

STANOWISKO POLKOMTEL SPÓŁKI Z O.O.
dotyczące
**projektu rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji zmieniającego
rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości
lub zasobów orbitalnych**

W związku z rozpoczęciem przez Ministra Administracji i Cyfryzacji (dalej jako "Minister" lub "MAiC") w dniu 1 września 2015 roku konsultacji projektu rozporządzenia zmieniającego rozporządzenie MAiC 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”, działając na podstawie załączonego pełnomocnictwa, przedstawiam stanowisko Polkomtel spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (także jako „Spółka” lub „Polkomtel”) dotyczące projektu Rozporządzenia:

Polkomtel krytycznie odnosi się do przedstawionej przez Ministra Administracji i Cyfryzacji propozycji zmiany Rozporządzenia. Zdaniem Spółki, **projekt Rozporządzenia jest sprzeczny z zawartymi w ustawie z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne** (Dz. U. z 2014 r., poz. 243 j.t., ze zm.), dalej także jako „Pt”, przepisami prawa dotyczącymi zasad organizacji aukcji na rezerwację częstotliwości radiowych, a także z nieobjętymi zmianą przepisami Rozporządzenia. **Projekt zmian w Rozporządzeniu nie odpowiada ponadto wymogom „delegacji ustawowej” zawierającej upoważnienie do wydania Rozporządzenia** (jest sprzeczny z art. 120 ustawy Pt).

Spółka, jako uczestnik aukcji na rezerwację częstotliwości radiowych z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz, ogłoszonej w dniu 10 października 2014 r., oponuje jednak przede wszystkim przeciwko propozycji objęcia trwającej aukcji zmianami przedstawionymi przez MAiC.

Zmiana przepisów Rozporządzenia w odniesieniu do trwającej aukcji narusza bowiem, w ocenie Polkomtel, podstawowe, konstytucyjne standardy stanowienia prawa, czyli:

- zasadę bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa (poszanowania przez prawodawcę istniejących stosunków prawnych);
- zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa;
- zasadę ochrony praw nabytych;
- zasadę przewidywalności regulacyjnej,
- zasadę niezmienności warunków uczestnictwa w aukcji wynikającą z ustawy Prawo telekomunikacyjne.

W ocenie Spółki, przepis §2 projektu Rozporządzenia, który obejmuje skutkami prawnymi nowelizacji Rozporządzenia trwającą aukcję częstotliwości radiowych z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz, jest także niezgodny z adresowanym do Ministra §36 w zw. z §132 rozporządzenia „Zasady techniki prawodawczej”, stanowiącym, że:

„Rozwiązania przewidziane w przepisach przejściowych i dostosowujących powinny być ukształtowane w sposób nieuciążliwy dla ich adresatów i pozostawiać im możliwość przystosowania się do przepisów nowej ustawy.”.

Powyższy obowiązek (przepis rozporządzenia „Zasady techniki prawodawczej”) jest instrumentem mającym na celu urzeczywistnienie konstytucyjnej gwarancji ochrony tzw. „interesów w toku”, stanowiącej komponent zasady demokratycznego państwa prawnego i obowiązku tworzenia prawa w warunkach pogłębiania zaufania jednostek do państwa.

Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny: *„Intertemporalna regulacja zabezpieczająca „interes w toku” służy respektowaniu zasady ochrony zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa, dekodowanej z art. 2 Konstytucji (wyroki z: 28 stycznia 2003 r., SK 37/01, 11 marca 2003 r., SK 8/02).”¹.*

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, którego wypowiedzi są w pełni adekwatne wobec sytuacji prawnej uczestników aukcji na rezerwację częstotliwości z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz, **zasada ochrony „interesów w toku” powinna tym bardziej zabezpieczać jednostki, gdy podlegające nowelizacji normy prawne dotyczą przedsięwzięć rozłożonych w czasie i faktycznie realizowanych.** Aukcja na częstotliwości radiowe (w tym dokumentacja aukcyjna określająca warunki uczestnictwa w aukcji), w której bierze udział m.in. Polkomtel, została ogłoszona w dniu 10 października 2014 r. i obecnie znajduje się w zaawansowanej fazie – w II etapie. W odniesieniu do tej aukcji występuje zatem każda z wymienionych poniżej przez Trybunał Konstytucyjny przesłanek zobowiązujących organy państwa do dbałości o „interesy w toku”:

„Zasada ochrony interesów w toku zapewnia ochronę jednostki w sytuacjach, w których rozpoczęła ona określone przedsięwzięcia na gruncie dotychczasowych przepisów. Choć zasada ta nie ma charakteru bezwzględnego, 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. Interesy w toku podlegają bardziej intensywnej ochronie, jeżeli prawodawca ustanowił regulacje prawne dotyczące ściśle określonych rodzajów przedsięwzięć (wyroki z: 25 czerwca 2002 r., K 45/01, 16 stycznia 2007 r., U 5/06, 8 stycznia 2009 r., P 6/07 i 10 lutego 2015 r., P 10/11).”².

