

DECISÃO SOBRE O LITÍGIO EXISTENTE ENTRE A DSTELECOM NORTE, S.A. E A ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS DA TERRA QUENTE TRANSMONTANA, SOBRE A REMUNERAÇÃO A PAGAR PELO ACESSO ÀS INFRAESTRUTURAS APTAS AO ALOJAMENTO DE FIBRA ÓTICA DA TERRA QUENTE TRANSMONTANA

I. Factos

a. Requerimento apresentado pela DStelecom Norte, S.A.

1. Por requerimento¹ apresentado em 28.03.2013, a DStelecom Norte, S.A. (doravante DST) solicita, ao abrigo e nos termos do disposto no artigo 10.º da Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro – LCE), e do n.º 3 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de setembro², e pela Lei n.º 47/2013, de 10 de julho³ (doravante DL 123/2009), que a ANACOM intervenha no diferendo que a opõe à Associação de Municípios da Terra Quente Transmontana (de ora em diante AMTQT).

Em síntese, alega a DST que:

A 08.05.2012 apresentou, junto da AMTQT, um pedido de acesso às condutas da rede comunitária de banda larga detida por aquela Associação (Rede Comunitária de Banda Larga da Terra Quente Transmontana, doravante RCBLTQT) para instalação de fibra ótica, pelo prazo mínimo de 20 anos.

Em 16.05.2012 a DST foi informada por ofício da AMTQT⁴ que o pedido de acesso apresentado fora deferido.

A par do deferimento do pedido de acesso, a AMTQT veio exigir, pela utilização das condutas, o pagamento das seguintes remunerações: €3.10/m no backbone e €3,76/m

¹ Registado com o n.º 2013046767

² <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=981387>

³ <http://www.dre.pt/pdf1s/2013/07/13100/0397304004.pdf>

⁴ Ofício AMTQT referência 291, de 16.05.2012.

*nas redes locais, exigindo que a totalidade do preço relativo ao período mínimo de 20 anos fosse paga com o início da utilização das condutas*⁵.

A DST discordou das condições apresentadas pela AMTQT, quer no que se refere aos valores exigidos, quer no que respeita ao pagamento da totalidade do preço pelos 20 anos de utilização das infraestruturas, tendo manifestado o seu desacordo à AMTQT⁶.

Em 20.07.2012, após um período de impasse, realizou-se uma reunião entre a AMTQT e a DST, tendo a Associação mostrado abertura para analisar a situação, tendo sido acordado que a DST iria sugerir um conjunto de modelos económicos de remuneração, o que foi feito e enviado à AMTQT, por *email* de 26.07.2012.

Em 27.09.2012 a AMTQT apresentou uma contraproposta tendo as partes prosseguido com a negociação de valores e condições.

Em 08.10.2012 a DST decidiu aceitar as condições comerciais apresentadas pela AMTQT, face à urgência na resolução do impasse, embora as considerasse inadequadas em alguns aspetos face ao praticado no mercado.

De acordo com a carta enviada pela DST à AMTQT as condições comerciais indicadas pela Associação e à data aceites foram as remunerações para a utilização das condutas durante o período de vida útil, que se estima de 20 anos, incluindo caixas de visita, e que eram as seguintes: €3,10/m no *backbone*; €3,76/m nas redes locais.

Em 23.10.2012 a AMTQT respondeu, impondo as seguintes condições de pagamento:

- 50% do valor global com a assinatura do contrato ou com o arranque dos trabalhos de colocação da fibra; restantes 50% a liquidar em função da evolução dos mesmos trabalhos com apresentação prévia de garantia;
- Restantes condições e termos contratuais a estabelecer entre as partes.

⁵ Adite-se que remetendo a DST a este propósito para o documento 4, anexo ao requerimento inicial, do mesmo não consta qualquer referência à exigência de pagamento da totalidade do preço relativo ao período mínimo de 20 anos no início da utilização das condutas.

⁶ Registe-se que a DST não junta documento comprovativo de ter manifestado aqui o seu desacordo nem da data em que o terá feito.

A DST entende que as condições de pagamento propostas pela AMTQT são inaceitáveis por desfasadas das condições de mercado, sendo que o pagamento precoce (logo com a assinatura do contrato ou com o arranque dos trabalhos, ou seja, antes da aceitação das condutas) de um montante significativo (50% do valor global do contrato) representa um risco elevado para a DST, face ao desconhecimento absoluto sobre as atuais condições da rede da AMTQT, podendo nomeadamente, surgir dificuldades na passagem do cabo.

Em 30.10.2012 a DST propôs à AMTQT a celebração de um contrato simples que desse tempo às partes para finalizar um contrato que incluísse não só as obrigações financeiras e de prestação básica do acesso às condutas mas também todos os compromissos operacionais e as garantias recíprocas mútuas. As condições propostas pela DST encontram-se descritas no ponto 21 do seu requerimento.

Em 02.11.2012 a AMTQT rejeitou as condições apresentadas pela DST e reiterou as anteriormente transmitidas, ao que a DST informou não poder aceitar pagar 50% do valor global do contrato logo no momento da assinatura sem que a Associação prestasse garantias, face ao total desconhecimento sobre o atual estado da rede⁷.

Em 12.11.2012 a AMTQT enviou à DST uma minuta do «*contrato para acesso a infraestrutura apta ao alojamento de fibra ótica da Associação de Municípios da Terra Quente Transmontana*», a qual incluía as condições já reputadas de inaceitáveis pela DST, designadamente as contidas nas cláusulas 4^a e 5^a⁹ da minuta.

Em 25.11.2012 a DST devolveu a minuta de contrato à AMTQT com alterações, que traduziam grosso modo, as propostas apresentadas pela DST em 30.10.2012.

⁷ No requerimento que dá origem à presente resolução administrativa de litígio a DST não apresenta documento comprovativo desta comunicação.

