

Warszawa, 10 maja 2023 r.

Opinia prawna w sprawie zobowiązań nakładanych na podmiot wyłoniony do uzyskania częstotliwości w trybie aukcji

1. Przedmiotem analizy jest ocena zgodności z prawem obowiązków, jakie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „UKE”) zamierza nałożyć na podmioty, które miałyby uzyskać rezerwację częstotliwości po przeprowadzeniu aukcji. Analiza została przeprowadzona w konkretnym stanie faktycznym, w związku z prowadzeniem przez Prezesa UKE drugiego już postępowania konsultacyjnego dotyczącego aukcji na rozdysponowanie częstotliwości 3,6 GHz.
2. Opinia prawna została przygotowana na zlecenie Polkomtel Sp. z o.o.
3. W dniu 6 kwietnia 2023 r. Prezes UKE ogłosił kolejne już konsultacje w sprawie aukcji na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz (dalej odpowiednio: „Dokumentacja Aukcyjna”, „Oferta Wstępna”, „Decyzja Rezerwacyjna”). Zasadnicze postanowienia projektowanej dokumentacji mają analogiczne brzmienie do tego, jakie Prezes UKE prezentował w pierwszej wersji projektu dokumentacji aukcyjnej (oraz powiązanej z nią materiałów), które zostały poddane konsultacjom w dniu 20 grudnia 2022 r. i wobec których złożone zostały przez niektóre podmioty stanowiska podważające ich zgodność z prawem (istotne zmiany dotyczą wymagań z zakresu cyberbezpieczeństwa).
4. Jak zostanie wykazane w niniejszej opinii, przyjmując ponownie zaproponowane w projekcie Dokumentacji Aukcyjnej (i powiązanych z nią materiałach) rozwiązania prawne dotyczące tzw. zobowiązań jakościowych, jakie mają zostać zaciągnięte w aukcji, Prezes UKE utrzymuje podejście, które będzie naruszać obowiązujące przepisy prawa, a także w sposób sprzeczny z prawem ingerować w uprawnienia wynikające z uprzednich decyzji administracyjnych.

I. Obowiązki nakładane w związku z aukcją

5. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1648 ze zm., (dalej „p.t.”), częstotliwości są przyznawane zainteresowanym podmiotom w formie rezerwacji (art. 114 ust. 1 p.t.), której w drodze decyzji udziela Prezes UKE (art. 114 ust. 2 i 4 p.t.). W przypadku, gdy rezerwacja częstotliwości jest przyznawana w trybie aukcji, można, zgodnie z art. 115 ust. 1 pkt 9 p.t., określić w rezerwacji *zobowiązania podmiotu podjęte w ramach aukcji*. Zgodnie z art. 118 ust. 6 p.t., w dokumentacji aukcyjnej należy określić, które części oferty uczestnika aukcji będą stanowiły zobowiązania, o których mowa w art. 115 ust. 1 pkt 9 p.t. Na podstawie art. 120 p.t. zostało wydane rozporządzenie Ministra Cyfryzacji z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1457, dalej „Rozporządzenie”). Zgodnie z § 5 pkt 5 Rozporządzenia, dokumentacja aukcyjna powinna zawierać m.in. *określenie zobowiązań, jakie muszą lub mogą być podjęte przez podmiot, na rzecz którego zostanie dokonana rezerwacja częstotliwości lub zasobów orbitalnych, i wskazanie, które części oferty wstępnej uczestnika aukcji będą stanowiły zobowiązania podjęte w ramach aukcji*.