Jak wynika ponadto z uzasadnienia projektu Rozporządzenia, Minister intencjonalnie wdrożył skrócony tryb wejścia w życie nowelizacji Rozporządzenia, ponieważ jej podstawowym celem nie jest wykreowanie efektywnych warunków dla przyszłych aukcji częstotliwości radiowych, lecz wpływ na obecną aukcję częstotliwości z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz. Wobec tego należy zwrócić uwagę, że zdaniem Trybunału Konstytucyjnego:

„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 (wyroki z: 5 stycznia 1999 r., K 27/98 i 10 lutego 2015 r., P 10/11).”³.

Projekt Rozporządzenia jest sprzeczny z powyższym stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego.

¹ „Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego”, Trybunał Konstytucyjny – Wydawnictwa, Warszawa 2015.

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

W obliczu rażącego naruszenia przez §2 projektu Rozporządzenia (przepis odnoszący zmiany Rozporządzenia do trwającej aukcji częstotliwości radiowych 800 MHz i 2.6 GHz) konstytucyjnych zasad (standardów) prawidłowej legislacji, Spółka postuluje o wycofanie projektu Rozporządzenia z dalszych prac legislacyjnych.

Spółka względnie postuluje o modyfikację §2 projektu Rozporządzenia w taki sposób, aby zaproponowane przez Ministra zmiany nie objęły trwającej aukcji na częstotliwości radiowe z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz.

Oprócz powyższych, najdalej idących wad projektu Rozporządzenia, Polkomtel wskazuje, że jest on także rażąco sprzeczny z przepisami ustawy Prawo telekomunikacyjne dotyczącymi aukcji na częstotliwości radiowe. Spółka wskazuje, że wejście w życie zaproponowanych przez MAiC zmian do Rozporządzenia oznaczać będzie kolizję Rozporządzenia z ustawą Prawo telekomunikacyjne w następujących aspektach:

I. Nowelizacja rozporządzenia doprowadzi do „przekształcenia” aukcji w przetarg

Zgodnie z ustawą Pt (art. 116 ust. 1 pkt 2 Pt), przetarg oraz aukcja są **odrębnymi** sposobami rozdysponowania częstotliwości radiowych w przypadku, gdy więcej podmiotów jest zainteresowanych pozyskaniem tych częstotliwości niż dostępnych zasobów do rozdysponowania.

Istotą aukcji jest przeprowadzenie licytacji, w której oferta danego uczestnika przestaje wiązać, gdy inny uczestnik złoży wyższą ofertę co do zadeklarowanej ceny (rozstrzygnięcie aukcji poprzez licytację – zasada wyrażona także w § 30 Rozporządzenia). W przetargu dokonuje się zaś wyboru oferty, badając nie tylko kryterium ceny, ale także (obligatoryjnie) kryterium zachowania warunków konkurencji oraz inne kryteria, jeżeli zostały ustalone (art. 118a ust. 1 Pt). W przetargu obligatoryjne jest także zasięgnięcie przez Prezesa UKE opinii Prezesa UOKiK (art. 118a ust. 4 Pt).

Należy przyjąć, że skoro ustawa Pt określa aukcję i przetarg jako odrębne postępowania (o odrębnych cechach), to **rozporządzenie w sprawie przetargu i aukcji nie może prowadzić do wykreowania postępowania, które łączyłoby cechy przetargu i aukcji** (postępowania hybrydowego). W propozycji nowelizacji Rozporządzenia wskazuje się zaś, że po 115 dniu aukcyjnym odbywa się tylko jedna, rozstrzygająca runda aukcji (ewentualnie rundy dogrywkowe, jeśli zdarzy się więcej niż jedna taka sama oferta w ostatniej rundzie). W rundzie tej należy złożyć ofertę nie mniejszą niż najwyższa zadeklarowana kwota ustalona w ostatniej rundzie w 115 dniu aukcyjnym.

Z powyższego wynika zatem, że:

- a) uczestnicy „aukcji” rywalizują pomiędzy sobą jedynie w ostatniej rundzie, ponieważ to oferta z ostatniej rundy decyduje o miejscu danego uczestnika na liście „rankingowej” (decyduje o wyłonieniu podmiotu zgodnie z art. 116 ust. 1 Pt);
- b) licytacja do dnia 115 służy jedynie określeniu „minimum kwalifikacyjnego” w rozstrzygającej (ostatniej rundzie) - nie ma ona na celu ustalenia ostatecznego wyniku postępowania,

co oznacza, że w ostatniej rundzie aukcja jest *de facto* przetargiem, ponieważ podmiotem wyłonionym będzie przedsiębiorca telekomunikacyjny wskazany w sposób typowy dla przetargu (tj. poprzez ocenę jednej oferty uczestnika postępowania, wyższej niż minimum kwalifikacyjne).

W ocenie Spółki, Minister ponadto nie dostrzega, do jak wielu praktycznych problemów prawnych może doprowadzić zmiana warunków uczestnictwa w aukcji wynikająca z propozycji nowelizacji Rozporządzenia i wszczęcia po 115 dniu aukcyjnym funkcjonalnie odrębnego postępowania dotyczącego rozdysponowania częstotliwości radiowych (quasi-przetargu). Celem zobrazowania tych problemów prawnych należy zwrócić uwagę na niespójność (a nawet sprzeczność) pomiędzy §31 ust. 1c oraz ust. 1d propozycji Rozporządzenia.

