

Opinia
w sprawie zobowiązań pokryciowych w
„Dokumentacji aukcyjnej na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz”

1. Przedmiot i podstawa opinii

Opinia została przygotowana na zlecenie Polkomtel Sp. z o.o. Przedmiotem opinii jest odpowiedź na pytanie sformułowane przez Zleceniodawcę, czy zobowiązania pokryciowe zawarte w projekcie „Dokumentacji aukcyjnej na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz” są zgodne z prawem krajowym oraz prawem Unii Europejskiej dotyczącym komunikacji elektronicznej.

Podstawą przygotowania opinii jest

- 1) „Dokumentacja aukcyjna na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz” objęta konsultacją na podstawie komunikatu Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 20 grudnia 2022 r. („dokumentacja”),
- 2) ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1648 ze zm.) („Pt”),
- 3) rozporządzenie Ministra Cyfryzacji z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. z 2019, poz. 1467) („rozporządzenie MC”),
- 4) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 321/36, z 17.12.2018) („EKLE”).

2. Określenie zobowiązań pokryciowych

Zobowiązania pokryciowe zostały określone w wzorze oferty wstępnej stanowiącym załącznik nr 2 do dokumentacji aukcyjnej („wzór oferty”) oraz w projekcie rozstrzygnięcia rezerwacji („projekt rozstrzygnięcia”). W punkcie 1.7 wzoru oferty, przewidziano przyjęcie zobowiązania dotyczącego pokrycia usługą transmisji danych gospodarstw domowych, obszaru kraju, dróg krajowych, dróg wojewódzkich i określonych linii kolejowych. W przypadku dróg krajowych, dróg wojewódzkich i linii kolejowych zobowiązania obejmują obiekty istniejące w dacie doręczenia decyzji rezerwacyjnej („rezerwacji”) oraz powstałe w okresie 36 miesięcy po dniu rezerwacji. Zobowiązania pokryciowe mają być realizowane w różnych okresach, w szczególności w ciągu 12, 36, 60 lub 84 miesięcy. Analogiczne zobowiązania zostały przewidziane w punkcie 7 projektu rozstrzygnięcia.

Zobowiązania pokryciowe są koniecznym elementem oferty wstępnej. W dokumentacji wskazano, że oferta wstępna powinna być przygotowana „ściśle według wymagań określonych w dokumentacji”. Zgodnie z dokumentacją „[n]ie dopuszcza się dokonywania w treści oferty wstępnej jakichkolwiek odstępstw od treści wzoru oferty wstępnej, tj. skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków, z wyłączeniem miejsc przeznaczonych do wypełnienia”. Warunkiem uczestnictwa w aukcji jest złożenie oferty wstępnej w formie określonej

w dokumentacji. Oferta wstępna musi się składać z części określonych we wzorze oferty wstępnej. Spełnienie tego wymagania jest badane w procedurze oceny ofert wstępnych i jest warunkiem dopuszczenia do drugiego etapu aukcji. Oznacza to, że uczestnik aukcji nie może w żaden sposób modyfikować ani ograniczać zobowiązań pokryciowych określonych we wzorze oferty.

3. Sposób realizacji zobowiązań pokryciowych

Wzór oferty stanowi, że zobowiązania pokryciowe „mogą być zrealizowane z wykorzystaniem częstotliwości, do których reprezentowany podmiot posiada prawo do wykorzystywania częstotliwości”. Odpowiednie postanowienie zawiera w tej sprawie również projekt rozstrzygnięcia, który przewiduje, że „zobowiązania (...) mogą być zrealizowane z wykorzystaniem częstotliwości, do których Dysponent posiada prawo do wykorzystywania częstotliwości”. Przytoczone wyżej sformułowania wbrew pozorom nie stanowią uprawnień przysługującego uczestnikowi aukcji, dającego mu możliwość ograniczenia realizacji zobowiązań do częstotliwości 3,6 GHz. Realizacja zobowiązań pokryciowych wyłącznie z wykorzystaniem częstotliwości 3,6 GHz, będących przedmiotem aukcji, jest niemożliwa ze względu na charakterystykę tego pasma częstotliwości. Jest to niemożliwe przede wszystkim ze względu na określony dokumentacją sposób oceny wykonywania tych zobowiązań.

