

SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO

VERSÃO PÚBLICA

Revogação do Direito de Utilização de Frequências da Dense Air na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G

outubro de 2023

ANACOM

AUTORIDADE
NACIONAL
DE COMUNICAÇÕES

Índice

1.	Pedido da DENSE AIR de revogação do DUF na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G e de isenção do pagamento das taxas de utilização de frequências aplicáveis	1
2.	Enquadramento	3
2.1.	O Leilão BWA e o Direito de Utilização de Frequências (DUF) ICP-ANACOM n.º 04/2010 da DENSE AIR.....	3
2.2.	As decisões de 2019 e de 2020 de alteração do DUF ICP-ANACOM n.º 04/2010 da DENSE AIR.....	5
2.3.	O Leilão 5G	10
2.4.	Emissão do título à DENSE AIR em resultado do Leilão 5G	12
2.5.	Taxas de utilização de frequências.....	13
3.	Análise do pedido	14
3.1.	Lei das Comunicações Eletrónicas	15
3.2.	A revogação de atos no Código do Procedimento Administrativo (CPA) ..	15
3.2.1.	Competência para a revogação	16
3.2.2.	Condicionismos aplicáveis à revogação	16
3.2.3.	Admissibilidade da revogação de atos administrativos.....	17
3.3.	Atribuição de efeitos retroativos a 04.11.2020 e isenção do pagamento das taxas de utilização do espectro de radiofrequências associadas ao espectro atribuído em momento anterior ao Leilão 5G.....	18
3.4.	Revogação à data da apresentação do pedido	22
4.	Conclusão da análise	23
5.	Procedimentos de audiência prévia e de consulta pública aplicáveis.....	23
6.	Decisão.....	24
	ANEXO.....	26

SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO

Revogação do Direito de Utilização de Frequências da Dense Air na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G

1. Pedido da DENSE AIR de revogação do DUF na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G e de isenção do pagamento das taxas de utilização de frequências aplicáveis

Por carta que deu entrada na ANACOM em 14.07.2023, a Dense Air Portugal, Unipessoal, Lda. (doravante “DENSE AIR”) refere que «pretende agora devolver imediatamente o [que designa como] *Legacy Spectrum*¹». Como tal, a empresa solicita a «libertação do *Legacy Spectrum*, com efeitos a partir da data de emissão do 6.º Aditamento ao DUF (i.e., 4 de novembro de 2020), de tal forma que a [DENSE AIR] fique isenta das taxas do espectro de radiofrequências aplicadas sobre o *Legacy Spectrum* desde essa data», especificando que o pedido «se refere exclusivamente ao *Legacy Spectrum* (...), não abrangendo ou afetando os direitos de utilização do espectro adquiridos no âmbito do leilão 5G²».

Para este efeito, a empresa requer, cumulativamente:

- a) A «revogação dos direitos sobre o *Legacy Spectrum*, com alteração parcial do DUF da Dense Air na parte relevante, devendo esta revogação produzir efeitos desde a data de emissão do 6.º Aditamento ao DUF (i.e., 4 de novembro de 2020)»; e
- b) A «isenção do pagamento das taxas do espectro de radiofrequências associadas ao *Legacy Spectrum*.».

Para fundamentar o seu pedido, DENSE AIR alega, em síntese, que:

¹ A DENSE AIR esclarece no seu requerimento que o que designa por *Legacy Spectrum* são os 100 MHz, atribuídos entre as faixas 3400 e 3500 MHz, nas regiões 1 e 2 de Portugal (principalmente as zonas de Lisboa e Porto) e 55 MHz, atribuídos entre as faixas 3400 e 3455 MHz, nas regiões 3 a 8 de Portugal (todas as outras zonas do País, incluindo a Região Autónoma dos Açores, mas excluindo a Região Autónoma da Madeira).

² A DENSE AIR esclarece no seu requerimento que este espectro se refere aos 40 MHz, entre a faixa 3440 e 3480 MHz, para todo o país, incluindo a Região Autónoma da Madeira e a Região Autónoma dos Açores.

- a) «Os direitos sobre o *Legacy Spectrum*, inicialmente atribuído à Dense Air em 2010, foram reestruturados pela ANACOM no âmbito do leilão 5G. (...), tendo-lhe sido assegurado, como contrapartida, um tratamento justo e equitativo entre todos os detentores do espectro 5G»;
- b) «No âmbito da referida reestruturação, a ANACOM determinou que (i) os direitos sobre o *Legacy Spectrum* cessariam, sem possibilidade de renovação, em 2025»³, «e (ii) o *Legacy Spectrum* seria disponibilizado para licitação no leilão 5G (...)», tendo esta decisão **[Início da Informação Confidencial – IIC]**
- [Fim da Informação Confidencial – FIC];**
- c) **[IIC]**
- [FIC];** neste contexto, «as taxas do espectro de radiofrequências inesperadamente aplicadas pela ANACOM ao *Legacy Spectrum*, juntamente com as determinações anteriores sobre a atividade e os recursos da Dense Air, reforçaram uma posição de des-vantagem injusta que, nesta fase, não pode ser ultrapassada sem ações concretas que eliminem estas circunstâncias para o futuro e que corrijam o seu impacto passado na Dense Air. Aliás, tendo em conta que os direitos sobre o *Legacy Spectrum* caducarão em 2025, o valor subjacente a este recurso é muito inferior ao valor dos direitos que se mantêm por 20 anos (ou mais, em caso de renovação). Não obstante, estão a ser cobradas à Dense Air taxas do espectro de radiofrequências cinco vezes superiores às taxas cobradas a operadores que beneficiam do desconto previsto na Portaria»;
- d) «Ao longo do (prolongado) leilão 5G, e à luz desta incerteza em torno dos direitos da Dense Air, não foi possível à mesma prosseguir adequadamente a sua atividade

³ Ainda a este propósito, a DENSE AIR refere que «(...) tendo em conta que os direitos sobre o *Legacy Spectrum* caducarão em 2025, o valor subjacente a este recurso é muito inferior ao valor dos direitos que se mantêm por 20 anos (ou mais, em caso de renovação).».

comercial e explorar o *Legacy Spectrum* [IIC]

[FIC];

e) «(...) [IIC]

[FIC]».

2. Enquadramento

2.1. O Leilão BWA e o Direito de Utilização de Frequências (DUF) ICP-ANACOM n.º 04/2010 da DENSE AIR

Por deliberação de 23.11.2006, do Conselho de Administração do, então, ICP - Autoridade Nacional de Comunicações – atualmente, Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) –, foi aprovado o lançamento de uma consulta pública sobre a introdução do Acesso de Banda Larga Via Rádio (BWA - *Broadband Wireless Access*) em Portugal⁴.

Na sequência dessa consulta pública, a ANACOM, por deliberação do seu Conselho de Administração de 24.01.2008⁵, limitou o número de direitos de utilização de frequências reservadas para o BWA na faixa dos 3,4-3,8 GHz, tendo definido que em cada zona geográfica (conforme definidas no anexo à Portaria n.º 1062/2004, de 25 de agosto⁶) poderiam ser atribuídos dois direitos de utilização de frequências, correspondentes, cada um, a 1 bloco de 2x28 MHz na subfaixa 3,4-3,6 GHz e dois direitos de utilização de frequências correspondentes, cada um, a 1 bloco de 2x28 MHz, na subfaixa 3,6-3,8 GHz. Na mesma decisão, foi definido que o leilão seria o procedimento de atribuição dos direitos de utilização das frequências em causa.

