercados com 4 operadores.

A este propósito acrescenta-se que a estrutura do mercado nacional, em que atuam 3 operadores de rede móvel (e 3 MVNO's) não constitui uma exceção, pelo contrário. Num conjunto de 43 países, 29, ou seja, quase 70% têm 3 ou menos operadores de rede. Mais, Portugal tem um rácio de habitantes por operadores de rede móvel dos mais baixos da Europa (ver anexo relativo à concorrência no setor).

De referir ainda que, ao contrário do que tem sido divulgado pela ANACOM, os leilões de espectro que têm tido lugar, nomeadamente de frequências para 5G, não têm, na esmagadora maioria dos países alterado estrutura de mercado.

2.3.2. O Projeto de Regulamento reduz o incentivo ao investimento

Para além de assentar a sua proposta no pressuposto de que o mercado não é concorrencial, algo que a NOS não reconhece e refuta, a ANACOM não apresentou qualquer análise de impacto das medidas que propõe na dinâmica concorrencial *ex-post*.

A ANACOM não apresentou qualquer análise de impacto da entrada de novos *players* no mercado nacional que sustente que a promoção dessa entrada - através de um conjunto alargado e inédito de medidas de discriminação - irá promover a aceleração da cobertura do País com Internet de banda larga e a coesão territorial, objetivos traçados pelo próprio regulador para o futuro processo de atribuição de frequências.

Aliás, não se antecipa qualquer cenário credível em que os entrantes irão investir e promover o alargamento da cobertura das redes móveis, uma vez que as suas obrigações de cobertura são inexistentes ou mínimas e beneficiam de um direito de acesso irrestrito às redes existentes e futuras dos atuais operadores. **[IIC] ... [FIC]**.

Adicionalmente, a ANACOM também não apresentou qualquer indício de que tenha elaborado uma análise de impacto do Projeto de Regulamento nos atuais operadores. Se o tivesse feito, teria concluído que as medidas previstas no Projeto de Regulamento diminuem o incentivo ao investimento dos atuais operadores e, conseqüentemente, à dinâmica concorrencial futura, em prejuízo dos utilizadores e do desenvolvimento do País.

Os operadores realizam investimento com o objetivo de se diferenciarem dos concorrentes e, assim, manterem e atraírem clientes. Os operadores nacionais têm mantido ao longo dos anos, e malgrado a descida de receitas que caracterizou o setor durante anos, um nível elevado e constante de investimento que tem proporcionado aos cidadãos e empresas nacionais redes com elevada qualidade e cobertura e serviços inovadores.

Estudos recentes indicam que, mais do que o preço, a qualidade dos serviços disponibilizados é fundamental para o sucesso de um operador.

Não surpreende, por isso, que num mercado em que existe sã concorrência os operadores invistam com o objetivo de garantir e alcançar melhor qualidade como forma de diferenciação.

Se for eliminada a capacidade de diferenciação, os incentivos ao investimento diminuem, afetando negativamente a qualidade dos serviços de comunicações, em geral, e comprometendo o objetivo traçado pelo Governo na Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro⁴ (RCM) de através da futura atribuição de frequências promover a transição digital e a coesão territorial.

O direito contemplado no Projeto de Regulamento de os novos entrantes acederem de forma incondicional, isto é, sem quaisquer obrigações de construção de rede própria ou de cobertura, às redes existentes e a construir pelos atuais operadores prejudicam a concorrência e o investimento futuro no setor, uma vez que impedem que o operador obrigado a dar acesso possa beneficiar da diferenciação proporcionada pelo seu investimento.

Pois, qualquer investimento que os atuais operadores façam na melhoria da sua rede, dos seus serviços e respetivas funcionalidades tendo em vista diferenciar-se e, deste modo, reter e atrair clientes, não produzirá o efeito desejado porque terá que ser colocado também à disposição dos novos entrantes. Com a agravante de que a remuneração subjacente, direta ou indiretamente, tenderá a ser esmagada devido à interferência de um regulador que já demonstrou de forma muito convicta que está disponível para fazer a intervenção que for necessária para garantir a entrada de novos operadores, sem ponderar devidamente os efeitos e consequências das medidas por si adotadas.

Mais, as medidas específicas para entrantes propostas pela ANACOM permitem que estes tenham uma posição competitiva privilegiada no mercado. Um novo entrante dispõe de total liberdade de escolha da rede que vai utilizar e das áreas geográficas em que vai focar a sua oferta, mas sem a necessidade de investir no país, nomeadamente alargando a atual cobertura de redes que suportam banda larga.

Reitera-se que, ao contrário dos atuais operadores, os novos entrantes não têm que enfrentar pesadas obrigações de cobertura e não têm que assumir qualquer compromisso de desenvolvimento de rede própria para beneficiarem de acesso total (*roaming* nacional) às redes dos atuais operadores. Por isso, os novos entrantes não serão um motor do investimento no setor, nem de inovação, apenas irão beneficiar como (quase) *free riders* do investimento realizado pelos atuais operadores de redes, diminuindo o incentivo destes últimos para investir no futuro.

O impacto da proposta da ANACOM no investimento futuro do setor é evidente: por um lado, registar-se-á um claro desincentivo ao investimento dos atuais operadores porque é eliminada a capacidade de diferenciação que motiva o investimento. Por outro lado, os entrantes, sem

⁴ Aprova a estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações móveis

obrigações de cobertura e com direito de acesso a todas as redes dos atuais operadores, não irão investir no setor e em Portugal.

Assim, ao contrário do pretendido, o Projeto de Regulamento promove uma diminuição da intensidade concorrencial, em prejuízo da qualidade dos serviços e inovação, pondo em causa o lugar de destaque e o papel de alavanca da competitividade que os serviços de comunicações têm desempenhado e o papel de catalisador da digitalização.



Sejamos claros:

1. A qualidade ímpar dos serviços de comunicações eletrónicas em Portugal é um resultado direto dos avultados investimentos que têm vindo a ser realizados continuamente pelas empresas do setor.
2. A manutenção da qualidade e abrangência dos serviços de comunicações em Portugal, incluindo dos serviços que serão proporcionados pelo 5G, bem como o reforço da capacidade de 4G para responder à aceleração da digitalização, depende da manutenção de condições que justifiquem a continuação de investimentos avultados.

As condições de atribuição previstas no Projeto de Regulamento constituem um desincentivo ao investimento, colocando em risco o futuro do setor e o seu papel de motor da economia e catalisador da transição digital.

Por isso, deve ser eliminada a obrigação de os atuais operadores concederem acesso irrestrito às suas redes a entidades às quais não é exigido um compromisso de investimento relevante no desenvolvimento de rede própria. Neste seguimento, o direito de os entrantes beneficiarem de acesso às redes de terceiros deve ser condicionado ao cumprimento de

objetivos de cobertura e de desenvolvimento de rede própria⁵ e o direito de acesso deve ser limitado no tempo, nunca mais de 5 anos.

Adicionalmente, a obrigação dos atuais operadores darem acesso a entrantes deve ser restrita às tecnologias 2G, 3G e 4G (tecnologias *legacy*), as quais os atuais operadores já tiveram oportunidade de desenvolver, ao contrário, da tecnologia 5G que apenas será implementada após o leilão, e que um novo entrante pode e deve desenvolver a par com os atuais operadores.

2.4. O Projeto de Regulamento é injustificadamente discriminatório

A ANACOM, como já aludido, está empenhada em, mais do que promover, forçar a entrada de novos operadores no mercado nacional.

Para o efeito a ANACOM propõe um conjunto alargado de medidas de discriminação positiva para novos entrantes, incluindo i) a reserva de espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz, sem quaisquer obrigações de cobertura associadas e com desconto nos preços finais; e ii) o direito de acesso incondicional de novos entrantes à rede de 5G que os atuais operadores venham a construir, bem como às redes e tecnologias já existentes (2G, 3G e 4G). Ao mesmo tempo o Projeto de Regulamento impõe um caderno de encargos muito pesado para os atuais operadores acederem ao espectro em leilão.

Trata-se de uma discriminação não justificada e inaceitável em qualquer circunstância (para além de que é ilegal).

A fundamentação desta proposta do regulador profundamente discriminatória é muito superficial. Na Nota Justificativa do Projeto de Regulamento a ANACOM limita-se a invocar que o mercado não é competitivo, conclusão que está errada, conforme os dados e factos que apresentamos sumariamente de seguida e que detalhamos em anexo demonstram irrefutavelmente. Por isso, a alegação da ANACOM de que o mercado nacional não é competitivo é absolutamente incompreensível e apenas concebível no âmbito de uma análise tendenciosa e falaciosa, condicionada pelo objetivo prévio de justificar medidas de discriminação profundas para atrair novos operadores ao mercado nacional.

Mais, as medidas de discriminação propostas pela ANACOM não têm qualquer justificação, são desproporcionais face à realidade do mercado nacional e são contraproducentes, o que significa que o Projeto de Regulamento assenta em pressupostos errados que tornam inválido o Projeto de Regulamento (adiante voltaremos a este ponto).

⁵ A obrigação de construção de rede própria não prejudica, naturalmente, o direito de acesso a infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas de terceiros, nos termos do Decreto n.º 123/2009, de 21 de maio. Acresce referir que este diploma visa justamente facilitar a construção de rede própria.

2.4.1. O mercado de comunicações em Portugal é um mercado dinâmico e competitivo

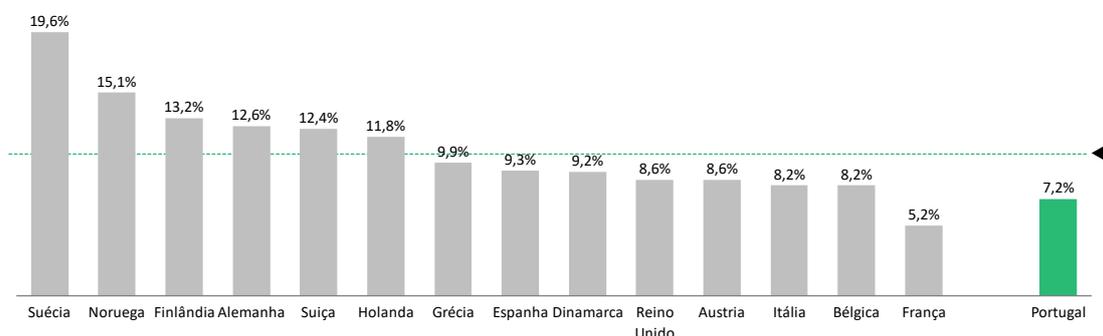
O mercado de comunicações nacional é um mercado dinâmico, com taxas elevadas de penetração e utilização dos serviços e um nível de investimento contínuo e elevado. O mercado tem sido também caracterizado pela contração das receitas e por taxas de rentabilidade inferiores às das congéneres e às alcançadas por outros setores, para além de que se tem registado uma alteração das quotas de mercado entre os operadores. Este quadro é incompatível com um mercado sem concorrência.

Critérios de avaliação da concorrência de um setor	Condições Teóricas de Concorrência	O setor das telecomunicações em Portugal	
 Receitas do setor	Os concorrentes pressionam a conquista de quota utilizando argumentos preço e qualidade de serviço, pressionando as receitas do setor para baixo com entrega de valor ao cliente.	Nos últimos 6 anos as receitas do setor em Portugal caíram 20%, com acréscimo de número de serviços subscritos pelos clientes em 13%.	✓
 Preços do setor	Os concorrentes tendo em vista a a conquista de quota de mercado, pressionam os preços, sendo estes baixos e tendencialmente decrescentes	Os ARPU s dos clientes em Portugal são dos mais baixos da Europa, do decréscimo de receitas do setor e da subida de serviços subscritos resulta uma queda de 30% nos preços nos últimos 6 anos.	✓
 Utilização de serviços	Os concorrentes com a ambição de conquista de quota procuram satisfazer os seus clientes com novas alternativas de produto mais abundantes em tráfego , investindo para isso nas suas redes.	Nos últimos 6 anos o tráfego de internet no telemóvel cresceu em 250% e o tráfego Voz cresceu 34%.	✓
 Penetração de serviços	Os concorrentes criam opções de serviço para tipologias específicas de clientes, explorando as necessidades de nicho e aumentando a penetração de serviços	A penetração de serviços móveis em Portugal cresceu até patamares de 170% e é a 3ª mais alto valor da União Europeia.	✓
 Dinâmica de quotas de mercado	Os concorrentes têm ambição de conquista de quota, atuam em eixos de diferenciação como a qualidade de serviço e o preço em favor do cliente e por isso as quotas de mercado têm alterações expressivas.	Em Portugal as quotas de mercado variam de forma muito significativa com um player a ganhar 10 pontos percentuais de quota e outro a perder este mesmo valor.	✓
 Investimento	Os clientes têm como variável fundamental de diferenciação a qualidade de serviço e por isso os concorrentes investem significativamente para assegurar diferenciação e crescimento de quota.	Em Portugal a principal variável para adesão/abandono a um serviço de telecomunicações é a qualidade de serviço, o nosso país tem a mais alta taxa de investimento da Europa e investe mais de mil milhões de euros por ano.	✓

Apesar de todos indicadores do mercado indiciarem um mercado concorrencial, destacamos, em particular, a incoerência flagrante entre (a alegada) ausência de concorrência no mercado nacional de serviços de comunicações e o facto de este apresentar uma rentabilidade inferior à das congéneres e de outras indústrias.

Ora, segundo a teoria económica um mercado caracterizado pela falta de concorrência apresenta uma apropriação de rendas excessivas e proporciona, por isso, retornos supranormais. Todavia, o que os factos mostram é que o setor das comunicações eletrónicas português apresenta um nível de rentabilidade inferior à dos congéneres europeus e à alcançada pelas principais empresas cotadas nacionais.

Benchmark do valor médio do retorno sobre capital investido (ROIC) de operadores de telecomunicações (%)



Fonte: New Street Research (média 2018-2019)

De referir ainda que a capacidade dos atuais operadores e da estrutura atual do mercado para dar resposta às necessidades relativas a comunicações eletrónicas do país, incluindo em situações de crise como a que atravessamos, ficou demonstrada com a rápida e cabal resposta dos atuais operadores ao aumento e alteração do perfil de consumo do tráfego de comunicações durante o período de pandemia, bem como para responder à alteração do contexto dos utilizadores, nomeadamente às restrições financeiras com que estes se confrontaram.

De resto, o reconhecimento do contributo dos atuais operadores, incluindo da NOS, para o combate à epidemia COVID-19 foi consubstanciado através do Louvor nº 172/2020, de 16 de junho. Tal como consta neste Louvor, o Governo reconhece publicamente que os operadores de comunicações, desde o início da epidemia COVID-19, voluntariamente, participaram na definição e operacionalização de soluções concretas no combate à pandemia e proteção do tecido produtivo e da economia, pela dedicação e empenho colocados na sua atuação, evidenciando, em todas as circunstâncias, um excecional sentido do dever e uma permanente disponibilidade para o serviço público.

Não deixa de ser sintomático que a ANACOM, ao contrário do Governo, não tenha manifestado qualquer reconhecimento público (ou mesmo privado) da importância do papel dos operadores no combate à pandemia. Pelo contrário, parece que a ANACOM está, desde há algum tempo, focada em atacar e denegrir o setor cujo desenvolvimento compete promover. A ANACOM adotou uma estratégia de repetição constante e sucessiva do discurso que desenhou e está particularmente empenhada em fazer acreditar que os preços dos serviços de comunicações em Portugal são elevados e que estão a aumentar enquanto no resto da Europa estão a diminuir.

Porém, não é verdade que o mercado não é concorrencial e que os preços dos serviços de comunicações em Portugal estão a aumentar e são dos mais altos da Europa, conforme se fundamenta detalhadamente no Anexo relativo à Concorrência do mercado de comunicações e à Evolução de Preços dos serviços de comunicações em Portugal.

2.4.2. A proposta de medidas de discriminação positiva é inédita

Para além de assentar em pressupostos errados, que constitui, como aludido, uma das fontes de ilegalidade, a proposta da ANACOM relativa a medidas de discriminação positiva para novos entrantes não tem paralelo a nível nacional, nem internacional. Em nenhum país se viu um somatório de medidas de discriminação positiva igual ao previsto no Projeto de Regulamento da ANACOM. Também nunca se viu a reserva de espectro para novos entrantes sem a associação de quaisquer obrigações de cobertura.

2.4.2.1. Todos os operadores de rede móvel em Portugal foram sujeitos a obrigações de cobertura quando entraram no mercado

Aquando da sua entrada no mercado, em 1991, a Vodafone (ex-Telecel) ficou sujeita à obrigação de cobrir 99% da população em 4 anos, a MEO (ex-TMN), em 1992, ficou sujeita a cobrir 75% da população em 3 anos e a NOS (ex-Optimus), em 1997, apesar de ser então um novo entrante, ficou obrigada a cobrir 99% da população em 3 anos⁶.

A este propósito de registar que o terceiro operador móvel a entrar no mercado português investiu cerca de 500 milhões de euros nos primeiros 3 anos de atividade, incluindo para cumprir pesadas obrigações de cobertura que exigiam cobertura de 88% da população ao fim de um ano e, como já referido, de 99% da população ao fim de três anos de atividade.

Em 2000, aquando do concurso para 3G/UMTS, as exigências de cobertura fixadas no caderno de encargos eram idênticas para todos os interessados, incluindo para potenciais novos entrantes. E o concurso previa a possibilidade de *roaming* nacional, mas tal possibilidade não desobrigava os potenciais entrantes da condição de alcançarem uma cobertura mínima de população com meios próprios⁷.

Por sua vez, no processo de atribuição de frequências para 4G também não se registou distinção entre as obrigações de cobertura previstas na faixa dos 800 MHz para operadores já presentes no mercado e novos entrantes. Para além disso, o regulamento do leilão 4G previa que a obrigação de acesso à rede através de *roaming* nacional apenas estava disponível para novos entrantes que assumissem o compromisso de utilizar as frequências abaixo de 1 GHz adquiridas no leilão para garantir a cobertura de 50% da população com rede própria no prazo de 3 anos⁸. Na atual proposta de regulamento a ANACOM não inclui qualquer condição a cumprir pelos beneficiários de *roaming* nacional.

⁶ De referir que as obrigações fixadas no momento inicial de atribuição foram, entretanto, incrementadas, pelo que os níveis de exigência atuais são ainda superiores

⁷ Ver ponto 2.1 do caderno de encargos do concurso pública para atribuição de licenças de âmbito nacional para sistemas de telecomunicações móveis internacionais (IMT2000/UMTS)

⁸ Regulamento n.º 560-A/2011, de 19 de outubro, artigo 35.º, n.º5

	2G/GSM	3G/UMTS	4G/LTE	5G
tmn MEO	(1992) <ul style="list-style-type: none"> 75% da população em 3 anos 2 itinerários principais em 3 anos Eficácia da rede móvel de 98% Rácio capitais próprios/Investimento mínimo de 25% 	(2000) <ul style="list-style-type: none"> 77,3% da população com acesso de 144 kbps e 7,7% de 348kbps em 5 anos 38,3% da área com cobertura de 144 kbps e 0,07% de 347kbps em 5 anos 		(2020 – proposta de regulamento) Até ao final de 2023 <ul style="list-style-type: none"> Cobertura de 85% da população Cobertura de 95% das autoestradas Cobertura de 85% de cada um dos itinerários principais rodoviários Cobertura de 95% dos itinerários ferroviários incluídos no Corredor Atlântico e de 85% de cada um dos restantes itinerários ferroviários Cobertura de 95% das redes de metropolitano de Lisboa, Porto Sul do Tejo Cobertura de 75% da população de cada uma das freguesias de baixa densidade e em todas as freguesias das RAM e dos RAA
TELECEL vodafone	(1991) <ul style="list-style-type: none"> 90% da população no final do 1º ano 99% da população em 4 anos 4 itinerários principais em 2 anos Eficácia da rede móvel de 98% Rácio capitais próprios/Investimento de 60% nos primeiros 2 anos 	(2000) <ul style="list-style-type: none"> 99,3% da população com acesso de 144 kbps e 78,9% de 348kbps em 5 anos 83,5% da área com cobertura de 144 kbps e 49,9% de 347kbps em 5 anos 	(2011) <ul style="list-style-type: none"> Cobertura de 80 freguesias que tendencialmente se encontram sem cobertura de banda larga móvel, em 6 meses 	Até ao final de 2025 <ul style="list-style-type: none"> Cobertura de 95% da população Cobertura de 95% de cada um dos itinerários ferroviários Cobertura de 95% de cada um dos itinerários principais rodoviários Cobertura de 90% da população de cada uma das freguesias de baixa densidade e em todas as freguesias das RAM e RAA
optima NOS	(1997) <ul style="list-style-type: none"> 80% da população no final do 1º ano 99% da população em 3 anos 4 itinerários principais no final do 1º ano e 6 itinerários no final do 2º ano Eficácia da rede móvel de 99,97% Rácio de capitais próprios/Investimento mínimo de 30% 	(2000) <ul style="list-style-type: none"> 60,8% da população com acesso de 144 kbps e 29,7% de 348kbps em 5 anos 23,8% da área com cobertura de 144 kbps e 7,8% de 347kbps em 5 anos 		

2.4.2.2. A nível europeu também não existe precedente de atribuição de espectro sem a sujeição a qualquer compromisso ou obrigação de cobertura

A nível europeu também não existe precedente de reserva de espectro sem a associação de obrigações de cobertura. Para além disso, quando é estabelecida a possibilidade de acesso à rede de terceiros, nomeadamente através de *roaming* nacional, tal possibilidade está condicionada à obrigação de assegurar uma cobertura mínima através do desenvolvimento de rede própria.

Nos vários leilões dentro da EU onde existiu reserva de espectro, existiram também obrigações de cobertura para os novos entrantes, quer no 4G, quer no 5G:

A imposição de mínimos de cobertura de população é um critério transversal aos países que optam por impor o *roaming* nacional nos seus regulamentos, sendo a proposta para Portugal uma exceção:

	Espectro reservado	Obrigações de cobertura novos entrantes		
5G	PT (2020) 2x5 MHz 900 MHz 2x15 MHz 1800 MHz	• Sem nenhuma obrigação de cobertura	PT	• Imposição de <i>roaming</i> nacional pelo regulador e sem cobertura mínima exigida a novos entrantes
	IT (2019) 2 x 10 MHz 700 MHz	• 80% da população com 5G em 4 anos • 99,4% da população com 5G em 5,5 anos • 100% principais estradas e ferrovias em 4,5 anos	FR	• Cobertura de 25% da população com frequência própria
	CZ (2019) 2 x 10 MHz 700 MHz	• 99% da população com 5G em 11 anos • 100% principais estradas e ferrovias em 6 anos	CZ	• Cobertura de 20% da população com frequência própria
4G	IT (2011) 2 x 10 MHz 800 MHz	• 30% das regiões com 800 MHz em 5 anos • 75% das regiões com 800 MHz em 7 anos • 20% da população com 2,6 GHz em 3 anos • 40% da população com 2,6 GHz em 5 anos	UK	• Cobertura de 20% da população com frequência própria
	CZ (2013) 2 x 10 MHz 800 MHz 2 x 15 MHz 1800 MHz	• 100% da área urbana e rural c/ 800 MHz em 7 anos • 50% da população com 1.800 MHz em 8 anos • 30% da população com 2,6 GHz em 7 anos	AU	• Cobertura de 20% da população com frequência própria
	NL (2012) 2 x 10 MHz 800 MHz 2 x 5 MHz 900 MHz	• 50% da população em 5 anos	BE	• Cobertura de 20% da população com frequência própria
	SL (2014) 2 x 10 MHz 800 MHz 2 x 5 MHz 900 MHz	• 75% da população com <1GHz em 3 anos • 40% da população com >1GHz em 5 anos	IT	• Cobertura de 10% da população com frequência própria
	FR (2010) 2 x 5 MHz 900 MHz 2 x 5 MHz 2100 MHz	• 80% da população com cobertura de voz em 8 anos		

2.4.2.3. A Comissão Europeia defende a associação de obrigações ao espectro a atribuir a entrantes

No âmbito da preparação do Regulamento do leilão 4G, a propósito da definição das obrigações de *roaming* nacional, a Comissão Europeia deixou clara a necessidade de equilibrar os interesses dos novos entrantes e dos operadores já presentes no mercado, nomeadamente

criando incentivos para que os novos entrantes invistam no desenvolvimento da sua própria rede e evitem problemas de congestão de rede dos operadores já anteriormente presentes no mercado:

Um novo entrante deve ter acesso a roaming nacional mas salvaguardando os interesses dos detentores prévios de espectro



Therefore in the first period a new entrant cannot compete on the mobile market without having access to national roaming. Access to national roaming for new entrants for a given period of time – that enables them to build out their nationwide network in the meantime – would strike an effective balance between safeguarding the interests of current licence holders and new entrants.

Comentários da Comissão Europeia à proposta de regulamento de leilão em 2011. MoU da Troika

O roaming nacional deverá ser transitório e condicionado a investimento efetivo do entrante e circunscrito no tempo



... the Commission understands fully the rationale for requiring that, in order to have access to national roaming, the new operator has to achieve at least 50% coverage in terms of population, as this encourages new entrants to invest in a rapid network roll-out and at the same time avoids capacity problems in densely populated areas.

The Commission would however welcome the proposal to guarantee access to national roaming to new entrants also before they achieve the 50% threshold provided that they can demonstrate a strong commitment to a fast roll-out of its network to achieve that 50% coverage. Such early access to national roaming would place the new entrant in a better position to develop market share and fund its ongoing network construction costs.

Comentários da Comissão Europeia à proposta de regulamento de leilão em 2011. MoU da Troika

Mais uma vez, os factos, contrariam as afirmações do presidente da ANACOM, de acordo com as quais “Não há (com estas regras estabelecidas no leilão um desequilíbrio em relação a quem já se encontra no mercado) porque os operadores que estão no mercado já beneficiaram de condições equivalentes.”⁹.

Como acima fica demonstrado, os operadores nacionais nunca beneficiaram de condições de discriminação equivalentes às que a ANACOM está a propor para os novos entrantes no leilão para 5G. Aliás, os atuais operadores não beneficiaram de qualquer medida de discriminação positiva em processos de atribuição de espectro. E a nível europeu também não existe precedente de reserva e atribuição de espectro a novos entrantes sem a associação de obrigações de cobertura através da construção de rede própria.

Num mercado concorrencial como é o mercado português, um regulamento profundamente discriminatório entre operadores já presentes no mercado e potenciais entrantes como o que está a ser proposto pela ANACOM faz perigar o futuro do setor, com prejuízo potencialmente irreparável para o país.

Salienta-se que esta posição não significa qualquer objeção à entrada de operadores no mercado. A NOS nada tem contra a concorrência ou o ambiente competitivo, ambiente no qual surgiu no mercado, cresceu, e do qual foi um agente defensor e promotor ativo ao longo de mais de 20 anos.

Aquilo que a NOS não aceita é o enviesamento das condições de atuação no mercado que a ANACOM está a propor, as quais além de desrespeitarem frontalmente a condição de tratamento imparcial e não discriminatório previsto na lei, são definidas ao arrepio de qualquer fundamento jusconcorrencial ou sustentação económica e contrariam a própria Resolução de Conselho de Ministros.

⁹ Minuto 16, segundo 13, de entrevista do Presidente da ANACOM à Antena 1 disponível em <https://www.rtp.pt/play/p2054/e456370/entrevista-antena-1-economico>

Assim, impõe-se a definição de obrigações de cobertura para os entrantes para garantir que estes estão efetivamente disponíveis e comprometidos com o investimento no país e impõe-se para garantir o *level playing field*, condição necessária para evitar o retrocesso da concorrência no setor das comunicações que, como é reconhecido, tem proporcionado a criação e entrega de valor aos cidadãos e às empresas nacionais.

Perante a alteração de contexto resultante da pandemia, em particular a certeza de que enfrentaremos uma brutal crise económica e financeira, os efeitos negativos no nível de investimento e concorrência resultantes da atual proposta de regulamento da ANACOM assente em múltiplas medidas de discriminação, sem qualquer fundamento, serão potenciados e terão um efeito perverso e indesejado no setor.

Por isso, reitera-se que as condições da futura atribuição de espectro têm que ser equivalentes para todos os interessados, nomeadamente obrigações de cobertura, e a existir o direito de acesso, este deve ser condicionado à assunção de compromissos de investimento em termos de obrigações de cobertura e desenvolvimento de rede própria, os quais devem ser equivalentes aos impostos aos atuais operadores de rede móvel quando entraram no mercado.

2.4.3. As medidas de discriminação positiva atraem especuladores sem real interesse no desenvolvimento dos serviços móveis e do país

As regras de discriminação para entrantes, que como vemos no caso do Projeto de Regulamento são muito abrangentes e intensas, tendem a atrair especuladores que, mais do que o interesse em desenvolver uma oferta de serviços móveis séria e de longo prazo, são motivados pela possibilidade de fazerem arbitragem assente nas condições mais favoráveis para entrantes. A atração destas entidades para o processo de leilão gera vários riscos que penalizam os utilizadores portugueses:

- i. **Distorção do processo de leilão inflacionando os preços finais, sem risco e com possibilidade de desistir do leilão.** Neste cenário é diminuído o montante disponível para o setor investir na construção de rede e disponibilização de serviços. O exemplo da NetNet na Polónia, em 2016, demonstra a seriedade desta ameaça. Em 2016, seis empresas qualificaram-se para participar no leilão do tipo SMRA, incluindo dois novos licitantes. Estes – Hubb Investments e NetNet – competiram com os operadores presentes até então no mercado – Orange, P4, T-Mobile e Polkomtel. Durante o leilão, o comportamento da NetNet levou os preços até valores totalmente inesperados, atingindo >€450m para um lote de 2x5 MHz na faixa de 800 MHz, um claro *outlier* no *benchmark* europeu. Adicionalmente, o leilão durou 9 meses, arrastando a indústria operacional e financeiramente para uma situação periclitante. No final do leilão, a NetNet assegurou licitações vencedoras, mas pôde desistir da sua posição sem sofrer consequências sérias;

- ii. **Aquisição de espectro com o objetivo principal de o vender posteriormente.** Por não o disponibilizar sob a forma de oferta comercial aos consumidores, esta estratégia tem a consequência de vedar assim o acesso dos portugueses a um bem que é público e por natureza escasso; A Dish, no mercado americano, é um exemplo de uma entidade que já detém espectro há cerca de 12 anos sem que o tenha disponibilizado sob qualquer forma de oferta comercial. Inclusivamente, beneficiou de descontos no preço de aquisição desse espectro através da participação em leilões através de subsidiárias. Recentemente, a Dish tirou partido desta posição sendo-lhe atribuído o negócio de clientes pré-pagos, como parte dos remédios da fusão entre a T-Mobile e a Sprint, mas durante todo este período privou os consumidores de acesso ao espectro;
- iii. **Lançamento de operações comerciais, mas apenas com objetivo de posterior consolidação obtendo retorno financeiro.** Sem um verdadeiro interesse de longo prazo, com foco em retornos rápidos sobre o seu capital – nesta estratégia, poderão alavancar-se numa operação que faz “dumping” de preços retalhistas com vista a uma posterior fusão/integração com operadores do mercado.

A ameaça de participações especulativas no leilão reforça o entendimento da NOS de que devem ser eliminadas as medidas de discriminação positiva de entrantes, na medida em que permitem o acesso a um recurso escasso do domínio público - essencial para uma oferta robusta de serviços 5G e também do reforço das atuais tecnologias - sem a assunção de compromissos de investimento no país.

2.5. O preço global do espectro tem que ser equilibrado e ajustado ao novo contexto

O interesse nacional exige que o custo regulatório global das frequências para os operadores – definido pelas obrigações de cobertura, preços de reserva e taxas de espectro - seja equilibrado e proporcional. Esse custo tem de ser razoável por forma a não comprometer o investimento, a inovação e a exploração comercial do 5G, bem como o reforço de capacidade de 4G, ambos relevantes para sustentar a transformação digital da Sociedade e da Economia.

Insiste-se: a contração económica e a aposta reforçada na transformação digital, ambas motivadas pela pandemia, exigem uma aplicação ainda mais criteriosa de recursos e, conseqüentemente, impõem ainda maior ponderação sobre o preço global relativo às frequências.

2.5.1. As obrigações de cobertura propostas pela ANACOM são ineficientes porque duplicam o custo dos operadores e o ganho de cobertura é marginal

O Projeto de Regulamento divulgado pelo regulador não cumpre o objetivo traçado na Estratégia do Governo para o 5G¹⁰ de "...atingir uma cobertura seletiva que abranja agentes estratégicos da transição digital e da competitividade e que seja territorialmente coesa".

A ANACOM não incluiu nas obrigações de cobertura agentes relevantes da transição digital e que foram concretamente identificados na Estratégia do Governo para o 5G, como é o caso das universidades e politécnicos, portos e aeroportos, parques industriais e hospitais e centros de saúde, incluindo os situados em territórios de baixa densidade, os quais são relevantes para promover o objetivo fixado no âmbito de política de comunicações do país: promover a transição digital e contribuir para a coesão territorial e que se tornam ainda mais prementes no contexto atual.

Em contrapartida, a ANACOM alterou os objetivos de cobertura substituindo os municípios por freguesias e aumentando o nível de cobertura de população a nível nacional de 90% para 95%.

Ora, se as metas de cobertura traçadas pelo Governo na RCM já são demasiado exigentes, nomeadamente, em comparação com o *benchmarking* internacional, a proposta da ANACOM é ainda mais exigente e desproporcional.

Obrigações de cobertura propostas na RCM destacam-se pela sua abrangência e exigência face ao *benchmarking* europeu

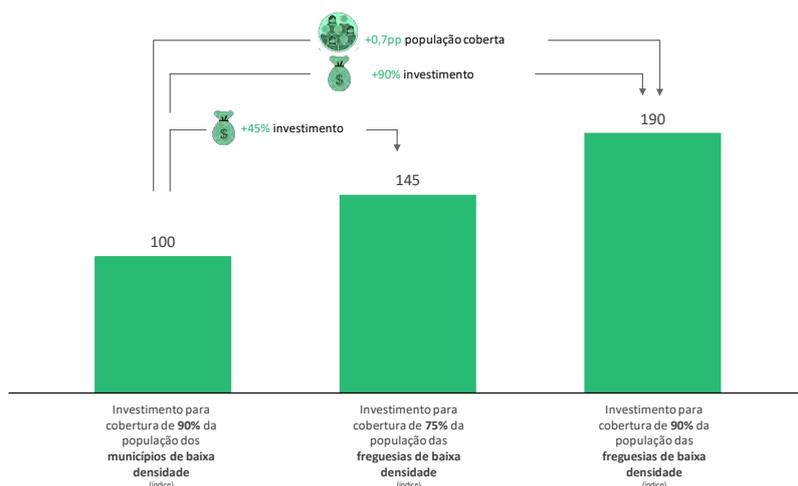
	População	Interior e litoral	Municípios	Pq. industriais	Hospitais	Universidades	Autoestradas	E. Nacionais	Alfa	Suburbanos	Metro	Portos	Aeroportos
DE	98% lares	✗	✗	✗	✗	✗	Principais	✗	Principais	✗	✗	✗	✗
DK	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
FI	99%	✗	✗	✗	✗	✗	✓	✓	✓	✓	✗	✗	✗
FR	99%	✓ Zonas s/ BLM	✗	✗	✗	✗	✗	✗	Regionalis	✗	✗	✗	✗
IT	80%	✗	✓	✗	✗	✗	✗	Principais	Principais	✗	✗	✗	✗
SE	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
CH	50%	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
UK	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
AT	98%	✗	✗	✗	✗	✗	98%	98%	✗	✗	✗	✗	✗
CZ	99%	✗	90% de cada distrito	✗	✗	✗	100%	100%	100%	100%	✗	✗	✗
HU*	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
POR (RCM)	90%	100% dos municípios com >50k hab.	Todos com >50k hab.	50%	100%	100%	100%	100%	100% se >863k carros/ano	95%	98%	98%	100%

Na verdade, a proposta da ANACOM gera uma enorme ineficiência na afetação dos recursos porque o cumprimento das obrigações de cobertura ao nível da freguesia, como propõe

¹⁰ Aprovada através da Resolução do Conselho de Ministros n° 27/2020, de 7 de fevereiro

aquela Autoridade, implica um aumento de 90% do custo do investimento e permite apenas um acréscimo de 0,7% da população coberta face às metas traçadas pelo Governo que implicam a cobertura ao nível dos municípios.

A proposta da ANACOM é altamente ineficiente, o custo marginal de cobertura territorial cresce exponencialmente, sem impacto em termos de população coberta



A aplicação de recursos no desenvolvimento e implementação das redes móveis, incluindo no cumprimento de obrigações de cobertura tem que ser cuidadosamente ponderada em função dos respetivos custos e do valor social gerado.

Neste seguimento e atenta a criteriosa gestão a que deve obedecer a afetação de recursos escassos dos operadores e do país às diversas componentes necessárias ao desejado desenvolvimento e implementação com sucesso do 5G e reforço de capacidade do 4G, as obrigações de cobertura previstas no Projeto de Regulamento da ANACOM devem ser revistas, considerando as metas estratégicas traçadas pelo Governo para o 5G.

2.5.2. As obrigações de cobertura devem ser seletivas e focadas em pontos que alavanquem efetivamente a transformação digital da Sociedade e da Economia

A deterioração do contexto económico face ao existente em fevereiro de 2020 quando foi aprovado o Projeto de Regulamento, bem como a aceleração do movimento de digitalização da Economia e Sociedade constituem um motivo adicional para a revisão das obrigações de cobertura adstritas à atribuição de espectro, no sentido de as tornar seletivas e focadas em agentes estratégicos da transição digital, acautelando a coesão territorial.

As obrigações de cobertura devem ser alinhadas com as metas traçadas pelo Governo, focando-se em pontos efetivamente estratégicos e estruturais para o desenvolvimento do país, evitando métricas de cobertura de território e população que, como demonstrado acima, não geram na realidade valor relevante e implicam um aumento desproporcional de custos.

2.5.3. Os preços de reserva são excessivos face às exigências de cobertura

Relativamente aos preços de reserva, reconhece-se que a ANACOM ponderou os preços de reserva internacionais pelas condições nacionais, nomeadamente pela população e poder de compra. Porém, a ANACOM contemplou no seu *benchmarking* os preços de reserva de todos os países a partir de 2018, incluindo os preços de reserva de países cujos objetivos incluíam a maximização das receitas auferidas, como é o caso de Itália. Tendo em conta que este não é declaradamente um objetivo do leilão nacional, a ANACOM deve desconsiderar este tipo de países da análise de *benchmarking*.

A RCM prevê que na comparação internacional de preços sejam ponderados fatores como a população, PIB per capita em PPP, o que a ANACOM fez, mas também "*outros fatores relevantes*" que permitam estabelecer um preço adequado às condições do país, em que se incluem também obrigações de cobertura muito exigentes para os operadores que já hoje detêm espectro).

Ora, como se viu, a ANACOM não ponderou na definição dos preços de reserva o facto de as obrigações previstas para Portugal, mesmo as previstas na RCM, serem incomensuravelmente mais exigentes do que as previstas a nível internacional. Por isso, mesmo perante um ajustamento das obrigações de cobertura como acabou de se defender, os preços de reserva definidos através de *benchmarking* deverão ser revistos em baixa de modo a refletir os objetivos de cobertura mais ambiciosos em Portugal.

2.5.4. As taxas de utilização de espectro em Portugal são 3x superiores à média europeia e têm que diminuir, no mínimo, 50%. A redução deve ser confirmada antes do leilão 5G

A NOS tem presente que a fixação das taxas de utilização de espectro é matéria da competência do Governo. A ANACOM deve ser, porém, parte ativa e proativa neste processo.

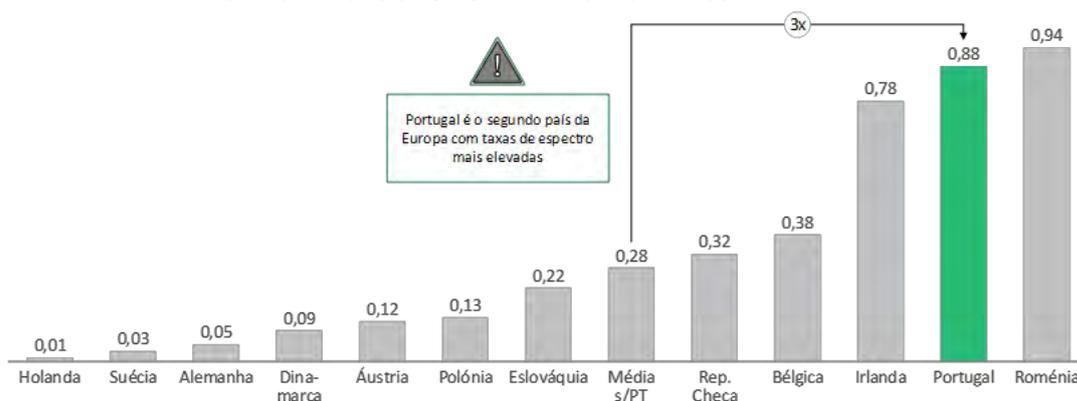
Primeiro, porque o Governo recorre ao aconselhamento e *expertise* da ANACOM para tomar decisões sobre esta matéria. Segundo porque a ANACOM, enquanto entidade à qual compete promover o desenvolvimento do setor das comunicações em prol dos utilizadores, deverá atuar proactivamente junto do Governo sensibilizando-o para a relevância e importância de os operadores disporem de condições equilibradas que proporcionem a canalização de recursos para a inovação tecnológica e de serviços e para a promoção da adoção desses serviços pelos cidadãos e empresas nacionais.

Atualmente o valor da taxa de utilização de espectro que é paga anualmente pelos 3 operadores móveis em Portugal situa-se em 90.800€/MHz e gera 44 milhões de euros de receitas anuais.

Como a ANACOM bem sabe, o valor atual da taxa de espectro que incide sobre os operadores móveis é muito elevado e onera desproporcionadamente aqueles operadores, a que acresce um enquadramento de grande imprevisibilidade quanto à sua evolução ao longo da duração dos direitos de utilização de frequências.

Conforme se constata no gráfico abaixo, Portugal é o país que apresenta taxas de espectro mais elevadas, à exceção da Roménia, registando um valor de taxa de espectro 3 vezes superior à média europeia. Esta situação constitui uma clara desvantagem para o mercado nacional de serviços móveis.

Valor médio das taxas de espectro por MHz por população ajustado ao PIB per capita PPC1 (€)



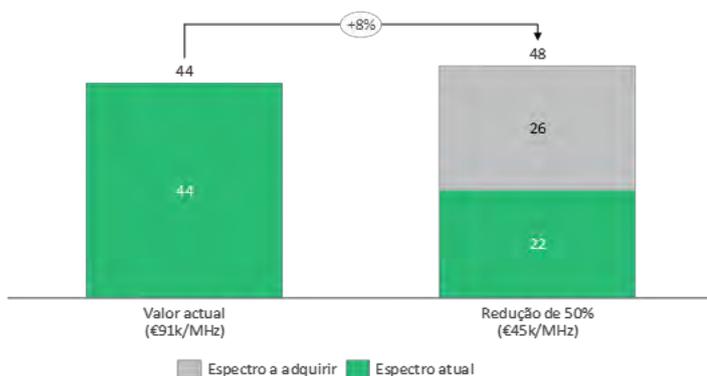
1. Nos países que apresentam preços diferentes por bandas, considerou-se a média simples das várias bandas

A própria RCM, como já referido, também reconhece a necessidade de adequação das taxas de utilização de espectro atuais.

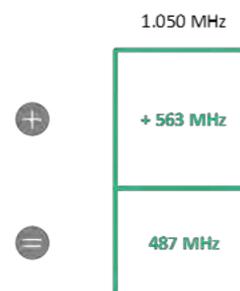
Neste seguimento e tendo em conta que o espectro a atribuir no leilão irá mais do que duplicar o espectro atual, o valor da taxa de utilização de espectro por MHz deve descer, no mínimo, 50%.

De referir também que, face à quantidade de espectro a atribuir, uma redução de 50% da atual taxa de espectro, permite ainda que as receitas totais com as taxas de espectro aumentem.

Taxas de utilização de espectro móvel pagas anualmente pelos operadores (Milhões de euros)



Quantidade de espectro (MHz)



Adicionalmente, de forma a garantir a previsibilidade necessária à promoção do investimento para uma implementação bem-sucedida do 5G, deverá ser criada uma regra que impeça o aumento das taxas de espectro durante a vigência dos direitos de utilização. Deste modo, evitar-se-ão os aumentos inesperados e injustificados de taxas de espectro que se registaram desde o leilão 4G defraudando as expectativas criadas à data do leilão.

Frisa-se ainda a necessidade de o processo relativo à redução das taxas de espectro ser concluído previamente ao leilão. Tal explica-se pelo facto de estas serem uma componente de custos muito relevante que se prolonga por todo o tempo de duração dos direitos de utilização. Como tal, constituem um elemento decisivo para os operadores avaliarem o espectro e definirem a sua estratégia de participação no futuro leilão.

Em suma, apesar de a fixação (a redução) das taxas de espectro não ser da competência da ANACOM, a redução de pelo menos 50% do valor atual das taxas de espectro e a criação de uma regra que garanta a sua manutenção ao longo de toda a duração dos direitos de utilização deve merecer a atenção e ser um objetivo a perseguir proactivamente pela ANACOM, sendo que a redução da taxa de espectro terá que acontecer previamente à fase de licitação do leilão.

2.6. A invalidade do Projeto de Regulamento

Sem prejuízo de a ANACOM ser uma entidade administrativa independente, não é um *Estado dentro do Estado* e toda a sua autonomia se exerce no quadro da Constituição, incluindo no respeito pela competência dos órgãos de soberania e do princípio da separação de poderes, como se recorda na página 14 do Parecer do Professor Doutor Paulo Otero junto (doravante, se salvo menção em contrário, "Parecer").

É este simples ensinamento que a ANACOM parece ter desconsiderado na preparação e elaboração do Projeto de Regulamento, esquecendo que, nos termos hoje expressamente previstos no n.º 1 do artigo 143.º do Código do Procedimento Administrativo, "*são inválidos os regulamentos que sejam desconformes com a Constituição, a lei e os princípios gerais de direito administrativo ou que infrinjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia*".

Na verdade, o Projeto de Regulamento viola todos estes parâmetros da sua validade jurídica, exibindo diversas causas de invalidade em cinco dimensões distintas:

1.º Estabelece obrigações de cobertura diferentes, no conteúdo e nos prazos de cumprimento, do estabelecido na RCM, que nesta matéria incorpora normas administrativas injuntivas para a ANACOM e que são violadas pelo Projeto de Regulamento;

2.º Proíbe a NOS e demais atuais operadores de aceder a espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz em igualdade de circunstâncias, visto o mesmo ser reservado a novos entrantes, violando o direito de aceder a procedimentos de atribuição de espectro de que efetivamente necessitam para prosseguir a sua atividade;

3.º Estabelece diversas medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes”, prevendo uma reserva de espectro em seu benefício e desconto do preço final, e dispensando-os de realizar investimento em rede própria e de obrigações de cobertura, ao contrário do que sucedeu com os atuais operadores (nos procedimentos relativos às tecnologias 2G, 3G e 4G), a quem são impostas, no mesmo Projeto de Regulamento, pesadas obrigações de cobertura e de investimento e o direito de dar acesso às suas redes àqueles novos entrantes – estas medidas assentam no pressuposto de facto errado de que o mercado não é concorrencial, violam os princípios da imparcialidade e da igualdade, e os princípios da concorrência e da proporcionalidade, bem como o princípio de precedência total de lei, e violam os direitos de livre iniciativa económica e de propriedade privada da NOS e demais atuais operadores, estando também feridas do vício de usurpação de poderes da Assembleia da República a quem compete em exclusivo adotar atos restritivos do núcleo essencial destes direitos fundamentais;

4.º As medidas de discriminação positiva são ainda inválidas por configurarem auxílios de Estado ilegais, sendo que, em qualquer caso, o Projeto de Regulamento deverá ser previamente notificado à Comissão Europeia e só poderá ser executado (admitindo, a benefício de ratiocínio, que o mesmo fosse aprovado) após decisão deste órgão;

5.º O procedimento relativo à aprovação do Projeto de Regulamento é, finalmente, ilegal porque impõe um prazo de resposta à consulta prévia inferior ao que resulta da lei aplicável (Decreto-Lei n.º 10-D/2020, de 21 de março), o que redundará sempre na invalidade formal por preterição da formalidade essencial de consulta prévia, impondo aos operadores o ónus de apresentarem os seus comentários e defesa antes do termo do prazo legal.

2.6.1. A ilegalidade do estabelecimento de obrigações de cobertura mais exigentes do que as estabelecidas pelo Governo na RCM

A Resolução do Conselho de Ministros n.º7-A/2020, de 7 de fevereiro que aprova a estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações móveis (RCM) estabelece:

- Que a ANACOM deve conduzir o procedimento de atribuição de frequências em conformidade com aquela política de comunicações do país cuja definição é da responsabilidade do Governo, e de modo imparcial perante todos os interessados;
- As metas de natureza estratégica concretas para o país em termos de cobertura (alínea c) do n.º 2 da RCM).

Porém, a ANACOM optou deliberadamente por aprovar o Projeto de Regulamento mesmo antes de conhecer a Resolução do Conselho de Ministros que define a política de comunicações do país relativa à evolução dos serviços móveis para 5G e a cuja observância a ANACOM, sem prejuízo da sua independência, está obrigada.

Neste seguimento, uma vez que existe uma impossibilidade jurídica de um ato anterior se conformar com parâmetros definidos por um ato posterior, deve extrair-se uma presunção de

incumprimento pelo Projeto de Regulamento dos objetivos estabelecidos na RCM (que se confirma, como se verá de seguida) .

No Projeto de Regulamento são estabelecidas obrigações de cobertura, e prazos de cumprimento, diversas das fixadas na alínea c) do n.º 2 da RCM:

	GOVERNO DE PORTUGAL Resolução Conselho de Ministros	ANACOM Proposta de regulamento do leilão 5G
Obrigações de cobertura		
População coberta com velocidade média de 100Mbps	✓ 90% até 2025	✓ 85% até 2023 95% até 2025
Cobertura territorial	✗	✓ 75% da pop. de cada freguesia até 2023 90% da pop. de cada freguesia até 2025
Autoestradas	✓ 95% até 2024 100% até 2025	✓ 95% até 2023
Itinerários ferroviários	✓ 95% até 2024 100% até 2025	✓ 85% até 2023 95% até 2025
Metro (Lisboa, Porto e Sul do Tejo)	✓ 98% até 2024	✓ 95% até 2023
Hospitais públicos	✓ 100% até 2023	✗
USF	✓ 50% até 2023	✗
Universidades e Politécnicos	✓ 100% até 2023	✗
Parques empresariais	✓ 50% até 2023	✗
Aeroportos internacionais	✓ 100% até 2023	✗
Instalações militares	✓ 100% das principais IM até 2023	✗
Portos	✓ Top 5 até 2024 100% até 2025	✗

Pontos de importância estrutural para o 5G estabelecidos na RCM e não considerados na proposta de Regulamento

Ora, conforme resulta da citada alínea c) do nº2 da RCM, esta disposição tem natureza injuntiva, que resulta da linguagem assertiva e da sua formulação literal, relativa às metas atingir em termos de cobertura, sendo que nada permite extrair um sentido supletivo da formulação literal, e, na dúvida, devem as normas desta natureza ser consideradas injuntivas (conforme se explicita nas páginas 19 a 24 do Parecer).

Perante a injuntividade da alínea c) do n.º 2 da Resolução do Conselho de Ministros, a ANACOM não tem discricionariedade para fixar regras diferentes, incluindo obrigações ou prazos mais exigentes para os operadores, e os operadores dispõem da garantia jurídica de que não podem ser fixadas obrigações ou prazos mais exigentes.

Em consequência, e porque as obrigações de cobertura estabelecidas no Projeto de Regulamento são diferentes das fixadas no alínea c) do n.º 2 da Resolução do Conselho de Ministros (que deveria ter sido transposto sem alterações para o projeto), o Projeto de Regulamento viola as normas administrativas emanadas pelo Governo em execução das opções de política de comunicações para o País, sendo, por esta via, inválido.

2.6.2. A invalidade da proibição de a NOS (e demais operadores) aceder a espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz em igualdade de circunstâncias

A segunda dimensão da invalidade do Projeto de Regulamento respeita à reserva de espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz para “novos entrantes”, proibindo os atuais MNOs de a ele acederem em igualdade de circunstâncias.

Já acima se demonstrou (cf. supra pontos 2.1. e 2.2.) que a NOS necessita de aceder a este espectro para dar resposta ao aumento muito significativo do tráfego verificado com a

aceleração disruptiva para a transição digital, aliás reconhecida nos dados compilados pela ANACOM e na necessidade que teve de solicitar espectro adicional para satisfazer a necessidade de uma maior disponibilidade das suas redes atuais, incluindo para garantir a oferta de serviços 4G atualmente e nos próximos anos.

Ora, o direito de aceder ao espectro necessário para a oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas está assegurado no artigo 19.º e 30.º e ss. da Lei das Comunicações Eletrónicas [e decorre dos artigos 3.º e 5.º da Diretiva n.º 2002/20/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março (“Diretiva Autorização”), alterada pela Diretiva n.º 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro].

Acresce que o direito de acesso ao espectro é, no sector das comunicações eletrónicas, uma manifestação do direito fundamental de livre iniciativa económica privada e de liberdade de empresa, a qual se exerce «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral» (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), sendo que a proibição de participar num procedimento de atribuição de espectro afeta o núcleo essencial daquele direito e teria, por conseguinte, para além de obedecer a requisitos de proporcionalidade em sentido amplo, de estar previsto expressamente na lei (lei ou decreto-lei autorizado) – neste preciso sentido, cf. pp. 35, 40/41 e 48 do Parecer do Professor Doutor Paulo Otero.

O certo é que, ao contrário do exigido pela Constituição da República Portuguesa, não existe na lei nacional (e não existe norma expressa em idêntico sentido na Diretiva Quadro ou na Diretiva Autorização) uma norma a habilitar a ANACOM a estabelecer aquela proibição de acesso ao espectro na faixa dos 900 MHz e 1800 MHz em igualdade de circunstâncias com os demais interessados.¹¹ Em consequência, tal proibição é inválida, quer por carência de norma habilitante (princípio da precedência de lei), quer por violação do núcleo essencial do direito

¹¹ Nota-se que a norma da alínea c) do n.º 2 do artigo 35.º da LCE apenas autoriza a ANACOM a «[L]imitar a quantidade de espectro a atribuir a um mesmo titular em procedimentos de atribuição de direitos de utilização de frequências», isto é, à fixação de “*spectrum caps*” no âmbito do mesmo procedimento, não contendo sequer qualquer referência literal a direitos de utilização de frequências adquiridos anteriormente. O que bem se compreende, porque este n.º 2 visa densificar o comando do n.º 1 do mesmo artigo (conforme resulta da remissão do proémio do n.º 2 para este n.º 1), o qual se refere exclusivamente a «acumulação de direitos de utilização de frequências, resultante de transmissões ou locações», excluindo, pois, a resultante de anteriores aquisições primárias (como sucedeu com a NOS e demais operadores no que respeita à faixa dos 900 MHz e 1800 MHz, como é do conhecimento da ANACOM). Os elementos literal e sistemático de interpretação não consentem, pois, dúvidas a este respeito, mas, ainda que assim não fosse, idêntico resultado interpretativo se alcançaria por força da «eficácia ótima» dos direitos fundamentais e do princípio da interpretação das normas em conformidade com a Constituição (J.J. GOMES CANOTILHO), e bem assim do princípio da «intervenção mínima ou *favor libertatis*» (MÁRIO AROSO DE ALMEIDA) - como se nota no texto, o direito de acesso ao espectro integra o núcleo essencial do direito fundamental de livre iniciativa económica privada.

Acresce referir que o n.º 3 do mesmo artigo 35.º estabelece que «[A]s medidas impostas ao abrigo do número anterior devem ser aplicadas de forma proporcional, não discriminatória e transparente» e, nos termos demonstrados de seguida no texto, tal medida (ainda que a lei a consentisse) ficaria logo reprovada, pelo menos, nos testes da proporcionalidade e da transparência (neste último caso por ausência da já mencionada falta de fundamentação factual quanto à necessidade e adequação da proibição de acesso ao espectro).

fundamental de iniciativa económica privada e do direito de acesso ao espectro, e de participar no procedimento da respetiva atribuição, resultante dos artigos 19.º e 31.º, n.º 4, da LCE.

Acresce referir que a proibição de a NOS aceder a este espectro em igualdade de circunstâncias com os demais interessados não poderia (se existisse lei habilitante) sequer ser fundada numa eventual desnecessidade de utilização desse espectro (que os factos desmentem) ou no receio de uma estratégia de açambarcamento de espectro – aliás, a NOS sempre devolveu prontamente o espectro que lhe estava atribuído e de que não necessitava.

