

Poznań, dnia 7 września 2015 r.

Szanowny Pan
Andrzej Halicki
Minister Administracji i Cyfryzacji

Szanowny Panie Ministrze,

Przesyłam uwagi Polskiej Izby Radiodfuzji Cyfrowej (dalej „PIRC” lub „Izba”) do przekazanego w dniu 1 września br. przez Ministra Administracji i Cyfryzacji (dalej także jako „Minister” lub „MAiC”), w celu zaopiniowania, projektu rozporządzenia zmieniającego rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 917), dalej jako „Rozporządzenie”

W pierwszej kolejności należy krytycznie odnieść się do wyznaczonego przez Ministra bardzo krótkiego, siedmiodniowego terminu, na przedstawienie stanowiska konsultacyjnego w sprawie projektu Rozporządzenia. W ocenie Izby, nie sposób zaakceptować przedstawionego przez Ministra wyjaśnienia, w którym stwierdza on, że „*Termin trwania konsultacji wynosi 7 dni ze względu na trwający już proces rozdysponowywania częstotliwości. Pilne wprowadzenie projektowanych zmian ma zapewnić efektywne gospodarowanie widmem.*”. Należy bowiem podkreślić, że efektywność gospodarowania widmem powinna być realizowana poprzez odpowiednie przygotowanie i sformułowanie treści dokumentacji aukcyjnej przed ogłoszeniem aukcji, na podstawie obowiązujących przepisów prawa, a nie poprzez nagłą zmianę przepisów Rozporządzenia, w trakcie trwającego procesu rozdysponowania częstotliwości radiowych.

Zdaniem Izby, przyjęty przez Ministra tryb wprowadzenia i treść zmian do Rozporządzenia należy uznać za niedopuszczalne, podważające zaufanie do organów państwa i przewidywalności regulacyjnej.

W ocenie Izby, należy szczególnie podkreślić, że projekt Rozporządzenia narusza podział zadań (kompetencji) pomiędzy Ministrem oraz Prezesem UKE w odniesieniu do aukcji, podważając tym samym autonomiczną pozycję Prezesa UKE jako jedyne podmiotu, który może ustalać warunki uczestnictwa w aukcji (wyłącznie w dokumentacji aukcyjnej). Należy zauważyć, że ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2014 r., poz. 243, z późn. zm.), dalej „ustawa – Prawo telekomunikacyjne”, oraz Rozporządzenie w obowiązującej wersji, przyznają kompetencję do określenia warunków uczestnictwa w aukcji wyłącznie Prezesowi UKE. Jak zaś wynika z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego oraz z art. 7 Konstytucji RP („*Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa.*”) przenoszenie pomiędzy organami państwa kompetencji – co stanowić będzie jeden z głównych skutków ewentualnego wejścia w życie projektu Rozporządzenia – jest niedopuszczalne.

Wadliwość rozwiązań przyjętych w projekcie Rozporządzenia polega więc zasadniczo na sprzeczności tych rozwiązań z przepisami ustawy - Prawo telekomunikacyjne w zakresie, w jakim poprzez

Rozporządzenie Minister „przejmuje” wynikające z ustawy kompetencje Prezesa UKE do ustalania warunków uczestnictwa w aukcji oraz modyfikuje obowiązującą (ogłoszoną w dniu 1 października 2014 r.) dokumentację aukcyjną w ramach aukcji częstotliwości radiowych z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz, która zgodnie z ustawą, stanowić powinna jedyne źródło warunków uczestnictwa w aukcji.

Za sprzeczne z ustawą - Prawo telekomunikacyjne, zwłaszcza z art. 116 ust. 6, należy zatem uznać przepisy § 31 ust. 1, ust. 1b-1g projektu Rozporządzenia, w których to Minister ustala warunki uczestnictwa w aukcji poprzez wskazanie sposobu złożenia oferty, podmiotu uprawnionego do złożenia oferty, treści oferty, sposobu rozstrzygnięcia ostatniej rundy (rozstrzygnięcia aukcji – wskazania podmiotu wyłonionego) w Rozporządzeniu – w ramach powyższych przepisów projektu Rozporządzenia Minister wykonuje bowiem kompetencje przyznane w ustawie, na zasadzie wyłączności, Prezesowi UKE.

