

ANACOM

AUTORIDADE
NACIONAL
DE COMUNICAÇÕES

RELATÓRIO DA CONSULTA REGULAMENTAR

**PROJETO DE REGULAMENTO DE ALTERAÇÃO DO REGULAMENTO
N.º 987-A/2020, DE 5 DE NOVEMBRO, ALTERADO PELO
REGULAMENTO N.º 596-A/2021, DE 30 DE JUNHO
(REGULAMENTO DO LEILÃO)**

Índice

1	Introdução.....	4
2	Pronúncias e entendimentos da ANACOM	5
2.1	Síntese das pronúncias relativas ao impacto da implementação da inibição dos incrementos mínimos e entendimento da ANACOM	5
2.2	Síntese das pronúncias relativas à delonga do procedimento do Leilão e entendimento da ANACOM	19
2.3	Síntese das pronúncias relativas à legalidade da alteração das regras do Leilão e entendimento da ANACOM	27
3	Conclusão.....	41

Página intencionalmente deixada em branco

1 Introdução

Por deliberação de 12 de agosto de 2021, o Conselho de Administração da ANACOM aprovou o início do procedimento de alteração do Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, alterado pelo Regulamento n.º 596-A/2021, de 30 de junho (Regulamento do Leilão para a Atribuição de Direitos de Utilização de Frequências nas faixas dos 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz, 2,6 GHz e 3,6 GHz – Regulamento do Leilão), conforme aviso publicado no seu *site* institucional¹.

Por deliberação de 26 de agosto de 2021², o mesmo órgão da ANACOM aprovou o Projeto de Regulamento de alteração ao Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, alterado pelo Regulamento n.º 596-A/2021, de 30 de junho.

Nos termos do disposto no artigo 10.º dos seus Estatutos³ e dos artigos 98.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo, a ANACOM deu conhecimento deste Projeto de Regulamento ao membro do Governo responsável pela área das comunicações, divulgou-o no seu *site* institucional⁴, assegurou a sua publicação no *Diário da República* (o que ocorreu através da publicação do Aviso n.º 16300-B/2021⁵, na 2.ª série do jornal oficial de 27 de agosto de 2021), tendo decidido fixar um prazo de 5 dias úteis, a contar da data daquela publicação, para pronúncia dos interessados.

Até ao termo do referido prazo, foram recebidas as pronúncias **[Início de Informação Confidencial – IIC]**

[Fim de Informação Confidencial – FIC].

Nos termos da alínea d) do n.º 3 dos “*Procedimentos de Consulta do ICP-ANACOM*”, aprovados por deliberação de 12 de fevereiro de 2004⁶, a ANACOM disponibiliza no seu *site* as pronúncias recebidas, salvaguardando a informação que os interessados tenham considerado confidencial, bem como um relatório, que contém uma referência às

¹ Disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1694802>.

² Disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1698504>.

³ Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março.

⁴ Disponível em

https://www.anacom.pt/streaming/ProjetoRegulamento_2AlteracaoRegulamLeilao.pdf?contentId=1698505&field=ATTACHED_FILE.

⁵ Disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1698821>.

⁶ Disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=406715>.

pronúncias recebidas e uma apreciação global que reflete o entendimento desta Autoridade sobre as mesmas. No entanto, no presente caso, atento o facto de, por imperativo regulamentar, a ANACOM não poder revelar o número ou a identificação dos licitantes que participam no Leilão, que ainda corre termos, e tendo as pronúncias sido apresentadas por entidades que assumem aquela qualidade, foi assegurada uma especial salvaguarda de informação, designadamente no que se refere à disponibilização das pronúncias recebidas.

2 Pronúncias e entendimentos da ANACOM

2.1 Síntese das pronúncias relativas ao impacto da implementação da inibição dos incrementos mínimos e entendimento da ANACOM

Destacam-se os seguintes comentários recebidos:

- a) No âmbito do início do procedimento e da consulta pública sobre a primeira alteração do Regulamento já tinha manifestado a sua preferência pela inibição da utilização dos incrementos mais baixos, pelo que apoia a alteração ora projetada **[IIC]** **[FIC]**;
- b) Revê-se nos esforços da ANACOM para impedir o prolongamento excessivo do Leilão, considerando a inibição da utilização dos incrementos mínimos (de 1% e de 3%) uma medida adequada e proporcional **[IIC]** **[FIC]**;
- c) Qualquer medida que permitisse acelerar, de alguma forma, o Leilão seria bem-vinda, razão pela qual apoiou o alargamento do período diário de funcionamento do Leilão e a redução da duração das rondas, que visava o aumento do número de rondas, pese embora considere que não é a forma mais eficaz para reduzir a duração do Leilão **[IIC]** **[FIC]**;
- d) As medidas anteriormente adotadas não permitiram a conclusão rápida do Leilão, nem sequer fomentaram a alteração do comportamento dos licitantes, que continuam a recorrer, praticamente sem qualquer exceção, a licitações de 1% sobre o valor do lote mais barato da categoria J **[IIC]** **[FIC]**;
- e) Manifestou **[IIC]** **[FIC]**

[FIC];

- f) Este prolongamento incompreensível beneficia diretamente os três operadores móveis estabelecidos, que assim não são compelidos a investir mais cedo na tecnologia 5G, nem a cumprir as obrigações decorrentes do Regulamento, nem, tão pouco, a enfrentar uma concorrência acrescida pela entrada no mercado de novos operadores com rede própria, considerando irónicas as frequentes declarações públicas dos três operadores móveis que, lamentando que o Leilão se esteja a prolongar, ao mesmo tempo se opõem, por todas as formas, a qualquer alteração ao Regulamento [IIC] [FIC];
- g) Depois de inúmeras rondas em que apenas foi utilizado o incremento de 1%, entende que este comportamento não corresponde a um padrão de normalidade, parecendo antes revelar uma estratégia deliberada de prolongar a duração do Leilão, com evidentes danos para o mercado e para os consumidores. Este atraso injustificado do Leilão configura um atraso na disponibilização de novas tecnologias (mormente o 5G), bem como de serviços de qualidade superior e a melhores preços, prejudicando, sobretudo, os consumidores de serviços de comunicações eletrónicas em Portugal [IIC] [FIC];
- h) Havia defendido a possibilidade de se reativar a utilização dos incrementos mais baixos numa fase em que os preços estivessem já próximos dos seus valores finais, mas compreende que, neste momento, a prioridade fundamental é introduzir alterações que levem a uma conclusão rápida do Leilão, dada a urgência de que já se reveste esse objetivo [IIC] [FIC].
- i) A “*inversão das regras que pautam o jogo do Leilão*” é ilegal e perigosa e ofende princípios que são traves-mestras dos procedimentos de seleção concorrencial. Considerando os investimentos vultuosos que estão em causa neste procedimento, esta alteração prejudica todo o planeamento estratégico realizado para este Leilão com base nas regras inicialmente definidas [IIC] [FIC];

- j) A inibição da utilização dos incrementos mínimos de 1% e de 3% afeta o âmago das regras do Leilão (é uma regra estruturante) e das estratégias de licitação, não tem suporte na prática e teoria dos leilões e é ilegal **[IIC]** **[FIC]**;
- k) A eliminação dos incrementos de 1% e de 3% não é uma alteração inócua ou meramente procedimental **[IIC]** **[FIC]**;
- l) Para o processo de descoberta do preço e da aproximação à valorização e orçamento dos licitantes é importante a existência de incrementos relativos (percentuais) baixos, sendo estes mais relevantes à medida que o Leilão avança e os preços absolutos aumentam **[IIC]** **[FIC]**;
- m) A questão não está no facto de a alteração aqui em causa não se projetar no passado, mas de se repercutir inevitavelmente no presente e no futuro do Leilão, ou seja, naquilo que ainda vai acontecer, com repercussão direta no resultado final **[IIC]** **[FIC]**;
- n) A eliminação dos incrementos relativos mais baixos nesta fase do Leilão torna exponencial o aumento dos incrementos absolutos, potenciando o risco de um resultado do Leilão ineficiente, que não assegure a entrega das frequências aos licitantes que mais as valorizam e que maior valor podem extrair e entregar à sociedade **[IIC]** **[FIC]**; potencia situações de “*maldição do vencedor*” (os licitantes podem acabar por pagar demais pelo espectro), já que a sinalização através dos valores dos incrementos (a única que é possível fazer) só poderá ocorrer com valores de 10%, 15% ou 20% **[IIC]** **[FIC]**;
- o) Esta alteração compromete irremediavelmente as estratégias de licitação das empresas envolvidas neste procedimento e pode limitar os recursos financeiros disponíveis para a realização de investimentos no desenvolvimento do 5G nos próximos anos, para além do que for estritamente necessário para cumprir as obrigações previstas no Regulamento **[IIC]** **[FIC]**;
- p) As opções estratégicas tomadas pelos licitantes sairão totalmente frustradas por esta medida, que tem um impacto negativo transversal à estratégia de todos os licitantes, obrigando-os, **[IIC]** **[FIC]**, a terem de inesperadamente readaptar a sua estratégia, para mais num prazo curtíssimo e

depois de as regras ainda há pouco tempo terem sido alteradas [IIC]

[FIC];

q) As decisões estratégicas adotadas já implicaram [IIC]

[REDACTED]

[FIC]; neste contexto, a licitação pelo valor mínimo tem não só em consideração a estratégia delineada pelo operador, [IIC]

[REDACTED]

[FIC];

r) A eliminação dos incrementos mínimos [IIC]

[REDACTED]

[FIC];

s) Não é verdade que [IIC]

[REDACTED]

[FIC];

t) A alteração dos incrementos irá afetar o “*processo de negociação e diálogo*” entre os licitantes, sendo que esse histórico é crucial; esse processo é normal e essencial para a harmonização da oferta e da procura de modo a encontrar-se a solução que permite um resultado eficiente e equilibrado dos diferentes interesses [IIC] [FIC];

u) O ajustamento é passível de afetar as estratégias de licitação usadas e a descoberta do preço [IIC] [FIC];