II. Zobowiązania w aukcji na rezerwację częstotliwości z pasma 3,6 GHz

6. Jak wynika z Dokumentacji Aukcyjnej, w tym projektu Oferty Wstępnej, zaciągnięcie zobowiązań w aukcji o treści i skutkach, jakie zostały ujęte w tych dokumentach, stanowi wymóg formalny dotyczący złożenia oferty o treści wymaganej w aukcji, a zatem nie pozostawia uczestnikowi aukcji możliwości jakiegokolwiek modyfikacji, ograniczenia lub innej ingerencji w treść zaciąganego zobowiązania.
7. Zgodnie z punktem 2.3.1 Dokumentacji Aukcyjnej, warunkiem uczestnictwa w aukcji jest złożenie oferty wstępnej w miejscu, formie oraz terminie określonych w dokumentacji. Ofertę Wstępną należy przygotować ściśle według wymagań określonych w Dokumentacji Aukcyjnej (3.1.1. Dokumentacji Aukcyjnej), zgodnie ze wzorem oferty wstępnej, stanowiącym Załącznik 2 do Dokumentacji Aukcyjnej (3.1.3. Dokumentacji Aukcyjnej). Nie dopuszcza się dokonywania w treści oferty wstępnej jakichkolwiek odstępstw od treści wzoru Oferty Wstępnej, tj. skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków, z

- wyłączeniem miejsc przeznaczonych do wypełnienia (3.1.6. Dokumentacji Aukcyjnej).
W efekcie nie można więc ani zrezygnować z podjęcia zobowiązania, ani go zmodyfikować.
8. Zgodnie z projektem Oferty Wstępnej w aukcji na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz, stanowiącym załącznik nr 2 do Dokumentacji Aukcyjnej, punkt 1.4, składane jest oświadczenie: *Działając w imieniu i na rzecz reprezentowanego podmiotu oświadczam, że przyjmuję do wiadomości, iż przez zobowiązania zawarte w ofercie wstępnej składanej przez reprezentowany podmiot rozumie się zobowiązania, o których mowa w Części 1. od pkt. 1.5. do pkt. 1.9. oferty wstępnej oraz że zobowiązania te stanowią zobowiązania, o których mowa w art. 115 ust. 1 pkt 9) Prawa telekomunikacyjnego, do podjęcia których zobowiązuje się reprezentowany podmiot.* Postanowienia punktów 1.6-1.8. Oferty Wstępnej określają szczegółowe wymagania pokryciowe i szybkości transmisji danych.
 9. Punkt 1.7 Oferty Wstępnej, stanowiący załącznik nr 2 do Dokumentacji Aukcyjnej, określa wymagania, które w przypadku dokonania rezerwacji na rzecz danego uczestnika aukcji, będą stanowić jego zobowiązania. Punkt 1.7 Oferty Wstępnej wymienia obowiązki w zakresie pokrycia usługą transmisji danych na terenie całego kraju, zgodnie ze wskazanymi harmonogramami, przy zapewnieniu określonych w harmonogramach wymaganych przepustowości i maksymalnych opóźnień dla wskazanych obszarów: kraju; gospodarstw domowych; dróg krajowych; dróg wojewódzkich; linii kolejowych. W zakresie dróg i linii kolejowych zobowiązania dotyczą zarówno dróg i linii istniejących już w dacie doręczenia rezerwacji, jak i powstałych w ciągu 36 miesięcy po dacie rezerwacji. W Dokumentacji Aukcyjnej przewidziano różne okresy realizacji zobowiązań pokryciowych: 12, 36, 60 i 84 miesiące. Zobowiązaniom tym zawartym w Ofercie Wstępnej odpowiadają zobowiązania wpisane w Projektach rozstrzygnięć decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości. Chodzi o punkty 6-8 wskazanych Projektów rozstrzygnięć.
 10. Przyjęcie zobowiązań pokryciowych stanowi więc konieczny element Oferty Wstępnej (punkt 1.7 Oferty Wstępnej), która musi zostać złożona w czasie aukcji (punkt 2.3.1 Dokumentacji Aukcyjnej). Uczestnik aukcji nie może dokonywać jakichkolwiek zmian w Ofercie Wstępnej (3.1.6. Dokumentacji Aukcyjnej), w tym zakresie zobowiązań pokryciowych. Spełnienie tych wymagań w zakresie zobowiązań pokryciowych jest weryfikowane już na I etapie aukcji przez Komisję aukcyjną (4.1.2 pkt 4 lit. e) Dokumentacji Aukcyjnej), co znaczy, że materialne zobowiązanie do określonego poziomu rozwoju sieci podlega wyłącznie ocenie na etapie formalnej oceny Ofert Wstępnych.

