

Warszawa, dnia 25 września 2015r.

Prof. dr hab. Stanisław Hoc

OPINIA PRAWNA

w przedmiocie zgodności z Konstytucją przepisów rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji zmieniającego rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych.

❖ Akty normatywne

- (1). Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.);
- (2). Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 121 ze zm.);
- (3). Ustawa z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 243, ze zm.);
- (4). Ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2012 r., poz. 1445).
- (5). Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz.U. 2013, poz. 835 ze zm.);
- (6). Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 197, poz. 1172 ze zm.);
- (7). Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 23 września 2015 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1472);

❖ Wykaz skrótów

- | | |
|---------------------------------------|--|
| (1). „ Aukcja ” | postępowania aukcyjne do dystrybucji pasma 800 i 2600 MHz zainicjowane decyzją Prezesa UKE z dnia 10 października 2014 r.; |
| (2). „ Dokumentacja aukcyjna ” | Dokumentacja aukcyjna na 19 rezerwacji częstotliwości z zakresów 791-796 MHz oraz 832-837 MHz, 796-801 MHz oraz 837-842 |

MHz, 801-806 MHz oraz 842-847 MHz, 806-811 MHz oraz 847-852 MHz, 811-816 MHz oraz 852-857 MHz, 2500-2505 MHz oraz 2620-2625 MHz, 2505-2510 MHz oraz 2625-2630 MHz, 2510-2515 MHz oraz 2630-2635 MHz, 2515-2520 MHz oraz 2635-2640 MHz, 2520-2525 MHz oraz 2640-2645 MHz, 2525-2530 MHz oraz 2645-2650 MHz, 2530-2535 MHz oraz 2650-2655 MHz, 2535-2540 MHz oraz 2655-2660 MHz, 2540-2545 MHz oraz 2660-2665 MHz, 2545-2550 MHz oraz 2665-2670 MHz, 2550-2555 MHz oraz 2670-2675 MHz, 2555-2560 MHz oraz 2675-2680 MHz, 2560-2565 MHz oraz 2680-2685 MHz, 2565-2570 MHz oraz 2685-2690 MHz, każda na obszarze całego kraju, przeznaczona do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lub stałej, opublikowane na BIP UKE;

- (3). „**k.c.**” Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst. jedn. Dz. U. 2014, poz. 121 ze zm.);
- (4). „**Konstytucja**” Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.);
- (5). „**MAiC**” Minister Administracji i Cyfryzacji;
- (6). „**NZK**” Najwyższa zadeklarowana kwota, tj. oferta zajmująca pierwsze miejsce w rankingu, zgodnie z Dokumentacją aukcyjną;
- (7). „**Rozporządzenie**” Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 23 września 2015 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie

- przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1472);
- (8). „PrTel.” Ustawa z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. 2014, poz. 243, ze zm.);
- (9). „rozporządzenie z 2013r.” Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. 2013, poz. 835 ze zm.);

❖ Wykaz dokumentów

- Dokumentacja aukcyjna na 19 rezerwacji częstotliwości z zakresów 791-796 MHz oraz 832-837 MHz, 796-801 MHz oraz 837-842 MHz, 801-806 MHz oraz 842-847 MHz, 806-811 MHz oraz 847-852 MHz, 811-816 MHz oraz 852-857 MHz, 2500-2505 MHz oraz 2620-2625 MHz, 2505-2510 MHz oraz 2625-2630 MHz, 2510-2515 MHz oraz 2630-2635 MHz, 2515-2520 MHz oraz 2635-2640 MHz, 2520-2525 MHz oraz 2640-2645 MHz, 2525-2530 MHz oraz 2645-2650 MHz, 2530-2535 MHz oraz 2650-2655 MHz, 2535-2540 MHz oraz 2655-2660 MHz, 2540-2545 MHz oraz 2660-2665 MHz, 2545-2550 MHz oraz 2665-2670 MHz, 2550-2555 MHz oraz 2670-2675 MHz, 2555-2560 MHz oraz 2675-2680 MHz, 2560-2565 MHz oraz 2680-2685 MHz, 2565-2570 MHz oraz 2685-2690 MHz, każda na obszarze całego kraju, przeznaczona do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lub stałej, opublikowane na BIP UKE.