Não existem indícios pretéritos ou presentes que permitam suspeitar de uma estratégia de açambarcamento, e existem factos que comprovam a necessidade de acesso ao espectro em causa. E a este propósito, verifica-se que a Nota Justificativa do Projeto de Regulamento é totalmente omissa na justificação ou menção (ainda que superficial) do estabelecimento desta proibição, sendo que não fundamenta em factos em que medida a mesma exclusão de acesso ao espectro se justifica e é adequada (pelo que, também por esta razão é inválido, visto padecer de **défice de fundamentação**, em desrespeito pelo disposto no artigo 99.º do Código do Procedimento Administrativo).

É que importa sublinhar que as medidas de promoção de “entrada no mercado de novas entidades” (como se menciona naquela Nota Justificativa) não implicam sequer necessariamente a reserva de espectro para estas com a inerente proibição de os atuais operadores a ele acederem: o desconto do preço final do espectro, a dispensa de obrigações de cobertura e de investimento e o direito de acesso às redes dos atuais operadores, não fora serem também ostensivamente inválidas (como adiante se demonstra), poderiam cumprir aquele objetivo sem implicar a total ablação do direito de a NOS (e demais operadores atuais) adquirir direitos de utilização daquele espectro.

E nem se diga que não ocorre tal ablação, porquanto a NOS sempre poderá adquirir o espectro nas faixas dos 900 MHz e 1800 MHz caso este não tenha sido atribuído na fase inicial reservada aos novos entrantes: é que justamente está em causa a proibição de competir por essa atribuição em igualdade de circunstâncias com os demais interessados, ou seja, a possibilidade de outros interessados licitarem sem concorrência e aí adquirirem o direito de utilização, o que inviabiliza, evidentemente, a sua aquisição pela NOS na fase principal do leilão.

Em suma: independentemente de configurar uma medida de discriminação indevida a favor dos novos entrantes (dimensão que se analisa abaixo na secção subsequente), a reserva de espectro, em si mesma, na medida em que proíbe a NOS (e demais operadores atuais) de aceder ao espectro em causa, **é inválida, quer por carência de norma habilitante (princípio da precedência de lei), quer por violação do núcleo essencial do direito fundamental de iniciativa económica privada e do direito de acesso ao espectro (e de participar no procedimento da respetiva atribuição)**, resultante dos artigos 19.º e 31.º, n.º 4, da LCE; e, ainda que existisse norma legal habilitante (e não existe), seria outrossim inválida **por não assentar em fundamentos de factos comprovados e por se revelar injustificada e excessiva**, existindo outros mecanismos menos lesivos dos direitos e interesses da NOS e da concorrência.

Será certamente por todas estas razões que a RCM é totalmente omissa no que respeita à reserva de espectro a favor de novos entrantes.

2.6.3. A invalidade das medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes”

A proibição de a NOS aceder em igualdade de circunstâncias ao espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz, para além da dimensão de invalidade referida no ponto precedente, revela-se também inválida porque traduz uma medida de discriminação positiva dos novos entrantes a favor de quem é estabelecida a reserva deste espectro.

Ora, esta reserva de espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz e o desconto no preço final de aquisição, a favor de “novos entrantes”, bem como a dispensa de os mesmos realizarem investimento em rede própria e a isenção de obrigações de cobertura, ao contrário do que sucedeu com os atuais operadores (nos procedimentos relativos às tecnologias 2G, 3G e 4G) – a quem são impostas, no mesmo Projeto de Regulamento, pesadas obrigações de cobertura e de investimento e o direito de dar acesso às suas redes àqueles novos entrantes – são ostensivamente inválidas, tal como se demonstra no citado Parecer do Professor Doutor Paulo Otero.

Como se viu acima, todas estas medidas de discriminação positivas dos novos entrantes são (superficialmente) fundamentadas na «necessidade de promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas» (como se afirma na Nota Justificativa do Projeto de Regulamento), supondo, ao que parece, um juízo da ANACOM quanto à falta de concorrência ou à prática de preços alegadamente elevados (de modo mais explícito o Presidente da ANACOM em intervenções públicas tem manifestado uma tal opinião).

O certo é que não ocorre introduzir medidas discriminatórias de promoção da entrada de novos entrantes – que em regra são proibidas, como resulta abundantemente da própria LCE (cf., por exemplo, o n.º 5 do seu artigo 15.º) – se as mesmas não se basearem em conclusões fundadas e comprovadas sobre a falta de concorrência no mercado, sendo que a prática de preços excessivamente elevados é considerado um seu indício.

Ora, em primeiro lugar, cumpre notar que a Nota Justificativa é completamente omissa no que respeita à demonstração da falta de concorrência no mercado, e não refere qualquer estudo ou análise que permita verificar a correção dos dados e dos juízos que suportariam tal ideia, bem como a adequação e proporcionalidade de cada medida. E desde já se sublinha que, nos termos do disposto no artigo 99.º do Código do Procedimento Administrativo, se exige a fundamentação da Nota Justificativa, e que tal fundamentação inclua «**uma ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas**», isto é, à verificação da proporcionalidade de cada uma das medidas.

Nestes termos, o Projeto de Regulamento padece de **défice de fundamentação** – quer no que respeita a factos sobre a concorrência no mercado, quer no que respeita ao teste da proporcionalidade de cada uma das medidas de discriminação positiva – o que determina de

imediatamente, também por esta razão, a sua invalidade; e nota-se desde já que, caso a ANACOM não venha, como se espera, a eliminar as diversas causas de invalidade do Projeto de Regulamento, e se limitasse a suprir esta falta de fundamentação, **deveria de novo submeter o projeto a consulta, sob pena de preterição indevida da consulta pública (e da audiência dos operadores lesados), inquinando irremediavelmente a validade de todos os atos posteriores.** É sabido ser jurisprudência unânime do Supremo Tribunal Administrativo que se impõe a realização de nova consulta ou audiência quando são carreados novos factos para o processo sobre os quais os interessados não tiveram oportunidade de se pronunciar e quando está em causa o exercício de poderes “discricionários”.

Sucedem que bem se compreende esta omissão de fundamentação na Nota Justificativa: é que, como se referiu acima, e se demonstra na presente pronúncia, o mercado das comunicações eletrónicas é concorrencial e não é caracterizado por preços excessivamente elevados.

O que leva a concluir que o Projeto de Regulamento, na medida em que introduz todas aquelas medidas de discriminação positiva a favor de novos entrantes, padece de um segundo vício também determinante da sua invalidade: o de **erro nos pressupostos de facto**. Como se lê no Parecer do Professor Doutor Paulo Otero, «a ausência material dos elementos de facto tidos em conta ou pressupostos numa decisão, assim como a sua falsa ou diferente configuração, face aos que serviram de referencial de conduta administrativa, gera erro nos pressupostos de facto, inquinando, por essa via, a validade da decisão final» (cf. p. 27/28). «**Os factos têm de existir**, devem ser **materialmente exatos e comprovados**, sob pena de invalidade do respetivo agir administrativo» (ibidem – realces aditados).

Importa, neste contexto, recordar que nem sequer seria a NOS que teria que demonstrar os erros nos pressupostos de facto em que assentam as medidas discriminatórias: tendo estas uma dimensão lesiva dos direitos e interesses legítimos da NOS, apresentando-se como ablativas do seu direito de acesso ao procedimento de atribuição de espectro e de livre iniciativa económica, bem como do seu direito de propriedade privada (como adiante se explicita), é a ANACOM que incumbe a demonstração factual e aprofundada de que estariam verificados os factos que legitimariam tais medidas (a «legitimação para o seu agir administrativo»), e que as mesmas seriam adequadas e proporcionais face aos objetivos a prosseguir. E, como se afirmou, seria essa demonstração e os estudos que a suportam, que teriam de estar incluídas na Nota Justificativa e ser submetidas a consulta prévia.

A terceira causa de invalidade nesta dimensão das medidas de discriminação positiva a favor dos novos entrantes reside na violação do princípio da igualdade – além do erro nos pressupostos de facto, verifica-se **a total ausência de factos justificativos do tratamento diferenciado dado a todos os interessados**: as empresas que sejam qualificadas como novos entrantes beneficiam de todas aquelas medidas, as quais são vedadas aos atuais operadores; sendo que acresce sublinhar que todos estes operadores suportaram pesadas obrigações de investimento em rede própria e cobertura, no contexto de cada um dos procedimentos de atribuição de direitos de utilização de espectro relativos aos sistemas 2G, 3G e 4G, e que a NOS, que foi o terceiro operador a entrar no mercado suportou igualmente (tudo conforme se comprova acima no Ponto 2.4.2.1).

Conforme se conclui a páginas 32/33 do Parecer do Professor Doutor Paulo Otero, «[...] as soluções em causa no Projeto de Regulamento da ANACOM revelam **a introdução de diferenciações infundadas e, por isso, arbitrárias. Haverá aqui, por conseguinte, uma violação do princípio da igualdade**, enquanto parâmetro constitucional do agir administrativo, base da sustentação da proibição legal de critérios discriminatórios de atribuição de espectro e fundamento da exigência de imparcialidade constante da Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro».

Acresce que, num quarto plano, as medidas de discriminação positiva violam **o princípio da concorrência e da proporcionalidade**. Na verdade, estas medidas introduzem **vantagens injustificadas entre concorrentes no mercado**: os novos entrantes beneficiarão da reserva de espectro e ou (no caso dos que adquirem direitos de utilização sobre quantidades inferiores de espectro na faixa dos 700 MHz) estarão dispensados de obrigações de investimento e de cobertura, e beneficiarão do acesso às redes “legacy” e redes 5 G dos atuais operadores, enquanto estes, além serem onerados com aquelas obrigações de cobertura e de investimento, ficam ainda obrigados a dar acesso às suas redes (aniquilando o efeito diferenciador associado ao investimento, conforme acima demonstrado). Tudo, aliás, num incentivo ao não investimento por parte dos novos entrantes (a quem tal obrigação não é imposta), e num desincentivo ao investimento por parte dos atuais operadores (a quem, contudo, se impõe essa obrigação).

“Promover o investimento eficiente e a inovação em infra-estruturas novas e melhoradas, designadamente garantindo que qualquer obrigação de acesso tenha em devida conta o risco de investimento incorrido pelas empresas e permitindo que acordos de cooperação entre estas e os requerentes de acesso diversifiquem o risco de investimento, assegurando, em simultâneo, que a concorrência no mercado e o princípio da não discriminação são salvaguardados”:

- a) Eis a incumbência da ANACOM, com vista a «promover a concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, de recursos e serviços conexos», assinalada pelo artigo 5.º, n.º 4, alínea d) da LCE;
- b) **Eis, exatamente, tudo aquilo que o Projeto de Regulamento contraria de modo ostensivo**, desprezando o risco do investimento nas redes 2G, 3 G e 4G e o exigido para as redes 5G, promovendo a discriminação, e desincentivando o investimento por parte dos novos entrantes.

As medidas de discriminação positiva são pois desadequadas ao imperativo legal (e ao propósito anunciado na Nota Justificativa) de promoção da concorrência, violando os princípios da concorrência e da proporcionalidade (nas vertentes da adequação e da proibição do excesso e também da indispensabilidade), que enformam os critérios de atribuição de espectro fixados imperativamente no n.º 5 do artigo 15.º da LCE, norma esta igualmente violada, por esta via, pelo Projeto de Regulamento (tal como também se demonstra a páginas 33-35 do Parecer do Professor Doutor Paulo Otero).

Sucedem que todas as medidas de discriminação positiva, além das vantagens que criam para os novos entrantes, projetam-se ainda diretamente na esfera jurídica dos atuais operadores, lesando os seus direitos: o direito de acesso ao procedimento do espectro "reservado" e direito de livre iniciativa económica privada e o direito de propriedade privada, na dimensão da apropriação do lucro gerado pelo desenvolvimento do seu plano de negócios num ambiente concorrencial e em retorno dos investimentos realizados (tal como se explicita nas pp. 43 a 45 do citado Parecer, em diálogo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional e a doutrina).

Por esta razão, carece em especial a ANACOM de uma norma legal expressa que a habilite a introduzir cada uma das discriminações, no contexto do regulamento de atribuição do espectro sob consulta, e a lesar aqueles direitos. «Em resumo – como se afirma na página 39 do Parecer do Professor Doutor Paulo Otero – a introdução de medidas de discriminação positiva a favor dos "novos entrantes" [...] inequivocamente que se encontra ao abrigo da reserva de lei».

Conclui-se, por conseguinte, que o Projeto de Regulamento é ainda inválido num quinto plano que é o da **violação da precedência de lei**: não apenas não existe lei que legitime a proibição de a NOS (e demais operadores) de acederem ao procedimento de atribuição de espectro nas faixas dos 900 MHz e dos 1800 MHz, como também inexistem norma legal que autorize as demais medidas de discriminação a favor dos novos entrantes.

Neste contexto, bem se compreende, não apenas porque na RCM se impõe o respeito pelo princípio da imparcialidade, mas também a razão pela qual a mesma é totalmente omissa sobre aquelas medidas de discriminação positiva: é que nem o Governo, por via de regulamento, poderia habilitar a ANACOM a introduzir tais medidas, sob pena de também ele estar a invadir a reserva de lei (tal como se nota na página 40 do Parecer do Professor Doutor Paulo Otero).

Acresce referir – e trata-se de um sexto e último plano em que se manifesta a invalidade das medidas de discriminação positiva e a lesão dos atuais operadores – que, estando em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais de livre iniciativa económica privada e de propriedade privada, a norma habilitante para a ANACOM criar todas e cada uma daquelas medidas teria de ser uma lei emanada da Assembleia da República (ou um decreto-Lei autorizado), tal como se demonstra nas páginas 40 e ss. do mesmo Parecer. Ali se conclui que, por via daquelas discriminações positivas a favor dos novos entrantes, o Projeto de Regulamento carece de fundamento legal, «traduzindo uma invasão da esfera decisória objeto de reserva de lei parlamentar, violando a separação de poderes – as normas em causa deste Projeto de Regulamento **enfermam de usurpação de poderes, numa perspetiva jusadministrativa, e de inconstitucionalidade orgânica, sob uma ótica jusconstitucional**» (cf. p. 48).

2.6.4. As medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes” constituem auxílios de Estado ilegais, sendo a sua notificação prévia obrigatória e dependendo a sua concretização de uma decisão da Comissão Europeia

A confirmarem-se as medidas de discriminação para novos entrantes incluídas no Projeto de Regulamento, está em causa a concessão de auxílios de Estado ilegais aos novos entrantes.

2.6.4.1. As medidas de discriminação positiva constituem auxílios de Estado

Uma medida nacional será qualificada como auxílio de Estado quando preencher, cumulativamente, os seguintes elementos previstos no artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”):

- Quando constituir um encargo para o Estado ou para uma autoridade pública (*“conferida por um Estado membro ou mediante recursos do Estado”*);
- Quando resultar em vantagens para o beneficiário que não seriam concedidas por um operador racional numa economia de mercado (*“resultar numa vantagem”*);
- Quando for concedida em favor de determinada(s) empresa(s) (*“seletiva”*);
- Quando fortalecer a posição dessa(s) empresa(s) no mercado (*“distorcer ou ameaçar distorcer a concorrência”*); e
- Quando tiver um efeito atual ou potencial no mercado interno (*“afetar o comércio entre Estados Membros”*)¹².

É esse o caso dos benefícios previstos no Projeto de Regulamento. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, está em causa a reserva de espectro em certas faixas de frequências (900 MHz e 1800 MHz) para novos entrantes que estão, por sua vez, isentas de obrigações de investimento para desenvolvimento de rede associadas à aquisição do espectro reservado.

Em segundo lugar, os novos entrantes estão perpetuamente isentos de obrigações de cobertura e obrigações de investimento em desenvolvimento de rede no espectro reservado. É de uma total e perpétua isenção que se trata, não de uma calendarização distinta e mais dilatada; o que significa que os novos entrantes terão para sempre esta vantagem face às suas concorrentes atuais titulares que a elas estão obrigadas.

Em terceiro lugar, é criado o direito dos novos entrantes acederem à rede dos operadores atuais titulares de direitos de utilização de frequências, igualmente sem qualquer obrigação de investimento associada.

¹² Cf. Comunicação da Comissão, de 19 de julho de 2016, sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE (2016/C 262/01)

Em quarto lugar, os novos entrantes estão perpetuamente isentos de várias das obrigações de cobertura na faixa dos 700 MHz impostas aos atuais titulares.

Em quinto lugar, o Projeto de Regulamento prevê a concessão de um desconto de 25% no preço final do espectro a adquirir pelos novos entrantes.

Este conjunto de vantagens implica uma diminuição de receitas do Estado: o Estado aceita um desconto de 25% no preço final por parte das novas entrantes enquanto simultaneamente as isenta de um conjunto de obrigações, seja de cobertura seja de desenvolvimento de redes, aliviando-as perpetuamente de encargos que teriam de suportar e que beneficiariam o Estado – que assim prescinde, e vê comprometido, o desenvolvimento e investimento de redes.

Estas vantagens são *seletivas* uma vez que atribuem uma *situação de vantagem* a determinadas empresas (novas entrantes), que é negada a outras (atuais operadores), e que não seriam concedidas por um operador racional numa economia de mercado.

Esta é aliás uma concessão de vantagens com contornos inéditos, seja no plano nacional, por comparação com anteriores leilões de espectro, seja no panorama Europeu: não há atualmente em curso leilões de espectro, no quadro das redes 5G, nem houve leilões de espectro no passado, contendo um agregado de vantagens destinadas aos novos entrantes comparável a este com que agora nos confrontamos.

Ora, bem se vê que, isoladamente ou em conjunto, estas vantagens são suscetíveis de *distorcer a concorrência* no mercado interno, criando dois grupos de empresas: de um lado, os operadores atuais com pesadas obrigações de cobertura, de desenvolvimento de rede e de acesso à rede, não lhes sendo concedido qualquer desconto no preço final a pagar, de outro os novos entrantes, com isenções de cobertura de população e de investimento a somar ao desconto final no preço.

Deve notar-se que o carácter perpétuo dessas isenções reforça consideravelmente a já de si inaceitável distorção de concorrência, uma vez que estas permitem aos novos entrantes beneficiar de uma posição de vantagem que se prolonga perpetuamente no tempo. Ou seja, os novos entrantes continuam beneficiados mesmo quando deixarem de ser novos entrantes, mesmo quando se transformarem eles próprios, com o decurso do tempo, incumbentes, estando em permanente situação de vantagem comparativa face aos atuais operadores.

E é por demais evidente que os efeitos na concorrência no plano transfronteiriço europeu se verificarão, atenta a dimensão transnacional que apresentam as empresas envolvidas na prestação de serviços de comunicações eletrónicas terrestres em Portugal afetadas pelo Projeto de Regulamento.

Por tudo isto, é claro que o Projeto de Regulamento concede vantagens, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, aos novos entrantes: estamos perante auxílios de Estado.

E nem se diga que a circunstância de essas vantagens estarem fundadas no objetivo de abertura à concorrência as salva da sua condição de auxílios de Estado.

É que se é verdade que o sistema de referência do Projeto de Regulamento tem assumidamente um intuito de fomento da concorrência, não é menos verdade que essa dimensão concorrencial está muito longe de esgotar tal sistema¹³.

Para além dessa, há toda uma outra dimensão própria do bem em causa, que é essencial e conatural ao sistema e que é expressamente assumida no Projeto de Regulamento: “mitigar as deficiências ao nível das coberturas e das capacidades disponibilizadas pelas redes móveis existentes”, “garantir a coesão económica e social do país”, ir “ao encontro das expectativas das populações e do sector económico nacional”, “acautelar os objetivos nacionais definidos para a banda larga móvel no âmbito da Agenda Portugal Digital e do Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território (PNPOT)” e ainda acautelar “os objetivos europeus definidos para o desenvolvimento responsável e resiliente de uma «Sociedade Gigabit»”.

O sistema encontra-se, pois, assente em várias dimensões, de que a dimensão concorrencial é apenas uma parte¹⁴. É no contexto destas outras dimensões do sistema que surgem as obrigações de cobertura e desenvolvimento da rede, que são uma parte relevantíssima do Projeto de Regulamento.

É que, sem essas obrigações, a que os novos entrantes não estão sujeitos, não se logra a expressa vontade de dotar o país de uma rede de 5G capaz de garantir a coesão social e do território, indo ao encontro das expectativas das populações e do sector económico nacional, nem de atingir os objetivos nacionais definidos para a banda larga móvel no âmbito da Agenda Portugal Digital e do PNPOT, assim como os objetivos europeus definidos para o desenvolvimento responsável e resiliente de uma “Sociedade Gigabit”.

E é nesse sentido que essas condições vantajosas, vistas isoladamente ou em conjunto, assumem na sua desproporção um carácter marcadamente contrário ao sistema de referência próprio do Projeto de Regulamento, dividindo o mercado em dois: de um lado, os atuais operadores, a quem cabe lograr os objetivos de nacionais definidos para a banda larga móvel no âmbito da Agenda Portugal Digital e do PNPOT, de um outro lado, os novos entrantes, a quem cabe simplesmente ser novo entrante e beneficiar da isenção de obrigações, deles não se esperando nada mais do que isso.

Como é evidente, esta divisão segmentada no mercado não se inscreve no sistema de referência do Projeto de Regulamento, o que faz com que as vantagens atribuídas aos novos entrantes constituam uma derrogação a tal sistema.

Concluimos, assim, que as medidas de discriminação positiva em benefício de operadores novos entrantes, consagradas no Projeto de Regulamento, constituem um auxílio de Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

¹³ Mesmo neste caso, frisa-se que, tal como decorre do presente, a NOS entende que as medidas de discriminação proposta irão prejudicar o nível de concorrência no mercado de serviços de comunicações em Portugal

¹⁴ Idem

2.6.4.2. Esses auxílios têm de ser previamente notificados à Comissão Europeia

Se as medidas atualmente previstas no Projeto de Regulamento, que avantajam os operadores novos entrantes, forem mantidas, no todo ou em parte, no Regulamento que vier a ser adotado, essas medidas terão, inequivocamente, de ser objeto de notificação prévia à Comissão Europeia.

O artigo 108.º, n.º 3, do TFUE consagra a obrigatoriedade de notificação à Comissão de «quaisquer auxílios» que um Estado-membro pretenda conceder, estabelecendo que, “[p]ara que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada antecipadamente dos projetos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios”.

Esta obrigatoriedade de notificação não diz apenas respeito aos auxílios de Estado sobre os quais um Estado-membro tenha dúvidas quanto à sua admissibilidade ou legalidade em face do ordenamento europeu; ela é aplicável a todos e quaisquer auxílios que o Estado pretenda conceder, sejam eles claramente admissíveis ou não à luz do ordenamento europeu.

Não é, pois, uma questão de legalidade dos auxílios que está em causa, embora essa questão também se coloque: mesmo que admissíveis, esses auxílios têm obrigatoriamente de ser notificados previamente à Comissão.

Se o Estado Português não notificar previamente à Comissão as medidas de auxílio aos novos entrantes previstas no Projeto de Regulamento, e iniciar de imediato a implementação das mesmas, estaremos perante uma atuação ilegal, patentemente contrária ao disposto no artigo 108.º do TFUE.

Os auxílios só não teriam de ser notificados em duas circunstâncias.

Se o auxílio for *de minimis* (Regulamento (UE) 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013), o que não é manifestamente o caso.

Ou se o auxílio estiver incluído no âmbito de aplicação do Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento (UE) 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014, alterado pelo Regulamento 2017/1084 da Comissão, de 14 de junho de 2017), que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, o que manifestamente também não é o caso.

É que os auxílios em questão estão expressa e claramente fundamentados no Projeto de Regulamento, associados ao objetivo de “gerar um impacto positivo na concorrência e nos utilizadores finais” e de “surgimento de novas operações”. Ou seja, estes auxílios estão fundamentados na expressa vontade da ANACOM abrir a concorrência à entrada de novas empresas.

Ora, os auxílios referidos na Seção 10 do Regulamento Geral de Isenção por Categoria nada têm que ver com abertura à concorrência.

Esses auxílios dizem respeito a vantagens atribuídas aos operadores privados para investimento a favor da implementação de infraestruturas de banda larga, nomeadamente em

zonas onde não existam infraestruturas equivalentes ou em zonas onde não existam infraestruturas da mesma categoria¹⁵. Os operadores que recebem os auxílios depois terão tipicamente de se sujeitar a obrigações de dar acesso à infraestrutura de rede a outros operadores no retalho¹⁶.

Ora, aqui é exatamente o contrário: para os atuais operadores, a quem o Projeto de Regulamento impõe obrigações de desenvolvimento de rede e de cobertura, não é dado auxílio algum para o efeito; já quanto aos novos entrantes são lhes conferidas generosas isenções de obrigações de cobertura e de desenvolvimento e investimento nas redes.

Ou seja, no presente Projeto de Regulamento, quem recebe o auxílio é precisamente quem está isento de investimento a favor da implementação de infraestruturas de banda larga. Estamos, com efeito, perante vantagens conferidas a novos entrantes, consubstanciadas numa isenção total, sem limitações temporais, de custos e despesas com investimentos que teriam de ser realizados para assegurar obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede que esses novos entrantes, conforme o Projeto de Regulamento, não têm de suportar.

Termos em que não pode senão concluir-se estarmos perante auxílios de Estado que têm de ser objeto de notificação prévia à Comissão Europeia nos termos do artigo 108.º, n.º 3, do TFUE.

E essa notificação, como resulta claro daquela disposição do TFUE, é prévia à entrada em vigor ou à execução do auxílio: a Comissão tem de ser informada antecipadamente dos projetos de auxílio, e não em simultâneo ou posteriormente à sua implementação.

2.6.4.3. O Regulamento não pode entrar em vigor sem prévia decisão da Comissão sobre os auxílios

Nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 2015/1589, do Conselho, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do TFUE, «[o]s auxílios a notificar nos termos do artigo 2.º, n.º 1, não serão executados antes de a Comissão ter tomado, ou de se poder considerar que tomou, uma decisão que os autorize».

¹⁵ Cf. Ramona Ianus, Aid Exempted from Notification to the Commission: The General Block Exemption Regulation (GBER), in State Aid Law of the European Union (Herwig Hofmann/ Claire Micheau, Eds), Oxford University Press, 2016, pp. 324 ss., p. 335, e Filomena Chirico and Norbert Gaál "State aid to broadband: primer and best practices", disponível em https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2011_1_10_en.pdf. E, mesmo assim, as Orientações da UE relativas à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais à implantação rápida de redes de banda larga diz expressamente no seu ponto 2.5. que caso a intervenção estatal de apoio à implantação da banda larga cumpra a noção de auxílio de estado, a sua compatibilidade é, em geral, avaliada pela Comissão nos termos do artigo 107.º do TFUE.

¹⁶ Cf. casos NN 24/2007 - Prague Municipal Wireless Network e SA.53925 Broadband scheme for NGA white and grey areas ou SA.54668 Bavarian gigabit scheme.

Ou seja, nenhum Estado-membro pode executar as medidas de auxílio projetadas sem que a Comissão tenha tomado uma decisão final sobre essas medidas.

É por isso claro, e incontestado, que a mera notificação do auxílio não é suficiente para que este possa vigorar ou ser operacionalizado: o auxílio não pode ser executado sem que a Comissão sobre ele tome uma posição.

Nesta medida, se o Projeto de Regulamento previr a concessão de auxílios de Estado aos novos entrantes, tal Regulamento não pode vigorar, quanto a esses auxílios, enquanto sobre eles não decidir a Comissão, sob pena de ilegalidade do Regulamento final e de um processo de infração do Tratado da União Europeia pelo Estado Português devido ao incumprimento da notificação prévia de auxílios de Estado.

Acresce que, perante um conjunto de medidas tão profunda e injustificadamente discriminatórias que gera distorções de concorrência que prejudicam os incentivos ao investimento e diminui o nível de concorrência estamos perante um auxílio de Estado ilegal, como a Comissão facilmente reconhecerá, comprometendo a rapidez com que o Estado português quer iniciar este leilão.

2.6.5. A decisão da ANACOM de retomar a consulta pública é contrária à lei

Por decisão de 1 de junho de 2020 e atendendo ao disposto na Lei n.º 16 /2020, de 29 de maio, que determinou o fim da suspensão dos prazos procedimentais ¹⁷, a ANACOM decidiu retomar o processo de consulta pública relativo ao Projeto de Regulamento.

A análise do enquadramento jurídico que determinou a decisão da ANACOM de 1 de junho ignora o disposto no artigo 8.º, alínea f) do Decreto-Lei n.º 10-D/2020, de 23 de março, o qual prevê a suspensão do “f) Cumprimento de prazos de consulta pendentes a projetos de regulamento da ANACOM, devendo os mesmos ser submetidos ao Governo para decisão.”.

O Decreto-Lei n.º 10-D/2020 é uma lei especial, aplicável ao setor das comunicações eletrónicas, que inclui um regime especial no que respeita às consultas públicas relativas a projetos de regulamentos pendentes na ANACOM, regulando o prazo de resposta às mesmas (e também o tema da aprovação dos regulamentos).

Tratando-se de um regime especial, é autónomo face às vicissitudes do regime geral de suspensão de prazos administrativos introduzido pela Lei n.º 1-A/2020 (lei esta que é anterior àquele diploma) e que foi alterado pela Lei n.º 4-A/2020 e pela Lei n.º 16/2020.

Em particular, nota-se ser inviável sustentar que o artigo 5.º da Lei n.º 16/2020 regula a mesma matéria que a abrangida pela alínea f) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 10-D/2020, visto que a disciplina constante desta última disposição não coincide com a que é abrangida por aquela (que se refere exclusiva e literalmente à Lei n.º 1-A/2020, e não a outros atos legislativos), e

¹⁷ <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1534142>

que não existe qualquer incompatibilidade entre os respetivos regimes (cf. os n.ºs 2 e 3 do artigo 7.º do Código Civil).

Em consequência, o Decreto-Lei n.º 10-D/2020, e, em particular, a alínea f) do seu artigo 8.º, estão em vigor e produzem todos os seus efeitos, vinculando a ANACOM, por força do princípio da legalidade (não competindo, naturalmente, ao Regulador questionar a vinculatividade das normas de que é destinatário, a pretexto de um entendimento que tenha sobre matéria de política legislativa ou outras políticas públicas).

Assim, a Decisão do Conselho de Administração da ANACOM, de 1 de junho, ao assentar em entendimento diverso e ao aplicar o disposto no artigo 5.º da Lei n.º 16/2020 ao prazo para resposta à consulta pública sobre o Projeto de Regulamento, é ilegal, por violação direta, e cumulativa, daquele artigo 5.º da Lei n.º 16/2020 (que não se pretende aplicar ao caso), da alínea f) do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 10-D/2020, e dos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 7.º do Código Civil.

Em consequência, o Regulamento do Leilão que vier a ser aprovado com preterição da formalidade da realização da consulta pública – tal é o resultado, uma vez que foi considerado um prazo para a mesma que viola a lei – padecerá, desde logo, desta invalidade formal, além das demais acima referidas (falta de fundamentação e ausência de elementos e estudos que comprovem os pressupostos das medidas adotadas no Projeto de Regulamento).

2.6.6. As ilegalidades de que enferma o procedimento irão suscitar litigância judicial

Tal como acima se demonstrou e resulta também dos anexos à presente pronúncia e dos dois pareceres jurídicos juntos, o Projeto de Regulamento, caso venha a ser aprovado, violará ostensivamente a Constituição, a lei, e a Resolução do Conselho de Ministros, e violará também o TFUE e normas de direito da União Europeia, desde logo, se não for objeto de notificação e ou for executado sem prévia decisão, sendo que a NOS entende que estão em causa auxílios de Estado ilegais. A violação de todas estas normas jurídicas, que pode ser conhecida diretamente pelos tribunais nacionais, implica prejuízos graves, não apenas para o setor e para o País, mas também para os direitos e interesses legítimos da NOS.

A NOS confia que a ANACOM, sopesando todos os contributos recebidos no âmbito da consulta pública, quer no plano dos factos, quer no respetivo enquadramento jurídico, corrigirá o Projeto de Regulamento, e respeitará todas as vinculações legais, de direito nacional e da União Europeia em vigor. Trata-se, não apenas, de respeitar os direitos e interesses legítimos da NOS e demais operadores do mercado, mas também de assegurar que o processo de atribuição de frequências se processará com a estabilidade e segurança jurídicas necessárias para o êxito dos objetivos associados ao 5G e o reforço das atuais tecnologias móveis, incluindo as condições de promoção do investimento efetivo pelos interessados.

Caso, por hipótese, tal não se verifique, a NOS não poderá deixar de recorrer a todos os meios judiciais, incluindo meios cautelares, que a Constituição da República Portuguesa, a lei

nacional e o direito da União Europeia lhe reconhecem, de modo a assegurar em tempo útil a tutela dos seus direitos e o respeito pelo "*level playing field*", bem como a obter ressarcimento por todos os danos causados.

3. Propostas de alteração às regras do leilão

A NOS entende que a mecânica das atuais regras do leilão pode ser facilmente melhorada para assegurar uma alocação de espectro mais eficiente.

A promoção da atribuição e utilização eficiente do espectro - um recurso escasso do domínio público - é uma das responsabilidades atribuídas à ANACOM e não restam dúvidas de que a atribuição e utilização eficiente do espectro é fundamental para garantir a disponibilidade de recursos e o nível de concorrência *ex-post* que preserva e promove os incentivos adequados para investimento no setor que garante serviços de qualidade, maior cobertura, mais serviços e mais inovação.

Para este efeito, a NOS propõe alterações relevantes às regras do leilão com o objetivo de:

- i) Promover a atribuição e utilização eficiente do espectro;
- ii) Diminuir participações especulativas (em rigor trata-se também de uma forma de promover a atribuição e utilização eficiente do espectro).

3.1. Propostas para aumentar a eficiência do espectro

3.1.1. Garantia de contiguidade

A NOS discorda da metodologia de ordenação de licitantes para a escolha da localização exata dos lotes ganhos dentro da respetiva faixa de frequências (consignação) proposta no artigo 35º do Projeto de Regulamento, uma vez que os critérios de maior gasto ou de maior quantidade de espectro adquirido não garantem a alocação mais eficiente do espectro.

Este tipo de critérios não garante que o licitante escolhe os lotes de modo a maximizar a eficiência do espectro e não afasta cenários em que o licitante orienta a sua escolha tendo também em vista maximizar os danos causados aos outros licitantes, com o objetivo de obter uma vantagem competitiva, mesmo que essa posição de espectro implique menor eficiência para o sistema como um todo.

Para além disso, o mecanismo de ordenação dos licitantes vencedores na fase de consignação fomenta distorções na fase de licitação, uma vez que os licitantes irão condicionar as respetivas licitações não só pelo valor que atribuem aos lotes de determinada faixa, mas também pelo facto de esse valor condicionar a fase de consignação. Para além da discordância face ao critério de ordenação dos licitantes vencedores tendo em vista a escolha da localização exata dos lotes, a NOS alerta para o caso particular da faixa dos 3,6 GHz.

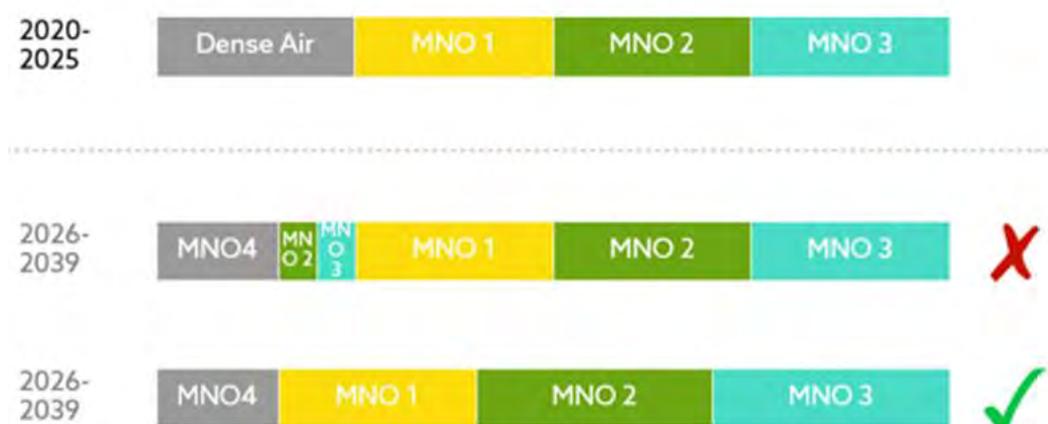
A situação particular da faixa dos 3,6 GHz gera ineficiências adicionais

A existência de dois períodos temporais distintos para as frequências da faixa dos 3,6 GHz implica o risco de ineficiências adicionais no processo de consignação proposto no Projeto de Regulamento. Atualmente está apenas prevista uma fase de consignação para cada categoria

de espectro, incluindo para as categorias H, I e J relativas à faixa dos 3.6 GHz. Esta situação implica que a consignação das 3 categorias nesta faixa é atualmente tratada de forma independente e não simultânea, para além de que não considera de que existem dois períodos temporais relevantes para esta faixa.

Estes fatores combinam-se, potenciando resultados ineficientes do ponto de vista da contiguidade de espectro da faixa dos 3,6 GHz, como a seguir se exemplifica:

Potencial resultado do leilão na faixa dos 3,6 GHz



A ineficiência atrás ilustrada resulta da possibilidade de um licitante e vencedor nas categorias I e J se ver impedido de garantir a contiguidade do espectro adquirido em ambas as categorias, por não poder tomar uma opção para o período de 2020-25 e poder revê-la no período de 2026-39, em que a configuração de detentores de espectro pode ser diferente. Veja-se o caso exemplificativo do MNO 2 na figura anterior: tendo sido vencedor com 80 MHz na categoria J e de 20 MHz na categoria I, vê-se impedido, na fase de consignação, de assegurar que o espectro referente à categoria J é contíguo com o espectro da categoria I.

Solução: *Consignação através de acordo seguida de proposta de valor adicional a pagar para os casos em que não seja alcançado acordo*

Como forma de ultrapassar as debilidades do modelo proposto no Projeto de Regulamento para ordenação dos licitantes e as relativas ao caso específico da faixa dos 3,6 GHz, a NOS sugere que, para todas as faixas, seja concedido aos licitantes vencedores um período de tempo predefinido após a fase de licitação para que estes alcancem um **acordo para a consignação do espectro**. Este mecanismo permite aos licitantes encontrarem uma solução mutuamente benéfica, no espírito daquilo que é já hoje proposto pela ANACOM para a faixa dos 900 MHz.

De referir, por exemplo, que no Reino Unido e no Luxemburgo as regras para o leilão das faixas *core* do 5G, incluem uma fase de consignação para a banda dos 3.4GHz-3.8GHz em que está previsto um período de negociação entre os vencedores de lotes nessa faixa, proporcionando,

assim, a oportunidade de encontrar uma solução eficiente entre as partes. No caso do leilão do Luxemburgo, este modelo de consignação aplica-se a todas as faixas.

Caso os operadores não alcancem um acordo no período pré-definido para alguma(s) faixa(s), **a ordenação dos licitantes para a consignação deverá ser feita através de apresentação de proposta de valor adicional a pagar pelo licitante faixa a faixa**, para as faixas em que não foi possível alcançar um acordo.

De acordo com esta modalidade, os licitantes vencedores em cada uma das faixas, indicam à ANACOM o valor que estão disponíveis a pagar para terem prioridade na escolha da localização exata dos lotes em cada uma das faixas para as quais não foi possível alcançar um acordo prévio. Ou seja, a ordenação dos licitantes para a fase de consignação, faixa a faixa, é ditada pelos montantes adicionais a pagar que cada licitante apresenta especificamente para este efeito. No caso de empate, aplica-se um procedimento de ordenação aleatória dos licitantes envolvidos no empate e aplicável exclusivamente à faixa na qual se registou o empate.

Para minimizar os desafios adicionais na faixa dos 3,6 GHz, a NOS defende que para efeito do acordo entre os operadores e para a fase subsequente de escolha da localização exata dentro da faixa, se necessária, todas as frequências desta faixa, ou seja, frequências das categorias H, I e J, sejam consideradas simultaneamente, de modo a maximizar a contiguidade ao longo de toda a duração dos DUF's.

Adicionalmente, para as faixas onde não foi possível alcançar acordo, a ANACOM deve sucessivamente, após a escolha da localização exata do espectro adquirido por cada um dos licitantes, validar essa escolha de modo a assegurar a contiguidade do espectro dos licitantes que farão a escolha a seguir, devendo recusar as escolhas que inviabilizem a contiguidade do espectro dos licitantes que se seguem no processo de escolha. Por exemplo, no cenário em que todo o espectro da faixa dos 3,6 GHz é atribuído e em que o primeiro licitante a escolher ganhou 50 MHz, a ANACOM deverá recusar uma escolha do licitante de acordo com a qual os 50 MHz que adquiriu ficam localizados, por exemplo, entre os 3720 MHz e 3770 MHz. Se tal escolha não fosse recusada, implicaria necessariamente a não contiguidade de todo o espectro atribuído.

3.1.2. Proposta para garantir tempo suficiente para preparar o leilão

A concessão de tempo suficiente para a preparação do leilão, incluindo após o conhecimento das regras finais, é do interesse dos potenciais licitantes, mas é, de igual modo, do interesse da entidade responsável pela gestão e atribuição das frequências.

Pois, para garantir a prossecução dos objetivos que devem orientar a sua atuação, em geral, e a gestão do espectro, em particular, deve pugnar por garantir as condições que maximizem a probabilidade de o espectro ser atribuído aos licitantes que têm mais incentivos para gerar maior valor acrescentado a partir daquele.

Tal como já transmitido na consulta pública relativa à limitação dos direitos de utilização, de acordo com a Federal Communications Commission, regulador setorial dos EUA, devem mediar cerca de 3 a 5 meses entre a divulgação das regras finais e o início do leilão¹⁸. E o *benchmarking* europeu aponta para que entre o conhecimento das regras finais e o início da fase de licitação decorram cerca de 4,5 meses, em média.

País	Frequências	Divulgação das regras	Início fase de licitação	Dias	Meses
Rep. Checa	3.5 GHz	09/05/2017	13/06/2017	35	1,2
Espanha	3.5 GHz	26/05/2018	16/07/2018	51	1,7
Reino Unido	3.5 GHz	24/01/2018	20/03/2018	55	1,8
Itália	700 MHz / 3.5 GHz	11/07/2018	10/09/2018	61	2
Eslováquia	700 / 900 /1800 MHz	31/03/2020	30/06/2020	91	3
Alemanha	3.5 GHz	26/11/2018	19/03/2019	113	3,8
Países Baixos	700 /1400 / 2100 MHz	06/03/2020	29/06/2020	115	4
Alemanha	700 MHz	29/01/2015	27/05/2015	118	3,9
Finlândia	26 GHz	06/02/2020	08/06/2020	123	4,1
França	700 MHz	02/07/2015	16/11/2015	137	4,6
Finlândia	700 MHz	01/07/2016	24/11/2016	146	4,9
Suécia	700 MHz	10/07/2018	04/12/2018	147	4,9
Áustria	3.5 GHz	01/09/2018	01/03/2019	181	6
Suécia	2.3 / 3.4 GHz	17/04/2020	10/11/2020	207	6,9
Suíça	700 MHz / 3.5 GHz	06/07/2018	29/01/2019	207	6,9
Irlanda	3.5 GHz	29/08/2016	01/05/2017	245	8,2
Dinamarca	700 MHz	14/06/2018	19/02/2019	250	8,3
Média					4,5

O calendário desenhado e divulgado pela ANACOM antes da pandemia previa o início do leilão no mesmo mês em que é conhecida a versão final do Regulamento.

Mesmo registando o esclarecimento da ANACOM de que o início do leilão não corresponde ao início da fase de licitação, a NOS mantém o entendimento de que o período de um mês entre o conhecimento das regras finais e o início do leilão é insuficiente e reflete-se na compressão dos prazos de ações inerentes à preparação da fase de licitação, que é altamente desaconselhável. A exiguidade do plano temporal previsto pela ANACOM fica patente, por exemplo, na proposta vertida no artigo 15º relativa ao conhecimento das condições de acesso à plataforma pelos candidatos admitidos e às ações de formação sobre a utilização da plataforma, que podem ser condensadas no período de apenas 5 dias úteis anteriores ao início da fase de licitação.

É importante que os interessados tenham conhecimento do calendário com antecedência face ao início da fase de licitação, uma vez que para além da necessidade de i) cumprimento de formalidades necessárias à participação, como é o caso da fase de qualificação, ii) do conhecimento das condições de acesso à plataforma pelos candidatos admitidos e iii) às ações de formação sobre a utilização da plataforma, os candidatos têm que realizar um conjunto muito vasto e determinante para a sua participação no leilão relativo à definição da estratégia de licitação, a qual está dependente do conhecimento das regras finais do leilão.

¹⁸ Ver "Auction Best Practice - GSMA Public Policy Position", disponível em <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2019/05/Auction-Best-Practice.pdf>

Neste seguimento, a NOS defende que o período que medeia entre a publicação das regras finais e o início da fase de licitação deverá aproximar-se da média do *benchmarking* e não deve, em caso algum, ser inferior a 3 meses. Adicionalmente, salienta-se a importância de a ANACOM divulgar publicamente o calendário previsto para o leilão com a maior brevidade possível.

3.1.3. Proposta para diminuir probabilidade de especuladores

Tal como já aludido, a atual configuração do leilão inclui diversas condições que propiciam a entrada de especuladores sem interesse efetivo na oferta séria de serviços móveis de forma duradoura em Portugal.

Para além da eliminação das medidas de discriminação atualmente defendida antes (ver ponto 2.4.3), a NOS considera que existem outras condições previstas nas regras do leilão que devem ser revistas de modo a diminuir o risco de participações especulativas que prejudicam o setor e o país, nomeadamente:

- Introduzir critérios de qualificação para o leilão que assegurem a credível demonstração de capacidade, planeamento e intenção de construir/operar uma rede móvel e as ofertas comerciais relacionadas;
- Estabelecer uma caução única e de valor mais elevado para participação no leilão, de modo a afastar especuladores;
- Eliminar a possibilidade de desistência do leilão;
- Limitar a possibilidade de locação e transmissão de espectro durante um período alargado após o leilão.

3.1.3.1. Critérios de qualificação mais exigentes

Os critérios de qualificação atuais permitem que qualquer empresa possa candidatar-se, mesmo que não demonstre capacidade financeira, competência ou planos para vir a desenvolver e operar uma rede de comunicações móveis e a disponibilizar uma oferta comercial de serviços.

A NOS entende que de modo a diminuir a probabilidade de participações oportunistas e especulativas no procedimento de atribuição, deverão ser introduzidos critérios de qualificação que permitam aferir a capacidade financeira, a capacidade técnica e evidenciem o plano de negócios a implementar pelos candidatos. Este tipo de prática foi seguida em leilões anteriores, como por exemplo, Itália em 2018, Suíça em 2019 e Áustria em 2019.

3.1.3.2. Caução

As condições atuais sobre a caução permitem, por exemplo, licitar lotes de 700 MHz com uma caução de apenas 4M€ (800k€ por ponto de elegibilidade). Como já referido, as regras do leilão deverão minimizar o risco de participantes especuladores que, para além de não terem interesse sério no desenvolvimento de uma oferta de serviços móveis robusta e duradoura, podem condicionar o acesso dos verdadeiros interessados ao espectro necessário para desenvolverem de forma eficiente a oferta de serviços móveis 5G, bem como os serviços assentes nas tecnologias atuais.

De modo a demover a participação de especuladores, a NOS sugere que seja fixada uma caução de valor único e de montante mais elevado do que o montante de 15 milhões de euros atualmente previsto. As entidades efetivamente interessadas no processo de atribuição e que assumem uma participação séria no leilão não terão obstáculo em apresentar uma caução de valor mais elevado do que atualmente previsto.

Adicionalmente, a NOS propõe que a caução tenha um prazo pré-definido, em concreto, que permaneça válida até ao máximo de um ano após a data de emissão. A introdução de um prazo de validade fixo, em particular, até um ano, facilita a negociação relativa à obtenção da garantia e diminui os respetivos custos, incluindo fiscais.

3.1.3.3. Regras de desistência e de dispensas

Em teoria, a possibilidade de desistência tem como objetivo permitir que um licitante possa retirar licitações elevadas se correr o risco de ganhar apenas um subconjunto da quantidade de espectro que inicialmente pretendia ganhar, limitando assim o risco de agregação de um SMRA, como é o caso deste leilão.

No entanto, a possibilidade de desistência pode ser facilmente utilizada para manipulação estratégica, aumento de preços ou licitações especulativas. A eliminação da possibilidade de desistência, prevista no artigo 21º, relativo à fase de licitação para novos entrantes, e artigo 30º, relativo à fase de licitação principal, reduz o risco de jogo estratégico ou de licitação predatória - que, como já foi referido, pode resultar num resultado ineficiente do leilão, em potenciais repercussões legais após o leilão, ou pode mesmo exigir que um procedimento de leilão seja interrompido e repetido, o que não é do interesse do regulador ou de qualquer licitante sério.

No contexto deste leilão, a possibilidade de utilização da desistência com intenções especulativas é agravada pelo facto de a caução proposta ser muito baixa.

O exemplo da NetNet na Polónia, em 2016, demonstra a seriedade desta ameaça. Em 2016, seis empresas qualificaram-se para participar no leilão do tipo SMRA, incluindo dois novos licitantes. Estes - Hubb Investments e NetNet - competiram com os operadores até então no mercado - Orange, P4, T-Mobile e Polkomtel. Durante o leilão, o comportamento da NetNet levou os preços até valores totalmente inesperados, atingindo >€450m para um lote de 2x5

MHz na faixa de 800 MHz, um claro *outlier* no *benchmark* europeu. Adicionalmente, o leilão durou 9 meses, arrastando a indústria operacional e financeiramente para uma situação periclitante. No final do leilão, a NetNet assegurou licitações vencedoras, mas pôde desistir da sua posição sem sofrer consequências sérias;

Assim, neste domínio a NOS propõe que todas as licitações sejam vinculativas e que não sejam permitidas desistências. Este é o cenário atualmente proposto para o formato SMRA dos leilões de 2020 nos Países Baixos e na Áustria.

Caso a ANACOM insista na possibilidade de desistência, a NOS salienta que deve ficar expressa e claramente previsto no Regulamento final que se um licitante desistir do leilão durante a fase de licitação para novos entrantes, - seja na ronda inicial ou nas rondas seguintes - tal implica a perda da caução a favor da ANACOM e impede a participação na fase de licitação principal. Ou seja, deve ficar claro que a consequência da desistência que ocorra em qualquer momento da fase de licitação para novos entrantes tem as consequências iguais às previstas no artigo 24º, nº 3: perda de caução e impedimento de participação na fase de licitação principal.

3.1.3.4. Condições de locação e transmissão do espectro

A NOS é favorável à livre iniciativa privada e à existência de um mercado secundário de espectro. Porém, a existência deste mecanismo deve ser um instrumento para promover uma utilização efetiva e eficiente do espectro e não fomentar movimentos de aquisição de DUF com o objetivo primordial de promover ganhos financeiros através da transação do espectro.

Por isso, a NOS entende que deverá ser estabelecida uma regra que impeça que entidades que beneficiem da condição de novos entrantes procedam à locação e transmissão de espectro, incluindo a venda da empresa, durante 5 anos após a atribuição dos DUF's. Caso a detentora dos DUF pretenda concretizar a venda da empresa deverá proceder previamente à devolução dos DUF's à ANACOM.

4. Esclarecimentos

Sem prejuízo das posições estruturais da NOS sobre, por exemplo, o DUF da Dense Air Portugal, as obrigações de cobertura, de instalação de rede e de acesso previstas no atual Projeto de Regulamento, a NOS apresenta de seguida um conjunto de aspetos concretos para os quais solicita a confirmação do seu entendimento ou esclarecimentos.

4.1. Sobre a Dense Air Portugal

4.1.1. Não aplicação do conceito de novo entrante

A definição constante do artigo 2º, k) prevê que seja considerado novo entrante: *"entidade que à data de entrada em vigor do presente regulamento, não detém direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres e que não detenha relações diretas ou indiretas, de domínio e que não detenha relações, diretas ou indiretas, de domínio ou de influência significativa, com entidades titulares de direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas."*

Tendo em conta que a Dense Air detém efetivamente neste momento DUF que se destinam a SCET, conforme reconhecido pela ANACOM no âmbito do sentido provável de decisão relacionado com a alteração do direito de utilização de frequências atribuído à Dense Air Portugal, aprovada por decisão de 20 de fevereiro, desde já se solicita a confirmação dos seguintes entendimentos:

- i. A Dense Air Portugal não é considerada novo entrante para efeito do regulamento do leilão 5G, independentemente da data de efetiva alteração do respetivo DUF que está neste momento em curso e que prevê a substituição da designação do serviço de BWA por SCET;
- ii. A Dense Air Portugal não é beneficiária das obrigações de acesso previstas no artigo 45º, independentemente da data de efetiva alteração do respetivo DUF que está neste momento em curso e que prevê a substituição da designação do serviço de BWA por SCET.

4.1.2. Impossibilidade de apresentação de licitações na categoria J

O atual artigo 8º, nº2 do Projeto de Regulamento prevê que não poderá ser atribuído espectro da categoria J à Dense Air, uma vez que esta entidade já é titular de DUF na faixa dos 3,6 GHz. Pede-se confirmação de que a Dense Air Portugal não poderá sequer apresentar licitações para o espectro da categoria J.

4.1.3. Data de levantamento das restrições na faixa dos 3,6 GHz e data de depósito

Ainda relacionado com a Dense Air Portugal, mas neste caso com o facto de esta entidade já deter DUF na faixa dos 3,6 GHz cujo termo é 5 agosto de 2025, pede-se esclarecimento sobre os motivos que impedem que fique desde já definido que o levantamento das restrições previsto no artigo 38º, nº 6 acontece no dia 6 de agosto de 2025, uma vez que o DUF da Dense Air tem o seu termo a 5 de agosto de 2025. A este propósito refira-se que no artigo 7º identifica-se concretamente que o espectro das categorias H e I terão restrições até 5 de agosto de 2025, ou seja, este artigo prevê que a partir de 6 de agosto de 2025 a utilização deste espectro não apresenta restrições. Pede-se esclarecimento para a abordagem diferente nestas duas situações que, do ponto de vista da data de levantamento das restrições, aparentam ser idênticas.

4.2. Sobre o âmbito geográfico de atuação das entidades consideradas novos entrantes

Tendo em conta a definição de novo entrante prevista no artigo 2º, k) e acima transcrita, pede-se esclarecimento sobre o âmbito geográfico relevante para aferir se a entidade em causa detém, direta ou indiretamente, DUF em faixas designadas para SCET: o âmbito geográfico relevante é a União Europeia ou restringe-se a Portugal?

Em concreto, pretende-se confirmação de que uma entidade que detenha DUF em faixas designadas para SCET em qualquer país da União Europeia ou que detenha relações, diretas ou indiretas, de domínio ou de influência significativa, com entidades titulares de utilização de frequências em faixas designadas para SEC em qualquer país da União Europeia não é considerada novo entrante para efeito do regulamento do leilão 5G. Pois, se assim não for, significa que operadores de comunicações de grande dimensão a nível europeu e mesmo mundial poderão participar no futuro leilão 5G em Portugal beneficiando de condições mais favoráveis, incluindo obrigações de acesso aos atuais operadores nacionais, do que aquelas que os operadores com atividade em território nacional e que, como é o caso da NOS, têm uma dimensão apenas a nível nacional.

4.3. Sobre obrigações de cobertura, de instalação de rede e de acesso

No que respeita às obrigações de cobertura, de desenvolvimento de rede e de acesso previstas nos artigos 42º, 43º e 45, respetivamente, solicitam-se os seguintes esclarecimentos:

- i. O método de aferição das obrigações de cobertura de população ao nível das freguesias previstas no artigo 42º, nº1, a) vii e nº 1, b) iv) é diferente entre as freguesias do Continente e das Regiões Autónomas?

Relativamente às freguesias do Continente é referido que a obrigação de cobertura corresponde a 75%/90% "... da população de cada uma das freguesias consideradas

de baixa densidade..." [sublinhado nosso], já para o caso das freguesias das Regiões Autónomas é referido que a cobertura corresponde a 75%/90% "...de todas as freguesias das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores." [sublinhado nosso].

Isto significa que no caso do Continente o nível de cobertura requerido deve ser assegurado em cada uma das freguesias, individualmente consideradas, e no caso das freguesias das Regiões Autónomas o nível de cobertura exigido deve ser cumprido considerando o agregado da população de todas as freguesias de cada uma das Regiões Autónomas e não para cada uma das freguesias das Regiões Autónomas individualmente consideradas?

