

Warszawa, dnia 20 maja 2022 r.
PIIT/516/22

Pan Jacek Oko
Prezes
Urząd Komunikacji Elektronicznej

Szanowny Panie Prezesie,

W związku z ogłoszonymi w dniu 21 kwietnia 2022 r. konsultacjami publicznymi projektów decyzji Prezesa UKE – RNKO 2100 MHz dla Orange Polska S.A. (DC.WAP.514.15.2021), P4 sp. z o.o. (DC.WAP.514.10.2021), Polkomtel sp. z o.o. (DC.WAP.514.14.2021) i T-Mobile Polska S.A. (DC.WAP.514.38.2020), Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji przedstawia swoje stanowisko, które dotyczy każdego z powyższych postępowań konsultacyjnych.

Jednocześnie Izba pragnie przedstawić opinię prawną sporządzoną przez prof. dr. hab. Macieja Rogalskiego w przedmiocie prawidłowego zastosowania przepisu art. 185 ust. 4a i 4aa ustawy – Prawo telekomunikacyjne, która stanowi integralną część stanowiska konsultacyjnego PIIT w powyższych sprawach.

Z poważaniem,

Andrzej Dulka



Prezes PIIT

Załączniki

1. Stanowisko PIIT
2. Opinia prof. dr. hab. Macieja Rogalskiego

**Stanowisko konsultacyjne Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji
dotyczące projektów decyzji Prezesa UKE – RNKO 2100 MHz
dla Orange Polska S.A. (DC.WAP.514.15.2021), P4 sp. z o.o. (DC.WAP.514.10.2021),
Polkomtel sp. z o.o. (DC.WAP.514.14.2021) i T-Mobile Polska S.A. (DC.WAP.514.38.2020),
przedstawionych do publicznych konsultacji w dniu 21 kwietnia 2022 r.**

W odniesieniu do konsultowanych projektów decyzji w sprawach dokonania rezerwacji częstotliwości z pasma 2100 MHz na kolejny okres Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji pragnie zwrócić uwagę na kwestię nieprawidłowego obliczenia opłat, o których mowa w art. 185. ust. 4aa ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 576 ze zm., dalej „PT”).

Zgodnie z art. 185 ust. 4aa PT, w przypadku dokonania rezerwacji częstotliwości na kolejny okres, inny niż okres, na który wydano rezerwację częstotliwości, o których mowa w ust. 4a pkt 1 PT, opłatę określa się proporcjonalnie do okresu, na jaki dokonywana jest ta rezerwacja częstotliwości.

W uzasadnieniu projektowanych decyzji Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „UKE”) wskazał, 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); (...)”

Prezes UKE pominął zatem istotny element stanu faktycznego, mianowicie okoliczność, że rezerwacja powyższych częstotliwości na rzecz P4 po przeprowadzeniu przetargu w 2005 r. została dokonana już w dniu 23 sierpnia 2005 r. – decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty („URTiP”) nr DZC-WAP-5174-21/05(12).

W rzeczywistości bowiem po przeprowadzeniu ostatniego przetargu na częstotliwości z zakresu 2100 MHz Prezes URTiP, mając na uwadze wyniki przetargu, dokonał na rzecz Netia Mobile sp. z o.o. (obecnie 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 do dnia 31 grudnia 2022 r. **decyzją z dnia 23 sierpnia 2005 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18)**. Następnie, w dniu 16 listopada 2007 r., Prezes UKE uchylił powyższą decyzję rezerwacyjną z przyczyn proceduralnych (decyzją nr DZC-WAP-5174-21/05(23)) oraz wydał decyzję nr DZC-WDO-5174-16/05(18) – dokonującą rezerwacji tych samych częstotliwości na rzecz tego samego podmiotu, na okres od dnia jej wydania do dnia 31 grudnia 2022 r.

Decyzja z dnia 23 sierpnia 2005 r. obowiązywała od dnia jej wydania do dnia 16 listopada 2007 r. Naturalnie więc decyzją z dnia 16 listopada 2007 r. Prezes UKE dokonał rezerwacji częstotliwości wyłącznie na przyszłość, bowiem w czasie poprzedzającym wydanie tej decyzji istniała podstawa prawna dysponowania tymi częstotliwościami przez P4.

