

Szanowny Pan
Dr inż. Jacek Oko
Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej
ul. Giełdowa 7/9, Warszawa

Dotyczy:
Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w sprawie DC.WAP.514.14.2021

**STNOWISKO KONSULTACYJNE POLKOMTEL SPÓŁKI Z O.O.
WOBEC PROJEKTU DECYZJI PREZESA UKE
O ODNOWIENIU REZERWACJI CZĘSTOTLIWOŚCI
Z ZAKRESÓW 1950,1-1964,9 MHz i 2140,1-2154,9 MHz**

W związku z opublikowaniem w dniu 21 kwietnia 2022 r. projektu decyzji Prezesa UKE w sprawie rezerwacji na kolejny okres na rzecz Polkomtel Sp. z o.o. (dalej „Polkomtel” lub „Spółka”) częstotliwości z zakresów 1950,1-1964,9 MHz i 2140,1-2154,9 MHz (dalej „Projekt Decyzji”) oraz prowadzonym w tym zakresie postępowaniem konsultacyjnym Polkomtel przedstawia stanowisko dotyczące rzeczzonego Projektu Decyzji.

Polkomtel z aprobatą przyjmuje treść Projektu Decyzji w zakresie rozstrzygnięcia o udzieleniu na kolejny okres na rzecz Spółki rezerwacji częstotliwości z zakresu 1950,1-1964,9 MHz i 2140,1-2154,9 MHz oraz warunków ich wykorzystywania, które stanowią co do zasady odzwierciedlenie warunków przewidzianych w aktualnie obowiązującej Polkomtel decyzji rezerwacyjnej, a także warunków technicznych korzystania z częstotliwości ujętych w załączniku.

Spółka zgłasza jednak zastrzeżenie dotyczące wysokości opłaty za udzielenie rezerwacji na kolejny okres, wskazując, iż opłata ta **powinna wynosić 351 528 990,48 zł**, a nie – jak wskazano w Projekcie Decyzji – 403 384 560,90 zł.

Jak Prezes UKE słusznie zauważa w Projekcie Decyzji, podstawę prawną ustalenia wysokości opłaty z tytułu udzielenia rezerwacji częstotliwości na kolejny okres stanowi art. 185 ust. 4a i 4aa ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (dalej „Ptt”) w następującym brzmieniu:

Podmiot na rzecz którego dokonano rezerwacji częstotliwości na kolejny okres w drodze postępowania, o którym mowa w art. 116 ust. 8, uiszcza jednorazową opłatę za dokonanie rezerwacji częstotliwości na kolejny okres 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.*

4aa. W przypadku dokonania rezerwacji częstotliwości na kolejny okres, inny niż okres, na który wydano rezerwację częstotliwości, o których mowa w ust. 4a pkt 1, opłatę określa się proporcjonalnie do okresu, na jaki dokonywana jest ta rezerwacja częstotliwości.

Już w tym miejscu wskazać należy, iż art. 185 ust. 4a Pt nie odnosi się do decyzji rezerwacyjnej udzielonej po przetargu, aukcji lub konkursie na rezerwację częstotliwości, lecz do „**wartości częstotliwości (...)** uzyskanej w wyniku przeprowadzenia ostatniego przetargu, aukcji albo konkursu na rezerwację częstotliwości z danego zakresu częstotliwości”.

Podążając za powyższym przepisem, Organ w projekcie Decyzji przedstawił następujące wyjaśnienia:

- „Prezes UKE ustalając wysokość jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji na kolejny okres wziął pod uwagę, że:

- 1) ostatni przetarg na częstotliwości z zakresu 2100 MHz został zakończony w 2005 r.;*
- 2) po przeprowadzeniu przetargu decyzją z dnia 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18) Prezes UKE, mając na uwadze wyniki przetargu, dokonał na rzecz P4 rezerwacji częstotliwości z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz, na obszarze całego kraju na okres od dnia 16 listopada 2007 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. (tj. okres wynoszący 5525 dni);*
- 3) jednorazowa opłata za dokonanie rezerwacji obejmującej łącznie 34,6 MHz widma wyniosła 345 050 000 zł, co oznacza, że średnia wartość 1 MHz w przetargu wyniosła 9 972 543,35 zł;*
- 4) Wniosek złożony został w 2021 r., a więc okres, o którym mowa w art. 185 ust. 4a pkt 3 PT, czyli okres, za który należy uwzględnić średnioroczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem obejmuje okres od 2005 r. do 2020 r.”;*

- określił, jakie były średnioroczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w latach 2005-2020 oraz wskazał, iż:

- „okres, na jaki zostanie udzielona rezerwacja, to okres od dnia 2 stycznia 2023 r. do dnia 31 grudnia 2037 r. (tj. okres wynoszący 5478 dni)”.

