

Warszawa, 7 lutego 2005 r.

GR-PRP-0008/05/KK/MP

**Szanowny Pan
Witold Graboś**

**Prezes
Urzędu Regulacji Telekomunikacji
i Poczty**

**Stanowisko Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o.
w postępowaniu konsultacyjnym
odnośnie projektu dokumentacji przetargowej GSM - 1800 i UMTS**

PTC przedstawia łączne stanowisko w sprawie dwóch konsultacji zainicjowanych ogłoszeniami Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty z dnia 3 stycznia 2005 r. w sprawie postępowania przetargowego na rezerwację częstotliwości GSM 1800 oraz częstotliwości UMTS. Jest to uzasadnione charakterem

sprawy, która wymaga wypracowania spójnej koncepcji rozwoju rynku telefonii komórkowej w Polsce.

I. RYNEK USŁUG TELEFONII RUCHOMEJ W POLSCE

Zgodnie z deklaracjami zawartymi na wstępie projektu dokumentacji przetargowej dotyczącej zarówno postępowania przetargowego na rezerwację częstotliwości GSM 1800 jak też rezerwacji częstotliwości UMTS, postępowanie przetargowe ma stanowić następstwo założeń przyjętych w dokumentach ogłaszanych uprzednio przez Prezesa URTiP. U podstaw postępowania przetargowego leży dążenie do realizacji trzech podstawowych celów:

1. wspierania równoprawnej i efektywnej konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych,
2. rozwoju infrastruktury telekomunikacyjnej,
3. zwiększenia dostępu do nowoczesnych usług telekomunikacyjnych.

Cele te są zgodne z ustawą Prawo telekomunikacyjne i Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. w pełni popiera stanowisko Prezesa URTiP.

Jednak analiza dokumentacji przetargowej prowadzi do wniosku, że trzy wymienione wyżej cele zostały przesłonięte przez zupełnie inny cel i całkowicie mu podporządkowane: tym celem stało się wprowadzenie na rynek nowego operatora, bez względu na skutki tej decyzji. Z całokształtu dokumentacji wynika, że wejście na rynek czwartego operatora ma być zapewnione nawet gdyby wymagało to zapewnienia mu szczególnych, preferencyjnych warunków prowadzenia działalności, w wyniku czego ucierpiałyby zarówno równoprawna i efektywna konkurencja, jak i rozwój infrastruktury oraz dostęp do nowoczesnych usług telekomunikacyjnych.

1. Konkurencja na polskim rynku usług telekomunikacyjnych w sieciach ruchomych

Priorytetowe traktowanie wprowadzenia na rynek czwartego operatora wynika z przyjętego a priori założenia, iż konkurencja w Polsce jest nieskuteczna, a rynek usług telefonii mobilnej w dużym stopniu nienasycony. Tymczasem nie przeprowadzono analizy rynku, w wyniku której stwierdzony zostałby brak konkurencji w zakresie usług telefonii mobilnej. Już sam ten fakt czyni nieuzasadnionym propozycję preferencyjnej oceny oferty podmiotów, które zarówno nie posiadają prawa do dysponowania częstotliwościami stanowiącymi przedmiot przetargu, jak również które nie są powiązane z podmiotami, które posiadają prawo do dysponowania przedmiotowymi częstotliwościami. Cel ten nie uwzględnia również aktualnych tendencji na rynku krajowym oraz zjawisk, które wystąpiły już na rynkach państw bardziej rozwiniętych i powinny również w nieodległej przyszłości wystąpić w Polsce.

Udzielenie odpowiedzi na fundamentalne w przedmiotowych postępowaniach pytanie, czy w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych w sieciach komórkowych występuje skuteczna konkurencja możliwe będzie dopiero po zakończeniu przez Prezesa URTiP postępowania, o którym mowa w art. 23 Ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne. Oparcie zatem już teraz całej koncepcji przetargu na założeniu, iż konkurencja taka nie występuje, jest nieuprawnione i świadczy o nieznanym realiom funkcjonowania rynku usług telefonii komórkowej. Obecni operatorzy od początku swego istnienia działają w warunkach silnej wzajemnej konkurencji cenowej na rynku usług i dostarczają abonentom oczekiwane przez nich

usługi telefoniczne, ponosząc równocześnie znaczne nakłady inwestycyjne na infrastrukturę.

Oceny poziomu konkurencyjności polskiego rynku telefonii komórkowej na tle innych europejskich rynków można dokonać porównując poziomy ich koncentracji. Można użyć do tego celu wskaźnika Herfindahl-Hirschmana (ang. Herfindahl-Hirschman Index) jako miary pozwalającej ocenić poziom koncentracji danego rynku. Wskaźnik HHI wykorzystywany jest przez Departament Sprawiedliwości USA do orzekania na temat przejęć lub połączeń firm.

Przykład na obliczenie wskaźnika HHI:

Na rynku działa czterech operatorów o następującym udziale w rynku pod względem sprzedaży: operator 1 - 40%, operator 2 - 30%, operator 3 - 20%, operator 4 - 10%.

Wskaźnik HHI dla rynku = $40^2 + 30^2 + 20^2 + 10^2 = 3000$.

Wskaźnik o wartości 10000 wskazuje całkowity monopol, malejąca wartość wskaźnika oznacza większą konkurencyjność na rynku.

Przedstawione na następnej stronie zestawienie zawiera wskaźnik HHI obliczony dla wybranych krajów europejskich.

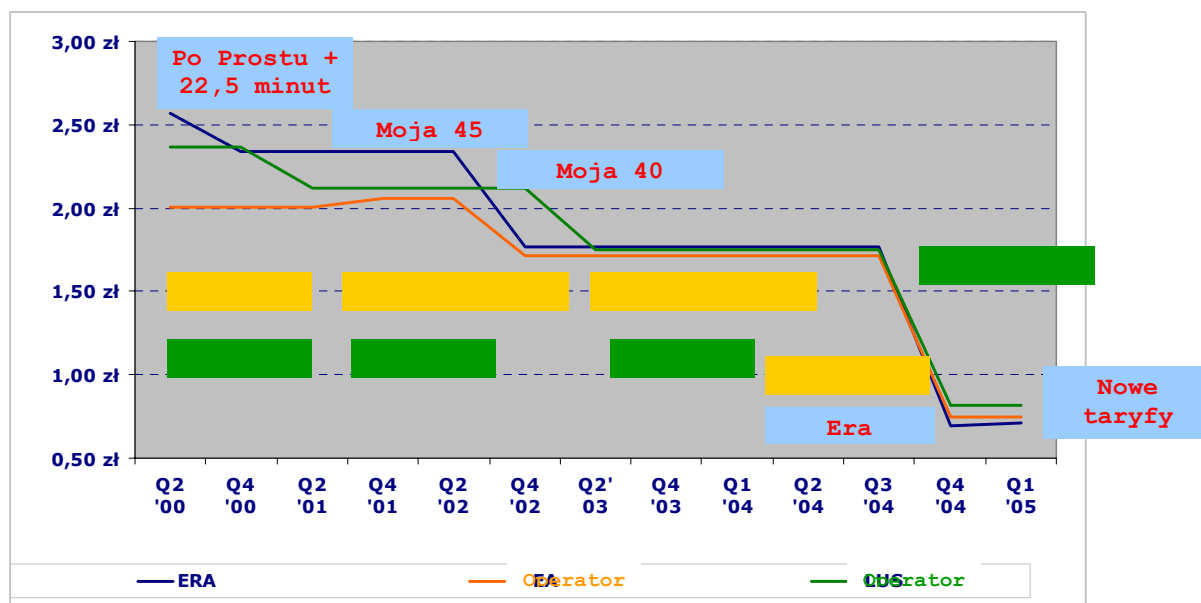
Wskaźnik HHI obliczony dla wybranych krajów europejskich:

Poziom konkurencyjności rynków telefonii komórkowej wyznaczony za pomocą wskaźnika Herfindahl-Hirschmana (HHI)						
Państwo	Udział w rynku (%) pod względem sprzedaży (2003) *					Wskaźnik HHI
	Operator 1	Operator 2	Operator 3	Operator 4	Operator 5	
W. Brytania	26	24	25	25		2 502
Holandia	38	25	12	15	10	2 538
Grecja	36	23	37	4		3 210
Polska	36	31	33			3 346
Niemcy	41	38	13	8		3 358
Dania	49	29	12	10		3 486
Portugalia	46	32	22			3 624
Włochy	46	36	17	1		3 702
Czechy	43	41	16			3 786
Węgry	47	36	17			3 794
Szwecja	46	38	16			3 816
Hiszpania	52	26	22			3 864
Francja	49	35	16			3 882
Belgia	53	32	15			4 058
Finlandia	55	29	16			4 122
Szwajcaria	62	18	20			4 568

*Źródło: Merrill Lynch

Powyższe zestawienie pokazuje, że Polska jest jednym z najbardziej konkurencyjnych rynków w Europie, plasując się nawet przed niektórymi krajami z większą ilością operatorów.

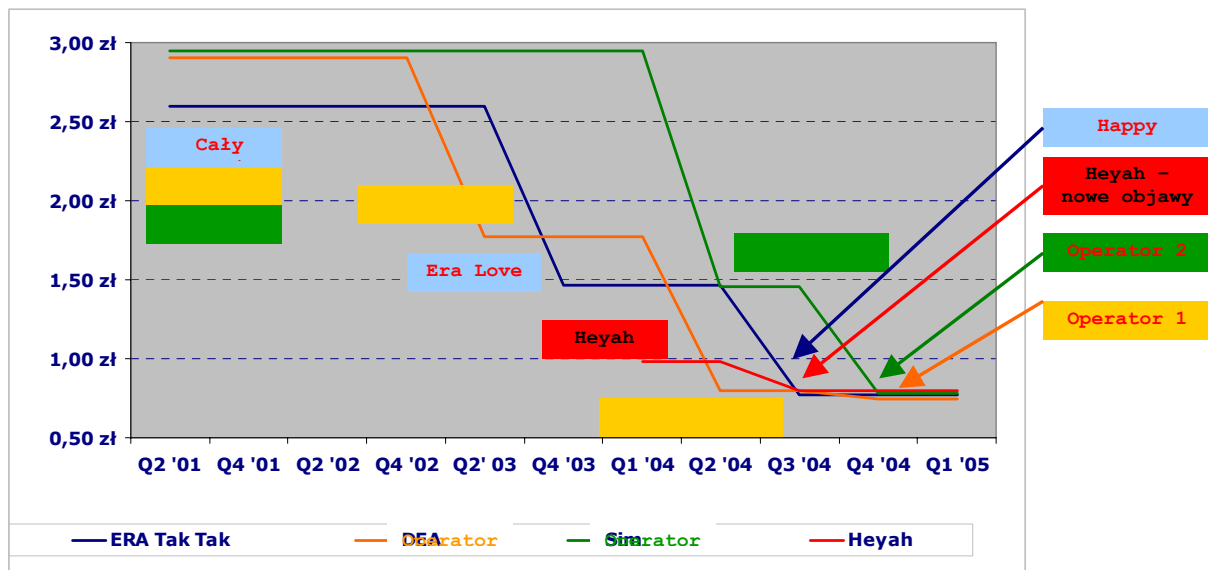
Rok 2004, w szczególności ostatnie miesiące, doprowadził do nasilenia konkurencji na rynku detalicznym i znacznego spadku cen. Spadek ten był między innymi wynikiem pojawienia się na rynku nowych marek adresowanych do grup o niskiej penetracji telefonii ruchomej.



Źródło własne PTC

Kształtowanie się cen na polskim rynku w ofertach postpaid (Q2 2002-Q1-2005) przy założeniach:

- Oferty taryfowe bez okresowych zniżek na 'starych' taryfach
- Optymalna taryfa przy 70 minutach rzeczywistego czasu rozmów
- Średnia cena poza sieć jako abonament + opłata za minuty dzielone przez liczbę minut
- Ceny brutto



Źródło własne PTC

Kształtowanie się cen na polskim rynku w ofertach prepaid (Q2 2002-Q1-2005) przy założeniach:

- Oferty bez zniżek w kuponach
- Wybrano najtańszą taryfę z ofert dla połączeń poza sieć
- Ceny brutto

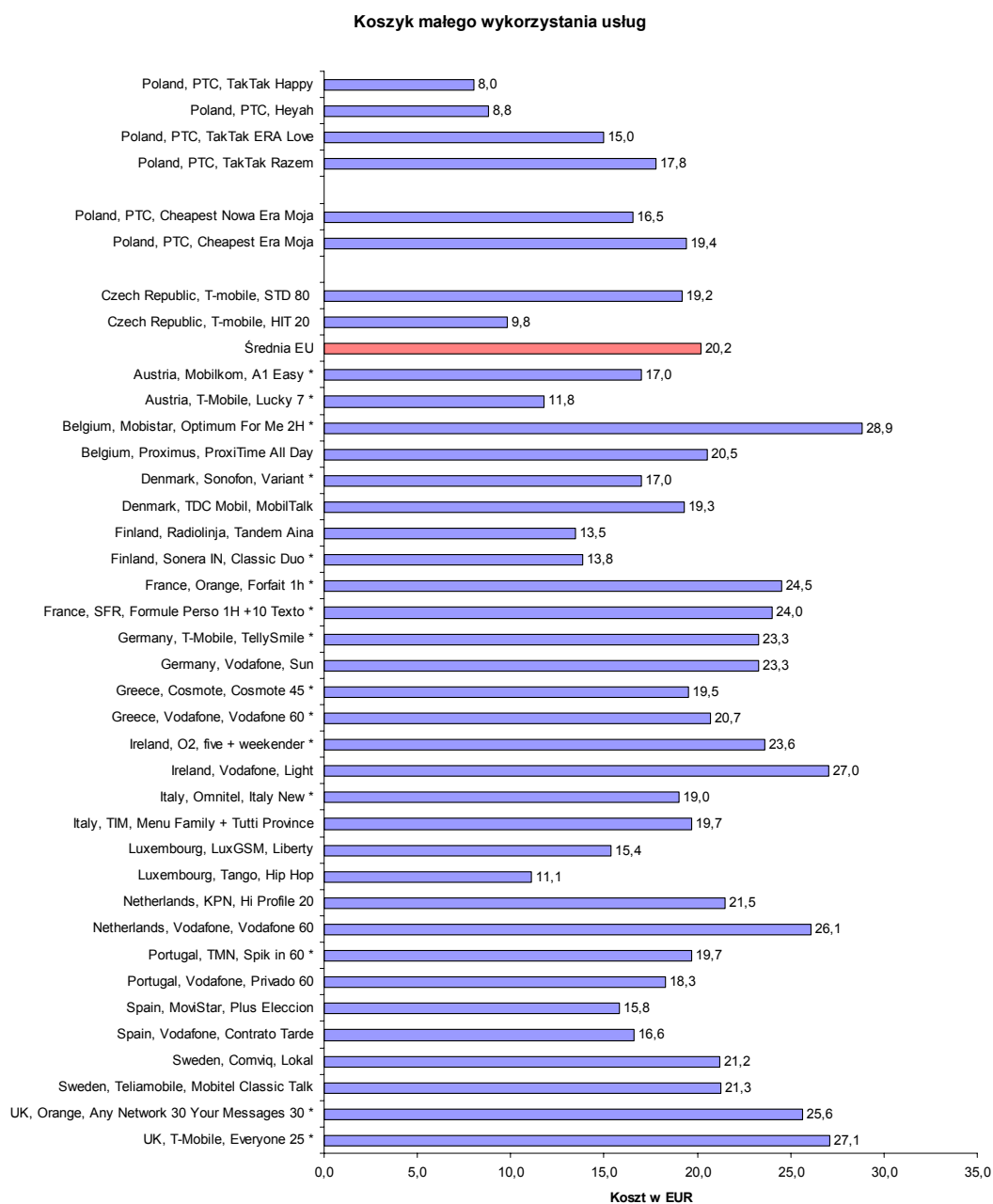
Fakty te znajdują również potwierdzenie w opracowaniu Poziom cen usług telekomunikacyjnych w latach 2001-2004, Warszawa, styczeń 2005, opublikowanym przez Regulatora. W analizie tej potwierdzono znaczny spadek cen usług telefonii komórkowej w Polsce w systemie pre-paid, a średni roczny koszt korzystania z telefonu komórkowego był w 2004r. o blisko 15% tańszy niż w Europie.

Korzystnie dla polskiego operatora wypada porównanie cen na polskim rynku i cen w poszczególnych krajach europejskich. Porównanie wyceny koszyków przedstawione zostało na Wykresach 1, 2 i 3 poniżej, odpowiednio dla koszyków: małego, umiarkowanego i intensywnego wykorzystania usług. Ceny na polskim rynku obrazują taryfy abonamentowe i przedpłacone

operatora sieci Era i Heyah. Wśród taryf abonamentowych dla każdego z koszyków wybierane były najtańsze taryfy z grupy Era Moja oraz wprowadzonych pod koniec 2002 roku taryf Nowa Era Moja. Następnie, na wykresach 4-8 załączone jest porównanie ofert Plus GSM z wybranymi operatorami europejskimi (stan na wrzesień 2004r.) w zależności od sposobu płatności (taryfy abonamentowe oraz usługi przedpłacone) oraz intensywności użycia.

Należy podkreślić, iż porównanie taryf abonamentowych jest bardzo trudne ze względu na różny poziom subsydiowania kosztu telefonów na poszczególnych rynkach, co nie jest uwzględnione w kalkulacji. Jak wiadomo, w Polsce poziom subsydiowania telefonów jest bardzo wysoki. Poziom subsydiowania telefonów ma ogromne znaczenie dla możliwości korzystania z usług telekomunikacyjnych przez przeciętnie zamożnego użytkownika. Ponadto klienci abonamentowi praktycznie nigdy nie podpisują umów na poziomie cen zawartym w oficjalnym cenniku. Operatorzy komórkowi stale oferują promocje pozwalające na znaczne obniżenie kosztu usług, nierzadko o kilkadziesiąt procent. Co prawda upusty cenowe trwają przez ograniczony okres czasu, ale każdorazowo przedłużenie umowy wiąże się z kolejną ofertą promocyjną dla klienta.