- ii. Solicita-se esclarecimento de teor idêntico ao apresentado no ponto i. para as obrigações de instalação de estações previstas no artigo 43º, nº 1, mas que têm como unidade geográfica de referência os municípios.
- iii. Ainda no artigo 42º são definidas obrigações de cobertura em termos de autoestradas, itinerários rodoviários do país, itinerários ferroviários e das redes de metropolitano. Solicita-se confirmação de que apenas estão incluídas no âmbito destas obrigações de cobertura as autoestradas, os itinerários rodoviários, os itinerários ferroviários e as redes de metropolitano de Lisboa, do Porto e do Sul do Tejo na extensão em funcionamento à data de entrada em vigor do regulamento. Isto é, se, por exemplo, i) for construída uma nova autoestrada mais tarde, a mesma não estará no âmbito das obrigações de cobertura previstas no regulamento ou ii) se após a entrada em vigor do regulamento do leilão abrirem/forem disponibilizadas novas estações de metropolitano, não existe obrigação de cobrir estas novas estações.
- iv. No artigo 45º é referido que apenas podem beneficiar da obrigação de negociação de acordos de roaming nacional as entidades que não detenham DUF nas faixas designadas para SCET à data de entrada em vigor do regulamento e que no termo do leilão passem a deter, entre outros DUFs, até 50 MHz na faixa dos 3,6GHz. Tendo isto em conta, pede-se clarificação sobre se uma entidade que detém previamente ou adquira no leilão 50 MHz na faixa dos 3,6GHz, incluindo do espectro correspondente às categorias H e I, é ou não beneficiária das obrigações de acesso previstas no artigo 45º. Adicionalmente, pede-se confirmação que uma entidade que detenha previamente ao leilão e/ou adquira mais de 50 MHz no leilão, mesmo que correspondam ao espectro das categorias H e I, não são beneficiárias das obrigações de acesso previstas no artigo 45º. Por exemplo, se uma entidade comprar (ou detiver previamente ao leilão espectro correspondente a) 3 lotes de 10 MHz da categoria H e 3 lotes da categoria I, esta entidade não será beneficiária das obrigações de acesso previstas no artigo 45º.

4.4. Sobre o funcionamento do leilão

Relativamente às regras de funcionamento do leilão a NOS solicita os seguintes esclarecimentos:

- i. O Projeto de Regulamento não esclarece se os lotes de cada categoria serão lotes genéricos, mas identificados/rotulados ou se serão totalmente genéricos. Apesar de na fase de licitação todos os lotes serem iguais entre si, uma vez que apenas na fase de consignação se definirá a respetiva localização na faixa, importa clarificar, o que desde já se solicita, se os lotes de cada categoria serão totalmente genéricos/abstratos ou se serão rotulados de algum modo ao longo da fase de licitação. Por exemplo, na categoria A existem 6 lotes haverá algum tipo de identificação que distinga entre si os lotes desta categoria durante a fase de licitação, como por exemplo, A1, A2, A3, A4, A5 e A6, sendo as licitações apresentadas para os lotes A1, A2, A3, A4, A5 e A6 ou serão apresentadas licitações indistintas para lotes da categoria A (a questão/raciocínio é aplicável às demais categorias)?
- ii. No artigo 15º são incluídas, entre outras, regras relativas à notificação de admissão e exclusão de candidaturas. A este propósito solicita-se que seja clarificado se os operadores que não são novos entrantes, são notificados sobre a existência ou, caso a mesma não exista, da ausência da fase de licitação para novos entrantes e em que momento. Por exemplo, se quando os operadores que não são novos entrantes receberem a notificação de início da fase de licitação principal sem qualquer referência à fase de licitação para novos entrantes é correto concluir que não se vai realizar/não se realizou a fase de licitação destinada exclusivamente a novos entrantes?
- iii. De acordo com o previsto nos números 9 e 10 do artigo 19º e dos números 10 e 11 do artigo 27º, a ANACOM divulgará no seu sítio da Internet a informação sobre o preço dos lotes na última ronda do dia, podendo essa informação ser publicada no próprio dia ou durante a manhã seguinte. Solicita-se indicação sobre qual a informação que será concretamente divulgada, bem como se a respetiva divulgação, ainda que possa ocorrer na manhã do dia seguinte, acontecerá sempre antes da 1ª ronda do dia seguinte ou se, pelo contrário, poderá acontecer depois da 1ª ronda do dia seguinte terminar. Em caso de se confirmar que a informação, mesmo que publicada no dia seguinte, será publicada antes do início da 1ª ronda solicita-se esclarecimento sobre a antecedência de divulgação face ao início da 1ª ronda.
- iv. No artigo 20º, nº 4 e no artigo 29º, nº6) é mencionado que no caso de ocorrer, durante a ronda inicial, um problema técnico com o funcionamento da plataforma eletrónica, o Conselho de Administração da ANACOM pode optar por reiniciar a fase de licitação. Porém, relativamente às rondas seguintes nada está previsto para o caso de haver um problema com a plataforma eletrónica. Assim, impõe-se o esclarecimento sobre o que poderá acontecer caso, durante as rondas seguintes à ronda inicial ocorra um problema com a plataforma eletrónica.

- v. De acordo com o artigo 31º, *"Em caso de empate entre licitações de montante mais elevado para o mesmo lote, a determinação da melhor oferta é feita através de um procedimento de escolha aleatória implementado pela plataforma eletrónica, sendo os licitantes em questão notificados pelo Conselho de Administração da ANACOM, através da mesma via, do resultado juntamente com as informações prestadas no âmbito do n.º 6 do artigo 19.º"*. Este último prevê a disponibilização de informação diversa, incluindo de *"excesso de procura, por categoria, que resulta da ronda anterior"*. Sucede que o artigo 19º é aplicável apenas à fase de licitação para novos entrantes e na fase de licitação principal não está prevista a disponibilização de informação sobre o excesso de procura. A informação a disponibilizar previamente ao início de cada ronda na fase de licitação principal está prevista no artigo 27º, nº 7 e não inclui o excesso de procura. Assim sendo, solicita-se confirmação de que na fase de licitação principal não será divulgada informação sobre o excesso de procura e solicita-se esclarecimento sobre:
- a. O significado da redação atual do artigo 31º e a remissão para o artigo 19º nº 6;
 - b. Se, e em caso afirmativo, o modo como os licitantes serão informados da existência de um empate (e necessidade de desempate), incluindo o esclarecimento sobre a informação que lhes será disponibilizada, o meio e respetivo momento;
- vi. No artigo 28º é referido que *"As dispensas consideram-se ativadas quando o licitante não submete qualquer licitação numa ronda."* A este propósito e considerando os cenários seguintes, solicita-se esclarecimento sobre qual ou quais os cenários a seguir indicados em que se considera que uma dispensa é ativada:
- a. Existe uma opção na plataforma de submissão de licitações para assinalar que é ativada uma dispensa;
 - b. É preciso submeter uma licitação, mas sem indicação de qualquer incremento;
 - c. O licitante não submete nada e a ausência submissão por parte do licitante numa ronda é equivalente à utilização de uma dispensa.
- vii. Para um lote que não tenha sido ainda alvo de qualquer licitação, de acordo com o número 2 do Artigo 30º, o incremento mínimo continua a ser zero em rondas posteriores à primeira ronda. Perante esta disposição solicitam-se os seguintes esclarecimentos:
- a. A indicação de que não houve licitações em determinado lote e que o incremento pode ser zero na ronda seguinte é diretamente transmitida aos licitantes? Em caso afirmativo, esta informação é adicionada à informação prevista no artigo 27º, nº7? Caso não seja adicionada à informação prevista no artigo 27º, nº7, de que modo será transmitida tal informação?

- b. A informação de que não houve licitações em determinado lote e que o incremento pode ser zero na ronda seguinte não é transmitida aos licitantes e, como tal, apenas através de tentativa e erro na introdução dos incrementos na plataforma eletrónica de submissão de licitações se consegue concluir que é aplicável e aceitável o incremento zero?

4.5. Sobre as condições técnicas de utilização do espectro

No que respeita às condições técnicas existem três aspetos que a NOS considera relevantes que a ANACOM acomode no Regulamento final que visam garantir:

- Sincronismo entre as redes dos vários operadores;
- Disponibilidade efetiva de espectro na faixa dos 2100 MHz;
- Atualização das condições técnicas de utilização do espectro, de modo a refletirem decisões internacionais publicadas após o projeto de regulamento.

4.5.1. Garantia de sincronismo

No Projeto de Regulamento é indicado que o sincronismo entre as redes dos vários titulares de direitos de utilização da faixa dos 3.6GHz deve ser assegurado por acordo entre os mesmos, atendendo às especificidades das tecnologias e implementação das suas redes (ponto 2.5, do Anexo 1). A NOS regista que a ANACOM se disponibiliza a promover uma reunião entre os operadores tendo em vista um acordo sobre esta matéria. Porém, a NOS considera que, atendendo ao impacto de ausência de acordo, a intervenção da ANACOM deverá ir mais além.

Se não existir acordo será necessário implementar faixas de guarda nos extremos dos blocos TDD entre 5 a 10MHz, o que se traduz numa enorme ineficiência da utilização de espectro essencial para a implementação e desenvolvimento das redes que suportam serviços Gigabit.

Acresce que a coordenação de sincronismo exige também coordenação transfronteiriça na zona de fronteira com Espanha. Ora, esta coordenação deverá ser efetuada entre as autoridades competentes dos dois países.

Assim para garantir que não existe ineficiência na utilização do espectro por ausência de acordo entre os operadores, a ANACOM deve estabelecer, e refletir no Regulamento final, um prazo, após o processo de consignação, para os operadores chegarem a acordo, considerando a informação disponibilizada pela ANACOM relativamente aos acordos transfronteiriços com as autoridades espanholas.

Findo o prazo estabelecido e não tendo sido alcançado um acordo, a ANACOM deverá tomar uma decisão, após consulta prévia dos titulares dos direitos, que garanta o sincronismo e evite a adoção de faixas de guarda que limitam o espectro disponível.

De acordo com o standard 3GPP e o documento do GSMA, os parâmetros para os quais deve haver acordo entre as partes são os seguintes¹⁹:

- i. A common phase clock reference (e.g. UTC - Coordinated Universal Time) and its accuracy
- ii. A common frame structure as defined by 3GPP TS 38.211 V16.0.0 (2019-02):
 - i. Selection of a timing reference (beginning of the frame)
 - ii. Selection of a frame format
 - iii. Selection of SubCarrier Spacing (SCS)
 - iv. Selection of normal or extended prefix
 - v. Selection of a special slot configuration

Esta metodologia deverá igualmente ser estendida à faixa dos 2,6GHz TDD, caso os direitos de utilização da faixa sejam atribuídos a várias entidades.

4.5.2. Disponibilidade de 20 MHz efetivos na banda dos 2100 MHz

Com a evolução tecnológica a faixa dos 2100MHz vai gradualmente ser reconvertida para suportar exclusivamente as tecnologias 4G e 5G, requerendo canais de 15 e 20 MHz.

Sucedendo atualmente as alocações dos direitos de utilização de frequências na faixa dos 2100 MHz contemplam uma faixa de guarda de 300 kHz nos extremos da faixa. Consequentemente, os operadores apenas têm atribuídos 2x19,8MHz (VDF e MEO) e 2 x 14,8 (NOS), o que, naturalmente, dificulta a configuração de canais LTE de 15 ou 20MHz.

De acordo com a Decisão de Execução (UE) 2020/667 da Comissão, de 6 de maio de 2020 e em linha com o Relatório CEPT n.º 72, é possível remover a faixa de guarda de 300 kHz no extremo da faixa continuando a proteger os serviços alocadas nas faixas adjacentes.

Em 5 de julho de 2019, a CEPT publicou um relatório (Relatório CEPT n.o 72), no qual propôs, como condições técnicas harmonizadas a nível da UE para a faixa de frequências emparelhada dos 2 GHz para comunicações terrestres, uma distribuição das frequências e uma máscara de extremo de bloco (BEM – Block Edge Mask) que se adequam à utilização da dita faixa por sistemas terrestres sem fios da próxima geração (5G). Conclui-se no Relatório CEPT n.o 72

que é possível remover a faixa de guarda de 300 kHz nos limites inferior e superior de frequência da distribuição de frequências.

No seguimento do exposto, e de modo a garantir a utilização eficiente da faixa dos 2100 MHz, a NOS considera que deverá ser garantido o rearranjo da faixa entre os detentores de DUF nesta faixa garantindo a remoção da faixa de guarda e a realocação do espectro por forma a permitir a consignação de canais efetivos de 15 ou 20MHz por utilizador.

4.5.3. Novas decisões da UE sobre 2100 e 2600 MHz

Desde a aprovação do Projeto de Regulamento a Comissão Europeia publicou atualizações às condições técnicas associadas às faixas dos 2100 e 2600MHz, a saber:

- Decisão de Execução (UE) 2020/636 da Comissão, de 8 de maio de 2020, que altera a Decisão 2008/477/CE no respeitante à atualização de determinadas condições técnicas aplicáveis à faixa de frequências de 2500-2690 MHz.
- Decisão de Execução (UE) 2020/667 da Comissão, de 6 de maio de 2020, que altera a Decisão 2012/688/UE no respeitante à atualização de determinadas condições técnicas aplicáveis às faixas de frequências de 1920-1980 MHz e de 2110-2170 MHz.

A NOS alerta para a necessidade de as condições técnicas de utilização do espectro a incluir no Regulamento final refletirem as condições de utilização previstas nas Decisões da Comissão acima referidas, na medida em que estas refletem as condicionantes técnicas associadas ao 5G.

5. Conclusão

Face a tudo quanto se expôs, a NOS entende que o futuro regulamento relativo à atribuição de frequências deverá prever:

- a) A disponibilização de todo o espectro, incluindo das faixas dos 900 e 1800 MHz, a todos os potenciais interessados (incluindo atuais MNO's) em condições não discriminatórias, **[IIC]** ... **[FIC]**. Consequentemente, deverá ser eliminada a reserva de espectro das faixas dos 900 MHz e 1800 MHz para novos entrantes;
- b) A manter-se a reserva de espectro para entrantes, algo que a NOS considera profundamente negativo para o mercado, têm que ser associadas obrigações de cobertura a este espectro. Estas obrigações de cobertura deverão ser equivalentes às fixadas sobre os atuais operadores de rede móvel quando entraram no mercado, portanto, nunca inferiores a 75% da população em 3 anos;
- c) **[IIC]** ... **[FIC]**;
- d) Que as condições da futura atribuição de espectro são equivalentes para todos os interessados, incluindo obrigações de cobertura e desenvolvimento de rede;
- e) A eliminação da obrigação de os atuais operadores concederem acesso a entidades às quais não são exigidos níveis significativos de investimento;
- f) Em reflexo da obrigação dos atuais operadores referida no ponto anterior, o direito de os entrantes beneficiarem de acesso deve ser condicionado ao cumprimento de objetivos de cobertura e de desenvolvimento de rede própria;
- g) Que o direito de acesso a redes de terceiros a incluir no Regulamento deve ser restrito às tecnologias *legacy* (2G, 3G e 4G) e limitado no tempo, nunca mais de 5 anos no desenvolvimento de rede própria;
- h) As metas de cobertura devem focar-se em pontos efetivamente estratégicos e estruturais para o desenvolvimento do país, evitando métricas que, na realidade não geram valor e representam investimento ineficiente. Neste seguimento as obrigações de cobertura a incluir no Regulamento devem estar alinhadas com as metas estratégicas definidas pelo Governo na RCM;
- i) Os preços de reserva, definidos através de *benchmarking*, deverão ser revistos em baixa, nomeadamente para refletir os objetivos de cobertura mais ambiciosos que se pretendem fixar.

Adicionalmente, a NOS entende que as regras do leilão devem ser alvo de melhoria com vista a promover a atribuição e utilização eficiente do espectro e diminuir participações especulativas e que devem ser desde já clarificadas algumas condições sobre o funcionamento do leilão, bem como das condições de utilização do espectro.

Caso insista em manter o Projeto de Regulamento e não resolva as diversas fontes de ilegalidade de que o mesmo enferma, quer a nível a nacional, quer europeu, a ANACOM

estará, por um lado, a promover uma enorme litigância judicial que irá atrasar inexoravelmente a introdução e desenvolvimento do 5G em Portugal e o reforço da capacidade das tecnologias atuais e, por outro lado, a ANACOM estará a prejudicar o incentivo ao investimento e o nível de concorrência no setor das comunicações e deste modo está a colocar em causa o papel do setor como catalisador e pilar da transformação digital da Sociedade e Economia.

Por último, mas igualmente relevante, a NOS entende que a ANACOM deverá atuar proactivamente junto do Governo de modo a garantir que, previamente ao início do leilão, a redução, no mínimo, de 50% das taxas de espectro e a fixação de uma regra que garanta a estabilidade destas durante todo o período de duração dos DUF.

Anexo

A Concorrência do mercado de comunicações em Portugal

Evolução de Preços dos serviços de comunicações em Portugal

I. Os preços dos serviços de comunicações em Portugal não têm aumentado e são inferiores aos registados na Europa

- i. A trajetória das receitas, do número de serviços e utilização dos serviços é incompatível com o aumento de preços*

Não é possível compatibilizar um cenário de crescimento de preços com a redução muito expressiva de receitas do setor em Portugal que se tem verificado nos últimos 6 anos, ao mesmo tempo que aumenta o número de utilizadores e o consumo médio por utilizador.

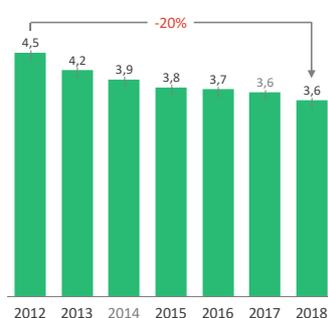
De acordo com dados da própria ANACOM, o mercado português nos últimos anos caracterizou-se por uma redução muito expressiva do seu volume de receitas, redução que atingiu 20% e é equivalente a uma perda de receitas de cerca de mil milhões de euros. Em simultâneo, os serviços subscritos pelos portugueses têm aumentado muito significativamente. Isto significa, como se demonstra na figura abaixo, que o preço médio pago por serviço de telecomunicações teve reduções de 30% nestes 6 anos.

É impossível sustentar que os preços de um setor num determinado período sobem quando as receitas desse setor descem dramaticamente, ao mesmo tempo que os utilizadores dos serviços sobem de forma muito substancial.

Dados ANACOM

As receitas do setor desceram entre 2012-2018 praticamente mil milhões de euros (20% do seu valor)

Milhares de Milhões de Euros



Fonte: ANACOM – Relatório “Serviços móveis” – 1º semestre 2019

O número de serviços subscritos aumentou significativamente (+13%).

Milhões de serviços



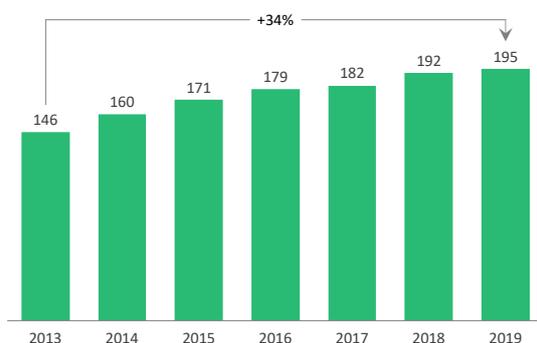
Pelo que os preços médios de cada serviço caíram ~30% neste período.

Recetta média por serviço (€)

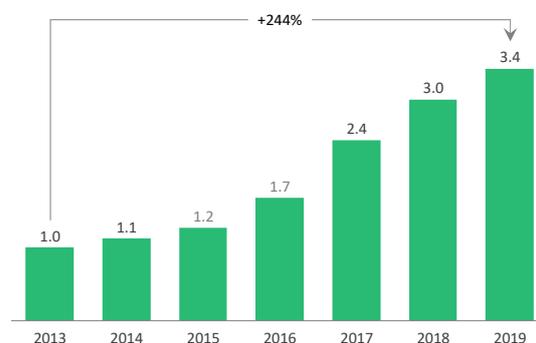


Adicionalmente, e mais uma vez de acordo com a ANACOM, nos últimos anos a intensidade de utilização dos serviços de comunicações tem crescido muito significativamente. Ou seja, para além da descida de receitas globais e dos preços por serviço, regista-se ainda um crescimento elevado de utilização destes serviços, o que torna ainda mais incompreensível a afirmação de que os preços dos serviços de comunicações estão a subir.

Evolução do tráfego mensal de voz móvel por cartão ativo (minutos)



Evolução do tráfego mensal de dados por utilizador ativo de BLM (GB)



ii. *Vários estudos colocam Portugal como um dos países com os preços mais baixos e todos estes são ignorados pela ANACOM*

A ANACOM faz constantes destaques no seu sítio na Internet e desdobra-se em entrevistas e intervenções a defender que os preços em Portugal aumentam em contraciclo com a Europa. Para o efeito, o regulador alicerça-se seletivamente como em alguns estudos ignorando outros que sustentam que o mercado apresenta um baixo nível de preços e tem uma elevada dinâmica competitiva.

O que têm em comum os estudos usados como referência pela ANACOM é o seu diagnóstico de subida de preços dos serviços de comunicações em Portugal, já os estudos que são ignorados pela ANACOM têm em comum contrariarem totalmente esta ideia. Os estudos que sublinham os baixos preços dos serviços de comunicações têm várias fontes e assentam em abordagens diversas de construção e todos concluem que Portugal apresenta preços baixos.



- "The low ARPUs of the Portuguese market" 14 Nov 2019

- "We see the spectrum auction conditions proposed by ANACOM as tougher than expected for existing mobile players, including NOS, given that the auction offers lighter than expected conditions or even some advantages for new entrants. That has been a surprise for us, given the already high level of competition in the Portuguese market, well reflected in below European average telco services prices" 11 Feb 2020



- We fundamentally disagree with the regulator's view (of insufficient competition in Portugal): the absolute level of prices is at the lower end of European prices, there has been material network investment, ROCEs are low versus European peers." 26 Feb 2020

- "Two key elements need to be taken in to consideration: 1) the absolute level of ARPU in Portugal is actually among the lowest in Europe (only France is lower). 2) the revenues of the Portuguese telecom setor have declined over the past five years." 24 Jan 2020



- "... following aggressive competition, the Portuguese market enjoys some of the lowest telecom pricing in Europe." Nov 2019



- "Portugal is a relatively low price telecom market, ARPU stands at c€40/month for the 3 incumbents compared to EU average at c€55-60" (~27-33% lower). 24 Feb 2020

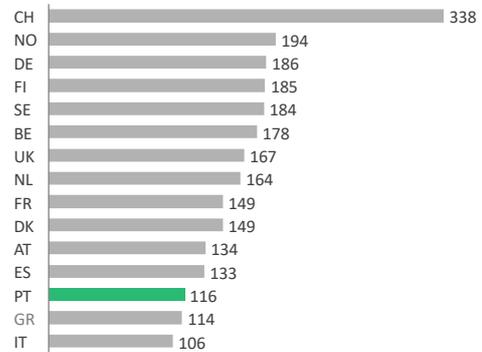
- "Portugal is the cheapest market in Europe and there is a competitive environment between 3 players." 4 Dez 2019



- "underpinned by the low ARPUs in Portugal and the need to recover recent large FTTH/content investments" 16 Out 2018



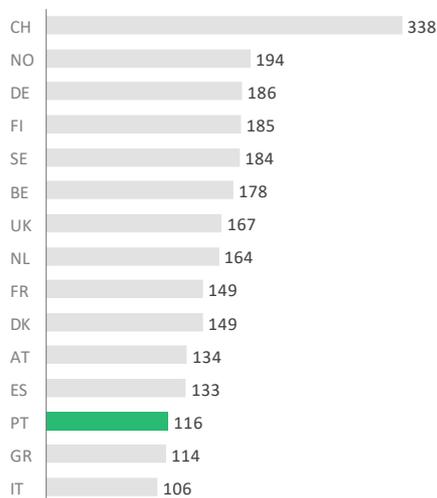
A receita Telco, per capita, em Portugal é das mais baixas (13º em 15 países) entre as principais economias Europeias (21 Feb 2020):



Recentemente, e a pedido da APRITEL, a Deloitte realizou um estudo comparativo de preços considerando a realidade de consumo de serviços de comunicações eletrónicas e concluiu que Portugal apresenta os preços de serviços de comunicações mais baixos num conjunto de 10 países europeus, logo a seguir à França.

A receita Telco, per capita, em Portugal é das mais baixas entre as principais economias Europeias:

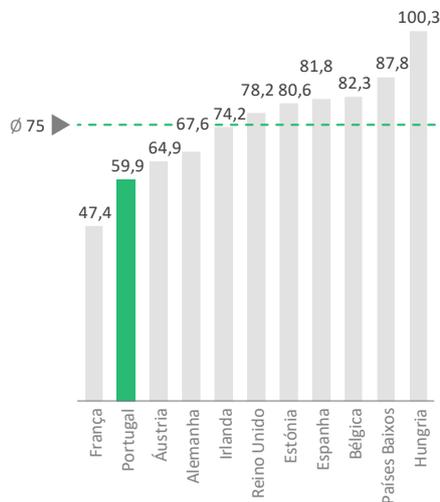
Receita Telco anual per capita (€)



Fonte: new | street research – 21/02/2020

Com aplicação das PPC, o preço médio (€) dos Pacotes 4P é também dos mais baixos

Preço médio mensal dos pacotes 4P (€)



Fonte: Deloitte

Perante as conclusões de múltiplos estudos promovidos por entidades internacionais que acompanham múltiplos mercados de comunicações de que o mercado é competitivo e apresenta preços baixos não se pode deixar de questionar os motivos que levam a ANACOM a ignorar estes estudos e apenas aceita como bons os estudos que ajudam a fundamentar o seu discurso e que, como já lhe foi transmitido, não os mais adequados para fazer a comparação de preços.

iii. O indicador IHPC que é central na análise da ANACOM é um indicador abrangente e sem profundidade para avaliar o setor

Os índices são construídos com propósitos específicos, e devem sempre ser lidos tendo em conta o propósito com que foram criados. O IHPC (índice harmonizado de preços ao consumidor), indicador utilizado pela ANACOM para estabelecer a conclusão de que os preços das comunicações em Portugal subiram, foi criado com o propósito de ser uma medida de estabilidade de preços que norteia a política monetária do Banco Central Europeu. É um indicador abrangente a todo o processo económico, quer no seu cálculo, quer no seu método de recolha de dados e tem um foco muito pequeno em cada um dos setores. O setor das telecomunicações em Portugal, tem um contributo de apenas 3% para este índice. Não é por isso de estranhar que tal indicador fomente inconsistências significativas com que está a acontecer na realidade, incluindo com o que está a acontecer com a evolução das receitas por utilizador nas telecomunicações em Portugal que, como vimos, têm uma redução de 20% nos últimos 6 anos, existindo uma queda do preço de serviço de 30%.

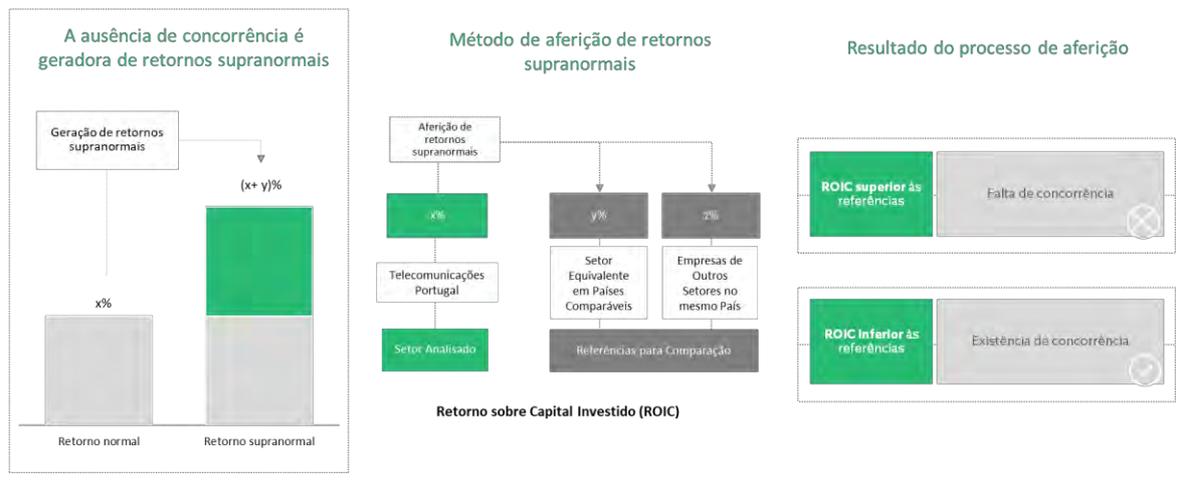
Um indicador com estas características não tem por isso profundidade de construção suficiente para ser um elemento de diagnóstico credível do setor e de forma alguma pode ser definitivo no estabelecimento das suas políticas.

<p>O IHPC é uma medida de estabilidade de preços do Banco Central Europeu</p>	<p>O IHPC não é uma medida de comparação de preços do setor das telecomunicações</p>
<ul style="list-style-type: none"> • É usado para quantificar a estabilidade de preços na estratégia de política monetária do Banco Central Europeu (BCE). • Manter a estabilidade de preços é o objectivo principal do BCE e dos bancos centrais nacionais da área do euro, conforme estabelecido no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 	<ul style="list-style-type: none"> • O IHPC é um indicador global multi-setorial com esforço de cálculo disperso por todos os setores da Economia (as telecomunicações representam 3%). • O indicador não tem a profundidade de construção suficiente dirigida ao setor das telecomunicações para ser um elemento de diagnóstico relevante e muito menos determinante na condução da sua estratégia ou das suas políticas.

A ANACOM também se socorre dos estudos sobre preços divulgados pela Comissão. Porém, conforme já amplamente explicado, a metodologia não é adequada para refletir a realidade de consumo de serviços de comunicações nacional – marcada pelo consumo de serviços em pacote e convergentes – penalizando Portugal na análise internacional de comparação de preços.

II. O setor apresenta níveis de rentabilidade inferiores aos das congéneres e de outras indústrias, o que é incompatível com um mercado não concorrencial

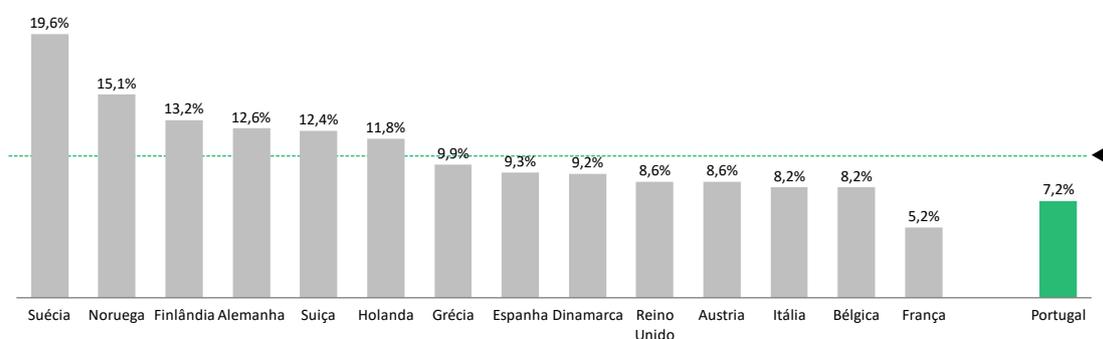
O elemento fundamental para aferir o nível de concorrência e competitividade de um mercado é a sua rentabilidade. Segundo a teoria económica um mercado caracterizado pela falta de concorrência apresenta uma apropriação de rendas excessivas, apresentando por isso retornos supranormais. Trata-se de um indicador incontornável e inequívoco.



Ora, o que os factos mostram é que o setor das comunicações eletrónicas português apresenta um nível de rentabilidade inferior à dos congéneres europeus e à alcançada pelas principais empresas cotadas nacionais. Isto acontece ao contrário das declarações do presidente da ANACOM numa entrevista à Antena 1 no dia 16 de fevereiro de 2020 quando refere que: “as empresas de telecomunicações em Portugal têm sido muitíssimo lucrativas e

têm tido um retorno bastante significativo e isso com prejuízo para o país, quer para os consumidores, quer para as outras empresas”.

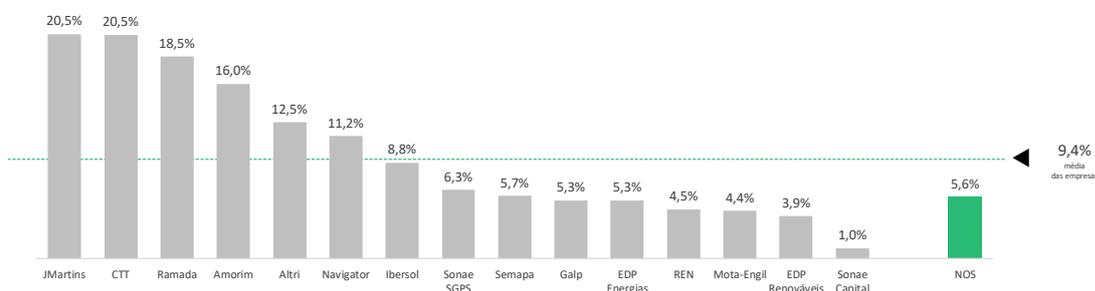
Benchmark do valor médio do retorno sobre capital investido (ROIC) de operadores de telecomunicações (%)



Fonte: New Street Research (média 2018-2019)

Para além do setor apresentar em Portugal uma das rentabilidades mais baixas do capital investido, a rentabilidade alcançada pelas empresas do setor é inferior à média da rentabilidade do capital investido pelas empresas do PSI20.

Benchmark do valor médio do retorno sobre capital investido (ROIC) de empresas do PSI-20 (%)

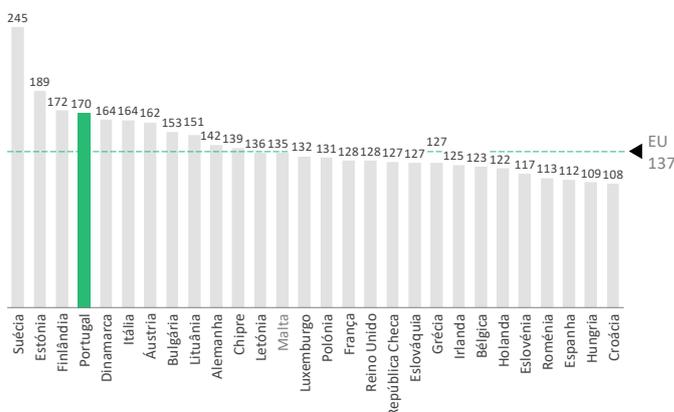


Fonte: Morningstar, Inc Financial Services (média 2015-18)

III. A taxa de penetração e utilização dos serviços é elevada e crescente

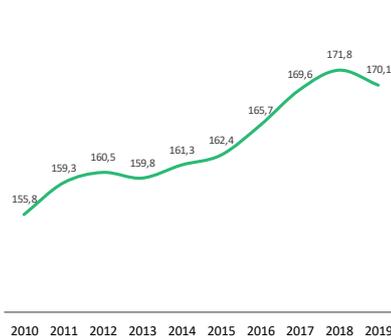
Como vimos anteriormente, este é um setor cujas receitas têm estado a cair desde há vários anos, em que os preços praticados são baixos e se reduzem, em que as ofertas vão ao encontro das necessidades e desejos dos clientes e por isso as suas utilizações sobem de forma exponencial. Para além do consumo crescente de serviços móveis de voz e dados já evidenciado atrás, Portugal apresenta uma das taxas de penetração de serviços móveis mais elevadas da Europa.

Portugal tem a 3ª maior taxa de penetração de serviços móveis da UE



Fonte: Comissão Europeia, Digital Economy and Society Index 2019

Nos últimos nove anos a taxa de penetração aumentou 14 pp

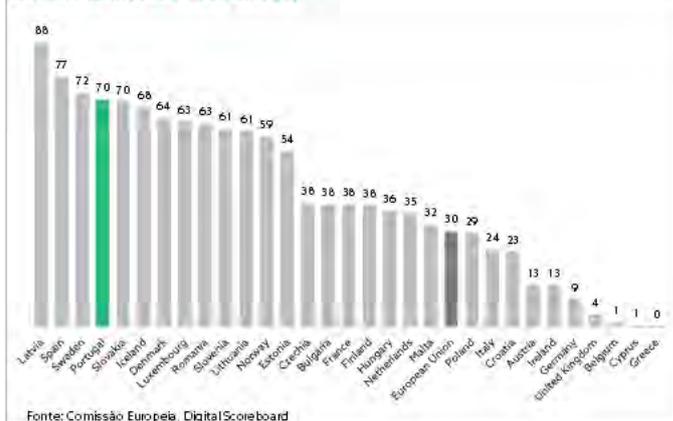


Fonte: ANACOM – Relatório “Serviços móveis” – 1º semestre 2019

IV. Portugal ocupa um lugar de destaque nas redes de alto débito

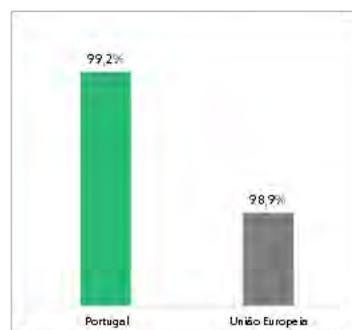
Portugal tem uma posição de destaque na cobertura de redes de alto débito e apresenta redes móveis, incluindo de 4G, com cobertura muito elevada e superior à média europeia.

Cobertura de redes de fibra em 2018 (%)



Fonte: Comissão Europeia, Digital Scoreboard

Cobertura 4G em 2018 (% dos lares)



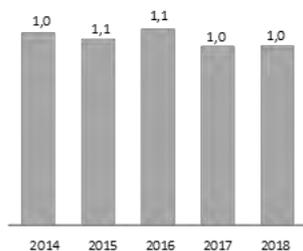
V. O nível de investimento no setor das comunicações eletrónicas é dos mais elevados da Europa

O lugar de destaque de Portugal no que respeita à disponibilização de redes de alto débito, os elevados níveis de penetração e utilização justificam-se pelo forte investimento que os operadores portugueses têm canalizado para o setor.

Os operadores portugueses têm mantido um nível contínuo e constante de investimento de cerca de mil milhões de euros por ano, o que se traduz numa taxa de esforço de investimento que a situa entre as mais elevadas do setor.

Evolução do investimento do setor em Portugal

Milhares de milhões de euros



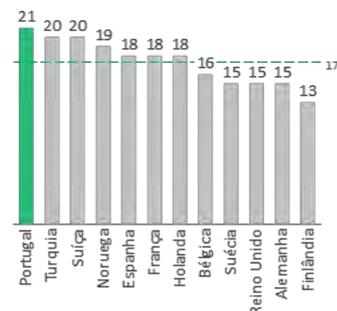
Fonte: Thomson Reuters / relatórios e contas operadores

Evolução do rácio de esforço do investimento sobre as receitas em Portugal

%



Benchmark do rácio CAPEX sobre receitas de operadores de telecomunicações (Média 2013-2019, % das receitas)



Apenas a competitividade de um mercado e necessidade extrema de foco sobre a qualidade de serviço permite um esforço de investimento como aquele que acontece em Portugal

Aliás, têm sido várias as personalidades nacionais e internacionais a destacar a concorrência no mercado nacional, em particular no mercado dos serviços móveis. Por exemplo, no congresso da APDC de 2019, Sua Excelência, o Senhor Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações afirmou que: *"... Portugal tem ofertas de muita qualidade, das melhores da Europa. Não sinto que haja um clamor contra o nível de preços. (...) o país está muito orgulhoso do caminho percorrido pelas operadoras e da qualidade do nosso mercado"*. Como referido, outras personalidades têm salientado a concorrência do setor em Portugal.

2019, Alberto S. de Miranda
Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações.

"Não sinto que haja um clamor contra o nível dos preços. Mas, em defesa dos consumidores sinto que cada um só deve pagar aquilo que efetivamente precisa. Mais concorrência diversificará as ofertas. Mas o País está muito orgulhoso do caminho percorrido pelas operadoras e da qualidade do nosso mercado."

2013, Fátima Barros
Presidente da ANACOM

"A fusão (Optimus-ZON) é capaz de restabelecer o equilíbrio de forças no mercado e não é tão mau como possa parecer", caracterizando o setor como "muito competitivo" e "um exemplo a nível internacional pelo nível tecnológico que tem".

2013, Fátima Barros
Presidente da ANACOM

Com a intensificação da concorrência, especialmente nos serviços de voz, e com a generalização das ofertas ilimitadas, os serviços prestados pelos operadores têm vindo a perder valor. Os consumidores são indiferentes à tecnologia, procuram acesso aos serviços, velocidade e qualidade de serviço na internet. E tudo isto por um preço único, cada vez mais reduzido.

2009, Vivianne Reding
Comissária Europeia das Telecomunicações

"(Os preços baixos em Portugal) É resultado de boa concorrência no mercado nacional. As coisas correram bem em Portugal no mercado da telefonia móvel e o grau de penetração de 137%, é muito elevada, bem superior à média (119%). Além disso são um líder na banda larga móvel, logo a seguir à Áustria."

VI. A estrutura de mercado nacional, com três operadores de rede móvel, é comum

Relativamente à estrutura de mercado, impõe-se o esclarecimento de que um país com 3 operadores móveis de rede (e 3 MVNO's em plena atividade), como é atualmente o caso de Portugal, está longe de ser uma exceção e não constitui qualquer indicador de falta de concorrência no mercado ou justificação para medidas discriminatórias de incentivo a novos entrantes.



Num mercado com economias de escala e de gama, como é o caso dos serviços de comunicações, um aumento do número de concorrentes não significa um aumento da concorrência. Aliás, num mercado de dimensão reduzida como é o caso do português pode mesmo determinar a perda de eficiência produtiva e uma redução da dinâmica concorrencial.

Em fevereiro de 2020 a GSM Association publicou o estudo *"Mobile market structure and performance in Europe - Lessons from the 4G era"*¹ que conclui que os mercados com três operadores geram mais benefícios para os clientes.

Ainda a respeito da estrutura de mercado de referir que os leilões com frequências relevantes para 5G que já tiveram lugar na Europa não têm promovido uma alteração da estrutura de mercado com entrada de novos operadores, nomeadamente o aumento de 3 para 4 operadores, ao contrário, do que afirmou o presidente da ANACOM em entrevista recente. Suíça, Finlândia, Islândia e Irlanda que tinham 3 operadores de dimensão nacional, mantiveram 3 operadores de dimensão nacional após os leilões. No mesmo sentido, na Suécia, Espanha, Reino Unido, França e Dinamarca, que tinham já um número de operadores superior a 3, também não viram o número de operadores móveis de âmbito nacional alterar-se com a atribuição de frequências relevantes para 5G.

¹ Disponível em:

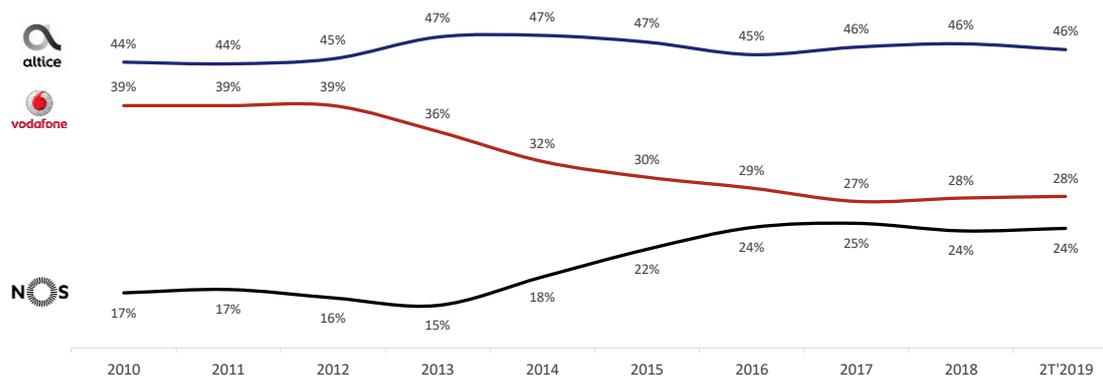
<https://www.gsmaintelligence.com/research/?file=0daba30e69c834affcc6fd4eda33fd1a&dowload>

País	Nº de MNOs nacionais antes	Nº de MNOs nacionais depois	Impacto leilão no nº MNOs nacionais
Suíça	3	3	Sem impacto
Finlândia	3	3	Sem impacto
Islândia	3	3	Sem impacto
Áustria	3	3	Sem impacto. Entrada apenas de um MNO regional.
Irlanda	3	3	Sem impacto. Entrada de duas novas empresas: um MNO regional e uma empresa de células <i>indoor</i>
Alemanha	3	3	Aquisição de espectro apenas de banda larga, por um atual operador MVNO, mas apenas disponível após 2026
Itália	4 (em final de 2016) 3 (à data do leilão)	4	Entrada de um novo MNO nacional, por contrapartida da redução de um operador devido à fusão Wind/Tre
República Checa	3	5	Entrada de dois novos MNOs nacionais
Suécia	4	4	Sem impacto
Espanha	4	4	Sem impacto
Reino Unido	4	4	Sem impacto
França	4	4	Sem impacto
Dinamarca	5	5	Sem impacto

VII. Variação das quotas de mercado constituem mais uma evidência de concorrência

Acresce que em Portugal as quotas de mercado se têm alterado ao longo do tempo, com variações de 10pp entre os operadores, o que é incompatível com um cenário de déficit concorrencial. Pelo contrário, esta dinâmica nas quotas de mercado constitui mais um indicador claro da intensidade competitiva que caracteriza o mercado de comunicações portugueses.

Evolução das quotas de mercado móvel dos 3 MNOs entre 2010 e 2019



Fonte: ANACOM – Relatório “Serviços móveis” – 1º semestre 2019

VIII. A resposta dos operadores nacionais na situação de emergência demonstrou a qualidade e capacidade do setor das comunicações em Portugal

A resposta dos atuais operadores de comunicações aos desafios acrescidos trazidos pela pandemia de COVID-19 constituiu mais uma demonstração da capacidade e do elevado nível de desenvolvimento das infraestruturas e dos serviços de comunicações que os atuais operadores têm proporcionado ao Estado Português, aos cidadãos e às empresas nacionais e do seu nível de profissionalismo, competência e compromisso com o País.

Os operadores foram capazes de, rapidamente e em condições adversas, garantir a continuidade da prestação dos seus serviços com qualidade, reforçar e mobilizar recursos para responder às alterações dos padrões de consumo, marcadas pelo aumento acentuado do tráfego e pela alteração da localização geográfica dos consumos, bem como dar respostas ágeis e robustas às novas necessidades dos serviços nacionais de saúde, de educação e de segurança.

Adicionalmente, foram capazes de apoiar os portugueses, garantindo flexibilidade, de modo a que ninguém fique sem serviço, incluindo por dificuldades financeiras, ou oferecendo tráfego adicional de dados para que a Sociedade se mantivesse ligada, entre outras medidas.

Ficou demonstrado que os atuais operadores e a estrutura de mercado existente são adequados para dar resposta às necessidades do País numa situação de normalidade, mas também em situações de emergência.

O reconhecimento do que acaba de se expor fica patente no louvor concedido pelo Governo aos atuais operadores pelo seu contributo para o combate à epidemia COVID-19 (Louvor nº 172/2020, de 16 de junho de 202). De acordo com o Governo, os operadores de comunicações, *desde o início da epidemia COVID-19, voluntariamente, participaram na definição e operacionalização de soluções concretas no combate à pandemia e proteção do tecido produtivo e da economia, pela dedicação e empenho colocados na sua atuação, evidenciando, em todas as circunstâncias, um excecional sentido do dever e uma permanente disponibilidade para o serviço público.*

Em suma, os indicadores e factos que acabaram de se expor são categóricos em confirmar um elevado nível de concorrência no mercado de comunicações nacional e contradizem de forma objetiva as afirmações que o presidente da ANACOM tem veiculado nos media, incluindo em entrevista à Antena 1, nomeadamente que:

- *“Os preços das comunicações em Portugal tiveram uma trajetória de agravamento e temos preços mais elevados do que nos outros países europeus”²;*
- *“As empresas em Portugal têm sido muitíssimo mais lucrativas (...) e têm tido um retorno bastante significativo e isso com prejuízo para o país, quer para os consumidores, quer para as outras empresas.”³*

² Minuto 17, segundo 43, da entrevista disponível em <https://www.rtp.pt/play/p2054/e456370/entrevista-antena-1-economico>

³ Minuto 20 segundo 50

- *"A situação em Portugal é díspar da maioria dos países da Europa, que têm 4 operadores, e não apenas 3 operadores móveis como temos em Portugal"*⁴
- *"Nos leilões que se realizaram nos últimos 2 anos, os países que tinham 3 operadores móveis, esses leilões propiciaram a entrada de um 4º operador móvel"*⁵

Aliás, têm sido várias as personalidades nacionais e internacionais a destacar a concorrência no mercado nacional, em particular no mercado dos serviços móveis. Por exemplo, no congresso da APDC de 2019, Sua Excelência, o Senhor Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações afirmou que: *"... Portugal tem ofertas de muita qualidade, das melhores da Europa. Não sinto que haja um clamor contra o nível de preços. (...) o país está muito orgulhoso do caminho percorrido pelas operadoras e da qualidade do nosso mercado"*.

Neste seguimento, não se pode senão concluir que apenas uma análise tendenciosa e falaciosa do mercado poderá justificar a conclusão que tem vindo a ser propalada pelo regulador setorial, em particular, pelo seu presidente, de que o mercado de serviços móveis nacional não é concorrencial e que por isso se justifica e é urgente criar medidas abrangentes de discriminação que incentivem a entrada de novos operadores no mercado.

⁴ Minuto 13, segundo 15

⁵ Minuto 13, segundo 25



CONSULTA

Tendo presente o quadro jurídico emergente da Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro, e o “Projeto de Regulamento 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”, proveniente da Autoridade Nacional das Comunicações (: ANACOM), foi solicitado o nosso Parecer sobre as seguintes questões:

- 1) As obrigações de cobertura, e respetivo calendário, referidas na alínea c) do n.º 2 da Resolução do Conselho de Ministros, vinculam a ANACOM? Pode esta, no referido Projeto de Regulamento, fixar obrigações mais exigentes e ou em prazos mais exigentes para os operadores?
- 2) A Resolução do Conselho de Ministros é totalmente omissa no que respeita à entrada de novos operadores ou a “novos entrantes”. No entanto, o Projeto de Regulamento do Leilão elaborado pela ANACOM fixa um conjunto de medidas de discriminação positiva a favor dos “novos entrantes”, uma vez que as mesmas não estão previstas ou sequer referidas na Resolução do Conselho de Ministros, será que o Projeto de Regulamento em causa é, por isso, ilegal?
- 3) Independentemente das questões anteriores, existem outras eventuais causas de invalidade do Regulamento (caso, naturalmente, o mesmo venha a ter teor idêntico ao do Projeto)?



PARECER

Sumário

§1º - Introdução

- A) Enquadramento das questões
- B) Dúvidas cronológicas: uma presunção de incumprimento
- C) Sequência

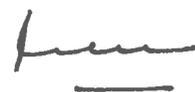
§2º - Da vinculatividade jurídica da Resolução do Conselho de Ministros face ao Projeto de Regulamento da ANACOM

- A) Estatuto decisório do Governo e a ANACOM
- B) Natureza da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro
- C) Injuntividade ou disponibilidade do conteúdo do nº 2, alínea c) da Resolução do Conselho de Ministros para a ANACOM?

§3º - Projeto de Regulamento da ANACOM e medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes”

- A) Pressupostos das medidas de discriminação positiva
- B) Medidas de discriminação positiva e Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro: igualdade, concorrência e proporcionalidade
- C) Discriminação positiva e precedência de lei: a reserva de lei
- D) Idem: qualificação constitucional da matéria e reserva de lei parlamentar – a tese do Tribunal Constitucional

§4º - Conclusões



§1º

Introdução

A) Enquadramento das questões

1.1. No âmbito do processo implementador da quinta geração de comunicações móveis, vulgarmente designada de “5G”, qualificado de “poderoso instrumento de transição digital” e “novo paradigma de digitalização”¹, cumpre ter presente os seguintes momentos:

(i) Num primeiro momento, a intervenção da União Europeia determina:

— No contexto dos sistemas terrestres capazes de fornecer serviços de banda larga sem fios, visando facilitar a implementação do 5G, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias, até 31 de dezembro de 2020, “para (a) reorganizar e permitir a utilização de blocos suficientemente largos das faixas 3,4 – 3,8, GHz; (b) permitir a utilização de pelo menos 1 GHz da faixa 24,25 — 27,5 GHz, desde que sejam evidentes a existência de procura do mercado e a ausência de restrições significativas para a migração dos utilizadores existentes ou para a libertação da faixa”²;

¹ Expressões usadas no preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

² Cfr. Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, aprovado pela Diretiva (UE) 2018/1972, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, artigo 54º, nº 1, alínea a) e b).

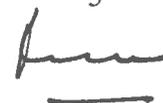


- No âmbito da faixa de frequências 3 400 – 3 800 MHz para redes de comunicações eletrónicas terrestres, sem prejuízo da proteção e da continuidade de outras utilizações atuais de tal faixa³, a disponibilização, em regime de não exclusividade, pelos Estados-Membros deve, no âmbito do espectro disponível, “possibilitar o acesso a intervalos suficientemente largos de espectro contínuo, preferencialmente 80-100 MHz, para serviços de comunicações eletrónicas de banda larga sem fios”⁴;
- (ii) Em 23 de dezembro de 2019, a Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM aprovou uma decisão pela qual⁵:
 - Designou a faixa dos 700 MHz para serviços de comunicações eletrónicas terrestres;
 - Limitou o número de direitos de utilização de frequências a atribuir nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 3,6 GHz;
 - Definiu o respetivo procedimento de atribuição, por via de um processo de seleção por concorrência, isto é, por leilão, sem prejuízo de, desde 31 de outubro de 2019, já ter aprovado o “início do procedimento de elaboração do regulamento do leilão

³ Diz respeito, nos termos do Considerando 11 da Decisão 2008/411/CE, segundo a versão emergente da Decisão de Execução (UE) 2019/235 da Comissão, de 24 de janeiro de 2019, à “proteção continuada dos serviços existentes naquela faixa que não sejam comunicações eletrónicas terrestres”.

⁴ Cfr. nº 3 da Secção B – “Parâmetros Gerais”, do anexo à Decisão 2008/411/CE, segundo a versão resultante da Decisão de Execução (UE) 2019/235 da Comissão, de 24 de janeiro de 2019, nos termos do seu artigo 2º, nº 1.

⁵ Neste sentido, cfr. nºs 1 e 2 da nota justificativa do “projeto de regulamento 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”, in <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1501956>, acesso em 5 de março de 2020.



para atribuição de direitos de utilização de frequências nas referidas faixas”⁶;

- (iii) Em 6 de fevereiro de 2020, por sua vez, a Autoridade Nacional de Comunicações – ANACOM aprovou um “projeto de regulamento 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”⁷, publicado a 10 de fevereiro⁸, dele emergindo as quatro seguintes linhas a destacar⁹:

- Definição das condições de acesso ao espectro que será disponibilizado ao mercado;
- Determinação das regras procedimentais do leilão;
- Fixação das condições que serão associadas à utilização do espectro que for atribuído;
- Adoção de um conjunto de medidas que visam “gerar um impacto positivo na concorrência e nos utilizadores finais” (v. *infra*, n° 3. 1.);

- (iv) Em 7 de fevereiro de 2020, visando implementar o propósito definido pela União Europeia, o Governo português, por via da Resolução do Conselho de Ministros n° 7-A/2020, de 7 de fevereiro, “aprova a estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de

⁶ Cfr. n° 3 da nota justificativa do “projeto de regulamento 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”, cit.

⁷ Cfr. n° 4 da nota justificativa do “projeto de regulamento 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”, cit.

⁸ Cfr. <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1501956>, acesso em 5 de março de 2020.

⁹ Cfr. n° 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento 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”, cit.



comunicações móveis”¹⁰, dela resultando as seguintes linhas estruturais, a entrar em vigor logo no dia 8 de fevereiro¹¹:

— Se o estabelecimento dos objetivos e finalidades nacionais da disponibilização das novas redes móveis em quinta geração de comunicações móveis integra a competência do Governo, até por dizer respeito à definição da política de comunicações do país face ao espectro radioelétrico que faz parte do domínio público do Estado¹², já a definição dos termos do procedimento de atribuição de direitos de uso do espectro radioelétrico disponível pertence à ANACOM, “de forma que se mostre adequada ao cumprimento dos objetivos estabelecidos na presente resolução”¹³, desde logo os dois seguintes¹⁴:

- Atuação em conformidade com a definição da política de comunicações efetuada pelo Governo, naturalmente em termos independentes face a este órgão;
- “(...) e de modo imparcial perante todos os interessados”;

— A ANACOM, possuindo competência para elaborar as regras do regulamento do procedimento para a atribuição do espectro, encontra-se vinculada a incentivar, segundo as formas que considere adequadas, a concretização do objetivo de implementação da rede 5G por via de espectros contínuos, na faixa dos 3,6 Ghz, de 80 a 100 MHz, de modo a garantir uma

¹⁰ Cfr. Sumário da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

¹¹ Cfr. nº 14 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

¹² Neste sentido, cfr. preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

¹³ Cfr. nº 1 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

¹⁴ Cfr. preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

- experiência de acesso não condicionada, nos termos das orientações europeias¹⁵;
- Define metas temporais de natureza estratégica que a implementação da rede 5G deve assegurar¹⁶;
 - Sem prejuízo de emitir também recomendações à ANACOM¹⁷; vincula esta entidade administrativa independente a promover procedimentos tendentes a:
 - Fixar um novo valor mais reduzido de taxas anuais de utilização do espectro¹⁸;
 - Estudar a introdução de mecanismos, nas taxas anuais de utilização do espectro, que beneficiem certo tipo de operadores¹⁹;
 - Avalie mecanismos que incentivem o cumprimento de certos propósitos estratégicos²⁰;
 - Determina a afetação da receita proveniente do procedimento de atribuição do espectro radioelétrico para a rede 5G²¹;
 - Estabelece a criação de um grupo de trabalho relativo à segurança das redes 5G²²;
 - Consagra um conjunto de tarefas a cargo do Governo, visando executar a Resolução do Conselho de Ministros em causa²³;

¹⁵ Cfr. nº 2, alínea b) da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

¹⁶ Cfr. nº 2, alínea c) da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

¹⁷ Cfr. nºs 10 e 11 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

¹⁸ Cfr. nº 3 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

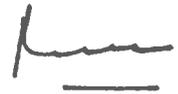
¹⁹ Cfr. nº 4 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

²⁰ Cfr. nº 6 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

²¹ Cfr. nº 5 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

²² Cfr. nºs 8 e 9 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

²³ Cfr. nº 13 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.