§31 ust. 1c propozycji Rozporządzenia stanowi bowiem, że do złożenia oferty w ostatniej rundzie uprawnieni są uczestnicy aukcji, którzy przed tą rundą **nie zostali zdyskwalifikowani** (dyskwalifikacja dotyczy tylko uczestników aukcji, którzy nie wnieśli wymaganego depozytu). Przepisu tego nie można interpretować inaczej niż w ten sposób, że do złożenia oferty w ostatniej rundzie – po 115 dniu aukcyjnym - uprawnieni są uczestnicy aukcji, którzy w poprzedniej rundzie aukcji mieli **ważne** oferty. Tymczasem §31 ust. 1d projektu Rozporządzenia, który nie jest przepisem określającym krąg podmiotów uprawnionych do złożenia oferty (bo cel ten realizuje §31 ust. 1c Rozporządzenia) posługuje się sformułowaniem, że ofertę w ostatniej rundzie można złożyć w odniesieniu do tych rezerwacji częstotliwości, co do których uczestnik „złożył” ofertę aukcyjną w ostatniej rundzie w 115 dniu aukcyjnym. Jak zaś wynika z dokumentacji aukcyjnej oraz z treści wyjaśnień do dokumentacji aukcyjnej, w aukcji możliwe i zgodne z dokumentacją aukcyjną jest wystąpienie przypadku, w którym pomimo zaprzestania przez uczestnika licytacji na konkretnym bloku częstotliwości radiowych, uczestnik ten w kolejnych rundach aukcji może złożyć nowe ważne oferty na te bloki częstotliwości, **ponieważ jego oferta z etapu, na którym czasowo zaprzestał licytować, jest nadal ważna.**

Zdaniem Spółki, nie można zaś uznać, że Minister zmierza w praktyce do dyskwalifikacji ofert uczestnika aukcji, które pomimo braku „aktywnego” złożenia oferty w ostatniej rundzie aukcyjnej w 115 dniu aukcyjnym, ma ważną ofertę na danym bloku częstotliwości (bo zgodnie z dokumentacją aukcyjną uczestnik aukcji ma wpłacony depozyt i odpowiednia liczbę Punktów Licytacyjnych, co uprawnia go do licytacji na bloku częstotliwości z ważną ofertą).

Spółka proponuje zatem, w celu uniknięcia opisanych powyżej wątpliwości, aby w §31 projektu Rozporządzenia zastąpić ust. 1c oraz 1d jednym przepisem, tj. ustępem „1c” w następującym brzmieniu:

„1c. Prawo złożenia oferty aukcyjnej w rundzie, o której mowa w ust. 1, przysługuje każdemu uczestnikowi aukcji, którego oferta aukcyjna jest ważna w ostatniej rundzie odbywającej a się w 115 dniu aukcyjnym II etapu aukcji.”.

Powyższa propozycja nie uchybia najdalej idącemu postulatowi Spółki, aby Minister zaniechał dalszych prac nad projektem Rozporządzenia.

W świetle charakteru zmian w aukcji zaproponowanych przez Ministra, zastanawiające jest, dlaczego MAiC nie przekazał projektu Rozporządzenia do konsultacji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwłaszcza skoro projekt ten został udostępniony – zgodnie z rozdzielnikiem opublikowanym w ogłoszeniu o konsultacjach - do konsultacji Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W ocenie Spółki, konsultacja projektu Rozporządzenia z Prezesem UOKiK jest szczególnie uzasadniona, skoro organ ten przekazał stanowisko dotyczące aukcji na częstotliwości radiowe z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz w trakcie konsultacji projektu dokumentacji aukcyjnej, a zatem można uznać, że w obszarze przyznanych Prezesowi UOKiK kompetencji, organ ten jest zainteresowany warunkami organizacji i uczestnictwa w aukcji.

Pominięcie Prezesa UOKiK w konsultacjach projektu Rozporządzenia budzi dodatkowe obiekcje, gdy wziąć pod uwagę, że Minister zamierza wdrożyć w ramach aukcji rozwiązania zaczerpnięte z instytucji przetargu. W ramach przetargu Prezes UKE jest bowiem obowiązany do zasięgnięcia opinii Prezesa UOKiK co do kryteriów oceny ofert (art. 118 ust. 4 Pt).

Niesymetryczne potraktowanie Prezesa UOKiK i Prezesa UKE w konsultacjach projektu Rozporządzenia prowadzi do wniosku, że celem MAiC jest organizacja *quasi*-przetargu w ramach aukcji w celu rozdysponowania częstotliwości radiowych z pominięciem ustawowych wymagań dotyczących organizacji przetargu (także udziału w postępowaniu Prezesa UOKiK).

W konsekwencji nie można także pominąć, że skoro nowelizacja Rozporządzenia wprowadza mechanizm „przekształcenia” aukcji w przetarg, to uzasadniona jest teza, że Minister Administracji i Cyfryzacji zamierza „obejść” przepis art. 118a ust. 2 Pt, stanowiący, iż: „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.” oraz obejść przepisy Pt dotyczące warunków organizacji przetargu (bo wprowadza mechanizm przetargu bez jego konsultacji i ogłoszenia).