- v) Um licitante que tenha adotado uma estratégia [IIC] [FIC]. Se abandonar a sua estratégia ao fim de mais de 1200 rondas, isso irá dificultar o processo de descoberta de preço pelos outros licitantes [IIC] [FIC];
- w) Na teoria dos leilões, os incrementos absolutos devem manter-se ou diminuir à medida que o Leilão avança, ou seja, os incrementos relativos (%) devem diminuir à medida que o Leilão progride [IIC] [FIC];
- x) Nos leilões internacionais, a alteração dos incrementos durante o Leilão foi no sentido contrário do proposto pela ANACOM, tendo sido introduzidos incrementos mais baixos e não eliminada a sua utilização; a regra que previa flexibilidade para alterar os incrementos ao longo do Leilão já estava prevista nas regras originais, podendo ser internalizada por todos os licitantes desde o início do Leilão [IIC] [FIC];
- y) O facto de [IIC] [FIC], pelo que é necessário manter os incrementos mais baixos [IIC] [FIC];
- z) O valor substancial que os lotes da categoria J (a única na qual ainda existe excesso de procura) já atingiram, [IIC] [FIC];
- aa) A eliminação dos incrementos é discriminatória, sendo suscetível de prejudicar alguns licitantes face a outros, pelo que é inadmissível à luz da lei [IIC] [FIC].
- bb) A eliminação dos incrementos mínimos é suscetível de prejudicar os licitantes com maior exposição ao Leilão (os que licitem e adquiram mais lotes) e aqueles que ainda estão a licitar *nas categorias* em que se regista excesso de procura [IIC] [FIC];

cc) A acomodação procura/preço nas categorias em que já não há excesso de procura foi feita de forma mais flexível e paulatina, recorrendo a incrementos mais baixos do que aqueles que irão ser permitidos após a alteração ao Regulamento [IIC] [FIC];

dd) A flexibilidade dos licitantes para mudarem as licitações entre categorias que apresentavam à partida do Leilão algum grau de substituibilidade entre si é agora mais limitada [IIC] [FIC].

Entendimento da ANACOM

A ANACOM regista as observações favoráveis à adoção da alteração projetada, bem como a concordância com a adequação, proporcionalidade e sentido de urgência da medida.

Efetivamente, esta Autoridade Reguladora não pode deixar de adotar uma decisão desta natureza, como é realçado pelas referidas pronúncias, quando o prolongamento excessivo do Leilão já é suscetível de causar impactos muito relevantes na economia nacional, a qual, enquanto este procedimento não terminar, continua privada dos benefícios que podem advir dos sistemas 5G, bem como do reforço das redes existentes e da concorrência acrescida que novas redes e negócios poderão imprimir no sector, com repercussões positivas mais vastas no tecido económico nacional e na coesão social e territorial (e, naturalmente, nos utilizadores dos serviços que dela beneficiem).

Em contraponto, outras pronúncias são críticas da opção avançada pela ANACOM, procurando evidenciar os seus impactos negativos.

Neste contexto, quanto ao eventual impacto da alteração ora projetada nas **estratégias dos licitantes**, importa salientar que no âmbito de um Leilão simultâneo, ascendente, aberto e de múltiplas rondas (SMRA), como é o caso do leilão em apreço, as mesmas se baseiam, não só nos lotes disponíveis, mas também nas regras estruturantes do Leilão que correspondem às que regem as rondas – parte-se de um preço de reserva e, em cada ronda, podem ser apresentadas licitações de valor crescente, as quais se suportam na informação disponibilizada aos licitantes no final de cada ronda (regras relativas à informação), no nível de atividade exigido em cada ronda (regra de atividade), na verificação de quando ocorre a última ronda

(regra de término da fase de licitação), na alocação do espectro a quem apresenta a licitação mais elevada e no preço final a pagar por cada licitante que corresponde ao valor da melhor oferta quando termina o leilão.

Quer isto dizer que, contrariamente ao que algumas respondentes pretendem fazer perpassar, as estratégias dos licitantes não dependem da duração ou do número diário das rondas, nem tão pouco do incremento mínimo a utilizar em cada licitação, uma vez que a sequência das licitações submetidas por cada licitante se orienta pelos montantes das melhores ofertas e pela valorização que atribuem aos lotes disponíveis. Ou seja, os licitantes vão reagindo às licitações submetidas pelos demais até que a melhor oferta atinja o seu nível de valorização.

Assim sendo, e como é destacado pelo Professor Doutor Steffen Hoernig, no seu Parecer de 28 de maio de 2021⁷, *“o incremento mínimo das ofertas é um parâmetro de implementação de cada SMRA, muitas vezes sujeito a ajustamentos, e não um valor fundamental ou imutável do seu desenho”*.

Neste contexto, a redução das opções de incrementos de licitação não influencia as estratégias dos licitantes: apenas definirá um outro patamar mínimo de licitação, o qual será aplicável a todos os lotes e a todos os licitantes por igual. Este patamar mínimo, que é absolutamente razoável segundo a teoria económica (apenas se passa de 1% e de 3% para 5%) e enquadrado nas melhores práticas, permitirá outrossim a progressão mais rápida das melhores ofertas e, como tal, antecipar o termo da fase de licitação principal – sem que se altere a regra relativa ao termo dessa fase –, o qual, pelas razões aduzidas neste relatório, é determinante para o cumprimento dos interesses públicos que subjazem a este Leilão.

Note-se que, com este tipo de procedimento de atribuição de direitos de utilização de frequências, procura-se um equilíbrio entre o objetivo de alocar o espectro a quem mais o valoriza através do processo de descoberta do preço, garantindo a eficiência estática do procedimento, e o objetivo de garantir a eficiência dinâmica, disponibilizando rapidamente os benefícios decorrentes do procedimento para o mercado, associados designadamente a um maior nível de concorrência, de

⁷ Junto ao processo administrativo relativo ao Regulamento de alteração ao Regulamento n.º 987-A/2020, de 5 de novembro, que viria a ser publicado no *Diário da República*, em 30 de junho, como Regulamento n.º 596-A/2021.

investimento e de cobertura e capacidade das redes. Neste âmbito, conforme evidenciado pelo Professor Doutor Steffen Hoernig “...no cerne do desenho de um leilão de espectro está o compromisso (*trade-off*) adequado entre os objetivos dos dois tipos de eficiência (*estática e dinâmica*)...”, sendo que o incremento mínimo “*Não deve ser demasiado pequeno (leilão lento), nem demasiado grande (menor precisão na descoberta do preço).*”.

Ora, a alteração projetada não põe em causa o equilíbrio almejado. Pelo contrário, permite um reajustamento de tal equilíbrio ao contribuir inequivocamente para o acréscimo da eficiência dinâmica, afetada pela imprevista progressão extremamente lenta do Leilão, sem comprometer a eficiência estática. Aliás, tal é reconhecido pelos que se manifestam não só favoráveis à alteração projetada pelo Regulador, como a consideram da maior urgência.

Com efeito, e no que respeita à eficiência estática, a ANACOM considera que a estratégia utilizada pelos licitantes e a descoberta de preço feita até ao momento não se perdem com a inibição dos incrementos de 1% e de 3%, nem o novo patamar mínimo determina o reinício do processo, desde logo porque a inibição dos incrementos mais baixos não tem efeitos retroativos. O Professor Doutor Steffen Hoernig no seu Parecer refere ainda que mesmo nos lotes que já tenham atingido o ponto da descoberta do preço final, verifica-se que esta não é afetada ou revertida. Por outro lado, os restantes lotes beneficiarão de uma mais rápida evolução do preço e, por conseguinte, da descoberta do preço.

A inibição dos incrementos mínimos também não afeta a possibilidade que o licitante tem de ganhar os lotes nos quais detém melhor oferta, ou outros para os quais licite, pois não altera a valorização que faz desses lotes, nem afeta o modo como, permanentemente, tem de se reposicionar estrategicamente no Leilão.

Independentemente da alteração projetada, ainda que um licitante tenha iniciado a sua participação no Leilão com uma determinada estratégia, esta é afetada pelas licitações dos restantes licitantes, pelo que pode ter de ser constantemente ajustada em função da evolução das mesmas. Mesmo uma estratégia que se tenha pautado pela licitação com o incremento mínimo nos lotes mais baratos, não será afetada com a inibição dos incrementos mínimos, pois estes apenas mudam de 1%-3% para 5%, mantendo-se ainda disponíveis os restantes incrementos – 10%, 15% e 20%. O que

irá ser afetado é o ritmo para se chegar à valorização que os licitantes fazem dos lotes disponíveis e, como tal, o tempo para se atingir a ronda final do Leilão, que agora poderá ser, pelo menos, 5 vezes mais rápido, sem que seja alterada a regra de termo desta fase de licitação.

No que respeita ao impacto que a alteração nos incrementos poderá ter no que é indicado como o “*processo de negociação e diálogo*” entre os licitantes e a sinalização entre os mesmos, importa salientar que esse argumento sugere que o tipo de mecanismo apontado pode ser instrumental para a substituição de um resultado do Leilão baseado num processo concorrencial e descentralizado, onde cada licitante revele a sua valorização intrínseca pelo espectro, por outro baseado num compromisso tácito entre os licitantes (geralmente conhecido como conluio tácito). Se tal compromisso fosse alcançando com sucesso, contrariar-se-ia o objetivo primordial do Leilão, que é o da alocação eficiente do espectro, ou seja, a sua distribuição aos operadores com base na sua capacidade de transformar esse *input* em melhores serviços para os utilizadores.