III. Techniczna możliwość realizacji zobowiązań pokryciowych w aukcji na pasmo 3,6 GHz

11. Z przygotowanej przez zespół ekspertów z Politechniki Warszawskiej ekspertyzy dotyczącej wymagań jakościowych w postępowaniu konsultacyjnym aukcji pasma C oraz ich wpływu na inwestycje i przedstawionych w niej wniosków wynika, że przewidziane w Dokumentacji Aukcyjnej wymagania pokryciowe dla pasma 3,6 GHz są w praktyce niewykonalne, przyjmując wyłącznie wykorzystanie częstotliwości, które mają być przedmiotem aukcji. Wymagania te są również trudne do zrealizowania przy założeniu, że wykorzystane będą wszystkie zakresy częstotliwości rozdysponowane dotychczas operatorom sieci komórkowych. Przedstawione przez Prezesa UKE w dokumentacji aukcyjnej wymagania nie są stosowane w praktyce na innych rynkach telekomunikacyjnych, na których dochodziło do dystrybucji przedmiotowego zakresu częstotliwości tj. 3400-3800 MHz. Nawet na rynku niemieckim wymagania, które wydają się być najbardziej zbliżone do wymagań stawianych przez Prezesa UKE, różnią się istotnie, bowiem nie obejmują warunku pokrycia powierzchni kraju i gospodarstw domowych, a jedynie pokrycie gospodarstw domowych. Ze względów technicznych, pomijając kwestię zasadności takich wymagań, przewidziane w aukcji zobowiązania pokryciowe mogłyby być zrealizowane, gdyby zostały wykorzystane w tym celu częstotliwości z pasm zasięgowych, czyli częstotliwości z zakresu poniżej 1 GHz (zob. także opracowanie przygotowane przez UKE, dostępne na stronie BIP UKE: *Pomiary przepustowości w sieciach 4G/5G*).
12. W przypadku wprowadzenia dodatkowych wymagań pokryciowych i jakościowych, praktyka z innych krajów wskazuje, że z obowiązkami tymi połączona jest alokacja odpowiednich środków finansowych z budżetu państwa oraz przewidziane są udogodnienia dla operatorów ułatwiające realizację tych celów. Przykładowo w Niemczech na obszarach o niskim stopniu pokrycia infrastrukturą telekomunikacyjną o wysokiej transmisji, poza środkami budżetów landów, rząd federalny przeznaczył 1,1 mld środków budżetowych na jej rozbudowę. Zgodne jest to ze strategią rozwoju sieci mobilnych w Niemczech, która przewiduje środki na inwestycje w rollout sieci 5G (*mobile-communications-strategy-lang.pdf*). Podobnie jest w Wielkiej Brytanii, gdzie rząd przewidział wsparcie w wysokości 500 mln funtów na rozwój sieci 5G na obszarach o słabym pokryciu infrastrukturą zapewniającą wysoką transmisję danych. W ten sposób zapewnia się równowagę między rynkową alokacją częstotliwości w drodze aukcji oraz nakładanymi obowiązkami

publicznoprawnymi (jakimi są w swojej istocie „obligatoryjne zobowiązania”, których niepodjęcie praktycznie eliminuje podmiot zainteresowany ze skutecznego udziału w aukcji już na etapie formalnoprawnym).

