



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dn. 29.06.2011 r.
KIGEiT/823/06/2011

Sz.P. Piotr Kołodziejczyk
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Spraw
Wewnętrznych i Administracji
ul. Stefan Batorego 5
02-591 Warszawa

Szanowny Panie Ministrze,

w nawiązaniu do opublikowanych na stronie internetowej MSWiA „Założeń do projektu ustawy o Międzyresortowym Operatorze Systemu Teleinformatycznego” (dalej „Założenia”) Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „KIGEiT”) przedstawia swoje uwagi odnośnie przedstawionych Założeń z prośbą o ich jak najszersze uwzględnienie.

1) Podsumowanie

- a) W ocenie Izby koncepcja centralizacji usług dla administracji rządowej doprowadzi do zwiększenia kosztów usług telekomunikacyjnych dla Skarbu Państwa;
- b) Przyjęta w Założeniach koncepcja niesie za sobą ryzyko nierównoprawnej konkurencji na rynku;
- c) Przyjęte w Założeniach rozwiązania naruszają wspólnotowe prawo w zakresie zamówień publicznych;
- d) Istnieje ryzyko naruszenia przepisów wspólnotowych dotyczących pomocy publicznej;
- e) Koncepcja centralizacji usług telekomunikacyjnych niesie za sobą ryzyka dla ciągłości świadczenia usług w tym zakresie oraz może stanowić zagrożenie z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa.
- f) W ocenie Izby obecna koncepcja MOST tworzy monopol sztucznego podmiotu w zakresie niemałego segmentu rynku usługowego, jakim są podmioty administracji rządowej przy czym monopol ten nie mieści się w ramach prawa krajowego oraz prawa unijnego, jest także sprzeczny z przyjętymi zasadami funkcjonowania rynku.

2) Oszczędności wynikające z działalności MOSTu, czy z wolnego i konkurencyjnego rynku;

Koncepcja utworzenia Międzyresortowego Operatora Systemu Teleinformatycznego (dalej „MOST” lub „Agencja”) opiera się na przekonaniu, że centralizacja usług teleinformatycznych przyczyni się do redukcji kosztów w porównaniu z rozproszonym modelem realizacji usługi. W ocenie Izby, takie przekonanie jest wadliwe co najmniej z kilku powodów.

Po pierwsze, koncepcja działania MOST zakłada, że podmiot ten będzie obligatoryjnym dostawcą usług dla organów administracji rządowej oraz szeregu innych podmiotów (zakres ten nie do końca został sprecyzowany). Oznacza to, że MOST w dużej mierze będzie działał w warunkach monopolu, a tym samym bez presji konkurencyjnej nie będzie miał jakichkolwiek zachęt do oferowania konkurencyjnych i tańszych usług. Co więcej, nie widać skutecznego mechanizmu, który spowodowałby dążenie do redukcji kosztów MOST, a tym samym do redukcji kosztów usług świadczonych przez MOST. Na jego działalność nie będą także miały wpływu jakiegokolwiek zmiany w otoczeniu rynkowym, gdyż podmiot ten będzie miał zapewnionych odbiorców swoich usług, którzy niezależnie od okoliczności będą zobligowani do nabywania usług MOST. Jak pokazują wszelkie badania, w sytuacji monopolu, czy to prawnego, czy faktycznego ceny usług (bez względu na szlachetność, czy dobre intencje pomysłodawców) świadczonych przez podmiot posiadający monopol są zawsze wyższe, aniżeli ceny podmiotów działających w warunkach konkurencyjnych.

MOST działając w warunkach monopolu prawnego:

- a) będzie mógł ustalać ceny niezależnie od konkurencji;
- b) nie posiada jakichkolwiek zachęt do ograniczania swoich kosztów, a tym samym bez presji konkurencyjnej koszty działania tego podmiotu będą znacznie wyższe aniżeli koszty działania przedsiębiorców telekomunikacyjnych;