⁸ Cláusula 4^a «*condições de pagamento. O pagamento do encargo total de Contrato será feito nas seguintes condições: 50% com a assinatura do contrato. Os restantes 50% serão pagos, durante o prazo previsto para a instalação de fibra ótica, em prestações mensais ou em única prestação se o prazo de execução dos trabalhos for inferior a um mês*».

⁹ Cláusula 5.^a «*Garantia de pagamento. Como garantia de pagamento de 50% do encargo total o segundo outorgante apresenta garantia bancária (...)*»

Em 05.12.2012 a AMTQT respondeu à DST, enviando nova versão do contrato, no qual rejeitou praticamente todas as alterações propostas por esta e repõe praticamente as condições de pagamento por si estabelecidas:

- 50% do valor global com a assinatura do contrato e restantes 50% serão pagos, durante o prazo previsto para a instalação de fibra ótica, em prestações mensais ou numa única prestação se o prazo de execução dos trabalhos for inferior a um mês;
- apresentação prévia, pela DST, de garantia bancária correspondente a 50% do preço contratual total;
- níveis de serviço (fases de instalação e exploração): 6 dias para resolução definitiva e 24 horas lineares para resolução provisória.

Em 06.03.2013 a DST efetuou uma última proposta contratual à AMTQT, aceitando o pagamento, à cabeça, do equivalente a um ano de contrato, com possibilidade de renovação do contrato por 20 anos, desde que no intervalo do primeiro ano fosse possível fazer a aceitação da rede, e liquidando o remanescente equivalente aos 20 anos após aceitação.¹⁰

Em 20.03.2013 a AMTQT rejeitou a proposta da DST¹¹, tendo esta última dado início ao presente procedimento administrativo de resolução de litígios.

Contudo, após a DST ter dado início ao procedimento administrativo de resolução de litígios, a DST e a AMTQT conseguiram alcançar um acordo mínimo quanto ao clausulado do contrato a celebrar, tendo assinado em 25.07.2013 o Contrato para Acesso a Infraestrutura Apta ao Alojamento de Fibra Ótica, fazendo referência no seu clausulado (na cláusula 18.^a, n.º 1) que o mesmo seria “revisto em função das conclusões que o ICP-

¹⁰ Conforme documento 14 anexo ao Requerimento inicial. O documento junto pela DST a este propósito, composto por 3 emails trocados entre a Requerente e a Requerida, dá nota das condições propostas por aquela, identifica como principal fator de divisão entre as partes, no entendimento da DST, o «*pagamento prévio para 20 anos sem qualquer garantia e antes da aceitação formal*», dando ainda nota de uma minuta contratual que terá sido enviada pela AMTQT à DST a 30 de janeiro de 2013.

¹¹ Conforme documento 15 anexo ao Requerimento inicial. No documento a AMTQT não aceita a alternativa contratual apresentada e remete, reiterando, para as condições definidas na minuta do contrato que terá sido apresentada à DST.

ANACOM emitisse à exposição que a DST fez relativamente às condições de pagamento”.

Por carta de 16.09.2014, a DST vem reformular o pedido constante do requerimento de 25.03.2013, tendo em conta, quer o tempo decorrido, quer o contrato entretanto celebrado com a AMTQT, solicitando que a ANACOM se pronuncie sobre a fixação definitiva das condições de remuneração do acesso e utilização da rede detida pela AMTQT.

2. Nessa sequência, a ANACOM reuniu a 20.02.2015, nas suas instalações no Porto, com a AMTQT para discutir o acordo estabelecido com a DST para acesso às suas condutas. Numa primeira fase a DST considera que as condições propostas pela AMTQT estão feridas de ilegalidade porque:

- A AMTQT nunca aprovou nem publicitou os procedimentos e condições de acesso e utilização das infraestruturas, incluindo designadamente as condições contratuais tipo aplicáveis e as condições remuneratórias aplicáveis ao acesso e utilização de infraestruturas nos termos do que estabelece o DL 123/2009 – artigos 17.º, alínea c) e 18.º, n.º 1, alíneas d) e e).

*«A lei impõe que o acesso às infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas seja assegurado em condições de **igualdade, transparência e não discriminação**, mediante condições remuneratórias orientadas para os custos (...)*». Refere a DST que tais princípios *«proíbem que as condições de acesso e utilização, designadamente as remuneratórias, possam constituir uma barreira a quem pretende obter o acesso»*.

Assim, conclui que as condições remuneratórias fixadas constituem um manifesto entrave ao acesso uma vez que a Associação exige que a DST pague a totalidade do preço contratual relativo ao período de 20 anos no primeiro ano do contrato, apesar do *«gozo da coisa locada ser diferido no tempo»*;

- A solução proposta pela AMTQT é totalmente desequilibrada atendendo à figura do contrato de locação, afirmando que este tipo contratual pressupõe que a contrapartida pelo gozo da coisa seja paga periodicamente pelo locatário à medida que este vai tendo o uso da coisa locada e que aquela renda só é devida se o locatário puder ter o

gozo efetivo do locado. Argumenta a DST que são várias as disposições legais que apontam neste sentido – referindo a alínea a) do artigo 1038.º do Código Civil na qual se prevê que é obrigação do locatário pagar a renda ou aluguer, entendendo-se por renda uma prestação pecuniária periódica (artigo 1075.º do Código. Civil) e, que de acordo com o artigo 1039.º do Código. Civil, o pagamento da renda ou aluguer deve ser efetuado no último dia de vigência do contrato ou do período a que respeita.