IV. Nałożenie obowiązku wykorzystania posiadanych częstotliwości dla zrealizowania zobowiązań z aukcji

13. Jak wyżej wskazano, z powodów technicznych przewidziane w aukcji zobowiązania pokryciowe mogłyby być zrealizowane, gdyby zostały wykorzystane w tym celu częstotliwości z zakresów częstotliwości posiadających cechy tzw. pasm zasięgowych. W Ofercie Wstępnej na s. 5 zdanie pierwsze dopuszcza się taką możliwość, stanowiąc: *zobowiązania wskazane w pkt. 1.7. mogą być zrealizowane z wykorzystaniem częstotliwości, do których reprezentowany podmiot posiada prawo do wykorzystywania częstotliwości.* Analogiczne postanowienie zawiera Projekt rozstrzygnięcia s. 4: *zobowiązania wskazane w pkt. 7 mogą być zrealizowane z wykorzystaniem częstotliwości, do których Dysponent posiada prawo do wykorzystywania częstotliwości.* Analogiczne postanowienia zawarto odpowiednio w punktach: 1.8 i 8 wspomnianych powyżej materiałów. W praktyce jednak, te postanowienia należy interpretować nie jako możliwość, ale obowiązek, gdyż bez ich realizacji, podmiot, który uzyskał częstotliwości w aukcji, nie będzie w stanie wypełnić zobowiązań wprowadzonych do rezerwacji częstotliwości z Oferty Wstępnej. Założona możliwość jest więc, przy uwzględnieniu uwarunkowań technicznych, pozorna i prowadząca w istocie do nałożenia dodatkowych, nowych obowiązków regulacyjnych na częstotliwości wykorzystywane w oparciu o inne, ostateczne, a nawet prawomocne już decyzje administracyjne.
14. Zawarte w Dokumentacji Aukcyjnej oraz w Ofercie Wstępnej postanowienia, które nakładają faktyczny obowiązek wykorzystania przez podmioty uczestniczące w aukcji, dla zrealizowania zobowiązań określonych w aukcji, posiadanych już na podstawie prawomocnych decyzji administracyjnych częstotliwości, są nie tylko pozbawione podstaw prawnych, ale wręcz sprzeczne z przepisami prawa.

A. Brak podstaw prawnych do nakładania obowiązku wykorzystania przydzielonych wcześniej częstotliwości

15. Obecna konstrukcja aukcji, gdzie poprzez zawarcie w Ofercie Wstępnej na s. 5 zdanie pierwsze, sformułowania nakładającego faktyczny obowiązek na uczestnika aukcji wykorzystania także innych częstotliwości, do których podmiot ten posiada już prawo, oznacza wyjście poza przedmiot aukcji i narusza jej zakres. Co do zasady bowiem zobowiązania zaciągane w postępowaniach selekcyjnych muszą odnosić się do ich przedmiotu, a odstępstwo od takiego wymogu mogłoby zaistnieć wyłącznie na zasadzie dobrowolnego działania uprawnionego podmiotu. Aukcja – jako jeden z trybów postępowania selekcyjnego – dla której wyłącznym kryterium wyłonienia podmiotu jest wysokość zadeklarowanej (wylicytowanej) kwoty, wyklucza więc taką hipotetyczną możliwość. W związku z tym decyzja rezerwacyjna wydana na rzecz podmiotu wyłonionego w aukcji powinna więc dotyczyć tego właśnie pasma (częstotliwości). Zobowiązania muszą odnosić się do częstotliwości będących przedmiotem tej konkretnej aukcji, tj. aukcji na cztery rezerwacje częstotliwości z pasma 3,6 GHz.
16. Zarówno przepis art. 115 ust. 1 pkt 9 p.t., jak i § 5 pkt 5 Rozporządzenia, stanowią, że Prezes UKE określa w rezerwacji zobowiązania podjęte w ramach tej, konkretnej aukcji, która dotyczy ściśle określonych częstotliwości. Decyzją wydaną w ramach tej aukcji nie można więc rozstrzygać o wykorzystaniu częstotliwości, które nie są przedmiotem aukcji pasma 3,6 GHz, zwłaszcza że te zostały już rozdysponowane i zostały wydane w ich sprawach prawomocne decyzje administracyjne. Co więcej, także w tych prawomocnych decyzjach administracyjnych zawarto uprzednio zobowiązania pokryciowe, które dotyczyły wykorzystania wyłącznie częstotliwości wskazanych właśnie w tych decyzjach.
17. Prezes UKE, nakładając faktyczny obowiązek wykorzystania już rozdysponowanych częstotliwości dla realizacji zobowiązań wynikających z aukcji na częstotliwości 3,6 GHz, wykracza poza przedmiot aukcji. Narusza w ten sposób warunki procedury selekcyjnej w postaci aukcji na częstotliwości 3,6 GHz. Uzależnia także, w sposób sprzeczny z przepisami prawa, udział w aukcji od zaakceptowania wykorzystania przydzielonych już wcześniej częstotliwości do realizacji zobowiązań przewidzianych w aukcji.
18. Nałożenie faktycznego obowiązku wykorzystania posiadanych już przez operatorów częstotliwości, przyznanych w innych postępowaniach selekcyjnych, na innych warunkach, z innymi zobowiązaniami, na podstawie prawomocnych decyzji rezerwacyjnych jest pozbawione podstaw prawnych, gdyż wkracza i narusza uprawnienia oraz swobodę