PIRC pragnie także nadmienić, że rozwiązania dotyczące powyższych zagadnień, zawarte w projekcie Rozporządzenia, są lakoniczne i niewyczerpujące, co prowadzić będzie do szeregu problemów prawnych związanych ze wzajemnym oddziaływaniem Rozporządzenia i dokumentacji aukcyjnej.

Co więcej, zdaniem PIRC, wejście w życie Rozporządzenia wykreuje dodatkowe luki prawne w obszarze zasad organizacji ostatniej rundy aukcji (np. w odniesieniu do warunków składania ofert aukcyjnych), choć jak wynika z uzasadnienia projektu Rozporządzenia, wyeliminowanie rzekomej luki prawnej stanowi cel komentowanych zmian w Rozporządzeniu.

Należy zaakcentować ponownie, że jak wynika z art. 116 ust. 6 ustawy - Prawo telekomunikacyjne: „*Aukcję przeprowadza Prezes UKE*”, zaś art. 118 ust. 4 ustawy - Prawo telekomunikacyjne stanowi, że: „*Prezes UKE, z zastrzeżeniem ust. 4a i 5, określa w dokumentacji warunki uczestnictwa w przetargu, aukcji albo konkursie oraz wymagania, jakim powinna odpowiadać oferta, a także kryteria oceny ofert.*”. Przepisanie przez ustawę Prezesowi UKE kompetencji do prowadzenia aukcji i określenia w dokumentacji aukcyjnej warunków uczestnictwa w aukcji jest jednoznaczne. Rozporządzenie, jako instrument wykonania ustawy i jednocześnie akt prawa „podległy” ustawie, nie może zatem modyfikować lub w inny sposób odstępować od zasad prowadzenia aukcji, które zostały sformułowane na gruncie tej ustawy - Prawa telekomunikacyjnego.

W związku z powyższym, także zawarta w art. 120 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, delegacja ustawowa do wydania Rozporządzenia nie może być przez Ministra wykorzystywana jako podstawa do:

- podejmowania czynności, które ustawa zastrzega wyłącznie dla Prezesa UKE;
- „wylączenia stosowania” dokumentacji aukcyjnej (jej fragmentów) – tj. warunków uczestnictwa w aukcji.

Tymczasem z projektu Rozporządzenia (§31 ust. 1b) wynika, że w rundzie aukcji przypadającej po 115 dniu aukcyjnym, „*nie stosuje się określonych w dokumentacji aukcyjnej warunków dotyczących: kwot postąpienia, sposobu i terminu składania ofert aukcyjnych oraz sposobu przyjmowania i potwierdzania złożenia ofert aukcyjnych, sposobu ustalania prawa do składania ofert aukcyjnych przez uczestnika aukcji w rundzie aukcji, sposobów i warunków utrzymywania, tracenienia i nabywania prawa do składania ofert aukcyjnych, trybu wylaniania podmiotu wyłonionego w przypadku wystąpienia kilku równoważnych ofert aukcyjnych.*”, co oznacza, że Minister narusza art. 116 ust. 6 Pt, art. 118 ust. 4 Pt oraz art. 120 Pt.

Ingerencja w warunki uczestnictwa w aukcji w odniesieniu do trwającej aukcji na częstotliwości radiowe 800 MHz i 2.6 GHz oznacza dodatkowo naruszenie wymogu przewidywalności aukcji, wynikającego zwłaszcza z art. 120 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, który stanowi, że: „*Minister właściwy do spraw łączności określi, w drodze rozporządzenia, tryb ogłaszania przetargu, aukcji oraz konkursu zapewniający właściwe poinformowanie podmiotów zainteresowanych uzyskaniem rezerwacji częstotliwości (...)*”.

Wymóg „właściwego poinformowania podmiotów zainteresowanych uzyskaniem rezerwacji częstotliwości” wprost wskazuje, że pełna informacja o warunkach uczestnictwa w aukcji powinna być dostępna jeszcze zanim „podmioty zainteresowane” zostaną uczestnikami aukcji. Ponieważ Minister proponuje zmienić warunki uczestnictwa w aukcji w II etapie (pół roku po rozpoczęciu tego etapu trwającej aukcji na częstotliwości 800 MHz i 2.6 GHz) to podstawowy obowiązek Ministra określony w art. 120 Pt zostanie rażąco naruszony w przypadku wejścia w życie zmian do Rozporządzenia.

