

**Conselho Regulador da
Entidade Reguladora para a Comunicação Social**



**Deliberação
8/OUT-TV/2008**

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Resposta à audiência prévia dos interessados no âmbito do concurso para a atribuição de direitos e utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre e de licenciamento de operador de distribuição (relativo aos Multiplexers B, C, D, E e F) – Critério B

Lisboa

14 de Outubro de 2008

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 8/OUT-TV/2008

Relativa à

**Resposta à audiência prévia dos interessados no âmbito do concurso para a atribuição de direitos e utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre e de licenciamento de operador de distribuição (relativo aos Multiplexers B, C, D, E e F) –
Critério B**

Ao abrigo das competências fixadas no n.º 3 do artigo 15.º do Regulamento do concurso público identificado em epígrafe, aprovado e publicado em anexo à Portaria 207-A/2008, de 25 de Fevereiro;

Atendendo a que a análise e apreciação das alegações dos concorrentes, em sede de audiência prévia, foram levadas a cabo por uma comissão técnica constituída para o efeito, a nível interno, o Conselho Regulador, acompanhando o teor do relatório da referida comissão, adopta a seguinte:

Resposta à audiência dos interessados no âmbito do concurso para a atribuição de direitos e utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre e de licenciamento de operador de distribuição (relativo aos *Multiplexers* B, C, D, E e F) - *Critério b*

1. Introdução

“Em cumprimento do n.º 3 do artigo 15.º do Regulamento do concurso público para a atribuição de direitos de utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre, a que estarão associados os *Multiplexers* B a F, e de licenciamento de operador de distribuição – doravante designado Regulamento do Concurso –, aprovado pela Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 8-A/2008, de 26 de Fevereiro, o Conselho de Administração do ICP-ANACOM deliberou proceder à audiência escrita dos interessados sobre a proposta de atribuição dos direitos de utilização de frequências e da licença de operador de distribuição, e respectiva fundamentação, tendo fixado, como previsto no artigo 101.º do Código do Procedimento Administrativo, o prazo de dez dias para que as concorrentes, querendo, se pronunciassem.”

As respostas deram entrada na ERC, por remessa efectuada pelo ICP-Anacom, no dia 7 de Outubro de 2008.

2. Critério b1 – Qualificação da oferta televisiva

2.1 Subcritério b 1.1. – Diversidade da composição da oferta de serviços de programas, atentos os fins legais da actividade de televisão e a obrigação do operador de distribuição consagrada no n.º2 do artigo 9.º da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho

Fig. 1 – Níveis de referência para avaliação do subcritério b 1.1.

Subcritério	Peso	NEUTRO	BOM
b 1.1. - Diversidade da composição da oferta de serviços de programas, atentos os fins legais da actividade de televisão e a obrigação do operador de distribuição consagrada no n.º 2, do artigo 9º da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho.	70%	Oferta composta por serviços de programas temáticos de <u>cobertura nacional</u> de informação, infantil, desporto e cinema.	Oferta composta por serviços de programas temáticos de <u>cobertura nacional</u> de informação, infantil, desporto, cinema e mais 4 temáticas diferentes das referidas.

2.1.1. Airplus TV

A concorrente Airplus TV considerou, na resposta ao Relatório de Análise e Apreciação das Candidaturas ora em apreciação, que a classificação aplicada ao critério b.1.1 decorre de erros de facto e de direito na apreciação das propostas.

Invoca a concorrente que os fins da actividade de televisão inscritos no artigo 9º da Lei nº 27/2007, de 30 de Julho, doravante designada por Lei da Televisão, bem como o disposto no nº 4, do artigo 13º, do Regulamento do Concurso e respectivo Anexo II, apenas legitimam a apreciação das candidaturas face à maior ou menor diversidade de oferta televisiva proposta, constituindo uma restrição ilegítima a exigência de previsão de uma área de cobertura, elemento que não é objecto de qualquer referência nos dispositivos legais enunciados – ponto 3.11, pgs. 98 a 104 da Resposta ao Relatório de Análise e Apreciação das Candidaturas, doravante designado por RAAC-*b*.

A Airplus TV refere que apresenta, na sua proposta, “...uma temática adicional às quatro necessárias para atingir o nível de referência “bom”...pelo que...” não faz qualquer sentido que a sua proposta seja classificada no nível de referência “Bom”, mas antes e necessariamente “acima do nível de referência Bom”.”

Assim, considera a concorrente que *a colocação da sua proposta no nível de referência Bom viola os critérios, ponderações e níveis de referência que a própria ERC estipulou para a apreciação das candidaturas* – pgs. 100 e 101.

Ainda sob a matéria de apreciação do subcritério b.1.1 a concorrente Airplus TV vem aduzir, reforçando o seu entendimento de diversidade temática, a não consideração no RAAC_b da intenção de “...promover a criação de 16 novos canais portugueses, a dinamizar em conjunto com os operadores de televisão nacionais, com conteúdos especificamente dirigidos às famílias portuguesas”, facto que, a ser classificado, como propugna, a colocaria “*fortemente acima do nível de referência bom*” .

Finalmente, refere a concorrente o facto de a sua proposta contemplar conteúdos mais diversificados que a da PT Comunicações, na medida em que o seu oponente no concurso oferece os canais já existentes noutras plataformas, fazendo-lhes acrescer, apenas, três novos canais nacionais enquanto “...a Airplus TV aposta na angariação de subscritores por via da diferenciação e pertinência de conteúdos... (...)...mais diferenciados em relação à oferta existente no mercado das plataformas PTC ou ZON/TVcabo.” – pg. 103.

Assim, sustenta que, para além da classificação da sua proposta, no critério b.1.1 como fortemente acima do nível de referência bom, a proposta da PT Comunicações devia ser revista, passando a ser classificada como fortemente abaixo do neutro – pg. 102.

Apreciação

Dos comentários da concorrente à apreciação das propostas de acordo com o estabelecido para a classificação do *subcritério b 1.1.*, sobressaem quatro aspectos a considerar:

- (i) Restrição indevida, em virtude de nos níveis de referência relativos a este subcritério se terem valorizado as ofertas de cobertura nacional;
- (ii) Contestação da classificação obtida – “coincidente com o estabelecido para o nível de referência *bom* – pelo facto de apresentar uma temática a mais do número considerado no respectivo nível de referência;
- (iii) Discordância pelo facto de a apreciação da ERC não considerar “a promoção da criação de 16 novos canais portugueses”, alegadamente proposta pela concorrente;
- (iv) Contestação da classificação atribuída à sua concorrente – “muito fracamente abaixo do nível ‘*neutro*’ –, pelo facto de não preencher os requisitos do estabelecido para o respectivo nível de referência e por alegadamente

pretender “preencher a sua oferta com base em serviços de programas já disponíveis no mercado.”

Relativamente ao primeiro aspecto, esta posição não procede dado que, como reconhece a concorrente neste ponto da sua resposta, a qualificação da oferta televisiva tem que ser feita à luz do artigo 9º da Lei da Televisão, que integra, no corpo do seu nº 1, a natureza, a temática e a área de cobertura.

E é exactamente com base nestes factores que, **a par da natureza e da temática** e em função delas, se definiu, nos níveis de referência do subcritério em análise, **a cobertura nacional**.

