



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dn. 7.09.2015 r.
KIGEiT/1130/09/2015

Sz. P. Andrzej Halicki
Minister
Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji
ul. Królewska 27
00-060 Warszawa

Dotyczy: postępowania konsultacyjnego dotyczącego projektu rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji zmieniającego rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych wraz z pismami towarzyszącymi.

STANOWISKO KRAJOWEJ IZBY GOSPODARCZEJ ELEKTRONIKI I TELEKOMUNIKACJI

W związku z pismem MAiC z dn. 1 września br. dotyczącym konsultacji projektu rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji zmieniającego rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych wraz z pismami towarzyszącymi (dalej „Projekt”), niniejszym Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „KIGEiT” lub „Izba”) pragnie przedstawić stanowisko w sprawie konsultowanego Projektu, wnosząc o jego wycofanie, względnie zmianę § 2 Projektu w ten sposób, że proponowana zmiana nie ma zastosowania do toczącego się procesu aukcyjnego.

W stanowisku Izby odniesiemy się do następujących zagadnień:

- **Projekt jako „pułapka prawna” w świetle zasady zaufania obywateli do państwa**
- **Projekt, a zasada zakazu retroaktywnego działania aktów prawnych;**
- **Projekt, a ochrona praw nabytych;**
- **Projekt, a okres vacatio legis;**
- **Naruszenie niezależności Prezesa UKE**
- **Naruszenie przepisów Pt oraz ustawy o swobodzie działalności gospodarczej**
- **uwag do propozycji postanowień Projektu.**

1) Wstęp

Na wstępie Izba wskazuje, że z dużym zaniepokojeniem odbiera próbę wprowadzenia zmian do toczącej się aukcji. Podkreślamy, że nasze wątpliwości budzi **zarówno sposób i treść wprowadzonych zmian** (o czym szerzej w dalszych punktach stanowiska), **jak i negatywne skutki jakie mogą wiązać się z taką zmianą dla operatorów uczestniczących w aukcji**, w szczególności ryzyko związane z uchynieniem decyzji o rezerwacji częstotliwości ze względu na nieprawidłowości w przeprowadzeniu procesu aukcyjnego, a także oparcie rozstrzygnięcia w aukcji o niekonstytucyjne postanowienia Projektu. Odwołując aukcję 11 lutego 2014 r. Prezes UKE wskazała: „*Jako organ regulacyjny, mam obowiązek zapewnienia wszystkim podmiotom obecnym na rynku możliwości prowadzenia działalności w stabilnym i pewnym*

otoczeniu. *Najmniej pożądanym bowiem byłby fakt, gdyby ze względu na problemy techniczne w dostępie do załączników zawierających wyjaśnienia treści dokumentacji aukcyjnej przez 2,5 godziny w porze nocnej, podmioty uczestniczące w procesie aukcyjnym były narażone na podważanie decyzji rezerwacyjnych zapadłych po przeprowadzeniu aukcji.*¹.

Niestety wdrożenie rozwiązania zaproponowanego Projektem niesie za sobą znacznie większe ryzyka dla unieważnienia aukcji, a także uchylecia decyzji rezerwacyjnych, a pomimo tego dzisiaj zarówno MAiC, jak i Prezes UKE popierają nowelizację rozporządzenia aukcyjnego, która być może krótkoterminowo pozwoli przykryć rażące błędy popełnione zarówno na etapie tworzenia przepisów prawa określających przeprowadzenie aukcji, jak i na etapie przygotowania aukcji, ale w dłuższym terminie będzie niezwykle szkodliwa dla interesów operatorów, Skarbu Państwa oraz konsumentów.

Dlatego też, Izba stawia pytanie, czy osoby odpowiedzialne za przygotowanie aukcji, a teraz odpowiedzialne za przygotowanie tak ryzykownego rozwiązania jak przewidziane w Projekcie wezmą osobistą i finansową odpowiedzialność za swoje działania w sytuacji w której dojdzie do uchylecia decyzji rezerwacyjnych i konieczności zapłaty wielomiliardowych odszkodowań. Czy chęć przykrycia własnych błędów każdym kosztem może stanowić usprawiedliwienie dla wprowadzenia tak radykalnych i ryzykownych rozwiązań?

Z dużym niepokojem stwierdzamy także, że przedstawiony projekt wpłynie na zwiększenie niepewności regulacyjnej i prawnej wśród całego środowiska Przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co w wielu wypadkach wpłynie negatywnie na podejmowane przez nich decyzje inwestycyjne i rozwojowe.

W ocenie Izby zaproponowane zmiany mogą być analizowane tylko w kontekście ewentualnych przyszłych aukcji, a w żaden sposób nie powinny mieć zastosowania do toczącej się obecnie aukcji na zasoby 800 i 2600 MHz.