Reasumując, nowelizacja Rozporządzenia doprowadzi do „przekształcenia” aukcji w ostatniej rundzie (rundach) w postępowanie o cechach przetargu. Z uwagi na hybrydowy charakter takiego postępowania, rozwiązanie zaproponowane przez Ministra:

- a) narusza art. 116 ust. 1 pkt 2 Pt (wymóg odrębności aukcji i przetargu),
- b) doprowadza do „obejścia” przepisów ustawy dotyczących wymogu określenia kryterium zachowania warunków konkurencji (art. 118a ust. 1 pkt 1 Pt) oraz wymogu zasięgnięcia opinii Prezesa UOKiK (art. 118a ust. 4 Pt) w przetargu,
- c) narusza przepisy ustawy dotyczące „minimum kwalifikacyjnego” (art. 118 ust. 4 Pt upoważnia Prezesa UKE do określenia minimum kwalifikacyjnego wyłącznie w dokumentacji aukcyjnej – w aktualnej aukcji dojdzie do powtórnego wykreowania „minimum kwalifikacyjnego” – poprzez przepis Rozporządzenia);
- d) doprowadzi do „obejścia” przepisu art. 118a ust. 2 Pt, który stanowi o warunkach i terminie odwołania aukcji.

Zdaniem Spółki, powyższe wady propozycji zmian do Rozporządzenia uzasadniają odstąpienie od dalszego procedowania projektu poddanego przez Ministra konsultacjom.

II. Nowelizacja Rozporządzenia doprowadzi do naruszenia (przeniesienia) ustawowych kompetencji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej dotyczących prowadzenia aukcji częstotliwości radiowych na Ministra Administracji i Cyfryzacji

Art. 116 ust. 6 Pt stanowi, że: „Aukcję przeprowadza Prezes UKE”. Zgodnie z art. 118 ust. 4 Pt: „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. Prezes UKE może określić w dokumentacji minimum kwalifikacyjne.”.

Z powyższego wynika, że ustawa Pt przyznaje wyłącznie Prezesowi UKE kompetencję do określenia warunków uczestnictwa w aukcji, wymagań co do oferty, kryteriów oceny ofert oraz minimum kwalifikacyjnego (do przeprowadzenia aukcji). Ustawa Pt wskazuje, że jedynym forum do określenia powyższych zagadnień jest dokumentacja aukcyjna.

Z projektu Rozporządzenia wynika zaś, że po 115 dniu aukcyjnym zakończenie (rozstrzygnięcie) aukcji następuje w związku z wystąpieniem zdarzeń określonych przez Ministra Administracji i Cyfryzacji w Rozporządzeniu (sposób zakończenia i rozstrzygnięcia aukcji opisany w dokumentacji aukcyjnej jest zastąpiony sposobem rozstrzygnięcia i zakończenia aukcji opisanym w Rozporządzeniu).

Z projektu Rozporządzenia wynika ponadto, że po 115 dniu aukcyjnym Minister Administracji i Cyfryzacji „wyłącza stosowanie” postanowień dokumentacji aukcyjnej dotyczących:

- a) sposobu ustalenia kwoty postąpienia w rundzie aukcji określonego w dokumentacji aukcyjnej, a uczestnik aukcji może złożyć ofertę aukcyjną nie niższą niż oferta aukcyjna stanowiąca najwyższą zadeklarowaną kwotę na daną rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych w ostatniej rundzie, która odbyła się w 115 dniu aukcyjnym II etapu aukcji;
- b) sposobu i terminu składania ofert aukcyjnych oraz sposobu przyjmowania i potwierdzania złożenia ofert aukcyjnych,
- c) sposobu ustalania prawa do składania ofert aukcyjnych przez uczestnika aukcji w rundzie aukcji,
- d) sposobów i warunków utrzymywania, tracenia i nabywania prawa do składania ofert aukcyjnych,
- e) trybu wyłaniania podmiotu wyłonionego w przypadku wystąpienia kilku równoważnych ofert aukcyjnych na tę samą rezerwację częstotliwości po ostatniej rundzie licytacji na daną rezerwację częstotliwości,
- f) sposobu wyłaniania podmiotu wyłonionego.

Powyższe przepisy projektu Rozporządzenia są zatem sprzeczne z ustawą Pt, ponieważ przepisy ustawy nie upoważniają Ministra Administracji i Cyfryzacji do realizacji działań z zakresu ustalania warunków uczestnictwa w aukcji i nie przyznają temu organowi kompetencji do realizacji działań organizacyjnych w aukcji (zastrzeżonych dla Prezesa UKE i Komisji Aukcyjnej).

Minister jest upoważniony wyłącznie do wydania Rozporządzenia, które ma na celu umożliwienie realizacji **przez Prezesa UKE** działań określonych w:

- a) art. 116 ust. 6 Pt (Prezes UKE przeprowadza aukcję)
- b) oraz w art. 118 ust. 4 Pt (Prezes UKE określa w dokumentacji warunki uczestnictwa w aukcji oraz wymagania, jakim powinna odpowiadać oferta, a także kryteria oceny ofert).

Podsumowując, Minister Administracji i Cyfryzacji, określając warunki uczestnictwa w aukcji w Rozporządzeniu oraz „wyłączając stosowanie” postanowień dokumentacji aukcyjnej, narusza ustawę Prawo telekomunikacyjne w zakresie, w jakim kompetencje do przeprowadzenia aukcji, w tym ustalenia warunków uczestnictwa, kryteriów ocen ofert i zasad rozstrzygnięcia ustawa ta przyznaje wyłącznie Prezesowi UKE.