Releva-se ainda, neste contexto, que a ANACOM, no âmbito do procedimento de consulta a que foi sujeito o Regulamento (na sua versão inicial), explicitou as suas preocupações a este respeito, designadamente na ponderação entre o grau de transparência do Leilão e a necessidade de não contribuir para criar ou potenciar situações de eventual coordenação entre licitantes suscetíveis de comprometer os genuínos mecanismos competitivos inerentes ao Leilão. A conciliação destes objetivos esteve subjacente à definição de regras como, por exemplo, a da confidencialidade da identidade dos licitantes e o tipo de informação a divulgar entre rondas. Em coerência, o Professor Doutor Steffen Hoernig, no Parecer já referenciado, explicita que «*para reduzir a sensibilidade dos leilões de espectro a este tipo de comportamento anticompetitivo, nos leilões mais recentes foram tomadas medidas, como não revelar o número e a identidade dos licitantes, que reduzem a possibilidade de enviar “mensagens” através das ofertas*». Esta preocupação da ANACOM mantém-se e, na medida em que a alteração projetada, por um lado, não compromete a estratégia de descoberta de preços e, por outro, não é suscetível de afetar negativamente o procedimento que se pretende concorrencial, esta Autoridade está convicta que se trata da opção mais adequada para ultrapassar a situação de delonga em que o procedimento se encontra.

Quanto à “*maldição do vencedor*”, nota-se que a ocorrência deste fenómeno (de sobrevalorização dos preços dos lotes), que constitui um risco dos leilões em que os licitantes não têm conhecimento das ofertas submetidas pelos concorrentes, está reduzida pelo desenho do Leilão que foi adotado. Na verdade, a redução do risco de “*maldição do vencedor*” obtém-se através, por exemplo, da existência de rondas sucessivas onde cada licitante pode recolher indicações genéricas sobre o nível de procura agregada e assim ajustar as suas expectativas quanto ao valor do espectro. O Professor Doutor Steffen Hoernig salienta que, neste tipo de leilão, “*os participantes podem observar as ofertas dos concorrentes e a sua desistência no final de cada ronda, o que ajuda a eliminar o winner’s curse.*” A este respeito, não pode deixar de se evidenciar a informação obtida ao longo de mais de mil e trezentas rondas e a evolução da procura agregada que já se registou, que é percebida pelos licitantes e que, presentemente, se encontra no seu nível mínimo. Neste contexto, não se antevê em que medida é que esse processo possa ser afetado pelas opções de licitação, leia-se pelos incrementos disponíveis.

A valorização dos lotes por cada licitante está dependente do retorno que cada um estima ser possível retirar da exploração comercial dos mesmos. Não sendo fácil essa valorização, os licitantes suportam-se na descoberta do preço, com base na valorização dos restantes participantes no Leilão, para calibrar o valor que estão disponíveis a licitar.

Em suma, os licitantes irão licitar enquanto o valor for inferior à sua valorização, pelo que a descoberta do preço tem como propósito permitir a aquisição dos lotes por valores inferiores à valorização que o licitante faz dos mesmos, sendo que os licitantes ajustarão as suas estimativas com base na informação que obtêm das licitações dos restantes licitantes, ajustando a sua estratégia ao longo do procedimento em função da informação que vão adquirindo em cada ronda; mas nada disto é alterado com a inibição dos incrementos mínimos de 1% e de 3%. Não é, por isso, o ajustamento do incremento mínimo para 5% que afeta as estratégias dos licitantes, já que estas dependem somente das regras estruturantes do Leilão, anteriormente identificadas.

Como refere o Professor Doutor Steffen Hoernig, o incremento só ajusta em poucos pontos percentuais o valor de novas ofertas e “*tanto a teoria económica como a prática internacional apontam para que incrementos mínimos de, pelo menos, 5%*”

sejam apropriados, por estabelecerem um trade-off razoável entre os objectivos da aproximação à alocação eficiente e uma duração limitada do leilão. Um incremento mínimo deste tamanho também não tem efeito sobre as estratégias dos licitantes, nem beneficia algum participante em detrimento de outro”.

Mas, se a alteração projetada não afeta a estratégia dos licitantes e o seu impacto para o futuro, também não afeta a descoberta de preço que cada licitante já efetuou até ao momento. A informação que obteve não se perde, nem as decisões que tomou são afetadas; se já tinha desistido de algum lote em virtude do preço que tinha alcançado, não é a inibição dos incrementos que irá afetar essa decisão; se, pelo contrário, ainda se encontra a licitar por lotes cujo preço não atingiu, até ao momento, a sua valorização, tal decisão, bem como essa valorização, não serão afetadas pelo facto de não poder usar os incrementos de 1% e de 3%.

Aliás, se houvesse um prejuízo inequívoco haveria certamente um largo consenso a esse respeito, o que, conforme é demonstrado pelo conteúdo das pronúncias, aqui resumido, está muito longe de existir. Ademais, também não existe consenso entre os críticos da alteração que está a ser considerada, designadamente quanto ao alegado impacto para o passado nas estratégias dos licitantes.

Acresce que também existem pronúncias que reconhecem a necessidade de intervenção ao nível da inibição dos incrementos mais baixos, pelos prejuízos que a demora do Leilão causará para o mercado e para os consumidores e que já concordavam com esse tipo de intervenção no âmbito da primeira alteração do Regulamento.

A este respeito é evidenciado por uma das respondentes que, no âmbito do procedimento regulamentar de alteração do Regulamento do Leilão que terminou com a aprovação do Regulamento n.º 596-A/2021, de 30 de junho, já defendia a alteração que então a ANACOM havia equacionado (e anunciado) sobre a inibição da utilização dos incrementos mínimos que poderiam ser indicados nas licitações.

Concluindo quanto a este ponto, a ANACOM entende, face ao exposto, que a inibição dos incrementos não configura uma regra estruturante do Leilão e não compromete a estratégia dos licitantes.

Adicionalmente, a **supressão dos incrementos de 1% e de 3% não é discriminatória, nem afeta os licitantes de forma diferenciada**. Com efeito, o preço final de cada lote continua a ser definido pela melhor oferta na última ronda da fase de licitação. Esse preço é integralmente construído pela licitação do licitante vencedor, sendo que, à data da entrada em vigor da alteração, todos os licitantes terão disponíveis os mesmos incrementos para licitar. Como tal, caberá a cada licitante, com base na sua valorização dos lotes, nos seus objetivos relativos ao espectro a adquirir e no valor atual dos lotes, decidir pela licitação com um incremento mínimo de 5% ou mais.

Acresce que, sendo esta alteração transversal, a mesma aplica-se a todos os lotes e licitantes, não sendo correto assumir que a inibição dos incrementos de 1% e de 3% se traduza num aumento do preço absoluto, nem que seja mais prejudicial para os licitantes que estejam a concorrer por um maior número de lotes ou em categorias em que a procura ainda não estabilizou, pois não cria nenhuma discriminação entre licitantes. Aliás, relativamente à procura, releva-se que os licitantes podem, mediante a utilização dos pontos de elegibilidade que tenham disponíveis, mudar a sua procura entre lotes e categorias, situação que já tem acontecido ao longo do Leilão. Nem tão pouco se pode dizer que esta alteração, se conhecida numa fase anterior, teria afetado a estratégia dos licitantes que, entretanto, tenham reduzido a procura, pois fizeram-no por o preço ter ultrapassado a sua valorização/orçamento, enquanto nos lotes que continuam a licitar, continuam a fazê-lo, independentemente do incremento, até ao momento em que o preço alcance a sua valorização/orçamento. Neste contexto, a ANACOM considera que a alteração projetada não é discriminatória.

No que respeita à **urgência desta alteração**, importa enfatizar que a ANACOM não consegue saber – nem sabe – quanto vale inequivocamente o espectro para cada licitante. Mesmo consultando os *benchmarks* internacionais, e sem prejuízo de a ANACOM não poder deixar de os considerar, constata-se que cada país chegou a um resultado próprio e cada empresa participante licitou até ao ponto da sua valorização, existindo algumas que desistiram antes de obterem o espectro pretendido – o que constitui uma evidência de que tinham uma valorização desse espectro inferior ao de outras empresas participantes no mesmo procedimento –, enquanto outras avançaram no procedimento (licitando valores mais elevados) e conseguiram obter o espectro pretendido.

Em todo o caso, relativamente, por exemplo, ao espectro na Categoria J, onde se tem centrado a procura nas rondas mais recentes, considerando o que se conhece do *benchmark* e da evolução da procura nesta Categoria, existe a efetiva possibilidade de nos encontrarmos ainda muito longe do preço final, podendo a trajetória para chegar a esse valor vir a ser particularmente demorada.

Com efeito, o preço médio atual dessa categoria (na ordem dos 6,5 milhões de euros) está ainda muito abaixo do valor médio de *benchmark* de preços finais obtidos nos leilões mais recentes realizados na Europa, ajustados pelas paridades de poder de compra, pela população nacional e pelo período de duração dos direitos de utilização de frequências – e que é na ordem dos 10 milhões de euros. Esta informação é particularmente relevante na avaliação que a ANACOM faz sobre o risco de o procedimento se prolongar, dado que evidencia que o Leilão ainda poderá estar muito longe do seu termo. Embora, naturalmente, não se possa garantir que os participantes no Leilão tenham uma valorização do espectro equivalente ao resultado do referido *benchmark*, que também apresenta alguma variabilidade entre os diversos países, não pode esta Autoridade Reguladora deixar de atender a esses resultados, em particular quando o Leilão já se prolonga há cerca de 9 meses e poderá ainda prologar-se por cerca de mais 5 meses, se os preços finais convergirem com os do *benchmark*, mantendo-se inalterado o padrão de licitação atual.

Note-se que a ANACOM construiu um *benchmark* de leilões que considera relevante para o exercício em apreço e que, no caso dos 3,6 GHz, inclui os leilões realizados na Europa a partir de 2018, inclusive (como é o caso nomeadamente dos leilões da Espanha, Finlândia, Itália, Alemanha, Reino Unido, Suíça e França), momento em que o espectro nessa faixa passou a estar harmonizado para 5G.