Projekt rozstrzygnięcia rezerwacji przewiduje, że wykonanie zobowiązań pokryciowych, z uwzględnieniem wymaganych przepustowości, będzie egzekwowane w odniesieniu do całego zasobu częstotliwości, którymi dysponuje uczestnik aukcji. Zgodnie z projektem rozstrzygnięcia, a także zgodnie z odpowiednim sformułowaniem wzoru oferty, przez przepustowość objętą zobowiązaniami „rozumie się przepustowość w punkcie, w łączu w dół (stacja bazowa-terminal abonencki), która jest sumą przepustowości w tym łączu uwzględniającą wszystkie zasoby częstotliwości wykorzystywane przez Dysponenta”. Wykonanie zobowiązań pokryciowych w zakresie przepustowości będzie objęte pomiarami prowadzonymi przez Prezesa UKE, które obejmą wszystkie zasoby częstotliwości posiadane przez dysponenta rezerwacji. W świetle wzoru oferty oraz projektu rozstrzygnięcia uczestnik postępowania aukcyjnego musi zaakceptować zobowiązania pokryciowe dotyczące wykorzystania wszystkich posiadanych częstotliwości, gdyż przyjęcie takiego zobowiązania jest warunkiem udziału w aukcji. Nie ulega zatem wątpliwości, że zobowiązania pokryciowe określone wzorem oferty i projektem rozstrzygnięcia obejmują nie tylko pasmo 3,6 GHz, będące przedmiotem postępowania aukcyjnego, ale wszystkie zasoby częstotliwości jakimi dysponuje przedsiębiorca telekomunikacyjny. Spełnienie wymagań dotyczących przyjęcia zobowiązań pokryciowych jest warunkiem dopuszczenia przedsiębiorcy do II etapu aukcji, gdyż dokumentacja wymaga złożenia oferty wstępnej określonej we wzorze oferty wstępnej, bez jakichkolwiek odstępstw.

4. Zobowiązania pokryciowe w świetle Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej

Uzasadnieniem dla rozpatrzenia w pierwszej kolejności zgodności dokumentacji aukcyjnej z prawem unijnym jest obowiązująca zasada wykładni prounijnej. Podstawą oceny zobowiązań pokryciowych zastosowanych w aukcji jest dyrektywa EKŁE, która powinna być wdrożona do krajowego porządku prawnego do dnia 21 grudnia 2020 r.

EKŁE przewiduje możliwość ograniczenia liczby indywidualnych uprawnień do użytkowania widma radiowego, ale wymaga w takim przypadku spełnienia warunków określo-

nych w art. 55 EKŁE. Zgodnie z art. 55 ust. 2 akapit pierwszy EKŁE, państwo członkowskie powinno każdorazowo sformułować cele „*pod kątem konkretnej procedury selekcji*”. Jednym z tych celów może być „*wspieranie zasięgu*”, ale cel ten musi być utrzymany w granicach danej, konkretnej procedury. W akapicie drugim ust. 2 przewidziano, że krajowy organ regulacyjny „*wyraźnie określa procedurę selekcji, w tym każdy wstępny etap pozwalający uzyskać dostęp do procedury selekcji*”. Zgodnie z art. 55 ust. 3 EKŁE państwa członkowskie publikują każdą decyzję dotyczącą wybranej procedury selekcji i powiązanych warunków, wyraźnie podając jej uzasadnienie. Zgodnie z art. 55 ust. 6 EKŁE kryteria selekcji i procedury selekcyjnej muszą być „*obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne oraz proporcjonalne*”. Ocena przedstawionych wyżej zobowiązań pokryciowych w świetle tych wymagań prawa unijnego prowadzi do następujących wniosków.