2) „Pułapka aukcyjna” – Projekt, a zasada ochrony zaufania obywateli do państwa

Zasada państwa prawa wymaga, aby stanowione prawo było nienagane z punktu widzenia techniki legislacyjnej. Normy te powinny jednocześnie realizować założenia leżące u podstaw porządku konstytucyjnego w Polsce i strzec wartości, które wyraża Konstytucja RP. Jak wykażemy poniżej przedstawiony do konsultacji Projekt nie spełnia tych wymogów

Jedną z naczelných zasad Konstytucji RP jest zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Jak wskazano w wyroku TK z dn. 15 lutego 2005 r. (sygn. akt K 48/04, źródło: www.trybunal.gov.pl) państwo powinno być lojalne wobec adresatów norm, które stanowi. Następnie z zasady lojalności państwa wobec obywateli Trybunał Konstytucyjny wyprowadził dalsze szczegółowe reguły, odnoszące się m.in. do sytuacji następowania po sobie zmian obowiązującego prawa. Wśród tych reguł należy wskazać przede wszystkim regułę ochrony praw nabytych (omówioną w kolejnych punktach stanowiska) oraz **przede wszystkim zasadę ochrony interesów będących w toku.**

Jak wskazuje się w orzecznictwie TK: „Obowiązkiem ustawodawcy, ze względu na ochronę interesów w toku, jest ustanowienie przepisów, które umożliwią dokończenie przedsięwzięć rozpoczętych stosownie do przepisów obowiązujących w chwili ich rozpoczynania albo stworzą inną możliwość dostosowania się do zmienionej regulacji prawnej” (zob. np. wyrok TK z 5 stycznia 1999 r., sygn. akt K 27/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 1). Z kolei w wyroku TK

¹ <http://www.uke.gov.pl/prezes-uke-odwołuje-aukcje-na-rezerwacje-czestotliwosci-stabilnosc-i-pewnosc-obrotu-prawnego-najwyzsza-wartoscia-13376>

z z 25 listopada 1997 r., sygn. akt K. 26/97 OTK ZU nr 5-6/1997, s. 450 wskazano, że na ustawodawcy ciąży szczególny obowiązek ochrony interesów w toku w sytuacji wystąpienia następujących przesłanek: "1) przepisy prawa wyznaczają pewien horyzont czasowy dla realizowania określonych przedsięwzięć; 2) dane przedsięwzięcie ma charakter rozłożony w czasie; 3) jednostka faktycznie rozpoczęła realizację danego przedsięwzięcia w okresie obowiązywania danej regulacji"

Z kolei w wyroku TK z 14 czerwca 2000 r. (sygn. P. 3/00, OTK ZU nr 5/2000, s. 690) TK stwierdził, że "zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespołem cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie systemu jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych". Dalej TK wskazuje, że prawodawca narusza wartości znajdujące się u podstaw omawianej zasady "wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa byłaby inaczej zadecydowała o swoich sprawach".

Każdy z tych wyroków stanowi samoistne uzasadnienie do zakwestionowania regulacji przewidzianych w Projekcie, gdyż każdy z operatorów biorących udział w aukcji miał prawo oczekiwać, że zostanie ona przeprowadzona w oparciu o zasady wynikające z obowiązującego w czasie ogłaszania aukcji prawa oraz w oparciu o dokumentację aukcyjną przygotowaną przez Prezesa UKE. Co więcej jeszcze w sierpniu br. Minister Halicki publicznie zapewniał, że nie ma powodów do ingerencji w toczący się proces aukcyjny².

W konsekwencji jak trafnie wskazał TK w wyroku z dnia 3 grudnia 1996 r. (sygn. akt K 25/95, źródło: LEX nr 28652): „w demokratycznym państwie prawnym stanowienie i stosowanie prawa nie może być „pułapką” dla obywatela i że obywatel powinien mieć możliwość układania swych spraw w zaufaniu, iż nie naraża się na niekorzystne skutki prawne swoich decyzji i działań niemożliwe do przewidzenia w chwili podejmowania tych decyzji i działań.”

Niestety przedstawiony do konsultacji Projekt jest właśnie taką pułapką, którą państwo polskie „zastawiło” na operatorów, którzy przystąpili do aukcji ufając w poszanowanie zasad na których została ona oparta.

Zasada nieretroaktywnego działania przepisów

Izba zwraca uwagę, że podstawową zasadą w prawie administracyjnym jest zasada stosowania dotychczasowych przepisów do trwających stanów faktycznych.

² <http://biznes.pl/magazyny/teleinformatyka/ekspert-aukcja-lte-idzie-w-zlym-kierunku-dla-telekomow-i-konsumentow/nh5fw8>

Dobrym punktem odniesienia dla tego podejścia jest przykład wprowadzonej ponad dwa lata temu nowelizacji przepisów ustawy Prawo telekomunikacyjne. Zgodnie z art. 24 ustawy z dnia 16 listopada 2012 r o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2012 r., poz. 1445 ze zm.): „Do postępowań w sprawie przeprowadzenia albo unieważnienia przetargu albo konkursu, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.”

Przepis ten w pełni daje wyraz zasadzie nieretroaktywnego działania przepisów w odniesieniu do toczących się postępowań dotyczących rozdysponowania wolnych zasobów częstotliwości.

