DECISÃO

Pedido de intervenção para resolução administrativa de litígios

Penalidades por respostas erradas a pedidos de viabilidade no âmbito da Oferta de Referência de Acesso a Condutas

Índice

1. Pedido da Vodafone 1
2. Análise quanto ao procedimento 3
2.1. Pedido de resolução administrativa de litígios 3
2.2. Solicitação de informações e esclarecimentos 4
2.2.1. Posição da MEO e esclarecimentos 5
2.2.2. Esclarecimentos da Vodafone 7
3. Audiência prévia das interessadas 9
4. Enquadramento no âmbito da ORAC (versão 5.2) 10
5. Análise do litígio 12
5.1. Delimitação prévia 12
5.2. Génese da penalidade 13
5.3. Diferentes pedidos de análise de viabilidade 14
5.4. Exercício/caso exemplificativo 18
6. Decisão 19

1. Pedido da Vodafone

A Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone ou Requerente), mediante comunicação de 05.06.2017, vem solicitar a intervenção da ANACOM, ao abrigo do procedimento de resolução administrativa de litígios previsto no artigo 10.º da Lei das Comunicações Eletrónicas[1] (LCE) por alegada atuação irregular da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO ou Requerida), no âmbito dos procedimentos previstos e regulados pela Oferta de Referência para Acesso a Condutas (ORAC ou Oferta)[2], em concreto, a respeito da obrigação de pagamento das penalidades por respostas erradas a pedidos de análise de viabilidade.

Sucintamente, a Requerente afirma que a MEO não tem cumprido as suas obrigações de pagamento de penalidades por respostas erradas a pedidos de análise de viabilidade submetidos pela Vodafone, fazendo, no seu entender, uma interpretação abusiva das condições da ORAC.

Alega a Vodafone que, nos termos da secção 4.2 da ORAC, na qualidade de Beneficiária, pode formular pedidos de análise de viabilidade de acordo com o procedimento detalhado no Anexo 3 da Oferta. Uma vez apresentados estes pedidos, deve a MEO analisar cada um com base na informação disponível de modo a remeter à Beneficiária a sua resposta, a qual incluirá, "*caso seja parcial ou totalmente viável, o Projeto Global Detalhado, isto é, a resposta ao pedido de Análise de Viabilidade em conformidade com o estabelecido no Anexo 3, incluindo, em particular, as plantas com identificação do traçado requerido e a indicação dos tubos, quando for possível, a ocupar pelos cabos da Beneficiária*" (*vide*, igualmente, os pontos 2 e 8 da secção 4.5.1 do Anexo 3 à Oferta).

Na sua exposição realça a Requerente que "*Pela submissão dos pedidos de análise de viabilidade*", são devidos pela Beneficiária os preços previstos na secção 8.2 da ORAC. E, em concreto, quanto ao pedido de análise de viabilidade de ocupação do túnel de cabos e a análise da forma de encaminhamento do cabo da Beneficiária internamente à central da MEO, é devido o preço de € 69,00.

No seu pedido de intervenção, a Vodafone chama, também, a atenção para o facto da "*ORAC determina*[r] *que caso os níveis de serviço não sejam cumpridos por razões exclusivamente imputáveis à MEO são devidas as penalidades melhor descritas na Secção 7 do documento*

[1] Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro; e, ainda, na secção 10.3 da ORAC, relativa à "*Resolução de litígios*".
[2] Disponível em: http://ptwholesale.pt/pt/servicos-nacionais/infraestruturas/Paginas/orac.aspx.

principal da Oferta". E "*no que em concreto respeita ao Serviço de Análise de Viabilidade ora em apreço, está prevista uma penalidade de € 200,00 por cada resposta errada a pedido de viabilidade (Secção 7 do documento principal da ORAC)*".

Segundo a Vodafone, das condições previstas na ORAC resulta claro o seguinte: "(*i) a Beneficiária tem, no âmbito da ORAC, o direito de formular pedidos de análise de viabilidade sobre a existência de condições de ocupação de espaço em condutas e infraestrutura associada, mediante o pagamento dos preços fixados na Secção 8.2 do documento principal da ORAC, (ii) a MEO deve analisar e dar resposta àqueles pedidos no prazo máximo de 10 dias de calendário, (iii) no caso de detetar uma resposta incorreta a um pedido de análise de viabilidade, a Beneficiária deve submeter à MEO uma comunicação formal para efeitos de aplicação de penalidades, e (iv) a MEO é responsável, em caso de prestar uma resposta errada a um pedido de análise de viabilidade, pelo pagamento à Beneficiária, de uma quantia de € 200,00 a título de penalidade*".

Porém, afirma a Requerente que "*a MEO tem vindo a compensar a Vodafone com aquela quantia de € 200,00 por referência a cada comunicação/reclamação e não por referência a cada pedido de análise de viabilidade, cuja resposta sobreveio incorreta*". Mais alega, que a MEO "*nem sequer procede à devolução das quantias por esta pagas aquando da submissão do respetivo pedido*".

Ademais, refere a Vodafone que, "*na perspetiva da MEO, uma comunicação de respostas erradas referentes a vários pedidos de análise de viabilidade redunda na aplicação de uma única penalidade,* ***não obstante serem vários os pedidos e várias as correspetivas respostas, todas ou muitas, erradas***".

Nesta sequência, de forma a melhor enquadrar as situações em causa, a Vodafone apresentou, no seu pedido de intervenção, "*a título meramente exemplificativo*", a seguinte fórmula de cálculo: "*€ 5.799,00 [10 *(72,80 € + 46,20 € * 11)*".

