

Ao
Conselho de Administração do
ICP-ANACOM
Av. José Malhoa, n.º 12
1099-017 Lisboa

À atenção do
Exmo. Senhor
Professor Doutor José Amado da Silva
Presidente do Conselho de Administração

2012-01-02*20246838

Assunto: Pronúncia da TMN sobre o Projeto do Relatório do Leilão e do Projeto de Decisão de Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências

Exmos. Senhores,



A TMN - Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. vem, nos termos do artigo 28º do Regulamento do Leilão para a atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas Faixas dos 450 MHz, 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz e 2,6 GHz, publicado na 2ª Série do Diário da República do dia 19 de Outubro de 2011 sob o nº 560-A/2011, apresentar a sua pronúncia sobre o projeto de relatório do leilão e projeto de decisão de atribuição de direitos de utilização de frequências (Doravante "Projeto de Relatório") que lhe foi notificado no passado dia 19 de Dezembro, o que faz nos termos seguintes:

1. Os comentários da TMN prendem-se essencialmente com três aspetos:
 - 1.1. Algumas incorrecções e omissões detetadas no Projeto de Relatório e seus anexos.
 - 1.2. Termos em que foram prestados os esclarecimentos sobre o âmbito de aplicação do artigo 35º do Regulamento do Leilão (obrigações de acesso à rede).
 - 1.3. Decisão de devolução da caução ao candidato ZON III – Comunicações Eletrónicas, SA (doravante "ZON III").

2. Assim, e começando pelas incorrecções e omissões detectadas, a TMN gostaria de salientar o seguinte:
 - 2.1. É referida na página 10 do Projeto de Relatório a existência de 16 envelopes fechados, destinados a cada quatro representantes dos quatro operadores cujas candidaturas foram admitidas. É ademais referido que onze destes envelopes foram entregues pessoalmente nas sessões de formação, cinco foram entregues pessoalmente no Serviço de Atendimento ao Público do ICP-ANACOM e um não foi levantado (tendo o respetivo destinatário informado que não iria proceder ao seu levantamento). Ora, a soma perfaz dum total de 17 dezassete envelopes e não de 16, aspeto que importará corrigir na versão final do Relatório do Leilão.
 - 2.2. Por uma questão de consistência documental, chamamos a atenção para o facto de na versão impressa do Anexo 2, estarem em falta as últimas questões formuladas pela Optimus (da questão 10.17 à questão 26), embora as páginas em causa se encontrem reproduzidas no CD-ROM entregue em mão à TMN no dia 19 de Dezembro.
 - 2.3. Também o Anexo 53 está em branco. Julga-se que a página que corresponde ao anexo 53 é aquela que é (erradamente) apresentada no final do anexo 52.
 - 2.4. No capítulo dedicado às sessões de testes (capítulo D.2), não é feita qualquer referência ao facto de, nestas sessões, terem sido utilizados os templates definitivos (em substituição dos inicialmente transmitidos aos candidatos), apesar de ser isto que é referido na mensagem eletrónica dirigida à TMN no final do dia 25 de Novembro.
 - 2.5. Dos Anexos ao Projeto de Relatório não constam alguns documentos que foram entregues aos candidatos admitidos (como por exemplo as “Condições de Utilização dos Meios Alternativos à Plataforma Eletrónica” e o “Manual de Utilização da Plataforma Eletrónica”). A TMN entende que todos os documentos do leilão deveriam constar dos Anexos do Relatório Final, a bem da completude do processo.
3. No que se refere aos termos em que foram prestados os esclarecimentos sobre o âmbito de aplicação do artigo 35º do Regulamento do Leilão (obrigações de acesso à rede), a TMN gostaria de começar por fazer notar que só com a análise do Projeto de Relatório e seus anexos teve oportunidade de constatar que o ICP-ANACOM começou por adotar uma posição sobre o tema tendo posteriormente, apresentado uma posição diametralmente oposta. Isto sem que, no entender da TMN, nada justifique uma tão drástica

mudança da posição a qual, de resto, e pelos motivos seguidamente indicados, padece de ilegalidade.

