Orange Polska S.A.
Współpraca Regulacyjna
reprezentowana przez
r. pr. Wiolettę Pacler
Aleje Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa
tel.: 22 527 22 39

URZĄD KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ
Warszawa
wpły 18. 05. 2017 nęło
Podp.:

Pan Marcin Cichy
Prezes
Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Kasprzaka 18/20
01-211 Warszawa

Warszawa, 18 maja 2017 r.

Numer: TKRLA/SŻ/2226/05/17

Temat: Stanowisko dotyczące przetargu na rezerwację częstotliwości z pasma 450 MHz.

Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Kasprzaka 18/20
01-211 Warszawa

W związku z ogłoszeniem w dniu 18 kwietnia 2017 r. postępowania konsultacyjnego dotyczącego przetargu na rezerwację częstotliwości z zakresów 452,5125-457,0125 MHz oraz 462,5125-467,0125 MHz[1], w imieniu Orange Polska S.A. (dalej także „Orange") przedstawiam poniższe stanowisko w tej sprawie.

1. Przedwczesność przetargu

W pierwszej kolejności należy wskazać, że **ogłoszenie konsultacji przetargu na pasmo 450 MHz, a w konsekwencji ewentualne ogłoszenie samego przetargu wydaje się istotnie przedwczesne**. Tak pilny tryb procedowania w odniesieniu do rozdysponowania tego pasma nie znajduje obiektywnego uzasadnienia.

Przedwczesność potwierdza przede wszystkim brak pogłębionej analizy aspektów efektywnego wykorzystania częstotliwości w wymienionym paśmie. Przedmiotem przetargu ma być blok dupleksowy o szerokości 4,5 MHz, a więc o 0,5 MHz węższy od standardowej szerokości bloku (5 MHz) przewidzianego dla obecnych i przyszłych systemów szerokopasmowej transmisji danych. Jeżeli zasób częstotliwości z pasma 450 MHz ma zostać w tej chwili na nowo rozdysponowany, to jest to niepowtarzalna okazja do podjęcia próby udostępnienia bloku częstotliwości o standardowej szerokości i standardowym położeniu, a więc o znormalizowanych wartościach granicznych zakresu. Tylko wówczas można bowiem mówić o zapewnieniu warunków do efektywnego wykorzystania częstotliwości i ładu w gospodarce częstotliwościami, a więc o realizacji celów wskazanych w ustawie Prawo telekomunikacyjne (Pt), między innymi w art. 1 ust. 2 pkt 3.

[1] http://uke.gov.pl/rozpoczecie-konsultacji-przetargu-na-rezerwacje-czestotliwosci-z-pasma-450-mhz-21763

Drugą ważną przesłanką wskazującą, że procedura przetargowa została uruchomiona zbyt wcześnie jest fakt, że z tego powodu w trybie nadzwyczajnym musiały zostać wyłączone usługi CDMA-450, z których korzystało tysiące użytkowników.

Dotychczas prawo do częstotliwości pasma 450 MHz posiadał Orange i za pomocą tych częstotliwości świadczył usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu konsumentom i użytkownikom biznesowym. Decyzja rezerwacyjna Orange była ważna do końca 2016 r., dlatego na początku 2016 roku, a więc w terminie przewidzianym w Pt, Orange wystąpił o dokonanie rezerwacji na kolejny okres. W toku tego postępowania, Prezes UKE uznał, że ustalenie wysokości opłaty za odnowienie rezerwacji wymaga powołania biegłego. Opinia w sprawie wyceny, sporządzona przez powołanego biegłego (Audytel S.A.), została przez Orange zakwestionowana w odniesieniu do jej zasadniczych elementów. Orange kilkukrotnie zwracał się do Prezesa UKE o weryfikację przedstawionej wyceny, uzasadniając między innymi: *„w sytuacji, gdy opinia biegłego budzi duże wątpliwości i zastrzeżenia strony, Prezes UKE jako organ wydający decyzję administracyjną powinien dokonać oceny zgromadzonego materiału, w tym opinii biegłego"*, a także: *„zdaniem Orange, wobec zgłaszanych w trakcie postępowania administracyjnego zastrzeżeń dotyczących wysokości opłaty za odnowienie rezerwacji częstotliwości w paśmie 450 MHz, zasadne byłoby przeprowadzenie dodatkowego badania przez innego biegłego, eksperta w dziedzinie wyceny częstotliwości".*

Mimo wyżej wymienionych argumentów, Prezes UKE podtrzymał pierwotną wycenę. Zważywszy, że wycena ta powodowałaby brak rentowności usług świadczonych przez Orange za pomocą przedmiotowych częstotliwości, Orange był zmuszony zrezygnować z rezerwacji.