Powyższe działanie MAiC oznacza nie tylko, że Minister wykracza poza przyznane mu kompetencje, lecz także podważa „suwerenność” regulatora rynku telekomunikacyjnego - Prezesa UKE (w odniesieniu do aukcji). Projekt Rozporządzenia w powyższym aspekcie narusza zatem także konstytucyjną zasadę legalizmu i podziału władzy. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny:

*„Z konstytucyjnej zasady legalizmu i zasady podziału władzy wynika, że istniejący w ramach rozbudowanego systemu organów wykonujących władzę publiczną **podział kompetencji pomiędzy poszczególne organy ma charakter bezwzględnie obowiązujący. W braku szczególnej podstawy prawnej niedopuszczalne jest przenoszenie kompetencji między organami.***

Zasada zachowania kompetencji stanowi też jedną z podstawowych zasad prawa administracyjnego. Dewolucja albo delegacja kompetencji, jako wyjątki od zasady, muszą być prawem przewidziane i nie podlegają interpretacji rozszerzającej."⁴.

Co więcej, w odniesieniu do trwającej aukcji, nowelizacja Rozporządzenia kreuje lukę prawną związaną z określeniem zasad przeprowadzenia ostatniej rundy aukcyjnej (następującej po 115 dniu aukcyjnym), albowiem:

- a) §31 ust. 1a projektu Rozporządzenia wskazuje, że: „W 115 dniu aukcyjnym II etapu aukcji komisja informuje uczestników aukcji o miejscu i terminie oraz sposobie składania ofert aukcyjnych w rundzie, o której mowa w ust. 1”;
- b) tymczasem zgodnie z § 9 pkt 7 Rozporządzenia, uprawnienia komisji w aukcji określa **dokumentacja aukcyjna**;
- c) aktualna dokumentacja aukcyjna nie zawiera zaś postanowień dotyczących ostatniej rundy aukcji, o której mowa w projekcie Rozporządzenia, w tym zwłaszcza nie obejmuje postanowień dotyczących „miejsca, terminu i sposobu” składania ofert, a także innych wymagań dotyczących ofert – w tym choćby wymagań co do osób uprawnionych do podpisania oferty (skoro zgodnie z projektem Rozporządzenia, wyłącza się stosowanie dokumentacji w odniesieniu do sposobu ustalania prawa do składania ofert, to można uznać, że wyłączenie stosowania dokumentacji aukcyjnej dotyczy także osób uprawnianych do składania ofert), a zatem:
- d) nowelizacja Rozporządzenia nie uwzględnia, że komisja nie dysponuje źródłem, z którego powinna „zaczerpnąć” informacje o „sposobie, miejscu i terminie” składania ofert, zaś uczestnicy aukcji nie dysponują wystarczającymi informacjami i podstawą do ustalenia zasad udziału w ostatniej rundzie, co narusza ich bezpieczeństwo prawne.

Trzeba podkreślić, że komisja aukcyjna nie jest upoważniona na podstawie przepisów prawa, ani na podstawie dokumentacji aukcyjnej, do samodzielnego określenia zasad i warunków udziału w ostatniej rundzie w aukcji (zaś o „sposobie, miejscu i terminie” składania ofert może jedynie o **poinformować** uczestników aukcji).

Należy dodać ponadto, że także Prezes UKE w II etapie aukcji nie dysponuje możliwością uzupełnienia dokumentacji aukcyjnej lub inną podstawą ingerencji w zasady i warunki prowadzenia aukcji, a zatem również on nie może ustalić na obecnym etapie miejsca, terminu i sposobu składania ofert w ostatniej rundzie lub określić innych istotnych warunków uczestnictwa w ostatniej rundzie aukcji.

Podsumowując, wejście w życie zaproponowanych przez Ministra zmian w Rozporządzeniu doprowadzi do naruszenia ustawowego podziału kompetencji pomiędzy Ministrem i Prezesem UKE oraz oznaczać będzie ingerencję w ustawowe kompetencje Prezesa UKE do prowadzenia aukcji (podważa „suwerenność” Prezesa UKE w odniesieniu do organizacji aukcji częstotliwości radiowych). Przemawia to za odstąpieniem przez Ministra od wdrożenia poddanych konsultacjom zmian Rozporządzenia.

III. Nowelizacja Rozporządzenia narusza ustawowy wymóg, aby warunki uczestnictwa w aukcji określić w dokumentacji aukcyjnej oraz zasadę „niezmienności” dokumentacji aukcyjnej po jej ogłoszeniu

Zgodnie z art. 118 ust. 4 Pt, „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”. Powyższy przepis Pt zastrzega wyłączność określenia warunków uczestnictwa w aukcji w dokumentacji aukcyjnej.

⁴ *Ibidem.*

Co więcej, zgodnie z §12 ust. 6 Rozporządzenia: „Prezes UKE może z urzędu, nie później niż na 30 dni przed upływem terminu do złożenia ofert wstępnych w przypadku aukcji, sprostować oczywistą omyłkę w treści dokumentacji przetargowej, aukcyjnej albo konkursowej. (...) BIP UKE. Sprostowanie jest wiążące dla uczestników przetargu, aukcji albo konkursu.”.

