

Warszawa, 8 października 2013 r.

**Stanowisko P4 Sp. z o.o. dotyczące konsultacji aukcji
na rezerwacje częstotliwości z zakresu 791-816 MHz
oraz 832-857 MHz oraz z zakresu 2500-2570 MHz oraz
2620-2690 MHz na obszarze całego kraju,
przeznaczonych do świadczenia usług
telekomunikacyjnych w służbie ruchomej lub stałej**

SPIS TREŚCI

	Strona
SŁOWNIK TERMINÓW	11
1. Podsumowanie stanowiska konsultacyjnego P4	14
1.1. Ocena ogólna warunków Aukcji i jej otoczenia prawnego	14
1.2. Ryzyko unieważnienia lub kompromitacji Aukcji	19
1.3. WIODĄCY POSTULAT P4: Należy przeprowadzić Aukcję po zmianie prawa i po naprawieniu jej warunków	23
1.4. POMOCNICZY POSTULAT P4: Należy wyłączyć z zasobu częstotliwości podlegającego rozdysponowaniu zgodnie z wiodącym postulatem P4 cztery bloki pasma z zakresu 800 MHz i rozdysponować je w przetargu przeprowadzonym w najbliższym możliwym terminie	30
2. Ocena ogólna warunków Aukcji i jej otoczenia prawnego	34
2.1. Aktualne uwarunkowania prawne nie pozwalają na efektywne przeprowadzenie w Polsce aukcji typu SMRA	34
2.1.1. Wiążący charakter oferty jako fundament działania mechanizmu aukcji typu SMRA	34
2.1.2. Zagwarantowane w Prawie Telekomunikacyjnym prawo uczestnika aukcji (przetargu) do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości	36
2.1.3. Brak instrumentów skutecznie zniechęcających uczestników aukcji (przetargu) do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości	39
2.1.3.1. Wadium	39
2.1.3.2. Depozyt	39
2.1.3.3. Gwarancja bankowa	40
2.2. Warunki Aukcji powodują ryzyko jej nierozstrzygnięcia	42
2.3. Warunki Aukcji sprzyjają antykonkurencyjnej koncentracji zasobów częstotliwości w rękach poszczególnych graczy rynkowych lub ich grup	47
2.3.1. Kluczowe znaczenie widma radiowego dla pozycji konkurencyjnej operatorów sieci ruchomych	48
2.3.2. Warunki Aukcji ignorują zjawisko postępującej kumulacji zasobów częstotliwości w rękach największych graczy rynkowych	51

2.3.3.	Warunki Aukcji nie chronią przed spekulacyjnym nabywaniem zasobów częstotliwości	56
3.	WIODĄCY POSTULAT P4: Należy przeprowadzić Aukcję po zmianie prawa i po naprawieniu jej warunków	64
3.1.	Aukcja powinna być przeprowadzona w późniejszym terminie	64
3.1.1.	Potrzeba dostosowania polskiego prawa do mechanizmów aukcji	64
3.1.2.	Względy pewności regulacyjnej i kompletności procesu alokacji częstotliwości	65
3.1.2.1.	Powiązanie Aukcji z postępowaniami w sprawie przedłużenia istniejących rezerwacji w paśmie 900 i 1800 MHz	65
3.1.2.2.	Możliwość uwzględnienia wyników sporu wokół ugody Sferia z MAiC	67
3.2.	Postulaty szczegółowe dotyczące warunków Aukcji i treści dokumentów aukcyjnych	69
3.2.1.	<u>Postulat A1:</u> P4 postuluje dodanie do postanowień Dokumentacji Aukcyjnej dotyczących przenoszenia ofert zastrzeżenia, że przeniesienie oferty z danego bloku nie powoduje zmiany NZK dla tego bloku.	69
3.2.2.	<u>Postulat A2:</u> P4 postuluje uwzględnienie w warunkach uczestnictwa w Aukcji zjawisk aktualnie zachodzących na rynku telekomunikacyjnym w zakresie wspólnej kontroli w ramach grup kapitałowych i w zakresie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości.	71
3.2.2.1.	Uwagi wprowadzające	71
3.2.2.2.	Ocena porozumień przedsiębiorców o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości	73
3.2.2.3.	Ocena przynależności określonych podmiotów do grupy kapitałowej w przypadku tzw. kontroli wspólnej	76
3.2.2.4.	Potrzeba zapewnienia rzetelności i prawdziwości informacji dostarczanych przez uczestników Aukcji	79
3.2.2.5.	Propozycja zmian do Dokumentacji Aukcyjnej w świetle postulat A2	81

3.2.3.	<u>Postulat A3:</u>	85
P4 postuluje, aby uczestnik Aukcji mógł w wyniku jej przeprowadzenia uzyskać maksymalnie dwie rezerwacje częstotliwości z pasma 2,6 GHz.		
3.2.4.	<u>Postulat A4:</u>	87
P4 popiera wymóg wykazania się historycznymi inwestycjami, jednak postuluje jego wyraźne zaliczenie do warunków uczestnictwa w Aukcji, a także doprecyzowanie co do zakresu przedmiotowego (inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną dla potrzeb świadczenia usług telefonii ruchomej) i geograficznego (na terytorium Polski) oraz wydłużenie okresu i podniesienie wymaganej kwoty inwestycji (do 1 500 000 000 zł).		
3.2.4.1.	Włączenie wymogu historycznych inwestycji do warunków uczestnictwa w Aukcji	87
3.2.4.2.	Propozycja doprecyzowania wymogu historycznych inwestycji	89
3.2.5.	<u>Postulat A5:</u>	95
P4 postuluje modyfikację zobowiązań inwestycyjnych przypisanych do bloków częstotliwości w paśmie 800 MHz w taki sposób, aby były one wykonalne w świetle umów międzynarodowych oraz aby powodowały symetryczne obciążenia dla beneficjentów rezerwacji.		
3.2.5.1.	Zobowiązania inwestycyjne kolidują z postanowieniami umów międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej z państwami ościennymi	95
3.2.5.2.	Zobowiązania inwestycyjne powodują asymetryczne obciążenia dla beneficjentów rezerwacji	100
3.2.6.	<u>Postulat A6:</u>	103
P4 proponuje wprowadzenie do warunków uczestnictwa w Aukcji wymogu rzetelności i zgodności ze stanem rzeczywistym dokumentów i informacji przedkładanych w ofercie wstępnej, którego niespełnienie będzie skutkować niezakwalifikowaniem oferty do II etapu Aukcji.		
3.2.7.	<u>Postulat A7:</u>	106
P4 postuluje wyrównanie liczby punktów licytacyjnych przypisanych do bloków częstotliwości z pasma 800 MHz i 2,6 GHz.		
3.2.8.	<u>Postulat A8:</u>	109
Wymóg złożenia depozytu, jako środek nieskuteczny i bezpodstawny, powinien zostać usunięty z warunków Aukcji.		

3.2.8.1.	Depozyt jako środek naruszający zasadę proporcjonalności wynikającą z przepisów unijnych oraz Konstytucji RP	109
3.2.8.2.	Depozyt jako środek wydany z naruszeniem delegacji ustawowej z art. 120 Pt	114
3.2.9.	<u>Postulat A9:</u>	118
	Należy usunąć z treści Dokumentacji Aukcyjnej zastrzeżenia dotyczące ważności ofert składanych w II etapie Aukcji aż do momentu uprawomocnienia się decyzji rezerwacyjnych oraz dotyczące braku prawa do wycofania tych ofert, lub te zastrzeżenia doprecyzować.	
3.2.10.	<u>Postulat A10:</u>	121
	P4 postuluje, aby Prezes UKE ustalił ramy czasowe poszczególnych faz postępowania przedaukcyjnego i Aukcji w sposób zapewniający uczestnikom odpowiedni czas na przygotowanie ofert i dostosowanie strategii licytacyjnej do dynamiki przebiegu Aukcji.	
3.2.11.	<u>Postulat A11:</u>	123
	P4 postuluje doprecyzowanie postanowień Dokumentacji Aukcyjnej dotyczących składania ofert w trybie awaryjnym w taki sposób, aby nie dochodziło do dyskryminacji tych ofert.	
3.2.12.	<u>Postulat A12:</u>	126
	P4 postuluje zapewnienie uczestnikom Aukcji właściwych warunków do zapoznania się z wymogami i funkcjonowaniem Elektronicznego Systemu Aukcyjnego.	
3.3.	Uwagi dodatkowe dotyczące niejasności, sprzeczności, luk lub omyłek w projektach dokumentów aukcyjnych	128
3.3.1.	Ust. 2 Ogłoszenia o Aukcji / Rozdział 2 pkt 2.3.1. Dokumentacji Aukcyjnej, Rozdział 4 pkt 4.1.4. Dokumentacji Aukcyjnej	128
3.3.2.	Ust. 2 pkt 1) i ust. 7 Ogłoszenia o Aukcji / Rozdział 2 pkt 2.3.1. ppkt 1) Dokumentacji Aukcyjnej	129
3.3.3.	Ust. 2 pkt 3) Ogłoszenia o Aukcji / Rozdział 2 pkt 2.3.1. ppkt 3) Dokumentacji Aukcyjnej, Rozdział 4 pkt 4.1.4. ppkt 5) Dokumentacji Aukcyjnej	129
3.3.4.	Ust. 2 pkt 7) Ogłoszenia o Aukcji / Rozdział 2 pkt 2.3.1. ppkt 7) Dokumentacji Aukcyjnej / Część 1. Wzoru Oferty Wstępnej	130
3.3.5.	Ust. 2 pkt 8) Ogłoszenia o Aukcji / Rozdział 2 pkt 2.3.1. ppkt 8) Dokumentacji Aukcyjnej	131

3.3.6.	Ust. 4 Ogłoszenia o Aukcji / Rozdział 2 pkt 2.4.6. Dokumentacji Aukcyjnej	131
3.3.7.	Ust. 5 Ogłoszenia o Aukcji / Rozdział 2 pkt 2.7.1 i 2.7.3, Rozdział 3 pkt 3.1.3., Rozdział 6 pkt 6.1.2. Dokumentacji Aukcyjnej	131
3.3.8.	Ust. 5 Ogłoszenia o Aukcji / Rozdział 2 pkt 2.7.1. Dokumentacji Aukcyjnej	134
3.3.9.	Rozdział 1 Dokumentacji Aukcyjnej	135
3.3.10.	Rozdział 2 pkt 2.7.4. Dokumentacji Aukcyjnej	136
3.3.11.	Rozdział 3 pkt 3.1.13 Dokumentacji Aukcyjnej	136
3.3.12.	Rozdział 4 pkt 4.1.4. ppkt 1) Dokumentacji Aukcyjnej	137
3.3.13.	Rozdział 5 pkt 5.1., Rozdział 6 pkt 6.5.1. Dokumentacji Aukcyjnej	137
3.3.14.	Rozdział 6 pkt 6.1.3., pkt 6.1.4. Dokumentacji Aukcyjnej	137
3.3.15.	Rozdział 6 pkt 6.2.7., 6.3.3., 6.20.2. Dokumentacji Aukcyjnej	138
3.3.16.	Rozdział 6 pkt 6.4.2. ppkt 1) lit. b. Dokumentacji Aukcyjnej	139
3.3.17.	Rozdział 6 pkt 6.4.2. ppkt 1) lit. c., pkt 6.10.2. Dokumentacji Aukcyjnej	139
3.3.18.	Rozdział 6 pkt 6.4.2. ppkt 1) lit. f., pkt 6.9.5 Dokumentacji Aukcyjnej	139
3.3.19.	Rozdział 6 pkt 6.12. Dokumentacji Aukcyjnej	139
3.3.20.	Rozdział 6 pkt 6.13.1. Dokumentacji Aukcyjnej	141
3.3.21.	Część 2. pkt 2.6. Wzoru Oferty Wstępnej	142
3.3.22.	Część 3. pkt 3.2. i 3.3. Wzoru Oferty Wstępnej	142
3.3.23.	Pkt 2.2.2. Wzoru Oferty Awaryjnej	142
4.	POMOCNICZY POSTULAT P4: Należy wyłączyć z zasobu częstotliwości podlegającego rozdysponowaniu zgodnie z wiodącym postulatem P4 cztery bloki pasma z zakresu 800 MHz i rozdysponować je w przetargu przeprowadzonym w najbliższym możliwym terminie	143
4.1.	Uwagi wprowadzające	143
4.2.	Proces wcześniejszej alokacji powinien objąć tylko 4 z 5 bloków w paśmie 800 MHz	146
4.2.1.	Realizacja strategii regulacyjnej Prezesa UKE i zobowiązań wobec Komisji Europejskiej w zakresie szybkiej alokacji pasma 800 MHz	146

4.2.2.	Optymalizacja harmonogramu realizacji celów regulacyjnych w zakresie budowy sieci w technologii LTE	147
4.2.3.	Optymalizacja strumienia przychodów Skarbu Państwa z tytułu gospodarki zasobami częstotliwości	147
4.2.4.	Prostota procesu wspólnej alokacji bloków podobnej wartości ekonomicznej	148
4.3.	Pasma 2,6 GHz powinno w całości zostać rozdysponowane w drodze późniejszej aukcji	149
4.3.1.	Powiązanie procesu alokacji pasma 2,6 GHz z przedłużeniem rezerwacji dla pozostałych pasm o charakterze pojemnościowym	149
4.3.2.	Uwzględnienie aktualnych uwarunkowań popytowych dla pasma 2,6 GHz	152
4.3.3.	Uwzględnienie aktualnych możliwości płatniczych operatorów	152
4.3.4.	Brak zakłóceń dla harmonogramu budowy sieci w technologii LTE oraz dla harmonogramu realizacji wpływów do budżetu Skarbu Państwa	153
4.4.	Alokacja 4 bloków z pasma 800 MHz powinna się odbyć w trybie przetargu, a nie aukcji	155
4.4.1.	Wyeliminowanie problemu niekompatybilności mechanizmów aukcji z przepisami polskiego prawa	155
4.4.2.	Utrzymanie tempa realizacji zobowiązań wobec Komisji Europejskiej w zakresie szybkiej alokacji pasma 800 MHz	156
4.5.	Postulaty szczegółowe dotyczące formuły przetargu	159
4.5.1.	<u>Postulat P1:</u> P4 postuluje wprowadzenie do warunków przetargu zastrzeżenia, że jeden podmiot będzie mógł uzyskać w wyniku przetargu maksymalnie 2x5 MHz częstotliwości z zakresu 800 MHz (tj. jeden z czterech bloków oferowanych w przetargu).	159
4.5.2.	<u>Postulat P2:</u> P4 postuluje ustalenie w przetargu minimalnej wysokości jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji częstotliwości na poziomie pozwalającym na realizację celów fiskalnych Skarbu Państwa.	161
4.5.3.	<u>Postulat P3:</u>	161

P4 postuluje zastosowanie w przetargu formuły oceny ofert obejmującej kryteria wysokości kwoty zadeklarowanej, wpływu na zachowanie warunków konkurencji, wiarygodności finansowej i zobowiązań podjętych w przetargu.

- 4.5.4. Postulaty oparte na warunkach zaproponowanych przez Prezesa UKE w Dokumentacji Aukcyjnej 162

P4 postuluje utrzymanie w ewentualnym przetargu wymogu zawartego w konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej, zgodnie z którym udział w Aukcji może wziąć tylko jeden podmiot z danej grupy kapitałowej.

- 4.5.5. Postulaty przeniesione z postulatów aukcyjnych: 162

P4 postuluje zastosowanie się w przetargu do następujących postulatów i uwag zgłoszonych w niniejszym stanowisku w odniesieniu do konsultowanych warunków Aukcji:

(i) postulat A5 z punktu 3.2.5 - przypisanie do każdej rezerwacji częstotliwości podlegającej rozdysponowaniu w przetargu zobowiązań inwestycyjnych zgodnych z postanowieniami wiążących Polskę umów międzynarodowych oraz generujących jednakowe obciążenia dla wszystkich beneficjentów rezerwacji

(ii) postulat A5 z punktu 3.2.6 – rzetelność i zgodność ze stanem rzeczywistym dokumentów i informacji zawartych w ofertach jako warunek uczestnictwa w przetargu, którego niespełnienie będzie skutkowało niezakwalifikowaniem oferty do II etapu oceny

(iii) postulat A8 z punktu 3.2.8 – zaniechanie umieszczenia w warunkach przetargu wymogu wniesienia depozytu (lub przedłożenia gwarancji bankowej)

(iv) postulat A9 z punktu 3.2.9 - zaniechanie umieszczenia w dokumentacji przetargu zastrzeżenia o ważności ofert aż do momentu uprawomocnienia się decyzji rezerwacyjnych oraz o braku prawa do ich wycofania.

5. Załączniki do stanowiska

- 5.1. **Załącznik nr 1: Kalkulacja korzyści ekonomicznych płynących z istnienia czwartego konkurencyjnego operatora na polskim rynku mobilnych usług telekomunikacyjnych** 164
- 5.2. **Załącznik nr 2: Analiza prawna gwarancji bankowej zabezpieczającej przed rezygnacją uczestnika aukcji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości** 172

SPIS RYSUNKÓW (ILUSTRACJI, TABEL):

- 1) Rysunek 1. Schemat rundy 1 aukcji
- 2) Rysunek 2. Schemat rundy 2 aukcji
- 3) Rysunek 3. Schemat rundy 3 aukcji
- 4) Rysunek 4. Udział operatorów w rynku pod względem liczby abonentów
- 5) Rysunek 5. Udział operatorów w rynku pod względem przychodów
- 6) Tabela 1. Instrumenty prokonkurencyjne stosowane przez europejskie organy regulacyjne w ramach aukcji na częstotliwości
- 7) Tabela 2. Przegląd instrumentów prokonkurencyjnych przyjmowanych w procedurach selekcyjnych w innych krajach europejskich i analiza możliwości ich zastosowania w Polsce
- 8) Rysunek 6. Potencjalny rozdział częstotliwości po zakończeniu Aukcji przy zaproponowanych ograniczeniach w ilości możliwego do uzyskania widma („*spectrum caps*”)
- 9) Rysunek 7. Obszary objęte Porozumieniami
- 10) Tabela 3. Punkty niemożliwe do pokrycia w paśmie 800 MHz
- 11) Rysunek 8. Mapa Giżycka
- 12) Tabela 4. Ograniczenia mocy nadawania
- 13) Tabela 5. Zestawienie harmonogramu przetargu i Aukcji
- 14) Rysunek 9. Krzywa popytu ilustrująca efekt wejścia czwartego operatora na rynek
- 15) Rysunek 10. Wartości ARPU dla rynków z trzema operatorami
- 16) Rysunek 11. Wartości ARPU dla rynków z czterema operatorami
- 17) Rysunek 12. Granice Europy przyjęte na potrzeby niniejszego opracowania
- 18) Rysunek 13. Wskaźnik penetracji rynku usług mobilnych w Polsce i Europie
- 19) Rysunek 14. Wskaźnik penetracji rynku w Polsce (rzeczywisty i dla przypadku bazowego)
- 20) Rysunek 15. Utrata korzyści ekonomicznych w kolejnych latach spowodowana brakiem dalszego istnienia czterech silnych konkurentów na rynku

SŁOWNIK TERMINÓW

Aukcja	konsultowana aukcja na dwanaście rezerwacji częstotliwości z zakresu 791-816 MHz oraz 832-857 MHz oraz z zakresu 2500-2570 MHz oraz 2620-2690 MHz na obszarze całego kraju, przeznaczonych do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie ruchomej lub stałej;
Dokumentacja Aukcyjna / Dokumentacja	ogłoszony przez Prezesa UKE w dniu 21 sierpnia 2013 r. do konsultacji projekt dokumentu „Dokumentacja aukcyjna na rezerwacje częstotliwości z zakresu 791-816 MHz oraz 832-857 MHz oraz z zakresu 2500-2570 MHz oraz 2620-2690 MHz na obszarze całego kraju, przeznaczone do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie ruchomej lub stałej”;
Dyrektywa o Zezwoleniach	Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej, zmieniona Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniającą dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej;
Grupa ZSZ	grupa kapitałowa kontrolowana przez Zygmunta Solorza-Żaka, obejmująca co najmniej następujących przedsiębiorców telekomunikacyjnych: • Aero2 Sp. z o.o. • Cyfrowy Polsat S.A. • Mobyland Sp. z o.o. • CenterNet S.A. • Polkomtel Sp. z o.o.

	• Nordisk Polska Sp. z o.o. W ocenie P4, pod kontrolą (a co najmniej współkontrolą) Zygmunta Solorza-Żaka pozostaje również operator Sferia S.A.;
MAiC	Minister Administracji i Cyfryzacji;
Networks!	Networks! Sp. z o.o.;
Orange	PTK Centertel Sp. z o.o.;
Polkomtel	Polkomtel Sp. z o.o.;
Pt / Prawo Telekomunikacyjne	ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r., Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.);
Rozporządzenie o Aukcji	rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. z 2013 r., poz. 835);
RSPP	(ang. <i>Radio Spectrum Policy Programme</i>) decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 243/2012/UE z dnia 14 marca 2012 r. w sprawie ustanowienia wieloletniego programu dotyczącego polityki w zakresie widma radiowego;
SMRA	(ang. <i>Simultaneous Multiple Round Ascending</i>) aukcja równoczesna, rosnąca, wielorundowa;
Sferia	Sferia S.A.;
T-Mobile	T-Mobile Polska S. A.;
Uokik	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r., poz. 50, nr 331, z późn. zm.);

UOKiK	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów;
Wzór Oferty Awaryjnej	ogłoszony przez Prezesa UKE w dniu 21 sierpnia 2013 r. do konsultacji projekt dokumentu „Załącznik nr 2 – Wzór oferty składanej w trybie awaryjnym”;
Wzór Oferty Wstępnej	ogłoszony przez Prezesa UKE w dniu 21 sierpnia 2013 r. do konsultacji projekt dokumentu „Załącznik nr 1 – Wzór oferty wstępnej”

1. Podsumowanie stanowiska konsultacyjnego P4

1.1. Ocena ogólna warunków Aukcji i jej otoczenia prawnego

W ocenie P4, przeprowadzenie Aukcji w aktualnym otoczeniu prawnym i w oparciu o zaproponowane w Dokumentacji Aukcyjnej warunki wiąże się z szeregiem bardzo poważnych ryzyk dla całego procesu alokacji częstotliwości z zakresu 800 MHz i 2,6 GHz. Ryzyka te nie tylko mogą doprowadzić do nieefektywnej alokacji tych częstotliwości, sprzyjając antykonkurencyjnej kumulacji zasobów widma w rękach poszczególnych graczy rynkowych lub ich grup, ale zagrażają wręcz samej Aukcji jako procesowi, bowiem mogą skutkować jej nierozstrzygnięciem lub późniejszym unieważnieniem.

Powyższe zagrożenia dla Aukcji wynikają z następujących okoliczności:

1) aktualne uwarunkowania prawne nie pozwalają na efektywne przeprowadzenie w Polsce aukcji typu SMRA

Aukcja na rezerwację częstotliwości, w tym aukcja typu SMRA proponowana przez Prezesa UKE, bazuje na **mechanizmie odkrywania ceny** (ang. „*price discovery*”), który pozwala uczestnikom na stopniowe gromadzenie w toku licytacji wiedzy o rzeczywistej (rynkowej) wartości widma, a w konsekwencji prowadzi do **efektywnego wyniku aukcji**, tj. **alokacji widma po cenie zbliżonej do jego rzeczywistej wartości**.

Jednakże, aby ten fundamentalny dla aukcji mechanizm mógł zadziałać, oferty muszą mieć charakter wiążący formalnie (tj. wiązać uczestnika aż do momentu uzyskania rezerwacji) lub faktycznie (poprzez zastosowanie odpowiednich instrumentów, które zapewnią, że uczestnik nie bierze udziału w postępowaniu jedynie w celach spekulacyjnych). Jednakże w warunkach polskiego prawa nałożenie, a tym bardziej wyegzekwowanie powyższych wymogów nie jest w chwili obecnej możliwe, z powodów opisanych poniżej. Ułomności polskich uwarunkowań prawnych dotyczących aukcji powodują, że uczestnicy mają możliwość składania ofert taktycznych (spekulacyjnych) zmierzających nie do uzyskania widma, ale jedynie do podbicia cen oferowanych przez innych uczestników. Przykładem aukcji, w ramach której doszło do takiego właśnie zniekształcenia mechanizmu aukcji, jest rozpoczęta w Czechach w

listopadzie 2012 r. i zakończona fiaskiem w marcu 2013 r. aukcja na częstotliwości z zakresów 800 MHz / 1800 MHz / 2,6 GHz.

Po pierwsze, polskie prawo wyraźnie wskazuje, iż uczestnik każdego z postępowań selekcyjnych (przetargu, aukcji) ma możliwość, na kilka różnych sposobów, zwolnić się ze stanu związania swoją ofertą przed uprawomocnieniem się decyzji rezerwacyjnej wydanej na jego rzecz w oparciu o tę ofertę. I tak:

- (i) może on wycofać ofertę z aukcji lub przetargu, przy czym w przypadku aukcji prawo wycofania oferty dotyczy zarówno oferty wstępnej, jak i każdej z ofert składanych w toku II etapu aukcji (powyższe wynika z treści art. 119 ust. 3 Pt, który stanowi o generalnym prawie wycofania oferty z aukcji po upływie terminu jej złożenia, nie precyzując, o jaki konkretnie typ oferty chodzi; co więcej, § 2 Rozporządzenia o Aukcji nakazuje pod pojęciem oferty w aukcji rozumieć ofertę wstępną i ofertę aukcyjną); należy również podkreślić, że - w braku odmiennego zastrzeżenia w treści przepisu - wycofanie oferty wstępnej może nastąpić w toku całej aukcji, a więc również w toku jej II etapu – wówczas wycofanie oferty wstępnej winno skutkować utratą ważności wszystkich ofert składanych przez tego uczestnika w ramach II etapu, bez konieczności ich odrębnego wycofywania;
- (ii) może on, po uzyskaniu statusu podmiotu wyłonionego, **zaniechać złożenia wniosku o dokonanie rezerwacji częstotliwości w oparciu o daną ofertę** (art. 118b ust. 2 Pt);
- (iii) może on w inny, niesprecyzowany w ustawie sposób, **zrezygnować z dokonania na jego rzecz rezerwacji częstotliwości w oparciu o daną ofertę**, w tym poprzez złożenie oświadczenia o rezygnacji z rezerwacji częstotliwości w oparciu o daną ofertę (art. 118b ust. 2 Pt).

Po drugie, w chwili obecnej Prezes UKE nie dysponuje instrumentami, które mogłyby zniechęcać (tj. uczynić ekonomicznie nieracjonalnym, choć prawnie możliwym) uczestników Aukcji do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości. Przewidziane w Pt wadium jest bowiem ustawowo ograniczone w swej wysokości, zaś przewidziany w Rozporządzeniu o Aukcji depozyt podlega w każdym przypadku

zwrotowi, w tym również w razie wycofania przez uczestnika oferty z aukcji.

Tym samym, omówione powyżej uwarunkowania prawne pozwalają co prawda na przeprowadzenie Aukcji, ale Aukcji upośledzonej, pozbawionej podstawowych korzyści dla alokacji częstotliwości, jakie zapewnia prawidłowe działanie mechanizmu „*price discovery*”. Jak rozumiemy, Prezes UKE dąży do zapewnienia efektywnego wyniku aukcji, tj. alokacji widma po cenie zbliżonej do jego rzeczywistej wartości, wprowadzając m.in. zapisy dotyczące związania uczestników ofertami złożonymi w II etapie Aukcji aż do momentu uprawnomocnienia się decyzji rezerwacyjnych oraz braku prawa do ich wycofania (przykładowo pkt 6.6.2, 6.11.3. Dokumentacji Aukcyjnej). Postanowienia te nie mogą jednak pozostawać w sprzeczności z przepisami prawa.

2) warunki Aukcji powodują ryzyko jej nierozstrzygnięcia

Zgodnie z Dokumentacją Aukcyjną, Aukcja będzie przeprowadzona w oparciu o dwie ważne zasady:

- (i) uczestnicy mogą przenosić oferty pomiędzy blokami dowolną liczbę razy;
- (ii) po przeniesieniu oferty z danego bloku, cena za ten blok może spaść potencjalnie aż do wartości wyjściowej, tj. ceny wywoławczej.

Kombinacja tych dwóch zasad oznacza, że istnieje znaczne ryzyko tego, że Aukcja nigdy nie zostanie rozstrzygnięta. **Możliwe jest, że proces składania ofert przybierze formę powtarzanego cyklu, w którym oferty będą co jakiś czas wracać do poziomu cen wywoławczych za dany blok, co oznacza, że Aukcja ta może trwać w nieskończoność.**

Przykładem aukcji, która z uwagi na występowanie w/w zasad nie została rozstrzygnięta, jest rozpoczęta w styczniu 2013 r. przez fiński organ regulacyjny aukcja na częstotliwości z zakresu 800 MHz. We wrześniu 2013 r., a zatem po ośmiu miesiącach licytacji, organ ten był zmuszony wstrzymać aukcję właśnie z uwagi na cykliczny powrót cen oferowanych za poszczególne bloki częstotliwości do poziomu cen wyjściowych.

Gdyby polska Aukcja, podobnie jak fińska, nie została rozstrzygnięta z uwagi na występowanie w Dokumentacji Aukcyjnej w/w zasad, doprowadziłoby to do znacznych opóźnień w rozdysponowaniu częstotliwości, co spowodowałoby utratę korzyści ekonomicznych powstałych w wyniku komercyjnego wykorzystania widma. Ponadto, powielenie błędu obnażonego w aukcji fińskiej byłoby wysoce szkodliwe wizerunkowo dla Prezesa UKE i niefortunne dla uczestników polskiego rynku telekomunikacyjnego. Co więcej, w razie gdyby w polskiej Aukcji doszło do omawianego wyżej zapętlenia, Prezes UKE (w odróżnieniu od regulatora fińskiego) nie będzie miał skutecznych narzędzi, aby ten stan przerwać bez narażenia się na ryzyko unieważnienia Aukcji.

3) warunki Aukcji sprzyjają antykonkurencyjnej koncentracji zasobów częstotliwości w rękach poszczególnych graczy rynkowych lub ich grup

Wraz ze wzrostem ruchu transmisji danych, zasób widma będącego w posiadaniu operatora będzie w coraz większym stopniu przesądzać o jego udziałach rynkowych. P4 jest głęboko zaniepokojona faktem, że konsultowane warunki Aukcji sprzyjają antykonkurencyjnej koncentracji zasobów częstotliwości w rękach poszczególnych podmiotów działających na rynku lub w rękach grup takich podmiotów.

Przede wszystkim, Dokumentacja Aukcyjna **całkowicie ignoruje aktualnie zachodzące na polskim rynku telekomunikacyjnym zjawiska, tj.:**

- (i) zacieśniającą się współpracę pomiędzy niektórymi podmiotami w zakresie współdzielenia lub udostępniania częstotliwości.** Mowa tu przede wszystkim o współpracy dwóch operatorów zasiedziały, tj. T-Mobile i Orange, w zakresie wspólnego wykorzystywania przez tych przedsiębiorców przyznanych im częstotliwości z zakresu 900 MHz, oraz udostępnienia przez T-Mobile na rzecz Orange częstotliwości z zakresu 1800 MHz. Charakter porozumienia o udostępnieniu zasobów częstotliwości ma również współpraca nawiązana pod koniec 2012 r. przez spółkę Sferia z funduszem NFI Midas S.A., pozostającym pod kontrolą Zygmunta Solorza-Żaka. Dokumentacja Aukcyjna w obecnym brzmieniu nie pozwala, aby częstotliwości, którymi określone podmioty dysponują na mocy w/w

porozumień, były zaliczane do zasobów częstotliwości posiadanych przez te podmioty i brane pod uwagę przy ocenie, o ile rezerwacji mogą się one ubiegać w Aukcji;

- (ii) **przypadki sprawowania przez dwóch lub więcej przedsiębiorców wspólnej kontroli nad innymi podmiotami.** Należy tu przede wszystkim zwrócić uwagę na przypadek Sferii, która w ocenie P4 oraz Prezesa UOKiK pozostaje co najmniej pod wspólną kontrolą Zygmunta Solorza-Żaka (ZSZ), który sprawuje również kontrolę nad Polkomtel. Dokumentacja Aukcyjna nie określa, czy i w jaki sposób zasoby częstotliwości posiadane przez Sferia będą zaliczane do zasobów częstotliwości posiadanych przez Polkomtel i inne podmioty z Grupy ZSZ (i odwrotnie).

W ramach każdego z podanych wyżej zjawisk może dochodzić do skupiania w rękach grup podmiotów (czy to w ramach porozumienia o współdzieleniu (udostępnianiu) częstotliwości, czy to w ramach wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą posiadającym zasoby częstotliwości) potencjalnie ogromnych zasobów widma, w drodze *de facto* wtórnego jego rozdziału. W chwili obecnej warunki Aukcji w żaden sposób nie uwzględniają tych zjawisk, a w konsekwencji dopuszczają do tego, że podmioty w nie zaangażowane będą mogły w wyniku Aukcji jeszcze bardziej powiększyć swoją już i tak ogromną przewagę w ilości kontrolowanych zasobów widma.

P4 jest zaniepokojona tym, że proponowane warunki Aukcji mogą zachęcać konkurentów P4 do składania ofert taktycznych jedynie w tym celu, aby zapobiec nabyciu częstotliwości przez P4 i w rezultacie obniżyć pozycję konkurencyjną P4 na rynku. Z uwagi na ograniczenia prawne Dokumentacja Aukcyjna nie korzysta z szeregu instrumentów chroniących przed spekulacyjnym (antykonkurencyjnym) nabywaniem pasma, które są normalnie stosowane w tego typu postępowaniach w innych krajach Europy, zaś te instrumenty, które polskie prawo pozwala stosować (tj. ograniczenia w zakresie ilości posiadanego w wyniku Aukcji pasma), wykorzystuje w sposób niepełny i nieadekwantny do zastanej sytuacji rynkowej. W efekcie, mimo zastosowania tych ograniczeń, całkowity możliwy do zgłoszenia w ramach Aukcji popyt ze strony Polkomtel, Orange oraz T-Mobile wyniesie 2×25 MHz z pasma 800 MHz (w porównaniu do podaży na poziomie 2×25 MHz) oraz 2×90 MHz z pasma 2,6

GHz (w porównaniu do podaży na poziomie 2×70 MHz). Istnieje zatem znaczne ryzyko, że P4 nie uzyska żadnej częstotliwości w Aukcji, w wyniku przyjęcia przez jej konkurentów strategii taktycznego składania ofert w celu wyłączenia P4 od nabycia pasma.

1.2. Ryzyko unieważnienia lub kompromitacji Aukcji

P4 już trzykrotnie w historii swojej działalności została podmiotem wyłonionym w przetargach na rezerwację częstotliwości, oraz z sukcesem uczestniczyła w długoletnich postępowaniach sądowych mających na celu kontrolę tych przetargów z punktu widzenia podstaw do ich unieważnienia. P4 jest również baczny obserwatorem przebiegu wszystkich postępowań sądowych dotyczących tych przetargów, w których nie uczestniczyła.

Na podstawie powyższych doświadczeń P4 jest upoważniona do stwierdzenia, że **planowana Aukcja jest pierwszym w historii polskiego rynku telekomunikacyjnego postępowaniem selekcyjnym, które już na etapie analizy jego proponowanych warunków pozwala przewidywać, że zostanie ono unieważnione lub zakończy się fiaskiem. Po raz pierwszy bowiem konsultowane warunki Aukcji i jej prawdopodobny przebieg w sposób oczywisty i nie podlegający ocenom kolidują z polskim prawem i naruszają interesy uczestników Aukcji.** Na dowód powyższego poniżej prezentujemy niezależne scenariusze wydarzeń i instrumenty, jakimi mogliby się, naszym zdaniem skutecznie, posłużyć uczestnicy dążący do unieważnienia lub wypaczenia Aukcji. I tak:

I. SCENARIUSZ OPARTY NA ZAPISACH O „WAŻNOŚCI” OFERT

Scenariusz ten zakłada, że w Dokumentacji Aukcyjnej zostaną utrzymane zapisy dotyczące związania uczestnika ofertą złożoną w toku II etapu Aukcji aż do momentu wydania prawomocnej decyzji rezerwacyjnej oraz zapisy dotyczące braku prawa do wycofania tej oferty. Następnie scenariusz ten zakłada, że dochodzi do wyłonienia ofert zwycięskich dla każdego bloku i zakończenia Aukcji, zgodnie z pkt 6.18. konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej. Wówczas:

- a. zapisy te będą rażąco sprzeczne z Prawem Telekomunikacyjnym, bowiem będą one zmierzać do pozbawienia uczestników

uprawnienia, które zostało im wyraźnie przyznane przez przepisy tej ustawy; zapisy te będzie można również uznać za sprzeczne z konstytucyjną zasadą działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP);

- b. z powyższego względu zapisy te, jako sprzeczne z prawem, nie będą mogły odnieść zamierzonego skutku; niemniej jednak, uczestnicy będą mogli wywodzić, że samo zawarcie w Dokumentacji Aukcyjnej takich zapisów powoduje, że zostały rażąco naruszone przepisy prawa (pierwsza przesłanka unieważnienia Aukcji z art. 118d ust. 1 Pt), nawet jeśli nie byli nimi skutecznie związani;
- c. co więcej, uczestnicy będą mogli wskazywać, że wskutek zawarcia w Dokumentacji Aukcyjnej tych sprzecznych z prawem i wprowadzających w błąd zapisów doszło również do rażącego naruszenia ich interesów (druga przesłanka unieważnienia Aukcji z art. 118d ust. 1 Pt), zwłaszcza jeśli wykażą, że działając w zaufaniu do organu administracji publicznej i poszanowaniu reguł przez niego ustanowionych, stosowali się do nich.

II. SCENARIUSZ OPARTY NA PRZYPADKU AUKCJI CZESKIEJ

Scenariusz ten również bazuje na braku związania uczestnika jego ofertą w aukcji, jednakże nie ma tu znaczenia, czy odmienne w tym zakresie zapisy zostaną z Dokumentacji Aukcyjnej usunięte, czy też nie. Uczestnicy aukcji zdają sobie bowiem sprawę z tego, że zapisy te, nawet utrzymane w Dokumentacji, nie będą ich wiązać. Niektórzy z nich, realizując swoje cele strategiczne, decydują się wykorzystać fakt, że ich oferty nie są faktycznie wiążące, i składają w toku licytacji oferty na coraz wyższe kwoty, bez zamiaru uzyskania rezerwacji, a jedynie w celu wywindowania ceny, jaką zapłacą inni uczestnicy, lub uniemożliwienia im nabycia pasma. Wówczas:

- a. Prezes UKE po tym, jak zorientuje się co do rzeczywistego celu licytacji, nie będzie dysponował żadnym prawnym instrumentem ani dla przerwania tego stanu rzeczy, ani tym bardziej dla jego naprawienia; i tak:

- b. Prezes UKE **nie będzie mógł przerwać Aukcji** (pkt 6.14. Dokumentacji Aukcyjnej) i unieważnić określonych rund II etapu Aukcji z uwagi na działania uczestników Aukcji polegające na oferowaniu za poszczególne bloki nieracjonalnie wysokich kwot, bowiem zgodnie z Dokumentacją Aukcyjną przerwanie Aukcji może nastąpić tylko z uwagi na działania uczestnika sprzeczne z jej zasadami, zaś Dokumentacja w żadnym miejscu nie zabrania podnoszenia przez uczestnika swych ofert; nie sposób również będzie wykazać, że podnosząc oferty, uczestnicy działają w złej wierze; co więcej, nawet gdyby Prezes UKE przerwał Aukcję, to i tak nie byłby w stanie wyeliminować problemu, który leży nie w warunkach Aukcji, ale w przepisach polskiego prawa;
- c. Prezes UKE **nie będzie również mógł odwołać Aukcji** (ust. 9 Ogłoszenia o Aukcji), bowiem zgodnie z § 5 pkt 4) Rozporządzenia o Aukcji odwołać aukcję można tylko w terminie na złożenie oferty wstępnej, zaś w rozpatrywanym tu scenariuszu Aukcja znajdowałaby się już na II etapie; czyniąc to, Prezes UKE w sposób oczywisty naruszałby prawo;
- d. W tej sytuacji Prezes UKE będzie zmuszony oczekiwać, aż ta samonapędzająca się bańka spekulacyjna sama przestanie rosnąć (ceny za poszczególne bloki zostaną wywindowane do pożądanego przez spekulujących uczestników poziomu albo dalsze podbijanie cen zostanie zneutralizowane przez uciążliwości związane z wnoszeniem kolejnych depozytów); Aukcja zostanie wówczas, pozornie z sukcesem, zakończona i dopiero na etapie postępowania rezerwacyjnego, w toku którego Prezes UKE będzie bezskutecznie oczekiwał na złożenie wniosków rezerwacyjnych przez podmioty zajmujące pierwsze i kolejne miejsca na listach podmiotów wyłonionych dla poszczególnych bloków, pozorność Aukcji zostanie w pełni ujawniona.
- e. Scenariusz ten, choć nawiązuje do fiaska aukcji czeskiej, prowadzi do znacznie gorszych skutków. Należy bowiem pamiętać, że w odróżnieniu od regulatora czeskiego, Prezes UKE nie będzie mógł zatrzymać raz rozpoczętego procesu licytacji, w związku z czym

koszty nieudanego procesu alokacji częstotliwości i straty wizerunkowe dla samego regulatora będą daleko większe.

