

Comentários

da

Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.

à consulta pública sobre

**PROJECTO DE REGULAMENTO E ANÚNCIO DO CONCURSO PÚBLICO PARA
ATRIBUIÇÃO E UM DIREITO DE UTILIZAÇÃO DE FREQUÊNCIAS DE ÂMBITO
NACIONAL PARA A OFERTA DO SMT ACESSÍVEL AO PÚBLICO (“Concurso SMT 450”)**

1. Ausência dos elementos necessários

1. Como questão prévia, a Vodafone vem desde já manifestar que não considera plena e legalmente cumprido o presente acto procedimental de consulta pública de regulamento administrativo, porquanto não foram disponibilizados aos Particulares os elementos necessários para que estes fiquem a conhecer os aspectos, quer de facto, quer de direito, relevantes para a decisão.
2. Com efeito, pese embora a Vodafone Portugal tenha enviado, em 7 de Abril de 2008, por carta, e em 8 de Abril de 2008, por fax, um Requerimento ao ICP-ANACOM, requerendo a apresentação do Caderno de Encargos do Projecto de Regulamento do Concurso SMT450, a questão colocada não mereceu, até ao presente momento (prazo final para apresentação das respostas à consulta pública), qualquer resposta por parte deste Instituto.
3. Nos termos do disposto no artigo 11.º dos Estatutos do ICP-ANACOM, esta Entidade deve dar conhecimento aos interessados dos regulamentos por si emitidos, receber os seus comentários e fundamentar as suas decisões, respondendo às críticas ou sugestões sobre os respectivos Projectos.
4. Ora, o Regulamento do concurso é composto por duas peças que contêm os procedimentos de formação da vontade da Administração, o conteúdo das condições de escolha e as obrigações impostas ao Concorrente.
São estes: (i) o programa do concurso e (ii) o caderno de encargos.
5. Esta definição decorre tanto da doutrina e jurisprudência quanto dos diplomas que regem os procedimentos concursais no ordenamento jurídico português (veja-se, por exemplo, o disposto no artigo 40.º do novo Código dos Contratos Públicos, o disposto

no artigo 63.º do Decreto-lei n.º 59/99, de 2 de Março, ou o disposto no artigo 88.º do Decreto-Lei n.º 197/99 de 08 de Junho).

6. Aliás, o caderno de encargos é o documento que contém as cláusulas jurídicas e técnicas, gerais e especiais, a incluir no contrato a celebrar, pelo que a sua natureza jurídica de regulamento administrativo é evidente e aceite de forma generalizada pela Doutrina¹ e Jurisprudência² portuguesas.
7. Ora, parece o ICP-ANACOM confundir o conceito de "Programa do concurso" com o de "Regulamento do Concurso" ao disponibilizar, enquanto Projecto sujeito a consulta, um "Regulamento" que apenas contém as regras respeitantes:
 - a. Aos termos a que obedece o processo;
 - b. Aos requisitos e condições de admissão dos concorrentes e de apresentação das candidaturas;
 - c. Às peças que as devem acompanhar;
 - d. Às prescrições aplicáveis ao programa dos trabalhos; e,
 - e. Ao critério de selecção das candidaturas, com indicação dos critérios de apreciação das propostas e respectiva ponderação).
8. Ou seja, a Administração apenas apresentou o equivalente ao Programa do Concurso e não a totalidade do Regulamento.

¹ Cfr. Miguel Esteves de Oliveira em *Direito Administrativo*, Volume I, Almedina, Lisboa, 1980, pg 683 e em *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa, Das Fontes às Garantias*, Almedina, Coimbra, 1998, Parecer 80/89 da PGR ou, especificamente no que diz respeito a cadernos de encargos que contenham cláusulas que regulam relações com terceiros (como será certamente o caso) Margarida Olazabal Cabral, *O concurso público nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1997, pg 246.