E, remata com a afirmação de que o entendimento sustentado pela MEO constitui um verdadeiro abuso de direito, contraria os princípios gerais de direito e, bem assim, os princípios e regras aplicáveis ao sector das comunicações eletrónicas e, ainda, da própria ORAC.

Face ao exposto, a Vodafone requer junto desta Autoridade a determinação à MEO do cabal cumprimento dos termos da ORAC nesta matéria, em concreto, que proceda à compensação das "***Beneficiárias com o pagamento da quantia de € 200,00 a título de penalidade por***

referência a cada resposta errada a (cada) pedido de análise de viabilidade validamente submetido".

De notar que em anexo ao pedido de intervenção da Vodafone, encontram-se várias comunicações trocadas via correio eletrónico entre as duas empresas, entre 26.02.2015 e 06.06.2016, as quais estão identificadas com o assunto "*ORAC – compensações 2S 2014*".

2. Análise quanto ao procedimento

2.1. Pedido de resolução administrativa de litígios

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 10.º da LCE, a ANACOM tem competência para, a pedido de qualquer das partes, resolver através de decisão vinculativa "*quaisquer litígios relacionados com as obrigações decorrentes da presente lei, entre empresas a elas sujeitas, no território nacional*" (sublinhado nosso).

O litígio em presença respeita ao diferente entendimento/interpretação das partes (MEO e Vodafone) quanto a condições fixadas numa Oferta de Referência regulada – neste caso, a ORAC – e que envolve o pagamento de penalidades por respostas erradas a pedidos de viabilidade pelas Beneficiárias.

Atualmente, a obrigação de publicação da ORAC decorre da imposição de obrigações à MEO, enquanto empresa com poder de mercado significativo no Mercado 3a, ao abrigo dos artigos 66.º a 69.º da LCE, constituindo uma condição específica nos termos do artigo 28.º, alínea a) da mesma lei.

Nestes termos, com base nos elementos apresentados, constata-se que a ANACOM é competente para a resolução do litígio em presença.

Por sua vez, estabelece o n.º 2 do artigo 10.º da LCE, que a intervenção da ARN "*deve ser solicitada no prazo máximo de um ano a contar da data do início do litígio*" (sublinhado nosso).

Junto ao pedido de intervenção da Vodafone, encontram-se vários *emails* trocados entre as partes a respeito do assunto "*ORAC – Compensações 2S 2014*", e, na mensagem datada de 10.02.2016, é expressamente referido pela aqui Requerente o seguinte: "*Persiste uma diferença de interpretação no que respeita a compensação por resposta errada. A este propósito pedimos a V. reanálise pois a Oferta é bem clara, a penalidade é por pedido e não por ocorrência como argumenta a MEO*".

Em 21.03.2016, a MEO respondeu que a "*reclamação é repetida para diferentes pedidos de viabilidade (uma única reclamação) pelo que deve ser considerada apenas uma*

compensação". E é com a comunicação da MEO de 06.06.2016 (*email*, também junto ao pedido da Vodafone), pela qual a MEO deixou claro "*Reconfirmamos o nosso ponto de vista*", que parece confirmar-se a existência de um litígio no que toca às penalidades por erro nas respostas dadas no contexto do serviço de análise de viabilidade no âmbito da ORAC.

Portanto, relativamente ao prazo máximo de um ano a contar da data do início do litígio para solicitar a intervenção da ANACOM, verifica-se que o pedido da Vodafone deu entrada nesta Autoridade em 05.06.2017, sendo o último *email* trocado entre a MEO e a Vodafone referente ao assunto em litígio de 06.06.2016 (data em que se confirma que não foi possível obter uma solução amigável do diferendo).

É certo que há vários *emails* entre as empresas que datam já de 2015 sobre o assunto em litígio (o primeiro tem a data de 26.02.2015), afigurando-se, assim, que o mesmo poderá ter tido *início* antes da data do último *email* junto ao pedido de 06.06.2016.

Pese embora a data do início do litígio até possa ter antiguidade superior a um ano, a ANACOM entendeu prosseguir com o procedimento administrativo para efeitos de resolução administrativa de litígios, não usando a prerrogativa que lhe assiste ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º da LCE[3].

2.2. Solicitação de informações e esclarecimentos

No âmbito da análise preliminar ao pedido formulado, observou-se, do teor das várias mensagens de correio eletrónico que se encontram em anexo ao pedido, que não resultava totalmente claro que tipo de situação estava em causa, nem qual a interpretação que cada uma das partes tinha da mesma.

Em concreto, da leitura do *email* da MEO de 21.03.2016 (que se encontra junto ao pedido de intervenção), não se compreendia se estavam em causa diferentes pedidos de análise de viabilidade formulados ou de um só pedido que foi colocado pela Vodafone de forma repetida.

Por sua vez, sobre a fórmula de cálculo apresentada pela Vodafone a respeito da quantia mínima a pagar pelo pedido de análise de viabilidade, verificou-se que o preço por caixa de visita (CV) aparece a multiplicar por "11" e não por "1" como seria de esperar, pois a Vodafone refere que neste exercício tem em conta pedidos com uma única CV.

Nestes termos, tendo em conta a existência das dúvidas referidas:

[3] A ANACOM *pode* recusar o pedido formulado pela Vodafone, por caducidade do direito de solicitar a intervenção, conforme alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º da LCE.

a) Foi remetido ofício à **MEO**, em 19.03.2018[4], pelo qual se deu conhecimento à Requerida do pedido de intervenção em apreço e se solicitaram esclarecimentos e informações adicionais sobre a matéria em diferendo, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 108.º da LCE.

