



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dnia 12 maja 2023 roku
KIGEiT/672/05/2023

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

Dotyczy: **Stanowisko – drugie konsultacje aukcji 3,6 GHz**

Szanowny Panie Prezisie,

w związku z rozpoczęciem przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej („Prezes UKE”) drugiego postępowania konsultacyjnego dotyczącego aukcji na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz, w imieniu Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji („Izba”) poniżej przedstawiamy następujące uwagi.

1. Podtrzymujemy wszystkie nasze uwagi zgłoszone w ramach pierwszych konsultacji, przekazane dnia 31 stycznia br.
2. Zdecydowanie popieramy objęcie aukcją większej ilości pasma częstotliwości z zakresu 3,4-3,8 GHz. Rozszerzenie każdego z bloków częstotliwości z 80 MHz do 100 MHz umożliwi operatorom świadczenie usług 5G o lepszych parametrach jakościowych.
3. Wskazujemy na **nieadekwatność wymagań pokryciowo-jakościowych stawianych w aukcji wobec właściwości technicznych i przeznaczenia pasma 3,6 GHz oraz związane z nim ryzyka prawne.**

Z analizy projektu dokumentacji aukcyjnej poddanej ponownym konsultacjom wynika, iż jej treść nie uległa zmianie, gdy chodzi o wymagania jakościowo-pokryciowe (patrz pkt 1.6.-1.8 oferty wstępnej oraz pkt 6-8 projektu decyzji rezerwacyjnej). Oznacza to, że Prezes UKE nie uwzględnił argumentów i postulatów zgłaszanych przez operatorów wobec tego istotnego zagadnienia w poprzedniej rundzie konsultacji.

Jak wynika ze znanych publicznie stanowisk konsultacyjnych tych operatorów, wykazują oni, iż realizacja zobowiązań zaprojektowanych w dokumentacji aukcyjnej z wykorzystaniem pasma 3,6 GHz oznaczałaby konieczność wybudowania kilkudziesięciu tysięcy stacji bazowych (przez każdego z nich), co byłoby przedsięwzięciem ekonomicznie i technicznie pozbawionym racjonalności. W oczywisty sposób zobowiązania te będą musiały być zrealizowane przez operatorów przy wykorzystywaniu innych zasobów częstotliwości będących w ich dyspozycji niż te, których dotyczyć ma aukcja. W świetle powyższego wymagania pokryciowo-jakościowe dla których realizacji operatorzy mieliby wykorzystywać uzyskane uprzednio częstotliwości, może stanowić ingerencję w ich prawa nabyte.

Naszym zdaniem w zupełności **wystarczającym byłoby pozostawienie wyłącznie zobowiązań o charakterze ilościowym**, określonym w ramach punktu 6 projektu decyzji rezerwacyjnej. Wymaganie w postaci uruchomienia 3800 stacji bazowych w terminie 36 miesięcy od daty doręczenia rezerwacji jest zdefiniowane w sposób nie budzący wątpliwości, choć w tym miejscu wskazujemy, iż należałoby pozostawić operatorom swobodę decyzyjną w zakresie obszarów

wykorzystania pasma z zakresu 3,6 GHz – adekwatnie do skali realnego zapotrzebowania na usługi wymagające zastosowania tego właśnie pasma częstotliwości. Przypominamy, że w przypadku poprzedniej aukcji na pasmo 2,6 GHz to operatorzy indywidualnie decydują o obszarach, w których jest ono wykorzystywane w sposób najbardziej optymalny. Ponadto dokonanie późniejszej weryfikacji przez Prezesa UKE tak określonych zobowiązań ilościowych nie będzie stanowiło problemu, bowiem dane niezbędne do sprawdzenia stopnia realizacji wymagań przez operatorów będą w posiadaniu Prezesa UKE z urzędu.

Podążając za dotychczasową argumentacją uczestników rynku, do których skierowana jest procedura selekcyjna i kierując się jej bezpieczeństwem prawnym, postulujemy ponowne rozważanie przez Regulatora postawionych w dokumentacji aukcyjnej wymagań pokryciowo-jakościowych oraz ustalenie ich w taki sposób, by pasmo 3,6 GHz mogło być wykorzystane przez operatorów zgodnie z jego technicznym przeznaczeniem, tj. w celu zwiększenia pojemności sieci telekomunikacyjnych. Cele związane ze zwiększaniem pokrycia usługami telekomunikacyjnymi terenów wskazywanych w dokumentacji aukcyjnej mogą zaś zostać zrealizowane w ramach dystrybucji pasm częstotliwości z niższych zakresów.