² Cfr. Por todos, o Acórdão do STA, de 21 de Outubro do 2004: "Assim, tal como o programa do concurso vd., p. ex., o acórdão de 2.12.03 – Rº 1615/03., o caderno de encargos assume natureza normativa de verdadeiro regulamento do concurso, sendo, por isso, vinculativo, quer para o próprio entidade adjudicante quer para os concorrentes. (in www.dgsi.pt)

9. Por esclarecer ficam, a título de exemplo, as seguintes regras do concurso, essenciais para a determinação das condições outrora impostas ao eventual vencedor do concurso em comparação com os actuais operadores no mercado de SMT e, consequentemente, para aferição da legalidade do presente procedimento concursal:
- a) Critérios sobre a capacidade técnica dos candidatos;
 - b) Critérios sobre a capacidade económica dos candidatos;
 - c) Totalidade dos compromissos financeiros para o desenvolvimento de projectos relacionados com o desenvolvimento da sociedade da informação;
 - d) Obrigações de cobertura geográfica do território nacional;
 - e) Condições de instalação de infra-estruturas;
 - f) Calendarização do cumprimento das obrigações acima referidas; ou,
 - g) Condições financeiras a que está sujeito o acto de atribuição de frequências.
10. Acrescente-se que - para além de ser indiscutível a necessidade de ser dado conhecimento sobre a totalidade dos elementos relevantes para o cumprimento da participação dos interessados nas decisões administrativas - a importância dos elementos específicos que aqui se referem foi plenamente reconhecida pelo ICP-ANACOM em várias fases do presente procedimento.
11. De facto, detém o ICP-ANACOM, em primeiro lugar, o perfeito conhecimento da veiculada preocupação, por parte dos operadores do mercado em questão, quanto ao cumprimento do imperativo de não discriminação nas condições de atribuição dos direitos de utilização de frequências para a prestação de SMT relativamente aos restantes Particulares, de forma a ser plenamente garantido o princípio da igualdade no acesso ao mercado.
12. Efectivamente, foram vários os Particulares a expressar, no âmbito do procedimento geral de consulta sobre a limitação do número de direitos de utilização de frequências a atribuir para a prestação do serviço móvel terrestre na faixa dos 450 - 470 MHz ("SMT

450”), a necessidade de ser garantida a não discriminação nas condições de acesso ao mercado do Serviço Móvel Terrestre.

13. Por outro lado, é de fundamental importância salientar que o ICP-ANACOM declarou, no relatório do procedimento geral de consulta da Deliberação SMT 450, que: *“Esta Autoridade regista ainda os comentários recebidos neste domínio, nomeadamente os referentes a condições do concurso e avaliação das propostas, os quais terá em devida conta na preparação do futuro regulamento do concurso público e do respectivo caderno de encargos”*
14. Ora, o ICP-ANACOM tem, assim, conhecimento de que os Interessados consideram aquelas matérias directamente relacionadas com a garantia do cumprimento dos seus direitos, pelo que deveria ter apresentado, no momento procedimental adequado, a confirmação de que está a assegurar os princípios a que está adstrito, nomeadamente, estabelecendo procedimentos e critérios de selecção objectivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais.
15. Com a presente omissão, os Particulares ficam impedidos de se pronunciar cabalmente sobre o mérito e, principalmente, a legalidade do projecto apresentado, uma vez que não dispõem dos elementos necessários.
16. Considerando que o cumprimento do disposto no artigo 11.º dos Estatutos do ICP-ANACOM não implica, no presente caso, qualquer risco de inutilização do presente procedimento concursal nem a impossibilidade de executar a decisão (realização do concurso público), não se verifica, assim, qualquer causa legal de dispensa deste acto de consulta.
17. Assim, deverá concluir-se que o Regulamento do Concurso Público se encontra desde já ferido de invalidade, por preterição de uma formalidade essencial.