Wykres 1. Koszt koszyka OECD małego wykorzystania usług

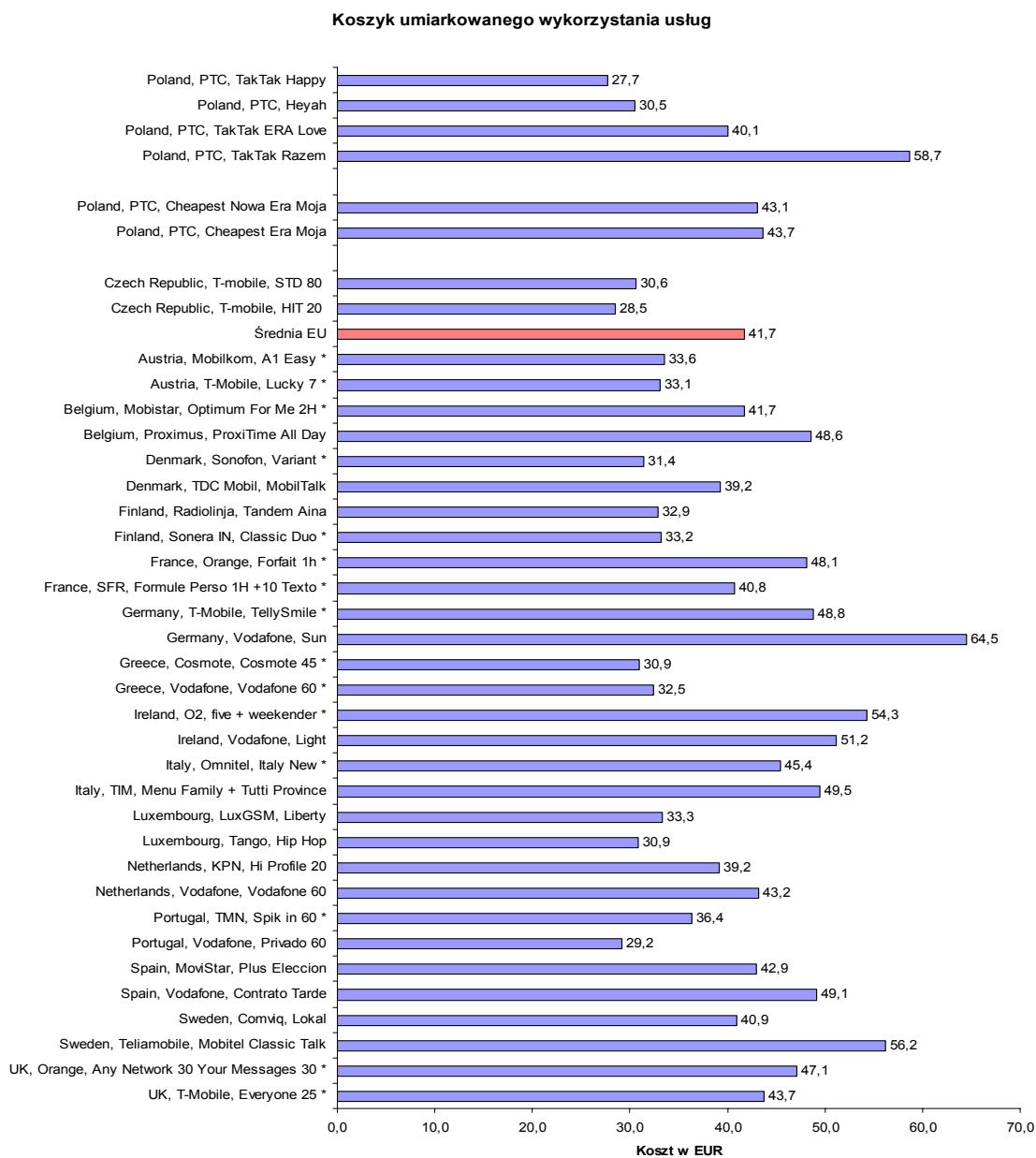


Koszt koszyka wg taryfy Happy niższy o 60% od średniej EU

Koszt koszyka (taryfa Happy w porównaniu do taryfy EraLove) obniżył się o 47% na przestrzeni ok. roku

Źródło: Raport Komisji Europejskiej; 9th Report on the Implementation of the EU Electronic Communications Regulatory Package; definicje koszyków OECD; obliczenia własne

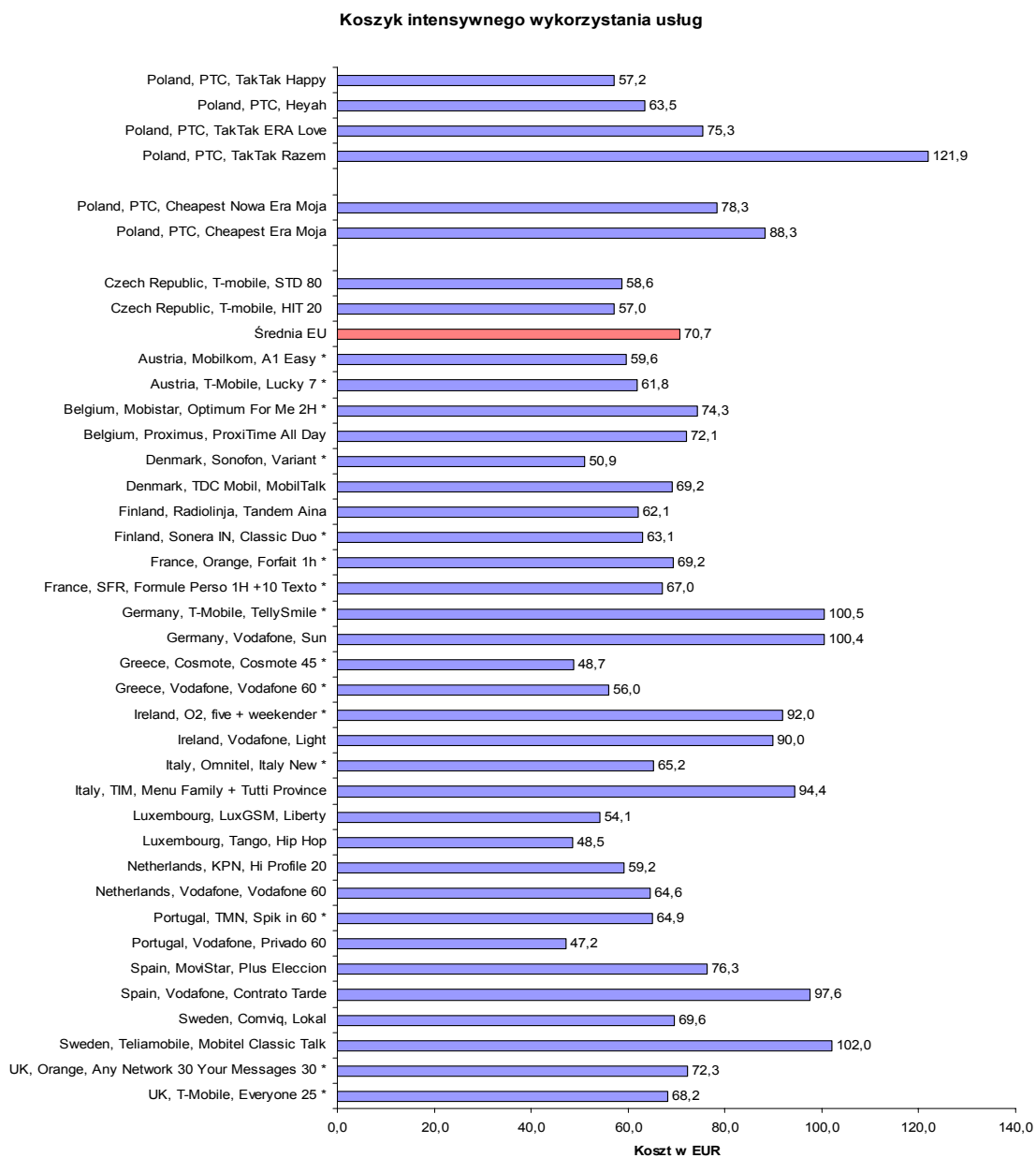
Wykres 2. Koszt koszyka OECD umiarkowanego wykorzystania usług



Koszt koszyka wg taryfy Happy niższy o 34% od średniej EU
 Koszt koszyka (taryfa Happy w porównaniu do taryfy EraLove) obniżył się o 31% na przestrzeni ok. roku

Źródło: Raport Komisji Europejskiej: 9th Report on the Implementation of the EU Electronic Communications Regulatory Package;
 definicje koszyków OECD;
 obliczenia własne

Wykres 3. Koszt koszyka OECD intensywnego wykorzystania usług



Koszt koszyka wg taryfy Happy niższy o 19% od średniej EU
 Koszt koszyka (taryfa Happy w porównaniu do taryfy EraLove) obniżył się o 24% na przestrzeni ok. roku

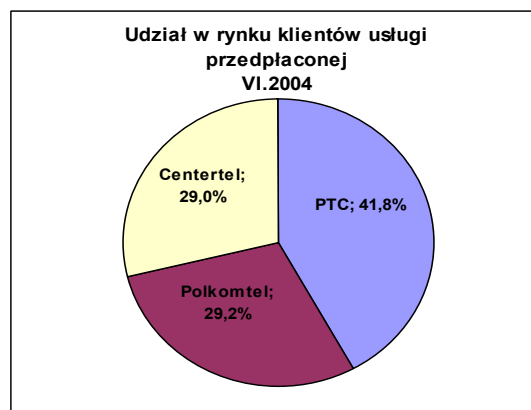
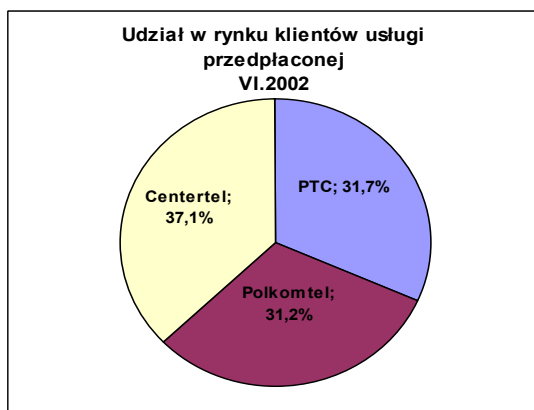
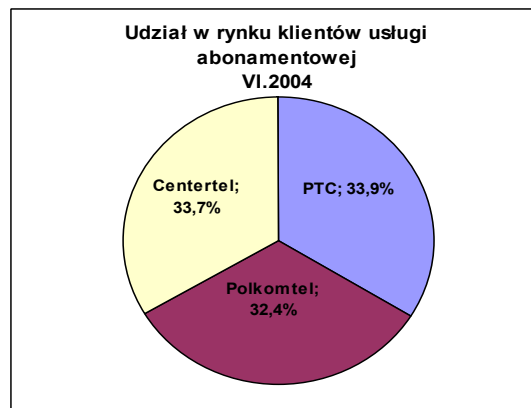
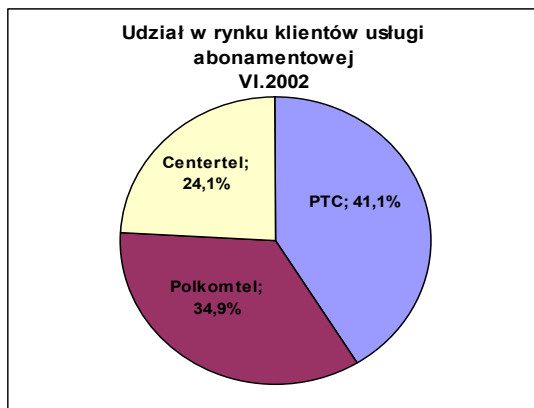
Źródło: Raport Komisji Europejskiej: 9th Report on the Implementation of the EU Electronic Communications Regulatory Package;
 definicje koszyków OECD;
 obliczenia własne

Z porównania powyższego wyniku, iż o ile starsze taryfy można by określić mianem drogich, o tyle aktualne oferty na polskim rynku należą do najtańszych w Europie. Jest to szczególnie widoczne w przypadku nowych taryf przedpłaconych (TakTak

Happy, Heyah), charakteryzujących się gwałtownym spadkiem cen w stosunku do starszych taryf.

Radykalne obniżki cen, jakie miały miejsce na polskim rynku w 2004 roku przeczą tezie o utrzymywaniu się sytuacji oligopolistycznej na rynku telefonii komórkowej w Polsce. Udziały w rynku poszczególnych operatorów są do siebie zbliżone, ale już bliższa analiza wskazuje na to, iż w poszczególnych segmentach rynku (abonamentowym i przedpłaconym) ostra konkurencja i kolejne nowe oferty powodowały zmiany na pozycji poszczególnych operatorów. I tak, PTC wysunęła się w ciągu minionych dwóch lat na pierwsze miejsce w segmencie usług przedpłaconych. Z kolei PTK Centertel Sp. z o.o. wyprzedził Polkomtel S.A. w segmencie klientów płacących abonament i niemal zrównał się pod względem liczby klientów w tym segmencie z PTC.

Udziały operatorów w rynku wg liczby klientów:



Źródło własne PTC

Bardzo korzystnie wypada dla polskiego operatora porównanie poziomów cenowych i kosztów użycia telefonu. Jest on tańszy nie tylko w stosunku do Niemiec czy Wielkiej Brytanii, ale także względem Czech i Węgier. PTC zwraca uwagę, że rynki tych ostatnich krajów są znacznie bardziej dojrzałe, a ponadto na każdym z nich na ok. 10 mln. ludzi przypada trzech operatorów. Konkurencja zatem powinna tam prowadzić do wydatniejszych efektów. Tak się jednak nie stało, co powinno stać się swoistym „memento” dla autorów projektu zmian regulacyjnych w Polsce .

Do zbliżonych konkluzji prowadzi porównanie cen polskich ofert usług przedpłaconych do cen europejskich dostawców usług telekomunikacyjnych. Jest to o tyle ciekawe, że poziom cen MVNO często jest określany jako najniższy na rynku a ich

wejście na polski rynek miałyby być remedium na rzekomy brak konkurencji i wysoki poziom cen w Polsce. Jak widać w poniższej tabeli, rynek polski potrafił osiągnąć poziom cen niższy niż ceny europejskich dostawców usług telekomunikacyjnych. Ponadto naliczanie sekundowe jest w Polsce standardem.

Kraj	Nazwa operatora	Waluta	Cena Minuty	Cena w PLN	Stosowane taktowanie	Cena SMS	Cena SMS w PLN
Niemcy	Tchibo Mobilfunk	EUR	0,35	1,51	60/1**	0,19	0,82
Francja	Universal Mobile*	EUR	0,38	1,63	60/1**	0,09	0,39
Francja	Phone House	EUR	0,28	1,20	60/1**	0,10	0,43
UK	Tesco	GBP	0,20	1,26	60/1**	0,10	0,63
UK	Virgin	GBP	0,15	0,95	60/1**	0,10	0,63
Polska	Heyah	PLN	0,80	0,80	sekundowe	0,20	0,20
Polska	Happy	PLN	0,77	0,77	sekundowe	0,22	0,22
Polska	SIMPLUS TEAM 7	PLN	0,78	0,78	sekundowe	0,20	0,20
Polska	SAMI SWOI	PLN	0,84	0,84	sekundowe	0,24	0,24

*) Minimalna opłata miesięczna wynosi 16,9 Euro - oferta przypominająca rozwiązania typu MIX wśród polskich operatorów

***) naliczanie sekundowe po pierwszej minucie połączenia

Źródło: Strony Internetowe operatorów (stan na wrzesień 2004)

Podobne wyniki uzyskują również twórcy raportu przygotowanego przez Centrum im. Adama Smitha pt. *Analiza możliwości rozwoju cyfrowej telekomunikacji komórkowej w Polsce na tle innych krajów Europy*, lecz wspominają o nich tylko zdawkowo, skupiając się na porównaniach wyceny koszyków skorygowanych o

parytet siły nabywczej. Pomijają przy tym fakt, iż znaczna część kosztów operatorów komórkowych w Polsce jest ponoszona na zakup towarów i usług importowanych (przede wszystkim zakup telefonów, urządzeń sieciowych i systemów oprogramowania). Jednocześnie średnie przychody operatora komórkowego w Polsce są kilkakrotnie niższe niż w Państwach europejskich o podobnej wielkości geograficznej lub ludnościowej, co oznacza, że zwrot z inwestycji poniesionych na budowę i utrzymanie sieci jest na zdecydowanie niższym poziomie. Jednocześnie operatorzy inwestujący w nowoczesne technologie komórkowe nabywają je po cenach światowych, które nie uwzględniają specyfiki rynku polskiego.

	Wydatki na telefonię komórkową (% PKB)	Wydatki na telefonię komórkową (w mln USD)	Proporcja wydatków na telefonię komórkową w stosunku do Polski	Liczba operatorów sieci	Wydatki na telefonię komórkową w przeliczeniu na 1 operatora sieci (w mln USD)
Hiszpania	2,30%	13 408	3,8	3	4 469
UK	1,50%	22 763	6,5	5	4 553
Niemcy	1,10%	20 548	5,8	4	5 137
Włochy	1,80%	19 794	5,6	4	4 949
Polska	2,00%	3 528	1	3	1 176
Czechy	2,10%	1 939	0,55	3	646

Źródło: Merrill Lynch, Raporty własne operatorów

Autorzy raportu Centrum im. Adama Smitha przyznają, iż wskaźnik średniego miesięcznego przychodu na abonenta (ARPU) w Polsce należy do najniższych w Europie. Dalsze obniżki cen usług zapewne będą miały miejsce, lecz nie ma żadnej gwarancji, iż będą skutkowały istotnie wyższym wykorzystaniem usług i w efekcie wzrostem wskaźnika ARPU. Obserwowana elastyczność cenowa popytu nie rekompensuje operatorom spadku cen, czego skutkiem jest stały spadek wskaźnika ARPU u wszystkich polskich operatorów. Teza twórców raportu, iż rynek tkwi w „zaklętym kręgu”, w którym wysokie ceny usług stwarzają barierę popytu i przez to niski poziom ARPU, nie znajduje pokrycia w rzeczywistości. Po pierwsze ceny wcale nie są wysokie i szybko spadają, a po drugie spadek cen wcale nie przyczynia się do wzrostu wskaźnika ARPU. Faktem jest, iż poziom ARPU jest niski, gdyż społeczeństwo polskie jest uboższe niż ludność w większości innych krajów Unii Europejskiej. Zapewne prawdą jest również, iż mimo niskiego poziomu cen usług telefonii komórkowej, mniej zamożni użytkownicy tych usług odczuwają je jako drogie, lecz taki sam wniosek można by wysnuć w stosunku do dziesiątek innych produktów i usług.

Przy znacznym „usztynieniu” kosztów, jakie muszą ponosić operatorzy komórkowi, korygowanie ich cen o parytet siły nabywczej może doprowadzić do błędnych wniosków, których skutkiem będzie niebezpieczne osłabienie ich sytuacji finansowej, spowolnienie rozwoju rynku i tempa budowy infrastruktury telekomunikacyjnej w Polsce, a nie rozwój rynku. Ten ostatni cel osiągany jest poprzez mechanizmy rynkowe, regulujące poziom cen a jednocześnie motywujące do podejmowania nowych inwestycji. Znaczne obniżki cen dokonane w 2004 roku doprowadziły do przyspieszenia wzrostu penetracji telefonii komórkowej w Polsce. Rok 2004 z całą pewnością

będzie rekordowym w historii tego rynku pod względem przyrostu liczby abonentów. Penetracja w Polsce utrzymuje się na niższym poziomie od średniej europejskiej, co jest między innymi powodem późniejszego startu działalności polskich operatorów GSM, lecz dystans dzielący nas od bardziej zaawansowanych rynków maleje w coraz szybszym tempie.