III. SCENARIUSZ OPARTY NA PRZYPADKU AUKCJI FIŃSKIEJ

Scenariusz ten zakłada, że w Dokumentacji Aukcyjnej zostaną utrzymane zapisy dotyczące możliwości spadku ceny dla bloku, z którego przeniesiono wszystkie oferty aukcyjne, do poziomu ceny wywoławczej. Następnie scenariusz ten zakłada, że oparta o ten zapis licytacja wejdzie w stan zapętlenia, tj. cyklu powtarzających się powrotów zadeklarowanych kwot do poziomu cen wywoławczych dla poszczególnych bloków. Wówczas:

- a. Prezes UKE nie będzie dysponował żadnym prawnym instrumentem ani dla przerwania tego stanu rzeczy, ani tym bardziej dla jego naprawienia; stawia go to w daleko gorszej sytuacji niż regulatora fińskiego, który, korzystając ze swoich ustawowych uprawnień, wstrzymał (zawiesił, przerwał) aukcję z zamiarem zrewidowania i naprawienia jej warunków, a następnie wznowienia; i tak:
- b. Prezes UKE **nie będzie mógł odwołać Aukcji** (ust. 9 Ogłoszenia o Aukcji), bowiem zgodnie z § 5 pkt 4) Rozporządzenia o Aukcji odwołać aukcję można tylko w terminie na złożenie oferty wstępnej, zaś w rozpatrywanym tu scenariuszu Aukcja znajdowałaby się już na II etapie; czyniąc to, Prezes UKE w sposób oczywisty naruszałby prawo;
- c. Prezes UKE **nie będzie mógł również przerwać Aukcji** (pkt 6.14. Dokumentacji Aukcyjnej) i unieważnić określonych rund II etapu Aukcji z uwagi na działania uczestników Aukcji polegające na przenoszeniu wszystkich ofert z danego bloku ze skutkiem w postaci spadku ceny za dany blok do poziomu ceny wywoławczej, bowiem zgodnie z Dokumentacją Aukcyjną przerwanie Aukcji może nastąpić tylko z uwagi na działania uczestnika sprzeczne z jej zasadami, zaś wielokrotne przenoszenie ofert i wywołany tym spadek ceny dla danego bloku nie tylko nie są sprzeczne z

Dokumentacją Aukcyjną, ale zostały w niej wyraźnie zagwarantowane;

- d. co więcej, nawet gdyby, działając wbrew prawu, Prezes UKE przerwał Aukcję, to i tak nie byłby w stanie zmienić jej warunków w taki sposób, aby nie dochodziło do cyklicznego spadku cen za poszczególne bloki; polskie prawo nie przewiduje bowiem możliwości zmiany dokumentacji (czy to przetargowej, czy aukcyjnej) w trakcie trwania przetargu/aukcji. Czyniąc to, Prezes UKE dwukrotnie zatem naruszałby prawo, zaś Aukcja prowadzona w dalszym ciągu po takim przerwaniu pozbyłaby się co prawda jednego ryzyka (tj. ryzyka jej nierozstrzygnięcia z uwagi na cykliczność ofert), ale naraziłaby się na kolejne, tj. ryzyko jej unieważnienia z powodu rażącego naruszenia przepisów prawa z uwagi na nieuprawnione przerwanie aukcji oraz zmianę warunków Aukcji w jej trakcie. W obu przypadkach można byłoby argumentować, że doszło również do rażącego naruszenia interesów uczestników Aukcji.

1.3. WIODĄCY POSTULAT P4: Należy przeprowadzić Aukcję po zmianie prawa i po naprawieniu jej warunków

W świetle wniosków z ogólnej oceny warunków Aukcji i jej otoczenia prawnego, P4 uważa, że przeprowadzenie prawdziwej i efektywnej aukcji typu SMRA może się odbyć po zmianie prawa i po naprawieniu jej warunków. P4 zamieszcza w stanowisku szczegółową argumentację dla poszczególnych tez składających się na ten postulat.

1) Aukcja powinna być przeprowadzona w późniejszym terminie

Odłożenie Aukcji w czasie pozwoli na:

- (i) wyeliminowanie z otoczenia prawnego przepisów uniemożliwiających efektywne przeprowadzanie w Polsce aukcji typu SMRA;
- (ii) powiązanie Aukcji z postępowaniami w sprawie przedłużenia istniejących rezerwacji w paśmie 900 i 1800 MHz; zapewni to uczestnikom Aukcji możliwość kształtowania kompleksowej strategii nabywania częstotliwości i planowania budżetowego w tym zakresie, a także zwiększy efektywność alokacji, wpływy budżetowe z niej

osiągane oraz przede wszystkim zagwarantuje realizację stanu przewidywalności regulacyjnej;

- (iii) uwzględnienie w Aukcji wyników sporu wokół ugody Sferia z MAiC, tj. ewentualne powtórne włączenie do Aukcji pojedynczego bloku przeznaczonego na mocy tej ugody do przekazania Sferii.

2) Postulaty szczegółowe dotyczące warunków Aukcji i treści dokumentów aukcyjnych

Równolegle z przeprowadzeniem Aukcji w późniejszym terminie, postulujemy naprawę jej warunków, w drodze uwzględnienia następujących postulatów szczegółowych:

- 1) P4 postuluje dodanie do postanowień Dokumentacji Aukcyjnej dotyczących przenoszenia ofert zastrzeżenia, że przeniesienie oferty z danego bloku nie powoduje zmiany NZK dla tego bloku.**

Uwzględnienie tego postulatu pozwoli na wyeliminowanie ryzyka nierozstrzygnięcia Aukcji z uwagi na efekt cyklicznych powrotów cen oferowanych za poszczególne bloki częstotliwości do poziomów cen wywoławczych dla tych bloków.

- 2) P4 postuluje uwzględnienie w warunkach uczestnictwa w Aukcji zjawisk aktualnie zachodzących na rynku telekomunikacyjnym w zakresie wspólnej kontroli w ramach grup kapitałowych i w zakresie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości.**

Zgodnie z warunkami Aukcji uczestnik, który posiada już rezerwacje częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej lub pasma 900 MHz, może ubiegać się jedynie o taką liczbę rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz, której posiadanie nie doprowadzi do przekroczenia łącznie 40 MHz posiadanego przez tego uczestnika Aukcji widma z tych zakresów, przy czym do zasobów częstotliwości posiadanych przez uczestnika Aukcji zalicza się rezerwacje częstotliwości dokonane na jego rzecz oraz na rzecz podmiotów z jego grupy kapitałowej.

W naszej ocenie takie sformułowanie warunku uczestnictwa w Aukcji nie pozwala na zgodne ze stanem rzeczywistym określenie ilości zasobów częstotliwości posiadanych przez uczestnika Aukcji.

Proponujemy, aby Prezes UKE zmodyfikował powyższy warunek uczestnictwa poprzez wskazanie, iż nie tylko zasoby częstotliwości uzyskane w drodze rezerwacji dokonanych na rzecz uczestnika, ale i zasoby posiadane na podstawie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości radiowych (jak również innych porozumień o tożsamym skutku) będą brane pod uwagę przy określaniu ilości zasobów częstotliwości posiadanych przez uczestnika Aukcji.

Proponujemy, by Prezes UKE zawarł w Dokumentacji Aukcyjnej dodatkowe wyjaśnienia precyzujące, jak na gruncie zawartej w Dokumentacji definicji grupy kapitałowej należy kwalifikować podmioty znajdujące się pod wspólną kontrolą dwóch lub więcej przedsiębiorców (podmioty współkontrolowane). Wyjaśnienia te powinny przesądzać, że w każdym z takich przypadków podmiot współkontrolowany będzie należał do grupy kapitałowej każdego z podmiotów go współkontrolujących.

Dodatkowo postulujemy, aby w kwestii weryfikacji zawartych w ofertach wstępnych informacji o powyższych porozumieniach umownych i powiązaniach kapitałowych Prezes UKE zasięgał opinii Prezesa UOKiK.

3) P4 postuluje, aby uczestnik Aukcji mógł w wyniku jej przeprowadzenia uzyskać maksymalnie dwie rezerwacje częstotliwości z pasma 2,6 GHz.

Takie ukształtowanie warunków uczestnictwa w Aukcji pozwoli na zmniejszenie ryzyka spekulacyjnego nabywania pasma, zmierzającego do wyłączenia czwartego operatora od uzyskania w wyniku Aukcji jakiegokolwiek zasobu częstotliwości z zakresu 2,6 GHz.

4) P4 popiera wymóg wykazania się historycznymi inwestycjami, jednak postuluje jego wyraźne zaliczenie do warunków uczestnictwa w Aukcji, a także doprecyzowanie co do zakresu przedmiotowego (inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną dla potrzeb świadczenia usług telefonii ruchomej) i

geograficznego (na terytorium Polski) oraz wydłużenie okresu i podniesienie wymaganej kwoty inwestycji (do 1 500 000 000 zł).

Dzięki zaliczeniu wymogu wykazania się historycznymi inwestycjami do warunków uczestnictwa w Aukcji zapewniona zostanie pełna przejrzystość omawianego wymogu i jego umiejscowienia w procesie Aukcji. Podmioty w niej uczestniczące będą miały jasność co do tego, że:

- (i) wymóg ten stanowi warunek uczestnictwa w Aukcji,
- (ii) badany będzie w I etapie Aukcji,
- (iii) którego niespełnienie skutkuje niezakwalifikowaniem oferty uczestnika do II etapu Aukcji.

Dodatkowo P4 postuluje doprecyzowanie tego wymogu w taki sposób, aby jego spełnienie następowało wyłącznie w przypadku, gdy:

- inwestycje te dotyczyły własnej infrastruktury telekomunikacyjnej dla potrzeb świadczenia usług telefonii ruchomej;
- były dokonane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- były dokonane samodzielnie przez dany podmiot, a nie w drodze nabycia (np. w wyniku przejęcia) innego podmiotu, który tych inwestycji dokonał;
- były dokonane na przestrzeni lat 2008 - 2012;
- opiewały na kwotę przekraczającą 1 500 000 000 zł.

5) P4 postuluje modyfikację zobowiązań inwestycyjnych przypisanych do bloków częstotliwości w paśmie 800 MHz w taki sposób, aby były one wykonalne w świetle umów międzynarodowych oraz aby powodowały symetryczne obciążenia dla beneficjentów rezerwacji.

P4 wskazuje, że zobowiązania inwestycyjne przypisane do poszczególnych bloków częstotliwości w paśmie 800 MHz częściowo kolidują z postanowieniami umów międzynarodowych z Rosją, Białorusią i Ukrainą, które nakładają szereg ograniczeń w zakresie budowy i parametrów technicznych stacji bazowych w obszarach przygranicznych.

P4 postuluje modyfikację zobowiązań inwestycyjnych przypisanych do każdego z bloków w paśmie 800 MHz w taki sposób, aby powodowały one jednakowe obciążenia kosztowe dla wszystkich podmiotów, które uzyskają rezerwy częstotliwości. Proponujemy, aby treścią tych zobowiązań był wymóg uruchomienia określonej liczby nowych stacji bazowych (150-200 stacji dla każdego bloku z pasma 800 MHz), na obszarach „białych plam” wskazanych przez Prezesa UKE.

6) P4 proponuje wprowadzenie do warunków uczestnictwa w Aukcji wymogu rzetelności i zgodności ze stanem rzeczywistym dokumentów i informacji przedkładanych w ofercie wstępnej, którego niespełnienie będzie skutkować niezakwalifikowaniem oferty do II etapu Aukcji.

P4 postuluje, aby Prezes UKE zaliczył i *explicite* wpisał wymóg dochowania pełnej rzetelności i zgodności ofert ze stanem rzeczywistym do warunków uczestnictwa w Aukcji, podlegających sprawdzeniu w I etapie Aukcji. Dokumentacja Aukcyjna, celem zachowania swojej jawności i przejrzystości, winna jasno określać sposób postępowania z nierzetelnymi ofertami i wskazywać, że oferty takie nie będą mogły być zakwalifikowane do II etapu Aukcji.

7) P4 postuluje wyrównanie liczby punktów licytacyjnych przypisanych do bloków częstotliwości z pasma 800 MHz i 2,6 GHz.

Proponowana w Dokumentacji Aukcyjnej proporcja punktów licytacyjnych dla bloków z zakresu 800 MHz i 2,6 GHz nie pozwala oferentowi ubiegającemu się o jeden blok z zakresu 800 MHz na przeniesienie oferty z bloku z zakresu 800 MHz na blok z zakresu 2,6 GHz.

Jako rozwiązanie tego problemu, proponujemy następującą modyfikację w proporcji punktów licytacyjnych przypisanych do bloków z poszczególnych zakresów:

- (i) zakres 800 MHz – na każdy blok 2×5 MHz przypada 1 PL
- (ii) zakres 2,6 GHz – na każdy blok 2×10 MHz przypada 1 PL.

Dysponując tą samą liczbą punktów licytacyjnych zarówno za bloki z zakresu 800 MHz, jak i z zakresu 2,6 GHz, uczestnicy Aukcji będą mogli w pełni korzystać z możliwości przenoszenia ofert pomiędzy zakresami 800 MHz oraz 2,6 GHz. To z kolei powinno prowadzić do bardziej efektywnego wyniku Aukcji.

8) Wymóg złożenia depozytu, jako środek nieskuteczny i bezpodstawny, powinien zostać usunięty z warunków Aukcji.

W naszej ocenie wymóg złożenia depozytu w II etapie Aukcji powinien zostać usunięty z warunków Aukcji, ponieważ został on oparty na przepisie prawa (tj. § 9 pkt 6 lit. s) oraz § 35 Rozporządzenia o Aukcji), który:

- (i) narusza zasadę proporcjonalności wynikającą z przepisów unijnych oraz Konstytucji RP, ponieważ ustanawia środek nieskuteczny i nadmiernie uciążliwy w zakresie realizacji założonych celów,
- (ii) został wydany z naruszeniem delegacji ustawowej zawartej w art. 120 Pt.

9) Należy usunąć z treści Dokumentacji Aukcyjnej zastrzeżenia dotyczące ważności ofert składanych w II etapie Aukcji aż do momentu uprawnomocnienia się decyzji rezerwacyjnych oraz dotyczące braku prawa do wycofania tych ofert, lub te zastrzeżenia doprecyzować.

Dokumentacja Aukcyjna nie może zawierać zapisów, które są sprzeczne z prawem i zmierzają do pozbawienia uczestników Aukcji możliwości skorzystania z przyznanego im w ustawie prawa do rezygnacji, na szereg różnych sposobów, z ubiegania się o rezerwację częstotliwości.

W związku z tym należy te zapisy usunąć albo doprecyzować w taki sposób, aby wynikało z nich jasno, że ważność oferty składanej w II etapie Aukcji oznacza tylko i wyłącznie tyle, że podmiot, który zdecyduje się uzyskać rezerwację częstotliwości w oparciu o tę ofertę (a więc nie wycofa tej oferty, ani oferty wstępnej, tudzież już jako podmiot wyłoniony nie zrezygnuje z rezerwacji), będzie mógł to uczynić jedynie na warunkach określonych w tej ofercie (w tym za zapłatą zadeklarowanej w niej kwoty).

10) P4 postuluje, aby Prezes UKE ustalił ramy czasowe poszczególnych faz postępowania przedaukcyjnego i Aukcji w sposób zapewniający uczestnikom odpowiedni czas na przygotowanie ofert i dostosowanie strategii licytacyjnej do dynamiki przebiegu Aukcji.

Z uwagi na precedensowy charakter Aukcji tak w polskim prawie, jak i praktyce rynkowej, postulujemy, aby Prezes UKE wyznaczył odpowiednio długi, tj. co najmniej 60-dniowy termin na składanie ofert wstępnych. Proponujemy, aby wyjaśnienia do Dokumentacji Aukcyjnej były publikowane przez Prezesa UKE najpóźniej na 14 dni przed upływem terminu na składanie ofert, tak aby zapewnić uczestnikom odpowiednią ilość czasu na ewentualne dostosowanie swoich ofert do treści wyjaśnień. Prosimy również o zapewnienie odpowiednio długiego etapu obliczeń w ramach każdej rundy II etapu Aukcji, w sposób umożliwiający uczestnikom dostosowanie ich strategii licytacyjnej do przebiegu Aukcji.

11) P4 postuluje doprecyzowanie postanowień Dokumentacji Aukcyjnej dotyczących składania ofert w trybie awaryjnym w taki sposób, aby nie dochodziło do dyskryminacji tych ofert.

W świetle konsultowanych postanowień Dokumentacji Aukcyjnej złożenie oferty w trybie awaryjnym wiąże się z określonymi niedogodnościami dla uczestnika Aukcji. Z tego względu P4 postuluje, aby Dokumentacja Aukcyjna jasno wskazywała, że tryb awaryjny ma zastosowanie tylko i wyłącznie w razie problemów technicznych i innych powodów leżących po stronie Uczestnika. Niemniej jednak niektóre z niedogodności związanych ze składaniem ofert w trybie awaryjnym nie są niezbędne i mogą zostać uznane za dyskryminujące tryb awaryjny w stosunku do zwykłego trybu składania ofert. Dlatego P4 postuluje, aby oferty składane w trybie awaryjnym, były, podobnie jak oferty składane w trybie zwykłym, rejestrowane zgodnie z rzeczywistym czasem ich wpływu, a także, aby Komisja prowadziła wspólny ranking ofert składanych w obu trybach i stosowała jednolite reguły określania pierwszeństwa w przypadku ofert równoważnych.

12) P4 postuluje zapewnienie uczestnikom Aukcji właściwych warunków do zapoznania się z wymogami i funkcjonowaniem Elektronicznego Systemu Aukcyjnego.

Uczestnicy II etapu Aukcji powinni być powiadomieni ze z góry znanym, zagwarantowanym i wystarczająco długim wyprzedzeniem, o minimalnych wymaganiach sprzętowych i łącza dotyczących ESA. Co więcej, oczekujemy, że aukcja próbna będzie stanowić symulację rzeczywistej aukcji, od pierwszej rundy licytacji aż do wyłonienia zwycięskich ofert. Postulujemy również, aby – w razie gdy po zakończeniu aukcji próbnej zostaną zgłoszone istotne nieprawidłowości ESA – o sposobie ich rozwiązania byli powiadomieni wszyscy uczestnicy II etapu Aukcji, oraz aby w takiej sytuacji powtórzona została aukcja próbna.

3) Uwagi dodatkowe dotyczące niejasności, sprzeczności, luk lub omyłek w projektach dokumentów aukcyjnych

P4 zgłasza w niniejszym stanowisku również szereg uwag natury porządkowej, dotyczących niejasności, sprzeczności, luk lub omyłek w projektach dokumentów aukcyjnych.

1.4. POMOCNICZY POSTULAT P4: Należy wyłączyć z zasobu częstotliwości podlegającego rozdysponowaniu zgodnie z wiodącym postulatem P4 cztery bloki pasma z zakresu 800 MHz i rozdysponować je w przetargu przeprowadzonym w najbliższym możliwym terminie

P4 zgłasza w niniejszym stanowisku również postulat pomocniczy, proponowany jedynie na wypadek, gdyby Prezes UKE zdecydował się pozostać przy zamiarze dokonania szybkiej alokacji częstotliwości z pasma 800 MHz z uwagi na zobowiązania wobec Komisji Europejskiej. Nie podważa to naszego przekonania, że najbardziej właściwą metodą alokacji pasma jest aukcja przeprowadzona w odpowiednio zmienionym otoczeniu prawnym.

Należy zauważyć, że tak w kontekście właściwości propagacyjnych, potrzeb rynku, jak i realizacji celów polityki regulacyjnej, pasma z zakresów 800 MHz i 2,6 GHz różnią się istotnie i w pełni uprawnione jest ich odrębne traktowanie. P4 jest zdania, że dokonanie przydziału częstotliwości z zakresów 800 MHz oraz 2,6 GHz w ramach dwóch odrębnych procedur nie jest w żadnym stopniu szkodliwe dla sektora mobilnych usług

telekomunikacyjnych czy dla gospodarki – w rzeczy samej, taki podział ma szansę zmaksymalizować wartość ekonomiczną obu tych zasobów.

P4 zamieszcza w stanowisku szczegółową argumentację dla poszczególnych tez składających się na ten postulat. I tak:

1) Proces wcześniejszej alokacji powinien objąć tylko 4 z 5 bloków w paśmie 800 MHz

Ewentualna wcześniejsza alokacja pasma 800 MHz ma charakter alternatywy wobec pełnego, kompleksowego procesu alokacji w drodze Aukcji wieloczęstotliwościowej przeprowadzonej w zmienionym otoczeniu prawnym. W takiej sytuacji w opinii P4 należy ograniczyć ilość pasma alokowanego wcześniej do niezbędnego minimum zapewniającego:

- (i) realizację zobowiązań względem Komisji Europejskiej, zgodnie z którymi Polska ma do 31 grudnia 2013 r. rozdysponować pasmo z zakresu 800 MHz, zaś do 31 marca 2014 r. dostarczyć Komisji raport w tej sprawie;
- (ii) realizację celów regulatora, w szczególności w zakresie pokrycia tzw. „białych plam”;
- (iii) prostotę procesu alokacji bloków częstotliwości o podobnej wartości ekonomicznej;
- (iv) przy jednoczesnym zachowaniu założonych celów fiskalnych Skarbu Państwa.

Na podstawie tych przesłanek postulujemy ograniczenie ewentualnej wcześniejszej alokacji w drodze przetargu do czterech bloków z zakresu 800 MHz, (oznaczonych jako bloki B, C, D i E), oraz przesunięcie bloku A, dotkniętego w chwili obecnej większymi ograniczeniami technicznymi i mającego niższą wartość ekonomiczną niż pozostałe bloki, do późniejszej aukcji.

2) Pasma 2,6 GHz powinno w całości zostać rozdysponowane w drodze późniejszej aukcji

Rozdzielenie procesów alokacji pasma 800 MHz i 2,6 GHz, z przeznaczeniem pasma 2,6 GHz do rozdysponowania w drodze późniejszej aukcji, pozwoli osiągnąć szereg korzyści, takich jak:

- (i) powiązanie procesu alokacji tego pasma z postępowaniami w sprawie przedłużenia istniejących rezerwacji planowanymi na połowę 2014 r., co pozwoli operatorom formułować swoją strategię w aukcji na częstotliwości z zakresu 2,6 GHz na bazie pełnej wiedzy o tym, jak w przyszłości będzie się kształtował rozdział pozostałej części widma o charakterze pojemnościowym (1800 MHz);
- (ii) uwzględnienie aktualnych uwarunkowań popytowych dla pasma 2,6 GHz oraz prognoz w zakresie rozwoju tego popytu.

Odłożenie w czasie procesu alokacji pasma 2,6 GHz odbyłoby się przy tym bez szkody dla harmonogramu budowy sieci w technologii LTE oraz dla harmonogramu realizacji wpływów do budżetu Skarbu Państwa.

3) Alokacja 4 bloków z pasma 800 MHz powinna się odbyć w trybie przetargu, a nie aukcji

Przejsie z formuły aukcji na formułę przetargu pozwoli na wyeliminowanie opisywanej w stanowisku niekompatybilności mechanizmów aukcji z przepisami polskiego prawa. Zagwarantowane bowiem w Pł prawo uczestnika do wycofania się z procesu alokacji częstotliwości na każdym jego etapie, mimo że dotyczy zarówno przetargu, jak i aukcji, to jedynie w przypadku aukcji oddziałuje destruktywnie na jej mechanizm.

Przejsie na formułę przetargu pozwoli na realizację przez Polskę zobowiązań dotyczących terminu alokacji pasma 800 MHz. Jednocześnie wybór formuły przetargu pozwoli na przeprowadzenie wielokrotnie przećwiczonej, lepiej osadzonej w przepisach prawa i bardziej stabilnej procedury, kosztem opóźnienia procesu alokacji częstotliwości jedynie o ok. dwa i pół tygodnia.

4) Postulaty szczegółowe dotyczące formuły przetargu

P4 zamieszcza również w stanowisku szereg postulatów szczegółowych dotyczących formuły ewentualnego przetargu na 4 bloki z pasma 800 MHz, jednak omówienie tych postulatów z konieczności ma charakter wstępny. Wyrażamy oczekiwanie, że w przypadku przyjęcia przez Prezesa UKE tej drogi postępowania, będziemy mieli szansę przedstawić szczegółowe

analizy i postulaty w odniesieniu do zaproponowanych przez Prezesa UKE rozwiązań w ramach odrębnego procesu konsultacyjnego. I tak:

- 1) P4 postuluje wprowadzenie do warunków przetargu zastrzeżenia, że jeden podmiot będzie mógł uzyskać w wyniku przetargu maksymalnie 2x5 MHz częstotliwości z zakresu 800 MHz (tj. jeden z czterech bloków oferowanych w przetargu).

Alokacja czterech bloków z zakresu 800 MHz z ograniczeniem ilości nabywanego pasma na poziomie jednego bloku 2x5 MHz na uczestnika minimalizuje ryzyko nadmiernej koncentracji pasma i problemy wynikające z aktualnie zachodzących na rynku telekomunikacyjnym zjawisk (wspólna kontrola kapitałowa, porozumienia o współdzieleniu częstotliwości), które w innym wypadku wymagałyby wypracowania daleko bardziej złożonych mechanizmów regulacyjnych.

- 2) P4 postuluje ustalenie w przetargu minimalnej wysokości jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji częstotliwości na poziomie pozwalającym na realizację celów fiskalnych Skarbu Państwa.

- 3) P4 postuluje zastosowanie w przetargu formuły oceny ofert obejmującej kryteria wysokości kwoty zadeklarowanej, wpływu na zachowanie warunków konkurencji, wiarygodności finansowej i zobowiązań podjętych w przetargu.

W naszej ocenie punktem wyjścia dla wypracowania formuły ewentualnego przetargu na cztery bloki z pasma 800 MHz, może być ogłoszony w 2012 r. przetarg na częstotliwości z zakresu 1800 MHz.

Dodatkowo P4 postuluje zastosowanie w ewentualnym przetargu szeregu rozwiązań proponowanych przez Prezesa UKE już obecnie w konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej, a także zaproponowanych przez P4 w niniejszym stanowisku jako postulaty aukcyjne.

2. Ocena ogólna warunków Aukcji i jej otoczenia prawnego

2.1. Aktualne uwarunkowania prawne nie pozwalają na efektywne przeprowadzenie w Polsce aukcji typu SMRA

2.1.1. Wiążący charakter oferty jako fundament działania mechanizmu aukcji typu SMRA

Format aukcji zaproponowany przez Prezesa UKE w Dokumentacji Aukcyjnej jest odmianą aukcji typu SMRA (ang. *Simultaneous Multiple Round Ascending*, aukcja równoczesna, rosnąca, wielorundowa). Taki format aukcji został zdeterminowany przez przepisy polskiego prawa (Prawo Telekomunikacyjne i Rozporządzenie o Aukcji), regulujące tryb i zasady przeprowadzania tej procedury selekcyjnej.

Jednym z kluczowych powodów, dla których organy regulacyjne wybierają aukcje wielorundowe, takie jak SMRA, jest zapewnienie działania **mechanizmu odkrywania ceny** (ang. *„price discovery”*). Mechanizm odkrywania ceny to proces, dzięki któremu oferenci pozyskują od siebie nawzajem cenne informacje na temat wartości danego dobra (w tym przypadku widma) będącego przedmiotem aukcji. W miarę postępu licytacji, oferenci otrzymują informacje dotyczące tego, jak rynek wycenia widmo, w ten sposób minimalizując ryzyko, że dany oferent albo zaniży własną wycenę wartości danego pasma (w ten sposób przegrywając aukcję i tracąc zasób, który być może w innym wypadku zostałby mu przyznany) lub ją zawyży (i uzyska pożądaną zasób, ale za cenę, która nie pozwoli mu na uzyskanie zwrotu z inwestycji – tzw. „klątwa zwycięzcy” (ang. *„winner’s curse”*)). W ten sposób proces stopniowego dochodzenia uczestników do wiedzy o rzeczywistej (rynkowej) wartości widma staje się kluczowym mechanizmem umożliwiającym zapewnienie, aby aukcja prowadziła do efektywnego wyniku, tj. efektywnej alokacji widma.

Jednakże, w celu zapewnienia, aby fundamentalny dla aukcji typu SMRA mechanizm *„price discovery”* rzeczywiście mógł zadziałać, oferty muszą mieć charakter wiążący. W przeciwnym razie, uczestnicy mogą w ramach realizowanej przez siebie strategii składać oferty taktyczne (spekulacyjne) jedynie w celu podbicia cen. Dlatego prawo do wycofania

się z procesu alokacji częstotliwości, czy to w trakcie, czy też po zakończeniu aukcji, całkowicie podważa funkcjonowanie tego mechanizmu w ramach aukcji.

Przykładem aukcji, w ramach której doszło do takiego właśnie zniekształcenia mechanizmu aukcji, jest rozpoczęta w listopadzie 2012 r. przez regulatora czeskiego aukcja na częstotliwości z zakresów 800 MHz / 1800 MHz / 2,6 GHz, która niedługo potem została zawieszona, zaś w marcu 2013 r. - odwołana przez czeski organ regulacyjny. Choć szczegółowe warunki tej aukcji różniły się od warunków proponowanych w Dokumentacji Aukcyjnej, pragniemy zauważyć, że była to również aukcja typu SMRA, która pozwalała na wycofywanie ofert. W swych oficjalnych komunikatach, organ regulacyjny (CTO) wskazywał, że aukcja ta została wstrzymana, ponieważ poziom kwot deklarowanych w ofertach wzrósł do „*ekonomicznie nieracjonalnego poziomu*”. Niemniej jednak, w rozumieniu tak przedstawicieli branży, jak i ekspertów ds. aukcji, z uwagi na fakt, że oferty nie były w rzeczywistości wiążące, aukcja ta zachęcała do składania ofert spekulacyjnych¹. Do końca tego roku czeski regulator planuje przeprowadzić nową aukcję, na zmienionych zasadach, silnie ograniczających prawo do wycofywania ofert i zwiększających sankcje finansowe za skorzystanie z niego².

W teorii, prawo do wycofania oferty może przynosić korzyści przy niektórych formatach aukcji i przy przetargu, ponieważ może służyć zapewnieniu, aby faktycznie uiszczona kwota za blok częstotliwości była bliższa jego wartości rynkowej (co pozwala uniknąć „klątwy zwycięzcy”). Niemniej jednak, uprawnienie to nie może współistnieć z aukcją w formacie SMRA, która w znacznym stopniu opiera się na mechanizmie „*price discovery*”.

Z kolei przetarg, jako alternatywna do aukcji procedura selekcyjna, jest znacznie mniej podatny na sytuację, w której uczestnicy ze względów

¹ Informacje o ocenach ekspertów co do faktycznego powodu odwołania aukcji czeskiej podajemy za serwisem Policy Tracker (informacja opublikowana w dniu 18 kwietnia 2013 r. w artykule pt. *New Czech auction rules dismay incumbents*). Podobnie o fiasku tej aukcji wypowiada się serwis Telecom TV: http://www.telecomtv.com/comspace_newsDetail.aspx?n=50450&id=e9381817-0593-417a-8639-c4c53e2a2a10&utm_campaign=DailyNews300913CzechsRestart&utm_medium=email&utm_source=TTV-Daily-News-Alert

² Informacja zaczerpnięta z powołanego wyżej artykułu opublikowanego przez Policy Tracker.

taktycznych wycofują swoje oferty po przeprowadzeniu przetargu. Jest tak dlatego, że wycofane oferty nie wpływają na oferty złożone przez pozostałych uczestników (z uwagi na fakt, że oferty są składane jednorazowo, bez dostępu do informacji o wysokości ofert innych uczestników). W związku z powyższym, podmiot wyłoniony jako drugi (tj. drugi na liście wyników przetargu po podmiocie, który zrezygnował) zapłaci za rezerwację częstotliwości nie więcej niż gdyby ów nierzetelny oferent w ogóle nie uczestniczył w przetargu. W przeciwieństwie do przetargu, aukcje wielorundowe są znacznie bardziej narażone na taki niekorzystny wpływ tego rodzaju zjawiska. Oferty spekulacyjne mogą bowiem skutkować podnoszeniem ofert przez oferentów faktycznie zainteresowanych nabyciem widma. Mimo że, wycofując ofertę, oferent spekulacyjny nie uzyska częstotliwości, to jednak podbije on cenę, jaką będzie musiał zapłacić faktyczny zwycięzca, a ewentualnie wpłynie także na zmianę podmiotu, który zostanie zwycięzcą.

W tym miejscu należy wskazać, że przepisy polskiego prawa gwarantują uczestnikom procedur selekcyjnych służących alokacji częstotliwości prawo do wycofania się z procesu alokacji na każdym jego etapie, aż do wydania prawomocnej decyzji rezerwacyjnej (piszemy o tym szerzej w pkt 2.1.2 poniżej). Naszym zdaniem konsultowana Dokumentacja Aukcyjna nie zawiera również w chwili obecnej żadnych zabezpieczeń, które w wystarczający sposób zniechęcałyby do prowadzenia strategii składania ofert taktycznych, które następnie zostaną wycofane lub co do których podmiot wyłoniony nie złoży wniosku o rezerwację (szerzej na ten temat piszemy w pkt 2.1.3 poniżej).

2.1.2. Zagwarantowane w Prawie Telekomunikacyjnym prawo uczestnika aukcji (przetargu) do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości

Szereg postanowień konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej, tj.:

- (i) Rozdział 6 (II etap aukcji.) pkt 6.6. (Składanie ofert.) ppkt 6.6.2.;
- (ii) Rozdział 6 (II etap aukcji.) pkt 6.11. (Anulowanie ofert.) ppkt 6.11.1.;
- (iii) Rozdział 6 (II etap aukcji.) pkt 6.11. (Anulowanie ofert.) ppkt 6.11.3.

świadczy o tym, że Prezes UKE dąży do zapewnienia w Aukcji, aby jej uczestnicy pozostawali związani złożonymi w jej ramach ofertami aż do momentu uprawomocnienia się decyzji rezerwacyjnych.

Należy jednak z całą mocą podkreślić, że nałożenie, a tym bardziej wyegzekwowanie tego wymogu nie jest w chwili obecnej możliwe w świetle polskiego porządku prawnego. Polskie prawo wyraźnie bowiem wskazuje, iż uczestnik każdego z postępowań selekcyjnych (przetargu, aukcji) ma możliwość, na kilka różnych sposobów, zwolnić się ze stanu związania swoją ofertą przed uprawomocnieniem się decyzji rezerwacyjnej wydanej na jego rzecz w oparciu o tę ofertę.

Na dowód powyższego należy przywołać szereg przepisów Pt [wyróznienia własne P4].

I tak, zgodnie z **art. 118b ust. 2 Pt** podmiot wyłoniony w wyniku aukcji / przetargu / konkursu traci swój status na rzecz podmiotu zajmującego kolejną pozycję na liście wyników aukcji / przetargu / konkursu między innymi w przypadku *„rezygnacji z rezerwacji częstotliwości przed jej dokonaniem na rzecz podmiotu wyłonionego, w tym niezłożenia wniosku, o którym mowa w art. 118c ust. 4 [tj. wniosku rezerwacyjnego – przyp. P4]”*.

Art. 119 ust. 3 Pt stanowi z kolei, że m. in. takie zdarzenia jak: (i) *„wycofanie oferty z przetargu albo aukcji po upływie terminu na składanie ofert”*, (ii) *„rezygnacja przez podmiot wyłoniony (...) z uzyskania rezerwacji częstotliwości, w tym niezłożenie wniosku, o którym mowa w art. 118c ust. 4”* skutkują utratą wadium wniesionego przez podmiot wycofujący ofertę lub rezygnujący z rezerwacji częstotliwości.

Natomiast zgodnie z dyspozycją **art. 118d ust. 8 Pt**, w razie podjęcia przez Prezesa UKE czynności naprawczych zmierzających do usunięcia naruszeń, z powodu których doszło do unieważnienia przetargu / aukcji / konkursu, podmiotem wyłonionym po przeprowadzeniu tych czynności nie będzie mógł zostać m. in. ten podmiot, który *„został wyłoniony przed unieważnieniem przetargu, aukcji albo konkursu i zrezygnował z rezerwacji częstotliwości przed jej dokonaniem, w tym nie złożył wniosku, o którym mowa w art. 118c ust. 4”*.

Z przytoczonych przepisów jasno wynika, że **podmiot uczestniczący w aukcji lub przetargu może na kilka sposobów spowodować, iż przestanie go wiązać złożona przez niego oferta.** I tak:

- (i) może on wycofać ofertę z aukcji lub przetargu, przy czym w przypadku aukcji prawo wycofania oferty dotyczy zarówno oferty wstępnej, jak i każdej z ofert składanych w toku II etapu aukcji (powyższe wynika z treści art. 119 ust. 3 Pt, który stanowi o generalnym prawie wycofania oferty z aukcji po upływie terminu jej złożenia, nie precyzując, o jaki konkretnie typ oferty chodzi; co więcej, § 2 Rozporządzenia o Aukcji nakazuje pod pojęciem oferty w aukcji rozumieć ofertę wstępną i ofertę aukcyjną³); należy również podkreślić, że - w braku odmiennego zastrzeżenia w treści przepisu - wycofanie oferty wstępnej może nastąpić w toku całej aukcji, a więc również w toku jej II etapu – wówczas wycofanie oferty wstępnej winno skutkować utratą ważności wszystkich ofert składanych przez tego uczestnika w ramach II etapu, bez konieczności ich odrębnego wycofywania;
- (ii) może on, po uzyskaniu statusu podmiotu wyłonionego, **zaniechać złożenia wniosku o dokonanie rezerwacji częstotliwości w oparciu o daną ofertę;**
- (iii) może on w inny, niesprecyzowany w ustawie sposób, **zrezygnować z dokonania na jego rzecz rezerwacji częstotliwości w oparciu o daną ofertę, w tym poprzez złożenie oświadczenia o rezygnacji z rezerwacji częstotliwości w oparciu o daną ofertę.**

Jednocześnie ustawa przewiduje **wyłącznie dwa rodzaje sankcji za spowodowanie przez uczestnika aukcji lub przetargu stanu braku związania swoją ofertą,** i są to:

- (i) **utrata wadium** wniesionego dla rezerwacji częstotliwości, której dotyczy oferta;
- (ii) **niemożność ponownego uzyskania statusu podmiotu wyłonionego w razie unieważnienia aukcji / przetargu i przeprowadzenia**

³ Na marginesie, w świetle przepisu art. 119 ust. 3 PT nie znajduje podstaw zawarcie w pkt 2.7.6. Dokumentacji Aukcyjnej zastrzeżenia, zgodnie z którym jedynie wycofanie oferty wstępnej miałoby skutkować utratą wadium wniesionego w ramach Aukcji.

czynności naprawczych, przy czym ta sankcja ma zastosowanie tylko w razie rezygnacji z rezerwacji częstotliwości przez podmiot pierwotnie wyłoniony, nie zaś w razie wycofania oferty.

W uzupełnieniu powyższego należy wskazać, że prawo do rezygnacji z rezerwacji częstotliwości, a tym samym do przerywania stanu związania ofertą złożoną w przetargu, zostało potwierdzone w orzecznictwie sądów administracyjnych. Prezesowi UKE jest wiadome z urzędu, że z powyższego prawa skorzystała P4 w przetargu na częstotliwości z zakresu 900 MHz przeprowadzonym w 2008 r., zaś kontrolujące to postępowanie sądy administracyjne, orzekające zarówno w I instancji (wyrok z dnia 24 czerwca 2011 r. o sygn. VI SA/Wa 1963/10) jak i w II instancji (wyrok z dnia 13 sierpnia 2013 r. o sygn. II GSK 654/12) nie dopatrzyły się w realizacji tego uprawnienia ani naruszenia prawa, ani naruszenia interesów uczestników przetargu.

2.1.3. Brak instrumentów skutecznie zniechęcających uczestników aukcji (przetargu) do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości

P4 pragnie wskazać, że w chwili obecnej Prezes UKE nie dysponuje instrumentami, które mogłyby faktycznie zniechęcać (tj. uczynić ekonomicznie nieracjonalnym, choć nadal prawnie możliwym) uczestników Aukcji do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości.

2.1.3.1. Wadium

Zagwarantowane przez przepisy Pt **wadium** jest ustawowo ograniczone, tj. nie może przekroczyć 200% rocznej opłaty za daną rezerwację częstotliwości (**art. 119 ust. 2 Pt**). Wycofanie oferty z aukcji lub rezygnacja z rezerwacji na późniejszym etapie powoduje co prawda utratę wadium, jednak w zestawieniu z wysokością zaproponowanych cen wywoławczych i w związku z tym rzędem kwot, jakie będą oferowane w Aukcji za poszczególne bloki częstotliwości, jest to sankcja niezbyt dotkliwa.

