



Warszawa, 11 maja 2023 r.

ZDG/DAiL/0174/05.23/JP

**Pan
Jacek Oko
Prezes Urzędu Komunikacji
Elektronicznej**

Szanowny Panie Prezisie,

w związku z ogłoszonymi 6 kwietnia 2023 roku drugimi konsultacjami dokumentacji aukcyjnej na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz, Pracodawcy RP przedstawiają niniejsze stanowisko z prośbą o jego przyjęcie.

W przedłożonej do konsultacji propozycji wymagań, w dokumencie zatytułowanym „Wymagania dotyczące bezpieczeństwa i integralności infrastruktury telekomunikacyjnej i usług”, stanowiącym załącznik nr 4 do projektów rozstrzygnięć decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości, Prezes UKE, na podstawie art. 115 ust. 1 pkt 10 ustawy z 16 lipca 2004 roku – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1648 z późn. zm., dalej jako „PT”) przedstawił wymagania oparte na projekcie ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (nr z wykazu prac RM: UD68, dalej jako „UKSC”), w zakresie ewentualnego uznania „dostawcy stanowiącego poważne zagrożenie dla obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego, lub życia i zdrowia ludzi” (dalej jako: „dostawca stanowiący poważne zagrożenie”), a w konsekwencji uznania za takiego dostawcę, konieczności wycofania sprzętu, usług i oprogramowania tego dostawcy. Przedstawione rozwiązania w zakresie dostawcy stanowiącego poważne zagrożenie wywołują poważne wątpliwości prawne.

Uwagi ogólne.

1. 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 musiałyby więc zostać zrealizowane przez operatorów przy wykorzystywaniu innych zasobów częstotliwości będących w ich dyspozycji niż te, których dotyczyć ma aukcja. Prowadzić to będzie do naruszenia art. 115 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo telekomunikacyjne, a także – z racji ingerencji w sferę uprawnień operatorów uzyskanych na mocy odrębnych decyzji rezerwacyjnych – do naruszenia art. 6, art. 110 i art. 155 Kodeksu postępowania administracyjnego.

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 zwiększeniu 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.

2. Brak podstawy prawnej.

Obecnie obowiązujące przepisy Prawa telekomunikacyjnego dotyczące obowiązków przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie bezpieczeństwa i integralności sieci i usług telekomunikacyjnych, określone w Dziale VIIa PT, oraz obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, określone w Dziale VIII PT, nie przewidują możliwości nałożenia na przedsiębiorców obowiązku wycofania wykorzystywanego przez tych przedsiębiorców sprzętu, usług i oprogramowania danego dostawcy. Z kolei Prezes UKE nie posiada kompetencji do nakazania jakiegokolwiek przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu wycofania posiadanego przez tego przedsiębiorcę sprzętu, usług i oprogramowania, charakteryzującego się tym, że jest to sprzęt, usługi lub oprogramowanie tego dostawcy stanowiącego poważne zagrożenie.

Prawo telekomunikacyjne upoważnia Prezesa UKE do działania w zakresie ochrony życia i zdrowia ludzi jedynie w konkretnych, wymienionych tam sytuacjach. Sytuacje te opisane są w art. 115(1) ust. 1 pkt 6 lit. a PT oraz w art. 202 ust. 1 pkt 1 PT. Jednakże żadna z wymienionych w tych przepisach kompetencji Prezesa UKE nie dotyczy określenia w rezerwacji częstotliwości wymagań dotyczących bezpieczeństwa i integralności infrastruktury telekomunikacyjnej i usług.

Wymagania przedstawione w punkcie 11 Załącznika nr 4 do decyzji rezerwacyjnej nie wskazują podstawy prawnej, w oparciu o którą bliżej nieokreślony organ właściwy miałby uznawać, że dany dostawca stanowi poważne zagrożenie. Brak również wskazania środków odwoławczych od takiego aktu. Przedsiębiorca telekomunikacyjny, będący adresatem takiego aktu, powinien mieć zagwarantowaną możliwość odwołania się.