Vejamos.

- 3.1. Questionada pela Optimus e pela ZON sobre se uma entidade que não adquira quaisquer direitos nas faixas dos 800 MHz nem dos 900 MHz será beneficiária do direito de acesso à rede dos operadores detentores de mais de 2x10 MHz naquelas faixas, na modalidade de itinerância nacional, esclareceu o ICP-ANACOM o seguinte:

“De acordo com o previsto na alínea b) do nº 4 deste artigo [artigo 35º do Regulamento do Leilão], são entidades beneficiárias da obrigação de itinerância nacional as que *“... não possuam direitos de utilização de frequências sobre mais do que um total de 2x5 MHz cumulativamente nas faixas de 800 MHz e 900 MHz”*. Não obstante, a redação do nº 5 obriga a que o cumprimento da obrigação de cobertura de pelo menos 50% da população nacional seja feito com recurso a frequências nas faixas dos 800 MHz ou 900 MHz.

Nesta linha, uma entidade, com espectro acima de 1GHz que não adquira qualquer lote nas faixas dos 800MHz ou dos 900 MHz, naturalmente não conseguirá comprometer-se a alcançar qualquer cobertura com recurso às faixas de frequências nos 800 MHz ou 900 MHz, pelo que não poderá ser beneficiária dessa obrigação no momento em que o leilão termina.”

Questionada pela Zapp sobre se uma entidade que adquira frequências acima de 1 GHz e não adquira frequências nas faixas dos 800 MHz ou 900 MHz pode recorrer a acordos de itinerância nacional nas bandas dos 800 MHz e 900 MHz mesmo para serviços que essa entidade não ofereça na sua própria rede, esclareceu o ICP-ANACOM:

“Uma entidade com frequências nas faixas acima de 1 GHz e sem frequências nas faixas dos 800 MHz ou 900 MHz não é beneficiária da obrigação de itinerância nacional (...).

De acordo com o previsto na alínea b) do nº 4 deste artigo [artigo 35º do Regulamento do Leilão], são entidades beneficiárias da obrigação de itinerância nacional as que *“... não possuam direitos de utilização de frequências sobre mais do que um total de 2x5 MHz cumulativamente nas faixas de 800 MHz e 900 MHz”*. Não obstante, a redação do nº 5 obriga a que o cumprimento da obrigação de cobertura de pelo menos 50% da população nacional seja feito com recurso a frequências nas faixas dos 800 MHz ou 900 MHz.”

- 3.2. No dia 2 de Novembro de 2011, o ICP-ANACOM enviou à Optimus, à ZON e à Zapp um Ofício contendo em anexo uma “substituição parcial” dos esclarecimentos anteriormente prestados sobre o artigo 35º do Regulamento do Leilão.

Surpreendentemente, e alegando o carácter contraditório dos esclarecimentos anteriormente prestados sobre as obrigações de acesso à rede estabelecidas no artigo 35º do Regulamento do Leilão e o conteúdo do Relatório da Consulta Pública sobre o Projeto de Regulamento do Leilão¹, o ICP-ANACOM adota uma posição inversa à que havia expressado nos esclarecimentos anteriormente prestados e “esclarece” que, afinal, *“entidades que possuam direitos de utilização de frequências nas faixas acima de 1 GHz e que não possuam direitos de utilização de frequências nas faixas dos 800 e 900 MHz são beneficiárias de acordos de itinerância nacional ao abrigo da alínea b) do nº 4 do artigo 35º do Regulamento do leilão”*. Acrescentando que, aquelas entidades, *“não ficam obrigadas a qualquer compromisso de cobertura, para efeitos de beneficiarem dos acordos de itinerância nacional”*.

Estes “novos” esclarecimentos foram depois vertidos em esclarecimentos de ordem geral prestados ao abrigo do nº 5 do artigo 11º do Regulamento do Leilão e divulgados publicamente no dia 2 de Novembro de 2011.