Ponadto, w ocenie PIRC, cel zmiany Rozporządzenia oraz okoliczność, że zmiany te - w zamierzeniu MAiC - obejmą ogłoszoną przez Prezesa UKE w dniu 10 października 2014 r. aukcję na 19 rezerwacji częstotliwości z zakresów 800 MHz oraz 2.6 GHz, pozwalają stwierdzić, że poddany konsultacjom projekt Rozporządzenia jest rażąco sprzeczny z ustawą - Prawo telekomunikacyjne, w tym zwłaszcza neguje zasadę, że w przypadku dokonania przez Prezesa UKE wyboru sposobu rozdysponowania dostępnych zasobów widma radiowego (tj. poprzez aukcję albo przetarg), organ może rozstrzygnąć o przyznaniu widma radiowego wyłącznie w ramach wybranego rodzaju postępowania – aukcji albo przetargu. Zdaniem Izby, wykluczenie z aukcji licytacji jako etapu rozstrzygającego o wyniku aukcji, oznacza sprzeczność takiego postępowania z istotą aukcji.

W ocenie PIRC, zaproponowane przez Ministra rozwiązania oznaczają de facto rozpoczęcie po 115 dniu aukcyjnym „nowego” postępowania – przetargu (pozbawionego kryterium zachowania warunków konkurencji jako elementu oceny ofert i pomijającego opinię Prezesa UOKiK). Co jest dodatkowo istotne, w ten sposób Minister doprowadzi do „odwołania” aukcji z pominięciem obostrzeń, jakie wobec takiej czynności wprowadza art. 118 ust. 2a Pt: *„Prezes UKE może odwołać przetarg, aukcję albo konkurs w terminie na złożenie ofert określonym w ogłoszeniu o przetargu, aukcji albo konkursie, jeżeli taka możliwość została zastrzeżona w treści ogłoszenia. Informację o odwołaniu przetargu, aukcji albo konkursu wraz ze wskazaniem przyczyn Prezes UKE zamieszcza na stronie podmiotowej BIP UKE.”*

Projekt Rozporządzenia jest ponadto sprzeczny z obowiązkiem, aby wydając Rozporządzenie, MAiC kierował się *„potrzebą zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących żadnego uczestnika warunków przetargu, aukcji oraz konkursu, jak również przejrzystych warunków podejmowania rozstrzygnięć”* (art. 120 ustawy – Prawo telekomunikacyjne). Wprowadzenie nowych warunków uczestnictwa i rozstrzygnięcia aukcji wobec trwającej aukcji, ogłoszonej w dniu 10 października 2014 r., oznacza bez wątpienia naruszenie obowiązku zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących warunków aukcji. Minister przyznaje bowiem w uzasadnieniu zmian do Rozporządzenia, że to jego subiektywna ocena o „przewlekłości” powyższej aukcji i ryzyka związanych z tą okolicznością, stanowią przyczynę ingerencji organu w warunki uczestnictwa w aukcji.

Minister nie wyjaśnił jednocześnie, w oparciu o jakie kryteria należy stwierdzać, że aukcja jest „przewlekła” i będzie w związku z tym prowadzić do „utrąty korzyści związanych z wykorzystaniem widma”. Minister przyznaje ponadto, że zmiana Rozporządzenia ma na celu „zracjonalizowanie” warunków aukcji. Mając na uwadze, że warunki aukcji określił Prezes UKE w dokumentacji aukcyjnej, stwierdzenie Ministra można wprost uznać za krytykę tej dokumentacji (co oznacza, że to nie luka w przepisach Rozporządzenia jest przyczyną postulowanych przez organ zmian, lecz nieadekwatna do założonych przez Ministra celów dokumentacja aukcyjna).