2.1.3.2. Depozyt

Z kolei zaproponowany w Aukcji depozyt, mimo iż potencjalnie opiewający na znaczne kwoty, mógłby co najwyżej służyć weryfikacji

wiarygodności finansowej uczestnika aukcji⁴. Natomiast jest on całkowicie nieprzydatny jako instrument weryfikacji uczciwości uczestnika Aukcji (pojmowanej jako przystąpienie do aukcji z rzeczywistym zamiarem pozyskania widma, nie zaś zniekształcenia jej wyników). Jest tak dlatego, że zgodnie z § 35 ust. 3 **Rozporządzenia o Aukcji**, depozyt w każdym przypadku, tj. również w razie rezygnacji uczestnika z ubiegania się o rezerwację częstotliwości, podlega zwrotowi na jego rachunek bankowy w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia wyników aukcji. Tym samym zawarcie w Dokumentacji Aukcyjnej wymogu złożenia depozytu zmusi co prawda uczestników do wylegitymowania się posiadaniem odpowiedniego zapasu środków finansowych w określonym momencie II etapu Aukcji, jednak w żaden sposób nie zagrozi im utratą tych środków w razie wycofania się z Aukcji lub późniejszej rezygnacji z rezerwacji.

2.1.3.3. Gwarancja bankowa

Gwarancja bankowa zabezpieczająca przed rezygnacją z ubiegania się o rezerwację częstotliwości nie została zaproponowana w konsultowanych dokumentach aukcyjnych i nie jest przedmiotem oceny w stanowisku. Niemniej jednak, dla zachowania kompletności wywodu, zdecydowaliśmy się dokonać analizy tego instrumentu na gruncie polskiego prawa. Szerszy wywód w tej kwestii zawarliśmy w załączniku nr 2 do stanowiska (pkt 5.2) zaś w tym miejscu poprzestajemy jedynie na wskazaniu, że ewentualne wprowadzenie do Aukcji, na podstawie § 11 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia o Aukcji, wymogu przedstawienia **gwarancji bankowej zabezpieczającej przed rezygnacją uczestnika Aukcji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości** byłoby działaniem rażąco sprzecznym z Prawem Telekomunikacyjnym (bowiem uniemożliwiłoby uczestnikowi skorzystanie z uprawnień, które Pt mu przyznaje i co do których przewiduje wyłączne sankcje) oraz naruszającym konstytucyjne zasady: proporcjonalności (art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) oraz swobody działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP). Co więcej, istnieje mocne uzasadnienie dla tezy, że w/w przepis Rozporządzenia pozwalający na wprowadzenie do aukcji wymogu przedstawienia gwarancji bankowej

⁴ W naszej ocenie czyniłby to jednak w sposób nieproporcjonalny, nieuprawniony i nadmiernie uciążliwy. W tym miejscu rezygnujemy ze szczegółowego uzasadnienia tej tezy, odsyłając w tym zakresie do wywodu, jaki prezentujemy w pkt 3.2.8 stanowiska, w ramach Postulatu A8

został wydany z przekroczeniem delegacji ustawowej określonej w art. 120
Pt i jest niezgodny z Konstytucją.

2.2. Warunki Aukcji powodują ryzyko jej nierozstrzygnięcia

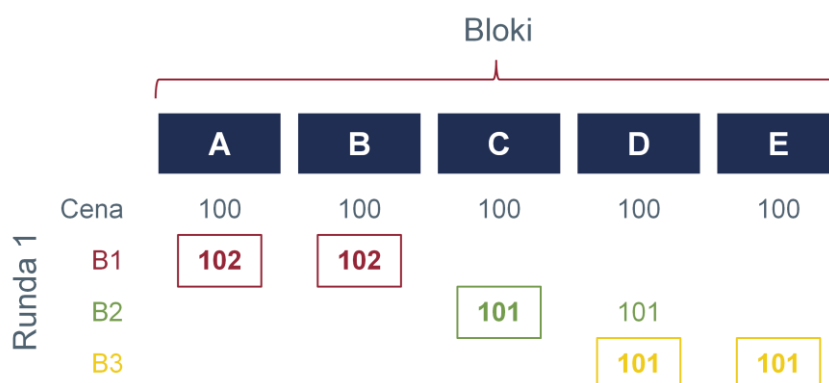
Zgodnie z Dokumentacją Aukcyjną, Aukcja będzie przeprowadzona w oparciu o dwie ważne zasady:

- (i) uczestnicy mogą przenosić oferty pomiędzy blokami dowolną liczbę razy (pkt 6.12. Dokumentacji Aukcyjnej);
- (ii) po przeniesieniu oferty z danego bloku, cena za ten blok może spaść potencjalnie aż do wartości wyjściowej, tj. ceny wywoławczej (pkt 6.8.4., 6.12.10. Dokumentacji Aukcyjnej).

Naszym zdaniem kombinacja tych dwóch zasad oznacza, że istnieje znaczne ryzyko tego, że Aukcja nigdy nie zostanie rozstrzygnięta. Innymi słowy, możliwe jest, że proces składania ofert przybierze formę wciąż powtarzanego cyklu, co oznacza, że Aukcja ta może trwać w nieskończoność.

W celu zilustrowania tego problemu, poniżej przedstawiamy uproszczony przykład aukcji opartej na zasadach, o których mowa w Dokumentacji Aukcyjnej. Przykład ten dotyczy jedynie bloków częstotliwości w zakresie 800 MHz i zakłada, że mamy do czynienia z trzema oferentami. Zasady te są dokładnie takie same, jak zasady zdefiniowane w Dokumentacji Aukcyjnej. Zakładamy, że maksymalnie można uzyskać dwa bloki częstotliwości (zgodnie z propozycją zawartą w Dokumentacji Aukcyjnej) oraz że cena wywoławcza wynosi 100.

Runda 1



Rysunek 1. Schemat rundy 1 aukcji

W Rundzie 1, każdy z uczestników składa oferty na dwa bloki.

- Oferent 1 składa oferty z ceną w wysokości 102 na Bloki A oraz B,
- Oferent 2 składa oferty z ceną w wysokości 101 na Bloki C oraz D, a
- Oferent 3 składa oferty z ceną w wysokości 101 na Bloki D oraz E.

W wyniku tego na koniec rundy Oferent 1 jest aktualnym oferentem z najwyższą zadeklarowaną kwotą (NZK) na Bloki A oraz B, Oferent 2 jest aktualnym oferentem z NZK tylko na Blok C, a Oferent 3 jest aktualnym oferentem z NZK na Bloki D oraz E (w odniesieniu do Bloku D - w wyniku dogrywki, która w Dokumentacji Aukcyjnej ma postać reguły rozstrzygnięcia pierwszeństwa w przypadku ofert równoważnych).

Runda 2

		Bloki				
		A	B	C	D	E
Runda 1	Cena	100	100	100	100	100
	B1	102	102			
	B2			101	101	
	B3				101	101
Runda 2	Cena	102	102	101	101	101
	B1	102	102		103	103
	B2			101	102	102
	B3				101	101

Rysunek 2. Schemat rundy 2 aukcji

W Rundzie 2,

- Oferent 1 przenosi swoje dwie oferty z Bloków A oraz B na Bloki D oraz E, z ceną na poziomie 103.
- Oferent 2 przenosi swoją ofertę z Bloku C na Blok E, z ceną na poziomie 102.
- Oferent 3 nie składa żadnych dalszych ofert.

W wyniku tego Oferent 1 jest oferentem z NZK na Bloki D oraz E przy cenie w wysokości 103, natomiast brak jest oferentów z NZK na Bloki A, B i C.

Runda 3

Brak oferentów z NZK na Bloki A, B oraz C w połączeniu z faktem, że poprzednie oferty na te bloki zostały anulowane w wyniku przeniesienia ofert oznacza, że ceny na Bloki A, B oraz C spadają w Rundzie 3 do ceny wywoławczej (100).

		Bloki				
		A	B	C	D	E
Runda 1	Cena	100	100	100	100	100
	B1	102	102			
	B2			101	101	
	B3				101	101
Runda 2	Cena	102	102	101	101	101
	B1	102	102		103	103
	B2			101	102	102
	B3				101	101
Runda 3	Cena	100	100	100	103	103
	B1	100	100		103	103
	B2	100	100	101	102	102
	B3	100	100		101	101
Cena		100	100	100	100	100

Rysunek 3. Schemat rundy 3 aukcji

W Rundzie 3 wszyscy trzej oferenci (kierując się racjonalną przesłanką składania ofert na najtańsze bloki) przenoszą swoje oferty z Bloków D oraz E na Bloki A oraz B. Nowe oferty składane są po cenie wywoławczej w wysokości 100. W wyniku dogrywki, Oferent 1 staje się oferentem z NZK w odniesieniu do obydwu tych bloków. Nie ma żadnych oferentów z NZK na Bloki C, D i E.

Runda 4

Jak zilustrowano w powyższym schemacie, z uwagi na brak oferenta z NZK w odniesieniu do Bloków C, D oraz E, w połączeniu z faktem, że poprzednie oferty na te bloki zostały anulowane w wyniku przeniesienia

ofert, ceny za te bloki również spadają do poziomu cen wywoławczych (100). Na tym etapie, i pomimo przeprowadzenia trzech rund licytacji i braku zmniejszenia się liczby punktów licytacyjnych któregośkolwiek z oferentów, ceny na wszystkie pięć bloków wracają do poziomu cen wywoławczych. Teoretycznie, powyższy cykl może się powtarzać bez końca, co oznacza, że aukcja nigdy nie zostanie rozstrzygnięta.

Powyższy przykład jest oczywiście uproszczony w porównaniu do zasad określonych w Dokumentacji Aukcyjnej – w szczególności różni się od niej tym, że planowana Aukcja obejmować będzie dwa zakresy częstotliwości i najprawdopodobniej więcej niż trzech oferentów. Niemniej jednak, pokazuje on, że powyższe zapętlenia rzeczywiście są możliwe. Oferty w podanym przykładzie mogą się też wydawać nielogiczne (lub przynajmniej niemające oparcia w wycenach przeprowadzonych przez oferentów). Niemniej jednak, kiedy już taki cykl powstanie, żaden z oferentów może nie być zainteresowany jego przerwaniem, ponieważ osiągnąłby wówczas gorszy wynik (zostałby przelicytowany).

Historia aukcji na rezerwacje częstotliwości zna już przypadki aukcji nierozstrzygniętych, będących źródłem kompromitacji dla organów regulacyjnych je organizujących. Doskonałym tego przykładem jest fińska aukcja na częstotliwości z zakresu 800 MHz, która do chwili obecnej nie została rozstrzygnięta, mimo trwającej już od stycznia 2013 r. licytacji. Na początku września 2013 r., fiński organ regulacyjny FICORA wstrzymał aukcję w celu dokonania weryfikacji i naprawy jej warunków. Format tej aukcji (aukcja typu SMRA), jak również szczegółowe zasady jej przeprowadzenia, były zasadniczo identyczne jak zasady określone w Dokumentacji Aukcyjnej. Kluczowe znaczenie miał fakt, że zasady te obejmowały nieograniczone prawo do przenoszenia ofert oraz możliwość spadku cen dla poszczególnych bloków po przeniesieniu z nich ofert. FICORA przyznała, że „oferenci mogli przenosić swoje oferty z jednego dwupiętrowego bloku częstotliwości na drugi, tak, że co jakiś czas oferty powracały do poziomu ceny wyjściowej. Z uwagi na fakt, że konkurencja o dwupiętrowe bloki częstotliwości jest silna, zasada ta utworzyła coś w rodzaju niekończącego się koła”⁵.

⁵ Źródło: http://www.ficora.fi/en/index/viestintavirasto/lehdistotiedotteet/2013/T_9.html

Podsumowując, P4 jest zdania, że istnieje znaczne ryzyko tego, iż – z uwagi na zaproponowane w Dokumentacji Aukcyjnej zasady – konsultowana Aukcja nigdy nie zostanie rozstrzygnięta. Jak pokazuje przykład Finlandii, doprowadziłoby to do znacznych opóźnień w rozdysponowaniu częstotliwości, co spowodowałoby utratę korzyści ekonomicznych powstałych w wyniku komercyjnego wykorzystania widma. Ponadto, powielenie błędu obnażonego w aukcji fińskiej byłoby wysoce szkodliwe wizerunkowo dla Prezesa UKE i niefortunne dla uczestników polskiego rynku telekomunikacyjnego.

2.3. Warunki Aukcji sprzyjają antykonkurencyjnej koncentracji zasobów częstotliwości w rękach poszczególnych graczy rynkowych lub ich grup

Niezależnie od powyższych zastrzeżeń, P4 jest głęboko zaniepokojona faktem, że obecne warunki Aukcji sprzyjają antykonkurencyjnej koncentracji zasobów częstotliwości w rękach poszczególnych podmiotów działających na rynku lub w rękach grup takich podmiotów.

Przede wszystkim obecnie konsultowane warunki uczestnictwa w Aukcji w żaden sposób nie reagują na zachodzące na rynku zjawiska w zakresie powstawania określonych powiązań pomiędzy graczami rynkowymi. Mowa tu o porozumieniach w zakresie współdzielenia lub udostępniania częstotliwości i innych porozumieniach o tożsamym skutku, których przykładem jest współpraca T-Mobile i Orange, a także o wspólnej kontroli sprawowanej przez dwóch i więcej przedsiębiorców nad innymi podmiotami (szerzej piszemy o tych zjawiskach w pkt 2.3.2 poniżej).

Co więcej, P4 jest zaniepokojona tym, że proponowane warunki Aukcji mogą zachęcać konkurentów P4 do składania ofert taktycznych (tj. deklarujących kwoty powyżej rzeczywistej wartości widma) jedynie w tym celu, aby zapobiec nabyciu częstotliwości przez P4 i w rezultacie obniżyć pozycję konkurencyjną P4 na rynku. To z kolei skutkowałoby znacznym wzrostem cen detalicznych usług i zysków osiąganych przez pozostałych trzech operatorów usług mobilnych. W dalszej perspektywie powyższe niedostatki Dokumentacji Aukcyjnej mogą prowadzić do znacznego osłabienia konkurencji na całym rynku usług mobilnych, skutkującego utratą korzyści ekonomicznych, jakie gospodarka polska mogłaby odnotować na przestrzeni najbliższych 15 lat, w kwocie 25 miliardów złotych (piszemy o tym szerzej w pkt 2.3.3 poniżej).

Organy regulacyjne na pozostałych rynkach Unii Europejskiej są w pełni świadome powyższych zagrożeń i w związku z tym wdrażają one w procesach konkurencyjnej alokacji częstotliwości stosowne narzędzia, takie jak określanie minimalnych zasobów częstotliwości możliwych do uzyskania przez podmioty o określonych cechach w ramach procedury selekcyjnej (ang. „*spectrum floors*”) oraz rezerwowanie dla takich podmiotów określonych zasobów częstotliwości, o które mogłyby się one

ubiegać z wyłączeniem innych podmiotów („*reservations*”). Środki te mają zapewnić wszystkim mobilnym operatorom na rynku uczciwą szansę na pozyskanie częstotliwości koniecznych do dalszego prowadzenia działalności na rynku w warunkach silnej konkurencji.

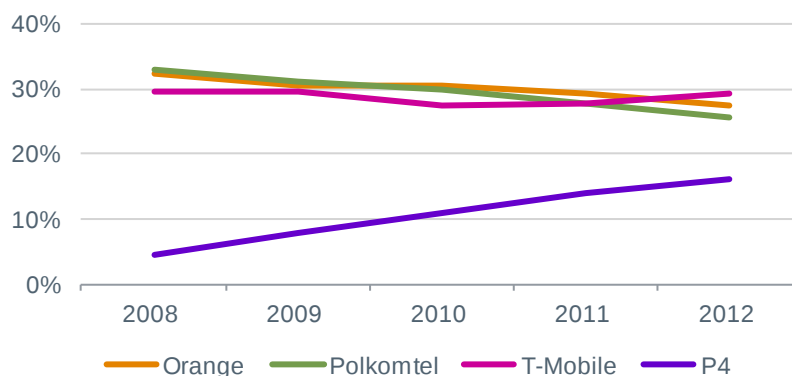
Podobnie, europejskie organy regulacyjne (w tym zarówno organy ochrony konkurencji, jak i regulatorzy rynków łączności elektronicznej), ze szczególną ostrożnością traktują porozumienia o współdzieleniu infrastruktury i/lub częstotliwości. Zwłaszcza w odniesieniu do tych ostatnich wskazuje się na ich wyłączający faktyczną konkurencję między operatorami charakter, czyniący z tych porozumień formę współpracy *de facto* analogiczną pod względem skutków z koncentracją kapitałową w rozumieniu prawa konkurencji.

Mimo że Dokumentacja Aukcyjna zawiera określone instrumenty (tzw. „*spectrum caps*”), które ograniczają ilość widma, jaką może nabyć jeden podmiot, to jednak są one ukształtowane w taki sposób, że nie wystarczają do tego, aby utrzymać (a tym bardziej wyrównać) bieżące proporcje w zakresie rozdziału zasobów częstotliwości pomiędzy operatorami oraz zachować bieżącą intensywność działań konkurencyjnych na rynku usług mobilnych po przeprowadzeniu Aukcji. Poniżej P4 przedstawia szczegółowe omówienie swoich krytycznych uwag w tym zakresie.

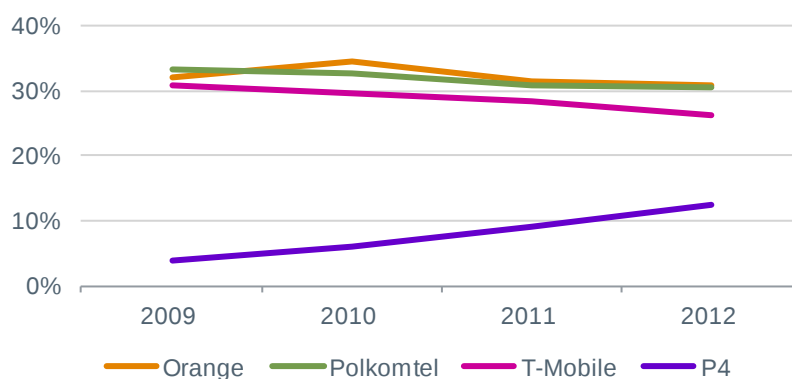
2.3.1. Kluczowe znaczenie widma radiowego dla pozycji konkurencyjnej operatorów sieci ruchomych

Od chwili wejścia na rynek i rozpoczęcia działalności gospodarczej w 2007 r., P4 przyczyniła się znacznie do rozwoju konkurencji na rynku usług mobilnych. Szczególnie pozytywnym odbiorem wśród użytkowników końcowych cieszą się oferty innowacyjnych usług oraz taryfy zapewniające najlepszy stosunek jakości do ceny. Przykładowo, na koniec 2011 r., ponad 1 milion klientów korzystało z usług mobilnego szerokopasmowego dostępu do Internetu – czyniąc przez to P4 zdecydowanym liderem na tym rynku. W marcu 2012 r., P4 zrewolucjonizowała rynek usług głosowych, oferując miesięczny plan z nielimitowaną liczbą połączeń do wszystkich sieci mobilnych – a nie tylko w ramach swojej własnej sieci. Te innowacje umożliwiły pozyskanie w szybkim tempie wysokiego udziału w rynku zarówno pod względem liczby abonentów, jak i zrealizowanych

przychodów, co zostało zilustrowane na Rysunku 4. oraz Rysunku 5. poniżej.



Rysunek 4. *Udział operatorów w rynku pod względem liczby abonentów*



Rysunek 5. *Udział operatorów w rynku pod względem przychodów*

Podczas gdy udział w rynku nowych operatorów sieci 3G na rynkach europejskich zatrzymał się na poziomie ok. 10% całkowitej liczby abonentów usług mobilnych, udział w rynku P4 nadal rośnie i wynosi obecnie 17,7% (czerwiec 2013 r.). Korzyści z innowacji rynkowych wprowadzanych przez P4 czerpią nie tylko klienci PLAY – korzystają z nich wszyscy użytkownicy usług mobilnych w Polsce, ponieważ rywale P4 zostali zmuszeni do zmiany swoich ofert rynkowych tak, aby pozostały one konkurencyjne. Porównując poziom cen na rynkach z czterema operatorami z poziomem cen na rynkach z trzema operatorami w UE, P4 odnotowała, że ceny na rynkach posiadających trzech operatorów są średnio o ponad 11% wyższe od cen na rynkach, na których działa czterech

operatorów. Na tej podstawie szacujemy, że silna pozycja konkurencyjna P4 na polskim rynku usług mobilnych w samym tylko 2012 r. przyniosła Polsce korzyści gospodarcze na poziomie 2,6 miliarda złotych – czyli równowartość blisko 0,2% Produktu Krajowego Brutto Polski. Szczegóły dotyczące metodologii oraz założeń leżących u podstaw tego wyliczenia P4 zamieszcza w Załączniku nr 1 do niniejszego stanowiska konsultacyjnego.

Kluczowym czynnikiem umożliwiającym P4 wywieranie tak silnego wpływu na rynek jest posiadanie wystarczających zasobów widma pozwalających na oferowanie innowacyjnych i wszechstronnych pakietów transmisji danych. Podczas gdy udział P4 w rynku pod względem liczby abonentów kształtuje się, jak wskazano powyżej, na poziomie 17,7%, szacujemy, że P4 obsługuje ponad 35% mobilnego ruchu transmisji danych. P4 jest w stanie wprowadzać takie oferty dzięki posiadaniu zasobu widma dla potrzeb usług 3G (2×15 MHz sparowanego spektrum w paśmie 2,1 GHz) równego zasobom posiadanym przez każdego z naszych konkurentów.

Wraz ze wzrostem wykorzystania usług mobilnej transmisji danych, zasób widma będącego w posiadaniu operatora będzie w coraz większym stopniu przesądzać o jego udziale w rynku. Jest tak dlatego, że ilość widma posiadanego przez operatora przesądza o liczbie abonentów, na których rzecz może on świadczyć usługi o określonej jakości w okolicznościach, w których przepustowość sieci jest ograniczona (tj. popyt na ruch przewyższa podaż). Znaczne różnice w zasobach widma będących w posiadaniu operatorów sieci mobilnych mogą w konsekwencji:

- (i) wpływać na liczbę abonentów, na których rzecz każdy operator jest w stanie świadczyć usługi o określonej jakości, lub
- (ii) prowadzić do tego, że niektórzy operatorzy będą świadczyć usługi na wyższym lub niższym poziomie jakości w porównaniu do siebie nawzajem.

Brak równowagi w ilości posiadanego widma wpływa na liczbę abonentów, jakich operator może pozyskać lub na przychody, jakie można osiągnąć od każdego abonenta. Ta podstawowa kwestia została zauważona

przez Grupę ds. Polityki Widma Radiowego Unii Europejskiej, która wskazała, że⁶:

„Jeżeli jeden lub mała liczba uczestników rynku posiada większą część widma, konkurenci mogą nie być w stanie świadczyć tego samego rodzaju usług pod względem między innymi jakości usług lub ich ceny.”

Różnice w przydziale widma mogą przesądzić o przyszłej pozycji konkurencyjnej operatorów sieci mobilnych na rynku, w ten sposób z góry przesądzając o udziale poszczególnych operatorów w całkowitej kwocie przychodów rynkowych. Brytyjski Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów [UK Office of Fair Trading] wskazał, że:⁷

„Widmo to kluczowy zasób wyjściowy dla sieci mobilnej. Ponadto jest to rzadki zasób krajowy i wszelkie decyzje podejmowane w odniesieniu do nabycia widma (lub nienabycia) w chwili obecnej będą miały bardzo dalekosiężne skutki dla sytuacji panującej na brytyjskim rynku mobilnej telekomunikacji, biorąc pod uwagę skalę nakładów inwestycyjnych zaangażowanych we wdrożenie nowych sieci.”

2.3.2. Warunki Aukcji ignorują zjawisko postępującej kumulacji zasobów częstotliwości w rękach największych graczy rynkowych

Dokumentacja Aukcyjna formułuje warunek uczestnictwa w Aukcji, zgodnie z którym określony podmiot może stać się w rezultacie Aukcji (z uwzględnieniem jej wyników) posiadaczem tylko takiej łącznej ilości zasobów częstotliwości w zakresie niskich pasm (zakres dywidendy cyfrowej i pasma 900 MHz), które nie przekroczą 40 MHz pasma posiadanego łącznie przez tego uczestnika i podmioty z jego grupy kapitałowej (jest to ograniczenie funkcjonujące pod anglojęzycznym terminem tzw. „*spectrum cap*”).

Takie ujęcie warunków brzegowych uczestnictwa w Aukcji całkowicie ignoruje aktualnie zachodzące na polskim rynku telekomunikacyjnym zjawiska. Po pierwsze, Dokumentacja Aukcyjna całkowicie abstrahuje od

⁶ Grupa ds. Polityki Widma Radiowego oraz BEREC, „Report on the management of radio spectrum in order to avoid anticompetitive hoarding” [Raport w sprawie zarządzania widmem radiowym w celu uniknięcia antykonkurencyjnego gromadzenia widma], 2011, str. 14.

⁷ Brytyjski Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów [UK Office of Fair Trading], ‘COMP/M.5650 – Orange PCS Limited / T-Mobile UK Limited – wniosek na podstawie art. 9(2) Rozporządzenia Rady (WE) 139/2004’, 2010, str. 35.

zacieśniającej się współpracy pomiędzy niektórymi podmiotami w zakresie w pierw współdzielenia infrastruktury, a obecnie w coraz większym zakresie – również współdzielenia lub udostępniania częstotliwości. Po drugie, Dokumentacja Aukcyjna nie określa, jak będą traktowane zasoby częstotliwości posiadane przez podmioty, nad którymi sprawowana jest wspólna kontrola przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. W ramach każdego z podanych wyżej zjawisk może dochodzić do skupiania w rękach grup podmiotów (czy to w ramach porozumienia o współdzieleniu (udostępnianiu) częstotliwości, czy to w ramach wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą posiadającym zasoby częstotliwości) potencjalnie ogromnych zasobów widma. **W chwili obecnej warunki Aukcji w żaden sposób nie reagują na takie zjawiska, nie pozwalają na uwzględnienie ich w ramach wskazanego wyżej „spectrum cap’u”, a w konsekwencji dopuszczają do tego, że podmioty zaangażowane w w/w zjawiska będą mogły w wyniku Aukcji jeszcze bardziej powiększyć swoją już i tak ogromną przewagę w ilości kontrolowanych zasobów widma.**

Powyższe obawy P4 mają mocne uzasadnienie faktyczne. W ostatnim czasie współpraca dwóch operatorów zasiedziały, tj. T-Mobile i Orange w ramach założonej przez nich spółki *joint venture* NetWorks!, została poszerzona – z pierwotnie zakładanego i zgłoszonego Prezesowi UOKiK⁸ zarządzania radiowymi sieciami dostępowymi obu operatorów – o wspólne wykorzystywanie przez tych przedsiębiorców częstotliwości 900 MHz (a więc właśnie zasobów częstotliwości, których posiadanie podlegać będzie ocenie przy udziale w konsultowanej Aukcji). Sieć HSPA+ na 900 MHz będzie przez nich budowana w oparciu o model *Multi Operator Core Network* (MOCN), co oznacza, że będzie wykorzystywana wspólnie przez klientów T-Mobile i Orange. Na potrzeby tej współpracy T-Mobile przekazał do NetWorks! 12 kanałów GSM (2,4 MHz), a Orange 9 kanałów (1,8 MHz). O powyższym świadczą następujące doniesienia prasowe:

- (i) artykuł z dnia 16 czerwca 2013 r. pt. „NetWorkS!: do końca roku połowa kraju w zasięgu HSPA+ na 900 MHz” dostępny na stronie: <http://www.telepolis.pl/wiadomosci/networks-do-konca-roku-polowa-kraju-w-zasiegu-hspa-na-900-mhz-,2,3,28346.html>;

⁸ Por. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16 marca 2011 r., nr DKK-31/11, sygn. akt. DKK2-422/19/10/MB.

- (ii) prezentacja NetWorks! z dnia 14 czerwca 2013 r. – *Status projektu budowania współdzielonych sieci RAN* dostępna na stronie: <http://gsmonline.pl/artykuly/networks-projekt-budowy-wspolnej-sieci-komorkowej-tmobile-orange-3g-lte>;

Z kolei w ostatnich dniach T-Mobile i Orange oficjalnie rozszerzyły współpracę również o współdzielenie częstotliwości 1800 MHz zarezerwowanych pierwotnie na rzecz T-Mobile, do których dostęp ma mieć zapewniony również Orange (artykuł z dnia 10 września 2013 r. dostępny na stronie: <http://www.rp.pl/artykul/439825,1046738-Oficjalnie--kooperacja-w-ramach-NetWorks--poszerzona-o-LTE-na-1800.html>).

Zgodnie z powołanym powyżej artykułem operatorzy oficjalnie zapowiadają, że w przyszłości współpraca może także zostać rozszerzona na inne częstotliwości.

Opisana powyżej współpraca T-Mobile i Orange w zakresie współdzielenia częstotliwości oznacza faktyczną konsolidację (zgromadzenie) w rękach każdego z tych podmiotów zasobów odpowiadających sumie posiadanych przez każdego z nich z osobna rezerwacji częstotliwości. Co więcej, zdaniem P4 współpraca ta pociąga za sobą antykonkurencyjne skutki dla rynku, ponieważ mocno ogranicza autonomię decyzyjną partnerów i poziom zróżnicowania w zakresie jakości oferowanych przez nich usług czy zasięgu sieci. Ponadto, współdzielenie znaczącej części kosztów działalności konkurentów może mieć bezpośrednie przełożenie na ujednolicenie cen detalicznych obydwu podmiotów.

Powyższe niebezpieczeństwa płynące z porozumień o współdzieleniu częstotliwości już dawno zostały zauważone przez organy regulacyjne działające w innych krajach Europy. W swoich wytycznych z dnia 17 stycznia 2012 r. dotyczących podejścia do porozumień o współdzieleniu zasobów belgijski regulator rynku (BIPT, ang. „*Belgian Institute for Postal Services and Telecommunications*”) wprost wskazał, że zaawansowane modele współpracy, takie jak model MOCN zakładający współwykorzystywanie częstotliwości radiowych, może ograniczać konkurencję z uwagi na brak możliwości zróżnicowania ofert obu partnerów spowodowany jednakowym zasięgiem ich sieci i jakością

świadczonych przez nich usług⁹. W konsekwencji BIPT uznaje za zgodne z prawem tylko takie porozumienia w zakresie współdzielenia zasobów, w których każdy z partnerów pozostaje przy użytkowaniu tylko jemu przydzielonych częstotliwości.

Jeszcze bardziej dosadny w tym zakresie jest francuski organ ochrony konkurencji, który trafnie zauważa, że *„współdzielenie częstotliwości jest bardzo zintegrowaną formą współdzielenia zasobów, która pozostawia wyłącznie niewielką możliwość dyferencjacji radiowego łącza dostępowego. Tego rodzaju umowa zastosowana do dużej części sieci, mogłaby w praktyce rodzić skutki porównywalne do faktycznej konsolidacji w drodze nabycia lub połączenia operatorów („koncentracji” w terminologii prawa konkurencji)¹⁰”*.

Z kolei charakter **porozumienia o udostępnieniu zasobów częstotliwości** (niezależnie od nazwy nadanej przez jego sygnatariuszy) może mieć współpraca nawiązana pod koniec 2012 r. przez spółkę Sferia z funduszem NFI Midas S.A., pozostającym pod kontrolą Zygmunta Solorza-Żaka. W ramach tej współpracy i pod warunkiem uzyskania przez Sferia częstotliwości pozwalających na świadczenie usług LTE w Polsce, partnerzy zobowiązali się do zawarcia tzw. „umowy hurtowej”¹¹. Z oczywistych względów P4 nie dysponuje wiedzą, czy taka umowa została już zawarta i jakiej jest dokładnie treści, jednak w naszej ocenie uprawnione jest przypuszczenie, że może ona wykraczać daleko poza ramy roamingu krajowego (a więc zwykłej sprzedaży hurtowej operatorowi korzystającemu usług telekomunikacyjnych świadczonych przez operatora-hosta na jego własnej infrastrukturze sieciowej i z wykorzystaniem własnych częstotliwości), przybierając formę faktycznego udostępnienia przez Sferia przyznanych jej częstotliwości do dysponowania nimi (być może na wyłączność) przez NFI Midas S.A.

⁹ Communication of the BIPT of 17 January 2012 containing guidelines for infrastructure sharing: *“Very deep mobile infrastructure sharing configurations such as GWCN and MOCN configurations, where spectrum pooling is allowed, could decrease the level of competition as partners may not be able to distinguish their services adequately because of similarities in their network coverage and quality of service”*.

¹⁰ Tłumaczenie własne z francuskiego. Źródło: Opinia francuskiego Urzędu ds. konkurencji nr 13-A-08 z dnia 11 marca 2013 r. w sprawie warunków współdzielenia zasobów oraz roamingu w sieciach komórkowych.

¹¹ Por. Raport bieżący NFI Midas S.A. nr 55/2012 r. dostępny na stronie: http://www.midasnfi.pl/resources/document/raporty/2012/Raport_biezacy_nr_55.2012.pdf

P4 oczywiście nie wnosi w tym miejscu, aby Prezes UKE nakazał *ex post* rozwiązanie zawartych porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości, ani też aby w szczególny sposób sankcjonował je w warunkach Aukcji. Niemniej jednak oczekivalibyśmy co najmniej – i oczekiwanie takie znajduje w pełni oparcie w ustrojowej roli tego organu – że Prezes UKE dostrzeże takie porozumienia, potraktuje zasoby częstotliwości współdzielone lub udostępniane w ich ramach na równi z zasobami własnymi danego uczestnika i w efekcie uwzględni je przy wyznaczaniu maksymalnej ilości widma, o jakie uczestnik ten może się ubiegać w ramach Aukcji. W chwili obecnej te oczekiwania P4 pozostają zawiedzione.

Podobnie, **nie ma w Dokumentacji ani słowa na temat zasad zaliczania do zasobów poszczególnych grup kapitałowych tych częstotliwości, które znajdują się w dyspozycji podmiotów wspólnie kontrolowanych przez dwóch i więcej przedsiębiorców.** I znów, krytyka P4 nie ma charakteru teoretycznych rozważań, ale polega na obserwacji faktycznych relacji kapitałowych zachodzących na polskim rynku telekomunikacyjnym:

- (i) Gdyby spółka NetWorks! wzięła udział w Aukcji jako jej uczestnik, to nie sposób sobie wyobrazić – w świetle dyrektywy ochrony konkurencji na rynku telefonii ruchomej – aby dla potrzeb oceny jej oferty do zasobów częstotliwości posiadanych przez NetWorks! nie zostały zaliczone częstotliwości posiadane przez Orange i T-Mobile, które wspólnie ją kontrolują.
- (ii) W ocenie P4 nie ma wątpliwości, że Sferia pozostaje co najmniej pod współkontrolą Zygmunta Solorza-Żaka (ZSZ), który sprawuje również kontrolę nad Polkomtel.

Powyższą okoliczność stwierdził już zresztą Prezes UOKiK w decyzji o zgodzie na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez Spartan Holdings sp. z o.o. kontroli nad Polkomtel: „Grupa ZSZ posiada 49,98 % akcji i tyle samo głosów na wza Sferii S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Sferia”. Zdaniem Wnioskodawcy akcje te nie dają mu możliwości wywierania decydującego wpływu na działalność tej Spółki. Jednakże w ocenie organu antymonopolowego posiadany przez Grupę ZSZ pakiet akcji łącznie z uprawnieniami dotyczącymi wyboru członków Zarządu i Rady Nadzorczej Sferii pozwala na stwierdzenie, iż Grupa ZSZ co najmniej współkontroluje tę Spółkę. W związku z powyższym

ocenając te transakcje należy również uwzględnić powiązania Grupy ZSZ ze Sferią”.¹²

Obecne brzmienie Dokumentacji, odwołujące się do ustawowej definicji kontroli z Uokik bez jakiegokolwiek komentarza co do sposobu jej rozumienia na potrzeby Aukcji, pozostawia w tym względzie szereg wątpliwości. Nie jest mianowicie jasne, czy do grupy kapitałowej uczestnika Aukcji należy zaliczyć podmioty współkontrolowane lub współkontrolujące członków grupy. Taka luka w Dokumentacji otwiera w ocenie P4 pole do nierównego, niesprawiedliwego rozdziału widma w krajobrazie postaukcyjnym, umacniając, miast wyrównując wszelkie nierównowagi w tym zakresie.

2.3.3. Warunki Aukcji nie chronią przed spekulacyjnym nabywaniem zasobów częstotliwości

Należy zauważyć, że przyszła pozycja konkurencyjna operatora sieci mobilnej w znacznej mierze uzależniona jest od zasobu widma, jaki zdoła on sobie zapewnić. Konkurenci P4 są również tego świadomi i istnieje znaczne ryzyko tego, że mogą szukać okazji do składania ofert taktycznych w procesie licytacji – czyli składania ofert deklarujących kwotę jednorazowej opłaty na poziomie przekraczającym wartość bloku dla operatora – szczególnie w antykonkurencyjnym zamiarze zapobieżenia nabyciu przez P4 jakichkolwiek częstotliwości w wyniku Aukcji. Miałoby to na celu osłabienie pozycji konkurencyjnej P4 na rynku, a to z kolei pozwoliłoby istniejącym operatorom na oferowanie konsumentom mniej konkurencyjnych pakietów usług – i w konsekwencji generowanie większych zysków dla operatorów.

Organy regulacyjne w całej Europie są w pełni świadome tego ryzyka i dlatego włączają do procedur aukcji prokonkurencyjne środki mające na celu przeciwdziałanie takiemu spekulacyjnemu procesowi składania ofert. Środki te mogą obejmować w szczególności:

- (i) restrykcyjne ograniczenia ilości możliwego do uzyskania w aukcji widma („spectrum caps”) – ustalanie limitów ilości widma, jaką poszczególni operatorzy mogą nabyć w ramach aukcji, w ten sposób**

¹² Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 24 października 2011 r., nr DKK – 126/11, s.4-5.

zapewniając, że minimalnej liczbie operatorów (czterem na istniejących rynkach z czterema operatorami) zostanie zagwarantowana wystarczająca ilość widma pozwalająca na dalsze skuteczne konkurowanie na rynku usług mobilnych po zakończeniu aukcji. Górne granice ilości możliwego do uzyskania widma to element większości procedur aukcji na częstotliwości prowadzonych w całej Europie;

- (ii) **rezerwowanie widma („reservations”)** – wydzielanie odrębnych bloków częstotliwości w ramach aukcji dla czwartego operatora, aby zapewnić, że w wyniku aukcji co najmniej czterech operatorów nabędzie wystarczające zasoby częstotliwości pozwalające na utrzymanie silnej konkurencji na rynku usług mobilnych. To podejście zostało przyjęte przez austriacki organ regulacyjny i rząd duński. Organy regulacyjne w Belgii i Francji dostosowały wielkość poszczególnych pakietów częstotliwości tak, aby wziąć pod uwagę liczbę uczestników w procedurze aukcji; również w planowanej na ten rok czeskiej aukcji na pasma 800 MHz, 1800 MHz i 2,6 GHz (organizowanej po raz drugi po tym, jak poprzednia aukcja zakończyła się fiaskiem z uwagi na spekulacyjny charakter ofert zmierzających do uniemożliwienia zdobycia pasma przez czwartego operatora) regulator planuje wydzielić określoną część pasma do licytacji dostępnej tylko dla operatorów nowowchodzących¹³.
- (iii) **minimalne progi ilości posiadanego po aukcji widma („spectrum floors”)** – określenie alternatywnych minimalnych portfeli częstotliwości, które powinny być w posiadaniu czwartego operatora po zakończeniu aukcji, w celu zapewnienia, że czwarty operator nabędzie w wyniku aukcji jeden z takich minimalnych portfeli widma, dzięki czemu zapewnione zostaną właściwe warunki konkurowania tego operatora na rynku usług mobilnych po zakończeniu aukcji. To podejście zostało przyjęte przez brytyjski organ regulacyjny.

Na tle praktyki europejskiej prokonkurencyjne środki przeciwdziałające spekulacyjnemu gromadzeniu pasma, jakie mają być zastosowane w Aukcji, wydają się nader skromne.

¹³ http://www.telecomtv.com/comspace_newsDetail.aspx?n=50450&id=e9381817-0593-417a-8639-c4c53e2a2a10&utm_campaign=DailyNews300913CzechsRestart&utm_medium=email&utm_source=TV-Daily-News-Alert

W Rozdziale 1 Dokumentacji Aukcyjnej proponowane jest zastosowanie górnych ograniczeń w ilości widma (tzw. „*spectrum caps*”), o jakie może się ubiegać uczestnik Aukcji, a mianowicie:

- (i) maksymalnie dwóch rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz, co stanowi łącznie 20 MHz widma z pasma 800 MHz. Ponadto, uczestnik Aukcji posiadający już rezerwacje częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej lub pasma 900 MHz może ubiegać się jedynie o taką liczbę rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz, której posiadanie nie doprowadzi do przekroczenia 40 MHz łącznie, posiadanego przez uczestnika Aukcji, widma z zakresu dywidendy cyfrowej i pasma 900 MHz;
- (ii) maksymalnie trzech rezerwacji częstotliwości z pasma 2,6 GHz, co stanowi łącznie 60 MHz widma z pasma 2,6 GHz.