Po drugie, zważywszy na rozproszenie organów administracji rządowej oraz innych podmiotów, które potencjalnie mogą korzystać z usług Agencji, nakazuje przyjąć, że wyliczenia oszczędności przewidziane w Założeniach wydają się mało prawdopodobne, a rzeczywiste koszty funkcjonowania MOST będą znacznie wyższe. Co więcej można przypuszczać, że ze względu na rozległość i topologię sieci Telekomunikacji Kolejowej oraz PIONIERA, większość odbiorców usług Agencji i tak będzie poza zasięgiem jej sieci, a to oznacza, że przyłączenia będą realizowane za pomocą łączy dzierżawionych od przedsiębiorców telekomunikacyjnych lub dany podmiot będzie poza zasięgiem sieci MOST. Ta ostatnia możliwość prowadzi do kolejnych ryzyk związanych z przyznaniem Agencji możliwości wyrażania zgody na zawieranie umów z innymi niż Agencja podmiotami, co może prowadzić do sytuacji, w której podmiot ten będzie decydował o tym z jakim przedsiębiorcą telekomunikacyjnym ma zawrzeć umowę dany odbiorca. Wydaje się, że tak daleko idąca kompetencja stanowi nadmierne ograniczenie swobody działań danego podmiotu (na marginesie zresztą należy zauważyć, że w takim przypadku wybór dostawcy odbędzie się na podstawie zamówienia publicznego).

Po trzecie, wskazujemy, że MOST z jednej strony będzie podmiotem o specjalnych uprawnieniach, a z drugiej strony będzie miał możliwość konkurowania z innymi przedsiębiorcami w procesie pozyskiwania klientów, którzy będą mieli swobodę wyboru dostawcy usług. Powyższe niesie za sobą szereg ryzyk dla zakłócenia równoprawnej konkurencji na rynku. Podmiot taki bowiem, mając zapewnione przychody od usługodawców obligatoryjnie korzystających z jego usług, może np. subsydiować swoją ofertę dla pozostałych klientów, a tym samym stosować ceny odbiegające od cen rynkowych, celem pozyskania klientów, którzy mają swobodę wyboru w zakresie dostawców usług. Powyższe prowadzi do ryzyka zachwiania konkurencji poprzez brak możliwości równego konkurowania z MOST dla innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Reasumując, za wątpliwą należy uznać główną przesłankę wskazaną w Założeniach, jakoby centralizacja usług teleinformatycznych przyczyniła się do oszczędności Skarbu Państwa w zakresie wydatków na usługi telekomunikacyjne. Można przypuszczać, że wydatki te znacząco wzrosną, a ceny usług świadczonych przez MOST będą wyższe niż ceny rynkowe

3) Naruszenie przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych;

W ocenie Izby rozwiązania przyjęte w Założeniach, oceniane na gruncie ustawy Prawo o zamówieniach publicznych dalej „Pzp”, zawierają całkowicie chybione i sprzeczne z prawem unijnym konstrukcje.

Zgodnie z Założeniami:

W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w art. 4 w pkt 3 po lit. l postuluje się dodanie lit. ł w brzmieniu:

„ł) usługi Międzyresortowego Operatora Systemu Teleinformatycznego.”.

Tworzy to normę o treści: ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi Międzyresortowego Operatora Systemu Teleinformatycznego. Oznacza to stworzenie podmiotu wyjątego całkowicie poza reżim systemu zamówień publicznych. Oznacza to, że każdy zamawiający (adm. rządowa, samorządowa, spółki sektorowe, uczelnie, etc.) będzie upoważniony do udzielania MOST zamówień z pominięciem procedur wynikających z Uzp. Takie podejście jest niemożliwe na gruncie prawa wspólnotowego. Autor Założeń odwołuje się do koncepcji doktryny Teckal. Niemniej jednak powołana doktryna Teckal w żaden sposób nie ma zastosowania do tej sprawy i usługi mające być przedmiotem wyłączności MOSTu w większości wypadków powinny bezwzględnie podlegać prawu zamówień publicznych (zgodnie z dyrektywami unijnymi i orzecnictwem ETS). Wskazuje na to samo orzeczenie w sprawie Teckal, jak i szeregu innych orzeczeń ETS np. w orzeczeniu ETS z dnia 13 stycznia 2005 r., C-84/03, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, ECR 2005, nr 1, poz. I-00139, dotyczącym ustawodawstwa wewnętrznego Hiszpanii wskazuje się, iż generalne wyłączenie z zakresu stosowania procedur zamówień publicznych stosunków (porozumień) między jednostkami administracji publicznej, ich jednostkami organizacyjnymi i ogólnie między podmiotami prawa publicznego, niezależnie od natury tych stosunków (a zatem bez uwzględnienia, czy mieszczą się one w przedmiocie regulacji dyrektyw dotyczących koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych), stanowi nieprawidłową transpozycję dyrektyw na grunt prawa wewnętrznego. Pełna teza orzeczenia brzmi: *„Prawodawstwo krajowe z zakresu zamówień publicznych, które wyłącza a priori ze swego zakresu stosowania porozumienia o współpracy zawarte między jednostkami administracji publicznej a innymi podmiotami publicznymi, w tym porozumienia będące zamówieniami publicznymi w rozumieniu wspomnianych dyrektyw, stanowi nieprawidłową transpozycję dyrektyw 93/36, koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, i 93/37, dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.”*