decyzyjną posiadaczy przyznanych wcześniej rezerwacji częstotliwości na określonych warunkach w określonych postępowaniach selekcyjnych (narusza prawa już nabyte).

19. Rezerwacja częstotliwości polega na udzieleniu uprawnienia do dysponowania częstotliwościami z wyłączeniem innych podmiotów. Przepis art. 114 ust. 1 wyłącza w okresie rezerwacji jakiegokolwiek prawa innych podmiotów do zarezerwowanych częstotliwości (zob. wyrok NSA z 7 czerwca 2011 r., II GSK 608/10, Legalis). Pozostawianie częstotliwości w dyspozycji adresata rezerwacji, oznacza dysponowanie tymi zasobami w sposób i w celu jaki zostały przeznaczone w tej rezerwacji częstotliwości, zgodnie z przepisami prawa telekomunikacyjnego. Zostały one bowiem przyznane określonym podmiotom w określonym celu i nie mogą być teraz przeznaczane przez Prezesa UKE na inne cele, dla zrealizowania zobowiązań wynikających z innej aukcji.
20. Zwrócić należy uwagę na zasadę sformułowaną w art. 112 ust. 5 p.t., zgodnie z którą *plany zagospodarowania częstotliwości oraz ich zmiany nie mogą naruszać dokonanych rezerwacji częstotliwości*. Zasada ta oznacza także, że tym bardziej przyznawane rezerwacje częstotliwości nie mogą naruszać przydzielonych wcześniej rezerwacji, chyba że przepisy p.t. stanowią inaczej. Zasada ta zgodna jest z inną podstawową zasadą, tj. zasadą ochrony praw nabytych. Do takiego naruszenia dojdzie w szczególności w sytuacji, gdyby wykonanie nałożonych zobowiązań oznaczałoby konieczność wykorzystania przyznanych już wcześniej w innych rezerwacjach częstotliwości, czyli wykorzystanie ich w innym celu niż wcześniej były przyznane.
21. Podkreślić należy, że rezerwacje częstotliwości są przyznawane w formie decyzji administracyjnych, które stały się prawomocne i obowiązują zarówno Prezesa UKE, jak i ich posiadaczy. Zgodnie z art. 110 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego („k.p.a.”) *Organ administracji publicznej, który wydał decyzję, jest nią związany od chwili jej doręczenia lub ogłoszenia, o ile kodeks nie stanowi inaczej*.

B. Zmiana decyzji rezerwacyjnej

22. Postanowienia Dokumentacji Aukcyjnej oraz projekty decyzji rezerwacyjnych w zakresie, w którym przewidują dla realizacji zobowiązań wynikających z aukcji na częstotliwości 3,6 GHz, wykorzystanie wcześniej przyznanych częstotliwości, prowadzą do zmiany warunków wykorzystania tychże częstotliwości przyznanych wcześniej udzielonymi rezerwacjami. Tymczasem w świetle przepisów prawa zmiana warunków wykorzystania częstotliwości przyznanych w decyzjach rezerwacyjnych może nastąpić

tylko na podstawie, z przyczyn oraz w sposób określonych w przepisach prawa telekomunikacyjnego oraz zgodnie z przepisami kodeksu postępowania administracyjnego.