W związku z tym, że nie istnieją przepisy nakazujące wszystkim przedsiębiorcom telekomunikacyjnym wycofanie sprzętu, usług lub oprogramowania danego dostawcy, obowiązek wycofania tych produktów dotyczyć miałby jedynie przedsiębiorców objętych wymaganiami określonymi w punkcie 11 załącznika nr 4 do decyzji rezerwacyjnej, a więc jedynie tych operatorów, wobec których Prezes UKE wydałby decyzje rezerwacyjne. Nakaz wycofania sprzętu, usług lub oprogramowania danego dostawcy nie dotyczyłby innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w których sieci produkty danego dostawcy byłyby wykorzystywane. Nakaz ten dotyczyłby więc tylko tych przedsiębiorców, którzy zarówno

otrzymali decyzje rezerwacyjne zawierające kwestionowane wymagania, jak i posiadają w swojej sieci produkty danego dostawcy.

3. Naruszenie zasad konstytucyjnych.

Konstytucja RP w art. 20 stanowi, że podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej stanowi społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej i własności prywatnej. Działania Prezesa UKE mogą być uznane za naruszenie konstytucyjnej gwarancji własności prywatnej, gdyż nakaz wycofania z użycia majątku posiadanego przez danego przedsiębiorcę spowoduje analogiczny skutek jak wyłączenie. Przywołać więc należy art. 21 ust. 2 Konstytucji RP, który stanowi, że wyłączenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem.

Wymaganie określone przez Prezesa UKE w zakresie nakazu wycofania z użycia sprzętu i usług danego przedsiębiorcy stanowią również nieuzasadnione ograniczenie wolności działalności gospodarczej, zagwarantowane w art. 22 Konstytucji RP. Przepis wyraźnie określa, że takie działania są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Z pewnością dokumentacja aukcyjna i wydawane decyzje nie są aktami ustawowymi.

Ponadto skutki takich działań, wywołujące nieuzasadnione zwiększone wydatki, stanowiące znaczne kwoty nawet dla dużych operatorów telekomunikacyjnych, spowolnią tempo tworzenia społeczeństwa cyfrowego i budowy sieci 5G oraz zmniejszą konkurencyjność polskiej gospodarki.

4. Niespójność z projektem ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej oraz projektem ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw.

Należy zauważyć, w procesie uzgodnień w ramach Komitetu Stałego Rady Ministrów, dotyczących projektu nowelizacji ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, na którym Prezes UKE oparł część wymagań przedstawionych w załączniku nr 4 pkt 11, przedstawione zostały stanowiska Ministra ds. Unii Europejskiej oraz Prezesa Rządowego Centrum Legislacji. W stanowiskach tych zostały zgłoszone zastrzeżenia zarówno w zakresie niespójności procedowanego projektu nowelizacji ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa z obecnym brzmieniem Prawa telekomunikacyjnego oraz projektem ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej, jak również odnośnie kolejności procedowania projektów tych ustaw. W piśmie Rządowego Centrum Legislacji z 24 marca 2023 roku (RCL.DPUE.550.4/2022) wskazano, że aby przyjąć konstrukcje prawne i siatkę pojęciową z projektu ustawy – Prawo komunikacji elektronicznej, projekt ten powinien znajdować się na etapie prac legislacyjnych w Senacie, co jeszcze nie nastąpiło (projekt został odrzucony przez komisję sejmową, a następnie wycofany z Sejmu).

W obecnej sytuacji istnieje ryzyko, że projektowane dokumenty będą obarczone istotnymi niespójnościami, zarówno w zakresie siatki pojęciowej, jak i uchwalonych w najbliższej przyszłości ustawami, które mogą stać w sprzeczności z treścią rozwiązań proponowanych przez Prezesa UKE. Przykładem mogą być choćby rozbieżności w zakresie określanego przez Prezesa UKE terminu wycofania sprzętu, który jest niezgodny z zatwierdzonymi na KSRM zmianami do ustawy o krajowym systemie bezpieczeństwa.