Ponadto Organ stwierdził, iż:

„Po dokonaniu powyższych ustaleń Prezes UKE, mając na uwadze, że okres obowiązywania rezerwacji udzielonej po ostatnim przetargu i okres obowiązywania Rezerwacji są różne, ustalił, że wartość 1 MHz w stosunku do opłaty jednorazowej za rezerwację udzieloną po ostatni przetargu, w przeliczeniu na 1 dzień jej obowiązywania wynosiła 1 804,99 zł (słownie: tysiąc osiemset cztery złote dziewięćdziesiąt dziewięć groszy).”

- i to właśnie tę wartość kwestionuje Polkomtel, co zostanie szerzej wyjaśnione w niniejszym stanowisku.

W dalszej kolejności Prezes UKE w Projekcie Decyzji przedstawił działanie matematyczne, uwzględniające ową zawyżoną „dzienną wartość” 1 MHz (tj. 1 804,99 zł), obrazujące wyliczenie opłaty za udzielenie dla Polkomtel rezerwacji częstotliwości na kolejny okres na kwotę 403 384 560,90 zł.

Należy zgodzić się z Prezesem UKE, iż adekwatnym dla wyliczeń opłaty jednorazowej z tytułu udzielenia na rzecz Polkomtel na kolejny okres rezerwacji z zakresów 1950,1-1964,9 MHz i 2140,1-2154,9 MHz jest przetarg ogłoszony w lutym 2005 r., dotyczący częstotliwości z zakresów 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz. Prezes UKE oczywiście słusznie wskazuje, że opłata jednorazowa za udzielenie rezerwacji częstotliwości w związku z tym przetargiem wynosiła 345 050 000 zł., czyli średnio 9 972 543,35 zł. za 1 MHz.

Organ niesłusznie natomiast przyjmuje, że rezerwacja częstotliwości z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz po przetargu zakończonym w 2005 r. udzielona została na 5525 dni (czego wprawdzie wprost nie wskazuje w Projekcie Decyzji, jednak liczba ta stanowi wypadkową przedstawionych przez Organ założeń i owego działania matematycznego).

Taka liczba dni (tj. 5525) wynika bowiem z okresu obowiązywania decyzji Prezesa UKE z dnia 16 listopada 2007 r., nr DZC-WDO-5174-16/05(18) (dalej „**Decyzja 2007**”), podczas gdy decyzją, na mocy której udzielona została rezerwacja częstotliwości po rzeczonym przetargu, była **decyzja Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty z dnia 23 sierpnia 2005 r.**, Nr DZC-WDO-5174-16/05(18) (dalej „**Decyzja 2005**”).

To właśnie w oparciu o Decyzję 2005 Prezes UKE powinien był prawidłowo określić liczbę dni, na jaką doszło do zarezerwowania częstotliwości w paśmie 2100 MHz po przetargu przeprowadzonym w 2005 r. i bazując na tej liczbie dni, oszacować prawidłowo „dzienną wartość” 1 MHz tej częstotliwości.

Zdaniem Polkomtel, posłużenie się przez Organ terminem wydania Decyzji 2007 jako początkowym dla dysponowania częstotliwościami w paśmie 2100 MHz objętymi tą decyzją jest wadliwe z kilku względów, a zwłaszcza:

- 1) Jak już była mowa na wstępie, art. 185 ust. 4a Pt w ogóle nie wiąże wysokości opłaty za udzielenie rezerwacji częstotliwości na kolejny okres z jakąkolwiek poprzednią decyzją rezerwacyjną, lecz z wartością „uzyskaną w wyniku ostatniego przetargu, aukcji albo konkursu na rezerwacje z danego zakresu częstotliwości”, co nakazuje, by „oderwać” tę wartość od decyzji rezerwacyjnej.

Wartość ta znana jest bowiem Organowi w związku z samym ogłoszeniem wyników przetargu, aukcji lub konkursu – w omawianym przypadku wyniosła ona 345 050 000 zł. Kwota ta wynikała ze zobowiązania przetargowego wyrażonego w ofercie przetargowej spółki Netia Mobile Sp. z o.o. (następnie P4 Sp. z o.o.), która została podmiotem wyłonionym w przetargu. Tym samym Prezes URTiP, wydając decyzję rezerwacyjną po ogłoszeniu wyników przetargu (Decyzję 2005), był związany tak wyrażoną kwotą, czego aktualnie Prezes UKE nie kwestionuje w Projekcie Decyzji.

