

Warszawa, 11 grudnia 2020 r.

Orange Polska S.A.  
Aleje Jerozolimskie 160  
02-326 Warszawa  
reprezentowana przez

(adres jak wyżej)

Pan  
Jacek Oko  
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej  
ul. Giełdowa 7/9  
01-211 Warszawa

Numer: TKRR3/MC/1736/12/20

Temat: Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w sprawie DC.WAP.514.9.2020

W związku z ogłoszeniem przez Prezesa UKE w dniu 13 listopada 2020 r. konsultacji dotyczących projektu decyzji dokonującej na rzecz Polkomtel rezerwacji częstotliwości z zakresów 412,50-413,75 MHz i 422,50-423,75 MHz oraz 413,75-415,00 MHz i 423,75-425,00 MHz na kolejny okres (dalej jako „Projekt Decyzji”), Orange Polska S.A. („OPL”) przedstawia poniżej stanowisko w tej sprawie.

#### 1. Wadliwy sposób ustalenia opłaty z tytułu dokonania rezerwacji częstotliwości na kolejny okres

Jak wynika z treści Projektu Decyzji, jednorazowa opłata za dokonanie rezerwacji częstotliwości na kolejny okres została określona w pkt 7.3. na podstawie art. 185 ust. 4a Prawa telekomunikacyjnego („Pt”) w wysokości 21 582 415,92 zł.

Zgodnie z art. 185 ust. 4a Pt, podmiot na rzecz którego dokonano rezerwacji częstotliwości na kolejny okres w drodze postępowania, o którym mowa w art. 116 ust. 8 Pt, uiszcza jednorazową opłatę w kwocie stanowiącej iloczyn:

1) wartości częstotliwości o szerokości 1 MHz dla takiego samego obszaru i wykorzystywania częstotliwości, uzyskanej w wyniku przeprowadzenia ostatniego przetargu, aukcji albo konkursu na rezerwację częstotliwości z danego zakresu częstotliwości;

2) ilości MHz objętych rezerwacją częstotliwości na kolejny okres;

oraz

3) średniorocznych wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, za okres od roku, w którym przeprowadzono ostatni przetarg, aukcję albo konkurs na rezerwację częstotliwości, o których mowa w pkt 1, do roku poprzedzającego rok, w którym złożono wniosek o dokonanie rezerwacji częstotliwości na kolejny okres.

Ograniczając się do kryterium przewidzianego w art. 185 ust. 4a pkt 1 Pt, z Projektu Decyzji wynika, że Prezes UKE wziął pod uwagę *Przetarg na rezerwację dwóch duplexowych kanałów radiowych z zakresu 410 – 430 MHz, na obszarze całego kraju, w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lądowej, z przeznaczeniem dla cyfrowej ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej typu dyspozytorskiego* zakończony w 2006 r., tj. przetarg na podstawie którego przyznano Nordisk sp. z o.o. zakres częstotliwości będący przedmiotem postępowania o dokonanie rezerwacji na kolejny okres, którego dotyczy Projekt Decyzji.

Taki sposób określenia opłaty uznać należy za wadliwy z punktu widzenia brzmienia art. 185 ust. 4a pkt 1 Pt, który odnosi się do „wartości częstotliwości o szerokości 1 MHz dla takiego samego obszaru i wykorzystywania częstotliwości, uzyskanej w wyniku przeprowadzenia ostatniego przetargu, aukcji albo konkursu na rezerwację częstotliwości z danego zakresu częstotliwości”.

W literaturze w odniesieniu do powyższego kryterium wskazuje się, że: „Wymagane jest ponadto takie samo wykorzystywanie częstotliwości, czyli zasadnicze przeznaczenie i warunki korzystania z częstotliwości (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. 4, uwagi do art. 185, Legalis).

W tym kontekście należy wskazać, że sposób wykorzystywania częstotliwości zmienił się stosunku do pierwotnego sposobu określonego w decyzji Prezesa UKE nr DZC-WRL-5174-5/06 (2) z dnia 25 maja 2006 r. dokonującej rezerwacji (dalej „Rezerwacja 2006”) w trakcie jej wykorzystywania przez dysponenta.