Ograniczenia te (zwłaszcza przy przyjęciu wąskiego rozumienia pojęcia kontroli w ramach grupy kapitałowej oraz przy pominięciu porozumień w sprawie współdzielenia lub udostępniania częstotliwości dla potrzeb liczenia łącznej ilości widma posiadanego przez uczestnika Aukcji) nie są wystarczająco silne, aby zapobiec dążeniu konkurentów P4 do składania ofert antykonkurencyjnych w celu nabycia całości zasobów widma z zakresu 800 MHz oraz 2,6 GHz oferowanego w ramach Aukcji, ponieważ:

- (i) Polkomtel (Grupa ZSZ) będzie uprawniony do nabycia 2×5 MHz widma z pasma 800 MHz oraz 2×30 MHz widma z pasma 2,6 GHz;
- (ii) Orange będzie uprawniony do nabycia 2×10 MHz widma z pasma 800 MHz oraz 2×30 MHz widma z pasma 2,6 GHz;
- (iii) T-Mobile będzie uprawniony do nabycia 2×10 MHz widma z pasma 800 MHz oraz 2×30 MHz widma z pasma 2,6 GHz.

Powyższe dowodzi, że całkowity możliwy do zgłoszenia w ramach Aukcji popyt ze strony Polkomtel, Orange oraz T-Mobile wyniesie 2×25 MHz z pasma 800 MHz (w porównaniu do podaży na poziomie 2×25 MHz) oraz 2×90 MHz z pasma 2,6 GHz (w porównaniu do podaży na poziomie 2×70 MHz).

Oprócz omówionych powyżej ograniczeń w ilości możliwego do uzyskania w wyniku Aukcji widma, **Dokumentacja Aukcyjna nie zawiera żadnych**

innych prokonkurencyjnych instrumentów spośród tych, jakie zostały wykorzystane w innych aukcjach europejskich, zgodnie z podsumowaniem przedstawionym w Tabeli 1. poniżej.

Kraj	Restrykcyjne ograniczenia ilości widma („spectrum caps”)	Zarezerwowane bloki widma („reservations”)	Minimalne progi ilości widma („spectrum floors”)
Austria (800MHz, 2013/2014)		✓	
Belgia (2,6GHz, 2011)	✓	✓	
Dania (2,6GHz, 2010)	✓		
Finlandia (2,6GHz, 2009)	✓		
Francja 800MHz, 2011 oraz 2,6GHz, 2011)		✓	
Holandia (2,6GHz, 2010 oraz 800MHz/900MHz/1800MHz/2,1 GHz/2,6GHz niesparowane, 2012)		✓	
Portugalia (450MHz/800MHz/900MHz/1800MHz/2,1GHz/2,6GHz, 2011)	✓		
Rumunia (800MHz/900MHz/1800MHz/2,6GHz, 2012)	✓		
Wielka Brytania (800MHz/2,6GHz, 2013)			✓
Polska (800MHz/2,6GHz)	✗	✗	✗

Tabela 1. *Instrumenty prokonkurencyjne stosowane przez europejskie organy regulacyjne w ramach aukcji na częstotliwości*

W toku analizy proponowanych warunków Aukcji na tle polskiego prawa i na tle praktyki regulacyjnej z innych krajów europejskich, P4 rozważyła szereg możliwych środków, jakie hipotetycznie mógłby zastosować Prezes UKE. Wyniki tej analizy zostały odzwierciedlone w Tabeli 2. poniżej.

Opcja	Wnioski z analizy
Zarezerwowanie części widma („reservations”)	- Zarezerwowanie widma zapewnia, że minimalna liczba oferentów uzyska co najmniej pewną ilość widma - Niemniej jednak, nie byłoby możliwe wyznaczenie wystarczającej ilości zarezerwowanego widma dla wszystkich operatorów przy ograniczonej ilości widma podlegającego rozdysponowaniu w

Opcja	Wnioski z analizy
	planowanej Aukcji, a jednocześnie utrzymanie konkurencyjnej procedury Aukcji
Minimalne progi ilości widma („ <i>spectrum floors</i> ”)	• „<i>Spectrum floors</i>” zapewniają, że minimalna liczba oferentów pozyskuje co najmniej pewną ilość widma • Są one znacznie bardziej elastyczne od rezerwowania widma ponieważ dopuszczają szerszy zakres wyników aukcji • Niemniej jednak, niemożliwe jest ich wdrożenie w przypadku aukcji typu SMRA, a format, w jakim działa to najlepiej (<i>Combinatorial Clock Auction</i>), nie znajduje oparcia w przepisach Pt ani Rozporządzenia o Aukcji
Podwyższenie wartości oferty / upust od kwoty zadeklarowanej („ <i>bid uplift</i> / <i>bid credit</i> ”)	• Pozwala na podwyższenie wartości ofert operatorów posiadających mniejsze zasoby widma, tak aby mogli oni konkurować z większymi operatorami (<i>bid uplift</i>), lub na upust od kwoty zadeklarowanej, jaką tacy operatorzy będą musieli uiścić za rezerwację (<i>bid credit</i>) • Opcja <i>bid uplift</i> nie jest możliwa do zastosowania w aukcji, ponieważ przepisy prawa przewidują, że wyłącznym kryterium oceny ofert w aukcji jest wysokość kwoty zadeklarowanej w ofercie, a nie jej podwyższona wartość wynikająca z zastosowania dodatkowego kryterium (mnożnika) (art. 118a ust. 2a Pt) • Opcja <i>bid credit</i> nie jest możliwa do zastosowania w aukcji, ponieważ podmiot wyłoniony w razie uzyskania rezerwacji będzie zgodnie z polskim prawem musiał uiścić za nią opłatę w wysokości kwoty zadeklarowanej, bez możliwości zastosowania upustu ze względu na jego mniejsze zasoby widma (art. 185 ust. 4 Pt)
Maksymalne progi wielkości widma („ <i>spectrum caps</i> ”)	• „<i>Spectrum caps</i>” to najczęściej wykorzystywany środek prokonkurencyjny • Pozwalają one na szeroki wachlarz wyników aukcji, jednocześnie zapobiegając nabyciu nieuzasadnionej i niesprawiedliwej ilości widma przez jednego operatora • Niemniej jednak, jeżeli zastosuje się zbyt łagodny „<i>spectrum cap</i>”, może on się stać całkowicie nieskuteczny dla ochrony konkurencji na rynku • Co więcej, polskie prawo ogranicza możliwość zastosowania „<i>spectrum caps</i>” w aukcji, bowiem przewiduje, że mogą one dotyczyć wyłącznie zasobów częstotliwości o właściwościach analogicznych do tych częstotliwości, które będą rozdysponowane w aukcji (art. 118 ust. 4a Pt); tym samym wyłączona zostaje możliwość wprowadzenia, składając ze wszech miar słusznego, „<i>spectrum capu</i>” na łączny zasób częstotliwości, jaki będzie posiadać operator z uwzględnieniem wyników aukcji
Tabela 2.	<i>Przegląd instrumentów prokonkurencyjnych przyjmowanych w procedurach selekcyjnych w innych krajach europejskich i analiza możliwości ich zastosowania w Polsce</i>

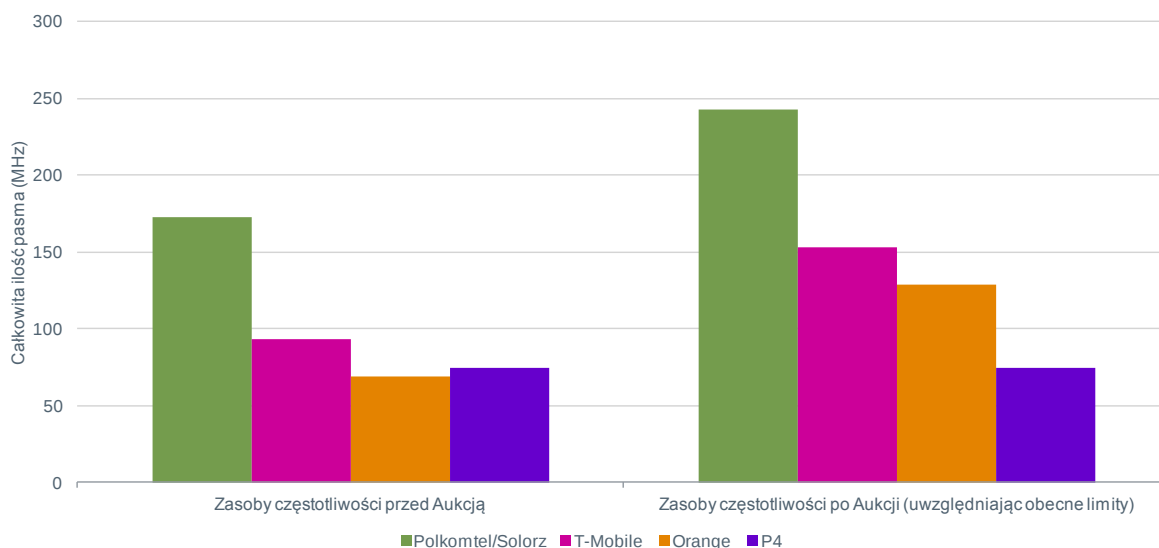
Powyższa tabela pokazuje, że większości z powyżej zaproponowanych instrumentów nie można wykorzystać w świetle obecnie obowiązującego Prawa Telekomunikacyjnego lub byłyby one tak surowe, że mogłyby doprowadzić do niekonkurencyjnej procedury aukcji. Jedynym

instrumentem, jaki pozostaje w dyspozycji Prezesa UKE jako gwaranta efektywnej alokacji widma i przeciwdziałania jego nadmiernemu skupianiu, jest pełne wykorzystanie możliwości, jakie daje mu dedykowany aukcjom przepis art. 118 ust. 4a Pt¹⁴, tj.:

- (i) w przypadku pasma 2,6 GHz: ustalenie ograniczenia w zakresie liczby możliwych do zdobycia w Aukcji rezerwacji częstotliwości na poziomie wykluczającym możliwość taktycznego składania ofert celem wykluczenia czwartego operatora od nabycia pasma;
- (ii) w przypadku pasma 800 MHz: uwzględnienie w liczeniu zasobów częstotliwości posiadanych przez danego uczestnika w zakresie 800 MHz i w zakresie dywidendy cyfrowej również tych zasobów, które posiada on na podstawie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości lub na podstawie powiązań kapitałowych z podmiotem wspólnie kontrolowanym lub wspólnie kontrolującym.

W innym wypadku powstanie znaczne ryzyko, że P4 nie uzyska żadnej częstotliwości w Aukcji, w wyniku przyjęcia przez jej konkurentów strategii taktycznego składania ofert w celu wyłączenia P4 od nabycia pasma. Jak pokazano na Rysunku 6., może to prowadzić do znacznego pogłębienia obecnego stanu nierównowagi w zakresie posiadania zasobów częstotliwości. Oczywistym jest, że taki wynik w znacznym stopniu zaszkodziłby możliwości utrzymywania przez P4 konkurencyjnej oferty usług na rynku.

¹⁴ Przepis ten pozwala Prezesowi UKE wprowadzić do dokumentacji aukcyjnej dodatkowy warunek uczestnictwa, oparty na posiadanych przez uczestnika aukcji lub podmioty z jego grupy kapitałowej zasobach częstotliwości o właściwościach analogicznych do częstotliwości będących przedmiotem aukcji. Na mocy tego warunku posiadanie takiego zasobu częstotliwości w ilości przekraczającej określoną w dokumentacji wyłącza ten podmiot od udziału w aukcji.



Rysunek 6. *Potencjalny rozdział częstotliwości po zakończeniu Aukcji przy zaproponowanych ograniczeniach w ilości możliwego do uzyskania widma („spectrum caps”)*

Słaba pozycja P4 w zakresie zasobu częstotliwości posiadanego po zakończeniu Aukcji uległaby dalszemu pogorszeniu w świetle korzyści ekonomicznych osiąganych przez podmioty zaangażowane w projekty dotyczące współdzielenia lub udostępniania częstotliwości (T-Mobile i Orange, Sferia i NFI Midas S.A.), jak również w świetle silnej pozycji finansowej Polkomtel (Grupy ZSZ). Jest więc mało prawdopodobne, aby P4 była w stanie nadal prowadzić działalność jako silny konkurent na rynku, będący liderem innowacji i powiększający stosunek wartości do ceny usług mobilnych dla konsumentów. Taka utrata presji konkurencyjnej na rynku wywarłaby znaczny wpływ ekonomiczny na polski rynek usług mobilnych – szacujemy, że w okresie najbliższych 15 lat po zakończeniu Aukcji doszłoby do **utrąty 25 miliardów PLN korzyści ekonomicznych** (szczegóły dotyczące metodologii oraz założeń leżących u podstaw tej oceny zamieszczamy w Załączniku nr 1 do stanowiska konsultacyjnego).

Mając na względzie ryzyko pogłębienia stanu nierównowagi w zakresie rozdziału częstotliwości radiowych i poniesienia przez polską gospodarkę ogromnych strat, w ocenie P4 konieczne jest dokonanie przez Prezesa UKE weryfikacji warunków uczestnictwa w Aukcji i określenie ich w taki sposób, aby zapewnić, że Aukcja nie zakłóci konkurencyjnej dynamiki rynku, na którym działa czterech

konkurujących ze sobą operatorów sieci mobilnych. Jak wynika z analizy ekonomicznej, jakkolwiek zysk dla budżetu Skarbu Państwa w zakresie przychodów z Aukcji wynikający z zezwolenia poszczególnym operatorom na konkurowanie o duże portfele widma w ramach Aukcji (w rezultacie zastosowania nieadekwatnego sposobu liczenia zasobów, jakie te podmioty już posiadają) będzie znacznie niższy od późniejszej utraty korzyści dla gospodarki, jeżeli zdolność do prowadzenia walki konkurencyjnej na rynku detalicznym przez wszystkich czterech operatorów zostałaby w jakikolwiek sposób pomniejszona.

3. WIODĄCY POSTULAT P4:

Należy przeprowadzić Aukcję po zmianie prawa i po naprawieniu jej warunków

3.1. Aukcja powinna być przeprowadzona w późniejszym terminie

3.1.1. Potrzeba dostosowania polskiego prawa do mechanizmów aukcji

Jak wykazano w pkt 2.1 niniejszego stanowiska, **przepisy polskiego prawa nie pozwalają na efektywne przeprowadzenie aukcji oraz powodują poważne ryzyko zniekształcenia jej wyników**. Jest tak dlatego, że polskie prawo gwarantuje uczestnikom procedur selekcyjnych prawo do wycofania się z tych procedur na każdym ich etapie, jak również do rezygnacji z rezerwacji częstotliwości na etapie postępowania rezerwacyjnego. O ile w przypadku przetargu powyższa reguła może przynosić więcej korzyści niż szkód, o tyle w przypadku aukcji jej oddziaływanie jest zdecydowanie negatywne. Uniemożliwia ona funkcjonowanie kluczowego dla aukcji typu SMRA mechanizmu odkrywania ceny (*„price discovery mechanism”*), a więc stopniowego dochodzenia uczestników do wiedzy o tym, jaka jest wartość rynkowa danego dobra, co gwarantuje, że uczestnik nie zaniży zadeklarowanej przez siebie kwoty (tracąc szanse na uzyskania dobra), ani jej nie zawyży (przeplacając za uzyskane dobro). Nadużywający tej reguły uczestnik może podnosić swoje oferty bez rzeczywistego zamiaru (a często nawet i możliwości) objęcia na ich podstawie rezerwacji, po to tylko, aby wysyłać do konkurentów fałszywe sygnały i podbijać oferowane przez nich ceny ponad rynkową wycenę dobra. Najprawdopodobniej ten właśnie problem legł u podstaw fiaska aukcji czeskiej rozpoczętej w listopadzie 2012 r. i przerwanej przez regulatora w kilka miesięcy później z uwagi fakt, że kwoty podawane w ofertach sięgnęły ekonomicznie nieracjonalnego poziomu.

W świetle powyższych okoliczności oczywista jest konieczność zmiany polskiego prawa (tj. przepisów Pt) w taki sposób, aby wyeliminowane zostało ryzyko składania w aukcji ofert spekulacyjnych. W naszej ocenie Prezes UKE winien odłożyć Aukcję do czasu, aż stosowna zmiana Prawa

Telekomunikacyjnego zostanie uchwalona i wejdzie w życie. Dopiero na bazie zmienionego prawa, a także po odpowiednim poprawieniu i uzupełnieniu warunków Aukcji (w tym poprzez uwzględnienie postulatów P4 zawartych w pkt 3.2 i 3.3 poniżej) zarówno Prezes UKE, jak i uczestnicy polskiego rynku telekomunikacyjnego będą mieli prawo oczekiwać, że Aukcja doprowadzi do sprawiedliwego i ekonomicznie uzasadnionego wyniku.

3.1.2. Względy pewności regulacyjnej i kompletności procesu alokacji częstotliwości

3.1.2.1. Powiązanie Aukcji z postępowaniami w sprawie przedłużenia istniejących rezerwacji w paśmie 900 i 1800 MHz

W okresie między lipcem a wrześniem 2014 r. upływają terminy obowiązywania rezerwacji następujących zasobów częstotliwości:

- (i) częstotliwości z zakresu 908,1 - 914,9 MHz i 953,1 - 959,9 MHz zarezerwowanych na rzecz Orange, na podstawie Koncesji Nr 478/99 z dnia 5 lipca 1999 r. na okres 15 lat;
- (ii) częstotliwości z zakresu 1757,5 - 1759,9 MHz i 1852,5 - 1854,9 MHz oraz 1777,7 - 1784,9 MHz i 1872,7 - 1879,9 MHz, zarezerwowanych na rzecz Polkomtel, na podstawie Koncesji Ministra Łączności Nr 500/99 z dnia 13.09.1999 r. na okres 15 lat;
- (iii) częstotliwości z zakresu 1754,9 - 1757,3 MHz i 1849,9 - 1852,3 MHz oraz 1770,1 - 1777,3 MHz i 1865,1 - 1872,3 MHz, zarezerwowanych na rzecz T-Mobile, na podstawie Koncesji Ministra Łączności Nr 498/99 z dnia 11.08.1999 r. na okres 15 lat.

Należy się zatem spodziewać (zależy to oczywiście od złożenia przez uprawnione podmioty stosownych wniosków), że we wskazanym wyżej okresie Prezes UKE rozpocznie postępowania w przedmiocie przedłużenia na kolejny okres powyższych rezerwacji.

W tym miejscu P4 przypomina, że w dniu 4 lipca 2013 r. zwróciła się do Prezesa UKE z wnioskiem o poddanie projektów ewentualnych decyzji o przedłużeniu powyższych rezerwacji postępowaniu konsultacyjnemu, w

którym to wniosku wskazała jednocześnie, że ze wszech miar wskazane byłoby, aby warunki, na których takie ewentualne przedłużenia zostaną dokonane, były znane przed rozpoczęciem postępowania w przedmiocie Aukcji. W naszej ocenie operatorzy rozważający udział w Aukcji powinni mieć zawczasu zapewniony dostęp do kompletu informacji, które pozwolą im na podjęcie racjonalnych i wyważonych decyzji o starcie w Aukcji i o własnej strategii licytacyjnej. Do takich informacji z pewnością należy wiedza o warunkach ewentualnego przedłużenia rezerwacji dla podobnych zakresowo pasm (pasma 800 MHz i 900 MHz to pasma niskie, o charakterze pokryciowym, zaś pasma 1800 MHz i 2,6 GHz to pasma wysokie, o charakterze pojemnościowym). Istotna jest tu zwłaszcza wiedza o tym:

- czy w/w rezerwacje zostaną przedłużone;
- jakie są warunki przedłużenia tych rezerwacji, w tym: czas trwania, nałożone obowiązki, zakres pasma;
- jakie kwoty operatorzy uiszczą celem uzyskania przedłużenia tych rezerwacji;
- jakie są warunki uzyskania rezerwacji tych częstotliwości przez inne zainteresowane podmioty, jeżeli rezerwacje nie zostaną przedłużone.

Konieczność odłożenia Aukcji do czasu wprowadzenia zmiany prawa stwarza Prezesowi UKE okazję do uwzględnienia, bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów, opisanego wyżej postulatu P4. Prezes UKE będzie mógł bowiem przeprowadzić Aukcję:

- po zakończeniu ewentualnych postępowań w przedmiocie przedłużenia w/w rezerwacji częstotliwości** (wówczas gracze rynkowi będą podejmować decyzje związane ze swym udziałem w Aukcji na bazie wiedzy o przebiegu i wynikach postępowań przedłużeniowych; możliwe będzie również dodanie do zasobu częstotliwości podlegających rozdysponowaniu w Aukcji tych rezerwacji, które z braku stosownego wniosku lub z innych względów nie zostały przedłużone), lub
- jednocześnie z tymi postępowaniami, ale po podaniu do publicznej wiadomości warunków, na jakich będą odbywać się przedłużenia** (wówczas gracze rynkowi będą podejmować decyzje w sprawach

Aukcji równocześnie z decyzjami w sprawie przedłużeń, ale na bazie istotnych, publicznie ogłoszonych przez Prezesa UKE informacji; wówczas będą również mogli dynamicznie dostosowywać swoje decyzje w obu tych obszarach do dynamiki rozwoju sytuacji, np. zrezygnować z przedłużenia rezerwacji na rzecz uzyskania innego, pokrewnego pasma w wyniku Aukcji).

Wybranie przez Prezesa UKE któregośkolwiek z powyższych wariantów gwarantuje uczestnikom rynku daleko większy komfort w zakresie kształtowania ich strategii w nabywaniu częstotliwości, w tym planowania budżetowego na potrzeby tej strategii, niż ma to miejsce przy obecnej kolejności zdarzeń. Każdy z w/w wariantów sprzyja również zapewnieniu efektywnej alokacji widma i realizacji wyższych dochodów budżetowych z Aukcji, bowiem operatorzy dysponujący pełną wiedzą o obu postępowaniach będą mogli dokonać lepszych wycen poszczególnych zasobów pasma i dostosować do nich swój popyt i deklarowane przez siebie kwoty. **Co więcej, powiązanie procesu alokacji widma w ramach Aukcji z procesem przedłużeń istniejących rezerwacji z pewnością stworzy stan wysokiej przewidywalności regulacyjnej, która w wyniku ostatniej nowelizacji Prawa Telekomunikacyjnego została wyniesiona do rangi jednego z celów polityki regulacyjnej Prezesa UKE (por. art. 189 ust. 2 pkt 1) lit. e) Pt).**

3.1.2.2. Możliwość uwzględnienia wyników sporu wokół ugody Sferia z MAiC

Przesunięcie Aukcji w czasie pozwoli również na uwzględnienie wyników batalii prawnej, jaka toczy się aktualnie wokół zawartej przez MAiC w dniu 16 lipca 2013 r. ugody ze spółką Sferia i jej wybranymi inwestorami. Zgodnie z komunikatem MAiC opublikowanym w tej sprawie, na mocy ugody Prezes UKE został zobowiązany do dokonania zamiany wydanej na rzecz Sferia rezerwacji częstotliwości z pasma 824-830 MHz oraz 869-875 MHz na rezerwację pasma 816-821 MHz oraz 857-862 MHz, na okres do dnia 31 grudnia 2018 r. Częstotliwość ta pierwotnie, zgodnie z publicznymi deklaracjami Prezesa UKE, miała stanowić jeden z sześciu bloków przewidzianych do rozdysponowania w drodze Aukcji.

Uгода MAiC ze Sferia spotkała się ze zdecydowanym sprzeciwem przedstawicieli środowiska przedsiębiorców telekomunikacyjnych, w tym

samej P4. Podjęto szereg działań prawnych mających na celu obalenie ugody jako sprzecznej z prawem i/lub doprowadzenie do jej niewykonania przez Prezesa UKE, w tym zarówno działań przed sądami i organami krajowymi, jak i przed Komisją Europejską.

Nie można wykluczyć, że lawina wydarzeń i dyskusji, jaką wywołała kontrowersyjna ugoda MAiC ze Sferia, doprowadzi do uwolnienia MAiC i Prezesa UKE od zobowiązania do dokonania, z pominięciem konkurencyjnych procedur selekcyjnych, alokacji bloku częstotliwości z pasma 800 MHz na rzecz Sferia. Wówczas blok ten winien z powrotem trafić na rynek gospodarowania częstotliwościami i zostać rozdysponowany w toku konkurencyjnych procedur selekcyjnych, tak jak to było pierwotnie zapowiadane.

W świetle powyższego P4 pragnie zwrócić uwagę, że w razie odłożenia na późniejszy termin Aukcji z uwagi na konieczność zmiany prawa, Prezes UKE zyska sposobność po temu, aby włączyć ów szósty, ewentualnie odzyskany blok z zakresu 800 MHz do zakresu pasma objętego Aukcją, i doprowadzić do jego jednoczesnej alokacji, zgodnie z pierwotnymi zapowiedziami. W ten sposób alokacja wolnego pasma z zakresu 800 MHz miałaby charakter kompletny, jednoczesny i bardziej efektywny, zaś Prezes UKE i podległy mu Urząd uniknęliby konieczności dwukrotnego prowadzenia kosztownych i długotrwałych procedur selekcyjnych.

3.2. Postulaty szczegółowe dotyczące warunków Aukcji i treści dokumentów aukcyjnych

3.2.1. Postulat A1:

P4 postuluje dodanie do postanowień Dokumentacji Aukcyjnej dotyczących przenoszenia ofert zastrzeżenia, że przeniesienie oferty z danego bloku nie powoduje zmiany NZK dla tego bloku.

[Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 6 (II etap aukcji.), pkt 6.8. (Cena wywoławcza i kwota postąpienia.), pkt 6.8.4., pkt 6.12. (Przenoszenie ofert.), pkt 6.12.9., 6.12.10.)]

W pkt 2.2 stanowiska konsultacyjnego wyjaśniliśmy, że proponowane zasady Aukcji mogą prowadzić do braku jej rozstrzygnięcia. Jest tak ze względu na współistnienie dwóch następujących zasad:

- (i) uczestnicy mogą przenosić oferty pomiędzy blokami dowolną liczbę razy (pkt 6.12. Dokumentacji Aukcyjnej);
- (ii) po przeniesieniu oferty z danego bloku, cena za ten blok może spaść potencjalnie aż do wartości wyjściowej, tj. ceny wywoławczej (pkt 6.8.4., 6.12.10. Dokumentacji Aukcyjnej).

Fińska aukcja na częstotliwości z zakresu 800 MHz, która była oparta na tych samych zasadach, po bezskutecznym upływie kilkumiesięcznej licytacji, jest w chwili obecnej przedmiotem ponownej weryfikacji, ku niemałemu zażenowaniu fińskiego regulatora.

W ocenie P4, najskuteczniejszym sposobem na wyeliminowanie opisanej wadliwości proponowanych warunków Aukcji byłoby umieszczenie w Dokumentacji Aukcyjnej zastrzeżenia, zgodnie z którym przeniesienie oferty z danego bloku nie powoduje zmiany NZK dla tego bloku. Oznaczałoby to, że do czasu złożenia nowych ofert nie byłoby oferenta z NZK dla tego bloku.

Wprowadzenie powyższej modyfikacji do zasad Aukcji stwarza co prawda niewielkie ryzyko braku rozdysponowania tego bloku w wyniku Aukcji. Niemniej jednak, ryzyko to jest znacznie bardziej akceptowalne od ryzyka nierozstrzygnięcia aukcji. Pragniemy dodatkowo podkreślić, że zasada ta została z powodzeniem wykorzystana w ramach niemieckiej aukcji

przeprowadzonej w roku 2010 na częstotliwości z zakresów 800 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz oraz 2,6 GHz.

3.2.2. Postulat A2:

P4 postuluje uwzględnienie w warunkach uczestnictwa w Aukcji zjawisk aktualnie zachodzących na rynku telekomunikacyjnym w zakresie wspólnej kontroli w ramach grup kapitałowych i w zakresie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości.

[*Ogłoszenie o Aukcji –ust. 7*

Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 1 (Przedmiot aukcji.); Rozdział 2 (Tryb przeprowadzenia aukcji. Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.3. (Warunki uczestnictwa w aukcji.); Rozdział 4 (Procedura i kryteria oceny ofert.), pkt 4.1. (Procedura oceny ofert.)

Wzór Oferty Wstępnej –Część 3. (Informacje i dokumenty niezbędne do oceny oferty), pkt 3.6. i n.]

3.2.2.1. Uwagi wprowadzające

P4 pragnie podkreślić, iż zgodnie z aktualnym porządkiem prawnym w aukcji na rezerwację częstotliwości jedynym i wyłącznym kryterium oceny ofert jest wysokość kwoty zadeklarowanej przez uczestnika aukcji (art. 118a ust. 2a Pt). Nie jest zatem możliwe (inaczej niż ma to miejsce w przypadku przetargu) dokonywanie złożonej, wieloaspektowej oceny ofert w oparciu o szereg różnych kryteriów, w tym kryterium wpływu na zachowanie warunków konkurencji. W ramach aukcji uwzględnienie potrzeb i celów regulacyjnych w zakresie ochrony konkurencji może się odbywać wyłącznie poprzez odpowiednie ukształtowanie warunków uczestnictwa w aukcji, do których określenia Prezes UKE jest zobowiązany na podstawie art. 118 ust. 4 Pt.

Konkretnych narzędzi dla realizacji przez Prezesa UKE zadań ochrony konkurencji w ramach aukcji dostarcza niedawno wprowadzony przepis **art. 118 ust. 4a Pt.** Zgodnie z tym unormowaniem, ustalając warunki uczestnictwa w aukcji, Prezes UKE może wskazać na zasoby częstotliwości, których posiadanie wyłącza od udziału w aukcji podmioty tymi zasobami dysponujące, jak i podmioty z grupy kapitałowej dysponującej tymi zasobami. Ratio legis wspomnianego przepisu jest bowiem „zapobieganie

nadmiernemu skupieniu częstotliwości przez jeden podmiot” (cytat z uzasadnienia ustawy nowelizującej Pt).

P4 dostrzega i docenia fakt, że w konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej Prezes UKE zdecydował się skorzystać z uprawnień przyznanych powołanym powyżej przepisem art. 118 ust. 4a Pt. Jednocześnie jednak pragniemy wskazać, że sposób realizacji tych uprawnień, jaki został zaproponowany w Dokumentacji Aukcyjnej, w sposób niepełny wykorzystuje możliwości oferowane przez powołany przepis, i w konsekwencji w sposób niepełny reaguje na zachodzące aktualnie na rynku telekomunikacyjnym zjawiska w zakresie rozwoju i powstawania powiązań kapitałowych i kooperacyjnych między podmiotami dysponującymi rezerwacjami częstotliwości.

W proponowanych warunkach uczestnictwa w Aukcji (**Rozdział 1 Dokumentacji Aukcyjnej**) znalazły się oto następujące warunki:

- 1) każdy z uczestników Aukcji 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;
 - maksymalnie trzy rezerwacje częstotliwości z pasma 2,6 GHz, co stanowi łącznie 60 MHz widma z pasma 2,6 GHz;
- 2) uczestnik Aukcji, który posiada już rezerwacje częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej¹⁵ lub pasma 900 MHz¹⁶ może ubiegać się jedynie o taką liczbę rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz, której posiadanie nie doprowadzi do przekroczenia łącznie 40 MHz posiadanego przez tego uczestnika Aukcji widma z zakresu dywidendy cyfrowej i pasma 900 MHz;
- 3) posiadanie przez uczestnika Aukcji zasobu częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej lub pasma 900 MHz, który liczony łącznie z zasobem częstotliwości z pasma 800 MHz, o który zamierza ubiegać się

¹⁵ Poprzez częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej rozumie się częstotliwości z zakresu 791-821 MHz oraz 832-862 MHz oraz częstotliwości z zakresu 824-830 MHz oraz 869-875 MHz.

¹⁶ Poprzez częstotliwości z pasma 900 MHz rozumie się częstotliwości z zakresu 880-915 MHz i 925-960 MHz.

uczestnik aukcji, przekroczy 40 MHz, skutkuje brakiem możliwości ubiegania się przez uczestnika Aukcji o rezerwację częstotliwości z pasma 800 MHz;

- 4) dla ustalenia posiadanego łącznie zasobu częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i pasma 900 MHz uwzględnia się:
 - rezerwacje częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz dokonane na rzecz uczestnika Aukcji,
 - rezerwacje częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz dokonane na rzecz podmiotów z grupy kapitałowej, do której przynależy uczestnik Aukcji;
- 5) uczestnikiem Aukcji może być tylko jeden z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej; w przypadku złożenia oferty wstępnej przez dwa lub więcej podmiotów należących do jednej grupy kapitałowej, podmioty te nie zostaną dopuszczone do II etapu aukcji.

W świetle przedstawionych powyżej proponowanych warunków Aukcji i zjawisk zachodzących na rynku telekomunikacyjnym, nasuwają się istotne wątpliwości związane z dwoma zagadnieniami:

- (i) kwestią oceny porozumień przedsiębiorców o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości;
- (ii) kwestią oceny przynależności określonych podmiotów do grupy kapitałowej w przypadku tzw. kontroli wspólnej, tj. kontroli sprawowanej wspólnie przez dwu i więcej przedsiębiorców.

3.2.2.2. Ocena porozumień przedsiębiorców o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości

W ocenie P4 dla zgodnego ze stanem rzeczywistym określenia ilości zasobów częstotliwości posiadanych przez danego uczestnika Aukcji lub podmioty z jego grupy kapitałowej nie wystarczy ocena ograniczona wyłącznie do rezerwacji dokonanych bezpośrednio na rzecz tych podmiotów. Istotne jest również uwzględnienie wszelkich porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości, jak również wszelkich innych porozumień (abstrahując od ich nazewnictwa stosowanego przez

strony), które w praktyce zapewniają beneficjentom tych porozumień prawo do użytkowania tych częstotliwości w sposób analogiczny jak podmioty, którym te częstotliwości przyznano na podstawie decyzji rezerwacyjnej. Zawieranie i istnienie takich porozumień, pozostając poza kontrolą Prezesa UKE sprawowaną w trybie przepisów Pt dotyczących gospodarowania częstotliwościami radiowymi, *de facto* prowadzi do wtórnego rozdziału widma między uczestników rynku i do konsolidacji tego widma w rękach poszczególnych podmiotów lub ich grup.

Zasygnalizowane powyżej kwestie są tym bardziej istotne, że według najlepszej wiedzy P4 porozumienia o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości funkcjonują od jakiegoś czasu na polskim rynku. Przede wszystkim z doniesień prasowych i komunikatów giełdowych wynika, że zawarte przez T-Mobile i Orange porozumienie o wspólnym planowaniu, zarządzaniu i obsłudze sieci radiowych w ramach założonej przez nich spółki Networks! ewoluuje w kierunku porozumienia obejmującego również współdzielenie częstotliwości radiowych. Co więcej, charakter porozumienia o udostępnieniu częstotliwości (niezależnie od literalnej nazwy nadanej mu przez jego sygnatariuszy) może mieć porozumienie zawarte przez Sferia i NFI Midas S.A. pod koniec ubiegłego roku. Na mocy tego porozumienia Sferia może bowiem udostępniać własne, tj. formalnie zarezerwowane na jej rzecz, częstotliwości, na rzecz NFI Midas S.A. w taki sposób, iż NFI Midas S.A. będzie faktycznie tymi częstotliwościami dysponować. (szerzej na temat obu tych form współpracy wypowiadamy się w pkt 2.3.2 powyżej).

W związku z powyższym P4 uważa, że warunki uczestnictwa w Aukcji powinny być skonstruowane tak, aby Prezes UKE miał możliwość uwzględnienia porozumienia między T-Mobile i Orange (oraz innych tego typu porozumień) przy ocenie zasobów częstotliwości pozostających w dyspozycji określonych podmiotów lub grup kapitałowych. Ram prawnych dla odpowiedniego zakreślenia pola oceny Prezesa UKE w tym zakresie dostarcza sam art. 118 ust. 4a Pt, który stanowi wszak, iż dla potrzeb ewentualnego wykluczenia od udziału w aukcji bierze się pod uwagę zasoby częstotliwości posiadane przez dany podmiot lub grupę kapitałową dysponującą tymi zasobami. „Posiadanie” czy też „dysponowanie” częstotliwościami to pojęcia ogólne, szerokie, mieszczące w swym zakresie

zarówno posiadanie częstotliwości na podstawie decyzji administracyjnych (tzw. rezerwacji), jak i ich posiadanie na podstawie wszelkich innych tytułów prawnych, w tym w drodze umowy cywilnoprawnej lub umowy prawa handlowego, o ile tytuły te będą zezwalać ich beneficjentowi na dysponowanie tymi częstotliwościami (a więc ich wykorzystywanie) w sposób analogiczny jak podmioty dysponujące tymi zasobami na podstawie decyzji rezerwacyjnej. Odmienne interpretacja, nakazująca zawęzić zastosowanie przepisu art. 118a ust. 4 Pt wyłącznie do częstotliwości przyznanych danemu podmiotowi lub grupie kapitałowej w drodze rezerwacji, byłaby niezgodna nie tylko z literalnym jego brzmieniem, ale i z logiką językową całej ustawy, która tam, gdzie to jest zasadne, posługuje się węższym sformułowaniem „*posiadania rezerwacji częstotliwości*” (por. art. 185 ust. 3 Pt, art. 143 ust. 4 Pt), przy czym sformułowanie takie nie zostało użyte w treści art. 118 ust. 4a Pt. **Zatem w ocenie P4 na podstawie art. 118 ust. 4a Pt Prezes UKE będzie uprawniony do wskazania, iż również zasoby częstotliwości posiadane na podstawie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości radiowych (jak również innych porozumień o tożsamym skutku) będą brane pod uwagę przy określaniu prawa danego uczestnika do ubiegania się o nowe zasoby widma w Aukcji.**

Pragniemy podkreślić, że już w toku zorganizowanego w 2012 r. przetargu na 1800 MHz dokumentacja przetargowa pozwalała na uwzględnienie przy ocenie ofert, w ramach kryterium wpływu na zachowanie warunków konkurencji, również zawartych przez uczestnika przetargu porozumień o planowaniu, zarządzaniu i obsłudze sieci ruchomych lub wspólnych przedsiębiorców powołanych w tym celu. Pominięcie w warunkach aktualnie konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej tego typu porozumień, których rzeczywistym skutkiem jest współdzielenie lub udostępnianie innemu podmiotowi częstotliwości, mimo że aktualne przepisy (art. 118 ust. 4a Pt) pozwalają na ich uwzględnienie w warunkach uczestnictwa w Aukcji, stanowiłoby w naszej ocenie niezrozumiały regres w polityce regulacyjnej Prezesa UKE.

Postulat uwzględnienia w warunkach uczestnictwa w Aukcji zasobów częstotliwości, którymi poszczególni uczestnicy dysponują na podstawie

w/w porozumień, znajduje również oparcie w Decyzji RSPP. W motywie (15) tej decyzji wskazano bowiem, że:

„(...)Nabywanie nowych praw do użytkowania, również poprzez przenoszenie lub dzierżawę praw do użytkowania widma albo inne transakcje pomiędzy użytkownikami, oraz wprowadzenie nowych elastycznych kryteriów wykorzystania widma może mieć wpływ na obecną sytuację w zakresie konkurencji. Państwa członkowskie powinny zatem przedsięwziąć odpowiednie środki regulacyjne ex ante lub ex post (takie jak działania w celu zmiany istniejących praw, wprowadzenia zakazu dla pewnych rodzajów nabywania praw do użytkowania widma, wprowadzenia warunków dotyczących przetrzymywania widma i jego efektywnego wykorzystania, o których mowa w dyrektywie 2002/21/WE, ograniczenia zakresu widma dostępnego dla każdego przedsiębiorstwa lub unikania nadmiernego gromadzenia praw do użytkowania widma) w celu uniknięcia zakłócania konkurencji, zgodnie z zasadami stanowiącymi podstawę dyrektywy 2002/20/WE i dyrektywy Rady 87/372/EWG z dnia 25 czerwca 1987 r. w sprawie pasm częstotliwości, które mają zostać zarezerwowane dla skoordynowanego wprowadzenia publicznej paneuropejskiej komórkowej cyfrowej naziemnej łączności ruchomej we Wspólnocie(8) (dyrektywa o GSM).” [wyróżnienia własne P4].

3.2.2.3. Ocena przynależności określonych podmiotów do grupy kapitałowej w przypadku tzw. kontroli wspólnej

Precyzyjne określenie w Dokumentacji Aukcyjnej, jakie podmioty będą oceniane jako przynależne do tej samej grupy kapitałowej, ma niebagatelne znaczenie, gdyż – w świetle wskazanych powyżej proponowanych warunków uczestnictwa w Aukcji – kwestia ta przełoży się wprost na:

- ocenę dopuszczalności uczestnictwa danego podmiotu w Aukcji oraz
- liczbę rezerwacji, o jakie może ubiegać się dany uczestnik Aukcji w związku z zasobami częstotliwości posiadanymi przez inne podmioty z jego grupy kapitałowej.