❖ Wprowadzenie i podstawa prawna

W dniu 25 września 2015 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 23 września 2015 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych. Przepisy analizowanej regulacji budzą wątpliwości w zakresie zgodności z normami konstytucyjnymi, co uzasadnia konieczność dogłębnej analizy regulacji.

Na wstępie wskazać należy, że przepisy Rozporządzenia odnoszą się do pierwszej w Polsce aukcji na rezerwację częstotliwości zainicjowanej decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 10 października 2014r. Przedmiotem Aukcji jest 19 rezerwacji częstotliwości, w tym: 5 bloków częstotliwości o szerokości 2x5 MHz każdy z pasma 800 MHz oraz 14 bloków częstotliwości o szerokości 2x10 MHz każdy z pasma 2,6 GHz. Jako pasmo 800 MHz należy rozumieć częstotliwości z zakresu 791-816 MHz oraz 832857 MHz, natomiast pasmo 2,6 GHz to zakres 2500-2570 MHz oraz 2620-2690 MHz.

Szczegóły Aukcji zostały określone w dokumentacji aukcyjnej opublikowanej w Biuletynie Informacji Publicznej UKE. Dokumentacja aukcyjna przewiduje, że każdy z podmiotów biorących udział w aukcji (przy uwzględnieniu postanowień dotyczących grupy kapitałowej wskazanych w dokumentacji aukcyjnej) będzie mógł w wyniku jej przeprowadzenia uzyskać: maksymalnie dwie rezerwacje częstotliwości z pasma 800 MHz (co stanowi łącznie 20 MHz widma z pasma 800 MHz) oraz maksymalnie trzy rezerwacje częstotliwości z pasma 2,6 GHz (co stanowi łącznie 60 MHz widma z pasma 2,6 GHz).

Zgłoszenie gotowości wzięcia udziału w Aukcji odbywa się poprzez złożenie oferty wstępnej na co najmniej jedną rezerwację częstotliwości z pasma 800 MHz lub pasma 2,6 GHz, oraz wniesienie opłaty za dokumentację aukcyjną i wniesienie wadium. Wadium dla jednej rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz została określona na 6 000 000 zł (sześć milionów złotych), natomiast jednej rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz na 2 000 000 zł (dwa miliony złotych).

Drugi etap Aukcji polega na składaniu przez uczestników Aukcji oferty na abstrakcyjne bloki częstotliwości za pośrednictwem Elektronicznego Systemu Aukcyjnego (ESA). Jest to pięć bloków częstotliwości powiązanych z pasmem 800 MHz oraz czternaście bloków częstotliwości powiązanych z pasmem 2,6 GHz.

Dotąd w II etapie Aukcji przewidzianych było wiele rund. Wszystkie bloki częstotliwości są dostępne jednocześnie, cena bloku częstotliwości rośnie po każdej rundzie. Przed każdą rundą Aukcji, uczestnik jest informowany za pośrednictwem ESA, m. in. o blokach częstotliwości, na których oferta tego uczestnika stanowi pierwsze miejsce w rankingu (tj. stanowi NZK), aktualnej sumie ważnych ofert tego uczestnika, sumie NZK, po której zostanie ogłoszona konieczność wniesienia depozytu.

Zgodnie z obowiązującymi warunkami trwającej Aukcji, każdy uczestnik Aukcji ma prawo do wycofania się z Aukcji. Podczas II etapu Aukcji uczestnik może się z niej wycofać, za pośrednictwem ESA, podczas etapu składania ofert.

Ostatnią rundę w Aukcji określono jako rundę, w której żaden uczestnik nie złożył nowej oferty, nie wstrzymał się lub nie wycofał się. Podmiotem wyłonionym dla danego bloku częstotliwości jest uczestnik Aukcji, którego oferta po ostatniej rundzie była NZK.