- (v) Neste momento, até 1 de abril de 2020, encontra-se em fase de consulta pública o Projeto de Regulamento elaborado pela ANACOM, em 6 de fevereiro de 2020²⁴.

1.2. É precisamente sobre a validade deste mencionado Projeto de Regulamento emanado pela ANACOM, em 6 de fevereiro de 2020, visando disciplinar o 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, que incidem as questões objeto da presente Consulta.

Tudo se resume, afinal, em procurar saber se este Projeto de Regulamento se mostra conforme à juridicidade vinculativa do agir administrativo.

B) Dúvidas cronológicas: uma presunção de incumprimento

1.3. Observando o elenco de elementos de enquadramento das questões suscitadas pela Consulta (v. *supra*, nº 1.1.), podemos verificar que, não obstante resultar da Resolução do Conselho de Ministros, de 7 de fevereiro de 2020, conferir à ANACOM a definição dos termos do procedimento de atribuição dos direitos de uso do espectro radioelétrico disponível, devendo nessa formulação “atender aos objetivos de política pública formulados pelo Estado, através do Governo”²⁵, se podem extrair dois importantes factos:

- (i) Primeiro: em 23 de dezembro de 2019, muito antes de o Governo definir a estratégia e a calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações móveis, já a ANACOM havia definido que o

²⁴ Cfr. Decisão da ANACOM, de 11 de março de 2020, consultável in <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1517421>.

²⁵ Cfr. preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.



procedimento de atribuição dos direitos de utilização de frequências seria através de leilão;

- (ii) Segundo: em 6 de fevereiro de 2020, isto é, na véspera de o Governo formular a Resolução do Conselho Ministros que “aprova a estratégia e calendarização da distribuição da quinta geração de comunicações móveis”²⁶, já a ANACOM tinha aprovado o projeto de regulamento que se deveria conformar com os objetivos de política pública que só viriam a ser definidos pela referida Resolução do Conselho de Ministros, de 7 de fevereiro de 2020.

1.4. Os factos apurados suscitam duas inevitáveis perplexidades jurídicas:

- (i) Por um lado, a ANACOM antecipou-se sempre ao Governo na definição do tipo de procedimento e das próprias regras procedimentais a que se deve encontrar sujeita atribuição de licença de uso do espetro – não está em causa, note-se, a competência decisória da ANACOM sobre a matéria, a perplexidade localiza-se na antecipação do momento decisório face ao órgão competente para a definição da política e das opções estratégicas do setor;
- (ii) Por outro lado, essa antecipação impediu, especialmente ao nível do Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020, que a ANACOM se pudesse conformar com as determinações de estratégia definidas pelo Governo através da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

Uma vez que existe uma impossibilidade jurídica de a feitura de um ato anterior se conformar com parâmetros definidos por um ato posterior, uma ilação imediata se pode extrair: apesar de o nº 1 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de

²⁶ Cfr. Sumário da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.



7 de fevereiro, estabelecer que a definição pela ANACOM dos termos do procedimento de atribuição de direitos de uso exclusivo do espectro radioelétrico se faça de “forma que se mostre adequada ao cumprimento dos objetivos estabelecidos na presente resolução”, a verdade é que um Projeto de Regulamento aprovado em 6 de fevereiro nunca se poderá presumir que cumpriu tais objetivos, pois a Resolução do Conselho de Ministros, além de ter sido aprovada em data posterior, só entrou em vigor a 8 de fevereiro.

Deve aqui extrair-se, por conseguinte, uma presunção de incumprimento pelo Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, dos objetivos estabelecidos pela Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, isto num duplo sentido:

- O Projeto de Regulamento pode conter soluções que se mostrem contrárias a determinações da Resolução do Conselho de Ministros;
- O Projeto de Regulamento pode ser omissivo face a vinculações emergentes da Resolução do Conselho de Ministros.

Na realidade, só por mera coincidência é que as soluções decorrentes de um ato jurídico posterior podem ser acolhidas por um ato jurídico que lhe é anterior e emanado de uma diferente autoridade.

1.5. E há, neste último domínio, um aspeto particularmente importante: o preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, expressando uma exigência decorrente dos princípios constitucionais da igualdade e da imparcialidade do agir administrativo, diz-nos que o procedimento a conduzir pela ANACOM, além de se conformar com a política de comunicações definida pelo Governo, deve ser feito “de modo imparcial perante todos os interessados”.



Será que o Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, garante esses objetivos definidos pela Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro?

Por aqui passa, precisamente, o núcleo central do objeto da presente Consulta.

C) Sequência

1.6. Traçado o enquadramento de referência aos problemas jurídicos suscitados pela Consulta, cumpre referir que o seu tratamento vai obedecer à seguinte sequência:

- (a) Começaremos, em primeiro lugar, por analisar a vinculatividade jurídica da Resolução do Conselho de Ministros face ao Projeto de Regulamento da ANACOM, procurando aferir a força jurídica das obrigações de cobertura e calendário emergentes da referida Resolução do Conselho de Ministros;
- (b) Num segundo momento, debruçar-nos-emos sobre a validade das medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes” que se encontram previstas no Projeto de Regulamento da ANACOM;
- (c) Apresentaremos, por último, uma breve síntese das principais conclusões alcançadas ao longo da investigação.



§2º

**Da vinculatividade jurídica da Resolução do Conselho de Ministros
face ao Projeto de Regulamento da ANACOM**

A) Estatuto decisório do Governo e a ANACOM

2.1. Nos termos da Constituição, o Governo, sendo, simultaneamente, órgão de condução da política geral do país e órgão superior da Administração Pública²⁷, possui três distintos tipos de competência²⁸:

- Competência política;
- Competência legislativa;
- Competência administrativa.

E, sem prejuízo da natureza da ANACOM como autoridade administrativa independente²⁹, o certo é que a intervenção decisória do Governo, em qualquer das referidas três manifestações de exercício dos seus poderes constitucionais, se mostra passível de interferir sobre a esfera da ANACOM.

Se é verdade que a proliferação de autoridades administrativas independentes pode gerar a crise de um modelo de organização administrativa assente na legitimação política do Governo, numa evolução de um modelo piramidal para um modelo

²⁷ Cfr. CRP, artigo 182º.

²⁸ Para mais desenvolvimentos, cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, Coimbra, 2010, pp. 392 ss.

²⁹ Cfr. Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), aprovados pelo Decreto-Lei nº 39/2015, de 16 de março, artigo 1º, nº 1.



policêntrico³⁰, também não se pode esquecer que tais autoridades administrativas independentes se movem sempre dentro da legalidade e do estatuto constitucional do Governo, enquanto titular de poderes de condução da política geral do país e órgão superior da Administração Pública.

Como já antes se escreveu, a essência das autoridades administrativas independentes encontra-se na sua não dependência hierárquica do Governo, visando garantir mais imparcialidade, isenção e objetividade na sua atuação, numa proclamada ausência de influência ou orientação política no exercício da respetiva atividade³¹.

Observemos a situação específica no âmbito da intervenção do Governo face à ANACOM.

2.2. Importa, tendo como base a Constituição, identificar um conjunto de pontos de certeza no relacionamento entre o Governo e a ANACOM:

- (i) O Governo não pode dar ordens, emanar instruções, orientar ou controlar o conteúdo ou o mérito da atuação da ANACOM³² – esta entidade administrativa independente não se encontra sujeita a poder hierárquico, de superintendência ou tutelar do Governo³³;
- (ii) O Governo, enquanto órgão de condução da política geral do país³⁴, poderá sempre definir e verificar o cumprimento das linhas políticas gerais, por si estabelecidas ou pela própria União Europeia ou demais instituições internacionais, nos domínios da política de comunicações – a ANACOM encontra-se adstrita ao dever de exercer a sua autonomia em

³⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 316 e 317.

³¹ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 318-319; IDEM, *Direito Constitucional Português*, II, p. 539.

³² Cfr. Estatutos da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM), artigo 5º, nº 1.

³³ Cfr. CRP, artigo 199º, alínea d), *a contrario*.

³⁴ Cfr. CRP, artigos 182º e 197º. Para uma densificação desta sua competência, cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, pp. 331 ss.



conformidade a tais parâmetros políticos de ação geral, pois, apesar de ser uma estrutura da Administração independente, não é um Estado dentro do Estado e toda a sua autonomia se exerce no quadro da Constituição, desde logo, no respeito pela competência dos órgãos de soberania e do princípio da separação de poderes;

(iii) O Governo, enquanto órgão dotado de competência legislativa³⁵, poderá sempre elaborar decretos-leis que, respeitada que seja a reserva de lei parlamentar, integram a legalidade vinculativa da atuação das autoridades administrativas independentes:

- (1) A ANACOM (assim como todas as demais entidades administrativas independentes) não possui competência legislativa, exercendo toda a sua atividade no contexto da função administrativa e, neste sentido, subordinada à lei;
- (2) Movendo-se a competência da ANACOM, enquanto entidade administrativa independente, sempre no âmbito da função administrativa, o princípio da legalidade determina, por força dos princípios da prevalência da lei e da força de lei (incluindo, naturalmente, de decreto-lei), a subordinação da sua atuação administrativa aos critérios paramétricos de decisão fixados pela lei;
- (3) Por força dos princípios da subordinação da Administração à juridicidade e da legitimidade democrática, a lei pode sempre limitar e até predeterminar o conteúdo e o fim da atuação de qualquer entidade administrativa independente – toda a competência da ANACOM se exerce sempre dentro do quadro da legalidade vigente;

³⁵ Cfr. CRP, artigo 198º.



- (4) Fora da reserva de lei parlamentar, aquilo que o Governo-administrador não poderá fazer sobre as autoridades administrativas independentes, o Governo-legislador poderá sempre fazer³⁶;
- (5) Deste modo, toda a atuação da ANACOM se tem de conformar à legalidade proveniente do Governo no exercício da função legislativa – aliás, os próprios Estatutos da ANACOM foram aprovados por decreto-lei e, segundo o postulado *lex posterior derogat priori*, também por decreto-lei governamental podem ser modificados, segundo critérios definidos pelo próprio Governo;
- (iv) O Governo possui ainda, enquanto órgão administrativo – e especificamente órgão superior da Administração Pública³⁷ –, uma ampla competência administrativa que lhe permite, relativamente à ANACOM (e às demais entidades administrativas independentes), emanar dois tipos de regulamentos:
- (1) Regulamentos de execução das leis, sendo uma competência que a Constituição confere ao Governo e que se revela, por isso, ser inconstitucional que a lei possa atribuir, em termos diretos e imediatos, sem qualquer mediação regulamentar governamental, às autoridades administrativas independentes, fazendo destas estruturas substitutivas do exercício da competência que o artigo 199º, alínea c), da Constituição atribui ao Governo (e, nos

³⁶ Neste sentido e para mais desenvolvimentos, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo – Enquadramento dogmático-constitucional*, II, Lisboa, 1995, pp. 627 ss.; IDEM, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 129-130 e 401-402.

³⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, pp. 336 ss.



termos do artigo 227º, nº 1, alínea d), 2ª parte, às regiões autónomas)³⁸;

- (2) Regulamentos independentes que, sem se alicerçar numa específica norma legal, visem implementar uma pluralidade de leis ou a ordem jurídica na sua globalidade, ou, em alternativa, que se fundem diretamente na Constituição³⁹, desempenhando uma função *praeter legem* em matérias situadas fora da reserva de lei e até hoje sem qualquer intervenção legislativa⁴⁰ – neste domínio, note-se, o seguinte:

- Em matérias atribuídas por lei à esfera de competência regulamentar das autoridades administrativas independentes, o Governo não poderá produzir regulamentos independentes que esvaziem, suprimam ou esgotem o poder regulamentar de tais autoridades, substituindo-se-lhes em termos decisórios, salvo a título supletivo;
- Porém, se tais regulamentos governamentais traduzirem a execução imediata de linhas políticas definidas pelo Governo, pode deles emergir uma heterovinculação jurídica ou um parâmetro decisório vinculativo para as autoridades administrativas independentes;
- Aliás, se as autoridades administrativas independentes recusarem pautar a sua conduta por tais parâmetros

³⁸ Neste mesmo sentido, defendendo a inconstitucionalidade de tais poderes das autoridades administrativas independentes, cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, p. 454.

³⁹ Cfr. CRP, artigo 199º, alínea g).

⁴⁰ Neste último sentido, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, II, pp. 574-575 e 613 ss.; IDEM, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 736 ss.; IDEM, *Direito Constitucional Português*, II, pp. 401-402.



normativos emanados pelo Governo no exercício da função administrativa, a verdade é que o Governo-legislador sempre poderá, por si, salvo se a matéria se situar dentro da reserva de lei parlamentar (ou, situando-se, não existir lei de autorização legislativa), emanar um decreto-lei que materialize, juridicamente, as suas opções políticas já definidas para o setor.

Neste último domínio, importa ser realista e pragmático: se o Governo tiver dúvidas se, por via de um regulamento diretamente fundado na Constituição, pode vincular uma autoridade administrativa independente a agir (ou a abster-se de agir), sempre poderá emanar um decreto-lei que consagre essa mesma solução – haverá aqui uma instrumentalização do Governo-legislador por parte do Governo-administrador⁴¹.

Em nenhum caso, porém, se poderá admitir que, por via de decreto-lei ou de regulamento dotado de um conteúdo individual e concreto, isto é, assumindo materialmente a natureza de ato administrativo, o Governo possa intervir na esfera funcional de atuação específica de uma autoridade administrativa independente, num propósito semelhante a emanar uma ordem de agir que, por carecer de poder de direção, se lhe encontra vedado.

B) Natureza da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro

2.3. A Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, se, por um lado, define as linhas políticas subjacentes aos objetivos e finalidades estratégicas da rede da quinta geração de comunicações móveis, em estreita articulação com o

⁴¹ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 401-402.



Direito da União Europeia, também estabelece, por outro lado, normas de implementação administrativa de tais propósitos (v. *supra*, nº 1.1., (iv)).

Traduz a referida Resolução, tendo presente a sua natureza de ato formal, a dupla configuração constitucional do Governo, enquanto órgão político e órgão administrativo, projetada, em termos de exercício colegial de uma tal competência, na atuação decisória do Conselho de Ministros⁴²: o artigo 200º, nº 1, alíneas a) e g), da Constituição, revela-se claro na atribuição ao Conselho de Ministros de uma competência definidora das “linhas políticas gerais da política governamental, bem como as da sua execução”, incluindo a faculdade de deliberar sobre outros assuntos do Governo que lhe sejam atribuídos por lei ou apresentados pelos seus membros⁴³.

Como a doutrina tem salientado, as resoluções do Conselho de Ministros podem traduzir instrumentos formais suscetíveis de recobrir atos regulamentares e decisões políticas⁴⁴.

Ora, é o que sucede, precisamente, com a Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

2.4. Observa-se, na realidade, que a Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, assume uma dupla natureza jurídica:

- (i) Trata-se, por um lado, de um ato que define (ou recorda, no âmbito da intervenção da União Europeia), as prioridades da política de comunicações no domínio da quinta geração de comunicações móveis, traçando objetivos e finalidades ou metas;

⁴² Cfr. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, II, Coimbra, 2006, pp. 744-745; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, pp. 376 ss.

⁴³ Neste último âmbito, considerando que a Constituição habilita uma concentração da competência decisória governamental no Conselho de Ministros, cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, II, pp. 717-718.

⁴⁴ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, II, 4ª ed., Coimbra, 2010, p. 496; JORGE MIRANDA, *Resolução*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 260.



- (ii) Fixa, por outro lado, um conjunto de medidas de natureza administrativa, visando implementar tais linhas políticas de estratégica definidas, num recorte da competência da ANACOM e do próprio Governo.

Em que temos o conteúdo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, assume natureza vinculativa pela ANACOM é um problema diferente, a que cumpre encontrar resposta imediata.

C) Injuntividade ou disponibilidade do conteúdo do nº 2, alínea c) da Resolução do Conselho de Ministros para a ANACOM?

2.5. Determinada a natureza, simultaneamente, política e administrativa da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, cumpre aferir a respetiva vinculatividade para a ANACOM.

Se as determinações gerais da política do setor das comunicações são vinculativas para a ANACOM, seja, em primeiro lugar, por consubstanciarem emanações provenientes da própria União Europeia que obrigam o Estado português (v. *supra*, nº 1.1. (i)), seja, em segundo lugar, por resultarem da competência constitucional do Governo como órgão de condução da política geral do país (v. *supra*, nº 2.2. (ii)), já as decisões de cunho jurídico-administrativo, sem prejuízo da suscetibilidade de os regulamentos governamentais poderem ser fonte vinculativa da atuação de autoridades administrativas independentes, incluindo da ANACOM (v. *supra*, nº 2.2. (iv)), suscitam algumas especificidades.

Com efeito, as normas regulamentares do Governo que sejam vinculativas do agir administrativo e, neste sentido, dizem-se imperativas, podem assumir, em termos alternativos, uma dupla natureza:



- (i) Podem ser normas injuntivas, isto no sentido de não comportarem qualquer capacidade dispositiva por parte da ANACOM, sem qualquer margem de autonomia desta entidade para afastar, adaptar ou modificar a respetiva estatuição – tais normas regulamentares impõem-se, independentemente de qualquer manifestação de vontade da entidade destinatária⁴⁵;
- (ii) Ou, pelo contrário, podem ser normas dispositivas⁴⁶, passíveis, por conseguinte, de ser afastadas pela vontade da ANACOM, considerando-se, deste modo, como assumindo natureza supletiva – tais normas governamentais só seriam imperativas se a ANACOM não as tornasse inaplicáveis, por via de emanção de uma disciplina sua, de índole substitutiva da emergente da norma do Governo, sendo certo que esta nova norma a aplicar, apesar de proveniente da ANACOM, gozaria de imperatividade ou vinculatividade junto desta entidade administrativa independente.

E como se qualificam, atendendo ao exposto, as normas da alínea c) do n.º 2 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, que, fixando obrigações de cobertura e respetivo calendário, têm como destinatária imediata a ANACOM?

Serão tais normas injuntivas ou supletivas?

2.6. A determinação da natureza injuntiva ou, em alternativa, dispositiva (supletiva) de uma norma regulamentar pode sempre ser feita através de dois processos sucessivos:

⁴⁵ Neste sentido de normas injuntivas, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005, p. 520.

⁴⁶ Igualmente sobre o conceito de normas dispositivas, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, pp. 520 ss.



- (i) Por via de uma interpretação literal das respetivas normas, visando determinar se, através da letra dos seus enunciados (ou palavras), se pode extrair um sentido injuntivo ou dispositivo do respetivo conteúdo (v.g., “deve”/“pode”, “tem de”/“poderá”), pois qualquer interpretação tem sempre de partir do elemento literal ou linguístico, tendo que ter um mínimo de correspondência na letra do respetivo enunciado⁴⁷; no entanto, tal como já se sublinhou⁴⁸, não basta a determinação do significado das palavras, havendo também que tomar em consideração a inserção “extracontextual” do enunciado linguístico⁴⁹, procurando, assim, saber o que o ato jurídico a interpretar pretende dizer⁵⁰ – deste modo, toda a interpretação jurídica parte da letra, utiliza elementos não literais e, no final, regressa de novo à letra⁵¹, existindo aqui um verdadeiro “círculo hermenêutico”⁵²;
- (ii) Se, porém, a letra do enunciado não é suficientemente clara que permita extrair um sentido injuntivo ou dispositivo da norma, nem dos elementos não literais da norma em causa se pode determinar se assume natureza supletiva, a interpretação das normas administrativas obedece a uma presunção de injuntividade, formulada pelo Professor Sérvulo Correia nos seguintes termos⁵³:

⁴⁷ Cfr. CC, artigo 9º, nº 2.

⁴⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Ambiguidade interpretativa em caderno de encargos de concurso público*, in *O Direito*, 2000, I-II, p. 295.

⁴⁹ Sobre os conceitos de “extracontextual” e “contextual” ao nível da interpretação jurídica, cfr. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría General del Derecho e de la Ciencia Jurídica*, Barcelona, 1989, p. 39-40.

⁵⁰ Neste sentido, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., Coimbra, 1980, p. 130.

⁵¹ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2012, p. 357.

⁵² Cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Lisboa, 1997, p. 452.

⁵³ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p. 709.



- “quando uma norma se não declara expressamente supletiva, as dúvidas quanto à sua natureza deverão ser resolvidas à luz de uma *presunção de injuntividade*” (no original, também em itálico);
- Atendendo a que a norma supletiva confere um espaço de discricionariedade que só por lei pode ser atribuído, nos termos do princípio constitucional da reserva de lei, “se a norma não contém em si elementos que constituam diretivas mínimas de discricionariedade quanto à conformação de efeitos alternativos daqueles que primariamente prevê, seria inconstitucional caso devesse qualificar-se como supletiva”.

Em síntese, a natureza supletiva de uma norma administrativa carece de expressa formulação na sua própria letra, devendo as dúvidas sobre a respetiva natureza ser interpretadas ao abrigo de uma presunção de injuntividade, sob pena de inconstitucionalidade do reconhecimento de um sentido de supletividade, atendendo aos poderes discricionários que confere sem expressa habilitação por lei.

2.7. Tendo presentes os critérios interpretativos reveladores da natureza injuntiva ou supletiva das normas administrativas, cumpre agora determinar o sentido da alínea c) do nº 2 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, numa dupla análise, tal como emerge do pedido de Consulta:

- Será que as obrigações de cobertura e o respetivo calendário assumem natureza injuntiva para a ANACOM?
- Pode a ANACOM, por via do Projeto de Regulamento, aprovado em 6 de fevereiro de 2020, fixar obrigações mais exigentes e ou em prazos mais exigentes para os operadores?



Começamos pela interpretação literal da mencionada alínea c) do nº 2 da Resolução do Conselho de Ministros.

Verifica-se, nos termos dos enunciados linguísticos usados, uma inequívoca injuntividade na respetiva formulação literal (sublinhados nossos):

- (i) “A implantação da rede 5G deve assegurar as seguintes metas (...)”⁵⁴;
- (ii) “Até ao final do ano de 2020, pelo menos uma cidade (...)”⁵⁵;
- (iii) “Até ao final do ano de 2023 devem estar dotados com redes 5G (...)”⁵⁶;
- (iv) “Até ao final do ano de 2024 devem estar dotados com redes 5G (...)”⁵⁷;
- (v) “Até ao final do ano de 2025 devem estar dotados com redes 5G (...)”⁵⁸.

Num outro ângulo, uma vez que nada permite extrair um sentido supletivo da formulação literal ou do contexto sistemático-teleológico da alínea c) do nº 2 da Resolução do Conselho de Ministros, isto em termos habilitantes do exercício de uma discricionariedade decisória da ANACOM passível que lhe permitir modificar o conteúdo das vinculações emergentes da referida norma, deve aqui valer a mencionada presunção de injuntividade (v. *supra*, nº 2.6.): estamos diante de uma norma de natureza injuntiva.

Trata-se, aliás, de uma injuntividade cujo sentido se mostra alicerçado pelo elemento literal da interpretação e pela mencionada presunção aplicada às normas administrativas.

⁵⁴ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, nº 2, alínea c).

⁵⁵ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, nº 2, alínea c), subalínea i).

⁵⁶ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, nº 2, alínea c), subalínea ii).

⁵⁷ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, nº 2, alínea c), subalínea iii).

⁵⁸ Cfr. Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, nº 2, alínea c), subalínea iv).



2.8. A injuntividade da alínea c) do nº 2 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, no respeitante às obrigações de cobertura e ao respetivo calendário, permite extrair quatro principais ilações:

- (i) A vinculação da ANACOM à respetiva imperatividade do conteúdo da norma retira a esta entidade qualquer discricionariedade criativa ou optativa de novas soluções, desde logo a possibilidade de fixar obrigações mais exigentes ou prazos mais exigentes para os operadores;
- (ii) A injuntividade da norma confere também aos próprios operadores uma posição jurídica de garantia de exclusão de lhes serem fixadas obrigações ou prazos mais exigentes;
- (iii) Haverá invalidade, por ilegalidade, de todas as soluções avançadas pela ANACOM, segundo o disposto no Projeto de Regulamento, de 6 de fevereiro de 2020⁵⁹, que contrariem os termos injuntivos da formulação “das metas de natureza estratégica para o país” que a implantação da rede 5G deve prosseguir, tal como resultam expressas na referida alínea c) do nº 2 da Resolução do Conselho de Ministros;
- (iv) A invalidade da versão final do Regulamento do procedimento de leilão projetar-se-á sobre a validade de todos os atos da ANACOM a jusante, inquinando, desde logo, o ato final.

⁵⁹ Vejam-se, neste domínio, a título exemplificativo, os artigos 42º e 43º.



§3º

**Projeto de Regulamento da ANACOM
e medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes”**

A) Pressupostos das medidas de discriminação positiva

3.1. Nos termos do “projeto de regulamento 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”, aprovado pela ANACOM, em 6 de fevereiro de 2020, além de serem definidas as regras do procedimento e as condições de acesso e de utilização ao espectro, foi adotado um conjunto de medidas que visam “gerar um impacto positivo na concorrência e nos utilizadores finais” (v. *supra*, nº 1.1. (iii)).

Neste último contexto, a ANACOM fala mesmo “na necessidade de promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas”⁶⁰ e de “contribuir para que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade de serviço (...)”⁶¹, adotando um conjunto de medidas de discriminação positiva a favor dos “novos entrantes”⁶²:

⁶⁰Cfr. nº 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento 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”, cit.

⁶¹Cfr. nº 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento 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”, cit.

⁶²Especificamente sobre o conceito de “novos entrantes”, identificados com “*entidade que, à data de entrada em vigor do presente regulamento, não detém direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres e que não detenha relações, diretas ou indiretas, de domínio ou de influência significativa, com entidades titulares de direitos de*



- (i) Numa primeira fase, correspondendo à licitação dos lotes referentes ao espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz, há uma reserva de participação a favor dos “novos entrantes”⁶³, sem prejuízo de os atuais operadores também poderem concorrer, se aquele espectro não tiver sido atribuído nessa fase inicial⁶⁴;
- (ii) Para os que adquiram espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz, correspondendo aos “novos entrantes”, haverá um desconto de 25% sobre o preço final desse espectro⁶⁵;
- (iii) No âmbito da faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz (categorias B e D), os “novos entrantes” não têm quaisquer obrigações de cobertura⁶⁶, obrigações de reforço de sinal de voz⁶⁷ e obrigações de dar acesso à rede^{68 69} – note-se que as obrigações de dar acesso à rede impendem apenas sobre os atuais operadores;
- (iv) Qualquer “novo entrante”/novo operador tem a faculdade de solicitar acesso às redes dos atuais operadores que adquiram espectro para o 5G para operações móveis virtuais (*full MVNO e light MVNO*)⁷⁰;
- (v) Os “novos entrantes” que adquiram espectro no leilão para o 5G, mas em quantidades inferiores às que eventualmente venham a ser adquiridas pelos atuais operadores⁷¹, possuem a faculdade de

utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas”, cfr. Projeto de Regulamento, artigo 2º, alínea k).

⁶³ Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 16º.

⁶⁴ Cfr. Projeto de Regulamento, artigos 24º, nº 4, alínea b) e 25º, nº 1.

⁶⁵ Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 23º, nº 3.

⁶⁶ Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 42º.

⁶⁷ Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 44º.

⁶⁸ Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 45º.

⁶⁹ No âmbito das obrigações de desenvolvimento de rede, associadas ao espectro a adquirir na faixa dos 3.6 Ghz, parece que existirão para todos os operadores, incluindo para os “novos entrantes”.

⁷⁰ Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 45º, nº 5, alínea a), e nº 6.

⁷¹ Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 45º, nºs 1 e 5, alínea b).



celebrarem acordos de “*roaming nacional*” com os atuais operadores que adquiram espectro para o 5G⁷².

3.2. O Projeto de Regulamento da ANACOM para o leilão inclui medidas que, sendo discriminatórias no propósito de promover a entrada de novos operadores no mercado, parte de um pressuposto expressamente assumido: o entendimento de que, em Portugal, não existe concorrência no mercado das comunicações móveis e que os preços são elevados, motivo pelo qual a respetiva Nota Justificativa fala “na necessidade de promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas, de “contribuir para que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de (...) preço (...)”⁷³ (sublinhados nossos).

No entanto, segundo o entendimento da Consulente, sustentado em estudos económicos da Goldman Sachs e do Santander que diz possuir, o mercado português é efetivamente competitivo, sendo até particularmente competitivo, e os preços praticados baixos, se comparados no contexto europeu.

Verificando-se este último cenário factual, haverá um erro nos pressupostos de facto que conduziram a ANACOM a consagrar tais medidas de discriminação positiva, no Projeto de Regulamento em análise.

Como já tivemos oportunidade de escrever, o princípio da atendibilidade da situação factual diz-nos que a factualidade subjacente à atuação administrativa, servindo de fundamento do seu agir, funciona como seu pressuposto⁷⁴, motivo pelo qual a ausência material dos elementos de facto tidos em conta ou pressupostos numa decisão, assim como a sua falsa ou diferente configuração, face aos que serviram de

⁷² Cfr. Projeto de Regulamento, artigo 45º, nº 5, alínea b).

⁷³ Cfr. nº 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento 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”, cit.

⁷⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Coimbra, 2016, p. 254.



referencial de conduta administrativa, gera erro nos pressupostos de facto, inquinando, por essa via, a validade da decisão final⁷⁵.

É que, importa sublinhar, a escolha pela Administração das circunstâncias geradoras da sua ação exige a existência e a exatidão dos pressupostos de facto escolhidos: os factos têm de existir, devem ser materialmente exatos e comprovados, sob pena de invalidade do respetivo agir administrativo⁷⁶.

Deste modo, se os pressupostos de concorrência e de preços que justificaram a adoção das medidas de discriminação positiva face aos “novos entratantes” não se verificam, num cenário de erro sobre os pressupostos de facto, as soluções normativas traçadas revelam-se juridicamente inválidas.

B) Medidas de discriminação positiva e Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro: igualdade, concorrência e proporcionalidade

3.3. Independentemente da questão em torno dos pressupostos de facto das medidas de discriminação positiva, importa indagar se tais medidas a favor dos “novos entrantes”, tal como resultam do Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, se mostram conformes à juridicidade.

Numa primeira observação, pode afirmar-se que as medidas de discriminação positiva consagradas no Projeto de Regulamento emanado pela ANACOM, em 6 de fevereiro de 2020, não encontram qualquer alicerce ou fundamento na Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro: a Resolução do Conselho de Ministros é, pura e simplesmente, omissa sobre o tema.

⁷⁵ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 258.

⁷⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 513.



E uma tal omissão mostra-se explicável por duas ordens de fatores:

- (i) Em primeiro lugar, porque, sendo a Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, aprovada em data posterior à aprovação do Projeto Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, seria difícil que um ato anterior fosse conforme aos parâmetros decisórios definidos por um ato posterior (*v. supra*, §1º B)):

— A ausência de um estatuto diferenciado ou privilegiado dos “novos entrantes” na Resolução do Conselho de Ministros transforma a opção deste regime numa decisão exclusiva da própria ANACOM;

— Aliás, a Resolução do Conselho de Ministros nem sequer fala em “novos entrantes”, sendo um conceito introduzido pelo Projeto de Regulamento da ANACOM;

- (ii) Em segundo lugar, em sentido precisamente contrário à opção de discriminação positiva dos “novos entrantes”, a verdade é que a Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, em perfeita sintomia com os princípios constitucionais da imparcialidade e da igualdade, determina que a ANACOM deve conduzir o procedimento de atribuição das licenças de uso do espectro “de modo imparcial perante todos os interessados”⁷⁷:

— A introdução de discriminações positivas a favor de um grupo de agentes económicos não revela, à primeira vista, uma forma de tratamento imparcial de todos os interessados, reforçada ainda se tiver existido um erro sobre os pressupostos de facto em matéria de concorrência e de preços (*v. supra*, nº 3.2.);

⁷⁷ Neste sentido, cfr. preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.



— Além de um desrespeito por uma norma injuntiva integrante da Resolução do Conselho de Ministros (v. *supra*, nº 2.6.), regista-se aqui também, numa primeira análise, a violação do princípio constitucional da imparcialidade e, num outro sentido, do princípio da igualdade.

Será, porém, que se pode encontrar uma causa legitimadora da derrogação introduzida ao princípio da igualdade?

3.4. Os fundamentos das discriminações positivas a favor dos “novos entrantes” se, por um lado, revelam uma falsa perceção da realidade factual, nos termos do entendimento da Consulente, reconduzíveis a uma situação de erro sobre os pressupostos de facto (v. *supra*, nº 3.2.), a verdade é que, por outro lado, algumas das soluções que se pretendem introduzir, além de um possível juízo de mérito negativo em termos de contributo para o desenvolvimento e competitividade da economia do país, se revelam inéditas. Neste último sentido se integram, desde logo, as três seguintes medidas:

- Reserva de espectro a favor de “novos entrantes”;
- Ausência total de obrigações de cobertura no espectro reservado aos “novos entrantes”, bem ao invés do que sucede com os atuais operadores que, no âmbito do espectro nas faixas 900 e 1800 MHz, e desde o momento que entraram no mercado, estão sujeitos a obrigações de cobertura⁷⁸;

⁷⁸ Nos termos dos elementos que nos foram fornecidos, verificou-se a seguinte situação:

- Em 1991, a Vodafone ficou sujeita à obrigação de cobrir 90% da população, em 4 anos;
- Em 1992, a MEO ficou sujeita a cobrir 75% da população, em 3 anos;
- Em 1997, a NOS, apesar de ser um “novo entrante”, ficou obrigada a cobrir 99% da população, em 3 anos.



— Desnecessidade de investimento em rede própria, por parte dos “novos entrantes”, beneficiando de acesso às redes já existentes, sem lhes ser exigido qualquer compromisso de investimento no desenvolvimento de rede própria, sendo os atuais operadores os maiores investidores em 5G.

Se, na realidade, não existe uma situação factual de necessidade em existir uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas, nem se justifica uma intervenção reducionista nos preços praticados pelos atuais operadores (v. *supra*, n.º 3.2.), regista-se que, além de um erro sobre os pressupostos de facto, inexistente qualquer fundamento material que permita alicerçar um tratamento diferenciado entre os novos investidores (: “novos entrantes”) e os atuais investidores (: “atuais operadores”).

Como já se escreveu⁷⁹, a igualdade é o resultado de um critério de “justiça argumentativa, racional e analítica”⁸⁰ que, partindo de uma apreensão da factualidade, se relaciona com a ordem de valores da Constituição, exigindo que todos devam ser tratados do mesmo modo, sem discriminação, pois apenas diferenças factuais relevantes podem justificar um tratamento diferenciado, desde que objetivo, razoável ou racionalmente alicerçado⁸¹, uma vez que a igualdade exige que se trate por igual o que é igual e de modo desigual o que é desigual⁸², assim como proíbe “o tratamento desigual de situações iguais e o tratamento igual de situações desiguais”⁸³.

⁷⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, pp. 166 e 167.

⁸⁰ Cfr. PIERRE MOOR / ALEXANDRE FLÜCKIGER / VICENT MARTENET, *Droit Administratif*, I, 3.ª ed. Berne, 2012, p. 841.

⁸¹ Cfr. GERHARD LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, 2.ª ed., München/Berlin. 1959, pp. 79 ss. e 237; HANS J. WOLFF / OTTO BACHOF / ROLF STÖBER, *Verwaltungsrecht*, I, 11.ª ed., München, 1999, pp. 514 e 515.

⁸² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/88, de 9 de fevereiro de 1988, relativo ao processo n.º 136/85, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁸³ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 563/96, de 10 de abril de 1996, relativo ao processo n.º 198/93, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.



Sucede que, atendendo aos elementos disponíveis, não existem razões factuais suficientes ou habilitantes para uma tal discriminação de regime entre o estatuto privilegiado dos “novos entrantes” e o estatuto dos atuais operadores:

- Qual a razão que leva a consagrar uma ausência total de obrigações de cobertura no espectro reservado aos “novos entrantes”, isto ao contrário do que sucedeu com os atuais operadores?
- Qual o motivo pelo qual os “novos entrantes” não têm qualquer compromisso ou necessidade de investimento em rede própria, diferentemente do que sucedeu com os atuais operadores?

Como também já se escreveu⁸⁴, o princípio da igualdade, proibindo discriminações arbitrárias, irracionais ou infundadas, determina que não se podem tomar como inevitavelmente relevantes as diferenças de facto ocasionais, de reduzida importância ou não essenciais para alicerçar discriminações jurídicas⁸⁵ – o respeito pelo princípio da proporcionalidade veda-o.

Mais: o princípio da igualdade proíbe que se estabeleçam distinções jurídicas arbitrárias, isto é, sem justificação em motivos racionais, falando-se em interdição de diferenciações infundadas⁸⁶.

Ora, se não existem fundamentos materiais de facto que sejam relevantes para alicerçar as discriminações positivas a favor dos “novos entrantes”, desde logo, ao nível da ausência da necessidade de uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas que justifique um determinado grau de diferenciação, então as soluções em causa do Projeto de Regulamento da ANACOM revelam a introdução de diferenciações infundadas e, por isso, arbitrárias.

Haverá aqui, por conseguinte, uma violação do princípio da igualdade, enquanto parâmetro constitucional do agir administrativo⁸⁷, base de sustentação da

⁸⁴ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 169.

⁸⁵ Cfr. ANDRÉ GRISEL, *Traité de Droit Administratif*, I, Neuchâtel, 1984, p. 359.

⁸⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 169.



proibição legal de critérios discriminatórios de atribuição do espectro⁸⁸ e fundamento da exigência de imparcialidade constante da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro (v. *supra*, nº 1.1. (iv)).

3.5. Sucede, no entanto, que a introdução efetiva de tais discriminações positivas (e infundadas) a favor dos “novos entrantes”, além de violarem a igualdade, revelam-se nocivas para a concorrência e lesivas da proporcionalidade.

Com efeito, se o mercado é já concorrencial, tal como a Consulente afirma, baseada em estudos económicos (v. *supra*, nº 3.2.), as medidas de discriminação positiva, revelando-se desadequadas, geram distorções na própria concorrência, afetando o atual nível de competitividade do mercado:

- (i) Sendo o princípio da concorrência um parâmetro regulador da atividade administrativa, enquanto decorrência dos valores da igualdade, da justiça e da imparcialidade⁸⁹, ele envolve um postulado de não discriminação de condições de acesso e de tratamento entre os intervenientes⁹⁰, visando impedir situações de vantagem injustificadas entre concorrentes⁹¹:

— Ora, é precisamente essa a situação que, por via das medidas de discriminação positiva a favor dos “novos entrantes”, se coloca em causa na disciplina jurídica constante do Projeto de Regulamento elaborado pela ANACOM, distorcendo a concorrência e a competitividade do mercado – as medidas envolvem soluções de vantagem injustificadas entre os

⁸⁷ Cfr. CRP, artigo 266º, nº 2.

⁸⁸ Cfr. Lei das Comunicações Eletrónicas, artigo 15º, nº 5.

⁸⁹ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 246.

⁹⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 244.

⁹¹ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, p. 245.



intervenientes no leilão de atribuição da rede 5G, violando-se, por conseguinte, o princípio da concorrência;

— Mais: essas normas consagrando um tratamento de vantagem injustificado a favor dos “novos entrantes” violam, simultaneamente, a Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, que determina dever a ANACOM agir “(...) de modo imparcial perante todos os interessados” (v. *supra*, nº 1.1. (iv)).

(ii) Num outro sentido, as soluções de vantagem criadas a favor dos “novos entrantes”, além de violarem o princípio da concorrência, mostram-se *desadequadas* ao propósito definido pela ANACOM de promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas⁹², atendendo ao número e ao grau *excessivo* de discriminações positivas ou de privilégios que criaram em benefício dos “novos entrantes”:

— Regista-se aqui uma violação, em suma, do princípio da proporcionalidade, segundo as vertentes da adequação (: princípio da adequação ou da aptidão) e da necessidade (: princípio da necessidade ou da proibição do excesso ou ainda da indispensabilidade)⁹³;

— O respeito por critérios de proporcionalidade na atribuição de espectro trata-se, aliás, de uma vinculação expressa e

⁹²Cfr. nº 5 da nota justificativa do “projeto de regulamento 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”, cit.

⁹³ Neste sentido e para mais desenvolvimentos sobre o princípio da proporcionalidade em Direito Administrativo, cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 2013, pp. 370 ss.; IDEM, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, pp. 174 ss.



especialmente emergente da Lei das Comunicações Eletrónicas⁹⁴.

Em síntese, a extensão e a intensidade das discriminações positivas que o Projeto de Regulamento da ANACOM cria a favor dos “novos entrantes” revelam-se violadoras do princípio da concorrência e do princípio proporcionalidade, segundo as vertentes da adequação e da proibição do excesso.

C) Discriminação positiva e precedência de lei: o tema da reserva de lei

3.6. Se não se discute a competência legal de a ANACOM definir as regras do procedimento do leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências referentes à quinta geração de comunicações móveis, já o fundamento habilitante do conteúdo de tais regras, envolvendo a introdução de discriminações positivas face aos “novos entrantes”, isto face aos atuais operadores que, deste modo, se sentem atingidos, em termos de igualdade, imparcialidade, concorrência e proporcionalidade das medidas adotadas (v. *supra*, §3º B)), merece uma séria reflexão.

Com efeito, a lesão sofrida na esfera jurídica dos atuais operadores, em termos (i) de exclusão de acesso a certo domínio do espectro colocado a leilão, atendendo a uma reserva a favor dos “novos entrantes”, (ii) as radicais diferenças de obrigações de cobertura entre os que já estão no mercado e os “novos entrantes” (delas isentos) e (iii) a desnecessidade de investimento na própria rede por parte dos “novos entrantes”, podendo beneficiar do acesso às redes já existentes (v. *supra*, nºs 3.1. e 3.4.), numa operação de distorção da concorrência face aos atuais operadores, permite identificar um problema de norma legal habilitante de uma tal intervenção da ANACOM sobre a posição jurídica dos atuais operadores.

⁹⁴ Cfr. Lei das Comunicações Eletrónicas, artigo 15º, nº 5.



Independentemente da bondade (mérito) e/ou da validade do conteúdo das medidas de discriminação positiva a favor dos “novos entrantes”, há um conjunto de questões a montante que não se encontram até agora resolvidas:

- Qual o fundamento legal que habilita a ANACOM a criar uma reserva de espectro a favor de uns investidores, excluindo outros investidores do acesso concorrencial a esse mesmo bem?
- Qual a base legal que permite a ANACOM estabelecer diferenças abissais de obrigações de cobertura entre operadores de um mesmo setor de atividade, isentando uns (os mais novos) e onerando outros (os mais antigos)?
- Qual a norma legal que confere à ANACOM a possibilidade de, a propósito das regras do procedimento de atribuição dos direitos de utilização de frequências no âmbito da 5ª geração de comunicações móveis, permitir que os novos adquirentes possam beneficiar do acesso às redes já existentes, sem qualquer necessidade de investimento numa rede própria?

Há aqui, ao nível de tais medidas de discriminação positiva propostas pela ANACOM, envolvendo efeitos para os “novos entrantes”, mas também geradoras de efeitos para aos atuais operadores, um problema de precedência de lei.

3.7. Como já tivemos oportunidade de escrever⁹⁵, a precedência de lei (ou reserva vertical de lei) significa que todo o agir administrativo se tem de fundar ou basear numa norma legal habilitante, sendo a sua falta sinónimo de proibição de ação ou permissão de omissão administrativa⁹⁶: a precedência de lei materializa o moderno

⁹⁵ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, pp. 142 ss.

⁹⁶ Cfr. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, pp. 380 e 381.



entendimento da legalidade (ou juridicidade) como fundamento (e não apenas limite) do agir administrativo.

Neste sentido, a precedência de lei legitima politicamente o agir administrativo, confere-lhe um critério racional de decisão aplicável por igual a todos, definindo os termos de intervenção sobre a liberdade e a propriedade dos cidadãos, e garante, por último, a previsibilidade da conduta administrativa: a precedência de lei postula um conteúdo revelador de uma densidade normativa que assegure uma aplicação com contornos de confiança e de garantia da igualdade de tratamento, sem deixar margem para o arbítrio e excluindo a existência de “normas legais em branco” em zonas de reserva de lei.

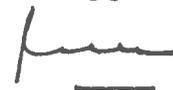
Não obstante historicamente se terem suscitado problemas quanto ao âmbito material de aplicação do princípio da precedência de lei, deve entender-se que toda a atividade administrativa (externa e interna) se subordina, por força do princípio do Estado de Direito democrático e do preceituado no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição, à exigência de precedência de lei, falando-se em “precedência total de lei”⁹⁷, sem que esta se identifique, todavia, com a precedência de ato legislativo formal, nos termos do artigo 112.º, n.º 1, da Constituição

Significa isto, aplicando ao caso concreto, o seguinte:

- (i) As medidas de discriminação positiva propostas pela ANACOM, a favor dos “novos entrantes”, nunca podem ser criadas fora ou na ausência de um texto legal habilitante ou, pelo menos, sem um mínimo de correspondência na letra da lei⁹⁸: a exigência de precedência de lei marca os limites da intervenção administrativa;

⁹⁷ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, 2ª ed., Lisboa, 2006, pp. 171 ss.

⁹⁸ Cfr. CC, artigo 9º, nº 2.



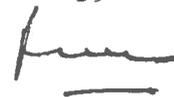
- (ii) A ANACOM, encontrando-se vinculada a aplicar a legalidade vigente, não pode deixar de se encontrar pautada pelo princípio da precedência de lei;
- (iii) A violação da precedência de lei, fazendo a Administração Pública definir ou “inventar” um novo critério de decisão, sem respaldo legal, significa invasão do espaço de reserva de lei ou reserva da função legislativa, num substituir administrativo do papel constitucional do legislador, atentando, deste modo, contra a separação de poderes.

Ora, é isso mesmo o que a ANACOM acaba por fazer, através do mencionado Projeto de Regulamento: não há lei que permita a ANACOM criar um tal regime discriminatório a favor dos “novos entrantes”, lesando a posição jurídica patrimonial dos atuais operadores, ante um procedimento de atribuição de novos direitos de utilização da 5ª geração de comunicações móveis.

3.8. Nem se diga que a matéria decisória do Projeto de Regulamento, envolvendo discriminações positivas entre concorrentes e operadores de um mesmo setor de atividade, está fora do espaço de reserva de lei, isto por duas razões:

- (i) Por um lado, a doutrina dominante, afirmando um princípio geral de precedência de lei no agir administrativo, identificado com a exigência de reserva de lei, entende que a lei serve sempre de fundamento (e, naturalmente, também de limite) do agir administrativo, de modo que os “órgãos e agentes da Administração pública só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos”⁹⁹, valendo aqui, ao invés do que sucede com a atividade jurídica privada, o princípio

⁹⁹ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 3ª ed., Coimbra, 2016, pp. 39 ss.



segundo o qual é proibido tudo aquilo que não é permitido – *quae non sunt premissa prohibita intelliguntur*¹⁰⁰;

- (ii) Por outro lado, mesmo quem defende que a reserva de lei obedece a um princípio de tipicidade constitucional, sem ser sempre exigível a mediação da lei, encontrando-se o Governo habilitado pela Constituição a desenvolver uma atividade *praeter legem*¹⁰¹, o certo é que as outras estruturas administrativas não gozam de igual prerrogativa e, por último, não é possível prescindir da precedência de lei (ou reserva vertical de lei) nos seguintes domínios do agir administrativo¹⁰²:

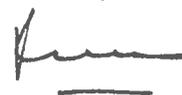
- Situações ablativas, restritivas ou lesivas de posições jurídicas privadas, equivalendo à designada administração agressiva;
- Certas áreas da administração prestadora ou constitutiva, se estiverem em causa matérias de especial sensibilidade face ao princípio da igualdade;
- Todas as restantes matérias face às quais a Constituição remete, expressamente, para um ato legislativo a definição do interesse público primário, posteriormente concretizado pela Administração.

Em resumo: a introdução de medidas de discriminação positiva a favor dos “novos entrantes”, traduzindo situações de vantagem suscetíveis de convocar o princípio da igualdade face aos atuais operadores, entretanto lesados em posições jurídicas patrimoniais, inequivocamente que se encontra ao abrigo da reserva de lei; logo, conclua-se, o Projeto de Regulamento da ANACOM, consagrando tais medidas sem ter como fundamento uma lei, invadiu a esfera do poder legislativo – a violação da reserva de lei, preterindo-se a precedência de lei, revela sempre uma forma de

¹⁰⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, p. 40.

¹⁰¹ Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, II, pp. 562 ss.

¹⁰² Cfr. PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, II, pp. 568 ss.



usurpação de poderes, por se deparar com uma entidade administrativa que decide matéria integrante da esfera legislativa.

Neste último sentido, afinal, nem o Governo, por via de regulamento, poderia habilitar a ANACOM a proceder a tais medidas discriminatórias a favor dos “novos entrantes”: qualquer ato regulamentar governamental estaria, igualmente, a invadir a reserva de lei.

Compreende-se, por isso, que a Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro, seja omissa sobre medidas de discriminação positiva face aos “novos entrantes”, tal como nem sequer, aliás, se refere ao conceito de “novos entrantes”; antes sublinha, em perfeita sintomia com a Constituição¹⁰³ e a Lei das Comunicações Eletrónicas¹⁰⁴, o dever de a ANACOM agir “(...) de modo imparcial perante todos os interessados”¹⁰⁵.

D) Idem: qualificação constitucional da matéria e reserva de lei parlamentar – a tese do Tribunal Constitucional

3.9. A circunstância de estar em causa no Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, por via de tais medidas de discriminação positiva a favor dos “novos entrantes”, a introdução de vantagem passíveis de convocar os princípios da igualdade e da concorrência face aos atuais operadores (v. *supra*, n.ºs 3.4. e 3.5.), entretanto lesados em posições jurídicas patrimoniais, suscita duas temáticas de incidência constitucional:

- (i) Observa-se, em primeiro lugar, que, através da reserva de espectro a favor dos “novos entrantes”, excluindo-se, numa primeira fase, a

¹⁰³ Cfr. CRP, artigo 266.º, n.º 2.

¹⁰⁴ Cfr. Lei das Comunicações Eletrónicas, artigo 15.º, n.º 5.

¹⁰⁵ Cfr. preâmbulo da Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro.



possibilidade de os atuais operadores se poderem candidatar, está em causa a criação, por via de regulamento, de uma restrição ou amputação ao *direito / liberdade de iniciativa económica* privada das empresas que atualmente operam no setor – nega-se, no domínio em causa, o direito de tais investidores exercerem iniciativa económica;

- (ii) Em segundo lugar, regista-se que a distorção operada na concorrência, lesando a posição jurídica patrimonial das atuais operadoras, através da ausência de obrigações de cobertura dos “novos entrantes” e da faculdade destes terem acesso às redes existentes, sem qualquer compromisso de investimento no desenvolvimento de rede própria (v. *supra*, nºs 3.1. e 3.4.), levante a temática da garantia constitucional da propriedade privada – na realidade, a ANACOM, violando os princípios da igualdade e da concorrência, poderá gerar uma ablação do mercado e dos inerentes clientes de que os atuais investidores usufruem, projetando-se nos lucros a auferir pelas empresas dos operadores já existentes, entretanto onerados com investimentos e a partilha de redes, num contexto em que foram excluídos da primeira fase de uma parte do leilão.

O projeto de intervenção reguladora da ANACOM suscita, por conseguinte, um duplo problema envolvendo direitos e liberdades fundamentais respeitantes aos atuais operadores: há uma amputação do *direito / liberdade de iniciativa económica* privada e, simultaneamente, uma lesão do direito de propriedade privada.

Analisemos, tendo presente a jurisprudência do Tribunal Constitucional e os contributos doutrinários, o conteúdo de cada um destes direitos fundamentais.



3.10. O direito / liberdade de iniciativa económica privada, encontrando-se garantido expressamente no artigo 61º, nº 1, da Constituição¹⁰⁶, funcionando como pressuposto de um setor privado dos meios de produção e da própria garantia da propriedade privada, mostra-se passível de revelar múltiplas vertentes de incidência e projeção¹⁰⁷, compreendendo como seu núcleo básico a faculdade de cada agente económico se autodeterminar livremente na escolha (i) do objeto da sua atividade, (ii) na forma de organização e (iii) gestão do seu projeto: a liberdade de iniciativa económica privada envolve a habilitação ou a faculdade de iniciar, desenvolver e cessar o exercício de uma determinada atividade¹⁰⁸, possuindo cada um a possibilidade de estabelecer e

¹⁰⁶ A liberdade de iniciativa económica privada consagrada na Constituição tem de ser articulada, interpretada e integrada de harmonia com as liberdades resultantes do Direito da União Europeia, falando-se até numa “leitura em conformidade com a constituição económica da UE” (cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2007, p. 792), desde logo, ao nível da liberdade de circulação de capitais, da liberdade de circulação de mercadorias (e de pessoas), assim como face à liberdade de estabelecimento, num contexto pautado pelas regras da concorrência, isto ao âmbito de todo o território dos diversos Estados-membros da União Europeia.

¹⁰⁷ Para uma densificação e caracterização do conceito, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 788 ss.; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010, pp. 1181 ss.; VASCO MOURA RAMOS, *O direito fundamental à iniciativa económica privada (art. 61º, nº 1, da CRP): termos da sua consagração no Direito Constitucional português*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2001, em especial, pp. 849 ss.

¹⁰⁸ Neste domínio se incluem, a título exemplificativo, as seguintes manifestações:

- Liberdade de produzir e de exercer uma atividade produtiva, definindo a forma individual ou coletiva da sua realização;
- Liberdade de criar empresas e estabelecimentos, de os alienar, onerar, extinguir ou de modificar o seu objeto de atividade ou a sua localização;
- Liberdade de definir a forma de gestão das empresas e de, efetivamente, as gerir com autonomia, isto é, “sem interferências externas” (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 392/89, de 17 de maio de 1989, processo nº 200/88, in <http://www.tribunalconstitucional.pt/>);
- Liberdade de realizar investimentos, recorrendo aos mecanismos de financiamento que entender, assim como a liberdade de reafetar o produto resultante dos investimentos ou de lhes colocar termo;
- Liberdade de definir os termos e as condições de prestação de uma atividade económica, incluindo de fixação do preço dos produtos vendidos ou dos serviços prestados;



prosseguir, autonomamente, o objeto da sua própria atividade e os termos do seu exercício, respeitando, naturalmente, a juridicidade vigente¹⁰⁹.

Deste modo, apresentar-se um agente económico a um concurso público ou a um leilão, visando a atribuição de direitos de uso do espectro, integra o núcleo essencial do direito / liberdade de iniciativa económica privada.

A liberdade de iniciativa económica privada, podendo ser “objeto de *limites* mais ou menos extensos, na justa medida em que tal direito só pode exercer-se «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral»”¹¹⁰, existindo a “previsão de uma «reserva legal de conformação»”¹¹¹, envolve, no entanto, a proibição de intervenções (públicas e privadas) abusivas e violadoras do princípio da proporcionalidade, isto no sentido de serem desnecessárias, desadequadas ou desproporcionais em sentido estrito¹¹², todas elas sempre alicerçadas no quadro de uma norma constitucional ou de prévia lei habilitante (= princípios da precedência de lei e da reserva de lei).

Sabe-se já, aliás, que, no presente caso, a intervenção administrativa da ANACOM se revela desproporcional (v. *supra*, nº 3.5.) e que carece até de precedência de lei (v. *supra*, nºs 3.7. e 3.8.).

3.11. No que respeita ao direito de propriedade privada garantido pelo artigo 62º, nº 1, da Constituição, mostra-se entendido, numa perspetiva jurídico-pública, como

— Liberdade de contratar as pessoas necessárias à realização da atividade em causa — o princípio da livre contratação é um corolário do direito de iniciativa económica privada, verificando-se que as suas limitações assumem sempre natureza excecional.

¹⁰⁹ Neste sentido, a liberdade de iniciativa económica privada diz-nos que uma entidade privada não pode, contra a sua vontade, ser forçada a desenvolver uma atividade imposta pelo poder legislativo ou administrativo (salvo em situações de exceção constitucional).

