



Associação dos Operadores de Telecomunicações

PROCEDIMENTO DE CONSULTA PÚBLICA

**Projecto de Decisão do ICP-ANACOM sobre a oferta de acesso às
condutas
da concessionária PT Comunicações, S.A.**

Posição da APRITEL

I – Introdução e comentários gerais

A APRITEL - Associação dos Operadores de Telecomunicações, enquanto associação representativa do mercado das telecomunicações, assume uma responsabilidade de intervenção pública, alertando para as situações que considera mais pertinentes e preocupantes no mercado.

Assim, prosseguindo os seus objectivos de contribuir para o desenvolvimento do sector das Comunicações em Portugal e, por outro lado, promover a instauração de condições para o funcionamento eficiente de um mercado de telecomunicações e para a existência de uma sã concorrência no mercado, a APRITEL expõe, no presente documento, as observações ao projecto de deliberação do ICP-ANACOM relativamente às condições de acesso e utilização de condutas e infra-estrutura associada da concessionária do serviço público de telecomunicações, PT Comunicações, S.A. (adiante designada "PTC").

A APRITEL considera que os objectivos gerais que devem presidir à deliberação da ANACOM devem ser:

- o A utilização eficiente de recursos
- o A promoção de investimentos em infra-estruturas economicamente eficientes
- o A redução de barreiras à entrada e a promoção de uma concorrência efectiva

Previamente à exposição dos comentários que se suscitaram após análise do projecto de deliberação submetido a consulta pública, considera-se de grande importância destacar um conjunto de considerações gerais:

- o A imposição constante do artigo 26º da Lei nº 5/2004 traduz-se numa obrigação, atribuída à concessionária (e só a esta), de facultar o acesso às infra-estruturas (condutas, postes, ou outras instalações) de que seja proprietária ou cuja gestão lhe incumba, onde se inclui o acesso a edifícios (incluindo as condutas internas do mesmo no âmbito do ITED), condutas, postes e mastros.
- o A efectiva aplicação do art. 26º da Lei nº 5/2004 deve assegurar o acesso às infra-estruturas de que a PTC seja proprietária ou gestora (independentemente de as mesmas suportarem ou não serviços concessionados) em condições mais transparentes e eficazes do que as que resultavam da aplicação do quadro normativo anteriormente em vigor.
- o Sob pena de perder totalmente a eficácia, a deliberação da autoridade reguladora não deverá omitir os necessários elementos mínimos que a PTC deverá, obrigatoriamente, transpor para a sua oferta de referência e, em seguida, para o contrato-tipo a celebrar com os diversos operadores que pretendam beneficiar do acesso em questão.
- o A APRITEL considera que a formulação apresentada pela Autoridade Reguladora requer a concretização dos critérios de acesso.

Efectivamente, a deliberação que o ICP-ANACOM venha a adoptar não deve ser neutra em relação às concretas condições de acesso às infra-estruturas da concessionária que deverão constar da respectiva oferta de referência. Pelo contrário, deve consagrar expressamente critérios e limites concretos, definidos de forma pormenorizada, e impor a respectiva observância à entidade concessionária.

- o Finalmente, o ICP-ANACOM deverá, desde já, requerer à PTC o cadastro completo das infra-estruturas relativas a esta Deliberação. Esta informação, para além de contemplar a já existente na ORALL e ORI no que se refere aos edifícios de central da PTC, deverá também incluir as demais infra-estruturas, como sejam os postes, torres e condutas (de rua e nos edifícios da PTC).

Chama-se especial atenção para o que se refere à informação sobre condutas disponíveis em cada traçado e a respectiva taxa ocupação, incluindo informação sobre a tipologia dos cabos nelas existentes, sem prejuízo da sua publicação posterior no âmbito da Oferta de Referência para acesso aos Operadores Beneficiários - OB - (no âmbito de um sistema de cadastro que se considera essencial para assegurar os princípios de transparência e não discriminação no âmbito da oferta de referência).

II - Comentários específicos ao conteúdo do projecto de deliberação

A deliberação a adoptar pelo ICP-ANACOM deve assegurar a existência de *“condições compatíveis com uma sã concorrência e com entradas eficientes no mercado”*, sendo certo que o acesso e utilização das infra-estruturas detidas pela concessionária do serviço público contribuem *“para uma diminuição das barreiras à entrada de novos prestadores de serviços de telecomunicações”* pois tornam possível *“um mais célere desenvolvimento de redes e infra-estruturas próprias”*.