Zwracamy także uwagę na takie postanowienie Założeń, jak:

Agencja będzie wykonywała zadania na podstawie zawartych umów z podmiotami prywatnymi i porozumień z podmiotami publicznymi określonymi w (założeniach). Do zawierania umów i porozumień, o których mowa powyżej nie będzie stosowana ustawa Prawo zamówień publicznych.

Jak rozumiemy powyższe postanowienia Założeń, zakładają, że MOST jest podmiotem, nie tylko, któremu udzielanie zamówień jest poza Pzp, ale także sam nie będzie co do zasady stosował Pzp. Takie podejście nie jest to możliwe na gruncie prawa wspólnotowego.

Podejście to, jak wynika z Założeń, miało bazować na wypracowanej na gruncie Pzp koncepcji, iż jeśli jednostka organizacyjna skarbu państwa udziela zamówienia innej jednostce organizacyjnej SP, to nie mamy do czynienia z umową w sprawie zamówienia (tożsamość stron). Zważywszy jednak na wybrany model w którym MOST ma być

państwową agencją wykonawczą w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, czyli będzie odrębną (od SP) osobą prawną, koncepcja ta nie może mieć zastosowania. W tym kontekście należy bowiem zwrócić uwagę na treść art. 4 pkt 13 Pzp. Jest to wspólnotowa konstrukcja „in-house” wprowadzona w ograniczonym zakresie do Pzp., gdzie jest wyraźnie mowa o trzech warunkach w przypadku odrębności podmiotów (dwie osoby prawne) umożliwiających zastosowanie powyższej koncepcji. Jednym z tych warunków jest wypracowana na gruncie orzeczeń ETS kontrola zamawiającego nad takim podmiotem. Tutaj, jak jasno wynika z Założeń, takiej kontroli nie będzie.

Dodatkowo warto wskazać także na szereg innych wadliwych (także redakcyjnie) rozwiązań przyjętych w Założeniach. Przykładowo zgodnie z nimi:

Obligatoryjny odbiorca usług Agencji – przez co rozumie się organy administracji rządowej i podległe lub nadzorowane przez te organy podmioty realizujące zadania publiczne, jak również organy jednostek samorządu terytorialnego i podległe lub nadzorowane przez te organy podmioty realizujące zadania zlecone z zakresu administracji rządowej oraz inne organy państwowe.

Zgodnie z powyższym, podmiotem takim są organy jednostek samorządu terytorialnego realizujące zadania zlecone z zakresu administracji rządowej. Tymczasem przykładowo każdy powiat realizuje zadania zlecone z zakresu administracji rządowej dotyczące gospodarki nieruchomościami Skarbu Państwa. Jak rozumiemy tym samym każdy powiat jest „obligatoryjnym odbiorcą usług”. Powstaje więc pytanie, czy już z samego faktu przekazania zadania z finansowaniem (a w zasadzie udział w przychodach z zarządzania nieruchomościami SP) oznacza, iż można w zakresie realizacji tych zadań nakazać powiatom zawieranie jakichkolwiek umów w żaden sposób nie powiązanych z zadaniami zleconymi realizowanymi przez powiaty. Podkreślamy, iż w myśl przyjętej konstrukcji podmioty te są zamawiającymi, a MOST nie jest jednostką wobec której możnaby stosować konstrukcję „in-house” w relacji do jednostek samorządu terytorialnego. Rozwiązanie to jest więc w całości nietrafne.