Po przeprowadzonym przetargu, którego wyniki zostały ogłoszone w dniu 9 maja 2005 r., częstotliwości z zakresów 1900,1-1905,1 MHz oraz 1964,9-1979,7 MHz i 2154,9-2169,7 MHz, na obszarze całego kraju, znajdowały się więc w dyspozycji P4 od dnia doręczenia decyzji z 23 sierpnia 2005 r. na podstawie dwóch kolejnych decyzji administracyjnych, co zostało wyraźnie potwierdzone w uzasadnieniu decyzji rezerwacyjnej nr DZC-WDO-5174-16/05(18):

„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.”*

Należy zaznaczyć, że przedmiotem Decyzji Rezerwacyjnej I oraz Decyzji Rezerwacyjnej II była jedna (ta sama) rezerwacja częstotliwości, a jedynym powodem wydania Decyzji Rezerwacyjnej II była utraty mocy przez Decyzję 2005 przed upływem okresu, na jaki rezerwacja została dokonana. Na podstawie Decyzji Rezerwacyjnej I rezerwacja częstotliwości po przetargu została dokonana na okres do dnia 31 grudnia 2022 r. i okres ten nie uległ zmianie w związku z uchycieniem powyższej decyzji. Nie doszło bowiem do stwierdzenia nieważności Decyzji Rezerwacyjnej I (wywołującego skutek wsteczny), ale do jej uchycienia – ze skutkiem jedynie na przyszłość, a więc do dnia uchycenia pozostawała ona w obrocie prawnym. W tym samym dniu została wydana Decyzja Rezerwacyjna II, dokonująca rezerwacji tych samych częstotliwości na rzecz tego samego podmiotu również na okres do dnia 31 grudnia 2022 r., tj. do dnia, do którego zgodnie z Decyzją Rezerwacyjną I dysponentowi przysługiwało uprawnienie do wykorzystywania częstotliwości.

Decyzje 2005 i 2007 są więc łącznie nośnikami nadanego przez Prezesa UKE uprawnienia P4 do dysponowania częstotliwościami z zakresu 2100 MHz po przetargu, którego wyniki zostały ogłoszone w dniu 9 maja 2005 r. Pierwotny okres rezerwacji nie został nigdy skrócony. Okres ujęty w Decyzji Rezerwacyjnej II jest krótszy, gdyż decyzją tą Prezes UKE nie ukształtował praw i obowiązków P4 z mocą wsteczną (ponownie), a jedynie na przyszłość, gdyż do dnia 16 listopada 2007 r. pozostawały one skutecznie ukształtowane Decyzją Rezerwacyjną I. W Decyzji Rezerwacyjnej II Prezes UKE wskazał wyraźnie na niezmienny harmonogram pokrycia zasięgiem sieci:

„Niniejsza decyzja określa harmonogram z pominięciem roku 2006, z tej przyczyny, iż decyzja administracyjna nie może określać obowiązków stron wstecz. Stosownie do art. 110 K.p.a., organ jest związany decyzją od chwili jej doręczenia lub ogłoszenia.

Zaznaczyć jednak należy, że dokonana niniejszą decyzją zmiana w postaci wykluczenia z harmonogramu roku 2006 nie prowadzi do zmiany wielkości pokrycia zasięgiem sieci, które Netia Mobile Sp. z o.o. (obecnie P4 Sp. z o.o.) zobowiązała się osiągnąć w ofercie przetargowej.”

W projektowanej decyzji Prezes UKE nie przedstawił przy tym argumentacji, która miałaby podawać w wątpliwość fakt, że w okresie poprzedzającym wydanie Decyzji Rezerwacyjnej II rezerwacja przedmiotowych częstotliwości również pozostawała w dyspozycji P4, natomiast przemilczał wydanie Decyzji Rezerwacyjnej I i nie włączył jej do akt postępowania w sprawach dokonania rezerwacji na kolejny okres, choć jest to dokument o kluczowym znaczeniu w sprawach, co wynika z samej Decyzji Rezerwacyjnej II. W efekcie Prezes UKE przyjął, że „okres, na który wydano rezerwację częstotliwości, o których mowa w ust. 4a pkt 1” (art. 185 ust. 4aa PT) był o dwa i pół roku krótszy niż w rzeczywistości, co prowadzi do nieuzasadnionego zawyżenia wysokości opłat wyliczonych w projektowanych decyzjach.

Należy powtórzyć, że Decyzja Rezerwacyjna II nie dokonywała zmiany w zakresie uprawnień przyznanych Decyzją Rezerwacyjną I, ale stanowiła podstawę uprawnień dysponenta rezerwacji od dnia, kiedy Decyzja Rezerwacyjna I przestała obowiązywać.

Organ słusznie wziął pod uwagę, że „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”. W następnej kolejności Prezes UKE jednak „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” – tj. podzielił wartość 1 MHz uzyskaną po przetargu przez liczbę dni stanowiącą okres rezerwacji dokonanej Decyzją Rezerwacyjną II. Tymczasem zadeklarowana w przetargu kwota została uiszczona w dniu 5 września 2005 r., stanowiąc opłatę za dokonanie rezerwacji na cały okres, na jaki rezerwacja ta została udzielona po przetargu.