Deve, portanto, tal deliberação, constituir um instrumento suficientemente preciso (quanto às concretas condições de acesso e ao procedimento a seguir) para assegurar que a oferta de referência que vier a ser disponibilizada pela PTC não elimina, nem restringe, o efeito útil do art. 26º da Lei nº 5/2004; todavia, considera-se que a proliferação de termos

genéricos e de sentido indeterminado no texto do projecto de deliberação não se adequa à finalidade da mesma, ou seja, a previsão antecipada de condições gerais de acesso suficientemente pormenorizadas para assegurar um efectivo acesso às infra-estruturas em questão.

Neste sentido, expressões como *“sempre que seja técnica e fisicamente possível”*, *“garantia de um apropriado desenvolvimento futuro dos serviços concessionados”*, *“quando se revelar necessário”* ou *“prazo razoável equivalente”* não são adequadas na medida em que se permite, injustificadamente, uma discricionariedade da PTC susceptível de anular o efeito útil da decisão a adoptar e da própria lei.

A exclusão de determinadas infra-estruturas representa uma limitação do âmbito da deliberação que se considera injustificável na medida em que o legislador não previu qualquer restrição da intervenção do ICP-ANACOM ao abrigo do nº 4 do art. 26º da Lei nº 5/2004. A oferta de referência que a concessionária está obrigada a disponibilizar, e cujas condições de acesso e utilização devem ser definidas previamente pela autoridade reguladora, deve abranger o acesso *“às condutas, postes, outras instalações e locais.”*

Na alínea c) do nº 2 do art. 7º das bases da concessão do serviço público de telecomunicações, já era garantido *“O acesso, nos termos da lei, às condutas, postes, outras instalações e funcionalidades”* da rede básica de telecomunicações.

Mas a Lei n.º 5/2004 amplia claramente o âmbito daquela disposição. Assim, e como foi já referido, deverá ser revisto o âmbito de aplicação da deliberação, incluindo no mesmo as condições de acesso e utilização de todas as outras infra-estruturas que sejam propriedade da PTC e/ou geridas por esta, designadamente postes, mastros, torres e edifícios.

No que respeita ao ponto 2., considera-se, por isso, dever o mesmo ser reformulado em atenção ao âmbito da deliberação no que respeita ao elenco de infra-estruturas de rede incluídas.

O ponto 3.1.1 inclui terminologia que permite uma discricionariedade injustificada na definição do que devam ser os critérios de determinação da viabilidade do acesso a condutas, caixas de visita, postes, centrais etc.

Por outro lado, a indeterminação dos conceitos utilizados contraria, designadamente, os objectivos de promoção da transparência, apresentados no preâmbulo do projecto de deliberação. Como exemplo, tome-se a redacção deste ponto que refere: "*Sempre que técnica e fisicamente possível (...)*". Ora, neste tipo de acesso não existem quaisquer incompatibilidades técnicas, sendo que físicas apenas existirão na medida em que não exista espaço disponível, situação essa que é discutida em ponto específico adiante.

Devem então impor-se critérios precisos e claros de acesso e utilização, pelos operadores beneficiários, a condutas e outras infra-estruturas associadas, os quais deverão ser repercutidos nos pontos 3.1.2. a 3.1.4. e no ponto 4 do presente projecto.

Ainda no âmbito do ponto 3.1.1 considera-se que a inclusão da expressão "*a concessionária está obrigada a negociar*" não corresponde à definição do direito de acesso constante do art. 26º da Lei nº 5/2004. Com efeito, diz esta norma que "*A concessionária do serviço público de telecomunicações deve disponibilizar [...]*" o acesso solicitado, pelo que o uso do termo "negociar" corresponde a uma limitação das obrigações que impendem sobre a concessionária por força da lei.

Por fim, é de referir que a excepção prevista no final do ponto 3.1.1, dirigida a situações “*que possam resultar em ameaças à saúde e segurança do pessoal que trabalhe nas infra-estruturas*” é demasiado vaga.

Relativamente ao ponto 3.1.3, cumpre salientar que a possibilidade de reserva de espaço em condutas, caixas de visita ou outras infra-estruturas pela PTC, no âmbito da oferta de referência que deverá disponibilizar em matéria de acesso a estas infra-estruturas, é de questionar. A reserva de espaço nestas infra-estruturas representa uma compressão dos direitos de acesso conferidos por lei a terceiros operadores.