Jest to jedyny określony w przepisach prawa przypadek, w którym możliwa jest ingerencja organu w ogłoszoną dokumentację aukcyjną i może ona dotyczyć wyłącznie „oczywistych omyłek” w treści dokumentacji aukcyjnej. Przepis ten podkreśla zasadę niezmienności dokumentacji aukcyjnej (warunków uczestnictwa w aukcji) po ogłoszeniu dokumentacji.

Tymczasem nowelizacja Rozporządzenia, tj. §31 ust. 1b projektu Rozporządzenia, „wyłącza stosowanie” w ostatniej rundzie aukcji m.in. następujących części aktualnej dokumentacji aukcyjnej: pkt 6.8 (składanie ofert – II i kolejne rundy), pkt 6.9 (złożenie nowej oferty), pkt 6.10 (utrzymanie oferty), pkt 6.11 (ważność ofert), pkt 6.12 (prawo wstrzymania się), pkt 6.13 (tryb awaryjny), pkt 6.14 (cena, cena wywoławcza i kwoty postąpienia), pkt 6.15 (najwyższa zadeklarowana kwota), pkt 6.21 (zakończenie aukcji), pkt 6.22 (opis sposobu oceny ofert w II etapie aukcji). Dodatkowo projekt Rozporządzenia uzupełnia niektóre warunki uczestnictwa w aukcji (określa, lecz tylko fragmentarycznie, zasady składania ofert, kwotę postąpienia, zasady rozstrzygnięcia oraz kryteria rozstrzygnięcia).

Projekt Rozporządzenia jest zatem sprzeczny z ustawą Prawo telekomunikacyjne w zakresie, w którym:

- a) Rozporządzenie ustanawia warunki uczestnictwa w aukcji, pomimo, że warunki uczestnictwa w aukcji mogą być określone wyłącznie przez Prezesa UKE w dokumentacji aukcyjnej (art. 118 ust. 4 Pt);
- b) Rozporządzenie umożliwia Ministrowi Administracji i Cyfryzacji ingerencję w ogłoszoną przez Prezesa UKE dokumentację aukcyjną, podczas gdy taka ingerencja może dotyczyć tylko oczywistych omyłek w treści dokumentacji, nie później niż na 30 dni przed terminem składania ofert wstępnych.

IV. Nowelizacja Rozporządzenia narusza ustawowy wymóg przeprowadzenia konsultacji warunków uczestnictwa w aukcji

Zgodnie z art. 118 ust. 1 Pt: „Przetarg, aukcję albo konkurs ogłasza się niezwłocznie po zakończeniu postępowania konsultacyjnego w tej sprawie.”. Konsultacje aukcji dotyczą projektu dokumentacji aukcyjnej, a zatem m.in. warunków uczestnictwa w aukcji.

Skoro ustawa Prawo telekomunikacyjne zawiera wymóg przeprowadzenia konsultacji aukcji (warunków uczestnictwa w aukcji), to nie jest możliwe wprowadzenie do trwającej aukcji takich warunków uczestnictwa, co do których Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie przeprowadził konsultacji.

V. Nowelizacja Rozporządzenia narusza ustawowy wymóg ogłoszenia warunków uczestnictwa w aukcji

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pt: „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”. Powyższy przepis ustawy Pt wymaga zatem, aby warunki, na podstawie których przeprowadzana jest aukcja, zostały uprzednio ogłoszone przez Prezesa UKE.

Ponieważ ogłoszenie o aukcji z dnia 10 października 2014 r. nie obejmuje warunków uczestnictwa określonych w projekcie Rozporządzenia, to ich zastosowanie wobec uczestników trwającej aukcji na częstotliwości radiowe z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz, byłoby sprzeczne z art. 118 ust. 2 Pt.

VI. Nowelizacja Rozporządzenia narusza ustawowy wymóg, że podmiotem wyłonionym w aukcji może być tylko uczestnik aukcji, który został wyłoniony zgodnie z dokumentacją aukcyjną.

Zgodnie z art. 118b ust. 1 pkt 1 Pt art. 118 ust. 4 - *Podmiotem wyłonionym, o którym mowa w art. 116 ust. 1, jest uczestnik przetargu, aukcji albo konkursu, który spełnił warunki uczestnictwa w przetargu, aukcji albo konkursie*". Art. 118 ust. 4 Pt wymaga zaś, aby warunki uczestnictwa w aukcji określić w dokumentacji aukcyjnej.

Nie może być zatem uznany za podmiot wyłoniony taki uczestnik aukcji, który został wyznaczony na podstawie warunków aukcji innych niż zawarte w dokumentacji aukcyjnej. W przypadku wejścia w życie zaproponowanych przez Ministra zmian do Rozporządzenia, jeśli Prezes UKE zakończy aukcję zgodnie z Rozporządzeniem w znowelizowanej wersji, podmiot, który zostanie uplasowany na pierwszym miejscu listy ogłoszonej przez Prezesa UKE na podstawie art. 118c ust. 1 Pt, nie będzie podmiotem wyłonionym, o którym mowa w art. 116 ust. 1 Pt.