Przyjęcie, że opłata jednorazowa zadeklarowana w przetargu była powiązana wyłącznie z Decyzją Rezerwacyjną II, prowadziłoby do stwierdzenia, że rezerwacja częstotliwości z pasma 2100 MHz, dokonana po tym samym przetargu Decyzją Rezerwacyjną I na okres od 23 sierpnia 2005 r. do dnia 16 listopada 2007 r., została udzielona nieodpłatnie. Należy podkreślić, że byłoby to wprost sprzeczne z obowiązującym w czasie wydania Decyzji Rezerwacyjnej I brzmieniem przepisu art. 185 ust. 4 PT, zgodnie z którym „podmiot, na rzecz którego dokonano rezerwacji częstotliwości w drodze postępowania, o którym mowa w art. 116, uiszcza jednorazową opłatę za dokonanie rezerwacji częstotliwości w kwocie zadeklarowanej w tym postępowaniu, nie niższej niż 50 % opłaty rocznej za prawo do dysponowania częstotliwością ustaloną zgodnie z warunkami podanymi w rezerwacji częstotliwości”. Byłoby to oczywiście również sprzeczne z zobowiązaniem do uiszczenia opłaty jednorazowej ujętym w pkt VI. Decyzji Rezerwacyjnej I i wykonanym w dniu 5 września 2005 r. Oznaczałoby to także obciążenie adresatów projektowanych decyzji konsekwencjami finansowymi wywołanymi wadliwym działaniem organu administracji. Gdyby bowiem Decyzja Rezerwacyjna I została wydana bez uchybień proceduralnych, wówczas nie zostałaby uchylona, a Decyzja Rezerwacyjna II nie zostałaby wydana.

Ponadto należy dodać, że Decyzja Rezerwacyjna I była wykonywana i wywołała w okresie jej obowiązywania szereg skutków faktycznych i prawnych:

- stanowiła podstawę uiszczenia opłaty jednorazowej za dokonanie rezerwacji częstotliwości,
- stanowiła podstawę uiszczania opłat rocznych za prawo do dysponowania częstotliwościami,
- przewidywała harmonogram zobowiązań pokryciowych, który był kontynuowany w Decyzji Rezerwacyjnej II,
- stanowiła podstawę wydawania pozwoleń radiowych,
- stanowiła podstawę występowania przez adresata decyzji z wnioskami o wydanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych.

Prezes UKE posiada z urzędu wiedzę o powyższych okolicznościach.

Podsumowując: Izba postuluje dokonanie prawidłowego obliczenia wysokości opłat za dokonanie rezerwacji częstotliwości na kolejny okres, tj. proporcjonalnie do całego okresu, na jaki została dokonana rezerwacja częstotliwości z pasma 2100 MHz po ostatnim przetargu.

Warszawa, 19 maja 2022 r.

Opinia prawna w sprawie ustalenia opłaty za przedłużenie rezerwacji częstotliwości na kolejny okres czasu

1. Przedmiotem opinii prawnej jest ustalanie opłaty za przedłużenie rezerwacji częstotliwości na kolejny okres czasu w trybie art. 185 ust. 4a i 4aa ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm. (dalej „P.t”). Opinia odnosi się do konkretnego stanu faktycznego.
2. Opinia przygotowana została na zlecenie Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji.

1. Stan faktyczny

3. W dniu 21 kwietnia 2022 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej („UKE”) rozpoczął konsultacje dotyczące:
 - a) projektu decyzji dokonującej na rzecz P4 sp. z o.o. rezerwacji częstotliwości z zakresu 1965,1-1979,9 MHz i 2155,1-2169,9 MHz, dotychczas objętych rezerwacją częstotliwości na mocy decyzji Prezesa UKE nr DZC-WDO-5174-16/05 (18) z dnia 16 listopada 2007 r., zmienionej decyzją Prezesa UKE nr DZC-WAP-5174-2/11 (9) z dnia 1 sierpnia 2011 r., decyzją Prezesa UKE nr DZC-WAP-5174-11/13 (21) z dnia 7 października 2014 r. oraz decyzją Prezesa UKE nr DC.WAP.514.13.2021.26 z dnia 1 marca 2022 r., na kolejny okres do dnia 31 grudnia 2037 r. (dalej „Projekt decyzji P4”);
 - b) projektu decyzji dokonującej na rzecz Orange Polska S.A. rezerwacji częstotliwości z zakresu 1920,1-1934,9 MHz i 2110,1-2124,9 MHz, dotychczas objętych rezerwacją częstotliwości na mocy Koncesji nr 1/UMTS zawartej w decyzji Ministra Łączności z dnia 20 grudnia 2000 r., zmienionej decyzją Prezesa URTiP nr 41-1/UMTS(2)/02 z dnia