- O pagamento antecipado do preço no primeiro ano do contrato representa um custo financeiro antecipado e funciona como um mecanismo de financiamento da AMTQT e representa, só por si, uma violação do princípio da orientação para os custos.
 - Com vista a desbloquear o impasse e iniciar rapidamente as obras de instalação da fibra ótica, a DST aceitou, em sede de negociação com a AMTQT, em momento que não precisa, pagar 50% do preço contratual logo com a assinatura do contrato e os restantes 50% com a conclusão da instalação da fibra, desde que a Associação prescindisse da exigência de prestação de caução e prestasse ela própria uma garantia que caucionasse o cumprimento da sua obrigação de disponibilizar o gozo da rede em boas condições de manutenção, o que não veio a acontecer.
 - Ao invés, alega a DST que a AMTQT exige que, além do pagamento antecipado de 50% do preço total do contrato no momento da assinatura do contrato, a DST «*preste, nessa mesma data, uma garantia de 50% destinada a garantir o pagamento dos 50% remanescentes*», o que, na ótica da requerente, constitui um encargo financeiro que considera ser «*duplamente pernicioso*» pois visa garantir o cumprimento de uma exigência ilegal à luz do princípio da orientação para os custos e impõe um encargo financeiro sobre um encargo financeiro. Acrescenta a DST que esta exigência é desnecessária tendo em conta os compromissos que por si foram contratualmente assumidos perante o Estado Português.
3. Após a celebração do contrato entre a DST e a AMTQT, e com o pagamento de [início de informação confidencial – doravante IIC] [fim de informação confidencial – doravante FIC] euros (já com IVA) por parte da DST, correspondente a 50 por cento do preço pela utilização das condutas, a DST reformula o pedido apresentado em 28.03.2013, requerendo, ao abrigo do artigo 10.º da LCE e do n.º 3 do artigo 19.º do DL

123/2009, que a ANACOM «determine que o acesso concedido pela Associação à DST seja efetuado nas seguintes condições:

(i) *Pagamento do remanescente do preço contratual ([IIC] [FIC] euros) em prestações anuais, que se vencerão no dia 1 de janeiro de cada ano civil;*

Ou caso assim não se entenda, sem conceder

(ii) *Pagamento do remanescente do preço contratual ([IIC] [FIC] euros) com a conclusão da instalação da fibra ótica por parte da DST, mediante apresentação, nesta data, de garantia bancária on first demand por parte da AMTQT, correspondente a 20 por cento do preço contratual total relativo aos primeiros 10 anos do período contratual.*

E, cumulativamente,

(iii) *Não prestação de qualquer garantia bancária por parte da DST.*

b. Notificação da Associação de Municípios da Terra Quente Transmontana

Realizada, pela ANACOM, uma análise preliminar do que foi alegado pela DST constata-se que:

- A DST é uma empresa de comunicações eletrónicas [alínea f) do n.º 1 do artigo 3.º do DL 123/2009] e como tal deve ser admitida a solicitar a intervenção da ANACOM nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 19.º daquele diploma;
- A AMTQT é uma associação de direito público que detém e explora infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas e, como tal, está obrigada a assegurar o acesso às mesmas nos termos do que estabelece o Capítulo III do DL 123/2009;
- A ANACOM tem competência para supervisionar o cumprimento das obrigações fixadas no DL 123/2009 e para avaliar e decidir sobre a admissibilidade da recusa de acesso a uma determinada infraestrutura ou sobre a adequação do valor da remuneração solicitada pelo acesso às infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, - no caso, pela AMTQT- à regra de orientação dos preços para os custos prevista no diploma identificado;

- O pedido de intervenção foi apresentado dentro do prazo previsto na lei – à data em que foi solicitada a intervenção da ANACOM ainda não tinha decorrido um ano sobre o início das negociações entre DST e a AMTQT e o impasse/litígio sobre as condições remuneratórias apenas surge entre setembro de 2012 e março de 2013;
- A decisão que a ANACOM venha a proferir vinculará as duas entidades em litígio.

Considerando o acima exposto, em 17.05.2013¹² a ANACOM notificou a AMTQT do pedido deduzido para que, querendo, se pronunciasse, por escrito, no prazo de 10 dias úteis, sobre a matéria constante do requerimento apresentado pela DST e, com o objetivo de avaliar da adequação da remuneração reclamada pela utilização das infraestruturas em questão, tendo presente o que fixa o DL 123/2009 e em particular o artigo 13.º, n.º 4 e o artigo 19.º, n.ºs 1 e 4, solicitou à AMTQT que no prazo de 10 dias úteis remetesse à ANACOM as informações que a seguir se indicam:

- Toda a informação relativa às infraestruturas aptas (condutas, postes, etc.) por si utilizadas ou geridas, indicando, em particular,
 - As infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que detém ou cuja gestão lhe incumba, de conformidade como que prevê a alínea a) do artigo 17.º e tendo presente a subalínea i) da alínea a) do n.º 2 do artigo 96.º do DL 123/2009;
 - A identificação, no âmbito das infraestruturas por si detidas ou geridas, de quais as que pertencem ao domínio público ou privativo das autarquias locais e a que título foi a sua gestão atribuída à AMTQT;
 - Os procedimentos e condições de acesso e utilização das infraestruturas por si detidas ou geridas conforme previsto na alínea c) do artigo 17.º e tendo presente também a alínea b) do n.º 2 do artigo 96.º do DL 123/2009;
 - Quais as empresas de comunicações eletrónicas que se encontram instaladas nas infraestruturas por si detidas ou geridas bem como os termos e condições aplicados a essas empresas;
 - O cadastro das infraestruturas que até à presente data esteja realizado.

¹² Através do ofício ANACOM-S021330/2013.

- Detalhe dos custos envolvidos, tendo presente o definido no n.º 1 do artigo 19.º do DL 123/2009, tanto no que respeita ao conjunto da infraestrutura associada ao pedido da DST, como para outros eventuais acessos concedidos, bem como a fundamentação para os preços propostos para o acesso.

