Projecto de decisão

de revogação do direito de utilização de frequências ICP-ANACOM n.º 05/2008 de que é titular a MobiZAPP - Comunicações Electrónicas, S. A.

1. O pedido apresentado pela Mobizapp

Por carta recebida no ICP-ANACOM em 8 de Setembro de 2011, a MobiZAPP – Comunicações Electrónicas, S.A. (MobiZAPP) expõe e comunica, em síntese, o seguinte:

- Para efeitos do disposto no n.º 7 do artigo 21.º[1] da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, a MobiZAPP comunica que decidiu descontinuar, com efeitos a partir de 30 de Setembro, o uso das frequências que lhe estão consignadas na faixa dos 450-470 MHz, bem como a operação da sua rede CDMA 450, tendo em conta a insuficiência de condições económicas de exploração dos serviços e após a revisão, estratégica, do enquadramento do mercado que resultará do leilão multi-faixa a realizar pelo ICP-ANACOM até final de 2011;

- A MobiZAPP transmite que irá cessar a sua actual oferta de serviços de comunicações electrónicas suportada na rede CDMA 450 e, nessa medida, extinguir-se-á também, concomitantemente, o direito de utilização de frequências ICP-ANACOM n.º 05/2008, de que é titular, ao qual, e para todos os efeitos, renuncia;

- A MobiZAPP considera que a evolução dos serviços UMTS oferecidos pelos operadores móveis incumbentes na faixa dos 2100 MHz permite-lhes atingir uma cobertura populacional do país de aproximadamente 90% e disponibilizar serviços de banda larga móvel, com os quais não tem sido possível à MobiZAPP competir, pelos seguintes motivos: (i) as restrições incluídas na actual licença inibem a MobiZAPP de oferecer banda larga móvel ao mercado em geral; (ii) a insuficiência da largura de banda de que dispõe, considerando que dos 2 x 2,5 MHz de espectro que lhe está atribuído apenas uma portadora de 2 x 1,25 MHz está disponível para serviços EVDO (3G); (iii) o ecossistema da tecnologia CDMA450 é reduzido, com

[1] Na redacção anterior à alteração introduzida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro, tendo em conta a data da carta da MobiZAPP.

um volume global de aproximadamente 20 milhões de assinantes, comparativamente com os 800 milhões de assinantes de serviços suportados em UMTS, sendo que esta diferença significativa de escala resulta em custos de equipamento terminal mais elevados, uma menor escolha de equipamentos e, consequentemente, uma menor oferta de serviços; (iv) a actual estrutura das taxas anuais de espectro que, apesar do valor económico mais reduzido do espectro na faixa dos 450 MHz, obriga ao pagamento do mesmo por MHz seja na faixa dos 450 MHz, seja nas faixas GSM/UMTS (espectro que tem inegavelmente um valor económico superior); e (v) a obrigação, constante da licença, de manutenção no mínimo de 250 estações base independentemente do nível de procura.

- Apesar das desvantagens que elenca, a MobiZAPP considera que o CDMA450 tem demonstrado ser uma tecnologia adequada para prestar um serviço importante às comunidades rurais e a populações residentes em locais remotos que não são devidamente cobertos pelos operadores móveis incumbentes (invoca para o efeito a elevada capacidade de propagação dos 450 MHz). Trata-se, no seu entender, de um nicho de mercado em zonas que tenderão a reduzir-se com o lançamento de UMTS e LTE, respectivamente nos 900 MHz e nos 800 MHz, estimando que o mercado total para os serviços de banda larga suportados no CDMA450, a longo prazo, estará limitado a um intervalo que irá de 50.000 a 100.000 assinantes.

- A MobiZAPP refere que este é um segmento de mercado que se propõe voltar a servir caso lhe seja possível obter uma nova licença na faixa dos 450 MHz, propondo que as frequências agora devolvidas sejam incluídas no leilão de espectro multi-faixa em definição pelo ICP-ANACOM e defendendo, nesse caso, o seguinte conjunto de características indispensáveis: (i) inclusão num único lote de todo o espectro disponível, ou seja, 2 x 5 MHz na faixa dos 450-470 MHz; (ii) associação da nova licença a atribuir no leilão a uma licença de Acesso de banda Larga sem fios (BWA), com total neutralidade (tecnológica e de serviços) e sem obrigações de cobertura (e, consequentemente, sem obrigação de instalação de um número mínimo de estações); (iii) redução das taxas anuais do espectro; (iv) inexistência de preço de reserva mínimo para este espectro (atendendo ao baixo potencial do nicho de mercado em causa), sendo o preço definido pelo mercado através do leilão.

- A MobiZAPP manifesta ainda o seu interesse em participar no leilão com o objectivo de adquirir um novo direito de utilização de frequências na faixa dos 450 MHZ, caso o ICP-ANACOM acolha a proposta apresentada.