- 3.3. Sem prejuízo das objecções de fundo que a TMN tem relativamente ao teor e sentido destes “novos esclarecimentos”, a TMN entende que os mesmos não foram validamente prestados, não podendo por isso prevalecer sobre os esclarecimentos “originais”.

Com efeito, nos Ofícios que dirigiu àqueles três operadores (Optimus, ZON e Zapp), o ICP-ANACOM fundamenta a “substituição parcial” dos esclarecimentos no artigo 137º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Sucedem porém que esta disposição não pode em caso algum ser configurada como uma norma habilitante para a atuação do ICP-ANACOM.

- 3.4. De notar que o artigo 137º do CPA prevê e regula os casos de ratificação, reforma e conversão de atos administrativos, ou seja, regula situações em que determinada entidade pública, apercebendo-se de que um ato administrativo por si anteriormente prati-

¹ Como se um Relatório de uma consulta pública pudesse prevalecer sobre o Regulamento do Leilão ou sequer determinar uma interpretação ab-rogante das suas normas!

cado enferma de determinada ilegalidade, decide – oficiosamente ou a requerimento de um interessado – corrigir esse vício, mas mantendo parcialmente o ato praticado.

Essa modificação pode então dar-se por um de três mecanismos:

- (a) A ratificação, que visa sanar invalidades formais e procedimentais;
- (b) A reforma, que consiste numa espécie de 'redução' do ato anterior, eliminando-se a sua parte ilegal e aproveitando-se a que era conforme à lei; e
- (c) A **conversão**, que se traduz numa verdadeira substituição do ato anterior por outro, distinto do primeiro, mas que aproveita os elementos válidos e lhes acrescenta outros que o tornam distinto.

Daqui resulta que existem dois pressupostos comuns à aplicação de qualquer destes mecanismos (ditos atos secundários) ao caso em apreço: o primeiro é que o esclarecimento configure um ato administrativo. Verificado o primeiro pressuposto, haverá ainda que conferir se o esclarecimento original era ou não inválido. Apenas encontrando-se preenchidos estes pressupostos é que se poderá concluir pela aplicabilidade do art.137.º do CPA ao caso que nos ocupa. Ora, como veremos, isso não sucede.

É que, o primeiro pressuposto da aplicação do artigo 137.º do CPA é que os esclarecimentos sobre um Regulamento sejam configuráveis como atos administrativos. E a verdade é que não são.

É de facto importante notar que os esclarecimentos têm por efeito interpretar o teor das peças do procedimento. No caso em análise, os esclarecimentos em causa visaram, num primeiro momento, interpretar o artigo 35.º, n.º 5 do Regulamento do Leilão e, depois, substituir a primeira interpretação por uma outra (da qual se pode dizer até, sem exagero, que tem um efeito ab-rogante do referido normativo procedimental traduzindo-se, por isso, numa verdadeira alteração ao Regulamento²).

² O que configura, por si só, uma clara violação de lei. Como afirmam Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, "[T]al alteração [de regras procedimentais] (por substituição ou suprimento das regras fixadas ou adição de novas) só pode ocorrer noutras circunstâncias ou pressupostos e com diferentes consequências. Em suma, só pode ocorrer noutra enquadramento legal [que não o dos esclarecimentos]" (cf. *Concursos e outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pág. 297).

Sucedem que, independentemente do *nomen iuris* que se atribua a determinada peça de procedimento concorrencia, a verdade é que a doutrina maioritária qualifica efectivamente todas essas peças como sendo verdadeiros regulamentos administrativos³.

Ora, um dos princípios elementares da actividade administrativa é a separação entre o poder regulamentar e o poder de praticar actos administrativos e a subordinação do segundo ao primeiro, o que tem como corolário que o regulamento condiciona e determina os limites de um acto administrativo que seja praticado em execução desse comando normativo e, inversamente, que o acto administrativo deve obediência aos limites estabelecidos pela fonte regulamentar.