É importante referir que, na *ratio* dos subcritérios e níveis de referência do *critério b* está presente, transversalmente, aquilo que é o objectivo do concurso enunciado no 4º parágrafo do preâmbulo da Portaria nº 207-A/2008, de 25 de Fevereiro: “...a operação *Pay TV* objecto do presente concurso, com a qual se pretende propiciar aos utilizadores finais a existência de uma oferta comercial concorrencial às disponibilizadas por outras plataformas, ao nível de serviços de televisão por subscrição.”

A argumentação aduzida mostra-se contraditória e inconsequente, dado que reconhece a base legal que presidiu à elaboração dos níveis de referência – os fins da actividade de televisão definidos em função da natureza, temática e área de cobertura – mas não aceita a sua aplicação, pelo menos na parte em que não corresponde à melhor avaliação da sua proposta – a cobertura nacional, factor inerente à análise de matéria relativa à qualificação da oferta televisiva.

Como se refere no Relatório de Análise e Apreciação das Candidaturas para o *critério b*, a classificação da Airplus TV no presente subcritério é coincidente com o nível de referência ‘bom’, na medida em que se considera que uma das temáticas adicionais que compõem a sua oferta de serviços de programas – “entretenimento para adultos” – escapa em grande medida às finalidades previstas para a actividade televisiva, tal como consagradas na Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, em particular no seu n.º2 do artigo 9.º,

que constitui o principal referente à apreciação do *subcritério b 1.1.*, como consta do Regulamento do Concurso.

Sobre o terceiro ponto de contestação da concorrente, recorde-se, em primeiro lugar, que esta obteve a classificação de “bom”, correspondente a 100 pontos, pela diversidade da composição da oferta televisiva que propõe. Contudo, de facto, esta classificação não considera “a promoção da criação de 16 novos canais portugueses”, pelo simples facto de essa informação não constar de nenhuma das partes da proposta apresentada a concurso pelo candidato, sendo pela primeira vez referida na resposta à audiência prévia, prejudicando, desde logo, a argumentação que assenta em tal facto, ou melhor, na sua ausência.

Quanto à contestação da classificação atribuída à concorrente, atente-se apenas no facto de a sua apreciação neste subcritério ter sido considerada inferior ao estabelecido para o nível de referência “neutro”, correspondendo-lhe uma pontuação de 5 pontos negativos. Como se deixou já assinalado no Relatório de Análise e Apreciação das Candidaturas, tal pontuação resulta de a proposta da PTC não preencher, em rigor, as quatro temáticas previstas no nível “neutro”, pois que a temática cinema não é apresentada em moldes autonomizados na oferta desta concorrente.

2.1.2 PT Comunicações

A concorrente discorda da classificação obtida no *subcritério b 1.1.* – “muito fracamente abaixo do nível ‘neutro’” –, argumentando que “na parte referente à oferta Meo Light com cobertura nacional inclui na temática Entretenimento (com 1 canal SD nacional, 1 canal HD nacional e 1 canal SD internacional) a referência a cinema, apresentando, como canais ilustrativos da temática entretenimento, canais de cinema, de séries e outros...” - (cfr. pg. 11 da Resposta.

Alega a concorrente que a oferta de serviços de programas dedicados a cinema não tem necessariamente de ser incluída nessa temática, surgindo “muitas vezes” em análises internacionais na temática de entretenimento.

A concorrente assinala ainda os canais de cinema que define na sua proposta a título ilustrativo: “Hollywood”, o “MGM” e o “TCM”. A estes canais, associa ainda os de cinema e séries AXN e FOX.

Acrescenta a concorrente que nos canais que apresenta como “ilustrativos” “garante não só a apresentação de alguns pré-acordos para distribuição dos mesmos através da plataforma TDT, como garante que são canais com direitos adequados para distribuição em serviços Base”, alegando que a avaliação efectuada não contempla qualquer valorização da existência desses pré-acordos, factor que no seu entender “contraria o entendimento manifestado pela entidade adjudicante, em sede de pedido de esclarecimentos” (cfr. pg.12 da Resposta).

Por outro lado, acrescenta, a proposta da Airplus TV refere o desenvolvimento de um *“...vasto leque de canais temáticos novos e exclusivos ...(..)...sem qualquer tipo de especificação ou compromisso, o que torna a proposta pouco realista.”*

Em conclusão, considera que a pontuação obtida “terá consubstanciado certamente um lapso e que, a ser revista à luz dos esclarecimentos ora prestados levará seguramente a uma alteração da classificação final deste subcritério.” (p.14)

Apreciação

Dos comentários da concorrente à apreciação do presente subcritério ressaltam dois aspectos:

- (i) – Contestação da classificação por não ter sido considerada a oferta de um serviço de programas de cinema com cobertura nacional, que alegadamente constava da proposta da concorrente;

- (ii) – A alegação de que os pré-acordos existentes com detentores dos direitos de distribuição dos canais não foram objecto de qualquer valorização;

Relativamente ao primeiro ponto e tomando a proposta apresentada a concurso, precisamente na descrição do designado pacote “Meo Light”, a concorrente apresenta como serviços de programas de entretenimento a inclusão de “1 canal nacional + versão HD” e “1 canal internacional”. Para este último, a concorrente refere, a título “ilustrativo”, os três canais de cinema supracitados integrados num leque de dezasseis serviços de programas possíveis, a saber: “People & Arts; Eurochannel; TV Record; Zone Reality; Fuel TV; Animax; Hollywood; MGM; Sony Entertainment; TCM; AXN; Fox; FoxNext; Fox Life; FX; Fox Crime”.

Face a esse leque de possibilidades – serviços de programas generalistas e temáticos diversos - entende agora a concorrente que na apreciação da sua oferta à luz do presente subcritério se deveria ter considerado a existência de um canal de cinema.

Acresce ainda que, em sede de pedidos de esclarecimentos, foi solicitada à concorrente a identificação dos serviços de programas, e as respectivas temáticas de cobertura nacional, que compunham a sua oferta televisiva. Na resposta, optou a concorrente por indicar dois serviços de programas de entretenimento – um canal de entretenimento que se propõe criar e um canal de entretenimento HD, apresentado na proposta como “versão HD” do anterior.

Não foi indicado um serviço de programas temático de cinema em cobertura nacional.

Quanto à alegação de que a existência de pré-acordos com detentores de direitos de distribuição não foi considerada na apreciação da oferta televisiva da concorrente, importa precisar que, ainda que não lhe corresponda uma classificação individualizada, aquele factor não deixou de ser ponderado na apreciação das candidaturas, como se pode inferir do Relatório de Análise e Apreciação das Candidaturas – Critério b (cf., em particular, Anexo 8, RACC, p.29).

Face ao exposto, considera-se que as alegações agora apresentadas são improcedentes, devendo manter-se a classificação quanto a este subcritério.

2.2. Subcritério b 1.2. – Oferta de serviços de programas televisivos regionais ou disponibilização de capacidade de rede e de distribuição para essa tipologia de serviços de programas

Fig. 2 – Níveis de referência para avaliação do subcritério b 1.2.

Subcritério	Peso	NEUTRO	BOM
b 1.2. - Oferta de serviços de programas televisivos regionais ou disponibilização de capacidade de rede e de distribuição para essa tipologia de serviços de programas.	10%	Oferece capacidade de rede e de distribuição para um serviço de programas com um modelo de programação dirigido à respectiva área geográfica de cobertura.	Oferece um serviço de programas com um modelo de programação dirigido à respectiva área geográfica de cobertura.