¹¹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 249/90, de 12 de julho de 1990, referente ao processo nº 102/89, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹¹¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 187/01, de 2 de maio de 2001, referente ao processo nº 120/95, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹¹² Neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 249/90, de 12 de julho de 1990, cit.



abrangendo todo e qualquer direito de conteúdo patrimonial privado, equivalendo, por isso, ao conceito de dogmático de património¹¹³, conceptualização esta que, proveniente do ordenamento jurídico alemão, se revela integralmente acolhida pela jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional¹¹⁴ – nas palavras deste último, “o direito de propriedade a que se refere o artigo 62º da Constituição «não abrange apenas a *proprietas rerum*, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, mas também outros direitos que normalmente não são incluídos sob a designação de «propriedade», tais como, designadamente, os direitos de crédito e os «direitos sociais»”¹¹⁵.

Com efeito, a garantia constitucional da propriedade privada também abrange, à luz de “uma conceção ampla do direito de propriedade privada”¹¹⁶, os lucros espetáveis do exercício de uma atividade económica – é esse o caso, precisamente, dos atuais operadores das redes de comunicações móveis, motivo pelo qual o Projeto de

¹¹³ Para uma recondução do conceito constitucional do direito fundamental de propriedade privada a todo o direito patrimonial privado, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A violação da garantia constitucional da propriedade por disposição retroativa*, in *Revista dos Tribunais*, 1973, nº 1884, 339 ss.; MARIA LÚCIA AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, 1998, pp. 547 ss.; SOUSA FRANCO / OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa*, Coimbra, 1993, p. 174; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 1.º tomo, 3.ª ed., Coimbra, 2005, p. 425; PAULO OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1996, pp. 32 ss.; IDEM, *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra, 1999, pp. 127 ss.; IDEM, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, 2007, p. 574; IDEM, *Da lesão do direito de exclusivo de concessionário*, in *Jurismat – Revista Jurídica*, nº 7, 2015, em especial, pp. 87 ss.; FAUSTO DE QUADROS, *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1998, pp. 7 e 558; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, pp. 520-522; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coimbra, 2007, pp. 740 ss. e 754 ss.

¹¹⁴ Cfr., entre outros, Acórdão nº 491/02, 26 de novembro de 2002, referente ao processo nº 310/99, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão nº 374/03, de 15 de julho de 2003, referente ao processo nº 480/98, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>; Acórdão nº 273/04, de 20 de abril de 2004, referente ao processo nº 506/03, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹¹⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 273/04, de 20 de abril de 2004, cit.

¹¹⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 374/03, de 15 de julho de 2003, cit.



Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, lesa a sua posição jurídica patrimonial, objeto de garantia pelo direito fundamental de propriedade privada, se se converter em versão final do Regulamento do procedimento de leilão.

3.12. Ora, a configuração doutrinária uniforme da liberdade de iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada como direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da Constituição, nos termos do seu artigo 17^o¹¹⁷, coloca, de imediato, o problema do respetivo regime orgânico.

Por outras palavras, verificando-se que, nos termos do artigo 165^o, n^o 1, alínea b), da Constituição, os direitos, liberdades e garantias integram a reserva de lei parlamentar, isto no sentido de a sua disciplina jurídica exigir a intervenção legislativa da Assembleia da República, por via de lei, ou, em alternativa, de decreto-lei autorizado, suscita-se a questão de saber se este regime orgânico de reserva parlamentar também será aplicável aos direitos fundamentais de natureza análoga, tal como sucede com a liberdade de iniciativa económica privada e o direito de propriedade privada.

Em termos gerais, o Tribunal Constitucional tem sido inequívoco ao afirmar que “(...) o artigo 165^o, n.º 1, alínea b), da Constituição preceitua que é da exclusiva competência da Assembleia da República (salvo autorização ao Governo) legislar sobre *direitos, liberdades e garantias*. E esta *reserva legislativa* – tal como decorre do artigo 17^o da Constituição e este Tribunal decidiu (...) – abrange não apenas os direitos, liberdades e garantias do título II da parte I da Constituição (*direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal; direitos, liberdades e garantias de participação política; e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*), como

¹¹⁷ Neste sentido, cfr., por todos, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 374.



também os *direitos fundamentais de natureza análoga*, (...), ao menos, naquela dimensão em que tais direitos assumem a natureza de uma verdadeira garantia (...)”¹¹⁸.

E, no que especificamente respeita aos direitos fundamentais em causa, isto é, à iniciativa económica privada e ao direito de propriedade privada, o Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre a aplicabilidade do regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias, nos seguintes termos:

- (i) No respeitante à liberdade de iniciativa económica privada, uma vez que a Constituição “remete, pois, para a lei a definição dos quadros nos quais se exerce a liberdade de iniciativa económica privada”¹¹⁹, sendo que essa lei “deve ser considerada, não como lei *restritiva* verdadeira e própria, mas sim como lei *conformadora do conteúdo* do direito”¹²⁰, deverá ser uma lei parlamentar ou um decreto-lei autorizado, no entanto, “só a parcela do “*direito à livre iniciativa privada*” que corresponda a um dever de abstenção do Estado face àquela livre conformação do indivíduo (ou da pessoa coletiva) é que beneficia do regime específico dos “*direitos, liberdades e garantias*”, ficando assim sujeito à reserva legislativa parlamentar fixada pela alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165º, da CRP”¹²¹, isto é, apenas “as intervenções legislativas que contendam com o núcleo essencial dos «direitos análogos», por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a atuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias”¹²²;

¹¹⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 128/00, de 23 de fevereiro de 2000, referente ao processo n.º 547/99, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹¹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/01, de 2 de maio de 2001, cit.

¹²⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/01, de 2 de maio de 2001, cit.

¹²¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2013, de 31 de janeiro de 2013, referente ao processo n.º 550/11, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹²² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2013, de 31 de janeiro de 2013, cit., transcrevendo o que já havia sido consagrado no Acórdão n.º 187/2001 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 50º, p. 42).



- (ii) No referente ao direito à propriedade privada, desde 1984, que o Tribunal Constitucional tem, repetidamente, salientado que “é um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, nessa medida, nos termos do artigo 17º da Constituição, da força jurídica conferida pelo artigo 18º (...)”¹²³, gozando, desde um Acórdão de 1986¹²⁴, também do respetivo regime orgânico: o Tribunal Constitucional aceita que, “*em princípio*, ao direito de propriedade consagrado no artigo 62.º da CRP, com a amplitude assinalada, é extensiva, como direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias, a reserva de competência legislativa da Assembleia da República”¹²⁵, salientando, no entanto que, “quer a doutrina, quer a jurisprudência constitucional, que consideram extensível o regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias aos direitos fundamentais análogos têm tido o cuidado de salientar que essa extensão só se justifica quando estejam em causa «intervenções legislativas que contendam com o núcleo essencial dos «direitos análogos», por aí se verificarem as mesmas razões de ordem material que justificam a atividade legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias» (formulação do citado Acórdão n.º 373/91)”¹²⁶.

Em ambos os casos, conclua-se, apenas o núcleo essencial do direito fundamental de natureza análoga se encontra sujeito ao regime da reserva de lei parlamentar ou de decreto-lei autorizado, nos termos do artigo 165º, nº 1, alínea b), da Constituição.

¹²³ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 374/03, de 15 de julho de 2003, cit.

¹²⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 78/86 (in *Diário da República*, II Série, nº 134, de 14 de junho de 1986, pág. 5423; e *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 7.º vol., tomo II, p. 687).

¹²⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 374/03, de 15 de julho de 2003, cit.

¹²⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 374/03, de 15 de julho de 2003, cit.



3.13. E a conclusão do Tribunal Constitucional, exigindo reserva de lei parlamentar, mostra-se particularmente importante face ao conteúdo das disposições do Projeto de Regulamento da ANACOM que, em 6 de fevereiro de 2020, por via das discriminações positivas a favor dos “novos entrantes”, acabam por amputar o direito / liberdade de iniciativa económica privada dos atuais operadores das redes de comunicações móveis, assim como lhes lesará os lucros espetáveis do exercício de uma atividade económica:

- (i) Ambas as intervenções restritivas e lesivas do núcleo essencial de tais direitos fundamentais apenas podem ser feitas tendo por base uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei autorizado;
- (ii) Sucede, porém, que, no presente caso, uma vez que existe uma atuação administrativa sem fundamento em qualquer ato legislativo, violando-se o princípio da precedência de lei (v. *supra*, §3º, C)), nem sequer se pode discutir o tipo de lei habilitante do concreto conteúdo deste agir da ANACOM;
- (iii) Sabe-se, em qualquer caso, que, estando em causa a disciplina de uma matéria cujos efeitos incidem sobre direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, deveria a atuação da ANACOM alicerçar-se, à luz da mencionada jurisprudência do Tribunal Constitucional (v. *supra*, nº 3.12.), em reserva de lei parlamentar e que isso não sucedeu: não há qualquer lei ou decreto-lei autorizado a possibilitar a amputação da liberdade de iniciativa económica privada dos atuais operadores, nem a habilitar uma intervenção lesiva sobre os lucros espetáveis do exercício da respetiva atividade económica;
- (iv) Isto determina que o Projeto de Regulamento da ANACOM, em análise, careça de fundamento legal, traduzindo uma invasão da esfera decisória objeto de reserva de lei parlamentar, violando a separação de poderes –



as normas em causa deste Projeto de Regulamento enfermam de usurpação de poderes, numa perspetiva jusadministrativa, e de inconstitucionalidade orgânica, sob uma ótica jusconstitucional¹²⁷;

- (v) Em qualquer caso, se as referidas normas passarem do atual Projeto para o efetivo Regulamento do procedimento, inquinarão a validade do respetivo leilão e projetar-se-ão sobre o ato final, gerando a sua nulidade;
- (vi) Por último, atendendo a que estamos perante normas inconstitucionais, qualquer tribunal pode (e deve), nos termos do artigo 204º da Constituição, recusar a sua aplicação.

3.14. Resulta do exposto, em síntese, que, ante a invalidade radical das normas do Projeto de Regulamento da ANACOM, referentes ao leilão de atribuição dos direitos de uso do espectro no âmbito da 5ª geração das comunicações móveis, e que consagram discriminações positivas, isto atendendo a que carecem de precedência de lei parlamentar habilitante, deve a entidade administrativa em causa proceder à sua remoção do referido Projeto de Regulamento, sob pena de, incorporando-se no Regulamento final, ir a ANACOM desencadear um procedimento administrativo que se encontra, à partida, inquinado de grave desconformidade com a juridicidade.

¹²⁷ Neste último sentido, cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, II, p. 13.



§4º

Conclusões

- 4.1. Uma vez que existe uma impossibilidade jurídica de a feitura de um ato anterior se conformar com parâmetros definidos por um ato posterior, observa-se existir uma presunção de incumprimento pelo Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, dos objetivos estabelecidos pela Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro.

(A) Quanto à vinculatividade jurídica da Resolução do Conselho de Ministros face ao Projeto de Regulamento da ANACOM:

- 4.2. Sendo o Governo titular, por via da Constituição, de uma competência política, legislativa e administrativa, observa-se que, em qualquer das referidas três áreas, uma intervenção decisória do Governo mostra-se passível de interferir sobre a esfera da ANACOM, encontrando-se esta entidade administrativa independente vinculada ao seu cumprimento: a ANACOM não é um Estado dentro do Estado e toda a sua autonomia se exercer no quadro da Constituição, incluindo no respeito pela competência dos órgãos de soberania e do princípio da separação de poderes.
- 4.3. À luz do quadro constitucional vigente, verifica-se que, fora da reserva de lei parlamentar, aquilo que o Governo-administrador não poderá fazer sobre as autoridades administrativas independentes, o Governo-legislador poderá sempre



fazer – aliás, os próprios Estatutos da ANACOM foram aprovados por decreto-lei.

- 4.4. O conteúdo da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, assume uma natureza simultaneamente política e administrativa: trata-se de um ato político e de um ato regulamentar.
- 4.5. Sabendo-se que a natureza supletiva de uma norma administrativa carece de expressa formulação na sua própria letra, devendo as dúvidas sobre a respetiva natureza ser interpretadas ao abrigo de uma presunção de injuntividade, a alínea c) do nº 2 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, assume inequívoca natureza injuntiva.
- 4.6. A injuntividade da alínea c) do nº 2 da Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, determina que, sob pena de ilegalidade, no âmbito “das metas de natureza estratégica para o país” que o Governo determinou no sentido da implantação da rede 5G, a ANACOM não goze de qualquer habilitação para fixar obrigações mais exigentes ou prazos mais exigentes para os operadores.

(B) Quanto ao Projeto de Regulamento da ANACOM e medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes”:

- 4.7. Fundando-se as medidas de discriminação positiva a favor de “novos entrantes”, nos termos da Nota Justificativa do Projeto de Regulamento do leilão, aprovado pela ANACOM, em 6 de fevereiro de 2020, “na necessidade de promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas” e



de “contribuir para que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de (...) preço (...)”, se tais pressupostos não se verificam, tal como afirma a Consulente, pois existe concorrência suficiente e os preços não são elevados, haverá então um cenário de erro sobre os pressupostos de facto do agir administrativo, revelando-se tais medidas discriminatórias inválidas.

- 4.8. As medidas de discriminação positiva que o Projeto de Regulamento da ANACOM cria não encontram qualquer alicerce ou fundamento na Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, antes se verifica que violam o seu postulado que determina o dever de a ANACOM agir “(...) de modo imparcial perante todos os interessados”.
- 4.9. As discriminações positivas a favor dos “novos entrantes”, segundo resultam do Projeto de Regulamento da ANACOM, introduzem diferenciações infundadas face aos atuais operadores, mostrando-se contrárias ao princípio da igualdade.
- 4.10. A própria extensão e intensidade das discriminações positivas que o Projeto de Regulamento da ANACOM cria a favor dos “novos entrantes” revelam-se violadoras do princípio da concorrência e do princípio proporcionalidade, segundo as vertentes da adequação e da proibição do excesso.
- 4.11. As medidas de discriminação positiva propostas pela ANACOM no seu Projeto de Regulamento, envolvendo efeitos favoráveis para os “novos entrantes”, também geram efeitos lesivos para aos atuais operadores, colocando um problema de precedência de lei.



- 4.12.** Sabendo-se que a exigência de precedência de lei marca os limites da intervenção administrativa, a sua preterição, por ausência de lei habilitante do conteúdo de tais medidas da ANACOM face ao procedimento relativo aos direitos de utilização da 5ª geração de comunicações móveis, determina uma violação da reserva de lei e traduz um atentado à separação de poderes, sob a forma administrativa de usurpação de poderes, gerando a nulidade das normas em causa e dos atos que as apliquem.
- 4.13.** Neste contexto, nem o Governo, por via de regulamento, poderia habilitar a ANACOM a proceder a tais medidas discriminatórias a favor dos “novos entrantes”, pois qualquer ato regulamentar governamental estaria, igualmente, a invadir a reserva de lei – compreende-se, por isso, que a Resolução do Conselho de Ministros nº 7-A/2020, de 7 de fevereiro, seja omissa sobre medidas de discriminação positiva face aos “novos entrantes”.
- 4.14.** Num outro sentido, as medidas de discriminação positiva a favor dos “novos entrantes” suscitam, nos termos do Projeto de Regulamento da ANACOM, um problema de direitos e liberdades fundamentais para os atuais operadores, pois regista-se uma amputação do direito / liberdade de iniciativa económica privada e, simultaneamente, uma lesão do direito de propriedade privada.
- 4.15.** O direito / liberdade de iniciativa económica privada e o direito de propriedade privada são direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias do título II da Parte I da Constituição, nos termos do seu artigo 17º, sendo-lhes aplicável, à luz da jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional, o regime orgânico dos direitos, liberdade e garantias: a intervenção decisória sobre a liberdade de iniciativa económica privada e sobre

o direito de propriedade privada, desde que atinja o respetivo “núcleo essencial”, só pode fazer-se por via de lei da Assembleia da República ou de decreto-lei autorizado.

4.16. O Projeto de Regulamento da ANACOM, de 6 de fevereiro de 2020, carece de fundamento legal, traduzindo uma invasão da esfera decisória objeto de reserva de lei parlamentar, violando a separação de poderes: as normas em causa, se transpostas para a versão final do Regulamento, enfermam de usurpação de poderes ou, numa perspetiva constitucional, de inconstitucionalidade orgânica, sendo nulas e comunicando essa invalidade a todos os atos subsequentes do procedimento administrativo.

4.17. Tendo presente o exposto, a ANACOM deverá proceder à remoção de tais normas do mencionado Projeto de Regulamento, sob pena de, incorporando-se na sua versão final, se desencadear um procedimento administrativo que se encontra, à partida, inquinado de grave invalidade.

Este é, salvo melhor opinião, o nosso parecer.



PAULO OTERO

*(Prof. Catedrático de Direito Constitucional e de Direito Administrativo,
Decano de Direito Público da Universidade de Lisboa)*

Lisboa, 17 de março de 2020.

From: Jaime Silva Ramos [REDACTED]
Sent: 3 de julho de 2020 17:30
To: reg.leilao@anacom.pt
Cc: Maria João Duarte; Regulacao (NOWO); Regulacao; Paco Rodeiro; Arturo Dopico
Subject: Resposta conjunta da NOWO e ONI à consulta pública relativa ao Projeto de Regulamento do Leilão das faixas relevantes para o 5G
Attachments: Resposta conjunta NOWO e ONI à consulta sobre projeto de regulamento 5G (PÚBLICA).pdf; Resposta conjunta NOWO e ONI à consulta sobre projeto de regulamento 5G (CONFIDENCIAL).pdf
Categories: Blue Category

Exmos. Senhores,

Enviamos em anexo as versões confidencial e pública da resposta conjunta da NOWO e da ONI à consulta pública relativa ao Projeto de Regulamento do Leilão das faixas relevantes para o 5G.

A confidencialidade das partes do documento que se encontram assinaladas como confidenciais justifica-se por aí se revelarem aspectos sensíveis da estratégia do Grupo NOWO/ONI para o desenvolvimento do seu negócio no mercado dos serviços móveis e condições que considera importante serem definidas para o futuro leilão de frequências e que serão determinantes para uma sua eventual participação.

Com os nossos melhores cumprimentos,

António Jaime Ramos

Coordenador do Departamento de Regulação /

Head of Regulation

T + 351 300 504 636 | M + [REDACTED]
[REDACTED]



AVISO - Esta mensagem e quaisquer documentos anexos seus podem conter informação confidencial sujeita a sigilo profissional para uso exclusivo do(s) seu(s) destinatário(s). Cabe ao destinatário assegurar a verificação da existência de vírus ou erros, uma vez que a informação contida pode ser interceptada ou corrompida. Se não for o destinatário, não deverá usar, distribuir ou copiar este e-mail, devendo proceder à sua eliminação e informar o emissor. É estritamente proibido o uso, a distribuição, cópia ou qualquer forma de disseminação não autorizada do conteúdo desta mensagem.

DISCLAIMER – This message, as well as any attachments to it, may contain confidential information for exclusive use of the intended recipients. The recipients are responsible for the verification of the existence of viruses or errors, since the information transmitted could have been intercepted or in any way corrupted. If you're not the intended recipient, you cannot use, distribute or copy this message, and you should destroy it and inform the originator of it. It's strictly prohibited the use, distribution copy or any other form of unauthorized dissemination of this message's content.

Resposta conjunta da NOWO e ONI à consulta pública da ANACOM sobre o projeto de regulamento 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

3 de julho de 2020

INTRODUÇÃO

A NOWO Communications, S.A. ("NOWO") e a ONITELECOM - Infocomunicações, S.A. ("ONI") apresentam neste documento a sua resposta conjunta à consulta pública da ANACOM sobre o projeto de regulamento ("Regulamento") para a atribuição de direitos de utilização de frequências ("DUF") nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz

A NOWO e a ONI já tiveram oportunidade de apresentar em grande detalhe as suas opiniões sobre vários aspetos importantes do futuro leilão nas suas respostas a consultas anteriores sobre a matéria. Neste documento focamos aspetos específicos do Regulamento que são especialmente importantes para novos entrantes.

[Início de informação confidencial]

[Fim de informação confidencial]

RESPOSTA DETALHADA À CONSULTA PÚBLICA

Fase inicial do leilão reservada a novos entrantes

O Regulamento define uma fase inicial para o leilão reservada a novos entrantes, onde estas entidades poderão licitar espectro nas faixas de frequências dos 900 MHz e dos 1800 MHz. [Início de informação confidencial]

[Fim de informação confidencial]

Fase principal do leilão aberta a todos os participantes

A fase principal do leilão está aberta a todos os participantes. Acreditamos que devem ser introduzidas melhorias nesta fase [Início de informação confidencial]

[Fim de informação confidencial]

Caução e pagamentos

O Regulamento define uma caução de 800 mil euros por ponto de elegibilidade, sendo que uma caução de 15 milhões de euros garante o número máximo de pontos de

elegibilidade. [Início de informação confidencial]

[Fim de informação confidencial]

Por fim, o espectro da faixa dos 3,6 GHz que está sujeito a restrições de utilização, por estar ocupado pela Dense Air até agosto de 2025, só deverá ser pago após levantamento destas restrições.

Obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede

O Regulamento define várias obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede, aplicáveis tanto a novos entrantes como a incumbentes, embora sejam definidas obrigações específicas para cada tipo de licitante.

[Início de informação confidencial]

[Fim de informação confidencial]

Obrigações de acesso grossista

O Regulamento impõe algumas obrigações de acesso grossista em benefício de novos entrantes, tanto para MVNOs como para operadores que adquiram espectro para uma nova operação móvel. [Início de informação confidencial]

nowo



nowo



[Fim de informação confidencial]

Taxas administrativas e de espectro

[Início de informação confidencial]

nowo



[Fim de informação confidencial]

SUMÁRIO

Conforme o que se expôs acima, deverá a ANACOM considerar as seguintes alterações e adições ao Regulamento:

[Início de informação confidencial]

[Fim de informação confidencial]

From: Féria, Helena, Vodafone Portugal [REDACTED]
Sent: 3 de julho de 2020 20:30
To: reg.leilao@anacom.pt
Cc: Gomes, André Diniz Nogueira, Vodafone Portugal
Subject: Resposta Vodafone à consulta sobre o projeto de Regulamento do Leilão para a atribuição de DUF nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz
Attachments: Resposta Vodafone Consulta Pública Anacom Regulamento 5G (02.07.2020) v nao confidencial.pdf; Resposta Vodafone Consulta Pública Anacom Regulamento5G (03.07.2020) confidencial.pdf
Categories: Blue Category

Ex.mos Senhores

A Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone) vem, pelo presente, apresentar a sua posição no âmbito da consulta pública identificada em epígrafe (versões confidencial e não confidencial).

Muito agradecemos a confirmação da boa receção do presente e-mail, nos termos e em conformidade com o disposto nos artigos 106.º e 107.º do Código do Procedimento Administrativo.

Com os melhores cumprimentos



Helena Féria

Legal & Regulatory

+351 [REDACTED]
[REDACTED]

Avenida D. João II, 36, Parque das Nações,

1998-017 Lisboa, Portugal

vodafone.pt

The future is exciting.

Ready?



**RESPOSTA DA VODAFONE
À CONSULTA PÚBLICA SOBRE O
PROJETO DE REGULAMENTO 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**

3 de julho de 2020



ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	4
2. QUESTÕES PRÉVIAS	5
2.1. PRAZO DE PRONÚNCIA À CONSULTA PÚBLICA.....	6
2.2. A RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS N.º 7-A/2020 (RCM).....	7
2.3. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS OPÇÕES VERTIDAS NO PROJETO DE REGULAMENTO: AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO	9
2.4. SENTIDO PROVÁVEL DA DECISÃO DA ALTERAÇÃO DO DUF DA DENSE AIR	18
3. OS DESAFIOS DO SETOR DAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS EM PORTUGAL: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA ESTRATÉGIA DO 5G À NOVA REALIDADE.....	21
4. QUESTÕES ESPECÍFICAS DO PROJETO DE REGULAMENTO: DEFINIÇÕES E PROCEDIMENTO DO LEILÃO.....	25
4.1. DEFINIÇÕES	25
4.2. MODALIDADE DO LEILÃO, LOTES E PREÇOS DE RESERVA.....	27
4.2.1. Modalidade ou Modelo do leilão	27
4.2.2. <i>Spectrum Caps</i>	27
4.2.3. Quantidade de espectro a disponibilizar.....	28
4.2.4. Preços de reserva propostos.....	28
4.2.5. Direitos sujeitos a restrições até 5 de agosto de 2025	29
4.3. FASES DO LEILÃO	31
4.3.1. Fase de qualificação	31
4.3.2. Fase de licitação para novos entrantes.....	34
4.3.3. Fase de licitação principal.....	35
4.3.4. Fase da consignação	40
4.3.5. Fase de atribuição.....	43
5. QUESTÕES ESPECÍFICAS DO PROJETO DE REGULAMENTO: CONDIÇÕES ASSOCIADAS AOS DUFs	47



5.1.	CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	47
5.2.	CONDIÇÕES ASSOCIADAS AOS DUFs.....	51
5.2.1.	Obrigações de cobertura.....	51
5.2.2.	Obrigações de desenvolvimento de rede.....	58
5.2.3.	Obrigações de reforço do sinal do serviço de voz.....	60
5.2.4.	Obrigações de acesso à rede.....	60
5.2.5.	Obrigações de utilização efetiva e eficiente das frequências.....	64
5.2.6.	Transmissão e Locação.....	65
5.2.7.	Prazo do DUF.....	65
5.2.8.	Anexo I – Condições técnicas associadas às frequências.....	66
6.	CONDIÇÕES APLICÁVEIS OS NOVOS ENTRANTES.....	68
7.	OUTROS ASPECTO RELEVANTES NO CONTEXTO DA ESTRATÉGIA DO 5G.....	83
7.1.	REVISÃO DA PORTARIA DAS TAXAS DE UTILIZAÇÃO.....	83
7.2.	A IMPLEMENTAÇÃO DA “EU TOOLBOX OF RISK MITIGATING MEASURES”.....	86
8.	CONCLUSÃO SUMÁRIO EXECUTIVO.....	88



1. INTRODUÇÃO

A **Vodafone Portugal - Comunicações Pessoais, S.A.** (adiante apenas “Vodafone”) vem, pelo presente, remeter os seus comentários sobre o projeto de Regulamento do Leilão para a atribuição de direitos de utilização de frequências (DUF) nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz (adiante apenas “Projeto de Regulamento 5G” ou simplesmente “Projeto de Regulamento”), o qual foi tornado público, pela Autoridade Nacional das Comunicações (adiante apenas “ANACOM”, “Regulador” ou “Autoridade”), no passado dia 10 de fevereiro de 2020.

Esta consulta surge na sequência dos projetos de decisão, com ela relacionados, que a ANACOM submeteu a consulta pública no passado dia 22 de outubro de 2019¹. Adicionalmente, já posteriormente ao lançamento da presente consulta, no dia 26 de fevereiro de 2020, a ANACOM publicou uma consulta relativa a uma nova proposta de alteração do DUF detido pela Dense Air Portugal (adiante apenas “SPD Dense Air Fev20”), a qual também tem impacto na análise ao Projeto de Regulamento 5G agora em consulta.

Assim, a presente pronúncia complementa os comentários remetidos pela Vodafone em relação às referidas consultas². Não obstante, a Vodafone fará remissões específicas para as suas respostas aos SPDs em causa, sempre que considere existirem considerações que, pela sua relevância, importem enfatizar na presente sede.

A Vodafone reserva-se o direito de alterar as posições aqui expressas, desde logo em virtude da evolução das condições de mercado ou alterações de natureza legal e/ou regulatória.

A presente pronúncia encontra-se sistematizada da seguinte forma:

- A Vodafone começará por apresentar algumas questões prévias relacionadas com o processo da presente consulta e com alguns aspetos transversais ao Projeto de

¹ Os projetos de decisão em causa são: (i) projeto de decisão sobre a designação da faixa dos 700 MHz para serviços de comunicações eletrónicas terrestres, limitação do número de direitos de utilização de frequências a atribuir nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz e à definição do respetivo procedimento de atribuição (adiante apenas “SPD 5G”), (ii) sentido provável de decisão sobre a alteração do Direito de Utilização de Frequências detido pela Dense Air Portugal e futura utilização da faixa 3,4-3,8 GHz (adiante apenas “SPD Dense Air”) e (iii) sentido provável de decisão sobre a atribuição de frequências nas faixas dos 900 MHz e 2100 MHz à NOS (adiante apenas “SPD NOS”).

² Vide as pronúncias enviadas pela Vodafone, no dia 27 de novembro de 2019, relativas ao “SPD 5G” e ao “SPD Dense Air”, bem como a pronúncia, remetida a 3 de julho de 2020, relativa ao “SPD Dense Air Fev 20”.



Regulamento e que, em virtude da sua materialidade, são suscetíveis de comprometer a mesma (**Capítulo 2**);

- Seguidamente, salienta-se a importância do contexto económico e social em que ocorre a presente consulta, que, de resto, sofreu alterações muito significativas desde a data do lançamento da mesma, o que determina a necessidade imperiosa de rever o projeto de Regulamento nacional do 5G e em particular o Projeto de Regulamento (**Capítulo 3**);
- Entra-se, depois, na análise de Projeto de Regulamento em concreto, começando por se identificar as diversas questões concretas relativas ao processo do leilão (**Capítulo 4**) e analisam-se de seguida as condições associadas aos DUFs (incluindo as condições técnicas) (**Capítulo 5**). O regime discriminatório proposto para os “novos entrantes”, pela sua relevância, é tratado num capítulo autónomo (**Capítulo 6**);
- Antes de entrar no capítulo relativo às conclusões (**Capítulo 8**), a Vodafone salienta alguns aspetos que, pese embora não sejam objeto da presente consulta, se afiguram como peças fundamentais no contexto do lançamento do 5G no nosso País. São eles a necessidade de revisão da portaria que fixa o valor das taxas de espectro e as questões associadas à segurança das redes 5G (**Capítulo 7**).

2. QUESTÕES PRÉVIAS

Começa-se por apresentar, a título preliminar, algumas questões prévias relacionadas com: (i) o prazo concedido pela ANACOM para a apresentação, pelos interessados, das respetivas pronúncias sobre o Projeto do Regulamento do Leilão 5G; (ii) as discrepâncias evidentes entre as medidas previstas no Projeto do Regulamento em análise e na Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro; (iii) o incumprimento, por parte da ANACOM, do especial dever de fundamentação que sobre si incide, nos termos do artigo 99º do CPA; e (iv) a incompatibilidade do Projeto de Regulamento com o regime dos auxílios de estado, previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

As referidas questões têm em comum a circunstância de versarem sobre aspetos invalidantes do presente procedimento nos seus contornos atuais, os quais deverão, na perspetiva da Vodafone, obstar ao respetivo prosseguimento. Neste contexto, a **Vodafone reserva-se, naturalmente, o direito de recorrer aos meios legais e judiciais ao seu alcance com vista ao reconhecimento**



dos referidos aspetos invalidantes aqui identificados, bem como os demais referidos ao longo da presente pronúncia, caso os mesmos não venham a ser alterados.

Tais invalidades, a manterem-se, poderão conduzir à estagnação de todo o processo, podendo, inclusivamente, resultar num incumprimento das normas comunitárias vigentes neste âmbito e representar para Portugal um atraso significativo perante o resto do mundo no que à implementação do 5G respeita.

Na perspetiva da Vodafone, a importância de tais invalidades e os nefastos efeitos que delas poderão advir para a economia portuguesa, em geral, e para o setor das comunicações eletrónicas, em particular, justificam que se comece por trazer, preliminarmente, a respetiva apreciação à consideração da ANACOM, sem prejuízo da análise material ao Projeto de Regulamento, a qual vem igualmente apresentada adiante.

2.1. PRAZO DE PRONÚNCIA À CONSULTA PÚBLICA

Por deliberação de 1 de junho de 2020, a ANACOM veio “*esclarecer*” que o prazo da consulta pública relativa ao Projeto de Regulamento 5G deveria retomar o seu curso, passando o respetivo termo a ocorrer no dia 3 de julho de 2020.

Como fundamento dessa deliberação, a ANACOM veio invocar que ao prazo da consulta seria aplicável o regime do artigo 5.º da Lei n.º 16/2020, de 29 de maio, em que se previa o seguinte: “*[o]s prazos administrativos cujo termo original ocorreria durante a vigência do regime de suspensão estabelecido pelo artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, na sua redação original e na redação dada pela Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril, consideram-se vencidos no vigésimo dia útil posterior à entrada em vigor da presente lei*”, isto é, no dia 3 de julho de 2020.

Subjacente à referida deliberação de 1 de junho de 2020, esteve, assim, o entendimento da ANACOM de que, com a derrogação do regime da suspensão que, no artigo 7.º da Lei 1-A/2020, se previa para a generalidade dos prazos administrativos, o prazo da consulta pública relativa ao Projeto de Regulamento 5G deixaria de estar abrangido por qualquer regime suspensivo e deveria, por isso, retomar os seus termos.

Como se referiu em requerimento dirigido à ANACOM, no dia 23 de junho de 2020, é firme o entendimento da Vodafone de que a deliberação de 1 de junho de 2020, na parte em que



determinou o levantamento da suspensão da “*consulta regulamentar a que foi sujeito o Projeto de Regulamento do Leilão*”, assenta numa errada interpretação da lei.

Remetemos, a este respeito, para o referido requerimento **e salientamos apenas que o prazo aplicável à presente consulta pública se enquadra no âmbito de aplicação do artigo 8.º, alínea f), do Decreto-Lei 10-A/2020, sendo, por isso, ilegais, por manifesta violação da referida norma, quer a deliberação de 1 de junho de 2020, quer o entendimento que a ela subjaz.**

Em todo o caso, apesar da ilegalidade de tal deliberação, dada a importância absolutamente decisiva e estratégica do tema para o setor das comunicações eletrónicas, para a economia e, de um modo geral, para toda a sociedade, a Vodafone vem, por uma questão de cautela, desde já, apresentar a sua pronúncia, bem como os seus contributos para o Projeto do Regulamento do 5G.

2.2. A RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS N.º 7-A/2020 (RCM)

Ciente da relevância que o tema do 5G merece como agente dinamizador do desenvolvimento socioeconómico do nosso País, o Governo português procedeu à concretização da sua visão estratégica e do enquadramento necessário ao desenvolvimento e implementação das redes 5G em Portugal, por meio da publicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2020, de 7 de fevereiro (adiante apenas “RCM 5G” ou “RCM”).

Como nela mesma se afirmou, a RCM 5G teve como norma habilitante a “*alínea g) do artigo 199.º da Constituição*” e o intuito de estabelecer “*os objetivos e finalidades nacionais relativamente à disponibilização em Portugal das novas redes móveis em quinta geração de comunicações móveis (5G), competindo à Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) a definição dos termos do procedimento de atribuição de direitos de uso do espectro radioelétrico disponível, de forma que se mostre adequada ao cumprimento dos objetivos estabelecidos na presente resolução*”.

Em consonância com o referido objeto, o Governo fixou na RCM 5G o conjunto de objetivos programáticos ou de “*metas estratégicas*”, aos quais deveria obedecer a implantação da estratégia 5G.



Neste sentido, a RCM 5G constitui um diploma que pretende fixar os grandes resultados a obter com a implantação do 5G, mas não indica em concreto como esses objetivos serão cumpridos: o modo como esses objetivos deverão ser alcançados deverá, como expressamente se refere na RCM 5G, ser definido pela ANACOM no “*procedimento de atribuição de direitos de uso do espectro radioelétrico disponível*”. Ou seja, na RCM o Governo veio estabelecer os princípios e critérios a acolher em regulação jurídica posterior, a adotar pela ANACOM.

Desta forma, a RCM configura, assim, um instrumento de conformação política, emitido pelo Governo, enquanto órgão responsável pela política geral do País (artigo 182.º da Constituição), a quem cabe a tarefa de formular, conduzir, executar e avaliar as políticas e orientações estratégicas para setores de interesse público.

A RCM 5G configura ainda um regulamento, emitido pelo órgão de cúpula da Administração Pública, a quem se reconhece uma larga competência em matéria administrativa (incluindo sobre as entidades administrativas independentes), nos termos do artigo 199º da Constituição.

Trata-se, também, de um regulamento *independente*, na medida em que se insere num domínio sem qualquer intervenção legislativa precedente; e, como o respetivo teor deixa antever, de natureza *vinculativa*.

A RGM 5G configura, portanto, um diploma de natureza injuntiva, ao qual a ANACOM não pode deixar de estar submetida.

Ora, resulta da análise do Projeto de Regulamento que a ANACOM pretende seguir, na implementação do 5G, uma estratégia diferente da preconizada na RCM 5G, estabelecendo objetivos e medidas distintos dos definidos pelo Conselho de Ministros, muitas vezes mais exigentes (o que se traduz num acréscimo muito significativo dos custos a suportar pelos diversos operadores) e injustificados.

As divergências entre a RCM 5G e o Projeto de Regulamento 5G são particularmente relevantes no que diz respeito: (i) às obrigações de cobertura; (ii) às obrigações de desenvolvimento de rede e (iii) aos direitos especiais dos novos entrantes. Estes aspetos serão tratados, com maior pormenor, **nos pontos 5.2.1., 5.2.2. e no Capítulo 6** da presente pronúncia.

Em conclusão, a manterem-se as divergências identificadas, o Regulamento do Leilão 5G será inválido, por violação expressa de um conjunto de normas imperativas, o que acabará, inelutavelmente, por invalidar todos os atos subsequentes do procedimento.



2.3. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS OPÇÕES VERTIDAS NO PROJETO DE REGULAMENTO: AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO

Na versão que foi tornada pública, o Projeto de Regulamento do Leilão 5G vem precedido de um texto intitulado “*Nota Justificativa*”, em que se procede a uma breve contextualização do instrumento normativo.

Concretamente, ao longo dos 9 pontos que compõem o referido texto de enquadramento na *Nota Justificativa*, é possível perceber: **(1.)** que o Projeto de Regulamento foi precedido de uma deliberação, tomada em 23 de dezembro de 2019, em que se definiram as faixas a afetar ao 5G e as respetivas limitações; **(2.)** quais as razões que estiveram subjacentes à escolha de um processo de seleção por concorrência; **(3.)** a identificação da decisão que esteve na origem do procedimento regulamentar e **(4.)** da decisão pela qual se aprovou o Projeto de Regulamento, e as normas legais que estão na base da emissão do regulamento; **(5.)** qual o objeto do regulamento e razão de ser de algumas das opções seguidas pela ANACOM; **(6.)** a insusceptibilidade de, na perspetiva da ANACOM, as condições associadas à faixa dos 3,6 GHz poderem refletir-se de forma não discriminatória e proporcional no direito de utilização de frequências já existente nesta faixa; **(7.)** assim como o enquadramento, **(8.)** o prazo e **(9.)** a tramitação procedimental posterior à consulta pública em curso.

Apesar das referidas considerações, a referida “*Nota Justificativa*” é totalmente omissa relativamente aos custos e benefícios das medidas projetadas pela ANACOM no Projeto de Regulamento.

Por esse motivo, a referida “*Nota Justificativa*” não dá cumprimento à obrigação, prevista no artigo 99.º do CPA, de inclusão de um juízo de “*ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas*” e, conseqüentemente, ao dever de fundamentação, a que a ANACOM está sujeita, designadamente, por força do artigo 5.º, n.º 7, da LCE.

No plano regulatório, tal obrigação tem assento nas melhores práticas internacionais, comumente designadas de “*better regulation*”, as quais impõem, como se sabe, a adoção de um mecanismo de *Análise de Impacto Regulatório* (“AIR”), o qual consiste, de acordo com a definição da OCDE, num “*processo de identificação e avaliação sistemática dos efeitos expectáveis de propostas regulatórias, usando um método analítico consistente, como a análise custo-benefício*”.



Neste sentido, veja-se que a ANACOM, no estudo por si divulgado “*Análise de Impacto Regulatório – Objetivos, Metodologias e Casos de Estudo Relevantes no Sector das Comunicações Eletrónicas*”³, admite que o quadro legislativo aplicável à atuação das autoridades administrativas independentes já contém regras orientadas para a realização de uma avaliação das medidas por parte de quem as toma⁴. Deste enquadramento resulta a previsão de sempre que, no exercício das competências previstas na LCE, o Regulador pretenda adotar medidas com impacto significativo no mercado relevante, deve publicitar o respetivo projeto, dando aos interessados a possibilidade de se pronunciarem em prazo fixado para o efeito.

Concretamente sobre a AIR no âmbito do espectro, a ANACOM indica que “*No tocante à gestão do espectro, os processos de decisão têm como base as diretrizes presentes no relatório 125 da ECC (Electronic Communications Committee) da CEPT, que recomendam que as Decisões, Recomendações ou conjunto de princípios ou planos de ação com impacto significativo no mercado ou no público em geral tenham em conta a AIR.*” (sublinhado nosso)⁵

Por carta dirigida à Vodafone, no dia 11 de março de 2020, em resposta à carta remetida pela Vodafone⁶, a ANACOM veio defender o entendimento de que tal obrigação estaria cumprida, invocando, para tanto: (i) a promoção da consulta de início do procedimento de elaboração do regulamento, aprovado por decisão de 31 de outubro de 2019 (adiante apenas “Procedimento Elaboração”), alavancado em conclusões que proferiu em 2014, na sequência da avaliação de mercado móvel que efetuou a propósito dos resultados do Leilão Multifaixa; (ii) as oportunidades de pronúncia dos interessados permitidas pelo procedimento SPD 5G e pelo Procedimento

³ Disponível para consulta em:

https://www.anacom.pt/streaming/AIR_estudoSetembro2015.pdf?contentId=1378073&field=ATTACHED_FILE

⁴ É exemplo disso, para além do disposto no CPA e supra mencionado, (i) os princípios de gestão estabelecidos na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, na sua redação atual) e vertidos nos Estatutos da ANACOM, (ii) o estabelecido no artigo 8.º da Lei das Comunicações Eletrónicas – Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na sua redação atual (adiante apenas “LCE”).

⁵ “*É de relevar que em Portugal, caso-a-caso, é tido em conta o impacto das medidas a adotar (e.g. limitação de direitos de utilização de frequências ou procedimento de seleção para atribuição de direitos), sendo levadas a cabo as consultas públicas necessárias em linha com o estabelecido na LCE. Isto para além de a legislação nacional – quer a aplicável a cada serviço, quer a legislação mais genérica e aplicável de forma transversal a toda a atividade desenvolvida pela ANACOM (como o Código de Procedimento Administrativo) – apontar no mesmo sentido.*”, conforme disponível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=384719>

⁶ A Vodafone requereu, em 2 de março de 2020, que lhe fosse concedido acesso à nota justificativa inerente ao processo administrativo subjacente ao procedimento em causa, por forma a que lhe fosse possível aceder “*(...) à ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas*” pela ANACOM, nos termos e para os efeitos dos artigos 82.º e ss do CPA e, subsidiariamente, nos termos e para os efeitos do artigo 13.º da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto., conforme detalhado na própria comunicação.



Elaboração; (iii) o carácter provisório do Projeto de Regulamento 5G e, conseqüentemente, passível de alteração; e, por fim, (iv) o entendimento de que o grau de tecnicidade solicitado pela Vodafone extravasaria a própria letra da norma, tornando impossível o exercício de atividade regulamentar de qualquer entidade porque, no extremo, exigiria que qualquer medida projetada fosse fundamentada através de uma análise económica quantificadora de encargos e vantagens, o que se revela, no entender desta Autoridade, impraticável.

Ora, a Vodafone não pode estar mais em desacordo com o entendimento expresso na carta de 11 de março.

Por um lado, os procedimentos que precederam o Projeto de Regulamento 5G, referidos pelo Regulador, nunca concretizaram o nível de obrigações agora previsto, limitando-se a enumerar a possibilidade de determinar obrigações de tal natureza, não avançando, contudo, com qualquer detalhe, prejudicando, invariavelmente, qualquer pronúncia dos interessados sobre a sua proporcionalidade.

Por outro lado, o carácter provisório do presente procedimento não justifica a violação de obrigação legal de uma prévia aferição de custo-benefício das medidas propostas, sob pena de, como é evidente, tal obrigação se tornar inexigível em todo e qualquer caso: nos termos da lei, a nota justificativa em causa deve ser apresentada em fase de projeto de regulamento, isto é, numa fase em que o procedimento é ainda provisório, por ser nessa altura em que ela é, evidentemente, mais necessária.

Por fim, importa realçar que, ao contrário do que refere a ANACOM, a obrigação legal prevista no artigo 99.º do CPA não se dirige a uma “*qualquer medida*” de exercício de atividade regulamentar da ANACOM, mas ao Regulamento do Leilão de uma infraestrutura digital absolutamente estratégica para o mercado das comunicações eletrónicas e para o País, que se assumirá, nos próximos anos, como um instrumento absolutamente estratégico, revolucionário e transformacional de desenvolvimento da economia e da sociedade.

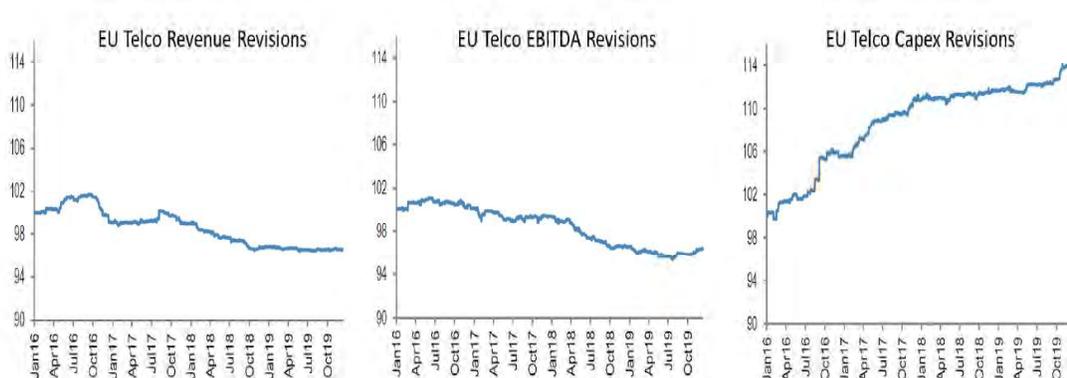
No caso em apreço, o acesso à referida “*análise custo-benefício*”, por parte dos diferentes destinatários da consulta pública, é essencial. Para além da vinculação legal que impõe a sua existência, são vários os motivos que justificam a sua disponibilização aos interessados no procedimento, incluindo, naturalmente, à Vodafone.



Em primeiro lugar, importa ter presente que a prestação dos serviços subjacentes ao 5G obrigará à realização, pelos diferentes operadores, de níveis de investimento muito avultados face à realidade económica do País e, por isso, muito pouco usuais, mesmo num mercado que, como se sabe, é financeiramente exigente e numa altura em que os operadores estão sujeitos a grande pressão financeira.

Com efeito, este é um setor que se tem confrontado com fortes quebras de receita e margens significativamente pressionadas, mas sempre aliado a níveis de investimento expressivos e crescentes, como resulta da Figura 1, abaixo ilustrada:

Figura 1 – Evolução das receitas, EBITDA e investimento com base em valores registados desde 2016

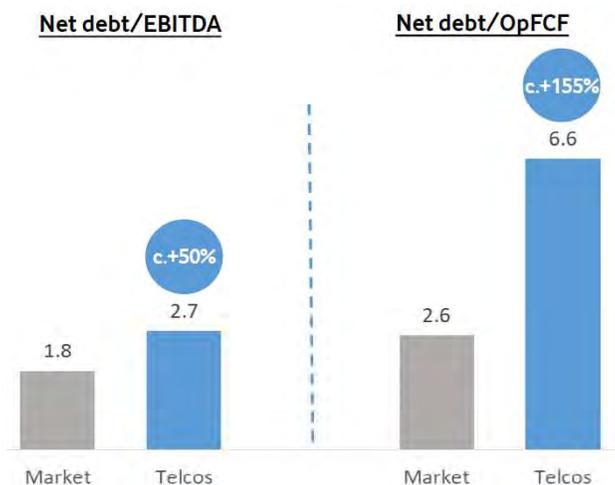


Fonte: JPM, Telco 2020 Outlook de 08/01/2020.

Para fazer face a este enquadramento, tem-se assistido a uma intensificação do nível de dívida do setor das comunicações eletrónicas, face ao que se tem verificado no mercado em geral, como, aliás, ilustra a Figura 2.



Figura 2 – Evolução do nível de dívida face a EBITDA e Cash Flow Operacional



Fonte: JPM, Telco 2020 Outlook de 08/01/2020.

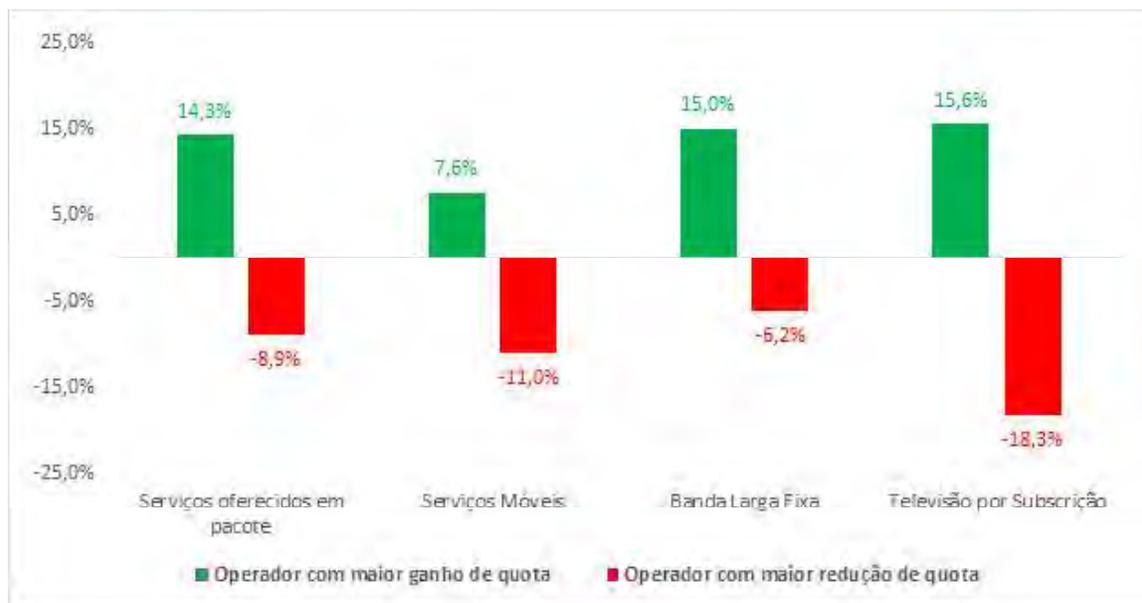
E é neste contexto desafiante que os operadores de comunicações eletrónicas nacionais se veem confrontados e na iminência de um novo ciclo de investimento intensivo para concretizar a implementação da quinta geração de serviços móveis no nosso País.

Não obstante tal contexto exigente, o setor das comunicações eletrónicas em Portugal caracteriza-se pela sua elevada contestabilidade, por preços competitivos, elevados níveis de investimento e um grau de inovação sistemático.

Veja-se o gráfico *infra*, o qual demonstra **a forte variabilidade das quotas dos diferentes operadores para os diferentes serviços no mercado nacional, com alterações que variaram entre os -17,2% e os +14,4% entre 2010 e 2019, o que evidencia a elevada contestabilidade do mercado, caracterizada pela mobilidade dos clientes** e a disputa ativa entre operadores.



Figura 3 - Maiores variações de quota de mercado (2010-2018)



Fonte: ANACOM.

Da análise dos indicadores estatísticos publicados pela ANACOM, constata-se que as receitas do setor como um todo têm registado quebras anuais, ao passo que o nível de utilização de serviços de comunicações eletrónicas tem vindo a aumentar significativamente (+28% de tráfego internet fixa, +37% de internet móvel e +3% voz móvel em 2019, segundo o “Sector das Comunicações 2019”). A este propósito, assinala-se a quebra de receita média por subscritor de pacotes de serviços 3P e 4P/5P que se verificou entre 2018 e 2019, de -1,9% e -0,4%, reiterando-se que tal quebra se verificou nos serviços com maior nível de adesão entre as famílias portuguesas e agravando a situação que se tem verificado nos últimos 3 anos, conforme ilustrado na Figura 4:



Figura 4 – Receita média mensal por subscritor de pacote de serviços



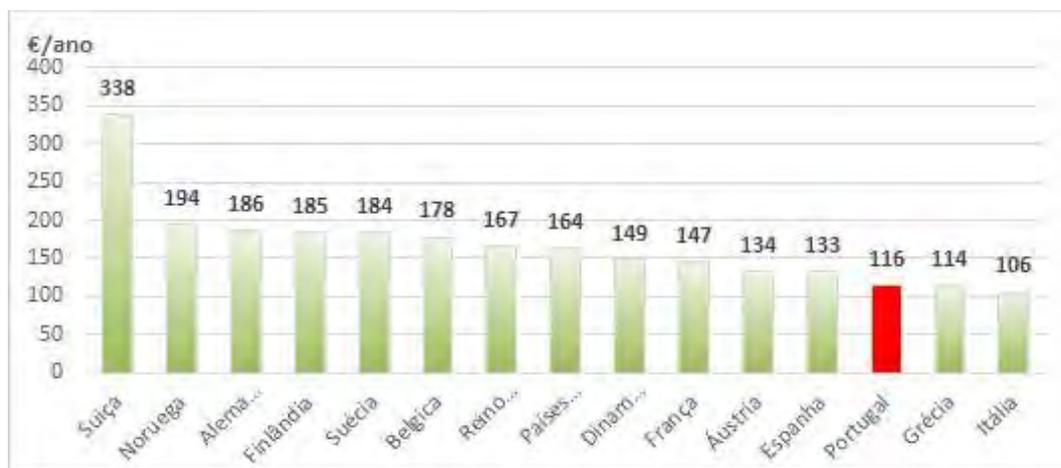
Fonte: ANACOM

Se tais indicadores não bastassem para fundamentar a competitividade dos preços praticados, realce-se que o próprio mercado de capitais corrobora a conclusão de que as receitas médias por cliente em Portugal são das mais baixas a nível europeu.

Veja-se, por exemplo, a Figura 5, abaixo ilustrada e elaborada com dados da *Newstreet* sobre os níveis de receita por população do mercado das comunicações eletrónicas em diversos países europeus, e no qual Portugal figura entre os mais baixos, situando-se 30% abaixo da média.



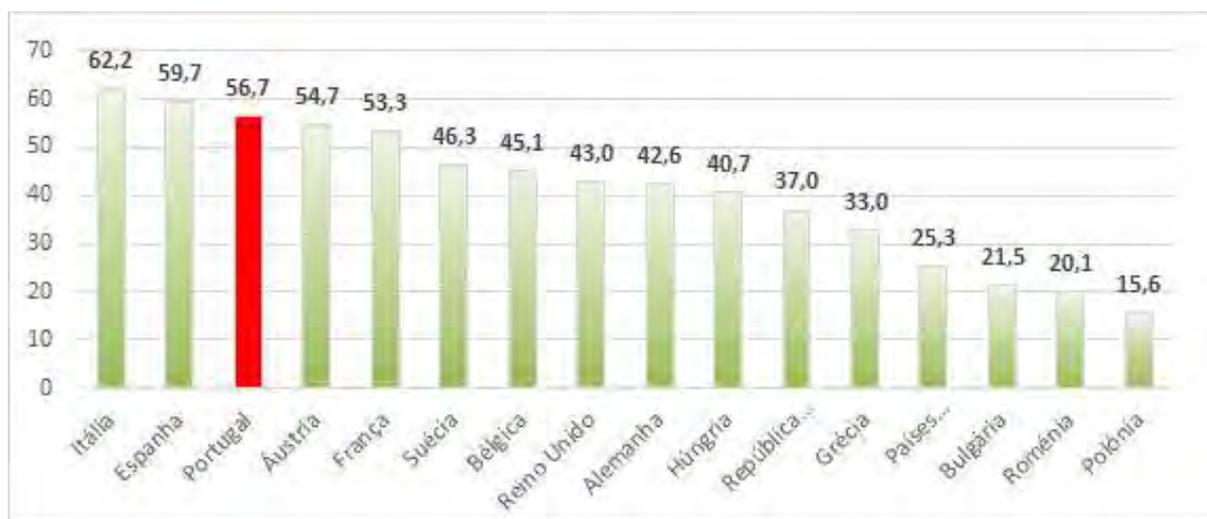
Figura 5– Receita média de serviços móveis por população



Fonte: Relatório *Newstreet* de 21 de fevereiro de 2020.

Os níveis de investimento dos operadores de comunicações eletrónicas presentes em Portugal são, inclusive, dos mais elevados a nível europeu, conforme Figura 6 infra.