Consequentemente, os regulamentos só podem ser alterados ou interpretados por outros regulamentos e não por actos administrativos⁴. Assim, quando um acto administrativo pretenda interpretar uma norma regulamentar, incorrerá necessariamente em invalidade por violação de regulamento⁵.

Aqui chegados, somos confrontados com um cenário em que a opção quanto à qualificação jurídica dos esclarecimentos, apenas pode determinar uma das duas seguintes conclusões:

- Caso se entenda que os esclarecimentos são actos administrativos, então tais actos seriam ilegais por violação de regulamento (no caso, do Regulamento do Leilão), dado que um regulamento não pode ser interpretado por acto administrativo;
- Pelo contrário, se, como a TMN preconiza, considerarmos que os esclarecimentos não são actos administrativos mas antes regulamentos, então o artigo 137.º do CPA não é aplicável *in casu* e, como tal, não pode fundamentar a substituição dos esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM.

Em qualquer caso, é inequívoco que a fundamentação legal utilizada pelo ICP-ANACOM para justificar este surpreendente *volte face* no sentido dos esclarecimentos é improcedente, não podendo consequentemente os “esclarecimentos substitutos” ser tidos como válidos, o que necessariamente implica que prevaleçam os esclarecimentos originariamente prestados.

3 Neste sentido, v. Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, em *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Almedina, 1998, págs. 137 a 142.

4 Cf. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Almedina, 2001, Vol. II, pág.173).

5 Cf. Diogo Freitas do Amaral, *op. cit.*, pág.198).

- 3.5. Acresce que, como foi acima referido, existem dois pressupostos à aplicação do artigo 137º do CPA à situação em análise. O primeiro, que já vimos que não se verifica, é o de que o esclarecimento em causa configure um ato administrativo. Embora esta circunstância por si só determine a inutilidade de verificação do segundo pressuposto – que o esclarecimento original seja inválido – a verdade é que também este segundo pressuposto não se verifica, o que reforça a não aplicabilidade do artigo 137º do CPA ao caso em apreço.
4. Iremos agora pronunciar-nos sobre a decisão de libertação da caução prestada pela ZON III, indicando os motivos pelos quais a TMN considera que a mesma não foi validamente adotada pelo ICP-ANACOM.
- 4.1. Com a recepção do Projeto de Relatório do Leilão no passado dia 19 de Dezembro, a TMN deu-se conta que, na decisão de 15 de Dezembro de 2011, que constitui o Anexo 63 daquele Projeto (doravante “Decisão”), o ICP-ANACOM delibera autorizar a libertação da caução prestada pela ZON III através de garantia bancária no montante de € 15 milhões, ao abrigo do disposto na alínea b) do nº 4 artigo 10º do Regulamento do Leilão. E fá-lo essencialmente com os seguintes fundamentos:
- (a) A ZON III efetuou uma “licitação em branco” na ronda nº 1;
 - (b) Nos termos da alínea g) do artigo 2º do Regulamento do Leilão deve considerar-se como licitante a entidade habilitada a participar nas fases do leilão subsequentes à fase de qualificação, característica que a ZON III reúne em virtude de a sua candidatura ter sido admitida;
 - (c) Não resulta de forma clara e inequívoca do Regulamento do Leilão que o vínculo assumido coma a apresentação das candidaturas (artigo 10º, nº 2 do Regulamento do Leilão) impeça o licitante de apresentar uma licitação em branco ou sem indicação de qualquer valor na ronda inicial;
 - (d) Sendo a caução concebida em função de critérios de elegibilidade, e não tendo a ZON III sido determinada licitante vencedora, a caução deixa de desempenhar para o ICP-ANACOM (enquanto entidade beneficiária) qualquer função procedimental ou de garantia, não subsistindo por isso motivos para que não seja libertada.

Com o devido respeito, a TMN considera que nenhum desses fundamentos é válido e que a alínea b) do nº 4 do artigo 10º do Regulamento do Leilão não é aplicável ao caso em presença.

Vejamos porquê.