Odnosząc się do zobowiązań pokryciowo-jakościowych wskazujemy, że **określenie wymagania na poziomie 100% pokrycia dróg krajowych, wojewódzkich oraz wybranych linii kolejowych jest niemożliwe do zrealizowania z przyczyn obiektywnych, które nie są zależne od operatorów**. Szlaki komunikacyjne (drogi krajowe, wojewódzkie, linie kolejowe) niejednokrotnie przebiegają przez tereny leśne czy trudno dostępne (np. górzyste), w których występują ograniczenia uniemożliwiające lokalizację stacji bazowych, np. występuje brak dostępu do infrastruktury energetycznej. Wskazujemy ponadto, że niektóre obszary kraju, z powodów ograniczeń administracyjnych, są wyłączone z możliwości lokalizacji stacji bazowych. Wśród nich wymienić można np. parki narodowe, rezerваты przyrody, obszary Natura 2000, obszary specjalne jak jednostki wojskowe, poligony, etc.

Biorąc pod uwagę powyższe, **Izba wnosi o obniżenie ze 100% do 97% wymagań w zakresie pokrycia dróg krajowych, wojewódzkich oraz linii kolejowych oraz o wyłączenie z obowiązku pokrycia obszarów wskazanych powyżej, tj. parków narodowych, rezerwatów przyrody, obszarów Natura 2000 i innych obszarów specjalnych jak np. jednostek wojskowych, poligonów, etc.**

W opinii Izby wymaganie dotyczące zapewnienia pokrycia całodobowych drogowych przejść granicznych nie jest możliwe do realizacji w terminie 12 miesięcy, biorąc pod uwagę aktualne bariery i uwarunkowania realizacyjne w zakresie projektowania i uruchamiania stacji bazowych. W tym punkcie **wnosimy o uwzględnienie wydłużenia terminu z 12 do 36 miesięcy**.

Metodyka, która zostanie przyjęta przez Prezesa UKE do weryfikacji zobowiązań podjętych przez uczestników, a w szczególności jej niezmiennosc w całym okresie obowiązywania rezerwacji mają kluczowy wpływ na późniejszą ocenę stopnia realizacji wymagań. Założenia przyjęte do weryfikacji zobowiązań będą w istocie decydujące czy przyszły dysponent rezerwacji wypełnił zobowiązania zgodnie z oczekiwaniami Regulatora. Ewentualna modyfikacja czy zmiana metodyki pomiarów parametrów sygnału i przepustowości w sieciach 4G/5G niesie ze sobą istotne ryzyko dla dysponentów związane ze zmianą kluczowych założeń, stanowiących podstawę do obliczeń nakładów finansowych związanych z udziałem w aukcji i wypełnieniem zobowiązań. Prezes UKE na stronie BIP UKE udostępnił plik pt. „*Pomiary przepustowości w sieciach 4G/5G*”, który stanowi obecnie jedyną dostępną informację, w oparciu o którą potencjalny uczestnik aukcji może dokonać wstępnej oceny wykonalności zobowiązań oraz oszacowania nakładów inwestycyjnych związanych z uczestnictwem w aukcji. Dokument ten jednak od strony formalnej nie stanowi części dokumentacji aukcyjnej a jest plikiem odrębnym, którego treść może w przyszłości ulec modyfikacji. Ewentualna przyszła modyfikacja stanowi

dotychczasowy element niepewności stanu faktycznego i prawnego dla dysponenta częstotliwości, powodując jednocześnie możliwość generowania sporów, w tym sporów sądowych.

W związku z powyższym Izba wnioskuje o włączenie dokumentu dostępnego na stronie BIP UKE pt. „Pomiary przepustowości w sieciach 4G/5G” do decyzji rezerwacyjnej – jako załącznika, stanowiącego integralną część decyzji o rezerwacji, alternatywnie wyraźne wskazanie przez Prezesa UKE, iż weryfikacja stopnia realizacji zobowiązań podjętych przez uczestników aukcji nastąpi w oparciu o treść dokumentu opublikowanego na stronie BIP UKE na dzień ogłoszenia aukcji.