2.2.1. Airplus TV

A concorrente contesta a classificação obtida no presente subcritério alegando que na sua oferta de pacotes a emitir através dos Muxes D, E e F – Muxes parciais – pretende integrar “pelo menos 8 novos canais a atribuir a operadores de televisão nacionais, contendo programação especificamente escolhida para ir ao encontro dos interesses e inclinações da população desta particular área geográfica, e mais 6 canais internacionais.” (p. 107)

Acrescenta a concorrente que “[d]e facto, no Pacote Básico Plus, proposto pela Airplus TV, constam 14 serviços de programas, dos quais 8 serviços de programas correspondem a canais a atribuir a operadores nacionais, obrigados a cumprir integralmente, não só o previsto no artigo 34.º/4, mas também, e como é obrigatório, o previsto no artigo 34.º/4 da Lei da Televisão, mas também, e como é obrigatório, o previsto no artigo 34.º/2,

alíneas a) a c) e f), desse mesmo diploma” (p.107). Defende a concorrente que “[p]or estas razões, trata-se, efectivamente, de serviços de programas regionais por abrangerem (i) um conjunto de distritos no continente, (ii) com uma abordagem temática que se considera ser predominantemente do interesse da população dessa região, (iii) difundindo informações com particular interesse para o âmbito geográfico da audiência e (iv) promovendo os valores característicos da cultura dessa região.” (p.107)

A concorrente refuta assim a apreciação da ERC, em particular quando se refere, no RAAC-b, que a Airplus TV, no que respeita à oferta de serviços de programas regionais, “não faz menção expressa à ‘emissão de serviços de programas’ mas sim à ‘transmissão de programas televisivos’ [no âmbito de um canal], os quais tanto podem assumir uma vertente regional, como se aproximarem de uma ‘matriz cultural ou educativa’” (p. 106). Contesta, por isso, a conclusão de que “não se afigura assim a intenção expressa de criar através dessa via um serviço de programas regional de facto, ou tão-só considerar uma reserva de capacidade de rede e de distribuição especificamente dedicada à emergência de pelo menos um serviço de programas com essas características.” (p. 106)

Posto isto, a concorrente não “compreende” a classificação obtida, “quando os serviços de programas a atribuir aos operadores nacionais do pacote Básico Plus preenchem todos os requisitos para poderem ser considerados regionais”, o que, no seu entender, “justifica a atribuição de uma classificação equivalente a fortemente acima do nível de referência bom.” (p.108).

A Airplus TV contesta ainda a classificação obtida pela sua concorrente – “fortemente acima do nível de referência “neutro” –, na medida em que esta propõe “apenas a reserva de capacidade de rede e de distribuição no Mux C (frequência que é de alcance nacional!) para dois serviços de programas (ditos) regionais a criar, os quais constarão no pacote comercial designado por ‘Meo Light’” (p.108) , a serem “necessariamente distribuídos para todo o país, não se dirigindo, portanto, especificamente a uma qualquer área específica de cobertura” (*idem, ibidem*). Conclui, assim, que aquela classificação é “incompreensível”, “quando é certo que nem sequer os requisitos mínimos estabelecidos

no Regulamento do Concurso, nos esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM/ERC, na legislação aplicável e no documento intitulado ‘árvore de critérios, ponderações e níveis de referência para apreciação de candidaturas’ são preenchidos” (*idem, ibidem*).

Face ao exposto, a concorrente considera que “devem ser atribuídas as seguintes classificações às duas propostas: Airplus TV, “muito fortemente acima de Bom”; PTC, “Moderadamente abaixo de Neutro”. Acrescenta, por fim, que, caso esta revisão não venha a acontecer, “essa decisão será claramente ilegal, designadamente, por erro nos pressupostos de facto e de direito e violação do critério de avaliação e do princípio da legalidade.” (p. 109)

Apreciação

Dos comentários da concorrente à apreciação das propostas de acordo com o estabelecido para a classificação do subcritério b 1.2., sobressaem os seguintes aspectos a considerar:

- (i) Contestação da classificação obtida com base na alegação de que os serviços de programas previstos para o pacote designado “Básico Plus” – transmitido através dos Muxes D, E e F – “preenchem todos os requisitos para poderem ser considerados regionais” e que a composição da oferta televisiva que propõe integra “pelo menos 8 novos canais a atribuir a operadores de televisão nacionais,” contendo programação especificamente escolhida para ir ao encontro dos interesses e inclinações da população desta particular área geográfica” ;
- (ii) Contestação da classificação obtida pela concorrente, alegando que a proposta desta compreende apenas a disponibilização de capacidade de rede e de distribuição para dois serviços de programas regionais, através de um Mux de cobertura nacional, não se dirigindo especificamente a uma determinada área geográfica de cobertura;

De acordo com a explicação fornecida à concorrente em sede de pedidos de esclarecimentos, resulta claro que a definição de um “serviço de programas regionais”, tal como a Airplus TV bem observa na sua resposta, transcende em grande medida o factor “área de cobertura”, tendo de se considerar sobretudo a vocação espelhada pela sua grelha de programação, no sentido de reflectir as realidades particulares das comunidades regionais e locais a que se dirige, promovendo os seus valores e indo ao encontro dos seus interesses específicos (cf. n.º4 do artigo 34.º da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho).

A proposta apresentada a concurso pela Airplus TV em nenhum momento refere na descrição da sua oferta televisiva a existência de um serviço de programas que preencha tais requisitos. Na descrição que faz dos diferentes pacotes de serviços de programas, nenhum deles integra um canal televisivo “a atribuir a operadores de televisão nacionais, contendo programação especificamente escolhida para ir ao encontro dos interesses e inclinações da população desta particular área geográfica”, razão pela qual a intenção agora declarada de integrar “pelo menos 8 novos canais” visando esse objectivo não poderia ser contemplada na apreciação da candidatura, a menos que se considerasse, erradamente, que a “área de cobertura” prevista para um dado canal televisivo seria critério bastante à sua classificação como serviço de programas regional.

De acordo com a apreciação exposta no RAAC-*b*, de facto, na proposta apresentada a concurso pela Airplus TV “não se identifica a intenção de criar propriamente serviços de programas com uma vocação regional”. A proposta contempla apenas a “transmissão de programas televisivos regionais e/ou de matriz educativa ou cultural” **no âmbito de um canal** a disponibilizar através do designado Pacote Público para Premium. Esta oferta é substancialmente diferente da intenção agora expressa em sede de audiência prévia, e fica aquém do teor do subcritério b 1.2., o qual prevê explicitamente a criação de “serviços de programas regionais” e não, apenas, de “programas televisivos” no âmbito de um canal.

Relativamente à contestação da classificação atribuída à sua concorrente, de facto, a oferta de capacidade de rede e de distribuição para a criação de dois serviços de programas regionais, de acordo com a definição dos níveis de referência para este

subcritério, representa uma oferta que fica claramente aquém do nível “bom”, na medida em que não é o operador que se compromete desde logo a criar tais serviços de programas. Situa-se, no entanto, “fortemente acima do nível de referência neutro” por se comprometer a reservar capacidade para a emergência de um serviço de programas regionais a mais do previsto no respectivo “nível neutro”. O facto de a proposta considerar a reserva dessa capacidade num Mux de cobertura nacional não se afigura um factor prejudicial ao alcance dos serviços de programas regionais a criar, na medida em que a sua vocação regional será essencialmente definida pela matriz assumida na composição da sua grelha de programação, podendo mesmo esse factor funcionar como uma mais-valia acrescida à implantação desses serviços de programas no panorama audiovisual português.