- 4.2. A título de enquadramento convém começar por fazer notar que, nos termos do nº 1 do artigo 10º do Regulamento do Leilão, a caução destina-se a garantir (i) o vínculo assumido com a apresentação das candidaturas e (ii) as obrigações inerentes a todo o procedimento do leilão.

Ou seja, esta disposição claramente estabelece que a caução não se limita a garantir o cumprimento de todas e cada uma das obrigações inerentes ao procedimento do leilão (nomeadamente, o pagamento do preço por parte dos licitantes vencedores). Pelo contrário, a prestação da caução visa, também, garantir “o vínculo assumido com a apresentação das candidaturas”.

Ora, um dos vínculos (na verdade, o primeiro dos vínculos) assumidos com a apresentação da candidatura não pode deixar de ser a manutenção da candidatura. É assim em todos os concursos públicos e é assim também nos leilões que têm uma fase de qualificação.

Nestes termos, parece indiscutível – sob pena de um total esvaziamento daquela previsão – que, se qualquer dos candidatos tivesse retirado a sua candidatura após a respectiva admissão, perderia necessariamente a caução prestada. Da mesma forma que se, num concurso público, um dos concorrentes retirar a sua proposta após ter sido admitido no ato público do concurso, perderá a caução que haja prestado. Isto justamente porque a caução visa garantir o vínculo assumido com a decisão de participar num determinado procedimento competitivo. Daí que, nos termos do nº 4 do artigo 10º do Regulamento do leilão a caução possa ser libertada quando a candidatura não tenha sido admitida, mas já não possa ser libertada, por mera vontade do candidato, após a admissão da candidatura. Esta é, de resto, a prova inequívoca de que a caução visa justamente garantir a manutenção da candidatura. Na verdade, se não fosse assim, o nº 4 do artigo 10 também permitiria que a caução fosse libertada, a pedido de um candidato admitido que tivesse

mudado de ideias e decidido não participar afinal no leilão. O que, como veremos, foi justamente aquilo que a ZON III fez.

No entender da TMN, caso a candidatura seja admitida – e uma vez que como vimos não pode ser retirada sem perda de caução –, faz também parte do vínculo assumido com a apresentação da candidatura a participação nas fases do leilão subsequentes à fase de qualificação, nomeadamente na fase de licitação. E é por isso que a não participação, de um candidato admitido, na fase de licitação, deverá originar a perda de caução – já que esta situação não se subsume a qualquer dos quatro casos em que o Regulamento do Leilão permite a devolução da caução.

Ora, como veremos de seguida, não pode considerar-se que a ZON III tenha participado na fase de licitação, não tendo por isso sequer adquirido a qualidade de licitante e menos ainda de “licitante não vencedor”. Pelo que, não lhe pode ser aplicada a alínea b) do nº 4 do artigo 10º do Regulamento do Leilão, a qual estabelece que a caução pode ser libertada quando **no termo da fase de licitação** o licitante não tenha sido determinado vencedor.

Mas vamos por partes, analisando os fundamentos invocados pelo ICP-ANACOM para justificar a sua decisão de libertação da caução de € 15 milhões prestada pela ZON III.

- 4.3. O ICP-ANACOM começa por considerar que a ZON III efetuou uma “licitação em branco” na ronda nº 1, em virtude de ter executado a sua submissão sem selecionar qualquer dos lotes em leilão e sem indicar qualquer valor.

Sucedem porém que, em primeiro lugar, o Regulamento do Leilão não prevê nem admite a licitação em branco. Se a plataforma eletrónica do leilão o admite, trata-se de um erro de software que não pode alterar as regras do leilão ou prevalecer sobre elas. Em segundo lugar, não pode considerar-se que a ZON tenha sequer participado na ronda nº 1 (desde logo, por a tal se opor a definição de “ronda”, como veremos).

Afirma o ICP-ANACOM no parágrafo 5. da sua Decisão que “não resulta de forma clara e inequívoca do Regulamento do Leilão que o vínculo assumido com a apresentação das candidaturas impeça o licitante de apresentar uma licitação em branco ou sem indicação de qualquer valor na ronda inicial”.