Neste contexto, e cumpridos os adequados procedimentos de consulta, veio a ser aprovado, por deliberação do Conselho de Administração de 14.10.2009, o Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências para o BWA, publicado em *Diário*

⁴ Acessível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=425157>.

⁵ Acessível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=554783>.

⁶ Acessível em <https://files.dre.pt/1s/2004/08/200b00/57895790.pdf>.

da República em 29.10.2009 com a referência n.º 427/2009, posteriormente retificado pela Declaração n.º 2930/2009, de 27 de novembro⁷.

As frequências a disponibilizar nesse leilão destinavam-se à prestação de serviços de comunicações eletrónicas fixos, nomádicos e móveis acessíveis ao público, de acesso em banda larga, não estando condicionados à utilização de uma tecnologia específica (cfr. artigo 1.º, n.º 2 do referido Regulamento).

Tendo-se realizado o leilão (cujas fases de licitação e consignação decorreram no início de 2010) a empresa BRAVESENSOR – Unipessoal, Lda. (BRAVESENSOR) veio a obter três lotes na zona geográfica 1 (num total de 168 MHz), dois lotes na zona geográfica 2 (num total de 112 MHz), e um lote nas zonas geográficas 3, 4, 5, 6, 7 e 8 (56 MHz em cada uma dessas regiões)⁸.

Nesta sequência, por deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 28.04.2010, sob proposta da Comissão, constituída no âmbito do procedimento do Leilão BWA, foi atribuído à BRAVESENSOR o correspondente direito de utilização de frequências para a exploração de sistemas de BWA, tendo o título que o consubstancia sido emitido por deliberação do mesmo órgão de 05.08.2010⁹ (Título ICP-ANACOM n.º 04/2010¹⁰).

O direito de utilização de frequências foi atribuído pelo prazo de 15 anos, contado a partir da data da emissão do respetivo título, ocorrendo o seu termo em 05.08.2025 (cfr. o ponto 10.º do Título ICP-ANACOM n.º 04/2010).

Nos anos seguintes o direito de utilização de frequências foi alterado três vezes, atentas as modificações na denominação social da empresa decorrentes de alterações na titularidade do capital social da mesma: em 2011 a empresa passou a designar-se ZAPPWIMAX, Unipessoal, Lda.¹¹; em 2016 passou a designar-se BROADBAND PORTUGAL BBP

⁷ Acessível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=988225>.

⁸ Relatório Final do Procedimento de Seleção por leilão de espectro para BWA disponível em https://www.anacom.pt/streaming/Relatorio_FinalLeilaoBWA.pdf?contentId=1024545&field=ATTACHED_FILE

⁹ Acessível em <https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1040840>.

¹⁰ Acessível em https://www.anacom.pt/streaming/licenca_Bravesensor.pdf?contentId=1040833&field=ATTACHED_FILE.

¹¹ Averbamento n.º 1 acessível em https://www.anacom.pt/streaming/ZAPPWIMAX_averbamento.pdf?contentId=1069835&field=ATTACHED_FILE.

Unipessoal, Lda.¹²; em 2019 passou a designar-se Dense Air Portugal, Unipessoal, Lda.¹³. Houve ainda uma alteração (também em 2019) para refletir a mudança da sede social da empresa¹⁴.

2.2. As decisões de 2019 e de 2020 de alteração do DUF ICP-ANACOM n.º 04/2010 da DENSE AIR

Em maio de 2019, a DENSE AIR apresentou à ANACOM uma proposta de reorganização da faixa dos 3,4-3,8 GHz, bem como de reconfiguração do seu direito de utilização de frequências em conformidade com as condições técnicas aplicáveis a esta faixa, estabelecidas na revisão da Decisão 2008/411/CE, por via da Decisão de Execução (UE) 2019/235¹⁵, mormente no que se refere à contiguidade do espectro, ao modo de operação, à dimensão dos blocos e à sua canalização.

Após várias interações entre a ANACOM e a empresa, este processo culminou com a comunicação da DENSE AIR, de 18.10.2019, em que esta confirma a sua intenção de «(...) reduzir as frequências que lhe foram atribuídas na faixa dos 3.4-3.8 GHz, em apoio dos planos da ANACOM para reconfigurar a faixa, de forma a permitir a utilização eficiente dos serviços 5G em Portugal.».

A DENSE AIR deixou, assim, claro que reduziria «(...) unilateralmente as frequências que lhe foram atribuídas na zona geográfica 1 da atual configuração da faixa FDD de 168 MHz para 100 MHz TDD; na zona geográfica 2, de 112 MHz para 100 MHz TDD; e nas outras áreas continentais (zonas geográficas 3, 4, 5, 6 e 7) e na Região Autónoma dos Açores de 56 MHz para 55 MHz TDD”, no pressuposto de que a ANACOM aplicará[iria] as condições da Decisão de Execução (UE) 2019/235 da Comissão, de 24 de janeiro de 2019, que altera a Decisão 2008/411/CE.»¹⁶.

¹² Averbamento n.º 2 acessível em https://www.anacom.pt/streaming/Averbamento2_DUF4_2010.pdf?contentId=1401410&field=ATTACHED_FILE.

¹³ Averbamento n.º 3 acessível em https://www.anacom.pt/streaming/DenseAir_Averbamento3.pdf?contentId=1471173&field=ATTACHED_FILE.

¹⁴ Averbamento n.º 4 acessível em https://www.anacom.pt/streaming/Averbamento4_DUF4_2019.pdf?contentId=1472420&field=ATTACHED_FILE.

¹⁵ Decisão que alterou a Decisão 2008/411/CE, de 21 de maio, no que respeita à atualização de determinadas condições técnicas aplicáveis à faixa de frequências dos 3,4-3,8 GHz, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32019D0235>.

¹⁶ Página 9 da Decisão de 23.12.2019.

No final de 2019, mais concretamente em 23.12.2019¹⁷, na sequência dos procedimentos de consulta aplicáveis, por deliberação do seu Conselho de Administração, a ANACOM decidiu sobre:

a) A alteração do direito de utilização de frequências detido pela DENSE AIR

No seguimento de proposta da DENSE AIR, foi determinada a reconfiguração e a realocação do espectro detido pela empresa na faixa dos 3,4-3,8 GHz que se consubstanciou num novo averbamento ao direito de utilização de frequências detido pela empresa (Averbamento n.º 5 ao Título ICP-ANACOM n.º 04/2010)¹⁸.

Na referida decisão é relevado, nomeadamente, que:

- estas alterações eram incontornáveis para permitir a utilização de espectro contíguo, em modo de operação por divisão no tempo (TDD), tendo em vista a disponibilização de blocos suficientemente largos e, como tal, aptos à oferta de serviços compatíveis com 5G, como decorria da Decisão de Execução (UE) 2019/235 e já anteriormente do próprio Código Europeu das Comunicações Eletrónicas¹⁹;
- para além de corresponder ao que a própria empresa requereu à ANACOM, na avaliação efetuada à proporcionalidade da medida de redução da quantidade de espectro por esta detido em Lisboa (zona 1) e no Porto (zona 2), relevou também o facto de a empresa ter confirmado «que esta não inviabilizava a sua operação comercial, evidenciando que tal “alteração contribuirá[iria] para a eficiência espectral global do mercado nacional 5G, sendo igualmente benéfica para todas as partes, incluindo a ANACOM e os consumidores portugueses, cuja experiência será melhorada”»;

¹⁷ Acessível em <https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1488581>.