Na mesma data a DST foi informada das diligências realizadas¹³.

c. Resposta da Associação de Municípios da Terra Quente Transmontana

Por ofício datado de 30.05.2013¹⁴ a AMTQT veio dar resposta aos esclarecimentos solicitados e pronunciar-se sobre o deduzido pela DST. A resposta da AMTQT está estruturada em duas partes (A – Antecedentes e B – Contraditório) que a seguir se sintetizam.

A - Antecedentes

A AMTQT começa por referir que desde que foi realizada a consulta pública sobre a utilização das infraestruturas existentes no âmbito das «RNG rurais» levada a cabo pelo Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, a ANACOM tem conhecimento da existência da rede comunitária de banda larga da Terra Quente Transmontana.

Refere também que manifestou a disponibilidade da sua rede de banda larga para ser integrada no âmbito dos projetos de Redes de Nova Geração das zonas rurais. Para o efeito, juntou um *dossier* técnico com: (1) descrição geral da Rede Comunitária de Banda Larga da Terra Quente Transmontana (RCBLTQT), em papel e formato digital; (2) informação vetorial dos traçados das condutas; (3) traçados georreferenciados em formato DWG, (4) traçados *backbone* e redes locais em papel e formato PDF (ofício da AMTQT com a referência n.º 727, de 24.11.2012).

Acrescenta que através do seu ofício n.º 375, de 03.06.2011, deu conhecimento à ANACOM do interesse manifestado pela DST na utilização das infraestruturas que a

¹³ Ofício ANACOM-S021334/2013.

¹⁴ Rececionado a 31.05.2013.

AMTQT detém. Com esse ofício a AMTQT solicitou à ANACOM informação da existência de condições técnico financeiras pré-definidas de acesso a rede ou, em caso negativo, apoio na definição destas condições técnico financeiras, respetivos direitos e obrigações, bem como definição de mecanismos de revisão das condições a estabelecer.

Refere ainda que, a este pedido, a ANACOM¹⁵ respondeu em 2011 que «o *envolvimento da AMTQT no âmbito do projeto da RNG Rurais (na zona Norte) só será possível mediante algum tipo de integração que faça da sua rede com a rede que a DStelecom ficou obrigada a instalar, o que passa por um entendimento entre estas duas entidades, mantendo-se a DStelecom responsável perante o Estado Português pelo cumprimento da sua proposta. Com este pressuposto, a rede da AMTQT terá que cumprir as mesmas exigências que a rede proposta pela DStelecom. Será pois esta empresa quem melhor estará habilitada para informar a AMTQT das condições técnico-financeiras aplicáveis e a cumprir*».

A AMTQT informou que, mediante ofício n.º 293 de 16.05.2012, deu conhecimento à ANACOM do deferimento do acesso às infraestruturas aptas ao alojamento de fibra ótica por si detidas por parte da DST.

Termina concluindo que, perante as comunicações acima indicadas, a AMTQT sempre considerou que a maioria da informação agora solicitada já estaria facultada à ANACOM e que estaria cumprido o disposto nas alíneas a) e c) do artigo 17.º e alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 96.º e no n.º 1 do artigo 19.º do DL 123/2009.

Porém, atendendo ao solicitado envia os seguintes elementos:

- Descrição geral da RCBLTQT, em formato digital;
- Informação vetorial dos traçados das condutas;
- Traçados georreferenciados em formato DWG;
- Traçados do *backbone* e redes locais em formato PDF;
- Mapa de cálculo detalhado dos custos envolvidos conforme definido no n.º 1 do DL 123/2009;

¹⁵ Através de ofício ANACOM-S055501/2011 de 06-07-2011.

- Minuta de contrato de cedência de condutas à DST de 30.01.2013;
- Contrato de cedência de condutas celebrado com a REFER Telecom.

E esclarece que:

- Com exceção de pequenos troços urbanos que pertencem aos Municípios e por estes foram cedidos para integração na RCBLTQT¹⁶, esta rede é propriedade da AMTQT;
- A AMTQT não dispõe de manual de procedimentos e condições gerais de acesso e utilização das potencialidades da RCBLTQT, apenas estando definidas as condições de cedência de condutas.

Posteriormente, face a dúvidas relativamente a uma rubrica relativa a empréstimos, cujo âmbito não era totalmente claro, e que representava uma parcela importante dos custos totais apresentados, a ANACOM solicitou, através de fax de 14.01.2014, que a AMTQT informasse sobre o seguinte:

- O valor do empréstimo solicitado e em que data o mesmo foi constituído;
- O prazo do empréstimo e a TAEG (taxa anual efetiva global do encargo) associada;
- Se o empréstimo em causa foi para a totalidade do projeto da RCBLTQT ou apenas para a construção (de condutas);
- O que representava, em concreto, o montante apresentado a título de empréstimo, nomeadamente se é o valor do empréstimo ou os encargos incorridos até 2012 com os juros do empréstimo e outros encargos, justificando detalhadamente esse valor;
- Quais os custos incorridos com o empréstimo até à data a título de (i) juros, (ii) amortizações e (iii) outros encargos;
- Se existem cláusulas no contrato de empréstimo que penalizem amortizações antecipadas, indicando detalhadamente as condições contidas nessas cláusulas;
- Se os custos apresentados na tabela remetida em Anexo à carta de 30 de maio de 2013 correspondem à totalidade dos custos de construção, manutenção, reparação e melhoramento das condutas da RCBLTQT.

A AMTQT respondeu ao pedido de informação da ANACOM a 31.01.2014.

¹⁶ Troços que refere estarem identificados na planta cadastral que anexa.