Pouczające jest również robocze zestawienie liczby operatorów (bez MVNO) w poszczególnych krajach Europy. PTC zwraca uwagę na przykład na rynki niemiecki i brytyjski (znacznie większa niż w Polsce liczba mieszkańców - w przypadku Niemiec różnica jest ponad dwukrotna, a także o wiele wyższa ich siła nabywcza w porównaniu z Polską), gdzie jest zaledwie czterech operatorów, zaś w Hiszpanii, do której tak często się porównujemy - trzech. Podobnie trzech operatorów jest w ludniejszej i bogatszej od Polski Francji (ok. 60 mln. ludności).

Analiza wartości GDP i % GDP jaki stanowią przychody operatorów sieci mobilnych w poszczególnych krajach Europy wykazuje, że drugi z wymienionych wskaźników nie zależy od stosunku liczby ludności do liczby operatorów. Zależy on natomiast po pierwsze od wielkości gospodarki (przy zachowaniu proporcji do populacji) - „duże gospodarki” Niemiec, Holandii, Danii mają bardzo niski wskaźnik, zaś „małe gospodarki” Grecji, Czech, Węgier, Portugalii bardzo wysoki. Po drugie bardzo ważnym czynnikiem jest siła nabywcza społeczeństwa. Wypadkowa tych czynników sytuuje Polskę („średnia gospodarka”, średni wskaźnik-2,2%) w bardzo dobrym towarzystwie Finlandii (1,9%), Hiszpanii (2,4%), Włoch(1,8%) i to pomimo bardzo słabej siły nabywczej naszego społeczeństwa, co jest zasługą w znacznej mierze wielorakich wysiłków dotychczasowych operatorów zmierzających do uczynienia usług bardziej dostępnymi. Wszystko to wskazuje, że nowy operator mógłby mieć

poważne trudności (w opinii DI BRE BANKU), co w efekcie wystawiałoby złe świadectwo koncepcji wprowadzenia go na rynek (dla skarbu państwa same straty).

2. Wpływ wyników przetargu na rozwój usług telekomunikacyjnych w sieciach ruchomych

Postępowanie przetargowe jest elementem polityki regulacyjnej, której podstawowym celem jest zapewnienie jak najpełniejszego dostępu do usług telekomunikacyjnych odpowiedniej jakości, jak największej części społeczeństwa przy zachowaniu warunków konkurencyjności. Przedmiotem przetargu jest ograniczone dobro wspólne, którym są częstotliwości a których dysponentem w imieniu Państwa jest Regulator. Stanowią one podstawowe narzędzie upowszechniania usług telekomunikacyjnych telefonii komórkowej i jako takie powinny zostać w należyty sposób spożytkowane. Regulator powinien dołożyć należytej staranności przy organizacji procesu wyboru podmiotu, któremu zostanie powierzone dysponowanie tymi częstotliwościami tak, aby był on w stanie w odpowiedni sposób je wykorzystać. Mając na uwadze powyższe przeprowadzenie przetargu nie powinno zakładać przydzielenia częstotliwości za wszelką cenę, w szczególności podmiotowi niewiarygodnemu, który nie gwarantuje zrealizowania zobowiązań przetargowych i wykorzystania częstotliwości w sposób maksymalizujący korzyści dla społeczeństwa.

Z zaprezentowanego przez Regulatora projektu dokumentacji przetargowej wynika przyznanie daleko idących preferencji podmiotom dotychczas nieobecny na rynku telefonii komórkowej. Należy postawić pytanie, czy w obecnej sytuacji rynkowej, w której trzech operatorów intensywnie konkuruje pomiędzy sobą, zarówno na polu pozyskiwania nowych klientów, jak i cen usług, wprowadzenie dodatkowego podmiotu pozwoli zrealizować w

jakimkolwiek stopniu cel Regulatora, jakim jest dalsze upowszechnienie usług oraz pełne wykorzystanie dostępnych częstotliwości. Należy podkreślić, że tylko podmiot o odpowiednim potencjale finansowym oraz doświadczeniu jest w stanie zagwarantować wykorzystanie dobra, jakim są częstotliwości, a sytuacją niedopuszczalną byłoby wyłonienie w przetargu podmiotu, który nie tylko nie będzie w stanie zrealizować swoich zobowiązań finansowych, jako zwycięzca przetargu, ale też ograniczy dostęp pozostałych operatorów do ograniczonego wspólnego dobra jakim są częstotliwości.

W opinii PTC, koncepcja forsowania czwartego operatora za pomocą preferencji przy rozstrzyganiu przetargu oraz presji regulacyjnej w stosunku do działających operatorów koliduje z zasadniczymi celami ustawy wymienionymi w art. 1 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. W przypadku przedzielenia częstotliwości nowemu operatorowi na warunkach preferencyjnych i pobraniu opłaty za częstotliwości, Regulator tworzy sytuację, w której zachowanie równoprawnego traktowania uczestników rynku, bez preferencji, ale także bez dyskryminacji będzie bardzo utrudnione. Można przewidywać, że we wszystkich sprawach związanych z egzekwowaniem obowiązków ustawowych oraz współpracy międzyoperatorskiej wystąpi presja na specjalne traktowanie nowego operatora i zapewnienie mu ochrony przed mechanizmami rynkowymi. Dotychczasowy rozwój konkurencji na rynku usług komórkowych następował głównie siłami rynku, w wyniku negocjacji i zdrowej konkurencji między operatorami. Proponowana koncepcja zagraża całkowitym załamaniem tego mechanizmu i gwałtownym rozszerzeniem regulacji, sporów i angażowania Regulatora w każdy aspekt współpracy między uczestnikami rynku a nowym inwestorem. Skuteczna konkurencja, jako cel ustawy, powinna być osiągana poprzez usprawnianie istniejących mechanizmów i wspieranie przez Regulatora tych tendencji, które na krajowym rynku zapewniły w ostatnich

latach największe efekty w zakresie poprawy struktury cen i rozbudowy oferty usługowej.

Należy podkreślić, iż preferencje przewidywane dla nowego operatora nie zapewnią aktywnego udziału tego podmiotu w rozwoju rynku telekomunikacyjnego, a jedynie stworzą warunki do osiągnięcia ogromnych korzyści ekonomicznych przez podmioty gospodarcze wchodzące na rynek usług telekomunikacyjnych. Brak obowiązków w zakresie pokrycia zasięgiem swojej sieci określonego terytorium, zminimalizowane opłaty, a także asymetryczne stawki w rozliczeniach międzyoperatorskich i inne przywileje miałyby być w znacznej mierze zapewnione nowemu podmiotowi kosztem dotychczasowych operatorów, bez konieczności zaoferowania w zamian przez podmiot wyłoniony w przetargu określonego wkładu w rozwój infrastruktury i bez zapewnienia korzyści Skarbowi Państwa. Prowadzenie działalności na tak określonych, preferencyjnych w stosunku do pozostałych uczestników rynku warunkach, stwarzałoby ryzyko stosowania dumpingu cenowego i/lub też podejmowania innych działań rynkowych, które będą spełniały przesłanki uznania za czyny nieuczciwej konkurencji.

W przekonaniu PTC, nawet przy założeniu, iż rynek usług telekomunikacyjnych jest niekonkurencyjny, jedynie przyznanie wolnych częstotliwości silnemu gospodarczo podmiotowi, posiadającemu doświadczenie w zakresie nowoczesnych usług telekomunikacyjnych i zdolnemu do inwestowania w infrastrukturę, umożliwi realizację zakładanych celów przetargu, w szczególności wspierania równoprawnej i efektywnej konkurencji. Natomiast wykorzystanie przetargu jedynie w celu umożliwienia wejścia na rynek podmiotowi słabemu, zamierzającemu prowadzić swoją działalność w oparciu o infrastrukturę innych operatorów i na preferencyjnych zasadach będzie oznaczało zakłócenie równoprawnej konkurencji

i w konsekwencji doprowadzi do ograniczenia możliwości inwestycyjnych pozostałych operatorów. **Tym samym, w wyniku zahamowania rozwoju infrastruktury oraz braku zachęty i możliwości zwiększenia dostępu użytkowników do nowoczesnych usług, nie zostaną zrealizowane pozostałe cele stanowiące podłoże postępowań przetargowych.**

Przy określaniu warunków przetargu nie wolno tracić z oczu nadrzędnego celu, któremu służyć ma zarówno wspieranie konkurencji w zakresie usług telekomunikacyjnych, jak i rozwój nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej oraz zapewnienie dostępu do nowoczesnych usług telekomunikacyjnych: celem tym jest zapewnienie powstania i rozwoju społeczeństwa informacyjnego. Powstanie społeczeństwa informacyjnego jest jednym z priorytetów Unii Europejskiej i Polska nie może pozostać pod tym względem w tyle za resztą Europy. Tylko jako społeczeństwo informacyjne Polacy będą mogli dotrzymać kroku społeczeństwom innych państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie postępu technologicznego, osiągnięć naukowych i rozwoju gospodarczego. W Polsce stworzone zostały ramy prawne umożliwiające rozwój społeczeństwa informacyjnego: wymienić w tym miejscu należy ustawę o świadczeniu usług drogą elektroniczną i ustawę o elektronicznych środkach płatności. Jednak ustawy te pozostaną martwą literą prawa, jeżeli nie zostaną stworzone warunki niezbędne do rozwoju infrastruktury i technologii, bez których społeczeństwo informatyczne rozwijać się nie może.

Analiza opinii dotyczących projektów dokumentacji, dotychczas zaprezentowanych Regulatorowi powoduje wątpliwości, czy niektóre podmioty potencjalnie zainteresowane uczestnictwem w przetargu i późniejszym uruchomieniem sieci telefonii komórkowej będą w należyty sposób zrealizować podejmowane przez siebie zobowiązania, a tym samym czy w

jakimkolwiek stopniu przysłuża się nadrzędnemu celowi Regulatora. Jedną z izb telekomunikacyjnych [KIGEiT] opiniująca dokumentację przetargową proponuje dalsze zwiększenie „atrakcyjności” przetargu celem wprowadzenia na rynek nowych podmiotów. Jak już wspomniano nadrzędnym celem regulatora nie powinno być wprowadzenie na rynek nowych podmiotów, ale maksymalne upowszechnienie usług telekomunikacyjnych przy zachowaniu warunków konkurencyjności. Wprowadzenia sztucznego „uatrakcyjnienia” oferty może spowodować, że wybrany podmiot nie będzie w stanie w najlepszy sposób zagospodarować przyznaných częstotliwości, a tym samym cel działań regulatora nie zostanie osiągnięty w należyty sposób.

PTC kwestionuje koncepcję przyznania wszystkich 99 wolnych kanałów GSM 1800 jednemu operatorowi bez możliwości podziału tych częstotliwości pomiędzy kilku wnioskodawców. Realizacja tego założenia w znaczący sposób zakłóci warunki konkurencji i może się przyczynić do uzyskania znaczącej przewagi konkurencyjnej, która zniekształci warunki rynkowe i to zarówno w przypadku przyznania tych częstotliwości nowemu podmiotowi jak też ich przydzielenia jednemu z dotychczas działających operatorów.

Ponadto, w opinii PTC, pełne rozdysponowanie zasobów częstotliwości UMTS przed komercyjnym uruchomieniem tych sieci ogranicza możliwości adekwatnego zareagowania Prezesa URTiP na rozwój sytuacji po uruchomieniu sieci i usług UMTS. Bardzo dyskusyjnym jest wprowadzanie nowego operatora UMTS na jakichkolwiek preferencjach w sytuacji kiedy ani PTC ani PTK Centertel Sp. z o.o. jeszcze nie uruchomiły usług oraz na dobre nawet nie rozpoczęły budować sieci (poza Warszawą), nie wspominając o olbrzymich opłatach licencyjnych, które podmioty te poniosły (650 mln. EURO), które nawet w drobnej części nie

zdażyły się zwrócić (z tytułu świadczenia usług UMTS) oraz o ich obowiązkach pokrycia. Należy podnieść, iż jest co najmniej za wcześnie na jakiegokolwiek preferencyjne traktowanie nowo-wchodzących na tym rynku.

Analiza projektu dokumentacji przetargowej rodzi wrażenie, iż, na podstawie z góry przyjętej i nie popartej dowodami tezy o oligopolu i zawyżonych cenach usług, przygotowywane są przystające do niej decyzje służące niemal wyłącznie ekonomicznym interesom przedsiębiorców telekomunikacyjnych chcących włączyć się do gry rynkowej. W naszej opinii, jeżeli na rynek ma wejść nowy operator, powinien to być podmiot wiarygodny, samodzielny i zaawansowany technologicznie, zdolny zagwarantować rynkowi telekomunikacyjnemu i Skarbowi Państwa wymierne korzyści.

Realizację powyższego celu zagwarantuje przydzielenie nowych częstotliwości za cenę adekwatną do ich wartości oraz określenie w warunkach wykorzystania częstotliwości wymagań dotyczących budowy infrastruktury. Wymagania te w przypadku częstotliwości GSM-1800 powinny określać pokrycie terytorialne, natomiast w przypadku UMTS pokrycie ludnościowe kraju, które, podobnie jak ma to miejsce w przypadku trzech operatorów dysponujących obecnie częstotliwościami UMTS, powinno obejmować w przeciągu kilku lat minimum 20% ludności.

Ustawa Prawo telekomunikacyjne w art. 116 ust. 5 określa dwa decydujące kryteria ocen ofert:

- 1) zachowanie warunków konkurencji oraz
- 2) wysokość kwoty zadeklarowanej przez podmiot wnioskujący o dokonanie rezerwacji częstotliwości.

Z ustawy nie wynika, które z tych kryteriów ma pierwszeństwo, wobec czego należy je traktować tak samo, tzn. bez

preferowania jednego z nich. Preferencyjny wybór podmiotu, na rzecz którego zostanie dokonana rezerwacja częstotliwości, mógłby nastąpić w sytuacji stwierdzenia braku skutecznej konkurencji, czyli po przeprowadzeniu odpowiedniego badania rynku przez Prezesa URTiP w porozumieniu z Prezesem UOKiK. Jedynie Prezes URTiP w porozumieniu z Prezesem UOKiK może wydać w tej sprawie postanowienie. Wydanie postanowienia poprzedzone jest postępowaniem konsultacyjnym. Oznacza to, że zainteresowane podmioty, w tym PTC, powinny mieć możliwość wyrażenia na piśmie w oznaczonym terminie stanowiska do projektu tego postanowienia. Opisaną procedurę dotychczas nie zastosowano, niemniej w oparciu o przedstawione powyżej analizy PTC jest zdania, iż rynek telefonii komórkowej w Polsce jest jednym z najbardziej konkurencyjnych rynków w Europie i plasuje się nawet powyżej niektórych rynków z większą ilością operatorów

Wzór określony w projekcie dokumentacji przetargowej, w punkcie 3.1.1., zgodnie z którym uczestnikom przetargu przyznawane są punkty za zachowanie konkurencyjności oraz wysokość zadeklarowanej kwoty, zakłada przyznanie nadmiernych preferencji nowym podmiotom, nie posiadającym udziałów w rynku. Podmioty obecnie działające na rynku musiałyby zaproponować ponad trzykrotnie wyższą kwotę, aby osiągnąć ilość punktów taką samą jak nowi operatorzy. Wobec niestwierdzenia braku skutecznej konkurencji na polskim rynku usług telefonii komórkowej, przyznanie nowym podmiotom tak ogromnych preferencji stanowi nieuprawnioną dyskryminację działających na rynku operatorów. Tak określone warunki przetargu wymagają modyfikacji.

Budżet państwa ma do rozdysponowania w postaci przedmiotowych częstotliwości cenne i ograniczone dobra, za które otrzymać powinien wpływy w wysokości setek milionów EURO w przypadku

UMTS i dziesiątków milionów EURO w przypadku GSM. Rezygnacja z wpływów do budżetu z tego tytułu naraziłaby Skarb Państwa na znaczny spadek przychodów. Nie można wykluczyć niepowodzeń biznesowych nowego operatora, nawet jeżeli zastosowane zostaną wobec niego preferencyjne regulacje. W takim przypadku Skarb Państwa straci nie tylko przedmiotowe opłaty, ale również nie wystąpią żadne spodziewane korzyści pośrednie dla budżetu, ani korzyści dla użytkowników telefonów.

Przetarg, którego jednym z dwóch kluczowych kryteriów jest wysokość opłaty, powinien wyłonić podmiot, który w należyty sposób wykorzysta częstotliwości. Tylko wiarygodny podmiot o odpowiednim potencjale finansowym oraz doświadczeniu jest w stanie zagwarantować efektywne wykorzystanie częstotliwości. Sytuacją niedopuszczalną byłoby wyłonienie w przetargu podmiotu, który nie tylko nie będzie w stanie zrealizować swoich zobowiązań finansowych jako zwycięzca przetargu, ale też ograniczy dostęp wszystkich do ograniczonego wspólnego dobra, jakim są częstotliwości.

W dostępnych na stronie internetowej Prezesa URTiP stanowiskach zainteresowanych podmiotów odnośnie projektu dokumentacji przetargowej pojawiła się koncepcja określenia górnej granicy deklarowanej kwoty, powyżej której zwiększenie kwoty proponowanej w ofercie nie umożliwiłoby otrzymania dodatkowych punktów z tego tytułu. Taki postulat jest sprzeczny z istotą przetargu. Jeżeli jednym z dwóch kluczowych kryteriów oceny ofert jest wysokość zadeklarowanej kwoty, nie może ono zostać ograniczone - należy pozostawić do decyzji operatora określenie jej wysokości i tym samym dać mu prawo kształtowania wyników przetargu. Określenie górnej granicy proponowanej kwoty mogłoby uniemożliwić uzyskanie za przydział częstotliwości kwoty adekwatnej do ich wartości. Bardzo

istotnym elementem postępowania przetargowego jest licytacja, w wyniku której uczestnicy przetargu sami określają wartość dóbr będących przedmiotem przetargu. Żądanie określenia górnej granicy deklarowanej kwoty jest wyrazem braku zrozumienia dla zasad i mechanizmów konkurencji.

Wprowadzenie maksymalnej wysokości opłaty oraz utrzymanie wynikających z zaproponowanego wzoru nieuzasadnionych dysproporcji pomiędzy obecnymi na rynku i nowymi podmiotami w opinii PTC nie tyle zapewniłoby podmiotowi zamierzającemu wejść na rynek równe szanse uczestnictwa, co raczej stanowiłoby nieuzasadnione jego preferowanie. Tymczasem warunki na jakich koncesje UMTS zostały wydane i przyjęte zakładały, że w przyszłości wejście nowego podmiotu na rynek odbędzie się na warunkach nie lepszych niż w nich wskazane.