4) Ryzyko naruszenia przepisów wspólnotowych dotyczących pomocy publicznej;

Do najważniejszych zadań Wspólnoty Europejskiej należy ochrona konkurencji na rynku wspólnotowym. Powyższe znajduje potwierdzenie w przepisach Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TFUE), a w szczególności w przepisach art. 101 – 109 TFUE zamieszczonych w rozdziale poświęconym wspólnotowemu prawu konkurencji. Z przepisów tych wynika jednoznacznie, że do naruszenia konkurencji ze strony państw członkowskich może dojść na skutek pomocy udzielanej przez nie na rzecz przedsiębiorstw (art. 101 – 109 TFUE). Pomoc państwa przeciwdziała bowiem efektywnej alokacji zasobów, a także uderza w jedność rynku wspólnotowego.

Uzyskanie przez Polskę statusu członka Unii Europejskiej powoduje, że pomoc udzielana przedsiębiorcom podlega ocenie pod względem zgodności z regułami wspólnego rynku. Z dniem akcesji organem nadzorującym udzielanie pomocy publicznej dla przedsiębiorców w Polsce jest Komisja Europejska. Kwestie zasad i warunków udzielania pomocy publicznej regulują przepisy art. 106 – 109 TFUE oraz wydane na ich podstawie rozporządzenia.

Przenosząc powyższe regulacje na grunt Założeń, Izba wskazuje, że jeżeli ustawa ograniczałaby się do powołania z majątku Skarbu Państwa państwowej osoby prawnej i powierzenie jej świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz jednostek Skarbu Państwa i w tym celu budowy i eksploatacji sieci telekomunikacyjnej wyłącznie na potrzeby tych jednostek, to z punktu widzenia pomocy publicznej takie rozwiązanie należałoby uznać za

dopuszczalne (choć nadal pozostają aktualne powyższe uwagi dotyczące naruszenia przepisów wspólnotowych dotyczących zamówień publicznych).

Wskazujemy jednak, że Założenia do ustawy idą szerzej, bo MOST może świadczyć usługi na rzecz jednostek samorządu terytorialnego i innych jednostek sektora publicznego, a nawet na ich wniosek usługi na rzecz podmiotów prywatnych. Nie jest też wykluczone, że MOST będzie świadczyć usługi podmiotom prywatnym w innych sytuacjach – zwracamy uwagę, że w pkt 2.2.2. katalog podmiotów odsyła do zadania z pkt 2.2.1., które określono jako „podstawowe”, a tym samym niewykluczone, że mogą być jakieś inne działania, do których krąg podmiotowy nie jest zawężany przez pkt 2.2.2. W założeniach wyłączono jedynie możliwość świadczenia usług przez MOST na rzecz przedsiębiorców telekomunikacyjnych (2.2.3).

Takie rozszerzenie oznacza, że MOST wykracza poza organizowanie i zapewnienie usług we własnym zakresie przez Skarb Państwa jednostkom Skarbu Państwa. MOST będzie odpłatnie oferował na rynku konkurencyjnym dobra i usługi, które są substytucyjne do dóbr i usług oferowanych przez przedsiębiorców – jst i inne podmioty będą każdorazowo mogły wybierać pomiędzy ofertą MOST a ofertą przedsiębiorców. Powyższe oznacza, że **MOST będzie przedsiębiorcą w rozumieniu prawa wspólnotowego, a każda korzyść dla MOST ze środków publicznych** (np. w postaci przekazania majątku na warunkach korzystniejszych niż rynkowe, czy udzieleniu dotacji) **będzie pomocą publiczną dla MOST**, co do zasady wymagającą notyfikacji do Komisji UE.

Co więcej, **niektórzy z klientów MOST to także przedsiębiorcy** (niektóre jednostki z sektora publicznego, podmioty prywatne wykonujące zadania publiczne), **a więc oni także będą otrzymywali pomoc publiczną, gdyż MOST zapewni im infrastrukturę finansowaną w całości ze środków publicznych**, która w innym razie nie byłaby im dostępna w ramach oferty rynkowej, **a po drugie, w Założeniach nie ma żadnych postanowień dotyczących zasad ustalania cen przez MOST, co oznacza, że nie ma gwarancji, iż będą one cenami rynkowymi.**

Ponadto, w Założeniach nie ma mowy o tym, że dostęp możliwy dzięki infrastrukturze i usługom dostarczonym przez MOST, będzie ograniczony do treści i usług sektora publicznego oferowanych nieodpłatnie. Przeciwnie, dostęp będzie pełen, a więc przedsiębiorcy oferujący odpłatnie usługi i treść mogą również uzyskać korzyść będącą pomocą publiczną, choćby poprzez poszerzenie rynku zbytu geograficznie lub podmiotowo.