Para além de o valor médio dos preços finais, que resulta do *benchmark*, apontar no sentido de uma valorização do espectro consideravelmente superior à que já foi alcançada, verifica-se que o nível de concorrencialidade do Leilão nacional tem sido elevado face a outros leilões europeus, pelo que não se pode afastar a possibilidade de os preços finais poderem vir a ultrapassar o valor médio do *benchmark* e aproximar-se dos valores dos países onde se registaram preços mais elevados. A título de exemplo, evidencia-se que para atingir um preço médio equivalente ao obtido na Alemanha, o Leilão nacional, mantendo o padrão de licitação atual, só terminaria em meados de 2022, e para atingir o valor de preço final mais elevado na

Europa, o da Itália, precisaria ainda de cerca de um ano e meio para terminar, o que significa que poderia ocorrer apenas em 2023.

Este cenário torna ainda mais premente uma intervenção no sentido de acelerar o procedimento.

Acresce que, aliado ao cenário referido, outros podem ser equacionados, nos quais o Leilão se revelaria ainda mais lento, como seja a transferência da procura entre lotes de categorias diferentes (sempre no pressuposto, naturalmente, de que o atual padrão de licitação, centrado em incrementos de 1%, se manteria).

Assim, decorre do exposto que a continuidade da utilização sistemática do incremento mais baixo, que não se alterou apesar de já ter sido explicitamente sinalizada pela ANACOM a necessidade de se assegurar uma progressão mais rápida do Leilão, torna premente a adoção de medidas que possibilitem uma maior aceleração do procedimento. Aliás, dada a relevância dos interesses públicos associados ao desenvolvimento do 5G, bem como ao reforço e criação de redes 4G, a ANACOM não pode deixar de intervir, de forma a não colocar em causa os referidos interesses. Acresce que essa premência de agir num procedimento que se pauta pela sua extrema lentidão é não apenas necessária e justificada, mas também proporcional, considerando designadamente os ganhos de eficiência total, decorrentes dos benefícios acrescidos de eficiência dinâmica, aspecto também evidenciado em algumas pronúncias.

Torna-se, assim, imprescindível uma ação concreta que, ao contribuir para a aceleração do Leilão, permita que os benefícios da conectividade digital associados a níveis acrescidos de cobertura e de capacidade, bem como ao aumento da concorrência decorrente do surgimento de novos negócios, cheguem mais rapidamente às populações, às empresas e às instituições públicas e privadas, que constituem o motor do desenvolvimento económico e social, da melhoria dos serviços públicos e da coesão social e territorial.

É pacífico reconhecer que as perdas de nada se fazer (incrementando a magnitude dos efeitos negativos causados ao interesse público) são muito superiores aos hipotéticos prejuízos que, conforme explicitado adiante, alguns operadores alegam resultarem da projetada alteração, mesmo que estes efetivamente se verificassem.

2.2 Síntese das pronúncias relativas à delonga do procedimento do Leilão e entendimento da ANACOM

Destacam-se os seguintes comentários recebidos:

- a) Na entrevista ao Jornal Expresso⁸, Paul Milgrom⁹, conclui que o prolongamento do Leilão era previsível e que resulta de falhas no desenho do Leilão cuja responsabilidade é da ANACOM **[IIC]** **[FIC]**;
- b) A teoria económica e a prática dos leilões demonstram que a utilização dos incrementos que tem sido feita é normal e antecipável dadas as regras definidas pela ANACOM **[IIC]** **[FIC]**;
- c) O Parecer do Prof. Steffen Hoernig evidencia que o *trade off* entre eficiência dinâmica e estática dos leilões é há muito conhecido e discutido e que a problemática não foi descoberta e discutida depois de 30 de outubro de 2020, quando a ANACOM aprovou o Regulamento do Leilão **[IIC]** **[FIC]**;
- d) O desenrolar do Leilão não era imprevisível, mesmo que não fosse desejado por nenhum dos participantes **[IIC]** **[FIC]**;
- e) A ANACOM é a responsável pelas regras do Leilão, sendo inconcebível que tente imputar a responsabilidade aos licitantes; os interessados, mesmo sem concordar, tiveram que se adaptar às regras ditadas pela ANACOM **[IIC]** **[FIC]**;
- f) A respondente recusa liminar de qualquer insinuação ou acusação de uso abusivo das regras com o intuito de arrastar o Leilão e, assim, adiar a entrada de novos concorrentes (que não teme, tendo sido um agente propulsor da concorrência no mercado), que considerará como uma difamação insustentada também num plano jurídico **[IIC]** **[FIC]**;

⁸ Disponível em <https://leitor.expresso.pt/semanario/semanario2548/html/economia/temas/leilao-do-5g-em-portugal-segue-regras-que-eram-usadas-ha-30-anos>.

⁹ Disponível em <https://leitor.expresso.pt/semanario/semanario2548/html/economia/temas/leilao-do-5g-em-portugal-segue-regras-que-eram-usadas-ha-30-anos>.

- g) A sua estratégia não é orientada pelo adiamento do 5G, estando antes preparada e ansiosa pelo seu lançamento comercial, tanto mais que o seu arrastamento implica custos diretos e indiretos **[IIC]** **[FIC]**;
- h) Rejeita em absoluto que as alterações sejam justificadas com o comportamento dos licitantes – que apenas se limitam a seguir as regras aprovadas e em vigor – , decorrendo antes da falta de capacidade da ANACOM, enquanto responsável pela definição daquelas regras **[IIC]** **[FIC]**;
- i) Era exigível que a ANACOM se tivesse dotado da competência técnica necessária sobre os leilões quando definiu o Regulamento, tendo sido alertada para a necessidade de definição de um Regulamento diferente daquele que desenhou e que aprovou **[IIC]** **[FIC]**;
- j) A ANACOM ignorou os avisos e rejeitou propostas de alteração que lhe foram apresentadas para evitar o prolongamento do Leilão, o qual era antecipável dada a desagregação do espectro da faixa dos 3,6 GHz em 3 categorias, o número elevado de lotes e as condições para atrair novos entrantes **[IIC]** **[FIC]**;
- k) Foi o Regulador, contra a posição dos principais operadores, que criou uma escassez artificial no acesso ao espectro radioelétrico na faixa dos 3,6 GHz. **[IIC]** **[FIC]**;
- l) A ANACOM foi alertada para o risco de demora do Leilão pela utilização de um modelo de Leilão SMRA simples, tendo-lhe sido proposta a utilização de um modelo SMRA *Clock Hybrid*, que foi desenvolvido para acautelar a demora de leilões semelhantes ao Leilão nacional, mas que foi desconsiderado pela ANACOM **[IIC]** **[FIC]**;
- m) A urgência invocada pela ANACOM é-lhe única e exclusivamente imputável, pois (i) a atual versão do Regulamento já lhe permite a adoção de algumas medidas para impor maior celeridade ao Leilão, as quais esta nunca utilizou, (ii) em diversos países europeus a versão original dos Regulamentos de Leilão já contemplava a possibilidade de introdução de alterações que permitiriam tornar o Leilão mais célere e, (iii) caso a ANACOM tivesse atuado atempadamente e introduzido no Regulamento as sugestões dos operadores, certamente que o

Leilão já estaria muito mais avançado (ou mesmo concluído) **[IIC]**

[FIC];

n) Foi o Regulador que, apesar de avisado, não introduziu no Regulamento mecanismos que lhe permitissem acelerar o procedimento de Leilão **[IIC]**

[FIC].

Entendimento da ANACOM

Sem prejuízo das manifestações de apoio à medida projetada pela ANACOM e de reforço da sua premência, há também alegações contrárias, alicerçadas, entre outros, em argumentos relativos à responsabilidade da ANACOM quanto ao modelo de Leilão e à estrutura do espectro na faixa dos 3,6 GHz, cujas decisões foram oportunamente adotadas, não sendo, portanto, esta a sede própria para revisitar em detalhe essas matérias, ainda mais quando algumas estão a ser escrutinadas em sede judicial.

Não obstante, no que respeita ao **modelo de leilão** aprovado pela ANACOM e respetivas regras, importa relevar que o modelo SMRA foi considerado o mais adequado, tendo sido inclusivamente o modelo utilizado no passado por esta Autoridade (Leilão de 2011), o qual também agregava diversas faixas de frequências e múltiplos lotes. Trata-se de um modelo que já era conhecido, tanto do Regulador, como do mercado nacional (sendo também usado noutros países), tendo sido entendido que a sua implementação seria simples e rápida.

Existindo vários modelos de Leilão e múltiplas versões de características híbridas, bem como modelos que foram adaptados às particularidades de cada país ou mercado (o que implica que um modelo SMRA adotado num país não seja necessariamente igual a um outro modelo, também designado como SMRA, adotado noutro país), é certo que não há um que seja considerado inequivocamente melhor que outro. Existem até procedimentos em que se conjugam fases comparativas, equivalentes a um concurso, com fases mais concorrenciais, do tipo Leilão, sendo esta diversidade claramente demonstrativa de que não há um modelo único ou universalmente aceite como o melhor e adequado a todas as circunstâncias.

Neste contexto, também não pode deixar de se evidenciar os contributos que a ANACOM obteve do mercado a este respeito, quer no âmbito do lançamento do

procedimento regulamentar – que culminou com a aprovação do projeto de Regulamento do Leilão – quer no âmbito da consulta relativa a esse projeto e que foram determinantes para a escolha do modelo e das respetivas regras.

Com efeito, no âmbito desses contributos várias empresas explicitaram que consideravam adequada a adoção de um modelo SMRA, equivalente ou igual ao que a ANACOM tinha adotado no Leilão que decorreu em 2011 e apenas uma empresa sugeriu um modelo distinto do que veio a ser adotado.