❖ **Założenia Rozporządzenia**

Aktualnie obowiązującymi regulacjami dotyczącymi przeprowadzania aukcji są przepisy Prawa telekomunikacyjnego i rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych. Rozporządzenie z 2013 r. zostało wydane na podstawie art. 120 PrTel. Zgodnie z brzmieniem przepisu upoważniającego minister właściwy do spraw łączności, powinien określić tryb

ogłaszania i przeprowadzania postępowania przetargowego, aukcji oraz konkursu (art. 120 pkt 2 PrTel.) przepisy analizowanej regulacji zmieniają rozporządzenie z 2013 r.

Nowelizacja rozporządzenia ma na celu zrationalizowanie warunków organizacji, przeprowadzenia oraz zakończenia aukcji na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych, poprzez wprowadzenie rozwiązania umożliwiającego zakończenie procesu dystrybucji częstotliwości lub zasobów orbitalnych także w sytuacji przewlekłości etapu II aukcji. Propozycja ma za zadanie także wyeliminować ryzyko nadmiernego przedłużania procesu rozdysponowywania częstotliwości, co może prowadzić do utraty korzyści związanych z komercyjnym wykorzystaniem widma (str. 1 uzasadnienia Rozporządzenia).

Zmiana polega na dodaniu mechanizmu zakończenia II etapu aukcji w przypadku niezakończenia tego etapu w ciągu 115 dni aukcyjnych II etapu aukcji. W takiej sytuacji w dniu aukcyjnym następującym po 115 dniu aukcyjnym II etapu aukcji przeprowadzana będzie jedna runda, która zakończy II etap aukcji. Rozporządzenie rozporządzenia przewiduje wcześniejsze poinformowanie uczestników aukcji zarówno o miejscu i terminie składania ofert aukcyjnych w rundzie kończącej II etap aukcji, jak również o sposobie składania tych ofert. W tej rundzie aukcji oferty składane będą w zalakowanych kopertach – niezależnie od sposobu przeprowadzania aukcji, a zatem ta sama zasada będzie dotyczyć aukcji przeprowadzanych w sposób tradycyjny, jak i aukcji prowadzonych za pośrednictwem systemu elektronicznego, czy w jakikolwiek inny sposób. Czynności podejmowane w ostatniej rundzie kończącej II etap aukcji przeprowadzanej w dniu następującym po 115 dniu aukcyjnym zostały uregulowane wprost w przepisach rozporządzenia. Przepisy określają przede wszystkim komu przysługuje prawo złożenia oferty aukcyjnej w tej rundzie (§ 31 ust. 1c Rozporządzenia) oraz w odniesieniu do jakich rezerwacji częstotliwości lub zasobów orbitalnych uczestnicy aukcji mogą składać oferty aukcyjne (§ 31 ust. 1d Rozporządzenia). Wskazano także, iż składana przez uczestnika aukcji oferta aukcyjna nie może być niższa niż oferta aukcyjna stanowiąca najwyższą

zadeklarowaną kwotę na daną rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych w ostatniej rundzie, która odbyła się w 115 dniu aukcyjnym II etapu aukcji. Rozporządzenie reguluje również kwestie związane z wyłonieniem podmiotu wyłonionego w sytuacji, w której zostały złożone równoważne oferty aukcyjne na tę samą rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych, a także w sytuacji, w której żadnej z uczestników aukcji nie złożył oferty aukcyjnej na daną rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych. W § 31 ust. 1f określono również kwestie oceny punktowej, niezbędne do ustalenia kolejności na liście podmiotów wyłonionych. Rozporządzenie będzie miało zastosowanie do aukcji rozpoczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie Rozporządzenia, z zastrzeżeniem, iż w ramach tych aukcji runda kończąca II etap aukcji, o której mowa w § 31 ust. 1 Rozporządzenia w brzmieniu nadanym niniejszym rozporządzeniem, jest przeprowadzana nie wcześniej niż po upływie 5 dni roboczych od dnia wejścia w życie niniejszego rozporządzenia. W dniu roboczym poprzedzający dzień przeprowadzenia tej rundy uczestnicy aukcji zostaną poinformowani o miejscu, terminie oraz sposobie składania ofert aukcyjnych. (str. 2 uzasadnienia Rozporządzenia). Termin wejścia w życie rozporządzenia ustalono na dzień 1 października 2015 r. (§ 3 Rozporządzenia).