Zobowiązania pokryciowe przewidziane w dokumentacji jednoznacznie wykraczają poza dopuszczalne cele konkretnej procedury związanej z rozdysponowaniem pasma 3,6 GHz. Cel w postaci wspierania zasięgu jest jednym z wspieranych celów, ale musi być on utrzymany w ramach konkretnej procedury selekcyjnej. Prezes UKE zamierza natomiast wspierać zasięg (pokrycie) wymuszając na uczestnikach aukcji zobowiązania, które dotyczą procedur selekcyjnych przeprowadzonych i rozstrzygniętych w przeszłości. Prezes UKE narusza również wymóg wyraźnego określenia procedury selekcji na etapie wstępnym, dotyczącym uzyskania dostępu do postępowania selekcyjnego. Zobowiązania pokryciowe są warunkiem dopuszczenia do II etapu aukcji. Prezes UKE określa sposób realizacji wymagań pokryciowych za pomocą wszystkich posiadanych częstotliwości jako uprawnienie uczestników aukcji, natomiast z postanowień projektu rozstrzygnięcia, a także z charakterystyki pasma 3,6 GHz wynika, że uczestnicy aukcji będą zobowiązani do realizacji zobowiązań pokryciowych w zakresie przepustowości za pomocą wszystkich posiadanych częstotliwości.

Dokumentacja aukcyjna narusza wymagania wynikające z art. 55 ust. 6 EKŁE w zakresie wymogu proporcjonalności kryteriów zastosowanych w selekcji uczestników dopuszczonych do II etapu aukcji. Wymóg proporcjonalności dotyczy w szczególności relacji między zastosowanymi wymaganiami a celami postępowania. Stosowane wymagania nie powinny wykraczać poza to co jest odpowiednie i konieczne do realizacji celów postępowania selekcyjnego. Wymóg proporcjonalności został naruszony przez wprowadzenie do postępowania zobowiązań dotyczących wykorzystania przez uczestnika aukcji wszystkich uzyskanych wcześniej rezerwacji częstotliwości. Wymóg ten jest sam w sobie nieproporcjonalny, a ponadto w sposób oczywisty wykracza poza cele konkretnej procedury selekcyjnej, która dotyczy pasma 3,6 GHz, a nie całości uprawnień częstotliwościowych posiadanych przez uczestników aukcji.

Prezes UKE nie uzasadnił dlaczego wymaga przyjęcia zobowiązań dotyczących wszystkich częstotliwości posiadanych przez uczestników aukcji, naruszając w ten sposób wymóg przejrzystości stosowanych kryteriów. Przepis art. 55 ust. 3 EKŁE wymaga wyraźnego podania uzasadnienia warunków zastosowanych w procedurze selekcji. Prezes UKE nie uzasadnia w żaden sposób dlaczego wprowadza do dokumentacji kryteria dotyczące wykorzystania wszystkich częstotliwości posiadanych przez uczestników aukcji, co narusza reguły proceduralne dotyczące ukształtowania i uruchomienia procedury selekcji.

W konkluzji dotyczącej zgodności dokumentacji aukcyjnej z prawem Unii Europejskiej uznaję, że dokumentacja narusza art. 55 EKŁE poprzez zastosowanie kryteriów selekcji

wykraczających poza ramy konkretnej procedury selekcyjnej, naruszenie wymogu wyraźnego określenia tych kryteriów i ich uzasadnienia oraz wymogu proporcjonalności i przejrzystości stosowanych kryteriów.

5. Ocena zobowiązań pokryciowych w świetle przepisów Prawa telekomunikacyjnego

Przepis art. 118 ust. 6 Pt przewiduje, że w dokumentacji określa się, które części oferty uczestnika aukcji będą stanowiły zobowiązania, o których mowa w art. 115 ust. 1 pkt 9 Pt. Zgodnie z art. 115 ust. 1 pkt 9 Pt Prezes UKE określa w rezerwacji zobowiązania podmiotu przyjęte „w ramach aukcji”. Również rozporządzenie MC w § 5 pkt 5 przewiduje określenie zobowiązań, jakie muszą lub mogą być podjęte oraz które części oferty wstępnej uczestnika aukcji będą stanowiły zobowiązania podjęte w ramach aukcji. Sformułowania powołanych wyżej przepisów o podejmowaniu zobowiązań w ramach aukcji nie mają jedynie charakteru proceduralnego. Działanie w ramach aukcji oznacza również utrzymanie przedmiotu zobowiązań w ramach aukcji, której przedmiot jest związany z konkretnym pasmem częstotliwości. Egzekwowanie od uczestników aukcji zobowiązań dotyczących wykorzystania innych częstotliwości niż objęte postępowaniem aukcyjnym i wprowadzanie takich zobowiązań do decyzji rezerwacyjnej narusza ramy aukcji i powołane wyżej przepisy dotyczące przyjmowania zobowiązań w postępowaniu aukcyjnym. Ramy aukcji wyznaczone są jednoznacznie przedmiotem uprawnień częstotliwościowych rozdzielanych w aukcji. Wykroczenie poza te ramy stanowi rażące naruszenie przepisów prawa i interesów uczestników aukcji.