Zgodnie bowiem z Decyzją Prezesa UKE nr DZC.WAP.514.47.2016.12 z dnia 13 października 2016 r. (dalej „Zmiana Rezerwacji 2016”), po rozpatrzeniu wniosku Nordisk, Prezes UKE dokonał zmiany Rezerwacji 2006, umożliwiając wykorzystywanie częstotliwości objętych rezerwacją częstotliwości zarówno w służbie ruchomej, jak i w służbie stałej, bez ograniczenia dotyczącego rodzaju sieci wykorzystujących częstotliwości do sieci dyspozytorskich.

Zmieniony w stosunku do Rezerwacji 2006 sposób wykorzystywania częstotliwości jest również przewidziany w konsultowanym Projekcie decyzji. Zgodnie bowiem z pkt 2 sentencji Projektu Decyzji „Częstotliwości objęte rezerwacją będą wykorzystywane do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie ruchomej lub stałej”.

Rozstrzygnięcie:	Rezerwacja 2006	Zmiana Rezerwacji 2016	Projekt decyzji 2020
Określony sposób wykorzystywania częstotliwości	<i>Wymienione częstotliwości wykorzystywane będą w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej, lądowej, w cyfrowej ruchomej publicznej sieci telekomunikacyjnej typu dyspozytorskiego</i>	<i>Wymienione częstotliwości wykorzystywane będą w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej <u>lub stałej</u>, w publicznej sieci telekomunikacyjnej</i>	<i>Częstotliwości objęte rezerwacją będą wykorzystywane do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie ruchomej <u>lub stałej</u></i>

Wprowadzonej w 2016 r. w stosunku do pierwotnej Rezerwacji 2006 zmiany sposobu wykorzystania częstotliwości polegającej na rozszerzeniu możliwości jej wykorzystania w innych służbach nie można uznać za nieznaczącej z punktu widzenia zarówno technicznych możliwości wykorzystania omawianych częstotliwości. Zmiana ta przekłada się również w sposób oczywisty na zwiększenie wartości finansowej zarezerwowanego pasma. Co istotne, jak wynika z treści Zmiany Rezerwacji 2016:

- Nordisk uzasadniała złożenie wniosku w wyniku którego Prezes UKE dokonał finalnie Zmiany Rezerwacji 2016, wskazując że wnioskowane zmiany są niezbędne do zapewnienia Nordisk „rzeczywistej możliwości skorzystania przez Spółkę z neutralności technologicznej i usługowej”
- Prezes UKE wprost wskazał w Zmianie Rezerwacji 2016: „Wskazać należy, że Zmiana 1 Rezerwacji dotyczy możliwości wykorzystywania częstotliwości objętych Rezerwacją zarówno w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej, jak i stałej” oraz „w związku z rozwojem technologii, umożliwiającym wykorzystywanie częstotliwości dla świadczenia usług telekomunikacyjnych o zróżnicowanej charakterystyce, odpowiadających na zmieniające się potrzeby ich użytkowników w ramach rozwoju społeczeństwa informacyjnego, zasadnym jest dokonanie zmiany Rezerwacji uwzględniając neutralność technologiczną. Jednocześnie Prezes UKE uznał, że powyższa Zmiana 1 Rezerwacji dokonana niniejszą decyzją, niewątpliwie pozwoli Nordisk na bardziej efektywne planowanie sieci i jej wykorzystanie”.

Powyższe oznacza, że wzięty jako podstawa dla ustalenia w Projekcie Decyzji opłaty z tytułu dokonania rezerwacji częstotliwości na kolejny okres przetarg z 2006 r., w wyniku którego wydana została Rezerwacja 2006 r., nie jest przetargiem, który dotyczy „takiego samego wykorzystywania częstotliwości”, o którym mowa w art. 185 ust. 4a pkt 1 Pt. Okoliczność ta przesądza o tym, że dla ustalenia opłaty z tytułu dokonania rezerwacji częstotliwości na kolejny okres dla częstotliwości o zmienionym (poszerzonym) sposobie wykorzystywania nie może mieć zastosowania art. 185 ust. 4a Pt, z uwagi na niespełnienie kryterium przewidzianego w pkt 1 tego przepisu.