18. A Vodafone considera que a presente actuação administrativa condiciona os Particulares a optar entre abdicar do seu direito de participação no presente processo (direito este que merece garantia constitucional) ou prejudicar a desejável celeridade dos procedimentos administrativos.
19. Ora, conforme demonstrou a Vodafone, requerendo, atempadamente, o conhecimento do caderno de encargos, não deixará a mesma de agir no sentido de garantir que a sua versão dos factos e do direito ou a tutela dos seus interesses sejam tomados em consideração na decisão do procedimento.
20. Assim, de forma a concretizar o direito de participação dos cidadãos na formação da decisão administrativa e no cumprimento da legislação aplicável, deverá ser repetido o presente acto, dando esta Entidade, desta feita, o conhecimento da totalidade dos elementos que constituem o Projecto do Regulamento e anúncio do Concurso Público, isto é, incluindo a disponibilização do Caderno de Encargos.

II – DO PROJECTO DO REGULAMENTO

21. Em consequência do exposto, a Vodafone considera que os elementos apresentados neste acto para comentários dos interessados – essencialmente regras relativas ao procedimento do concurso – têm uma relevância muito inferior à dos elementos em falta. Não obstante, realça os seguintes aspectos:
22. Em primeiro lugar, a Vodafone considera que a exclusão prevista no n.º 3 do artigo 3.º é, quer do ponto de vista legal quer do ponto de vista do mérito, uma opção injustificada e incorrecta e, portanto, ilegal.
23. Com efeito, a Vodafone considera que o acto de exclusão projectado é uma grave restrição dos princípios da igualdade e da não discriminação, sendo que a única justificação apresentada pela Administração - aumento da contestabilidade do

mercado - não preenche nenhum dos requisitos de adequação, necessidade ou proporcionalidade, essenciais para a legitimação da referida restrição de direitos.

24. A Vodafone regista, não obstante, a alteração do sentido de decisão inicial do ICP-ANACOM, ao colocar todos os actuais prestadores de Serviços Móveis Terrestres (e não apenas os legalmente habilitados para tal) na mesma situação de exclusão ao Concurso Público objecto de análise – embora prevendo uma excepção de acesso ao mercado posteriormente que desvirtua totalmente a concretização do princípio da igualdade no acesso ao mercado, tornando a sua actuação apenas aparentemente legal, situação que será, todavia, tratada em sede própria.
25. Ainda no que respeita à concretização dos princípios da igualdade e não discriminação no acesso ao mercado, cumprirá à Administração comprovar de que forma é que a diferença no valor estabelecido para as cauções definitivas entre o presente projecto de Regulamento e, por exemplo, o Regulamento do Concurso Público para atribuição das licenças para os sistemas de comunicações móveis internacionais (IMT2000/UMTS) - de € 1.493.989,49 - se poderá considerar uma condição equivalente às condições de acesso ao mercado que foram impostas aos operadores de SMT já licenciados.
26. Naturalmente, a Vodafone é sensível à diferença existente entre as condições de mercado e as faixas de frequências cujos direitos de utilização foram atribuídos num e noutro caso, que sempre determinaria, para concretização do princípio da igualdade material, a necessidade de efectuar um tratamento diferente para situações diferentes. No entanto, estas diferenças não desoneram a necessidade de plena e cabal justificação por parte do ICP-ANACOM sobre as opções por si tomadas.
27. O mesmo se questiona, aliás, no que respeita ao valor das contribuições para a sociedade de informação impostas aos referidos Operadores em comparação com o valor mínimo requerido, reflectido no montante exigido a título de caução, pelos novos

concorrentes para garantia do cumprimento dos projectos que se proponham a desenvolver para a sociedade da informação.