Assim, foi *(i)* solicitado o esclarecimento sobre se os pedidos de análise de viabilidade, a que se reportam as mensagens de correio eletrónico que instruem o pedido de intervenção, se tratam de pedidos de análise de viabilidade diferentes ou apenas de um pedido que foi colocado pela Vodafone de forma repetida, e*(ii)* questionado o que sustenta o entendimento da MEO de que, no caso em concreto, é devida apenas uma penalidade.

A MEO respondeu, no prazo fixado para o efeito, em 11.04.2018[5].

b) Foi remetido ofício à **Vodafone**, também datado de 19.03.2018[6], perguntando se estavam em causa pedidos de análise de viabilidade diferentes ou se se tratava de apenas um só pedido que a Vodafone colocou repetidamente. Foi ainda solicitado que identificasse claramente o(s) pedido(s), a(s) data(s) em que foi(ram) efetuado(s) e o(s) troço(s) em causa.

A respeito do exercício exemplificativo apresentado, foi indagado junto da Requerente a que se referia em concreto o parâmetro mencionado quanto à fórmula para o cálculo da quantia mínima a pagar que apresenta o valor "11".

Tendo a Vodafone sido regularmente notificada, e na ausência de resposta no prazo determinado para os esclarecimentos solicitados, mas na medida em que os mesmos eram relevantes para prosseguir com a análise em curso, foi enviado em 14.05.2018 novo ofício[7] à Requerente, tendo em vista obter resposta ao pedido de esclarecimentos formulado.

A Vodafone apresentou a sua resposta, via fax, em 22.05.2018.

2.2.1. Posição da MEO e esclarecimentos

A MEO prestou as informações solicitadas, tendo manifestado a sua posição relativamente ao litígio em presença. Assim, informou que os pedidos de análise de viabilidade em causa

[4] Com a ref.ª ANACOM-S006555/2018.
[5] Mediante carta com a ref.ª S0095.
[6] Com a ref.ª ANACOM-S006556/2018.
[7] Com a ref.ª ANACOM-S010181/2018.

são distintos, pese embora, "*os troços que foram objeto de "resposta" errada são comuns aos referidos pedidos*".

Nesta sequência, mais informou que foram identificados um total de 9 pedidos no contexto do apuramento das penalidades referentes ao 2.º semestre de 2014 e, ainda, ao 1.º semestre de 2015 e apresentou a seguinte tabela, com a informação que considerou relevante:

[Início de Informação Confidencial - IIC]

Blocos	Ref.ª pedido de análise de viabilidade	Data de resposta da MEO	Troço de conduta	Data da confirmação dos trabalhos	Data da reclamação da Vodafone
1.º	OCS00177139	12.09.2014		07.10.2014	13.10.2014
	OCS00181627	23.09.2014		17.10.2014	
	OCS00186700	13.10.2014		23.10.2014	
2.º	OCS00181750	26.09.2014		28.10.2014	10.12.2014
	OCS00193342	04.11.2014		24.11.2014	
	OCS00196865	18.11.2014		02.12.2014	
	OCS00196867	17.11.2014		01.12.2014	
3.º	OCS00157093	13.06.2014		03.07.2014	29.07.2014
	OCS00157106	19.06.2014		03.07.2014	29.07.2014

[Fim de Informação Confidencial - FIC]

Na sua exposição, a MEO separou os pedidos em 1.º e 2.º blocos, um com 3 pedidos e outro com 4 pedidos, respetivamente, com uma reclamação comum a todos os pedidos de cada bloco. Nestes casos, afirma que a reclamação relativa a cada troço foi endereçada à MEO, em simultâneo, para todos os pedidos de cada um dos blocos.

Para além disso, a MEO referiu um 3.º bloco, este com 2 pedidos, com natureza distinta dos casos com infraestruturas comuns. De acordo com a MEO estes pedidos foram incluídos neste universo devido ao facto de terem sido inicialmente considerados, por lapso, como pedidos com infraestrutura comum.

No caso do pedido identificado com a referência OCS00157093, a MEO declarou que rejeitou a reclamação de "resposta errada" de viabilidade de espaço para instalação de um Ponto de Ligação (PL), pois constatou que o referido PL foi instalado nas suas infraestruturas.

No outro pedido, com a referência OCS00157106, em oposição, a MEO afirmou que aceitou a compensação reclamada pela Vodafone por resposta errada de viabilidade de espaço numa CV para instalação de PL.

Ademais, a MEO esclareceu que nos casos relativos ao 1.º e 2.º blocos houve uma única reclamação do troço em causa, agregando os diferentes pedidos de viabilidade onde o

mesmo estava a ser considerado, pelo que defende que deve ser considerada somente uma única penalidade.

Mais referiu que os pedidos de viabilidade foram colocados pela Vodafone de forma consecutiva sem que tivesse sido dada a oportunidade à MEO de analisar e se pronunciar relativamente à primeira "resposta indevida". Nestes casos, a Requerida é do entendimento que o valor da compensação deve ser apurado por ocorrência e não por pedido colocado.

Ainda sobre este aspeto, a MEO mencionou que "*o princípio constante na ORAC de que o valor das compensações a apurar deve considerar uma penalidade por pedido (…) deve ser aplicado desde que se garanta que, na sequência de uma reclamação, é salvaguardada a possibilidade de a Altice, em tempo razoável, analisar, responder e, se for o caso, corrigir a informação que estiver na base de uma "resposta errada" ao pedido de viabilidade*".

A MEO também se manifestou sobre o caso exemplificativo apresentado no pedido de intervenção da Vodafone, que no seu entendimento "*está muito distante da realidade, uma vez que, por princípio e lógica, um Operador não colocaria 10 pedidos de análise de viabilidade com identificação de traçado alternativo "repetidos" para uma mesma CV*". Segundo a Requerida, "*um exemplo mais realista seria constituído por 2 ou 3 pedidos de análise de viabilidade, cada um dos quais com um mínimo de um troço de conduta comum e as respetivas CV associadas*".