B – Contraditório

Sobre o que é alegado pela DST a AMTQT refere que:

- Tem a seu cargo a gestão das infraestruturas de telecomunicações da RCBLTQT que servem os concelhos da Terra Quente Trasmontana (Alfândega da Fé, Carrazeda de Ansiães, Macedo de Cavaleiros, Bragança e Vila Flor) e Bragança, com ligação ao Instituto Politécnico;
- Esta Rede é composta por um anel central que liga todas as sedes de concelho (*backbone*), cinco Redes Locais uma em cada sede de concelho, cinco centros de transmissão POP's e um DataCenter intermunicipal com sede na AMTQT, em Mirandela;
- As infraestruturas concretizadas consistem em condutas de tubo subterrâneas com um cabo de fibra ótica misto de 48 fibras entre POP's;
- A RCBLTQT propriedade da Associação de Municípios, foi construída no âmbito de candidatura ao Programa Operacional Sociedade de Conhecimento (POSC), eixo IV, «Massificar o acesso a sociedade do conhecimento», medida 4.1 - Reforçar as infraestruturas de banda larga, projeto que em 04.04.2007 mereceu a homologação do Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior e tem termo de aceitação de 21 de Maio de 2007;
- A infraestrutura construída teve valor elegível de 7.697.463,06 € com uma taxa de comparticipação FEDER de 45%, assegurando a AMTQT o restante;
- A RCBLTQT tem receção provisória da AMTQT com data de 26.01.2012;
- Por despacho do Secretário-geral da AMTQT de 16.05.2012 foi concedido à DST o acesso à infraestrutura apta ao alojamento de fibra ótica em conformidade com o disposto no artigo 22.º da LCE e no artigo 13.º, n.º 1 do DL 258/2009;
- A DST foi informada do deferimento do pedido de acesso mediante o pagamento de €3,10/m no *backbone* e €3,76/m nas redes locais, por ofício AMTQT de 16.05.2012 (referência 291);
- Os custos unitários indicados foram calculados sobre a componente de custo suportado pela AMTQT, nos termos do nº 1 do artigo 19.º do DL 123/2009 e conforme mapa de cálculo que remete.

A AMTQT refere ainda que os documentos apresentados pela DST evidenciam que, a partir da data em que foi definido o custo de utilização das condutas, aquela empresa tudo invocou e argumentou com o objetivo de minimizar os custos unitários de utilização das condutas até que veio pôr em causa a legalidade das condições de pagamento da remuneração devida pelo acesso. Acrescenta que pela argumentação apresentada a DST refere que «*no contexto da execução do contrato com o Estado Português, necessita de aceder às condutas detidas pela associação para instalar fibra ótica*» pois, de acordo com o n.º 2 da cláusula 5.^a, deve dar preferência, sempre que tal se revele viável do ponto de vista técnico e económico, à utilização de infraestruturas de alojamento de redes já existentes.

Relativamente a este argumento invocado pela requerente, a AMTQT argumenta que se a DST não considera viável, do ponto de vista económico, a utilização das condutas da AMTQT com pagamento antecipado da totalidade do preço contratual não é obrigada a cumprir a preferência e pode construir novas condutas e demais infraestruturas que se revelem necessárias.

Na perspetiva da AMTQT, a DST confunde a cedência de condutas com contrato de locação o que considera não ser correto, porque a cedência de condutas é regulada pelo DL 123/2009 e a locação pelo Código Civil.

A AMTQT manifesta ainda que está convencida que o pagamento antecipado dos valores devidos pela utilização das condutas não é ilegal.

Sobre a prestação de garantias, a AMTQT manifesta a sua discordância relativamente à prestação de uma garantia bancária nos termos reclamados pela DST pois não aceita contrair encargos por 20 anos para ceder uma infraestrutura que é sua, para além de que considera que os termos do contrato a celebrar garantem à DST a utilização das condutas pelo prazo mínimo de 20 anos, bem como os níveis de serviço para a fase de instalação de fibra ótica e para a fase de exploração.

Quanto ao pagamento antecipado do preço contratual, com a prestação de garantia bancária por parte da DST, a AMTQT considera tratar-se de uma questão ultrapassada,

lamentando que a requerente omita a proposta de contrato de 30.01.2013, que anexa, e onde a questão foi retirada da negociação.

O documento junto pela AMTQT, que terá sido aprovado em reunião do conselho diretivo desta associação a 31.01.2013, prevê na cláusula 5.^a as seguintes condições de pagamento: 50% com a assinatura do contrato; os restantes 50% após a instalação da fibra ótica e de verificação das boas condições de utilização das condutas, num prazo de 3 meses.

O clausulado não apresenta qualquer referência a prestação de garantias bancárias pelas partes.

A AMTQT não apresenta documento comprovativo do envio desta proposta de minuta à DST, sendo certo que na documentação anexa pela própria DST ao requerimento inicial do presente procedimento é feita referência a uma minuta que terá sido enviada à DST a 30.01.2013 e que terá merecido a aprovação do conselho diretivo da associação¹⁷.

Por fim, a AMTQT afirma que tem permitido o acesso às suas infraestruturas em condições de igualdade, transparência e não discriminação, mediante condições remuneratórias orientadas para os custos em total respeito pelo preconizado no DL 123/2009, como evidencia o contrato celebrado com a REFER Telecom, que anexa.

C – Projeto de decisão – audiência de interessados

Considerando o pedido deduzido pela DST, tendo presente os elementos e argumentos apresentados pela requerente e pela requerida, o Conselho de Administração da ANACOM aprovou, a 25 de junho de 2015, como sentido provável de decisão (SPD) (DE1912015CA):

« 1. *Não conhecer do pedido apresentado pela DST, na parte em que esta empresa pretende que a ANACOM determine a alteração das condições contratuais*

¹⁷ Vide documento 14. Também o documento 15 menciona a existência de uma minuta de contrato em devido tempo apresentada, sem precisar no entanto a data da mesma.

acordadas para acesso às infraestruturas detidas pela AMTQT, por se considerar incompetente para a sua apreciação pelas razões descritas supra e pronunciar-se, apenas, sobre a adequação da remuneração solicitada pela AMTQT à DST pela utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que detém, face ao princípio da orientação dos preços para os custos fixado no n.º 1 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009.