Ważność zasady *lex retro non agit*, będącej istotnym elementem kultury prawnej współczesnych państw cywilizowanych, a także zasadniczym składnikiem porządku konstytucyjnego współczesnych ustrojów konstytucyjnych, była wielokrotnie podkreślana i omawiana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W orzecznictwie TK zasada ta utrzymuje się konsekwentnie od początku jego orzecznictwa. Już w wyroku z 28 maja 1986 roku w sprawie U 1/86 Trybunał wypowiedział następujący pogląd: *"Zasada niedziałania prawa wstecz, chociaż nie została wyrażona w Konstytucji PRL, stanowi podstawową zasadę porządku prawnego. Znajduje ona swoje oparcie w takich wartościach, jak bezpieczeństwo prawne i pewność obrotu prawnego oraz poszanowanie praw nabytych. Z tych też względów od zasady niedziałania prawa wstecz można odstępować wyjątkowo z bardzo ważnych powodów, bądź gdy wynika to z natury normowanych stosunków (...). Zasada niedziałania prawa wstecz, jako dyrektywa legislacyjna skierowana pod adresem organów stanowiących prawo, zawiera w swojej treści zakaz stanowienia norm prawnych, które nakazywałyby stosować nowo ustanowione normy prawne do zdarzeń (rozumianych sensu largo), które miały miejsce przed wejściem w życie nowo ustanowionych norm prawnych i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych przewidzianych tymi normami. Norma nie działa wstecz, jeżeli na jej podstawie należy dokonywać kwalifikacji zdarzeń, które wystąpiły po jej wejściu w życie. Przy ustalaniu następstw prawnych zdarzeń, które miały miejsce pod rządami dawnych norm, ale występują także w okresie po wejściu w życie nowej normy, należy - zgodnie z zasadą *lex retro non agit* - kwalifikować je według norm poprzednio obowiązujących" (OTK z 1986 r., s. 32, podkreślenie własne). Następnie w wyroku z 30 listopada 1988 r. w sprawie K. 1/88 Trybunał wyraził następujący pogląd: „Zasadę niedziałania prawa wstecz TK rozumie szerzej, nie tylko jako zakaz stanowienia norm prawnych, które nakazywałyby stosować nowo ustanowione normy prawne do zdarzeń, które miały miejsce przed ich wejściem w życie i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych (zasada *lex retro non agit* we właściwym tego słowa znaczeniu), lecz także jako zakaz stanowienia intertemporalnych reguł, które mają określić treść stosunków prawnych powstałych pod rządami dawnych norm a trwających w okresie wejścia w życie norm nowo ustanowionych, jeżeli reguły te wywołują ujemne prawne (a w konsekwencji społeczne) następstwa dla bezpieczeństwa prawnego i poszanowania praw nabytych. Zasada ta, (...) nie wyrażona w Konstytucji wprost, wynika z (...) konstytucyjnej zasady praworządności materialnej.” Zasada zaufania obywatela do państwa (...) jest zasadą prawnokonstytucyjną, która rodzi określone obowiązki w sferze działalności państwa. W dziedzinie prawodawczej działalności państwa stwarza ona (...) obowiązek kształtowania prawa w taki sposób by nie ograniczać wolności obywateli, jeśli tego nie wymaga ważny interes społeczny lub indywidualny, chroniony Konstytucją, obowiązek przyznawania praw z jednoczesnym ustanowieniem gwarancji realizacji tych praw, obowiązek stanowienia prawa spójnego, jasnego i zrozumiałego dla obywateli (...) i wreszcie obowiązek nie nadawania przepisom prawnym mocy wstecznej. Gdy idzie o ten ostatni obowiązek zasada zaufania do państwa wymaga, by mocy wstecznej nie nadawać przepisom, które regulują prawa i obowiązki obywateli i pogarszają ich sytuację prawną. Nie należy także stanowić przepisów, które by w*

jakiś sposób ograniczały katalog praw, mających podstawę w Konstytucji lub służącym ich realizacji. Na stabilności i rozwojowym charakterze praw i obowiązków obywateli wspiera się bowiem zaufanie obywateli do państwa i jego społeczna siła" (OTK z 1988 r., s. 84).

Jak widać nawet w poprzednim ustroju społecznym zasada nieretroaktywnego działania przepisów była respektowana zarówno przez władzę ustawodawczą, jak i sądowniczą.

Już po zmianach konstytucyjnych z grudnia 1989 r. Trybunał w wyroku z 22 sierpnia 1990 r. w sprawie K. 7/90 wskazał: „Zasada niedziałania prawa wstecz jest jednym z istotnych elementów zasady państwa prawnego (art. 1 Konstytucji). Wynikająca z zasady państwa prawnego zasada zaufania obywatela do państwa wymaga - zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego - by nie stanowić norm prawnych do zdarzeń (rozumianych sensu largo), które miały miejsce przed wejściem w życie nowo ustanowionych norm prawnych i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych normami tymi przewidzianych" (OTK z 1990 r., s. 42).

Także pod rządami obecnego porządku konstytucyjnego Trybunał podkreślił, że "zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego (m.in. K. 15/92, P. 2/92) zasada niedziałania prawa wstecz stanowi podstawę porządku prawnego. Kształtuje zasadę zaufania obywateli do państwa oraz stanowionego przez niego prawa. U podstaw tejże zasady leży wyrażona w art. 2 Konstytucji zasada demokratycznego państwa prawnego" (wyrok z 17 grudnia 1997 r., K. 22/96, OTK ZU Nr 5-6/1997, poz. 71, s. 506). Trybunał wskazuje, że odstępstwo od tej zasady jest dopuszczalne wtedy, gdy "jest to konieczne dla realizacji wartości konstytucyjnej, ocenionej jako ważniejsza od wartości chronionej zakazem retroakcji. Niemniej jednak zasada ta, mimo że nie została wprost wyrażona w tekście Konstytucji, należy do fundamentalnych elementów koncepcji państwa prawnego, przyjętej w art. 2 Konstytucji. Wyrażony w niej zakaz adresowany jest nie tylko do organów sprawujących władzę ustawodawczą, ale i do Trybunału Konstytucyjnego, który w roli <negatywnego ustawodawcy> ma kompetencję do pozbawienia całości lub części aktu normatywnego mocy obowiązującej, a tym samym do spowodowania zmiany stanu prawnego, której konsekwencją jest nie tylko zakaz stosowania przepisu uznanego za niezgodny z Konstytucją, ale i możliwość ponownego rozpatrzenia zakończonych już spraw" (P. 4/99, OTK ZU Nr 1/2001, poz. 5, s. 69).