A TMN não podia discordar mais desta afirmação, a qual é de resto frontalmente contrariada pelo nº 2 do artigo 19º do Regulamento do Leilão, o qual estabelece que “os montantes de licitação da ronda inicial para cada lote correspondem, no mínimo ao preço de reserva definido para esse lote”, não podendo por isso admitir-se licitações que não respeitem aquele montante de licitação. Uma licitação na ronda inicial sem indicação de qualquer valor (e/ou sem selecção de qualquer lote) não é assim uma licitação válida (na verdade, não é sequer uma licitação...). Ao ICP-ANACOM compete, nos termos da alínea c) do nº 2 do artigo 4º do Regulamento do leilão “avaliar a validade de todas as licitações recebidas” e a decisão que neste caso se impunha seria necessariamente a de considerar uma tal “licitação” inválida.

De notar também que, não resulta do Manual de Utilização da Plataforma Eletrónica que possam submeter-se “licitações em branco”. Pelo contrário.

Pode efectivamente ler-se no Capítulo 5.3. daquele Manual, sob a epígrafe “Opções de submissão”, o seguinte (sem realce no original):

“No tocante à fase de licitação, em cada ronda, os licitantes podem optar por uma ou mais das seguintes opções:

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

As opções apresentadas são submetidas pelo utilizador simultaneamente, num único acto (conforme previsto no n.º 7 do artigo 18.º do Regulamento do Leilão).”

Resulta muito claro deste capítulo do Manual de Utilização da Plataforma Eletrónica que: (i) na fase de licitação, os licitantes só podem submeter as opções acima referidas e não quaisquer outras, (ii) caso não sejam transitadas ou canceladas ofertas ou utilizadas dispensas, a licitação implica necessariamente a indicação dos **lotes** desejados e a escolha de um **preço**.

Não pode assim compreender-se como pôde sequer a plataforma eletrónica ter aceite uma licitação dita “em branco”, ou seja, uma submissão que não continha nem a indicação de qualquer lote nem a escolha de qualquer preço (e que, nessa medida, desrespeitava, também, o capítulo 5.3. do Manual de Utilização daquela plataforma). E não pode deixar de causar a maior estranheza que, não resultando esta possibilidade nem do Regulamento do Leilão nem do Manual de Utilização da Plataforma Electrónica, a ZON III pudesse supor que uma submissão totalmente vazia seria permitida pelo software e aceite pelo ICP-ANACOM.

A TMN não pode aliás deixar de se interrogar sobre que decisão teria tomado o ICP-ANACOM se esta “licitação” da ZON III (sem indicação de qualquer lote e sem escolha de qualquer montante de licitação) lhe tivesse sido transmitida através de comunicação telefónica nos termos do nº 5 do artigo 16º do Regulamento do Leilão e das “Condições de Utilização dos Meios Alternativos à Utilização da Plataforma Eletrónica”... O que responderia o representante da ZON III quando, ao abrigo do disposto naquelas Condições de Utilização, o operador da plataforma lhe solicitasse a indicação do “número de lotes para os quais pretende exercer opções”? E o que diria o representante da ZON III quando tivesse de apresentar verbalmente as suas opções de licitação? Diria que pretendia efetuar uma licitação para lote nenhum a nenhum valor???

A artificialidade do recurso à figura (inexistente no Regulamento do Leilão, no Manual de Utilização da Plataforma Eletrónica ou em qualquer outra peça do procedimento) da “licitação em branco” é assim por demais evidente e não pode aceitar-se. O que sucedeu, isso sim, é que a ZON III serviu-se, de uma falha da plataforma eletrónica, com vista a atingir um resultado não admitido pelo Regulamento do Leilão. Há assim que concluir que o comportamento que a ZON III adotou – e que o ICP-ANACOM surpreendentemente sancionou, permitindo que entrasse pela janela aquilo a que o Regulamento do

Leilão quis fechar a porta – corresponde genericamente à figura da fraude à lei, sendo merecedor de forte censura.