2.2.2. Esclarecimentos da Vodafone

Em sede de esclarecimentos, a Vodafone veio confirmar que estão em causa "*vários pedidos distintos para uma mesma zona em que a MEO não tinha o seu cadastro correto na Extranet. Mesmo assim, faturou a análise de viabilidade (incorreta) de cada um deles*".

A Vodafone apresentou a seguinte tabela com a lista de pedidos em causa, que aqui se reproduz para os devidos efeitos:

[IIC]

GECA	Valor pago pela Vodafone
OCS00157106	
OCS00157093	
OCS00193342	
OCS00196865	
OCS00196867	
OCS00186700	
OCS00181627	
OCS00193342	
OCS00196865	
OCS00196867	
OC500181627	
OCS00186700	
TOTAL	

[FIC]

E, logo de seguida, a Vodafone clarificou as diferentes posições das duas partes neste litígio.

Quanto à "**Posição da Vodafone**", a Requerente afirmou que pagou cada um destes pedidos de análise de viabilidade (cujos valores estão indicados na tabela) e veio a constatar que a resposta da MEO foi incorreta. Assim, entende que, nos termos da Oferta, tem direito a uma compensação no valor de € 200,00 por pedido incorretamente respondido.

Por sua vez, apresentou o que na sua perspetiva entende ser a "**Posição da MEO**" no diferendo: "*A Vodafone colocou pedidos de viabilidade que foram respondidos incorretamente com base num mesmo erro de cadastro. Entende a MEO que, pelo facto, apenas o primeiro pedido incorretamente respondido deve ser compensado em 200€, pois alega que não teve tempo de corrigir esse mesmo erro de cadastro dada a sucessão de pedidos que a Vodafone colocou. Salienta-se ainda que a esta posição a Vodafone respondeu que, nesse caso, a MEO deveria ter rejeitado os pedidos subsequentes e, como tal, não os podia ter faturado*".

A Requerente também declarou que a MEO deve optar entre compensar a Vodafone em € 200,00 por pedido incorretamente respondido ou, caso assim não se entenda, deverá devolver o que faturou à Vodafone por cada pedido que considere ser subsequente.

Relativamente ao exercício exemplificativo que apresentou no seu pedido de intervenção, a Vodafone confirmou que a fórmula de cálculo usada estava errada, com a menção de que a correta é baseada no Anexo 8 da ORAC que prevê as "*Regras de Faturação*", dando novo exemplo:

- Se pedido viável = € 72,80 + € 46,10 = € 118,90;
- Se pedido parcial ou totalmente inviável = € 72,80 + € 46,10 * 11 = € 579,90.

3. Audiência prévia das interessadas

Por deliberação de 30.08.2018, o Conselho de Administração da ANACOM aprovou o projeto de decisão (sentido provável de decisão – SPD) relativo ao "*Pedido de intervenção para resolução administrativa de litígios - Penalidades por respostas erradas a pedidos de viabilidade no âmbito da Oferta de Referência de Acesso a Condutas*".

Este projeto de decisão foi submetido a audiência prévia das interessadas nos termos e para os efeitos dos artigos 121.º e 122.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA). As partes foram regularmente notificadas[8] mediante ofícios[9] expedidos, através de registo com aviso de receção, em 30.08.2018, tendo sido fixado em 10 dias úteis o prazo de pronúncia.

Em 17.09.2018, a Vodafone e a MEO apresentaram, dentro do prazo fixado, as suas pronúncias ao projeto de decisão, considerando-se devidamente exercido o direito de audiência prévia por cada uma das interessadas, no âmbito do presente pedido de intervenção para a resolução de litígios, nos termos e para os efeitos do CPA.

Foi elaborado o respetivo relatório de audiência prévia – que constitui parte integrante desta decisão – no qual se apresenta a síntese das pronúncias recebidas pela Vodafone e pela MEO, bem como o respetivo entendimento da ANACOM em relação às questões com relevância para a decisão, e que fundamenta as opções tomadas a final (pelo que se remete na íntegra para o seu teor).

[8] Conforme Avisos de Receção dos Correios assinados (por cada uma) em 03.09.2018.
[9] Com a ref.ª ANACOM-S0014783/2018 e ref.ª ANACOM-S014785/2018.

4. Enquadramento no âmbito da ORAC (versão 5.2)

O litígio em apreço é analisado do ponto de vista substantivo à luz das regras vigentes previstas na ORAC na sua versão 5.2, datada de 30.06.2015[10], pelo que se apresenta uma súmula das principais regras que para o desfecho do presente diferendo relevam.

De acordo com a secção 4.2 da ORAC, "*O serviço de Análise de Viabilidade avalia a existência de condições de ocupação de espaço em condutas e infraestrutura associada, em conformidade com o Anexo 2, mediante uma solicitação de instalação de cabos e equipamentos por parte da Beneficiária.*

Este serviço é aplicável a pedidos cujas plantas associadas contemplem zonas com ou sem serviço de informação de ocupação de condutas, independentemente de no respetivo pedido apenas serem solicitados troços com informação de ocupação de condutas disponível, bem como aos pedidos de análise de viabilidade de acesso a CV sem troços de conduta associados a CV adjacentes".

Na mesma secção da Oferta está também previsto que "*Os pedidos de Análise de Viabilidade deverão ser formulados de acordo com o procedimento detalhado no Anexo 3, contendo a informação nele prevista, em particular as plantas com o traçado requerido. Como complemento, e de forma a facilitar o processamento do pedido de viabilidade, este poderá fazer-se acompanhar adicionalmente de uma planta global do projeto*".