Figura 6 – Capex anual por População em 2018 (em euros)

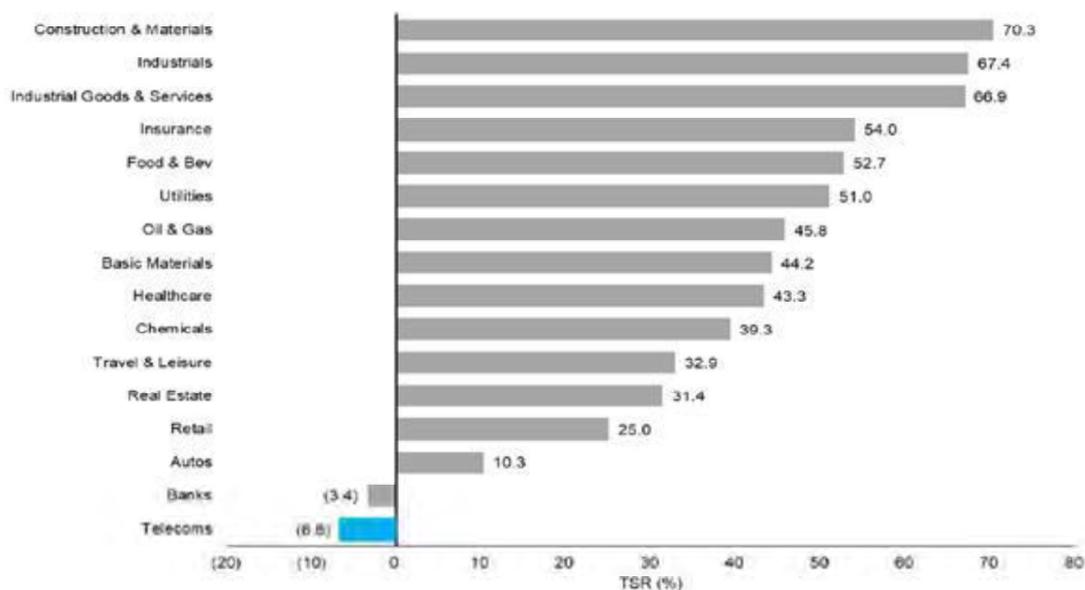


Fonte: GSMA



Em resultado do exposto, o setor das comunicações eletrónicas que tem tido a pior *performance* no que se refere a retornos aos seus acionistas, quando comparado com outros setores de atividade.

Figura 7 – Taxa de retorno aos acionistas por setor de atividade (média dos últimos 5 anos)



Fonte: STOXX 600

Face ao exposto, julga-se que seria premente a apresentação de uma análise económica, suportada num juízo de custo-benefício e justificativa das opções tomadas, em particular as que resultam em obrigações de acesso, cobertura e de desenvolvimento das redes.

Em segundo lugar, como se expôs, a ANACOM tomou a iniciativa de, no Projeto de Regulamento, estabelecer um conjunto de medidas distintas das previstas na RCM 5G, designadamente ao obrigar ao cumprimento de objetivos incomparavelmente mais exigentes em matéria de obrigações de cobertura geográfica (cf. **ponto n.º 5.2.1**) e de desenvolvimento de rede (cf. **ponto n.º 5.2.2**).

A omissão da análise de custo-benefício é, neste caso, especialmente grave, na medida em que, para além de violarem os objetivos e as medidas previstas na RCM 5G, as referidas obrigações propostas pela ANACOM no Projeto de Regulamento, a manterem-se, acabarão por determinar um aumento



exponencial dos custos de investimento (que, já de si, seriam sempre muito elevados) a suportar pelas operadoras face ao preconizado pelo Governo, o que acabará, inevitavelmente, por se repercutir na qualidade dos serviços prestados, na capacidade de oferta de serviços inovadores e nos preços finais a pagar pelos consumidores, impactando no sucesso da implantação do 5G em Portugal.

Em terceiro lugar, a ANACOM estabelece, no Projeto de Regulamento, um conjunto significativo de condições discriminatórias a favor dos “novos entrantes” (cf. **Capítulo 6**), alegando que tais condições se justificam “*como forma de gerar um impacto positivo na concorrência e nos utilizadores finais*”. Ora, a atribuição de benefícios e vantagens como aquelas que resultam do Projeto de Regulamento a favor apenas de algumas entidades, requer, necessariamente, uma análise e justificação rigorosa da fundamentação jurídica e económica de tais medidas. Também aqui, à semelhança do que acontece em relação às obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede contempladas no Projeto de Regulamento, estão em causa benefícios (e no caso das obrigações, custos) monetizáveis e quantificáveis.

Como por aqui se vê, a “*nota justificativa fundamentada [com a] ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas*” constitui (ou teria constituído, se tivesse sido apresentada) um instrumento absolutamente necessário para a apreensão pelos diversos interessados das várias medidas previstas no Projeto de Regulamento.

Por outro lado, como também se expôs, ao não apresentar a referida *nota justificativa fundamentada*, a ANACOM violou o dever de especial fundamentação que sobre si impendia nos termos do artigo 99.º do CPA.

Em conclusão, nem a Nota Justificativa, nem os atos preparatórios da referida consulta dão cumprimento à obrigação, prevista no artigo 99.º do CPA, de inclusão de um juízo de “ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas”.

2.4. SENTIDO PROVÁVEL DA DECISÃO DA ALTERAÇÃO DO DUF DA DENSE AIR

A Vodafone considera que a calendarização associada ao SPD Dense Air Fev20 não se coaduna com a exigência de certeza jurídica, transparência e previsibilidade que a decisão do presente procedimento deve assegurar a todos os interessados na participação no leilão. Isto, naturalmente,



sem prejuízo da posição já oportunamente manifestada pela Vodafone sobre a legalidade do título da Dense Air.

Com efeito, a forma como o SPD Dense Air Fev20 está a ser executado vem, infelizmente, intensificar a incerteza jurídica em relação à articulação dos dois procedimentos de consulta e, sobretudo, em relação àquele que será o quadro das obrigações e direitos da Dense Air, desde logo face ao conceito ambíguo de “novo entrante” que resulta do Projeto de Regulamento, tal como melhor detalhado no **ponto n.º 4.1.** da presente pronúncia.

Acresce que, ao prever obrigações de desenvolvimento de rede significativamente inferiores e díspares das que a ANACOM entende sujeitar os futuros detentores de DUFs na faixa dos 3,6 GHz através do leilão, o Regulador não está a promover a adequação das condições do DUF da Dense Air às condições previstas no Projeto de Regulamento 5G, mas sim a **viabilizar um tratamento discriminatório** em prejuízo do exigível “*level playing field*” para todos os candidatos ao leilão.

Com efeito, se as decisões dos dois SPDs em questão forem adotadas sem quaisquer alterações face aos textos submetidos a consulta, teremos uma entidade que terá, no máximo, 1/7⁷ (um sétimo) das obrigações de desenvolvimento que impendem sobre os restantes vencedores de direitos na faixa dos 3,6 GHz, aliado a uma flexibilidade acrescida na execução da mesma.

Esta flexibilidade adicional assume-se na possibilidade de a Dense Air poder optar por um plano de implementação de rede mais eficiente e consonante com a existência de uma procura efetiva, ao apenas ser exigido que instale os equipamentos determinados pela obrigação de desenvolvimento de rede em 25% do conjunto dos municípios de baixa densidade e dos municípios da Região Autónoma dos Açores.

Tal opção obsta ao que é exigido aos restantes futuros titulares de DUFs na faixa dos 3,6 GHz, os quais serão onerados não só com um número mínimo de equipamentos significativamente mais elevado que o exigido à Dense Air, como também terão de instalar um número mínimo desses equipamentos em **todos os municípios** que fazem parte do conjunto de municípios de baixa densidade e todos das Regiões Autónomas.

⁷ Se se considerarem as 227 estações de base macro que o SPD Dense Air Fev20 prevê, acrescidas das 53 estações adicionais para as zonas 1 e 2, por contraponto das 1.832 estações estipuladas na alínea c) do n.º 1 do artigo 43.º do Projeto de Regulamento 5G.



Naturalmente que **tais imposições, por serem discriminatórias**, quer no que se refere à quantidade de equipamentos exigidos, quer no que se refere à exigência de localização dos mesmos, **não podem vir a figurar nas decisões finais dos SPDs considerados**.

A garantia de eliminação dessa discriminação apenas pode ser assegurada se a decisão final que vier a ser adotada no âmbito do SPD Dense Air Fev20 for prévia ao debate sobre as disposições a refletir na versão que vier a ser aprovada do Regulamento, assegurando-se que as obrigações de desenvolvimento de rede que venham a ser fixadas aos vencedores de DUFs no âmbito do leilão são, de facto, não discriminatórias.

Estas e outras considerações são desenvolvidas na resposta da Vodafone ao SPD Dense Air Fev20, para a qual se remete, e as quais devem ser integralmente consideradas na presente pronúncia.

A este respeito, não podemos ainda deixar de demonstrar a nossa total discordância em relação ao entendimento tecido pela ANACOM na resposta ao pedido de prorrogação do prazo dirigido pela Vodafone, a 3 de março de 2020, no âmbito do presente procedimento.

Em resposta datada de 11 de março de 2020, o Regulador indeferiu parcialmente tal pedido (ou deliberou “*deferir parcialmente*”, nas suas próprias palavras) por entender que a alteração do DUF da Dense Air é que deve estar dependente das condições a prever no Regulamento do leilão para os demais detentores de DUFs na faixa dos 3,6 GHz e não o contrário, justificando assim que não havia necessidade de sujeitar o prazo de pronúncia ao presente procedimento a um momento posterior à tomada de decisão final sobre a nova alteração ao DUF da Dense Air.

Face ao exposto, ficou demonstrado que a decisão final que será tomada no âmbito do processo Dense Air é relevante para a resposta à consulta do Projeto de Regulamento 5G.

Neste ensejo, a Vodafone reitera a necessidade de alinhamento e de conhecer a decisão final que será tomada naquele âmbito, previamente ao encerramento da presente consulta.

Não obstante, se por qualquer circunstância não for adotada esta calendarização, então deverá o artigo 43.º do Projeto de Regulamento 5G ser alterado no sentido de determinar que os vencedores de DUFs na faixa dos 3,6 GHz: (i) tenham, no máximo, de instalar 270+53 estações base macro; e que (ii) tenham de instalar em 25% do conjunto dos municípios de baixa densidade e dos municípios da Região Autónoma dos Açores, no pressuposto que tal esteja em total conformidade com a decisão final que venha a ser estabelecida no SPD Dense AIR Fev20.



3. OS DESAFIOS DO SETOR DAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS EM PORTUGAL: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA ESTRATÉGIA DO 5G À NOVA REALIDADE

O setor das comunicações eletrónicas é um setor estrutural e estratégico para a competitividade e desenvolvimento socioeconómico de um país, bem como determinante para assegurar o seu normal funcionamento, sendo esta realidade particularmente mais intensa no nosso País. O contributo deste setor para a economia portuguesa extravasa em muito aquilo que é o seu contributo direto para o PIB português (cerca de 2,92% em 2018), dotando os restantes setores económicos de ferramentas, meios e dinâmicas que contribuem para a inovação e modernização do tecido empresarial e da vida dos cidadãos, trazendo melhorias concretas à qualidade de vida dos portugueses.

Adicionalmente, o setor representa um polo de atração de investimento estrangeiro em Portugal, contribuindo estruturalmente para a criação de emprego altamente qualificado e competente.

O processo evolutivo das redes móveis exigirá investimentos massivos em novas tecnologias e meios tecnológicos, e os modelos de negócios terão de ser permanentemente evolutivos (e de forma cada vez mais rápida), para incorporar as constantes mudanças de paradigma e atender às tendências de mercado e à satisfação das necessidades dos consumidores e das empresas. Isto exige uma capacidade de adaptação e flexibilidade ímpar por parte dos operadores de comunicações eletrónicas e dos seus planos de negócio.

Tais exigências são reforçadas pelo Plano de Ação do 5G para a Europa, lançado pela Comissão Europeia em setembro de 2016, e, mais recentemente, pelo plano “Portugal Digital” apresentado pelo Governo português a 5 de março de 2020, pretendendo-se verem cumpridos objetivos políticos na implementação de redes 5G, estabelecendo-se, por exemplo, que até 2025, todos os lares deverão ter acesso a 100 Mbps e que a tecnologia 5G deverá estar disponível nas maiores cidades e ao longo das principais vias de transporte.

Tudo isto num contexto que Portugal, a Europa e o mundo estão a viver uma situação excecional, sem precedentes, fruto da epidemia causada pelo vírus SARS-CoV.2 e que se traduz num contexto totalmente distinto do que se previa há apenas dois meses.

É consensual que o mundo se confrontará com uma forte contração económica, contração essa que terá um impacto significativo nos mais diversos setores da economia.



A Comissão Europeia prevê uma contração significativa da economia europeia, estimando uma quebra de 7,4%⁸ em 2020 e que tal choque terá “*severas consequências económicas e sociais*” que se vão fazer sentir de maneira diferente nos diversos Estados-Membros, com maior intensidade nos países do Sul da Europa. Por seu turno, em relação à taxa de desemprego, a Comissão prevê, para 2020, um aumento de 2% no continente europeu, acompanhado de um incremento do nível de dívida pública de 86% para 98,75% para o conjunto dos países europeus.

Estimativas recentes do Fundo Monetário Internacional⁹ preveem que Portugal terá uma recessão de 8% e um défice público de 7,1% em 2020, bem como se verá confrontado com um aumento da taxa de desemprego de 6,5% em 2019 para 13,9% em 2020, decorrentes, em particular, da quebra nas receitas de turismo, setor este que tem um peso de 16,5% no PIB português e de 18,6% no emprego nacional.

Não obstante, tais desafios também trazem consigo oportunidades que são cruciais aproveitar, nomeadamente no que se refere à aceleração da transição digital do País.

Um dos objetivos estratégicos centrais do Programa do XXII Governo Constitucional para a competitividade do País, concretizado através do programa “Portugal Digital”¹⁰, consiste na transição digital, a qual se encontra primordialmente alicerçada na existência de redes de comunicações de qualidade, resilientes e de elevada capacidade que permitam a provisão de serviços inovadores aos seus diferentes utilizadores.

Os objetivos que o Governo visa alcançar obrigam à presença de operadores robusta, técnica e financeiramente comprometidos com o País, e capazes de atuar como agentes de dinamização e de suporte à digitalização, assegurando o aumento da competitividade da economia e da sua capacidade de captar investimentos essenciais para uma retoma económica rápida e sustentada.

⁸ Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_799

⁹ Disponível em <https://expresso.pt/economia/2020-04-15-Previsao-FMI-Divida-publica-portuguesa-sobe-para-novo-maximo-historico-de-135-do-PIB>

¹⁰ Formalizado pelo Plano de Ação para a Transição Digital aprovado pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 30/2020, de 21 de abril e que estabelece, entre outras metas, programas de digitalização das escolas, inclusão digital de 1 milhão de adultos e a definição de uma tarifa social de acesso a serviços de Internet, bem como diversos programas de fomento da transformação digital do tecido empresarial.



Tal como a ANACOM reconheceu¹¹, a situação provocada pela pandemia confirmou e reforçou o papel preponderante que o setor das comunicações eletrónicas tem para o País, sendo unanimemente reconhecido a resposta exemplar que os operadores deram no momento de maior necessidade e emergência da Nação, através do assegurar do “normal” funcionamento da economia e da dotação de capacidade, redundância e reforço de serviço para fazer face às novas exigências. Tal resposta exemplar foi formalmente reconhecida através do Louvor que o Secretário de Estado para a Transição Digital concedeu, no passado dia 16 de junho de 2020¹² às operadoras de telecomunicações, entre outras entidades, pela sua dedicação, empenho, excecional sentido de dever e permanente disponibilidade para o serviço público no combate à epidemia COVID-19.

O período que se tem vivido no contexto da COVID-19 veio antecipar, em muito, o futuro em termos de hábitos e práticas de utilização das ferramentas digitais, evidenciando a necessidade de promover a inclusão digital por via da promoção de programas de apoio às populações mais desfavorecidas e às pequenas e médias empresas no seu processo de transformação digital, tornando-se crucial garantir as condições necessárias ao fomento das redes 5G, ao reforço da capacidade das redes atualmente existentes e, bem assim, ao desenvolvimento sustentado no mercado das comunicações eletrónicas.

Para tal, é necessário assegurar que o procedimento de atribuição de espectro sob consulta procure efetivar o enquadramento necessário para tornar este desígnio nacional uma realidade, devendo o mesmo procurar:

- Dotar os diferentes interessados de espectro suficiente para o desenvolvimento pleno de redes 5G no nosso País e promover a utilização efetiva desses recursos;
- Permitir o reforço de capacidade das redes atualmente existentes através da atribuição de recursos de espectro nas faixas de 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 2,6 GHz, devendo tais direitos ser atribuídos em igualdade de circunstâncias e de forma não discriminatória, sem reservas nem descontos entre diferentes entidades;
- Incentivar e promover o investimento em redes seguras, resilientes e capazes de assegurar o fornecimento e prestação contínuos de serviços de elevada qualidade, potenciando a

¹¹ No comunicado de imprensa que emitiu a 1 de junho de 2020 sobre o fim de suspensão dos prazos da consulta do Projeto de Regulamento 5G e SPD Dense Air Fev20

¹² Louvor n.º 172/2020, publicado no Diário da República n.º 115/2020, Série II de 2020-06-16



inovação e a digitalização do País e reforçando o grau de compromisso dos operadores com o seu desenvolvimento;

- Satisfazer as necessidades efetivas da nova realidade e do “novo normal”, procurando priorizar a expansão de capacidade em alinhamento com a procura efetiva de serviços, tendo igualmente em consideração a relevância estratégica de dotação de capacidade em áreas geográficas específicas ou para organismos e infraestruturas estruturais para o funcionamento da economia;
- Promover um equilíbrio no que se refere às exigências de investimento associadas ao procedimento de atribuição, ampliando os prazos a estabelecer para a concretização dos níveis de cobertura e adequando os custos recorrentes que os operadores terão de suportar, sob a forma de taxas de utilização de espectro ao longo do período da vigência dos seus títulos;
- Assegurar as condições para que os operadores do setor das comunicações eletrónicas continuem a poder dotar o País dos meios necessários à sua modernização e transição digital, vitais para o novo modo de vida e para o reforço da competitividade da nossa economia, por via de um enquadramento regulatório conducente a uma adequada remuneração dos capitais investidos.

O procedimento de atribuição de espectro apresenta-se, assim, como um instrumento basilar para a superação dos desafios colocados por este novo enquadramento, o qual impõe uma gestão ainda mais criteriosa e focada dos recursos públicos e privados e a salvaguarda de objetivos estratégicos para a dinamização da economia e do seu funcionamento.

É assim necessário adequar o Projeto de Regulamento às novas exigências que o País enfrenta, salvaguardando o equilíbrio necessário nas obrigações a impor e a necessária fundamentação das diversas regras e condições nele previstas, alicerçado numa análise factual (i) da situação atual do mercado, (ii) da identificação de eventuais problemas, (iii) da eficiência, proporcionalidade dos mecanismos propostos, (iv) da inevitabilidade da sua determinação para a resolução dos problemas identificados e (v) da compatibilidade das regras e condições com os objetivos estratégicos traçados pelo Governo para a recuperação económica do País e para a promoção do seu desenvolvimento.

Em conclusão: o setor das comunicações eletrónicas assume uma importância fundamental no contexto da economia nacional e que surge reforçada no contexto atual, fruto da pandemia provocada pela COVID- 19. É, assim, fundamental que o processo de



lançamento do 5G, e em particular o processo de atribuição de espectro, esteja alinhado com os objetivos estratégicos nacionais, privilegie os investimentos que possam impulsionar verdadeiramente a economia Portugal, e ainda que tenha em consideração a conjuntura nacional e europeia em que vivemos. Tendo esta conjuntura sido drasticamente alterada após o lançamento da presente consulta, deve equacionar-se, de forma aprofundada, os termos da mesma, mesmo que para tal seja necessário levar a cabo nova consulta pública. O que não pode acontecer é “construir-se um edifício sobre fundações que se alteraram profundamente”.

4. QUESTÕES ESPECÍFICAS DO PROJETO DE REGULAMENTO: DEFINIÇÕES E PROCEDIMENTO DO LEILÃO

4.1. DEFINIÇÕES

No que se refere às definições do Projeto de Regulamento, importa em particular comentar a definição de “novo entrante”.

No referido projeto consideram-se “novos entrantes” as *“entidade que, à data de entrada em vigor do presente regulamento, não detém direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres e que não detenha relações diretas ou indiretas, de domínio ou de influência significativa, com entidades titulares de direitos de utilização de frequências em faixas designadas para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas.”* (cf. alínea k) do artigo 2.º do Projeto de Regulamento 5G). O Projeto de Regulamento contém uma série de disposições que beneficiam, de forma injustificada, desproporcional e discriminatória a posição de “novos entrantes”, como será detalhadamente exposto no **Capítulo 6**.

A Vodafone entende que o “estatuto especial” atribuído aos novos entrantes, no contexto do leilão do 5G, deve ser excluído da versão final do Regulamento e, conseqüentemente, as disposições do Regulamento que refletem tal estatuto devem ser eliminadas.

Sem prejuízo do exposto, cumpre salientar alguns aspetos mais conceptuais em relação ao conceito.

O primeiro aspeto a apontar prende-se com a própria definição de “novo entrante” e o facto de o conceito ser definido por referência à detenção ou não de DUFs. Na verdade, tendo em consideração



o regime altamente discriminatório que está associado aos “novos entrantes”, a ANACOM não teve o cuidado de explicar por que motivo é que os operadores que já estão estabelecidos no mercado português, apenas por não deterem DUFs, podem ser considerados novos entrantes.

Adicionalmente, não houve o cuidado de incluir uma definição clara e precisa de “novo entrante”, sendo a definição proposta ambígua, com os consequentes impactos negativos que, porventura, a ANACOM não terá equacionado, por agravar ainda mais o efeito discriminatório que a criação de um estatuto especial para os novos entrantes acarreta só por si. Tal definição parece ignorar que existem entidades que detêm DUFs nas faixas de frequências a atribuir, ainda que, presentemente, tais títulos não estejam “formalmente” designados para serviços de comunicações eletrónicas.

O facto de tal definição sujeitar a aplicação desse estatuto à situação que se verificar à data de entrada em vigor do Regulamento induz, desde logo, ambiguidade sobre a aplicação de tal conceito, dado o processo paralelo que se encontra a decorrer através do SPD Dense Air Fev20, o qual, a manter-se nos termos propostos, alterará o DUF desta entidade de exploração de sistemas de Acesso de Banda Larga Via Rádio (BWA) para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas terrestres (SCET).

Veja-se que, apesar de ilegal, esta entidade continua a deter um DUF que lhe foi atribuído em 2010, pelo que não poderia ser considerado um novo entrante no contexto do Projeto de Regulamento 5G.

Não podemos ainda deixar de salientar que, na definição de “novo entrante” e no regime que lhe está associado, não estão devidamente endereçados alguns aspetos que contribuem também para agravar o carácter discriminatório do regime proposto. Este é o caso de situações que, por via de alterações acionistas ou de contorno direto ou indireto de um titular de DUF, em momento posterior ao leilão 5G (podendo inclusivamente ser durante o leilão), redundem na aquisição de vantagens associadas à qualificação como “novo entrante” quando tal qualificação apenas se verifica no exato momento da entrada em vigor do regulamento. Neste sentido, teriam de ser restringidas alterações deste tipo pelo menos durante um determinado período temporal, o qual não deverá ser inferior a 5 anos.

A título de exemplo, refira-se que a aquisição por um “novo entrante”, em momento posterior à atribuição de DUFs ao abrigo do leilão 5G, de uma participação social (direta ou indireta) no capital social de um operador titular de um DUF, à data do leilão, não “inquina” a sua qualificação como



novo entrante, já que, para tal qualificação, é apenas determinante “a data de entrada em vigor do presente regulamento”.

Também não estão salvaguardadas situações em que o “novo entrante” estabeleça um acordo comercial de utilização exclusiva da totalidade do espectro de um dos atuais titulares de DUF.

4.2. MODALIDADE DO LEILÃO, LOTES E PREÇOS DE RESERVA

4.2.1. Modalidade ou Modelo do leilão

A Vodafone **concorda com a definição de um modelo de leilão que seja simultâneo, ascendente, aberto e de múltiplas rondas** (SMRA), mas **não concorda com a definição de duas fases de licitação distintas** previstas no Projeto de Regulamento 5G, como sendo a “fase de licitação para novos entrantes” e “fase de licitação principal”.

Consequentemente, a Vodafone não concorda com a definição de dois modelos de leilão distintos consoante a fase de licitação que se trate, uma vez que considera que **deverá existir apenas uma fase de licitação e que deverá ser adotado o modelo SMRA para a sua concretização**. Tais considerações serão desenvolvidas no **Capítulo 6** da presente pronúncia.

4.2.2. *Spectrum Caps*

A fixação de limites ou *spectrum caps* à atribuição de espectro é uma medida adequada para: (i) evitar o açambarcamento de espectro; (ii) promover a concorrência; e, ao mesmo tempo, (iii) garantir a utilização eficaz e eficiente do espectro.

Estes princípios parecem ter sido tidos em conta pela ANACOM na determinação de limites específicos à atribuição de espectro na faixa dos 700 MHz e 3,6 GHz previstas no artigo 8.º do Projeto de Regulamento 5G.

A Vodafone **concorda com os *spectrum caps*** previstos no artigo 8.º do Projeto de Regulamento 5G, bem como com a **possibilidade de qualquer participante poder licitar e adquirir lotes nas restantes faixas submetidas** a leilão (900 MHz, 1800MHz, 2.1 GHz e 2.6 GHz), independentemente da quantidade de espectro que possa já deter previamente ao leilão ou que venha a adquirir numa ou mais faixas a atribuir em tal procedimento e nas mesmas condições que os restantes participantes. Isto implica, por um lado, a abolição da fase especial de licitação para os



novos entrantes, bem como os descontos previstos nos no n.º 3 do artigo 23.º e 33.º, aspeto que será desenvolvido no **Capítulo 6**.

4.2.3. Quantidade de espectro a disponibilizar

A Vodafone considera que é essencial que o espectro a disponibilizar seja adequado, no que se refere à concretização das condições técnicas ideais para a promoção de todas as potencialidades desta tecnologia.

Não obstante as objeções que manifesta na presente resposta sobre o tratamento desigual aos diferentes candidatos e/ou licitantes que estejam interessados em adquirir DUFs no leilão a promover, designadamente no que se refere à existência de uma fase de licitação própria e específica (fase de licitação para novos entrantes), no que diz respeito à quantidade de espectro disponibilizada, **a Vodafone considera que a disponibilização de 60 MHz (2x30 MHz) nos 700 MHz, de 400 MHz nos 3,6 GHz e os direitos das restantes faixas remanescentes é adequada à promoção das futuras redes de 5G e reforço de capacidade das redes atualmente existentes.**

4.2.4. Preços de reserva propostos

A Vodafone considera que é fundamental assegurar a razoabilidade dos preços de reserva associados ao espectro, em termos que garantam:

- a) A minimização de quaisquer impactos negativos que os preços de reserva possam ter na participação no leilão e nos subsequentes planos de implementação do 5G dos operadores;
- b) Equilíbrio na relação entre preços de reserva e obrigações decorrentes dos DUFs;
- c) A necessidade de permitir ao mercado a fixação de um preço razoável; e
- d) A igualdade entre as diferentes entidades interessadas (devendo, em qualquer caso, ser assegurada a aplicação de preços de reserva transversalmente a todos os participantes no leilão, independentemente da sua natureza).

A Vodafone considera que **os preços de reserva propostos pela ANACOM no Projeto de Regulamento 5G seriam razoáveis num cenário de normalidade económica.**



Porém, face à alteração significativa do quadro económico e conjetural, decorrente da situação de pandemia provocada pela doença COVID-19, a que fazemos referência no **Capítulo 3**, a Vodafone entende que os preços de reserva deveriam ser reduzidos.

Cumprindo ainda realçar que os preços de reserva representam um “ponto de partida”, não estando, consequentemente, garantido que o resultado final do leilão se traduza em preços razoáveis e adequados dos DUFs para o desenvolvimento de redes 5G em Portugal.

4.2.5. Direitos sujeitos a restrições até 5 de agosto de 2025

No n.º 1 do artigo 7.º do Projeto de Regulamento, a ANACOM especifica as categorias de DUFs que estão sujeitos a restrições (categorias H e I), ambas referentes à faixa de espectro dos 3,6 GHz.

Na categoria H, é referido que existem 6 lotes de 10 MHz (60MHz) e é indicado “*regiões 1-8 com restrições até 5 de agosto de 2025*”, ao passo que, na categoria I, existem 4 lotes de 10 MHz (40M Hz) onde é indicado “*regiões 1-2 com restrições até 5 de agosto de 2025*”.

Verifica-se que a ANACOM não densifica o conceito de “*restrições até 5 de agosto de 2025*” nas restantes disposições do Projeto de Regulamento 5G, devendo clarificar-se exatamente o que se pretende dizer, *i.e.*, que tipo de restrições estão em causa.

Não é também evidente se os vencedores destes lotes só poderão utilizar 60+40Mhz subjacentes a estes DUFs a partir de 6 de agosto de 2025 ou se, no período que medeia a emissão dos DUFs no presente processo de atribuição e 5 de agosto, os vencedores destes lotes podem utilizar as faixas regionais que não tenham restrições.

A Vodafone considera que, se o conceito de “*restrições até 5 de agosto de 2025*” visar incorporar nos DUFs referidos o facto de estar em vigor, até à referida data e para as zonas indicadas, um DUF atribuído à Dense Air com atribuições regionais diferenciadas, então não está em causa uma restrição de utilização, mas sim uma efetiva “*não disponibilização*” dos 60+ 40 MHz de espectro em simultâneo a nível nacional. Estes DUFs não terão assim âmbito nacional até 5 de agosto de 2025.

Neste sentido, se o que a ANACOM visa prever for a atribuição do espectro remanescente num formato regional em cada uma das categorias até 5 de agosto de 2025, então o Projeto de Regulamento 5G deverá ser alterado da seguinte forma:



- Na categoria H, devem ser estabelecidos 6 lotes de 10MHz na região 9, na data de emissão dos títulos deste processo de atribuição, e 6 lotes de 10Mhz nas restantes regiões, a vigorar a partir de 6 de agosto de 2025; e
- Na categoria I, devem ser estabelecidos 4 lotes de 10MHz na região 3 a 9, na data de emissão dos títulos deste processo de atribuição, e 4 lotes de 10Mhz nas restantes regiões, a vigorar a partir de 6 de agosto de 2025.

A Vodafone nota ainda que, na versão final do Regulamento, deverá ficar claro que tipo de exploração se poderá desenvolver com os DUFs destas categorias, caso as mesmas sejam atribuídas à Dense Air, detentora de um DUF com 60 MHz nas regiões 1 a 8 e de uns adicionais 40 MHz nas regiões 1 a 2.

Com certeza que esta entidade está sujeita às “restrições até 5 de agosto de 2025” que impendem sobre os restantes potenciais vencedores destes lotes, caso contrário a ANACOM estaria a potenciar um tratamento discriminatório em benefício da Dense Air e, conseqüentemente, em prejuízo das demais entidades, nomeadamente dos operadores que têm cumprido com os compromissos e obrigações que são impostos via os DUFs que detêm.

Por último, é essencial que a versão final do Regulamento esclareça como poderão atuar os vencedores de DUFs das categorias H e I se a Dense Air devolver o seu DUF, como já veio sugerir à comunicação social¹³, ao declarar que “há o risco de não entrar no mercado”. No caso de esta entidade solicitar a revogação do DUF ICP – ANACOM N.º 04/2010, tal significará que estão eliminadas as “restrições até 5 de agosto” para entidades que tenham adquirido direitos nas categorias acima mencionadas?

É, assim, necessário que a ANACOM inclua na versão final do Regulamento em que termos, e a partir de quando, é que os vencedores dos lotes H e I podem utilizar estas frequências.

Tal deverá ficar rigorosamente definido, a fim de os diversos interessados poderem incluir nos seus planos de avaliação a devida valorização de tais recursos de espectro, atendendo aos condicionalismos a que estarão sujeitos.

É também imprescindível que seja clarificado que os direitos das categorias H e I têm uma duração de 20 anos a partir da data de emissão dos DUFs, resultando, assim, que a data de

¹³ Jornal de Negócios, de 4 de março de 2020: “Dense Air ameaça não ir ao leilão do 5G em Portugal”.



levantamento das restrições não será o catalisador de uma nova data para a contagem dos 20 anos da duração dos direitos adquiridos. Dito de outra forma, caso todos os DUFs sejam emitidos em simultâneo e até ao final de 2020, todos os DUFs que vierem a ser atribuídos vigorarão até ao final do ano de 2040.

4.3. FASES DO LEILÃO

4.3.1. Fase de qualificação

4.3.1.1. Existência da caução e alterações a introduzir

A Vodafone concorda que seja prestada uma caução na fase de qualificação, com o objetivo de garantir o vínculo assumido pelos candidatos com a apresentação da sua candidatura e, posteriormente, das suas respetivas licitações.

Tal como já havia exposto nos seus comentários no contexto das anteriores consultas¹⁴, a Vodafone concorda que a caução possa ser prestada por via de uma garantia bancária ou de um seguro-caução, bem como as opções previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 10.º do Projeto de Regulamento 5G.

A Vodafone não pode, porém, deixar de notar que o valor da caução é baixo, sobretudo quando comparado com os valores das cauções solicitadas a nível europeu.

Deve, ainda, **ser equacionado um mecanismo progressivo de aumento da caução consoante os montantes que os participantes licitarem na fase de licitação pelo espectro** que pretendem adquirir, reforçando assim o compromisso que estas entidades assumem para efeitos de aquisição de um recurso tão relevante e escasso, como são as faixas constituintes dos DUFs a atribuir no leilão. Tal situação tem sido implementada em países como a Irlanda (no processo de atribuição de 2017 das faixas 3.4-3.8 GHz) e o Reino Unido (no processo de 2018 para atribuição das faixas de 2.3 e 3.4 GHz).

¹⁴ Vide a resposta da Vodafone à consulta pública sobre o projeto de decisão relativo à designação da faixa dos 700 MHz para serviços de comunicações eletrónicas terrestres, limitação do número de direitos de utilização de frequências a atribuir nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz e definição do respetivo procedimento de atribuição.



4.3.1.2. Prolongamento dos prazos de esclarecimento e supressão de erros

A Vodafone entende que o Regulamento que vier a ser aprovado deve implementar as melhores práticas já utilizadas em Portugal no âmbito da contratação pública, nomeadamente mecanismos que permitam garantir as condições de transparência, igualdade, segurança e facilidade de interação no âmbito do processo.

É, assim, relevante que exista a fase de esclarecimentos prevista no artigo 11.º, bem como o período para suprimento de deficiências dos pedidos de candidatura previsto no artigo 14.º para permitir a boa compreensão e interpretação das peças do procedimento.

Importa, no entanto, garantir que estes períodos sejam proporcionais e eficazes quanto à finalidade a que se destinam, pelo que deverão os mesmos ser estendidos nos termos que se passam a enunciar.

O período para o envio de pedidos de esclarecimento deverá ser estendido do 6.º dia até ao 9.º dia após o início do prazo de candidaturas. Igualmente, o prazo de candidatura deverá ser aumentado para 15 dias úteis (em vez de 12 dias úteis, conforme previsto no n.º 4 do artigo 12.º). Tais prolongamentos são compatíveis com o prazo de resposta máximo de 2 dias, previsto no n.º 3 do artigo 11.º.

Do mesmo modo, **o prazo para os candidatos procederem à supressão de deficiências do pedido de candidatura deverá ser estendido de um máximo de 2 dias**, previsto no n.º 2 do artigo 14.º, **para 4 dias**, atendendo aos constrangimentos com os quais os diferentes candidatos podem vir a ser confrontados para a resolução de tais suprimentos.

4.3.1.3. Publicação dos esclarecimentos prestados e prazo

Nas respostas aos pedidos de esclarecimento que sejam endereçados à ANACOM, a Vodafone concorda que as mesmas devem aproveitar a todos os interessados, salvaguardadas que estejam as condições de confidencialidade necessárias, mas, ao mesmo tempo, procurando favorecer uma maior transparência do processo. Cumpre definir o prazo para tal divulgação, o qual deverá coincidir para todos os participantes, independentemente de serem ou não o autor dos pedidos de esclarecimentos, devendo a referida divulgação pública ocorrer em simultâneo com a resposta ao pedido prevista no n.º 3 do artigo 11.º.



4.3.1.4. Submissão prévia de documentação

Adicionalmente, e em prol da qualificação dos interessados, deverá incluir-se, na versão final do Regulamento, a possibilidade de os interessados, querendo, submeterem à apreciação prévia da ANACOM toda a documentação que possa vir a ser exigida na fase de qualificação.

Com efeito, tal assegurará uma maior certeza e segurança jurídica e, bem assim, que o processo de atribuição não será prejudicado por questões de burocracia ou formalismos. Neste ponto em particular, seria recomendável que fossem disponibilizadas as minutas padrão ou “*templates*” dos diversos documentos a submeter pelos interessados na fase de qualificação.

4.3.1.5. Existência de ações de formação sobre a plataforma e alterações ao prazo

A Vodafone apoia também a previsão de um período para a realização de ações de formação sobre a utilização da plataforma eletrónica, referidas na alínea b) do n.º 5 do artigo 15.º.

Contudo, entende igualmente que a realização dessas formações, bem como das demais diligências que os candidatos admitidos terão que levar a cabo para garantir a sua participação, num espaço confinado a apenas 5 dias, conforme previsto na alínea a) do n.º 5 do mesmo artigo¹⁵, é manifestamente curto para um processo desta importância, tendo em consideração as graves implicações que uma menor preparação ou ponderação dos candidatos pode implicar na sua participação e, bem assim, nos resultados finais do leilão.

A Vodafone considera que este prazo deverá ser dilatado para, pelo menos, 10 dias úteis, a fim de ser possível conciliar os procedimentos de formação e preparação das ferramentas, ligações e redundâncias necessárias para assegurar a plena participação dos candidatos admitidos e o seu acesso à plataforma que gera todo o processo, acesso esse de que os candidatos apenas terão conhecimento a escassos dias do início da fase de licitação.

Caso a ANACOM venha a manter o prazo previsto no Projeto de Regulamento 5G, então deverá ser assegurado que tais ações de formação ocorrem todas no mesmo dia e, se necessário, em

¹⁵ Período que medeia a notificação da admissão do candidato e o início da fase de licitação para novos entrantes ou da fase de licitação principal.



simultâneo com todos os candidatos admitidos, a fim de assegurar a igualdade de participação de todos nas mesmas condições e tornando mais eficiente o esclarecimento de questões que possam surgir do acesso e funcionamento da plataforma que sejam comuns aos diferentes licitantes.

4.3.1.6. Definição dos meios de suporte à execução do leilão

Como salientado no ponto anterior, no Projeto de Regulamento sujeito a consulta não são adiantadas quaisquer especificações sobre os meios de suporte à execução do leilão nem dos procedimentos a adotar na utilização de meios alternativos em caso de falha, sendo que o contacto com tais especificações pelos candidatos parece estar apenas previsto algures nos 5 dias que medeiam a notificação da admissão do candidato e o início da fase de licitação.

Não obstante a exiguidade desse prazo para a realização de todos os procedimentos que terão de ser implementados e assegurados antes do início da licitação, a ANACOM deve densificar e detalhar a descrição dos meios de execução do leilão já no Regulamento.

Para tal, o Regulador deve incluir um anexo adicional ao Regulamento dedicado a este tema, à semelhança do que já faz no Projeto de Regulamento 5G para outros temas associados ao processo de atribuição.

Tal inclusão não só dotará os interessados de informação relevante à sua participação em momento anterior, como também permitirá o envio de pedidos de esclarecimento específicos sobre os meios de execução no período de esclarecimentos previsto na fase de candidatura.

4.3.2. Fase de licitação para novos entrantes

A Vodafone **não concorda com a existência de uma fase de licitação exclusiva para novos entrantes**, nem, como se verá no **Capítulo 6**, a ANACOM justifica a necessidade.

A existência de uma fase em que os atuais detentores de DUFs não podem participar inviabiliza o acesso por estas entidades a recursos que são essenciais para a prestação dos seus serviços, aspeto que ficou absolutamente demonstrado durante o período de estado de emergência. Não dar a oportunidade aos operadores atuais de adquirir espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz poderá colocar em causa a capacidade de estes operadores darem uma resposta efetiva a uma situação semelhante àquela que vivemos recentemente.



4.3.3. Fase de licitação principal

4.3.3.1. Fomento da Transparência

A Vodafone tem sistematicamente reiterado que, devido à magnitude dos processos de atribuição de espectro que têm sido promovidos pela ANACOM ao longo dos anos, as regras destes leilões devem ser cuidadosamente estruturadas em benefício da participação de todos os interessados.

Como o próprio Regulador refere, este é um dos leilões em que irá atribuir, em simultâneo, um maior número de faixas e volume de espectro a nível europeu.

Tal deveria compelir a ANACOM a promover um processo o mais eficiente possível, devendo as regras definidas (em particular, as que incidem sobre a execução do leilão) contribuírem para a obtenção do melhor resultado possível.

Não tem sido, no entanto, esta a abordagem seguida por esta instituição.

A Proposta de Regulamento submetida a consulta não prevê qualquer informação sobre a identidade dos candidatos admitidos, a identidade dos licitantes nas diferentes rondas, nem tampouco sobre a existência ou não de excesso de procura para os lotes específicos de espectro alvo de licitação em determinada ronda.

Os participantes têm apenas acesso a um número muito restrito de dados sobre o resultado do processo de candidatura (a sua própria admissão...) e sobre o decurso das diferentes rondas da fase de licitação (os lotes em que detêm a melhor oferta e o valor máximo que vigora nas licitações dos restantes lotes¹⁶).

Tal ausência de informação resulta em erros de análise e interpretação do enquadramento que cada participante enfrentará no leilão e no que está efetivamente a acontecer em cada ronda, propulsionando a adoção de comportamentos imponderados e tempestivos por se basearem em informação errónea com elevados riscos para o resultado do leilão.

¹⁶ Para além de alguma informação mais técnica associada as regras do “jogo”, como sejam os níveis de elegibilidade e atividade, bem como a duração da próxima ronda



Importa ainda ter em conta que as entidades que participarão no leilão visam desenvolver planos de investimento muito exigentes e plurianuais, os quais serão conjugados com a necessidade imperiosa de promoção de ofertas e serviços competitivos.

É, assim, premente uma análise criteriosa às opções que cada participante tem ao seu dispor, bem como um conhecimento claro sobre a capacidade dos restantes intervenientes no mercado em fornecer serviços idênticos (ou melhores) em condições equivalentes (ou melhores), a fim de prever a sua própria capacidade competitiva.

Neste contexto, um conhecimento amplo das licitações que, a cada momento, os diversos candidatos estão a efetuar em cada ronda contribui, não apenas para uma maior transparência de todo o procedimento, mas também para uma avaliação rigorosa e dinâmica, por parte de cada candidato, da exequibilidade dos seus planos de negócio e da necessidade de desenvolvimento de estratégias alternativas.

O aumento da transparência e, em concreto, da informação disponibilizada aos diferentes candidatos sobre as entidades admitidas a leilão e as licitações que efetuam em cada ronda, em nada prejudica os objetivos de uma atribuição eficiente de DUFs e da devida valorização de tais direitos.

A **aplicação de princípios de transparência** resulta de uma obrigação a que a ANACOM se encontra legalmente vinculada por força dos artigos 4.º, n.º 3, da LCE e 7.º, n.º 1, alínea d), dos respetivos Estatutos, e contribui ativamente para um processo de atribuição eficiente, **promovendo uma participação ativa dos candidatos** no processo de leilão.

Não concedendo na sua posição de que um incremento do nível de transparência contribui positivamente para o processo de atribuição, e na eventualidade de a ANACOM manter o seu entendimento sobre a não divulgação dos candidatos admitidos e dos valores das licitações e a identidade dos respetivos licitantes em cada ronda, então deverá, no mínimo, promover a **divulgação da informação relativa à existência de excesso de procura nos diferentes lotes a leilão**, *i.e.*, indicar em que lotes específicos se verificaram 2 ou mais licitações.

Tal prática será benéfica para a execução do leilão, mesmo que não seja considerada essencial a divulgação da identidade e dos valores de licitações de cada um dos licitantes envolvidos na disputa de determinado(s) lote(s) específico(s).



Tanto assim é que no Regulamento do leilão holandês para a atribuição de DUFs nas faixas dos 700 MHz, 1400 MHz e 2100 MHz, o qual está atualmente em curso, se prevê a divulgação da informação sobre a existência de excesso de procura para lotes específicos, suportado, em particular, por opiniões e pareceres partilhados com o Governo holandês por parte de especialistas em leilões, como sejam a DotEcon e o conceituado Professor Peter Cramton, os quais se revelaram favoráveis a tal divulgação.

Nas palavras do reputado Professor Peter Cramton¹⁷:

“I too agree with the arguments put forward in favor of disclosing aggregate demand by category. The commenters are right. Revealing excess demand provides essential information to bidders, especially in the context of a multi-band auction. Bidders need this information to make good decisions about which portfolio of spectrum makes the most sense as the auction progresses.

Much of the value from the excellent price and outcome discovery of the SMRA-clock hybrid is lost if excess demand is hidden. Worse, bidders will react in inefficient ways in response to the lack of information.”

Assim, **o Projeto de Regulamento 5G deverá ser revisto no sentido de incrementar o nível de transparência necessário a disponibilizar aos candidatos e licitantes que venham a participar no leilão**, a fim de promover uma adequada tomada de decisões destas entidades e assegurar uma atribuição eficiente do espectro.

Tal incremento deverá, no mínimo, ser vertido na disponibilização da informação sobre a existência de excesso de procura nas diversas rondas, devendo ser divulgada a identidade dos candidatos admitidos e dos valores que licitam em cada uma das rondas em que participam.

4.3.3.2. Nível de atividade

A existência de requisitos de atividade no modelo de leilão SMRA visa permitir aos diversos licitantes uma melhor aferição das valorizações dos diferentes recursos e das diferentes relações de

¹⁷ No seu *memo* de 24 de janeiro de 2020 para a DotEcon, disponível em: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2020/03/06/bijlagen-veiling-mobiele-communicatie/Memo+Peter+Cramton+-+Assessment+of+consultation+responses.pdf>



substituibilidade/complementaridade entre os recursos a atribuir, bem como fomentar a descoberta de preço e a mitigação do risco de submissão de licitações inadequadas, ou pior, imponderadas que resultem num processo de atribuição ineficiente.

Tais requisitos de atividade visam também dotar os licitantes de uma maior flexibilidade na sua participação, mitigando o seu risco de exposição, mas sem comprometer um elevado grau de competitividade no leilão e do dinamismo característico destes processos de atribuição.

Assim, é fundamental que o nível de atividade exigido nas diferentes rondas seja proporcional e adequado ao regular decurso do leilão.

Para tal, é essencial que o nível de atividade requerido na primeira ronda seja inferior aos 70% atualmente propostos no n.º 7 do artigo 26.º do Projeto de Regulamento 5G.

Com efeito, a obrigação de tão avultado nível de atividade logo na primeira ronda condicionará significativamente os licitantes de explorarem, no decurso da fase de licitação, diferentes opções/combinções de recursos de espectro a leilão que atendam aos seus planos de negócio, aos segmentos de mercado que visam priorizar e às redes e serviços que visam promover para esses objetivos.

Tal exigência de compromisso por parte dos licitantes, assumido na forma da licitação que tiver de submeter, em momento tão precoce da fase de licitação, afetará, negativa e invariavelmente, a flexibilidade do licitante e, conseqüentemente, a afetação e utilização eficiente do espectro atribuído.

Recorde-se que um participante que se veja confrontado com uma quantidade de espectro insuficiente ou que não atenda, de forma eficaz, aos requisitos da rede que visa implementar, representa um elevado custo para o País, não só pelas ineficiências que cria sobre o candidato em questão, como os elevados custos de oportunidade que tal situação gera para o desenvolvimento nacional. A ocorrência de tal situação é potenciada pela inexistência de uma opção de cancelamento de licitações, resultando, assim, num condicionamento e constrangimento do operador em todo o desenvolvimento subsequente do leilão nas múltiplas rondas que poderão existir, em resultado das opções que tomar na primeira ronda.

Nunca é demais realçar que o processo de atribuição em consulta incide sobre um recurso escasso e vital para o desenvolvimento de novos serviços de comunicações eletrónicas, os quais serão os



principais motores da concretização da Economia Digital, essencial para a retoma da económica nacional num contexto pós-COVID-19 e, bem assim, para o bem-estar dos cidadãos nacionais.

É, assim, imprescindível que a regra de atividade seja estruturada de forma a evitar quaisquer cenários que resultem numa alocação ineficiente do espectro.

Pelo exposto, **o nível de atividade exigido na primeira ronda deve ser reduzido, entendendo a Vodafone que a introdução de um nível de atividade de 50% na primeira ronda é proporcional para o fomento da flexibilidade e descoberta de preço**, tão necessárias aos diferentes licitantes no início da sua participação, como em assegurar um dinamismo adequado e eficaz no decurso do leilão.

De igual modo, os aumentos do nível de atividade não deverão ser demasiado bruscos, a fim de permitir um processo de licitação ponderado, estruturado e promotor da participação de todos os interessados.

Assim, a Vodafone considera que deverão persistir os níveis de 70%, 85% e 100% previstos no Projeto de Regulamento 5G, em complemento à definição de um nível de atividade de 50% na primeira ronda.

Dito de outra forma, **a Vodafone defende a inclusão de um nível de atividade adicional de 50% aos já previstos no Projeto e que deverá preceder aos mesmos**, contribuindo decisivamente para uma participação mais robusta e dinâmica de todos os candidatos admitidos.

Por fim, e no que respeita à utilização de dispensas, a Vodafone considera que a utilização de uma dispensa deverá ser acompanhada da indicação de que ocorreu a utilização da mesma por parte de um candidato específico, contribuindo tal para uma maior transparência e eficiência da fase de licitação.

Não atendendo a ANACOM à proposta defendida pela Vodafone, ainda assim, o Regulador poderá revelar que foi utilizada uma dispensa sem especificar que candidato a utilizou, o que reforçará a transparência face à “opacidade” inerente ao modo de execução da fase de licitação atualmente proposto no Projeto de Regulamento 5G.



4.3.4. Fase da consignação

4.3.4.1. Ordenação de licitantes vencedores

Finda a fase de licitação principal, a qual estabelece os valores vencedores para cada lote licitado e a identidade do licitante vencedor, o Projeto de Regulamento 5G prevê a fase de consignação.

Esta fase visa permitir aos vencedores escolher a localização exata dos lotes ganhos em cada uma das categorias de espectro definidas no n.º 1 do artigo 7.º do Projeto de Regulamento havendo, para tal, um procedimento de consignação próprio para os lotes da faixa dos 900 MHz (previsto no artigo 39.º), e outro para a consignação dos lotes referentes às restantes faixas que irão a leilão.

Sobre esta última fase de consignação, cujos detalhes são especificados no artigo 35.º, está previsto que o Conselho de Administração da ANACOM ordenará os vencedores em cada categoria de acordo com os seguintes critérios sucessivos:

- a) Montante final mais elevado na categoria em questão;
- b) Maior número de lotes ganhos nessa categoria; e
- c) Maior número de lotes ganhos em todas as categorias.

A Vodafone considera que os critérios estabelecidos nas alíneas a) e b) são adequados e proporcionais na seleção da ordenação dos licitantes vencedores nas diferentes categorias.

No entanto, não partilha de tal entendimento no que se refere ao terceiro critério sucessivo, previsto na alínea c).

A indexação da ordenação das escolhas de localização exata dos lotes atendendo ao número de lotes ganhos em todas as categorias não se traduz num mecanismo proporcional, atendendo à multiplicidade de lotes que existem a leilão e à quantidade de espectro constituinte de cada um desses diferentes lotes.

Com efeito, a dimensão dos lotes a leiloar varia entre os 2x1MHz na categoria C, passando por lotes de 2x5 MHz nas categorias A, B e D a F, 10 MHz nas categorias H a J e 25 MHz na categoria G.

Atendendo à diversidade de dimensões dos lotes disponibilizados no leilão, a ordenação basear-se no número de lotes ganhos revela-se inadequada, uma vez que determina resultados incoerentes com a promoção de uma atribuição eficiente.

A título de exemplo, e no caso da verificação dos critérios previstos nas alíneas a) e b), um licitante que adquira os 4 lotes da categoria C terá direito a escolher a localização exata dos seus lotes antes



do vencedor, por exemplo, dos 3 lotes da faixa dos 1800 MHz, independentemente do valor pago por cada uma destas entidades para assegurar esses lotes.

Mais, os custos que tais entidades irão suportar anualmente na forma de taxas de utilização de espectro serão totalmente díspares e em claro prejuízo para o vencedor dos lotes de 1800 MHz.

Mantendo-se a forma de taxação da utilização de espectro conforme atualmente prevista – aplicação de uma taxa por MHz detido – os valores anuais suportados pelo vencedor dos direitos de 1800 MHz pelos 3 lotes de 2x5 MHz que adquiriu são 3,75 vezes superiores aos suportados pelo licitante que adquiriu os 4 lotes de 2x1 MHz.

Obviamente que tal resultado não é coerente nem consistente com a promoção de uma utilização eficiente de espectro e a exploração de múltiplas combinações de faixas que redundam na atribuição de uma maior quantidade dos recursos a leiloar.

Neste sentido, **a Vodafone considera que o critério a fixar na alínea c) do n.º 3 do artigo 35.º deverá ser alterado no sentido de prever a ordenação de acordo com a maior quantidade de MHz ganhos em todas as categorias**, promovendo um processo de ordenação que atende não ao número de lotes adquiridos, mas sim à quantidade de espectro adquirida.

Tal revela-se uma alteração adequada e proporcional, atendendo a que o regime fixado para as taxas anuais de utilização, muito provavelmente¹⁸, se manterá alavancado na quantidade de MHz detidos pelos diferentes operadores, promovendo-se, assim, uma abordagem mais equilibrada entre a escolha da localização exata das faixas de espectro detidas e os valores que serão suportados pelos vencedores nos 20 anos de vigência dos DUFs.

4.3.4.2. Processo de consignação para a faixa dos 900 MHz

Para a consignação dos direitos adquiridos na faixa dos 900 MHz, o Projeto de Regulamento estabelece, no artigo 39.º, um regime específico que prevê um prazo de 30 dias para que os vencedores desses direitos possam acordar com os atuais titulares de DUFs nessa faixa a localização exata do espectro.

¹⁸ Desconhece-se atualmente qual é o sentido das alterações que a ANACOM irá propor ao Governo da Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de dezembro, na sua atual redação, e as disposições que efetivamente constarão da Portaria que virá determinar essas alterações.



Tal acordo será homologado pelo Conselho de Administração da ANACOM, o qual também atuará no caso de se verificar a ausência de entendimento entre as partes, cabendo a este órgão a redistribuição do espectro nesta faixa.

Na prossecução de tal homologação de acordo ou de emissão de uma decisão definitiva na ausência do mesmo, o Projeto de Regulamento 5G¹⁹ prevê que o Conselho de Administração da ANACOM deverá atender aos seguintes princípios:

- a) Assegurar a prossecução do interesse público no âmbito da gestão do espectro radioelétrico, de acordo com critérios de proporcionalidade e no respeito pelos direitos adquiridos.
- b) Otimizar a utilização eficiente do espectro na faixa dos 900 MHz.
- c) Maximizar a contiguidade do espectro atribuído e do espectro detido por cada entidade, bem como o espectro não atribuído.

A Vodafone concorda genericamente com estes princípios, mas considera que os mesmos não concretizam adequadamente a proteção de certas situações que podem decorrer dos resultados da fase de licitação.

Tal decisão de homologação do acordo ou de determinação da distribuição deverá procurar balancear e otimizar as implicações intrínsecas a impor aos diferentes sujeitos afetados.

Com efeito, **os atuais detentores de DUFs não terão a mesma facilidade de reorganizar as suas redes e rearranjar o espectro que utilizarão como terão os vencedores de DUFs decorrentes deste leilão.** Alterações ou rearranjos nesta faixa serão muito significativos e onerosos para os atuais detentores do espectro (na ordem dos milhões de euros), atendendo à quantidade de clientes cuja prestação dos serviços resulta da utilização desta faixa, a essencialidade dos serviços prestados sobre a mesma e os equipamentos de rede utilizados no garante desses serviços.

Deve-se, assim, **privilegiar os atuais detentores na escolha da localização exata na faixa dos 900 MHz, com vista a evitar incorrer-se em custos avultados** (que, de outro modo, poderiam ser evitáveis) e em prejuízo dos clientes cuja prestação dos serviços resulta atualmente da utilização dessas redes.

¹⁹ No n.º 2 do artigo 39.º do Projeto de Regulamento 5G.



Do mesmo modo, não é suficiente que seja meramente prevista a possibilidade de serem atribuídas compensações²⁰ destinadas a cobrir tais custos quando tal disposição: (i) não é determinística da sua efetiva existência; (ii) prevê compensações que podem apenas cobrir parte dos custos incorridos; e (iii) não define qualquer calendário nem prazo máximo para a sua efetivação.

Tal incerteza associada ao mecanismo de compensação é ainda agravada pelo prazo em que tal redistribuição tem de estar executada, determinando-se 90 dias para que esteja totalmente implementada, o que pode resultar em que os operadores incorram em custos mais elevados do que os intrínsecos a um processo mais ponderado e eficiente da reorganização de toda a rede a operar nos 900 MHz.