2. *Considerar que a remuneração solicitada pela AMTQT à DST pelo acesso às infraestruturas aptas ao alojamento de fibra ótica não apresenta indícios de não estar orientada para os custos ou ser discriminatória.*

3. *Submeter a audiência prévia das interessadas, nos termos do disposto nos artigos 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 e novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de janeiro, os pontos 1 e 2 da presente deliberação, fixando um prazo de 10 dias para que a DSTelecom Norte, S.A. e a Associação de Municípios da Terra Quente Transmontana, querendo, se pronunciem, por escrito».*

O SPD foi regularmente notificado à requerente e à requerida a 26.06.2015, através dos ofícios ANACOM-S046789/2015 e ANACOM-S046790/2015, respetivamente.

Os ofícios em referência foram rececionados pela DST a 08.07.2015 e pela AMTQT a 29.06.2015.

Terminado o prazo fixado para a audiência prévia nem a requerente nem a requerida se pronunciaram sobre o SPD notificado, pelo que se mantém o sentido da deliberação de 25.06.2015 (DE1912015CA).

II. Análise

a. *Legitimidade*

A DST é uma sociedade comercial que exerce a atividade de oferta de redes ou serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público nos termos previstos na LCE - é uma «empresa de comunicações eletrónicas» para efeitos do disposto no DL 123/2009 [artigo 3.º, n.º 1, alínea f) do decreto-lei identificado].

A AMTQT é uma associação de fins específicos, que manteve a natureza de pessoa coletiva de direito público ao abrigo da Lei n.º 45/2008, de 27 de agosto (Regime jurídico do associativismo municipal¹⁸), cujo funcionamento obedece ao disposto na Lei identificada e nos respetivos Estatutos¹⁹. Nos termos da Lei n.º 45/2008 [artigo 37.º, n.º 1, d), aplicável *ex vi* 38.º, n.º 5], as associações de municípios de fins específicos estão sujeitas ao regime jurídico da tutela administrativa, previsto na Lei n.º 27/96, de 1 de agosto²⁰.

Como associação de municípios e pessoa coletiva de direito público sujeita a tutela administrativa, a AMTQT está abrangida pela alínea b) do artigo 2.º do DL 123/2009 e, por isso, na exploração das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que detenha ou cuja gestão lhe incumba está sujeita às obrigações de acesso consagradas no Capítulo III daquele diploma nos termos do que prevê o n.º 1 do seu artigo 13.º.

Perante a existência de um diferendo relacionado com o valor da remuneração solicitada pelo acesso e utilização das infraestruturas detidas pela AMTQT, a DST pode solicitar à ANACOM que avalie e decida sobre a adequação do valor da remuneração solicitada nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 19.º do DL 123/2009, decisão que será vinculativa para ambas as partes.

¹⁸ Acessível em: <http://www.dre.pt/pdf1s/2008/08/16500/0600506011.pdf>

¹⁹ Publicados na IIIª série do Diário da República, n.º 232, de 1 de outubro de 2004, A AMTQT foi constituída em 2 de Julho de 1982, pelos Municípios de Alfândega da Fé, Carrazeda de Ansiães, Mirandela e Vila Flor a que se juntou, mais tarde, o Município de Macedo de Cavaleiros.

De acordo com o n.º 1 do artigo 1.º dos seus estatutos, a AMTQT é uma associação de municípios de fins específicos. Acessíveis em: <http://dre.pt/pdfgratis3s/2004/10/2004D232S000.pdf> (pág.27 e seguintes).

²⁰ Acessível em: <http://www.dre.pt/pdf1s/1996/08/177A00/22342237.pdf>

b. Objeto do diferendo

A DST termina o requerimento que apresentou a 16.09.2014, solicitando que a ANACOM **determine (...) que o acesso concedido pela Associação à DST seja efetuado nas seguintes condições:**

(i) *Pagamento do remanescente do preço contratual ([IIC] [FIC] euros) em prestações anuais, que se vencerão no dia 1 de janeiro de cada ano civil;*

Ou caso assim não se entenda, sem conceder

(ii) *Pagamento do remanescente do preço contratual ([IIC] [FIC] euros) com a conclusão da instalação da fibra ótica por parte da DST, mediante apresentação, nesta data, de garantia bancária on first demand por parte da AMTQT, correspondente a 20 por cento do preço contratual total relativo aos primeiros 10 anos do período contratual.*

E, cumulativamente,

(iii) *Não prestação de qualquer garantia bancária por parte da DST.*

O DL 123/2009 não confere à ANACOM competência para fixar disposições concretas que devem ser incluídas nos contratos que regem o acesso e a utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas.

De acordo com os poderes que lhe são conferidos para a resolução de litígios no âmbito do capítulo III do DL 123/2009, a ANACOM tem competência para decidir sobre a admissibilidade da recusa de acesso a infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas (artigo 16.º) e sobre a adequação da remuneração solicitada pela utilização das mesmas, avaliando se esta cumpre, ou não, a regra de orientação dos preços para os custos fixada no artigo 19.º.

O n.º 3 do artigo 19.º do DL 123/2009 prevê ainda que, «...a pedido das empresas de comunicações eletrónicas, ou de qualquer das entidades referidas no artigo 2.º, o ICP-ANACOM deve avaliar e decidir, num caso concreto, sobre a adequação do valor da

remuneração solicitada face à regra estabelecida no n.º 1²¹...». O n.º 1 do artigo 19.º estabelece que a «...remuneração pelo acesso e utilização das infra-estruturas detidas pelas entidades referidas no artigo 2.º deve ser orientada para os custos, atendendo aos custos decorrentes da construção, manutenção, reparação e melhoramento das infraestruturas em questão».