¹⁸ Averbamento n.º 5 acessível em https://www.anacom.pt/streaming/avermamento5DUFDenAir23122019.pdf?contentId=1498485&field=ATTACHED_FILE.

¹⁹ Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, acessível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32018L1972>. No seu artigo 54.º o Código estabeleceu diversas medidas que visavam facilitar a implementação de redes de comunicações eletrónicas, em especial de redes 5G, fixando um calendário coordenado de atribuições de faixas específicas de 5G, de acordo com o qual os EM deviam, até 31 de dezembro de 2020, tomar as medidas necessárias para, designadamente, reorganizar e permitir a utilização de blocos suficientemente largos na faixa dos 3,4-3,8 GHz.

- ao sujeitar a utilização do espectro da DENSE AIR às condições definidas na Decisão de Execução (UE) 2019/235, conforme solicitado pela empresa, garantiu-se a harmonização técnica da faixa para sistemas terrestres capazes de fornecer serviços de comunicações eletrónicas (SCET), ficando esta apta à oferta de serviços 5G; neste contexto estando à data em preparação o procedimento que se iria consubstanciar no 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 5G), o qual também iria envolver esta faixa, entendeu-se que a sua utilização deveria ser sujeita ao cumprimento de obrigações em condições não discriminatórias; assim, foi evidenciado que, impondo-se um tratamento equitativo entre os detentores de DUF nesta faixa, a ANACOM não poderia deixar de refletir essas condições, de forma proporcional, na utilização do espectro atribuído à DENSE AIR até 2025, promovendo a devida alteração do seu DUF (o que veio a acontecer com a decisão de 2020).

Igualmente se referiu que essa equidade também se deveria refletir nas taxas devidas pela utilização desse espectro (taxas aplicáveis a SCET), não obstante tratar-se de matéria da competência do Governo e que, como tal, dependeria do que este viesse a definir sobre a mesma.

b) A utilização futura da faixa de frequências do 3,4-3,8 GHz

Na referida deliberação, esta Autoridade relevou que a faixa dos 3,4-3,8 GHz havia sido identificada como a primeira faixa pioneira para o desenvolvimento das redes 5G, em faixas abaixo dos 6 GHz, e que já tinha sido a faixa que mais interesse tinha suscitado a diversas entidades que se pronunciaram na consulta pública promovida pela ANACOM, que decorreu em 2018²⁰.

Assim, e atentos os vários argumentos aí detalhados, na referida decisão foi também determinada a disponibilização da totalidade dos 400 MHz existentes na faixa dos 3,4-3,8 GHz no procedimento de atribuição de direitos de utilização que se encontrava em preparação, tendo-se determinado, conseqüentemente, que o direito de utilização de frequências detido pela DENSE AIR, consubstanciado no título ICP-ANACOM n.º

²⁰ Cfr. Consulta relativa à disponibilização de espectro na faixa dos 700 MHz, acessível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1430582>.

04/2010, caducaria no termo da sua validade, em 5 de agosto de 2025, sem haver lugar à sua renovação.

Nomeadamente, para tanto a ANACOM ponderou o interesse público de disponibilizar espectro num contexto de 5G, que não se encontrasse fragmentado, tendo considerado que seria extremamente relevante criar condições para permitir a maximização da quantidade de espectro disponibilizada na faixa dos 3,4-3,8 GHz para qualquer entidade poder vir a prestar serviços de comunicações eletrónicas. Foi também ponderado o facto de a escassez de espectro constituir uma das barreiras mais relevantes à entrada no mercado, designadamente para a oferta de redes e serviços móveis, sendo necessário garantir que este bem (escasso) do domínio público pudesse ser utilizado pelas entidades que mais o valorizassem, com vista à criação de valor para a sociedade em geral.

Em suma, considerando o exposto, na deliberação de 23.12.2019, a ANACOM determinou:

- i) A alteração do direito de utilização de frequências atribuído à DENSE AIR, consubstanciado no título ICP-ANACOM n.º 04/2010, nos termos constantes do respetivo Averbamento n.º 5, envolvendo quer a reconfiguração e a realocação do espectro detido pela empresa, quer a cessação dos efeitos do referido direito no termo do seu prazo de validade, a 05.08.2025;
- ii) A disponibilização ao mercado, no futuro procedimento de atribuição de frequências [que veio a ser o designado “Leilão 5G”], da totalidade do espectro na faixa dos 3,4-3,8 GHz, num total de 400 MHz; e
- iii) No contexto do procedimento de atribuição de frequências que iria envolver a faixa dos 3,6 GHz [que veio a ser o referido Leilão 5G], a incorporação no direito de utilização de frequências atribuído à DENSE AIR das condições de utilização do espectro que lhe está atribuído até 2025, em conformidade com os objetivos de interesse público que viessem a ser definidos para a faixa, e em condições não discriminatórias e proporcionais.

Entretanto, por deliberação do seu Conselho de Administração de 30.10.2020, a ANACOM aprovou o 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 (Regulamento

do Leilão 5G)²¹, que veio a ser publicado em *Diário da República* em 05.10.2020 com a referência n.º 987-A/2020, instrumento no qual definiu, entre outras, as condições associadas à utilização de frequências na faixa dos 3,4-3,8 GHz, estando assim reunidos os pressupostos para executar o último ponto deliberativo da sua decisão de 23.12.2019.

Neste contexto, por deliberação do Conselho de Administração de 04.11.2020²², a ANACOM decidiu, após os respetivos procedimentos de consulta, alterar o direito de utilização de frequências da DENSE AIR, consubstanciado no título ICP-ANACOM n.º 04/2010, nos termos constantes do seu Averbamento n.º 6²³.

Desta forma, e conforme tinha ficado previsto na decisão de 23.12.2019, refletiu-se no direito de utilização detido pela DENSE AIR as condições aplicáveis ao espectro que detinha na faixa dos 3,6 GHz para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas terrestres, o que foi feito, tendo sido fixadas condições não discriminatórias e proporcionais, tudo devidamente fundamentado na deliberação de 04.11.2020, que não foi impugnada pela DENSE AIR.

Como tal, a DENSE AIR ficou vinculada a um conjunto de obrigações de desenvolvimento de rede, traduzindo-se na instalação de estações de base e de obrigações de acesso à rede, tendo o respetivo direito de utilização de frequências deixado de se referir à exploração de sistemas BWA para passar a referir-se à prestação de SCET acessíveis ao público.

Assim, de acordo com o Averbamento n.º 6 ao título ICP-ANACOM n.º 04/2010, o número 1.º 1 passou a ter a seguinte redação (sublinhado acrescentado):

«1.º 1. É atribuído à Dense Air Portugal, Unipessoal, Lda. (doravante abreviadamente designada Dense Air), pessoa coletiva n.º 509033482, com sede na Praça Duque de Saldanha, n.º 1, 1050 094 Lisboa, o direito à utilização de frequências para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas terrestres acessíveis ao público nas seguintes zonas geográficas...».

²¹ Acessível em <https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1567661> e <https://files.diariodarepublica.pt/2s/2020/11/216000001/0000200062.pdf>.

²² Acessível em <https://anacom.pt/render.jsp?contentId=1567581>.