W przedmiotowej sprawie trudno znaleźć argumenty uzasadniające realizację wartości konstytucyjnych poprzez zmianę o charakterze retroaktywnym.

3) Ochrona praw nabytych

Izba wskazuje, że reguły rzetelnego prawodawstwa obejmują nie tylko zakaz nadawania normom mocy wstecznej, ale także zakaz naruszania praw nabytych oraz zakaz wprowadzania nowych przepisów bez należytego *vacatio legis*.

Zaproponowany przez Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji projekt zmiany rozporządzenia w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych narusza także prawa nabyte uczestników aukcji poprzez wprowadzenie w toku trwającego procesu aukcyjnego nowych zasad prowadzenia aukcji, które nie były uczestnikom aukcji znane na etapie podejmowania decyzji o przystąpieniu do aukcji, a także nie były konsultowane w ramach oceny dokumentacji aukcyjnej. Projekt wprost wyłącza stosowanie postanowień dokumentacji aukcyjnej, zastępując ją rozwiązaniem określonym w § 1 Projektu.

W tym kontekście trudno oprzeć się wrażeniu, że Projekt jest przygotowany wyłącznie w celu rozwiązania problemów związanych z toczącą się obecnie aukcją 800 i 2600 MHz. Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji nawet nie próbuje udawać, że przygotowane rozwiązanie nie ma na celu rozwiązania problemu, który został wcześniej wykreowany przez

organy administracji publicznej czyli właśnie ministerstwo i Prezesa UKE (w piśmie kierującym dokument do konsultacji wprost wskazano: „Zwracam się z prośbą o zaopiniowanie ww. projektu w terminie 7 dni od dnia otrzymania. Skrócenie terminu na zgłaszanie uwag wynika z konieczności pilnego wprowadzenia zmian ze względu na trwający już proces rozdysponowania częstotliwości” – pisownia oryginalna) poprzez wadliwe przygotowanie i wdrożenie procesu aukcji. Podobnie w wywiadzie dla radiowej jedynki Prezes UKE wskazała: „A w związku z tym, że proces się ślimaczy, i operatorzy nie mają tendencji do kończenia tego procesu, zainterweniował legislacyjnie, bo jest tu luka prawna, minister administracji i cyfryzacji. I to dobry ruch”³.

W odniesieniu do powyższego należy wprost wskazać, że to MAiC i Prezes UKE przygotowali otoczenie prawne dla prowadzonej obecnie aukcji, nie zważając przy tym na liczne głosy krytyczne, które jasno wskazywały na wątpliwości co do podstaw prawnych, a także na liczne słabości dokumentacji aukcyjnej. Stąd dziwią próby obarczania odpowiedzialnością operatorów. W tym miejscu pozwolimy sobie przypomnieć liczne wypowiedzi wskazujące, że proces aukcyjny jest przygotowany znakomicie i będzie dużym sukcesem:

- ✓ „Jeśli chodzi o częstotliwości, czyli o tak zwane dobro rzadkie, to Polska ma jeden z lepszych i stabilnych mechanizmów ich rozdysponowywania i kontrolowania. Właśnie dzięki niemu, jako jedno z pierwszych państw mogliśmy wprowadzić szybki Internet mobilny, mamy dobrze w sposób zrównoważony wzajemnie rozwijających się operatorów mobilnych, mamy telewizję DVB-T, itd. Mało tego, mogę powiedzieć, że przyjęte zasady gospodarki widmem dają efekty w zakresie optymalizacji wykorzystania częstotliwości”⁴
- ✓ „Rozpoczęcie licytacji planujemy na koniec stycznia i mam nadzieję, że w lutym będzie zakończona. Po przeprowadzeniu aukcji rozpoczniemy proces rezerwowania częstotliwości i zacznie się postępowanie administracyjne - jak mówiłam, spodziewamy się wielu wniosków, zaskarżeń itp. Mam nadzieję, że etap administracyjny uda nam się zakończyć w pierwszym półroczu 2015, jednak nie wiem czy będzie to kwiecień, maj czy czerwiec.”⁵
- ✓ „ta aukcja jest naprawdę dobrze przygotowana i przemyślana. Zaskarżenia będą, ale bezskuteczne.”

Biorąc pod uwagę chociażby powyższe, publiczne wypowiedzi Prezesa UKE należy zadać retoryczne pytanie- dlaczego potrzebne jest wdrażanie nadzwyczajnych mechanizmów celem zakończenia aukcji, skoro była ona tak świetnie przemyślana i przygotowana?

W toku debaty przed aukcją wielokrotnie wskazywano na ryzyka związane z nieprawidłowym przygotowaniem aukcji. Przypomnijmy część z tych wypowiedzi:

- ✓ „Co dokładnie postulujecie?

- *Postulujemy najpierw zmienić prawo, a dopiero potem wrócić do aukcji. Może w drugiej części roku. W każdym razie wtedy, gdy wszystko będzie gotowe. Naszym zdaniem są dwa poważne problemy z aukcją w Polsce, które należy rozwiązać bardzo szybką metodą typu „Quick Fix”, lub poprzez istotną zmianę przepisów prawa czyli tzw. „Big Fix”. Po pierwsze, a jest to problem niespotykany skalę światową, oferty nie są wiążące, a co za tym idzie każdy uczestnik może wedle własnego uznania podbijać cenę, lecz nie jest zobligowany do*

³ <http://www.telepolis.pl/wiadomosci/gaj-o-aukcji-lte-operatorzy-sobie-nie-pozwola-aby-podniesc-ceny-uslug,2,3,34270.html?cp=1>