- 24 kwietnia 2002 r., decyzją Prezesa URTiP nr 192-1/UMTS/Z(3)/03 z dnia 29 września 2003 r., decyzją Prezesa UKE nr DZC-WAP-5174-9/10 (8) z dnia 8 lutego 2011 r., decyzją Prezesa UKE nr DZC-WAP-5174-15/13 (10) z dnia 6 września 2013 r. oraz decyzją Prezesa UKE nr DC.WAP.514.13.2021.29 z dnia 1 marca 2022 r., na kolejny okres do dnia 31 grudnia 2037 r. (dalej „Projekt decyzji Orange”);
- c) projektu decyzji dokonującej na rzecz Polkomtel sp. z o.o. rezerwacji częstotliwości z zakresu 1950,1-1964,9 MHz i 2140,1-2154,9 MHz, dotychczas objętych rezerwacją częstotliwości na mocy Koncesji nr 3/UMTS zawartej w decyzji Ministra Łączności z dnia 20 grudnia 2000 r., zmienionej decyzją Prezesa URTiP nr 39-3/UMTS(2)/02 z dnia 24 kwietnia 2002 r., decyzją Prezesa URTiP nr 190-3/UMTS/Z(3)/03 z dnia 9 września 2003 r., decyzją Prezesa UKE nr DZC-WAP-5174-1/11 (21) z dnia 4 października 2011 r., decyzją Prezesa UKE nr DZC.WAP.5174.3.2015(12) z dnia 14 października 2015 r., decyzją Prezesa UKE nr DZC.WAP.514.53.2018.17 z dnia 21 listopada 2018 r. oraz decyzją Prezesa UKE nr DC.WAP.514.13.2021.27 z dnia 1 marca 2022 r., na kolejny okres do dnia 31 grudnia 2037 r. (dalej „Projekt decyzji Polkomtel”);
- d) projektu decyzji dokonującej na rzecz T-Mobile Polska S.A. rezerwacji częstotliwości z zakresu 1935,1-1949,9 MHz i 2125,1-2139,9 MHz, dotychczas objętych rezerwacją częstotliwości na mocy Koncesji nr 2/UMTS zawartej w decyzji Ministra Łączności z dnia 20 grudnia 2000 r., zmienionej decyzją Prezesa URTiP nr 40-2/UMTS(2)/02 z dnia 24 kwietnia 2002 r., decyzją Prezesa URTiP nr 191-2/UMTS/Z(3)/03 z dnia 9 września 2003 r., decyzją Prezesa UKE nr DZC-WAP-5174-5/10 (7) z dnia 16 sierpnia 2010 r. oraz decyzją Prezesa UKE nr DC.WAP.514.13.2021.28 z dnia 1 marca 2022 r., na kolejny okres do dnia 31 grudnia 2037 r. (dalej „Projekt decyzji T-Mobile”) (dalej wszystkie wymienione decyzje – „Projekty Decyzji”).
4. W wszystkich czterech wskazanych Projektach Decyzji 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)” (zob. Projekt decyzji P4 s. 31; Projekt decyzji Orange s. 32; Projekt decyzji Polkomtel s. 33; Projekt decyzji T-Mobile s. 32).

5. W Projektach Decyzji w zakresie ustalenia wysokości opłaty jednorazowej nie uwzględnia się, że w dniu 23 sierpnia 2005 r. została wydana decyzja przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty („URTiP”) nr DZC-WAP-5174-21/05(12) (dalej „decyzja z 23 sierpnia 2005 r.”), na mocy której została dokonana rezerwacja na okres do 31 grudnia 2022 na rzecz Netia Mobile (obecnie P4). W tej decyzji został też określony termin rozpoczęcia wykorzystywania częstotliwości na 1 lipca 2006 r.
6. W punkcie VI decyzja z 23 sierpnia 2005 r. wymagała uiszczenia jednorazowej opłaty w wysokości 345.05 mln zł z tytułu uzyskanych w przetargu częstotliwości. Kwota ta, zgodnie z postanowieniem wskazanej decyzji została uiszczona w terminie 14 dni od doręczenia tej decyzji.
7. Według stanu na dzień 29 maja 2006 r. P4 złożyła 320 wniosków o wydanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz 260 wniosków o decyzje środowiskowe. Pierwsze pozwolenia radiowe zostały wydane w dniu 9 lutego 2007 r.
8. Decyzją z dnia 16 listopada 2007 r., nr DZC-WAP-5174-21/05(23), uchylona została decyzja rezerwacyjna z dnia 23 sierpnia 2005 r., nr DZC-WAP-5174-21/05(12). Decyzja została uchylona przez Prezesa UKE w trybie samokontroli (art. 54 § 3 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi). Podstawą do uchylenia tej decyzji przez Prezesa UKE były zarzuty o charakterze proceduralnym a nie merytoryczna treść rozstrzygnięcia.
9. W tym samym dniu tj. 16 listopada 2007 r. decyzją nr DZC-WDO-5174-16/05(18) (dalej „decyzja z 16 listopada 2007 r.”), została dokonana rezerwacja na rzecz P4 częstotliwości będących przedmiotem wygranego przetargu. Treść decyzji z 16 listopada 2007 r. jest praktycznie dosłownym powtórzeniem treści decyzji z dnia 23 sierpnia 2005 r. (poza dodatkowymi rozstrzygnięciami dotyczącymi innych operatorów).
10. W praktyce decyzja z dnia 23 sierpnia 2005 r. od chwili jej wydania była realizowana, a w szczególności:
 - została uiszczona opłata jednorazowa za częstotliwości, a w decyzji z 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18) w sposób sztuczny powtórzono obowiązek zapłaty tej kwoty, pomimo jej uiszczenia. Potwierdzeniem realizacji i obowiązywania decyzji z 23 sierpnia 2005 r. jest okoliczność, że po uchyleniu decyzji z 23 sierpnia 2005 r. nie zwrócono wpłaconej kwoty, ani nie dokonywano ponownej wpłaty na podstawie decyzji 16 listopada 2007 r.;
 - nie zanegowano w decyzji 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18) dokonanych opłat rocznych za wykorzystywanie przyznanych częstotliwości;