❖ **Analiza zgodności przepisów rozporządzenia z normami Konstytucyjnymi**

Biorąc pod uwagę fakt, że przepisy Rozporządzenia mają znaczenie dla trwającej Aukcji i wejdą w życie w dniu 1 października 2015 r. zasadnym jest poddanie analizie nowelizowanej regulacji w zakresie zgodności z art. 2 Konstytucji, w szczególności z wywodzących się ze wskazanej regulacji zasady zakazu retroaktywnego działania organów państwa oraz zasady odpowiedniej *vacatio legis*. Zgodnie z art. 2 Konstytucji Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

❖ **Zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji)**

Zasada niedziałania prawa wstecz nakazuje, by „nie stanowić norm prawnych, które nakazywałyby stosować nowo ustanowione normy prawne do zdarzeń, które miały miejsce przed wejście w życie nowo ustanowionych norm prawnych i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych normami tymi przewidzianych (...), (zob. wyrok TK z dnia 22 sierpnia 1190 r., sygn. K 7/90, OTK 1990, Nr 1, poz. 5, s. 51). Zdaniem Trybunału, odstępstwo od zasady nieretroakcji („*lex retro non agit*”) może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy przemawiają za tym ważne powody i gdy wynika ono wyraźnie z brzmienia regulacji. Cel regulacji w żadnym razie nie uzasadnia przyjęcia wstecznego jej działania. Natomiast uważa się zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, że z mocą wsteczną należy stosować przepis nowelizujący, który usuwa wątpliwości, jakie budzi dotychczasowe brzmienie przepisu (SN w orz. z 21 września 2007 r., V CSK 141/2007, Lexpolonica nr 1958978, niepubl.). Ponadto, Trybunał Konstytucyjny dopuszcza możliwość odejścia od zasady niedziałania prawa wstecz wywiedzionej z zasady demokratycznego państwa prawnego także tym, że nowa regulacja, mająca działać wstecz, jest korzystniejsza dla adresata (zob. orzeczenie TK z dnia 25 czerwca 1995 r., sygn. K 15/95, OTK 1996, Nr 3, poz. 22). W tym miejscu wskazać należy, że przepisy Rozporządzenia nakazują stosowanie nowelizowanych regulacji do rozpoczętej już Aukcji (§ 2 Rozporządzenia).

W przypadku trwających aukcji i niezakończonych na dzień wejścia w życie nowelizacji ostatnią rundę w II etapie przeprowadza się nie wcześniej niż 5 dni po dniu wejścia w życie przepisów Rozporządzenia (§ 2 ust. 2 Rozporządzenia). W dokumentacji aukcyjnej dla trwającej Aukcji nie określono momentu zakończenia II etapu Aukcji. W niniejszym stanie faktycznym II etap Aukcji rozpoczął się w dniu 11 lutego 2015 r. Zatem, dzień 115 już minął, co wykasuje na zastosowanie § 2 ust. 2 Rozporządzenia. Przyjmując, że analizowana regulacja wejście w życie 1 października 2015 r., najwcześniej ostatnia runda II etapu Aukcji odbędzie się w drugim tygodniu października bieżącego roku. Biorąc pod uwagę fakt, że dotąd Aukcja była prowadzona na zasadach określonych w Dokumentacji aukcyjnej, w której nie przewidziano sztywnego terminu zakończenia II rundy, przepisy

nowelizacji znacząco zmieniają warunki Aukcji. Precyzyjne wskazania terminu przeprowadzenia ostatniej rundy dezaktualizuje dotąd podejmowane działania uczestników trwającej Aukcji. Ponadto, w okresie pomiędzy wejściem w życie nowelizacji, a terminem wyznaczonym na przeprowadzenie ostatniej rundy nie przeprowadza się licytacji (§ 1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia). Powyższe oznacza, że uczestnicy Aukcji nie będą mogli wykonać żadnej czynności polegającej oszacowaniu wartości rynkowej widma. Nowelizacja jest niekorzystna dla adresatów, co nie uzasadnia możliwości wstecznego działania przepisów Rozporządzenia.