Wypełniając dyspozycję art. 118 ust. 4a Pt, Prezes UKE posłużył się w Dokumentacji Aukcyjnej (Rozdział 1) definicją grupy kapitałowej zaczerpniętą z art. 4 pkt 14 Uokik. Należy jednak podkreślić, że **samo powtórzenie w Dokumentacji Aukcyjnej powołanej definicji w jej**

literalnym brzmieniu nie dostarcza wystarczająco precyzyjnych wytycznych dla oceny kwestii przynależności do określonej grupy kapitałowej podmiotów, które nie pozostają pod kontrolą jednego przedsiębiorcy, lecz pod wspólną kontrolą dwóch lub większej liczby przedsiębiorców. Ujmując rzecz bardziej dokładnie, chodzi o:

- (i) uczestników Aukcji pozostających pod wspólną kontrolą innych przedsiębiorców posiadających zasoby częstotliwości (np. wszelkie spółki celowe typu konsorcjalnego) oraz
- (ii) uczestników Aukcji, którzy (bądź których podmioty kontrolujące) wspólnie z innymi przedsiębiorcami kontrolują podmiot posiadający zasoby częstotliwości.

Niejasność co do kwalifikacji w/w podmiotów w świetle konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej wynika z tego, że definicja grupy kapitałowej zawarta w Uokik, choć mająca charakter definicji legalnej, dopuszcza w tym zakresie szereg różnych interpretacji. Wskazane jest zatem, aby stosując tę definicję w ramach Aukcji, Prezes UKE nie poprzestał na odwołaniu się do jej literalnego brzmienia, ale zajął również wyraźne stanowisko co do tego, jak w jej świetle winny być kwalifikowane określone powyżej podmioty. Oczekiwanie to jest tym bardziej uprawnione, że w każdej sytuacji (nawet przy realizacji ustawowego obowiązku definiowania grupy kapitałowej w Aukcji zgodnie z Uokik) Prezes UKE pozostaje jednocześnie obowiązany zagwarantować uczestnikom Aukcji przejrzystość i jasność jej warunków, zwłaszcza zaś wówczas, gdy w toku konsultacji poweźmie on wiedzę o tym, że określone postanowienia dokumentacji Aukcyjnej powyższych standardów nie spełniają.

W ocenie P4, dla potrzeb Aukcji powinien zostać przyjęty (szeroko akceptowany w nauce prawa¹⁷) pogląd, że przedsiębiorca znajdujący się

¹⁷ Anna Piszcz, *Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki*, [w:] Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 3(2), str. 52-53.; artykuł dostępny na stronie: <http://ikar.wz.uw.edu.pl/numery/09/pdf/44.pdf>; podobnego zdania wydaje się być również K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Lex, 2008*, str. 238.: „W praktyce zasadą jest jednak, iż w przypadku każdej grupy kapitałowej występuje jeden przedsiębiorca dominujący wobec wszystkich pozostałych uczestników grupy. Przedsiębiorca ten sprawuje bezpośrednią lub pośrednią kontrolę nad wszystkimi pozostałymi uczestnikami tej grupy. Jest to zarazem przypadek sprawowania wyłącznej kontroli przez jednego przedsiębiorcę. Mogą jednak zachodzić sytuacje, kiedy

pod wspólną kontrolą dwóch (lub więcej) przedsiębiorców należy jednocześnie do dwóch (lub więcej) grup kapitałowych (a użyte w art. 4 pkt 14 Uokik sformułowanie „jeden” przedsiębiorca należy po prostu rozumieć jako „ten sam”, a nie jedyny przedsiębiorca). Tym samym:

- w przypadku (i) wskazanym powyżej – do zasobów spółki celowej uczestniczącej w Aukcji powinny zaliczać się zasoby częstotliwości posiadane przez podmioty wspólnie ją kontrolujące, a
- w przypadku (ii) wskazanym powyżej – do zasobów uczestnika Aukcji powinny się zaliczać zasoby częstotliwości posiadane przez podmiot, który pozostaje pod kontrolą tego uczestnika (bądź podmiotu go kontrolującego) sprawowaną wspólnie z innym przedsiębiorcą (lub przedsiębiorcami).

Przyjęcie odmiennego podejścia umożliwiłoby bowiem obchodzenie warunków Aukcji poprzez celowe tworzenie struktur spółek prawa handlowego tak ukształtowanych, aby w Aukcji danemu uczestnikowi nie można było przypisać określonych zasobów częstotliwości faktycznie pozostających w dyspozycji tego uczestnika bądź podmiotów rzeczywiście go kontrolujących. Praktycznym skutkiem zawężonej wykładni definicji grupy kapitałowej byłoby zatem umożliwienie nadmiernego gromadzenia widma radiowego przez niektórych przedsiębiorców, co prowadziłoby do zniekształcenia warunków konkurencji na rynku. Zatem dla prawidłowego zastosowania zawartego w art. 118 ust. 4a Pt mechanizmu wykluczającego lub ograniczającego udział w Aukcji (tzw. *spectrum caps*) i zabezpieczenia rynku przed nadmiernym gromadzeniem widma przez niektórych

na "wierzchołku" grupy (koncernu) stać będzie np. dwóch (lub więcej) przedsiębiorców. Są to przypadki tzw. łącznego sprawowania kontroli (wspólnej kontroli) nad innym przedsiębiorcą (lub przedsiębiorcami); (...) W literaturze słusznie podnosi się, iż zawarty w art. 4 pkt 14 u.o.k.k. zwrot "przez jednego przedsiębiorcę" należy odczytywać jako "przez tego samego przedsiębiorcę", a nie jako "przez jedynego przedsiębiorcę". Zakres przedmiotowy komentowanej definicji obejmuje zatem także przypadki, kiedy po stronie podmiotu kontrolującego występuje dwu lub więcej przedsiębiorców."; E. Stawicki, [w:] A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), Baehr J., Krüger J., Kwieciński T., Radwański M., Turno B., Wędrychowska-Karpińska A., Wiercińska-Krużewska A., Wierciński A., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX, 2011 komentarz do art. 4 pkt 14 uokik, i inni komentatorzy tam powołani: „Obecne brzmienie tego przepisu należy więc rozumieć w ten sposób, że przedsiębiorcy sprawujący kontrolę wspólną należą do tej samej grupy kapitałowej, do której należy przedsiębiorca przez nich kontrolowany. Jednocześnie jednak przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest kontrola wspólna, należy do więcej niż jednej grupy kapitałowej - do takiej liczby grup kapitałowych, ilu jest przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę."

przedsiębiorców, konieczne jest uwzględnienie w grupie kapitałowej podmiotów współkontrolujących i współkontrolowanych.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt konkretnych relacji faktycznie zachodzących pomiędzy uczestnikami rynku telekomunikacyjnego, istotne są m.in. relacje pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi (a) Orange, T-Mobile i NetWorks!, a także pomiędzy (b) Sferia i Polkomtel. P4 wypowiedziała się szerzej na temat tych relacji w pkt 2.3.2 powyżej.

Wobec powyższego, zasoby częstotliwości posiadane przez Sferia powinny być w Aukcji zaliczane do zasobów posiadanych przez Polkomtel (i odwrotnie). Podobnie, zasoby częstotliwości posiadane przez T-Mobile i Orange powinny być zaliczane do zasobów częstotliwości posiadanych przez Networks!, gdyby spółka ta zdecydowała się na start w Aukcji (na marginesie, wobec uwag poczynionych w pkt 3.2.2.2 niniejszego postulatu, do zasobów Orange lub T-Mobile występujących w roli uczestników Aukcji powinny zostać zaliczone częstotliwości, które, choć formalnie zarezerwowane odrębnie na rzecz każdego z tych podmiotów, są faktycznie współdzielone na mocy odrębnego porozumienia między tymi podmiotami).

W ocenie P4 należy zatem, nie rezygnując bynajmniej z posługiwania się w Aukcji definicją grupy kapitałowej zawartą w Uokik, zawrzeć w Dokumentacji Aukcyjnej dodatkowe wyjaśnienia precyzujące, jak na gruncie tej definicji należy kwalifikować podmioty znajdujące się pod wspólną kontrolą dwóch lub więcej przedsiębiorców (podmioty współkontrolowane). Wyjaśnienia te powinny przesądzać, że w każdym z takich przypadków podmiot współkontrolowany będzie należał do grupy kapitałowej każdego z podmiotów go współkontrolujących.

3.2.2.4. Potrzeba zapewnienia rzetelności i prawdziwości informacji dostarczanych przez uczestników Aukcji

Wobec kluczowego znaczenia dla warunków uczestnictwa w Aukcji (a tym samym dla stanu konkurencji na rynku) podejścia, jakie przyjmie Prezes UKE wobec:

- (i) porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości (lub innych tego typu porozumień) oraz

(ii) rozumienia pojęcia grupy kapitałowej w Aukcji,

niezwykle istotne jest również to, aby Dokumentacja Aukcyjna jasno określała, jakie informacje w tym zakresie uczestnicy są obowiązani uwzględnić i przedstawić w ofercie wstępnej oraz jakie będą skutki podania przez uczestników nieprawdziwych informacji.

Zdaniem P4, przedstawienie rzetelnych i zgodnych z prawdą informacji o grupie kapitałowej (w tym o podmiotach współkontrolowanych lub współkontrolujących) oraz o zawartych porozumieniach o współdzieleniu (udostępnianiu) częstotliwości i/lub innych porozumieniach o tożsamym skutku powinno stanowić warunek uczestnictwa w Aukcji, którego nienależyte spełnienie będzie skutkować niedopuszczeniem uczestnika do II etapu Aukcji (P4 uczyniła tę kwestię, jako istotną nie tylko na gruncie informacji o powiązaniach kapitałowych i porozumieniach kooperacyjnych uczestnika Aukcji, ale i wszelkich innych informacji wymaganych w Dokumentacji Aukcyjnej, przedmiotem odrębnego postulatu zgłoszonego w ramach niniejszego stanowiska konsultacyjnego – por. Postulat A6 zamieszczony w pkt 3.2.6 stanowiska i szczegółowe uzasadnienie tam zawarte).

Niezależnie od tego wskazujemy, że zgodnie z Dokumentacją Aukcyjną (pkt 4.1.2.) Prezes UKE weryfikuje otrzymane informacje na podstawie danych posiadanych z urzędu. Proponujemy, aby celem zapewnienia odpowiedniej jakości i aktualności tych danych, Prezes UKE rozważył skorzystanie jeszcze przed aukcją z ustawowych narzędzi (art. 6 Pt) służących do pozyskiwania od przedsiębiorców telekomunikacyjnych informacji o ich działalności, w tym w szczególności o istniejących porozumieniach o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości.

Wskazane także byłoby, aby w I etapie Aukcji, przy ocenie spełnienia warunku prawdziwości i rzetelności informacji o powiązaniach kapitałowych i porozumieniach kooperacyjnych uczestnika Aukcji, Prezes UKE korzystał z konsultacji (w tym wyrażonych w formie opinii) Prezesa UOKiK, jako podmiotu ustrojowo powołanego do oceny takich relacji na potrzeby kontroli koncentracji i z tego względu wyposażonego w odpowiednią wiedzę i narzędzia badawcze. Mimo że Pt nie przewiduje obowiązku zasięgania opinii Prezesa UOKiK przez Prezesa UKE w

przypadku aukcji, nie ma przeszkód, aby w Dokumentacji Aukcyjnej Prezes UKE z własnej inicjatywy taki obowiązek na siebie nałożył, po to właśnie, aby w sposób rzetelny zweryfikować prawdziwość przedkładanych przez uczestników informacji.

3.2.2.5. Propozycja zmian do Dokumentacji Aukcyjnej w świetle postulatu A2

W ocenie P4 uwzględnienie niniejszego postulatu wymagałoby wprowadzenia określonych zmian do treści Dokumentacji Aukcyjnej i Wzoru Oferty Wstępnej. Oczywiście zaproponowane poniżej przeformułowanie warunków Aukcji jest jednym z wielu, jakie może zastosować Prezes UKE w celu uwzględnienia omawianego postulatu P4, niemniej jednak P4 pozwala sobie zaproponować gotowe brzmienie poszczególnych postanowień, aby naświetlić kierunek pożądanych zmian.

Ogłoszenie o Aukcji, ust. 7, akapit 5

„Uczestnik aukcji, który posiada już zasoby częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej lub pasma 900 MHz może ubiegać się jedynie o taką liczbę rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz, której posiadanie nie doprowadzi do przekroczenia 40 MHz łącznie, posiadanego przez Uczestnika aukcji, widma z zakresu dywidendy cyfrowej i pasma 900 MHz.”

Ogłoszenie o Aukcji, ust. 7, akapit 7

„Dla ustalenia posiadanego łącznie zasobu częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i pasma 900 MHz uwzględnia się:

- zasoby częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz, którymi dysponuje Uczestnik aukcji na podstawie rezerwacji częstotliwości dokonanych na jego rzecz lub na podstawie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości albo na podstawie innych porozumień o tożsamym skutku,*
- zasoby częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz, którymi dysponują podmioty z grupy kapitałowej, do której przynależy Uczestnik aukcji, na podstawie rezerwacji częstotliwości dokonanych na rzecz tych podmiotów lub na podstawie porozumień o współdzieleniu lub*

udostępnianiu częstotliwości albo na podstawie innych porozumień o tożsamym skutku.”

Dokumentacja Aukcyjna, Rozdział 1 (Przedmiot aukcji.), akapit 5

„Uczestnik aukcji, który posiada już zasoby częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej lub pasma 900 MHz może ubiegać się jedynie o taką liczbę rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz, której posiadanie nie doprowadzi do przekroczenia 40 MHz łącznie, posiadanego przez Uczestnika aukcji, widma z zakresu dywidendy cyfrowej i pasma 900 MHz.”

Dokumentacja Aukcyjna, Rozdział 1 (Przedmiot aukcji.), akapit 7

„Dla ustalenia posiadanego łącznie zasobu częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i pasma 900 MHz uwzględnia się:

- zasoby częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz, którymi dysponuje Uczestnik aukcji na podstawie rezerwacji częstotliwości dokonanych na jego rzecz lub na podstawie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości albo na podstawie innych porozumień o tożsamym skutku,*
- zasoby częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz, którymi dysponują podmioty z grupy kapitałowej, do której przynależy Uczestnik aukcji, na podstawie rezerwacji częstotliwości dokonanych na rzecz tych podmiotów lub na podstawie porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości albo na podstawie innych porozumień o tożsamym skutku.”*

Dokumentacja Aukcyjna, Rozdział 1 (Przedmiot aukcji.), akapit 8

„Przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Przez „jednego przedsiębiorcę” rozumie się „tego samego przedsiębiorcę”, a zatem zakres przedmiotowy powyższej definicji obejmuje również przypadki kontroli sprawowanej łącznie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców (kontroli wspólnej). Należy przez to rozumieć, że przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest wspólna kontrola przez dwóch i więcej przedsiębiorców, będzie należał do grupy kapitałowej każdego ze współkontrolujących przedsiębiorców.”

Dokumentacja Aukcyjna, Rozdział 2 (Tryb przeprowadzenia aukcji. Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.3. (Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.3.1. ppkt 9)

„złożenie oferty wstępnej odpowiadającej wymaganiom co do liczby rezerwacji częstotliwości, o które może ubiegać się Uczestnik aukcji, określonych w Rozdziale 1 dokumentacji, z zachowaniem zastrzeżenia, zgodnie z którym Uczestnik aukcji, który posiada już zasoby częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej lub pasma 900 MHz może ubiegać się jedynie o taką liczbę rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz, której posiadanie nie doprowadzi do przekroczenia 40 MHz łącznie, posiadanego przez Uczestnika aukcji widma z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz.”

Dokumentacja Aukcyjna, Rozdział 4 (Procedura i kryteria oceny ofert.), pkt 4.1. (Procedura oceny ofert.), pkt 4.1.2

„W I etapie aukcji powołana przez Prezesa UKE Komisja ocenia, analizuje i weryfikuje oferty wstępne Uczestników aukcji w oparciu o dokumenty i informacje zawarte w ofertach wstępnych oraz dane posiadane przez Prezesa UKE z urzędu, w sposób opisany w dokumentacji. W zakresie weryfikacji rzetelności i zgodności ze stanem rzeczywistym dokumentów i informacji przedstawionych w pkt 3.5. – 3.7. Części 3 Wzoru Oferty Wstępnej Prezes UKE zasięga opinii Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.”

Wzór Oferty Wstępnej, Część 3. (Informacje i dokumenty niezbędne do oceny oferty), pkt 3.6 i n.

„3.6. Schemat graficzny grupy kapitałowej (grup kapitałowych) do której (których) przynależy Uczestnik aukcji wraz z określeniem charakteru powiązań kapitałowych pomiędzy znajdującymi się w niej podmiotami (posiadany procent akcji/udziałów).

W tym miejscu Uczestnik aukcji przedstawi schemat graficzny grupy kapitałowej (grup kapitałowych) w rozumieniu definicji grupy kapitałowej wskazanej w Rozdziale 1 Dokumentacji, do której (których) przynależy wraz z określeniem stopnia powiązań kapitałowych pomiędzy podmiotami (posiadany procent akcji/udziałów).

3.7. Informacje na temat zawartych przez Uczestnika aukcji (lub podmioty z grupy kapitałowej, do której przynależy Uczestnik aukcji) porozumień o

współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości albo innych porozumień o tożsamym skutku, a także o wspólnych przedsiębiorcach powołanych w tym celu przez Uczestnika aukcji (lub podmioty z grupy kapitałowej, do której przynależy Uczestnik aukcji) i innego przedsiębiorcę (-ów).

W przypadku istnienia zawartych przez Uczestnika aukcji (lub podmioty z grupy kapitałowej, do której przynależy Uczestnik aukcji) porozumień o współdzieleniu lub udostępnianiu częstotliwości albo innych porozumień o tożsamym skutku, a także w przypadku istnienia wspólnych przedsiębiorców powołanych w tym celu przez Uczestnika aukcji (lub podmioty z grupy kapitałowej, do której przynależy Uczestnik aukcji) i innego przedsiębiorcę (-ów), Uczestnik aukcji przedstawi informacje o takich porozumieniach i/lub wspólnych przedsiębiorcach. W szczególności Uczestnik aukcji przedstawi szczegółowe informacje o zasobach częstotliwości współdzielonych (współwykorzystywanych) lub udostępnianych przez określonych przedsiębiorców na mocy takich porozumień."

3.2.3. Postulat A3:

P4 postuluje, aby uczestnik Aukcji mógł w wyniku jej przeprowadzenia uzyskać maksymalnie dwie rezerwacje częstotliwości z pasma 2,6 GHz.

[Ogłoszenie o Aukcji – ust. 7]

Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 1 (Przedmiot aukcji.)

Wzór Oferty Wstępnej – Część 2. (Oświadczenia i zobowiązania), pkt. 2.2.; Część 5. (Wyjaśnienie przypisów.), pkt 5.2.]

Powyżej (por. pkt 2.3.3 stanowiska) P4 wykazała, że konsultowane warunki Aukcji nie chronią przed spekulacyjnym nabywaniem pasma, zmierzającym do wyłączenia czwartego operatora od uzyskania w wyniku Aukcji jakiegokolwiek zasobu częstotliwości. Omawiane ryzyko wydaje się być szczególnie dotkliwe w przypadku pasma 2,6 GHz, dla którego, zgodnie z proponowanymi warunkami Aukcji, możliwy do zgłoszenia przez T-Mobile, Orange i Polkomtel popyt (2x90 MHz) znacząco przekracza podaż (2x70 MHz).

W naszej ocenie optymalnym i jednocześnie możliwym do zastosowania w warunkach polskiego prawa zabezpieczeniem przed ziszczeniem się powyższego ryzyka byłaby zmiana ilości możliwego do zdobycia w Aukcji pasma z zakresu 2,6 GHz. Postulujemy mianowicie, aby **Prezes UKE zmodyfikował zawarte już w projekcie Dokumentacji Aukcyjnej ograniczenie w tym zakresie, poprzez wskazanie, że uczestnik może uzyskać w wyniku Aukcji maksymalnie dwie rezerwacje częstotliwości z pasma 2,6 GHz, co stanowi łącznie 40 MHz widma z pasma 2,6 GHz.**

Istnieje duże prawdopodobieństwo, że tak zmodyfikowane warunki Aukcji spowodują, że nie zakłóci ona konkurencyjnej dynamiki rynku, na którym działa czterech konkurujących ze sobą operatorów sieci mobilnych.

W naszej ocenie realizacja krótkoterminowych celów budżetowych Skarbu Państwa w zakresie przychodów z alokacji widma radiowego nie może przesłaniać Prezesowi UKE zadań związanych z prokonkurencyjną gospodarką częstotliwościami. Co więcej, jak wynika z analizy ekonomicznej, jakkolwiek zysk dla budżetu Skarbu Państwa, wynikający z

zezwolenia poszczególnym operatorom na konkurowanie w ramach Aukcji o duże portfele widma z zakresu 2,6 GHz, będzie znacznie niższy od późniejszej utraty korzyści dla gospodarki wynikającej z pomniejszenia zdolności czwartego operatora do prowadzenia walki konkurencyjnej na rynku detalicznym.

3.2.4. Postulat A4:

P4 popiera wymóg wykazania się historycznymi inwestycjami, jednak postuluje jego wyraźne zaliczenie do warunków uczestnictwa w Aukcji, a także doprecyzowanie co do zakresu przedmiotowego (inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną dla potrzeb świadczenia usług telefonii ruchomej) i geograficznego (na terytorium Polski) oraz wydłużenie okresu i podniesienie wymaganej kwoty inwestycji (do 1 500 000 000 zł).

[Wzór Oferty Wstępnej – Część 2. (Oświadczenia i zobowiązania, pkt 2.4.; Część 3. (Informacje i dokumenty niezbędne do oceny oferty), pkt 3.4.]

3.2.4.1. Włączenie wymogu historycznych inwestycji do warunków uczestnictwa w Aukcji

P4 z aprobatą przyjmuje zawarcie we Wzorze Oferty Wstępnej wymogu złożenia oświadczenia o tym, że uczestnik Aukcji poniósł w latach 2009 – 2012 inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną na kwotę przekraczającą 250 000 000 złotych (słownie: dwieście pięćdziesiąt milionów złotych). Wymóg ten powoduje, że do aukcji służącej rozdysponowaniu kluczowych dla rynku pasm o charakterze pokryciowym (800 MHz) i pojemnościowym (2,6 GHz) przystąpią tylko wiarygodni gracze rynkowi, legitymujący się stosownym doświadczeniem w zakresie planowania, budowy i utrzymania sieci radiowych. Takie ukształtowanie warunków Aukcji znajduje również głębokie uzasadnienie w celach polityki regulacyjnej, jaką prowadzi zgodnie z Prawem Telekomunikacyjnym Prezes UKE. Zgodnie bowiem z **art. 189 ust. 2 pkt 1) lit. d) Pt**, wprowadzonym w styczniu b.r. w drodze ostatniej nowelizacji ustawy, jednym z celów polityki regulacyjnej Prezesa UKE jest „*wspieranie efektywnego wykorzystania oraz zarządzania częstotliwościami i numeracją*”. Efektywność wykorzystywania zasobów częstotliwości jest przesłanką badaną przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie zmiany lub cofnięcia rezerwacji (art. 123 ust 1. pkt 8) Pt), decyzji o odmowie przedłużenia rezerwacji na kolejny okres (art. 116 ust. 9 Pt), a także wpływającą na treść samej decyzji rezerwacyjnej i zamieszczonych w niej ograniczeń wykorzystywania widma (art. 115(1) ust. 1 pkt 5) Pt), oraz braną pod uwagę w sprawach rozstrzygania sporów dotyczących współkorzystania z

częstotliwości (art. 114a ust. 2 Pt). Jest zatem godne pochwały, że Prezes UKE już na etapie formułowania warunków Aukcji dąży do zapewnienia, aby udział w niej brały wyłącznie podmioty, które rokują efektywne wykorzystywanie przydzielonych im w wyniku Aukcji częstotliwości.

Wymóg wykazania się historycznymi inwestycjami w infrastrukturę telekomunikacyjną przez uczestników Aukcji znajduje również oparcie w ogłoszonej przez Prezesa UKE „Strategii Regulacyjnej do roku 2015”¹⁸, w której znalazło się m. in. następujące stwierdzenie: *„Efektywne zarządzanie zasobami częstotliwości determinuje liczbę dostawców usług oraz ich ofertę, przyczynia się do rozwoju nowych produktów i ich konkurencyjności, wpływa na jakość świadczonych usług. Jest niezbędne do powstania nowych możliwości w zakresie innowacji oraz zatrudnienia, co z kolei powinno przekładać się na poprawę sytuacji gospodarczej kraju oraz integracji społecznej. Pozwala również na realizację celów nakreślonych w komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie strategii Europa 2020 oraz w Europejskiej Agendzie Cyfrowej.”* W świetle zacytowanego wyżej fragmentu, traktującego o korzyściach z efektywnego zarządzania widmem radiowym (a więc również przydzielania go podmiotom zdolnym do jego efektywnego wykorzystania), zawarcie w warunkach Aukcji wymogu pozwalającego na weryfikację uczestników pod tym względem jawi się jako wysoce pożądane.

Niemniej jednak P4 pragnie zauważyć, że proponowany przez Prezesa UKE sposób umocowania omawianego wymogu w warunkach Aukcji wymaga korekty. Przede wszystkim wymóg ten pojawia się dopiero we Wzorze Oferty Wstępnej, brak jest zaś o nim nawet wzmianki w Dokumentacji Aukcyjnej, co powoduje, że uczestnicy Aukcji nie mogą mieć jasności co do charakteru tego wymogu, jego umocowania prawnego, umiejscowienia w warunkach Aukcji, ani zwłaszcza co do skutków jego niezachowania. **W naszej ocenie dla dochowania pełnej zgodności z przepisami prawa, a także warunków przejrzystości Aukcji, należy wymóg ten zaliczyć i *explicite* wpisać do warunków uczestnictwa w Aukcji, które wymieniono w Rozdziale 2 pkt 2.3.1. Dokumentacji Aukcyjnej, i w konsekwencji zaliczyć i wpisać do warunków podlegających sprawdzeniu w I etapie Aukcji, zgodnie z Rozdziałem 4 pkt 4.1.4. Dokumentacji Aukcyjnej.** Wprowadzenie przez Prezesa UKE

¹⁸ Dokument dostępny pod adresem: http://www.uke.gov.pl/files/?id_plik=10971

powyższego uzupełnienia do Dokumentacji Aukcyjnej znajduje pełne oparcie w przepisach prawa. Zgodnie z art. 118 ust. 4 Pt Prezes UKE jest organem władnym samodzielnie określić w dokumentacji warunki uczestnictwa w aukcji. Jednocześnie katalog warunków uczestnictwa w aukcji, określony w przepisach **Rozporządzenia o Aukcji (§ 9 pkt 1)** ma charakter otwarty, tj. dopuszcza jego uzupełnienie przez Prezesa UKE, w zależności od sytuacji, również innymi niż *explicite* tam wymienione warunkami.

Dzięki takiemu zabiegowi zapewniona zostanie pełna przejrzystość omawianego wymogu i jego umiejscowienia w procesie Aukcji. Podmioty w niej uczestniczące będą miały jasność co do tego, że:

- (i) wymóg ten stanowi warunek uczestnictwa w Aukcji,
- (ii) badany będzie w I etapie Aukcji,
- (iii) którego niespełnienie skutkuje, zgodnie z § 29 ust. 4 **Rozporządzenia o Aukcji**, niezakwalifikowaniem oferty uczestnika do II etapu Aukcji.

3.2.4.2. Propozycja doprecyzowania wymogu historycznych inwestycji

W ocenie P4, spełnienie warunku wykazania się historycznymi inwestycjami powinno nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy:

- inwestycje te dotyczyły własnej infrastruktury telekomunikacyjnej dla potrzeb świadczenia usług telefonii ruchomej;
- były dokonane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- były dokonane samodzielnie przez dany podmiot, a nie w drodze nabycia (np. w wyniku przejęcia) innego podmiotu, który tych inwestycji dokonał,
- były dokonane na przestrzeni lat 2008 - 2012;
- opiewały na kwotę przekraczającą 1 500 000 000 zł.

W zakresie uzasadnienia dwóch pierwszych z proponowanych warunków, nie sposób uznać za porównywalne i w równym stopniu

wypełniające wymogi Aukcji inwestycje w infrastrukturę telefonii ruchomej w Polsce oraz inwestycje dokonane za granicą w jakąkolwiek infrastrukturę telekomunikacyjną. Skoro bowiem, jak się wydaje, założeniem Aukcji jest wyłonienie podmiotu, który będzie dawał rękojmię prawidłowego i efektywnego wykorzystania uzyskanych częstotliwości na terytorium Polski i przede wszystkim w służbie ruchomej, to jedynym sensownym narzędziem realizacji tych zamierzeń jest postawienie wymogu, aby podmiot ten dysponował doświadczeniem inwestycyjnym na tym właśnie terytorium i w tej służbie, nie zaś jakimkolwiek doświadczeniem inwestycyjnym w telekomunikacji. Jest bowiem rzeczą powszechnie znaną, że usługi telefonii ruchomej różnią się istotnie od innych usług telekomunikacyjnych, zaś odmiennność ta znajduje przełożenie na specyfikę dokonywanych na ich potrzeby inwestycji infrastrukturalnych. Podobnie, fakt podjęcia nawet rozległych inwestycji telekomunikacyjnych na rynku zagranicznym, który charakteryzuje się odrębną od polskiej specyfiką ludnościową, geograficzną, gospodarczą czy regulacyjną, nie daje gwarancji zdolności danego przedsiębiorcy do osiągnięcia równie dobrych rezultatów na rynku polskim. W interesie polskich konsumentów jest przydzielenie częstotliwości operatorowi, który będzie w stanie prowadzić realną działalność w Polsce w oparciu o samodzielnie zbudowaną sieć i zaoferować usługi użytkownikom końcowym, faktycznie oddziałując na rynek i wzmacniając konkurencję. W ocenie P4, sam akt dokonania inwestycji o określonej skali na rynku, który może okazać się skrajnie odmienny od Polski pod względem kulturowym, geograficznym, gospodarczym czy regulacyjnym, nie daje gwarancji zdolności do osiągnięcia takich rezultatów.

Co więcej, określenie wymogu historycznych inwestycji jako dokonania inwestycji na dowolnym rynku, w ocenie P4 może w prosty sposób prowadzić do nadużyć. Nietrudno wyobrazić sobie umowę, na mocy której duży operator działający na zagranicznym rynku bez intencji inwestycji w Polsce wzięłby udział w Aukcji z zamiarem odsprzedaży tak pozyskanego pasma stronie trzeciej w wypadku wygranej, czy wręcz współdziałając od początku z taką stroną trzecią.

Doprecyzowanie wymogu historycznych inwestycji zgodnie z postulatem P4 nie grozi przy tym zarzutem, że Prezes UKE dyskryminuje przedsiębiorców zagranicznych, czy też przedsiębiorców spoza branży

telefonii ruchomej, względem polskich operatorów komórkowych. Ukształtowanie warunków uczestnictwa w Aukcji w sposób nawet wykluczający określone podmioty z procedur selekcyjnych (choć w niniejszym przypadku o wykluczeniu nie może być mowy) jest w pełni dopuszczalne w świetle Dyrektywy o Zezwoleniach (motyw (23¹⁹)).

W zakresie warunku trzeciego, z tych samych względów co powyżej, należy wymagać, aby historyczne inwestycje były dokonane samodzielnie przez podmiot uczestniczący w Aukcji, a zatem świadczył o jego własnym doświadczeniu inwestycyjnym, a nie były to inwestycje innego podmiotu, który uczestnik Aukcji nabył (np. w drodze transakcji kapitałowej) i zaliczył do własnych wydatków inwestycyjnych.

W zakresie warunku czwartego i piątego, P4 wnosi o wydłużenie okresu, na przestrzeni którego badane są wydatki inwestycyjne, i jednocześnie o podniesienie ich wymaganej kwoty, poprzez określenie warunku, że inwestycje te mają przekraczać kwotę 1 500 000 000 zł. Za wydłużeniem okresu inwestycji przemawiają względy czysto pragmatyczne – chodzi o wyłonienie podmiotów, które mogą się wykazać odpowiednio długą i stabilną historią inwestycji, starannie rozplanowanych i prowadzonych na przestrzeni dłuższego okresu czasu. Jednocześnie z wydłużeniem okresu badania należy konsekwentnie podnieść kwotę wymaganych inwestycji.

Niezależnie od tego, nawet przy obecnym horyzoncie czasowym (lata 2009 – 2012) kwota proponowana przez Prezesa UKE jest, w ocenie P4, zbyt niska. P4 podnosi, że doświadczenie uczestnika Przetargu w postaci poniesienia na przestrzeni czterech lat inwestycji telekomunikacyjnych na poziomie 250 000 000 zł nie gwarantuje w wystarczający sposób, że podmiot ten dysponuje odpowiednim przygotowaniem, aby spełnić zobowiązania inwestycyjne, zwłaszcza przypisane do poszczególnych bloków pasma 800 MHz, i w efektywny i szybki sposób rozpocząć świadczenie usług LTE w oparciu o uzyskane w Aukcji częstotliwości.

¹⁹ „(23) Ustanawiając kryteria stosowane w procedurze selekcji konkurencyjnej lub porównawczej, krajowe organy regulacyjne winny zapewnić realizację celów określonych w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej). Jednakże nie będzie sprzeczne z postanowieniami niniejszej dyrektywy stosowanie obiektywnych, niedyskryminujących i proporcjonalnych kryteriów selekcji w celu wspierania rozwoju konkurencji, którego skutkiem będzie wykluczenie niektórych przedsiębiorstw z procedury selekcji konkurencyjnej lub porównawczej o przyznanie poszczególnych częstotliwości radiowych.”

W związku z powyższym, P4 rekomenduje, aby warunkiem uczestnictwa w Aukcji były historyczne inwestycje uczestnika Aukcji, dokonane w latach 2008 - 2012, w kwocie przekraczającej 1 500 000 000 zł, która to kwota dokumentowałaby jego doświadczenie inwestycyjne w sposób znacznie bardziej adekwatny do rozmiaru podejmowanych w Aukcji zobowiązań inwestycyjnych. Alternatywnie, na wypadek gdyby Prezes UKE nie zdecydował się na wydłużenie badanego okresu inwestycji, postulujemy, aby warunkiem uczestnictwa w Aukcji były historyczne inwestycje uczestnika Aukcji, dokonane w latach 2009 - 2012, w kwocie przekraczającej 1 200 000 000 zł.

Pragniemy jednocześnie zaznaczyć, że koniecznym jest, aby okres badania historycznych inwestycji kończył się na roku 2012, a nie na przykład na którymś miesiącu bieżącego roku. W drugim bowiem przypadku istniałoby ryzyko, że nierzetelny uczestnik będzie usiłował manipulować kwotą inwestycji w ramach bieżącego roku tak, by podnieść je do wymaganego Dokumentacją poziomu.

Mając na względzie powyższe postulaty co do doprecyzowania wymogu historycznych inwestycji, poniżej proponujemy odpowiednie w tym zakresie sformułowanie, zgodne z naszą podstawową rekomendacją.

Wzór Oferty – Część 2. pkt 2.4.

„Oświadczam, że reprezentowany podmiot poniósł w latach 2008 – 2012 nakłady na rozbudowę lub ulepszenie zlokalizowanej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej infrastruktury sieci telefonii ruchomej poprzez wytworzenie lub nabycie nowych rzeczowych aktywów trwałych oraz nowych wartości niematerialnych składających się na infrastrukturę sieci telefonii ruchomej (urządzenia telekomunikacyjne, oprócz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, oraz w szczególności linie, kanalizacje kablowe, słupy, wieże, maszty, kable, przewody oraz osprzęt i oprogramowanie, wykorzystywane do zapewnienia telekomunikacji na bazie ruchomej publicznej sieci telefonicznej) w kwocie przekraczającej 1 500 000 000 zł (słownie: jeden miliard pięćset milionów złotych)”

Wzór Oferty – Część 3. pkt 3.4.

„Informacje o wysokości poniesionych przez Uczestnika aukcji, w latach 2008-2012, nakładów na rozbudowę lub ulepszenie zlokalizowanej na

terenie Rzeczypospolitej Polskiej infrastruktury sieci telefonii ruchomej poprzez wytworzenie lub nabycie nowych rzeczowych aktywów trwałych oraz nowych wartości niematerialnych składających się na infrastrukturę sieci telefonii ruchomej (urządzenia telekomunikacyjne, oprócz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, oraz w szczególności linie, kanalizacje kablowe, słupy, wieże, maszty, kable, przewody oraz osprzęt i oprogramowanie, wykorzystywane do zapewnienia telekomunikacji na bazie ruchomej publicznej sieci telefonicznej), poświadczone przez biegłego rewidenta, a w przypadku Uczestnika aukcji prowadzącego działalność w państwie, w którego porządku prawnym nie przewidziano zawodu biegłego rewidenta – przez inną osobę uprawnioną do badania sprawozdań finansowych.

Uczestnik aukcji przedstawi, zgodnie z poniższą tabelą, informacje o wysokości poniesionych przez niego, w latach 2008-2012, nakładów na rozbudowę lub ulepszenie zlokalizowanej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej infrastruktury sieci telefonii ruchomej poprzez wytworzenie lub nabycie nowych rzeczowych aktywów trwałych oraz nowych wartości niematerialnych składających się na infrastrukturę sieci telefonii ruchomej (urządzenia telekomunikacyjne, oprócz telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, oraz w szczególności linie, kanalizacje kablowe, słupy, wieże, maszty, kable, przewody oraz osprzęt i oprogramowanie, wykorzystywane do zapewnienia telekomunikacji na bazie ruchomej publicznej sieci telefonicznej), poświadczone przez biegłego rewidenta, a w przypadku Uczestnika aukcji prowadzącego działalność w państwie, w którego porządku prawnym nie przewidziano zawodu biegłego rewidenta – przez inną osobę uprawnioną do badania sprawozdań finansowych.

Rok	Kwota netto(4)
2008	
2009	
2010	
2011	
2012	
RAZEM	

(4) Wyjaśnienie przypisu znajduje się w Części 5 w pkt 5.4. Wyjaśnienie przypisu do pkt. 3.4."

3.2.5. Postulat A5:

P4 postuluje modyfikację zobowiązań inwestycyjnych przypisanych do bloków częstotliwości w paśmie 800 MHz w taki sposób, aby były one wykonalne w świetle umów międzynarodowych oraz aby powodowały symetryczne obciążenia dla beneficjentów rezerwacji.

[Wzór Oferty Wstępnej – Część 2. (Oświadczenia i zobowiązania), pkt. 2.8. – 2.12.]

3.2.5.1. Zobowiązania inwestycyjne kolidują z postanowieniami umów międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej z państwami ościennymi

Porozumienia z państwami ościennymi, tj. Rosją, Białorusią i Ukrainą, w sprawie użytkowania pasma 800 MHz

W 2011 r. Polska podpisała porozumienia z Rosją, Białorusią i Ukrainą w sprawie wykorzystywania częstotliwości radiowych 790 - 862 MHz w obszarach przygranicznych („Porozumienia”).

26 sierpnia 2011 r. Minister Infrastruktury zawarł z Ministrem Łączności i Komunikacji Masowej Rosji porozumienie w sprawie optymalnego wykorzystania przez oba państwa częstotliwości z zakresu 790-862 MHz („Porozumienie PL-RUS”).

14 października 2011 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zawarł z Państwową Inspekcją ds. Telekomunikacji Ministerstwa Komunikacji i Informatyzacji Republiki Białorusi porozumienie w sprawie zasad wykorzystywania przez oba państwa częstotliwości z zakresu 790-862 MHz („Porozumienie PL-BLR”).