⁴ <http://www.rp.pl/artykul/439825,1085980-Prezes-UKE--dementuje-spekulacje.html>

⁵ <http://www.pb.pl/3977807,13913.gaj-aukcja-na-800-mhz-i-2-6-ghz-ruszy-pod-koniec-stycznia>

wniesienia zapłaty. Zmiana prawa metodą „quick fix” obejmuje zwiększenie wadium do tak wysokiego poziomu, który uniemożliwi uczestnikom taktyczne podnoszenie cen aukcji. Tak, aby licytacja była licytacją, a podmioty, które w niej wezmą udział faktycznie miały intencję odebrać po wszystkim wygrane częstotliwości.”⁶

- ✓ „Jeśli już miałbym o coś apelować, to proszę: niech UKE znajdzie kompetentnego, doświadczonego doradcę i z jego wsparciem, w dialogu z rynkiem, zrobmy tę aukcję porządnie - nie tylko w domenie dokumentacji aukcyjnej i oprogramowania, ale także zmieniając prawo jeśli to konieczne. Nie boję się że pociąg „LTE 800” nam ucieknie. Boję się natomiast, że pod niego wpadniemy.”⁷
- ✓ „Jeśli aukcja LTE odbędzie się na tych warunkach, to mam poważne wątpliwości, czy zakończy się sukcesem. I czy w ogóle się zakończy - mówi Miroslav Rakowski, prezes T-Mobile.”⁸
- ✓ „Mam tę gorzką satysfakcję, że spełnia się to, o czym mówiłem przed aukcją. Procedura przetargu jest już dopracowana - wielokrotnie zmienialiśmy prawo w tym zakresie. Nie byłoby wtedy żadnej możliwości nieskutecznej realizacji celu aukcji - budowy sieci” - zaznaczył Mężydło. Według niego po osiągnięciu tak wysokich cen częstotliwości, aukcja nie spełni już jednego ze swoich celów, jakim była przystępna cena szybkiego internetu. „Nieracjonalnym jest zasilać budżet państwa kosztem ceny usług telekomunikacyjnych. Zależy nam, żeby upowszechnić w Polsce internet, ale takie postępowanie jest nieracjonalne” - powiedział Mężydło.”⁹

W konsekwencji „interwencja legislacyjna” wskazana przez Prezesa UKE jest niczym innym jak rażącą ingerencją w prawa nabyte przez operatorów. O tym w jaki sposób Projekt wpływa na prawa nabyte operatorów szerzej w kolejnych punktach odnoszących się bezpośrednio do propozycji postanowień Projektu.

Jeśli propozycja konsultowanej nowelizacji rozporządzenia aukcyjnego wynika z dostrzeżenia przez organy łączności wielokrotnie sygnalizowanych przez środowisko branżowe patologii przedłużającego się procesu aukcyjnego (wynikających z niewiążącego charakteru ofert i sposobu opracowania warunków aukcji) oraz z jednoczesnej niechęci Prezesa UKE do skorzystania z możliwości unieważnienia aukcji zgodnie z P.t. (co wiązałoby się z przyznaniem, że w procesie doszło do rażących naruszeń), wnosimy o wprowadzenie rozporządzeniem przepisów przyznających Prezesowi UKE prawo do przerwania (odwołania) aukcji po bezskutecznym upływie określonego czasu licytacji.

4) Okres vacatio legis

Ostatnim ważnym elementem Projektu, który narusza zasady rzetelnego prawodawstwa jest okres vacatio legis, który będzie nie tylko nadzwyczajnie krótki (zważywszy na przewidzianą w Projekcie datę 1 października 2015 r.), ale zważywszy także na nadzwyczaj krótki termin do przeprowadzenia dodatkowej rundy przewidzianej w Projekcie dla toczącej się już aukcji. Projekt pozwala na jej przeprowadzenie już pięć dni roboczych po wejściu w życie zmian wprowadzonych konsultowanym Projektem.

Oznacza to, że operatorzy biorący udział w aukcji będą mieli bardzo krótki okres czasu na przygotowanie się do finałowej rundy przewidzianej w Projekcie.

⁶ <http://www.rp.pl/artyku/484999,1107553-Nie-robmy-z-polskiej-aukcji-posmiewiska.html?referer=redpol>

⁷ <http://www.rp.pl/artyku/484999,1054903-Reflektory-nadjezdzejacego-pociagu--czyli-to-sie-naprawde-moze-nie-udac.html?p=4>

⁸ http://forsal.pl/artykuly/792138_rakowski-na-obecnym-warunkach-aukcja-lte-nie-zakonczy-sie-sukcesem.html

⁹ <http://wyborcza.pl/1,91446,18561905.politycy-ponad-podzialami-krytykuja-przebieg-aukcji-lte-zaplaca.html>

Przyjęte rozwiązanie to kolejny przykład w którym administracja publiczna wyznacza niezwykle krótkie terminy dla podejmowania istotnych i strategicznych decyzji przez podmioty funkcjonujące na rynku.

W konsekwencji zarówno wskazany w Projekcie termin wejścia w życie rozporządzenia, jak i przewidziany w Projekcie termin na przeprowadzenie dodatkowej rundy nie spełniają wymogów należytej legislacji i stanowią istotne ryzyko dla uczestników aukcji poprzez możliwość zakwestionowania przyznanych im, w oparciu o te przepisy, częstotliwości.