Zobowiązania przewidziane we wzorze oferty i projekcie rozstrzygnięcia dotyczą uprawnień do częstotliwości, które zostały udzielone w przeszłości, w ramach postępowań przetargowych i aukcyjnych, które również były powiązane ze zobowiązaniami pokryciowymi. Zobowiązania pokryciowe podejmowane w przeszłości były powiązane z ówczesnymi warunkami tych postępowań selekcyjnych, zaoferowanymi opłatami i innymi warunkami udzielanych wówczas uprawnień. Kwestia zobowiązań pokryciowych w odniesieniu do udzielonych w przeszłości rezerwacji została rozstrzygnięta prawomocnymi decyzjami rezerwacyjnymi. Zobowiązania te zostały wykonane, albo są w trakcie realizacji i nie mogą być obecnie rozszerzane w dowolny sposób przez Prezesa UKE przy okazji aukcji dotyczącej pasma 3,6 GHz. Nie ulega wątpliwości, że dokumentacja aukcyjna prowadzi do zmiany warunków wykorzystywania częstotliwości przyznanych wcześniejszymi rezerwacjami. Posiadaczom tych rezerwacji przysługuje ochrona przewidziana w odniesieniu do prawomocnych decyzji administracyjnych w Kodeksie postępowania administracyjnego. Również przepisy Prawa telekomunikacyjnego poddają zmiany rezerwacji częstotliwości rygorystycznym ograniczeniom. Przepisy art. 123 ust. 1 Pt przewidują możliwość zmiany rezerwacji m.in. w przypadku gdy dysponent częstotliwości nie wywiązuje się z przyjętych zobowiązań z przyczyn leżących po jego stronie. Prezes UKE nie stwierdza takiego naruszenia, ale zamierza zasadniczo zmienić warunki wykorzystania udzielonych wcześniej rezerwacji. Również przepisy art. 114¹ Pt określają w sposób restrykcyjny możliwość dokonywania zmian rezerwacji częstotliwości, z wyjątkiem zmian o charakterze nieistotnym. Tymczasem zamierzona zmiana będzie dotyczyć najbardziej istotnych warunków wykorzystania częstotliwości przyznanych wcześniejszymi decyzjami rezerwacyjnymi.

Z konstrukcji przepisów dotyczących udzielania, realizacji i zmieniania uprawnień do częstotliwości, zawartych w Prawie telekomunikacyjnym wynika, że zobowiązania przyjmo-

wane w ramach planowanej aukcji powinny być utrzymane w ramach tego postępowania aukcyjnego, czyli powinny być ograniczone do częstotliwości objętych aukcją. Uzależnienie możliwości uczestnictwa w aukcji od przyjęcia zobowiązań dotyczących rezerwacji udzielonych w przeszłości następuje bez podstawy prawnej.

Prowadzenie postępowania aukcyjnego dotyczącego pasma 3,6 GHz w sposób wymagający od uczestników aukcji przyjmowania zobowiązań pokryciowych realizowanych z wykorzystaniem wszystkich posiadanych częstotliwości rażąco narusza przepisy prawa oraz interesy uczestników aukcji. Zgodnie z art. 118d ust. 1 Pt Prezes UKE powinien unieważnić aukcję jeżeli zostały rażąco naruszone przepisy prawa lub interesy uczestników aukcji.