²³ Averbamento n.º 6 acessível em https://www.anacom.pt/streaming/Averbamento6_DenseAir_4nov2020.pdf?contentId=1569781&field=ATTACHED_FILE.

E o número 4.º passou a ter a seguinte redação (sublinhado acrescentado):

«4.º Para efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 32.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, o direito de utilização de frequências atribuído destina-se à prestação de serviços de comunicações eletrónicas terrestres acessíveis ao público».

2.3. O Leilão 5G

Conforme já referido, a decisão da ANACOM de 23.12.2019, relativa à alteração do direito de utilização de frequências detido pela DENSE AIR e à utilização futura da faixa de frequências do 3,4-3,8 GHz, viabilizou a disponibilização no Leilão 5G, realizado em 2020/2021, da totalidade dos 400 MHz de espectro existente na faixa referida.

Para o efeito, foi também disponibilizado nesse leilão o espectro detido (de âmbito regional) pela DENSE AIR (que em duas regiões é de 100 MHz e nas restantes cinco é de 55 MHz), embora com utilização restrita até à data da sua futura libertação (que depende da notificação pela ANACOM do fim das restrições que vigoram sobre esse espectro).

Assim, no Leilão 5G e nos termos do respetivo Regulamento, foram disponibilizados na faixa dos 3,6 GHz, 30 lotes de 10 MHz sem quaisquer restrições e 10 lotes de 10 MHz sujeitos a restrições, as quais, no limite poderiam existir até 05.08.2025, decorrentes de até essa data poderem ser explorados pela DENSE AIR ao abrigo do seu direito de utilização de âmbito regional. Estes últimos lotes foram disponibilizados com um preço de reserva distinto dos anteriores, dada precisamente a existência das restrições referidas (*vide* tabela seguinte).

Tabela n.º 1 – Espectro disponibilizado no Leilão 5G na faixa dos 3,6 GHz

Categoria	Faixa de frequências	Número de lotes	Preço de reserva, por lote (M€)
H	3,6 GHz (TDD)	6 lotes de 10 MHz*	0,84
I		4 lotes de 10 MHz**	0,94
J		30 lotes de 10 MHz	1,23
Total (faixa dos 3,6 GHz)		400 MHz	

Fonte: ANACOM

Unidade: MHz; %

Notas:

(*): Espectro com restrições nas regiões 1 e 2 com restrições, no limite até 05.08.2025.

(**): Espectro com restrições nas regiões 3 a 8, no limite até 05.08.2025.

Participaram no Leilão 5G seis empresas, tendo todas obtido espectro na faixa dos 3,6 GHz, incluindo empresas que não se encontravam no mercado com rede própria. A tabela seguinte detalha a quantidade de espectro obtida por cada empresa na referida faixa.

Tabela n.º 2 – Espectro consignado no decorrer do Leilão 5G na faixa dos 3,6 GHz

Faixa de frequências	MEO	NOS	VDF	DA	DIGI	NOWO	Total
3,6 GHz (TDD) (Cat.H)				20*	40		60
3,6 GHz (TDD) (Cat.I)				20*		20	40
3,6 GHz (TDD) (Cat.J)	90	100	90			20	300
Total	90	100	90	40	40	40	400

Fonte: ANACOM

Unidade: MHz

Notas:

(*): O espectro adquirido pela empresa no leilão nesta categoria não está sujeito a restrições.

Legenda:

DA: Dense Air Portugal, Unipessoal, Lda.; DIGI: DIGI Portugal, Lda. (anteriormente designada DIXAROBIL TELECOM, Lda.); MEO: MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.; NOS: NOS – Comunicações, S.A.; NOWO: NOWO Communications, S.A. e VDF: VODAFONE Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.

Cat.H: Categoria H, corresponde à categoria em que existem maiores restrições; Cat.I: Categoria I, corresponde à categoria em que existem restrições, mas não tão significativas como na categoria anterior; Cat.J, corresponde à categoria sem restrições.

2.4. Emissão do título à DENSE AIR em resultado do Leilão 5G

Por deliberação de 23.11.2021²⁴, o Conselho de Administração da ANACOM aprovou o relatório final do Leilão 5G, que inclui a decisão de atribuição dos correspondentes DUF, no âmbito da qual foi atribuído à DENSE AIR um direito de utilização de 40 MHz na faixa de frequências dos 3,6 GHz (3400-3800 MHz), correspondentes aos 4 lotes ganhos pela empresa.

Posteriormente, por decisão de 26.11.2021²⁵, a ANACOM aprovou a emissão do *Título dos Direitos de Utilização de Frequências para Serviços de Comunicações Eletrónicas Terrestres ANACOM N.º 05/2021* (doravante, Título ANACOM n.º 05/2021), que, de acordo com o estabelecido no n.º 3 do artigo 40.º do Regulamento do Leilão 5G²⁶, consubstancia os direitos de utilização de frequências atribuídos à DENSE AIR em momento anterior ao Leilão 5G (anteriormente materializados no Título ICP-ANACOM n.º 04/2010), bem como no referido Leilão²⁷.

Assim, o título contém uma parte geral, cujas disposições são aplicáveis a todos os direitos de utilização de frequências nele contidos (Parte I), uma outra, com o elenco das condições gerais previstas no artigo 27.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, as quais são também aplicáveis a todos os direitos de utilização de frequências (Parte II), e uma última parte dividida em dois capítulos, em que cada um deles concretiza as condições específicas associadas aos diferentes direitos de utilização de frequências atribuídos à DENSE AIR, ou seja, as condições associadas ao direito de utilização de frequências na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G (capítulo I) e as associadas ao direito de utilização de frequências na faixa dos 3,6 GHz atribuído na sequência do leilão 5G (capítulo II).

²⁴ Acessível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1710770>.

²⁵ Ratificada por decisão do Conselho de Administração, de 06.12.2021.

²⁶ Estabelece que no caso dos titulares de direitos de utilização de frequências vigentes à data de entrada em vigor do Regulamento do Leilão 5G, os títulos dos direitos de utilização de frequências atribuídos no âmbito do leilão são incorporados nos respetivos títulos únicos, mediante aditamento de capítulos relativos às faixas de frequências nas quais passem a deter direitos de utilização na sequência do leilão

²⁷ Acessível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1711181>.

2.5. Taxas de utilização de frequências

A Portaria 1473-B/2008²⁸ e ²⁹, de 17 de dezembro, aprova as taxas devidas à ANACOM, entre as quais, as taxas aplicáveis à utilização de frequências.

Esta Portaria tem sido objeto de sucessivas alterações, sendo relevante para o caso em apreço, a alteração efetuada pela Portaria n.º 270-A/2020³⁰, de 23 de novembro, que entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação e revogou o n.º 1.4.8 do anexo IV da Portaria n.º 1473-B/2008, eliminando, assim, as taxas devidas pela utilização do espectro radioelétrico em sistemas de acesso fixo via rádio (FWA) e de acesso de banda larga via rádio (BWA) (cf. artigo 9.º da Portaria n.º 270-A/2020).

Por seu turno, o n.º 2 do artigo 10.º da Portaria n.º 270-A/2020, determinou a aplicação da taxa prevista no n.º 1.1 do anexo IV da Portaria n.º 1473 -B/2008 – na redação que lhe foi conferida também por aquela Portaria – , «aos direitos de utilização de frequências para serviços de comunicações eletrónicas terrestres de âmbito regional (...) a partir da data de emissão dos respetivos títulos habilitantes».