Niezwykle istotne w tym kontekście jest także wyeliminowanie ograniczenia sposobu wykorzystywania częstotliwości wyłącznie do sieci dyspozytorskich. Sposób funkcjonowania takich sieci, pomimo rozbudowanych funkcji służących scentralizowanej komunikacji za pośrednictwem dyspozytora, nie pozwala na świadczenie usług, który byłyby substytucyjne wobec szerokiego spektrum usług mobilnych, świadczonych na podstawie rezerwacji zmienionej w 2016 r. i obecnie planowanej do odnowienia na podstawie Projektu decyzji.

Przy tak istotnej zmianie, polegającej na daleko idącym rozszerzeniu możliwości funkcjonalnych pasma, Prezes UKE nie ma możliwości skorzystania z podstawowego sposobu wyliczenia opłaty, przewidzianego w art. 185 ust. 4a Pt (w oparciu o ostatni przetarg), a powinien zastosować alternatywny sposób ustalenia opłaty przewidziany w art. 185 ust. 4c Pt, w oparciu o opinię biegłego lub biegłych w przedmiocie wartości rynkowej częstotliwości.

Powyższe znajduje jednoznaczne potwierdzenie także w literaturze, gdzie wskazuje się, że „Ponieważ jednak podstawowy sposób wyliczenia wysokości opłaty można zastosować tylko w przypadku, gdy spełnione są

wszystkie warunki określone w ust. 4a pkt 1, to jeżeli którykolwiek z tych warunków nie został spełniony Prezes UKE powinien ustalić opłatę na podstawie ust. 4c." (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, wyd. 4, uwagi do art. 185, Legalis).

Okoliczności te stanowią że ewentualna decyzja dokonująca na rzecz Polkomtel rezerwacji częstotliwości na kolejny okres, o ile zostanie wydana w przedstawionym w tym zakresie do konsultacji brzmieniu, będzie decyzją wadliwą pod względem prawnym (wydana z rażącym naruszeniem prawa) i jako taka obarczona sankcją nieważności (art. 156 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego).

## 2. Zwiększona wartość rynkowa częstotliwości związana z dokonaną w 2016 r. zmianą sposobu ich wykorzystywania, potwierdzoną także w Projekcie Decyzji

Należy podkreślić, że zmiana sposobu wykorzystywania częstotliwości, których dotyczy Projekt Decyzji ma znaczenie nie tylko formalno-prawne (brak możliwości skorzystania z metody wyliczenia opłaty przewidzianej w art. 185 ust. 4a Pt), ale również faktyczne – związane z wysokością opłaty z tytułu udzielenia rezerwacji na kolejny okres. Skoro w wyniku Zmiany Rezerwacji 2016, nastąpiło zwiększenie faktycznej możliwości wykorzystywania częstotliwości, niewątpliwie nastąpiło też zwiększenie „wartości rynkowej tych częstotliwości”, w stosunku do pierwotnej rezerwacji z 2006 r. Spełniona została zatem przesłanka ustalenia opłaty przewidzianego w art. 185 ust. 4c Pt, a więc na bazie opinii biegłego lub biegłych. Oznacza to, że określona w pkt 7.3. sentencji Projektu Decyzji wysokość jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji częstotliwości na kolejny nie tylko została określona w nieprawidłowym trybie, ale również w zaniżonej wysokości nieodpowiadającej jej faktycznej (zwiększonej) wartości rynkowej związanej ze zwiększonymi możliwościami wykorzystywania częstotliwości.

## 3. Zaniżona wartość opłaty z tytułu dokonania rezerwacji na kolejny okres w porównaniu ze stosowanymi w ostatnich przez Prezesa UKE wycenami dla zbliżonego zakresu 450 MHz

W kontekście przewidzianej w Projekcie Decyzji wysokości opłaty z tytułu dokonania na rzecz Polkomtel rezerwacji częstotliwości z zakresu 420 MHz na kolejny okres, nie sposób pominąć również kwestii wycen pasma ze zbliżonego zakresu i o analogicznych właściwościach technicznych, tj. pasma 450 MHz, które stosował Prezes UKE w swoich rozstrzygnięciach/projektach dokumentacji przetargowych w ostatnich latach, a mianowicie:

