DECISÃO

SOBRE O LITÍGIO ENTRE A NOS COMUNICAÇÕES, S.A. E A E-REDES – Distribuição de Eletricidade, S.A, RELATIVO À RECUSA DE ACESSO A INFRAESTRUTURAS APTAS

1. Pedido apresentado pela NOS COMUNICAÇÕES, S.A.

Por requerimento rececionado na ANACOM a 03.07.2020 a NOS Comunicações, S.A. (NOS) vem requerer, ao abrigo do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio (Decreto-Lei n.º 123/2009), que seja proferida uma decisão sobre o litígio que a opõe à EDP Distribuição – Energia, S.A. (agora E-REDES – Distribuição de Eletricidade, S.A. [doravante E-REDES]), em termos que imponham a esta última «*a aceitação imediata dos pedidos de acesso que lhe têm vindo a ser dirigidos*» deixando de condicionar, como vem fazendo em alguns municípios, a aceitação dos pedidos de acesso à entrega, pela NOS, de uma declaração em que as câmaras municipais indicam, de forma expressa, que não pretendem reivindicar qualquer valor como contrapartida pelo acesso, instalação e utilização dos apoios de baixa tensão por parte de empresas de comunicações eletrónicas.

Sumariamente, a NOS alega:

a. Devido a um conflito a decorrer entre a E-REDES e alguns municípios[1], a Requerente tem vindo «*a ser confrontada com recusas aos pedidos de acesso*» a postes sob a gestão da E-REDES.
b. O litígio entre a E-REDES e os municípios «*tem por base a pretensão destes últimos em receber uma percentagem da receita que a EDP* (…) *aufere pela utilização que*

[1] No caso, são identificados os municípios de Vila Nova de Gaia, Santo Tirso, Santa Maria da Feira, Oliveira de Azeméis, Alcácer do Sal e Lagoa, sinalizando-se ainda a possibilidade de esta situação se verificar noutros municípios, sem que ainda tenha afetado a atividade da NOS.

os operadores de comunicações eletrónicas fazem das infraestruturas aptas, em particular dos postes.».

c. Em comunicação datada de 14 de março de 2019[2], a E-REDES informou a NOS que «…*se encontram a correr vários processos nos tribunais arbitrais, instaurados* [por diversos municípios] *na qualidade de concedentes da distribuição em baixa tensão nos respetivos concelhos, nos quais alegam terem também direito a parte da remuneração devida pela utilização das infraestruturas aptas*.».

d. Entende a E-REDES «…*que tal partilha de remuneração não é devida uma vez que a* [sua] *atividade é integralmente regulada, sendo os respetivos custos aceites e proveitos permitidos definidos pela ERSE* (…)».

e. Adita que «[s]*ubsistindo o litígio com os Municípios sobre a partilha do valor da remuneração devida pela utilização de infraestruturas aptas* [e comportando esta situação] *um risco financeiro e reputacional que importa acautelar»,* a Requerida optou por condicionar o acesso às infraestruturas aptas nos concelhos onde o litígio se verifique à «…*indicação expressa, por parte dos Municípios* (…), *de que não pretendem reivindicar a qualquer título* (…), *junto da EDP* (…) *qualquer valor da contrapartida prevista paga, a título de acesso, instalação ou qualquer outro tipo de utilização dos apoios da rede de baixa tensão, por parte das empresas de comunicações eletrónicas* (…)».

f. Com este enquadramento factual, a E-REDES remeteu à NOS minuta de declaração, a ser apresentada pela Requerente, caso pretenda submeter novos pedidos de acesso e utilização de infraestruturas aptas nos municípios em questão.

g. A NOS alega que, na prática, a E-REDES se encontra «*a recusar o acesso às infraestruturas aptas sempre que os operadores de comunicações eletrónicas não apresentem a referida declaração, a qual* (…) *não tem cabimento nas condições listadas no artigo 15.º do* [Decreto-Lei n.º 123/2009]».

h. Sustenta que a exigência da E-REDES é ilegal, não podendo o acesso aos postes ser recusado com base na ausência de uma declaração deste tipo.

i. Mais argumenta que no Decreto-Lei n.º 92/2017, de 31 de julho, «…*o legislador veio fixar "…um mecanismo destinado a impedir que os diferendos sobre a propriedade, a titularidade ou o direito de gerir infraestruturas aptas prejudiquem, limitem ou*

[2] Anexo 1 do pedido de intervenção da NOS.

onerem o direito de acesso, por parte das empresas de comunicações eletrónicas, às infraestruturas aptas consagrado na lei"».

j. A NOS afirma que o legislador pretendeu garantir que eventuais diferendos sejam resolvidos pelas partes em sede própria – os tribunais –, não podendo constituir fundamento de recusa de pedido de acesso às infraestruturas.

k. A Requerente alega ter transmitido à E-REDES o entendimento vindo de expor através das comunicações que lhe endereçou a 5[3] e 16 de abril de 2019[4], sem que até à data de apresentação do presente pedido de intervenção tenha recebido uma resposta da Requerida que «…*justificasse à luz do quadro legal em vigor, a sua recusa*».

l. A NOS refere ainda que a solicitação desta declaração por parte da E-REDES «…*não é inocente na medida em que, caso os municípios a emitissem estariam, na prática, a abdicar dos direitos que consideram que lhes assistem e que conduziram à interposição em sede judicial dos processos atualmente em curso*» para concluir que a Requerida «…*não poderia ter qualquer expetativa de que a sua exigência fosse satisfeita pelos operadores de comunicações eletrónicas* (…), *o que implica que ao defini-la* [tinha][5] plena *consciência de que tal disposição impediria os operadores de comunicações eletrónicas de utilizar os seus postes*.»

m. A Requerente adita que «…*não obstante os seus melhores esforços para demover a EDP (…) da exigência desta declaração, a NOS tem paralisada, desde março do ano passado, a construção de rede nestes municípios*».

n. Desde 14 de março de 2019 a NOS já recebeu recusas da E-REDES em 94 processos de pedidos de acesso, afetando um total de 7160 apoios/18000 casas nos municípios em questão.

o. Perante o exposto, recorre ao procedimento de resolução de litígios previsto no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 e requer a intervenção da ANACOM «…*no sentido de impor à EDP* (…) *a aceitação imediata dos pedidos de acesso que lhe têm vindo a ser dirigidos* [nos municípios acima identificados]*, sem qualquer condicionamento à entrega de uma declaração das Câmaras Municipais partes nos processos*

[3] Ainda que a NOS faça referência ao dia 4 na sua exposição, tratar-se-á de um lapso, uma vez que a mensagem de correio eletrónico que consta do Anexo 2, para a qual a NOS remete, data de 5 de abril de 2019. Procede-se assim à sua retificação.

[4] Anexos 2 e 3 ao pedido de intervenção.