Conforme acima referido, tendo a ANACOM decidido, em 04.11.2020, alterar o direito de utilização de frequências atribuído à DENSE AIR, o que se consubstanciou no Averbamento n.º 6 ao Título ICP-ANACOM n.º 04/2010, este passou a referir-se à utilização de frequências para a prestação de SCET acessíveis ao público em determinadas zonas geográficas, sendo eliminada qualquer referência à exploração de sistemas BWA, constituindo-se, assim, como o momento a partir do qual passaram a ser-lhe aplicáveis as taxas de utilização de frequências designadas para SCET .

A integração do quadro normativo ora explicitado face ao requerido pela DENSE AIR será desenvolvido no ponto 3.

²⁸ Acessível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2638&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo.

²⁹ Nos termos do n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto, esta Portaria mantém-se em vigor até à sua revogação pela portaria a que se referem os artigos 167.º e 168.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada em anexo à referida Lei n.º 16/2022.

³⁰ Acessível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1580602>.

3. Análise do pedido

Atento o requerimento apresentado e tendo, agora, presente o exposto no Enquadramento, a ANACOM entende que a DENSE AIR com o seu pedido pretende, cumulativamente:

- (i) A revogação do direito de utilização de frequências que lhe foi atribuído na faixa dos 3,6 GHz em momento anterior ao Leilão 5G, que se encontra, atualmente, consubstanciado no Título ANACOM n.º 05/2021 (cfr. número 1.1., alíneas a) e b) do referido título) e que, anteriormente, se encontrava materializado no Título ICP-ANACOM n.º 04/2010, com as alterações decorrentes dos respetivos Averbamentos. A empresa pretende ainda que os efeitos de tal revogação retroajam a 04.11.2020, data do último averbamento ao Título ICP-ANACOM n.º 04/2010 (Averbamento n.º 6). Note-se que, em caso de deferimento do pedido de revogação, o Título n.º 05/2021 deverá ser adaptado, passando a corporizar apenas o DUF atribuído à DENSE AIR na sequência do Leilão 5G (cfr. número 1.1., alínea c) do referido título); e
- (ii) A isenção do pagamento das taxas de utilização de frequências designadas para SCET, previstas no número 1.1 do Anexo IV da Portaria n.º 1473-B/2008, na sua atual redação (taxa com o código n.º 141701), aplicáveis às frequências que integram o direito de utilização que lhe foi atribuído na faixa dos 3,6 GHz em momento anterior ao Leilão 5G, pretendendo ainda que esta isenção retroaja igualmente a 04.11.2020.

Assim, com o recorte acima detalhado, verifica-se que o requerimento da DENSE AIR configura, em primeiro lugar, um pedido de revogação do ato de atribuição do direito de utilização de frequências que lhe foi atribuído na faixa dos 3,6 GHz em momento anterior ao Leilão 5G, consubstanciado atualmente no Título ANACOM n.º 05/2021, na medida em que a empresa pretende ver cessados os efeitos de um ato administrativo e, em concreto, de um ato constitutivo de direitos no sentido previsto no artigo 167.º, n.º 3 do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

De acordo com a citada norma, consideram-se constitutivos de direitos os atos que atribuam ou reconheçam situações jurídicas de vantagem, o que, no caso presente, se traduz na atribuição de um direito de exploração de um determinado recurso, que o particular pretende obter no seu interesse e para desenvolvimento de uma atividade económica – nesta medida, a atribuição de um direito de utilização de frequências é, inequivocamente, um ato constitutivo de direitos.

Confrontada com um pedido de revogação de um ato que atribui uma vantagem a um particular – pedido esse que é obviamente fundado no interesse e nas motivações do respetivo titular – compete à ANACOM avaliar se o interesse público, subjacente à adoção de tal ato, ficará ou não prejudicado pelo deferimento da pretensão do particular.

É, assim, à luz do regime da revogação dos atos administrativos válidos, constitutivos de direitos, previsto no CPA, que o presente pedido deve ser analisado, verificando-se se o regime setorial estabelece regras especiais para o efeito.

3.1. Lei das Comunicações Eletrónicas

A Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE)³¹, estabelece, como regra geral, no n.º 1 do artigo 22.º que os Direitos de Utilização do Espectro de Radiofrequências (DUE)³² não podem ser restringidos ou revogados antes do termo do respetivo prazo de validade, exceto com o consentimento do seu titular ou em casos justificados e, quando aplicável, em conformidade com as condições fixadas no artigo 39.º.

O disposto no artigo *suprarreferido* pressupõe um cenário em que a restrição ou a revogação do DUF em análise seja da iniciativa da ARN, e nessa medida, uma vez que foi a própria DENSE AIR que veio requerer a sua revogação quanto ao espectro que lhe foi atribuído na faixa dos 3,6 GHz em momento anterior ao Leilão 5G (o que consubstancia o consentimento do seu titular), entende-se que este impedimento, de revogação do direito de utilização de frequências antes do termo do respetivo prazo de validade, não tem aplicabilidade no caso em análise.

3.2. A revogação de atos no Código do Procedimento Administrativo (CPA)

A revogação administrativa é uma manifestação da Administração Pública fundada no critério de “mérito, conveniência ou oportunidade” de que a manutenção da situação constituída pelo ato administrativo sobre cujos efeitos a revogação vai atuar não se adequa às exigências que o interesse público estabelece. Trata-se de um ato secundário que visa suprir total ou parcialmente os efeitos do ato primário, com fundamento em juízos de oportunidade, os quais são a expressão da função administrativa enquanto função do

³¹ Aprovada em anexo à Lei n.º 16/2022, de 18 de agosto, acessível em: <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1727429>

³² Anteriormente, direitos de utilização de frequências (“DUF”), embora por facilidade de exposição se mantenha a utilização do termo “DUF” ao longo do documento.

Estado, investida na genérica missão da melhor prossecução do interesse público através das mais justas ponderações de interesses (artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa).

3.2.1. Competência para a revogação

Estabelece o n.º 2 do artigo 169.º do CPA que, na ausência de disposição especial, são competentes para a revogação dos atos administrativos os seus autores.

Ora, a atribuição de direitos de utilização de frequências compete à ANACOM (vd. artigo 37.º, n.º 1 da LCE).

E tendo o DUF objeto do presente pedido de revogação, conforme acima se indicou, sido atribuído à requerente por Deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 28.04.2010, dúvidas não há de que cabe, a esta Autoridade, o poder de o revogar.

3.2.2. Condicionalismos aplicáveis à revogação

Dispõe o artigo 167.º, n.º 1, do CPA que os atos administrativos não podem ser revogados quando «*a sua irrevogabilidade resulte de vinculação legal*» ou quando deles decorram para a Administração «*obrigações legais ou direitos irrenunciáveis*».

Quanto à primeira situação, a irrevogabilidade resulta da lei nos casos em que os atos sejam de conteúdo estritamente vinculado, não tendo a Administração margem para definir o seu conteúdo, pelo que, se a lei impõe a prática de certo ato, então, não pode a Administração optar pela sua extinção por considerar que o interesse público em concreto impõe a prática de um ato com conteúdo diverso. Por sua vez, na segunda situação, a referência à existência de obrigações legais não respeita a obrigações resultantes da lei, mas à existência de obrigações assumidas discricionariamente pela Administração, que têm, por isso, origem em poderes discricionários.