6. Kompetencje Prezesa UKE w zakresie uzupełniania pokrycia usługami

Prezes UKE dysponuje kompetencjami umożliwiającymi zwiększenie pokrycia usługami realizowanymi przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. W zależności od przyczyn niedostatecznego pokrycia, Prezes UKE może podjąć działania dwojakiego rodzaju. Jeżeli wszystkie zobowiązania pokryciowe wynikające z udzielonych wcześniej rezerwacji zostały prawidłowo wykonane, to podstawą działania powinien być art. 139a Pt. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli Prezes UKE stwierdzi, że pokrycie terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zasięgiem ruchomych sieci telekomunikacyjnych nie jest wystarczające, może zawrzeć z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym umowę inwestycyjną, na mocy której w zamian za obniżenie opłaty telekomunikacyjnej i opłat rocznych za częstotliwości przedsiębiorca telekomunikacyjny zrealizuje inwestycję zapewniającą pokrycie zasięgiem ruchomych publicznych sieci telekomunikacyjnych na wskazanym przez Prezesa UKE obszarze, na którym takie pokrycie nie jest wystarczające. Wskazany wyżej przepis odpowiada dokładnie zamiarom deklarowanym przez Prezesa UKE w związku z aukcją pasma 3,6 GHz, z tym że umożliwia realizację planu zwiększenia pokrycia w sposób zgodny z obowiązującym prawem.

Jeżeli natomiast Prezes UKE uznaje, że udzielone wcześniej rezerwy nie są realizowane w części dotyczącej zobowiązań pokryciowych w sposób właściwy, to przysługuje mu kompetencja do wydania decyzji przewidzianej w art. 122a ust. 1 Pt. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli Prezes UKE uznaje, że pokrycie terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zasięgiem sieci telekomunikacyjnych nie jest wystarczające z powodu niewywiązywania się ze zobowiązań, o których mowa w art. 115 ust. 1 pkt 9, z przyczyn leżących po stronie podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości, wówczas w drodze decyzji zobowiązuje podmiot dysponujący rezerwacją częstotliwości do wykorzystywania częstotliwości w sposób zgodny z tymi zobowiązaniami. Prezes UKE określa w takiej decyzji harmonogram realizacji pokrycia zasięgiem sieci telekomunikacyjnych oraz obszary, które mają zostać objęte zasięgiem sieci telekomunikacyjnych lub odsetek mieszkańców, który ma zostać objęty tym zasięgiem. Jeżeli Prezes UKE stwierdza niedostateczne wykonanie zobowiązań podjętych w przeszłości, to powinien wykorzystać instrument przewidziany w tym celu ale tylko w stosunku do przedsiębiorcy, który nie wywiązuje się z przyjętych zobowiązań. Nie powinien natomiast narzucać wszystkim uczestnikom aukcji przyjmowania zobowiązań modyfikujących wydane wcześniej rezerwy i ustalone w nich zobowiązania, w sposób rażąco naruszający obowiązujące prawo.

7. Konkluzje

W odpowiedzi na pytanie o zgodność projektu „Dokumentacji aukcyjnej na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz” z prawem krajowym oraz prawem Unii Europejskiej dotyczącym komunikacji elektronicznej, przedstawiam następującą ocenę.

Dokumentacja aukcyjna narusza przepisy art. 55 EKŁE poprzez zastosowanie kryteriów selekcji wykraczających poza ramy konkretnej procedury selekcyjnej, naruszenie wymogu wyraźnego określenia tych kryteriów i ich uzasadnienia oraz wymogu proporcjonalności i przejrzystości stosowanych kryteriów. Dokumentacja aukcyjna narusza przepis art. 115 ust. 1 pkt 9 Prawa telekomunikacyjnego przewidujący podejmowanie zobowiązań w ramach aukcji oraz przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego i Prawa telekomunikacyjnego chroniące trwałość prawomocnych decyzji rezerwacyjnych w zakresie zobowiązań pokryciowych podjętych w przeszłości i wykonanych lub wykonywanych przez dysponentów rezerwacji. Osiągnięcie celów pokryciowych zamierzonych przez Prezesa UKE jest możliwe na podstawie wskazanych w opinii przepisów Prawa telekomunikacyjnego w sposób zgodny z obowiązującym prawem.



Michałów-Grabina, dnia 27 stycznia 2023 r.