Dopuszczalność odejścia od zasady niedziałania prawa wstecz przepisów Rozporządzenia jest również uwarunkowana zgodnością z innymi zasadami demokratycznego państwa prawnego określonego w art. 2 Konstytucji. Zgodnie ze stanowiskiem TK zakaz retroakcji nie jest jednak absolutny, dopuszcza się od niego wyjątki, pod warunkiem, że są czynione w drodze ustawy i z usprawiedliwionych powodów, np. ze względu na dochowanie zasady sprawiedliwości społecznej (wyrok TK z 29 stycznia 1992 r., sygn. K 15/91, OTK ZU 1992, nr 1, poz. 8). Zasada sprawiedliwości społecznej nie stanowi jedynie ogólnej zasady ustrojowej Rzeczypospolitej Polskiej, czy też swoistej "dyrektywy programowej". Według Trybunału na gruncie tego przepisu można wskazać szczególne prawo podlegające ochronie, jakim jest prawo do sprawiedliwego traktowania, jeśli zarazem jest ono odnoszone do sfery stosunków objętych gwarancjami konstytucyjnymi, choćby ogólnie ujętymi. Jest ono sprzężone z obowiązkiem państwa stania na straży sprawiedliwości społecznej poprzez zaniechanie aktów (działań) mogących stać z nią w sprzeczności oraz eliminowanie takich aktów, które uznano za godzące w tę zasadę. Dotyczy to zarówno etapu stanowienia, jak i stosowania prawa. Ukształtowane orzecznictwo Trybunału odnajduje w zasadzie sprawiedliwości ściśle sprzężonej z zasadą demokratycznego państwa prawa podstawę dla ochrony dostatecznie skonkretyzowanych praw podmiotowych (wyrok TK z dnia 12 grudnia 2012r., sygn. SK 26/01, OTK rok 2001, Nr 8, poz. 258).

Treść zasady sprawiedliwości społecznej swoim zakresem obejmuje ochronę równego traktowania podmiotów i ich bezpieczeństwa, należy uznać, że Rozporządzenie w zakresie w jakim w sposób krzywdzący dla podmiotów wykonujących działalność telekomunikacyjną zmienia reguły trwającej Aukcji jest niezgodny z zasadą sprawiedliwości społecznej.

Konkludując, przepisy Rozporządzenia naruszają zasadę *lex retro non agit* wynikającą z art. 2 Konstytucji, ponieważ dezaktualizują działania uczestników trwającej Aukcji

Kolejną zasadą wyinterpretowaną z art. 2 Konstytucji jest zasada odpowiedniej *vacatio legis*. Na projektodawcy ciąży obowiązek ustanawiania odpowiedniego okresu, który winien upłynąć od czasu ogłoszenia przepisów do dnia ich wejścia w życie, tak by adresaci nowych norm prawnych mogli zapoznać się z ich treścią i odpowiednio przygotować do ich stosowania. Reguła odpowiedniego *vacatio legis* wynika z zasad bezpieczeństwa prawnego, pewności obrotu prawnego, poszanowania praw nabytych czy ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, które wywodzi się z zasady demokratycznego państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 7 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych akty normatywne wydawane na podstawie ustaw można ogłaszać w okresie od dnia ogłoszenia danej ustawy, a przed dniem jej wejścia w życie; akt taki nie może wejść w życie wcześniej niż ustawa. W ustawie nie określono maksymalnego terminu wejścia w życie nowych regulacji. Z brzmienia analizowanego przepisu wynika, że termin ten może być dłuższy. Przepisy prawa nie określają górnej granicy *vacatio legis* dla aktów normatywnych wydawanych na podstawie ustawy pozostawiając ten problem decyzji projektodawcy działającego w granicach swobody regulacyjnej wyznaczonej pojęciem odpowiedniości. Wymóg zachowania *vacatio legis* należy bowiem odnosić nie do ochrony adresata normy prawnej przed pogorszeniem jego sytuacji, lecz do jego możliwości zapoznania się z nowym prawem i możliwości adaptacyjnych, a te bywają wszak różnicowane.(orzeczenie TK z dnia 11 września 1995 r., sygn. P 1/95, OTK