- Concluindo, a MobiZAPP informa que no dia 31 de Agosto de 2011 enviou a todos os actuais clientes uma comunicação (que anexa à sua exposição) nos termos do artigo 39.º, n.º 1, alínea c) da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, ou seja, informando os clientes que os serviços de comunicações electrónicas ZAPP actualmente prestados serão descontinuados a partir de 30 de Setembro de 2011.

2. Enquadramento

2.1. O direito de utilização de frequências de que é titular a MobiZAPP

Por despacho do Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações (MOPTC) n.º 19/93-XII, de 10 de Março de 1993, proferido nos termos do n.º 2 do artigo 17.° do Regulamento anexo à Portaria n.º 796/92, de 17 de Agosto, e na sequência do Concurso Público para atribuição de duas licenças de âmbito nacional para a Prestação do Serviço de Telecomunicações Complementar Móvel - Serviço Móvel com Recursos Partilhados (SMRP), aberto pelo Despacho MOPTC 70/92-XII, de 18 de Agosto de 1992, publicado no Diário da República, II Série, de 25 de Agosto de 1992, foi atribuída à RADIOMÓVEL - Telecomunicações, S. A. (RADIOMÓVEL) a licença n.º ICP-012/TCM.

Por despacho da Secretária de Estado da Habitação e Comunicações de 5 de Fevereiro de 1999, a RADIOMÓVEL foi autorizada a utilizar o Sistema TETRA (*Terrestrial Trunked Radio System*) para a prestação do SMRP, tendo sido consignadas novas frequências à empresa. A utilização daquele sistema foi, entretanto, descontinuada em Dezembro de 2004, tal como o foi, em Dezembro de 2006, a do sistema analógico MPT 1327.

Por despacho do Secretário de Estado Adjunto e dos Transportes de 14 de Março de 2002, foi autorizada a alteração da licença n.º ICP-012/TCM e consignadas à RADIOMÓVEL frequências adicionais para a prestação do SMRP de acordo com a tecnologia de Acesso por Divisão de Códigos (CDMA).

Em Maio de 2002, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM reemitiu o título que habilita a empresa à prestação do SMRP.

Em 18 de Abril de 2008, analisadas as obrigações constantes da Licença ICP-ANACOM n.º 012/SMRP, decorrentes dos instrumentos do concurso público e da proposta apresentada no âmbito do referido concurso, bem como daquela que a RADIOMÓVEL apresentou ao solicitar a atribuição de frequências adicionais para a prestação do SMRP de acordo com a tecnologia CDMA, à luz do regime consagrado na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (LCE – Lei das Comunicações Electrónicas), o ICP-ANACOM concluiu que as mesmas eram compatíveis e adequadas à luz do quadro regulamentar, mantendo-se, como tal, aplicáveis, pelo que procedeu à adaptação do referido título.

Em 25 de Setembro de 2008, o ICP-ANACOM deliberou renovar o direito de utilização de frequências atribuído à RADIOMÓVEL (ICP-ANACOM n.º 05/2008) para a oferta do SMRP e proceder à especificação das condições gerais associadas à oferta do SMRP, das condições associadas ao direito de utilização de frequências e das condições associadas ao direito de utilização de números[2].

Por fim, em 26 de Janeiro de 2011, mediante averbamento, do referido direito de utilização de frequências n.º 05/2008, passou a constar como titular do mesmo a MobiZAPP, Comunicações Electrónicas, S. A.

A comunicação da MobiZAPP configura assim um pedido de revogação do acto de atribuição do direito de utilização de frequências n.º 5/2008, ou seja, a revogação de um acto administrativo válido.

2.2. Revogação de actos administrativos válidos - competência do ICP-ANACOM para a revogação e interessados

É, assim, à luz do regime da revogação de actos administrativos válidos, previsto no Código do Procedimento Administrativo (CPA), que o presente pedido deve ser analisado. Esta figura consiste numa «*decisão administrativa dirigida à cessação dos efeitos de outra decisão administrativa prévia, por se entender que os efeitos desta não são convenientes, não representam uma maneira adequada de prosseguir o*

[2] Disponível em http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=928463

interesse público em causa (…)»[3].

O CPA dispõe no seu artigo 140.º que os actos administrativos são livremente revogáveis excepto i) quando a sua irrevogabilidade resultar de vinculação legal, ii) forem constitutivos de direitos ou iii) deles resultem para a administração obrigações legais ou direitos irrenunciáveis. No caso de os actos serem constitutivos de direitos, como no presente caso, os actos só podem ser revogados na parte em que forem desfavoráveis aos interesses dos destinatários ou quando todos os interessados derem a sua concordância à revogação e não se trate de bens indisponíveis.