[5] Aqui ajustado, pois a Requerente referiu "tinham" ao que se julga, por lapso.

judiciais» em curso, alegando ainda que «…*a presente recusa se refere à invocação de um fundamento que não tem cabimento (…) no artigo 15.º do diploma em referência, tendo antes a ver com o facto de os pedidos de acesso serem recusados por se encontrarem na área geográfica dos Municípios*» identificados.

2. Análise preliminar quanto ao procedimento e diligências promovidas pela ANACOM

2.1. Admissibilidade da intervenção da ANACOM ao abrigo do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009

O artigo em referência determina que quando, num caso concreto, uma das entidades referidas no artigo 2.º tenha recusado o acesso a infraestrutura, pode ser solicitada, por qualquer das partes, a intervenção da ANACOM para proferir decisão vinculativa sobre a matéria e, se necessário, fixar as condições de acesso e utilização.

O pedido de intervenção deve identificar as infraestruturas, «*o seu traçado e afetação principal, bem como quaisquer outros elementos considerados relevantes para a avaliação da possibilidade de utilização das infraestruturas em causa para o alojamento de redes de comunicações eletrónicas*» (cfr. n.º 2 do artigo em referência).

À ANACOM compete decidir sobre a possibilidade de, nas infraestruturas em questão, serem alojadas redes de comunicações eletrónicas, devendo, para o efeito, ouvir a entidade detentora ou gestora das infraestruturas, a respetiva entidade reguladora setorial, quando existente, ou outra entidade pública com atribuições sobre a matéria e que seja indicada pela entidade detentora ou gestora das infraestruturas (cfr. n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo).

À ANACOM cabe «*assegurar o respeito pelo contraditório e ter em conta o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso, e os princípios previstos no artigo 4.º do presente decreto-lei, devendo seguir as*

regras de procedimento previstas no artigo 10.º da Lei das Comunicações Eletrónicas (…)[6] [LCE]».

Nos termos do n.º 8 do artigo 16.º o pedido de intervenção «*deve ser solicitado no prazo máximo de um ano a contar da data do início do litígio, findo o qual a ANACOM pode recusar-se a intervir*».

Retomando a análise do caso vertente à luz do regime vindo de expor:

- Requerente e Requerida[7] integram o universo de entidades previsto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, sendo-lhes aplicável o regime fixado neste diploma;

- Recai sobre a E-REDES a obrigação de assegurar às empresas de comunicações eletrónicas (no caso à NOS), o acesso às infraestruturas aptas que detenha ou cuja gestão lhes incumba, constituindo o incumprimento desta obrigação contraordenação, sancionável nos termos do artigo 89.º, n.º 1, alínea e) do diploma identificado;

- O diferendo em apreço surge no contexto da aplicação da oferta de acesso a infraestruturas aptas (postes) detidas ou geridas pela Requerida;

- A alegada recusa de acesso por parte da E-REDES terá por fundamento a falta de apresentação, pela NOS, da declaração descrita em e. e f. do ponto 1., *supra*, nos casos em que a infraestrutura apta cujo acesso é requerido se situe em circunscrição territorial sob gestão de um dos municípios em litígio com a E-REDES e, dessa forma, a ora Requerida subordinou o acesso às infraestruturas que se encontram sob sua gestão, à apresentação de uma declaração que se traduz no compromisso, por parte da autarquia – em cuja circunscrição territorial se encontram as infraestruturas aptas, cujo o acesso é solicitado –, de que não receberá qualquer contrapartida pelo mesmo;

- A não apresentação desta declaração implica a recusa de acesso às infraestruturas aptas;

[6] Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro.
[7] A Requerente integra a alínea d) do artigo 2.º e a Requerida integra a alínea b) do mesmo artigo.

- Nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, perante uma recusa de acesso, qualquer das partes pode solicitar a intervenção da ANACOM para que aprecie as razões dessa recusa ou as condições de acesso fixadas;

- A decisão que a ANACOM venha a proferir vinculará as entidades em litígio.

2.2. Prazo para apresentação do pedido

- A NOS apresentou à ANACOM o presente pedido de resolução de litígio a 3 de julho de 2020.

- Como já referido, decorre do n.º 8 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 que o pedido de intervenção «*deve ser solicitado no prazo máximo de um ano a contar da data do início do litígio, findo o qual a ANACOM pode recusar-se a intervir*.».

- Tendo a NOS remetido à E-REDES uma comunicação a 5 de abril de 2019, desconhece-se se a mesma obteve resposta por parte da Requerida e, em caso afirmativo, o que da mesma resulta e, portanto, se o seu teor torna evidente a existência de uma situação de diferendo que justificasse a intervenção da ANACOM.

- Por comunicação de 10 de abril de 2019, a E-REDES acusou a receção da comunicação da Requerente de 5 de abril, referindo que havia sido encaminhada para «*a Direção responsável pela análise destes temas prevendo ter uma resposta tão breve quanto possível*.».

- A 19 de março de 2020, foi publicada a Lei n.º 1-A/2020, que estabeleceu um conjunto de medidas excecionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, diploma este que determinou a «*suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos*» (cfr. n.º 3 do artigo 7.º da lei identificada).

- Esta disposição «*prevalece sobre quaisquer regimes que estabeleçam prazos máximos imperativos de prescrição ou caducidade, sendo os mesmos alargados*

pelo período de tempo em que vigorar a situação excecional» (cfr. n.º 4 do artigo 7.º da mesma lei).

- A 6 de abril de 2020 foi publicada a Lei n.º 4-A/2020[8], cujo artigo 6.º, no que ora importa, veio clarificar que o n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020, na redação introduzida pela presente lei, produz os seus efeitos a 9 de março de 2020.

- Posteriormente, com a publicação da Lei n.º 16/2020, de 29 de maio[9], foi revogado o artigo 7.º da Lei n.º 1-A/2020[10], determinando o artigo 6.º da lei revogadora que «*os prazos de prescrição e caducidade que deixem de estar suspensos por força das alterações introduzidas pela presente lei são alargados pelo período de tempo em que vigorou a sua suspensão*».

- A Lei n.º 16/2020 entrou em vigor no quinto dia seguinte ao da sua publicação, ou seja, no dia 3 de junho de 2020.

- Retomando a análise do caso vertente, o prazo de um ano para a NOS solicitar a intervenção da ANACOM ficou suspenso a 9 de março de 2020, reiniciando-se a sua contagem a 3 de junho de 2020 (cfr. artigo 7.º, n.º 3 da Lei n.º 1-A/2020, clarificado pelo artigo 6.º da Lei n.º 4-A/2020).

- De 9 de março de 2020 a 3 de junho de 2020 distaram 86 dias, o que significa que o pedido de intervenção da NOS é tempestivo.

- De resto, ainda que assim não fosse, decorre do n.º 8 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, que independentemente da tempestividade do pedido – e, portanto, mesmo que tivesse decorrido um ano sobre a data do início do litígio, o que no caso vertente não sucede – a ANACOM poderia ainda assim aceitar dirimi-lo.

---

[8] Diploma que procede à primeira alteração à Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, que aprova medidas excecionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março, que estabelece medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus – COVID 19.