1995, NR 1, poz. 3). Zgodnie ze wskazaną regułą, to okoliczności konkretnego przypadku decydują o właściwym okresie *vacatio legis*. Przy ustalaniu *vacatio legis* należy brać pod uwagę przede wszystkim: treść nowych przepisów (zakres zmiany istniejącej sytuacji prawnej) oraz stopień ich ingerencji w sytuację prawną adresatów (B. Banaszak, *Konstytucja RP. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 30) W tym kontekście bezspornym jest, iż wydłużenie okresu wejścia w życie regulacji powinno nastąpić wtedy, gdy projekt wprowadza nowe warunki i potrzeba czasu, aby przygotować się do jej realizacji.

Zgodnie z brzmieniem § 3 Rozporządzenia termin wejścia w życie rozporządzenia ustalono na dzień 1 października 2015 r. Analizowana regulacja wprowadza nowe zasady zakończenia trwającej Aukcji, co opisano powyżej. Biorąc pod uwagę fakt, że do wejścia w życie analizowanych regulacji pozostało dwa tygodnie, adresaci nie będą mieli czasu na zapoznanie się z treścią przepisów Rozporządzenia. Termin wejścia w życie Rozporządzenia jest zbyt krótki.

Podsumowując, projektodawca nie dostosował *vacatio legis* do zakresu nowelizowanych przepisów. Zbyt krótki okres wejścia w życie przepisów Rozporządzenia nie pozwala na zapoznanie się przez uczestników trwającej Aukcji z nowymi regulacjami oraz podjęcie czynności mających na celu należyte przygotowanie do ich stosowania.

❖ Zasada praworządności (art. 7 Konstytucji)

Rozporządzanie stanowi wykonanie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 120 ustawy Prawo telekomunikacyjne, upoważniającego ministra właściwego do spraw łączności do określenia m. in. warunków i trybu organizowania, przeprowadzania i zakończenia aukcji na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych. W związku z powyższym należy przeanalizować, czy działanie Ministra Administracji i Cyfryzacji do w zakresie wydania przedmiotowego Rozporządzenia było praworządne. Zasada praworządności została ujęta w normie art. 7 Konstytucji. Zgodnie z powołanym przepisem, organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Nakaz przestrzegania prawa przez organy władzy publicznej polega na wyeliminowaniu dowolności i samowoli z

relacji między organami władzy publicznej a obywatelami. Działanie na podstawie prawa oznacza wymóg legitymacji prawnej dla wszelkiej aktywności polegającej na sprawowaniu władzy publicznej, przy czym legitymacja ta powinna obejmować co najmniej ustalenie kompetencji organu poprzez określenie zakresu form i trybu działania. Prawodawca nie może dowolnie przydzielać kompetencji poszczególnym organom, lecz powinien to czynić mając na uwadze rolę i pozycję ustrojową danego organu (por.: W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 7 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 5-8).