5) Naruszenie niezależności Prezesa UKE

Zgodnie z art. 3 dyrektywy 2002/21/WE (tzw. dyrektywa ramowa) Polska zobowiązana jest do zagwarantowania niezależności krajowego organu regulacyjnego – Prezesa UKE, tak aby krajowy organ wykonywał swoje uprawnienia w sposób bezstronny, przejrzysty i terminowy. Projektowane Rozporządzenie narusza te przepisy unijne, gdyż stanowić będzie niedopuszczalną ingerencję organu administracji rządowej w działalność Prezesa UKE, w szczególności wyłączając całe fragmenty przygotowanej przez Prezesa UKE po dwukrotnych konsultacjach społecznych i ogłoszonej dokumentacji aukcyjnej, godząc w niezależność tego organu oraz powodując, że rozdysponowanie kluczowych dla rynku częstotliwości nie zostanie dokonane w sposób zgodny z prawem, bezstronny, przejrzysty i terminowy. Dodatkowo Rozporządzenie przekracza delegację ustawową i narusza przepisy prawa telekomunikacyjnego.

Ustawa – Prawo telekomunikacyjne, do którego aktem wykonawczym miałyby być projektowane rozporządzenie gwarantuje, że to Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu wyboru podmiotu uprawnionego do rezerwacji częstotliwości (art. 116 ust. 6 Pt). Powyższe uprawnienie dla Prezesa UKE, przejawia się przed wszystkim w kompetencji do samodzielnej i niezależnej decyzji dotyczącej wyboru trybu rozdysponowania częstotliwości pomiędzy aukcją a przetargiem. Natomiast Minister w granicach wyznaczonych przez art. 120 Pt może jedynie wydać rozporządzenie wykonawcze określające proceduralne warunki i tryb organizowania, przeprowadzenia i zakończenia każdego z trybów rozdysponowywania widma. Tym samym ustawodawca jednoznacznie wskazał, iż proces dystrybucji pasma jest zastrzeżony do kompetencji Prezesa UKE, a Minister nie jest uprawniony do wpływania na rozstrzygnięcia w procesach rozdysponowania widma (zwłaszcza toczących się) poprzez zmianę reguł proceduralnych konkretnych, w szczególności ogłoszonych już i trwających postępowań. Ustawodawca zasadniczo uregulował dwa tryby wyłonienia podmiotu uprawnionego do rezerwacji częstotliwości – aukcję i przetarg. Istota aukcji polega na wielorundowym składaniu ofert, dokonywaniu limitowanych postąpień oraz prawie każdego uczestnika aukcji do składania kolejnych ofert po otrzymaniu informacji o najwyższej cenie oferowanej w poprzedniej rundzie. Natomiast istota przetargu polega na jednorazowym konkursie ofert, bez prawa składania kolejnej oferty po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert. Istota tych trybów jest więc diametralnie odmienna. Ustawodawca postanowił, że cena jest jedynym kryterium oceny ofert w aukcji, natomiast dopuścił przetarg wyłącznie pod warunkiem, że oprócz ceny kryterium oceny ofert będzie co najmniej zachowanie warunków konkurencji (art. 118a ust. 1 Pt). Jest to konsekwencją faktu, że aukcja prowadzi do osiągnięcia maksymalnej kwoty dla budżetu państwa, natomiast przetarg nie prowadzi do takiego efektu i dlatego jego zastosowanie – ze względu na dbałość o finanse publiczne – zostało obwarowane koniecznością zachowania warunków konkurencji, które wówczas ograniczają cele fiskalne postępowania.

Prezes UKE, po kilkukrotnych konsultacjach społecznych, zdecydował się na wybór trybu aukcji, czyli maksymalizacji wpływów do budżetu państwa, bez uwzględniania przy ocenie ofert kryterium w postaci zachowania warunków konkurencji. Co więcej, w dniu 13.08.2015 r. Prezes UKE oświadczył jednoznacznie: „jedynie od uczestników Aukcji zależy w jakim

momencie proces /aukcyjny/ zostanie ukończony". W tym miejscu można podnieść, iż projektowane Rozporządzenie, wprowadzając elementy właściwe dla przetargu (ustalenie finalnej ceny w drodze jednorazowego określenia oferowanej ceny przez każdego zainteresowanego w sposób niejawnym dla innych uczestników i bez prawa odpowiedzi na taką ofertę), całkowicie pomija rolę Prezesa UOKiK oraz konieczność zachowania warunków konkurencji w całym procesie trybu rozdysponowania widma, co stanowi szczególnie niebezpieczny precedens dla przyszłych postępowań dystrybucyjnych.

Zdaniem Izby wobec dokonanych przez Prezesa UKE wyborów przejawiających się w trybie aukcji i treści dokumentacji aukcyjnej, do których ustawowo ma wyłączną kompetencję, potwierdzonych wielokrotnie publicznie wyrażanymi stanowiskami, Minister nie może w drodze Rozporządzenia zastąpić aukcji przetargiem. Nie ma bowiem wątpliwości, że arbitralne wprowadzenie w drodze rozporządzenia ostatniej rundy aukcji w zaproponowanej formie, nie jest niczym innym niż wprowadzeniem przetargu w miejsce aukcji. Oznacza to zanegowanie przez Ministra dokonanego przez Prezesa UKE wyboru trybu aukcyjnego, ograniczenie trybu aukcji do nieznanego w innych systemach prawnych formy określenia ceny minimalnej w drodze postąpień aukcyjnych, przed właściwym przetargiem, który miałby się odbyć w ostatniej rundzie, a tym samym w istotny sposób ograniczenie niezależności Prezesa UKE w kluczowym momencie procesu dystrybucyjnego. Prezes UKE wybrał i prowadzi aukcję, a Minister poprzez Rozporządzenie proceduralne nie pozwoli Prezesowi UKE dokończyć aukcji, lecz obligatoryjnie narzuca w jej miejsce przetarg.