[9] Que altera as medidas excecionais e temporárias de resposta à pandemia da doença COVID-19, procedendo à quarta alteração à Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, à primeira alteração à Lei n.º 9/2020, de 10 de abril, e à décima segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

[10] Cfr. artigo 8.º da lei revogadora.

- Os elementos trazidos ao conhecimento desta Autoridade indiciam estar-se perante uma situação que justifica uma intervenção por parte da ANACOM com o propósito de clarificar o alcance das disposições que regem o acesso às infraestruturas aptas, tendo em conta os objetivos prosseguidos pelo Decreto-Lei n.º 123/2009.

2.3. Diligências promovidas pela ANACOM

Realizada uma análise preliminar dos elementos apresentados com o pedido de intervenção, a ANACOM, em 20.08.2020:

- Notificou a E-REDES[11] do pedido deduzido para que esta empresa, querendo, se pronunciasse por escrito, no prazo de 10 dias úteis, sobre a matéria constante do requerimento apresentado pela NOS, solicitando-se ainda que, no mesmo prazo, remetesse a esta Autoridade todos os elementos que entendesse relevantes para a apreciação do pedido.

- Tendo verificado que a NOS não apresentou a totalidade dos elementos necessários à instrução e apreciação do pedido de intervenção[12], notificou a Requerente[13] para que, no prazo de 10 dias úteis, remetesse a esta Autoridade (i) informação sobre a resposta da E-REDES às comunicações que lhe foram endereçadas a 5 e 16 de abril de 2019, bem como elementos/documentos comprovativos dessa resposta; (ii) documentação comprovativa das ações desenvolvidas pela NOS para demover a E-REDES da prática descrita no pedido de intervenção; (iii) documentação comprovativa/ilustrativa da recusa da E-REDES e dos termos da mesma, nos pedidos que a NOS refere terem sido recusados desde 14 de março de 2019; (iv) o Anexo 4 do pedido de intervenção, que a NOS protestou juntar (documento identificativo das infraestruturas a verificar «*o seu traçado e afetação principal, bem como quaisquer outros elementos*

[11] Ofício 2020275757, de 20.08.2020.
[12] A Requerente protestou juntar o Anexo 4, com a «*identificação das infraestruturas aptas aqui em causa, o seu traçado e afetação principal, bem como outros elementos considerados relevantes para a avaliação da possibilidade de utilização das infraestruturas em causa para o alojamento de redes de comunicações eletrónicas*», em cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 16.º.
[13] Ofício ANACOM 2020275753, de 20.08.2020.

considerados relevantes para a avaliação da possibilidade de utilização das infraestruturas em causa para o alojamento de redes de comunicações eletrónicas», cfr. n.º 2 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009).

– Deu conhecimento à ERSE[14] do presente pedido de intervenção, antecipando que esta Entidade será chamada a pronunciar-se.

3. Resposta da NOS ao pedido de informação

Por comunicação de 03.09.2020[15] a Requerente em resposta ao solicitado pela ANACOM (vd., ponto 2.3, *supra*) informou:

(i) Relativamente à resposta da E-REDES às comunicações da NOS de 05.04.2019 e 16.04.2019, que apenas a primeira foi respondida[16]. Em resposta à segunda comunicação recebeu um contacto telefónico por parte da E-REDES, dando nota de que o assunto havia sido remetido para análise superior;

(ii) Sobre as iniciativas levadas a cabo pela Requerente para demover a E-REDES da sua atuação – a NOS alega que estas assumiram duas formas:

a) «…*em reação direta e individual a cada resposta da EDP* [que] (…) *requeria a apresentação de uma declaração*», a NOS informou a Requerida «…*que tal exigência não era compatível com a legislação em vigor, sendo um incumprimento das obrigações da EDP enquanto empresa detentora de infraestruturas aptas*».

Estando em causa 83 respostas, uma para cada exigência feita pela E-REDES, a NOS esclarece que à data (em que estava a responder à ANACOM) não lhe foi possível encontrar a sua resposta aos pedidos com o número 17, 25, 26, 44, 94 e 95, pelo que **protestou remeter a informação em falta o que faria logo que a mesma fosse localizada**;

[14] Ofício ANACOM 2020275759.
[15] *Email* remetido para o endereço pca@anacom.pt
[16] Cfr. documento disponibilizado na pasta "*Correspondência EDP-NOS Deptos Juridicos*", acessível através do *link* constante da comunicação da NOS de 03.09.2020.

b) adicionalmente remeteu as comunicações de 05.04.2019 e 16.04.2019, referidas em (i) supra e alega ter efetuado, «…*a posteriori e pontualmente, comunicações telefónicas de follow up junto da* [Requerida, tendo tentado marcar], (…) *reuniões para discussão dos problemas experienciados pela NOS para aceder à rede de postes da EDP, sem que*…» tenha logrado obter resposta.

(iii) Especificamente sobre a documentação comprovativa e ilustrativa da recusa, por parte da E-REDES, aos pedidos de acesso apresentados pela NOS desde 14 de março de 2019, e dos termos em que estes pedidos foram recusados;

A Requerente remete para a documentação identificada em resposta ao ponto anterior. Também neste caso a NOS **dá nota de não ter sido possível encontrar a resposta da E-REDES aos pedidos 4 e 24, protestando juntar a informação relevante, propondo-se fazê-lo logo que a mesma estivesse disponível**. Adita ainda que as respostas sucintas da E-REDES se suportam na explanação mais detalhada da E-REDES de 14 de março 2019[17] e que suscitou as comunicações da NOS de 05.04.2019 e 16.04.2019.

(iv) Relativamente às infraestruturas alvo de cada pedido individual, que constariam do anexo 4 que a NOS protestou juntar com o pedido de resolução de litígios[18], a Requerente esclarece que a identificação das mesmas consta dos pedidos por si remetidos à E-REDES, pelo que são parte dos anexos a essas mensagens de correio eletrónico. Esclarece também que quando essa documentação não consta das referidas mensagens, a mesma se encontra na pasta «*identificação de traçados complementar*». A NOS adiciona ainda uma tabela *Excel* com a listagem dos pedidos que junta.

[17] Documento constante do ficheiro "Email NOS 05.04 e 16.04.2020.pdf". Pasta "Correspondência EDP-NOS Deptos Juridicos".

[18] Documento identificativo das infraestruturas a verificar «*o seu traçado e afetação principal, bem como quaisquer outros elementos considerados relevantes para a avaliação da possibilidade de utilização das infraestruturas em causa para o alojamento de redes de comunicações eletrônicas*» (cfr. n.º 2 do artigo 16. ° do Decreto-Lei n.º 123/2009).

4. Pronúncia da E-REDES sobre o pedido de intervenção apresentado

Por comunicação rececionada na ANACOM a 07.09.2020[19], a E-REDES exerceu o seu direito ao contraditório estruturado nos termos que a seguir se sumarizam.