4. Zwracamy uwagę, że **nadal brak jest podstawy prawnej dla Procedury wykluczenia dostawcy („Procedura wykluczenia”) opisanej w pkt 11 Wymagań dot. bezpieczeństwa¹, które stanowią Załącznik nr 4 do Projektu rozstrzygnięcia decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości poddanego drugim konsultacjom („Projekt decyzji rezerwacyjnych”).**

Zgodnie z Procedurą wykluczenia w przypadku pozyskania informacji o uznaniu przez właściwy organ dostawcy za dostawcę stanowiącego poważne zagrożenie dla obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego, Dysponent jest zobowiązany do uzgodnienia z Prezesem UKE planu wycofania sprzętu takiego dostawcy z własnej sieci. Przedmiotowe zobowiązanie nie ma jednak żadnego oparcia w przepisach prawa, w szczególności ani w przepisach Prawa telekomunikacyjnego² ani w ustawie o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa³ w ich obecnym brzmieniu. Przepisy te nie regulują bowiem instytucji dostawcy stanowiącego poważne zagrożenie, a przez to żaden organ (w tym Prezes UKE) nie jest władny uznać jakiegokolwiek podmiotu za takiego dostawcę. W aktualnym stanie prawnym przeprowadzenie tego rodzaju procedury obarczone byłoby sankcją nieważności.

Pragniemy wyrazić zaniepokojenie związane z utrzymaniem powyższej propozycji w treści konsultowanych warunków aukcji 5G. Jest to tym trudniej zaakceptować, że pkt 11 Wymagań dot. bezpieczeństwa narusza konstytucyjnie gwarantowaną swobodę działalności gospodarczej na podstawie aktu prawnego, który nie jest ustawą i nie ma umocowania w ustawie. Tymczasem zgodnie z art. 22 Konstytucji RP ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. W konsekwencji proponowane postanowienia Procedury wykluczenia wykraczają poza dopuszczalny zakres wymagań dotyczących bezpieczeństwa i integralności infrastruktury telekomunikacyjnej i usług, o których mowa w art. 115 ust. 1 pkt 10 Prawa telekomunikacyjnego. Zastosowanie Procedury wykluczenia wobec dysponenta częstotliwości doprowadziłoby do rażącego naruszenia prawa ze względu na brak podstaw prawnych dla takiego wykluczenia. Doszłoby do złamania wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP oraz w art. 6 KPA⁴ zasady praworządności, zgodnie z którą organy administracji działają wyłącznie na podstawie i w granicach prawa. Taka sytuacja niewątpliwie ogranicza w sposób pozaustawowy konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej oraz konstytucyjną zasadę zaufania do państwa i prawa.

W kontekście samej treści Procedury wykluczenia zwracamy także uwagę, że opinia Kolegium ds. Cyberbezpieczeństwa nie jest wiążąca dla Prezesa UKE, nawet jeśli zawiera konkretne rekomendacje co do kształtu projektu decyzji. Taką rekomendację z tych samych powodów, co przedstawione powyżej, również trzeba by uznać za rażąco naruszającą prawo. Prezes UKE

¹ „Wymagania dotyczące bezpieczeństwa i integralności infrastruktury telekomunikacyjnej i usług”, które stanowią Załącznik nr 4 do Projektu rozstrzygnięcia decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości poddanego drugim konsultacjom.

² Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2022 r. poz. 1648).

³ Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz. U. z 2022 r. poz. 1863).

⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2023 r. poz. 775).

nie powinien jej zatem uwzględniać w zakresie, w jakim prowadziłyby to do zawarcia w treści decyzji warunków rażąco naruszających przepisy prawa.

Rażące naruszenie prawa w zakresie sposobu przeprowadzenia aukcji lub treści jej rozstrzygnięcia powinno skutkować unieważnieniem aukcji na podstawie art. 118d Prawa telekomunikacyjnego. Nawet jeśli Prezes UKE wyda decyzję odmawiającą unieważnienia aukcji, gdy jej uczestnik złoży stosowny wniosek, taką decyzję można zaskarżyć do sądu administracyjnego. Sąd administracyjny najprawdopodobniej uchyli ją z wiążącym dla Prezesa UKE wskazaniem, że doszło do rażącego naruszenia przepisów prawa. Wówczas Prezes UKE powinien w drodze decyzji administracyjnej unieważnić aukcję.

Niespójność z dyrektywą NIS2

Dyrektywa NIS2 weszła w życie 16 stycznia 2023 r. i Polska ma ją wdrożyć do 17 października 2024 r. Zgodnie z orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości „państwa członkowskie powinny powstrzymać się od przyjmowania w okresie wyznaczonym na transpozycję dyrektywy przepisów mogących poważnie zagrozić osiągnięciu przepisanej w niej rezultatu”⁵. Projektowane regulacje będą musiały więc ulec zmianie z powodu sprzeczności z tą dyrektywą.