Minister Administracji i Cyfryzacji, będący organem państwa posiada kompetencje do wydawania aktów wykonawczych (art. 92 Konstytucji). Zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 Konstytucji, rozporządzenia mogą być wydawane wyłącznie przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Szczegółowość upoważnienia polega na tym, że „powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu. Ustawodawca ma zatem obowiązek określić rodzaj materii normowanej w rozporządzeniu, ale również wskazać ramy, wewnątrz których będzie się zawierać treść tego aktu. Upoważnienie musi być wyraźne (szczegółowe), zaś w żadnej mierze nie może być oparte na domniemaniu (orzeczenie TK z 22 kwietnia 1987 r., sygn. K 1/87, OTK 1987, s. 43.) Trybunał niejednokrotnie podkreślał, że „brak stanowiska ustawodawcy w jakiejś sprawie musi być interpretowany jako nieudzielenie w danym zakresie kompetencji normodawczych. Upoważnienie ustawowe podlega bowiem zawsze ścisłej, literalnej wykładni” (orzeczenie TK z dnia 5 listopada 1986 r., sygn. U 5/86, OTK 1986, s. 18.) Oznacza to, że przepis ustawy ustanawiający takie upoważnienie podlega ścisłej wykładni językowej.

Zgodnie z brzmieniem przepisu upoważniającego minister właściwy do spraw łączności określi szczegółowe wymagania co do treści ogłoszenia i zawartości dokumentacji oraz warunki i tryb organizowania, przeprowadzania i zakończenia

aukcji na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych. Zatem przepis art. 120 PrTel daje kompetencję MAiC wyłącznie do określenia warunków i zasad aukcji. Z literalnej wykładni przepisu upoważniającego nie wynika możliwość arbitralnego decydowania przez organ upoważniony o terminie zakończenia aukcji. Określenie w Rozporządzeniu, że trwająca Aukcja ma zakończyć się w terminie nie wcześniejszym niż 5 dni roboczych od wejścia w życie nowelizacji stanowi wyjście poza zakres kompetencji.

Organ upoważniony do wydania aktu wykonawczego dotyczącego aukcji, w zakresie w jakim określił termin ostatniej rundy II etapu przeskoczył zakres kompetencji wskazanej w ustawie, czym naruszył zasadę praworządności określoną w normie art. 7 Konstytucji.

❖ Zasada swobody działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji)

Uczestnikiem aukcji na rezerwację częstotliwości może być wyłącznie osoba prawna. Zgodnie z art. 10 ust 1 PrTel. działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, zwanego dalej "rejestrem". Z uwagi na wskazany zamknięty katalog podmiotów uprawnionych do udziału w aukcji, przepisy Rozporządzenia należy przeanalizować pod względem zgodności z zasadą wolności działalności gospodarczej.

Zasada wolności gospodarczej wynika z art. 22 Konstytucji. Podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Jakikolwiek ograniczenie działalności gospodarczej może zostać usankcjonowane wyłącznie w ustawie, przy czym dla swej poprawności musi ona wyraźnie wskazywać na przewidziane prawem warunki prowadzenia działalności gospodarczej. Ze wskazanej zasady wynikają nie tylko prawa dla zainteresowanych prowadzeniem działalności gospodarczej podmiotów, ale również określone obowiązki dla organów państwa. Do podstawowych

obowiązków w tym zakresie należą: sprzyjanie realizacji wolności gospodarczej oraz zakaz wydawania aktów prawnych sprzecznych z zasadą wolności gospodarczej. Powyższe pozwala stwierdzić, że w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej obowiązują dwie podstawowe zasady: *in dubio pro libertata* (w razie wątpliwości rozstrzygać na rzecz wolności) oraz zakaz rozszerzającej interpretacji wyjątków od zasady wolności gospodarczej. Wolność wykonywania określonego rodzaju działalności gospodarczej mieści w sobie niewątpliwie zarówno aspekt „ilościowy”, związany ze swobodą określenia intensywności prowadzonej działalności, jak i „jakościowy”, przez który rozumieć można swobodę określania zakresu prowadzonej działalności (terytorialnego, personalnego, rzeczowego). W zakresie wolności wykonywania działalności gospodarczej określonego rodzaju mieści się więc także możliwość podejmowania takiej działalności we wszystkich tych obszarach życia gospodarczego, w których w świetle obowiązującego prawa nie jest zakazane jej prowadzenie. Oznacza to, że dokonując reglamentacji określonej dziedziny działalności gospodarczej, np. przez zastrzeżenie wykonywania określonych działań wyłącznie przez indywidualnie wskazane podmioty, organy władzy publicznej zawężają tym samym sferę wolności wykonywania działalności gospodarczej przez inne podmioty specjalizujące się w tej samej kategorii świadczonych usług. Wybór pewnych podmiotów do realizacji (na zasadzie wyłączności) pewnych zadań w ramach rynku określonego rodzaju usług skutkuje zawężeniem zakresu wolności innych uczestników tego rynku.