2.3.Subcritério b 1.3. – Oferta de serviços de programas de matriz educativa ou cultural ou capacidade de rede e de distribuição para essa tipologia de serviços de programas

Fig. 3 – Níveis de referência para avaliação do subcritério b 1.3.

Subcritério	Peso	NEUTRO	BOM
b 1.3. - Oferta de serviços de programas de matriz educativa ou cultural ou capacidade de rede e de distribuição para essa tipologia de serviços de programas	10%	Oferece capacidade de rede e de distribuição para um serviço de programas de matriz educativa ou cultural.	Oferece um serviço de programas de matriz educativa ou cultural.

2.3.1 Airplus TV

A concorrente contesta a classificação atribuída na apreciação do subcritério b 1.3, considerando que, de acordo com o estabelecido no n.º 4 do artigo 13.º do Regulamento do concurso e os esclarecimentos prestados pelo próprio ICP-ANACOM/ERC, “oferece vários canais em que os seus elementos de programação consubstanciam uma vocação educativa e/ou cultural” (p.111), a saber:

- (i) “... no Pacote Básico, o canal 7 descrito como ‘Entretenimento informativo sobre natureza e ambiente, ciência e tecnologia, história, sociedade e aventura. Uma janela aberta sobre Portugal e o Mundo’ (*idem, ibidem*), tendo como exemplos os canais “Discovery” e “Odisseia”;
- (ii) “... no Pacote Básico Plus, o canal 8 - História e Sociedade - descrito como ‘Entretenimento informativo sobre história e sociedade de Portugal e do Mundo. Biografias, programas culturais, etc.’, dando como exemplo os canais “História, Travel, Biography” (*idem, ibidem*);
- (iii) “o canal 2 descrito como ‘[u]ma selecção de filmes de culto/alternativos. 24 horas por dia. Particular dedicação a produção europeia. Filmes portugueses, filmes europeus, alinhamentos temáticos por ocasiões especiais (fantástico, terror, musical...)” (p. 112)
- (iv) “... no seu canal 6 do Pacote Básico, [apresenta ainda a Airplus TV] elementos de programação, não só de entretenimento para crianças, mas também e fundamentalmente, programas educacionais (conforme melhor apresentado na página 19 do capítulo IV “Composição da Oferta Televisiva da proposta da Airplus TV”¹)”

¹ Na descrição do canal 6 do Pacote Básico que consta da proposta lê-se: “Entretenimento para crianças. Alinhamento de programas de qualidade de origem internacional e nacional, incluindo desenhos animados,

- (v) “ Deve ser feita igualmente referência ao canal 5 do Pacote Básico Plus, descrito como ‘Entretenimento para crianças. Alinhamento de programas de qualidade de origem internacional e nacional, incluindo desenhos animados, **programas educacionais**, música, séries infantis’, mas no âmbito do qual também se encontram vários elementos de programação com uma vocação predominantemente educativa, com os programas educacionais (melhor descritos na página 21 do Capítulo IV ‘Composição da Oferta Televisiva’²)

Posto isto, refere a concorrente que “não se compreende como pôde a ERC apenas fazer referência no seu Relatório (i) à previsão na proposta da Airplus TV de ‘um serviço de programas de matriz cultural, que constitui parte da oferta do pacote designado por ‘Básico Plus’ (...) e (ii) à disponibilização de, pelo menos, 20% de capacidade de rede e de distribuição do canal de serviço de interesse público para a transmissão de programas televisivos regionais e/ou de matriz educativa ou cultural através de futuros protocolos...” (p. 112).

Comparando com a apreciação da proposta da sua concorrente, a Airplus TV acrescenta ainda que a ERC considerou um serviço de programas infanto-juvenil proposto pela PTC como educativo, na medida em que, a par de uma programação de entretenimento assumia uma vertente educativa, não aplicando o mesmo critério à proposta da Airplus TV que “embora também apresente dois serviços de programas que a par do entretenimento das crianças (canal 5 do pacote Básico e canal 6 do pacote Básico Plus), apresentam uma vertente educativa, integrando, designadamente, programas educacionais”, a ERC “decidiu desconsiderar este elemento da proposta da Airplus TV,

programas educacionais, música, séries infantis. Exemplos: Panda, Disney, Nickelodeon” (in Capítulo IV – “Composição da Oferta Televisiva”, p. 19).

² Na descrição do canal 5 do Pacote Básico Plus que consta da proposta lê-se: “Entretenimento para crianças. Alinhamento de programas de qualidade de origem internacional e nacional, incluindo desenhos animados, programas educacionais, música, séries infantis. Exemplo: Disney Channel” (in Capítulo IV – “Composição da Oferta Televisiva”, p. 22).

não o considerando relevante para a respectiva classificação no âmbito do presente subcritério!?” (p. 113).

Face ao exposto, a concorrente defende que a sua proposta “deve ser classificada como fortemente acima do nível de referência bom, pois oferece não só um serviço de programas de matriz educativa ou cultural, mas sim vários serviços de matriz educativa ou cultural, conforme definidos no âmbito dos esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM/ERC, em cumprimento do previsto no artigo 13.º/4 do Regulamento do Concurso”(p. 114).

Dos comentários da concorrente à apreciação das propostas de acordo com o estabelecido para a classificação do subcritério b 1.3, sobressaem os seguintes aspectos:

- (i) Contestação ao facto de a ERC concluir que a oferta televisiva proposta pela Airplus TV integra apenas um serviço de programas de matriz cultural, quando a concorrente considera que apresenta na sua proposta mais cinco serviços de programas que assumem uma matriz educativa e/ou cultural;
- (ii) Contestação por uma alegada duplicidade na aplicação dos critérios de avaliação em comparação com a apreciação da proposta da sua concorrente.

Na fase de pedidos de esclarecimentos, tal como refere a Airplus TV na sua resposta, a ERC esclareceu as concorrentes que a definição de um serviço de programas de matriz educativa ou cultural radica no facto de “a maioria ou a totalidade dos seus elementos de programação” denotarem, respectivamente, uma “vocação predominantemente formativa” ou prosseguirem como “vocação predominante a promoção e divulgação da *cultura* em sentido lato.”

Acrescentou-se ainda que, no que respeita aos elementos de programação de um serviço de programas de matriz educativa, estes deverão constituir-se em “espaços que prosseguem como principal objectivo a promoção e difusão de conhecimentos de

diferentes áreas do saber e/ou funcionando como espaços de programação integrados em projectos pedagógicos mais vastos.” Por seu lado, os elementos de programação de um serviço de matriz cultural deverão assumir como vocação predominante “o desenvolvimento do conhecimento dos públicos relativamente às mais diversas manifestações artísticas (literatura, música, cinema, teatro, dança, pintura...) e/ou relativamente às diferentes formas de expressão identitárias (histórica, literária, arquitectónica, patrimonial, gastronómica...)”

A classificação dos serviços de programas na apreciação do presente subcritério para ambas as propostas seguiu estritamente estas concepções, razão pela qual não poderia considerar serviços de programas que – como é reconhecido pela concorrente (e de acordo com as tipologias de canais temáticos mais comuns tanto a nível nacional como internacional) – assumem como vocação predominante o “entretenimento informativo” ou o “entretenimento para crianças”, como sucede nos cinco canais referidos pela Airplus TV, bem como nos canais apresentados pela sua concorrente em moldes equivalentes.