4.1. «*Enquadramento*»

A E-REDES alega já ter suscitado junto da ANACOM, «*o assunto ora exposto pela NOS*», através de carta remetida a esta Autoridade em janeiro de 2019, através da qual deu conhecimento **(i)** da existência de um conjunto de litígios em curso em «*tribunais arbitrais* » instaurados por municípios[20]; e de que **(ii)** perante o entendimento dos tribunais arbitrais, no sentido de condenar a E-REDES a entregar aos municípios 50% dos proveitos obtidos no passado e o valor «…*a apurar relativo à diferença entre o valor recebido dos operadores de telecomunicações*…», iria «…*nos cinco municípios em questão condicionar o acesso e utilização das infraestruturas aptas…»* a autorização prévia «…*e declaração expressa* [da parte daqueles] *de que não pretendem reivindicar qualquer parcela da contrapartida paga pelos Operadores de Comunicações Eletrónicas à EDP…».*

Refere também que até à data a ANACOM não se pronunciou sobre a posição assumida pela E-REDES, nem respondeu à carta.

Esclarece ainda que «…*não introduziu qualquer condicionante à exploração dos postes em utilização nos cinco municípios mencionados à data de 31 de dezembro de 2018, nem em qualquer dos restantes 273 municípios, nos quais a cedência de novos postes tem decorrido sem qualquer entrave*».

4.2. «*Remuneração e metodologia dos custos*»

Por referência ao regime previsto no Decreto-Lei n.º 123/2009[21] a E-REDES alega que **(i)** os preços por si cobrados às empresas de comunicações eletrónicas «*são orientados na íntegra para os custos incorridos com a análise aos pedidos específicos*

[19] Carta da E-REDES com a referência 15/20/D-DRJ, datada de 04.09.2020.
[20] Em concreto os municípios de Vila Nova Gaia, Santo Tirso, Alcácer do Sal, Santa Maria da Feira e Oliveira de Azeméis.
[21] Artigo 19.º, n.ºs 1 e 4.

(viabilidades) e com o aluguer pela ocupação do espaço nas infraestruturas aptas, considerando também o acréscimo de custos administrativos, não advindo dos mesmos qualquer benefício económico para » si; **(ii)** os valores obtidos «…*são considerados como receita no cálculo da tarifa de acesso às redes* [e] *revertem na totalidade para os consumidores de energia elétrica* [sendo] *calculados de forma a suprir custos, evitando assim uma subsidiação cruzada entre o setor elétrico e o setor das telecomunicações*.».

Refere ainda que, estando ciente do problema em análise, o suscitou junto da ANACOM e da ERSE através de comentários à consulta pública relativa ao projeto de regulamento relativo à metodologia a utilizar para a fixação do valor da remuneração, tendo defendido uma solução para o mesmo, preconizando que eventuais compensações a pagar aos municípios devem ser previstas na metodologia de fixação de preços a definir pela ANACOM, de modo a que o preço a suportar pelos operadores de comunicações eletrónicas possa incorporar duas parcelas: uma orientada para a cobertura dos custos incrementais do operador de redes de distribuição (ORD), decorrentes da utilização das infraestruturas por parte dos operadores de comunicações, e outra correspondente ao (eventual) valor a entregar aos municípios.

4.3. «*Divergência entre a NOS e a EDP*»

Sobre este tema, a Requerida confirma que em abril de 2019 houve duas interações escritas da NOS com a E-REDES, que foram por esta respondidas. Por email de julho de 2019, a Requerida alega ter informado a Requerente «…*da sua posição e das razões que justificavam e sustentavam a mesma*», tendo ainda transmitido que aguardava que a ANACOM «…*regulasse a metodologia a utilizar para cálculo do preço a praticar pelos detentores de infraestruturas aptas*».

A E-REDES conclui afirmando que não pretende prejudicar ou obstar ao desenvolvimento da atividade dos operadores de comunicações eletrónicas (incluindo Requerente) e que tem sido «…*um exemplo de colaboração intersectorial, no escrupuloso cumprimento da Lei, como atesta o facto de ter ultrapassado o meio milhão de postes cedidos a Operadores de Comunicações Eletrónicas, com um crescimento anual constante dos pedidos de acesso*».

5. Diligências adicionais promovidas pela ANACOM

5.1. Junto da NOS

Recebidos os esclarecimentos e documentação remetida pela NOS em resposta ao ofício ANACOM 2020275753[22], constatou-se que estes ilustram e comprovam as diligências efetuadas pela NOS para demover a E-REDES do procedimento adotado nos municípios litigantes, a que alude a Requerente e que se sumarizam na alínea m), do ponto 1, *supra*. Constatou-se, igualmente, que os elementos juntos não contêm dados ou informação distinta da que foi apresentada com o pedido de intervenção deduzido pela empresa, – aspeto que a ANACOM não tinha como conhecer aprioristicamente – evidenciando as iniciativas desenvolvidas pela Requerente para demover a E-REDES da sua atuação e ilustrando, também, os termos em que a Requerida devolveu os pedidos de acesso a postes que lhe foram apresentados pela Requerente nos municípios litigantes.

Na sequência de uma análise preliminar dos referidos elementos constata-se que:

- Todas as comunicações remetidas pela NOS (e que foram disponibilizadas à ANACOM) para demover a E-REDES da prática descrita no pedido de intervenção têm o mesmo teor, sendo a mesma resposta replicada em todas as situações.

- As recusas de acesso a infraestruturas aptas comunicadas pela E-REDES à NOS desde 14 de março de 2019, foram sempre justificadas com o mesmo fundamento que é replicado nas várias respostas remetidas.

Sendo expectável, face ao procedimento/comportamento assumido pelas duas empresas (Requerente e Requerida), que a informação que a NOS havia protestado juntar replicasse a documentação já disponibilizada a esta Autoridade e considerando inexigível, descabido e injustificado que a NOS desenvolvesse, junto dos municípios, quaisquer diligências no sentido de obter uma autorização ou qualquer tipo de declaração de isenção de custos relacionados com o acesso às infraestruturas concessionadas por terceiros como pretendido pela E -REDES, na medida em que tais declarações apenas podem ser solicitadas e justificadas entre as entidades que são

[22] Remetido a 20.08.2020.

parte do contrato de concessão celebrado, a ANACOM entendeu ser desnecessário fazer depender a apreciação do pedido de resolução de litígio do envio de outras comunicações, idênticas às que já são conhecidas. Assim, em 19.10.2020, notificou a NOS[23] para que, no prazo de cinco dias úteis, confirmasse a identidade entre tais comunicações, pedido este que foi reiterado em 15.01.2021[24]. Com esta informação a ANACOM estaria então na posse de todos os elementos necessários para a conformação dos factos e da matéria objeto do litígio.

Resposta:

Por comunicação de 26.01.2021[25] a Requerente veio confirmar que «…*as comunicações em falta serão, efetivamente, idênticas àquelas que a NOS Comunicações S.A. juntou à sua comunicação de e-mail de 3 de setembro p.p., não obstante não* [lhe] (…) *ter sido possível encontrar o registo documental das mesmas*».