Uwagi szczegółowe.

1. Klauzula nieobowiązywania postanowień decyzji sprzecznych z przepisami prawa powszechnie obowiązującego.

Istotne zagrożenie dla stabilności prawnej rozstrzygnięć w postępowaniu aukcyjnym oraz dla wydanych decyzji rezerwacyjnych wynika z projektowanego zastrzeżenia umieszczonego na końcu załącznika nr 4. Stwierdza się w nim, że

„Poszczególne postanowienia Wymagań mają zastosowanie, o ile obowiązujące przepisy prawa nie stanowią inaczej. Postanowienia Wymagań należy tak interpretować aby je pogodzić z obowiązującymi przepisami. W przypadkach niedających się pogodzić kolizji z obowiązującymi przepisami, przepisy prawa powszechnie obowiązującego mają pierwszeństwo i wchodzi w miejsce postanowień niniejszego Załącznika, z którymi są one niezgodne.”.

Powyższe zastrzeżenie miało być wprowadzone do decyzji administracyjnej, ale organ nie może wydawać decyzji zawierającej wymagania, które są sprzeczne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Decyzja administracyjna musi być zgodna z aktualnym porządkiem prawnym i rozstrzygać w sposób jednoznaczny sytuację prawną jej adresata. Nie może pozostawiać miejsca na odmienne interpretacje.

2. Informacja o uznaniu dostawcy za stanowiącego poważne zagrożenie.

Decyzja rezerwacyjna jako akt administracyjny musi spełnić wymogi określone dla czynności administracyjnych. W Kodeksie postępowania administracyjnego i w Prawie telekomunikacyjnym nie istnieją przepisy nakładające obowiązek podejmowania określonego działania na podstawie „pozyskanych informacji”. Decyzja każdego organu władzy publicznej musi zostać zakomunikowana lub doręczona stronie postępowania w trybie przewidzianym przez przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Nie jest sprecyzowane, czy przedsiębiorca telekomunikacyjny ma obowiązek monitorowania dostępnych publicznie informacji (np. w mediach) i dokładnego zapoznawania się z nimi, aby pozyskać informacje o których mowa w pkt 11 załącznika nr 4 do projektu decyzji rezerwacyjnej. Jeśli ma taki obowiązek, to obowiązek ten powinien zostać jednoznacznie określony, nazwany i zaadresowany, w sposób nie budzący wątpliwości i nie dający możliwości różnych interpretacji. Nie jest także określone czy informacje o uznaniu danego dostawcy za stwarzającego poważne zagrożenie można pozyskać od jednego, konkretnego organu.

Podsumowanie.

Postanowienia punktu 11 załącznika nr 4 ograniczają w sposób pozaustawowy, konstytucyjnie gwarantowaną wolność działalności gospodarczej. Projekt decyzji rezerwacyjnej we wskazanym zakresie nie ma podstawy prawnej, co może zostać uznane za wydanie decyzji z rażącym naruszeniem prawa. Sytuacja ta zagraża zarówno prawnej stabilności rozstrzygnięć w postępowaniu aukcyjnym, jak i trwałości wydawanych decyzji rezerwacyjnych, co stanowi poważny czynnik ryzyka prawnego.

W związku z powyższym, wnosimy o wykreślenie punktu 11 załącznika nr 4 w obecnej postaci oraz wykreślenie zastrzeżenia o następującej treści:

„Poszczególne postanowienia Wymagań mają zastosowanie, o ile obowiązujące przepisy prawa nie stanowią inaczej. Postanowienia Wymagań należy tak interpretować aby je

pogodzić z obowiązującymi przepisami. W przypadkach niedających się pogodzić kolizji z obowiązującymi przepisami, przepisy prawa powszechnie obowiązującego mają pierwszeństwo i wchodzi w miejsce postanowień niniejszego Załącznika, z którymi są one niezgodne.”.

Z uznaniem!

Rafał Jankiewicz