Nesta sede importa ainda ter presente que o Decreto-Lei n.º 123/2009 contém, na alínea t) do n.º 1 do seu artigo 3.º, uma definição de remuneração do acesso – *o valor a pagar pelas empresas de comunicações eletrónicas acessíveis ao público pela utilização das infraestruturas instaladas aptas para o alojamento de redes de comunicações eletrónicas, para efeitos de instalação, alojamento, reparação e remoção de cabos.*

O incumprimento de decisões que no exercício das competências acima indicadas a ANACOM venha a proferir constitui contraordenação, conforme decorre das alíneas f) e h) do n.º 1 do artigo 89.º do DL 123/2009.

Dado o enquadramento acima exposto importa delimitar a matéria que será objeto de análise e decisão.

Assim, tendo presente que a AMTQT deferiu, prontamente, o pedido de acesso por parte da DST à infraestrutura apta ao alojamento da fibra ótica, a intervenção da ANACOM no âmbito do presente diferendo deverá pois incidir sobre a adequação da remuneração fixada face à regra de orientação dos preços para os custos fixada no n.º 1 do artigo 19.º do DL 123/2009.

c. Apreciação da adequação da remuneração face à regra da orientação dos preços para os custos

A DST considera no requerimento inicial que as condições de pagamento exigidas pela AMTQT são incompatíveis e ilegais à luz do princípio da orientação dos preços para os custos, fundamentando esta afirmação com os seguintes argumentos:

²¹ Por lapso, corrigido com a Lei n.º 47/2013, de 10 de julho, o n.º 3 do artigo 19.º determinava a avaliação da conformidade da remuneração com a regra «estabelecida no número anterior» no qual não era fixada qualquer regra aplicável à fixação da remuneração devida pelo acesso e utilização de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas.

- O contrato a celebrar entre a AMTQT e a DST é um contrato de locação de condutas e outros elementos de rede. A exigência de pagamento da totalidade do preço contratual relativo ao período de 20 anos no primeiro ano do contrato é «...**totalmente desequilibrada atendendo à figura do contrato de locação**...[que] *pressupõe que a contrapartida pelo gozo da coisa (i. é, o preço) vai sendo paga periodicamente pelo locatário à medida que este vai tendo o uso (ou a possibilidade de uso) da coisa locada e que aquela [a renda] só é devida se o locatário puder ter o gozo efetivo do locado*». A exigência do pagamento da totalidade do preço contratual no primeiro ano do contrato representa um custo financeiro antecipado e funciona como um mecanismo de financiamento da associação. O pagamento antecipado do preço contratual representa, só por si, uma violação do princípio da orientação dos preços para os custos.
- A DST propôs-se cumprir as condições de pagamento pretendidas pela AMTQT na condição de aquela Associação, após pagamento da primeira metade do preço prestar uma garantia bancária *on first demand* correspondente a 20% do preço total nos primeiros 10 anos e a 10% no restante período contratual. Aquela garantia destinaria-se a assegurar o cumprimento pela AMTQT da obrigação de disponibilizar o gozo da rede em boas condições de manutenção por todo o período de duração do contrato celebrado entre aquelas duas entidades. Entende a DST que, sem aquela garantia, corre o risco real de ter o gozo da coisa locada por um período inferior ao período pago, do que resultará, para a Associação, uma remuneração superior aos custos de construção e manutenção da rede em violação do princípio da orientação dos preços para os custos.
- A exigência feita pela AMTQT, de que a DST, no momento da assinatura do contrato, preste uma garantia bancária para garantir o pagamento dos remanescentes 50% do preço, para além de absolutamente inútil, constitui um encargo financeiro adicional sobre um encargo financeiro que a DST classifica de ilegal. Também esta exigência é «...*desadequada e ilegal, face ao princípio da orientação para os custos*».

No entendimento da ANACOM, e sem entrar na discussão sobre o tipo de contrato com base no qual a DST ficará habilitada a aceder e utilizar as condutas da AMTQT²², importa sublinhar que nos termos do que estabelece o n.º 1 do artigo 1039.º do Código Civil, disposição que é parcialmente citada pela DST, «*O pagamento da renda ou aluguer deve ser efetuado no último dia de vigência do contrato ou do período a que respeita, e no domicílio do locatário à data do vencimento, se as partes ou os usos não fixarem outro regime*». Como resulta do excerto que agora se sublinha naquela norma, podem as partes fixar, por acordo, o momento em que deve ser pago o valor da renda ou do aluguer. O pagamento antecipado da remuneração não obsta à redução do valor devido caso, na execução do contrato, o locatário sofra diminuição ou privação do gozo da coisa locada.

Por outro lado, o artigo 1075.º do Código Civil, cujo n.º 1 é invocado pela DST para sustentar o carácter periódico da renda, vale no contexto sistemático em que se insere. Esta regra está integrada na secção do Código Civil que rege o arrendamento (total ou parcial) de prédios urbanos, não sendo por isso a regra aplicável à generalidade dos contratos de locação.

Para verificação da conformidade da remuneração solicitada com a exigência de orientação dos preços para os custos estabelecida pelo n.º 1 do artigo 19.º do DL 123/2009, solicitou-se à AMTQT, conforme referido, que remetesse toda a informação relativa à infraestrutura (condutas) por si utilizada/gerida, incluindo o detalhe dos custos envolvidos, tanto no que respeita ao conjunto da infraestrutura associada ao pedido da DST, como para outros eventuais acessos concedidos.