Pismem z dnia 28 grudnia 2000r. Ministra Łączności do Prezesa ówczesnego Urzędu Regulacji i Telekomunikacji (kopia pisma w załączeniu), Minister Łączności wskazuje na treści decyzji koncesyjnych wydanych na rzecz spółek PTK Centertel Sp. z o.o., Polkomtel S.A. i PTC SP. z o.o. oraz na wnioski zgłoszone przez wymienionych operatorów, w których zastrzegli gotowość przyjęcia obowiązków wynikających z koncesji i zezwoleń wydanych, ale przy założeniu, że nie zostaną wydane akty administracyjne pozwalające nowemu operatorowi na rozpoczęcie świadczenia usług telekomunikacyjnych w systemie UMTS przed dniem 1 stycznia 2003r. a - co PTC pragnie podkreślić - opłata z tytułu uprawnień do podjęcia takiej działalności po tej dacie nie będzie niższa niż opłata koncesyjna, do uiszczenia której zobowiązani będą wnioskodawcy. Zdaniem Ministerstwa zrodzone zostały pewne ograniczenia wyboru czwartego podmiotu mogącego świadczyć usługi w standardzie UMTS co, w połączeniu z koniecznością równoprawnego traktowania podmiotów działających na rynku

telekomunikacyjnym, winno zostać uwzględnione w działaniach Urzędu. Pojawia się - w opinii Ministerstwa - kwestia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych po stronie uprawnionych operatorów UMTS. PTK Centertel Sp. z o.o., Polkomtel S.A. i PTC SP. z o.o. mają prawo oczekiwać, że podjęte wobec nich zobowiązania Skarbu Państwa będą respektowane. Na podstawie danej im obietnicy, trzech operatorzy zapłacili na rzecz Skarbu Państwa bardzo wysokie kwoty, są zobowiązani do zapłaty dalszych, a przede wszystkim poczynili ogromne nakłady inwestycyjne mające na celu umożliwienie społeczeństwu polskiemu dostępu do nowoczesnych technologii.

II. ZAGADNIENIA PRAWNE

PTC ponownie zwraca uwagę na budzące poważne wątpliwości kwestie prawne związane z przetargiem. Problemy te były przez PTC podnoszone na wcześniejszych etapach konsultacji dotyczących przetargu, przede wszystkim w piśmie z dnia 26 listopada 2004 r., zawierającym stanowisko PTC w sprawie „Koncepcji przeprowadzenia przetargu na zagospodarowanie częstotliwości w pasmach 1800 MHz i UMTS”. Kwestie te dotychczas nie zostały rozstrzygnięte.

1. Konieczność przeprowadzenia dodatkowego postępowania przetargowego.

Zgodnie z deklaracjami zawartymi na wstępie dokumentacji przetargowej, w obydwu sprawach postępowanie przetargowe ma stanowić następstwo założeń przyjętych w dokumentach ogłaszanych wcześniej przez Prezesa URTiP. W szczególności powołano się na kontynuację założeń przyjętych w stanowisku "Sposób zagospodarowania wolnych zasobów częstotliwości dla systemów telefonii ruchomej UMTS i GSM. 1800" z dnia

14.07.2004 oraz w opracowaniu "Koncepcja przeprowadzenia przetargu na zagospodarowanie częstotliwości w pasmach 1800 MHz i UMTS" z 16.9.2004. Tymczasem każdy kolejny dokument zawiera zasadniczo odmienną koncepcję rozdysponowania zasobów GSM 1800, które mają decydujące znaczenie dla przyszłości rynku telefonii komórkowej w Polsce. W materiale z 14.07.2004 zapowiedziano wyłonienie jednego lub kilku podmiotów do rezerwacji GSM 1800 i umożliwienie nowym oferentom dowolnego sformułowania zakresu oferty i obszaru eksploatacji. W materiale z 16.9.2004 zapowiadano wydanie dwóch rezerwacji po 49 kanałów, a ewentualnie jednej z 99 kanałami dla całego kraju. Dokumentacja przetargowa będąca przedmiotem obecnej konsultacji przewiduje wyłącznie wydanie jednej rezerwacji na 99 kanałów, nie dopuszcza podziału częstotliwości między wnioskodawców, ani elastycznego kształtowania terytorialnego zakresu działalności. W żaden sposób nie wytłumaczono tak zasadniczych zmian koncepcji w kolejnych oficjalnych stanowiskach.

Z przedstawionego wyżej powodu dokumentacja przetargowa przedstawiona do konsultacji nie spełnia wymagań ustawy Prawo telekomunikacyjne w sprawach postępowania konsultacyjnego. Art. 16 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego nakazuje udostępnić projekt rozstrzygnięcia wraz z uzasadnieniem. Dokumentacja przetargowa jest projektem rozstrzygnięcia, natomiast brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia wyjaśniającego sposób ukształtowania koncepcji przetargów. Materiał przedstawiony do konsultacji nie odpowiada ustawie, a odesłanie do wcześniejszych dokumentów wprowadza w błąd, gdyż zawierają one odmienne, zmieniające się koncepcje. Z tego względu postuluje się przygotowanie i poddanie konsultacji materiału odpowiadającego wymaganiom art. 16 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego. Kluczowym elementem uzasadnienia powinno być wyjaśnienie, dlaczego Prezes URTiP zdecydował się na

wyeliminowanie proponowanych wcześniej wariantów rozdzielania częstotliwości GSM 1800 pomiędzy różnych operatorów i umożliwienia tworzenia sieci o różnym zasięgu terytorialnym.

Na skutek nietrafnego rozstrzygnięcia strategicznego, w ocenie PTC, prawdopodobieństwo niepowodzenia przetargu jest wysokie. W związku z tym **postuluje się, aby Prezes URTiP w ramach prezentacji wyników postępowania konsultacyjnego, co przewiduje art. 16 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, rozważył możliwość przedstawienia swojego stanowiska co do przyszłych działań na wypadek niepowodzenia przetargu.** Wypowiedź w tej kwestii byłaby ważną wskazówką dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych co do sposobu postępowania w tej trudnej sytuacji. **W opinii PTC, należy powrócić do wariantowej koncepcji przetargu dopuszczającej rozdysponowanie częstotliwości GSM 1800 pomiędzy 2-3 dotychczasowych operatorów sieci komórkowych, z istotnymi gwarancjami dotyczącymi rozbudowy infrastruktury i jej wykorzystania dla rozwoju rynku detalicznego.**

W przypadku niepowodzenia przetargu należy ponownie rozważyć zasadność pełnego rozdysponowywania UMTS przed uruchomieniem komercyjnym tych sieci. Zdaniem PTC, pełne rozdysponowanie tego zasobu już obecnie ogranicza możliwości adekwatnego zareagowania URTiP na rozwój sytuacji po uruchomieniu sieci i usług UMTS.

2. Podstawa prawna projektowanych przetargów

W udostępnionym projekcie dokumentacji przetargowej za podstawowy akt prawny regulujący przeprowadzenie przyszłego przetargu uznano ustawę z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800), zwaną dalej „Pt”. Wskazać jednak należy na fakt złożenia przez

niektórych operatorów (w tym przez PTC) wniosków o rezerwację częstotliwości objętych projektowanym przetargiem jeszcze pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2000r., Nr 73, poz. 852 ze zm.). W sprawach tych zostały przez Prezesa URTiP wydane decyzje odmowne (odmawiające dokonania wnioskowanych rezerwacji częstotliwości), przy czym decyzje ostateczne w tych sprawach zostały wydane już pod rządami Pt z 2004 r. Ich podstawą prawną były jednak dotychczasowe przepisy, albowiem zgodnie z art. 222 ust. 1 Prt "do spraw wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe". Przesłanką ww. odmowy rezerwacji był brak dostatecznych zasobów częstotliwości pozwalających uwzględnić wszystkie złożone wnioski. W swych decyzjach Prezes URTiP wskazał zatem, iż kwestia rezerwacji częstotliwości wymaga przeprowadzenia postępowania przetargowego. Projektowane postępowanie przetargowe jest zatem nie tyle wynikiem samodzielnej inicjatywy Prezesa URTiP, ile skutkiem wcześniejszego złożenia przez operatorów określonych wniosków o rezerwację częstotliwości. Prezes URTiP ma w tej sytuacji obowiązek przeprowadzenia przetargu w ustawowym terminie, a przetarg ten pozostaje w ścisłym związku z wcześniejszą odmową rezerwacji częstotliwości w trybie bezprzetargowym.

Okoliczność, iż projektowany przetarg dotyczyć ma (przynajmniej w części) częstotliwości, o których rezerwacje operatorzy wnioskowali pod rządami Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r., i co do których wydane decyzje zostały również oparte na przepisach Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r., wskazuje, zdaniem PTC, że **również kolejny etap procedury (tj. postępowanie przetargowe) powinien odbyć się na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów.** Projektowany przetarg stanowi bowiem fazę **sprawy**, która została wszczęta i nie została zakończona przed dniem wejścia w życie Pt z 2004 r.

"Sprawą", o której stanowi art. 222 ust. 1 Pt jest tu bowiem kwestia rezerwacji określonych częstotliwości, bez względu na to, w jakim trybie, na jakiej drodze do tej rezerwacji dochodzi. O tożsamości sprawy decyduje tutaj przede wszystkim tożsamość dobra, o które ubiegają się operatorzy, a więc tożsamość częstotliwości, co do których pierwotnie odmówiono rezerwacji w trybie bezprzetargowym, a teraz zapowiedziano przetarg. Tak rozumiana sprawa została wszczęta wnioskami stron złożonymi pod rządami dotychczasowych przepisów oraz nie została jeszcze zakończona, albowiem jej kolejnym etapem będzie projektowany przetarg. Wydane przez Prezesa URTiP decyzje odmowne dotyczące wnioskowanych częstotliwości należałoby zatem uznać za kończące jedynie pewną fazę postępowania, a nie rozstrzygające ostatecznie samą sprawę rezerwacji częstotliwości. Sprawa ta zostanie bowiem zakończona dopiero poprzez wyłonienie uprawnionych podmiotów (podmiotu) w trybie przetargu oraz rezerwację na ich rzecz określonych częstotliwości.

Podkreślić należy również, iż zastosowanie w sprawach przetargu przepisów Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r. zapewni merytoryczną spójność działań Prezesa URTiP, zmierzających do ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy rezerwacji częstotliwości na wszystkich etapach procedury, a więc zarówno w postępowaniu dot. rezerwacji bezprzetargowej, jak i przetargu. Od momentu złożenia wniosków o rezerwację oraz wszczęcia postępowania przez Prezesa URTiP do momentu zakończenia procedury poprzez rezerwację określonych częstotliwości na rzecz podmiotu wyłonionego w trybie przetargu stosowane byłyby zatem jednolite zasady i wymogi zawartej w jednym akcie prawnym rangi ustawowej oraz w przepisach wykonawczych do tego aktu. Spójności takiej nie zapewnia zaś możliwość rozstrzygnięcia sprawy rezerwacji określonych częstotliwości w pierwszej fazie na podstawie

przepisów Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r., zaś w drugiej - na podstawie nowych przepisów, tj. Prawa telekomunikacyjnego z 2004 r. Z art. 222 ust. 1 Pt wynika w sposób oczywisty intencja ustawodawcy, by nowe przepisy nie ingerowały w sprawy, które zostały zainicjowane pod rządami wcześniej obowiązujących regulacji.

3. Prejudycjalność orzeczeń Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego dla rozstrzygnięcia projektowanych przetargów

Jak wyżej zostało zaznaczone, częstotliwości objęte przyszłym postępowaniem przetargowym były już przedmiotem decyzji Prezesa URTiP wydanych w związku ze złożonymi wnioskami PTC oraz PTK Centertel o rezerwację. Wydane decyzje odmowne zostały przez PTC zaskarżone do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. **Sprawa rezerwacji tych częstotliwości w trybie bezprzetargowym nie została zatem prawomocnie rozstrzygnięta. W tej sytuacji, zdaniem PTC, nie jest dopuszczalne podjęcie przez Prezesa URTiP próby rezerwacji tych samych częstotliwości w trybie przetargu.** Przeprowadzenie przetargu oraz rezerwacja częstotliwości na rzecz podmiotu, którego oferta została wybrana prowadziłoby bowiem do niemożliwości zaspokojenia przez Prezesa URTiP roszczeń operatorów o rezerwację częstotliwości w trybie bezprzetargowym w sytuacji, gdyby ich skargi zostały przez sąd administracyjny uwzględnione. W tej sytuacji przeprowadzenie przetargu, a co najmniej jego rozstrzygnięcie powinny zostać wstrzymane do czasu prawomocnego zakończenia spraw zawisłych przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym, a dotyczących rezerwacji tych samych częstotliwości, których dotyczyć ma projektowany przetarg.

Rozpoczęcie postępowania w przedmiocie wniosku PTC złożonego pod rządami „starego” Prawa telekomunikacyjnego powoduje powstanie istotnych konsekwencji prawnych po stronie organów państwa. Ewentualne wszczęcie procedury przetargowej oznaczać będzie od strony faktycznej całkowite zlekceważenie przez organ regulacyjny postępowania zakończonego nieprawomocną decyzją, która została zaskarżona do sądu administracyjnego. W świetle faktu, że Przetarg ma doprowadzić do przypisania częstotliwości zwycięskiemu podmiotowi, a więc wywołać skutki prawne w zakresie identycznym z zakresem żądania przedstawionego przez PTC w poprzednim stanie prawnym, rozpoczęcie procedury przetargowej ubezskutechni ewentualną ochronę prawną, którą PTC może przyznać sąd administracyjny.

Należy podnieść, że tego typu działanie organu administracyjnego oznacza faktyczne (nie prawne) pozbawienie skarżących operatorów możliwości uzyskania rozstrzygnięcia sądu administracyjnego, a więc narusza art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się na następujące elementy powyższego prawa:

- 1) prawo dostępu do sądu,
- 2) prawo do rzetelnej i sprawiedliwej procedury, zgodnej z wymogami sprawiedliwości i jawności, oraz
- 3) prawo do wyroku sądowego.

Prawo do wyroku sądowego, stanowiące element konstytucyjny konstytucyjnej zasady prawa do sądu, gwarantuje jednostkom możliwość uzyskania ostatecznego wyroku sądowego, rozstrzygające o ich prawach i obowiązkach wynikających z konkretnej sprawy, a także możliwość wdrożenia tego wyroku w

życie, na drodze egzekucji sądowej lub w inny sposób, przy czym wszystkie organy administracji są zobowiązane do respektowania wyroków sądowych. W przypadku przeprowadzenia postępowania przetargowego, ewentualnie korzystny dla PTC wyrok sądowy nie będzie mógł zostać wdrożony, ze względu na ochronę dobrej wiary podmiotów biorących udział w przetargu.

Należy uznać, że w takim przypadku PTC będzie przysługiwać roszczenie odszkodowawcze przeciwko Skarbowi Państwa za bezprawne działanie regulatora, dochodzone według przepisów Kodeksu cywilnego.

Co więcej, odpowiedzialność finansowa państwa polskiego może powstać również ze względu na naruszenie przez organ państwa - Prezesa URTiP - norm prawa międzynarodowego, a mianowicie Umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji, sporządzonej w Warszawie dnia 10 listopada 1989 r (Dz. U. z 1991 r. nr 27 poz. 116).

Wskazany akt prawa międzynarodowego przewiduje daleko idącą ochronę inwestycji niemieckich (na gruncie Umowy inwestycja taką są udziały spółki Deutsche Telekom A.G. w Polskiej Telefonii Cyfrowej sp. z o.o.) m.in. przed dyskryminacją w stosunku do inwestycji państw trzecich lub własnych, wywłaszczeniem oraz nierównym i niesprawiedliwym traktowaniem. Należy zwrócić uwagę, że na gruncie Umowy, jak i innych umów o ochronę inwestycji, pojęcie „wywłaszczenia” interpretowane jest bardzo szeroko, jako obejmujące „[...] nie tylko otwarte, zamierzone i uznane odebranie własności, np. bezpośrednie zajęcie lub urzędowe lub przymusowe przeniesienie tytułu na Państwo przyjmujące, ale także ukryte lub przypadkowe zakłócenie użytkowania własności skutkujące pozbawieniem jej właściciela, w całości lub w istotnej części, możliwości

użytkowania lub zasadnie przewidywalnej korzyści ekonomicznej z własności nawet jeżeli nie następuje to dla jednoznacznej korzyści Państwa przyjmującego” [orzeczenie Trybunału Arbitrażowego z dnia 25 sierpnia 2000 r. w sprawie Metalclad Corporation v. The United Mexican States].

Ponadto, Umowa jest źródłem obowiązków „sprawiedliwego i równego” (fair and equitable) traktowania inwestycji zagranicznych przez Polskę. Z międzynarodowego orzecznictwa arbitrażowego wynika postulat szerokiej interpretacji tych obowiązków. Jako przykłady niesprawiedliwego i nierównego traktowania inwestycji podawane są działania państw polegające m.in. na:

- naruszaniu przepisów proceduralnych i kompetencyjnych, wiążących odpowiednie organy państwa, w celu utrudniania/przeciwdziałania inwestycji,
- wydawanie niekorzystnych dla inwestora decyzji bez odpowiedniego uzasadnienia, w celu utrudniania/przeciwdziałania inwestycji, czy też
- dążenie przez organy państwa, w złej wierze, do utrudniania/przeciwdziałania inwestycji, przy użyciu środków prawnych przeznaczonych do innych celów (nadużywanie kompetencji).

Na wszystkich organach państwa ciąży obowiązek przestrzegania prawa międzynarodowego. Oznacza to, że organy państwa nie powinny wydawać decyzji stanowiących naruszenie norm prawa międzynarodowego. Wniosek taki wynika z regulacji konstytucyjnej (art. 9 oraz art. 91 Konstytucji), która ponadto wskazuje, że ratyfikowane umowy międzynarodowe mają pierwszeństwo przed ustawami zwykłymi.

W rezultacie naruszenia ww. obowiązków, na żądanie inwestorów może zostać wszczęta procedura arbitrażowa, zaś Skarb Państwa może zostać narażony na istotną odpowiedzialność finansową.

4. Dyskryminacyjny charakter planowanego przetargu

W stosunku do warunków wcześniej uzyskanych przez operatorów koncesji i zezwoleń przedstawiona przez URTiP dokumentacja przewiduje dużo niższą wysokość żądanych opłat z tytułu rezerwacji częstotliwości. W dokumentacji przetargowej ustalono również korzystniejsze dla podmiotów, które zostaną wyłonione w wyniku Przetargu warunki dotyczące tzw. "pokrycia ludnościowego", a także pokrycia usługami obszaru RP. Takie ukształtowanie warunków Przetargu i przyszłej rezerwacji częstotliwości wprowadza nieuzasadnione zróżnicowanie między podmiotami dotychczas istniejącymi na rynku oraz tymi, które zaistnieją na nim w wyniku rozstrzygnięcia przetargu. Tym samym nowi operatorzy zyskają uprzywilejowaną pozycję rynkową w stosunku do dotychczasowych.