W decyzji administracyjnej w sprawie rezerwacji częstotliwości dla podmiotu wyłonionego jedynie inkorporowano zobowiązanie przetargowe do uiszczenia określonej w ten sposób kwoty tak, by uzyskała ona charakter zobowiązania podlegającego egzekucji administracyjnej. Prezes URTiP w decyzji rezerwacyjnej nie prowadził żadnych ustaleń dotyczących wysokości opłaty jednorazowej poza odwołaniem się do wyników przetargu.

- 2) Nie ulega wątpliwości, iż na mocy Decyzji 2005 Netia Mobile Sp. z o.o. uzyskała rezerwację częstotliwości z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz. Decyzja ta weszła do obrotu prawnego z chwilą jej wydania (podpisania przez piastuna organu); była wykonywana przez jej adresata (Netia Mobile Sp. z o.o. – następnie P4 Sp. z o.o.), w szczególności uiszczona została opłata jednorazowa za udzielenie rezerwacji częstotliwości, uiszczane były opłaty roczne za prawo do ich wykorzystywania, udzielane były temu podmiotowi pozwolenia radiowe.

Zgodnie z brzmieniem Decyzji 2005, rezerwacja została udzielona do dnia 31 grudnia 2022 r., a więc na **okres 6340 dni** (23 sierpnia 2005 r. – 31 grudnia 2022 r.).

- 3) Uchylenie Decyzji 2005 r., dokonane decyzją Prezesa UKE z dnia 16 listopada 2007 r., Nr DZC-WAP-5174-21/05(23), wydaną w trybie tzw. samokontroli (dalej „**Decyzja Uchylająca**”) oraz jednoczesne wydanie w jej miejsce Decyzji 2007, nie wpłynęło na skutki prawne i faktyczne, jakie wywołała Decyzja 2005 do momentu jej uchylenia. W szczególności nie pozbawiało ono podstawy do dysponowania przez Netię Mobile Sp. z o.o. (a następnie przez P4 Sp. z o.o.) częstotliwościami z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz w okresie obowiązywania Decyzji 2005, tj. do dnia 16 listopada 2007 r.

Należy podkreślić, iż uchylenie Decyzji 2005 wywoływało skutki jedynie na przyszłość (od chwili wydania Decyzji Uchylającej), a nie z mocą wsteczną, jak hipotetycznie mogłoby to mieć miejsce w razie stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej. Oznacza to, jak już była mowa, że wszelkie skutki prawne i faktyczne wydania oraz obowiązywania i wykonywania Decyzji 2005 powinny być respektowane przez Organ.

- 4) Uchylenie Decyzji 2005 w trybie samokontroli, na podstawie art. 54 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, związane było z uwzględnieniem przez Prezesa UKE niektórych z zarzutów procesowych podnoszonych wobec tej Decyzji przez uczestników przetargu (brak udziału w postępowaniu administracyjnym pozostałych uczestników przetargu jako stron tego postępowania).

Decyzja 2007 - wydana w miejsce uchylonej Decyzji 2005 - **nie rozstrzygała zatem nowej sprawy administracyjnej**, albowiem dotyczyła **tych samych wniosków o dokonanie rezerwacji częstotliwości** z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz, które zostały złożone przez uczestników przetargu, w tym przez podmiot w nim wyłoniony.

Tryb samokontroli decyzji, zastrzeżony dla organu administracji publicznej jako możliwość jego reakcji na słuszne zarzuty strony (stron) postępowania, służy umożliwieniu naprawienia błędu tego organu poza tokiem kontroli instancyjnej czy sądowej wydanego aktu. Tym bardziej więc uznawanie decyzji poddanej samokontroli jako „niebyłej” stanowiłoby oparcie się na fikcji, dla której w obowiązujących przepisach brak jest podstawy prawnej.

Na marginesie zaś wskazać należy, iż przyjęcie takiej fikcji, prowadzące w konsekwencji do zawyżenia opłaty za odnowienie rezerwacji dla Polkomtel, oznaczałoby, że Organ „przerzuca” na uczestników obrotu konsekwencje swojego wadliwego działania, albowiem to błąd Organu spowodował potrzebę dokonania samokontroli Decyzji 2005 i jej uchylenia.

- 5) Wydanie Decyzji 2007 – jako konsekwencji samokontroli Decyzji 2005 – stanowiło kontynuację tego samego procesu dystrybucji częstotliwości z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz, jaki został zapoczątkowany przetargiem ogłoszonym w dniu 22 lutego 2005 r., w którym wyłoniono Netię Mobile Sp. z o.o. jako jego zwycięzcę.