Atento o disposto na alínea a) do n.º 6 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, entende-se que, com esta comunicação, o pedido de intervenção apresentado pela NOS ficou completo.

5.2. Junto da E-REDES

No exercício do seu direito ao contraditório a Requerida, alegou que, por *email* de julho de 2019, informou a Requerente «…*da sua posição e das razões que justificavam e sustentavam a mesma*», sem, no entanto, juntar documento comprovativo dessa comunicação.

Tratando-se de um elemento relevante para a apreciação do pedido de intervenção, em 19.10.2020, a E-REDES foi notificada[26], por protocolo, para, no prazo de cinco dias úteis, remeter à ANACOM documento comprovativo do alegado ou informar quais, dos documentos já apresentados, continham a referida informação.

[23] Ofício ANACOM2020350515, de 19.10.2020.
[24] Ofício ANACOM2021023539, datado de 15.01.2021, remetido por comunicação de 19.01.2021.
[25] Comunicação remetida para o endereço gab.ca@anacom.pt.
[26] Ofício ANACOM2020350517, de 19.10.2020.

Resposta:

A Requerida respondeu por comunicação rececionada nesta Autoridade a 28.10.2020[27.] informando que as razões que justificavam a exigência foram dadas a conhecer à Requerente conforme consta: (i) do documento junto pela NOS no pedido de intervenção (anexo 3, página 5 – «*Email de 14 de março de 2019, 10:19 de Operadores DCM* (…) *para Gestão Entidades* (…)», e também (ii) «*do email remetido em 26.07.2019, 18:46, de* **[Início de Informação Confidencial – IIC]** **[Fim de Informação Confidencial – FIC]** *(Diretor Comercial da EDP Distribuição à data) para* **[IIC]** **[FIC]** *(Administrador da NOS*)…», documento que remete em anexo e em relação ao qual solicita a confidencialidade.

Muito embora a E-REDES tenha remetido esta informação depois de ultrapassado o prazo fixado para o efeito, a ANACOM entendeu ser relevante considerá-la para o cabal conhecimento dos factos necessários para proferir uma decisão sustentada.

6. Análise

6.1. Objeto do litígio – o Pedido

O presente diferendo surge no contexto da oferta de acesso aplicável a infraestruturas aptas (postes) detidas ou geridas pela E-REDES em seis municípios (que se encontram em litígio com a Requerida), e tem por objeto a recusa da aceitação dos pedidos de acesso às mesmas com fundamento na falta de apresentação pela NOS da declaração descrita em e. e f. do n.º 1, *supra*.

O pedido de intervenção está delimitado, quer geograficamente – circunscreve-se aos municípios em que a NOS viu os seus pedidos de acesso devolvidos pela E-REDES, quer em termos temporais – por referência ao momento a partir do qual estas devoluções tiveram lugar.

[27] Nesta comunicação, remetida para o endereço gab.ca@anacom.pt, a E-REDES solicita que a ANACOM releve o incumprimento do prazo de 5 dias fixado para resposta, pois, apesar do ofício de notificação ser entregue por protocolo, só foi levado ao conhecimento da respondente em 23.10.2020, em resultado das medidas adotadas por causa da pandemia de COVID-19.

Assim, com o presente procedimento a Requerente pretende que:

A ANACOM imponha à E-REDES a aceitação imediata dos pedidos de acesso que a NOS lhe tem dirigido nos municípios acima identificados sem os condicionar à entrega de declaração das respetivas câmaras municipais.

6.2. Enquadramento legal

Para a apreciação do presente diferendo releva o disposto nos artigos 13.º e 15.º do Decreto-Lei n.º 123/2009.

O artigo 13.º, n.º 1 consagra um direito de acesso às infraestruturas aptas detidas ou geridas pelas entidades referidas no artigo 2.º por parte das empresas de comunicações eletrónicas.

Nesse sentido, determina que as referidas entidades estão obrigadas a assegurar às empresas de comunicações eletrónicas o acesso às infraestruturas aptas que detenham ou cuja gestão lhes incumba, constituindo o incumprimento desta obrigação contraordenação sancionável com coima [cf. artigo 89.º, n.º 1, alínea e)].

O n.º 2 do mesmo artigo determina que o acesso às infraestruturas aptas «…*deve ser assegurado em condições justas e razoáveis, de igualdade, transparência e não discriminação*…».

Por sua vez o artigo 15.º tipifica as situações em que o acesso a infraestruturas aptas pode ser recusado. A saber:

> «*a) Quando transitoriamente seja inviável por razões técnicas o alojamento de redes de comunicações eletrónicas nas infraestruturas em causa ou haja risco de os serviços de comunicações eletrónicas previstos interferirem de forma grave na oferta de outros serviços através das mesmas infraestruturas;*
>
> *b) Quando a utilização das infraestruturas pelas empresas de comunicações eletrónicas inviabilize o fim principal para que aquelas foram instaladas, ponha em causa a saúde pública e a segurança de pessoas ou bens ou venha a causar sério risco de incumprimento, pelas entidades referidas no artigo 2.º, de regras legais,*

regulamentares ou técnicas em matéria de obrigações de serviço público a que a respetiva prestação de serviço se encontre sujeita;

c) Quando não haja espaço disponível em consequência do seu estado de ocupação ou da necessidade de assegurar espaço para uso próprio, nos termos do n.º 2 do artigo anterior, ou para intervenções de manutenção e reparação;

d) Quando ponha em causa a integridade e a segurança das redes, em particular das infraestruturas críticas nacionais.»

Importa agora analisar os argumentos e os factos apurados, através dos elementos facultados pelas partes, tendo presente o regime enunciado.

6.3. Factos assentes

Com base nos elementos facultados pelas partes e em particular através da documentação junta pela NOS[28], consideram-se assentes, por não serem controversos, os factos descritos nas alíneas **a.** a **f.** do ponto 1., e quanto ao exposto em **k.** do mesmo ponto, constata-se que a Requerente por comunicações de 5 e 16 de abril de 2019, transmitiu à Requerida o entendimento de que a condição imposta pela E-REDES viola o regime previsto no Decreto-Lei n.º 123/2009, tendo reiterado esta afirmação quando, em situações idênticas, os seus pedidos de acesso foram devolvidos**.**

Fica também demonstrado, através dos elementos apresentados pela Requerente e pelo que é alegado pela Requerida, que esta última devolveu os pedidos que lhe foram apresentados para acesso a infraestruturas aptas em determinados municípios[29] por se encontrar em falta a declaração do município, solicitando que o pedido seja «…*instruído devidamente*» e de novo submetido para apreciação. Os elementos apresentados pela Requerente[30] evidenciam, também, as ações que por esta foram desenvolvidas para demover a E-REDES da prática acima descrita.

[28] Designadamente: os anexos 1 (1ª e 2ª parte) e 2 ao pedido de intervenção.
[29] Vila Nova de Gaia, Santo Tirso, Santa Maria da Feira, Oliveira de Azeméis, Alcácer do Sal e Lagoa.
[30]Documentos constantes das pastas “pedidos operacionais” e “identificação de traçados complementares”, disponibilizados pela NOS.