Według proponowanego wzoru, wyższy udział rynkowy (mierzony wartością przychodów ze sprzedaży) i niekorzystne oddziaływanie na konkurencję określone na podstawie opinii Prezesa UOKiK, wpływa na obniżenie ilości punktów przyznanych w ramach tego kryterium. Preferencje przyznawane są podmiotom z niskim udziałem rynkowym lub podmiotom nieobecny na rynku polskim. Takie preferencje naruszają zasadę niedyskryminacji, a nawet swobodnej konkurencji. Biorąc pod uwagę, że obecnie działający na rynku polskim operatorzy, dla uzyskania możliwości prowadzenia działalności, w ramach poprzednich przetargów musieli ponieść opłaty wyższe od obecnej minimalnej opłaty około 200-krotnie w 1996 r., 100-krotnie w 1999 r. i 1500-krotnie w 2000 r., a także spełnić dodatkowe warunki

związane w wymogiem pokrycie usługami określonego procentu ludności lub obszaru RP, należy stwierdzić, że podjęcie i prowadzenie przez nich działalności zostało ograniczone i uregulowane w stopniu nieproporcjonalnie wyższym do obecnych wymogów regulacyjnych.

W tej sytuacji zasadnym jest żądanie niedyskryminacyjnego traktowania operatorów działających już na rynku, których wejście na rynek i działalność na tym rynku były w nieproporcjonalny sposób ograniczone przez Państwo w porównaniu do wymogów stawianych w projektowanym przetargu. Działający na rynku polskim operatorzy, zostali zobligowani do przeznaczenia znacznej części swoich środków na "wykupienie" zezwoleń telekomunikacyjnych, podczas, gdy nowi operatorzy, którzy mogą wejść na polski rynek w związku z nowym przetargiem, środki te mogą przeznaczyć na inwestycje i zwiększenie swojego udziału w rynku. Tak znaczne obniżenie opłat za przyznanie częstotliwości jest wystarczającym środkiem zastosowanym przez Prezesa URTiP w celu wspierania konkurencji na rynku. Natomiast zastosowanie w ramach projektowanego przetargu rozwiązania polegającego na przyznaniu preferencji w rozstrzygnięciu przetargu nowym, niedziałającym na rynku operatorom, wobec tak znacznej liberalizacji warunków uzyskania przydziału częstotliwości, prowadzi do zniekształcenia i ograniczenia konkurencji na rynku i stanowi dyskryminację w traktowaniu przedsiębiorstw działających na rynku polskim.

Istnienie skutecznej konkurencji na rynku usług łączności ruchomej w Polsce PTC wykazuje powyżej, w części poświęconej krytyce koncepcji przetargu. Ponadto PTC podtrzymuje wszystkie argumenty przemawiające za istnieniem skutecznej konkurencji na rynku usług łączności ruchomej w Polsce zawarte w piśmie z dnia 26 listopada 2004r.

Wzór określony w projekcie dokumentacji przetargowej, w punkcie 3.1.1., zgodnie z którym uczestnikom przetargu przyznawane są punkty za zachowanie konkurencyjności oraz wysokość zadeklarowanej kwoty, zakłada przyznanie bardzo wyraźnych preferencji nowym podmiotom, nie posiadającym udziałów w rynku. Podmioty obecnie działające na rynku musiałyby zaproponować ponad trzykrotnie wyższą kwotę, aby osiągnąć ilość punktów taką samą jak nowi operatorzy. Wobec niestwierdzenia braku skutecznej konkurencji na rynku usług telefonii ruchomej, takie sformułowanie warunków przetargu stanowi nieuprawnioną dyskryminację działających na rynku operatorów. PTC w dalszej części niniejszego stanowiska proponuje modyfikację wzoru w taki sposób, aby nowo-wchodzące na rynek podmioty miały zapewnione preferencje w stosunku do podmiotów już działających na rynku telefonii mobilnej, ale bez nieuzasadnionego i nadmiernego dyskryminowania tych ostatnich.

Konstrukcja przetargu oparta na dyskryminacyjnym traktowaniu dotychczasowych operatorów doprowadzi do naruszenia trzech grup przepisów:

- a. postanowień prawa wspólnotowego,
- b. przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, oraz
- c. przepisów Prawa telekomunikacyjnego.

Ad a.

Celem przepisów prawa unijnego jest harmonizacja zasad dotyczących regulacji rynków telekomunikacyjnych. Szczególnie istotne są tutaj dyrektywy Parlamentu i Rady: nr 2002/20/EC w sprawie zezwoleń na udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej, nr 2002/21/EC w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, a także dyrektywa Komisji 2002/77/EC w sprawie konkurencji na rynkach

sieci i usług łączności elektronicznej. Według deklaracji władz polskich, dyrektywy te zostały implementowane do prawa polskiego, głównie przez przepisy Prawa telekomunikacyjnego. Podkreślić należy jednak, że w przypadku błędów w ich implementacji, możliwe jest bezpośrednie stosowanie przepisów dyrektyw, zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Zarówno preambuła nr 22 Dyrektywy 2002/20/EC, jak i art. 4 pkt 2 Dyrektywy 2002/77/EC oraz art. 9 Dyrektywy 2002/21/EC stanowią, że kryteria selekcji podmiotów, którym ma być przyznana częstotliwość w sytuacji deficytu wolnych częstotliwości, winny być obiektywne, przejrzyste, niedyskryminujące i proporcjonalne, a ich celem ma być wspieranie konkurencji.

W myśl prawa wspólnotowego, nie stanowi naruszenia prawa nieudostępnienie przedsiębiorcy danej częstotliwości w wyniku przeprowadzenia procedury przetargowej, jeżeli działanie takie jest niezbędne dla osiągnięcia celów zadeklarowanych w art. 8 Dyrektywy 2002/21/EC.

Artykuł 8 Dyrektywy 2002/21/EC wymienia ogólne cele wspólnotowej regulacji telekomunikacyjnej. Najważniejsze spośród tych celów wiążą się z obowiązkiem krajowych organów regulacyjnych, polegającym na wspieraniu konkurencji w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń towarzyszących i usług, m.in. zapewniając, że nie występuje zniekształcenie czy ograniczenie konkurencji w sektorze łączności elektronicznej.

Zasady określone w prawie wspólnotowym kolidują z założeniami projektowanego Przetargu, ponieważ - jak zostało wykazane powyżej - dotychczasowi operatorzy znajdują się w znacznie gorszym położeniu niż potencjalni nowi uczestnicy rynku,

zarówno w zakresie kryteriów przetargowych, jak i w zakresie różnic pomiędzy sytuacją operatorów z czasu gdy występowali w przetargu o dotychczasowe zasoby częstotliwości a aktualnymi warunkami przetargowymi. Zdaniem PTC oznacza to faktyczne dyskryminowanie dotychczasowych operatorów i może doprowadzić do znacznego zniekształcenia konkurencji w sektorze telekomunikacji. To z kolei stanowi naruszenie norm prawa wspólnotowego, zawartych w cytowanych dyrektywach.

Naruszenie to może skutkować odpowiedzialnością finansową Skarbu państwa wobec operatorów, zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie Francovich, jak również możliwością wszczęcia przez Komisję Europejską postępowania przeciwko państwu polskiemu przed ETS.

Ad b.

Konstytucja RP w art. 32 ustanawia zasadę równości. równości rozumiana jest na dwa sposoby, jako dyrektywa równości stosowania prawa (równość wobec prawa, równość materialna) oraz jako dyrektywa równości tworzenia prawa (równość w prawie, równość formalna). [Por. M. Masternak-Kubiak - „Prawo do równego traktowania” [w:] „Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP” pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, wyd. C.H. Beck 2002, s. 121.]

Przybliżając treść zasady „równości wobec prawa” stwierdzić należy, że opiera się ona na obowiązku organów państwa *„stosowania takiej samej normy do wszystkich przypadków określonych w jej hipotezie”*. [Tak też: J. Falski - „Ewolucja wykładni zasady równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”, Państwo i Prawa 2000/1, s. 49.]

Trybunał Konstytucyjny, określając fundamenty zasady równości stwierdził, iż *„[z]godnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału*

Konstytucyjnego z zasady równości, wyrażonej w art. 32 ust. 1 konstytucji, wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. Oceniając daną regulację prawną z punktu widzenia zasady równości należy rozważyć, czy można wskazać wspólną cechę istotną, uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej.”[Wyrok TK z 21 lutego 2001 r. (sygn. akt P 12/00).]

Konstytucyjny, fundamentalny charakter wskazanej zasady, przemawia za przyjęciem stanowiska, że ma ona zastosowanie wprost do działań organów administracyjnych, a w szczególności organów pełniących ważne funkcje regulacyjne. Stanowisko to zaakceptowane zostało szeroko w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, który wywodzi cytowaną zasadę z ogólnej klauzuli praworządności (art. 6 KPA). W orzeczeniu z 29 maja 1991 r., SN przyjął, iż „[k]ryteria ustanowienia przez prawo lub praktykę zróżnicowania obywateli w demokratycznym państwie prawa podlegają kontroli niezawisłych sądów.”[Sygn. akt III ARN 18/91]

Ponadto, Konstytucja proklamuje tzw. zasadę proporcjonalności, uregulowaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, który stanowi, iż „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Z zasady proporcjonalności wynikają trzy zasady szczegółowe, tj.:

- 1) zasada przydatności, wyrażająca postulat racjonalności prakseologicznej, której naruszenie polega na braku przydatności analizowanej regulacji do osiągnięcia założonego celu legislacyjnego;
- 2) zasada konieczności, wyrażająca postulat racjonalności aksjologicznej, której naruszenie występuje, gdy wprowadzenie regulacji prawnej nie jest konieczne, aby założony cel legislacyjny został osiągnięty (może być osiągnięty innymi metodami); oraz wiążąca się z tą zasadą
- 3) zasada proporcjonalności sensu stricto, której naruszenie polega na nieadekwatności przyjętego poziomu interwencji prawnej do zakładanego celu legislacyjnego.

Analiza konkretnego działania w świetle zasady proporcjonalności wymaga zatem identyfikacji celu tego działania, określenia poziomu naruszenia danego dobra konstytucyjnie chronionego oraz ważenia relacji przyjętych środków do zakładanego celu, przy uwzględnieniu tego, czy naruszane dobra są chronione przez normy konstytucyjne i w jakim stopniu.

Zastosowanie omawianych zasad konstytucyjnych do projektu Przetargu prowadzi do wniosku, że rozróżnienie sytuacji podmiotów, które mogą wziąć udział w przetargu ze względu na ich udział w rynku telekomunikacyjnym nie jest usprawiedliwione z punktu widzenia zasady równości i proporcjonalności, ponieważ istotna różnica pomiędzy tymi dwoma grupami podmiotów nie uzasadnia wprowadzenia tak daleko idących udogodnień przetargowych dla potencjalnych nowych operatorów. W szczególności udogodnienia te nie są proporcjonalne do zakładanego celu całej procedury, jakim jest zwiększenie konkurencyjności na rynku właściwym.

Ad c.

Warunki Przetargu w aktualnym kształcie naruszają również cel ustawy Prawo telekomunikacyjne, tj. wspieranie równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, ze względu na argumenty identyczne z podniesionymi powyżej.

Ponadto, należy zwrócić uwagę na fakt, że przepis art. 116 ust. 5 Pt formułuje dwa kryteria ocen: zachowanie warunków konkurencji oraz wysokość zadeklarowanej kwoty. Z ustawy nie wynika, które z tych kryteriów ma pierwszeństwo, wobec czego należy je traktować tak samo, tzn. bez preferowania jednego z nich.

5. Uprzywilejowanie „czwartego operatora” jako pomoc publiczna

Uprzywilejowanie „czwartego operatora” musi podlegać zbadaniu pod kątem zgodności z prawem wspólnotowym, w szczególności sformułowanym w art. 87 ust. 1 TWE zakazem pomocy publicznej dla przedsiębiorstw.

Pojęcie „pomocy publicznej” w rozumieniu art. 87 ust. 1 TWE ujmowane jest bardzo szeroko. Mieszczą się w nim nie tylko subsydia bezpośrednie czy innego rodzaju zastrzyki kapitałowe (capital injections), ale także tak szerokie kryteria jak zwolnienia podatkowe, zwrot kosztów w przypadku sukcesu danej operacji czy pokrycie strat operacyjnych. Uprzywilejowanie „czwartego operatora” w wyniku działań regulacyjnych państwa (stworzenie mu warunków, dzięki którym będzie z założenia osiągał w pewnych zakresach wyższe zyski od „zasiedziałych” operatorów), będzie z pewnością **pomocą publiczną**.

Pomoc publiczna jest w prawie europejskim, stanowiącym obecnie część wewnętrznego porządku prawnego RP, z zasady niedozwolona. Jedynie w sytuacjach wyjątkowych jest ona dopuszczalna - z mocy prawa (zwolnienia obligatoryjne przewidziane w art. 87 ust. 2 TWE - pomoc o charakterze

socjalnym dla indywidualnych konsumentów, pomoc w celu naprawienia szkód wyrządzonych przez klęski żywiołowe oraz pomoc dla regionów byłej NRD) lub na mocy uznaniowej decyzji Komisji Europejskiej (zwolnienia fakultatywne przewidziane w art. 87 ust. 3 TWE - pomoc na rozwój regionów, pomoc na realizację projektów posiadających ogólnoeuropejskie znaczenie, pomoc na ułatwienie rozwoju pewnych form działalności, pomoc na wspieranie kultury i dziedzictwa kulturowego). Przypadek uprzywilejowania „czwartego operatora” nie wchodzi ani w zakres wymienionych w powyższych przepisach zwolnień obligatoryjnych, ani fakultatywnych. Z tego względu istnieje istotne ryzyko, iż pomoc ta stanowić będzie, zagrożoną surowymi karami, **niedozwoloną pomoc publiczną**.

Szczególnie istotnym wymogiem związanym z przyznawaniem pomocy publicznej jest obowiązek **notyfikacji** Komisji Europejskiej wszelkich projektów przyznania takiej pomocy. Wynika on z postanowień art. 88 ust. 3 TWE (jak również art. 2 ust. 1 Rozporządzenia Rady nr 659/99 z 22 marca 1999 r., ustanawiającego zasady stosowania art. 93 - obecnie 88 - traktatu WE) i dotyczy nawet tych projektów, w odniesieniu do których zastosowanie znajdują przepisy dotyczące zwolnień obligatoryjnych. Nie ma również znaczenia, w jakim celu pomoc publiczna jest przez państwo członkowskie udzielana (w szczególności nie ma znaczenia, czy pomoc ta ma na celu rzekome zwiększenie konkurencyjności na rynku).

Obowiązek notyfikacji przewiduje również prawo polskie. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz.U. z dnia 30 maja 2004 r.) różne rodzaje pomocy publicznej (w ramach projektu pomocowego, pomocy indywidualnej czy pomocy indywidualnej na restrukturyzację) podlegają notyfikacji Komisji Europejskiej.

Do chwili obecnej notyfikacja taka w odniesieniu do planowanego uprzywilejowania ewentualnego „czwartego

operatora" nie nastąpiła, więc ustanowienie procedur uprzywilejowujących będzie niezgodne tak z prawem wspólnotowym, jak i polskim, co grozi wysokimi karami finansowymi.

6. Wysokość opłat - dyskryminacja dotychczasowych operatorów

PTC podtrzymuje swoje stanowisko z dnia 26 listopada 2004 r. w przedmiocie niedopuszczalności nałożenia na nowego operatora opłat, które byłyby w sposób drastyczny niewspółmierne w stosunku do opłat nałożonych na dotychczasowych operatorów w latach 1996-2000.

PTC opowiada się również stanowczo przeciwko zgłaszanym przez KIGeIT postulatом wprowadzenia limitu wysokości opłaty żądanej od zwycięzcy przetargu. W ten sposób doszłoby bowiem nie tylko do nieuzasadnionego ograniczenia wpływów Skarbu Państwa z tytułu rezerwacji częstotliwości, ale w istocie kryterium wysokości zaoferowanej opłaty straciłoby w praktyce całkowicie na znaczeniu. W przypadku bowiem, gdyby wszystkie oferty zawierały kwotę maksymalną, kryterium to straciłoby zdolność do ich różnicowania. Nadto, tego rodzaju limit na poziomie proponowanym przez KIGeIT stanowiłby oczywistą dyskryminację w stosunku do istniejących operatorów, którzy za użytkowane przez siebie częstotliwości zmuszeni byli zapłacić o wiele więcej, przy czym ustalenie tych opłat nastąpiło w trybie otwartej procedury przetargowej, a więc zasadniczo zgodnie z zasadami gospodarki rynkowej.

Nadto, w odniesieniu do projektu dokumentacji przetargowej UMTS PTC pragnie podnieść, iż przeciwko zróżnicowaniu wysokości opłat żądanych od operatorów w 2000 r., a wysokością żadaną obecnie świadczą niezbitcie zobowiązania zaciągnięte

uprzednio przez Ministra Łączności. W postępowaniu przetargowym UMTS w 2000 r. wnioskodawcy zastrzegali w swych wnioskach m.in., iż warunkiem ich udziału w postępowaniu oraz uiszczenia należnej opłaty koncesyjnej jest to, że opłaty wymagane w przyszłości od czwartego operatora będą nie niższe niż opłaty wymagane od tych wnioskodawców. Minister Łączności przyjął na siebie takie zobowiązanie, informując o tym w piśmie z dnia 28 grudnia 2000 r., nr SMŁ-115/00, skierowanym do Prezesa URTiP oraz przesłanym do wiadomości trzech operatorów, w tym PTC. Minister zastrzegł przy tym, że nieuwzględnienie w procedurze wyboru czwartego operatora UMTS ww. wymogów może spowodować powstanie po stronie dotychczasowych operatorów UMTS roszczeń odszkodowawczych.

Wprowadzenie ograniczeń w zakresie dowolnego, opartego o rzetelne kryteria, ustalenia deklarowanej kwoty przez podmiot uczestniczący w przetargu wpłynęłoby, w kombinacji z innymi kryteriami, za które przyznawane są punkty (np. za „zwiększenie konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym”), na tak istotne upośledzenie sytuacji „operatorów zasiedziały”, iż realne współzawodnictwo między podmiotami uczestniczącymi w przetargu byłoby skrajnie utrudnione, a nawet stałoby się fikcją.

7. Brak możliwości przesądzenia w dokumentacji przetargowej możliwości nałożenia obowiązków regulacyjnych na istniejących na rynku operatorów. Natychmiastowa wykonalność.

W związku z opublikowanym w dniu 28 stycznia 2005 r. na stronie internetowej URTiP stanowiskiem Netii i KIGEiT odnośnie do projektów dokumentacji przetargowych, należy stwierdzić, że w dokumentacji przetargowej określone mogą być jedynie obowiązki, jakie zostaną nałożone na podmiot wyłoniony

w wyniku przetargu. Zawarcie w dokumentacji przetargowej zapisów dotyczących możliwości nałożenia jakichkolwiek obowiązków na inne podmioty jest z prawnego punktu widzenia niedopuszczalne. Dotyczy to w szczególności obowiązku zapewnienia roamingu krajowego, dostępu do infrastruktury i asymetrycznych stawek w rozliczeniach międzyoperatorskich.