Acresce que "*Cada pedido de Análise de Viabilidade deverá ser constituído, no máximo, por 20 Troços de Conduta*".

Ainda nos termos da mesma secção, "*A MEO fará a análise de cada pedido com base na informação disponível, podendo envolver reconhecimento local da disponibilidade de espaço nas condutas e infraestrutura associada em causa, no sentido da verificação da possibilidade da sua ocupação pelos cabos e equipamentos solicitados no pedido*".

Mais: "*A resposta ao pedido de Análise de Viabilidade será remetida à Beneficiária, a qual incluirá, caso seja parcial ou totalmente viável, o Projeto Global Detalhado, isto é, a resposta ao pedido de Análise de Viabilidade em conformidade com o estabelecido no Anexo 3,*

[10] Por decisão da ANACOM de 29.06.2017 foram aprovadas medidas provisórias e urgentes relativas à suspensão da entrada em vigor das alterações à ORAC (e à ORAP) introduzidas pela MEO em 16.05.2017 e em 30.05.2017, medidas estas com efeitos a partir de 06.07.2017 (inclusive). Neste momento corre o prazo até 13.08.2018 (já com prorrogação) da Consulta relativa às alterações à ORAC e à ORAP, cujo sentido provável de decisão foi aprovado em reunião do Conselho de Administração de 25.05.2018.

incluindo, em particular, as plantas com identificação do traçado requerido e a indicação dos tubos, quando for possível, a ocupar pelos cabos da Beneficiária".

Quanto aos preços associados ao serviço de análise de viabilidade, os mesmos encontram-se definidos na secção 8.2, que estabelece o seguinte:

Análise de viabilidade	**Sem identificação de traçado alternativo**	**Com identificação de traçado alternativo**
Preço base (por pedido)	63,30 €	72,80 €
Preço por CV	46,10 €	

À tabela é aditada, na mesma secção, a referência de que "*A análise de viabilidade de ocupação do túnel de cabos e a análise da forma de encaminhamento do cabo da Beneficiária internamente à central da MEO tem associado um preço de 69,00 € por pedido de análise de viabilidade*".

Em matéria de penalidades, a secção 7 da ORAC prevê expressamente o pagamento de uma penalidade de € 200,00 por resposta errada da MEO a pedido de análise de viabilidade submetido pela Beneficiária da Oferta. Veja-se, com detalhe, o previsto na tabela apresentada na página 27 da Oferta:

Parâmetro	**Penalidade por Pedido**	**Limite**
(…)	(…)	(…)
Resposta errada a Pedido de Viabilidade/Extranet/Instalação (Nota 2)	200 €	-

Em Nota 2 à mesma tabela está previsto o seguinte: "*Esta penalidade é aplicável nas situações em que a resposta da MEO a um pedido de análise de viabilidade esteja incorreta ou que, em resultado do serviço de Informação sobre ocupação de condutas decorra uma informação incorreta, e que a responsabilidade deste facto seja exclusivamente imputável à MEO. Cumulativamente, a MEO indicará um traçado alternativo viável entre os mesmos pontos terminais e sem custos adicionais para a Beneficiária, nos prazos previstos na ORAC. A aplicação desta penalidade pressupõe que a Beneficiária envie à MEO uma comunicação formal assim que tal ocorrência for detetada e até ao termo da validade do respetivo pedido, através do envio de e-mail para a Gestão Comercial respetiva*" (cfr. página 28 da Oferta).

Feitos os enquadramentos necessários – procedimental e na Oferta de Referência em vigor – importa proceder de seguida à análise substantiva do litígio.

5. Análise do litígio

5.1. Delimitação prévia

A Requerente no seu pedido de intervenção não identificou especificamente os pedidos de análise de viabilidade em causa, mas teve o cuidado de, em anexo ao mesmo, fazer constar uma troca de comunicações via *email* com a MEO relativamente ao assunto identificado como "*ORAC – compensações 2S 2014*".

Analisadas estas comunicações, verifica-se que as mesmas são demonstrativas da existência da falta de consenso entre a Vodafone e a MEO na interpretação das condições da Oferta quanto à compensação (i.e., penalidades) por respostas erradas a pedidos de análise de viabilidade que se verificaram durante o período correspondente ao 2.º semestre do ano de 2014.

Porém, no *email* de 22.01.2016 remetido pela MEO à Vodafone (e que consta junto ao pedido de intervenção apresentado à ANACOM), observa-se que aquela afirma estar a aguardar por parte da Beneficiária a emissão de uma fatura no valor de € 2.600,00 a título de compensações ORAC no 2.º semestre de 2014. Esta informação parece indiciar a existência de um total de **13 pedidos** de análise de viabilidade submetidos no 2.º semestre de 2014 (**13** × € 200,00 = € **2.600,00**) que seriam merecedores do pagamento das respetivas penalizações por respostas incorretas da MEO a tais pedidos[11].

Posteriormente, na tabela apresentada pela Vodafone em sede de esclarecimentos prestados em 22.05.2018, a Requerente identifica **12 pedidos** de análise de viabilidade com resposta errada da MEO, dos quais 5 estão repetidos. Portanto, observa-se que existem, pelo menos, **7 pedidos** distintos assinalados pela Vodafone quanto ao período em referência.

Por sua vez, a MEO identificou nos seus esclarecimentos prestados em 11.04.2018 um total de **9 pedidos** diferentes de análise de viabilidade submetidos pela Vodafone no âmbito do apuramento das penalidades relativas ao 2.º semestre de 2014 (e, ainda, ao 1.º semestre de 2015).