23. Przepisy art. 122a, art. 123 p.t. przyznają wprawdzie Prezesowi UKE możliwość dokonywania zmian decyzji rezerwacyjnych, ale na warunkach i w zakresie określonych w ich treści. Przepis art. 122a p.t. przewiduje możliwość zobowiązania podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości do wykorzystywania częstotliwości w określony sposób, ale zawsze zgodny z tymi zobowiązaniami. Prezes UKE może skorzystać z tego instrumentu, gdy dysponent rezerwacji nie wywiązuje się z przyjętych w postępowaniu selekcyjnym zobowiązań. Przepis ten nie dotyczy więc sytuacji, gdy dysponent miałby modyfikować wykorzystanie przyznaných już częstotliwości z powodu zobowiązań narzuconych w innym postępowaniu selekcyjnym. Po drugie, przepis ten może być zastosowany tylko w stosunku do przedsiębiorcy, który nie wywiązuje się z przyjętych zobowiązań, a nie a priori w stosunku do wszystkich uczestników aukcji, niezależnie od tego czy wywiązują się z przyjętych wcześniej zobowiązań czy też nie. Z kolei przepis art. 123 ust. 1 pkt 7 p.t. przewiduje w szczególności możliwość zmiany rezerwacji częstotliwości przez Prezesa UKE z przyczyn leżących po stronie podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości, gdy nie wywiązuje się on ze zobowiązań, o których mowa w art. 115 ust. 1 pkt 9 p.t., czyli podjętych w ramach postępowań selekcyjnych. Przepis ten nie ma więc zastosowania do sytuacji, gdy nie występuje przypadek braku naruszeń w zakresie wykonywania zobowiązań związanych z wcześniej przyznanymi częstotliwościami. Jest jednak oczywiste, że w projektowanej Dokumentacji Aukcyjnej nie chodzi o przypadek niewykonywania tych obowiązków w przyznaných wcześniej rezerwacjach, ale o nowe obowiązki nałożone w postępowaniu selekcyjnym, mocą których de facto dojdzie do zmiany przyznaných już rezerwacji. Stać miałyby się tak pomimo nieprzeprowadzenia ani nawet wszczęcia, przez Prezesa UKE postępowań administracyjnych ukierunkowanych na przesłanki z któregokolwiek z powyższych przepisów p.t.

24. Ponadto wskazać należy, że zmiana ostatecznej decyzji administracyjnej może nastąpić tylko w trybie określonym przepisami k.p.a. (art. 154-155 k.p.a.). Zgodnie więc z art. 154 § 1 k.p.a., decyzja ostateczna, na mocy której żadna ze stron nie nabyła prawa, może być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony. Przepis ten nie będzie mógł być jednak zastosowany z tego powodu, że decyzje rezerwacyjne przyznają prawa do wykorzystywania częstotliwości, a więc nie są decyzjami, na mocy których strona nie nabyła praw. Z kolei przepis art. 155 k.p.a. dotyczy decyzji ostatecznych, na mocy której strona

nabyła prawo. Decyzje takie mogą być w każdym czasie zmienione przez organ administracji publicznej, który ją wydał, ale musi na to wyrazić zgodę strona będąca adresatem tej decyzji.