- 4.4. Acresce que, mesmo que pudesse admitir-se a figura da “licitação em branco” – que manifestamente não pode! – para que a ZON III tivesse feito uma “licitação em branco” na ronda inicial necessário seria que se pudesse ao menos considerar que a ZON III participou nessa ronda.

Ora esse não é claramente o caso, como de resto resulta com clareza da própria definição de “ronda”, consagrada na alínea p) do artigo 2º do Regulamento do Leilão.

Com efeito, nos termos desta disposição, uma ronda é um “conjunto de licitações submetidas para os **vários lotes** das diversas categorias num dado intervalo de tempo, sendo que **todas** estas licitações têm como **montante mínimo** os diversos **preços dos lotes** nas diversas categorias” (sem realce no original). Por sua vez, o preço do lote é o “valor fixado para cada lote que, na primeira ronda, corresponde ao preço de reserva” (alínea n) do artigo 2º do Regulamento do Leilão).

Assim, para se poder considerar que tinha participado na primeira ronda, a ZON III teria de ter submetido uma licitação para determinados lotes (não sendo assim possível, face à definição de “ronda” não indicar qualquer lote), e essa licitação teria de ter como montante mínimo o preço de reserva dos lotes em causa (não sendo assim possível, face à definição de “ronda” não indicar montante algum).

Visto de outro prisma, se **todas** as licitações de uma ronda têm obrigatoriamente como montante mínimo o preço do lote e se este, na primeira ronda, não pode ser inferior ao preço de reserva, uma submissão que não seleccione qualquer lote e que não ofereça aquele montante mínimo, não pode ser qualificado como uma licitação.

É assim forçoso concluir que a ZON III não submeteu qualquer licitação, não podendo por isso considerar-se que tenha participado na fase de licitação, pelo que a alínea b) do nº 4 do artigo 10º do Regulamento do Leilão – que estabelece que a caução é libertada quando, no termo da fase de licitação, o licitante não tenha sido determinado vencedor – não lhe é aplicável.

- 4.5. Não pode também de forma alguma aceitar-se o argumento – formalista e artificial – do ICP-ANACOM, segundo o qual, nos termos da alínea g) do artigo 2º do Regulamento do Leilão deve considerar-se como licitante a entidade habilitada a participar nas fases do leilão subsequentes à fase de qualificação, característica que a ZON III reuniria em virtude de a sua candidatura ter sido admitida.

O que aquela alínea g) do artigo 2º do Regulamento do Leilão estabelece é o seguinte:

“Fase de Qualificação: fase inicial do leilão que determina as entidades habilitadas a participar nas fases subsequentes do leilão (licitantes)”

Assim e em primeiro lugar, parece evidente que a definição não pretende estabelecer o conceito de licitante mas sim o conceito de “fase de qualificação”. Por outro lado, parece também evidente que a definição refere-se (entre parêntesis, note-se!) às entidades cujas candidaturas foram admitidas como “licitantes” porque assume que essas entidades participarão na fase de licitação (já que, presumivelmente, foi para isso que se candidataram!) É porém absolutamente artificial retirar, de uma indicação entre parêntesis e com propósitos manifestamente simplificadores, a conclusão de que todas as entidades habilitadas a participar na fase de licitação são licitantes. Licitantes são, como parece óbvio, as entidades que (efectivamente e de forma válida) participam na fase de licitação e não as entidades que, habilitadas a participar naquela fase, optam por não o fazer.

- 4.6. Finalmente, a TMN considera que não é também válido o argumento de que, sendo a caução concebida em função de critérios de elegibilidade, e não tendo a ZON III sido determinada licitante vencedora, a caução deixa de desempenhar para o ICP-ANACOM (enquanto entidade beneficiária) qualquer função procedimental ou de garantia, não subsistindo por isso motivos para que não seja libertada.