- nie zanegowano także w decyzji 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18) wydanych w lutym 2007 r. pozwoleń radiowych w oparciu o decyzję dnia 23 sierpnia 2005 r. W uzasadnieniu tej decyzji Prezes UKE wprost wskazał na konieczność ich dalszego utrzymania z uwagi na prowadzenie już działalności telekomunikacyjnej dla klientów w oparciu o przyznane częstotliwości i wydane pozwolenia radiowe

- Prezes UKE w uzasadnieniu decyzji z 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18) wprost wskazał, że P4 obowiązują zobowiązania pokryciowe określone w decyzji z 23 sierpnia 2005 r., a w decyzji z 16 listopada 2007 r. nie wskazuje na zobowiązania w 2006 r. tylko począwszy od 2007 r., gdyż jak wyjaśnił Prezes UKE, decyzja z 16 listopada 2007 r. nie może nakładać obowiązków wstecz (harmonogram pokryciowy nie został więc zmieniony w decyzji z 16 listopada 2007 r.);

- wreszcie w oparciu o przyznane częstotliwości P4 świadczyła usługi dla swoich klientów, których do chwili wydania decyzji z 16 listopada 2007 r. pozyskała ok. 100 tys.

11. Prezes UKE w decyzji z 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18) wprost wskazał, że rezerwacja częstotliwości pozostaje w dyspozycji P4 do 31 grudnia 2022 r., a prawo to zostało usankcjonowane w dwóch decyzjach:

- decyzji Prezesa URTiP z 23 sierpnia 2005 r., nr DZC-WAP-5174-21/05(12), do dnia 16 listopada 2007 r.;

- decyzji Prezesa UKE z 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18), od dnia 16 listopada 2007 r. do dnia 31 grudnia 2022 r.

2. Stan prawny

2.1. Zagadnienia ogólne

12. Według art. 116 ust. 8 P.t.: „Prezes UKE dokonuje rezerwacji częstotliwości na kolejny okres na wniosek podmiotu, który w czasie wykorzystywania przedmiotowych częstotliwości nie naruszył rażąco warunków wykorzystywania częstotliwości określonych w ustawie, przepisach wykonawczych i decyzji o rezerwacji częstotliwości, a w przypadku nadawcy – także jeżeli posiada koncesję na kolejny okres, po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego w tej sprawie, z zastrzeżeniem ust. 9-9c, art. 114 ust. 3 oraz art. 124. Przy udzielaniu rezerwacji częstotliwości na kolejny okres przetargu, aukcji ani konkursu nie przeprowadza się.” Warto zauważyć, że w pierwotnym brzmieniu P.t. nie przewidywało opłaty jednorazowej w przypadku ponownego udzielenia rezerwacji na kolejny okres bez

przetargu na podstawie art. 116 ust. 8 P.t. Opłata z tego tytułu została wprowadzona ustawą z 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2012 r., poz. 1445 (dalej „nowela z 16 listopada 2012 r.”).

13. Zgodnie z art. 185 ust. 4a P.t. „*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.*
14. W przypadku dokonania rezerwacji częstotliwości na kolejny okres, inny niż okres, na który wydano rezerwację częstotliwości, o których mowa w art. 185 ust. 4a pkt 1 P.t., opłatę określa się proporcjonalnie do okresu, na jaki dokonywana jest ta rezerwacja częstotliwości (art. 185 ust. 4aa P.t.).
15. Postanowienia art. 185 ust. 4a i 4c-d zostały dodane nowelą z dnia 16 listopada 2012 r. i zaczęły obowiązywać po upływie 30 dni od dnia jej ogłoszenia. Postanowienia tej noweli przewidywały przepisy przejściowe (art. 17-19), ale nie dotyczyły one stosowania wprowadzonych tą nowelą postanowień art. 185 ust. 4a i 4c-d.