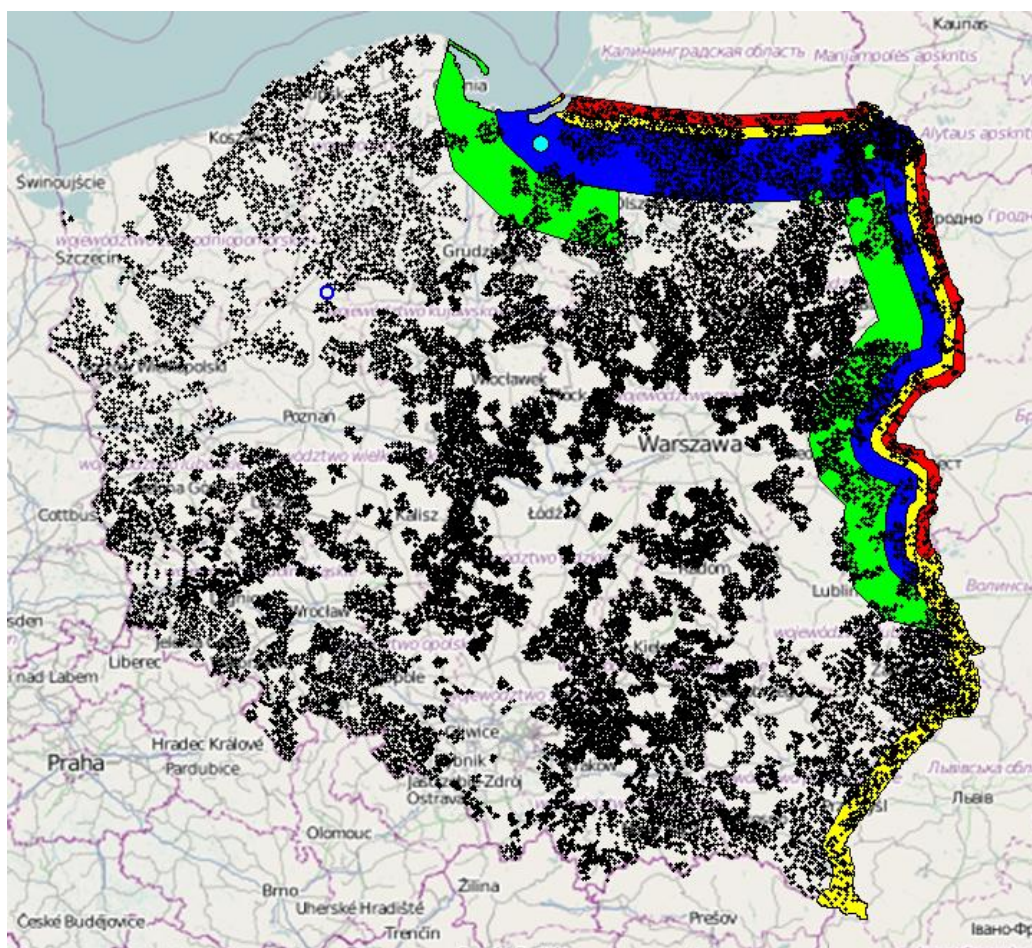
28 października 2011 r., została podpisana Procedura dotycząca wykorzystania zakresu częstotliwości 790-862 MHz przez systemy ziemskie w obszarze przygranicznym Polski i Ukrainy („Porozumienie PL-UKR”).

Porozumienia mają charakter techniczny i regulują kwestie użytkowania częstotliwości z zakresu 790-862 MHz na użytek systemów naziemnych, m.

in. zasady użytkowania poszczególnych zakresów częstotliwości dla określonych w porozumieniach konkretnych parametrów technicznych oraz szczegółowe procedury koordynacji wykorzystania częstotliwości. W szczególności w porozumieniach określono takie kwestie jak: gęstość rozmieszczenia stacji bazowych na terytoriach przygranicznych, wysokość anten, moc nadawania, strefy ochrony stacji bazowej oraz dopuszczalną odległość stacji bazowych od granicy.

Poniższa mapa przedstawia obszary objęte tymi porozumieniami wraz z opisem parametrów technicznych dla tych obszarów.

Rysunek 9. Obszary objęte Porozumieniami



Obszar oznaczony na czerwono jest to obszar, na którym usługi telekomunikacji ruchomej nie mogą być w ogóle świadczone, bowiem nie ma możliwości zapewnienia pokrycia siecią radiową w wyznaczonych punktach. Według Porozumienia PL-RUS jest to obszar 7 km od granicy w obszarze na wschód od południka 20E15 i 12 km od granicy w obszarze na

zachód od południka 20E15. Według Porozumienia PL-BLR jest to obszar 7 km od granicy.

Obszar oznaczony na żółto jest to obszar, na którym nie można budować stacji. Według Porozumienia PL-RUS jest to obszar 15 km od granicy w obszarze na wschód od południka 20E15 i 20 km od granicy w obszarze na zachód od południka 20E15. Według Porozumienia PL-BLR oraz Porozumienia PL-UKR jest to obszar 15 km od granicy. Natomiast pokrycie wyznaczonych w konsultowanych dokumentach aukcyjnych punktów leżących na tym obszarze jest możliwe tylko ze stacji położonych na zewnątrz obszaru. P4 szacuje, że 75% wyspecyfikowanych punktów nie będzie mogło zostać pokrytych.

Obszar oznaczony na niebiesko jest to obszar, na którym gęstość stacji została ograniczona do 1 stacji na 100 km², czyli minimalna odległość między stacjami wynosi około 11,3 km. Według Porozumienia PL-RUS jest to obszar 15-60 km od granicy w obszarze na wschód od południka 20E15 i 20-60 km od granicy w obszarze na zachód od południka 20E15. Według Porozumienia PL-BLR jest to obszar 15-30 km od granicy. P4 szacuje, że 25% spośród wyspecyfikowanych w dokumentach aukcyjnych punktów z tego obszaru nie będzie mogło zostać pokrytych.

Wpływ Porozumień na wypełnienie zobowiązań inwestycyjnych dla pasma 800 MHz

Parametry techniczne ujęte w wyżej opisanych Porozumieniach negatywnie wpływają na możliwość wypełnienia zobowiązań inwestycyjnych wymaganych dla pasma 800 MHz, przedstawionych w Dokumentacji Aukcyjnej w załącznikach 5A1, 5A2, 5B1, 5B2, 5C1, 5C2, 5D1, 5D2, 5E1, 5E2.

Mamy tu do czynienia z trzema rodzajami ograniczeń:

Po pierwsze - przynależność części punktów wyznaczonych w wyżej wymienionych załącznikach do obszarów przygranicznych

W zobowiązaniach dla każdego z bloków pasma 800 MHz znajduje się pewna liczba punktów, które podlegają koordynacji przygranicznej. W

rezultacie część z tych punktów będzie nieosiągalna do pokrycia w paśmie 800 MHz.

W poniższej tabeli zestawiono ilości punktów, które nie będą mogły zostać pokryte, oraz ich udział w całkowitej ilości punktów przypisanych do danego bloku.

Tabela 3. Punkty niemożliwe do pokrycia w paśmie 800 MHz

kol A	kol B	kol C	kol D
Numer załącznika z Dokumentacji Aukcyjnej	Punkty nieosiągalne do pokrycia	Całkowita ilość punktów przypisanych do bloku	Udział punktów nieosiągalnych do pokrycia w całkowitej ilości punktów przypisanych do bloku
5A1	37	7 914	0,47%
5A2	527	7 869	6,70%
5B1	260	7 740	3,36%
5B2	473	7 948	5,95%
5C1	765	7 864	9,73%
5C2	389	7 253	5,36%
5D1	604	7 684	7,86%
5D2	446	7 997	5,58%
5E1	486	7 724	6,29%
5E2	317	7 859	4,03%
Suma (kol B); Średnia (kol C)	4 304	7 785	5,53%

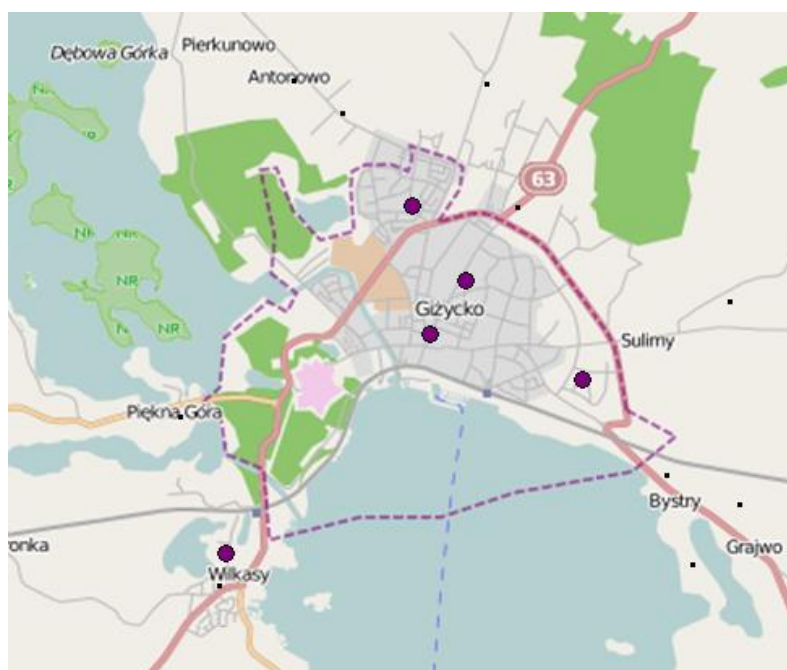
Wymagania pokryciowe przedstawione w Dokumentacji Aukcyjnej zostawiają co prawda 10%-owy margines braku pokrycia, którego duża część mogłaby zostać teoretycznie zużyta na koordynację przygraniczną (przy czym w przypadku bloku C udział punktów nieosiągalnych do pokrycia w całkowitej liczbie punktów przypisanych do bloku wynosi aż 9,73%, czyli zużywa niemal cały 10%-owy margines). Niemniej uważamy, że przeznaczeniem tego marginesu nie jest wyłączenie ze zobowiązań punktów, o których z góry wiadomo, że nie można ich pokryć zasięgiem, ale pozostawienie samym operatorom pewnego zakresu tolerancji w zakresie realizacji przez nich zobowiązań.

Po drugie - brak możliwości zapewnienia pojemności i ciągłości świadczenia usług

W obszarze niebieskim (ograniczenie gęstości stacji do 1 stacji na 100 km²) leżą miasta takie jak Giżycko, Kętrzyn, Lidzbark Warmiński czy Olecko, w których dla zapewnienia pojemności i ciągłości usług wymagane było wybudowanie więcej niż 1 stacji. W miastach tych implementacja usług w paśmie 800 MHz będzie praktycznie niemożliwa ze względu na ograniczenie gęstości stacji, co z kolei oznacza brak możliwości zapewnienia pojemności i ciągłości świadczenia usługi na tej częstotliwości w całym mieście.

Fioletowe punkty na poniższej mapie to stacje bazowe P4 w rejonie Giżycka. Tylko na jednej z tych stacji będzie można uruchomić działanie sieci w technologii LTE 800.

Rysunek 8. Mapa Giżycka



Po trzecie - ograniczenia mocy stacji bazowych

Wszystkie sektory znajdujące się w strefie koordynacji przygranicznej i skierowane w jej kierunku muszą spełniać ograniczenia mocy nadawania przedstawione w tabeli.

Tabela 4. Ograniczenia mocy nadawania

Granica	Rosja - na zachód od południka 20E15	Rosja - na wschód od południka 20E15	Białoruś
Odległość od granicy [km]	100	60	50
Max EIRP (efektywna izotropowa moc wypromieniowana) [dBm]	55	56	55
Ograniczenie wielkości komórki	50%	48%	50%

Ograniczenia te w ogromnym stopniu wpływają na zmniejszenie wielkości komórek sektorów skierowanych na wschód i północ co sprawia, że stają się mało efektywne na terenach wiejskich, gdzie daleki zasięg jest kluczowy.

3.2.5.2. Zobowiązania inwestycyjne powodują asymetryczne obciążenia dla beneficjentów rezerwacji

Kolejną kwestią budzącą zastrzeżenia P4 jest asymetria obciążeń dla beneficjentów rezerwacji wynikających z realizacji zobowiązań inwestycyjnych przypisanych do poszczególnych bloków z zakresu 800 MHz. W chwili obecnej, koszt realizacji tych zobowiązań jest nieproporcjonalny pomiędzy operatorami, ponieważ ci z nich, którzy mają sieci bardziej rozbudowane na obszarach nisko zaludnionych, musieliby zainwestować mniej, aby sprostać tym zobowiązaniom w porównaniu do tych operatorów, którzy posiadają mniej infrastruktury sieciowej na obszarach nisko zaludnionych i musieliby ponieść większe nakłady inwestycyjne. Określając wycenę każdego z bloków z pasma 800 MHz (a zatem maksymalną wysokość kwoty jednorazowej opłaty za rezerwację, jaką mogą zadeklarować w swoich ofertach na bloki z tego pasma), wszyscy operatorzy odejmą dodatkowy koszt związany z wykonaniem zobowiązań inwestycyjnych od wartości częstotliwości w przypadku braku tych zobowiązań. W związku z tym, przy założeniu braku oddziaływania innych czynników, operatorzy posiadający sieci bardziej rozbudowane na

obszarach nisko zaludnionych będą automatycznie mieli wyższą wycenę częstotliwości z zakresu 800 MHz.

Ponadto obawy P4 dotyczą tego, że skala inwestycji wymaganych w celu wykonania zobowiązań inwestycyjnych (pokryciowych) nie jest współmierna do ceny wywoławczej ustalonej dla każdego z bloków częstotliwości z zakresu 800 MHz. P4 szacuje, że obecne propozycje zobowiązań wymagałyby od P4 budowy od 950 do 1100 nowych stacji bazowych dla każdego bloku 2×5 MHz z zakresu 800 MHz. Oznaczałoby to poniesienie w okresie 15 lat od doręczenia decyzji rezerwacyjnej kosztu w wysokości od 550 milionów zł do 630 milionów zł.

Jak już wcześniej wskazano, koszt wykonania zobowiązań pokryciowych zostanie odjęty od wyceny widma dokonanej przez każdego z operatorów dla sytuacji, w której takie zobowiązania w ogóle nie byłyby przypisane do bloków z zakresu 800 MHz. Biorąc pod uwagę tenże koszt, możliwe jest, że wycena widma dokonana przez każdego operatora może nie przewyższać ceny wywoławczej widma, o której mowa w Dokumentacji Aukcyjnej (250 milionów zł za każdy blok 2×5MHz), co może doprowadzić do sytuacji, w której część widma z zakresu 800 MHz pozostanie niesprzedana, ponieważ operatorzy nie będą w stanie osiągnąć wystarczającego zwrotu z inwestycji.

P4 pragnie zauważyć, że w większości krajów europejskich zobowiązania do pokrycia określonego terytorium zasięgiem częstotliwości z zakresu 800 MHz określono tak, aby nie wymagały one uruchomienia żadnych nowych stacji bazowych (np. Belgia, Niemcy, Irlandia, Hiszpania), ponieważ jest to zbyt kosztowne dla operatorów i umniejszałoby wartość widma. Z kolei w krajach, gdzie zastosowane znaczące zobowiązania inwestycyjne w tym zakresie, takich jak Dania i Islandia, ceny wywoławcze były znacznie niższe niż ich średnie poziomy dla UE. Ponadto, w krajach, w których do wybranych bloków z zakresu 800 MHz przypisano dodatkowe zobowiązania inwestycyjne, został również wprowadzony znaczny rabat od ceny wywoławczej wyznaczonej dla tych bloków.

W świetle powyższych obaw **P4 postuluje modyfikację zobowiązań inwestycyjnych przypisanych do każdego z bloków w paśmie 800 MHz w taki sposób, aby powodowały one jednakowe obciążenia kosztowe dla wszystkich podmiotów, które uzyskają rezerwacje częstotliwości z tych**

bloków. Proponujemy, aby treścią tych zobowiązań był wymóg uruchomienia określonej liczby nowych stacji bazowych (150-200 stacji dla każdego bloku z pasma 800 MHz), na obszarach „białych plam” wskazanych przez Prezesa UKE. Byłoby to podejście podobne do tego, jakie zastosowano w Portugalii, gdzie każdy blok częstotliwości z zakresu 800 MHz związany był z wymogiem uruchomienia 80 nowych stacji bazowych pokrywających zasięgiem określone jednostki administracyjne kraju.

Niezależnie od powyższego postulatu, P4 wyraża oczekiwanie, że wyznaczony w konsultowanych dokumentach aukcyjnych 24-miesięczny okres na realizację procesu inwestycyjnego nie będzie obejmował czasu oczekiwania na wydanie pozwoleń radiowych. Co prawda spodziewamy się, że decyzje rezerwacyjne dla poszczególnych bloków będą zawierać postanowienia zwalniające z obowiązku uzyskiwania pozwoleń radiowych (zgodnie z dyspozycją art. 115 ust. 2a Pt), niemniej jednak uzyskanie takich pozwoleń może być konieczne na obszarach objętych koordynacją przygraniczną. W takich przypadkach ryzyko związane z ewentualnie przedłużającą się procedurą wydawania takich pozwoleń nie powinno obciążać beneficjenta rezerwacji.

3.2.6. Postulat A6:

P4 proponuje wprowadzenie do warunków uczestnictwa w Aukcji wymogu rzetelności i zgodności ze stanem rzeczywistym dokumentów i informacji przedkładanych w ofercie wstępnej, którego niespełnienie będzie skutkować niezakwalifikowaniem oferty do II etapu Aukcji.

[Ogłoszenie o Aukcji – ust. 2

Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 2 (Tryb przeprowadzenia aukcji. Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.3. (Warunki uczestnictwa w aukcji.); Rozdział 4 (Procedura i kryteria oceny ofert.), pkt 4.1. (Procedura oceny ofert.) pkt 4.1.4.;

Wzór Oferty Wstępnej – Część 2 pkt 2.5.]

Obowiązek zachowania pełnej rzetelności i zgodności ze stanem rzeczywistym ofert wydaje się oczywistością w toku przeprowadzania przejrzystych, jawnych i konkurencyjnych procedur selekcyjnych, do których zalicza się aukcja. Być może z tego względu obowiązek ten został wysłowniony w treści konsultowanych dokumentów aukcyjnych jedynie jako bezsankcyjne oświadczenie zawarte w Części 2 pkt 2.5. Wzoru Oferty Wstępnej.

Niemniej jednak wydaje się nie budzić wątpliwości, że Prezes UKE powinien być wyposażony w możliwość (a wręcz obowiązek) zastosowania odpowiednich środków reakcji w razie wykrycia, że informacje lub dokumenty zamieszczone lub dołączone do oferty wstępnej w ramach Aukcji są nierzetelne lub / i niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym istniejącym w dacie ich składania. Wydaje się również, że takim środkiem reakcji, jedynym odpowiednim do rangi przewinienia i dostosowanym do konstrukcji aukcji (w której na II etapie nie dokonywana jest merytoryczna, a więc wartościująca ocena ofert, która pozwalałaby ewentualnie na odjęcie punktów ofercie za jej nierzetelność, ale prowadzona jest jedynie rywalizacja cenowa), winno być odrzucenie nierzetelnej oferty, czyli jej niezakwalifikowanie do II etapu aukcji.

W ocenie P4 powyższy, i – jak należy mniemać – podzielany przez wszystkich uczestników niniejszego postępowania konsultacyjnego, którzy w dobrej wierze zamierzają przystąpić do Aukcji, pogląd powinien znaleźć

wyraźne umocowanie w postanowieniach Dokumentacji Aukcyjnej. W ocenie P4 jest to konieczne w świetle warunków Aukcji, będącej pierwszym w Polsce postępowaniem, w którym treść przedkładanych przez uczestników informacji i dokumentów nie decyduje jedynie o ocenie ich ofert odzwierciedlonej miejscem uzyskanym na liście wyników postępowania, ale o ich prawie do bycia wpisanym na tę listę. Wszelkie bowiem informacje i dokumenty zawarte w ofertach wstępnych podlegają badaniu w I etapie aukcji i skutkują zakwalifikowaniem lub niezakwalifikowaniem oferty do II etapu, nie są zaś oceniane i przekładane na liczbę punktów uzyskanych w II etapie. Surowość konsekwencji zawarcia lub niezawarcia w ofercie określonych informacji może zatem skutkować pokusą ucieknięcia się do sporządzania nierzetelnych ofert. Dokumentacja Aukcyjna powinna to ryzyko minimalizować.

Sankcja za tego typu zachowania winna zostać w Dokumentacji Aukcyjnej jasno i wyraźnie wyrażona, służąc jako ostrzeżenie dla ewentualnych nierzetelnych uczestników. W ten sposób zachowane też zostaną wymogi jawności i przejrzystości warunków Aukcji, które w innym wypadku mogłyby posłużyć podmiotom niezakwalifikowanym do II etapu z uwagi na nierzetelność ich ofert jako punkt oparcia w ewentualnych wnioskach o unieważnienie Aukcji z uwagi na rażące naruszenie prawa i ich interesów.

P4 postuluje zatem, aby Prezes UKE **zaliczył i *explicite* wpisał wymóg dochowania pełnej rzetelności i zgodności ofert ze stanem rzeczywistym do warunków uczestnictwa w Aukcji, które wymieniono w Rozdziale 2 pkt 2.3.1. Dokumentacji Aukcyjnej, i w konsekwencji zaliczył go i wpisał do warunków podlegających sprawdzeniu w I etapie Aukcji, zgodnie z Rozdziałem 4 pkt 4.1.4. Dokumentacji Aukcyjnej.** Wprowadzenie przez Prezesa UKE powyższego uzupełnienia do Dokumentacji Aukcyjnej znajduje pełne oparcie w przepisach prawa. Zgodnie z art. 118 ust. 4 Pt Prezes UKE jest organem władnym samodzielnie określić w dokumentacji warunki uczestnictwa w aukcji. Jednocześnie katalog warunków uczestnictwa w aukcji, określony w przepisach **Rozporządzenia o Aukcji (§ 9 pkt 1)** ma charakter otwarty, tj. dopuszcza jego uzupełnienie przez Prezesa UKE, w zależności od sytuacji, również innymi niż *explicite* tam wymienione warunkami.

Dla zilustrowania niniejszego postulatu oraz dla wygody Urzędu P4 zamieszcza poniżej propozycję sformułowania powyższych uzupełnień do Ogłoszenia o Aukcji, Dokumentacji Aukcyjnej oraz Wzoru Oferty Wstępnej.

Ogłoszenie o Aukcji, ust. 2

Do listy warunków uczestnictwa w aukcji należy dodać kolejny punkt, o treści:

„zawarcie w ofercie wstępnej dokumentów i informacji rzetelnych i zgodnych ze stanem faktycznym i prawnym aktualnym na dzień składania oferty wstępnej”

Dokumentacja Aukcyjna, Rozdział 2 (Tryb przeprowadzenia aukcji. Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.3. (Warunki uczestnictwa w aukcji.)

Do listy warunków uczestnictwa w aukcji wymienionych w pkt 2.3.1. należy dodać kolejny punkt, o treści:

„zawarcie w ofercie wstępnej dokumentów i informacji rzetelnych i zgodnych ze stanem faktycznym i prawnym aktualnym na dzień składania oferty wstępnej”

Dokumentacja Aukcyjna, Rozdział 4 (Procedura i kryteria oceny ofert.), pkt 4.1. (Procedura oceny ofert.)

Do listy kwestii podlegających sprawdzeniu w I etapie aukcji, o których mowa w pkt 4.1.4, należy dodać kolejny punkt, o treści:

„zawarcia w ofercie wstępnej dokumentów i informacji rzetelnych i zgodnych ze stanem faktycznym i prawnym aktualnym na dzień składania oferty wstępnej”

Wzór Oferty Wstępnej, Część 2. (Oświadczenia i zobowiązania), pkt 2.5.

„Oświadczam, że wszystkie dokumenty oraz informacje zawarte w ofercie wstępnej odzwierciedlają stan faktyczny i prawny aktualny na dzień składania oferty wstępnej, oraz że jestem świadomy(a) faktu, iż nieprawdziwość powyższego oświadczenia skutkuje niezakwalifikowaniem oferty do II etapu aukcji. Oświadczam również, że w zakresie części 2 oferty wstępnej pt. „Oświadczenia i zobowiązania” powyższe dokumenty i informacje nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa reprezentowanego podmiotu.”

3.2.7. Postulat A7:

P4 postuluje wyrównanie liczby punktów licytacyjnych przypisanych do bloków częstotliwości z pasma 800 MHz i 2,6 GHz.

[*Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 4 (II etap aukcji.), pkt 6.10 (Punkty Licytacyjne – PL), pkt 6.10.5., pkt 6.12. (Przenoszenie ofert.), pkt 6.12.4 i 6.12.5.)*

Wzór Oferty Wstępnej – Część 2.(Oświadczenia i zobowiązania), pkt 2.1., 2.2.,; Część 5. (Wyjaśnienie przypisów), pkt 5.1., 5.2.]

W Dokumentacji Aukcyjnej w następujący sposób określono liczbę punktów licytacyjnych (PL) przypadającą na każdy blok:

- (i) zakres 800 MHz – na każdy blok 2×5 MHz przypada 1 PL
- (ii) zakres 2,6 GHz – na każdy blok 2×10 MHz przypada 2 PL.

Mamy obawy, że takie określenie liczby punktów licytacyjnych ograniczy oferentom możliwość przenoszenia ofert pomiędzy blokami z zakresu 800 MHz oraz 2,6 GHz w ramach II etapu Aukcji. W szczególności, nie będzie możliwości przeniesienia oferty z pojedynczego bloku pasma z zakresu 800 MHz na blok z zakresu 2,6 GHz, bez jednoczesnego obniżenia całkowitej liczby punktów licytacyjnych przysługujących uczestnikowi.

Przykładowo, weźmy pod uwagę oferenta, który planuje wprowadzić usługi LTE z wykorzystaniem częstotliwości z zakresu 800 MHz lub z zakresu 2,6 GHz. Preferuje on jeden blok z zakresu 800 MHz; jednakże, jeżeli cena za blok z zakresu 800 MHz zanadto wzrośnie, będzie on wolał zamiast bloku z zakresu 800 MHz uzyskać dodatkowy blok z zakresu 2,6 GHz. Biorąc pod uwagę ceny wywoławcze, oferent ten rozpoczyna licytację w ramach Aukcji na jeden blok z zakresu 800 MHz oraz jeden blok z zakresu 2,6 GHz. To daje mu wartość 3 punktów licytacyjnych. Po rozpoczęciu Aukcji, cena wzrasta w przypadku bloku z zakresu 800 MHz, ale nie idzie ona w górę dla bloku z zakresu 2,6 GHz, i w pewnym momencie oferent chciałby przenieść swoją ofertę z bloku w zakresie 800 MHz na blok w zakresie 2,6 GHz. Jednakże, obecne zasady przeliczania punktów licytacyjnych to uniemożliwiają. Liczba punktów licytacyjnych przypadających na jeden blok 2×10 MHz z zakresu 2,6 GHz (2 PL) jest

bowiem większa niż liczba punktów licytacyjnych przypadających na jeden blok 2×5 MHz z zakresu 800 MHz (1 PL).

Zamiast realizować optymalną dla siebie strategię, oferent będzie zatem zmuszony do obniżenia liczby swoich PL do dwóch i ubiegania się o tylko jeden blok z zakresu 2,6 GHz. Kontynuując analizowany przykład, w miarę postępu licytacji, cena na częstotliwości z zakresu 800 MHz pozostaje na stałym poziomie, ale cena na częstotliwości z zakresu 2,6 GHz rośnie. W pewnej chwili, różnica cen pomiędzy blokami z tych dwóch zakresów zostaje zredukowana na tyle, aby oferent chciał wrócić do składania oferty na blok z zakresu 800 MHz. Jednakże, oferent nie może już ubiegać się o jeden blok z zakresu 800 MHz, nie redukując liczby swych punktów licytacyjnych (chyba, że oferent ten zdecydowałby się ubiegać o dwa bloki z zakresu 800 MHz, przenosząc w tym celu swoją jedyną ofertę na blok z pasma 2,6 GHz, co nie jest jednak zgodne z planem biznesowym oferenta).

Jasne jest zatem, że proponowana proporcja punktów licytacyjnych dla bloków z zakresu 800 MHz i 2,6 GHz nie pozwala oferentowi ubiegającemu się o jeden blok z zakresu 800 MHz na przeniesienie oferty z bloku z zakresu 800 MHz na blok z zakresu 2,6 GHz.

Jako rozwiązanie tego problemu, **chcielibyśmy zaproponować następującą modyfikację w proporcji punktów licytacyjnych przypisanych do bloków z poszczególnych zakresów:**

(iii) zakres 800 MHz – na każdy blok 2×5 MHz przypada 1 PL

(iv) zakres 2,6 GHz – na każdy blok 2×10 MHz przypada 1 PL.

Dysponując tą samą liczbą punktów licytacyjnych zarówno za bloki z zakresu 800 MHz, jak i z zakresu 2,6 GHz, uczestnicy Aukcji będą mogli w pełni korzystać z możliwości przenoszenia ofert pomiędzy zakresami 800 MHz oraz 2,6 GHz. To z kolei powinno prowadzić do bardziej efektywnego wyniku Aukcji.

Należy zauważyć, że zgodnie z naszą propozycją liczba punktów licytacyjnych w przeliczeniu na 1 MHz jest wyższa dla zakresu 800 MHz niż dla zakresu 2,6 GHz – według stosunku 2:1. Niemniej jednak wskazujemy, że jest to rozwiązanie zgodne z praktyką regulacyjną dla

aukcji wieloczęstotliwościowych obejmujących zakresy 800 MHz oraz 2,6 GHz. Przykładowo, stosunek punktów licytacyjnych za 1 MHz z zakresu 800 MHz do punktów licytacyjnych za 1 MHz z zakresu 2,6 GHz wynosił 3:1 w szwajcarskiej aukcji wieloczęstotliwościowej (2012)²⁰ oraz 2:1 w portugalskiej aukcji wieloczęstotliwościowej (2011)²¹.

Różnica w liczbie punktów licytacyjnych za 1 MHz dla danego zakresu częstotliwości odzwierciedla różnicę wartości ekonomicznej 1 MHz w tych zakresach. Dlatego też naturalne jest, aby dla celów przenoszenia ofert dwukrotnie szersze bloki z zakresu 2,6 GHz były zrównane pod względem liczby PL z blokami z zakresu 800 MHz. Sam Prezes UKE dał już wszak wyraz swemu przekonaniu o wyższej wartości częstotliwości z zakresu 800 MHz w porównaniu do wartości częstotliwości z zakresu 2,6 GHz przy doborze cen wywoławczych (które są w stosunku 5:1). Należy zauważyć, że P4 nie zaleca Prezesowi UKE wdrożenia stosunku punktów licytacyjnych wyższego niż 2:1, ponieważ stosunek ten zapewnia uczestnikom optymalne możliwości przenoszenia ofert pomiędzy blokami z zakresu 800 MHz a blokami z zakresu 2,6 GHz. Jakikolwiek wyższy stosunek (np. blok 2×5 MHz z zakresu 800 MHz wart 2 PL oraz blok 2×10 MHz z zakresu 2,6 GHz wart 1 PL, efektywny stosunek 4:1) utrudniłby takie przenoszenie.

²⁰ Aukcja objęła następujące zakresy częstotliwości: 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1GHz oraz 2,6 GHz.

²¹ Aukcja objęła następujące zakresy częstotliwości: 450 MHz, 800 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz and 2,6 GHz.

3.2.8. Postulat A8:

Wymóg złożenia depozytu, jako środek nieskuteczny i bezpodstawny, powinien zostać usunięty z warunków Aukcji.

[*Ogłoszenie o Aukcji* – ust. 6

Dokumentacja Aukcyjna – Wyjaśnienie pojęć i skrótów; Rozdział 2 (Tryb przeprowadzenia aukcji. Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.3. (Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.3.1. ppkt 5); Rozdział 6 (II etap aukcji.), pkt 6.4. (Rundy.) pkt 6.4.2. ppkt 1 lit. h.; pkt 6.15. (Zawieszenie II etapu aukcji.); pkt 6.16. (Depozyt.)

Wzór Oferty Wstępnej – strona tytułowa]

W naszej ocenie wymóg złożenia depozytu w II etapie Aukcji powinien zostać usunięty z warunków Aukcji, ponieważ został on oparty na przepisie prawa, który:

- (i) narusza zasadę proporcjonalności wynikającą z przepisów unijnych oraz Konstytucji RP, ponieważ ustanawia środek nieskuteczny i nadmiernie uciążliwy w zakresie realizacji założonych celów,
- (ii) został wydany z naruszeniem delegacji ustawowej zawartej w art. 120 Pt.

W naszej ocenie należy zatem: (i) usunąć z dokumentów aukcyjnych powołane na górze strony odwołania do depozytu albo (ii) doprecyzować dokumenty aukcyjne poprzez wskazanie w nich *explicite*, że w Aukcji nie przewiduje się konieczności wniesienia depozytu.

3.2.8.1. Depozyt jako środek naruszający zasadę proporcjonalności wynikającą z przepisów unijnych oraz Konstytucji RP

Zgodnie z **art. 2 ust. 1 lit. a) Decyzji RSPP** naczelną zasadą regulacyjną w Unii jest „*stosowanie najbardziej odpowiednich i najmniej uciążliwych systemów wydawania zezwoleń, tak aby maksymalizować elastyczność i efektywność wykorzystania widma* – taki system wydawania zezwoleń musi być

oparty na obiektywnych, jawnych, niedyskryminujących i **proporcjonalnych kryteriach**". Natomiast **art. 5 ust. 2 Dyrektywy o Zezwoleniach** stanowi, iż „bez uszczerbku dla szczegółowych kryteriów i procedur przyjętych przez państwa członkowskie w celu przyznawania praw użytkowania częstotliwości radiowych dostawcom usług radiowych lub telewizyjnych, aby osiągnąć cele leżące w interesie ogólnym zgodnie z prawem wspólnotowym, prawa użytkowania częstotliwości radiowych i numerów są przyznawane w oparciu o otwarte, obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i **proporcjonalne** procedury, a w przypadku częstotliwości radiowych - zgodnie z przepisami art. 9 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywa ramowa). (...). Zgodnie zaś z **art. 7 ust. 3 Dyrektywy o Zezwoleniach** „w przypadku gdy należy ograniczyć przyznawanie praw użytkowania częstotliwości radiowych, państwa członkowskie przyznają takie prawa według kryteriów selekcji, które muszą być obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne oraz **proporcjonalne**. Każde takie kryterium wyboru musi przyznawać odpowiednią wagę celom określonym w art. 8 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywa ramowa) i wymaganiom zawartym w art. 9 tej dyrektywy.” Z przepisów tych wynika, iż wszelkie środki wykorzystywane w toku procedur alokacji częstotliwości radiowych muszą spełniać m. in. standard proporcjonalności.

Natomiast konstytucyjną zasadę proporcjonalności należy wywodzić z art. 2 w powiązaniu z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Zgodnie z **art. 2 Konstytucji** „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

Zgodnie z **art. 31 ust. 3 Konstytucji** „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.”

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wypracowało test trzech kryteriów, jakie musi łącznie spełniać norma prawna, aby móc być uznana

za proporcjonalną (tzw. test proporcjonalności)²². Zgodnie z tym testem, daną regulację prawną można uznać za proporcjonalną, o ile:

- (i) jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (**zasada przydatności / skuteczności**),
- (ii) jest ona niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (**zasada konieczności**), a ponadto
- (iii) jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (**zasada proporcjonalności w ścisłym znaczeniu tego słowa**).

Przechodząc do oceny przepisów regulujących kwestię depozytu w aukcji, należy w pierwszym rzędzie podkreślić, że **depozyt został uregulowany jedynie na poziomie Rozporządzenia o Aukcji, nie zaś na poziomie Prawa Telekomunikacyjnego**. Już tylko z tego względu przepisy te kolidują z art. 31 ust. 3 Konstytucji, który wymaga wszak, aby wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw (w przypadku depozytu ograniczona zostałaby zasada swobody działalności gospodarczej, określona w art. 22 Konstytucji i mieszcząca w sobie między innymi swobodę prowadzenia gospodarki finansowej przedsiębiorstwa) były ustanawiane w drodze ustawy.

Depozyt wnosi się na rachunek bankowy UKE podany w ogłoszeniu o aukcji. Zgodnie z **§ 35 ust. 3 Rozporządzenia o Aukcji** depozyt wniesiony przez uczestnika aukcji podlega zwrotowi, *„w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia wyników aukcji, wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym był on przechowywany, pomniejszony o koszty prowadzenia rachunku oraz prowizji bankowej za przelew depozytu.”* Zwrot następuje na rachunek bankowy podany przez uczestnika aukcji.

Dla celów oceny proporcjonalności powołanych przepisów o depozycie należy się zastanowić, jaką funkcję mógłby realizować ten środek, a zatem w imię jakich prawnie chronionych wartości Prezes UKE zdecydował się wprowadzić go do konsultowanych warunków Aukcji.

²² Por. reprezentatywny w tym zakresie wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 lipca 2007 r. sygn. akt K 41/05, a także wyrok z dnia 26 kwietnia 1995 r., Sygn. akt K 11/94.

Najbardziej oczywistym celem, jaki mógłby realizować depozyt, jest **zabezpieczenie przed rezygnacją przez uczestnika Aukcji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości** (zarówno w toku Aukcji, przez wycofanie oferty, jak i w toku postępowania rezerwacyjnego), tak aby zagwarantować, że wszystkie złożone w aukcji oferty wiązały uczestników Aukcji. Gdyby taki cel przyświecał wprowadzeniu depozytu do proponowanych warunków Aukcji, należy wskazać, że byłby to cel niezgodny z przepisami obowiązującego prawa, tj. przepisami Prawa Telekomunikacyjnego, względem którego, co należy podkreślić, Rozporządzenie o Aukcji (a więc i przepisy o depozycie) ma pełnić funkcję wykonawczą. Jak to już bowiem P4 wskazała wyżej w pkt 2.1.2 stanowiska, prawo do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości na każdym etapie procesu alokacji częstotliwości (tj. od momentu złożenia oferty wstępnej w aukcji aż do momentu uprawnomocnienia się decyzji rezerwacyjnej) zostało zagwarantowane przez przepisy Pt i potwierdzone w orzecznictwie sądów administracyjnych. Jedyną sankcją finansową za skorzystanie z tego uprawnienie jest utrata wadium wniesionego w ramach aukcji, którego wysokość została ogólnie ograniczona przez ustawę (art. 119 ust. 2 Pt). Tym samym zastosowanie przez Prezesa UKE depozytu jako dodatkowego instrumentu penalizującego wycofanie się z procesu alokacji częstotliwości oznaczałoby, że organ ten dąży do odebrania uczestnikom Aukcji prawa im przysługującego zgodnie z przepisami prawa, a tym samym do osiągnięcia skutku sprzecznego z prawem.

Niezależnie od powyższego, depozyt byłby **całkowicie nieskuteczny** w realizacji tak sformułowanego celu, co wynika z powołanego wyżej przepisu § 35 ust. 3 Rozporządzenia o Aukcji. Przepis ten statuuje obowiązek jego zwrotu w każdym przypadku, a zatem również w przypadku wycofania oferty z aukcji bądź niezadeklarowania kwoty pierwszego postąpienia. Depozyt nie podlega zatem nigdy utracie przez uczestnika aukcji, niezależnie od jego zachowania w procedurze selekcyjnej. Tym samym, depozyt przewidziany w Rozporządzeniu nie może spełniać jakiegokolwiek funkcji zabezpieczającej przed rezygnacją uczestnika z ubiegania się o rezerwację częstotliwości (np. wadium we wspomnianych wyżej przypadkach podlega utracie, zgodnie z art. 119 ust. 3 Pt).

Kończąc tę część rozważań, należy zatem skonkludować, że przy tak rozumianym celu depozyt będzie środkiem z pewnością nieproporcjonalnym, bowiem nie będzie spełniał on testu proporcjonalności co najmniej w zakresie zasady przydatności i zasady konieczności (środek nieprzydatny nigdy bowiem nie może być konieczny). Co więcej, już sama niezgodność z prawem celu, dla którego depozyt miałby być do warunków Aukcji wprowadzony, czyni ten środek z przyczyn oczywistych nieproporcjonalnym.

Można również sobie wyobrazić, że depozyt miałby służyć **wykazaniu wiarygodności finansowej uczestnika Aukcji, tj. jego zdolności do uiszczenia zadeklarowanej przez niego kwoty za rezerwację częstotliwości**. P4 pragnie jednak wskazać, że w takim wypadku depozyt będzie realizował swój cel w sposób nadmiernie uciążliwy, nie wyważając we właściwy sposób celu regulacji i ciężarów nakładanych na jej adresatów. Z tego względu będzie on zatem uchybiał testowi proporcjonalności co najmniej w świetle przesłanki (iii) tego testu, tj. zasady proporcjonalności *sensu stricto*.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że wymagając od uczestnika Aukcji przedłożenia na pierwsze wezwanie (w dodatku, jak stanowią proponowane warunki Aukcji, w zaledwie trzydniowym terminie), środków finansowych opiewających na znaczną kwotę, Prezes UKE wymaga w rzeczywistości, aby uczestnik był w posiadaniu tych środków przez cały okres trwania II etapu aukcji. Tak sformułowane żądanie z pewnością wykracza poza ramy badania wiarygodności finansowej uczestnika Aukcji. Po pierwsze, **żaden przepis prawa nie wymaga, aby podmiot ubiegający się o rezerwację częstotliwości już w toku Aukcji dysponował czy to całością, czy to jakimkolwiek ułamkiem kwoty potrzebnej do uiszczenia zadeklarowanej dodatkowej opłaty za rezerwację częstotliwości**. Dysponowanie tą kwotą jest wymagane dopiero w terminie 14 dni od dnia otrzymania przez wyłonionego uczestnika Aukcji decyzji rezerwacyjnej, kiedy to upływa termin uiszczenia dodatkowej opłaty za rezerwację częstotliwości (co wynika zresztą z Części 2. Pkt 2.8. Wzoru Oferty Wstępnej). Nie trzeba nadmieniać, że między II etapem aukcji (kiedy to depozyt miałby być wniesiony) a chwilą doręczenia decyzji rezerwacyjnej może minąć wiele

tygodni (ustawa stanowi, że tylko między ogłoszeniem wyników aukcji a wydaniem decyzji rezerwacyjnej może minąć 6 tygodni – art. 114 ust. 4a Pt). Po drugie, formułowanie takiego wymogu wiąże się z daleko idącymi uciążliwościami dla uczestników Aukcji, i to zarówno o charakterze organizacyjnym (zapewnienie sobie niejako na podorędziu dostępu do ogromnych kwot), jak i przede wszystkim finansowym (konieczność poniesienia już na etapie aukcji kosztów obsługi stosownych kredytów czy pożyczek, konieczność poniesienia kosztów obsługi rachunku bankowego UKE, na którym depozyt będzie przechowywany, oraz kosztów prowizji bankowej za przelew depozytu, a wreszcie koszt alternatywny, czyli utrata zysków, które mogłoby przynieść ulokowanie tych środków finansowych w inny sposób). Warto wreszcie dodać, że zabezpieczenie wiarygodności finansowej uczestników Aukcji, będąc celem samym w sobie słusznym, mogłoby się jednakże dokonać w daleko mniej uciążliwy sposób, np. poprzez przedstawienie stosownych informacji i dokumentów o kondycji finansowej lub posiadaniu środków na pokrycie zobowiązań podjętych w aukcji.