No caso concreto, não se verificam nenhum dos condicionalismos aplicáveis à revogação previstos nesta disposição do CPA, que impeçam a ANACOM de revogar o ato administrativo de atribuição de direitos de utilização à DENSE AIR na faixa dos 3,6 GHz, atribuídos em momento anterior ao Leilão 5G.

3.2.3. Admissibilidade da revogação de atos administrativos

Nesta sequência, dispõe o artigo 167.º, n.º 2 que «os atos constitutivos de direitos só podem ser revogados»: (i) na parte em que sejam desfavoráveis aos interesses dos beneficiários [alínea a)]; (ii) **quando todos os beneficiários manifestem a sua concordância e não estejam em causa direitos indisponíveis [alínea b)]**; (iii) com fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido praticados [alínea c)]; (iv) com fundamento em reserva de revogação, na medida em que o quadro normativo aplicável consinta a precarização do ato em causa e se verifique o circunstancialismo específico previsto na própria cláusula [alínea d)].

No caso em apreço, afigura-se que a revogação requerida apenas poderá ter enquadramento na alínea b) do n.º 2 do artigo 167.º – «quando todos os beneficiários manifestem a sua concordância e não estejam em causa direitos indisponíveis».

Ora, atenta a definição de ato constitutivo de direitos estabelecida no n.º 3 do mencionado artigo, que se refere, para o que aqui agora importa, a atos que «atribuam ou reconheçam situações jurídicas de vantagem ou eliminem ou limitem deveres, ónus, encargos ou sujeições», entende-se que, através do ato a revogar, apenas a DENSE AIR foi investida na vantagem que se traduz na possibilidade de utilizar as frequências que lhe foram atribuídas na faixa dos 3,6 GHz em momento anterior ao Leilão 5G, pelo que apenas esta será sua beneficiária, bastando a sua anuência para a respetiva revogação.

Nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA, para além da concordância de todos os beneficiários – no caso, da DENSE AIR –, a revogação depende ainda de não estarem em causa direitos indisponíveis, isto é, que os direitos constituídos pelo ato a revogar não respeitem a posições jurídicas irrenunciáveis – quer as objetivamente irrenunciáveis, quer nas situações em que a vontade do beneficiário do ato a revogar, por si só, não basta, por necessitar do assentimento de outros sujeitos –, o que não se verifica no presente caso (ou seja, que a DENSE AIR esteja investida numa posição jurídica a que não possa renunciar).

3.3. Atribuição de efeitos retroativos a 04.11.2020 e isenção do pagamento das taxas de utilização do espectro de radiofrequências associadas ao espectro atribuído em momento anterior ao Leilão 5G

No que respeita ao pedido da DENSE AIR de atribuição de efeitos retroativos à revogação do seu DUF, não pode esta Autoridade deixar de verificar uma correlação entre este pedido, com o outro pedido que aquela também apresentou: o de isenção do pagamento da taxa anual devida pela utilização de frequências na faixa dos 3,6 GHz³³ cujo direito lhe foi atribuído em momento anterior ao Leilão 5G³⁴.

A este respeito, importa ter presente que, nos termos do n.º 2 do artigo 168.º da LCE, o «montante ou a alíquota, a periodicidade e, quando aplicável, as isenções e reduções, totais ou parciais, os prazos de vigência e os limites máximos e mínimos da coleta da taxa [devida pela utilização do espectro de radiofrequências] são fixados (...) por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das comunicações eletrónicas» (sublinhado nosso), pelo que a decisão sobre tal pedido não se inclui na esfera de competências da ANACOM.

Neste cenário, considera esta Autoridade que a DENSE AIR vem requerer a revogação do DUF atribuído em momento anterior ao Leilão 5G, com efeitos a 04.11.2020, na expectativa de que, ao fazer cessar os efeitos deste ato desde essa data, sejam, igualmente, eliminados os atos praticados na sequência daquele ou que com aquele se relacionem, designadamente os relativos à liquidação das taxas devidas pela utilização de frequências.

A ser assim, caso esta Autoridade o revogasse com efeitos retroativos à data de 04.11.2020, este ato de revogação redundaria na concessão encapotada da isenção pretendida pela DENSE AIR, pois que, a situação “de facto” não se altera, ou seja, as frequências em causa nunca deixaram de ter estado, durante todo esse período, na disponibilidade da empresa.

E, conforme referido *supra*, não compete à ANACOM decidir sobre o «montante ou a alíquota, a periodicidade e, quando aplicável, as isenções e reduções, totais ou parciais, os prazos de vigência e os limites máximos e mínimos da coleta da taxa [devida pela utilização do espectro de radiofrequências]».

³³ A que a Dense Air se refere como “taxas do espectro de radiofrequências”.

³⁴ Aparentemente quanto às liquidações respeitantes aos anos de 2020 e seguintes, embora a Dense Air não o tenha indicado claramente.

Por sua vez, dispõe o n.º 1 do artigo 171.º do CPA, que, em regra, a revogação de atos administrativos apenas produz efeitos para o futuro, podendo, contudo, o autor da revogação, «no próprio ato, atribuir-lhe eficácia retroativa quando esta seja favorável aos interessados ou quando estes concordem expressamente com a retroatividade e não estejam em causa direitos ou interesses indisponíveis».

Ora, a atribuição de tal efeito (retroatividade) ao ato de revogação, para além dos requisitos fixados neste artigo 171.º – que seja favorável aos interessados, ou que estes concordem expressamente com a retroatividade e não estejam em causa direitos ou interesses indisponíveis – não pode envolver a violação dos princípios aplicáveis à atividade administrativa, desde logo o princípio da legalidade.

A revogação, com efeitos retroativos do DUF da DENSE AIR na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G, poderia, afinal, consubstanciar uma “determinação da ANACOM de isenção” do pagamento da taxa anual devida pela utilização de frequências na referida faixa desde a data a que esse efeito se reportaria – matéria para a qual, como já referido, a lei atribuiu competência ao Governo – e nessa medida, dificilmente se poderia considerar que o ato revogatório não ofende o princípio da legalidade.

Assim, embora esta Autoridade entenda que a revogação solicitada pela DENSE AIR pode ser, por si só, admissível, esta não pode retroagir à data pretendida pela empresa, na medida em que pressupõe, cumulativamente, a isenção do pagamento das taxas a que está sujeita nos termos da Portaria n.º 1473-B/2008, com a redação dada pelo artigo 3.º da Portaria n.º 270-A/2020, de 23 de novembro.

A revogação do DUF atribuído à DENSE AIR – relativo ao que a empresa designa como *Legacy Spectrum* – não pode produzir efeitos retroativos equivalentes aos de uma isenção do pagamento das taxas, **(i)** quer porque a ANACOM é incompetente para essa decisão **(ii)** quer porque violaria os pressupostos do sistema de tributação do espectro atribuído instituído pela Portaria n.º 1473-B/2008, que são independentes da sua utilização efetiva ou do seu grau de utilização.

Vejamos.

A Portaria n.º 1473-B/2008 veio alterar profundamente o modelo de tributação da utilização do espectro radioelétrico até então vigente, substituindo a tributação em função da utilização de espectro, de acordo com o número de estações de base e de estações móveis, por um

modelo baseado na tributação do espectro atribuído (cf. preâmbulo da Portaria 1473-B/2008).