2.2. Ustalanie opłaty jednorazowej na podstawie art. 185 ust. 4a P.t.

16. W zakresie kalkulowania na podstawie art. 185 ust. 4a P.t. opłaty przyjęto jako moment początkowy liczenia okresu obowiązywania rezerwacji częstotliwości datę decyzji z dnia 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18), którą 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). Przyjęta

- chwila początkowa czasookresu wykorzystywania częstotliwości nie znajduje jednak oparcia w przepisach Prawa telekomunikacyjnego, w szczególności z art. 185 ust. 4a P.t. Nie uzasadnia jej zarówno wykładnia gramatyczna tego przepisu, jak i wykładnia funkcjonalna. Nie znajduje także oparcia w analizowanym stanie faktycznym sprawy. Nie jest także zgodna z treścią uzasadnienia decyzji z 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18).
17. Treść przepisu art. 185 P.t. wskazuje, iż ustawodawca w sposób ścisły określił przesłanki w zakresie sposobu ustalania opłat za odnowienie częstotliwości na kolejny okres dla przypadku przewidzianego w art. 116 ust. 8 P.t. Brak w nim sformułowań nieostrych, niejednoznacznych, które wskazywałyby na margines „swobody decyzyjnej organu” (nie użyto sformułowań typu „może” czy „w szczególności”).
18. W uzasadnieniu do noweli wprowadzającej ust. 4aa w art. 185 P.t. (ustawą z 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2019 r., poz. 643, która weszła w życie 6 maja 2019 r., dalej „nowela z 15 marca 2019 r.”), wyjaśniono, że: *„Zmiana polega na dookreśleniu sposobu obliczania jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji częstotliwości przez dopisanie konieczności uwzględnienia przez Prezesa UKE czasu, na jaki jest wydawana rezerwacja częstotliwości, w sytuacji, kiedy ten czas różni się od czasu, na jaki wydano rezerwację częstotliwości stanowiącą podstawę do określenia wartości widma.”*. Brak przy tym dodatkowych, analogicznych regulacji w odniesieniu do ewentualnych różnic odnoszących się do pozostałych przesłanek ustalania opłaty, o których mowa w ust. 4a, w szczególności jak należałoby postępować, gdyby szerokość pasma nie była tożsama (lecz węższa lub szersza), co oznacza konieczność dokonywania ścisłego porównania odnośnych parametrów.
19. Opisane wyżej podejście, uwzględniające poza interpretacją wskazanych przepisów także zmiany historyczne rozpatrywanych unormowań ustawy Prawo telekomunikacyjne, znajduje potwierdzenia w piśmiennictwie a także orzecznictwie do omawianych regulacji prawnych. I tak w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 grudnia 2019 r., 6ygn.. akt. II GSK 3248/17, sąd ten rozpatrując sprawę na gruncie art. 185 ust. 4a P.t., wskazał zarówno na jednoznaczne brzmienie tego przepisu, jak również szeroko wyłożył reguły dokonywania wykładni przy tego rodzaju przepisach: *„Organ uznał, że z literalnego brzmienia art. 185 ust. 4a pkt 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2018 r. poz. 1954 z późn. zm.; dalej „p.t.”) wprost wynika, że przy ustalaniu wysokości opłaty uwzględnia się także rok, w którym przeprowadzono przetarg, a zatem rok 2008. Przyjęcie argumentacji strony, że wartość pasma w 2008 r. została określona wprost w przetargu i dlatego nie powinna być indeksowana wskaźnikiem za ten właśnie rok,*

oznaczałoby odejście od literalnego brzmienia przepisu art. 185 ust. 4a pkt 3 p.t., do czego organ nie stwierdził podstaw. (...) wskazać należy, że wykładnia językowa jest punktem wyjścia dla wszelkiej wykładni prawa i określa jej granice w ramach możliwego sensu słów zawartych w tekście prawnym (zob. uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 20 marca 2000 r., FPS 14/99, ONSA z 2000 r. Nr 3, poz. 92). Przyjmuje się, że tylko w wyjątkowych sytuacjach wolno odstąpić od literalnego znaczenia przepisu. Może to mieć miejsce, gdy językowe dyrektywy interpretacyjne nie pozwalają z danego tekstu prawnego wyinterpretować jednoznacznej normy postępowania w jakiejś sprawie albo gdy wykładnia językowa pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią innych norm, prowadzi do absurdalnych z punktu widzenia społecznego lub ekonomicznego konsekwencji, rażąco niesprawiedliwych rozstrzygnięć lub pozostaje w oczywistej sprzeczności z powszechnie akceptowanymi normami moralnymi (por. art. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2000 r. K 25/99, OTK Zb. Urz. 2000, Nr 5, poz. 141 oraz orzeczenia Sądu Najwyższego: z 8 stycznia 1993 r., III ARN 84/92, OSNC 1993, Nr 10, poz. 183; z dnia 8 maja 1998 r., I CKN 664/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 7; z 25 kwietnia 2003 r., III CZP 8/03, OSNC 2004, Nr 1, poz. 1). (...) przepis art. 185 ust. 4a pkt 3 p.t. w swej treści jest jasny i spójny, nie istnieją wątpliwości interpretacyjne co do użytych zwrotów. (...) Podmioty uprawnione, szczegółowo opisane w dyspozycji w art. 185 ust. 4a p.t., tj. podmioty na rzecz których dokonano rezerwacji częstotliwości na kolejny okres w drodze postępowania, o którym mowa w art. 116 ust. 8 (po przeprowadzeniu przetargu, aukcji albo konkursu), należą do jednej grupy, w stosunku do której odnosi się regulacja treści normy prawnej nakładająca obowiązek uiszczenia jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji częstotliwości na kolejny okres w sposób dokładnie wskazany w omawianym przepisie. Ustawodawca określając w art. 185 ust. 4 i 4c p.t. inne zasady co do obowiązku uiszczenia ww. opłaty odniósł je do całkowicie odmiennych z punktu widzenia stosunków prawnych podmiotów.”