Não concedendo quanto à escolha do modelo SMRA, importa evidenciar que no âmbito da consulta pública relativa ao projeto de Regulamento do Leilão poderiam ter sido apresentadas críticas/contributos sobre algumas das regras procedimentais que, alegadamente, podiam comprometer a duração do Leilão, independentemente de este ser um modelo SMRA. Porém, tal não sucedeu.

Em qualquer caso, não se previa que os licitantes optassem por recorrer sistematicamente aos incrementos mais baixos, imprimindo uma progressão ao Leilão particular e surpreendentemente lenta. E esta realidade não decorre das regras aplicáveis ao Leilão, nem anteriormente ao início do mesmo foram manifestadas quaisquer preocupações com o seu eventual prolongamento, com exceção da única pronúncia já referida quanto ao modelo do Leilão.

Quanto à **organização do espectro na faixa dos 3,6 GHz** e às **medidas de promoção da concorrência**, incluindo as que potenciam novas entradas e novos negócios, aqui não estão em causa regras procedimentais do Leilão, mas regras estruturantes; e, embora tenham, efetivamente, sido objeto de críticas por parte de algumas entidades, como facilmente se compreende tais críticas não são reconduzíveis a uma questão de maior ou menor celeridade do Leilão, como parecem sugerir agora algumas pronúncias. As críticas apresentadas na altura ultrapassavam em muito essa dimensão e as implicações das alterações também pretendidas pelas referidas entidades (por exemplo, no caso das medidas para novos entrantes, tais entidades pretendiam a sua eliminação) teriam impactos significativos nos mercados de comunicações eletrónicas – para todos os efeitos legais, remete-se para o correspondente processo administrativo.

Quanto aos argumentos relativos aos novos entrantes, nota-se que o número de participantes no Leilão não pressupõe, ou conduz, necessariamente a um Leilão mais longo, que depende mais do nível de procura. Se, por um lado, o nível de concorrência do procedimento impacta na sua duração (por oposição a um Leilão em que não existindo concorrência os preços finais acabem por ser iguais ou pouco superiores aos preços de reserva), por outro, uma maior procura agregada (que se mantenha relativamente estável até ao final do Leilão) é passível de acelerar o Leilão, na medida em que tal aumente o número de lotes que, em cada ronda, são objeto de licitações.

Sem prejuízo destas considerações, no contexto atual do Leilão nacional, verifica-se que a lentidão se deve designadamente à existência de um nível de excesso de procura muito pequeno, bem como à opção de se incrementar sistematicamente os preços com valores de 1%, por iniciativa dos licitantes. Não obstante, admite-se que, quanto maior for o número de participantes no Leilão, em princípio, mais concorrencial poderá ser o procedimento e, conseqüentemente, mais demorado do que um procedimento em tudo equivalente em que não haja qualquer concorrência.

Em todo o caso, as regras adotadas consideraram o facto de poder estar em causa um procedimento competitivo, sendo nesse contexto relevante, por exemplo, a definição da regra de atividade. Salienta-se a este propósito o que refere o Professor Doutor Steffen Hoernig sobre a utilização dessa regra nos leilões do tipo SMRA, considerando que se trata de *“Um lugar central no controlo do andamento do leilão”*, sendo que para evitar comportamentos que potenciem o atraso na descoberta do preço *“a regra de actividade penaliza a falta de actividade de um participante, definida como ausência de um número suficiente de standing high bids ou de novas ofertas, reduzindo o seu direito de fazer novas ofertas em rondas posteriores.”*

Ainda, quanto aos novos entrantes, não se diga que foi o facto de ter sido prevista uma fase específica para esse efeito que determinou a duração mais longa do Leilão, pois essa fase completou-se em oito (8) dias úteis. Mas o que importa salientar é que, independentemente das condições aprovadas, designadamente as que envolvem medidas para dinamização da concorrência no mercado, o procedimento teria de ser sempre aberto, no sentido de aceitar vários tipos de empresas para disputar o espectro, e nesta conformidade, com ou sem essas condições, poderiam participar as mesmas empresas.

Decorre do exposto que a ANACOM não rejeitou quaisquer alegados avisos sobre a inevitabilidade do prolongamento do Leilão.

Assim, com a disponibilização de uma multiplicidade de incrementos (1%, 3%, 5%, 10%, 15% e 20%) havia, naturalmente, a expectativa de que todos fossem amplamente usados, não se concentrando maioritariamente nos valores mais baixos. Não tendo a utilização de incrementos qualquer impacto na valorização que cada empresa tem do espectro e, conseqüentemente, no valor final do mesmo, a estratégia de descoberta de preços não justifica a realidade dos baixos incrementos que se têm verificado.

Esta expectativa da ANACOM teve igualmente em consideração o facto de os preços de reserva terem sido definidos em valores relativamente baixos – no caso específico da faixa dos 3,6 GHz, muito abaixo dos preços médios finais dos leilões mais recentes da Europa –, e a urgência demonstrada pelo mercado no período anterior à aprovação do Regulamento do Leilão, relativamente ao desenvolvimento rápido do 5G. Neste contexto, a expectativa era a de que os licitantes utilizassem incrementos mais altos para uma mais rápida descoberta do preço, por forma a poderem usufruir do novo espectro o quanto antes.

Sendo este o cenário de então (e que não se alterou no que se refere às intenções do mercado de rapidamente implementar o 5G), a ANACOM entendeu adequado fixar incrementos de 1%, de 3%, de 5%, de 10%, de 15% e de 20%, convicta de que não seriam apenas os primeiros a ser utilizados. Contudo, contrariamente ao que fundamentadamente previa, esse não tem sido o padrão de licitações do Leilão, com a decorrente afetação do interesse público, cuja prossecução lhe compete assegurar.

Ou seja, face à informação de que dispunha e considerando as posições assumidas por alguns interessados, evidenciando interesse num desfecho rápido do Leilão, e a previsão de diversos valores de incremento que facilitavam esse desiderato, a ANACOM não tinha como antecipar que o Leilão se estenderia com base no uso reiterado dos incrementos mais baixos. Como tal, na ponderação que efetuou e, reitera-se, com a informação que estava disponível, o Regulador considerou que os incrementos disponibilizados, naturalmente em conjugação com as demais regras e condições associadas ao Leilão, permitiam assegurar o adequado equilíbrio entre os objetivos de eficiência estática e de eficiência dinâmica do procedimento; equilíbrio

que, tendo sido posto em causa com a utilização reiterada do incremento mais baixo, com grave prejuízo para a eficiência dinâmica do procedimento, importa realinhar.

Ainda sobre a duração do Leilão, note-se que, em qualquer caso, esta seria sempre difícil de prever com exatidão, uma vez que depende de múltiplos fatores (e não apenas das regras que estão fixadas), como sejam, por exemplo, o grau de procura que cada licitante expressa pelos lotes que são disponibilizados (informação que só é conhecida, no caso do número de licitantes, no âmbito da fase de qualificação, ou seja, após o início do Leilão, e no caso do nível da procura, ao longo do processo de licitação). Mas, atenta a experiência anterior da ANACOM, o Leilão poderia ter decorrido em poucos dias, em poucas ou algumas semanas ou, eventualmente, até 3 a 4 meses. Mesmo para este prazo mais alargado, bastaria que o valor médio dos incrementos usados fosse na ordem dos 3% a 5% (o que implicaria a utilização dos vários tipos de incrementos), ainda que o excesso de procura não fosse muito elevado, e o Leilão teria corrido como acima se refere. Naturalmente que uma utilização dos incrementos mais altos teria permitido que o Leilão ficasse concluído ainda mais rapidamente. Não obstante, tal não se verificou, tendo havido uma utilização sistemática e maioritária de incrementos de 1%.

Note-se a este propósito que Paul Milgrom¹⁰, citado numa das pronúncias, pese embora refira que «*Portugal te[r] incrementos de 1%, é ridículo*», também refere que “*incrementos de 5% em leilões de espectro é suficiente*”, reconhecendo que, neste caso, os preços evoluíram “*cinco vezes mais depressa*”, sendo que este é um dos objetivos da alteração em causa, tendo em vista uma mais célere conclusão deste procedimento.

Quanto às medidas de celeridade que constam do Leilão e que alegadamente esta Autoridade não terá usado ou de que não terá feito o uso que seria mais adequado, importa explicitar que poderão estar em causa duas situações: a possibilidade de terminar uma ronda antecipadamente quando todos os licitantes apresentaram a sua licitação e a possibilidade de reduzir o intervalo entre rondas.

Quanto à primeira opção, nota-se que o momento em que as empresas submetem as licitações ao longo da ronda nem sempre permite uma antecipação do respetivo

¹⁰ Vide entrevista em <https://expresso.pt/economia/2021-08-29-Nobel-da-Economia-arrasa-leilao-do-5G-portugues-Portugal-seque-regras-que-eram-usadas-ha-30-anos-018ff471>.

termo que possa ser particularmente significativa, pelo que ainda que estivessem reunidas as circunstâncias que permitissem à ANACOM terminar antecipadamente uma ronda, nos termos previstos no Regulamento do Leilão, a sua efetivação dependeria das ações de cada licitante. Aliás, a este respeito, recorde-se um comentário de um licitante, no âmbito do procedimento da primeira alteração do Regulamento, que referiu que *“está no total controlo dos licitantes usarem ou não, conforme as suas necessidades, os 60 minutos disponíveis em cada ronda.*

Já quanto à possibilidade de reduzir o intervalo entre rondas, relembra-se que tal foi implementado a partir do dia 82.º dia, traduzindo-se apenas no ganho de mais 1 ronda diária dado que a duração das rondas era de 60 minutos e assim se manteve até à primeira alteração do Regulamento. Como facilmente se compreende, a realização de apenas mais uma ronda diária, mantendo-se tudo o mais inalterado – designadamente, o reiterado recurso ao incremento de 1% –, pouco afetou a progressão do Leilão.