Assim, importa verificar em primeiro lugar qual é a entidade competente para proceder à revogação do acto.

Nos termos do n.º 1 do artigo 142.º do CPA, na ausência de disposição especial que atribua a entidade diversa competência para o efeito, é competente para a revogação de um acto administrativo o seu autor. No actual regime legal[4], a atribuição de direitos de utilização de frequências compete ao ICP-ANACOM (*vd.* art. 19.º, n.º 3 da LCE), bem como a sua renovação (cfr. art. 33.º da LCE), competência aliás já exercida em 2008, pelo ICP-ANACOM[5], no que diz respeito ao direito de utilização em apreço, como *supra* referido.

Nestes termos, cabe ao ICP-ANACOM o poder de renovar os direitos de utilização de frequências, mesmo nos casos em que essa atribuição é precedida de procedimento de selecção, nomeadamente concurso, em que as regras de atribuição são da competência do membro do Governo responsável na área das comunicações. E, sendo assim, cabe também ao ICP-ANACOM o poder de revogar o acto atributivo desse direito.

A razão pela qual a lei reconheceu o poder revogatório ao autor do acto administrativo reside na ideia de que a competência revogatória é um mero desenvolvimento da competência dispositiva ou primária. Conclui-se, portanto, que a competência para revogar o acto pertence ao ICP-ANACOM.

---

[3] In Código do Procedimento Administrativo comentado, 2ª Ed., Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, Secção IV, II., pág. 667).

[4] Note-se que a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (LCE) foi recentemente alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

[5] Ao abrigo do, então, artigo 36.º da LCE.

No caso vertente o pedido de revogação é da iniciativa da MobiZAPP, única interessada no sentido implícito do artigo 140.º do CPA, ou seja, enquanto titular de direitos ou interesses legalmente protegidos cuja concordância é necessária para a revogação do acto.

No entanto, tendo presente uma acepção mais ampla de partes interessadas, o ICP-ANACOM reconhece a existência de um potencial impacto no mercado que poderá advir da revogação do direito de utilização de frequências titulado pela MobiZAPP, designadamente sobre os utilizadores do seu serviço, pelo que entende que deve ser promovido o adequado procedimento geral de consulta, nos termos do artigo 8.º da LCE, permitindo, por essa via, um processo de decisão participado e transparente.

Estabilizado então o enquadramento do pedido, importa ter em conta que o acto de cuja revogação se trata – de atribuição de direitos de utilização de frequências – se insere na designada categoria de actos favoráveis. Com efeito, está em causa, em primeira linha, a atribuição de uma vantagem, que se traduz na atribuição de um direito de exploração de um determinado recurso, que o particular pretende obter no seu interesse e para desenvolvimento de uma actividade económica. Assim, quando confrontado com um pedido de revogação de um acto que atribui uma vantagem a um particular – pedido esse que é obviamente fundado no interesse e nas motivações do respectivo titular – compete ao ICP-ANACOM avaliar se o interesse público, cuja realização estava também associada ao acto favorável, ficará ou não prejudicado pelo deferimento da pretensão do particular.

3. Análise do pedido

No sector das comunicações electrónicas, a LCE, em transposição do enquadramento definido no plano comunitário, determina que «é garantida a liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas» (artigo 19.º, n.º 1).

Não resulta do regime legal em vigor a obrigação de permanência na actividade (na oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas), por quem nela não quer permanecer, sem prejuízo, naturalmente, do cumprimento de obrigações de salvaguarda, designadamente dos interesses dos consumidores ou de outros agentes económicos, que, a este respeito, a Lei ou o Regulador possam determinar.

Dito de outro modo – e sem prejuízo das disposições normativas que, por força da escassez de recursos envolvidos ou da natureza do serviço, nomeadamente de serviço universal, possam impor condições de acesso e utilização –, não resulta do ordenamento jurídico vigente uma obrigação de permanência que, a existir em termos absolutos, poderia eventualmente constituir a negação do conceito de liberdade de iniciativa privada.

No caso vertente, não pode deixar de se considerar que assiste à MobiZAPP a liberdade de não querer desenvolver a actividade para a qual lhe foi atribuído o direito de utilização de frequências, tendo presente, como já acima explicitado, que o acto em causa – de atribuição de direitos de utilização de frequências – se insere na designada categoria de actos administrativos favoráveis. Naturalmente que importará, caso a caso, aferir das condições que sejam aplicáveis, em cada situação concreta, perante a intenção de abandono de actividade que estiver em causa.