W tym miejscu należy podkreślić, że decyzja Prezesa UKE uchylająca przedmiotową rezerwację dokonaną na rzecz Orange została wydana niedawno (22 marca bieżącego roku), a ponieważ w ocenie Orange w postępowaniu odnawiającym rezerwację doszło do naruszeń prawa i niewłaściwych rozstrzygnięć, obie decyzje wydane w ramach postępowania o odnowienie rezerwacji na rzecz Orange (tj. decyzja pierwszo- i drugoinstancyjna) zostały zaskarżone do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Ze względu na stosunkowo krótki upływ czasu, sprawa nie została jeszcze rozpoznana. Tak więc podkreślić należy, że w chwili obecnej nie jest jednoznacznie ustalony status tych częstotliwości, co oznacza niepewność prawną ewentualnej decyzji rezerwacyjnej wydanej w następstwie planowanego przetargu – jeśli przetarg ten zostałby przeprowadzony przed zakończeniem postępowania sądowego.

W tym kontekście pożądane byłoby wyciągnięcie wniosków z nadal nieuporządkowanej sprawy przetargu z roku 2007 na pasmo 1800 MHz. Działania Prezesa UKE w tej sprawie zostały przez sądy kilkukrotnie zakwestionowane, a same decyzje rezerwacyjne powinny być uchylone już wiele lat temu. Od blisko dziesięciu lat status tych rezerwacji jest obarczony dużym ryzykiem prawnym, realne są również roszczenia wobec Skarbu Państwa.

Mając na uwadze wyżej wspomniane okoliczności oraz związaną z nimi niepewność prawną, tym bardziej trudno znaleźć uzasadnienie dla nadzwyczajnego pośpiechu w działaniach Prezesa UKE nakierowanych na rozdysponowanie akurat pasma 450 MHz, zwłaszcza gdy w odniesieniu do innych zakresów, w dodatku od dłuższego czasu niezagospodarowanych, można zauważyć wyraźną nierychliwość Organu.

Pospiesznemu ogłaszaniu przetargu na częstotliwości z pasma 450 MHz warto także przyjrzeć się w kontekście zagadnienia interesu użytkowników korzystających z usług CDMA-450. W trakcie postępowania rezerwacyjnego Orange przedstawił harmonogram działań migracyjnych. Jednocześnie mając na uwadze zabezpieczenie interesu użytkowników, Orange zwrócił się do Prezesa UKE o zgodę na krótkoterminowe używanie urządzeń radiowych (stacji bazowych) na czas umożliwiający zakończenie świadczenia usług CDMA-450 przy dochowaniu wymaganych terminów. Prośba ta spotkała się jednak z odmową Prezesa UKE, którą Organ uzasadnił przygotowaniem przetargu, mimo braku ewidentnych przesłanek uzasadniających konieczność pilnego rozpoczęcia tego procesu.

Trudno przy tym podzielić wyrażony przez Prezesa UKE pogląd, że udzielenie zgody na czasowe (miesięczne) używanie urządzeń 450 MHz „mogłoby zakłócić proces dystrybucji pasma". Jest sprawą raczej

oczywistą, że pozwolenia wydane na tak krótki i ściśle ograniczony okres w żaden sposób nie mogłyby zakłócić procedury dystrybucji pasma (rezerwacje zostaną wydane – w najlepszym razie – za kilka miesięcy).