28. Com efeito, o facto de este critério de selecção não ser, à semelhança de outros concursos públicos realizados para acesso ao mesmo mercado, o critério de selecção prioritário na apreciação das candidaturas já denota uma diferença no tratamento dos Particulares.
29. Mas, principalmente, (i) a diminuição da importância deste critério em conjugação com (ii) a indicação indirecta (através do montante da caução especificamente prevista par este efeito) de um valor mínimo para a referida contribuição (cuja comparação com o valor dos contributos efectivamente prestados pelos actuais operadores de SMT é extraordinária), redundando numa diferença clara no tratamento da mesma realidade por parte da Administração, cuja fundamentação se desconhece e deve, por conseguinte, ser disponibilizada.
30. Por fim, igualmente no que respeita aos critérios de apreciação das candidaturas, o ICP-ANACOM apresenta, como critério de selecção prioritário, a contribuição para as condições de concorrência efectiva, sendo que o referido conceito (vago) é preenchido ou valorizado (cfr. artigo 14.º do projecto de regulamento) exclusivamente (indicando uma clara preferência por este "indicador") pela "oferta" de acesso à rede móvel do concorrente a operadores móveis virtuais.
31. Ora, esta opção revela-se desprovida de sentido a vários níveis:
- Em primeiro lugar, a parca concretização do critério acarretará, naturalmente, uma maior margem de discricionariedade do ICP-ANACOM na análise das propostas apresentadas e, conseqüentemente, uma diminuição das garantias de transparência, objectividade e legalidade do procedimento.

32. Em segundo lugar, questiona-se a vinculatividade do concorrente à “oferta” de acesso à sua rede móvel que irá propor, uma vez que o mercado de acesso às redes móveis de comunicações não está regulado, não existindo, por conseguinte, nenhuma obrigação regulamentar nesta matéria.
33. Nesta medida, qualquer oferta que neste contexto exista, não sendo uma “oferta de referência”, não retirará, ao novo prestador de SMT, a liberdade de iniciativa económica para negociar (i) a modalidade de MVNO, (ii) os serviços abrangidos, (iii) as condições de negociação e a (iv) duração dos compromissos, com o candidato a MVNO, no momento em que tal encontro de vontades se concretize.
34. Em terceiro lugar, e perante a ausência de comunicação, por parte do ICP-ANACOM, de outros critérios que valorizem as contribuições dos candidatos para as condições de concorrência efectiva (que certamente constarão do caderno de encargos), questiona-se a Vodafone em que medida é que esta imposição:
- a. Tem paralelo com as condições outrora impostas aos prestadores de SMT para o preenchimento do mesmo critério;
 - b. Poderá ser objectivamente valorizada, permitindo assim a sindicabilidade jurisdicional do acto administrativo de classificação das propostas no procedimento concursal; e, principalmente,
 - c. Se pode concretizar numa obrigação válida e exigível, constante do objecto da licença e cujo cumprimento esteja sujeito à fiscalização por parte do ICP-ANACOM, num cenário, por exemplo, em que nenhuma Entidade se proponha a celebrar um contrato de MVNO com o novo prestador de SMT.
35. Ora, como resultará de uma análise séria à matéria em questão, os elementos “valorizados” pelo ICP-ANACOM nos termos do Projecto de Regulamento, relativos à oferta de acesso à rede móvel do candidato, são elementos que comportam em si inúmeros factores e condicionantes naturalmente desconhecidos por parte dos

candidatos ao concurso e que não poderão, objectivamente, ser objecto de compromisso senão na fase concreta de negociação e celebração de tal contrato.

36. Ou seja, trata-se de um critério de valorização (sublinhe-se: prioritário ou preferencial) que, no limite, poderá ser preenchido por uma mera declaração de intenções não objectivas e de difícil concretização para o novo Prestador de SMT.
37. Assim, deverá o ICP-ANACOM igualmente clarificar em que actuação específica por parte dos concorrentes se consubstancia o seu critério de selecção prioritário no que respeita à contribuição para as condições de concorrência efectiva, uma vez que o único anunciado se revela duvidoso e dificilmente poderá ser analisado de forma objectiva.

III – CONCLUSÕES

- A. Em conclusão, os termos em que o programa de concurso foi lançado configura uma ostensiva violação da lei, uma vez que não são disponibilizados os elementos fundamentais que permitam aos administrados o exercício cabal dos seus direitos à participação no presente procedimento.
- B. Adicionalmente, a parca concretização e indefinição dos processos e critérios de selecção, a que acima fizemos alusão, tornam a sua concretização impossível e o controlo da sua legalidade impraticável, fazendo igualmente denotar, uma inequívoca diferença de tratamento entre os agentes de mercado, em clara violação do princípio de não discriminação e de igualdade no acesso ao mercado.