No que respeita à afirmação que remete para uma alegada situação de duplicidade, que desde já se repudia, esta dever-se-á certamente a uma errada interpretação dado que, no RAAC-*b* não se considera que o serviço de programas infantil proposto pela PTC equivale a um serviço de programas de matriz educativa.

Reconhece-se, sim, que na sua concepção esse canal adopta uma vertente “educativo-pedagógica” para além da programação especificamente dedicada ao entretenimento, na medida em que a concorrente assume o compromisso de criar com este canal um projecto aberto à participação de pais, crianças e professores, com vista, nomeadamente, à promoção da literacia tecnológica e dos novos media.

Apesar de se reconhecer essa valência, não existe, de facto, equivalência, como se pode verificar pela pontuação atribuída à PTC no subcritério em apreço.

2.4.Subcritério b 1.4. – Oferta de conteúdos em alta definição

Fig. 13 – Níveis de referência para avaliação do subcritério b 1.4.

Subcritério	Peso	NEUTRO	BOM
b 1.4. - Oferta de conteúdos em alta definição.	10%	Oferece 5h do tempo de emissão semanal da totalidade da oferta transmitida em formato HDTV e áudio multicanal em acesso não condicionado com assinatura.	Oferece 10h do tempo de emissão semanal da totalidade da oferta transmitida em formato HDTV e áudio multicanal em acesso não condicionado com assinatura.

2.4.1 Airplus TV

A concorrente Airplus TV considera que a classificação atribuída na apreciação do subcritério b 1.4. não pode ser mantida, alegando que “não só a ERC usou um critério inovador introduzido no documento intitulado ‘árvore de critérios, ponderações e níveis de referência para apreciação de candidaturas no critério *b*’, violando o Regulamento do Concurso, como, além disso, procedeu, no âmbito da sua análise e aplicação do *critério b*, a uma violação do próprio documento densificador dos níveis de referência ‘neutro’ e ‘bom’, entregue às concorrentes na data do Acto Público do Concurso.” (p.115)

Defende a concorrente que o concurso, nos termos da alínea b), do artigo 1º do Regulamento tem por objecto o “licenciamento do operador de distribuição responsável pela actividade de televisão que consista na selecção e agregação de serviços de programas de acesso não condicionado com assinatura ou condicionado e pela sua disponibilização ao público, através do serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre referido no artigo anterior”.

Apreciação

Não se vislumbra, no entanto, em que ponto as modalidades de acesso assim previstas no Regulamento comprometem a elegibilidade do acesso não condicionado com assinatura para a valorização da oferta de conteúdos em alta definição, com base no entendimento de que esta constitui uma melhor qualificação para a operação de *Pay TV* em curso.

Diga-se, até, que a concorrente, na sua proposta, partilhou a concepção de que a alta definição é um elemento essencial, indo até mais longe daquilo que é a previsão de acesso tipificada no Regulamento e densificada nos níveis de referência; na verdade, no ponto 4.2.5 do Capítulo IV relativo à Composição da Oferta Televisiva a Airplus considerou a possibilidade de “...emissão em sinal de acesso livre (caso exista permissão para o fazer das autoridades nacionais e seja considerado estratégico ao nível do país), para promover uma rápida transição analógico-digital” – ponto 4.2.5, pg. 25 do Capítulo IV relativo à Composição da Oferta Televisiva.

O acesso à televisão de alta definição foi, assim reconhecido como fundamental na estratégia da concorrente dirigida para a “...sensibilização, promoção, divulgação e massificação da aderência à TDT...” e valorizado na apreciação da candidatura.

Ora, ao pretender contestar a melhor valorização na oferta de acesso não condicionado – que chega a um maior número de utilizadores face à modalidade de acesso condicionado – para os conteúdos de alta definição a concorrente revela uma posição pouco coerente, em sede de audiência prévia, relativamente àquilo que foram considerações feitas na sua proposta.

E parece fazê-lo, casuística e inconsequentemente, sempre que a densificação dos níveis de referência não corresponde, num dos factores, à melhor valorização da sua proposta, como é o caso.

Face ao exposto considera-se improcedente a posição da concorrente Airplus TV quanto à pretendida inovação substantiva nos níveis de referência previstos no subcritério b.1.4.

2.4.2. PT Comunicações

A concorrente manifesta “alguma estranheza”, “não obstante ter tido uma classificação superior à da Airplus TV”, “pelo facto de haver uma diferença de apenas 75 pontos entre as duas propostas (...), na medida em que na definição dos níveis de referência é claramente valorizado o peso da programação HD em acesso não condicionado.” (p. 14)

Considerando que a sua concorrente propõe “apenas um canal HDTV em acesso não condicionado, e apenas até ao *switch-off* em 2013, e os outros 2 (...) em acesso condicionado (Premium)”, “é difícil de compreender” que a distância entre as duas seja de “75 pontos”, quando a PT Comunicações integra na sua proposta “a disponibilização de três serviços de programas HDTV de acesso não condicionado.” (p.14)

Face ao exposto, a concorrente entende que a pontuação atribuída às duas entidades deverá ser reconsiderada, “de forma a que a diferença de pontuação entre ambas reflecta os diferentes compromissos assumidos com o projecto TDT em Portugal”. (p. 15)

Apreciação

Da argumentação expendida pela concorrente, resulta uma contestação sobre a classificação atribuída no presente subcritério, com base na alegação de que comparando as duas propostas a concurso à luz dos níveis de referência definidos, a distância da pontuação entre ambas deveria necessariamente ser maior.

De acordo com os níveis de referência estabelecidos, tal como é referido no Relatório de Análise e Apreciação das Candidaturas – Critério b, a apreciação das propostas das concorrentes no presente subcritério resulta da ponderação de dois factores, a saber:

- i) O tempo de emissão destinado à oferta de conteúdos em alta definição;

- ii) O regime de acesso (acesso não condicionado ou condicionado) dos serviços de programas com conteúdos em alta definição.

Recordando que a definição do nível de referência “bom” estabelece, no que respeita ao primeiro factor, “10h do tempo de emissão semanal da totalidade da oferta” em conteúdos HDTV, ambas as propostas apresentam elementos suficientes para se situarem “fortemente” acima do nível de referência “bom”.

Contudo, tal classificação não espelharia a valia relativa de ambas as propostas, na medida em que a oferta de conteúdos HDTV em regime de acesso não condicionado com assinatura de uma delas é superior, razão pela qual a proposta da PT Comunicações foi considerada qualitativamente acima da sua concorrente – “muito fortemente acima do nível de referência bom” -, correspondendo-lhe a pontuação de “300 pontos”. Esta valorização pretende reflectir precisamente a valia em termos globais para a plataforma da Televisão Digital Terrestre correspondente às diferentes opções das candidaturas no respeitante aos regimes de acesso escolhidos para a oferta de conteúdos HDTV.

Face ao exposto, mantém-se a classificação de ambas as propostas no presente subcritério.

3.Critério b 2 – Oferta de serviços de programas que contribuam para a produção de obras europeias

Fig. 5 – Níveis de referência para avaliação do critério b 2

Critério	Peso	NEUTRO	BOM
<i>b 2</i> - Oferta de serviços de programas que contribuam para a produção de obras europeias.	20%	Oferta de um serviço de programas composto maioritariamente (50%) por obras europeias.	Oferta de um serviço de programas composto em mais de 2/3 de obras europeias.