Oceniając przepisy Rozporządzenia pod względem wpływu na prowadzoną działalność telekomunikacyjną podmiotów uczestniczących w Aukcji, należy wskazać, że w nowelizacja w znacznym stopniu ingeruje w zasadę wolności działalności gospodarczej. Uczestnictwo w Aukcji wiązało się z koniecznością przygotowania dokumentacji ofertowej, zgromadzenia środków na wpłatę wadium oraz przyjęcia określonej strategii licytowania. Niewątpliwie udział w II etapie trwającej Aukcji jest sukcesem wielu osób należących do danego podmiotu. Uzyskanie rezerwacji na określonej częstotliwości, niewątpliwie podniesie znaczenie wyłonionego podmiotu na rynku operatorów sieci telekomunikacyjnych

oraz będzie szansą na rozwój działalności i pozyskanie większej liczby klientów. Przerwanie dotychczasowego biegu Aukcji w terminie określonym w § 2 ust. 2 dezaktualizuje przyjętą strategię działania uczestnika Aukcji. Ponadto, poprzez określenie zakazu licytacji w okresie od dnia po wejściu w życie przepisów Rozporządzenia do dnia w którym odbędzie się ostatnia runda, uczestnik Aukcji nie ma możliwości przyjętej strategii zmienić, nie jest uprawniony do podejmowania jakichkolwiek czynności. W ostatniej rundzie uczestnik Aukcji nie może stopniowo zwiększać swojej oferty, przyczyniając się do uzyskania ceny rynkowej widma. Operator biorący udział w trwającej Aukcji, w określonym przez projektodawcę terminie, jest zobowiązany do zadeklarowania maksymalnej kwoty jaką przewidział na rezerwację widma.

Reasumując, analizowana zmiana w zakresie podmiotowym dotyczy przedsiębiorców wykonujących działalność telekomunikacyjną. Przepisy Rozporządzenia w zakresie w jakim określają zasady zakończenia Aukcji w trakcie trwania licytacji i uniemożliwiają podjęcie działań zmierzających do uzyskania ceny rynkowej widma naruszają zasadę wolności działalności gospodarczej określoną w normie art. 22 Konstytucji.

❖ **Podsumowanie**

Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 23 września 2015 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych jest niezgodne z art. 2, 7 i 22 Konstytucji. Analizowana regulacja narusza zasadę demokratycznego państwa prawa, poprzez określenie zbyt krótkiego *vacatio legis* i zastosowanie niekorzystnego dla uczestników trwającej Aukcji wstecznego działania przepisów Rozporządzenia.

Ponadto, Minister Administracji i Cyfryzacji poprzez ograniczenie ilości rund i wskazanie terminu zakończenia II etapu Aukcji przekroczył kompetencje

wskazane w przepisie upoważniającym do wydania rozporządzenia, czym naruszył zasadę przyzwoitej legislacji.

Uczestnictwo w trwającej Aukcji wiązało się z koniecznością posiadania przez podmioty wykonujące działalność telekomunikacyjną zasobów osobowych niezbędnych do przygotowania oferty oraz środków finansowych koniecznych do pokrycia kosztów udziału w Aukcji. Nowelizacja w znacznym stopniu ingeruje w zasadę wolności działalności gospodarczej. Zaproponowana zmiana z uwagi na brak stabilizacji warunków Aukcji pozwalających uczestnikom na zaplanowanie strategii licytacji oraz uzyskanie ceny rynkowej widma narusza wolność działalności gospodarczej.

Prof. dr hab. Stanisław Hoc