2. Warunki ogłoszenia przetargu

Rozdysponowanie częstotliwości w drodze przetargu bądź aukcji jest wydarzeniem o istotnym znaczeniu dla rynku, również z tego powodu, że wiąże się z oczekiwaniem dodatkowych opłat (często bardzo wysokich) wnoszonych przez operatorów. Z tego powodu, nie tylko sama procedura przetargowa, ale także okoliczności prowadzące do ogłoszenia przetargu są ściśle regulowane przez ustawę Pt. Przetarg ogłasza się w dwóch przypadkach:

1) gdy zachodzi stan „braku dostatecznych zasobów częstotliwości" (at. 116 ust. 1 Pt) lub też
2) gdy Prezes UKE posiada wiedzę o zainteresowaniu przekraczającym dostępne zasoby (art. 116 ust. 12 Pt).

Wskazany w punkcie pierwszym „brak dostatecznych zasobów częstotliwości" stwierdza się w sposób, który również jest dokładnie ustalony w ustawie (art. 116 ust. 3 Pt) – brak dostatecznych zasobów występuje wtedy, jeśli w odpowiedzi na odpowiednie ogłoszenie Prezesa UKE wpłyną (w sposób udokumentowany – na piśmie lub drogą elektroniczną) deklaracje wskazujące na zainteresowanie przekraczające dostępne zasoby.

Ogłaszając obecne konsultacje przetargu częstotliwości 450 MHz, Prezes UKE nie podał jednak okoliczności przesądzających o potrzebie bądź konieczności przeprowadzenia przetargu. W szczególności Prezes UKE nie wykazał, że zachodzi stan „braku dostatecznych zasobów częstotliwości", lub też że Prezes UKE posiada wiedzę o zainteresowaniu przekraczającym dostępne zasoby. W tej sytuacji ogłoszenie i przeprowadzenie przetargu na częstotliwości musi rodzić wątpliwości prawne, co zwiększa ryzyko braku trwałości przyszłej decyzji rezerwacyjnej, która zostałaby wydana w wyniku zapowiadanego przetargu.

3. Minimalna wysokość oferty

W dokumentach poddanych konsultacjom Prezes UKE ustalił minimalną wartość oferty na 56,35 mln zł. W komunikacie towarzyszącym ogłoszeniu konsultacji podano, że *„minimalna wysokość kwoty deklarowanej za rezerwację została określona z uwzględnieniem wyceny dokonanej przez biegłego w ramach postępowania prowadzonego z wniosku Orange Polska S.A. o dokonanie rezerwacji na ponowny okres. Kwota 56,35 mln wskazana została przez biegłego jako najniższy z trzech wariantów wyceny częstotliwości z pasma 450 MHz, oparty na wycenie bezpośredniej wartości tego pasma."*

W trakcie postępowania rezerwacyjnego Orange wielokrotnie wskazywał, że znaczna część wyceny dokonanej przez biegłego jest nieadekwatna do częstotliwości 450 MHz. W stanowisku z grudnia 2016 r. Orange pisał: *„Zdaniem Orange, Audytel nie wyjaśnił jednak w sposób wystarczający, dlaczego powyższe elementy zostały uwzględnione w wycenie wartości rynkowej pasma 450 MHz, szczególnie dlaczego przyjęto je bezkrytycznie do końcowych obliczeń, skoro różniły się drastycznie od wartości wynikającej z metody DCF, która nawet według tego samego biegłego odzwierciedla faktyczną wartość tego pasma: »Potencjalne korzyści związane z wykorzystaniem pasma 450 MHz w tym modelu (LTE Advanced – scenariusz najbardziej optymistyczny, wyjaśnienie Orange) odzwierciedla wycena DCF«"* (podkreślenie własne).