Com efeito, e como já demonstrado no parágrafo, 4.2. supra, a caução visa não apenas garantir o pagamento do preço por parte dos licitantes vencedores (e, em geral, o cumprimento das demais obrigações inerentes ao procedimento do leilão), mas também garantir o “vínculo assumido com a apresentação das candidaturas”. Ora, a ZON III, ao não participar no leilão (pois foi isso que na verdade sucedeu), violou manifestamente o vínculo que assumiu com a apresentação da sua candidatura, pelo que a caução clara-

mente desempenhava uma função procedimental de garantia que impedia a respectiva libertação.

- 4.7. Resulta de facto evidente de tudo o que ficou exposto que a ZON III não participou no leilão e que, em termos de “verdade material”, o que a ZON III fez foi retirar a sua candidatura após a mesma ter sido validamente admitida.

O recurso à figura da “licitação em branco”, não admitida pelo Regulamento de Leilão, é como vimos profundamente artificial, pretendendo apenas contornar as regras inerentes ao procedimento do leilão para atingir um fim não permitido, constituindo nessa medida uma atuação fraudulenta que não pode ser aceite.

Que a verdade material corresponde à não participação da ZON III no leilão, e que essa, e não outra, foi efectivamente a intenção da empresa, resulta com clareza do Comunicado que a ZON Multimédia, SGPS efectuou junto da CMVM, em cumprimento das obrigações que para si resultam do Código de Valores Mobiliários. Pode efectivamente ler-se neste documento, publicamente divulgado na tarde de sábado, dia 26 de Novembro (e disponível no site da CMVM), que a ZON Multimédia SGPS “comunica que **não irá participar no leilão** para atribuição de direitos de utilização de frequências móveis” (sem realce no original).

A qualidade de “licitante não vencedor” que o ICP-ANACOM, de forma profundamente artificial (e em violação do Regulamento de Leilão), pretende atribuir à ZON III é, para além de tudo o mais, incompatível com esta decisão, comunicada ao mercado de “não participar no leilão”.

É assim evidente que a ZON III, após a sua candidatura ter sido validamente admitida, não quis participar no leilão, comunicou ao mercado, através da sua “casa-mãe”, que não participaria no leilão e não participou efectivamente no leilão. Com isso, violou “o vínculo assumido com a apresentação da candidatura”, o que determina a perda de caução, nos termos do artigo 10º do Regulamento do Leilão.

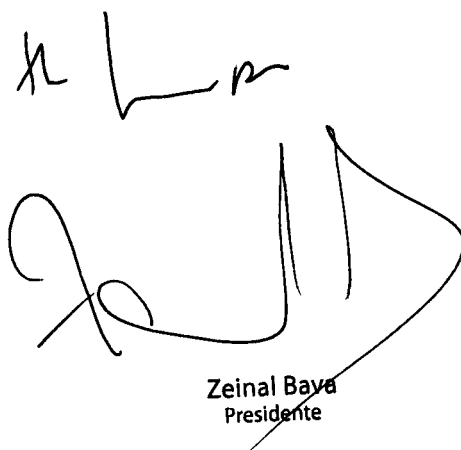
Com efeito, e como foi já referido no parágrafo 4.2. supra, o nº 4 daquele artigo não permite que a caução seja libertada, a pedido de um candidato admitido que mude de

ideias e decida não participar afinal no leilão. O que, como vimos, foi justamente aquilo que a ZON III fez.

- 4.8. Não estamos assim perante nenhum dos únicos quatro casos em que o nº 4 do artigo 10º do Regulamento do Leilão admite a libertação da caução, pelo que a decisão do ICP-ANACOM foi adotada em violação deste Regulamento.

Ao libertar a caução sem que pudesse fazê-lo, o ICP-ANACM lesou o erário público em € 15M e beneficiou ilegitimamente a ZON III em igual montante.

Com os melhores cumprimentos,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Zeinal Baya', written in a cursive style. Below the signature is a printed name and title.

Zeinal Baya
Presidente