Powyższe argumenty potwierdzają wady propozycji zmian do Rozporządzenia poddanych przez Ministra konsultacjom.

VII. Nowelizacja Rozporządzenia wywoła okoliczności, w których Prezes UKE - bazując na przepisach ustawy Pt i dokumentacji aukcyjnej - nie powinien uznać aukcji za rozstrzygniętą.

Art. 118e ust. 1 pkt 1 Pt wskazuje, że: „Prezes UKE uznaje, w drodze decyzji, przetarg, aukcję albo konkurs za nierozstrzygnięty jeżeli żaden z uczestników **nie spełnił warunków uczestnictwa w przetargu, aukcji albo konkursie** bądź nie osiągnął minimum kwalifikacyjnego, jeżeli zostało określone w dokumentacji”. Art. 118 ust. 4 Pt wymaga zaś, aby warunki uczestnictwa w aukcji określić w dokumentacji aukcyjnej.

Jeżeli zatem aukcja zostanie rozstrzygnięta na podstawie warunków uczestnictwa w aukcji innych niż określone w dokumentacji aukcyjnej (tu: określonych w Rozporządzeniu po wejściu w życie zaproponowanych przez Ministra zmian), to w świetle art. 118e ust. 1 pkt 1 Pt w zw. z art. 118 ust. 4 Pt, takiej aukcji nie można uznać za rozstrzygniętą w rozumieniu ustawy Pt, a zatem Prezes UKE będzie obowiązany do wydania decyzji o nierozstrzygnięciu aukcji.

VIII. Propozycja zmiany Rozporządzenia narusza ustawowe wymogi:

- przewidywalności i niezmienności warunków uczestnictwa w aukcji (właściwego poinformowania podmiotów zainteresowanych uzyskaniem rezerwacji częstotliwość i warunkach aukcji),
- zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących warunków uczestnictwa w aukcji oraz
- przejrzystych warunków podejmowania rozstrzygnięcia.

Art. 120 Pt 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, a także:*

- 1) *szczegółowe wymagania co do treści ogłoszenia i zawartości dokumentacji,*
- 2) *warunki i tryb organizowania, przeprowadzania i zakończenia przetargu, aukcji oraz konkursu, w tym:*
 - a) *powoływania i pracy komisji przetargowej, komisji aukcyjnej oraz komisji konkursowej,*
 - b) *sposób wpłaty i zwrotu wadium - w przypadku przetargu oraz aukcji -*

*kierując się **potrzebą zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących żadnego uczestnika warunków przetargu, aukcji oraz konkursu, jak również przejrzystych warunków podejmowania rozstrzygnięć.***"

Rozporządzenie, zgodnie z art. 120 Pt, powinno stanowić instrument gwarantujący przebieg aukcji zgodny z określonym w tym przepisie prawa harmonogramem (etapami aukcji), zapewniając obiektywne, przejrzyste i niedyskryminujące, a nade wszystko niezmiennie w trakcie całej aukcji warunki uczestnictwa, a także przejrzystość rozstrzygnięć. W ocenie Spółki, poddana konsultacjom nowelizacja Rozporządzenia narusza każdy z powyższych wymogów delegacji ustawowej.

Po pierwsze, konieczność stworzenia warunków do „właściwego poinformowania podmiotów zainteresowanych udziałem” w aukcji została wymieniona jako pierwsza i nadrzędna funkcja Rozporządzenia. Właściwe poinformowanie podmiotów zainteresowanych oznacza, że żaden z aspektów organizacji aukcji nie zostanie przed zainteresowanym podmiotem „zatajony” na żadnym etapie oraz że w chwili ogłoszenia aukcji każdy podmiot zainteresowany uzyskaniem rezerwacji częstotliwości będzie dysponować pełną wiedzą o warunkach uczestnictwa w aukcji, obejmujących początek, etapy pośrednie i rozstrzygnięcie aukcji.

W sytuacji, gdy Minister na zaawansowanym II etapie aukcji informuje o planowanych zmianach warunków uczestnictwa w aukcji, które mają objąć także trwająca aukcję, należy uznać, że **działanie Ministra jest rażąco sprzeczne z art. 120 Pt – tj. treścią delegacji ustawowej do wydania Rozporządzenia, która wymaga odpowiedniego poinformowania podmiotów zainteresowanych uzyskaniem rezerwacji częstotliwości zanim rozpoczną one rywalizację w aukcji.**

Ponadto, art. 120 Pt akcentuje zależność poszczególnych etapów postępowania:

- ogłoszenie aukcji powinno zapewnić potencjalnym uczestnikom pełną wiedzę o zasadach (warunkach) postępowania od chwili rozpoczęcia do jego rozstrzygnięcia (szczegółową wiedzę o każdym jej etapie – przewidywalność aukcji),
- aukcja powinna odzwierciedlać warunki uczestnictwa przedstawione w ogłoszeniu o aukcji,
- rozstrzygnięcie powinno nastąpić zgodnie z zasadami określonymi w warunkach uczestnictwa aukcji.