Efektom wprowadzenia proponowanych zmian do Rozporządzenia, będzie faktyczne unieważnienie aukcji i przeprowadzenie przetargu pomiędzy zamkniętą grupą uczestników Aukcji, co z wielu powodów narusza przepisy prawa oraz interesy uczestników Aukcji oraz innych podmiotów zainteresowanych rezerwacją częstotliwości, nieubiegających się o rezerwację ze względu na zastosowanie przez Prezesa UKE trybu aukcji na warunkach określonych w obowiązującym rozporządzeniu. Ograniczenie będzie dalej idące, bowiem oferty będzie można składać tylko na te abstrakcyjne bloki, na których podmiot finalnie znalazł się (często w wyniku przypadku wynikającego m.in. z mechanizmu losowania) w ostatniej rundzie 115 dnia. Może to doprowadzić do bardzo zróżnicowanych cen finalnych, w zależności od przypadkowego popytu na każdym z bloków w ostatniej rundzie 115 dnia.

Wprowadzenie przetargu jako zakończenia aukcji narusza granice delegacji ustawowej z art. 120 Pt, a także wymóg ustawowy, który dopuszcza przetarg pod warunkiem zastosowania kryterium „zachowania warunków konkurencji” czyli obligatoryjnego udziału w postępowaniu Prezesa UOKiK poprzez oceny wpływu na konkurencję ofert złożonych przez uczestników procesu dystrybucji. Ustawodawca zastrzegł dla Prezesa UKE kompetencję do ustalenia wagi tego kryterium versus kryterium ceny, po uprzednim zasięgnięciu opinii Prezesa UOKiK (art. 118a ust. 2 i 4 UPT).

Poprzez rozporządzenie Minister zaingeruje merytorycznie w wybór podmiotu uprawnionego do rezerwacji, naruszy niezależność Prezesa UKE i uniemożliwi Prezesowi UKE osiągnięcie maksymalnych wpływów do budżetu państwa.

To Minister będzie odpowiedzialny za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zwłaszcza gdy jakkolwiek z uczestników Aukcji po ogłoszeniu wyników ostatniej rundy 115 dnia – korzystając z praw nabytych – złoży ofertę na wyższą kwotę. To Minister będzie odpowiedzialny za stworzenie wad prawnych, powodujących poważne ryzyko unieważnienia tak przeprowadzonej Aukcji i dokonanych w jej wyniku rezerwacji częstotliwości.

6) Naruszenie przepisów Pt oraz ustawy o swobodzie działalności gospodarczej

Poza wyżej wymienionymi naruszeniami Pt wynikającymi z projektowanego rozporządzenia, należy zwrócić uwagę, iż Projekt w swej treści narusza także:

- a) art. 118 ust.1 Pt- poprzez wprowadzenie „nowych” warunków przeprowadzenia aukcji, które to warunki nie było przedmiotem konsultowanej przez Prezesa UKE dokumentacji aukcyjnej, a także nie mogły być przedmiotem wyjaśnień Prezesa UKE, o które może się ubiegać każdy podmiot który nabył dokumentację aukcyjną.
- b) art. 8 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej poprzez wprowadzenie rozwiązań legislacyjnych nie wspierających i nie tworzących korzystnych warunków do wykonywania działalności [telekomunikacyjnej] poprzez pozbawienie przedsiębiorców uczestniczących w aukcji możliwości prawidłowej oceny skutków oraz warunków na jakich mogą wziąć udział w aukcji, a także na wprowadzeniu zmian do tych warunków w trakcie trwającego procesu aukcyjnego.

7) Uwagi merytoryczne do Projektu

Na wstępie trzeba wskazać, że przedstawienie wszystkich uwag do Projektu w tak krótkim terminie nie jest możliwe. Niemniej jednak już po wstępnej analizie nie sposób nie zauważyć, że przedstawiony do konsultacji dokument zawiera szereg błędów, niekonsekwencji i jego przyjęcie w obecnym kształcie nie tylko nie doprowadzi do zakończenia toczącej się aukcji, ale uniemożliwi jej dalsze prowadzenie, a tym samym doprowadzi do sytuacji patowej.

Poniżej w kolejnych punktach przedstawiamy szczegółowe uwagi do propozycji postanowień:

- a) Projekt de facto zmienia prowadzoną aukcję w niby-przetarg. Podkreślamy, że celem aukcji jest ustalenie rynkowej wartości licytowanych zasobów w procesie w którym poszczególne podmioty progresywnie deklarują gotowość zapłacenia określonej kwoty za licytowany zasób. Tymczasem zmiana zasad wprowadzona Projektem powoduje, że element progresywnego licytowania zasobów zostaje zastąpiony dodatkową rundą w której operator nie może stopniowo zwiększać wartości, ale jest zobligowany do zadeklarowania pełnej kwoty jaką przewidział lub jaką jest w stanie zapłacić za zasób. Tym samym poprzez mechanizm przyjęty w Projekcie operator pozbawiony jest możliwości zakupu częstotliwości za cenę odpowiadającą jej wartości rynkowej, będąc zmuszonym do „wyłożenia całej puli” w ramach dodatkowej rundy.
- b) Skoro Projekt ma dotyczyć wszystkich toczących się aukcji to w jakim celu § 1 Rozporządzenia odwołuje „stosowanie określonych w dokumentacji aukcyjnej warunków”. Jak się wydaje nie ma przeszkód, aby w planowanych i przeprowadzanych w przyszłości aukcjach ująć kwestię dodatkowej rundy, a projektowany przepis został przygotowany z myślą o toczącej się obecnie aukcji.
- c) Projekt w sposób bezzasadny nie dopuszcza do udziału w dodatkowej rundzie podmiotu, który nie został zdyskwalifikowany w poprzednich rundach aukcji, ale nie złożył oferty aukcyjnej ostatniej rundzie w 115. dniu aukcyjnym z przyczyn losowych lub w zgodzie z mechanizmami licytacyjnymi dopuszczonymi dokumentacją aukcyjną (np.: (i) podmiot, który w ostatniej rundzie 115. dnia aukcyjnego skorzystał z PWS, (ii) podmiot, któremu w ostatniej rundzie 115. dnia aukcyjnego PWS zostało przypisane przez ESA automatycznie, (iii) podmiot, który w ostatniej rundzie 115. dnia aukcyjnego nie mógł złożyć oferty, gdyż w przedostatniej rundzie złożył ofertę NZK bądź jego oferta została wylosowana przez ESA jako NZK).