Quanto a outras medidas alegadamente recusadas pela ANACOM, importa salientar que estaria em causa uma funcionalidade que permitiria aos licitantes confirmar as suas melhores ofertas e que, conseqüentemente, habilitaria a ANACOM a antecipar o termo das rondas. Conforme oportunamente foi esclarecido por esta Autoridade Reguladora, na sequência de pedidos de informação remetidos por licitantes no contexto da ação de formação que antecedeu o início da fase de licitação, essa opção é incompatível com elementos estruturais do Regulamento do Leilão, pelo que não pode ser adotada.

Não obstante, sempre se salienta, conforme de resto também já se fez no âmbito do anterior procedimento de alteração do Regulamento do Leilão, que uma eventual alteração no sentido indicado também não teria previsivelmente impacto no cumprimento do propósito de aceleração do Leilão, pois a sua efetivação dependeria das ações de cada um dos licitantes. A este respeito, reitera-se, tal como já se referiu mais acima, a afirmação bastante elucidativa de um licitante: *“está no total controlo dos licitantes usarem ou não, conforme as suas necessidades, os 60 minutos disponíveis em cada ronda”.*

2.3 Síntese das pronúncias relativas à legalidade da alteração das regras do Leilão e entendimento da ANACOM

Destacam-se os seguintes comentários recebidos:

- a) A eliminação dos incrementos mínimos não é admissível à luz da lei (i) por não existirem razões supervenientes, nem circunstâncias excepcionais ou imprevisíveis que a justifiquem, (ii) porque afeta o âmago das regras do Leilão, não se tratando de uma alteração meramente procedimental, e (iii) porque não afeta de modo igual todos os licitantes **[IIC]** **[FIC]**;
- b) Não se registou qualquer mudança de circunstâncias, nem a ocorrência de factos excepcionais ou inesperados desde a aprovação do Regulamento, em 30 de outubro de 2020 **[IIC]** **[FIC]**;
- c) O impacto dos incrementos no equilíbrio entre a eficiência estática e dinâmica do Leilão e no andamento do Leilão já era conhecido, pelo que a ANACOM devia ter ponderado devidamente tal impacto, não podendo agora alegar que o prolongamento excessivo do Leilão vai bem para além do que era antecipável **[IIC]** **[FIC]**;
- d) Assim como já era conhecido o potencial impacto da pandemia, a importância das comunicações eletrónicas, o processo de aceleração da digitalização e a relevância da conectividade e do 5G **[IIC]** **[FIC]**;
- e) Trata-se de uma decisão puramente arbitrária, ao abrigo da qual a ANACOM pretende “*mudar as regras a meio do jogo*”, invocando a preocupação com a duração do Leilão e a data da sua conclusão que já deveria e poderia ter antecipado quando aprovou as regras do Regulamento **[IIC]** **[FIC]**;
- f) A ANACOM devia assumir que as regras que inicialmente aprovou eram desadequadas ou ilegais e, como tal, revogar o Regulamento, desconsiderando os atos e operações entretanto praticados, e, em sequência, aprovar um novo Regulamento e dar início a um novo Leilão **[IIC]** **[FIC]**;

- g) Acresce que o facto de a ANACOM ter considerado a eliminação dos incrementos mais baixos na primeira alteração ao Regulamento e depois ter optado por não avançar, é um indício de que tem a noção de que estão em causa regras centrais do Leilão cuja alteração não é justificável à luz da lei e do risco de ilegalidade que corre ao alterar esta regra quando o Regulamento não prevê qualquer flexibilidade nesta matéria **[IIC]** **[FIC]**;
- h) A alteração das regras durante o decurso do Leilão sem qualquer alteração superveniente que a justifique é ilegal por violar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, agravada pelo facto de que não afetará todos os "concorrentes" de igual modo **[IIC]** **[FIC]**.
- i) É absolutamente necessário num processo como este a garantia total e absoluta da estabilidade das regras da licitação, em obediência a elementares princípios de segurança e certezas jurídicas e caso a respondente soubesse ou pudesse ter antecipado que as regras poderiam vir a ser alteradas no futuro teria adotado uma estratégia distinta e tomado decisões diferentes **[IIC]** **[FIC]**;
- j) Se a ANACOM concretizar a alteração projetada, este Leilão vai tornar-se, pelas piores razões, um *case study* dos leilões, sendo que a ANACOM fez tábua rasa de ideias tão caras aos procedimentos desta natureza, como as da autovinculação da Administração às normas que aprova, do respeito pelas regras do jogo e pela "palavra" dada ou da estabilidade objetiva do procedimento, que tutelam interesses juridicamente tão valiosos, substituindo-as pela incerteza, pela alteração prevista e pelo ajustamento ao sabor das conveniências **[IIC]** **[FIC]**;
- k) A respondente não vê motivos para a ANACOM, vários meses após o início da fase de licitação principal, mas apenas um mês e meio depois de ter promovido a primeira alteração ao Regulamento, resolver modificar novamente o Regulamento de forma tão radical **[IIC]** **[FIC]**;
- l) A introdução, nesta fase, da alteração ao Regulamento que foi preconizada será desproporcional, totalmente injustificada e extremamente prejudicial, não apenas para a esfera jurídica da respondente, mas também para o normal desenrolar do

Leilão, sendo a sua fundamentação manifestamente incompreensível **[IIC]**

[FIC];

- m) Ao contrário do que a ANACOM parece dar a entender, não é evidente que os licitantes já pudessem contar com esta alteração por a mesma ter sido ponderada no âmbito do procedimento que conduziu à aprovação do Regulamento n.º 596-A/2021 **[IIC]** **[FIC]**;
- n) Como a ANACOM claramente não atribui qualquer importância ao princípio da estabilidade das regras procedimentais, neste momento, os concorrentes não sabem se esta alteração virá a ocorrer de facto e se poderão vir a existir outras em nome da celeridade **[IIC]** **[FIC]**;
- o) Qualquer alteração do Regulamento põe inevitavelmente em causa a estabilidade das regras procedimentais, com que os “concorrentes” devem poder contar (a ponto de até o próprio legislador ter normalmente o cuidado de ressaltar que alterações a regras procedimentais não se aplicam aos procedimentos em curso), sendo que, nos procedimentos competitivos, a estabilidade das regras é ainda mais importante **[IIC]** **[FIC]**;
- p) Não é aceitável invocar o exemplo de outros países europeus para defender a legitimidade da alteração proposta, uma vez que nesses países, a possibilidade de alteração do limiar mínimo dos incrementos estava já prevista no Regulamento, pelo que a comparação seria infundada e insuscetível de legitimar aquilo que é verdadeiramente uma alteração substancial das peças do procedimento e não apenas a concretização de uma alteração que já se encontrava pré-anunciada nas mesmas peças **[IIC]** **[FIC]**;
- q) A proposta da ANACOM é, além de ilegal, totalmente contraproducente e injustificada, considerando, por um lado, a importância deste procedimento (que recomendaria que a ANACOM tivesse antecipado estes problemas na fase própria, da elaboração do Regulamento – como foi sugerido pelos diversos operadores –, abstendo-se de vir perturbar o Leilão numa fase já tão avançada) e, por outro lado, o nível do preço já alcançado na categoria J e o impacto das alterações agora projetadas sobre a licitação **[IIC]** **[FIC]**;

e alterar regulamentos com eficácia externa. Estas normas consagram, de forma amplíssima, a faculdade de modificação dos regulamentos (sem a condicionar a determinados pressupostos ou critérios).

O Conselho de Administração da ANACOM está assim a promover a adoção de uma medida guiado pelo princípio da livre modificabilidade (ou revogabilidade) dos regulamentos.

E percebe-se que assim seja, na medida em que as entidades administrativas estão submetidas à *lógica da função administrativa*, tendo necessariamente de prosseguir o interesse público e não podendo comprometer-se por largo prazo a conformar-se com certa interpretação rígida desse interesse ou com determinado processo de o realizar.

E é por isso que a Administração não está, nem pode estar, adstrita à permanência e imutabilidade de um determinado quadro regulamentar, qualquer que ele seja, porque isso seria incompatível com o exercício permanente, quotidiano e naturalmente dinâmico das suas tarefas de regulação da vida económica e social.

Tal como refere a Professora Doutora Mafalda Carmona no Parecer junto ao presente procedimento, «(...) *a prossecução do interesse público – “o critério, o fundamento e o limite da atuação administrativa” – não se deixa facilmente afeiçoar a uma ideia de estabilidade; pelo contrário, a mutabilidade é da natureza do interesse público. Estando a Administração Pública obrigada à prossecução do interesse público, e não tendo este a característica da imutabilidade, compreende-se que a atuação dirigida à satisfação do interesse público não apresente igualmente essa marca da imutabilidade».*

Por outro lado, importa salientar que o Regulamento do Leilão confere ao Conselho de Administração da ANACOM (nas alíneas *d*) e *g*) do n.º 2 do seu artigo 4.º) poderes para tomar decisões no âmbito da condução do procedimento que implicam uma modificação, direta ou indireta, das regras constantes do Regulamento, designadamente, ou seja, o próprio Regulamento contém, nas suas disposições originais, uma *cláusula de revisibilidade*.

Em suma, «*a competência regulamentar da ANACOM (como, aliás, de qualquer outro órgão administrativo) compreende, portanto, a competência para modificar o*

regulamento emitido e consubstancia (como qualquer outra competência) um poder-dever, no caso, “o poder-dever da Administração de, dentro do quadro da legalidade (juridicidade), desenvolver o seu poder normativo de forma a prosseguir os interesses públicos atuais”. Ou seja, a ANACOM não só pode, como deve modificar o Regulamento, na medida em que tal lhe é exigido pelo princípio da prossecução do interesse público» (cfr. Parecer da Professora Doutora Mafalda Carmona).

E não se diga, como pretendem alguns, que a inexistência de uma específica norma no Regulamento que habilite a ANACOM a alterar os incrementos utilizáveis em cada ronda de licitação impede esta Autoridade Reguladora de exercer a sua competência regulamentar para esse efeito.