Esta compressão é tanto mais gravosa quando o projecto prevê uma elevada discricionariedade da concessionária na reserva desse espaço para utilização futura. Por um lado, o prazo máximo de um ano é claramente excessivo, devendo ser diminuído para um horizonte de 3 meses. Por outro, nos termos do disposto no nº 4 do art. 7º das bases da concessão do serviço público de telecomunicações aprovadas pelo DL nº 31/2003, a PTC está obrigada a desenvolver as infra-estruturas da rede básica de telecomunicações de modo a assegurar os níveis de qualidade adequados aos serviços que nela se suportem. Ou seja, a própria possibilidade de reserva de espaço em condutas, caixas de visita ou outras infra-estruturas pela PTC, no âmbito da oferta de referência aludida neste projecto é altamente questionável, na medida em que se estará, na prática, a discriminar os novos operadores face aos próprios serviços da PTC (apenas para estes últimos é que a obrigação das bases de concessão atrás referida se aplicará, penalizando-se assim a actividade dos OB).

Assim, é reforçada a necessidade de aplicar de forma restrita esta possibilidade de reserva (tanto no horizonte temporal aplicável como nos termos de aplicação dessa reserva que são discutidos abaixo).

Assim, e no intuito de ser salvaguardado o efeito útil do direito de acesso previsto no art. 26º da Lei nº 5/2004, considera-se imprescindível que quaisquer pedidos de reserva de espaço que a PTC venha a dirigir ao ICP-ANACOM sejam sujeitos a uma justificação e projecto detalhados e restritos a uma área delimitada da respectiva rede, de forma a garantir-se que a reserva de espaço não constitui um mecanismo de bloqueio ao acesso por terceiros operadores.

A deliberação do ICP-ANACOM deverá ainda prever expressamente um mecanismo de fiscalização externa da fundamentação apresentada pela PTC para qualquer pedido de reserva de espaço destinado a “utilização própria futura”.

No que respeita à 2ª parte do ponto 3.1.3 – possibilidade de reserva de espaço para manobras de manutenção e reparação –, considera-se demasiado vaga a referência à possibilidade de a PTC solicitar a reserva de espaço para este fim “*Quando se revelar necessário*”. De facto, não se estabelecem quaisquer limites ao recurso a esta possibilidade pela concessionária.

Considerando-se que possa ser necessário, efectivamente, proceder à reserva de algum espaço em infra-estruturas existentes¹ para fins de manutenção, será necessário que a área reservada para fins de manutenção seja configurada como uma área de utilização comum por todos os operadores, em função das necessidades de manutenção que, em cada momento, possam surgir em qualquer rede.

Acresce que a APRITEL considera que esta possibilidade de reserva de espaço para fins de manutenção e reparações não prejudica as obrigações específicas que impendem sobre a concessionária do serviço público, no que

¹ Poder-se-á utilizar o valor de referência de 10% da capacidade de uma conduta média, referenciado na decisão do tribunal sobre a TVTEL

respeita à interoperabilidade, continuidade, disponibilidade, permanência e qualidade dos serviços concessionados.

Analisado o ponto 3.1.4, constata-se que apenas se dirige a impedir a instalação futura de equipamento que não seja necessário, nada referindo quanto à necessidade de retirar equipamento nas mesmas condições que já se encontre instalado. Deverá então ser aditada uma referência expressa a este ponto no sentido de obrigar a PTC a retirar de qualquer infra-estrutura relativamente à qual seja requerido acesso por um terceiro operador (condutas; caixas de visita; postes etc.) todo e qualquer equipamento obsoleto que já não esteja em uso.

No ponto 4., verifica-se uma redacção demasiado genérica e imprecisa.

Relativamente, em concreto, ao ponto 4, alínea a), ponto ii), considera-se dever ser previsto um mecanismo de fiscalização externa dos fundamentos apresentados pela PTC em situações de impossibilidade de acesso. A exigência de fundamentação sem referência a elementos concretos considera-se, por isso, insuficiente.

Por outro lado, a equivalência do “*prazo razoável*” referido nesta alínea com o prazo que a PTC observe relativamente a entidades em relação de grupo ou dominância não é suficiente para garantir um tratamento não discriminatório e transparente. A APRITEL considera que o prazo razoável referido nesta alínea não deve exceder os 10 dias úteis.