W ocenie Izby, nie jest zatem prawdziwe stwierdzenie Ministra, jakoby rzekomo występowała „luka prawna” co do możliwości zakończenia aukcji i w związku z tym uzasadnienie zmiany Rozporządzenia. Za przyczynę „przewlekłości” aukcji (choć jest okoliczność subiektywna) może być co najwyżej uznana wadliwość dokumentacji aukcyjnej. Tym bardziej zatem można uznać, że propozycja zmiany Rozporządzenia stanowi instrument wpływu Ministra na przebieg trwającej aukcji i ma na celu „zracjonalizowanie” dokumentacji aukcyjnej (choć Minister zapewne mógł sugerować Prezesowi UKE wykreowanie odpowiednich rozwiązań przeciwdziałających „przewlekłości aukcji na etapie konsultacji dokumentacji aukcyjnej).

Powyższe okoliczności oznaczają, że zmiana Rozporządzenia nie ma obiektywnego charakteru, zaś zamiar wywarcia wpływu przez MAiC na działania Prezesa UKE i na przebieg trwającej aukcji odbierze tej aukcji charakter postępowania przejrzystego.

Brak przejrzystości aukcji po ewentualnym wprowadzeniu zmian zaproponowanych przez Ministra wynikać będzie ponadto z okoliczności, że „nowe” warunki uczestnictwa w aukcji nie zostały poddane konsultacjom przez Prezesa UKE. Etap konsultacji dokumentacji aukcyjnej (warunków uczestnictwa w aukcji) jest fazą, która urzeczywistnia wymóg przejrzystości aukcji. Tryb wprowadzenia przez Ministra do trwającej aukcji „nowych” warunków uczestnictwa w aukcji świadczy zaś o działaniach MAiC celowo sprzecznych z tym wymogiem.

Ponadto, przepis art. 118 ust. 2 ustawa – Prawo telekomunikacyjne stanowi, że: *„Ogłoszenie o przetargu, aukcji albo konkursie publikuje się na stronie podmiotowej BIP UKE. W ogłoszeniu o przetargu, aukcji i konkursie określa się przedmiot i zakres przetargu, aukcji albo konkursu, warunki*

uczestnictwa oraz kryteria oceny ofert zgodnie z art. 118a ust. 1, 2a i 3.”. Warunki uczestnictwa w aukcji, które zostały zawarte w projekcie Rozporządzenia, nie zostały ogłoszone przez Prezesa UKE, a zatem nie została w aktualnej aukcji spełniona przesłanka zastosowania przez Komisję Aukcyjną oraz uczestników warunków uczestnictwa określonych w projekcie Rozporządzenia.

W tym miejscu Izba z zaskoczeniem zauważa, że wśród podmiotów, do których skierowano projekt Rozporządzenia w ramach konsultacji pominięto Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, tym bardziej, że Prezes UOKiK wypowiedział się w konsultacjach dokumentacji aukcyjnej trwającej aukcji na częstotliwości radiowe. Uzyskanie przez MAiC stanowiska Prezesa UOKiK jest tym bardziej adekwatne, skoro Prezes UOKiK w przypadku przetargu jest zobligowany do przedstawienia opinii wobec kryteriów oceny ofert złożonych w przetargu (art. 118a ust. 4 ustawy – Prawo telekomunikacyjne), zaś zmiana Rozporządzenia wprowadza do aukcji mechanizm rozstrzygnięcia typowy dla przetargu. Pominięcie stanowiska Prezesa UOKiK w odniesieniu do projektu Rozporządzenia potwierdzać może, iż celem działań MAiC jest rozstrzygnięcie aukcji mechanizmem typowym dla przetargu, lecz z pominięciem wymaganych ustawą etapów organizacji przetargu (określenie kryterium zachowania warunków konkurencji - art. 118a ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, zasięgnięcie opinii Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta – art. 118a ust. 4 ustawy – Prawo telekomunikacyjne), które sprzyjać mają rozdysponowaniu częstotliwości radiowych w oparciu o obiektywne i przejrzyste kryteria.

Mając na uwadze powyższe, Izba postuluje o zaprzestanie przez Ministra dalszych prac nad projektem Rozporządzenia oraz o rezygnację z ingerencji w trwającą aukcję na częstotliwości radiowe z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz.

W ocenie PIRC, zaproponowane przez Ministra zmiany w Rozporządzeniu są bowiem rażąco sprzeczne z ustawą Prawo telekomunikacyjne i podważają zaufanie do organów Państwa.

Z wyrazami szacunku,

Jacek Silski



Prezes Zarządu