3.1. Airplus TV

Considera a concorrente Airplus que, no âmbito do critério b2, “a ERC atribui especial relevância à efectiva previsão de difusão de obras europeias propostos pelas concorrentes, violando (...) os critérios de avaliação das candidaturas neste critério que constavam do Regulamento do Concurso e dos esclarecimentos prestados pelo ICP-ANACOM / ERC na fase de apresentação de propostas” – ponto 3.2., pgs. 117-118 da Resposta ao Relatório de Análise e apreciação das Candidaturas.

Sublinha não poder a apreciação relativa à oferta de serviços que contribuam para a produção de obras europeias cingir-se à atribuição de relevância à difusão de obras europeias, aspecto que inclusive e como foi referido nos mencionados esclarecimentos, não poderia constituir objecto de avaliação autónoma.

Apreciação

Conforme se referiu em esclarecimento prestado na fase de apresentação das propostas, “o critério em exame não se bastará com a oferta de serviços de programas centrados *tout court* na difusão de obras europeias, antes exigindo algum tipo de contributo relevante associado à produção destas”. Podendo essa contribuição assumir diferentes modalidades, tais como, designadamente, o financiamento directo, a co-produção ou a aquisição antecipada de direitos, etc.

Ora, foi este o critério observado e a ponderação feita, com resultado na classificação atribuída.

A inclusão de percentagens de conteúdos a difundir, nos níveis de referência *neutro* e *bom* em nada contraria o critério da oferta de serviços de programas que contribuam para a produção de obras europeias; trata-se de assegurar que as propostas que identifiquem

contributos para a produção audiovisual os façam reflectir no termo da cadeia de valor da actividade de televisão, ou seja, na sua transmissão.

A difusão não é, assim, valorizada autonomamente e por si mesma, mas apenas na medida em que os conteúdos propostos nos serviços de programas, e, portanto, na fase de difusão, sejam resultado directo de um contributo declarado e executado em matéria de produção de obras europeias, ou seja, e na definição constante da alínea d), do nº 1, do artigo 2º da Lei da Televisão a produção cinematográfica ou áudio-visual que reúna os requisitos fixados no artigo 6º da Directiva nº 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pela Directiva nº 97/36/CE, do Parlamento e do Conselho, de 30 de Junho”.³.

Não há, portanto, inovação ou contradição na concepção e aplicação dos níveis de referência inscritos sob o critério b.2.

A concorrente contesta a classificação obtida no presente subcritério nos termos e com os seguintes fundamentos:

- i) Alega a ausência de análise conjugada, por parte da ERC, dos capítulos da sua proposta correspondentes ao “Plano Económico-Financeiro” e à “Composição da oferta televisiva” – cfr. pgs. 118-119 da RAAC-*b*;
- ii) Mais invoca o conteúdo da sua proposta relativamente a “...dois canais com particular enfoque na cultura europeia... (...)”, a saber os canais 2 e 14 do Pacote Básico Plus, cuja descrição refere “particular dedicação a produção europeia” e “canal de cultura europeia”, respectivamente – cfr. ponto 3.2, pg. 119 da RAAC-*b*;

³ Ainda no decurso do ano de 2007, e já após a entrada em vigor da Lei da Televisão, a Directiva 89/552/CEE foi alterada pela Directiva 2007/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007.

- iii)** Previsão de apoios aos operadores de televisão e criação de conteúdos, nomeadamente (i) desenvolvimento e financiamento de conteúdos; selecção e agregação de conteúdos de operadores estabelecidos; (iii) negociação e financiamento de direitos sobre conteúdos; (iv) prolongamento dos direitos detidos pelos operadores de televisão nacionais a operar em regime de acesso livre, sendo o objectivo a optimização do valor desses direitos e sua utilização na criação de canais *spin-off* temáticos; (v) desenvolvimento de pacotes diferenciados, tendo como foco principal o Pacote Básico (disponibilizado em todo o território nacional) cfr. pg. 119 da RAAC-*b*;
- iv)** Referência, no Plano Económico-Financeiro da proposta, ao objectivo da Airplus de “...definição e estabelecimento de acordos para a distribuição de conteúdos exclusivos através de TDT por subscrição com os principais operadores de televisão nacionais e internacionais – cfr. pg. 120 da RAAC-*b*;
- v)** Referência, na pg. 113 do Capítulo III do Plano Económico-Financeiro , “...à oferta de uma taxa comercial variável aos operadores de televisão... (...) ...a efectuar após o lançamento dos 16 novos canais nacionais exclusivos para a TDT...(...)... que permitirá assegurar a dedicação e contribuição dos operadores de televisão na criação contínua de novos e apelativos conteúdos que podem ser complementares às suas emissões de televisão de acesso não condicionado livre – cfr. pg. 120 da RAAC-*b*;
- vi)** Previsão, ainda em sede do plano económico-financeiro, de um valor mínimo anual fixo de 4,5 milhões de euros a atribuir aos operadores de televisão nacionais para a produção dos 16 novos canais nacionais (oito de cobertura nacional e oito de cobertura regional) – cfr. pg. 120 da Resposta.

Concluindo, em face do exposto, e uma vez que os operadores subsidiados pela Airplus TV produzirão ou farão produzir conteúdos portugueses (e logo europeus) por a tal estarem obrigados, designadamente em face do disposto no artigo 45º da Lei

da Televisão, ser “evidente que a proposta da Airplus TV incorpora um relevante contributo financeiro para a produção de conteúdos europeus” - cfr. pg. 121 da Resposta.

Finalmente, na causa de pedir da revisão da classificação do critério b. 2 a Airplus refere um tratamento desigual das duas candidaturas a concurso por não lhe ter sido dirigido o pedido de esclarecimento que foi enviado à PTC, conduta que considera violadora do princípio da igualdade de tratamento das candidaturas.

O enunciado da Airplus TV em matéria do pedido de revisão da classificação atribuída no critério b.2 é verdadeiramente inovador relativamente às peças apresentadas a concurso e que vinculam a apreciação das candidaturas pelo que, naturalmente, é insusceptível de ser, sequer, apreciado.

Na verdade, e tal como já se referiu na contestação à classificação do critério b.1, não foi considerada “a promoção da criação de 16 novos canais nacionais” ali, como não o será aqui, pelo simples facto de essa informação não constar de nenhuma das partes da proposta apresentada a concurso pelo candidato, nomeadamente, acrescente-se, naquela que seria a sede de demonstração de tal desiderato – a composição da oferta televisiva.

O conjunto de declarações, reproduzidas nas alíneas *i) a vi)* do ponto agora em análise, não se encontram, em parte alguma da proposta, demonstradas, não bastando, em sede de audiência prévia, destacar extractos de diferentes partes da proposta, criar com eles uma nova proposta e reclamar, perante ela, uma nova classificação.

Como pode a Airplus TV vir afirmar que aquilo que considerou como canais nacionais nos seus pacotes (coluna relativa ao alinhamento, por contraposição a internacional) e que exemplificou sempre com canais já existentes, como seja RTP1,

RTP Memória, SIC, TVI, SIC Mulher, SIC Radical, Sport TV⁴, são, afinal, novos canais?

A Airplus TV não integrou na sua oferta **16 novos canais nacionais**, a emergir desta plataforma, como se constata de todo o conteúdo do Capítulo IV – Composição da Oferta Televisiva, questão que prejudica liminarmente os investimentos agora referenciados como sendo dirigidos a tais canais.