A ideia base que presidiu ao novo modelo de tributação da utilização do espectro radioelétrico assenta na tributação do espectro atribuído, independentemente do nível de utilização, de forma a desincentivar a detenção de quantidades de espectro superiores às necessárias, na medida em que o custo suportado é independente do nível de utilização, penalizando-se, dessa forma, comportamentos contrários ao bom funcionamento do mercado e à utilização eficiente deste recurso.

Na sua versão inicial, a Portaria determinou a aplicação de uma taxa de 120.000 euros por 1 MHz de espectro radioelétrico atribuído – no caso do serviço móvel terrestre – tendo em conta o benefício económico que um operador eficiente poderia alcançar com a atribuição de 1 MHz de espectro radioelétrico, considerando, conceptualmente, o custo de oportunidade em que incorreria caso optasse por uma alternativa que lhe permitisse manter a prestação do mesmo serviço de comunicações eletrónicas.

Assim, o critério central da alteração do paradigma da tributação de taxas de utilização de espectro, situou-se no apuramento do custo de oportunidade inerente à detenção do espectro atribuído e à utilização comercial ou aproveitamento empresarial que dele pudesse ser feito por um operador de mercado eficiente.

Nestas condições, a revogação do direito de utilização de frequências de âmbito regional, atribuído à DENSE AIR em 28.04.2010 (posteriormente corporizado no Título ICP-ANACOM n.º 04/2010) e reconfigurado em 23.12.2019 (Averbamento n.º 5 ao referido título) – o que é referido pela empresa como o *Legacy Spectrum* – acompanhada da devolução das taxas pagas por esta empresa desde 04.11.2020, data do Averbamento n.º 6, equivaleria a pôr em causa os pressupostos essenciais do modelo de tributação do espectro atribuído, independentemente da utilização efetiva ou do grau de utilização, instituído pela Portaria n.º 1473-B/2008, pelo que seria contrária a uma interpretação histórica, sistemática e teleológica das normas constantes da referida Portaria.

Tal como referido *supra*, a Portaria n.º 1473-B/2008, na redação dada pela Portaria n.º 270-A/2020 de 23 de novembro) foi mantida em vigor pelo n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 16/2022, de 16 de agosto.

Tendo em conta que em 23.11.2020, por um lado, já não existiam DUF atribuídos para FWA nem para BWA e, por outro, também já não havia faixas designadas para esses sistemas no Quadro Nacional de Atribuição de Frequências (QNAF), o artigo 9.º da Portaria n.º 270-A/2020, de 23 de novembro eliminou as taxas devidas pela utilização do espectro radioelétrico para o BWA (e para o FWA), deixando de as prever.

Esta eliminação produziu efeitos em 24.11.2020, em virtude do disposto no n.º 1 do artigo 10.º da Portaria n.º 270-A/2020 (entrada em vigor).

Isto significa que, a partir de 24.11.2020, deixaram de poder ser cobradas as taxas com o código 143801, devidas pela utilização do espectro radioelétrico em sistemas FWA de BWA.

Em contrapartida, o artigo 10.º, n.º 2 desta Portaria passou a determinar a aplicação da taxa prevista no n.º 1.1 do anexo IV da Portaria n.º 1473-B/2008, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 3.º, aos direitos de utilização de frequências para SCET de âmbito regional, como é o caso do espectro detido pela DENSE AIR em momento anterior ao Leilão 5G.

Assim, considerando que, a partir de 24.11.2020, deixaram de poder ser cobradas as taxas com o código 143801 devidas pela utilização do espectro radioelétrico em sistemas BWA e que, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º da Portaria n.º 270-A/2020, a taxa prevista no n.º 1.1 do anexo IV da Portaria n.º 1473 -B/2008, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 3.º, aplica-se aos direitos de utilização de frequências designadas para SCET de âmbito regional a partir a data de emissão dos respetivos títulos habilitantes; e considerando ainda que, no caso da DENSE AIR, a data de emissão do respetivo título que formalmente estabelece a utilização das frequências para a prestação de SCET de âmbito regional foi a data do Averbamento n.º 6, a taxa prevista no n.º 1.1 do anexo IV da Portaria n.º 1473-B/2008, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 3.º da Portaria n.º 270-A/2020, é aplicável à utilização das frequências atribuídas à DENSE AIR para prestação de SCET a partir de 04.11.2020.

Face ao exposto, decorre do próprio sistema de tributação do espectro radioelétrico instituído pela referida portaria, a impossibilidade legal de atribuir eficácia retroativa ao ato de revogação à data pretendida pela DENSE AIR.

Noutra perspetiva, mesmo num cenário em que a DENSE AIR apenas tivesse requerido a esta Autoridade a revogação do DUF que lhe foi atribuído na faixa dos 3,6 GHz em momento anterior ao Leilão 5G com efeitos retroativos à data de 04.11.2020 (e não tivesse requerido, cumulativamente, a isenção de pagamento das taxas), a ANACOM não poderia satisfazer

tal pedido, uma vez que se o DUF fosse revogado com efeitos retroativos à data de 04.11.2020, não se estaria perante uma isenção de taxas, mas estar-se-ia a reconhecer a inexistência da obrigação de pagamento das referidas taxas desde tal data.

Ora este cenário violaria os pressupostos essenciais do sistema de tributação do espectro instituído pela Portaria n.º 1473-B/2008, o qual assenta na tributação do espectro atribuído, independentemente da sua utilização efetiva ou do grau de utilização.

A DENSE AIR desde 04.11.2020 tem um título que formalmente estabelece a utilização das frequências para a prestação de SCET de âmbito regional. A detenção de direitos sobre a utilização desse espectro obviou a que outros *players* do mercado o pudessem utilizar sem quaisquer restrições. Existe, portanto, um custo de oportunidade associado a esses direitos, não podendo, assim, deixar de se concluir que as taxas são, efetivamente, devidas.

Em suma, inexistente qualquer fundamento ou suporte legal que sustente o pedido apresentado pela DENSE AIR, na parte em que esta pretende que a revogação do DUF possa ser cumulada com uma isenção do pagamento de taxas, reiterando-se, em todo o caso, que uma isenção de taxas não pode ser decidida pela ANACOM, dependendo sempre de portaria dos membros do Governo competentes.

3.4. Revogação à data da apresentação do pedido

Sem prejuízo da análise anterior, não pode deixar de se considerar que assiste à DENSE AIR a liberdade de não querer desenvolver a atividade para a qual lhe foi atribuído o direito de utilização de frequências³⁵ na faixa dos 3,6 GHz em momento anterior ao Leilão 5G, que se encontra, atualmente, consubstanciado no Título ANACOM n.º 05/2021 (cfr. número 1.1., alíneas a) e b) do referido título) e que, anteriormente, se encontrava materializado no Título n.º 04/2010, com as alterações decorrentes dos respetivos Averbamentos, tendo presente, como já acima explicitado, que o ato em causa se insere na designada categoria de atos administrativos favoráveis.

Assim, atendendo a que de acordo com os critérios de gestão e planificação do espectro, cabe a esta Autoridade assegurar a utilização efetiva e eficiente das frequências, garantindo que esta não conduz ao seu subaproveitamento, entende-se que a pretensão da DENSE AIR em nada prejudicará o interesse público subjacente à atribuição das frequências em

³⁵ Não se trata de uma posição jurídica irrenunciável pela DENSE AIR.

causa, pelo que o deferimento deste pedido, com efeitos à data da apresentação do pedido (14.07.2023) é passível de merecer acolhimento por parte desta Autoridade, desde que a empresa assim o consinta em sede de audiência prévia, o que permitiria dar como verificados os pressupostos estabelecidos no artigo 22.º da LCE e da alínea b) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA.