Dá-se também por assente que a E-REDES comunicou à NOS a motivação para o procedimento que adotou em duas ocasiões: nas comunicações remetidas à Requerente a 14.03.2019 e a 26.07.2019[31].

6.4. Efeitos da exigência feita pela E-REDES

Quanto à subordinação do exercício do direito de acesso à apresentação da declaração com o teor expresso em e. do ponto 1. e conforme modelo constante da 2ª parte do anexo 1 ao pedido de intervenção:

É ponto assente que recai sobre a E-REDES uma obrigação de facultar o acesso às infraestruturas aptas que detém ou gere em condições justas e razoáveis, e que a recusa de acesso só pode ocorrer nas situações identificadas no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 123/2009.

Ao exigir para a receção dos pedidos de acesso a apresentação de uma declaração dos *Municípios* em que:

(a) estes manifestam autorizar o acesso a infraestruturas aptas específicas

Ao fazer depender a aceitação dos pedidos de acesso a infraestruturas aptas da apresentação desta declaração a E-REDES está a transferir para terceiros estranhos ao contrato de concessão que celebrou, o ónus de obter, dos municípios concedentes, uma autorização de que é destinatária enquanto concessionária. Com efeito, esta autorização destina-se a permitir que a E-REDES faculte a terceiras entidades o uso de infraestruturas cuja exploração lhe foi confiada ao abrigo de um contrato de concessão, não sendo, por isso, a NOS a destinatária da declaração do município que apenas tem enquadramento num contrato (de concessão) em que não é parte.

Trata-se, por isso, de uma condição excessiva, injustificada e que por dever ser acompanhada de um compromisso de não remuneração, constitui um requisito cujo cumprimento não será possível, pois os municípios concedentes e a empresa

[31] Anexo 1, primeira parte do pedido de intervenção e 1.º ficheiro anexo à comunicação remetida pela E-REDES à ANACOM a 28.10.2020.

concessionária (E-REDES) mantêm entre si um litígio em que os primeiros não prescindem daquela remuneração.

O n.º 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 determina uma obrigação de dar acesso às infraestruturas aptas em condições justas e razoáveis e a exigência feita pela E-REDES não cumpre qualquer um destes requisitos, levando à não receção dos pedidos de acesso o que, na prática, conduz a uma recusa de acesso que não tem qualquer enquadramento nas situações em que esta é admitida e que se encontram taxativamente previstas no artigo 15.º do acima indicado Decreto-Lei.

(b) estes indicam, expressamente *que «não pretendem reivindicar a qualquer título* (…)*, junto da EDP, qualquer valor da contrapartida prevista paga, a título de acesso, instalação ou qualquer outro tipo de utilização dos apoios da rede de baixa tensão, por parte das empresas de comunicações eletrónicas»*

Com esta exigência a Requerida condiciona o cumprimento de uma obrigação legal que sobre si recai – de assegurar o acesso às infraestruturas aptas que detém ou gere –, à observância de um requisito que é de difícil ou impossível cumprimento, pois nas circunscrições territoriais em que esta exigência é feita, os municípios que se pretende sejam subscritores da declaração estão precisamente a reclamar da concessionária da rede elétrica de baixa tensão a remuneração que o referido documento declara prescindir[32].

E como já acima se concluiu, não existe qualquer razão nem fundamento, legal ou contratual, que justifique que a E-REDES transfira para as empresas requerentes do acesso a infraestruturas aptas o ónus de obter dos municípios concedentes da rede de baixa tensão, uma declaração que autorize a concessionária a permitir a terceiros o acesso a infraestruturas que integram a concessão. A destinatária desta declaração, que tem o seu enquadramento no contrato de concessão, é a concessionária e é também esta empresa que, se tal documento for emitido, ficará desonerada do pagamento de qualquer remuneração ao município concedente – a declaração pretendida isenta a empresa concessionária, e não a beneficiária do

[32] A referida declaração, a ser lavrada pelos municípios litigantes, consubstanciaria uma renúncia a receber qualquer contrapartida pelo acesso e utilização das infraestruturas em causa, o que estaria em contradição com as medidas promovidas pelos mesmos com o objetivo de assegurar para si uma parcela da referida remuneração.

acesso, de entregar ao município uma parcela da remuneração devida pelo acesso e utilização de infraestruturas aptas.

Assim, esta declaração tem o seu enquadramento e razão de ser num contrato de concessão em que apenas a Requerida é parte, não sendo razoável, nem legítimo exigir à Requerente que atue como parte de um contrato que não celebrou.

Acresce que a exigência de remuneração por parte dos municípios não pode ter como efeito a recusa de acesso às infraestruturas – o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 não contempla tal motivo de recusa. Com efeito, pretendendo os municípios uma específica remuneração, esse facto não constitui fundamento para indeferir o acesso.

Não colhe também o argumento de que a inexistência do Regulamento previsto no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 inviabiliza a concretização do preço devido como contrapartida pelo acesso às infraestruturas. A E-REDES deve fixar essa remuneração, cumprindo a orientação para os custos exigida na lei. Constatada a incompatibilidade da remuneração com o que resultar do aludido Regulamento, deverá a E-REDES promover os necessários ajustamentos, sendo certo que o cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 13.º e no n.º 1 do artigo 19.º, ambos do Decreto-Lei n.º 123/2009, assegurarão que os custos do acesso às infraestruturas aptas por parte das empresas de comunicações eletrónicas não serão suportados por terceiros, ou por um outro sector de atividade.

A condição estabelecida pela Requerida é, assim, evidentemente desrazoável, injusta e infundada, constituindo um obstáculo ao acesso às infraestruturas que esta empresa detém, ou gere, que, como já referido, não se reconduz a qualquer das situações em que nos termos da lei é admitida a recusa de acesso a infraestruturas aptas. Assim, a exigência feita pela E-REDES conduz, inevitavelmente, a uma recusa de acesso assente numa formalidade que não tem qualquer respaldo no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, disposição que concretiza, taxativamente, as situações em que as entidades indicadas no artigo 2.º do mesmo diploma podem recusar o acesso a infraestruturas aptas.

Ora, no caso em análise não se identificam indícios de que se esteja perante:

- uma situação que evidencie que o acesso às infraestruturas que é pretendido seja transitoriamente inviável por razões técnicas ou comporte o risco de os serviços de comunicações eletrónicas interferirem de forma grave na oferta de outros serviços suportados nas mesmas infraestruturas;

- circunstâncias em que a utilização das infraestruturas pelas empresas de comunicações eletrónicas inviabilize, só por si, o fim principal para que aquelas foram instaladas, ponha em causa a saúde pública, a segurança de pessoas ou bens ou comporte qualquer sério risco de incumprimento, pelas entidades referidas no artigo 2.º, de regras legais, regulamentares ou técnicas em matéria de obrigações de serviço público a que a respetiva prestação de serviços se encontre sujeita;

- a falta espaço disponível em consequência do estado de ocupação das infraestruturas em causa;

- uma situação em que a utilização das infraestruturas nos termos pretendidos pela NOS ponha em causa a integridade e a segurança das redes, em particular das infraestruturas críticas nacionais.