Também ainda no que se refere a níveis de serviço, o ponto 4, alínea c), ponto i), considera-se que o prazo para resposta a qualquer pedido de acesso e utilização de condutas, sub-condutas, caixas de visita ou outras infra-estruturas associadas, não deverá exceder 10 dias úteis.

É de chamar a atenção para a necessidade de todos os níveis de serviço a definir na oferta de referência deverem contemplar penalizações dissuasoras do seu incumprimento.

No que respeita ao Ponto 4, alínea a), ponto iii), considera-se que deveria ser imposta a obrigação de demonstrar, em cada caso, que o traçado alternativo disponibilizado corresponde, efectivamente, ao traçado mais curto para a ligação pretendida a seguir ao traçado inicialmente recusado.

Por outro lado, considera-se defensável a posição assumida pela Autoridade de Concorrência Australiana no sentido de o operador concessionário das infra-estruturas dever assegurar que os outros operadores tenham acesso á detecção de falhas, ao seu processamento e rectificação.

Quanto ao Ponto 4, alínea c), pontos ii) e iii), entende-se que a inclusão das operações de instalação ou remoção de equipamentos em infra-estruturas cedidas pela PTC no procedimento que venha a ficar definido na respectiva oferta de referência equivale a introduzir no âmbito do procedimento que venha a ser definido duas fases adicionais de apreciação/intervenção que se entendem desnecessárias e cujo único resultado previsível será dificultar as condições práticas de exercício dos direitos de acesso previstos. Assim, uma vez recebida a viabilidade da utilização das infra-estruturas em causa (no caso da instalação), o OB deverá avisar a PTC da data a partir da qual iniciará os trabalhos, aviso esse que deverá respeitar um prazo, que se considera não dever exceder 2 dias úteis.

No que se refere à remoção dos equipamentos, esta deverá ser desencadeada no tempo máximo de uma semana após a indicação de que os mesmos já não estão em uso. Esta indicação deverá ser tornada pública via actualização do cadastro dos equipamentos instalados em infra-estruturas da PTC e que sejam utilizadas em regime de espaço comum

(exclui-se, portanto, o caso dos módulos das centrais, na medida em que os espaços aí utilizados são exclusivos para cada OB).

No Ponto 4, alínea c), ponto iv), considera-se absolutamente necessário que se garanta o acesso imediato (no máximo uma hora) de qualquer operador beneficiário a infra-estruturas suas para a realização de operações de manutenção e reparação de carácter urgente. Não deve então permitir-se à concessionária qualquer apreciação da necessidade/conveniência de uma acção de manutenção ou reparação ao equipamento de um operador beneficiário, impondo prazos que resultem no adiamento das referidas operações que assumem, por natureza, carácter urgente.

Na alínea d) do ponto 4., considera-se que deverá ser feita referência expressa ao princípio da orientação para os custos.

No que se refere ao Anexo, a APRITEL chama a atenção para o facto de os preços a definir pela PTC deverem atender ao que a seguir se expõe:

- a) Fundos comunitários auferidos pela concessionária na construção das infra-estruturas da rede básica e que, por conseguinte, não deverão ser repercutidos nos OB;
- b) Práticas de mercado da PTC que constituem tectos máximos para os preços da oferta de referência, na medida em que incorporam uma margem de lucro acima da taxa de recuperação do capital que o princípio de orientação para os custos preconiza;
- c) Taxas municipais de direitos de passagem: deverão incorporar a isenção que a PTC usufruiu até hoje e, sobretudo, sob pretexto algum e contrariamente ao que se diz no projecto, não podem originar situações de dupla tributação ou, em geral, ser aplicadas *duas vezes*:

as TMDP são obrigatoriamente facturadas e cobradas aos clientes finais (vide artigo 106.º, n.º 3, da Lei 5/2004; incorporar este custo no preço de acesso às condutas equivaleria a transferir para a PTC uma receita fiscal do Estado.

Finalmente, deverá ser imposta uma data limite para a apresentação de uma oferta de referência, a qual não deverá ultrapassar os 30 dias corridos a contar da publicação da presente deliberação.

No que se refere em particular à definição do processo de análise de viabilidade e acesso, e dada a sua criticidade, a APRITEL considera que deverá ser promovido um Grupo de Trabalho orientado pelo ICP-ANACOM e incorporando todos os interessados e que deverá, no prazo de 10 dias após a sua formação, apresentar uma proposta, incluindo níveis de serviço e penalizações associadas, a qual deverá ser incorporada na oferta de referência.