Com efeito, «a inexistência de uma tal norma não pode ser interpretada como uma “reserva de não modificação” ou “cláusula de não revisibilidade” implícita: o órgão administrativo não tem que se reservar o exercício da competência regulamentar que lhe é atribuído pela lei». Mas mesmo que assim fosse «as “cláusulas de não revisibilidade” são sempre, em si, revisíveis, sob pena de comportarem uma renúncia à competência (que seria nula)», conforme se evidencia no Parecer da Professora Doutora Mafalda Carmona.

Fica assim claro que os licitantes não podiam ter expectativas quanto à imutabilidade das regras do procedimento de Leilão, nem tão pouco entender que as suas expectativas merecessem a proteção que defendem (de absoluta imutabilidade do Regulamento) dos princípios da tutela da confiança e da segurança jurídica. Neste âmbito, o Conselho de Administração da ANACOM tanto detém poderes para agir dentro do procedimento, como para modificar as normas que o regulamento estabelece, ou seja, o próprio Regulamento do Leilão.

Mas ainda que, por hipótese, se admitisse a existência de tais expectativas – o que não se concede –, nem assim estaria indiciada qualquer violação daqueles princípios, pois esta pressupõe, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional, uma ponderação entre o peso das expectativas dos particulares e a importância do interesse público prosseguido com a medida em causa.

Ora, tal como se tem vindo a evidenciar ao longo deste relatório, trata-se de uma medida objetivamente justificada e proporcional, que visa a obtenção de um resultado

cuja premência é reconhecida por todos, incluindo particulares, sendo que na sua adoção releva uma maior preponderância do cumprimento dos interesses públicos subjacentes a este procedimento de disponibilização de espectro ao mercado, com o grau de relevância que é publicamente reconhecido por todos.

Sem um ajustamento da regra dos incrementos (e, não obstante, o aumento do número de rondas), o Leilão poderá facilmente continuar por centenas de rondas e vários meses, com um prejuízo incalculável para os interesses públicos que se visam alcançar com a atribuição dos direitos de utilização de frequências ora em causa.

Reiterando o que se referiu no anterior procedimento de alteração do Regulamento do Leilão e se salienta no presente procedimento, a alteração ora em questão (que visa o mais atempado possível culminar do Leilão) justifica-se à luz de um duplo interesse público (absolutamente premente e relevante): o de garantir que os cidadãos e as empresas obtenham, o mais rapidamente possível, os incalculáveis benefícios económicos e sociais que advirão da implementação da transição digital impulsionada pelo 5G em termos de desenvolvimento e competitividade da nossa economia, de coesão social e territorial, de melhoria e transformação do nosso modo de vida, de inovação social e da qualidade dos serviços públicos, assim como o de assegurar (através do 5G ou do reforço das atuais redes 3G e 4G ou do desenvolvimento de novas redes) que rapidamente comecem a ser corrigidas as insuficiências de cobertura e de capacidade dos serviços móveis que subsistem em diversas zonas do país (em especial em zonas menos densamente povoadas), num contexto em que a pandemia da COVID-19 confirmou que as comunicações eletrónicas são absolutamente cruciais para a sociedade e para a economia.

E a premência de este procedimento chegar ao seu termo em tempo útil é (pelo menos) publicamente salientada pelos diversos atores presentes no mercado, sendo igualmente patente e notório o seu interesse (privado) na concretização dos interesses (públicos) que estão subjacentes a este procedimento que permitem alavancar toda a iniciativa privada que assenta na exploração das frequências que são disponibilizadas ao mercado e que asseguram a satisfação das necessidades do país e dos seus cidadãos e empresas.

Num tal cenário, em que estão em causa os interesses do país e dos seus cidadãos e empresas, não pode esta Autoridade deixar de atuar, adotando as medidas que

sejam adequadas, necessárias e proporcionais para obviar ao claro prolongamento excessivo do Leilão, que ultrapassa qualquer previsão mais pessimista que pudesse ter sido realizada (mesmo tendo presente os interesses justapostos que emergem da utilização e exploração comercial das frequências).

Sobre este aspecto, alegam alguns dos interessados que a ANACOM não previu, quando poderia ter previsto, a demora, porque esta era previsível. Como explica a Professora Doutora Mafalda Carmona no Parecer junto ao presente procedimento, *«imprevisto significa apenas que não foi previsto, que há uma discrepância entre o que a Administração pensou que iria acontecer e o que aconteceu; é uma questão de contradição entre factos. Coisa diferente é, não tendo sido a circunstância prevista, se o poderia ter sido, o que equivale a perguntar se o facto, para além de imprevisto (não ter sido previsto), era imprevisível»*.

«Ora, aqui, há vários elementos que depõem no sentido de esta demora não ter sido previsível. Desde logo, o conhecimento da duração de outros leilões 5G no espaço europeu, cuja duração foi, de longe, muito menor. Igualmente, a experiência da ANACOM no Leilão 4G, em que estiveram presentes os três operadores históricos: previa-se a possibilidade de usar incrementos mínimos de 1% e 3%, mas o leilão ficou resolvido em 9 rondas. Mas, sobretudo, depõe no sentido da imprevisibilidade a postura assumida pelos operadores em face deste Leilão, em sede de consulta pública: uma inequívoca vontade de ver as licenças atribuídas e começar tão rapidamente quanto possível a explorar (e a dar aos consumidores e ao país os benefícios) do 5G; tanto que a ANACOM não foi poupada a críticas por aquilo que consideraram ser, em novembro de 2019, uma demora inaceitável na implantação do 5G. Parece-nos, pois, que se poderá concluir que não só esta manifesta demora era imprevisível, como ainda que a ANACOM confiou que a conduta dos licitantes seria coerente com as preocupações de celeridade que antes tinham mostrado – que, podendo recorrer a incrementos de 1% e 3%, não iriam sistematicamente fazer uso dessa possibilidade, prejudicando a celeridade do leilão».

No que respeita às alegações relativas à estabilidade das peças do procedimento ou à alegada (e impressiva, mas simplista) impossibilidade de se alterarem as regras “a meio do jogo”.

Sobre estas, importa salientar, como já se salientou reiteradamente, que em matéria de comunicações eletrónicas terrestres se aplica um quadro normativo específico – seja o que resulta das regras aplicáveis ao exercício da competência regulamentar pela ANACOM, estabelecidas no artigo 10.º dos seus Estatutos, seja o decorrente da Lei das Comunicações Eletrónicas, em especial no seu artigo 20.º, seja o definido no próprio Regulamento, em especial no que respeita à amplitude dos poderes de intervenção na condução do procedimento e na definição do seu ritmo conferidos ao Conselho de Administração da ANACOM pelo seu artigo 4.º – do qual decorrem reforçados parâmetros de adaptabilidade e flexibilidade do próprio procedimento, que não têm qualquer correspondência no regime característico da tramitação de procedimentos pré-contratuais para o qual alguns respondentes pretendem remeter quando tecem considerações sobre a alteração “*das regras a meio do jogo*”.

Note-se, em qualquer caso, que o conteúdo útil do princípio da estabilidade visa manter os pressupostos essenciais da concorrência e da igualdade de tratamento das partes intervenientes no procedimento, preservando as suas expectativas de manutenção desses pressupostos, pelo que são admissíveis alterações que não sejam suscetíveis de prejudicar a sua ordenação ou a sua admissão ao procedimento, e que sejam baseadas em motivos atendíveis, como é o caso da aceleração da conclusão de um procedimento cujo arrastamento é, a vários títulos, indesejável e prejudicial para os interesses públicos que lhe estão subjacentes.

Ora, como se verifica, as alterações em questão não são suscetíveis de pôr em causa a estabilidade do Leilão, na medida em que se aplicam a todos os licitantes exatamente da mesma forma, não são aptas a colocar qualquer dos licitantes em situação de vantagem ou desvantagem por comparação com as regras atuais, não incidem ou afetam as licitações anteriores, nem as condições que possam determinar as licitações futuras, nem tão pouco suscitam uma alteração do universo concorrencial de interessados em participar no Leilão. Acresce que se mantêm inalterados os elementos essenciais do Leilão, como a configuração dos lotes ou as regras que determinam a ocorrência da última ronda e quem são os licitantes vencedores, não colocando também em causa o processo de descoberta de preço.

A alteração projetada pela ANACOM permite, sem comprometer a eficiência estática do Leilão, aumentar significativamente a sua eficiência dinâmica, contribuindo para o

aumento da sua eficiência total, servindo os desígnios de interesse público subjacentes à realização do Leilão.

Trata-se, assim, de uma alteração indiferente do ponto de vista dos princípios da concorrência e da igualdade, que, como tal, não viola o seu corolário, que é o princípio da estabilidade.

Quanto às alegações de que se estará perante uma decisão puramente arbitrária, a ANACOM não pode deixar de as repudiar, rejeitando em absoluto que as regras inicialmente aprovadas eram ilegais e que, como tal, se impunha revogar o Regulamento, desconsiderar todos os atos e operações praticados até à presente data e, conseqüentemente, aprovar um novo regulamento e dar início a um novo Leilão.

Ademais, a decisão que esta Autoridade Reguladora agora projetou adotar decorre do facto de o procedimento do Leilão se estar a prolongar excessivamente, bem para lá do que era antecipável e desejável, por força do recurso, reiterado e persistente, a incrementos de licitação muito baixos, ainda para mais quando estavam em causa preços de reserva relativamente baixos.

E nem mesmo depois de sinalizar as suas preocupações com o impacto desta delonga nos interesses públicos subjacentes ao procedimento que, como tal, seriam também partilháveis por aqueles que deles seguramente retirarão benefícios, se verificou qualquer alteração no desenrolar do procedimento, mesmo tendo presente que as regras em vigor já permitem que os licitantes, querendo, imprimam uma maior celeridade ao Leilão.