20. Przepis art. 185 ust. 4a P.t. określa sposób ustalania tej opłaty przez Prezesa UKE jako iloczynu wartości 1 MHz pasma, liczby MHz objętych rezerwacją oraz średniorocznych wskaźników cen towarów i usług za okres od momentu ustalenia wartości 1 MHz pasma do ponownej rezerwacji. Pierwsza pozycja iloczynu odpowiada wartości częstotliwości o szerokości 1 MHz uzyskanej w ostatnim postępowaniu selekcyjnym na rezerwację częstotliwości z danego zakresu częstotliwości, dla takiego samego obszaru i wykorzystania

częstotliwości. Porównywalność zasobu przyjmowanego do ustalenia tej wartości obejmuje trzy wskazane w art. 185 ust. 4a P.t. cechy¹.

21. Podobnie jest w przypadku wskaźnika trzeciego. Zgodnie z art. 185 ust. 4a pkt 3 P.t., uwzględnia się „średnioroczne wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych (...), za okres od roku, w którym przeprowadzono ostatni przetarg, aukcję albo konkurs na rezerwację częstotliwości”. Znowu, przepis wyraźnie wskazuje, że należy liczyć omawiany okres od roku w którym przeprowadzono ostatnią aukcję.
22. Wyłącznie na początku przepisu art. 185 ust. 4a P.t. jest mowa o rezerwacji częstotliwości, ale dotyczy to rezerwacji częstotliwości przyszłej. Przepis art. 185 ust. 4a P.t. na początku stanowi bowiem wyraźnie: „*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 (...)*”.
23. Przepis art. 185 ust. 4a P.t. podzielony jest na dwie części. Pierwsze mówi o tym, że podmiot, który chce uzyskać rezerwację częstotliwości na kolejny okres musi uiścić jednorazową opłatę. Druga część, rozpoczynająca się od słów „*w kwocie stanowiącej iloczyn...*”, określa jak ustala się wysokość tej opłaty.
24. Z literalnej analizy przepisu art. 185 ust. 4a P.t. wynika, że dla obliczania okresu, który w powiązaniu ze wskaźnikami wymienionymi w tym przepisie, będzie stanowił podstawę obliczenia opłaty jednorazowej, należy brać pod uwagę czas posiadania („*pozostawania w dyspozycji*”) częstotliwości przyznanых danemu podmiotowi w trybie postępowania selekcyjnego.
25. Przepis art. 185 ust. 4a P.t., przewidujący opłatę jednorazową za przedłużenie rezerwacji, należy analizować także w oparciu o wykładnię funkcjonalną. W wyroku z dnia 21 marca 2013 r., Belgacom S.A. i inni przeciwko państwu belgijskiemu, C-375/11, Trybunał Sprawiedliwości UE wyjaśnił, że opłaty takie muszą być „*obiektywnie uzasadnione, jawne, niedyskryminujące i proporcjonalne stosownie do ich przeznaczenia*”. Przepis art. 185 ust. 4a P.t., jak już wcześniej wyjaśniono, służy obliczeniu kwoty opłaty, w sytuacji, gdy dany podmiot już uzyskał wcześniej te częstotliwości w postępowaniu selekcyjnym. Konstrukcja tego przepisu wprost wskazuje, że przyjęto mechanizm obliczania opłaty poprzez porównanie ilości częstotliwości, warunków wykorzystywania i oraz czasu w jakim z nich dany podmiot dysponował nimi. Z treści tego przepisu wynika, że chodzi o

¹ Por. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1326-1328.

czas, gdy częstotliwości te pozostawały w dyspozycji podmiotu, który uzyskał je w postępowaniu selekcyjnym.