W związku z ryzykiem, że w projektowanych przepisach występuje pomoc publiczna powinien on, w ocenie Izby, po uprzednim uszczegółowieniu powinien zostać poddany procedurze notyfikacji do Komisji Europejskiej.

5) Ryzyka związane z oparciem „e-działań” administracji rządowej o jednego dostawcę usług;

Izba wskazuje, że dodatkowe ryzyka związane z oparciem całej działalności administracji rządowej o jednego dostawcę usług telekomunikacyjnych wiążą się z dodatkowymi ryzykami, jakie wynikają z ewentualnych awarii oraz przerw w działaniu sieci. Jest kwestią oczywistą, że praktycznie nie istnieje możliwość zapewnienia pełnej protekcji w zakresie działania sieci jednego podmiotu, gdyż wiązałoby się to z koniecznością dublowania infrastruktury oraz z ogromnymi kosztami w tym zakresie. W konsekwencji, w przypadku awarii, które są

normalnym zjawiskiem w działalności każdego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, cała e-administracja byłaby niedostępna dla wszystkich zainteresowanych co praktycznie mogłoby oznaczać paraliż działalności administracji i realizacji ich zadań. W przypadku, kiedy usługi te oparte są o szereg dostawców, to awaria w działaniu jednego z nich (choć dotkliwa) nie powoduje wstrzymania działań pozostałych podmiotów. Co więcej, podmioty administracji są zazwyczaj jednymi z najważniejszych klientów, co powoduje, że każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny usuwa takie awarie z najwyższym priorytetem. W sytuacji, gdy MOST będzie wyłącznym dostawcą usług, a także większość jego klientów stanowić będą takie podmioty, każda awaria będzie miała podobny status.

6) Ryzyka dla obronności i bezpieczeństwa państwa związane z oparciem systemu teleinformatycznego państwa o jednego dostawcę usług

Założenia wskazują, że sieci o specjalnym przeznaczeniu, w tym przede wszystkim sieć MON, mogą być także zintegrowane w ramach Agencji (z zachowaniem wydzielenia tych sieci w ramach wspólnej infrastruktury). W ocenie Izby, koncepcja tworzenia jednego podmiotu dla całej administracji, nie stanowi dobrego rozwiązania z punktu widzenia obronności i bezpieczeństwa państwa, a także bezpieczeństwa i porządku publicznego. Wydaje się, że funkcjonowanie całej administracji w ramach jednej sieci może stanowić większą zachętę dla ataków hakerów, czy nawet ataków terrorystycznych. W tym zakresie jest to oczywiście kwestia polityki państwa, w którą Izba z natury rzeczy nie chce i nie zamierza ingerować. Niemniej jednak, wydaje się, że warto zwrócić uwagę na powyższe ryzyko, jako jeden z elementów oceny całej koncepcji tworzenia MOST.

7) Poszerzenie listy podmiotów uprawnionych w Prawie telekomunikacyjnym

Izba wskazuje, że zasadniczą wątpliwość KIGEiT budzi poszerzenie listy podmiotów wymienionych w art. 4 Pt o MOST, a także rozszerzenie listy podmiotów uprawnionych do ubiegania się o dostęp telekomunikacyjny na podstawie art. 26 i n. Pt. Jak wskazano powyżej, podmiot ten w wielu obszarach rynku będzie stanowił konkurencję dla działających na tym rynku przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a jednocześnie ma być on traktowany w sposób uprzywilejowany. Zdaniem Izby brak jest przesłanek, które uzasadniałyby odmienne traktowanie MOST w stosunku do innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

8) Brak oceny skutków regulacji na rynek telefonii stacjonarnej oraz konkurencję

W ocenie Izby jednym z wielu zarzutów wobec Projektu jest brak oceny skutków regulacji na rynek telekomunikacyjny oraz na konkurencję. Jak wskazano powyżej, działalność MOST może prowadzić do zakłócenia warunków konkurencyjnych dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Stąd też postulujemy uszczegółowienie Założeń w tym zakresie.

Z pozdrowieniem

Prezes Zarządu



Stefan Kamiński