A projetada alteração do Regulamento nada tem, pois, de arbitrário. As preocupações da ANACOM, partilhadas por diversas entidades, públicas e privadas, foram amplamente sublinhadas, foram o mote da anterior alteração ao Regulamento e, contudo, nada se alterou.

Recorde-se que, aquando dessa primeira alteração, a ANACOM avançou desde logo que sempre seria possível proceder também à alteração agora preconizada, mas relegou esta solução para um momento posterior, na expectativa de que as medidas que começou por adotar (aliadas ao facto de as regras em vigor já permitirem que os licitantes, querendo, imprimissem uma maior celeridade ao leilão) fossem suficientes

para impedir que o Leilão se prolongasse excessivamente – deixando, no entanto, claro que poderia vir a ser reponderada, se necessário, a hipótese de inibição da utilização dos incrementos mínimos mais baixos (entre outras). Não resta, por isso, à ANACOM senão adotar uma medida que permitirá, de forma adequada e proporcional, atingir com maior celeridade o desejado termo deste procedimento.

Note-se que está em causa uma mudança meramente quantitativa – de substituição dos incrementos mínimos de 1% e de 3% para 5% –, que não altera a essência do Leilão, que continua a ser um Leilão SMRA. A referida medida, também por isso, não vai bulir com as suas regras fundamentais, sendo que os licitantes continuam a poder licitar quantas vezes quiserem, ainda que agora partam de um incremento mínimo de 5% (note-se que este valor é considerado como suficiente pela teoria económica, conforme já referido). Nem tão pouco está em causa uma alteração ao Regulamento que contenda com as licitações passadas – no âmbito das quais os licitantes recorreram ao incremento de 1% –, que estão e ficam, naturalmente salvaguardadas. Está em causa uma mudança que visa produzir efeitos para o futuro e em relação à qual os licitantes disporão de tempo para se adaptarem (beneficiando de uma *vacatio legis* de 5 dias úteis). Ou seja, tudo se mantém, exceto a diferença quantitativa nos incrementos percentuais que podem ser usados em cada ronda.

Qualquer outra medida (incluindo nada fazer) teria impactos muito mais drásticos para os interesses públicos ora em questão e/ou para os interesses dos licitantes.

Com efeito e tal como refere a Professora Doutora Mafalda Carmona no Parecer junto ao presente procedimento, a «ANACOM poderia, por exemplo, estabelecer que cada lote ficasse fechado se não recebesse licitações em 3 rondas e/ou estabelecer uma data fixa para o encerramento do Leilão. Ou podia estabelecer preços de reserva mais altos – por exemplo, o valor médio dos valores já atingidos no Leilão – e admitir apenas incrementos de 10%, 15% e 20% (há agora, afinal, preocupações acrescidas de celeridade). Ou até, porventura, cumular todas estas soluções.

Como é fácil de ver, os atuais licitantes ficariam numa situação bastante pior do que esta em que lhes é vedado o uso de incrementos mínimos de 1% e 3%. Fixar uma data para o encerramento do Leilão obrigaria a jogar com o fator tempo, deixando para o fim as licitações mais próximas do valor ótimo, mas que poderiam acabar por ser excessivas – aumentaria o “winner’s curse”. Encerrar lotes à medida que não

tivessem mais licitações só obrigaria, também, a contar com o fator tempo (com vários fatores tempo, aliás, tantos quanto aos lotes) e, aqui sim, haveria “risco de exposição” relevante. Estabelecer novo preço de reserva, pela média dos valores atuais de cada lote, faria tábua rasa da “estratégia passada” (qual tenha sido ela até agora utilizada, em que os lotes da categoria J têm todos valores muito próximos), deixando ficar os valores, mas não os licitantes com a standing high bid; e, tudo isto, para, a partir daqui, poderem apesar usar incrementos de 5%, 10%, 15% e 20%».

Perante estas possíveis alternativas, vale «(...) o que em geral se diz da relação entre modificação e extinção: a modificação constitui “um minus em relação à revogação da decisão de contratar”, entre o mais servindo, precisamente, “a proteção da confiança dos interessados, que a extinção do procedimento lesaria muito mais drasticamente”», pelo que «não se suscita dúvidas que o meio seja **adequado** ao fim e, em face de outros, o **menos gravoso**», como salienta a Professora Doutora Mafalda Carmona no citado Parecer.

Quanto às ilações que são apresentadas sobre o facto de a ANACOM não ter implementado a inibição dos incrementos mínimos na anterior alteração ao Regulamento, recorda-se que a opção de aumentar o número de rondas diárias (de 7 para 12) tinha o propósito de acelerar significativamente o Leilão, num quadro em que os licitantes, mais sensibilizados para o elevado interesse público associado à conclusão do Leilão, poderiam também já ter optado por usar uma maior diversidade de incrementos.

A conjugação destes fatores levou a ANACOM a optar por proceder unicamente à alteração da duração das rondas, num primeiro momento (conforme referiu então, de forma expressa).

Com efeito, nota-se que, no tempo que mediou entre a entrada em vigor da nova regra de duração das rondas e o aviso relativo ao novo procedimento de alteração regulamentar, decorreram mais de 300 rondas, ao longo das quais a utilização de incrementos de 5% teria sido suficiente para que os preços dos lotes que estavam a ser maioritariamente licitados (da Categoria J) tivessem aumentado mais de 50% face aos preços que efetivamente se registaram no final desse período. Nesse cenário, encontrar-se-iam muito perto do valor correspondente à média dos preços finais (relativos à faixa dos 3,6 GHz), ajustados para Portugal, dos leilões relevantes

realizados na Europa, o que constituiria um indício importante de que o Leilão se poderia encontrar perto do seu termo. Embora esse valor médio possa não ser necessariamente coincidente com a valorização que cada licitante faz do espectro, conforme já explicitado anteriormente, não pode deixar de constituir uma referência importante para o momento em que a fase de licitação principal poderá terminar.

Porém, o padrão de licitação permaneceu inalterado, pelo que o mesmo, a manter-se tal como está, poderá perdurar até 2022, atentos os valores do *benchmark* de preços referido. Neste contexto, e tendo também presente a duração dos procedimentos de alteração, decorrentes da necessidade de dar cumprimento aos dispositivos legais que os enformam, a ANACOM decidiu que era urgente dar início a um novo procedimento de alteração do Regulamento para adotar a segunda medida de agilização do procedimento que já havia equacionado anteriormente.

Tal como já se referiu acima, as perdas de nada se fazer (que incrementam a magnitude dos efeitos negativos causados ao interesse público) são muito superiores aos hipotéticos prejuízos que, conforme explicitado anteriormente, alguns operadores alegam resultarem da projetada alteração, mesmo que estes efetivamente se verificassem.

Por último, no que respeita ao período para os interessados se pronunciarem, que apenas uma entidade considerou insuficiente, importa notar que no aviso de início do procedimento regulamentar, publicitado em 12 de agosto de 2021, foi, desde logo, enunciada a medida que se equacionava adotar para promover a necessária aceleração do Leilão.

A medida foi claramente explicitada, tem um teor perfeitamente circunscrito – afinal trata-se apenas de inibir a utilização dos incrementos de 1% e de 3% – e visa prevenir o já excessivo prolongamento do Leilão.

Ademais, no referido aviso foi logo anunciado que a fase seguinte (de pronúncia sobre o projeto de Regulamento) teria uma duração de cinco dias úteis, pelo que os interessados podiam, se assim o entendessem, preparar antecipadamente a sua participação neste procedimento.

Os interessados tiveram oportunidade de apreciar o conteúdo da decisão de abertura do procedimento, assim como o projeto de Regulamento, sendo que a única entidade

que se pronunciou quanto à exiguidade deste prazo teve tempo suficiente para **[IIC]**

[REDACTED]

[FIC].

Mais uma vez, os interessados não estão a ser confrontados com uma alteração ao Regulamento do Leilão que desconhecêssem. Pelo contrário, a projetada alteração foi enunciada e anunciada publicamente em devido tempo, de forma clara e fundamentada, tendo sido concedido tempo bastante e suficiente para os interessados acautelarem e prepararem a sua análise e pronúncia, como veio a suceder. Pelo que se considera que o prazo conferido para a pronúncia dos interessados foi adequado e suficiente à respetiva finalidade.

Considerando o que se explana ao longo deste relatório, verifica-se a ocorrência de circunstâncias imprevistas que ditam a necessidade de uma atuação por parte da ANACOM, no exercício da sua competência regulamentar, tendo em vista assegurar a prossecução dos interesses públicos que lhe está legalmente cometida.

Neste cenário e ponderados os diferentes interesses (sempre) justapostos, a ANACOM entende que a solução que projetou envolve uma mera mudança quantitativa, que não altera a natureza do Leilão, nem contende com as licitações passadas, valendo apenas para o futuro, sendo que os licitantes disporão de tempo suficiente para se adaptarem à mesma (a *vacatio legis* é de 5 dias úteis). Ademais, «*sendo meramente quantitativa e aplicável a todos os participantes, não suscita problemas de transparência, nem de igualdade, nem de concorrência*» (cfr. Parecer da Professora Doutora Mafalda Carmona).

Tal como fica claramente demonstrado neste relatório, a solução projetada é adequada para prosseguir o objetivo pretendido – garantir o termo do leilão em tempo útil para a prossecução dos interesses públicos que lhe estão subjacentes –, é necessária por ser a menos gravosa, sendo que (não nos cansemos de reiterar) as perdas de nada se fazer (que incrementam a magnitude dos efeitos negativos causados ao interesse público) são muito superiores aos hipotéticos prejuízos que alguns operadores alegam resultarem da sua adoção, caso estes efetivamente ocorressem.

3 Conclusão

Tendo em consideração os entendimentos acima explanados, entende-se que deve ser mantida a redação do Regulamento de alteração do Regulamento do Leilão, nos termos aprovados pelo Conselho de Administração da ANACOM em 26 de agosto de 2021.