- d) Projekt nie jest dostosowany do realiów prowadzonej aukcji i część jego postanowień nie może znaleźć zastosowania do toczącej się aukcji, jak np. postanowienie § 31 ust. 1e nowelizowanego rozporządzenia, dotyczące złożenia dodatkowej oferty aukcyjnej w przypadku złożenia ofert w tej samej wysokości. Na marginesie to postanowienie budzi także inne zastrzeżenia (w szczególności jest sprzeczne z wyrażoną w § 31 ust. 1f zasadą, że dla ustalenia kolejności ofert na liście wyników przyjmuje się ocenę punktową, zgodnie z którą 1 złoty równa się 1 punktowi), a jego wprowadzenie wydaje się całkowicie zbędne. Dlatego Izba proponuje jego wykreślenie.
- e) Projekt przewiduje składanie ofert „na daną rezerwację częstotliwości” co jest sprzeczne z dokumentacją aukcyjną dla toczącego się postępowania i jest to sprzeczność, która nie może zostać wyeliminowana aktem generalnym.
- f) Reguła kolizyjna wskazana w § 31 ust. 1g nowelizowanego rozporządzenia nie może znaleźć zastosowania do toczącego się procesu aukcyjnego, a ponadto jest sformułowana w sposób niejasny, pozwalający na różne interpretacje oraz dopuszcza oparcie wyników aukcji na kryteriach czysto losowych.
- g) Projekt – wobec całkowitego odejścia od dotychczasowych mechanizmów aukcji i przerwania zrównoważonego odkrywania cen rynkowych w trybie licytacji – dopuszcza realizację scenariuszy, w których (w wyniku czynników czysto losowych) wyłonione zostaną oferty opiewające na kwoty niższe, niż oferty niewyłonione, co jest sprzeczne z podstawową zasadą aukcji stosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert aukcyjnych (art. 118 a ust. 2a Prawa telekomunikacyjnego).
- h) Projekt w sposób rażąco narusza przewidziany w art. 120 Prawa telekomunikacyjnego wymóg kierowania się przez Ministra Administracji i Cyfryzacji potrzebą zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących warunków aukcji, jak również przejrzystych warunków podejmowania rozstrzygnięć. Należy podkreślić, że, w świetle Projektu, ostatnia runda 115. dnia aukcyjnego wyznaczy ceny wyjściowe dla rundy finalnej, a potencjalnie (w związku z normą przewidzianą w § 31 ust. 1g) wyznaczy ostateczne wyniki aukcji. Tylko Prezes UKE zna pozycje licytacyjne poszczególnych uczestników aukcji i to Prezes UKE określi, wedle własnego uznania, liczbę rund w 115. dniu aukcyjnym (może to być np. tylko jedna runda). Wyznaczając moment przerwania licytacji regulator będzie mieć zatem możliwość wpłynięcia na wynik aukcji w sposób arbitralny, nieobiektywny, nieprzejrzysty i dyskryminujący dla niektórych uczestników.
- i) Istnieje istotne ryzyko, że projektowane zmiany nie będą mogły znaleźć zastosowania do toczącej się aukcji ze względu na istotną wadliwość § 2 w związku z § 1 pkt 1 Projektu. W konsekwencji Izba ponownie wnosi o wyłączenie projektowanych regulacji w odniesieniu do już toczących się postępowań.

8) Podsumowanie

Reasumując, Izba uważa, że proponowane zmiany można analizować jedynie w kontekście planowanych w przyszłości aukcji. Niemniej jednak stoimy na stanowisku, że sam mechanizm zaproponowany w Projekcie powoduje, że zniwelowany jest podstawowy cel aukcji jakim jest zakup zasobów częstotliwości po ich rynkowych cenach.

Izba stoi na stanowisku, że w żadnym przypadku projektowane zmiany nie powinny mieć zastosowania do już toczącego się postępowania aukcyjnego i w konsekwencji wnosimy o wykreślenie § 2 w całości. Podkreślamy, że proponowana regulacja narusza konstytucyjną zasadę demokratycznego państwa prawa łamiąc zasady zaufania obywateli do państwa oraz stanowionego prawa, retroaktywnego działania prawa, ochrony praw nabytych oraz właściwego okresu vacatio legis.

Rozporządzenie może jedynie wprowadzać narzędzie w postaci uprawnienia Prezesa UKE do odwołania aukcji, czego, zdaniem Prezesa UKE, nie może on uczynić w obecnym kształcie regulacji.

Prezes Zarządu

Stefan Kamiński