W świetle powyższego, podmiot zainteresowany uzyskaniem rezerwacji częstotliwości podejmuje decyzję o uczestnictwie w aukcji, w tym o zabezpieczeniu i zaangażowaniu środków finansowych niezbędnych do wzięcia udziału w aukcji na podstawie treści ogłoszenia o aukcji (na podstawie warunków uczestnictwa zawartych w konkretnej dokumentacji aukcyjnej), ufając, że aukcja zostanie przeprowadzona od początku do rozstrzygnięcia według ogłoszonych zasad.

Z powyższych względów, każdy aspekt organizacji aukcji powinien gwarantować obiektywne, przejrzyste i niedyskryminacyjne warunki uczestnictwa w aukcji oraz przejrzyste zasady rozstrzygnięcia aukcji.

Przepis nowelizacji Rozporządzenia, który prowadzi do zmiany warunków **trwającej** aukcji po „skonsumowaniu” etapu ogłoszenia aukcji, etapu aukcji próbnej oraz częściowo II etapu aukcji, **narusza powyższe zasady**, ponieważ:

- a) neguje przewidywalności postępowania aukcyjnego – tj. niezmienności reguł tego postępowania od momentu jego wszczęcia do rozstrzygnięcia;
- b) uzasadnienie nowelizacji rozporządzenia bazuje na aktualnych „potrzebach” organów odpowiedzialnych za aukcję, w tym w związku z zamiarem wpłynięcia na wynik i czas zakończenia aukcji według aktualnych potrzeb – wprowadzone nowelizacją warunki uczestnictwa w aukcji nie są zatem obiektywne (warunki obiektywne to warunki, które nie podlegają zmianom w związku z aktualnymi „potrzebami” organów państwa lub w związku z wystąpieniem w trakcie aukcji),
- c) co więcej, **zmiana warunków uczestnictwa w aukcji nie jest podyktowana działaniami lub zaniechaniami uczestników aukcji, które byłyby sprzeczne z przepisami prawa lub treścią dokumentacji aukcyjnej – przyczyną nowelizacji Rozporządzenia jest okoliczność, że w świetle subiektywnej oceny Ministra Administracji i Cyfryzacji aukcja trwa dłużej niż oczekiwano, zaś oferty uczestników osiągnęły poziom wyższy niż prognozowany przed rozpoczęciem aukcji.**
- d) w sytuacji, gdy w trakcie aukcji uczestnicy są „zaskakiwani” zmianą warunków uczestnictwa nie można uznać, że aukcja została przeprowadzona w przejrzystych warunkach,
- e) nagły tryb wprowadzenia nowych warunków uczestnictwa w aukcji i wady przepisów znowelizowanego rozporządzenia nie pozwalają na ustalenie, czy „nowe reguły” aukcji zapewnią niedyskryminujące warunki aukcji (ocenę niedyskryminującego charakteru warunków aukcji można przeprowadzić tylko, jeśli warunki te są stabilne w całym okresie aukcji).

Warto podkreślić, że wymogi obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących warunków aukcji wynikają z art. 9 ust. 1 dyrektywy ramowej, stanowiącego, że:


„W należyтым stopniu uwzględniając fakt, że częstotliwości radiowe są dobrem publicznym, które ma istotną wartość społeczną, kulturalną i ekonomiczną, państwa członkowskie zapewniają efektywne zarządzanie częstotliwościami radiowymi do celów świadczenia usług łączności elektronicznej na ich terytorium zgodnie z art. 8 i 8a. Zapewniają także, aby przydział widma na użytek usług łączności elektronicznej i wydawanie zezwoleń ogólnych lub indywidualnych praw do użytkowania takich częstotliwości radiowych przez właściwe organy krajowe odbywały się według obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych kryteriów.”.

Ponadto, art. 3 ust. 2 dyrektywy ramowej wskazuje, że: **„Państwa Członkowskie zagwarantują niezależność krajowych organów regulacyjnych, zapewniając, by były one prawnie oddzielone i funkcjonalnie niezależne od wszelkich organizacji udostępniających sieci, urządzenia lub usługi łączności elektronicznej.”.**

Z przyczyn omówionych powyżej, wejście w życie zmian do Rozporządzenia poddanych przez Ministra konsultacjom publicznym oznaczać będzie także zatem naruszenie wspólnotowych zasad harmonizacji zarządzania widmem radiowym.

Reasumując, w ocenie Polkomtel, zaproponowane przez Ministra zmiany do Rozporządzenia w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych, mające na celu głównie ingerencję w toczącą się aukcję częstotliwości radiowych z zakresu 800 MHz i 2.6 GHz, **naruszają szereg podstawowych standardów stanowienia prawa, w tym zwłaszcza w zasadę bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa (poszanowania przez prawodawcę istniejących stosunków prawnych), zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, zasadę ochrony praw nabytych i zasadę przewidywalności regulacyjnej.**

Biorąc pod uwagę dodatkowo sprzeczność projektu Rozporządzenia z normami ustawy Prawo telekomunikacyjne dotyczącymi organizacji aukcji na częstotliwości radiowe, **Polkomtel postuluje o odstąpienie przez Ministra od dalszych prac nad poddanym konsultacjom projektem zmian do Rozporządzenia.**

POLKOMTEL Sp. z o.o.
Dyrektor
Departamentu Prawnego i Nadzoru Właścicielskiego

Beata Iracka-Piskorz