Procedura wykluczenia nie uwzględnia zasady proporcjonalności wynikającej z art. 21 dyrektywy NIS2. Zgodnie z nim państwa członkowskie mają obowiązek zapewnić, aby podmioty objęte krajowym systemem cyberbezpieczeństwa („KSC”) wprowadzały odpowiednie i proporcjonalne środki w celu zarządzania ryzykiem dla bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych. Tymczasem Procedurą wykluczenia nieproporcjonalnie zwiększy zakres obowiązków wszystkich podmiotów objętych KSC. Będą one musiały na bieżąco monitorować informacje o wydanych decyzjach i utrzymywać ciągłą gotowość, aby niezwłocznie wymieniać rozwiązania objęte informacją Prezesa UKE. Jednocześnie zgodnie z art. 22 ust. 2 dyrektywy NIS2 skoordynowanemu oszacowaniu ryzyka dla bezpieczeństwa mają podlegać „konkretne krytyczne usługi ICT, systemy ICT lub produkty ICT”. Prezes UKE pozostawia zbyt duży margines niepewności z perspektywy tego, jak szeroki zakres zastosowania mogą mieć tego rodzaju obowiązki.

Konieczność notyfikacji technicznej Załącznika nr 4 do Projektu decyzji rezerwacyjnych

Projekty przepisów technicznych (i norm) powinny zostać notyfikowane w oparciu o art. 5 Dyrektywy 2015/1535, zgodnie z którym Państwa Członkowskie przekazują Komisji Europejskiej wszelkie projekty przepisów technicznych, z wyjątkiem tych, które w pełni stanowią transpozycję normy międzynarodowej lub europejskiej (tzw. notyfikacja TRIS). Załącznik nr 4 do Projektu decyzji rezerwacyjnych szczegółowo reguluje sposób, charakterystykę i normy techniczne projektowania, budowy i utrzymania bezpieczeństwa sieci telekomunikacyjnych i urządzeń oraz infrastruktury związanej z tą siecią, a także – co kluczowe – wprowadza możliwość wycofania usług, urządzeń lub oprogramowania określonego dostawcy, co jest równoznaczne z zakazem korzystania z takich usług, urządzeń lub oprogramowania przez dysponenta częstotliwości. Wprowadzenie dodatkowych wymogów, obejmujących terytorium całego kraju, może stanowić utrudnienie w handlu lub w stosunku do zasad dotyczących usług, swobodę przepływu usług lub swobodę przedsiębiorczości podmiotów gospodarczych w dziedzinie usług telekomunikacyjnych oraz związanych z bezpieczeństwem.

Jak wywodzi się z orzecnictwa TSUE, krajowe przepisy techniczne, które nie zostały zgłoszone zgodnie z dyrektywą 98/34/WE14, mimo że powinny, sądy krajowe mogą uznać za niemające zastosowania. Analogiczne stanowisko zajmują sądy polskie. Konsekwencją zaniechania notyfikacji jest niemożność stosowania nienotyfikowanych przepisów w stosunku do jednostek, w tym przypadku wobec przyszłych dysponentów częstotliwości. W rezultacie, aby

⁵ Wyrok TS z 27 października 2016 r. w sprawie C-439/16 PPU, pkt 31.

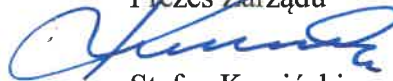
zagwarantować stabilność prowadzonego postępowania selekcyjnego, w naszej ocenie niezbędne jest notyfikowanie Załącznika nr 4 do Projektu decyzji rezerwacyjnych, jeszcze na etapie konsultacji dokumentacji aukcyjnej, do Komisji Europejskiej z uwagi na potencjalną bezskuteczność tych przepisów technicznych w przyszłości, gdyby nie zostały one poprawnie notyfikowane. Brak możliwości ich zastosowania prowadzi do niepewności prawnej po stronie operatorów, uczestniczących w aukcji częstotliwości.

Proponowane rozwiązanie w odniesieniu do punktu 3: Izba wnosi o urealnienie zobowiązań pokryciowo-jakościowych tak, aby mogły być zrealizowane za pomocą tego zakresu częstotliwości, który będzie przedmiotem aukcji, z kolei w odniesieniu do punktu 4: Izba wnosi o usunięcie Procedury wykluczenia (pkt 11 z Załącznika nr 4 do Projektu decyzji rezerwacyjnych).

Jednocześnie, zgodnie z prośbą otrzymaną w toku konsultacji wewnątrz-izbowych od jednego z członków Izby, firmy EXATEL S.A., informuję o wyłączeniu poparcia tej firmy dla treści powyższego stanowiska.

Z pozdrowieniem

Prezes Zarządu



Stefan Kamiński