Mas, ainda que se admitisse que tal enunciado constava da proposta relativa à oferta televisiva, a procura da sua sustentação ao nível do Plano Económico-Financeiro seria, mais uma vez, frustrada pelas declarações não concretizadas e, mais que isso, contraditórias, si encontradas ao longo deste documento da concorrente.

Senão, veja-se, a título meramente exemplificativo:

- (i) Na descrição do modelo de negócio, sob o ponto A.6, pg.19, os canais indicados são representados pela alusão à Media Capital e à SIC “...entre outros...” não identificados;
- (ii) Na mesma página, e ainda sobre o modelo de negócio, refere a Airplus TV a “...definição e estabelecimento de acordos para distribuição de conteúdos exclusivos através de TDT com os principais operadores nacionais e internacionais”.
- (iii) “Criação contínua de novos e apelativos conteúdos pelos operadores de televisão...” pg. 22;
- (iv) “...Financiamento acumulado de 6,7 milhões de euros de forma a estimular os operadores de televisão na criação de conteúdos de qualidade para os novos canais...” – pg.23;
- (v) Relativamente ao ponto da atractividade dos conteúdos a Airplus TV diz que “...será disponibilizada uma programação muito atractiva e de grande qualidade para

⁴ Com excepção de um canal nacional a que imputou conteúdos de telenovelas, com percentagem superior a 80% em língua portuguesa e que se entendeu constituir um novo canal como resulta da avaliação efectuada sob o critério b.3.

toda a família o que será garantido através de uma selecção criteriosa dos conteúdos mais populares dos diversos operadores.” – pg. 109;

(vi) “A Airplus Television Portugal SA, oferece aos operadores de televisão uma garantia financeira mínima. A Airplus Television Portugal SA, considera esta garantia aos operadores de televisão um factor essencial do seu negócio de forma a conseguir maior qualidade e quantidade de canais.” – pg. 155;

(vii) Quanto ao impacto do projecto ao nível da actividade económica, ainda sob o capítulo do Plano Económico-Financeiro – pg. 184 - Airplus TV toma como pressuposto o estabelecimento de parcerias com os actuais operadores nacionais de televisão portugueses “...de forma a valorizar os conteúdos transmitidos nos seus canais, que se preferem produzidos localmente...” .;

(viii) Mais refere, finalmente, a “...criação de um novo canal para a colocação e difusão dos seus produtos.”

Percorrido o Plano Económico-Financeiro verifica-se, claramente, que o seu conteúdo sofre, em geral, e no que ao critério em referência diz respeito, em particular, de ausência de fundamentação e explicitação adequada sobre os pressupostos associados à informação apresentada.

Olhe-se com diligência média para o que é dito sobre os canais oferecidos pela Airplus TV, que não tem (nem pretende ter) a qualidade de operador de televisão e que não demonstra a existência de acordo, pré-acordo ou compromisso com aqueles que são, no mercado nacional, operadores de televisão, e procure-se concluir sobre se:

- São canais novos (?);
- São canais já existentes (?);
- São aquisições de conteúdos de canais de acesso livre para a plataforma Pay TV (?);
- São contributos para a produção de conteúdos dos canais já existentes (?);

E sobre todas estas, entre outras, possibilidades, que constituem a sua proposta e relativamente às quais não tomou posição clara em sede do plano económico-financeiro, e simplesmente não referiu em sede da composição da oferta televisiva, pretende, agora, a concorrente, reclamar pela não valorização de 16 novos canais nacionais a realizar através de terceiros operadores de televisão sobre cujas posições não é trazida à proposta uma única referência!

Resta, assim, retomando a resposta sobre o critério b.2, dois canais (2 e 14) do Pacote Básico Plus que integram, na sua descrição (Capítulo IV – Composição da Oferta Televisiva, ponto 4.2.3, pg. 21) uma alusão a conteúdos de produção europeia, sendo que o canal 14 está referenciado como Internacional com exemplo indicado pela concorrente nos serviços de programas Arte, Mezzo e Performance, e o canal 2 refere, a par de filmes de culto e filmes alternativos, particular dedicação a produção europeia. Não existe, no entanto, referência aos conteúdos a difundir nesse canal que resultam directamente do contributo para a sua produção. Porque, na verdade, e como acima se demonstrou, a concorrente não estabelece onexo causal entre o conjunto de contributos que enuncia no Plano Económico-Financeiro e a oferta de pacotes que faz na sua composição televisiva.

E não se trata de matéria susceptível de ser objecto de pedido de esclarecimentos, dado que, avançando em todas as direcções, mesmo naquelas que se anulam mutuamente, a proposta demonstra inconsistência e falta de fiabilidade.

Por isso desde já se afirma, quanto à alegada desigualdade no tratamento das candidaturas, sustentada no facto de ter sido dirigido à PTC um pedido de esclarecimento, em matéria de avaliação do critério b.2, para efeitos de determinação quantitativa do conceito *elevada preponderância de conteúdos europeus dos seus três novos canais nacionais* (a cujo projecto e execução se vinculou na qualidade de operador de televisão, pelos seus meios) que é princípio fundamental e enformador do processo, pela natureza de concurso público, que os pedidos de esclarecimento sejam feitos sobre matérias cujo conteúdo substantivo está contido e suficientemente demonstrado na

proposta, sob pena de com o esclarecimento poderem ser adicionadas, de modo ilegítimo, novas matérias às propostas dos oponentes.

E na observância deste princípio e de acordo com tudo o que se deixou referido quanto à proposta da Airplus, resulta a fundamentação da posição da Comissão: a inadmissibilidade de pedido de esclarecimento à Airplus dada a total ausência de indicadores consistentes, demonstrados e credíveis susceptíveis de ser integrados na apreciação deste critério.

Do exposto resulta reiterada a conclusão do RAAC-*b* no sentido da inexistência de elementos que preencham as exigências do critério b.2., mantendo-se a classificação da Airplus TV fracamente abaixo do nível de referência neutro.

4.Critério b 3 – Oferta de serviços de programas com relevante difusão de obras criativas de produção originária em língua portuguesa.

Fig. 6 – Níveis de referência para avaliação do critério b 3

Critério	Peso	NEUTRO	BOM
b 3 - Oferta de serviços de programas com relevante difusão de obras criativas de produção originária em língua portuguesa.	20%	Oferta de um serviço de programas significativamente constituído por obras criativas de produção originária em língua portuguesa, salvaguardando o mínimo legalmente exigido (n.ºs 2,3 e 4 do art. 44.º da Lei n.º 27/2007 de 30 Julho).	Oferta de um serviço de programas maioritariamente constituído por obras criativas de produção originária em língua portuguesa.

4.1 Airplus TV

A concorrente contesta a classificação obtida no presente subcritério com fundamento em erro dos pressupostos de avaliação fazendo ressurgir parte da argumentação invocada para a contestação dos resultados da classificação, a saber os 16 canais nacionais – oito de cobertura nacional e 8 de cobertura regional.