Regista-se a disparidade detetada quanto ao número efetivo de pedidos de análise de viabilidade identificados pelas partes[12]. Contudo, esta disparidade não se afigura relevante

[11] Pese embora existirem outras situações suscetíveis de pagamento de compensações pela MEO às Beneficiárias da ORAC – previstas na Secção 7 da versão 5.2 da Oferta.
[12] E regista-se também que a Vodafone na sua pronúncia clarificou que foram 9 os pedidos de análise relativos ao período em referência e que, por mero lapso, na tabela apresentada nos seus esclarecimentos prestados em 22.05.2018, foram indicados 12 pedidos.

para a análise e para o desfecho do presente diferendo. Com efeito, o que de facto importa para a análise é a verificação de que há vários pedidos diferentes (i.e., não colocados de forma repetida pela Beneficiária) – informação corroborada por ambas as partes, conforme melhor explanado no ponto seguinte.

Não cabe à ANACOM decidir sobre o valor concreto que a MEO tem em dívida para com a Vodafone. Essa é uma matéria a ser resolvida entre as partes em sede contratual, de acordo com as regras aplicáveis nos termos da Oferta de Referência que enformam a contratualização do acesso e utilização de condutas.

Neste sentido, releva delimitar, a título prévio, que a análise do presente diferendo versa exclusivamente sobre uma questão interpretativa das condições previstas na ORAC referentes à matéria de penalidades devidas por respostas erradas por parte da MEO a pedidos de análise de viabilidade de uma Beneficiária, aqui a Vodafone, tendo em vista a clarificação dos termos da Oferta e das obrigações que da mesma emergem para a sua titular. É nesta perspetiva que o litígio que opõe a Vodafone à MEO é analisado substantivamente.

5.2. Génese da penalidade

Importa realçar que na génese desta penalidade está a deliberação da ANACOM de 28.10.2010 de alterações à ORAC em que se determinou, sumariamente, que nos casos em que a MEO desse uma resposta (positiva ou negativa) a um pedido de análise de viabilidade que viesse a revelar-se incorreta, devia a MEO introduzir na ORAC a obrigatoriedade de pagar uma compensação de € 200,00 à Beneficiária (*vide* pontos deliberativos D 7. e D 8. na página 14 da referida deliberação[13]).

Com efeito, por motivos de transparência, as Beneficiárias da ORAC dispõem de informação indicativa sobre o estado de ocupação das condutas da MEO através do acesso à base de dados da ORAC, sendo que, nas zonas onde essa informação não se encontra disponível, aquelas podem remeter à MEO pedidos de análise de viabilidade de ocupação. Em consequência, cada pedido de análise de viabilidade submetido por uma Beneficiária da ORAC deve ser respondido pela MEO no prazo máximo de 10 dias consecutivos para 100% dos casos (*vide* parâmetro de qualidade de serviço (PQS) 2 na página 26 da ORAC versão 5.2).

Relembra-se que, em sede de Relatório da audiência prévia e da consulta pública sobre o sentido provável da decisão relativa às alterações à ORAC, que faz parte integrante da

[13] Disponível em https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1057619.

referida deliberação da ANACOM de 28.10.2010, a ANACOM entendeu expressamente que o valor da compensação de € 200,00 referido a pagar por uma resposta positiva a um pedido de análise de viabilidade que se revelou estar errada "*se destina principalmente a compensar a beneficiária pelos custos que tem na deslocação de pessoal e respectivo material ao local de instalação, sem que possa executar esses trabalhos, e também por um certo atraso que impõe na execução dos trabalhos (que se considera existir, apesar de se ter em conta que a instalação de cabos pretendida nunca seria possível no traçado original, dada a sua inviabilidade). Nesse sentido, entende-se que o valor de 200 euros para compensação por análise de viabilidade errada é adequado e representa um compromisso razoável para a PTC e para as beneficiárias, sendo excessiva a sugestão avançada pelas beneficiárias de 200 euros por dia de atraso*" (agora sublinhado - cfr. página 43 do citado Relatório[14]).

No "*caso de resposta negativa a um pedido de análise de viabilidade de ocupação*", no Relatório ficou expresso que "*a PTC deverá fundamentar a inviabilidade de ocupação no(s) troço(s) de conduta em causa perante a beneficiária, podendo o ICP-ANACOM efectuar acções de fiscalização, a pedido e caso considere justificado. Caso se comprove que a resposta negativa era incorrecta, deve a PTC pagar a compensação de 200 euros à beneficiária, pelos prejuízos causados, nomeadamente pelo impedimento causado à beneficiária em instalar, com maior celeridade, os cabos nos troços em causa*" (agora sublinhado – cfr. página 45 do Relatório).

5.3. Diferentes pedidos de análise de viabilidade

A MEO, Requerida no presente procedimento, categoricamente admite nos seus esclarecimentos de 11.04.2018 que existem vários pedidos – distintos – por parte da Vodafone, cujas respostas dadas foram erradas, mas relativamente aos quais afirmou que pagou apenas uma única penalização/compensação.

Nesta sequência, a MEO identificou nos seus esclarecimentos um total de 9 pedidos de análise de viabilidade submetidos pela Vodafone no âmbito do apuramento das penalidades relativas ao 2.º semestre de 2014 e, ainda, ao 1.º semestre de 2015. E a estes pedidos foram atribuídos, pela própria MEO, referências numéricas diferentes, bem como foram os mesmos respondidos pela MEO também em datas distintas, ainda que alguns deles correspondam a troços de conduta comuns.

[14] Disponível em: https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1057619.