Podsumowując tę część rozważań dotyczących depozytu, nie kwestionujemy zasadności wprowadzenia na potrzeby Aukcji instrumentów finansowych zmierzających do uwiarygodnienia ofert aukcyjnych oraz usprawnienia procedury aukcyjnej. Podkreślić jednak należy, że takie instrumenty powinny być wprowadzone przepisami rangi ustawowej (w drodze nowelizacji Pt), a nie w rozporządzeniu. Przepisy te powinny przy tym spełniać standardy proporcjonalności ustanowione w prawie unijnym i przepisach Konstytucji RP. Przyjęte w Rozporządzeniu o Aukcji rozwiązanie legislacyjne powinnościami tym nie sprostało.

3.2.8.2. Depozyt jako środek wydany z naruszeniem delegacji ustawowej z art. 120 Pt

Po pierwsze, zgodnie z art. 120 Pt, minister powinien wydawać przepisy wykonawcze regulujące zasady i tryb przeprowadzania aukcji, przetargu lub konkursu „*kierując się potrzebą zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących żadnego uczestnika warunków przetargu, aukcji oraz konkursu, jak również przejrzystych warunków podejmowania rozstrzygnięć.*” **W ocenie P4 przepisy o depozycie zawarte w Rozporządzeniu o Aukcji nie spełniają co najmniej wymogu obiektywności i przejrzystości.** Depozyt

jest instrumentem całkowicie nowym, nie przewidzianym w Prawie Telekomunikacyjnym, a Rozporządzenie o Aukcji w ogóle nie precyzuje czym ów depozyt jest, w jakim wymiarze (finansowym) miałby być ustalany, ani jaka miałaby być jego rola w procesie aukcji, pozostawiając Prezesowi UKE całkowitą swobodę (dowolność) w implementacji tego instrumentu na gruncie konkretnego postępowania aukcyjnego.

Naruszenie delegacji ustawowej zamieszczonej w art. 120 Pt, stanowi jednocześnie naruszenie art. 92 Konstytucji. Ustęp 1 wskazanego przepisu ustawy zasadniczej wymaga, aby rozporządzenia były wydawane w celu wykonania ustawy i na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie, tzn. również z uwzględnieniem określonych w tym upoważnieniu wytycznych dotyczących treści aktu. Wytyczne dla MAiC określone w upoważnieniu w art. 120 Pt nakazują, aby Minister przy wydawaniu rozporządzenia kierował się potrzebą zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących warunków procedury selekcyjnej. Przepisy o bliżej nieokreślonym depozycie, pozostawiające Prezesowi UKE całkowitą swobodę (dowolność) w implementacji tego instrumentu na gruncie konkretnego postępowania aukcyjnego, nie spełniają co najmniej standardu obiektywności i przejrzystości, a tym samym są niezgodne z art. 120 Pt.

Co więcej, zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, „warunek legalności” spełnia rozporządzenie:

- (i) wydane na podstawie wyraźnego, tj. nieopartego tylko na domniemaniu ani wykładni celowościowej, szczegółowego upoważnienia ustawy w zakresie określonym w upoważnieniu,
- (ii) wydane w granicach upoważnienia ustawy i w celu jej wykonania,
- (iii) niepozostające w sprzeczności z normami Konstytucji RP, a także wszystkimi obowiązującymi aktami ustawodawczymi.

W wyrokach TK podkreśla się ponadto, że upoważnienie do wydania rozporządzenia podlega zawsze ścisłej wykładni, a zatem brak stanowiska ustawodawcy w danej materii należy zawsze rozumieć jako nieudzielenie upoważnienia.

W naszej ocenie MAiC nie był upoważniony do zamieszczenia w **Rozporządzeniu przepisów o depozycie**. Można teoretycznie argumentować, że „procedury ustalania konieczności wpłaty depozytu” (§ 9 pkt 6 lit. s) Rozporządzenia o Aukcji) mieszczą się zasadniczo w ogólnym pojęciu „warunków i trybu przeprowadzania aukcji”, o których mowa w upoważnieniu ustawowym (art. 120 pkt 2) Pt). Byłby to jednak argument łatwy do podważenia w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym Rozporządzenie może regulować tylko kwestie wyraźnie przewidziane w delegacji ustawowej²³. Przyjąć należy, że jeśli ustawodawca nie wskazał określonego zagadnienia *explicite* w treści delegacji ustawowej jako podlegającego regulacji w drodze rozporządzenia, to zagadnienie to w rozporządzeniu ujęte być nie może. W Pt brak jest wzmianki o możliwości wprowadzenia do mechanizmu procedury selekcyjnej takich instrumentów jak depozyt, podczas gdy np. podobny co do funkcji i charakteru środek, jakim jest wadium, doczekał się dość szczegółowego unormowania ustawowego. W tej sytuacji nie sposób domniemywać, że Rozporządzenie mające określić „warunki i tryb” przeprowadzania aukcji winno regulować również kwestie depozytu. Co więcej, lakoniczny nakaz zawarcia w dokumentacji aukcyjnej procedur ustalania konieczności wpłaty depozytu, o którym to depozycie ustawa nawet nie wspomina, nie spełnia standardu poprawnej legislacji w żadnym wymiarze. W tym nakazie mieści się jednocześnie **upoważnienie dla Prezesa UKE do całkowicie dowolnego określenia obowiązków uczestników aukcji w zakresie depozytu (oraz**

²³ „Zakres przedmiotowy rozporządzenia nie może być rozszerzany w drodze wykładni funkcjonalnej. Brak stanowiska ustawodawcy musi być interpretowany jako nieudzielenie kompetencji normodawczej” (wyroki TK z: 8 października 2002 r., K 36/00, 14 października 2002 r., U 4/01, 11 lutego 2003 r., P 12/02, 10 grudnia 2003 r., K 49/01, 12 maja 2004 r., U 1/04, 29 czerwca 2004 r., U 1/03, 26 lipca 2004 r., U 16/02); „Rozporządzenie swoją regulacją ma wykonywać ustawę, a zatem konkretyzować jej przepisy a nie uzupełniać ją w sposób samoistny, regulując kwestie pominięte przez ustawodawcę” (postanowienie z 30 sierpnia 1988 r., Uw 6/88 i wyroki z: 29 czerwca 2004 r., U 1/03, 26 lipca 2004 r., U 16/02, 31 marca 2009 r., K 28/08 i 16 listopada 2009 r., U 1/09). „Rozporządzenie nie może jednak uzupełniać ustawy, rozbudowywać przesłanek zrealizowania jakiejś normy prawnej określonej w ustawie lub takich elementów procedury, które nie odpowiadają jej ustawowym założeniom. Modyfikacja czy uzupełnianie ustawy w drodze rozporządzenia nie mogą być usprawiedliwiane tym, że w przepisie upoważniającym zawarte zostało sformułowanie „określa szczegółowe zasady i tryb postępowania” (wyrok TK z 22 lutego 2010 r. P 16/09).

jego wielkości), co narusza szereg naczelnych zasad obowiązujących w państwie prawa, w tym:

- (i) zasadę działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji) oraz
- (ii) zasadę wprowadzania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności jedynie w drodze ustawy (art. 31 ust. 3 *ab initio* Konstytucji).

Należy również podkreślić, że w Prawie Telekomunikacyjnym (w art. 119) przewidziano już instrument finansowy wprowadzony przepisami w randze ustawy i zabezpieczający wiarygodność uczestnika aukcji - jest to wadium. Zgodnie z wymogami poprawnej legislacji, precyzyjnie określono jego maksymalną wysokość, zasady płatności i zwrotu, zaliczania na poczet opłaty za rezerwację i przypadki jego utraty przez uczestnika. Wprowadzenie dodatkowego, bliżej nieokreślonego i nieprzewidzianego w ustawie instrumentu finansowego na poziomie aktu o charakterze wykonawczym, w naszej ocenie jest niezgodne z prawem.

3.2.9. Postulat A9:

Należy usunąć z treści Dokumentacji Aukcyjnej zastrzeżenia dotyczące ważności ofert składanych w II etapie Aukcji aż do momentu uprawomocnienia się decyzji rezerwacyjnych oraz dotyczące braku prawa do wycofania tych ofert, lub te zastrzeżenia doprecyzować.

[Dokumentacja Aukcyjna – Wyjaśnienia pojęć i skrótów; Rozdział 2 (Tryb przeprowadzania aukcji. Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.7. (Wadium.), ppkt 2.7.6.; Rozdział 6 (II etap aukcji.), pkt 6.6. (Składanie ofert.), ppkt 6.6.2.; pkt 6.11. (Anulowanie ofert.) ppkt 6.11.1., ppkt 6.11.3.]

W pkt 2.1.2 stanowiska konsultacyjnego P4 zawarła wyczerpujący wywód, z którego wynika, że zawarte w kilku miejscach Dokumentacji Aukcyjnej zastrzeżenie, jakoby oferty złożone podczas II etapu aukcji miały być ważne (a zatem wiążące) aż do momentu uprawomocnienia się decyzji rezerwacyjnej, oraz nie mogły być wycofane, jest zastrzeżeniem niezgodnym z aktualnym stanem prawnym, a zatem nieskutecznym.

Rezygnując z przytaczania w całości uzasadnienia powyższego poglądu, przypominamy w tym miejscu jedynie, że w świetle polskiego prawa uczestnik Aukcji może dokonać co najmniej kilku czynności, które uczynią jego ofertę złożoną w II etapie Aukcji nieważną (tj. przestającą go wiązać):

- (i) może on wycofać ofertę wstępną, przy czym w braku przeciwnych postanowień w Pt (art. 119 ust. 3) może on to uczynić w każdym momencie po upływie terminu na składanie ofert wstępnych, a więc zarówno w I etapie (wówczas nie zostanie on zakwalifikowany do II etapu), jak i w II etapie Aukcji (wówczas również wszystkie jego oferty złożone w tym etapie stracą ważność, nawet bez ich odrębnego wycofania);
- (ii) może on wycofać ofertę złożoną w II etapie Aukcji; w kolejnej rundzie traci on wówczas bezpowrotnie punkty licytacyjne przypisane do wycofanej oferty, w związku z czym jego aktywność licytacyjna w kolejnej rundzie będzie musiała ulec zmniejszeniu; prawo do wycofania oferty złożonej w II etapie Aukcji wynika z art. 119 ust. 3 Pt, który posługuje się ogólnym pojęciem „oferty”, nie różnicując, czy chodzi o ofertę wstępną, czy ofertę aukcyjną; co

więcej, samo Rozporządzenie o Aukcji w § 2 stanowi, że ofertę w aukcji stanowi oferta wstępna i oferta aukcyjna.

- (iii) może on wreszcie, w razie uzyskania pozycji podmiotu wyłonionego, zrezygnować z rezerwacji częstotliwości, w tym poprzez zaniechanie złożenia wniosku rezerwacyjnego.

W świetle powyższych uwag należy wskazać, że „ważność” (pojęcie użyte w powołanych wyżej postanowieniach Dokumentacji Aukcyjnej) ofert złożonych w toku II etapu Aukcji trwająca aż do momentu uprawomocnienia się decyzji rezerwacyjnej dla danego bloku częstotliwości może być rozumiana tylko i wyłącznie w ten sposób, że podmiot, który zdecyduje się uzyskać rezerwację częstotliwości w oparciu o daną ofertę (a więc nie wycofa tej oferty, ani oferty wstępnej, tudzież już jako podmiot wyłoniony nie zrezygnuje z rezerwacji), będzie mógł to uczynić jedynie na warunkach określonych w tej ofercie (w tym za zapłatą zadeklarowanej w niej kwoty). Dlatego też należy przeformułować odpowiednio definicję „ważnej oferty” zawartą w Dokumentacji Aukcyjnej, tak by wynikało z niej jasno, że ważność ta oznacza, iż w razie dokonania na rzecz danego podmiotu rezerwacji określonego bloku częstotliwości w oparciu o daną ofertę, podmiot ten będzie związany warunkami przyjętymi i zaproponowanymi w tej ofercie.

Mając na względzie powyższe, P4 proponuje następujące przeformułowania do poszczególnych postanowień Dokumentacji Aukcyjnej.

Wyjaśnienie pojęć i skrótów, definicja „Oferty ważnej”

„Wiążąca oferta aukcyjna złożona przez Uczestnika aukcji podczas II etapu aukcji. Przez związanie Uczestnika aukcji ofertą aukcyjną rozumie się, że dokonanie na rzecz tego Uczestnika rezerwacji częstotliwości w oparciu o tę ofertę będzie się mogło odbyć tylko na warunkach przyjętych i zaoferowanych przez Uczestnika w tej ofercie. Dla uniknięcia wątpliwości, związanie Uczestnika aukcji ofertą aukcyjną nie narusza jego prawa do realizacji ustawowych uprawnień, w tym do wycofania oferty wstępnej lub oferty aukcyjnej, a także do rezygnacji z rezerwacji częstotliwości po uzyskaniu pozycji podmiotu wyłonionego.”

Rozdział 2, pkt 2.7.6. Dokumentacji Aukcyjnej

„Wycofanie z aukcji oferty wstępnej po upływie terminu na składanie ofert wstępnych, wycofanie z aukcji oferty po upływie etapu składania ofert w danej rundzie II etapu aukcji, niezadeklarowanie kwoty pierwszego postąpienia w aukcji lub rezygnacja przez podmiot wyłoniony, o którym mowa w art. 118b ust. 1 lub 2 Prawa telekomunikacyjnego, z uzyskania rezerwacji częstotliwości, w tym niezłożenie wniosku, o którym mowa w art. 118c ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego, powoduje utratę wadium.”

Rozdział 6, pkt 6.11.3. Dokumentacji Aukcyjnej

„Uczestnik aukcji może przestać składać oferty.”

3.2.10. Postulat A10:

P4 postuluje, aby Prezes UKE ustalił ramy czasowe poszczególnych faz postępowania przedaukcyjnego i Aukcji w sposób zapewniający uczestnikom odpowiedni czas na przygotowanie ofert i dostosowanie strategii licytacyjnej do dynamiki przebiegu Aukcji.

[Ogłoszenie o Aukcji – ust. 7

Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 2 (Tryb przeprowadzenia aukcji. Warunki uczestnictwa w aukcji.), pkt 2.5. (Wyjaśnienia treści dokumentacji.), ppkt 2.5.3.; Rozdział 6 (II etap aukcji.), pkt 6.5. (Czas przeprowadzenia II etapu aukcji.)]

Konsultowana Aukcja na rezerwacje częstotliwości jest całkowicie nowym rozwiązaniem legislacyjnym w Polsce, nie mającym precedensu w praktyce polskiego organu regulacyjnego. Co więcej, jest to pierwsze postępowanie, w którym rozdysponowaniu mają podlegać rezerwacje z dwóch różnych zakresów widma, w dodatku o tak kluczowym znaczeniu dla działalności telekomunikacyjnej.

Wszystkie te okoliczności przemawiają za tym, aby Prezes UKE ze szczególną starannością zaplanował ramy czasowe dla poszczególnych faz postępowania przedaukcyjnego (począwszy od ogłoszenia Aukcji) i samej Aukcji (aż do ogłoszenia jej wyników), tak by zagwarantować uczestników wystarczająco długi czas na zrozumienie warunków Aukcji, przygotowanie ofert, a także podjęcie rozważnych i przemyślanych decyzji co do strategii licytacyjnej w poszczególnych rundach II etapu Aukcji. W tym zakresie P4 ma do zgłoszenia szereg postulatów.

Po pierwsze, **prosimy o wyznaczenie odpowiednio długiego terminu na złożenie ofert wstępnych.** Rozporządzenie o Aukcji wymaga, aby był to termin nie krótszy niż 45 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o Aukcji (§ 5 pkt 2) lit. c)). Prezes UKE jest zatem ograniczony tylko od dołu długością tego terminu i nie ma przeszkód, aby określił go na poziomie wyższym niż minimum wynikające z Rozporządzenia. W ocenie P4 powinno to być **co najmniej 60 dni.** Taki podwyższony standard został już przyjęty w obu przeprowadzonych w ostatnich latach przetargach, tj. w przetargu na 900 MHz (gdzie na przygotowanie oferty przewidziano aż 102 dni), oraz w przetargu na 1800 MHz (gdzie na przygotowanie ofert przewidziano 62

dni), i nie ma w naszej ocenie powodów, dla których w Aukcji nie miałby on być kontynuowany.

Po drugie, z pkt 2.5.3. Dokumentacji wynika, że wyjaśnienia treści dokumentacji Prezes UKE publikuje najpóźniej na 7 dni przed upływem terminu na złożenie ofert wstępnych. Prezes UKE określił więc końcowy termin publikacji wyjaśnień na najniższym dopuszczalnym przez prawo poziomie (**§ 12 ust. 4 Rozporządzenia o Aukcji**). W naszej ocenie jest to termin stanowczo za krótki i wnosimy o jego wydłużenie **co najmniej do 14 dni**. Termin siedmiodniowy może się bowiem okazać zbyt krótki w razie, gdy z treści wyjaśnień będzie wynikać obowiązek dokonania znacznych zmian w przygotowywanej ofercie wstępnej, zwłaszcza zaś w sytuacji, gdy te zmiany będą wymagały uprzedniego przeprowadzenia czynności urzędowych czy też zasięgnięcia informacji z oficjalnych rejestrów lub od zagranicznych partnerów.

P4 prosi również o zapewnienie właściwych ram czasowych dla poszczególnych rund licytacji w II etapie aukcji. W pkt 6.5.8. – 6.5.11 Dokumentacji Aukcyjnej wskazano minimalne i maksymalne długości trwania etapu sprawozdawczego i etapu składania ofert w ramach poszczególnych ofert, jednak zaniechano uczynienia tego samego dla etapu obliczeń. P4 postuluje uzupełnienie Dokumentacji Aukcyjnej w tym zakresie.

3.2.11. Postulat A11:

P4 postuluje doprecyzowanie postanowień Dokumentacji Aukcyjnej dotyczących składania ofert w trybie awaryjnym w taki sposób, aby nie dochodziło do dyskryminacji tych ofert.

[Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 6 (II etap aukcji.), pkt 6.7. (Składanie ofert – tryb awaryjny.), ppkt 6.7.1., 6.7.2., 6.7.3.]

W świetle konsultowanych postanowień Dokumentacji Aukcyjnej złożenie oferty w trybie awaryjnym wiąże się z określonymi niedogodnościami dla uczestnika Aukcji. Przede wszystkim, zgodnie z Rozdziałem 6 pkt 6.7.6. Dokumentacji, uczestnik składający ofertę w tym trybie nie ma możliwości jej poprawienia, zaś w razie złożenia oferty niezgodnej z zasadami określonymi w Dokumentacji Aukcyjnej jego oferta będzie traktowana jak niezłożona. Natomiast uczestnik składający ofertę w trybie zwykłym, przy próbie złożenia oferty niezgodnej z zasadami określonymi w Dokumentacji, zostanie o tym powiadomiony i będzie mógł złożyć ofertę ponownie po jej poprawieniu (pkt 6.6.5. Dokumentacji). W naszej ocenie takie niedogodności mogą być uzasadnione tylko wówczas, gdy tryb awaryjny będzie zarezerwowany wyłącznie dla przypadków, gdy Uczestnik z przyczyn leżących po swojej stronie nie będzie mógł złożyć oferty za pośrednictwem ESA. Tylko wówczas bowiem uprawnione będzie rozumowanie, że tryb awaryjny jest swoistą deską ratunku dla tych Uczestników, którzy z własnej winy nie zdołali złożyć oferty za pośrednictwem ESA, a zatem nie powinni oni uskarżać się na określone niedogodności wynikające z prowizorycznego, wyjątkowego charakteru tego trybu, skoro w braku tego trybu nie byłiby w ogóle w stanie złożyć oferty. **Mając na względzie powyższe, P4 postuluje, aby w pkt 6.7.1. Dokumentacji Aukcyjnej jasno doprecyzować, że tryb awaryjny ma zastosowanie tylko i wyłącznie w razie problemów technicznych i innych powodów leżących po stronie Uczestnika.**

Niemniej jednak w ocenie P4 istnieją dwa typy niedogodności związanych z trybem awaryjnym składania ofert, których nie da się złożyć na karb prowizoryczności trybu awaryjnego. Są to niedogodności, które różnicują traktowanie ofert złożonych w trybie awaryjnym i za pośrednictwem ESA, a ponieważ czynią to w sposób obiektywnie nieuzasadniony charakterem

obu trybów, należy je uznać za dyskryminujące tryb awaryjny względem trybu zwykłego.

Po pierwsze, **nie wiadomo z jakich powodów Komisja rejestruje wszystkie oferty złożone w trybie awaryjnym w ostatniej tysięcznej sekundy etapu składania ofert (pkt 6.7.2.), skoro z reguły będzie dysponować dokładną godziną, minutą i sekundą uwidoczną na potwierdzeniu transmisji faksu.** Takie odmienne traktowanie nie ma zatem obiektywnego uzasadnienia, a stawia oferty złożone w trybie awaryjnym na z góry gorszej pozycji od ofert składanych w trybie ESA, które rejestrowane są zgodnie z rzeczywistym czasem ich wpływu, z dokładnością do tysięcznej sekundy.

Podobnie, **nie ma w naszej ocenie powodów, dla których wzajemny ranking równoważnych ofert składanych w trybie awaryjnym miałby być określany w drodze losowania (pkt 6.7.3.).** Stosowanie reguł losowości w sytuacji, gdy oferty takie będzie z reguły można uszeregować w kolejności chwili ich wpływu, nie znajduje uzasadnienia, i stanowi przejaw dyskryminacji tych ofert względem ofert składanych za pośrednictwem ESA. Co więcej, omawiane postanowienie Dokumentacji Aukcyjnej sugeruje, jakoby miał istnieć odrębny ranking ofert złożonych za pośrednictwem ESA (pkt 6.6.8.) oraz w trybie awaryjnym (6.7.3.). W ocenie P4 nie ma podstaw, aby dokonywać takiego rozróżnienia, a **oferty, czy to złożone w trybie awaryjnym, czy zwykłym, winny być uszeregowane w jednym rankingu,** w kolejności według wysokości zadeklarowanej w nich kwoty, zaś w przypadku ich równoważności – w pierwszej według kryterium czasu wpływu, zaś w ostatniej dopiero kolejności według kryterium losowości. Natomiast istnienie odrębnych rankingów nie tylko jest dyskryminacyjne, ale i może powodować problem z wzajemnym uszeregowaniem ofert o jednakowej wartości, ale pochodzących z różnych rankingów.

P4 proponuje zatem, aby w następujący sposób przeformułować powołane postanowienia Dokumentacji.

Rozdział 6, pkt 6.7.1. Dokumentacji Aukcyjnej

„Jeśli ze względu na problemy techniczne lub z innych powodów leżących po stronie Uczestnika aukcji, Uczestnik aukcji nie może złożyć oferty za

pośrednictwem ESA, oferty można składać za pośrednictwem faksu. Ofertę w trybie awaryjnym składa się na formularzu wskazanym we wzorze oferty składanej w trybie awaryjnym, stanowiącym Załącznik nr 2 do dokumentacji.”

Rozdział 6, pkt 6.7.2. Dokumentacji Aukcyjnej

„Komisja rejestruje oferty złożone w trybie awaryjnym w ESA zgodnie z czasem ich wpływu wskazanym na potwierdzeniu transmisji faksowej.”

Rozdział 6, pkt 6.7.3. Dokumentacji Aukcyjnej

„Komisja prowadzi wspólny ranking ofert złożonych w trybie awaryjnym i za pośrednictwem ESA, zgodnie z postanowieniami pkt 6.6.8.”

3.2.12. Postulat A12:

P4 postuluje zapewnienie uczestnikom Aukcji właściwych warunków do zapoznania się z wymogami i funkcjonowaniem Elektronicznego Systemu Aukcyjnego.

[Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 5 (Aukcja Próbna.); Rozdział 6 (II etap aukcji.), pkt 6.3. (Korzystanie z ESA.), ppkt 6.3.1.]

W naszej ocenie aktualnie zaproponowane warunki Aukcji nie zapewniają jej uczestnikom właściwych warunków na zapoznanie się z wymogami Elektronicznego Systemu Aukcyjnego, a także nie przewidują właściwego trybu reakcji na istotne nieprawidłowości w działaniu ESA.

Pkt 6.3.1. Dokumentacji Aukcyjnej przewiduje, że minimalne wymagania sprzętowe i minimalne wymagania dotyczące łącza konieczne do korzystania z ESA zostaną wskazane uczestnikom Aukcji po wyłonieniu podmiotu, który udostępni ESA. W naszej ocenie jest to postanowienie nadmiernie ogólnikowe i nie zabezpieczające we właściwy sposób interesów uczestników Aukcji. **Uczestnicy powinni być bowiem powiadomieni ze z góry znanym, zagwarantowanym i wystarczająco długim wyprzedzeniem, o minimalnych wymaganiach sprzętowych i łącza dotyczących ESA.**

Następnie, nie jest naszym zdaniem jasne, co oznacza i jaki przebieg będzie miała określona w Rozdziale 5 Dokumentacji aukcja próbna. Wyrażamy oczekiwanie, aby celem zapewnienia uczestnikom II etapu aukcji rzeczywistych warunków do zapoznania się z systemem ESA, **aukcja próbna przybrała formę pełnej symulacji aukcji rzeczywistej, od złożenia pierwszych kwot postąpienia w rundzie I aż do ogłoszenia wyników aukcji.**

Zgodnie z pkt 5.7. Dokumentacji Aukcyjnej, w przypadku gdy w związku ze zgłoszeniem przez uczestników aukcji próbnej istotnych nieprawidłowości w działaniu ESA, do ESA wprowadzone zostaną poprawki, wówczas osoby kontaktowe zostaną powiadomione pocztą elektroniczną o tych poprawkach oraz o wynikających z nich zmianach w ESA. Po pierwsze, na tle komentowanego postanowienia powstaje wątpliwość, czy powiadomienie takie będzie skierowane jedynie do osób

kontaktowych reprezentujących tego uczestnika, który zgłosił istotną nieprawidłowość, czy też do wszystkich osób kontaktowych. **W ocenie P4 należy doprecyzować, że powiadomione zostaną wszystkie osoby kontaktowe wyznaczone do reprezentowania uczestników Aukcji.** Po drugie, uważamy, że skoro, jak mówi sama Dokumentacja Aukcyjna, zgłoszone nieprawidłowości mają mieć charakter istotny, wówczas **ze wszech miar wskazane byłoby powtórzenie aukcji próbnej, przynajmniej w zakresie objętym zmianami wynikłymi ze zgłoszonych nieprawidłowości.** W innym wypadku upaść może idea aukcji próbnej jako swego rodzaju „próby generalnej” przed Aukcją, bowiem może się okazać, że wprowadzone poprawki na tyle istotnie wpłyną na sposób działania ESA, że uczestnicy nie będą właściwie przygotowani do jego obsługi.

3.3. Uwagi dodatkowe dotyczące niejasności, sprzeczności, luk lub omyłek w projektach dokumentów aukcyjnych

3.3.1. Ust. 2 Ogłoszenia o Aukcji

Rozdział 2 pkt 2.3.1. Dokumentacji Aukcyjnej, Rozdział 4 pkt 4.1.4. Dokumentacji Aukcyjnej

Należy uzupełnić katalog warunków uczestnictwa w Aukcji, wskazanych w ust. 2 Ogłoszenia o Aukcji oraz w Rozdziale 2 pkt 2.3.1 Dokumentacji Aukcyjnej, o warunek uczestnictwa w Aukcji wyłącznie jednego z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu dokumentacji. Konsekwentnie, należy tożsamy wymóg dodać do katalogu kwestii podlegających sprawdzeniu przez Komisję w ramach I etapu aukcji (Rozdział 4 pkt 4.1.4. Dokumentacji). Z konsultowanych dokumentów aukcyjnych (Rozdział 1 *in fine* Dokumentacji Aukcyjnej) wynika, że zgodnie z warunkami Aukcji prawo do udziału w Aukcji ma jedynie jeden z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Wspomniany wymóg stanowi zatem warunek uczestnictwa w Aukcji, który nie znalazł się jednak na liście warunków uczestnictwa ujętych w Ogłoszeniu o Aukcji oraz w Dokumentacji Aukcyjnej. Celem zachowania spójności i skuteczności Dokumentacji w zakresie zapewnienia realizacji tego wymogu, należy tę omyłkę poprawić i w stosowny sposób uzupełnić Dokumentację.

P4 proponuje następujące sformułowanie uzupełnienia do Dokumentacji.

Ogłoszenie o Aukcji – ust. 2

Należy dodać kolejny podpunkt o treści:

„złożenie oferty wstępnej przez wyłącznie jeden z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu Rozdziału 1 dokumentacji”

Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 2 pkt 2.3.1.

Należy dodać kolejny podpunkt o treści:

„złożenie oferty wstępnej przez wyłącznie jeden z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu Rozdziału 1 dokumentacji”

Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 4 pkt 4.1.4.

Należy dodać kolejny podpunkt o treści:

„złożenia oferty wstępnej przez wyłącznie jeden z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu Rozdziału 1 dokumentacji”

3.3.2. Ust. 2 pkt 1) i ust. 7 Ogłoszenia o Aukcji

Rozdział 2 pkt 2.3.1. ppkt 1) Dokumentacji Aukcyjnej

Komentowane fragmenty dokumentów aukcyjnych zawierają błędne koło odwołań co do formy oferty wstępnej. Pkt 2.3.1. ppkt 1) Dokumentacji Aukcyjnej nakazuje złożyć ofertę wstępną w miejscu, terminie oraz formie określonych w ogłoszeniu o aukcji. W Ogłoszeniu o Aukcji (ust. 2 ppkt 1) zawarto w tym zakresie odwołanie do ust. 7 Ogłoszenia. Z kolei w tym ustępie wskazano tylko miejsce i termin złożenia oferty wstępnej, zaś w zakresie formy odwołano się z powrotem do Dokumentacji Aukcyjnej. Należy zatem bezpośrednio w Ogłoszeniu o Aukcji zawrzeć informacje o wymaganej formie oferty wstępnej lub co najmniej doprecyzować, w którym miejscu Dokumentacji określono wymagania co do formy oferty – jest to Rozdział 3 pkt 3.2. Dokumentacji Aukcyjnej.

3.3.3. Ust. 2 pkt 3) Ogłoszenia o Aukcji

Rozdział 2 pkt 2.3.1. ppkt 3) Dokumentacji Aukcyjnej, Rozdział 4 pkt 4.1.4. ppkt 5) Dokumentacji Aukcyjnej

Zgodnie z powołanymi postanowieniami, warunkiem uczestnictwa w Aukcji jest m. in. wniesienie wadium w sposób oraz w wysokości i terminie, określonych w Dokumentacji Aukcyjnej i w Ogłoszeniu o Aukcji. Warunek ten podlega sprawdzeniu w I etapie aukcji, zaś jego niespełnienie skutkuje niezakwalifikowaniem oferty danego uczestnika do II etapu.

Należy jednak mieć na względzie, że zgodnie z **art. 119 ust. 2 Pł** wysokość wadium i obowiązek jego wpłaty dotyczą odrębnie każdej rezerwacji. Jednocześnie warunki Aukcji (pkt 3.1.3.) przewidują, że uczestnicy Aukcji

składają po jednej ofercie wstępnej, wskazując w niej liczbę bloków częstotliwości z pasma 800 MHz lub 2,6 GHz, o które zamierzają się ubiegać. Zatem również obowiązek wpłaty wadium powstanie tyle razy, ile takich bloków zadeklaruje w ofercie wstępnej uczestnik. W świetle powyższego powstaje pytanie, jaki wpływ na zakwalifikowanie oferty do II etapu będzie mieć sytuacja, w której uczestnik przykładowo uchybi tylko co do jednej rezerwacji obowiązkowi wniesienia wadium we właściwy sposób oraz we właściwej wysokości i terminie, zaś pozostałe wadia wniesienie w przewidziany Dokumentacją i Ogłoszeniem o Aukcji sposób. Prawo Telekomunikacyjne ani Rozporządzenie o Aukcji nie przewiduje częściowego kwalifikowania ofert do II etapu Aukcji. Jednocześnie nie sposób również zaakceptować literalnego rozumienia powołanych postanowień dokumentów konsultacyjnych, zgodnie z którym uchybienie wymogom co do wadium dla jednej rezerwacji częstotliwości przy spełnieniu wymogów co do pozostałych wadiów miałoby skutkować niezakwalifikowaniem całej oferty wstępnej uczestnika do II etapu Aukcji.

P4 prosi zatem, aby Prezes UKE wyjaśnił powyższą wątpliwość i swoje wyjaśnienie odpowiednio ujął w postanowieniach dokumentów aukcyjnych.

3.3.4. Ust. 2 pkt 7) Ogłoszenia o Aukcji

Rozdział 2 pkt 2.3.1. ppkt 7) Dokumentacji Aukcyjnej

Część 1. Wzoru Oferty Wstępnej

Wielokrotnie w toku Aukcji określone informacje w kierunku od Komisji do uczestnika Aukcji oraz w kierunku odwrotnym przekazywane będą za pośrednictwem osób kontaktowych. W razie gdyby ten sposób komunikacji zawiódł z uwagi na nieprawidłowość lub nieaktualność tych danych, mogą powstać spory co do odpowiedzialności za ten stan rzeczy, zwłaszcza gdyby powodował on ujemne konsekwencje dla uczestnika Aukcji. Dla uniknięcia wątpliwości wskazane byłoby zatem zawarcie w Ogłoszeniu o Aukcji, Dokumentacji Aukcyjnej, a także we Wzorze Oferty Wstępnej wyraźnego zastrzeżenia, że Uczestnik aukcji ponosi wyłączną odpowiedzialność za prawidłowość i aktualność tych danych, oraz za dostępność osób kontaktowych pod wskazanymi sposobami kontaktu.

3.3.5. Ust. 2 pkt 8) Ogłoszenia o Aukcji

Rozdział 2 pkt 2.3.1. ppkt 8) Dokumentacji Aukcyjnej

Omawiane postanowienia konsultowanych dokumentów aukcyjnych zaliczają do warunków uczestnictwa w Aukcji „spełnienie warunków udziału w II etapie aukcji, określonych w dokumentacji aukcyjnej”. P4 prosi o wyjaśnienie, o jakie warunki udziału w II etapie aukcji, nie wymienione w innych podpunktach ust. 2 Ogłoszenia o Aukcji oraz w pkt 2.3.1. Dokumentacji Aukcyjnej, chodzi, oraz w których konkretnie miejscach dokumentacji aukcyjnej są one wskazane.

3.3.6. Ust. 4 Ogłoszenia o Aukcji

Rozdział 2 pkt 2.4.6. Dokumentacji Aukcyjnej

Wątpliwości P4 budzi określenie w powołanych postanowieniach opłaty za Dokumentację Aukcyjną w wysokości 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych). Opłata ta w sposób znaczący przekracza poziomy opłat za dokumentację wyznaczone w poprzednich postępowaniach selekcyjnych (przetarg na częstotliwości z zakresu 1800 MHz, w którym wynosiła ona 100 zł, oraz przetarg na częstotliwości z zakresu 900 MHz, w którym wynosiła ona 35 zł). Jednocześnie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 118 ust. 7 Pł opłata za dokumentację nie może przekroczyć kosztów jej wykonania. Jeśli zważyć, że zgodnie z § 12 ust. 1 Rozporządzenia o Aukcji zwrócić się o wyjaśnienie treści dokumentacji może każdy, kto tę opłatę poniósł, to ustanowienie nadmiernie wysokiej opłaty należy uznać za tożsame z ograniczeniem dostępu opinii publicznej do zasięgania informacji o warunkach Aukcji.

P4 nie kwestionuje, że koszty wykonania Dokumentacji Aukcyjnej mogły wynieść właśnie 10 000 zł. Mając jednak na względzie powołane wyżej wymogi polskiego prawa, względy jawności i przejrzystości procedur aukcyjnych, a także odmienną w tym względzie praktykę Prezesa UKE w toku przeprowadzonych uprzednio przetargów, prosimy o wyjaśnienie, dlaczego koszty te wyniosły 10 000 zł i co się na nie składa.

3.3.7. Ust. 5 Ogłoszenia o Aukcji

Rozdział 2 pkt 2.7.1 i 2.7.3, Rozdział 3 pkt 3.1.3., Rozdział 6 pkt 6.1.2. Dokumentacji Aukcyjnej

W naszej ocenie obowiązek wniesienia wadium został w Ogłoszeniu o Aukcji i Dokumentacji Aukcyjnej określony w nieprawidłowy i mylący sposób.

Zgodnie z przepisami prawa (**art. 119 ust. 2 Pł**) wysokość wadium i obowiązek jego wpłaty określa się odrębnie dla każdej rezerwacji. Zgodnie z **art. 119 ust. 3 i 4 Pł**, określone zachowania uczestnika Aukcji skutkujące jego rezygnacją z ubiegania się o daną rezerwację częstotliwości oznaczają utratę wadium wpłaconego wyłącznie dla tej rezerwacji. Zgodnie natomiast z **art. 119 ust. 5 Pł**, w razie uzyskania przez podmiot wyłoniony rezerwacji częstotliwości, wadium wniesione dla tej rezerwacji podlega zaliczeniu na poczet opłaty za tę rezerwację, zaś zgodnie z **art. 119 ust. 6 Pł** w określonych przypadkach wadium wniesione dla danej rezerwacji częstotliwości podlega zwrotowi.

Z powołanych przepisów prawa wynika, że wadium jest nierozdzielnie związane z daną rezerwacją częstotliwości. Tymczasem w konsultowanych dokumentacji aukcyjnych kwotę wadium poddaje się sumowaniu w zależności od tego, czy uczestnik zamierza ubiegać się o dwie lub trzy rezerwacje częstotliwości z danego zakresu. Taki zabieg nie tylko jest niezgodny z powołanymi przepisami prawa, ale i powoduje trudności w sytuacji, gdy zajdzie przesłanka utraty, zwrotu lub zaliczenia wadium na poczet opłaty za rezerwację, bowiem w każdym z takich przypadków utracie, zwrotowi lub zaliczeniu podlegałaby nie całość, ale określona część wadium, co znowu powoduje sprzeczność z przepisami prawa.

Jednocześnie zabieg sumowania wadiów nie jest stosowany konsekwentnie w Dokumentacji Aukcyjnej, bowiem w pkt 2.7.7. Dokumentacji Aukcyjnej wskazano, że przepisy pkt 2.7. mają zastosowanie oddzielnie dla każdego wniesionego przez Uczestnika aukcji wadium. Postanowienie to wydaje się nie mieć racji bytu, skoro zgodnie z pkt 2.7.1. Dokumentacji uczestnik wnosi jedno wadium stanowiące sumę kwot wadiów dla każdej rezerwacji.

W związku z powyższym P4 postuluje, aby Prezes UKE przeformułował postanowienia dokumentów aukcyjnych w taki sposób, aby usunąć

powyższe niespójności. Poniżej P4 przedstawia propozycję takiego przeformułowania.

Ogłoszenie o Aukcji – ust. 5

„Uczestnik aukcji zobowiązany jest do wniesienia wadium dla każdej rezerwacji zgodnie z oświadczeniem podjętym w ofercie wstępnej. Wysokość wadium uzależniona jest od zakresu częstotliwości, w obrębie którego uczestnik Aukcji planuje uzyskać rezerwację, i została określona w kolumnie „Wysokość wadium” w poniższej tabeli:

Lp.	Rodzaj rezerwacji	Wysokość wadium
1	Rezerwacja częstotliwości z pasma 800 MHz	3 000 000 zł (słownie: trzy miliony złotych)
2	Rezerwacja częstotliwości z pasma 2,6 GHz	2 500 000 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych)

Wadium wnosi się najpóźniej w dniu złożenia oferty wstępnej, odrębnie dla każdej rezerwacji, w pieniądzu polskim na rachunek bankowy Urzędu Komunikacji Elektronicznej:

NBP O/O Warszawa

Nr konta 64 1010 1010 0060 4413 9120 0000

z dopiskiem: „Wadium w aukcji na rezerwację częstotliwości z pasma 800 MHz”, w przypadku gdy wadium jest wnoszone dla rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz

albo

z dopiskiem: „Wadium w aukcji na rezerwację częstotliwości z pasma 2,6 GHz” w przypadku gdy wadium jest wnoszone dla rezerwacji częstotliwości z pasma 2,6 GHz”

Dokumentacja Aukcyjna – pkt 2.7.1.