Assim, e opondo-se ao facto de neste critério apenas ter sido apreciado um serviço de programas de telenovelas em língua portuguesa, a concorrente alega “... que, bem pelo contrário, este canal é apenas um dos oito canais de cobertura nacional criados *ex novo* e sujeitos à jurisdição do Estado português que se prevê venham a fazer parte do pacote Básico, a emitir em todo o país. Acresce que, para além destes oito canais, a incluir no pacote Básico, a Airplus TV prevê, ainda, a criação de mais oito novos canais de cobertura regional, também eles a criar *ex novo*, sujeitos à jurisdição do Estado português e a integrar no pacote Básico Plus a emitir para a região litoral do continente português, mediante apoios financeiros e acordos estabelecidos com os principais Operadores de Televisão Nacionais.” – Cfr. ponto 5.78.6 , pgs. 177 a 181 da Resposta ao Relatório de Análise e Apreciação das Candidaturas.

Mais diz que a referência a canais preexistentes que faz na oferta de cada pacote”... é meramente exemplificativa, não podendo daqui inferir-se que os canais nacionais (por contraposição a internacionais) ...(...) ... se resumem à distribuição de serviços de programas já existentes noutras plataformas.”

Assim, e tal como se concluiu relativamente ao canal de telenovelas, como sendo nacional e novo, devia a Comissão ter concluído relativamente aos demais quinze canais alegadamente propostos, todos com observância dos limites mínimos de 20% de obras criativas de produção originária em língua portuguesa, previstos no nº 3 do artigo 40º da Lei da Televisão, excepto o canal de telenovelas, com esta quota fixada em 80%.

Pretende, assim a concorrente a correcção da classificação do critério b.3 de *moderadamente acima do nível de referência bom* para *fortemente acima do nível de referência bom*.

Apreciação

Ao longo da contestação feita pela Airplus TV à classificação atribuída sob o critério b foi recorrente a utilização de um argumento: os 16 canais nacionais novos, 8 de cobertura nacional e 8 de cobertura regional.

Mas é na posição assumida pela concorrente quanto à classificação do critério b. 3 que mais se evidencia a ilegitimidade e extemporaneidade do argumento.

Na verdade, é a própria concorrente que reconhece que em toda a sua proposta relativa à organização e explicitação dos serviços de programas que compõem a sua oferta televisiva nunca mencionou ou qualificou a existência de canais novos a sujeitar a processo de autorização da ERC - Entidade Reguladora para a Comunicação Social nos termos das regras de acesso à actividade televisiva previstas no artigo na alínea b), do nº 4, do artigo 13º da Lei da Televisão.

Assim, a Airplus vem dizer, como de novo se regista, que “...a referência aos canais preexistentes é meramente exemplificativa... (...) ...não podendo daqui inferir-se que os canais nacionais (por contraposição a internacionais) ...(...) ... se resumem à distribuição de serviços de programas já existentes noutras plataformas.”.

Mas o que não pode inferir-se é, de facto, aquilo que está ausente.

Ou seja, a Airplus TV não acompanhou a sua proposta relativa à composição da oferta televisiva de nenhum elemento que possibilitasse considerar 16 canais nacionais novos, antes os descreveu – da única forma positivada e, portanto, da única forma avaliada – à luz de canais nacionais já existentes, conforme resulta evidenciado das Tabelas 7, 8, 9 e

10 relativas, respectivamente, aos pacote Básico, pacote Premium Básico, pacote Básico Plus e pacote Premium.

E a apreciação e ponderação de um canal de telenovelas feita no âmbito da aplicação do critério b.3, que se classificou como nacional, decorre, neste caso particular, da afirmação de um canal cuja descrição – telenovelas em língua portuguesa, com estreias, reposições e mais de 80% de conteúdos em língua portuguesa – não correspondia a modelo preexistente e, nomeadamente, aos canais exemplificados pela concorrente (TL Novelas e RTP Memória) - pelo que se entendeu ser possível, neste caso específico e ainda que sem afirmação expressa, considerar este canal como novo.

Pelo exposto, e precisamente com base na percentagem superior a 80% de conteúdos em língua portuguesa afirmadas pela Airplus TV para o canal de telenovelas, mantém-se a classificação moderadamente acima do nível de referência bom.

4.2 PT Comunicações

A concorrente discorda da classificação do presente critério b com base em dois argumentos. Contesta, em primeiro lugar, a diferença de pontuação entre as duas propostas – Airplus TV 128,57; PTC 71,43 –, tendo como justificação “o facto de a PT Comunicações não referir a percentagem de programação em língua originária portuguesa” dos três novos canais que propõe, e a “Airplus TV referir 80% de conteúdos em português (ainda que não distinguindo entre conteúdos portugueses e brasileiros) apresentando apenas a criação de 1 novo canal.”

Em segundo lugar, considera “inaceitável” que, “tendo em conta a valorização que se pretende dar ao contributo para a produção de conteúdos em língua portuguesa, não tenha a ERC atribuído qualquer valorização ao apoio directo que a PT Comunicações se compromete assegurar no valor de € 2.000.000,00.”

Solicita, por fim, a rectificação da classificação atribuída à sua proposta no Relatório de Análise e Avaliação das Candidaturas – Critério b, na medida em que esta surge classificada como *fracamente abaixo do nível de referência bom* e como *fracamente acima do nível de referência bom*, na presunção de que a primeira referência constitui um lapso, “devendo a classificação numérica ser corrigida em conformidade.” (p. 16)

Apreciação

Atendendo à definição estabelecida no nível de referência “bom”, tal como se refere no Relatório de Análise e Avaliação das Candidaturas – Critério b, apesar de a concorrente não facultar qualquer indicador apto a aferir quantitativamente a presença de obras criativas de produção originária em Língua Portuguesa nos três novos canais que propõe, no pressuposto de que as exigências legais na difusão de obras criativas seriam satisfeitas, considerou-se lícito inferir que a proposta da concorrente se situa próxima do nível de referência “bom” aplicável ao presente critério.

Acresce ainda o facto de que, em sede de pedido de esclarecimentos às concorrentes, solicitada a clarificar quantitativamente o significado da expressão “privilegia de forma inequívoca os conteúdos em Língua Portuguesa”, associada à criação dos três novos serviços de programas referidos *supra*, a concorrente optou por indicar, apenas, o número de canais nacionais e o montante de €2.000.000 de euros destinados à produção de peças documentais e de ficção a integrarem a grelha de novos canais.

Relativamente à alegação de que o montante destinado pela concorrente para apoios à produção não foi valorizado, atente-se na apreciação do presente critério exposta no Relatório de Análise e Avaliação das Candidaturas – Critério, lá onde se afirma que a “circunstância de ambos as concorrentes referirem apoios à produção a propósito deste critério, sendo embora naturalmente importantes, tais apoios não possuem aqui, contudo, nem a relevância nem o carácter decisivo que assumem no âmbito do **critério b2**”, acrescente-se agora, sob pena de se estar classificar por duas vezes o mesmo elemento.

Face ao exposto, a solicitação de rectificação é improcedente, pelo que se mantém a classificação no critério b3, correspondente a “fracamente abaixo do nível de referência bom” e não “acima”, como, por lapso, se refere a fls. 35 do RAAC– *b*.

2. Conclusão

Analisadas as pronúncias feitas pelas concorrentes em sede de audiência prévia e a argumentação desenvolvida relativamente à concepção e observância legal dos instrumentos e metodologia de avaliação, bem como à classificação atribuída, não se reconhece haver matéria susceptível de fundamentar qualquer alteração ao projecto de decisão notificado.

Lisboa, 14 de Outubro de 2008

O Conselho Regulador

José Alberto de Azeredo Lopes
Elísio Cabral de Oliveira
Luís Gonçalves da Silva
Maria Estrela Serrano
Rui Assis Ferreira