Com efeito, os primeiros 3 pedidos, que constam da tabela preparada pela MEO e acima reproduzida (agregados no 1.º bloco), referem-se a um mesmo troço da conduta (i.e., **[IIC] – FIC]**), e os 4 pedidos subsequentes, indicados na mesma tabela (agregados no 2.º bloco), referem-se também a um mesmo troço de conduta (i.e., **[IIC] – [FIC**]).

Corrobora-se, neste contexto, que nada impede que possam existir diferentes pedidos de análise de viabilidade submetidos por uma Beneficiária da ORAC (com números de referência distintos atribuídos pela MEO) e que incluam um mesmo troço da conduta, sendo que "*Um pedido de análise de viabilidade de ocupação de condutas da PTC, submetido por uma beneficiária da ORAC, pode conter um ou mais troços de conduta entre câmaras de visita, até um máximo de 20 troços por pedido (tal como determinado pelo ICP-ANACOM na decisão de alterações à oferta datada de 26.05.2006)*" – cfr. página 12 da deliberação da ANACOM de 28.10.2010 de alterações a ORAC.

Assim, apesar daqueles pedidos de análise de viabilidade incluírem o mesmo troço de conduta, cada pedido pode dizer respeito à ocupação das condutas da MEO com diferentes cabos ou equipamentos da Beneficiária, pelo que se tratam de pedidos distintos sendo tratados como tal, para o que a MEO atribuiu diferentes números de referência.

Com efeito e tal como previsto na ORAC, o que está em causa num pedido de análise de viabilidade submetido à MEO pelas Beneficiárias da ORAC é estas ficarem a saber, por parte da titular da Oferta, sobre a existência de viabilidade (ou não) de espaço para ocupação das condutas (e.g. de um troço de conduta), com os seus cabos e equipamentos, nomeadamente PL e folgas de cabo.

Cada pedido de análise de viabilidade de ocupação de condutas submetido à MEO por uma Beneficiária é identificado por aquela com um identificador único (distinto dos atribuídos aos restantes pedidos), sendo um pedido autónomo que tem de ser respondido pela MEO. Ou seja, diferentes pedidos de análise de viabilidade são identificados com números de referência distintos.

Portanto, no presente caso, entende-se que os pedidos de viabilidade identificados e submetidos pela Vodafone são pedidos distintos, cujas respostas dadas pela MEO são, de igual forma, distintas, correspondendo cada resposta a cada pedido.

Nestes termos, na sequência de cada resposta errada dada pela MEO haverá lugar ao pagamento da correspondente penalidade. Ou seja, se foram 7 os pedidos de análise de viabilidade submetidos pela Vodafone, cuja resposta da MEO foi errada, então deverá haver

lugar ao pagamento de 7 penalidades. Não colhe, portanto, o argumento da MEO que defende o pagamento de apenas uma única penalidade simplesmente devido ao facto de ter havido somente uma única reclamação da Vodafone agregando todos aqueles 7 pedidos de análise de viabilidade.

Importa, pois, não confundir a existência de uma única "reclamação" da Vodafone sobre o pagamento pela MEO de penalidades, com a existência de vários pedidos de análise de viabilidade (insista-se, distintos) submetidos pela Vodafone à MEO, cujas respostas erradas por parte da MEO resultam no dever desta pagar à Vodafone as respetivas penalidades.

Releva-se ainda que nos termos da Oferta "*A aplicação desta penalidade pressupõe que a Beneficiária envie à MEO uma comunicação formal assim que tal ocorrência for detetada e até ao termo da validade do respetivo pedido (…)*" (agora sublinhado - cfr. Nota 2 da página 28 da ORAC).

Acresce que na secção 4.2, referente à Análise de viabilidade, está previsto que "*A Beneficiária, nas situações em que detete a existência de eventual lapso na resposta de Análise de Viabilidade de ocupação enviada pela MEO, poderá contestar o teor desta resposta durante o prazo que decorra até à extinção* ***do prazo de validade desta resposta (60 dias)****, ou alternativamente até final do prazo previsto para a fase do Acesso e Instalação*" (agora destacado - cfr. página 15 da Oferta).

Logo, estando previsto na ORAC um prazo para as Beneficiárias reclamarem das respostas da MEO aos pedidos de análise de viabilidade, considera-se plausível e possível que a Vodafone agregue vários pedidos de análise de viabilidade que tiveram resposta incorreta por parte da MEO, numa única e mesma reclamação, nada impedindo que o faça.

Portanto, a reclamação pode ser só uma e suportar/agregar diferentes pedidos cujas respostas vieram erradas, os quais devem ser considerados como tal para efeitos de aplicação de penalidades. A MEO labora em equívoco quando entende que deve pagar uma única penalidade no valor total de € 200,00 pelo facto de a Beneficiária, neste caso a Vodafone, apresentar uma única reclamação à MEO que, na verdade, como se explanou acima, engloba vários/diferentes pedidos.

A respeito dos 2 últimos pedidos de análise de viabilidade apresentados pela MEO nos seus esclarecimentos, regista-se que os mesmos são também diferentes, uma vez que se referem a pedidos de análise de viabilidade para instalação de PL em CV distintas.

Ora, segundo a informação da MEO, esta empresa rejeitou a reclamação de "resposta errada" relativamente ao pedido de análise de viabilidade com a referência OCS00157093, porque verificou que o PL constante desse pedido foi efetivamente instalado pela Vodafone nas infraestruturas da MEO.

Não obstante a Vodafone ter reclamado sobre a resposta positiva da MEO ao pedido de análise de viabilidade, dado que a Vodafone acabou por instalar, com sucesso, o PL na CV da MEO em questão, entende-se que não deve haver lugar ao pagamento pela MEO da correspondente penalidade, já que não se afigura que a Vodafone tenha tido prejuízos que devam ser ressarcidos.