C. Obowiązek naruszający przepisy prawa

25. W sytuacji, gdy Prezes UKE decyzją wydaną w ramach aukcji będzie rozstrzygać o wykorzystaniu częstotliwości, które są już przedmiotem innych ostatecznych (i prawomocnych) decyzji administracyjnych, zaistnieją również przesłanki do stwierdzenia nieważności takiej decyzji rezerwacyjnej w ramach aukcji. Zgodnie bowiem z art. 156 § 1 pkt 3 k.p.a., organ administracji publicznej stwierdza nieważność decyzji, która dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną.
26. W przypadku, gdy wykonanie nałożonych zobowiązań będzie równoznaczne z koniecznością wykorzystania przyznanych już wcześniej w rezerwacjach częstotliwości, czyli wykorzystanie ich w innym celu niż wcześniej były przyznane, będzie to stanowić naruszenie zasady, że przyznawane rezerwacje częstotliwości nie mogą naruszać przydzielonych wcześniej rezerwacji (por. art. 112 ust. 5 p.t.).
27. Z drugiej strony, niewywiązywania się z zobowiązań, o których mowa w art. 115 ust. 1 pkt 9 p.t., z przyczyn leżących po stronie podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości, może doprowadzić do cofnięcia rezerwacji częstotliwości przez Prezesa UKE (art. 123 ust. 1 pkt 7 p.t.). Stworzona została więc w Dokumentach Aukcyjnych oraz decyzji rezerwacyjnej niemożliwa do zaakceptowania konstrukcja, zgodnie z którą, dla zrealizowania zobowiązań określonych w aukcji (art. 115 ust. 1 pkt 9 p.t.), konieczne jest wykorzystanie przyznanych częstotliwości. Prezes UKE kształtuje więc zobowiązanie adresata decyzji rezerwacyjnej w sposób, który jest sprzeczny z przepisami prawa, choć negatywne skutki prawne zachowania niezgodnego z tak ukształtowanym zobowiązaniem (w szczególności utrata rezerwacji) mogą dotknąć podmiot wyłoniony w aukcji (adresata decyzji). Narusza to zasadę praworządności rozumianą jako działanie organów państwa na podstawie i w granicach prawa.
28. Nałożenie obowiązku w decyzji rezerwacyjnej, którego realizacja może być możliwa wyłącznie poprzez wykorzystanie wcześniej przyznanych częstotliwości, co z kolei oznacza wykorzystywanie ich z naruszeniem przepisów prawa, stanowi także naruszenie sformułowanej w art. 12 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 221 ze zm., dalej „p.p.”) zasady zaufania przedsiębiorców do władzy publicznej

(zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, dalej „WSA”, w Olsztynie z 28 września 2018 r., II SA/OI 443/18, Legalis). W aukcji będą uczestniczyć przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy są przedsiębiorcami w rozumieniu z art. 4 p.p., co oznacza stosowanie w stosunku do nich ustawy Prawa przedsiębiorców.

29. Ze sformułowanej w art. 12 p.p. zasady wynika przede wszystkim *wymóg praworządnego i sprawiedliwego prowadzenia postępowania i rozstrzygnięcia sprawy przez organ administracji publicznej, co jest zasadniczą treścią zasady praworządności. Tylko postępowanie odpowiadające takim wymogom i decyzje wydane w wyniku postępowania tak ukształtowanego mogą wzbudzać zaufanie obywateli do organów administracji publicznej (...). Brak zaufania obywateli do organów państwa jest z reguły skutkiem naruszenia prawa przez organy państwowe* (wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 4 kwietnia 2018 r., II SA/Go 114/18, Legalis). Zasada praworządności oraz zasada zaufania obywateli do organów państwa, *nakładają na organy administracji publicznej obowiązek praworządnego i sprawiedliwego prowadzenia postępowania, który wyraża się w dokładnym zbadaniu okoliczności sprawy, ustosunkowaniu się do żądań stron (...)* (wyrok WSA w Rzeszowie z 21 lutego 2018 r., II SA/Rz 16/18, Legalis). Nakładanie przez Prezesa UKE w projekcie decyzji rezerwacyjnej obowiązków, których realizacja może wiązać się z koniecznością naruszenia przepisów prawa, stanowi naruszenie kardynalnej zasady praworządnego działania organów państwa.
30. Prezes UKE, nakładając w opisany sposób obowiązek na operatorów, naruszy także zasadę proporcjonalności (art. 12 p.p.), zgodnie z którą, nie można ustanawiać obciążeń przekraczających określony stopień uciążliwości (zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego (dalej „TK”), z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, Nr 1, poz. 30). Efekty działania organu muszą pozostawać w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na dany podmiot (por. uzasadnienie orzeczenia TK z dnia 26 kwietnia 1995 r. sygn. K 11/94, OTK w 1995 cz. I, poz. 12, s. 133; orzeczenie TK z 9 stycznia 1996 r., K 18/95, OTK 1996, Nr 1, poz. 1). Nakładane przez Prezesa UKE zobowiązania, powinny być proporcjonalne do celu, który zamierza osiągnąć jako regulator rynku telekomunikacyjnego oraz możliwości podmiotów zobowiązanych, czyli operatorów telekomunikacyjnych. Zobowiązania nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne i właściwe dla zrealizowania celów postępowania aukcyjnego. Tymczasem nałożone przez Prezesa UKE zobowiązania w zakresie pokrycia obszarowego są nieproporcjonalne do realizacji celu, którym jest pokrycie obszarowe w zakresie wskazanym w Dokumentacji Aukcyjnej i projektach Decyzji Rezerwacyjnych. Zasada proporcjonalności zostaje w ten