W treści Decyzji 2007 Prezes UKE kilkakrotnie słusznie zauważa i podkreśla ciągłość uprawnienia Netii Mobile Sp. z o.o. (następnie P4 Sp. z o.o.) uzyskanego na mocy Decyzji 2005, jak np.:

„Prezes UKE wskazuje, iż do dnia 31 grudnia 2022 r. rezerwacja częstotliwości w systemie telefonii ruchomej UMTS pozostaje w dyspozycji spółki P4 Sp. z o.o., a prawo to zostało usankcjonowane w dwóch decyzjach administracyjnych:

1. w decyzji Prezesa URTiP z dnia 23 sierpnia 2005 r. – od dnia doręczenia tej decyzji do dnia 16 listopada 2007 r.,
 2. w niniejszej decyzji Prezesa UKE – od dnia 16 listopada [2007 r.] do dnia 31 grudnia 2022 r.”.
- 6) Co szczególnie istotne, w Decyzji 2007 Prezes UKE powtórzył postanowienie o wysokości opłaty jednorazowej z tytułu udzielenia na rzecz P4 Sp. z o.o. (poprzednio Netii Mobile Sp. z o.o.) wynoszącej 345 500 000 zł., tak jak pierwotnie określono tę opłatę w Decyzji 2005.

Nie uwzględnił zatem upływu ponad 2 lat od daty wydania Decyzji 2005, słusznie uznając, że Decyzja 2007 nie jest kolejną decyzją rezerwacyjną, ustalającą od nowa okres obowiązywania rezerwacji częstotliwości z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz, lecz jedynie kontynuacją uprawnienia udzielonego na mocy Decyzji 2005.

Pominięcie tej istotnej okoliczności w aktualnej procedurze odnawiania rezerwacji częstotliwości w paśmie 2100 MHz, a wręcz przyjęcie zgoła przeciwnego stanowiska, prowadzącego do zawyżenia opłaty jednorazowej, jaką miałby uiścić Polkomtel, jest więc niezrozumiałe i niezasadne.

Na marginesie warto też zauważyć, że wedle posiadanych przez Spółkę informacji, na skutek uchylecia Decyzji 2005 Organ nie zwrócił P4 Sp. z o.o. uiszczonych opłat jednorazowych w kwocie 345 500 000 zł.; podobnie jak P4 Sp. z o.o. nie uiściła ponownie opłaty określonej w treści Decyzji 2007. Z wysokim prawdopodobieństwem można więc przyjąć, iż opłata uiszczona na mocy Decyzji 2005 została zaliczona na poczet opłaty określonej w Decyzji 2007, raz jeszcze potwierdzając ciągłość praw i obowiązków wynikających z Decyzji 2005 dla jej adresata.

Polkomtel wskazuje również, że w Projekcie Decyzji Prezes UKE słusznie posługuje się kryterium „okresu obowiązywania” decyzji rezerwacyjnej (błędnie jednak nawiązując do Decyzji 2007), prowadząc działania matematyczne „w przeliczeniu na 1 dzień jej (decyzji rezerwacyjnej – dopisek Polkomtel) obowiązywania”.

Zdaniem Polkomtel, to właśnie okres obowiązywania decyzji administracyjnej – rozpoczynający się od daty jej wydania (zgodnie z art. 110 k.p.a.) - jest miarodajny, by ustalić właściwą liczbę dni, stanowiącą podstawę dla wyceny „diennej wartości” 1 MHz częstotliwości. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że już od daty wydania i doręczenia takiej decyzji, stała się wymagalna opłata jednorazowa za jej udzielenie, adresat decyzji rozpoczął przygotowania do rozpoczęcia wykorzystania częstotliwości, rozpoczynając procesy inwestycyjne dotyczące budowy sieci telekomunikacyjnej, zawierając umowy międzyoperatorskie, bez których rozpoczęcie świadczenia usług nie byłoby możliwe.

Przyjmując w ślad za przedstawioną argumentacją, iż momentem, w jakim zaczęła obowiązywać rezerwacja częstotliwości z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz, był 23 sierpnia 2005 r. (data wydania Decyzji 2005), „dzienna wartość” 1 MHz częstotliwości w paśmie 2100 MHz powinna wynosić 1 572,9563 zł., a nie 1 804,99 zł, jak wskazano w Projekcie Decyzji.

W konsekwencji opłata jednorazowa, jaką powinien uiścić Polkomtel z tytułu udzielenia na kolejny okres rezerwacji z zakresów 1950,1-1964,9 MHz i 2140,1-2154,9 MHz, powinna wynosić 351 528 990,48 zł.

Mając powyższe na uwadze, **Polkomtel wnosi, o dokonanie przez Prezesa UKE zmiany w Projekcie Decyzji dotyczącej wskazanej wyżej opłaty jednorazowej z tytułu udzielenia na kolejny okres rezerwacji z zakresów 1950,1-1964,9 MHz i 2140,1-2154,9 MHz.**