Reitera-se que a ANACOM determinou a aplicação de penalidades por cada resposta errada da MEO a cada pedido de análise de viabilidade submetido por Beneficiária da ORAC por deliberação de 28.10.2010, em concreto quando se verifique:

a- uma resposta positiva errada da MEO (ao pedido de análise de viabilidade) – ponto deliberativo D 7.[15] –, porque a "*beneficiária tem custos na deslocação de pessoal e respectivo material ao local da instalação sem que possa imediatamente executar os trabalhos de instalação*" (cfr. página 13);

b- uma resposta negativa errada da MEO (ao pedido de análise de viabilidade) – ponto deliberativo D 8. – "*pelos prejuízos causados, nomeadamente pelo impedimento causado à beneficiária em instalar, com maior celeridade, os cabos nos troços em causa*" (cfr. página 14).

Por sua vez, a MEO referiu que aceitou a penalidade reclamada pela Vodafone relativamente à resposta incorreta ao pedido de análise de viabilidade com a referência OCS00157106. Esta Autoridade entende que, neste caso, também há lugar ao pagamento da correspondente penalidade por resposta incorreta da MEO, aliás, tal como é expressamente reconhecido pela própria MEO.

No que diz respeito à argumentação da MEO no sentido de que os pedidos de análise de viabilidade foram colocados pela Vodafone de forma consecutiva, sem que a MEO tivesse tido oportunidade de os analisar e pronunciar-se relativamente à primeira "resposta indevida", afirma-se que a mesma não colhe.

[15] Neste caso, está prevista a particularidade de a MEO ter de indicar um traçado alternativo viável e sem custos adicionais para a Beneficiária – cfr. alínea (a).

Com efeito, a ANACOM considera que a MEO deve adaptar os seus recursos, quer ao atendimento dos pedidos de análise de viabilidade que lhe são formulados, quer às eventuais reclamações de pagamento de penalidades que lhe sejam apresentadas pelas Beneficiárias.

Neste contexto, entende-se que não se deve fazer depender o pagamento de penalidades por parte da MEO da salvaguarda da empresa poder "*em tempo razoável*" analisar a reclamação apresentada pela Beneficiária da Oferta. Aliás, releva-se que, no tocante ao pagamento de compensações por incumprimento dos PQS, a própria ORAC já prevê uma *proatividade* por parte da MEO e não que esta tenha de aguardar por uma eventual reclamação da Beneficiária.

Com efeito, nos termos da secção 7 da ORAC está disposto que "*A MEO procederá por sua iniciativa, ao pagamento das compensações por incumprimento dos objetivos de qualidade de serviço fixados (acima descritos), até ao final do segundo mês apôs o final do semestre em questão, sem prejuízo de posterior reavaliação e acerto tendo em conta os valores apurados pelas Beneficiárias*" (aqui sublinhado – cfr. página 28 da Oferta).

5.4. Exercício/caso exemplificativo

Para concluir a análise, importa aludir ao caso exemplificativo apresentado pela Vodafone no seu pedido de intervenção, cujo lapso foi detetado e que a própria depois assumiu nos seus esclarecimentos prestados em 22.05.2018.

Independentemente das explicações apresentadas pela MEO quando à desadequação à realidade do exemplo dado pela Vodafone (da contabilização do montante a pagar à MEO pelo serviço de análise de viabilidade com base nos preços da tabela prevista na secção 8.2 da ORAC, acima reproduzida), entende-se que se trata de um mero exemplo, no qual a Vodafone considerou, para simplificar, pedidos de análise de viabilidade com uma única CV.

Sem prejuízo, a Vodafone cometeu o lapso de considerar a possibilidade de resposta indicando viabilidade parcial ou totalmente inviável (com a indicação de um traçado alternativo por parte da MEO), o que não se aplica face a um pedido contendo uma única CV, tendo incluído no cálculo o fator multiplicativo "11", quanto tal fator deveria na realidade ser apenas de "1" (já que corresponde ao número de CV em causa no exemplo que apresentou).

Ora, em bom rigor este lapso não releva para o caso em apreço, que trata do pagamento pela MEO de penalidades por respostas incorretas que deu à Vodafone a vários pedidos de análise de viabilidade que lhe foram submetidos, sendo, por conseguinte, irrelevante o

argumento da MEO segundo o qual o exercício exemplificativo apresentado pela Vodafone seria desadequado face à realidade.

6. Decisão

Face ao exposto, na prossecução das atribuições previstas nas alíneas a), b), c) e g) do n.º 1 do artigo 8.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, no exercício dos poderes previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º dos mesmos Estatutos e, bem assim, das competências previstas no artigo 10.º da LCE, o Conselho de Administração, ao abrigo do disposto na alínea q) do n.º 1 do artigo 26.º dos Estatutos, delibera o seguinte:

1. Determinar à MEO que proceda ao pagamento à Vodafone de uma penalidade de € 200,00 correspondente a cada resposta errada dada pela MEO a cada pedido de análise de viabilidade submetido, em conformidade com o que decorre da secção 7 da ORAC (e não apenas o pagamento de uma única penalidade correspondente aos vários pedidos de análise de viabilidade).

2. Para efeitos do disposto no número anterior, o pagamento da penalidade é aplicável para pedidos distintos de análise de viabilidade, ainda que respeitem ao mesmo troço da conduta, e vale também para as situações em que tenha havido uma única reclamação da Beneficiária que agregue pedidos diferentes cujas respostas foram erradas.

Lisboa, 24 de outubro de 2018.