3. Okres posiadania częstotliwości przez P4

26. Kwestię okresu posiadania przyznanych w przetargu częstotliwości jednoznacznie rozstrzygnął Prezes UKE w decyzji z 16 listopada 2007 r., nr DZC-WDO-5174-16/05(18). Prezes UKE wprost wskazał, że rezerwacja częstotliwości pozostaje w dyspozycji P4 do 31 grudnia 2022 r., a prawo to zostało usankcjonowane w dwóch decyzjach:
- decyzji Prezesa URTiP z 23 sierpnia 2005 r., nr DZC-WAP-5174-21/05(12), do dnia 16 listopada 2007 r.;
 - decyzji Prezesa UKE z 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18), od dnia 16 listopada 2007 r. do dnia 31 grudnia 2022 r.
27. Prezes UKE wyjaśnił więc, że P4 posiada (dysponuje) nieprzerwanie częstotliwości od dnia 23 sierpnia 2005 r. Stanowisko to jest zgodne z poglądami doktryny oraz orzecznictwem, że nawet uchylona decyzja administracyjna może wywoływać określone skutki prawne i faktyczne, gdyż skutki uchylecia występują od momentu jej uchylecia², w szczególności, gdy jest to decyzja konstytucyjna³.
28. W konsekwencji tego podejścia, Prezes UKE w uzasadnieniu decyzji z 16 listopada 2007 r. wyjaśnił także, że P4 obowiązują zobowiązania pokryciowe określone w decyzji z 23 sierpnia 2005 r., a w decyzji z 16 listopada 2007 r. nie wskazuje na zobowiązania w 2006 r. tylko począwszy od 2007 r., gdyż jak wskazał Prezes UKE, decyzja z 16 listopada 2007 r. nie może nakładać obowiązków wstecz (harmonogram pokryciowy nie został więc zmieniony w decyzji z 16 listopada 2007 r.).
29. W uzasadnieniu decyzji z 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18) wyjaśnił także Prezes UKE, że wydane w lutym 2007 r. pozwolenia radiowych w oparciu o decyzję z dnia 23 sierpnia 2005 r. nadal obowiązują.

² J. Borkowski, *Nieważność decyzji administracyjnej*, Łódź-Zielona Góra 1997, s. 35 i n.; M. Kamiński, *Nieważność decyzji administracyjnej. Studium teoretyczne*, Warszawa 2006, s. 243.

³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 15 października 2009 r., sygn. akt I SA/Po 91/09.

30. Wszystkie te fakty wskazują, że faktyczne posiadanie częstotliwości przyznanych P4 miało miejsce od dnia wydania decyzji z 23 sierpnia 2005 r., a nie decyzji z 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18). Decyzja z 16 listopada 2007 r. w swoim uzasadnieniu zresztą tylko to potwierdziła. Nie ma więc podstaw dla przyjmowania jako daty od której P4 posiada częstotliwości decyzji z 16 listopada 2007 r.

4. Projekty Decyzji

31. We wszystkich wskazanych Projektach Decyzji Prezes UKE ustalając wysokość jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji na kolejny okres trafnie wziął pod uwagę, że ostatni przetarg na częstotliwości z zakresu 2100 MHz został zakończony w 2005 r., ale niezasadnie pominął decyzje z dnia 23 sierpnia 2005 r., która wywołała nie tylko określone skutki prawna, ale i faktyczne, a co więcej wskazane skutki prawne i faktyczne zostały potwierdzone przez Prezesa UKE w decyzji z dnia 16 listopada 2007 r., nr DZC-WDO-5174-16/05(18).
32. Nie jest więc uzasadnione określanie skutków prawnych i faktycznych wyłącznie od dnia wydania decyzji z dnia 16 listopada 2007 r. nr DZC-WDO-5174-16/05(18), skoro Prezes UKE wprost wskazał w tej decyzji, że prawo do posiadania i wykorzystywania częstotliwości przysługiwało P4 na podstawie decyzji Prezesa URTiP z 23 sierpnia 2005 r., nr DZC-WAP-5174-21/05(12), od dnia 23 sierpnia 2005 r. do dnia 16 listopada 2007 r. Okres więc posiadania i dysponowania przyznanymi częstotliwościami należy liczyć nie od dnia 16 listopada 2007 r. do dnia 31 grudnia 2022 r., ale od dnia 23 sierpnia 2005 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. W konsekwencji okres ten wynosi nie 5525 dni, ale 6340. Powinien być bowiem zwiększony o okres pomiędzy 23 sierpnia 2005 r. a 16 listopada 2007 r., który wynosi 815 dni. W konsekwencji wartość 1 MHz w stosunku do opłaty jednorazowej za rezerwację udzieloną po ostatni przetargu, w przeliczeniu na 1 dzień jej obowiązywania powinna wynosić 1 572,96 zł a nie 1 804,99 zł, jak przyjęto w Projektach Decyzji.

Wnioski

33. W celu obliczania okresu, który w powiązaniu ze wskaźnikami wymienionymi w przepisie art. 185 ust. 4a P.t., będzie stanowił podstawę obliczenia opłaty jednorazowej, należy uwzględnić czas posiadania („pozostawania w dyspozycji”) częstotliwości przyznanych P4 w trybie przetargu.

34. Okres posiadania częstotliwości (pozostawia częstotliwości w dyspozycji P4), należy liczyć zgodnie z wykładnią Prezesa UKE w decyzji z 16 listopada 2007 r., nr DZC-WDO-5174-16/05(18), tj. od dnia 23 sierpnia 2005 r. a nie od 16 listopada 2007 r.



Prof. dr hab. Maciej Rogalski

radca prawny