Nem a exigência feita pela E-REDES salvaguarda qualquer uma das acima referidas situações.

Assim, a exigência feita pela Requerida obedece a razões que não se prendem com a aferição da viabilidade, da disponibilidade ou da integridade e segurança da infraestrutura objeto de pedido de acesso, é alheia às situações em que o legislador admite poder haver lugar a uma limitação do direito de acesso, frusta o exercício do referido direito e, concomitantemente, subordina o cumprimento da obrigação legal de acesso imposta à E-REDES à verificação de uma condição que é inexequível. A recusa de aceitação de pedidos de acesso em apreço, e a consequente recusa de acesso não encontram, pois, fundamento em qualquer das situações taxativamente fixadas no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 123/2009.

Por outro lado, importa também sublinhar que, no caso em análise, não está em causa qualquer conflito relativo à titularidade de infraestruturas, não sendo esta uma situação em que haja lugar à aplicação do disposto no artigo 20.º-A do

Decreto-Lei n.º 123/2009. O que está em causa no presente processo é a admissibilidade de ser condicionada pela E-REDES a receção de qualquer pedido de acesso à apresentação pela NOS da declaração mencionada em e. e f. do ponto 1 *supra*.

Quanto ao que especificamente a E-REDES alega:

Confirma-se que em comunicação datada de 22.01.2019, recebida na ANACOM em 25.01.2019, a E-REDES manifestou que, em determinadas circunscrições territoriais, iria condicionar o acesso e utilização dos postes à apresentação, pelas empresas de comunicações eletrónicas, de uma declaração, por parte dos municípios com o teor referido em e. do ponto 1 *supra*.

Nesta comunicação que remetia informação sobre os litígios que a E-REDES mantinha com alguns municípios, a agora Requerida chamava a atenção para a necessidade de clarificação da metodologia para a fixação da remuneração devida como contrapartida pelo acesso e utilização de infraestruturas aptas, por considerar que esta intervenção era relevante para ultrapassar dúvidas sobre a justiça do valor cobrado. A informação facultada pela E-REDES foi, assim, considerada para ter em conta no contexto da definição da metodologia acima referida, até porque o Decreto-Lei n.º 123/2009 não prevê a análise e aprovação, *a priori*, por parte da ANACOM, das condições de acesso e utilização fixadas pelas entidades referidas no artigo 2.º do referido diploma. Como tal, da ausência de reação por parte da ANACOM não se pode retirar qualquer assentimento ou concordância relativamente à exigência anunciada.

O que nesta sede é alegado pela Requerida corrobora a tese apresentada pela Requerente no pedido de intervenção que dirige à ANACOM, sendo inquestionável que a exigência por si estabelecida não é, nem justa, nem razoável. A demonstrar que a Requerida tem consciência de que esta condição não é compatível com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 está o facto de, até 31 de dezembro de 2018, nunca ter sujeitado os pedidos de acesso a postes nos municípios litigantes a esse requisito, nem o ter feito «… *em qualquer dos restantes 273 municípios, nos quais a cedência de novos postes tem decorrido sem qualquer entrave*».

Como já acima se concluiu, o resultado desta exigência – apresentação de uma declaração que as empresas não conseguirão obter – conduz a uma recusa de acesso às infraestruturas aptas detidas ou sob gestão da E-REDES que não se enquadra em qualquer das situações em que a Lei a admite (artigo 15.º), constituindo um incumprimento da obrigação de acesso que o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 impõe.

Das considerações que são feitas pela Requerida sobre a metodologia subjacente à fixação do valor da remuneração a cobrar como contrapartida do acesso e utilização das infraestruturas aptas não se retira qualquer explicação que justifique o comportamento adotado e afaste a conclusão acima expressa sobre a incompatibilidade da condição estabelecida com o regime a que deve obedecer o acesso e utilização de infraestruturas aptas.

6.3.2. Conclusão:

Ao subordinar a receção dos pedidos de acesso à apresentação da declaração cuja obtenção não é possível, a E-REDES estabelece uma condição (requisito) de acesso que não é, nem justa, nem razoável, e que, no limite, conduz a uma recusa de acesso que não se subsume a qualquer das circunstâncias que se encontram taxativamente previstas no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, contrariando assim o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 13.º do mesmo diploma.

Deve por isso a E-REDES rececionar e decidir os pedidos de acesso aos postes que lhe sejam apresentados sem condicionar o resultado da sua análise à apresentação da declaração descrita em e. e f. do ponto 1 *supra*.

7. Sentido provável de decisão – Audiência dos interessados

Analisados e ponderados os vários factos e argumentos apresentados pelas partes no presente procedimento, o Conselho de Administração da ANACOM, por deliberação de 8 de abril de 2021, aprovou o sentido provável de decisão (SPD) sobre o litígio relativo à recusa de acesso às infraestruturas aptas por parte da E-REDES nos municípios acima identificados.

O referido SPD foi submetido a audiência dos interessados, fixando-se um prazo de 10 dias úteis para que a NOS[33] e a E-REDES[34], querendo, se pronunciassem, por escrito.

O SPD foi também comunicado à ERSE[35] tendo presente que esta Entidade será notificada do projeto de decisão final, tendo em vista o cumprimento ao disposto no n.º 3 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, justificando-se aqui sublinhar que, relativamente ao diferendo em análise, o parecer desta Entidade tem carácter vinculativo (cf. n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 123/2009)[36].

Tendo as partes sido notificadas, conforme registo no livro de protocolo da ANACOM, a 12.04.2021, o prazo de 10 dias úteis para que se pronunciassem findou a 26.04.2021. As pronúncias foram rececionadas na ANACOM em 27.04.2021, já depois de terminado o prazo fixado para o efeito.

A apresentação extemporânea das pronúncias determina que estas não sejam consideradas no âmbito do presente processo, sendo esta a consequência que a ANACOM vem aplicando sempre que ocorrem situações idênticas às aqui verificadas.

Terminado o procedimento de audiência prévia, o Conselho de Administração da ANACOM, por deliberação de 02.06.2021, aprovou um projeto de decisão final no qual mantinha o sentido da decisão adotado em 08.04.2021, determinando a sua notificação à ERSE, com vista ao cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio. A ERSE foi notificada, por protocolo, a 08.06.2021.

Em 21.06.2021, tendo presente que o n.º 3 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009 prevê que nos casos relativos a infraestruturas do sector elétrico ou do gás natural e transporte de petróleo bruto e de produtos de petróleo, a decisão sobre a possibilidade de nas infraestruturas serem alojadas redes de comunicações eletrónicas deve ser precedida de uma parecer da Direção-Geral de Energia e Geologia (DGEG), a ANACOM

[33] Notificação à NOS efetuada através do ofício ANACOM 2021169530.
[34] Notificação à E-REDES efetuada através do ofício ANACOM 2021169535.
[35] Ofício ANACOM com a referência 2021169536.
[36] Foi ainda rececionado, a 26.04.2021, um ofício da ERSE. Nesta comunicação a ERSE confirma ter tomado conhecimento do SPD e refere que emitirá o seu parecer nos termos do Decreto-Lei n.º 123/2009, quando for notificada para o efeito.

notificou a referida Direção-Geral para que, no prazo de 15 dias úteis, se pronunciasse sobre o projeto de decisão[37].