W istniejącym stanie prawnym brak jest bowiem jakichkolwiek podstaw do łączenia kwestii rezerwacji częstotliwości oraz organizowanego w tym zakresie przetargu z kwestiami dotyczącymi nałożenia obowiązków regulacyjnych określonych w Prawie telekomunikacyjnym. Sprawy te są rozstrzygane bowiem w drodze całkowicie różnych procedur oraz w oparciu o odmienne przesłanki. Nie ma przy tym możliwości, by w ramach jednej z tych procedur organ mógł w jakikolwiek sposób przesądzać swe rozstrzygnięcie w innej procedurze. Działanie takie byłoby oczywistym nadużyciem władzy, albowiem decyzja w sensie materialnym zapadałaby wówczas nie w ramach właściwego postępowaniu i przy uwzględnieniu odpowiednich dla niego przesłanek, ale dużo wcześniej, poza nim, bez wzięcia pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy. W ten sposób doszłoby do naruszenia samych podstaw zasady praworządności, która kierować się powinny wszystkie organy w państwie (art. 7 Konstytucji RP, 6 k.p.a.).

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, iż ustawodawca za podstawową formę zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego uznaje umowę cywilnoprawną (art. 26 Pt). Nałożenie jakichkolwiek obowiązków w tym zakresie w trybie administracyjnym jest zaś rozwiązaniem ostatecznym, do którego może dojść po wyczerpaniu innych możliwości rozstrzygnięcia problemu. Domaganie się zatem przez niektóre podmioty zapewnienia ze strony Prezesa URTiP np. dostępu do infrastruktury istniejących operatorów telefonii komórkowej

zanim jeszcze zostały rozdysponowane częstotliwości i zanim podjęte zostały jakiegokolwiek negocjacje w tym zakresie między zainteresowanymi stronami uznać należy za przedwczesne i nieuzasadnione.

W złożonych dotychczas uwagach dot. koncepcji przeprowadzenia przetargu pojawia się również postulat, by już w dokumentacji przetargowej przesądzić nadanie przyszłej decyzji w sprawie nałożenia obowiązku roamingu krajowego rygoru natychmiastowej wykonalności. PTC pragnie odnieść się również do tego rodzaju inicjatyw.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż przepisy Prawa telekomunikacyjnego z 2004 r. nie przewidują nadania z mocy ustawy rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji regulacyjnej (przewiduje natomiast tego rodzaju rygor przy kilku innych typach rozstrzygnięć Prezesa URTiP). Oznacza to, iż zastosowanie znajdą w tym zakresie ogólne przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego (art. 108 k.p.a.). Art. 108 k.p.a. przewiduje przy tym zamknięty katalog przesłanek decydujących o możliwości nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. W jego skład wchodzi: ochrona zdrowia lub życia ludzkiego, zabezpieczenie gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami, inny ważny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony. Ochrona tych wartości wymagać ma przy tym natychmiastowego działania wynikającego z treści decyzji. Zdaniem PTC, żadna z powyższych okoliczności nie uzasadnia nadania ew. decyzji nakładającej w przyszłości obowiązek zapewnienia roamingu krajowego klauzuli natychmiastowej wykonalności. Z pewnością interes społeczny, który ległby u podstaw nałożenia tego rodzaju obowiązku regulacyjnego nie może sam przez się decydować o możliwości nadania rygoru. Gdyby tak było, sam ustawodawca postanowiłby nadać tego rodzaju decyzjom rygor natychmiastowej

wykonalności, podobnie jak uczynił to w stosunku do innych decyzji przewidzianych w Prawie telekomunikacyjnych. Skoro tak jednak w tym wypadku nie uczynił, oznacza to, że za nałożeniem rygoru musiałyby przemawiać szczególne względy interesu społecznego, inne niż te, które zdecydowały o zastosowaniu samego obowiązku regulacyjnego. W opinii PTC takie okoliczności, przynajmniej w istniejącym dotychczas stanie faktycznym i prawnym, nie istnieją.

W orzecznictwie podkreśla się, że sytuacja nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności dotyczy sytuacji o szczególnej wadze społecznej, zaś przesłanki określone w art. 108 K.p.a. należy wyklądać w sposób zawężający [tak też w wyroku NSA z 24 maja 1983 r., sygn. akt II SA 20/83, opubl. w ONSA 1983/1/36].

Należy uznać, że w odniesieniu do decyzji, o których mowa w projekcie dokumentacji przetargowej, normatywnie określone przesłanki nadania rygoru natychmiastowej wykonalności nie zachodzą. Działanie takie nie prowadziłoby bowiem do ochrony życia, zdrowia, gospodarki, ani też innego niecierpiącego zwłoki interesu publicznego, ale realizowałoby inne cele, a mianowicie stawiałoby ewentualnych nowych operatorów w dużo korzystniejszej sytuacji.

8. Roaming wewnętrzny

Zgodnie z art. 227 ust. 1 nowego Prawa telekomunikacyjnego rezerwacje częstotliwości oraz przydziały numeracji, w tym zawarte w zezwoleniach telekomunikacyjnych, dokonane przed wejściem w życie ustawy, stają się odpowiednio rezerwacjami częstotliwości albo przydziałami numeracji w rozumieniu nowej ustawy. Zachowują zatem moc części decyzji Ministra Łączności

dotyczące tych uprawnień oraz warunki z nimi związane, tzn. takie które są niezbędne dla ich realizacji albo są ich częścią składową. Zakaz roamingu krajowego jest na gruncie zezwolenia warunkiem powiazanym z rezerwacją częstotliwości i w związku z tym zachowuje on moc na podstawie art. 227 ust. 1 nowego Prawa telekomunikacyjnego również w sytuacji wygaśnięcia zezwolenia PTC Nr 498/99 w wyniku dokonania przez Prezesa URTiP wpisu operatora do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 224 ust. 6 Pt). Zakaz roamingu dotyczy wykorzystywania zarówno częstotliwości w paśmie 900 MHz oraz 1800 MHz. Oznacza to, że nałożenie na PTC obowiązku zapewnienia roamingu krajowego jest niedopuszczalne z prawnego punktu widzenia. W tym miejscu pragniemy zwrócić uwagę, że PTC podejmowała decyzje biznesowe i inwestycyjne w oparciu o określone założenia wynikające z decyzji Prezesa URTiP, a w szczególności o zakaz roamingu wewnętrznego. W tej sytuacji zmiana sytuacji prawnej PTC poprzez nałożenie obowiązku zapewnienia roamingu krajowego stanowić będzie naruszenie konstytucyjnych gwarancji ochrony tzw. interesów w toku. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że działania Prezesa URTiP związane z przetargiem nie mają charakteru stricte legislacyjnego, a regulacyjny. Zawarte w art. 8 Konstytucji RP zasady prymatu Konstytucji i bezpośredniego stosowania Konstytucji nakładają na każdy organ państwa wykonujący czynności władcze stosowanie się do zasad konstytucyjnych.

Konstytucyjna zasada ochrony zaufania jednostki do państwa i do prawa implikuje w szczególności obowiązek poszanowania praw nabytych oraz interesów w toku. Zasada ochrony interesów w toku zapewnia ochronę jednostki w sytuacjach, w których rozpoczęła ona określone przedsięwzięcia na gruncie dotychczasowych przepisów. Chodzi na ogół o sytuacje, w których:

- 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 (tak też w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25 listopada 1997 r., sygn. akt K. 26/97 OTK ZU nr 5-6/1997, s. 450).

W świetle orzecznictwa TK, interesy w toku podlegają bardziej intensywnej ochronie, jeżeli organ państwa uregulował sytuacje dotyczące ściśle określonych rodzajów przedsięwzięć. Należy uznać, że powyższe przesłanki ochrony konstytucyjnej w sytuacji PTC są spełnione. PTC podjęła faktyczne działania na olbrzymią skalę, na podstawie treści zezwoleń telekomunikacyjnych, mających długoterminowy charakter. W tej sytuacji kreowanie nowej sytuacji prawnej, poprzez wprowadzanie korzystnych rozwiązań dla zwycięzcy przetargu i zmiana skorelowanych z tymi rozwiązaniami obowiązków dotychczasowych operatorów w projektowanym postępowaniu przetargowym narusza istotny interes PTC i prowadzi do destrukcji dotychczasowej polityki biznesowej firmy, opierającej się na zasadach ustalonych w opisywanych zezwoleniach telekomunikacyjnych.

Niezależnie od braku prawnej możliwości nałożenia na PTC obowiązku zapewnienia roamingu krajowego, trudno jest opierać całą koncepcję wejścia na rynek nowego operatora o założenie, że w przyszłości analiza rynku wykaże konieczność nałożenia na dotychczasowych operatorów takiego obowiązku. Przyjęcie takiego założenia oznaczałoby traktowanie przez Prezesa URTiP procedury analizy rynku jako czynności o charakterze czysto formalnym, mającej na celu wyłącznie ochronę interesów nowych operatorów, nie zaś rzeczywistą ocenę stanu konkurencji na

ryнку i znalezienie adekwatnych i proporcjonalnych środków zapobiegających zakłóceniom konkurencyjności w wypadku ewentualnego ich stwierdzenia.

Na przedsiębiorstwa telekomunikacyjne, o których mowa w art. 221 ust. 1 Pt (orzeczona znacząca pozycja wg. "starego" Prawa telekomunikacyjnego) nie ma obecnie możliwości nałożenia dalszych obowiązków regulacyjnych bez wydania na podstawie "nowego" Prawa telekomunikacyjnego odrębnych decyzji w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej i nałożenia obowiązków regulacyjnych. Powyższe oznacza, iż ew. nałożenie na operatorów obowiązku roamingu wewnętrznego wymagałoby przeprowadzenia przewidzianych przez "nowe" Prawo telekom. postępowań w ramach regulowania rynku telekomunikacyjnego.

Proces wydawania decyzji zapewniającej roaming wewnętrzny w sieciach ruchomych jest procesem skomplikowanym i długotrwałym. Powinien się rozpocząć od określenia przez ministra właściwego do spraw łączności, w drodze rozporządzenia, rynków właściwych, podlegających analizie przez Prezesa URTiP. Nastąpiło to w treści rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 października 2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Dz.U. nr 242, poz. 2420). Po wydaniu rozporządzenia w sprawie rynków właściwych, jednak nie później niż w terminie 30 dni od wejścia w życie, Prezes URTiP, w drodze postanowienia, wszczyna postępowanie w sprawie ustalenia, czy na rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (art. 23 ust. 1 Pt). Analiza rynków właściwych następuje z uwzględnieniem wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej (art. 23 ust. 2 Pt).

Zamknięcie postępowania w sprawie ustalenia, czy na rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja, następuje w drodze postanowienia, w którym Prezes URTiP, stwierdza, czy na analizowanym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (art. 23 ust. 3 Pt). Postanowienie w sprawie stwierdzenia, czy na analizowanym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja, Prezes URTiP wydaje w porozumieniu z Prezesem UOKiK (art. 23 ust. 4 Pt).

Do projektu postanowienia, w sprawie stwierdzenia, czy na analizowanym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja, stosuje się przepisy o postępowaniu konsultacyjnym (art. 23 ust. 5 Pt). Oznacza to, że zainteresowane podmioty powinny mieć możliwość wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu tego postanowienia. Prezes URTiP informuje o wszczęciu postępowania konsultacyjnego Prezesa UOKiK. O ile Prezes URTiP nie ustali dłuższego terminu, postępowanie konsultacyjne trwa 30 dni od dnia ogłoszenia rozpoczęcia tego postępowania. Wyniki tego postępowania, a także niezastrzeżone stanowiska uczestników postępowania konsultacyjnego ogłaszane są w siedzibie, w biuletynie i na stronie internetowej Prezesa URTiP.

W przypadku, gdy Prezes URTiP stwierdzi, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja, wszczyna postępowanie w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych o znaczącej pozycji na rynku właściwym oraz nałożenia obowiązków regulacyjnych przewidzianych w Pt (art. 24 ust. 1 Pt).

Znaczącą pozycję rynkową zajmuje przedsiębiorca telekomunikacyjny, który na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego (art. 24 ust. 2 Pt).

Kryteriami stosowanymi przez Prezesa URTiP, przy ocenie pozycji znaczącej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym są w szczególności:

- 1) udział przedsiębiorcy w rynku właściwym;
- 2) brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej;
- 3) istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy;
- 4) brak albo niewielki poziom równoważącej siły nabywczej;
- 5) łatwy bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych;
- 6) ekonomie skali;
- 7) ekonomie zakresu;
- 8) pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy;
- 9) poziom rozwoju sieci dystrybucji i sprzedaży przedsiębiorcy;
- 10) brak potencjalnej konkurencji;
- 11) istnienie barier dla dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego;
- 12) istnienie barier wejścia na rynek właściwy (art. 24 ust. 3 Pt).

Uznanie przedsiębiorcy za posiadającego znaczącą pozycję rynkową może nastąpić na podstawie wyników oceny kryteriów, przy czym kryteria te nie muszą być spełnione łącznie (art. 24 ust. 6 Pt).

Prezes URTiP, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie wyznaczenia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji na rynku właściwym lub nałożenia obowiązków regulacyjnych określonych w ustawie, przygotowuje projekt decyzji. Do projektu decyzji stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu konsultacyjnym lub konsolidacyjnym (art. 25 ust. 1 Pt).

Decyzje dotyczące wyznaczenia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców o znaczącej pozycji na rynku właściwym lub nałożenia obowiązków regulacyjnych określonych w ustawie są wydawane przez Prezesa URTiP, w porozumieniu z Prezesem UOKiK (art. 25 ust. 2 Pt).

W wymienionych wcześniej decyzjach, Prezes URTiP, nakłada, utrzymuje, zmienia lub znosi jeden lub więcej obowiązków

regulacyjnych, o których mowa w art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44-47 i art. 72 ust. 3, biorąc pod uwagę adekwatność danego obowiązku do zidentyfikowanego problemu, proporcjonalność oraz cele określone w art. 1 ust. 2, z uwzględnieniem art. 1 ust. 3 (art. 25 ust. 4 Pt).

Prezes URTiP, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 25 ust. 4 Pt, może, w drodze decyzji, nałożyć na operatora o znaczącej pozycji rynkowej obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów sieci oraz udogodnień towarzyszących, w szczególności biorąc pod uwagę poziom konkurencyjności rynku detalicznego i interes użytkowników końcowych (art. 34 ust. 1 Pt). Obowiązek ten, może w szczególności polegać na zapewnieniu usług roamingu w sieciach ruchomych (art. 34 ust. 2 pkt 7 Pt).

Powyższe przepisy wskazują, iż nałożenie jakichkolwiek obowiązków regulacyjnych jest procedurą skomplikowaną, w której rozstrzygnięcia zapadają po dokładnym rozważeniu wszelkich istotnych dla sprawy argumentów. Dzieje się tak, albowiem obowiązki regulacyjne są poważną ingerencją w swobodę działalności gospodarczej, w tym swobodę umów, zainteresowanych podmiotów. Mając na uwadze konstytucyjną ochronę własności oraz wolności gospodarczej, ustawodawca zdecydował się dopuścić tego rodzaju ograniczenia uzasadnione interesem publicznym tylko w wyjątkowych przypadkach, przy zapewnieniu odpowiednich gwarancji procesowych dla przedsiębiorstw telekomunikacyjnych. Przesadzanie zatem wyników przyszłych ew. działań Prezesa URTiP w tych sprawach jest nie tylko przedwczesne i nieroztropne, ale także bezprawne.

Zaznaczyć należy, iż ustawodawca przewidział na rzecz zainteresowanych przedsiębiorstw adekwatne środki ochrony ich praw nie tylko na etapie procedury administracyjnej, a także w ramach sądowego postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 206 ust. 2 Pt od decyzji w sprawach o ustalenie znaczącej pozycji rynkowej, nałożenia obowiązków regulacyjnych, nałożenia kar oraz od decyzji wydanych w sprawach spornych przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu ochrony konkurencji i konsumentów. Przyjąć należy, że w wypadku sporu pomiędzy Prezesem URTiP a podmiotem, którego pozycja rynkowa podlega ustaleniu lub na którego nakładane są obowiązki regulacyjne, podmiotowi temu będzie mu przysługiwało odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu ochrony konkurencji i konsumentów. Postępowanie w sprawach odwołań, o których mowa w art. 206 ust. 2 Pt, toczy się według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu w sprawach gospodarczych (art. 206 ust. 3 Pt). Oznacza to dodatkowo możliwość kwestionowania przez stronę wyroków Sądu Ochrony Konkurencji w postępowaniu apelacyjnym, a więc przed Sądem Apelacyjnym w Warszawie a w dalszej kolejności w postępowaniu kasacyjnym przed Sądem Najwyższym. Powyższe gwarancje potwierdzają iż nałożenie określonych obowiązków na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego dopuszczalne jest jedynie w sytuacjach wyjątkowych..

9. Budowa, rozbudowa już istniejącej infrastruktury

Warunki przetargu nie gwarantują pozytywnego wpływu przetargu na rozwój infrastruktury i zwiększenie dostępu do nowoczesnych usług telekomunikacyjnych. Infrastruktura w Polsce na terenach miejskich jest rozwinięta na poziomie innych krajów europejskich; rozbudowy wymaga przede wszystkim infrastruktura na obszarach słabo zurbanizowanych. W zamian za tak korzystne

w porównaniu do dotychczasowych operatorów warunki, projekt dokumentacji nie przewiduje nałożenia na nowego operatora żadnych szczególnych zobowiązań w zakresie rozwoju infrastruktury i zwiększenia dostępu do nowoczesnych usług. Zdaniem PTC, takie określenie wymogów odnośnie pokrycia nie gwarantuje korzystnego wpływu na rozwój infrastruktury, gdyż wymogi te najłatwiej spełnić budując sieć na obszarach miast, czyli tam, gdzie zapotrzebowanie na dodatkową infrastrukturę jest najmniejsze. W ten sposób preferowane jest inwestowanie w infrastrukturę w dużych aglomeracjach, w których nasycenie rynku telefonami komórkowymi jest na poziomie 80 % (jak na zachodzie Europy), a nie na terenach wiejskich, gdzie nasycenie telefonią komórkową jest relatywnie niskie. Zwracamy uwagę, że w koncesji PTC wprowadzono wymogi zarówno dotyczące budowy infrastruktury, jak i nasycenia rynku. Nowy operator, mając zapewnione warunki finansowe dużo bardziej korzystne niż mieli w pierwszych latach działalności dotychczasowi operatorzy, powinien w zamian być zobowiązany do inwestowania w infrastrukturę i nowoczesne technologie. Tymczasem zobowiązania przewidziane w projekcie dokumentacji, należy ocenić jako minimalne.