É assim essencial que o Regulamento que vier a ser aprovado preveja, no processo de consignação dos 900 MHz, a minimização dos impactos e custos decorrentes da implementação de tal reorganização.

Adicionalmente, é crucial que também seja já **previsto um prazo máximo para a compensação de tais custos, não devendo o mesmo ultrapassar os 6 meses após a implementação** da reorganização da faixa dos 900 MHz.

Desta forma, evitar-se-á a situação atualmente vivida pelos operadores que incorreram em custos com a consignação da faixa dos 1800 MHz na sequência do Leilão Multifaixa de 2011 e que, volvidos mais de 8 anos dos pedidos de compensação, ainda aguardam pelo seu reembolso, não obstante os montantes envolvidos dessa compensação serem muito menores que os expectáveis de um potencial processo de reorganização da faixa 900 MHz.

4.3.5. Fase de atribuição

4.3.5.1. Prazo de depósito

O artigo 38.º prevê que as entidades a quem sejam atribuídos os DUFs sejam obrigadas a depositar, no prazo de 5 dias a contar da receção da decisão do Conselho de Administração da ANACOM relativa à atribuição dos DUFs, o montante final licitado nos lotes vencidos.

²⁰ Conforme se prevê no n.º 6 do artigo 39.º



A Vodafone considera que **deverá haver uma dilatação deste prazo de 5 dias para 10 dias**, o qual em nada prejudica o pagamento dos DUFs e o encaixe financeiro inerente à atribuição desses direitos, contribuindo, no entanto, de forma relevante, para um acréscimo da capacidade dos vencedores de dinamizarem todos os procedimentos necessários para angariarem e assegurarem a disponibilização de tais fundos no prazo requerido, sem prejuízo do enquadramento específico que o mercado de capitais poderá estar a viver na altura.

4.3.5.2. Diferimento de pagamento

A Vodafone **congratula a inclusão da disposição do n.º 3 do artigo 38.º no Projeto do Regulamento 5G, a qual permite o diferimento de 1/3 (um terço) do preço a pagar pelo espectro adquirido nas faixas 700 MHz, 900 MHz e 3,6 GHz pelo prazo de 5 anos**, apesar de tal disposição ficar aquém do que havia solicitado nos contributos que remeteu à ANACOM na consulta sobre o Procedimento de Elaboração²¹.

No entanto, importa esclarecer o que se visa efetivamente prever com a disposição do n.º 6 do referido artigo.

Com efeito, a redação refere que o primeiro pagamento de um terço do valor comprometido na aquisição de DUFs por entidades que adquiram direitos com restrições na faixa dos 3,6 GHz seja efetuado no prazo de 1 ano após a notificação do levantamento de tais restrições as quais poderão persistir até 5 de agosto de 2025, conforme brevemente referido na caracterização alvo dessas restrições: lotes das categorias H e I.

Tal disposição não detalha, no entanto, se o montante a diferir nas condições aí previstas se refere exclusivamente aos valores relativos à aquisição dos DUFs da faixa dos 3,6 GHz, podendo a leitura conjugada do n.º 6 com o n.º 3 do mesmo artigo sugerir que o montante diferido para 1 ano após o levantamento das restrições dos DUFs da categoria H e/ou I se aplique a outros direitos que a mesma entidade adquira nas categorias A, B e/ou C, o que certamente não é o propósito nem o cenário de pagamento que a ANACOM queira prever.

²¹ A Vodafone propôs que o pagamento deveria ser efetuado da seguinte forma: 50% na data de atribuição e os restantes 50% repartidos em pagamentos iguais em cada um dos 5 anos subsequentes.



O que é admissível é que uma entidade que vença direitos nas categorias H e I dos 3,6 GHz apenas possa diferir o pagamento nas condições do n.º 6 de um terço do montante comprometido na aquisição desses direitos específicos, não obstante tal entidade também poder ter adquirido direitos nas faixas 700 MHz e 900 MHz. Assim, os montantes passíveis de diferimento da aquisição de direitos nos 700 MHz e nos 900 MHz terão de ser pagos por esta entidade nos prazos previstos no n.º 3, i.e., no prazo de 5 anos a contar da data de depósito dos 2/3 (dois terços) dos montantes a despendar, devendo o Regulamento ser ajustado em conformidade.

4.3.5.3. Emissão de títulos

Importa notar que não é claro no Projeto do Regulamento 5G quando ocorrerá a emissão dos títulos dos diferentes vencedores, como também se tal emissão ocorrerá de forma simultânea ou de forma desfasada (cf. artigo 40.º do Projeto de Regulamento).

Esta incerteza é totalmente contrária a um processo de atribuição transparente e à correta execução do lançamento comercial dos serviços de 5G e demais funcionalidades que os operadores queiram disponibilizar através das faixas que venham a adquirir no leilão, lançamentos esses que, invariavelmente, decorrerão no respeito pela data de emissão dos títulos.

Os prestadores de serviços têm de incorrer em múltiplas diligências para assegurar a preparação das suas redes e sistemas para o desenvolvimento dos novos serviços, bem como desenvolver todas as atividades logísticas necessárias para dotar os diferentes pontos de contacto com clientes, com os recursos, informação e produtos necessários para a provisão desses serviços inovadores.

Tal pressão é ainda exponenciada pela dinamização de fortes campanhas de lançamento e divulgação, as quais se revelam muito complexas e exigentes, dado que se tratar de um momento ímpar na evolução do mercado de comunicações eletrónicas.

É vital que o Regulamento, na sua versão final, preveja cabalmente o prazo máximo em que os títulos serão efetivamente emitidos, bem como garanta que nenhuma entidade seja prejudicada face ao espectro que adquirir no leilão ou face aos direitos que atualmente detém, bem como nos processos em que se veja envolvida face a alterações que possam ocorrer sobre os direitos detidos. Para tal, a emissão dos títulos deve ocorrer em simultâneo.

Tal não parece ser o teor do Projeto de Regulamento 5G, o que importa corrigir na versão final do mesmo.



Ao se prever no n.º 1 do referido artigo 40.º que a emissão dos títulos ocorrerá no prazo de 20 dias após o depósito previsto no n.º 1 do artigo 38.º ou dos n.º 3 ou 6.º do mesmo artigo, caso sejam aplicáveis, permite-se a interpretação que a emissão dos títulos para entidades que adquiram DUFs nas faixas dos 3,6 GHz sujeitos a restrições²² ocorra apenas 20 dias após o prazo previsto no n.º 6.

Ao ser feita referência expressa ao conteúdo do n.º 6 do artigo 38.º, no qual se prevê que o primeiro pagamento de 1/3 (um terço) do valor comprometido na aquisição de DUFs com restrições ocorra apenas 1 ano após a data de notificação do levantamento das restrições, geram-se dúvidas sobre a data efetiva da emissão do respetivo DUF, podendo tal ocorrer 20 dias após o depósito dos 2/3 (dois terços) do montante a pagar ou 20 dias após 1 ano da data de notificação do fim da restrições nas faixas do 3,6 GHz das categorias H e I.

Do mesmo modo, tal **incerteza sobre a data efetiva ou prazo para a emissão dos títulos é fomentada pela existência do processo de consignação da faixa dos 900 MHz** e o articulado do presente artigo.

O disposto no n.º 2 do artigo 40.º refere que os títulos de atribuição dos DUFs na faixa dos 900 MHz serão emitidos no prazo de 20 dias após a homologação do acordo entre atuais detentores de direitos nesta faixa e as entidades que adquiram espectro nos 900 MHz no leilão ou, no caso de falha de acordo, 20 dias da decorrência de decisão do Conselho de Administração da ANACOM.

Gera-se novamente incerteza sobre quando os títulos serão efetivamente emitidos e potencia-se um tratamento discriminatório das entidades envolvidas em tal processo de consignação face às demais entidades que adquiram direitos no leilão noutras faixas e que não detenham atualmente DUFs na faixa dos 900 MHz.

Por conseguinte, o Regulamento que vier a ser aprovado deverá **indicar expressamente que, independentemente das circunstâncias em que os vencedores se vejam envolvidos decorrente dos procedimentos previstos no Regulamento, os títulos serão emitidos na mesma data**, devendo tal data ser perfeitamente estabelecida no Regulamento final, mesmo que seja apenas definida num formato de “prazo máximo”, a fim de promover a certeza e previsibilidade fulcrais ao processo de lançamento do 5G em Portugal.

²² De acordo com o previsto no SPD Regulamento, tais restrições poderão persistir até 5 de agosto de 2025, *i.e.*, cerca de 5 anos após a emissão dos DUFs das restantes entidades.



Ainda no que diz respeito à emissão de títulos, o n.º 5 do artigo 40.º refere que o Conselho de Administração da ANACOM promove uma audiência prévia sobre a emissão dos títulos e a sua eventual incorporação em títulos únicos, caso as entidades já detenham DUFs. Mais se refere no n.º 4 que tal audiência suspende a contagem do prazo de 20 dias para a emissão efetiva dos títulos prevista no n.º 1 do referido artigo.

Novamente, é reforçada a incerteza sobre quando serão efetivamente emitidos os títulos habilitantes para que os vencedores possam passar a utilizar os DUFs adquiridos.

Não só a existência de tal audiência prolonga os 20 dias que medeiam entre o depósito do montante a pagar e emissão dos DUFs, como não é especificado qualquer prazo para a duração de tal audiência prévia, não sendo possível aos interessados ter uma projeção rigorosa sobre qual o prazo máximo para verem o seu título emitido após o seu pagamento, o que, conforme acima exposto, é totalmente impróprio de um processo de lançamento do 5G em Portugal que seja adequado e estruturado.

O Regulamento, na sua versão final, deve, assim, **procurar concretizar o número máximo de dias efetivos que medeia entre a data de depósito e a data de emissão dos títulos, procurando especificar o prazo de duração da audiência prévia acima referida, devendo prever, desde já, o prazo concedido aos diferentes vencedores para submeterem as suas pronúncias no âmbito dessa audiência prévia, bem como o prazo para a tomada de decisão sobre o teor das mesmas.**

5. QUESTÕES ESPECÍFICAS DO PROJETO DE REGULAMENTO: CONDIÇÕES ASSOCIADAS AOS DUFs

5.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Na presente consulta, a ANACOM estabelece um conjunto de obrigações a observar pelas entidades, não somente em função dos DUF adquiridos em resultado do processo de atribuição previsto no Projeto de Regulamento 5G, como também dos direitos detidos em momento anterior à data de entrada em vigor de tal Regulamento.

Essas obrigações e condições elencadas sumariamente no artigo 41.º do Projeto de Regulamento 5G, incidem sobre diversas dimensões, variando entre obrigações de cobertura (concretizadas no



artigo 42.º), obrigações de desenvolvimento de rede (artigo 43.º), obrigações de reforço do sinal do serviço de voz (artigo 44.º) e obrigações de acesso à rede (artigo 45.º), entre outras condições.

A Vodafone não pode deixar de salientar que quaisquer condições associadas à utilização de frequências no contexto do leilão deverão obedecer a um juízo estrito de necessidade e proporcionalidade, nos termos dos artigos 5.º, n.º 6, da LCE; 7.º do CPA e 266.º, n.º 2, da Constituição, tendo em consideração, designadamente, o carácter essencial de fomento do investimento sustentável em 5G, de forma a promover a prossecução do objetivo final do leilão, isto é, a atribuição de DUFs que permitam aos operadores investir no desenvolvimento de produtos e serviços suportados na tecnologia 5G e assegurar, nesta sede, a prossecução dos objetivos estratégicos do País.

Esta preocupação é fundamental, na medida em que a imposição de quaisquer obrigações terá, naturalmente, reflexo na valorização deste recurso por parte dos licitantes, uma vez que os beneficiários de tais direitos terão necessariamente de canalizar recursos financeiros que, de outro modo, seriam inicialmente afetos a serviços e produtos 5G, para o cumprimento das ditas obrigações.

Esta preocupação vai, de resto, ao encontro das prioridades do próprio legislador europeu.

Com efeito, no considerando 133 do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas²³ (adiante apenas “CECE”), refere-se que:

“Quando indevidamente aplicadas, certas condições utilizadas para promover a concorrência poderão ter outros efeitos. Por exemplo, a imposição de limites máximos e de reservas de espectro de radiofrequências poderão criar uma escassez artificial, as obrigações em matéria de acesso ao mercado grossista poderão limitar indevidamente os modelos de negócio na ausência de poder de mercado e os limites a nível de transferências poderão impedir o objetivo da concorrência, o qual deverá ser consistentemente levado a cabo. O recurso a tais medidas deverá, por conseguinte, basear-se numa avaliação exaustiva e objetiva, pelas autoridades reguladoras nacionais e outras autoridades competentes do mercado e das condições de concorrência (...).”

²³ Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018



Veja-se também, a este respeito, o disposto no artigo 52.º do CECE. Este artigo vem regular um aspeto ambíguo do regime atual - a possibilidade e os termos e condições em que podem ser impostas medidas destinadas a promover a concorrência efetiva e evitar distorções no mercado no contexto da atribuição, alteração ou renovação de direitos de utilização do espectro.

Com efeito, no atual quadro legal (nacional e europeu), o catálogo das condições que podem ser impostas aos operadores aquando da atribuição do espectro é taxativo, tendo apenas uma pávida referência à possibilidade de a empresa titular do espectro assumir “compromissos” no decurso de um procedimento de seleção por concorrência ou por comparação de ofertas (cf. artigo 32.º, n.º 1, alínea g) da LCE).

Mas se este regime era ambíguo – e, com base no mesmo, foram impostas obrigações aos operadores no contexto dos anteriores processos de atribuição de espectro –, a verdade é que, com a publicação e entrada em vigor do CECE, deixa de haver lugar para tal ambiguidade.

O artigo 52.º do CECE vem expressamente clarificar que, sempre que autoridades competentes para a atribuição do espectro pretendam impor condições associadas aos direitos e utilização do espectro, estas têm, necessariamente, de ter em consideração ***“(...) as condições de mercado e os parâmetros de referência disponíveis”*** e basear ***“as suas decisões numa avaliação objetiva e prospetiva das condições de concorrência do mercado, da necessidade das referidas medidas para manter ou alcançar uma concorrência efetiva e dos efeitos prováveis dessas medidas a nível dos investimentos existentes e futuros do participantes no mercado, em especial para a disponibilização de redes. Ao fazê-lo, têm em conta a abordagem à análise de mercado prevista no artigo 67.º, n.º 2”***. Refere ainda o CECE que, ao fazê-lo (i.e., ao impor essas condições), as autoridades reguladoras nacionais e outras autoridades competentes agem de acordo com os procedimentos previstos nos artigos 18.º, 19.º, 23.º e 35.º do CECE.

É certo que o Código não foi ainda transposto para a ordem jurídica nacional, mas, naturalmente, tendo em consideração os princípios que norteiam a atividade da ANACOM, designadamente o princípio da cooperação legal, não poderia a mesma deixar de ter em consideração este regime vertido no CECE.

Face ao exposto, é por demais evidente que **quaisquer obrigações deverão estar devidamente fundamentadas pelo Regulador e suportadas em dados concretos de mercado e em necessidades efetivamente verificadas.**



Tal fundamentação, como adiante se demonstrará, ou não existe ou não é do conhecimento dos interessados.

Importa também **promover uma igualdade de circunstâncias nas faixas dos 900MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 2,6 GHz face às obrigações e condições atualmente vigentes** sobre os operadores que detêm direitos nessas faixas.

Por exemplo, a Vodafone, por deter 2x10MHz na faixa dos 900MHz, tem obrigações de acesso nos termos do artigo 35.º do Regulamento n.º 560-A/2011, de 19 de outubro, prevendo-se que, no final do processo do leilão, outros operadores que venham a deter iguais quantidades de espectro, por conseguinte, tenham que ser sujeitos a obrigações idênticas.

Recorde-se a este respeito no que se refere à faixa dos 900 MHz o preço de reserva exigido para os lotes da categoria C previsto no Projeto de Regulamento é significativamente inferior aos preços de reserva definidos no Leilão Multifaixa²⁴ de 2011 e a duração do DUF a atribuir agora será significativamente superior à dos direitos atribuídos na sequência do leilão de 2011 (duração de 20 anos versus a duração de 15 anos dos DUFs adquiridos no leilão de 2011).

Pelo exposto, todos os operadores que venham a deter quantidades de espectro nas faixas referidas (900MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 2,6 GHz) devem estar sujeitos às obrigações vertidas nos DUFs já atribuídos.

De seguida, a Vodafone expõe a sua análise e apresenta o seu entendimento sobre as obrigações previstas no Projeto de Regulamento 5G, bem como qual deverá ser a atuação da ANACOM na sua indispensável adequação e/ou eliminação.

²⁴ Não obstante ter sido atribuído à Vodafone 2x5MHz por um período de 3 anos, esta entidade viu-se obrigada a devolver os 2x3MHz findos esses 3 anos, conforme previsto no Regulamento n.º 560-A/2011, culminando assim na atual situação em que tem atribuído 2x10 MHz na faixa dos 900 MHz.



5.2. CONDIÇÕES ASSOCIADAS AOS DUFs

5.2.1. Obrigações de cobertura

5.2.1.1. Desconformidade com a RCM

Antes de mais, cumpre referir que, tal como antecipado no **ponto n.º 2.2.**, existem discrepâncias substantivas entre os objetivos e orientações traçados da RCM e no artigo 42.º do Projeto de Regulamento em relação a diversos aspetos e desde logo no que concerne às obrigações de cobertura, designadamente:

- As obrigações de débito do Projeto de Regulamento 5G são manifestamente mais onerosas do que as que constam da RCM (veja-se o n.º 3 do artigo 42.º do Projeto de Regulamento e o ponto iv) l) da RCM);
- As obrigações de cobertura associadas à população total são mais onerosas no Projeto de Regulamento 5G do que na RCM (veja-se o n.º i) da alínea a), conjugado com o n.º i) da alínea b) do artigo 42.º do Projeto de Regulamento 5G e o ponto iv) l) da RCM);
- As obrigações de cobertura associadas à população (baixa densidade) são mais onerosas no Projeto de Regulamento 5G que na RCM (veja-se o n.º iv) da alínea a), conjugado com o n.º iv) da alínea b) do artigo 42.º do Projeto de Regulamento 5G e o ponto i) da alínea c) do n.º 2 da RCM).

Noutros casos, os objetivos fixados pela ANACOM não refletem as metas estabelecidas na RCM, porque não existe correspondência de critérios. Veja-se o caso das obrigações de cobertura relativas a todas as ferrovias e rodovias nacionais que não têm correspondência na RCM.

Cumpre ainda referir que as obrigações de cobertura decorrentes da RCM são orientadas para a realização de investimentos eficientes e complementares à cobertura já existente, enquanto as obrigações de cobertura decorrentes do Projeto de Regulamento implicam um desperdício significativo dos investimentos já realizados pelos operadores. Ao estabelecer critérios excessivamente exigentes (sem paralelo noutros países europeus, como se demonstrará no **ponto n.º 5.2.1.2** para a verificação do cumprimento das referidas obrigações), nos termos do artigo 42.º n.º 3 e 4, do Projeto de Regulamento, a ANACOM obriga os operadores a duplicarem/incrementarem as infraestruturas já existentes para o estrito cumprimento de tais objetivos.



Saliente-se, finalmente, que a RCM não faz distinção nesta matéria aos novos entrantes, como acontece no Projeto de Regulamento (cf. artigo 41.º n.º 2 do Projeto de Regulamento). Este aspeto será desenvolvido no **Capítulo 6**.

Em suma, o que vier a ser estabelecido na versão final do Regulamento tem que estar conformado com os exatos objetivos e calendário determinados pelo Governo.

5.2.1.2. Ausência de fundamentação e desproporcionalidade das obrigações previstas no SPD

Conforme expresso pela Vodafone em múltiplas ocasiões, a imposição de obrigações de cobertura deverá: (i) refletir necessidades específicas e comprovadas de falhas de cobertura no País; e (ii) ter lugar apenas nos casos em que as eventuais falhas não possam ser supridas através de mecanismos de cooperação entre os operadores e entidades públicas, à semelhança do que aconteceu recentemente no reforço de cobertura do Parque Nacional da Peneda-Gerês.

A Vodafone não se opõe à imposição de obrigações de cobertura desde que as mesmas sejam devidamente fundamentadas e equilibradas face aos objetivos que pretendem promover e às exigências que se depararão aos operadores. **É necessário a promoção de uma abordagem que conjugue os níveis de investimento requeridos aos operadores e os prazos e demais obrigações a impor, com os objetivos estratégicos a alcançar, designadamente os ganhos para a sociedade**, algo que o Projeto de Regulamento não preconiza, muito menos fundamenta.

Importa recordar que a ANACOM já impôs obrigações de cobertura aos operadores móveis relativas a 1.068 freguesias (480 freguesias identificadas no contexto do regulamento do Leilão Multifaixa e 588 freguesias identificadas no âmbito da renovação dos DUF da faixa 2100 GHz), abrangendo 25% das freguesias existentes, 56.5% da extensão do território nacional e 9.1% da população total do País.

A existência de reclamações casuísticas sobre os níveis de cobertura de determinada freguesia ou município não pode redundar num entendimento simplista da existência de “falhas de cobertura” e, por conseguinte, ser razão suficiente para justificar a imposição de obrigações de cobertura adicionais, nomeadamente se se atender a que a maioria de tais reclamações recebidas pela ANACOM não são fundamentadas, nem tampouco transversais a todos os operadores, registando a Vodafone elevados níveis de cobertura nos lugares, freguesias e municípios donde emergem tais solicitações, conforme amplamente explanado na sua resposta à consulta SPD 5G.



A **determinação de obrigações de cobertura adicionais deve ser precedida de um levantamento exaustivo e rigoroso das falhas reais de cobertura que possam, eventualmente, existir e obedecer a um juízo estrito de necessidade e proporcionalidade**, devendo ter em consideração o imprescindível fomento do investimento em 5G, o que não sucedeu neste caso e/ou pelo menos não existe evidência disso.

Ora, não só a ANACOM não demonstra ter levado a cabo uma avaliação de custo-benefício associada à imposição de obrigações de cobertura, como, na opinião da Vodafone, a ANACOM não procurou apresentar uma solução equilíbrio entre as necessidades efetivas de cobertura (não demonstradas) e a proporcionalidade das obrigações impostas. A desproporcionalidade das obrigações de cobertura assume ainda maior gravidade quando conjugarmos tais obrigações com outras previstas no Projeto de Regulamento, como sejam as obrigações de desenvolvimento de rede e de acesso.

Tal desproporcionalidade manifesta-se, essencialmente, nas seguintes vertentes:

- As obrigações de cobertura propostas são **exaustivamente prescritivas** na determinação dos múltiplos requisitos que devem ser cumpridos: determinam não só os níveis de cobertura para a população total do País, como também para a população de freguesias de baixa densidade populacional, para as autoestradas, os eixos rodoviários, os eixos ferroviários e para as principais redes metropolitanas.
- As obrigações de cobertura encerram **um elevado nível de exigência**: o Projeto de Regulamento estabelece níveis que variam entre os 75% e os 95% no que se refere à cobertura da população, chegando inclusive a níveis de 100% no que se refere aos eixos rodoviários, ferroviários e metropolitanos abrangidos.
- As obrigações de cobertura previstas no Projeto de Regulamento têm associados **níveis de qualidade de serviço a prestar**: as obrigações se encontram cumpridas apenas com a disponibilização de um serviço de banda larga móvel com um débito mínimo de 100 Mbps, sendo tal débito entendido como o débito máximo teórico de *download* possível para um utilizador, incluindo o tráfego de sinalização/codificação (cf. n.º 3 e n.º 4 do artigo 42.º do Projeto de Regulamento).
- Os **prazos para o cumprimento dos níveis de cobertura são manifestamente reduzidos**: 3 e 5 anos após a emissão dos títulos, *i.e.*, todos os exigentes requisitos



estabelecidos no Projeto de Regulamento têm de estar cumpridos quando tenha somente decorrido 15% e 25%, respetivamente, do prazo de vigência do título.

Todos estes requisitos intrínsecos às obrigações de cobertura não atendem ao nível desproporcional de investimento que será necessário promover na concretização de todas as vertentes impostas, nem tampouco aos benefícios efetivos decorrentes da sua implementação.

Saliente-se ainda que, não obstante o Projeto de Regulamento 5G prever expressamente, no n.º 9 do artigo 42.º, que as obrigações de cobertura poderão ser cumpridas com recurso a quaisquer faixas consignadas no presente leilão ou atribuídas previamente, os níveis de qualidade de serviço requeridos deitam a perder os elevados níveis de cobertura já provisionados pelos operadores a nível nacional com recurso a tecnologia 4G (níveis de cobertura esses que são inclusive superiores à média europeia).

Crê-se que a ANACOM está bem ciente das dificuldades e desafios que se colocam a qualquer operador para assegurar tais níveis de serviço e dos desafios de instalação de inúmeros elementos de rede exclusivamente para garantir tal resultado.

A flexibilização do conceito relativo à qualidade de serviço permitirá provisionar benefícios mais imediatos e idênticos à população e ao tecido empresarial nacional, conjugando a efetivação de sinergias das redes e tecnologias atualmente disponibilizados a uma afetação eficiente de recursos focados para a provisão de serviços com base na procura verificada e prospetivada, contribuindo assim para um resultado mais proporcional e igualmente efetivo, no que se refere ao desenvolvimento económico e social do País.

Mais, as obrigações de cobertura previstas no Projeto de Regulamento não têm paralelo noutros países europeus.

Com efeito, a análise de *benchmarking* revela, em primeiro lugar, que nem todos os países determinaram obrigações de cobertura.



Veja-se o caso dos leilões a promover na Bélgica e no Reino Unido²⁵, os quais não preveem obrigações de cobertura nas atribuições de faixas de frequências na banda dos 700 MHz e que são países que verificam níveis de cobertura em outras tecnologias bem inferiores a Portugal.

Existem igualmente casos em que apenas alguns lotes da faixa dos 700 MHz foram alvo de obrigações de cobertura, como seja o caso do leilão sueco de 2018, deixando aos candidatos a opção de licitarem por lotes com e sem obrigações, tendo estes naturalmente preços de reserva distintos.

Também no caso do leilão da Hungria, ocorrido no final de março 2020, se optou por um modelo em moldes idênticos, sendo neste caso concedido um desconto de 50% nas taxas de utilização anuais para os operadores que assumissem alguns compromissos de cobertura.

Em segundo lugar, verifica-se que não são estabelecidos níveis de cobertura tão exigentes como os previstos no Projeto de Regulamento, quer no que se refere à percentagem de cobertura, quer no que se refere à qualidade de serviço. Neste último ponto em particular, os débitos de velocidade previstos em obrigações de cobertura referentes à atribuição de DUFs nos 700 MHz variam entre não ser especificado nenhum débito (caso da Finlândia), passando pelo estabelecimento de débitos de *download* de 8 a 10 Mbps (Holanda), 30 Mbps (Dinamarca e Itália), 50 Mbps (Alemanha) e 60 Mbps (França).

Em terceiro lugar, verifica-se a existência de prazos mais dilatados para a concretização de tais obrigações havendo países que estabelecem prazos para 2026 (Holanda) e 2027 (França, Eslováquia e Irlanda), nomeadamente para percentagens de cobertura idênticas às propostas do Projeto de Regulamento.

²⁵ No caso específico do Reino Unido, foi estabelecido um acordo entre os operadores e o Governo com compromissos de cobertura que são parcialmente financiados por fundos públicos, tendo tal acordo merecido a concordância do regulador setorial, conforme expresso pela responsável máxima da Ofcom, Sharon White, na sua carta dirigida ao Governo britânico disponível em: https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0026/174644/letter-sharon-white-nicky-morgan-25-oct-19.pdf



Figura 8 - Mecanismos estabelecidos em leilões de faixas 700 MHz a nível europeu associados a obrigações de cobertura

Obrigações de cobertura de leilões 700 MHz	Descrição
Ausência de Obrigações de Cobertura	- Reino Unido; - Bélgica;
Incentivos a maior cobertura	- Suécia (só num lote); - Hungria (descontos nas taxas de utilização); - Áustria (desconto no preço final pago pelo espectro);
Velocidades exigidas	- 0 Mbps (Finlândia); - 8/10 Mbps (Holanda); - 30 Mbps (Dinamarca, Itália); - 50 Mbps (Alemanha); - 60 Mbps (França);
Prazos fixados para cumprimento	- final de 2026 (Holanda); - final de 2027 (França, Eslováquia, Irlanda)

Fonte: Cullen.

Assim, **não se encontra nenhum caso ao nível europeu que compreenda obrigações tão prescritivas e exigentes como as previstas no Projeto de Regulamento nacional**, não obstante Portugal verificar sistematicamente níveis de cobertura de banda larga móvel em 4G mais elevados que a média europeia (tendo somente, no DESI 2020, a média europeia igualado o valor registado em Portugal – 96% - após vários anos em que o nosso País verificou níveis de cobertura mais elevados que os seus congéneres europeus), **não se justificando, de todo, a determinação de novas obrigações de cobertura com o grau de exigência previsto no Projeto de Regulamento 5G.**

Antes de terminar este ponto não podemos deixar manifestar a nossa discordância em relação ao regime menos oneroso em termos de obrigações de cobertura previstas para os novos entrantes, mas este aspeto será desenvolvido no **Capítulo 6.**

Em conclusão, as obrigações de cobertura vertidas no Projeto de Regulamento, para além de significativamente mais onerosas do que na RCM, são desproporcionais e a ANACOM não cuidou de apresentar a fundamentação e proporcionalidade das mesmas. Adicionalmente, tais obrigações não encontram paralelo noutros países, sendo geradoras de graves distorções no funcionamento do mercado das comunicações eletrónicas nacional, devendo, por isso, ser revistas na versão final do Regulamento, designadamente adequando-as aos objetivos e metas determinados pelo Governo. Deve ainda, em qualquer caso, ser revisto o



prazo de cumprimento das obrigações, uma vez que o prazo de 3 a 5 anos é desadequado para promover o investimento eficiente no 5G e o retorno razoável do mesmo.

5.2.1.3. Metodologia de verificação de cumprimento

A Vodafone não concorda com o proposto no n.º 10 do artigo 42.º de relegar para um momento posterior, através de decisão autónoma, o procedimento de verificação do cumprimento das obrigações de cobertura propostas no Projeto de Regulamento.

Na realidade, a forma de cumprimento das obrigações tem uma relação, direta e incontornável, com o conteúdo das próprias obrigações.

Tal, uma vez mais, introduz incerteza sobre os requisitos que os candidatos a DUFs terão de atender, afetando negativamente os seus processos de valorização de recursos e, bem assim, o investimento disponível para realizar no processo de atribuição que se perspetiva.

A Vodafone considera que, por uma questão de transparência, **a versão final do Regulamento deverá desde já especificar a metodologia de verificação do cumprimento destas obrigações.**

5.2.1.4. O papel da ANACOM e do Governo em relação às obrigações de cobertura

Ainda em relação às obrigações de cobertura, saliente-se que deve ser previsto o envolvimento da ANACOM e do Governo, no contexto das suas atribuições e competências, a fim de garantir a promoção de acordos entre os operadores para sanar as eventuais falhas de cobertura identificadas num prazo razoável e apoiados por capitais ou fundos públicos e/ou comunitários destinados à promoção da info-inclusão e coesão territorial, à semelhança do que tem surgido noutros países europeus, em particular, no Reino Unido e na Alemanha.

Por outro lado, a fixação de obrigações de cobertura ao nível das freguesias deverá ser precedida da resolução dos condicionalismos que os operadores enfrentam na instalação de equipamentos.

A Vodafone considera, assim, que não poderá deixar de estar garantido, ao nível administrativo, a proibição de criação de entraves burocráticos, financeiros ou administrativos, à implementação, por parte dos titulares de DUF obrigados, dos meios necessários para o cumprimento da obrigação em questão.



A ANACOM tem de ter um papel ativo nessa garantia e na agilização e facilitação do processo de instalação dos meios necessários para o cumprimento das percentagens de cobertura, caso se venha a manter esta obrigação. A versão final do Regulamento deverá prever explicitamente a habilitação da ANACOM para tal atuação, aliás, em conformidade com o previsto na RCM²⁶.

5.2.2. Obrigações de desenvolvimento de rede

As obrigações de desenvolvimento de rede previstas no artigo 43.º do Projeto de Regulamento 5G padecem das mesmas limitações que as apontadas pela Vodafone relativamente às obrigações de cobertura do artigo 42.º.

Desde logo, não se encontra qualquer paralelismo com as disposições determinadas pelo Governo através da RCM, não se compreendendo como pode a ANACOM substituir-se a tal órgão de soberania.

Também, neste caso, não são apresentadas quaisquer razões para a sua existência nem os objetivos que se pretendem atender com a sua determinação, nem apresentada análise de ponderação de custos e benefícios sobre os requisitos definidos.

Tal é ainda mais premente se se atender ao nível de especificidade de tais requisitos, indo-se ao detalhe de estabelecer:

- os elementos de rede que devem ser instalados: estações de base *macro cells* que emitem uma potência isotrópica radiada equivalente (p.i.r.e.) igual ou superior a 61 dBm, ou “*outdoor small cells*” que emitem uma p.i.r.e igual ou superior a 29 dBm;
- a quantidade de elementos de rede que devem ser implementados;
- onde tais elementos de rede deverão ser instalados, nomeadamente requerendo um número mínimo de elementos em municípios de baixa densidade populacional;
- que serviços tais elementos de rede devem permitir, definindo-se que devem disponibilizar serviços compatíveis com 5G, nomeadamente serviços de banda ultrarrápida (eMBB) com vista à conectividade Gigabit, baixa latência (URLLC) ou serviços massivos de comunicações máquina-a-máquina (mMTC);

²⁶ Conforme n.º 12 da RCM



- a obrigação de apresentar uma proposta para a instalação de estações deste tipo após solicitação de múltiplas entidades como sejam pequenas e médias empresas, grandes empresas, universidades e outros estabelecimentos de ensino superior, entidades do sistema científico e tecnológico nacional, hospitais, centros de saúde, portos e aeroportos.

Denote-se, igualmente, que a forma como esta obrigação está estruturada não tem em consideração a instalação dos equipamentos em locais onde se perspetiva que possa vir a existir procura deste tipo de serviços, aplicando transversalmente e de forma cega a obrigação de instalação dos referidos equipamentos nas freguesias identificadas no anexo 5 do Projeto de Regulamento 5G. Veja-se o resultado que tal obrigação poderá ter no município do Corvo nos Açores, onde, caso seja mantida a redação das obrigações de desenvolvimento de rede, será determinado a instalação de 8 estações deste tipo, se 4 entidades assegurarem direitos de 100 MHz na faixa dos 3,6 GHz, num território com pouco mais de 17 km² e cerca de 430 habitantes.

A determinação de obrigações de desenvolvimento de rede sucede ao arripio do que deve ser a abordagem transparente, ponderada e proporcional a adotar pelo Regulador na definição de tais obrigações, bem como os requisitos legais²⁷ que impendem sobre esta entidade aquando da formalização de tais obrigações, devendo ser eliminadas.

O desenvolvimento da rede deve nortear-se pela dinâmica do mercado e da satisfação da procura de serviços, através da definição, do lado da oferta, de quais os meios mais adequados que deverão ser instalados (bem como a sua localização específica) no que concerne à implantação gradual das redes 5G em Portugal nos próximos anos.

A este respeito, reitera-se, assim, que a ANACOM terá de ter um papel ativo junto do poder local e prever mecanismos efetivos que permitam agilizar os processos de licenciamento necessários à instalação de infraestruturas por parte dos operadores, devendo tal habilitação de atuação ser explicitamente prevista, em qualquer caso, no Regulamento.

Finalmente, não pode naturalmente aceitar-se qualquer solução que seja discriminatória em relação ao que vier a ser determinado à Dense Air em resultado do SPD Dense Air Fev20, conforme explicitado anteriormente na presente resposta.

²⁷ Donde se destaca, novamente, as disposições do artigo 99.º do CPA.



5.2.3. Obrigações de reforço do sinal do serviço de voz

Também as obrigações de reforço do sinal do serviço de voz, previstas no artigo 44.º do Projeto de Regulamento 5G, padecem dos problemas acima referidos, como sejam a ausência de fundamentação e proporcionalidade, bem como a inexistência de qualquer menção na RCM de objetivos associados ao reforço da cobertura do serviço de voz.

Efetivamente, não é apresentada qualquer análise que delimite o problema identificado pela ANACOM, a dimensão do mesmo e os impactos dele decorrentes.

Reitere-se que a existência de reclamações casuísticas sobre níveis de cobertura não pode ser razão suficiente para justificar a imposição de tal obrigação, pelas razões explanadas no capítulo dedicado às obrigações de cobertura previstas no artigo 42.º.

Também nestas obrigações não se encontra paralelo a nível europeu nos processos de atribuição dinamizados nos últimos anos e nos que se perspetivam no futuro próximo.

Acresce que as obrigações em causa só são exigíveis em relação a operadores que já detenham DUFs à data da entrada em vigor do Regulamento. Esta obrigação vem assim alterar as obrigações dos operadores em relação a condições que dizem respeito a DUFs já emitidos, por Decisões da ANACOM tomadas no âmbito de outros procedimentos, que, entretanto, se estabilizaram no tempo e são por isso, insuscetíveis de alteração pelo Projeto de Regulamento, e nos termos dos artigos 167.º, n.º 1 e n.º 2, do CPA.

5.2.4. Obrigações de acesso à rede

Sem prejuízo da posição da Vodafone em relação ao caráter discriminatório e infundado desta obrigação aplicável apenas aos atuais titulares de DUF, tal como amplamente exposto no **Capítulo 6** relativo aos “novos entrantes”, devendo a mesma ser eliminada do Projeto de Regulamento, a Vodafone, não pode deixar de salientar o caráter ambíguo das obrigações estabelecidas no artigo 45.º do Projeto de Regulamento, as quais teriam sempre que ser corrigidas, se o regime previsto no artigo tivesse, eventualmente, enquadramento legal (mas não tem).

Em primeiro lugar, a redação do n.º 1 do referido artigo não é clara sobre que faixas é que serão alvo de acesso, pelo que, **a manter-se a inclusão de tais obrigações de acesso, a versão final do Regulamento teria sempre de especificar cabalmente (i) quais os operadores (ii) e quais as**



faixas detidas por essas entidades, que estariam abrangidos por tais obrigações. Com efeito, ainda nesse cenário, importaria não deixar margem para dúvidas que a obrigação de acesso estaria apenas circunscrita a **2 x 10 MHz na faixa dos 700 MHz e a 50 GHz na faixa dos 3,6 GHz, independentemente da quantidade de espectro que a entidade concedente possuísse antes ou depois do leilão.**

Em segundo lugar, ainda no cenário da manutenção de tais obrigações (que não se concede e com o qual, repete-se, a Vodafone não concorda), outro aspeto que careceria de cabal esclarecimento corresponde aos requisitos que deveriam cumprir as entidades que poderiam beneficiar dos acordos de itinerância (roaming) nacional, conforme previsto na alínea b) do n.º 5:

“(…) b) Acordos de itinerância (roaming) nacional com terceiros que à data de entrada em vigor do presente regulamento não detenham direitos de utilização de frequências nas faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres e que, no termo do leilão, passem a deter, isolada ou conjuntamente, até 2 x 5 MHz na faixa dos 700 MHz, 2 x 5 MHz na faixa dos 900 MHz, 2 x 15 MHz na faixa dos 1800 MHz e 50 MHz na faixa dos 3,6 GHz”
(sublinhado nosso)

Tal critério não deveria estar sujeito à ambiguidade decorrente da definição de “novo entrante” (cf. referido no **ponto 4.1.**).

Por outro lado, seria também necessário esclarecer a referência de “*isolada ou conjuntamente*” aquando da indicação de espectro que o candidato a roaming nacional deveria deter para poder aceder a esta forma de acesso. A entidade acedente poderia fazê-lo se só detivesse 2 x 15 MHz nos 1800 MHz ou teria de adquirir as quantidades referidas nas restantes faixas indicadas (2 x 5MHz nos 700MHz, 2 x 5 MHz nos 900 MHz e 50 MHz nos 3,6 GHz)?

Adicionalmente e ao prever-se a expressão “*até*”, quer tal significar que uma entidade que adquirisse, por exemplo, apenas 2 x 5 MHz nos 1800 MHz teria direito a aceder a estas obrigações de acesso?

Face ao exposto, a leitura que a Vodafone faz do artigo 45.º n.º 5 alínea b) do Projeto de Regulamento é de que a ANACOM certamente quereria prever que só poderiam recorrer a acordos de roaming nacional as entidades que **adquiram direitos em todas as bandas referidas na alínea b) do n.º 5 do artigo 45.º do Projeto de Regulamento** ou alternativamente, mas menos recomendado, que **tais entidades terão de, pelo menos, adquirir a totalidade do espectro**



citada numa das bandas referida no articulado, ou seja, terão de adquirir ou 2 x 5 MHz nos 700 MHz ou 2 x 5MHz nos 900 MHz ou 2 x 15MHz nos 1800 MHz ou 50 MHz nos 3,6 GHz, não sendo condição suficiente para aceder a acordos de roaming nacional se apenas adquirir uma parcela inferior às quantidades indicadas.

Não obstante as maiores reservas que a Vodafone manifesta sobre a imposição de obrigações de acesso em geral e as de itinerância nacional em particular, não faz sentido, em abstrato, que uma entidade que usufrua de um acordo de roaming nacional à luz deste artigo, o faça detendo uma quantidade mínima de espectro que inviabilize a concretização de uma operação a prazo baseada exclusivamente em recursos próprios.

É determinante que entidades que, não detendo atualmente DUFs, adquiram direitos no presente leilão em quantidade suficiente para que possam, a prazo, prestar serviços de comunicações móveis de forma competitiva alicerçados nos recursos próprios que detenham, sejam de espectro, sejam de elementos de rede.

Seria, seguramente, absurdo que o Projeto de Regulamento pudesse constituir um instrumento de incentivo à criação de operadores que, com recurso a uma quantidade ínfima de espectro e investindo apenas uma quantia inferior a 1 milhão de euros, pudessem aceder ao mercado e nele permanecer sem terem de fazer qualquer investimento em infraestruturas.

A Vodafone entende que, nesse cenário, todas as entidades que quisessem beneficiar dos acordos de *roaming* nacional à luz das obrigações de acesso, teriam que ter **obrigações de instalação de rede própria num prazo razoável**.

A fixação de objetivos mínimos de cobertura através de meios próprios é uma prática corrente nos poucos países que preveem obrigações de *roaming* nacional²⁸, visando criar os incentivos adequados a todas as entidades envolvidas e consolidando o caráter transitório que tais instrumentos têm, impreterivelmente, de assumir.

²⁸ Nos processos de leilão associados à atribuição de direitos de utilização nas faixas de 700 MHz e 3,6 GHz, apenas foram previstas obrigações de *roaming* nacional na Itália e na República Checa. Em ambos os procedimentos, foram determinadas obrigações de cobertura através de rede própria: em Itália, 80% da população em 4 anos e 99,4% da população em 5 anos; na República Checa 95% da população em 7 anos. Adicionalmente, na República Checa, o acesso ao roaming nacional apenas acessível a entidades que assegurem, pelo menos, 20% de cobertura da população por meios próprios.



Assim, uma eventual obrigação de acesso – com a qual, tal como referido, a Vodafone não concorda – teria que necessariamente de ter associada **uma disposição que previsse expressamente que as entidades, que recorressem a acordos de *roaming* nacional, teriam de se comprometer a, no prazo de 5 anos, utilizar as frequências nas faixas adquiridas, por forma a alcançarem coberturas correspondentes à disponibilização do serviço a, pelo menos, 90% da população nacional, por meios próprios.**

Adicionalmente, ainda no contexto (que não se concede e com o qual a Vodafone não concorda) de uma eventual obrigação de acesso, seria sempre fundamental rever o período em que tais obrigações estariam em vigor. Não seria de todo razoável, nesse cenário, permitir um período de 10 anos (50% da duração do DUF) para que as obrigações de acesso através de acordos de *roaming* nacional vigorassem, uma vez que tais obrigações visam habilitar o beneficiário com uma solução transitória enquanto investe e expande a sua rede própria.

Importa recordar que os prestadores sobre quem recairiam as obrigações de conceder acesso teriam de investir na sua rede e na sua expansão, incluindo em locais que sejam economicamente inviáveis, sendo obrigados a dar acesso a essas infraestruturas, o que se traduziria num desequilíbrio, sem precedentes, da capacidade competitiva das entidades envolvidas por via de estruturas de custos antagonicamente díspares.

A definir-se uma obrigação de acesso, esta teria de ser revista no seu prazo de **vigência de 10 anos previsto na alínea b) do n.º 7 do artigo 45.º do Projeto de Regulamento, no sentido de estimular o investimento em rede própria por parte do beneficiário. Para esse efeito, deveria ser definido um prazo máximo de 5 anos para vigorar esta obrigação. Deveria também ser eliminado o processo de revisão, previsto no n.º 8, de avaliação da manutenção de tal obrigação, pelas razões já elencadas.**

Na verdade, se tal processo de avaliação não fosse retirado, seriam eliminados quaisquer incentivos para um beneficiário reduzir a sua dependência do operador “hospedeiro”, condicionando fortemente o estímulo de novos investimentos e a implementação de uma operação robusta, independente e que dispute o mercado por meios próprios.



5.2.5. Obrigação de utilização efetiva e eficiente das frequências

A Vodafone considera fundamental garantir-se a seriedade das intenções dos candidatos que participam no leilão e, conseqüentemente, assegurar que os DUFs são adquiridos com o intuito de se proceder a uma utilização efetiva das frequências.

Para tal é necessário **estabelecer regras que eliminem qualquer incentivo para serem adotados comportamentos ou práticas meramente especulativas ou de prossecução de lucro através do designado “comércio secundário” do espectro.**

Neste contexto, o sentido das disposições previstas no artigo 36.º revelam-se essenciais para a concretização destes objetivos atribuição de DUFs no futuro leilão, devendo figurar na versão final do Regulamento.

Com efeito, não se pode reincidir na situação que se tem vivido relativamente ao DUFs de BWA detido pela Dense Air em que, volvidos quase 10 anos, ainda não se verifica qualquer utilização efetiva das faixas adstritas a tal DUF, não obstante tal direito estipular um prazo limite de 2 anos, após a respetiva data de emissão, para dar início à exploração comercial.

Ademais, importa assegurar uma **efetiva fiscalização do cumprimento desta obrigação** quando for evidente que o detentor do título não está a prestar serviços através do recurso aos direitos adquiridos no leilão, devendo a atuação da ANACOM ser célere e eficaz e **num prazo máximo de 6 meses** após a verificação de tal evidência, de modo a garantir uma gestão eficiente do espectro.

Para tal, a ANACOM deverá definir parâmetros para uma efetiva fiscalização do cumprimento da referida obrigação, designadamente verificar se o detentor do título: (i) está a auferir receitas diretamente dos direitos adquiridos no leilão; (ii) tem valores de clientes e tráfego que demonstrem a efetiva utilização das faixas atribuídas, o que será possível comprovar através da realização pela ANACOM de ações de monitorização para confirmar utilização das faixas; (iii) está a cumprir com as obrigações de cobertura de rede e como (com que estrutura de rede, etc.); (iv) está a cumprir com as obrigações de desenvolvimento de rede; (v) caso não tenha se efetivado a rede por meios próprios, demonstre evidências que celebrou acordos de itinerância (*roaming*) nacional; e (vi) têm trabalhadores a colaborar nestas matérias, entre outros.



5.2.6. Transmissão e Locação

As regras definidas no artigo 47.º, relativas à transmissão e locação dos direitos adquiridos no leilão, contribuem igualmente para confirmar a seriedade das intenções dos vencedores dos DUFs e desincentivar estratégias de aquisição de espectro cuja única finalidade visa ser revendê-lo posteriormente.

A fixação de um prazo mínimo para que um vencedor de um DUF possa proceder à transmissão e locação de direitos consignados no leilão é assim proporcional e necessário.

A indexação da contagem de tal prazo à data de início da oferta de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público, mediante a utilização das frequências que lhes foram consignadas, também se revela uma disposição consistente com o objetivo pretendido e razoável de ser determinada aos vencedores de DUFs.

Neste contexto, **a Vodafone concorda com a redação proposta no referido artigo 47.º, recomendando que o prazo para a inibição de transmissão e locação seja ampliado de 2 para 5 anos**, conforme os comentários que havia apresentado no âmbito do SPD 5G.

Mais, importa ainda que a ANACOM densifique o que se entende “por início da prestação de serviços”. Com efeito, devem ser definidas condições objetivas e mesuráveis não podendo bastar, para o efeito, uma mera declaração da entidade que detém o DUF.

5.2.7. Prazo do DUF

A Vodafone concorda e enaltece a definição de prazos de vigência dos DUFs de 20 anos, contribuindo-se assim para uma maior certeza jurídica e previsibilidade para os vencedores de DUFs, dotando-os de um período temporal adequado para a exploração das faixas consignadas e, bem assim, das redes e serviços que farão uso de tais recursos.

Para cabal esclarecimento de todos os interessados, a Vodafone considera relevante que seja claramente contemplado que a data de termo dos DUFs a atribuir no leilão terminará para todas as entidades 20 anos após a emissão dos títulos, independentemente de alguns DUFs a serem emitidos estarem sujeitos a restrições, como sejam os direitos das categorias H e I.



Só assim será possível garantir que o processo de renovação de tais DUFs também ocorrerá de forma tendencialmente simultânea, não saindo prejudicada nem beneficiada qualquer entidade que adquira DUFs neste leilão.

5.2.8. Anexo I – Condições técnicas associadas às frequências

A Vodafone considera que **a definição das condições técnicas deve atender às disposições europeias que visam a harmonização de implementação de serviços e utilizações de faixas a nível europeu e alicerçar-se nas investigações e conclusões cientificamente robustas e rigorosas que se debruçam sobre o estudo das diferentes condições.**

Neste contexto, importa destacar que a conformidade eletromagnética dos equipamentos terminais e das estações de radiocomunicações é garantida através do estrito cumprimento das normas internacionais, as quais são recomendadas por entidades como sejam, por exemplo, a Organização Mundial da Saúde. Estas normas são definidas por organizações independentes e incluem sempre uma margem de segurança substancial, fornecendo a base para avaliar a segurança da tecnologia móvel.

Por outro lado, a Recomendação do Conselho 1999/519/CE, que estabelece limites que salvaguardam a segurança e saúde de todos, são já e de forma sistemática²⁹, aplicados pela Vodafone na sua rede e nos equipamentos que instala.

Não obstante a existência da Recomendação *supra*referida, cabe a cada país a estipulação dos limites dos campos eletromagnéticos e dos métodos a aplicar na aferição do cumprimento desses limites, devendo os Estados soberanos seguirem as normas internacionais.

Na fixação das condições técnicas que se deverão respeitar para a utilização das diferentes faixas de espectro, dever-se-á sempre seguir as normas internacionais e as recomendações/decisões das instituições europeias, que existem ou venham a existir para o efeito.

Deste modo, **os níveis de potência adotados deverão ser os adequados a uma implementação do 5G em Portugal em linha com as melhores práticas internacionais**, evitando-se a fixação de valores excessivamente exigentes e desproporcionais face ao que se visa assegurar, *i.e.*, e,

²⁹ *i.e.*, atendendo a todas as evoluções das redes e do consenso científico que resulta dos mais recentes estudos técnicos sobre a temática da exposição eletromagnética.



primeiramente, **a garantia da saúde pública** e secundado pela **promoção eficiente do 5G no nosso País**.

A ANACOM tem um papel relevante neste tema, por via da determinação de condições técnicas adequadas ao desenvolvimento das redes 5G e da supervisão da conformidade eletromagnética dos equipamentos utilizados para garantia da saúde pública. Mas também tem um papel relevante como agente de difusão de informação cientificamente comprovada que contribua para o cabal esclarecimento das populações sobre os efeitos das emissões eletromagnéticas e os requisitos exigentes impostos aos diferentes operadores que salvaguardam a saúde pública. Desta forma, será possível, ter um contributo decisivo no combate às campanhas de desinformação que têm emergido um pouco por toda a Europa relacionados com a instalação de redes 5G, campanhas essas que têm dado origem a atos de vandalismo, especificamente direcionados a estes equipamentos.

É crucial que a ANACOM promova estas ações de informação ao público em geral e que difunda, regularmente e de forma acessível, as conclusões das organizações internacionais responsáveis pela monitorização, estudo e consequente definição dos limites de potência, que são determinantes para a garantia da saúde pública e que, simultaneamente, permitem a instalação de redes de comunicações móveis tão vitais para o funcionamento e desenvolvimento das economias atuais.

Relativamente às condições técnicas relativas à faixa dos 3,6 GHz e à definição do TDD pattern, deverá existir um entendimento amplo sobre o TDD pattern a aplicar nestas faixas e os requisitos de sincronismo que seja comum entre os diferentes vencedores de DUFs nesta faixa de frequências, à semelhança do que foi implementado noutros países (*e.g.*, Espanha e Alemanha).

Para tal, a Vodafone considera que deverá ser criado um grupo de trabalho, composto pelos diversos operadores, regulador e outros, o qual deverá funcionar em paralelo com o leilão do 5G.

Note-se que, caso o TDD pattern não seja definido, não será possível utilizarmos em Portugal a tecnologia 5G, uma vez que não existirão equipamentos configurados devidamente para tal.

Mais, a Vodafone aproveita para manifestar a sua disponibilidade para integrar o referido grupo de trabalho ou outro fórum próprio e mais técnico que a ANACOM queira promover, permitindo assim ao Regulador e aos diferentes operadores discutirem com maior detalhe a definição e especificação destes requisitos de operação nas faixas 3,6 GHz.



É também relevante que as condições técnicas anexas ao Regulamento prevejam todas as restrições de operação e atuação dos operadores na exploração das faixas atribuídas.

6. CONDIÇÕES APLICÁVEIS OS NOVOS ENTRANTES

O Projeto de Regulamento contém uma série de medidas que beneficiam, de forma injustificada, desproporcional e discriminatória a posição de “novos entrantes” no mercado.

Sublinhe-se, desde já, que a existência de um estatuto especial de “novo entrante” não encontra eco na RCM, muito pelo contrário. Com efeito, pode ler-se na RCM o seguinte: “*o espectro radioelétrico integra o domínio público do Estado e a definição da política de comunicações do país é da responsabilidade do Governo, competindo à Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) conduzir o procedimento de atribuição de licença de uso de espectro, em conformidade com aquela política de modo independente relativamente ao Governo, **e de modo imparcial perante todos os interessados**” (sem destaque no original).*

A Vodafone não tem reservas, de princípio, em relação à aplicação de condições diferentes a operadores, naturalmente, quando as mesmas são devidamente fundamentadas e proporcionais e respeitem o quadro legal e regulamentar.

Não é o que sucede neste caso.

A aplicação de condições mais benéficas aos “novos entrantes” (e que “do outro lado da moeda” corresponde à aplicação de condições mais onerosas às entidades que detêm DUFs) não resulta de qualquer tipo de análise que demonstre, inequivocamente, tal como já apontado em relação diversos aspetos do Projeto de Regulamento:

- (i) a que questão jus-concorrencial se pretende atender;
- (ii) que o mercado, através do seu normal funcionamento, não a permite resolver tratando-se, portanto, de uma falha de mercado;
- (iii) que, em sendo necessárias, as condições são proporcionais, adequadas e não discriminatórias e representam a forma de intervenção menos intrusiva para solucionar a questão;
- (iv) e qual o impacto das mesmas no mercado.