A rede e os custos da sua construção

De acordo com a informação facultada pela AMTQT sobre a rede que explora, esta é composta por um anel central que liga todas as sedes de concelho dos associados (*backbone*) com uma velocidade de 10 Gbps e uma ligação com a rede exterior em banda

²² A DST considera que se trata de um contrato de locação; a AMTQT entende que se trata de um contrato de cedência de condutas regulado pelo DL 123/2009. Relativamente a este aspeto, cabe referir que o DL 123/2009 não caracteriza nem tipifica o contrato que rege o acesso e utilização de infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas, deixando às entidades que detêm aquelas infraestruturas liberdade para, dentro de certos limites, conformarem como considerarem mais adequado os termos a que fica sujeito aquele acesso e utilização, as quais devem ser publicitadas.

larga, e cinco redes locais (onde se localizam os cinco PoP) e um *Datacenter* Intermunicipal com sede na AMTQT, em Mirandela²³.

Estas infraestruturas consistem em condutas de tritubo, instaladas entre câmaras de visita permanentes pré-fabricadas, tendo sido passado nessas condutas – entre PoP – um cabo de fibra ótica de 48 fibras (denominado de *link*). As distâncias óticas medidas para os *link* estão indicadas nas tabelas seguintes, conforme informação técnica remetida pela AMTQT.

[IIC]

[FIC]

²³ O *anel core* em fibra ótica, chamado *backbone* da RCBLTQT, consiste nas infraestruturas físicas que permitem a interligação dos centros de transmissão, PoP ou *Datacenter*, que foram construídos ou instalados nos Municípios abrangidos pelo projeto.

Da informação recebida conclui-se que, no total, foram instalados 373,525 Km de fibra ótica.

Relativamente aos custos de construção da infraestrutura de condutas de suporte à RCBLTQT, a AMTQT remeteu a seguinte informação:

[IIC]

[FIC]

Assim, os custos médios de construção por monotubo – custos não comparticipados por fundos públicos e que incluem empréstimos bancários – são:

- €3,10/m no *backbone* (236,241 Km);
- €3,76/m na rede de acesso (em média, para cerca de 32 Km de condutas).

Condições do fornecimento de acesso a condutas à REFER Telecom

A AMTQT celebrou, no início de 2013, um contrato com a REFER Telecom para o acesso e utilização de infraestruturas da AMTQT, com as seguintes características e condições:

[IIC]

[FIC]

Remuneração estipulada no contrato entre a AMTQT e a DST

O requerimento reformulado pela DST não põe em causa o princípio da orientação dos preços para os custos, focando-se nas condições de pagamento. Em qualquer caso, esta Autoridade analisou os dados fornecidos pela AMTQT.

Assim, de acordo com os dados disponíveis, entende-se que o custo total de construção de condutas para efeitos da determinação do custo do acesso deve incluir o valor das “Transferências da AMTQT e das Câmaras Municipais”, acrescido dos juros pagos²⁴ e da amortização do capital até à data da assinatura do contrato, bem como do capital em dívida nessa data, na proporção da área efetivamente ocupada (um monotubo).

O entendimento supra baseia-se no facto de ser solicitado um pagamento inicial, podendo, deste modo a quota-parte do capital em dívida ser reembolsada antecipadamente.

Adicionalmente, entende-se que apesar de a AMTQT não ter incluído custos de operação e de manutenção da infraestrutura, numa análise de orientação dos preços para os custos esta componente deveria ser considerada, entendendo-se razoável, à falta de melhor informação e de acordo com o que se adotou, por exemplo, na avaliação dos preços de

²⁴ Como a AMTQT se faz remunerar por um valor que é pago uma única vez não faz sentido considerar a totalidade dos juros a pagar ao longo de todo o período do empréstimo bancário, dado que ao receber o valor correspondente ao capital em dívida poderia amortizar o empréstimo na totalidade, não incorrendo, por isso, em pagamento de juros futuros.

acesso às condutas da MEO, um custo anual de [IIC] [FIC] por cento do valor do investimento em construção de infraestruturas.

O valor que resulta do somatório das componentes acima detalhadas com valores devidamente atualizados à data do contrato é compatível, numa ótica de orientação dos preços para os custos, com o valor que a AMTQT solicita à DST pelo acesso às suas condutas, nas condições de pagamento constantes do contrato assinado, não existindo, assim, qualquer indício de que o preço proposto não cumpre aquele princípio.

Importa ainda referir que o contrato entre a AMTQT e a DST contém as mesmas condições de preço [IIC]

[FIC].

Conclusão

Em face dos factos acima expostos, parece claro que a AMTQT não recusa o acesso à sua infraestrutura, fornecendo-o de forma idêntica aos operadores interessados, com transparência e sem discriminação.

Pode-se concluir também que não há indícios de que o preço de acesso às condutas (por monotubo) não esteja orientado aos custos ou seja discriminatório.

III. Decisão

Ponderados os elementos apurados, a análise realizada e prosseguindo as atribuições previstas nas alíneas b) e g) do n.º 1 do artigo 8.º dos Estatutos anexos ao Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março, o Conselho de Administração da ANACOM, no exercício das competências conferidas pelo n.º 3 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de setembro, pela Lei n.º 47/2013, de 10 de julho e pela Lei n.º 82-B/2014, de 31 de dezembro, decide, ao abrigo da alínea q) do n.º 1 do artigo 26.º dos Estatutos da ANACOM:

1. Não conhecer do pedido apresentado pela DST, na parte em que esta empresa pretende que a ANACOM determine a alteração das condições contratuais acordadas para acesso às infraestruturas detidas pela AMTQT, por se considerar incompetente para a sua apreciação pelas razões descritas supra e pronunciar-se, apenas, sobre a adequação da remuneração solicitada pela AMTQT à DST pela utilização das infraestruturas aptas ao alojamento de redes de comunicações eletrónicas que detém, face ao princípio da orientação dos preços para os custos fixado no n.º 1 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 123/2009.
2. Considerar que a remuneração solicitada pela AMTQT à DST pelo acesso às infraestruturas aptas ao alojamento de fibra ótica não apresenta indícios de não estar orientada para os custos ou ser discriminatória.