Podobnie krytyczną ocenę przedstawił uznany ekspert: *„W szczególności niepoprawne było zastosowanie metody pośredniej poprzez porównanie do transakcji, które dotyczyły istotnie innych pasm częstotliwości o innych możliwościach komercyjnego zastosowania (...) Metoda pośrednia pokazała blisko 18-krotne różnice pomiędzy minimalnym a maksymalnym poziomem oszacowania więc jej konkluzja oparta na średniej jest w naszej opinii, niewiarygodna, a w konsekwencji podważa wiarygodności ostatecznej konkluzji wyceny opartej na średniej wyniku metody DCF i metody pośredniej".*

Orange podkreślał, że do rzetelnej wyceny pasma można wykorzystać praktycznie tylko jeden element przedmiotowej opinii biegłego, to jest wycenę bezpośrednią metodą przychodową (z pisma Orange: *„Orange podtrzymuje swoje stanowisko, że w przypadku, gdy Biegły – w sposób nieuprawniony – dokonał*

rozszerzenia wyceny na całkowicie inne zakresy częstotliwości, Prezes UKE powinien wykorzystać te elementy opinii Biegłego, które mają zastosowania w niniejszej sprawie").

Prezes UKE dotychczas nie zgadzał się z powyższym poglądem. Ponieważ ogłaszając konsultacje, Prezes UKE diametralnie zmienił podejście w tym względzie i oparł wymaganą cenę na tym właśnie elemencie (tzw. wycenie bezpośredniej), to należy przyjąć, że zmiana ta wynikała z dodatkowej analizy ekonomicznej wykonanej na potrzeby Organu w związku z zapowiadanym przetargiem. Wobec tego Orange zwraca się o udostępnienie tej analizy.

Niezależnie od powyższych wątpliwości należy zauważyć, że opinia biegłego, sporządzona na potrzeby postępowania odnawiającego rezerwację na rzecz Orange, jest niejawna. Przyjęcie przez Prezesa UKE wartości częstotliwości pasma 450 MHz z opinii zastrzeżonej, do której nie będą miały dostępu podmioty zamierzające brać udział w postępowaniu przetargowym, może budzić zastrzeżenia uczestników przetargu, w konsekwencji może mieć wpływ na prawidłowość i ważność procesu.

4. Ograniczenia technologiczne

W punkcie 5 Załącznika nr 2 do Dokumentacji przetargowej (dalej także jako „Załącznik") zostały wyspecyfikowane systemy telekomunikacyjne, do jakich mogą być wykorzystywane częstotliwości objęte rezerwacją (wskazano zresztą jedynie 2 systemy: LTE i CDMA).

Tym samym treść tego punktu wprowadza ograniczenie w zakresie sieci radiowych i rodzaju technik dostępu radiowego, a więc ograniczenia, o których mowa w art. 115 ust. 2 pkt 5 lit. a Pt. Zgodnie z art. 115(1) ust. 1 Pt, ograniczenia te mogą być wprowadzone tylko w ściśle określonych okolicznościach, z których żadna nie zachodzi w omawianym przypadku.

Ponadto należy zauważyć wewnętrzną niespójność Załącznika w omawianym aspekcie. We wstępie do Załącznika stwierdzono: „Wobec neutralnego technologicznie charakteru decyzji rezerwacyjnej...", podczas gdy w pkt 5 określono konkretne systemy radiokomunikacyjne, co z założenia przeczy idei neutralności technologicznej.

Ograniczenie dopuszczalnych systemów radiokomunikacyjnych, w jakich mogą być wykorzystywane częstotliwości, do 2 konkretnych systemów wymienionych w rezerwacji, która z założenia ma być neutralna technologicznie, jest tym bardziej niezrozumiałe, że w innych rezerwacjach (choćby w rezerwacjach częstotliwości z pasma 800 MHz dokonanych w 2016 r.) takich ograniczeń nie ma.

5. Niezgodność z planem zagospodarowania częstotliwości

Jak wskazano powyżej, w Załączniku nr 2 do Dokumentacji przetargowej został wymieniony system LTE jako jeden z dwóch podstawowych systemów, jakie mogą być stosowane przy wykorzystaniu częstotliwości pasma 450 MHz. Jest to niezgodne z obowiązującym planem zagospodarowania częstotliwości dla zakresów 452,5 – 460,0 MHz oraz 462,5 – 470,0 MHz[2], który nie przewiduje systemu LTE.

RADCA PRAWNY
Wioletta Pacie
łaniec-17

Załączniki:

Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.

[2] http://uke.gov.pl/files/?id_plik=13126