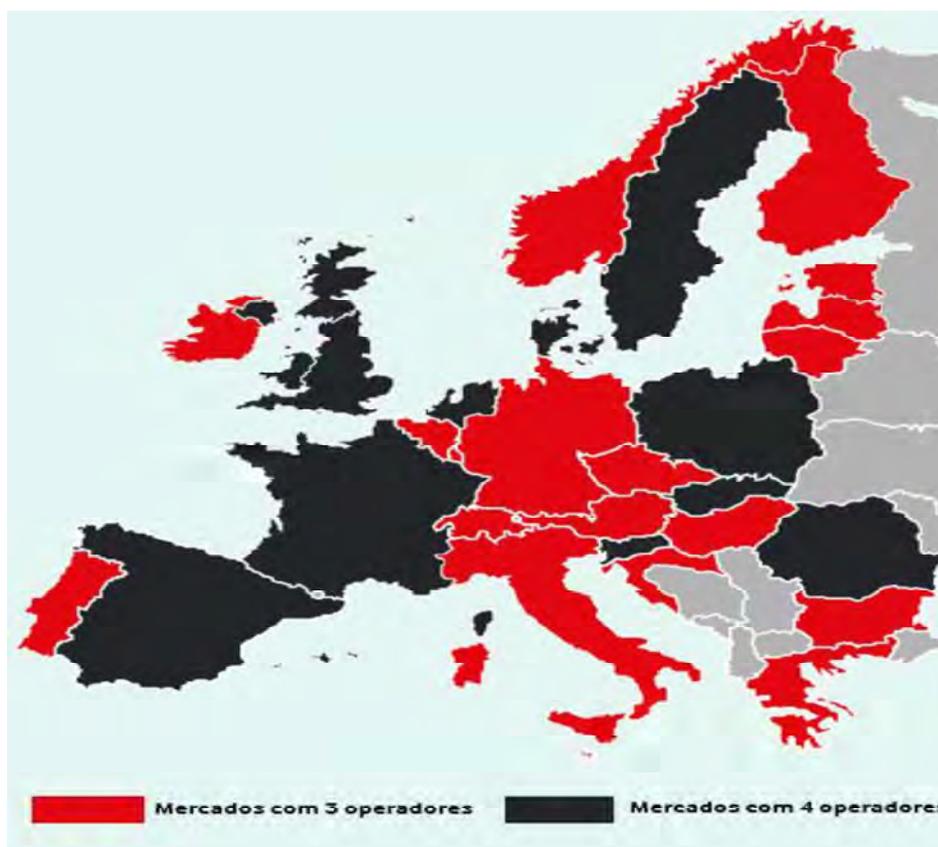
Com efeito, a ANACOM limita-se a referir na “Nota Justificativa” do Projeto de Regulamento 5G que: *“Ponderados os objetivos de interesse público prosseguidos pela ANACOM, que se traduzem na necessidade de promover uma maior concorrência no mercado das comunicações eletrónicas, de contribuir para que os utilizadores obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade de serviço, de incentivar a utilização efetiva e eficiente do espectro, bem como de promover a coesão social e do território, (...) considera fundamental a integração no leilão de um conjunto de medidas que possibilitem um equilíbrio entre a garantia de condições de entrada no mercado de novas entidades e de desenvolvimento das operações já existentes”.*

E tal análise não é apresentada porque, claramente, não existem motivos que justifiquem a existência de “favoritismos”, conforme, de resto, fica, desde logo, patente se atendermos a caracterização do mercado português.

Sem prejuízo de outros indicadores relevantes que, naturalmente, cumpre analisar, recorde-se que, a nível europeu, o número de mercados com até três operadores móveis é amplamente superior ao número de mercados com quatro ou mais operadores.

No final de 2018 existiam 19 países a nível europeu que tinham três operadores, ao passo que com quatro operadores só havia 10 países, como ilustra a Figura 9 *infra*.

Figura 9 – Número de operadores por mercado no final de 2018



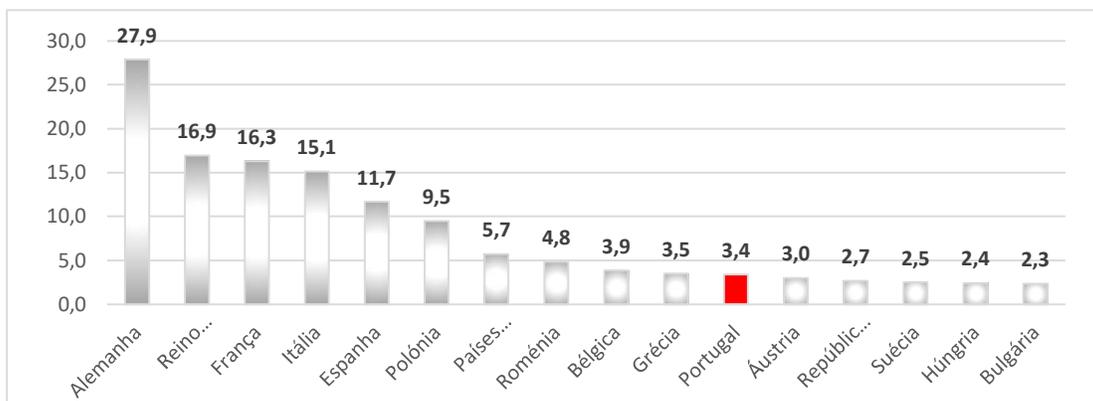
Fonte: GSMA

Na análise da estrutura de mercado e do número de operadores existentes em cada país, deve-se também analisar a dimensão dos respetivos mercados através do rácio população por operador, que é um bom indicador para demonstrar a capacidade de retorno do investimento realizado pelos operadores, atendendo ao número de clientes passíveis de angariar.

Portugal já se encontra entre os países com níveis mais baixos deste rácio, o que ilustra o enquadramento exigente que os atuais operadores enfrentam para promover um desenvolvimento sustentável das suas operações e redes.



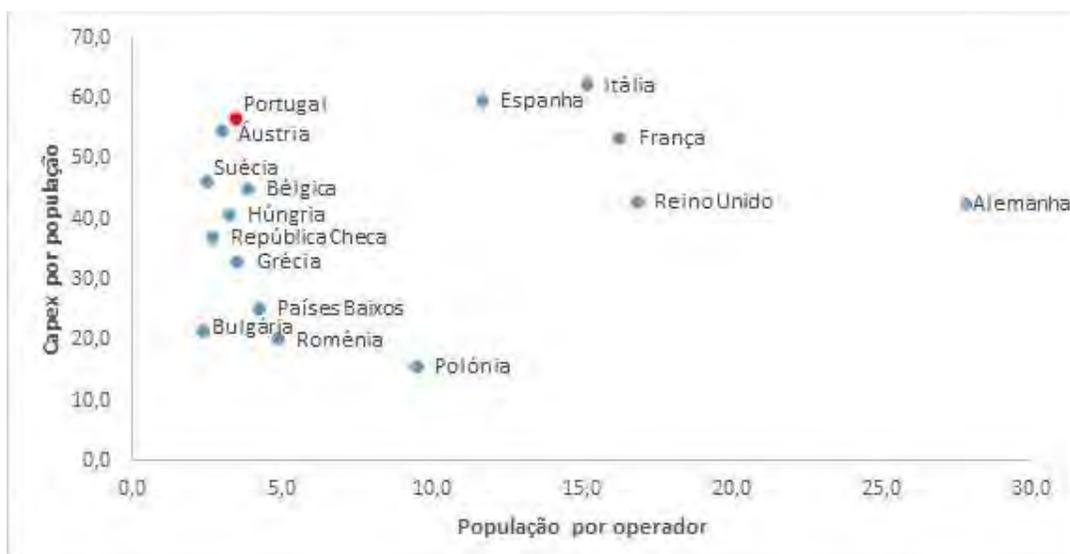
Figura 10 - Rácio de População por Números de Operadores Móveis a atuar em cada país em 2018 (em milhões)



Fonte: GSMA

Não obstante tal realidade, os operadores portugueses são dos que mais investem *per capita*, conforme evidenciado na Figura 11:

Figura 11 - Relação entre Capex por população e População por Números de Operadores Móveis a atuar em cada país em 2018



Fonte: GSMA



Refira-se ainda, a este respeito, que um mercado com quatro operadores não é necessariamente mais competitivo do que um com apenas três operadores. Tal foi, aliás, muito recentemente confirmado pelo Tribunal Geral da União Europeia, no Acórdão, de 28.05.2020, no processo T-399/16, *CK Telecoms UK Investments Ltd. v. Commission*, que rejeitou a teoria da Comissão Europeia de que a passagem de quatro para três concorrentes provocaria, provavelmente, um aumento dos preços dos serviços de telefonia móvel no Reino Unido e uma limitação da escolha para os consumidores, influenciando negativamente a qualidade dos serviços prestados aos consumidores.

Para a avaliação da competitividade do mercado, será sempre necessário analisar-se, em concreto, as características e perfil de cada concorrente.

Nesse sentido, a ANACOM, ao pretender promover a existência, a todo o custo, de novos entrantes no mercado, parece desconhecer que tal não resultará necessariamente num mercado mais competitivo e com melhores serviços a preços mais baixos para os consumidores.

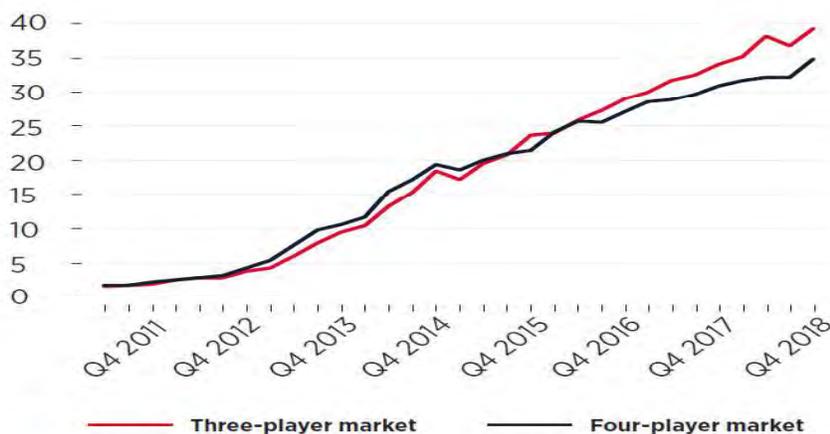
Saliente-se, ainda, que apostar na qualidade das redes e na prestação de melhores serviços a preços mais competitivos tende a ser uma realidade mais vincada em mercados com 3 operadores a atuar do que em mercados de 4 ou mais operadores, o que só será mais intensificado com os desafios que se apresentam com a tecnologia 5G, a qual exige elevados níveis de investimento, redes mais robustas e resilientes e que alicerçarão a transição digital da economia dos países.

Conforme demonstrado num estudo recente da GSMA intitulado *“Mobile market structure and performance in Europe - Lessons from the 4G era”*⁵⁰, mercados com três operadores a atuar – como é o caso do mercado português – apostam de forma mais expressiva na qualidade de rede e dos serviços que prestam aos seus clientes do que mercados com quatro ou mais operadores. Tal é espelhado na diferença de velocidades de débito de transmissão de dados registadas em 2018, onde, em média, os mercados com três operadores disponibilizaram velocidades de download 13% superiores aos mercados com quatro operadores (conforme ilustrado *infra* na Figura 12), velocidades de upload 16% superiores e níveis de latência 15% mais baixos. E a diferença regista uma tendência crescente, realçando esta aposta contínua nos mercados com três *players*.

⁵⁰ Disponível em: https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2020/01/GSMA-Mobile-Market-Structure-and-Performance-in-Europe_February20.pdf



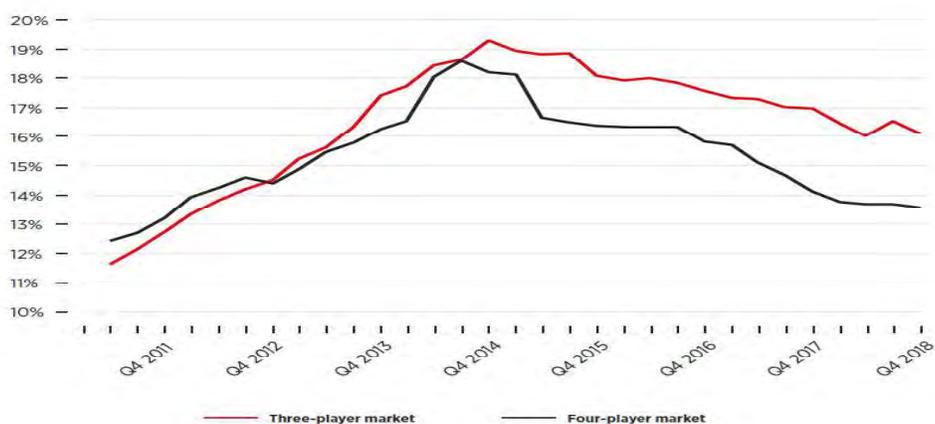
Figura 12 – Evolução da velocidade média do débito de transmissão em download em mercados de 3 e 4 operadores



Fonte: GSMA

Adicionalmente, o nível de intensidade de investimento ou *capex* é mais elevado em mercados de três operadores, sem que tal tenha tido impacto na competitividade dos preços praticados.

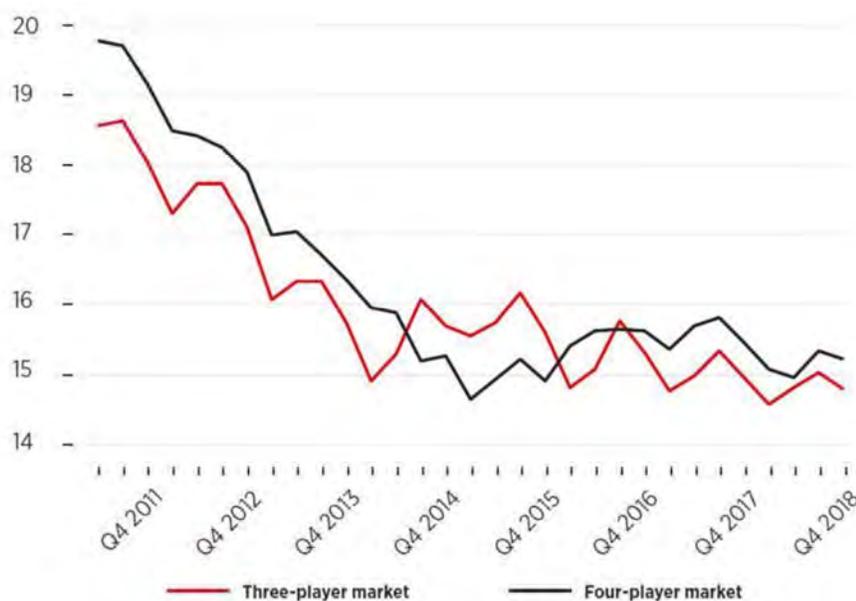
Figura 13 – Evolução do *Capex* em mercados de 3 e 4 operadores



Fonte: GSMA



Figura 14 – Receita média por cliente (euros)



Fonte: GSMA

Não se pode, pois, concordar com a promoção artificial de novas entidades com as necessárias implicações discriminatórias face às entidades que atuam no mercado e uma desoneração injustificada de obrigações e compromissos sobre os novos entrantes.

Sublinhe-se que, de acordo com o artigo 5.º, n.º 4, da LCE, para a concretização dos seus objetivos de regulação, “em todas as decisões e medidas adotadas, a ARN deve aplicar princípios de regulação objetivos, transparentes, **não discriminatórios** e proporcionais, incumbindo-lhe nomeadamente: (...) b) assegurar que, **em circunstâncias análogas, não haja discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas**” (realce nosso).

O princípio da proibição da discriminação – que, como se sabe, constitui uma refração do princípio da igualdade a que toda a Administração está sujeita por força dos artigos 6.º do CPA e 13.º da Constituição – postula que deve ter-se por proibida a medida que estabeleça “*uma diferenciação de*



*tratamento para a qual, à luz do objetivo que com ela se visa prosseguir, não existe justificação material bastante*³¹.

Saliente-se, **adicionalmente, que a discriminação condicionará a disponibilização de recursos necessários ao fomento de redes resilientes, abrangentes e desenvolvidas** e contribuirá para o **surgimento de operadores que não terão quaisquer incentivos em canalizar investimentos para recursos produtivos para o nosso País**, desde logo: (i) dada a ausência de obrigações de cobertura através de recursos próprios; e (ii) direitos de acesso às redes dos restantes operadores em condições extremamente benéficas, permitindo uma exploração oportunista dos investimentos de recursos públicos, como é o caso do espectro. Mais, o Projeto de Regulamento acaba por criar um regime que facilita a saída dos novos entrantes do mercado português, sem grandes custos, às primeiras dificuldades.

Ora, a adoção de estratégias disruptivas, imponderadas e insustentáveis **pode deixar graves sequelas na laboração do mercado das comunicações eletrónicas nacional**, dadas as perspetivas de muito curto prazo que tais entidades manifestamente visarão explorar.

Mais, a ausência de quaisquer consequências relevantes em caso de insustentabilidade e falha destas estratégias disruptivas, não responsabilizará tais entidades das graves consequências que poderão advir ao desenvolvimento estruturado e sustentado de um mercado tão vital para a sociedade, como é o mercado das comunicações eletrónicas.

Cumpré ainda salientar que, caso venham a ser aprovadas as medidas constantes do Projeto de Regulamento exclusivamente destinadas aos novos entrantes, as mesmas configuram auxílios de estado, na aceção do disposto no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, nos termos do qual são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

³¹ Neste sentido, cf. Diogo Freitas do Amaral, “Curso de Direito Administrativo”, Volume II, 2014, 2.ª edição, Almedina, pp. 137-139.



Para que uma medida possa ser qualificada um auxílio de estado os seguintes requisitos deverão estar preenchidos: (i) imputabilidade, (ii) afetação de recursos estatais, (iii) concessão de uma vantagem, (iv) seletividade, e (v) distorção da concorrência e impacto sobre as trocas comerciais.

Ora, as medidas dirigidas aos novos entrantes, constantes do Projeto de Regulamento 5G, são (i) imputáveis ao Estado português, dado serem adotadas por decisão da autoridade reguladora das comunicações eletrónicas, (ii) afetam recursos estatais, na medida em que implicam uma diminuição, direta ou indireta, das receitas do Estado e/ou uma determinada alocação de recursos públicos (tal como se demonstrará, abaixo, para cada uma das medidas), (iii) conferem uma vantagem aos novos entrantes, melhorando a sua situação financeira como resultado da intervenção do Estado em condições diferentes das condições normais de mercado (conforme se evidenciará *infra*), (iv) de forma seletiva, contrariamente aos operadores que já se encontram no mercado, sendo, por isso, (v) suscetíveis de distorcer a concorrência e de afetar o comércio entre Estados-Membros.

A concessão de auxílios de estado está sujeita a notificação prévia à Comissão Europeia, não podendo as medidas de auxílio projetadas ser implementadas sem que a autoridade europeia tenha tomado uma decisão final sobre essas medidas.

Auxílios de estado que não tenham sido previamente notificados à Comissão Europeia são ilegais, por violação do Tratado, podendo ser objeto de uma decisão de recuperação por parte da Comissão Europeia ou dos tribunais nacionais.

Analisemos agora em maior detalhe as medidas atribuídas exclusivamente aos novos entrantes.

São elas (conforme sistematizado na Figura 15):

- (a) a reserva de espectro, abrangendo uma parte do espectro na faixa dos 900 MHz (Lote da categoria B) e a totalidade do espectro disponível na faixa dos 1800 MHz (Lote da categoria D), com direito a uma fase de licitação exclusiva (cf. designadamente artigo 6.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2 do Projeto de Regulamento e secção III do Projeto de Regulamento);
- (b) um desconto de 25% sobre o preço final do espectro que for adquirido por novos entrantes nos lotes das categorias B, C e D (cf. artigo 23.º, n.º 3 e artigo 33.º, n.º 3 do Projeto de Regulamento);



- (c) a direitos de acesso à rede (cf. artigo 45.º, n.º 5 alíneas a) e b) e n.º 6 e seguintes do mesmo artigo do Projeto de Regulamento);
- (d) obrigações de cobertura menos onerosas do que as impostas aos titulares de DUFs (cf. artigo 42.º do Projeto de Regulamento); e
- (e) ausência de cobertura com rede própria (cf. artigo 43.º, n.º 1, artigo 42.º n.º 2, articulados com o regime do artigo 45.º n.º 5 e seguintes do Projeto de Regulamento).

Figura 15 - Discriminação entre atuais prestadores e novos entrantes no âmbito do Projeto de Regulamento 5G

	Atuais prestadores	Novos entrantes
Fase de licitação exclusiva (faixas 900 e 1800 MHz)	X	✓
Desconto sobre o preço final licitado (faixas 900 e 1800 MHz)	X	✓
Direitos especiais de acesso à rede	X	✓
Obrigações de cobertura menos onerosas (faixa 700 MHz)	X	✓
Ausência de obrigações de cobertura com rede própria	X	✓

Reserva de espectro e fase de licitação exclusiva

Tal como já mencionado, no **ponto n.º 4.2.1** acima, a Vodafone **não concorda com a existência de uma fase de licitação exclusiva para novos entrantes**, nem a ANACOM justifica a necessidade imperiosa da sua existência e a promoção de tratamento discriminatório.

A existência de uma fase em que os atuais detentores de DUFs não podem participar preclui estas entidades de adquirir recursos que são essenciais para a prestação dos seus serviços, aspeto que ficou absolutamente demonstrado durante o período de estado de emergência. Não dar a oportunidade aos operadores atuais de adquirir espectro na faixa dos 900 MHz e dos 1800 MHz, poderá pôr em causa a capacidade destes operadores de darem uma resposta efetiva a uma situação semelhante aquela que vivemos recentemente.

Recorde-se que são estas entidades que, com **provas dadas de uma utilização eficiente e efetiva** dos DUFs detidos e de contributos concretos para o desenvolvimento do País, **se verão vedadas de disputar a aquisição de direitos de frequências em faixas tão relevantes**, como sejam as



faixas de 900MHz³² e 1800MHz, **na mesma fase de licitação** em que os novos entrantes poderão participar, independentemente da valorização e utilização que possam vir a fazer de tais recursos.

É óbvio que a existência de uma fase de licitação que impeça a participação dos atuais operadores de redes móveis e vede, administrativamente, a sua plena participação no leilão³³, **materializa-se numa prática discriminatória e na promoção de um processo não aberto à participação de todos em igualdade de circunstâncias, o que não se pode admitir.**

Note-se que a exclusão dos operadores de redes móveis existentes pode promover resultados manifestamente ineficientes, em tudo equivalentes aos que resultaram do leilão de 2010 para o BWA.

O Regulador não pode, no âmbito das suas atribuições de assegurar uma gestão eficiente do espectro radioelétrico, nomeadamente do que decorre dos seus Estatutos (alínea e) do n.º 1 do artigo 8.º) e da LCE (n.ºs 1 e 2 do artigo 15.º), bem como as demais disposições legais³⁴, levar avante um processo de atribuição que reincida em tais erros.

Deve, sim, **promover um processo aberto, transparente e não discriminatório que permita a participação de todas as entidades competentes em igualdade de circunstâncias** e que pretendam adquirir recursos para o desenvolvimento das suas operações.

Tal processo deve ser concorrencial e verdadeiramente simultâneo, permitindo que as diversas entidades possam manifestar, através das suas licitações, a capacidade de utilização eficiente de tais recursos e, conseqüentemente, traduzir-se numa maior valorização de tais recursos.

Aliás, saliente-se que a ANACOM parece querer “levar ao colo” os novos entrantes, ao longo de todo o processo, mas em particular ao estabelecer que o preço das rondas sucessivas será determinado pelo Conselho de Administração de ANACOM (cf. artigo 21.º do Projeto de Regulamento), enquanto que na fase de licitação principal, o preço das rondas sucessivas é definido de acordo com as licitações efetuadas.

³² Sem prejuízo dos atuais detentores poderem adquirir direitos da categoria C que, no seu conjunto, perfazem 2x4MHz na faixa dos 900MHz, certo é que estas entidades não podem disputar a aquisição do lote da categoria B numa mesma fase de licitação que um novo entrante.

³³ Ao não permitir concorrer com outras entidades pela aquisição desses direitos.

³⁴ Como sejam a promoção de um processo não discriminatório e efetivamente aberto à participação das entidades competentes.



A promoção de fases autónomas potenciará, invariavelmente, resultados mais ineficientes, quer no que se refere à valorização dos recursos, quer à sua efetiva atribuição, uma vez que uma participação não simultânea dará origem a que os recursos que não sejam atribuídos numa primeira fase possam, num momento posterior, ser disponibilizados em quantidade insuficiente para os participantes na fase subsequente.

Uma vez mais, tal situação sucedeu no processo de atribuição de 2010, com DUFs fragmentados e desiguais, o que impediu o desenvolvimento de redes de âmbito nacional com recurso a espectro das faixas 3,4 – 3,8 GHz por parte dos detentores de redes móveis.

Tal como referido *supra*, esta medida preenche os critérios de auxílio de estado. Em particular, as radiofrequências que compõem o espaço público hertziano já foram consideradas, pelos tribunais europeus, como constituindo, *per se*, um recurso público escasso que é gerido pelo Estado, cuja alocação a determinados operadores, sem recurso a um procedimento concursal aberto e não discriminatório, constitui uma vantagem seletiva atribuída aos novos entrantes.

Desconto sobre o preço final licitado

Desconhece-se também, por completo, as razões que levaram a ANACOM a atribuir um desconto de 25% sobre o preço final licitado aos novos entrantes nos lotes da categoria B, C e D (nas duas fases do leilão).

A única referência que, a este respeito, consta da Nota Justificativa, refere-se a que *“(…) de forma a gerar um impacto positivo na concorrência e nos utilizadores finais, a ANACOM considera adequado estabelecer uma reserva de espectro para novos entrantes, que, abrangendo uma parte do espectro na faixa dos 900 MHz, a totalidade do espectro disponível na faixa dos 1800 MHz e beneficiando de um desconto de 25% sobre o preço final do espectro que for adquirido por novos entrantes nas referidas faixas de frequências, cria condições propícias ao surgimento de novos intervenientes no mercado nacional”*.

Na opinião da Vodafone, **o que está aqui em causa é a atribuição de um benefício injustificado e discriminatório, sendo particularmente grave, neste caso, a ligeireza com que a ANACOM tenta justificar esta opção:** *“gerar impacto positivo na concorrência e nos utilizadores finais”, “cria condições propícias ao surgimento de novos intervenientes no mercado nacional”* e nada mais.



Tudo isto é tanto mais grave na medida em que claramente a discriminação preconizada no Projeto de Regulamento 5G configura, um auxílio de estado ilegal, redundando na abdicação de receitas públicas para configurar tal discriminação.

À semelhança da reserva de espectro, esta medida preenche, pois, igualmente, os critérios de auxílio de estado previstos no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE. O desconto de 25% sobre o preço final licitado aos novos entrantes corresponde a uma renúncia do Estado português a receitas que, na ausência da medida, teriam sido pagas ao Estado, configurando uma vantagem atribuída exclusivamente aos novos operadores.

Direitos especiais de acesso à rede

Desconhece-se que tipo de avaliação foi efetuada pela ANACOM para estruturar a atribuição de direitos especiais de acesso à rede aos novos entrantes e que criam obrigações tão intrusivas no modo de operar dos prestadores que atuam no mercado e da sua livre iniciativa de prestar serviços. Não pode ser certamente por a ANACOM entender que existe falta de concorrência no mercado de comunicações eletrónicas. Tal está, efetivamente, longe da realidade verificada.

A este respeito, a ANACOM limita-se a referir, na Nota Justificativa, o seguinte “ (...) visando o estabelecimento de condições que contribuam para o surgimento de novas operações e para a sua sustentabilidade, igualmente se entende abrir espaço a modelos flexíveis de uso recíproco de ativos bem como impor obrigações de acesso à rede para operadores móveis virtuais (MVNO) e/ou itinerância (roaming) nacional às empresas que adquiram quantidades significativas de espectro e que já sejam detentores de direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres”.

Conforme já mencionado e demonstrável através da análise de mercado (a qual a ANACOM não realizou), o setor de comunicações eletrónicas português é competitivo. Recorde-se que atualmente já existem várias opções de entrada para novos operadores, como sejam:

- através dos acordos comerciais de acesso a MVNO;
- através das obrigações de acesso impostas (desnecessariamente, no entender da Vodafone) no âmbito do Regulamento do Leilão Multifaixa;
- através do acesso a infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas proporcionado pelas disposições do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, na sua redação atual, ou mais recentemente, pelo surgimento de entidades dedicadas



exclusivamente à exploração de tais infraestruturas, as quais visam maximizar o número de beneficiários que alojam as suas redes em tais ativos; e

- através de acordos comerciais de partilha de rede como por exemplo os celebrados por qualquer um dos operadores já existentes no mercado.

É, portanto, um setor relativamente ao qual está longe de ser necessária qualquer intervenção, nomeadamente no que se refere à criação de mecanismos que visem promover a entrada de novos operadores, sendo evidente a desproporcionalidade das medidas propostas.

Conforme já referido acima (neste **Capítulo 6**), o carácter determinantemente discriminatório e indulgente do regime de acesso, previsto no artigo 45.º do Projeto de Regulamento, propulsionará a entrada de entidades que, confrontadas com o elevado dinamismo competitivo do mercado nacional, e na ausência de planos e iniciativas de negócio capazes de concorrer no médio e longo prazo por meios próprios, alavanquem as suas estratégias ou os seus modelos de ofertas de serviços nas redes dos operadores que já demonstraram o seu grau de compromisso com o País.

Obrigações de cobertura menos onerosas

(faixa 700 MHz)

Prevê-se no artigo 42.º, n.º 2 do Projeto de Regulamento que “*Os titulares de direitos de utilização de frequências que, no termo do leilão, passem a deter 2 x 10 MHz na faixa dos 700 MHz e que à data de entrada em vigor do presente regulamento não detenham direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres, ficam sujeitos a obrigações de cobertura nos seguintes termos (...)*” (sem destaque no original).

Para além da formulação extremamente ambígua da expressão “*(titulares) que não detenham direitos de utilização de frequências em faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas terrestres*”³⁵, que importaria sempre clarificar, as obrigações impostas aos novos entrantes são muito menos onerosas do que as previstas em relação **às entidades que já detenham DUFs**³⁶ e que, no âmbito do leilão, adquiram 2 x 10 MHz nos 700MHz³⁷.

Tal discriminação não é fundamentada por nenhuma análise detalhada, nem é apresentada uma justificação pela qual é suficiente, para aquelas entidades que não detenham atualmente DUFs em

³⁵ Presumimos que a ANACOM queira aqui fazer referência a entidades que sejam titulares de DUFs.

³⁶ Conforme previsto no n.º 1 do artigo 42.º.

³⁷ Conforme previsto no n.º 2 do artigo 42.º.



faixas designadas para serviços de comunicações eletrónicas, alcançar percentagens de cobertura que rondam os 25%, por contraponto aos níveis de 95% requeridos aos operadores que já possuam DUFs.

Neste contexto, e com vista a eliminar qualquer fator discriminatório, as eventuais obrigações de cobertura a impor, têm de redundar em níveis de exigência idênticos para todos os vencedores.

Coerente com a sua exposição, a **Vodafone considera que tal, deve redundar na imposição de níveis idênticos aos previstos na RCM a todos os que venham a ser detentores de DUFs de 2 x 10 MHz nos 700 MHz.**

Ausência de obrigações de cobertura com rede própria

O carácter discriminatório das medidas aplicáveis aos novos entrantes é agravado pelo estabelecimento de obrigações de cobertura menos onerosas do que aquelas que são impostas aos atuais titulares de DUFs, associado ao regime de acesso proposto no artigo 45.º, n.º 5 e ss. do Projeto de Regulamento, perpetuando a “desnecessidade” de investimento dos novos entrantes em infraestruturas próprias, por contraposição ao incremento de investimento exigido aos atuais operadores móveis, agravando ainda mais o carácter discriminatório das medidas aplicáveis aos novos entrantes.

Com efeito, o regime previsto no Projeto de Regulamento não incentiva, muito pelo contrário, o desenvolvimento de rede própria para os novos entrantes.

Estas medidas geram, igualmente, um impacto negativo nos recursos estatais pela perda da receita de taxas e impostos (*e.g.*, taxas que seriam cobradas pelos municípios pela presença de infraestrutura de rede), ainda que de forma indireta e não imediata, beneficiando apenas os novos entrantes.

Em conclusão: a atribuição de benefícios especiais e exclusivos aos novos entrantes que se consubstanciam na (i) reserva de espectro e numa fase de licitação exclusiva; (ii) atribuição de direitos especiais de acesso à rede dos operadores no mercado; (iii) obrigação de cobertura menos onerosa; e (iv) ausência de obrigações de cobertura com rede própria devem ser eliminadas (e/ou ajustadas) da versão final no Projeto de Regulamento 5G.

Sem prejuízo das iniciativas já tomadas e em curso de alerta à Comissão Europeia e ao Governo Português da potencial existência, no Regulamento sob consulta, de auxílios de estado ilegais, caso se venha a manter o tratamento discriminatório previsto no Projeto de Regulamento 5G, a Vodafone



equacionará todos os meios de reação ao seu dispor para disputar a atribuição de condições infundadas e discriminatórias aos novos entrantes.

7. OUTROS ASPECTO RELEVANTES NO CONTEXTO DA ESTRATÉGIA DO 5G

Antes de terminar a sua pronúncia, a Vodafone, não pode deixar de fazer referência a dois aspetos que, pese embora não sejam objeto do Projeto de Regulamento 5G, são importantes peças do quadro de implementação do 5G em Portugal e nesse sentido é fundamental que sejam endereçados, até à aprovação da versão final do Regulamento 5G, nos moldes abaixo propostos.

7.1. REVISÃO DA PORTARIA DAS TAXAS DE UTILIZAÇÃO

Assim, antes de mais, a Vodafone gostaria de reiterar as preocupações que tem manifestado sobre a necessidade imperiosa de revisão das taxas de utilização do espectro.

Não obstante tal ação já ter sido expressamente prevista na decisão do “SPD 5G”, a Vodafone desconhece quais os resultados dos trabalhos preparatórios de tal revisão, nem tampouco uma indicação do teor que poderá vir a constar da Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de dezembro (adiante apenas Portarias das Taxas”), na sua redação atual, que efetivará tal revisão.

Na RCM de fevereiro passado, o Governo português também referiu expressamente a necessidade de execução desta revisão:

- Determinando “*que a ANACOM deve promover a consulta para fixação de um novo valor mais reduzido das taxas anuais de utilização do espectro, tendo em conta que a largura de espectro atribuída por esse procedimento vai ser muito superior à atualmente disponível, podendo os valores constantes na tabela atualmente praticada revelar-se excessivos*”; e
- Solicitando “*à ANACOM que estude a introdução de mecanismos, nas taxas anuais de utilização do espectro, que beneficiem os operadores que se comprometam a assegurar num prazo a determinar, individualmente ou em conjunto com outros, a cobertura em 4G da totalidade das escolas públicas de todos os níveis de ensino e da linha ferroviária do Norte*”.

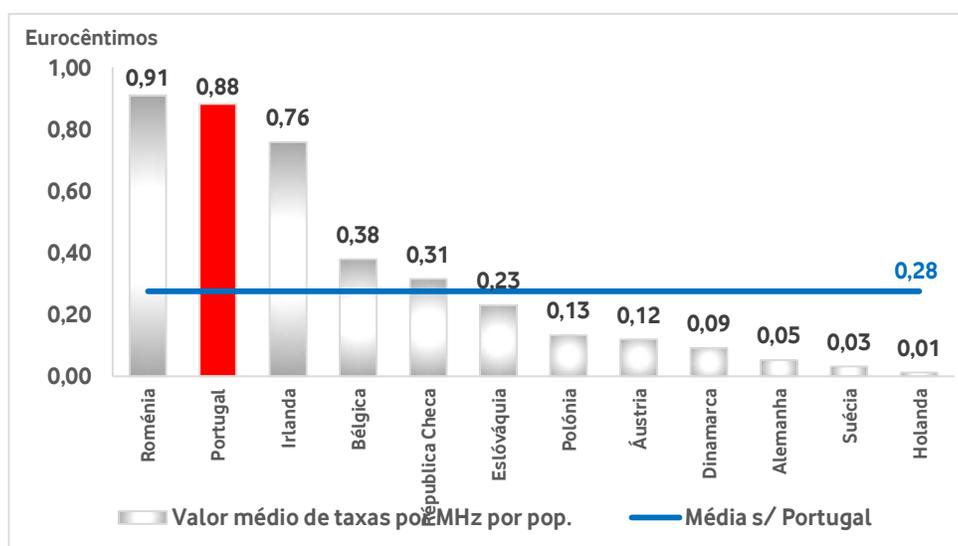
A Vodafone considera que, tanto o Governo, como a ANACOM, compreendem a necessidade da urgência de tal revisão, revelando-se esta iniciativa como extremamente pertinente, não só para as faixas de espectro atualmente detidas pelos operadores móveis, como também – e com



ainda maior intensidade – para o cenário aplicável após a conclusão do processo de atribuição de DUFs ora sujeito a consulta.

Recorde-se que as taxas atualmente aplicáveis aos operadores móveis nacionais são das mais elevadas a nível europeu, conforme demonstrado *infra* pela Figura 16:

Figura 16 – Valor médio das taxas de espectro para serviços de comunicações eletrónicas por MHz atribuído por população, ponderado pelo PIB *per capita* com paridade de poder de compra



Fonte: Vodafone

Com o aumento da quantidade de espectro atribuída aos diferentes interessados para fazer face às necessidades crescentes de largura de banda expectável para provisionar novos serviços e a elevados níveis de qualidade, é necessário a adequação das taxas de utilização suportadas anualmente pelos operadores.

Neste contexto, e conforme tem vindo a partilhar nas suas diversas pronúncias, a Vodafone salienta o peso significativo que as taxas devidas pela utilização do espectro radioelétrico têm na atividade dos operadores de comunicações eletrónicas, peso este que continua a ser significativo e crescente [Início de informação Confidencial] [Fim de informação Confidencial]. Importa ainda referir que, para além do valor de taxas de utilização de espectro, os operadores suportam ainda a taxa anual devida pelo exercício da atividade de fornecedor de redes e serviços de comunicações eletrónicas,



a qual tudo somado, faz com que o peso total das taxas pagas pela Vodafone à ANACOM ascenda a **[IIC] [FIC]**.

A atribuição das quantidades de espectro previstas no Projeto de Regulamento 5G traduzir-se-á num aumento significativo dos já elevados encargos que os operadores suportam com as taxas de utilização, condicionando a capacidade de investimento dos operadores e as condições de disponibilização dos respetivos serviços.

[IIC] [FIC].

É, assim, necessário que, na revisão a promover, a ANACOM adote uma abordagem completa, abrangente e promotora do desenvolvimento do 5G em Portugal e da aquisição e utilização de espectro para habilitar os operadores dos recursos necessários para um maior aproveitamento das potencialidades desta nova geração de serviços móveis.

Esta abordagem holística terá, necessariamente, de incluir:

- Uma **revisão das taxas com vista à sua redução** em, pelo menos, 50% a fim de adequar o nível global das taxas suportadas pelos operadores móveis e promover a melhoria da posição relativa de Portugal no benchmark acima indicada, permitindo libertar recursos para que os operadores possam desenvolver redes de 5G resilientes e sem ter um impacto significativo no Orçamento de Estado;
- **Segurança e certeza jurídica na evolução do valor das taxas** de utilização durante todo o período em que irão vigorar os DUFs a atribuir.

Este exercício é, por demais, imprescindível e deverá ser implementado o mais brevemente possível, de modo a permitir aos operadores uma pronúncia integral sobre todas as condições a que estarão sujeitos aquando a implementação das redes 5G num futuro próximo, fomentando a certeza jurídica e de previsibilidade tão necessárias a este processo nas suas múltiplas fases e vertentes.

Nesta sede, importa também refletir uma redução das taxas de espectro inerentes às ligações de micro-ondas (ligações ponto a ponto e ligações ponto-multiponto), as quais serão vitais para assegurar a proliferação das redes 5G, designadamente como meios de transmissão que suportarão estas redes. Importa também promover a adequação da taxação das licenças temporárias em linha com o explanado e proposto pela Vodafone na sua respostas ao “SPD NOS”.

O valor das taxas de espectro (incluindo as ligações de micro-ondas) ganha especial acuidade num cenário (que tal como referido na presente consulta não se aceita), em que por via de um



imperativo regulamentar e não de uma avaliação económica associada a procura existente ou futura, é exigido aos atuais titulares de DUFs obrigações de cobertura de elevada densificação geográfica e com requisitos de velocidade só compatíveis com elevados volumes de espectro.

Caberá, assim, ao Governo e ao Regulador garantir a adequação urgente desses valores em consonância com os objetivos e condições de implementação, evitando situações de incerteza por via da remissão para hipotéticas decisões futuras.

7.2. A IMPLEMENTAÇÃO DA “EU TOOLBOX OF RISK MITIGATING MEASURES”

Não sendo também uma questão desenvolvida e escrutinada em detalhe no presente SPD³⁸, não é menos verdade que as **medidas que vierem a ser definidas no âmbito da “EU toolbox” terão um impacto decisivo na implementação e funcionamento das redes necessárias para a utilização das frequências a consignar**, bem como nas condições para o cumprimento de quaisquer obrigações indexadas à atribuição de tais direitos.

Não se conhecendo o resultado das análises efetuadas pelo Grupo de Trabalho relativo à segurança das redes 5G (“GT Segurança 5G”)³⁹, o qual, lamentavelmente, não inclui representantes dos operadores móveis (os quais possuem um vasto conhecimento e experiência na gestão e implementação de redes e no combate e mitigação dos riscos desta natureza e que seria estrutural na definição de ações de segurança a determinar para as redes 5G) e das ações que propôs no relatório que entregou ao Governo português, considera-se relevante referir alguns aspetos a este respeito.

Assim, importa **criar um enquadramento que permita aos operadores a flexibilidade necessária na escolha dos seus fornecedores de elementos de rede e na diversificação desses fornecedores, devendo ser permitido aos operadores ter, pelo menos, 2 fornecedores distintos**. Tal enquadramento deve ser suportado na definição de **métodos de certificação e**

³⁸ Há uma breve referência da *toolbox* no n.º 3 do artigo 41.º quando se refere que os titulares de DUFs estão sujeitos, em matéria de segurança e integridade das redes e serviços de comunicações eletrónicas, às medidas que, a nível nacional ou europeu sejam adotadas pelas entidades competentes tendo em conta, designadamente, a “*EU toolbox of risk mitigation*” constante da publicação 01/2020 do Grupo de Cooperação sobre Segurança das Redes e da Informação, em conformidade com o previsto na Comunicação COM(2020) 50 final, da Comissão Europeia sobre “*Secure 5G deployment in the EU – Implementing the EU toolbox*”, ambos de 29 de janeiro de 2020

³⁹ O qual foi criado pela RCM para apresentação das ações a desenvolver a nível nacional para a implementação das medidas de segurança adequadas à atenuação dos riscos em matéria de Cibersegurança.



acreditação de tais fornecedores em matéria de cibersegurança, métodos esses que devem ser sustentados em evidências concretas e indisputáveis e não em elaborações que servem outros interesses geopolíticos de certos blocos regionais do globo.

O processo de certificação e acreditação deve não só atender ao grau de relevância dos diferentes elementos de rede, adaptando os requisitos exigidos ao nível de criticidade dos elementos escrutinados, como também não deve comprometer a continuidade de funcionamento das redes atualmente instaladas, devendo definir medidas proporcionais e eficazes que mitiguem os custos de adaptação de tais infraestruturas a eventuais novas exigências.

O **processo de certificação deve basear-se nas melhores práticas internacionais de acreditação destas entidades, devendo assegurar uma abordagem harmonizada, coesa e consistente a nível europeu**, de forma a dotar todos os Estados-Membros dos meios e infraestruturas essenciais para próxima revolução tecnológica, a qual será determinante para o desenvolvimento da economia digital europeia.

Para além da definição do processo de certificação, os Estados-Membros têm um papel crucial na dinamização de uma abordagem que privilegie as questões de segurança e resiliência das redes e da economia e no fomento de *players* europeus no contexto do mercado de equipamentos (dominado, a nível mundial, por um grupo muito restrito de empresas). Para tal, **os Governos e as Autoridades Reguladoras Nacionais deverão incentivar a implementação de redes *Open RAN*, em particular em meios mais rurais e periféricos**, com vista a promover o surgimento de novas empresas que possam desenvolver componentes que concretizem essas redes *Open RAN*. A utilização de fundos públicos ou comunitários para o apoio de projetos de implementação dos operadores de redes *Open RAN* também terá um papel estrutural e imediato na concretização destas redes e na melhoria das condições de acesso de cidadãos e empresas a serviços de comunicações eletrónicas inovadores e habilitantes da transformação digital.

A Vodafone considera que a adoção de uma estratégia nos moldes propostos contribuirá decisivamente para o desenvolvimento adequado do 5G em Portugal.



8. CONCLUSÃO | SUMÁRIO EXECUTIVO

O contexto de contração económica que Portugal vive atualmente, e viverá nos próximos anos, decorrente da crise pandémica, exigirá uma articulação minuciosa das políticas públicas de relançamento da atividade económica e uma adaptação da sociedade ao “novo normal”. São grandes os desafios que estão à nossa frente, mas também oportunidades estruturais, como sucede paradigmaticamente com a aceleração e dinamização da Transição Digital do País, que é imperioso aproveitar, em benefício do País, da forma mais eficiente possível.

A tecnologia 5G é o grande impulsionador dessa inovação digital, permitindo implementar de forma efetiva e célere os múltiplos benefícios identificados no “Programa Portugal Digital”, aprovado pelo Governo, dotando a sociedade, as empresas e o Estado dos meios que permitam o maior aproveitamento das potencialidades proporcionadas pela digitalização da economia.

É assim essencial criar um enquadramento legal que fomente o desenvolvimento das redes e serviços 5G, designadamente, assegurando que a definição dos termos e condições aplicáveis ao leilão dos DUFs necessárias para o lançamento do 5G cumpra certos objetivos de interesse nacional, adiante referidos.

A Vodafone entende que os termos e condições que a ANACOM estabeleceu no Projeto de Regulamento, submetido a consulta pública, não cumpre, em relação a aspetos críticos, esses objetivos de interesse nacional, havendo, na matéria, desvios significativos e até contradições manifestas.

O Projeto de Regulamento padece também de ilegalidades graves, decorrentes da violação de princípios estruturantes de natureza jurídica, que afetam aspetos fundamentais do Regulamento e que contaminarão inevitavelmente os DUFs que vierem a ser atribuídos, gerando incerteza, batalhas judiciais e soluções provisórias numa matéria, que pede, mais do que tudo, confiança, segurança e definitividade.

Do ponto de vista dos objetivos de interesse nacional, é fundamental assegurar que o Projeto de Regulamento para atribuição dos DUFs 5G permite alcançar as seguintes finalidades:



1) Maximizar o investimento a realizar pelos operadores de comunicações eletrónicas e alinhá-lo com os objetivos nacionais, tendo presente a conjuntura económica em que tais investimentos serão efetuados.

Este Projeto do Regulamento prossegue uma estratégia diferente da que se encontra definida na RCM 5G, sendo tais divergências particularmente relevantes em matéria de obrigações de cobertura e de desenvolvimento de rede e, ainda, no que respeita aos direitos especiais dos novos entrantes.

É, pois, fundamental rever o Projeto de Regulamento, alinhando os termos e condições do leilão do 5G com os objetivos de recuperação económica e de transformação digital aprovados pelo Governo, designadamente por via da criação de incentivos ao investimento no desenvolvimento das redes de telecomunicações e em produtos e serviços inovadores.

Este é um imperativo de natureza económica, que se impõe como forma de assegurar uma adequada, eficiente e eficaz alocação dos recursos públicos nacionais, numa altura de especial pressão económica e financeira para o País e para os operadores de comunicações eletrónicas. Mas este é também um imperativo de natureza jurídica, uma vez que o Regulador não pode, sob pena de ilegalidade, adotar medidas distintas das que se estabelecem na RCM 5G.

2) É igualmente necessário assegurar que as obrigações impostas no contexto do leilão são necessárias, transparentes, proporcionais e não discriminatórias e que o procedimento de atribuição dos DUFs decorre com a estabilidade e a certeza jurídica necessárias à existência de um clima de confiança por parte dos operadores e, consequentemente, à realização dos avultados investimentos de que dependerá o êxito do 5G.

Para atingir este objetivo é fundamental assegurar, entre outros aspetos, que o procedimento decorra com total respeito pela lei e pelos princípios de regulação a que a ANACOM está especialmente vinculada, como sucede com os princípios da não discriminação, da transparência, da fundamentação e da proporcionalidade.

Neste contexto, assume especial gravidade a ausência de fundamentação (que é muitas vezes sinónimo de falta de ponderação) das condições vertidas no Projeto de Regulamento,



além do mais, porque o conhecimento da análise custo-benefício das medidas previstas é essencial para a tomada de uma decisão plenamente consciente pelos operadores. Ao não apresentar uma “*nota justificativa fundamentada com a ponderação dos custos e benefícios das medidas projetadas*”, a ANACOM violou o dever de especial fundamentação consagrado, desde logo, no artigo 99º do CPA.

Para além da ausência de fundamentação, a ANACOM pretende impor aos titulares dos DUFs à data de entrada em vigor do regulamento do leilão, um conjunto de obrigações claramente desproporcionais e discriminatórias, seguidamente referidas.

- (a) **As obrigações de cobertura** têm de ser devidamente fundamentadas e equilibradas face aos objetivos que lhes subjazem e às exigências financeiras com que os operadores se depararão. Aliás, estas obrigações devem ser sempre precedidas de um levantamento exaustivo e rigoroso das falhas reais de cobertura que possam eventualmente existir e obedecer a um juízo estrito de necessidade e proporcionalidade, devendo ter em consideração o imprescindível fomento do investimento em 5G, o que não sucedeu no presente caso. Adicionalmente, importa referir que tais obrigações não encontram paralelo noutros países, sendo geradoras de graves distorções no funcionamento do mercado nacional das comunicações eletrónicas, devendo por isso ser revistas na versão final do Regulamento, designadamente para as colocar em sintonia com os objetivos e metas determinados pelo Governo.
- (b) A determinação de **obrigações de desenvolvimento de rede** foi feita ao arrepio de uma abordagem transparente, ponderada, proporcional e não discriminatória, além de não se terem cumprido os requisitos legais aplicáveis, devendo como tal ser eliminadas. O desenvolvimento de rede deve nortear-se pela dinâmica do mercado e satisfação da procura de serviços, através da definição, do lado da oferta, de quais os meios mais adequados que deverão ser instalados (bem como a sua localização específica) no que concerne à implantação gradual das redes 5G em Portugal nos próximos anos.
- (c) Quanto às **obrigações de reforço do sinal do serviço de voz**, é fundamental que a ANACOM apresente evidências que justifiquem a necessidade de se impor uma



obrigação dessas com um nível de sinal que permita uma cobertura considerada “Boa” em 95% do território nacional até 2025.

Este aspeto é especialmente relevante, além de outras razões, por estar em causa a imposição de obrigações em relação a DUFs atribuídos no contexto de anteriores procedimentos, configurando uma alteração dos termos e condições neles previstos.

- (d) No que se refere às **obrigações de acesso à rede**, desconhece-se qualquer avaliação e/ou análise de mercado efetuada pela ANACOM para estruturar a atribuição de direitos especiais de acesso à rede aos novos entrantes e que criam obrigações tão intrusivas no modo de operar dos prestadores que atuam no mercado e da sua livre iniciativa de prestar serviços, sejam estes retalhistas ou mesmo grossistas.

Esta solução não pode, certamente, basear-se numa falta de concorrência, que não existe no mercado de comunicações eletrónicas.

O carácter gravemente discriminatório, desproporcional e injustificado do regime de acesso previsto no artigo 45.º do Projeto de Regulamento exige a sua eliminação total.

Além disso, este regime potenciará a entrada de empresas que irão alavancar as suas estratégias e os seus modelos de ofertas de serviços nas redes que os operadores, que já demonstraram o seu grau de compromisso com o País.

Em qualquer caso, a Vodafone não pode deixar de salientar o carácter ambíguo das obrigações estabelecidas no artigo 45.º do Projeto de Regulamento, tal como referido nesta pronúncia.

- (e) Para assegurar a estabilidade e a certeza jurídicas necessárias à existência de um clima de confiança por parte dos operadores é também essencial definir **obrigações de utilização efetiva e eficiente das frequências**, para se garantir a seriedade das intenções dos candidatos que participam no leilão, designadamente através do estabelecimento de regras que clarifiquem de forma objetiva e mensurável o que se entende por “utilização eficiente das frequências” e que eliminem qualquer incentivo para a adoção de comportamentos ou práticas meramente especulativas ou de prossecução de lucro através do “comércio secundário” do espectro.



(f) Finalmente, é também importante assegurar que as regras procedimentais das diferentes fases do leilão não suscitem dúvidas e/ou sejam geradoras de ambiguidade, como atualmente acontece e se refere na pronúncia.

3) Privilegiar os investimentos que possam impulsionar verdadeiramente a economia portuguesa, em vez de opções discriminatórias que promovem de forma artificial uma concorrência potencialmente oportunista e feita de privilégios.

O Projeto de Regulamento contém uma série de medidas intencionalmente dirigidas a beneficiar, de forma injustificada, desproporcional e discriminatória, a posição de “novos entrantes” no mercado.

A Vodafone entende que este “estatuto especial” constante do Projeto de Regulamento é ilegal, devendo ser eliminadas todas as disposições com ele relacionadas.

O tratamento a favor dos novos entrantes, consagrado no Projeto de Regulamento, além de não vertido na RCM, não está minimamente justificado à luz do quadro legal e é desproporcional e discriminatório, condicionando a disponibilização de recursos necessários ao fomento de redes resilientes, abrangentes e desenvolvidas, contribuindo ainda para o surgimento de operadores que não terão quaisquer incentivos em canalizar investimentos para recursos produtivos em Portugal.

A ausência de obrigações de cobertura através de recursos próprios e os direitos de acesso às redes dos restantes operadores em condições extremamente vantajosas para os novos entrantes, incentiva uma exploração oportunística de bens do domínio público, como é o caso do espectro, e dos investimentos que os atuais operadores terão que fazer. Mais: o Projeto de Regulamento acaba por criar, também, um regime que facilita a saída dos novos entrantes do mercado português, sem grandes custos, logo às primeiras dificuldades.

Portugal não precisa de incursões meramente especulativas na rede e serviços 5G; precisa de investimentos sérios e de compromissos firmes.

Aliás, ao pretender-se “levar ao colo” os novos entrantes, está a desincentivar-se a verdadeira concorrência, baseada no investimento, na qualidade do serviço prestado, na inovação tecnológica e na diversificação da oferta de serviços aos clientes finais.



Assim, o Projeto de Regulamento terá de ser corrigido também nesta parte, devendo eliminar-se não só a diferenciação discriminatória das obrigações impostas aos atuais detentores de DUFs de comunicações eletrónicas face às demais entidades, como também a remoção dos privilégios previstos para os ditos “novos entrantes”, em particular no que se refere (i) à reserva de espectro em certas faixas de frequência, (ii) à concessão de um desconto de 25% no preço final do espectro, e (iii) a isenção de quaisquer obrigações de cobertura da população e de obrigações de investimento para desenvolvimento de rede associadas à aquisição de espectro reservado.

Aliás, não se compreende por que motivo um novo entrante não é definido como uma entidade sem qualquer atividade no mercado nacional, mas sim por referência à detenção ou não, “à data de entrada em vigor do regulamento”, de DUFs “em faixas designadas para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas”.

Adicionalmente, alerta-se a ANACOM para o facto de a definição que adotou de novo entrante poder ser facilmente contornada através de alterações acionistas ou de controlo direto ou indireto de um titular de DUF, em momento posterior ao leilão 5G, já que o Projeto de Regulamento não parece conter limitações a este respeito.

Cumpra ainda referir que estas medidas, aplicáveis exclusivamente aos “novos entrantes”, configuram verdadeiros auxílios de estado, cuja concessão está dependente de notificação à Comissão Europeia, sob pena de ilegalidade, por violação do Tratado da União Europeia.

4) Garantir que todo o quadro legal e regulamentar do 5G será definido atempadamente

Antes de terminar, cumpre fazer referência a dois aspetos que têm de ser endereçados com carácter de urgência e que são importantes peças do quadro de implementação do 5G em Portugal.

O primeiro prende-se com a necessidade de **revisão da portaria das taxas de utilização do espectro**, com vista à redução das mesmas em pelo menos 50%, de forma a libertar recursos que permitam aos operadores desenvolver redes de 5G resilientes e assegurar estabilidade nos custos associados às taxas.

O segundo aspeto está relacionado com as **medidas que vierem a ser definidas no âmbito da “EU toolbox”**.



Não se conhecendo as conclusões a que chegou o Grupo de Trabalho relativo à segurança das redes 5G, importa assegurar a criação de um enquadramento que assegure: (i) a flexibilidade e capacidade de diversificação necessária na escolha dos fornecedores de elementos de rede; e (ii) que promova mecanismos de certificação de fornecedores com base em evidências concretas e indisputáveis e não em elaborações que servem interesses geopolíticos de certos blocos regionais do globo.

A relevância do 5G para o futuro do País e do sector, cujo desenvolvimento e sustentabilidade é igualmente obrigação estatutária da ANACOM, merece um Regulamento de atribuição das frequências que cumpra os acima elencados desígnios estratégicos, que tenha em conta as particularidades do momento em que ocorre e que seja ele próprio – como às infraestruturas de telecomunicações se exige – resiliente aos 20 anos subsequentes, isento de incertezas jurídicas e de favores injustificados para que possa ser visto como um marco determinante na etapa de transformação digital que Portugal quer e precisa para se posicionar de forma sustentadamente competitiva no espaço europeu e mundial.

A Vodafone está fortemente empenhada em contribuir para este resultado e apela para que a ANACOM reconsidere o Projeto de Regulamento, atendendo aos comentários apresentados nesta pronúncia e que o atraso do lançamento comercial do 5G no nosso País, a que somos alheios, não seja tido como razão prioritária e absoluta para obstar a essa revisão. O tempo que o País agora investir no desenho de um regulamento que permita concretizar os seus interesses estratégicos de longo prazo, será tempo e velocidade ganha no futuro para benefício dos indivíduos, famílias, empresas e entidades pública portuguesas. Pensar bem e de forma ponderada antes de fazer e executar adequadamente é um desígnio que se impõe a todos aqueles que hoje têm de decidir matérias que vão condicionar o nosso sucesso futuro, onde se inclui o 5G.