E, com efeito, os dados estatísticos disponíveis no ICP-ANACOM permitem confirmar que a empresa vem sofrendo uma quebra acentuada de clientes e receitas, desde logo porque no final do segundo trimestre de 2011 a empresa dispunha de **[IIC] [FIC]** clientes quando em Julho de 2007 chegou a atingir **[IIC] [FIC]** clientes, quebra esta acompanhada, em paralelo e no mesmo período, por um decréscimo de receitas trimestrais de **[IIC] [FIC]** euros para **[IIC] [FIC]** euros.

Tendo presente estes dados e analisado o pedido da MobiZAPP, o ICP-ANACOM considera que, do ponto de vista da gestão de espectro, em especial atento o princípio de utilização efectiva e eficiente do espectro, nada obsta à revogação do direito de utilização de frequências para o SMRP.

A MobiZAPP igualmente deu cumprimento às salvaguardas exigidas na lei relativamente aos utilizadores dos seus serviços (previstas no artigo 39.º, n.º 1 alínea c) da LCE e no seu direito de utilização de frequências) dado que os informou antecipadamente, e dentro do prazo previsto para o efeito na lei, de que iria cessar a sua oferta de serviços. E desta comunicação deu conta ao ICP-ANACOM, igualmente como se estabelece na LCE.

Tendo em conta a análise que precede e considerando que os pressupostos justificativos da revogação do acto de atribuição à MobiZAPP do direito de utilização de frequências existem à data deste projecto de decisão, entende-se que nada impede que a correspondente decisão final produza efeitos a 30 de Setembro de 2011, tal como solicitado pela MobiZAPP.

Importa, por fim, sublinhar que o presente projecto de decisão não tem por objecto a determinação futura da utilização das frequências que a MobiZAPP ora pretende devolver ao ICP-ANACOM.

Sem prejuízo, tendo presente que esta empresa apresenta uma proposta com esse intuito, entende esta Autoridade dever assinalar que a MobiZAPP não pode deixar de saber (e sabe) que tal pedido é extemporâneo, dado que a inclusão destas frequências na faixa dos 450 MHz do leilão multi-faixa é de execução impossível no calendário actual, desde logo porque a decisão final sobre a limitação do número de direitos de utilização de frequências a atribuir nas faixas dos 450, 800, 900, 1800 MHz e dos 2,1 e 2,6 GHz, e definição do respectivo procedimento de atribuição (o leilão), foi tomada a 13 de Julho de 2011.

Acresce que a MobiZAPP tendo acompanhado com grande proximidade o referido processo de leilão, participando nas consultas públicas promovidas por esta Autoridade quer sobre a decisão *supra* citada, quer sobre os projectos de regulamento que regerá o procedimento de atribuição daqueles direitos de utilização de frequências, a última das quais terminou no passado dia 26 de Agosto, não apresentou paralelamente qualquer pedido de devolução do direito de utilização de frequências, como o ora em causa.

Saliente-se por fim que a MobiZAPP também não pode deixar de conhecer o procedimento legal a que devem obedecer os processos de revogação de direitos de utilização de frequências dos quais o ICP-ANACOM dá ampla divulgação no seu *site,* constituindo exemplo recente a divulgação dos procedimentos que conduziram à revogação dos direitos de utilização de frequências associados ao Muxes B a F da TDT e do direito de utilização de frequências da rede T-DAB.

4. Deliberação

Face ao exposto, **o Conselho de Administração do ICP-ANACOM**, no âmbito das atribuições previstas no artigo 6.º, n.º 1, al. c) dos Estatutos, publicados em anexo ao Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, na prossecução dos objectivos de regulação fixados no artigo 5.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, alínea d) e ao abrigo do disposto nos artigos 8.º, 15.º, 19.º, n.º 3 e 33.º todos da LCE[6], e no exercício das competências que lhe são cometidas pelo artigo 26.º, alínea l) dos Estatutos, bem como pelo artigo 140.º, n.º 2, alínea b) do CPA, **delibera:**

1. Revogar o acto de atribuição do direito de utilização de frequências para o Serviço de Telecomunicações Complementar Móvel - Serviço Móvel com Recursos Partilhados (SMRP) detido pela MobiZAPP e, consequentemente, o título que consubstancia o direito de utilização que lhe foi atribuído (Direito de Utilização de Frequências ICP-ANACOM n.º 05/2008).

2. Determinar que os efeitos da decisão final de revogação retroagem a 30 de Setembro de 2011.

3. Determinar a audiência prévia da MobiZAPP sobre o presente projecto de decisão, para que, querendo, se pronuncie por escrito, no prazo de 20 dias úteis, contado da data de notificação, nos termos dos artigos 100.º e 101.º do CPA.

4. Submeter ao procedimento geral de consulta, previsto no artigo 8.º da LCE, o presente projecto de decisão, para que sobre o mesmo os interessados, querendo, se pronunciem, por escrito, no prazo de 20 dias úteis.

Lisboa, 29 de Setembro de 2011.

[6] Na redacção conferida pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.