W zakresie deklarowanego celu przetargu, jakim miałyby być zwiększenie dostępności usług, należy stwierdzić, że realizacji tego celu służyć mogą działania dwojakiego rodzaju: po pierwsze obniżenie cen usług, po drugie rozwój infrastruktury na obszarach, gdzie występuje jej deficyt. Realizacja tego celu wymaga tworzenia infrastruktury oraz zapewnienia dostępu do tanich usług telekomunikacyjnych przede wszystkim na obszarach wiejskich i słabo zurbanizowanych, gdyż na tych obszarach poziom nasycenia rynku należy uznać za niewystarczający. Tymczasem, o czym była mowa powyżej, założenia przyjęte w dokumentacji przetargowej pozbawiają

nowego operatora motywacji do inwestowania na obszarach słabo zurbanizowanych.

10. Niedopuszczalność ograniczenia możliwości przenoszenia uprawnień wynikających z decyzji o rezerwacji częstotliwości.

W złożonych dotychczas przez KIGEiT oraz Netię uwagach do projektu dokumentacji przetargowej pojawia się postulat ograniczenia możliwości przenoszenia uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości. Zdaniem PTC, tego rodzaju ograniczenie są zarówno bezprawne, jak i nieuzasadnione jakimikolwiek racjonalnymi argumentami.

Wskazać należy przede wszystkim, iż art. 9 ust. 1 dyrektywy ramowej 2002/21/WE wskazuje, iż obowiązkiem krajowych organów regulacyjnych w zakresie rozdziału i przyznawania częstotliwości jest zachowanie **obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminujących i proporcjonalnych kryteriów**. Art. 9 ust. 3 dyrektywy ramowej ustanawia równocześnie możliwość wprowadzenia przez państwa członkowskie postanowień odnoszących się do przedsiębiorstw, a dotyczących przenoszenia praw do częstotliwości radiowych na rzecz innych przedsiębiorstw. Art. 9 ust. 4 ww. dyrektywy nakłada przy tym na państwo członkowskie określone obowiązki w związku z tego rodzaju przeniesieniem praw. Przede wszystkim zainteresowany podmiot powinien zgłosić swój zamiar transferu uprawnień do właściwego krajowego organu regulacyjnego, transfer taki powinien mieć miejsce zgodnie z procedurą określoną przez organ krajowy, a także powinien zostać podany do wiadomości publicznej. Obowiązkiem krajowego organu regulacyjnego jest również zapewnienie, by nie doszło do naruszenia konkurencji w wyniku tego rodzaju transakcji. W pkt 19 preambuły dyrektywy 2002/21/WE prawodawca wspólnotowy wprost uznaje przy tym

transfer uprawnień do częstotliwości radiowych za **skuteczny środek dla wzmocnienia efektywnego wykorzystania spektrum częstotliwości**, z zastrzeżeniem niezbędnej ochrony interesu publicznego, w szczególności w zakresie przejrzystości transferów oraz regulacyjnego nadzoru nad takimi transakcjami ("Przekazywanie częstotliwości radiowych może stanowić skuteczny sposób na zwiększenie wydajności spektrum, pod warunkiem, że istnieją dostateczne sposoby ochrony interesu publicznego, a w szczególności potrzeby zapewnienia jawności, oraz ustanowiony jest nadzór organu regulacyjnego nad takim przekazywaniem.").

Powyższe zasady znajdują rozwinięcie w treści przepisów dyrektywy autoryzacyjnej 2002/20/WE. Zgodnie z art. 5 ust. 2 akapit 2 tej dyrektywy, w przypadku przyznania praw użytkowania częstotliwości "państwa członkowskie winny określić, czy prawa te mogą być przekazane z inicjatywy uprawnionego, i na jakich warunkach, w przypadku częstotliwości radiowych zgodnie z postanowieniami artykułu 9 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej).

Art. 6 ust. 1 dyrektywy 2002/20/WE stanowi przy tym, że prawa użytkowania częstotliwości radiowych mogą być poddane jedynie wymogom określonym w części B Załącznika do ww. dyrektywy. Wskazuje równocześnie, że wymogi stawiane zainteresowanemu przedsiębiorstwu "winny być obiektywnie uzasadnione stosownie do danej sieci lub danej usługi, niedyskryminujące, proporcjonalne i przejrzyste". Treść pkt 5 w ramach części B ww. Załącznika wskazuje wprost, iż do powyższych wymogów zaliczyć należy "**przekazanie praw na wniosek uprawnionego, a warunki takiego przekazania zgodne z postanowieniami dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej)**".

PTC pragnie wskazać równocześnie, że w 2003 r. Komisja Europejska zwróciła się do Grupy ds. Polityki Widma Radiowego (*Radio Spectrum Policy Group*) o przedstawienie opinii w sprawie wtórnego handlu prawami do użytkowania częstotliwości radiowych (a więc w kwestii przenoszalności tego rodzaju uprawnień na inne podmioty). Zaznaczyć należy, ww. Grupa ds. Polityki Widma Radiowego została powołana decyzją Komisji nr 2002/622/WE z dnia 26 lipca 2002 r. w sprawie ustanowienia Grupy ds. Polityki Widma Radiowego (O.J. L 198/49), jako organ doradczy Komisji. W jej skład wchodzi m.in. przedstawiciele polskiego Ministerstwa Infrastruktury. Przygotowanie przez ww. Grupę opinii na zlecenie Komisji poprzedzone zostało szerokimi publicznymi konsultacjami, w ramach których wpłynęło 34 stanowisk przedłożonych przez operatorów telekomunikacyjnych, producentów sprzętu telekomunikacyjnego, operatorów satelitarnych, nadawców i organizacji zajmujących się internetem. Sama opinia została przyjęta przez Grupę ds. Polityki Widma Radiowego w dniu 19 listopada 2004 r. (*The RSPG Opinion on Secondary Trading of Rights to Use Radio Spectrum; RSPG4-54 Rev.(final)*) i jest dostępna w internecie pod adresem www.rspg.groups.eu.int. Grupa uznaje w niej, iż **wtórny obrót prawami do częstotliwości radiowych może być korzystny w odniesieniu do określonych części widma radiowego**, z zastrzeżeniem wprowadzenia w życie przez organy administracyjne wystarczających zabezpieczeń. Wtórny obrót takimi prawami, w opinii Grupy może przyczyniać się do osiągnięcia celu strategicznego określonego przez Radę Europejską w Lizbonie (strategia lizbońska). Grupa wymienia jedynie trzy kategorie częstotliwości, co do których wtórny obrót niesie ze sobą istotne zagrożenia. Należą do nich częstotliwości wykorzystywane na potrzeby rządowe oraz w celu zapewnienia bezpieczeństwa (np. w lotnictwie cywilnym), częstotliwości wykorzystywane dla świadczenia usług telewizyjnych *direct-to-home* oraz częstotliwości

wykorzystywane na potrzeby naukowe. Podkreślić należy, iż wśród częstotliwości, którymi obrót wywołuje wątpliwości nie mieszczą się częstotliwości wykorzystywana na potrzeby telefonii mobilnej.

Na korzyści płynące z możliwości wtórnego transferu częstotliwości zwraca się również uwagę w literaturze:

"Rozwój rynku wewnętrznego wymaga nieustannego poddawania określonych dóbr (tu częstotliwości) jego mechanizmom. Dlatego z tej perspektywy państwo nie może występować w roli wszechwładnego regulatora odpowiedzialnego za wszystko, co zachodzi w obrębie poszczególnych rynków. Transfer praw stanowi w tym kontekście logiczne uzupełnienie filozofii gry rynkowej. Przekazywanie uprawnień do wykorzystania częstotliwości może zwiększyć wydajność zbywanego dobra, gdyż w tym momencie z dużym prawdopodobieństwem przechodzi ono w ręce podmiotu bardziej zainteresowanego jego użyciem, uwalniając jednocześnie podmiot zbywający prawa od stosownych kosztów. Zbędne z ekonomicznego punktu widzenia częstotliwości przechodzą w ręce podmiotów gotowych je wykorzystać. Wprowadzenie wtórnego rynku częstotliwości radiowych należy też rozpatrywać jako podstawowy warunek prawidłowego rozwoju systemu odpłatności za wykorzystywane zasoby widma częstotliwości (*spectrum pricing*). Może to być skuteczny środek motywujący wydajne zachowania podmiotów wykorzystujących stosowne częstotliwości. [...] W ujęciu modelowym proces transferu praw wpisuje się dobrze również w zjawisko konwergencji, gdzie najważniejszym elementem staje się samo formalne przyznanie częstotliwości na rynku pierwotnym. O sposobie wykorzystania częstotliwości rozstrzyga natomiast technika i związane z nią innowacje, jak również zmieniające się potrzeby i oczekiwania

usługobiorców. Wprowadzenie możliwości transferu praw do użytkowania częstotliwości sprawia bowiem, że istnieje szybszy dostęp do pożądanych częstotliwości dla podmiotów, które zainteresowane byłyby właśnie wprowadzeniem nowych technik. Nie bez znaczenia jest również i to, że przekazywanie uprawnień pojęciowo łączy się przecież z większą elastycznością wszelkich procesów dotyczących gospodarowania widmem częstotliwości radiowych, tak wymaganą w dobie konwergencji. Nie do przecenienia może się także okazać pewna redukcja kosztów po stronie administracji państwowej i uproszczenie stosownego postępowania" (A. Kozłowski [w:] W. Gromski, J. Kolasa, A. Kozłowski, K. Wójtowicz: *Europejskie i polskie prawo telekomunikacyjne*, Warszawa 2004, s. 224-226).

Mając powyższe na uwadze, PTC wyraża pogląd, że powołane przepisy dyrektyw wspólnotowych należy interpretować w ten sposób, iż przewidują one wprowadzenie na rzecz państwa członkowskiego uznania co do tego, czy wprowadzić do porządku krajowego możliwość przenoszenia uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości (art. 9 ust. 3 dyrektywy ramowej), w sytuacji jednak, gdy taka możliwość w prawie krajowym została przewidziana, obowiązkiem organu krajowego jest wykonywanie swych kompetencji w tym zakresie zgodnie z wymogami wynikającymi z prawa wspólnotowego (art. 9 ust. 1 i 4 dyrektywy ramowej). Art. 5 ust. 2 akapit 2 dyrektywy 2002/20/WE wskazuje wprowadzenie na możliwość określenia przy udzielaniu uprawnień, czy mogą one zostać przeniesione, z tym, że w przypadku częstotliwości radiowych odbywać się to winno, zgodnie z art. 9 dyrektywy ramowej. To ostatnie zastrzeżenie wskazuje, iż w przypadku, w którym ustawodawca krajowy dopuścił możliwość transferu uprawnień z tytułu rezerwacji częstotliwości, nie jest możliwe generalne wyłączenie tej

możliwości w treści odpowiedniej decyzji administracyjnej. Sprawa ta wymaga każdorazowo badania w trybie procedury, o której mowa w art. 9 ust. 4 dyrektywy ramowej.

Decyzja w sprawie rezerwacji częstotliwości może przy tym określać szczegółowe wymogi dotyczące transferu uprawnień wynikających z tej decyzji, wymogi te jednak nie mogą być dowolne. Jak wskazuje art. 9 ust. 1 dyrektywy ramowej oraz 6 ust. 1 dyrektywy autoryzacyjnej, mają to być wymogi obiektywnie usprawiedliwione, niedyskryminujące, proporcjonalne i przejrzyste.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż polski ustawodawca przewidział możliwości przenoszenia uprawnień z tytułu rezerwacji częstotliwości (art. 115 ust. 1 pkt 7 i art. 122 Prawa telekomunikacyjnego z 2004 r.; dalej: "Pr.telekom.2004"). Tym samym, w świetle wskazanych wyżej przepisów dyrektyw wspólnotowych, nie jest obecnie dopuszczalne generalne wyłączenia tej możliwości w treści wydawanych decyzji administracyjnych.

Zdaniem PTC, w pełni dopuszczalna i zgodna z celami wyrażonymi w dyrektywie ramowej i dyrektywie autoryzacyjnej jest przy tym taka wykładnia Pt, zgodnie z którą art. 115 ust. 1 pkt 7 tej ustawy ustanawia ogólną zasadę przenoszalności uprawnień do częstotliwości, z zastrzeżeniem dopełnienia w tym zakresie przez zainteresowane podmioty odpowiednich warunków. Obowiązanie tej zasady potwierdził ustawodawca w treści art. 227 ust. 3 Pt, dopuszczając generalnie możliwość przenoszenia nie tylko uprawnień przyznanych na mocy przepisów tej ustawy, ale także uprawnień przyznanych przed dniem jej wejścia w życie.

11. Błędność tezy o braku sytuacji konkurencyjnej na rynku.

Liczne podmioty związane z planowanym przetargiem (w tym Regulator, politycy) przyjęły błędne założenie, że dla wzrostu konkurencyjności konieczne jest wprowadzenie na rynek „czwartego operatora” (w sytuacji, gdy na rynku telefonii stacjonarnej od wielu lat tolerowany jest monopol). Teza ta (natychmiast podchwycona przez podmioty kandydujące do roli „czwartego operatora” jako szansa na zasadnicze uprzywilejowanie ich pozycji w planowanym przetargu) nie znajduje uzasadnienia i ma charakter jedynie retoryczny.

Dla udowodnienia wskazanej, zdaniem PTC niesłusznej tezy, przed przystąpieniem do formułowania kryteriów przetargu kompetentne organy powinny w pierwszej kolejności zbadać, czy wprowadzenie udogodnień dla ewentualnego „czwartego operatora” jest rzeczywiście niezbędne, tzn. czy poziom koncentracji na rynku telefonii komórkowej zagraża pluralizmowi na tym rynku oraz konkurencyjności tego rynku. W celu oceny poziomu konkurencyjności rynku telefonii komórkowej należałoby wykonać ekonomiczną analizę porównawczo-ilościową w zakresie koncentracji i konkurencyjności operatorów telefonii komórkowej zarówno na rynku lokalnym i krajowym. Do chwili obecnej analiza wykazująca, że na polskim rynku nie ma konkurencji (lub istnieje „konkurencja pozorna”) nie została przeprowadzona, w związku z czym wszelkie wypowiedzi o istnieniu „oligopolu” lub „praktykach monopolistycznych” są całkowicie nieuprawnione.

Podejmowanie decyzji regulacyjnych na podstawie „przeczcucia politycznego”, a nie na podstawie analiz ekonomicznych, jest wyrazem przewagi argumentacji politycznej nad merytoryczną w procesie regulowania działalności gospodarczej. Tego typu relacja jest nie do przyjęcia w świetle wspólnotowych zasad regulowania działalności gospodarczej. Jak podkreśla się w

materiałach poświęconych ocenom skutków regulacji, m.in. w Raporcie Grupy Roboczej „2b” (ds. procesu tworzenia i implementacji prawa wspólnotowego), „w celu osiągnięcia przejrzystego ładu [accountable governance] i polityki opartej na wiedzy [knowledge-based policy making] [niezbędne jest] promowanie kultury procesu decyzyjnego opartego na analizie, nie zaś na kompromisie politycznym [deal-making]” [Raport Grupy Roboczej 2b pt. „Ewaluacja i transparentność”, lipiec 2001, str. 3, dostępny na www.europa.eu.int]

12. Niezasadność łączenia kwestii przetargu z narzuceniem na funkcjonujących operatorów obowiązku zapewniania dostępu do własnej infrastruktury.

Wszelkie próby narzucenia na operatorów obowiązku zapewnienia dostępu do własnej infrastruktury konkurentom są niedopuszczalne, a zarazem nieuzasadnione z kilku powodów:

- **Sprzeczność z prawem – naruszenie postanowień Konstytucji RP.** Wymuszenie przez Regulatora na operatorach udostępnienia własnej infrastruktury konkurentom (będące w istocie ograniczeniem w korzystaniu z prawa własności) poprzez akty stanowienia lub stosowania prawa byłoby sprzeczne z art. 32 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym: *„ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”* (należy zauważyć, że w niniejszej sprawie żadna ze wskazanych przesłanek nie zachodzi), a także art. 64 Konstytucji, zgodnie z którym własność może być ograniczona jedynie w drodze ustawy.

- **Sprzeczność z prawem – nadużycie kompetencji.** Wymuszenie przez Regulatora na operatorach udostępnienia własnej infrastruktury konkurentom poprzez działania faktyczne byłoby niedopuszczalne jako nadużycie przez ten organ kompetencji (władzy). Zakaz nadużywania władzy ma swoją podstawę prawną w przepisach Konstytucji, aktach proceduralnych a także stanowi ogólną zasadę polskiego prawa. Instytucja ta ma również ugruntowane znaczenie na gruncie prawa wspólnotowego. W literaturze wskazuje się, że *„konceptcja nadużywania władzy wiąże się zastosowaniem [...] środka, którego jedynym celem jest osiągnięcie rezultatu innego niż deklarowany lub obejście procedury [...]. Wszystkie systemy prawa publicznego posiadają podobną, jeżeli nie identyczną, doktrynę [nadużywania prawa]”* [P. Craig, G. De Burca, „EU Law”, 3rd edition, Oxford Press, str. 536, 537.]
- **Sprzeczność z prawem – naruszenie zasady proporcjonalności.** Dążenie Regulatora do uprzywilejowania ewentualnego przyszłego „czwartego operatora” kosztem operatorów „zasiedziałych” poprzez wymuszenie na nich udostępnienia „czwartemu operatorowi” stworzonej przez siebie infrastruktury z pominięciem zasad rynkowych stanowiłoby naruszenie konstytucyjnej zasady proporcjonalności w realizowaniu wyznaczonego w sposób polityczny celu – zwiększenia konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym. Cel ten nie uzasadnia tak istotnego ograniczenia praw i wolności funkcjonujących już na rynku przedsiębiorców.
- **Nieracjonalność.** Fakt, że ewentualny przyszły „czwarty operator” nie posiada żadnej infrastruktury, nie może być uważany za korzystny i jako taki nagradzany przez Regulatora. Fakt ten, niezależnie od działań regulatora, w zasadniczy sposób negatywnie wpłynie na jakość usług świadczonych przez ewentualnego „czwartego operatora” i

przez to może w istotny sposób utrudnić realizację celu procesu rozdzielania kolejnych częstotliwości, jakim jest polepszenie zakresu i jakości usług świadczonych przez operatorów telefonii komórkowej na rzecz ludności.

13. Asymetryczne opłaty w rozliczeniach międzyoperatorskich.

Prawne zastrzeżenia wywołują także pojawiające się koncepcje zapewnienia zwycięzcy przetargu asymetrycznych stawek interkonektowych. Nakazanie w trybie decyzji administracyjnych obecnym operatorom zastosowania asymetrycznych stawek interconnectowych wymagałoby, zgodnie z obowiązującym Prawem telekomunikacyjnym, stwierdzenia braku skutecznej konkurencji i wyznaczenia operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową, a także wykazania, że nałożenie obowiązku stosowania asymetrycznych stawek interkonektowych jest środkiem zaradczym adekwatnym i proporcjonalnym do stwierdzonego problemu.