sposób naruszona poprzez narzucenie faktycznego obowiązku dla uczestnika aukcji, wykorzystania posiadanych już - w praktyce wszystkich – częstotliwości. Realizacja natomiast tych wymagań, bez wykorzystania posiadanych już przez operatorów telekomunikacyjnych częstotliwości, oznaczałaby według szacunku operatorów, konieczność wybudowania ok 40 tysięcy wież z nadajnikami, w sytuacji, gdy dotychczas przez 26 lat działalności wybudowali od 5 do 8 tys nadajników. Co więcej, budowa tych ok. 40 tysięcy nadajników musiałaby nastąpić w ciągu zaledwie kilku lat. Nie ulega więc wątpliwości, że nakładane obowiązki przez Prezesa UKE są nieproporcjonalne i nadmiernie uciążliwe.

31. Prezes UKE narusza także zasadę równego traktowania (art. 12 p.p.). Zasada ta nakazuje równo traktować podmioty wykazujące takie same cechy istotne w przypadku przyznawania określonego dobra. Prezes UKE narzucając w Dokumentacji Aukcyjnej oraz Decyzjach Rezerwacyjnych faktyczny obowiązek wykorzystania do zrealizowania zobowiązań wcześniej przyznane częstotliwości, naruszy obowiązek równego traktowania, gdyż w przypadku wcześniej przyznawanych częstotliwości, nie było obowiązku wykorzystywania także innych częstotliwości. Sytuacja uczestników aukcji na częstotliwości 3,6 GHz jest więc gorsza niż tych podmiotów, którzy uczestniczyli wcześniej w aukcji (postępowaniach selekcyjnych) i nie musieli stosować takiego wymogu jak wykorzystywanie posiadanych już częstotliwości.
32. Prezes UKE powinien prowadzić postępowanie w sposób przejrzysty, budzący zaufanie jego uczestników do UKE (art. 12 p.p.). Przedsiębiorca powinien mieć zapewnioną możliwość wypowiedzenia się co do obowiązków, które będzie musiał realizować. Wynika to nie tylko z regulacji dotyczących postępowania konsultacyjnego, ale także przepisów ustawy Prawo przedsiębiorcy. Zarówno treść Dokumentacji Aukcyjnej, Oferty Wstępnej, jak i Decyzji Rezerwacyjnych w zakresie zobowiązań aukcyjnych, jak i sposób przygotowania tych dokumentów – nieuwzględnienie uwag środowiska telekomunikacyjnego na etapie przygotowywania dokumentów aukcyjnych, uzasadnia twierdzenie, że zasada prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej została naruszona.

V. Ryzyko unieważnienia Aukcji

33. Przedstawione w opinii zastrzeżenia wobec postanowień projektowanych Dokumentacji Aukcyjnej, Oferty Wstępnej i Decyzjach Rezerwacyjnych, określających

zobowiązania pokryciowe i jakościowe w sposób, który zakłada faktyczną konieczność wykorzystywania dla ich realizacji innych pasm częstotliwości aniżeli objęte aukcją, prowadzą do wniosku, iż przedmiotowe postępowanie selekcyjne będzie naruszać w sposób rażący wymienione wcześniej przepisy prawa oraz interesy uczestników aukcji.

34. Za rażącym charakterem naruszeń prawa przemawia zarówno istota, jak i skala naruszeń przepisów omówionych w niniejszej opinii. Stanowi to przesłankę unieważnienia aukcji w oparciu o art. 118d ust. 1 p.t.



Prof. dr hab. Maciej Rogalski
radca prawny