Tendo presente o disposto nos artigos 14.º, 61.º e 63.º do Código do Procedimento Administrativo, a notificação da DGEG foi realizada por correio eletrónico para o endereço identificado na página eletrónica daquela Direção-Geral. O comprovativo de leitura obtido através do servidor do correio eletrónico indica que a referida comunicação *foi lida em 22 de junho de 2021 09:01:33 (UTC+00:00) Dublin, Edimburgo, Lisboa, Londres*.

Em 23.06.2021 a ANACOM rececionou o parecer emitido pela ERSE sobre o projeto de decisão final notificado, do qual deu conhecimento à DGEG por e-mail de 24.06.2021. Nesta comunicação a ANACOM recordou a notificação remetida em 21.06.2021. O comprovativo de leitura obtido através do servidor do correio eletrónico indica que a referida comunicação *foi lida em 24 de junho de 2021 16:57:37 (UTC+00:00) Dublin, Edimburgo, Lisboa, Londres.*

Até à presente data não foi rececionado na ANACOM qualquer comunicação por parte da DGEG em resposta ao pedido de emissão de parecer sobre o projeto de decisão final notificado.

Conforme decorre do n.º 6 do artigo 113.º do Código do Procedimento Administrativo aplicável em «…*caso de ausência de acesso à caixa postal eletrónica ou à conta eletrónica aberta junto da plataforma informática disponibilizada pelo sítio eletrónico institucional do órgão competente, a notificação considera-se efetuada no quinto dia útil posterior ao seu envio ou no primeiro dia útil seguinte a esse quando esse dia não seja útil, salvo quando se comprove que o notificando comunicou a alteração daquela, se demonstre ter sido impossível essa comunicação ou que o serviço de comunicações eletrónicas tenha impedido a correta receção, designadamente através de um sistema de filtragem não imputável ao interessado».* Assim deve considerar-se a notificação dirigida à DGEG como efetuada no dia 28.06.2021 e o prazo para a emissão do parecer solicitado terminado no dia 19.07.2021.

[37] Notificação determinada por decisão do Presidente do Conselho de Administração da ANACOM em 21.06.2021, foi ratificada em reunião ordinária do Conselho de Administração em 24.06.2021.

Nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, a não emissão de parecer, dentro do prazo legalmente fixado, corresponde à emissão de parecer favorável, pelo que o valor da omissão de pronúncia por parte da DGEG no prazo para o efeito estabelecido tem o valor de um parecer favorável por parte daquela entidade.

8. Parecer da ERSE

Em síntese e no que especificamente respeita ao sentido de decisão da ANACOM, submetido ao parecer da ERSE, esta Entidade declara que «… ***concorda com a proposta de decisão recebida …»,*** uma vez que a E-REDES «*não logrou apresentar posição suficientemente fundamentada para recusa…*» de acesso às infraestruturas aptas em causa, (cf. parecer da ERSE ora enfatizado). Assinala ainda que, embora a pronúncia da E-REDES (tal como a da NOS) seja intempestiva – o que torna formalmente inexigível a sua consideração no âmbito do presente diferendo –, «*merece ser expressamente tida em conta à luz dos princípios da boa administração e da participação.*»

Especificamente em relação a esta recomendação da ERSE, esclarece-se que tendo em conta a natureza preclusiva do prazo de pronúncia, a ANACOM seguiu, na análise do presente diferendo o mesmo entendimento que tem adotado noutros processos.

Objetivamente a exigência de um exercício tempestivo do direito de pronúncia, justifica-se pela necessidade de acautelar a utilidade e eficácia da diligência no procedimento em curso. Permitir o seu exercício de forma extemporânea, para além de consubstanciar uma discricionariedade e uma discriminação a evitar, por desfavorecer quem assegura o cumprimento dos prazos fixados e constituiria um precedente que incentivaria à desconsideração dos prazos fixados, o que, será pacífico afirmar, não é de todo desejável. Tal prática lesaria os princípios da igualdade, da proteção da confiança e da segurança jurídica.

.

Em conclusão, obtido o parecer de concordância da ERSE relativamente ao sentido de decisão notificado, e porque não se verificam razões de facto ou de direito que determinem a alteração de sentido da decisão notificada às partes, e que na ótica da ANACOM, decorre do enquadramento legal aplicável e das obrigações que nos termos do Decreto-Lei n.º 123/2009 devem ser observadas pelas entidades que detêm ou gerem infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, **conclui-se** que não existe qualquer fundamento para a exigência feita pela E-REDES para a aceitação de pedidos de acesso às infraestruturas aptas que detém e gere.

9. Decisão

Ponderados os factos apurados com base nos elementos recebidos e feita a sua análise à luz das disposições legais que ao caso em apreço são aplicáveis, prosseguindo as atribuições previstas nas alíneas b) do n.º 1 do artigo 8.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, e no exercício das competências conferidas pelo n.º 1 do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, o Conselho de Administração da ANACOM, ao abrigo da alínea q) do n.º 1 do artigo 26.º dos Estatutos, decide:

1. Manter o sentido da decisão aprovado em 02.06.2021 e neste contexto, determinar que a E-REDES – Distribuição de Eletricidade, S.A., deve rececionar, analisar e decidir todos os pedidos de acesso a postes por si detidos ou geridos, sem condicionar essa receção, análise ou decisão à apresentação de uma declaração subscrita pelos responsáveis dos municípios em que as referidas infraestruturas aptas se situam na qual seja referido que o município «*não pretende reivindicar a qualquer título* (…), *da E-Redes – Distribuição de Eletricidade, S.A* (…) *qualquer valor da contrapartida prevista, paga a título de acesso, instalação ou qualquer outro tipo de utilização dos apoios da rede de baixa tensão, por parte das empresas de comunicações eletrónicas*». Consequentemente, deve esta empresa rececionar todos os pedidos que lhe sejam dirigidos pela NOS Comunicações, S.A. para acesso e utilização de infraestruturas aptas nos municípios de Vila Nova de Gaia, Santo Tirso, Santa Maria da Feira, Oliveira de Azeméis, Alcácer do Sal e Lagoa, sem condicionar a receção destes pedidos à apresentação da acima aludida declaração ou qualquer outra de teor equivalente;

2. Dar conhecimento à NOS Comunicações, S.A., e à E-REDES– Distribuição de Eletricidade, S.A., do Parecer da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, juntamente com a notificação do deliberado em 1.;

3. Dar conhecimento da presente deliberação à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos e à Direção-Geral de Energia e Geologia.

Lisboa, 29 de julho de 2021.