III. SZCZEGÓŁOWE UWAGI ODNOŚNIE PROJEKTÓW DOKUMENTACJI PRZETARGOWYCH

1. Rozdysponowanie kanałów GSM 1800

Projekt dokumentacji przetargowej GSM -1880 zakłada przyznanie wszystkich 99 kanałów częstotliwości GSM -1800 jednemu podmiotowi. W opinii PTC jest to błędne rozwiązanie. Kwestia ta została obszernie omówiona powyżej, w pierwszym punkcie części poświęconej zagadnieniom prawnym. Przedstawione tam argumenty przemawiają za zweryfikowaniem koncepcji przetargu i przedstawieniem nowego projektu. W opinii PTC należy dopuścić rozdysponowanie częstotliwości GSM 1800 pomiędzy 2-3

operatorów, gdyż jest to rozwiązanie najbardziej dostosowane do potrzeb rynku polskiego.

2. Przekroczenie zakresu dokumentacji przetargowej

Oba projekty Dokumentacji Przetargowych w Rozdziale II określają zasady współpracy operatora sieci telekomunikacyjnej radiokomunikacji ruchomej typu komórkowego wg standardu GSM/UMTS (odpowiednio w obu projektach) z operatorami publicznych sieci telekomunikacyjnych. Rozdział ten w całości z obu dokumentacji należy usunąć, gdyż w niepełny sposób opisuje on jedynie znane powszechnie podstawy prawne funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego w Polsce. Nie jest dopuszczalne zawieranie w dokumentacji przetargowej deklaracji dotyczących nałożenia na dotychczasowych operatorów jakichkolwiek obowiązków, a w szczególności obowiązku zapewnienia roamingu krajowego. W związku z opublikowanymi na stronie internetowej URTiP w dniach 28 stycznia oraz 1 lutego 2005 r. stanowiskami Netii i KIGEiT odnośnie projektów dokumentacji przetargowych, należy stwierdzić, że w dokumentacji przetargowej określone mogą być jedynie obowiązki, jakie zostaną nałożone na podmiot wyłoniony w wyniku przetargu. Zawarcie w dokumentacji przetargowej zapisów dotyczących nałożenia jakichkolwiek obowiązków na inne podmioty jest z prawnego punktu widzenia niedopuszczalne. Dotyczy to w szczególności obowiązku zapewnienia roamingu krajowego i asymetrycznych stawek w rozliczeniach międzyoperatorskich. Ponadto PTC podtrzymuje swoje stanowisko w przedmiocie obowiązującego ją zakazu roamingu krajowego, które zostało wyrażone w piśmie z dnia 26 listopada 2004 r.

3. Kryteria i sposób oceny ofert

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 10 grudnia 2004 r. w sprawie przetargu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych, w dokumentacji przetargowej w zakresie kryteriów oceny ofert zamieszcza się między innymi szczegółowy opis kryteriów oceny ofert, a także szczegółowy opis sposobu oceny ofert w zakresie każdego z kryteriów.

W obecnej wersji kryteria przydziału punktów w czterech kategoriach (poza oceną kwoty zadeklarowanej) nie są sprecyzowane. Brak szczegółowego opisu kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny może prowadzić do wysokiego stopnia uznaniowości przy dokonywaniu oceny. Opis taki stanowiłby jasno określone predefiniowane zasady oceny, których istnienie umożliwiłoby obiektywną weryfikację wyników przetargu. Jedynie w przypadku połączonego kryterium zachowania warunków konkurencji oraz wysokości zadeklarowanej kwoty dokumentacje przetargowe podają wzór, według którego dokonana zostanie ocena. Jednak nawet w tym wzorze występuje element uznaniowy, co do którego zabrakło szczegółowego opisu: jest to współczynnik „k”, czyli liczba punktów przyznanych przez Komisję na podstawie opinii Prezesa UOKiK za ocenę wpływu na wzrost konkurencyjności na rynku usług łączności ruchomych w Polsce.

Również w odniesieniu do pozostałych kryteriów, projekty dokumentacji przetargowych, zarówno GSM-1800 jak i UMTS, nie zawierają ani ich szczegółowego opisu, ani szczegółowego opisu ich oceny. Tym samym projekt dokumentacji nie spełnia wymogów określonych w rozporządzeniu. Zgodnie z rozporządzeniem, dokumentacja przetargowa powinna zostać w tym zakresie uszczegółowiona. Zważywszy fundamentalne znaczenie kryteriów oceny ofert dla postępowania przetargowego, wymaga to przedstawienia nowego projektu do konsultacji.

4. Ocena zachowania warunków konkurencji oraz wysokości kwoty zadeklarowanej.

4.1. Kryteria oceny

Projekty dokumentacji przetargowych przewidują połączenie kryteriów zachowania warunków konkurencji i wysokości kwoty zadeklarowanej. Liczba otrzymywanych punktów zależy od:

- wysokości zadeklarowanej kwoty;
- udziału Oferenta (a także podmiotów z grupy kapitałowej, do której Oferent przynależy lub udziałowców/akcjonariuszy Oferenta) w polskim rynku świadczenia usług w publicznych ruchomych sieciach telekomunikacyjnych;
- liczby punktów przyznanych przez Komisję na podstawie opinii Prezesa UOKiK, stanowiąca ocenę wpływu na wzrost konkurencyjności na rynku usług łączności ruchomej w Polsce.

Wysokość zadeklarowanej kwoty jest współczynnikiem, którego wartość określona jest obiektywnie i jednoznacznie. Podobnie należy uznać, że udział w polskim rynku świadczenia usług w publicznych ruchomych sieciach telekomunikacyjnych może zostać, przy zastosowaniu szczegółowo określonych kryteriów, oceniony w sposób jednoznaczny i obiektywny. Wymagało to będzie doprecyzowania dokumentacji w zakresie informacji, jakie powinny zostać podane w tym zakresie przez Oferenta. Prosimy o sprecyzowanie definicji podanych w par. 2.2.4. Dodatkowo w załącznikach wymagane są informacje o udziale w rynku bądź wolumenie sprzedaży – prosimy o sprecyzowanie wiarygodnego źródła zawierającego dane na temat tych rynków i pozwalającym określić udział w rynku Oferenta.

Natomiast współczynnik **k**, tzn. punkty za ocenę wpływu na wzrost konkurencyjności, budzi zasadnicze wątpliwości. Opis tego kryterium, zgodnie z którym „przez kryterium wpływu na zachowanie warunków konkurencji rozumie się przeciwdziałanie

powstaniu lub umocnieniu pozycji znaczącej, w tym kolektywnej pozycji znaczącej na polski rynku świadczenia usług w publicznych ruchomych sieciach telekomunikacyjnych, a w przypadku podmiotów niepowiązanych z tym rynkiem - zapewnienie skutecznej konkurencji na rynku" należy ocenić jako zbyt ogólnikowy.

Pojęcia „znacząca pozycja rynkowa” oraz „kolektywna znacząca pozycja rynkowa” są w prawie telekomunikacyjnym zdefiniowane w sposób szczególny. Ustawa Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z Dyrektywą Ramową, przewiduje szczególny tryb wyznaczania podmiotów posiadających znaczącą pozycję rynkową. Przyznanie oferentom punktów za przeciwdziałanie powstaniu lub umocnieniu się pozycji znaczącej z pominięciem przewidzianych w ustawie Prawo Telekomunikacyjne procedur, w szczególności procedury analizy rynku i odrębnego postępowania konsultacyjnego, byłoby sprzeczne z prawem.

Z uwagi na powyższe, proponujemy zobiektywizowanie oceny wpływu na zachowanie warunków konkurencji poprzez oparcie jej na ocenie udziału Oferenta w rynku. Jest to jedyne dostępne kryterium tej oceny, gdyż postępowanie w sprawie ustalenia, czy na rynku właściwym istnieje skuteczna konkurencja, dopiero niedawno się rozpoczęło.

Udział operatora w rynku powinien być oceniany po zasięgnięciu opinii Prezesa UOKiK.

4.2. Wzór na ocenę zachowania warunków konkurencji oraz wysokości zadeklarowanej kwoty

Stosowanie we wzorze funkcji potęgowej do obliczania wartości **x** jest dodatkową preferencją dla firm nieobecnych na rynku usług w publicznych sieciach ruchomych.

Przyznanie tym podmiotom tak znacznych preferencji nie zostało w żaden sposób uzasadnione. Jest to kolejne uchybienie projektu dokumentacji przetargowej przedstawionej do konsultacji wobec wymagań ustawy Prawo telekomunikacyjne w sprawach postępowania konsultacyjnego, które uzasadnia postulat przygotowania i poddania konsultacji materiału odpowiadającego wymaganiom art. 16 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

PTC proponuje zmodyfikowanie wzoru poprzez usunięcie z niego funkcji potęgowej oraz współczynnika „k” i zastąpienie go współczynnikiem „u”, określającym udział oferenta w rynku, jako bardziej obiektywnym. Po proponowanych przez nas zmianach i ujednoczeniu współczynników wzór miałby następującą postać:

$$\text{Liczba punktów} = a \cdot (x/(b+x)) - u$$

gdzie:

$$a = 300 - u$$

$$x = \text{zadeklarowana kwota} \cdot (100 - u)$$

$$b = 40$$

u = udział Oferenta, podmiotów z grupy kapitałowej (w rozumieniu przepisów ustawy

o ochronie konkurencji i konsumentów), do której przynależy Oferent lub udziałowców/akcjonariuszy Oferenta w polskim rynku świadczenia usług w publicznych ruchomych sieciach telekomunikacyjnych w roku 2004 - według kryterium przychodów ze sprzedaży usług wyrażony w punktach z dokładnością dziesiętną

Wzór w przedstawionej postaci zawiera preferencje dla Oferentów nieobecnych na rynku usług w publicznych sieciach ruchomych i opiera się na obiektywnych wskaźnikach odzwierciedlających sytuację na tym rynku.

4.3. Zasady zaokrąglania punktów

W materiałach do konsultacji nie jest powiedziane z jaką dokładnością punkty będą przypisywane jeżeli chodzi o ilość miejsc po przecinku - jest to bardzo istotne przy wyliczaniu punktów za wpływ na zachowanie warunków konkurencji i zadeklarowaną kwotę (w krańcowym przypadku przy zaokrągleniu do liczb całkowitych różnica w opłacie rzędu kilku milionów złotych nie wpływa na zmianę wartości przyznanych punktów).

5. Ocena wiarygodności finansowej.

W warunkach przetargu należy wyraźnie podać minimalne wymagania na kondycję finansową oferentów - ich obecny kapitał oraz dostępność do środków na inwestycje.

5.1 Sprawozdania finansowe

Wymagania dotyczące dołączania sprawozdań z opinią i raportem biegłego rewidenta powinna dotyczyć wszystkich sprawozdań. Obecnie jasno jest to powiedziane tylko w Par 2.2.1 Część 1 pkt 1 akapicie 1. W następnych akapitach tego punktu wymóg ten nie jest powtórzony, mimo że jest mowa o sprawozdaniach finansowych.

5.2 Kapitały własne Oferenta

Informacja ta powinna być wymagana tylko od nowopowstałych spółek ponieważ dla długo istniejących spółek jest zawarta w sprawozdaniach finansowych. Można to także rozszerzyć o politykę wypłaty dywidend która ma wpływ na kapitał spółki.

5.3 Udziałowcy o udziale co najmniej 10% głosów w spółce

PTC proponuje obniżenie granicy do 5% aby uzyskać pełniejszą informację o strukturze udziałowej Oferenta. Rozwiązanie takie jest zgodne z ustawą z dnia 21 sierpnia 1997 Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi.

5.4 Prezentacja strumieni finansowania

Dokumentacja przetargowa nie wymaga obecnie żadnych dowodów na poparcie tezy o wystarczających środkach finansowych Oferenta. Proponujemy wprowadzenie wymogu gwarancji bankowych na kwotę 100 mln. PLN. jako elementu mogącego uwiarygodnić stabilność finansową Oferenta.

5.5 Rating kredytowy

Proponujemy zawarcie w dokumentacji przetargowej wymogu przedstawienia przez Oferentów informacji o ratingu kredytowym firmy jako elemencie uwiarygodniającym zdolność kredytową firmy.

5.6. Informacje o udziałowcach

Prosimy o sprecyzowanie jaki poziom szczegółowości powinny zawierać informacje o udziałowcach w przypadku firmy posiadającej stabilną sytuację finansową i nie korzystającej ze źródeł finansowania pochodzących od udziałowców.

5.7. Plan inwestycyjny

Prosimy o sprecyzowanie w jaki sposób plan inwestycyjny przygotowywany przez Oferenta powinien uwzględniać już posiadane przez niego częstotliwości GSM 1800 lub UMTS - wykorzystywane w obecnej jego działalności.

6. Ocena zawartych w ofercie rozwiązań technicznych

Punkty za rozwiązania techniczne powinny być przyznawane w zależności od zadeklarowanego pokrycia terytorium kraju w przypadku GSM 1800 i pokrycia części populacji w przypadku UMTS.

7. Zasady przyznawania punktów

W celu uzyskania większej przejrzystości procesu oceny ofert PTC proponuje uszczegółowienie kryteriów przyznawania punktów. Proponujemy, podobnie jak zostało to określone w dokumentacji przetargowej w 2000 roku, wyodrębnić w zdefiniowanych kryteriach podkategorie i przypisać do nich określone ilości punktów, bez zmiany ogólnej liczby punktów.

8. Minimum kwalifikacyjne

Gwarancją wyłonienia w przetargu wiarygodnego i doświadczonego podmiotu będzie właściwie określona wysokość minimum kwalifikacyjnego. Zapewnienie stabilnych organizacyjnych i finansowych podstaw przez operatora wykorzystującego pozyskane częstotliwości przełoży się na jego poziom konkurencyjności i pozwoli zagwarantuje rozwój rynku telekomunikacyjnego. Nie może zostać - w opinii PTC - pominięty również argument zapewnienia należytych wpływów do Skarbu Państwa z tytułu rozdysponowania cennego i ograniczonego dobra, jakim są częstotliwości. PTC uważa, że z uwagi na potrzebę wyłonienia w przetargu wiarygodnego i silnego ekonomicznie operatora, zdolnego zapewnić rozwój infrastruktury, a także większą dostępność usług telekomunikacyjnych i nowych technologii, minimum kwalifikacyjne powinno być podniesione.

Zgodnie z art. 118 ust. 9 pkt 1 Ustawy, organ właściwy uznaje, w drodze decyzji, postępowanie przetargowe za nierozstrzygnięte, jeżeli żaden z uczestników nie spełnił warunków uczestnictwa w postępowaniu przetargowym albo konkursie, bądź nie osiągnął wskazanego w dokumentacji przetargowej minimum kwalifikacyjnego. Jak wykazano powyżej, obecność na polskim rynku trzech operatorów świadczących usługi telekomunikacyjne w sieciach ruchomych zapewnia istnienie efektywnej konkurencji. W tej sytuacji

przeprowadzenie przetargu na częstotliwości GSM 1800 i UMTS nie powinno zakładać przydzielenia częstotliwości za wszelką cenę. Jedynie silny operator będzie w stanie zapewnić odpowiednią konkurencyjność poprzez atrakcyjność swojej oferty. Jeżeli takiego oferenta nie będzie, przetarg powinien zostać uznany za nierozstrzygnięty.

WNIOSKI

Przedstawiony projekt dokumentacji przetargowej GSM-1800 i UMTS nie zapewnia realizacji zakładanych celów: zapewnienia równoprawnej i efektywnej konkurencji, rozwoju infrastruktury oraz zapewnienia dostępu do nowoczesnych usług telekomunikacyjnych. Zamiast tego dąży się do wprowadzenia w wyniku przetargu na rynek czwartego operatora, bez względu na konsekwencje dla rynku usług telefonii komórkowej w Polsce.

Przyznanie częstotliwości UMTS nowemu operatorowi na zasadach określonych w projekcie dokumentacji przetargowej na częstotliwości UMTS stanowiłoby naruszenie zobowiązań Skarbu Państwa wobec Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o., Polkomtel S.A. oraz PTK Centertel Sp. z o.o.

Projekty dokumentacji przetargowych nie spełniają wymogów określonych w art. 16 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 10 grudnia 2004 r. w sprawie przetargu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych, ponieważ kryteria oraz sposób oceny ofert nie zostały w nich szczegółowo określone, a ponadto nie zostało przedstawione uzasadnienie przyjętych rozwiązań. Zarzut braku uzasadnienia dotyczy przede wszystkim kwestii przydzielenia 99 kanałów częstotliwości GSM-1800 jednemu operatorowi, jak również wzoru, według którego oceniane będzie decydujące kryterium oceny ofert, jakim jest wpływ na zachowanie warunków konkurencji i wysokość zadeklarowanej kwoty

Podsumowując wyrażone powyżej stanowisko, pragniemy sformułować następujące główne postulaty dotyczące planowanego przetargu na zagospodarowanie wolnych częstotliwości 1800 MHz

i UMTS

1. Powinna zostać publicznie przedstawiona przez Prezesa URTiP strategia rozwoju rynku telekomunikacyjnego, wyjaśniająca powody przeprowadzenia przetargu, opisująca spodziewane korzyści dla rozwoju rynku telekomunikacyjnego, takie jak wpływ na wzrost stopnia nasycenia usługami telekomunikacji mobilnej, spadek cen, rozwój infrastruktury, wpływy do budżetu, dostępność nowych usług (w szczególności UMTS), a także omawiająca wpływ organizowanego przetargu na sytuację ekonomiczną działających na rynku trzech operatorów mobilnych. Przedłożony projekt dokumentacji przetargowej wymaga zatem uzupełnień, a także przeprowadzenia w tej kwestii dalszych konsultacji;

2. Przeprowadzenie projektowanych przetargów powinno zostać wstrzymane do czasu uzyskania prawomocnego rozstrzygnięcia właściwych administracyjnych w sprawach skarg dotyczących odmowy rezerwacji przedmiotowych częstotliwości w trybie bezprzetargowym;

3. Podstawą prawną projektowanego przetargu stanowić winny przepisy Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r.;

4. Zastosowane w przetargu kryteria oceny ofert powinny być obiektywne i przejrzyste, a przede wszystkim nie prowadzić do dyskryminacji jakichkolwiek podmiotów, w tym działających dotychczas na polskim rynku operatorów telefonii mobilnej;

5. Dokumentacja przetargowa nie może zawierać zapewnień Prezesa URTiP dotyczących nałożenia w przyszłości określonych obowiązków regulacyjnych, w tym obowiązku roamingu krajowego, asymetrycznych opłat interkonektowych lub dostępu do infrastruktury. Ewentualne nałożenie takich obowiązków nie

znajduje w przypadku PTC, a zapewne także w stosunku do pozostałych operatorów telefonii mobilnej w Polsce dostatecznych podstaw prawnych;

6. Prezes URTiP zobowiązany jest zapewnić możliwość przenoszenia uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości.

Załączniki:

1. Pismo Ministra Łączności z dnia 28 grudnia 2000 r.
2. Odpis z KRS