- decyzji Prezesa UKE z dnia 13 stycznia 2017 r. o dokonaniu na rzecz OPL rezerwacji częstotliwości z zakresu 452,5125 - 457,0125 MHz oraz 462,5125 - 467,0125 MHz (pasmo 450 MHz) na kolejny okres (15 lat), w której opłata z tego tytułu została ustalona na poziomie 115 463 920 zł<sup>1</sup> za łącznie 9 MHz widma (czyli ok. 12,83 mln zł / 1 MHz);

<sup>1</sup> <https://archiwum.uke.gov.pl/pasmo-450-mhz-ponownie-dostepne-21611>

- ogłoszonych przez Prezesa UKE konsultacji przetargu na rezerwację zwolnionego zakresu częstotliwości z pasma 450 MHz z kwietnia 2017 r.<sup>2</sup>, w którym minimalna wysokość deklarowanej kwoty za rezerwację została określona na poziomie 56,35 mln zł za łącznie 9 MHz widma (czyli ok. 6,26 mln zł / 1 MHz), która to kwota wg Prezesa UKE „wskazana została przez biegłego jako najniższy z trzech wariantów wyceny częstotliwości z pasma 450 MHz, oparty na wycenie bezpośredniej wartości tego pasma”;
- ogłoszonych przez Prezesa UKE w styczniu 2018 r.<sup>3</sup> drugiej konsultacji na rezerwację zwolnionego zakresu częstotliwości z pasma 450 MHz, w którym minimalna wysokość deklarowanej kwoty za rezerwację została określona również na poziomie 56,35 mln zł za poszerzony do łącznie 10 MHz zakres widma (czyli ok. 5,63 mln zł / 1 MHz) – z analogicznym jak wyżej przywołane uzasadnieniem.

Powyższe wartości w sposób jednoznaczny wskazują, że przyjęta w Projekcie Decyzji opłata za odnowienie rezerwacji w kwocie 21 582 415,92 zł dla zasobu obejmującego łącznie 5 MHz widma (czyli ok. 4,32 mln zł / 1 MHz) jest w sposób znaczący zaniżona w stosunku do przyjmowanych wcześniej przez Prezesa UKE dla zbliżonego zasobu 450 MHz. Pamiętać przy tym należy, że od czasu powyższych wycen dla pasma 450 MHz upłynęło 3-4 lata, co najprawdopodobniej znalazłoby odzwierciedlenie w aktualizowanej na chwilę obecną wycenie.

Reasumując, w ocenie Orange Polska S.A. w Projekcie Decyzji w sposób wadliwy ustalona została opłata z tytułu dokonania rezerwacji na kolejny okres. W sposób nieprawidłowy zastosowany został art. 185 ust. 4a Pt poprzez pominięcie okoliczności, że w przedmiotowym przypadku udzielenia rezerwacji na kolejny okres nie możemy mówić o „*takim samym wykorzystywaniu częstotliwości*” jak określonym w pierwotnej rezerwacji. W konsekwencji, decyzja wydana w konsultowanym kształcie będzie decyzją wydaną z rażącym naruszeniem prawa. Ponadto, stosowane w ostatnich latach przez Prezesa UKE wyceny dla zbliżonego zakresu 450 MHz wskazują jednoznacznie, że w przypadku zastosowania przez Prezesa UKE prawidłowego w zaistniałym stanie faktycznym trybu ustalenia opłaty z tytułu udzielenia rezerwacji na kolejny okres (na podstawie opinii biegłego) jej wysokość byłaby znacząco wyższa niż określona w Projekcie Decyzji w wadliwym trybie.

radca prawny

Załącznik:

- opłacone pełnomocnictwo

<sup>2</sup> <https://archiwum.uke.gov.pl/rozpoczecie-konsultacji-przetargu-na-rezerwacje-czestotliwosci-z-pasma-450-mhz-21763>

<sup>3</sup> <https://uke.gov.pl/akt/rozpoczecie-drugiej-rundy-konsultacji-przetargu-na-rezerwacje-czestotliwosci-z-pasma-450-mhz.49.html>