4. Conclusão da análise

Face ao vindo de expor e tudo ponderado, a ANACOM considera não ser possível a revogação do DUF da DENSE AIR na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G, com efeitos retroativos a 04.11.2020.

Com efeito, considera esta Autoridade inexistir qualquer fundamento ou suporte legal que sustente o pedido apresentado pela DENSE AIR, **na parte em que esta pretende que a revogação do DUF possa ser cumulada com uma isenção do pagamento de taxas devidas pela utilização do espectro de radiofrequências**, relevando-se, em todo o caso, que as isenções destas taxas só podem ser fixadas por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e das comunicações eletrónicas, ouvida a ANACOM (cfr. artigo 168.º, n.º 2 da LCE).

Sem prejuízo do que antecede, a ANACOM entende que pode deferir parcialmente o pedido da empresa, com efeitos à data da sua apresentação (14.07.2023), assim a empresa o consinta em sede de audiência prévia, nos termos do artigo 22.º da LCE e da alínea b) do n.º 2 do artigo 167.º do CPA.

5. Procedimentos de audiência prévia e de consulta pública aplicáveis

De acordo com o n.º 1 do artigo 10.º da LCE, sempre que a ANACOM «pretenda adotar medidas com impacto significativo no mercado, (...) deve dar possibilidade de se pronunciar aos interessados, nomeadamente às empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações eletrónicas, aos utilizadores finais, em particular aos consumidores e utilizadores finais com deficiência, e aos fabricantes».

Ora, a revogação do DUF da DENSE AIR na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G, mesmo que sem eficácia retroativa, implicará, designadamente, a eliminação das restrições previstas nos DUF atribuídos à NOWO Communications, S.A. e à

Digi Portugal, Lda. (anteriormente DIXAROBIL TELECOM, Lda.) na sequência do Leilão 5G, no que respeita à utilização da faixa dos 3,6 GHz.

Assim, atendendo a que o presente sentido provável de decisão (SPD) tem impacto significativo no mercado, deve ser submetido ao procedimento de consulta pública previsto no artigo 10.º da LCE, sendo concedido, nomeadamente às empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações eletrónicas, aos utilizadores finais, em particular aos consumidores e utilizadores finais com deficiência, e aos fabricantes, a possibilidade de se pronunciarem em prazo fixado para o efeito, o qual não pode ser inferior a 30 dias úteis.

Em conformidade com o disposto nos artigos 121.º e seguintes do CPA, deve a ANACOM submeter o presente SPD à audiência prévia dos interessados, no caso a DENSE AIR, fixando neste caso, para que esta se pronuncie, o mesmo prazo de 30 dias úteis.

6. Decisão

Assim, com os fundamentos de facto e de direito expostos, o Conselho de Administração da ANACOM, no âmbito das atribuições previstas nas alíneas e) do n.º 1 do artigo 8.º dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, na prossecução dos objetivos gerais previstos no artigo 5.º, bem como dos objetivos de regulação previstos no artigo 6.º, ambos da LCE, ao abrigo dos poderes previstos na alínea b), do n.º 1 do artigo 9.º, dos Estatutos, e do disposto nos artigos 22.º e 168.º, ambos da LCE, nos artigos 167.º, 169.º e 171.º todos do CPA, e da alínea q) do n.º 1 do artigo 26.º dos Estatutos, delibera:

- I. Deferir parcialmente o pedido da DENSE AIR, revogando o direito de utilização de frequências que lhe foi atribuído na faixa dos 3,6 GHz em momento anterior ao Leilão 5G, atualmente materializado no Título ANACOM n.º 5/2021, com efeitos à data da apresentação do pedido (14.07.2023), sujeito ao consentimento da empresa, expresso em sede de audiência prévia, adaptando-se o referido título, nos termos do **Averbamento n.º 1**, constante do Anexo à presente deliberação e que dela faz parte integrante;
- II. Indeferir o pedido da DENSE AIR de atribuição de eficácia retroativa ao ato de revogação com efeitos à data de 04.11.2020, do direito de utilização referido no ponto anterior;

- III.** Submeter o presente SPD ao procedimento de consulta pública, previsto no artigo 10.º da LCE, sendo concedido aos interessados, a possibilidade de se pronunciarem, por escrito, em prazo fixado para o efeito de 30 dias úteis;

- IV.** Em conformidade com o disposto nos artigos 121.º e seguintes do CPA, submeter o presente SPD à audiência prévia da DENSE AIR, fixando o mesmo prazo de 30 dias úteis contados a partir da notificação deste, para que esta, querendo, se pronuncie, por escrito.

Lisboa, 03 de outubro de 2023.

ANEXO

TÍTULO DOS DIREITOS DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS PARA SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS TERRESTRES

ANACOM N.º 05/2021

AVERBAMENTO N.º 1

1. O n.º 1 do presente título passa a ter a seguinte redação:

«1.1. O presente título define as condições aplicáveis aos direitos de utilização de frequências atribuídos à Dense Air Portugal, Unipessoal, Lda. (DENSE AIR), pessoa coletiva n.º 509033482, com sede na Praça Duque de Saldanha, n.º 1, em Lisboa, para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas terrestres acessíveis ao público, sem prejuízo do cumprimento das obrigações identificadas no Regulamento das Radiocomunicações da União Internacional das Telecomunicações (UIT) e no Quadro Nacional de Atribuição de Frequências (QNAF), a saber:

- a) [eliminada];
- b) [eliminada];
- c) O direito de utilização, no território nacional, de 40 MHz na faixa dos 3,6 GHz (3400- 3800 MHz) nos termos previstos no Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro. 2 1.2. As zonas geográficas a que aludem as alíneas a) e b) do número anterior encontram-se definidas no Anexo 1 do Regulamento n.º 427/2009, de 29 de outubro.

1.2. [eliminado].»

2. O n.º 2 do presente título passa a ter a seguinte redação:

«2. Regime aplicável

Os direitos de utilização de frequências abrangidos pelo presente título regem-se, consoante o caso, pelas seguintes disposições:

- a) Lei das Comunicações Eletrónicas;
- b) [eliminada];

- c) Regulamento do Leilão 5G (Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro);
 - d) Demais legislação do sector das comunicações eletrónicas.»
- 3.** É eliminado o n.º 4 da Parte II (Condições gerais) do presente título.
- 4.** São eliminados os números 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12 do Capítulo I (Condições associadas ao direito de utilização de frequências na faixa dos 3,6 GHz atribuído em momento anterior ao Leilão 5G) da Parte III do presente título.

Lisboa, xx de xxxxxxxx de 2023.



Lisboa (Sede)
R. Ramalho Ortigão, 51
1099 - 099 Lisboa
Portugal
Tel: (+351) 217211000
Fax: (+351) 217211001

Porto
Rua Direita do Viso, 59
4250 - 198 Porto
Portugal
Tel: (+351) 226198000

Açores
Rua dos Valadões, 18 - Relva
9500 - 652 Ponta Delgada
Portugal
Tel: (+351) 296302040

Madeira
Rua Vale das Neves, 19
9060 - 325 S. Gonçalo - Funchal
Portugal
Tel: (+351) 291790200



Atendimento ao público
800206665
info@anacom.pt

www.anacom.pt

ANACOM
AUTORIDADE
NACIONAL
DE COMUNICAÇÕES