„Uczestnik aukcji zobowiązany jest do wniesienia wadium dla każdej rezerwacji zgodnie z oświadczeniem podjętym w ofercie wstępnej. Wysokość wadium uzależniona jest od zakresu częstotliwości, w obrębie którego uczestnik Aukcji planuje uzyskać rezerwację, i została określona w kolumnie „Wysokość wadium” w poniższej tabeli:

Lp.	Rodzaj rezerwacji	Wysokość wadium
1	Rezerwacja częstotliwości z pasma 800 MHz	3 000 000 zł (słownie: trzy miliony złotych)
2	Rezerwacja częstotliwości z pasma 2,6 GHz	2 500 000 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych)

Dokumentacja Aukcyjna – pkt 2.7.3.

„Wadium wnosi się najpóźniej w dniu złożenia oferty wstępnej, odrębnie dla każdej rezerwacji, w pieniądzu polskim na rachunek bankowy Urzędu Komunikacji Elektronicznej:

NBP O/O Warszawa

Nr konta 64 1010 1010 0060 4413 9120 0000

z dopiskiem: „Wadium w aukcji na rezerwację częstotliwości z pasma 800 MHz”, w przypadku gdy wadium jest wnoszone dla rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz

albo

z dopiskiem: „Wadium w aukcji na rezerwację częstotliwości z pasma 2,6 GHz” w przypadku gdy wadium jest wnoszone dla rezerwacji częstotliwości z pasma 2,6 GHz”

Dokumentacja Aukcyjna – pkt 3.1.3.

„Każdy Uczestnik aukcji składa tylko jedną ofertę wstępną. W ofercie wstępnej Uczestnicy aukcji wskazują, liczbę bloków częstotliwości z pasma 800 MHz lub z pasma 2,6 GHz, o które zamierzają się ubiegać i wpłacają wadia dla zadeklarowanej liczby bloków częstotliwości z pasma 800 MHz lub z pasma 2,6 GHz, zgodnie z zapisami Rozdziału 2 dokumentacji.”

Dokumentacja Aukcyjna – pkt 6.1.2.

„W ofercie wstępnej Uczestnicy aukcji wskazują, liczbę bloków częstotliwości z pasma 800 MHz lub z pasma 2,6 GHz, o które zamierzają się ubiegać i wpłacają wadia dla zadeklarowanej liczby bloków częstotliwości z pasma 800 MHz lub z pasma 2,6 GHz, zgodnie z zapisami Rozdziału 2 dokumentacji.”

3.3.8. Ust. 5 Ogłoszenia o Aukcji

Rozdział 2 pkt 2.7.1. Dokumentacji Aukcyjnej

Zgodnie z Dokumentacją Aukcyjną wadium dla pojedynczego bloku z zakresu 800 MHz wynosi 3 000 000 zł (słownie: trzy miliony złotych), zaś dla pojedynczego bloku z zakresu 2,6 GHz wynosi 2 500 000 zł (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych). Jednocześnie zgodnie z **art. 119 ust. 2 Pł** kwota wadium nie może być niższa niż 5% ani wyższa niż 200% opłaty rocznej za prawo do dysponowania rezerwacją częstotliwości.

P4 ma wątpliwości co do tego, w jaki sposób Prezes UKE wyznaczył wysokość wadium tak, aby mieściło się ono w w/w ustawowych granicach. Rezerwacje, o które ubiegają się podmioty w ramach Aukcji, są neutralne technologicznie. Jednocześnie, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 8 lutego 2005 r. w sprawie rocznych opłat za prawo do dysponowania częstotliwością (Dz.U. z 2005 r., Nr 24, poz. 196) (Załącznik 1, Tablica 3), wysokość rocznej opłaty różni się w zależności od tego, w jakim standardzie wykorzystywana jest sieć.

Prosimy zatem o wyjaśnienie: **(i)** którą z opłat wskazanych w Tablicy 3 Załącznik nr 1 do w/w rozporządzenia Prezes UKE uznaje za właściwą do wyznaczenia rocznej opłaty za prawo do dysponowania częstotliwościami rozdysponowanymi w ramach Aukcji, a także **(ii)** dlaczego należy tę opłatę uznać za prawidłową, skoro decyzje rezerwacyjne wydane w wyniku Aukcji będą neutralne technologicznie (tj. nie będą determinować standardu, w jakim częstotliwości te mają być wykorzystywane).

3.3.9. Rozdział 1 Dokumentacji Aukcyjnej

Zdanie drugie Rozdziału 1 Dokumentacji Aukcyjnej zawiera pewną niespójność z przepisami prawa. Wskazano w nim, że w Aukcji „*zostanie przeprowadzona jedna licytacji w ramach której zostaną rozdysponowane jednocześnie następujące rezerwacje częstotliwości (...)*”. Tymczasem w świetle Rozporządzenia o Aukcji **jedna licytacja winna obejmować rozdysponowanie tylko jednej rezerwacji częstotliwości**. Zgodnie bowiem z § 9 pkt 5) lit. t) Rozporządzenia dokumentacja aukcyjna zawiera warunki przeprowadzenia II etapu aukcji, w szczególności dotyczące „*informacji o sposobie wyłaniania podmiotu wyłonionego wraz ze wskazaniem trybu wyłaniania podmiotu wyłonionego w przypadku wystąpienia kilku równoważnych ofert aukcyjnych na tę samą rezerwację częstotliwości po ostatniej rundzie licytacji na*

daną rezerwację częstotliwości”. Podobnie, zgodnie z § 32 ust. 2 pkt 6) **Rozporządzenia** protokół z przebiegu przetargu albo konkursu zawiera w szczególności „wysokość kwot zadeklarowanych w ostatniej rundzie licytacji na każdą rezerwację częstotliwości, ze wskazaniem uczestników aukcji, którzy daną kwotę zadeklarowali” [podkreślenia własne P4].

Należy zatem zmienić powołany fragment Dokumentacji Aukcyjnej, przy czym P4 proponuje poniżej odpowiednie sformułowanie.

Dokumentacja Aukcyjna – Rozdział 1, zdanie 2. *ab initio*

„W przedmiotowej aukcji zostanie przeprowadzonych dwanaście jednoczesnych licytacji, w ramach których zostaną rozdysponowane następujące rezerwy częstotliwości (...)”

3.3.10. Rozdział 2 pkt 2.7.4. Dokumentacji Aukcyjnej

W ocenie P4 nie ma potrzeby zawierania w zdaniu drugim powołanego fragmentu Dokumentacji Aukcyjnej zastrzeżenia, że w razie gdy wadium przekroczy wysokość opłaty za dokonanie rezerwy częstotliwości, to nadwyżka podlega zwrotowi. W aukcji wadium przewidziane dla poszczególnych rezerwacji jest dużo niższe niż minima kwalifikacyjne dla tych rezerwacji (stanowiące jednocześnie równowartość ich cen wywoławczych), zatem nigdy nie powstanie sytuacja, w której wadium przekroczy wysokość opłaty za dokonanie rezerwy częstotliwości.

3.3.11. Rozdział 3 pkt 3.1.13 Dokumentacji Aukcyjnej

W ocenie P4 niezrozumiałe sformułowanie „nośnik optyczny” użyte w przywołanym postanowieniu Dokumentacji Aukcyjnej należy zastąpić sformułowaniem „nośnik elektroniczny”.

Co do zasady należy pochwalić zamiar zastąpienia wersji papierowych kopii ofert ich wersją cyfrową, gdyż z pewnością oszczędza to czas i wysiłek zarówno po stronie oferentów, jak i Komisji, a także minimalizuje ryzyko niezakwalifikowania oferty do II etapu Aukcji z powodów formalnych. Jednocześnie jednak pragniemy zwrócić uwagę, że te same względy, które decydują o atrakcyjności kopii cyfrowych oferty (łatwość przeniesienia, powielenia) powodują jednocześnie ryzyko ich trafienia w niepowołane ręce i przedwczesnego ujawnienia ich treści. Dlatego P4,

aprobuje sam zamiar przejścia na cyfrową wersję kopii ofert, prosi jednocześnie o wdrożenie przez Urząd odpowiednich środków bezpieczeństwa zapewniających Komisji pełną kontrolę nad nośnikami elektronicznymi złożonymi przez uczestników Aukcji.

3.3.12. Rozdział 4 pkt 4.1.4. ppkt 1) Dokumentacji Aukcyjnej

P4 postuluje zastąpienie frazy „posiadania przez Uczestnika aukcji zasobów częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej oraz z pasma 900 MHz” frazą „ilości posiadanych przez Uczestnika aukcji zasobów częstotliwości z zakresu dywidendy cyfrowej oraz z pasma 900 MHz”. Zgodnie bowiem z warunkami uczestnictwa w Aukcji określonymi w Rozdziale 1 Dokumentacji i w pkt 2.3.1. ppkt 9) Dokumentacji Aukcyjnej to nie samo posiadanie zasobów z pasma 900 MHz i z zakresu dywidendy cyfrowej jest istotne z punktu widzenia prawa podmiotu do udziału w Aukcji, ale jego łączna ilość, przekraczająca lub nie 40 MHz.

3.3.13. Rozdział 5 pkt 5.1., Rozdział 6 pkt 6.5.1. Dokumentacji Aukcyjnej

Należy usunąć sprzeczność między postanowieniem zawartym w pkt 5.1. Dokumentacji Aukcyjnej, które stanowi, że aukcja próbna odbędzie się co najmniej na **10 dni roboczych** przed rozpoczęciem II etapu aukcji, a postanowieniem zawartym w pkt 6.5.1. Dokumentacji Aukcyjnej, które stanowi, że pierwsza runda II etapu aukcji rozpocznie się nie wcześniej niż po **5 dniach roboczych** od zakończenia aukcji próbnej. W naszej ocenie Dokumentacja Aukcyjna powinna gwarantować uczestnikom co najmniej 10 dni roboczych przerwy między aukcją próbną a rozpoczęciem II etapu aukcji, dlatego prosimy o odpowiednie dostosowanie pkt 6.5.1. Dokumentacji Aukcyjnej.

3.3.14. Rozdział 6 pkt 6.1.3., pkt 6.1.4. Dokumentacji Aukcyjnej

Powołane postanowienia Dokumentacji Aukcyjnej wydają się być ze sobą niespójne. Pkt 6.1.3. stanowi, że w trakcie II etapu aukcji uczestnicy składają oferty na konkretne bloki częstotliwości zgodnie z deklaracją złożoną w ofercie wstępnej (a zatem, jak należałoby wnosić z literalnego brzmienia tego postanowienia, również zgodnie z deklaracją co do liczby bloków, o jakie zamierza się ubiegać uczestnik). Natomiast pkt 6.1.4. stanowi, że uczestnicy składają oferty w liczbie zadeklarowanej w ofercie wstępnej lub

w mniejszej liczbie. Należy zatem uspoźnić treść obu postanowień tak, by wynikało z nich w sposób nie budzący wątpliwości, że uczestnik Aukcji deklaruje w ofercie wstępnej liczbę bloków częstotliwości, o które zamierza się ubiegać, zaś w II etapie aukcji może składać oferty na tę samą lub na mniejszą liczbę bloków.

3.3.15. Rozdział 6 pkt 6.2.7., 6.3.3., 6.20.2. Dokumentacji Aukcyjnej

Wątpliwości P4 budzi użycie w powołanych postanowieniach Dokumentacji Aukcyjnej sformułowania „osoba kontaktowa” w liczbie pojedynczej, na potrzeby określenia, że określone informacje lub dane będą przekazane właśnie osobie kontaktowej. Z treści Dokumentacji Aukcyjnej oraz ze Wzoru Oferty Wstępnej wynika, że uczestnicy Aukcji mają wskazać po trzy takie osoby. Jednocześnie w wielu miejscach Dokumentacja Aukcyjna stanowi, że określone dane lub informacje zostaną przekazane osobom kontaktowym (użycie liczby mnogiej), np. w pkt 4.1.5, 5.2., 5.7. 6.5.2. Dokumentacji Aukcyjnej.

P4 nie ma pewności co do tego, czy tam, gdzie Dokumentacja Aukcyjna stanowi, że określone informacje lub dane mają być przekazane „osobie kontaktowej”, należy przez to rozumieć, że dla skuteczności przekazania wystarczające jest, aby te informacje lub dane dotarły tylko do jednej, dowolnie wybranej osoby kontaktowej, zaś tam, gdzie Dokumentacja Aukcyjna posługuje się pojęciem „osób kontaktowych”, wymagane jest powiadomienie co najmniej dwóch lub nawet wszystkich tych osób.

W naszej ocenie bezwzględnie konieczne jest wyjaśnienie powyższych wątpliwości, bowiem wszelkie niedomówienia czy też niejasności w tej kwestii mogą skutkować późniejszymi zarzutami ze strony uczestników Aukcji, że nie zostali oni o jakiejś sprawie skutecznie zawiadomieni. Można sobie wyobrazić, że taka sytuacja może być przez nich podnoszona jako podstawa do wniosku o unieważnienie Aukcji. **Zatem w naszej ocenie Dokumentacja Aukcyjna w każdym miejscu, w którym statuuje obowiązek zakomunikowania czegoś przez Komisję osobom kontaktowym uczestnika Aukcji, lub też obowiązek zakomunikowania czegoś Komisji przez osoby kontaktowe uczestnika Aukcji, powinna jednocześnie precyzować, współdziałanie ilu co najmniej osób kontaktowych jest konieczne dla skuteczności takiego komunikatu.**

3.3.16. Rozdział 6 pkt 6.4.2. ppkt 1) lit. b. Dokumentacji Aukcyjnej

Z powołanego postanowienia Dokumentacji Aukcyjnej należy wykreślić przymiotnik „następnego” gdyż sugeruje on występowanie wielu etapów składania ofert w ramach jednej rundy, podczas gdy w istocie w jednej rundzie występuje tylko jeden etap składania ofert.

3.3.17. Rozdział 6 pkt 6.4.2. ppkt 1) lit. c., pkt 6.10.2. Dokumentacji Aukcyjnej

Powołane postanowienia Dokumentacji Aukcyjnej wydają się wewnątrznie sprzeczne. Z pkt 6.4.2. ppkt 1) lit. c. zdaje się wynikać, że uczestnik Aukcji będzie informowany jedynie o liczbie PL przysługujących jemu w bieżącej rundzie, podczas gdy brzmienie pkt 6.10.2. zdaje się sugerować, że uczestnik Aukcji będzie informowany o liczbie PL przysługujących każdemu z uczestników. W ocenie P4 prawidłowym wydaje się pierwsze ze wskazanych rozwiązań, tj. informowanie uczestnika tylko o jego własnych PL. Prosimy jednak, aby Prezes UKE wyjaśnił tę kwestię i odpowiednio ujednolicił postanowienia Dokumentacji Aukcyjnej.

3.3.18. Rozdział 6 pkt 6.4.2. ppkt 1) lit. f., pkt 6.9.5 Dokumentacji Aukcyjnej

Powołane postanowienia Dokumentacji Aukcyjnej są wewnątrznie sprzeczne. Z pkt 6.4.2. ppkt 1) lit. f. wynika, że na etapie sprawozdawczym danej rundy uczestnik otrzyma informację o aktualnej NZK dla każdego bloku częstotliwości ze wskazaniem zanonimizowanej nazwy uczestnika Aukcji, którego oferta jest NZK. Natomiast w pkt 6.9.5. wskazano, że informację o wysokości NZK podaje się bez wskazania, od którego uczestnika Aukcji pochodzi oferta będąca NZK. Prosimy zatem o wyjaśnienie, jak kwestia ta będzie w Aukcji rozwiązana, oraz o odpowiednie ujednolicenie powołanych postanowień Dokumentacji Aukcyjnej.

3.3.19. Rozdział 6 pkt 6.12. Dokumentacji Aukcyjnej

W naszej ocenie należy uzupełnić powołany punkt Dokumentacji Aukcyjnej o wyraźne wskazanie, że **prawo uczestnika Aukcji do przenoszenia ofert między wszystkimi blokami częstotliwości doznaje ograniczeń, które**

wynikają z liczby rezerwacji z poszczególnych zakresów częstotliwości, o które może się ubiegać uczestnik Aukcji zgodnie z Rozdziałem 1 Dokumentacji.

Należy w tym miejscu przypomnieć, że zgodnie z Rozdziałem 1 Dokumentacji uczestnik może się w Aukcji ubiegać o:

- (i) maksymalnie dwie rezerwacje częstotliwości z pasma 800 MHz;
- (ii) maksymalnie tyle rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz, które liczone łącznie z posiadanym przez tego uczestnika zasobem widma z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz nie przekroczą 40 MHz;
- (iii) maksymalnie trzy rezerwacje częstotliwości z pasma 2,6 GHz.

Powyższe progi podlegają sprawdzeniu w ramach I etapu Aukcji, na podstawie złożonych w ofertach wstępnych deklaracji co do liczby bloków, o które zamierza się ubiegać uczestnik Aukcji, oraz na podstawie weryfikacji ilości widma z zakresu dywidendy cyfrowej i z pasma 900 MHz, które posiada dany uczestnik Aukcji. Oferty wstępne, które spełniają te ograniczenia, przechodzą do II etapu Aukcji. Natomiast na II etapie Aukcji kwestia ta nie podlega odrębnemu sprawdzeniu.

P4 nie ma wątpliwości, że intencją Prezesa UKE jest zapewnienie uczestnikom Aukcji swobody w przenoszeniu ofert między poszczególnymi blokami, ale w ramach w/w progów (ograniczeń). Intencja ta wynika zarówno z treści Rozdziału 1 Dokumentacji, jak i została *explicite* wyrażona w Części 5. Wzoru Oferty Wstępnej (Wyjaśnienie przypisów), w której w pkt 5.1. i 5.2. wyjaśniono, jakie skutki dla możliwości ofertowania w II etapie aukcji mają zawarte w ofercie wstępnej deklaracje uczestników co do liczby rezerwacji, o które zamierzają się ubiegać. Intencję tę można również wyinterpretować z treści pkt 6.1.3. Dokumentacji, który stanowi, iż w etapie II aukcji uczestnik składa oferty zgodnie z deklaracją zawartą w ofercie wstępnej.

Niemniej jednak intencja ta (i płynące z niej ograniczenia) nie została w wyraźny sposób zawarta w postanowieniach pkt 6.12. Dokumentacji. Lakoniczne brzmienie postanowień pkt 6.12.1., 6.12.2. i 6.12.3. może wręcz sugerować, że uczestnik ma prawo przy przenoszeniu ofert abstrahować od

progów ilości widma, o jakie może się ubiegać. Można sobie wyobrazić sytuację, że poszczególni uczestnicy będą usiłowali z tych lakonicznych zapisów wywodzić swoje prawo do zupełnie dowolnego przenoszenia ofert między blokami w II etapie aukcji. W skrajnych wypadkach omawiana „luka” w Dokumentacji mogłaby służyć nierzetelnym uczestnikom do obchodzenia wymogów Dokumentacji co do wysokości wadium wpłacanego dla poszczególnych bloków, jak również w/w ograniczeń co do ilości widma uzyskanego w Aukcji (tzw. „*spectrum caps*”).

Dlatego P4 uważa za konieczne, aby Prezes UKE:

- (i) wyraźnie wskazał w treści pkt 6.12. Dokumentacji, że prawo do przenoszenia ofert z jednego bloku częstotliwości na drugi doznaje ograniczeń wynikających z zawartej w ofercie wstępnej deklaracji co do liczby rezerwacji z każdego zakresu częstotliwości, o które zamierza się ubiegać uczestnik Aukcji; poniżej P4 proponuje odpowiednią w tym zakresie zmianę treści pkt 6.12.2.**
- (ii) zapewnił, że system ESA będzie miał wbudowaną funkcjonalność, która uniemożliwi uczestnikom Aukcji przenoszenie ich ofert z naruszeniem zawartych w ofercie wstępnej deklaracji.**

Dokumentacja Aukcyjna – pkt 6.12.2.

„Oferty można przenosić pomiędzy wszystkimi blokami częstotliwości z zastrzeżeniem zachowania wymogów wskazanych w niniejszej dokumentacji oraz z zastrzeżeniem, że w wyniku przeniesienia oferty liczba ofert złożonych przez Uczestnika aukcji na rezerwacje z danego pasma częstotliwości (tj. 800 MHz lub 2,6 GHz) nie będzie przekraczać zadeklarowanej w ofercie wstępnej liczby rezerwacji z danego pasma, o które zamierza się ubiegać uczestnik Aukcji”

3.3.20. Rozdział 6 pkt 6.13.1. Dokumentacji Aukcyjnej

Należy usunąć zdanie czwarte powołanego postanowienia Dokumentacji: „W przypadku skorzystania przez Uczestnika aukcji z PWS oferty złożone przez niego w poprzednich rundach pozostają ważne.” Z innych postanowień Dokumentacji (np. pkt 6.6.11.) wynika, że oferta raz złożona w II etapie aukcji pozostaje ważna (wiążąca) nawet gdy Uczestnik jej w kolejnych rundach nie podnosi, a jedyne sposoby jej anulowania określono w pkt 6.11.

Dlatego nie ma potrzeby odrębnie zastrzegać, że przy skorzystaniu z PWS poprzednie oferty Uczestnika pozostają ważne. Co więcej, zamieszczenie w powołanym postanowieniu tego zdania wprowadza zamęt, bowiem może wręcz sugerować, że w razie niezłożenia nowej oferty w przypadku, gdy uczestnik nie korzysta z PWS, jego poprzednia oferta przestaje być ważna.

3.3.21. Część 2. pkt 2.6. Wzoru Oferty Wstępnej

Omawiane postanowienie Wzoru Oferty Wstępnej zawiera pomyłkę w numeracji. Wydaje się, że zamiast pkt 2.11 – 2.22, wymienienie zobowiązań, o których mowa w art. 115 ust. 1 pkt 9 Pt, powinno obejmować pkt 2.8 – 2.19 Części 2. oferty wstępnej.

3.3.22. Część 3. pkt 3.2. i 3.3. Wzoru Oferty Wstępnej

Należy określić ściślej, jaki ma być zakres reprezentacji, wskazany w pełnomocnictwach dla osób kontaktowych (pkt 3.3.), zwłaszcza w porównaniu z zakresem reprezentacji dla pełnomocników Uczestnika Aukcji (pkt. 3.2.), o ile zostaną oni ustanowieni. W chwili obecnej konsultowane dokumenty posługują się w odniesieniu do osób kontaktowych i do ewentualnych pełnomocników uczestników Aukcji jednobrzmiącym pojęciem „pełnomocnictwa uprawniającego do reprezentacji”. Z uwagi na różną rolę omawianych osób w Aukcji należy według P4 dokładniej określić, jaki (minimalny) zakres mają mieć oba rodzaje pełnomocnictw i jakie wymagania spełniać.

3.3.23. Pkt 2.2.2. Wzoru Oferty Awaryjnej

Sformułowanie użyte w tym punkcie jest niezrozumiałe i niepoprawne gramatycznie. Wydaje się, że na końcu tego sformułowania zamiast kropki powinien być przecinek, a dalej fraza „mu przysługuje.”

4. POMOCNICZY POSTULAT P4:

Należy wyłączyć z zasobu częstotliwości podlegającego rozdysponowaniu zgodnie z wiodącym postulatem P4 cztery bloki pasma z zakresu 800 MHz i rozdysponować je w przetargu przeprowadzonym w najbliższym możliwym terminie

4.1. Uwagi wprowadzające

Opisany poniżej scenariusz przetargu przeprowadzonego w najbliższym możliwym terminie prezentujemy jedynie wychodząc naprzeciw formułowanym przez Prezesa UKE zapowiedziom pilnej alokacji pasma 800 MHz z uwagi na wymogi Komisji Europejskiej (por. pkt 4.2.1 poniżej). W żadnym stopniu nie podważa on naszego przekonania, że najbardziej właściwą metodą alokacji pasma jest aukcja przeprowadzona w zmienionym otoczeniu prawnym, co zostało szczegółowo opisane we wcześniejszej części dokumentu (pkt 3) jako wiodący postulat P4.

Poniższe rozważania mają – z konieczności - jedynie charakter wstępny i ich podstawowym celem jest przekonanie Regulatora do zasadności i wykonalności szybszego, częściowego procesu alokacji pasma 800 MHz w drodze przetargu, jeśli okaże się to konieczne dla realizacji celów polityki regulacyjnej i zobowiązań wobec Komisji Europejskiej. Wyrażamy nadzieję, że w przypadku przyjęcia przedstawionej tu argumentacji i drogi dalszego działania, będziemy mieli szansę przedstawić szczegółowe analizy i postulaty w odniesieniu do zaproponowanych przez Prezesa UKE rozwiązań w ramach odrębnego procesu konsultacyjnego.

Przede wszystkim należy zauważyć, że tak w kontekście potrzeb rynku, jak i realizacji celów polityki regulacyjnej, pasma z zakresów 800 MHz i 2,6 GHz różnią się istotnie i w pełni uprawnione jest ich odrębne traktowanie. P4 jest zdania, że dokonanie przydziału częstotliwości z zakresów 800 MHz oraz 2,6 GHz w ramach dwóch odrębnych procedur nie jest w żadnym stopniu szkodliwe dla sektora mobilnych usług telekomunikacyjnych czy dla gospodarki – w rzeczy samej, taki podział ma szansę zmaksymalizować wartość ekonomiczną obu tych zasobów, co wyjaśniamy w dalszej części tego punktu.

Częstotliwości z zakresów 800 MHz oraz 2,6 GHz zapewniają operatorom sieci mobilnych bardzo różne korzyści:

- (i) pasmo 800 MHz jest potrzebne głównie do budowy zasięgu – właściwości propagacyjne częstotliwości z zakresu 800 MHz oznaczają, że sygnał dociera do bardzo odległych miejsc i łatwiej przechodzi do wewnątrz budynków niż sygnał w pasmach o wyższej częstotliwości. Z tego też względu, pasmo 800 MHz jest idealne do zapewnienia pokrycia siecią mniej licznie zamieszkanymi obszarów, jak również zapewnienia sygnału wewnątrz pomieszczeń, np. w miastach, gdzie korzysta się z rozsądnej liczby stacji bazowych. Takie pokrycie zasięgiem przy wykorzystaniu pasm o wyższej częstotliwości (np. powyżej 2 GHz) wymagałoby wielokrotnie większej liczby stacji bazowych, niż dla pasma 800 MHz, co oznacza, że wdrożenie tego rodzaju rozwiązania byłoby całkowicie nieopłacalne.
- (ii) pasmo 2,6 GHz jest potrzebne głównie do zapewnienia dodatkowej przepustowości – niestety, właściwości propagacyjne pasma 2,6 GHz są bardzo słabe w porównaniu do właściwości pasma 800 MHz – sygnały docierają jedynie do miejsc znacznie mniej oddalonych i słaba jest też penetracja do wewnątrz budynków. W związku z tym, pasmo 2,6 GHz jest wykorzystywane do zapewnienia dodatkowej przepustowości dla potrzeb usług LTE, kiedy już inne pasma zapewniające przepustowość (takie jak pasmo 1800 MHz – i ewentualnie pasmo 2,1 GHz w przyszłości) zostały w pełni wykorzystane.

Częstotliwości z zakresu 800 MHz są stosunkowo pilniej potrzebne sektorowi mobilnych sieci telekomunikacyjnych. Pierwsze sieci LTE zostały uruchomione przy wykorzystaniu pasma 1800 MHz, co pozwala w następnej kolejności rozważać wykorzystanie pasma 800 MHz do rozszerzenia zasięgu sieci LTE na obszary o mniejszej populacji (co ma kluczowe znaczenie dla zminimalizowania wykluczenia cyfrowego) jak również do zapewnienia lepszej jakości zasięgu w zamkniętych pomieszczeniach na obszarach miejskich.

Z kolei pasmo 2,6 GHz nie cieszy się w chwili obecnej równie wysokim popytem wśród operatorów mobilnych. Jak wskazano powyżej, pasmo 2,6

GHz jest pasmem zapewniającym dodatkową przepustowość, jaka może zostać wykorzystana po wyczerpaniu zasobów przepustowości dostępnych w innych pasmach. Nawet przy szybkim wzroście poziomu akceptacji i zwiększonym stopniu wykorzystania mobilnych usług szerokopasmowych przez użytkowników, jest mało prawdopodobne, aby pasmo 2,6 GHz było sektorowi potrzebne przed rokiem 2016, jeśli nie później. To samo dotyczy wielu innych krajów europejskich – nawet tam, gdzie dokonano przydziału częstotliwości w paśmie 2,6 GHz, pasmo to jest słabo wykorzystywane lub nie jest ono wykorzystywane w ogóle. W niektórych krajach (np. Irlandia²⁴), organ regulacyjny bardzo świadomie podjął decyzję o późniejszym udostępnieniu pasma 2,6 GHz dla potrzeb mobilnych usług telekomunikacyjnych, uznając, iż obecne wykorzystanie zasobów widma (dla potrzeb emisji programów telewizyjnych) pozwoli na wygenerowanie większej wartości ekonomicznej w perspektywie krótkoterminowej.

Z tego względu, P4 jest zdania, że Prezes UKE ma podstawy do dokonania szybszej alokacji pasma 800 MHz niż pasma 2,6 GHz. W odniesieniu do pasma 2,6 GHz, P4 sugeruje, aby Prezes UKE nie spieszył się z przyznaniem zasobów w ramach tego pasma, gdyż jest mało prawdopodobne, że zostaną one wykorzystane w praktyce przez sektor mobilnych usług telekomunikacyjnych w najbliższej przyszłości. W rzeczywistości, ewentualny późniejszy termin rozdysponowania tych zasobów odbyłby z korzyścią dla tego sektora, ponieważ takie podejście dałoby czas potrzebny na monitorowanie postępów w zakresie akceptacji oraz wykorzystania mobilnych usług szerokopasmowych przez użytkowników końcowych – co jest obecnie nadal wielkością niewiadomą i co podlega znacznym wahaniom w prognozach przygotowywanych przez analityków branżowych.

²⁴ Por. <http://www.comreg.ie/fileupload/publications/ComReg12132.pdf>

4.2. Proces wcześniejszej alokacji powinien objąć tylko 4 z 5 bloków w paśmie 800 MHz

Ewentualna wcześniejsza alokacja pasma 800 MHz w proponowanym tu procesie ma charakter alternatywy wobec pełnego, kompleksowego procesu alokacji w drodze Aukcji wieloczęstotliwościowej przeprowadzonej w zmienionym otoczeniu prawnym. W takiej sytuacji w opinii P4 należy ograniczyć ilość pasma alokowanego wcześniej do niezbędnego minimum zapewniającego realizację celów regulatora, w szczególności w zakresie pokrycia tzw. „białych plam” i realizacji zobowiązań względem Komisji Europejskiej, przy jednoczesnym minimalnym ryzyku zaburzeń konkurencji na rynku. Na podstawie tych przesłanek postulujemy ograniczenie ewentualnej wcześniejszej alokacji w drodze przetargu jedynie do czterech bloków z zakresu 800 MHz, oznaczonych w trwającym postępowaniu konsultacyjnym jako bloki B, C, D i E.

4.2.1. Realizacja strategii regulacyjnej Prezesa UKE i zobowiązań wobec Komisji Europejskiej w zakresie szybkiej alokacji pasma 800 MHz

Zgodnie z art. 6 ust. 4 Decyzji RSPP, państwa członkowskie miały co do zasady w terminie do 1 stycznia 2013 r. zakończyć proces wydawania rezerwacji na częstotliwości z pasma 800 MHz, aby umożliwić świadczenie na tym paśmie usług telekomunikacyjnych. Polska uzyskała jednak zgodę Komisji Europejskiej na odstępstwo od powyższego terminu i wydanie rezerwacji na częstotliwości z pasma 800 MHz do **31 grudnia 2013 r.** (decyzja Komisji Europejskiej z dnia 23 lipca 2013 r.) Jednocześnie na mocy tej decyzji w terminie do **31 marca 2014 r.** Polska przedstawi Komisji sprawozdanie z realizacji jej postanowień.

W opublikowanej na stronach UKE „Strategii regulacyjnej do roku 2015”²⁵ (str. 38) Prezes UKE zapowiedział m.in., że dokona przydziału dostępnych częstotliwości z pasma 800 MHz na przełomie 2013 i 2014 r.

Dokonanie niezwłocznej (z uwzględnieniem jednakże czasu potrzebnego na dokonanie przewidzianych prawem procedur, takich jak konsultacje) alokacji 4 z 5 obecnie dostępnych bloków z pasma 800 MHz pozwoli na

²⁵ http://www.uke.gov.pl/files/?id_plik=10971

dochowanie przez Prezesa UKE, w zasadniczej ich części, opisanych powyżej zobowiązań wobec Komisji Europejskiej, jak również na zrealizowanie własnych zapowiedzi Prezesa UKE zawartych w publicznie ogłoszonych przezeń dokumentach. Jest to korzyść, której z pewnością nie zapewnia oczekiwanie z alokacją pasma w trybie aukcji do czasu dokonania przez ustawodawcę koniecznej zmiany prawa.

4.2.2. Optymalizacja harmonogramu realizacji celów regulacyjnych w zakresie budowy sieci w technologii LTE

Jednym z kluczowych celów polityki regulacyjnej, który ma zostać zrealizowany w planowanym procesie alokacji pasma, jest eliminacja tzw. „białych plam”, w drodze podjęcia przez operatorów zobowiązań inwestycyjnych przypisanych do każdego z bloków w paśmie 800 MHz.

W kontekście opisanych wcześniej szczegółowo uwag i postulatów dotyczących sformułowania zobowiązań inwestycyjnych w Dokumentacji Aukcyjnej (por. Postulat A5 opisany w pkt 3.2.5 powyżej), szczególnie mocno podkreślić należy, że tzw. blok A obciążony jest znacznie większymi ograniczeniami technologicznymi niż pozostałe bloki i w najbliższym czasie nie będzie mógł zostać w pełni wykorzystany do eliminacji „białych plam”.

Z drugiej strony wydaje się, że cztery pozostałe bloki gwarantują dostateczny potencjał pasma, aby – przy założeniu dokonania modyfikacji kształtu wymagań pokryciowych zgodnie z wyżej powołanym postulatem – zapewnić realizację celów polityki regulacyjnej Prezesa UKE w zakresie szybkiej budowy sieci w technologii LTE.

4.2.3. Optymalizacja strumienia przychodów Skarbu Państwa z tytułu gospodarki zasobami częstotliwości

W ocenie P4, zrealizowanie wpływów budżetowych na poziomie, który zapewne przekroczy 250 000 000 zł (cena wywoławcza) za każdy z czterech bloków pasma z zakresu 800 MHz, rozdysponowanych w przyspieszonym procesie, w powiązaniu z oczekiwanymi na 2014 rok opłatami za przedłużenie rezerwacji częstotliwości, wydają się realizować publicznie komunikowane cele fiskalne Skarbu Państwa.

4.2.4. Prostota procesu wspólnej alokacji bloków o podobnej wartości ekonomicznej

Blok A, z uwagi na szczególnie dotkliwe ograniczenia techniczne w jego wykorzystaniu, charakteryzuje się istotnie odmienną, niższą wartością ekonomiczną niż pozostałe cztery bloki (B-E), których charakterystyki techniczne, a co za tym idzie wartość ekonomiczna, są porównywalne.

W sytuacji, gdy alokacja ma dotyczyć czterech bloków pasma o zbliżonych charakterystykach, może ona się dokonać w uproszczonej formule. W szczególności, można wyobrazić sobie nawet przeprowadzenie przetargu na cztery bloki abstrakcyjne.

4.3. Pasma 2,6 GHz powinno w całości zostać rozdysponowane w drodze późniejszej aukcji

4.3.1. Powiązanie procesu alokacji pasma 2,6 GHz z przedłużeniem rezerwacji dla pozostałych pasm o charakterze pojemnościowym

W ocenie P4 nieoptymalnym jest podejście regulacyjne polegające na przyznawaniu operatorom nowych częstotliwości, zanim wydane zostaną przez Prezesa UKE decyzje w przedmiocie przedłużenia obowiązywania istniejących rezerwacji, których termin wygaśnięcia przypada w 2014 r., w szczególności – dla pasm pojemnościowych - na zasoby 2×9,6 MHz z zakresu 1800 MHz przyznane zarówno Polkomtelowi, jak i T-Mobile. Jest tak dlatego, że oferent nie będzie w stanie właściwie wycenić częstotliwości z zakresu 2,6 GHz, nie mając pewności co do tego, czy będzie on miał nadal dostęp do częstotliwości z zakresu 1800 MHz.

Częstotliwości z zakresu 2,6 GHz mają słabsze właściwości propagacyjne niż częstotliwości z innych zakresów, które są obecnie wykorzystywane dla potrzeb świadczenia mobilnych usług telekomunikacyjnych – sygnały 2,6 GHz nie docierają tak daleko jak sygnały z innych zakresów częstotliwości, a penetracja sygnałów częstotliwości z zakresu 2,6 GHz wewnątrz pomieszczeń jest słaba. Podstawową korzyścią, jaką oferują częstotliwości z zakresu 2,6 GHz jest to, że zapewniają one dodatkową przepustowość dla potrzeb LTE po wykorzystaniu przepustowości częstotliwości z niższych zakresów (takich jak zakresy 1800 MHz oraz 2,1 GHz). Częstotliwości z zakresu 2,6 GHz można wykorzystać w celu zapewnienia przepustowości sieci na tych obszarach, które są pokryte zasięgiem częstotliwości z zakresów 1800 MHz, 2,1 GHz oraz 2,6 GHz, pozostawiając przepustowość w zakresach 1800 MHz oraz 2,1 GHz dostępną na tych obszarach, gdzie nie dociera sygnał częstotliwości z zakresu 2,6 GHz.

Wartość częstotliwości z zakresu 2,6 GHz dla operatorów mobilnych sieci telekomunikacyjnych jest w związku z tym uzależniona od zasobów częstotliwości z zakresów 1800 MHz oraz 2,1 GHz posiadanych przez danego operatora – jeżeli operator posiada duże zasoby częstotliwości z zakresów 1800 MHz oraz 2,1 GHz, wówczas wartość częstotliwości z zakresu 2,6 GHz dla tego operatora będzie niższa. Analogicznie, jeżeli operator posiada ograniczone zasoby częstotliwości z zakresów 1800 MHz

oraz 2,1 GHz, wartość częstotliwości z zakresu 2,6 GHz dla tego operatora będzie wyższa. Nie jest zatem wystarczająco wiarygodne dokonywanie przez operatora sieci ruchomej wyceny częstotliwości z zakresu 2,6 GHz w sytuacji, kiedy nie ma on pewności, do jakich zasobów częstotliwości z zakresów 1800 MHz oraz 2,1 GHz będzie on w przyszłości nadal posiadał dostęp.

Opisana powyżej zależność uniemożliwiła brytyjskiemu organowi regulacyjnemu (Ofcom) przystąpienie do zaplanowanej przez ten organ aukcji na częstotliwości z zakresu 2,6 GHz w roku 2008²⁶. Dwóch spośród operatorów działających w Wielkiej Brytanii (O2 oraz T-Mobile) wystąpiło z pozwem przeciwko Ofcom na tej podstawie, że nie byli oni w stanie uczestniczyć w tej aukcji w wyniku braku możliwości wyceny częstotliwości z zakresu 2,6 GHz w sytuacji, kiedy nie mieli oni pewności co do możliwości wykorzystania w przyszłości ich istniejących zasobów częstotliwości (z zakresów 900 MHz oraz 1800 MHz). W rezultacie powyższego Ofcom został zmuszony do ogłoszenia zawieszenia swych planów w przedmiocie przeprowadzenia aukcji aż do czasu rozstrzygnięcia powstałego sporu prawnego. Finalnie częstotliwości z zakresu 2,6 GHz zostały przyznane dopiero w roku bieżącym (2013), po kilkuletnim okresie trwania sporów sądowych, które w końcowej fazie wymagały bezpośredniej interwencji Rządu Wielkiej Brytanii oraz wynegocjowania przez niego ugody pomiędzy przedstawicielami sektora a Ofcom.

Mając świadomość trudności, z jakimi muszą się mierzyć operatorzy ruchomych sieci telekomunikacyjnych w związku z uczestnictwem w aukcji na częstotliwości z zakresu 2,6 GHz bez posiadania wystarczającej pewności co do dalszego posiadania przez nich przyznaných im dotychczas zasobów częstotliwości, organy regulacyjne przyjmują dwojakiego rodzaju podejście:

- (i) **objęcie wszystkich zakresów częstotliwości jedną połączoną aukcją, co pozwala na składanie ofert na pakiety częstotliwości.** Najlepiej ilustruje to przykład szwajcarskiej aukcji przeprowadzonej w roku 2012 na częstotliwości z zakresów 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz oraz 2,6 GHz. Aukcja ta wykorzystywała format tzw.

²⁶ Por.: http://stakeholders.ofcom.org.uk/spectrum/spectrum-awards/prospective-awards/award_2010/update090608/

„Combinatorial Clock Auction” (CCA), który pozwala operatorom składać oferty na kombinacje różnych zasobów częstotliwości z różnych zakresów – w rezultacie pozwoliło to operatorom na składanie wyższych (tj. opiewających na wyższe kwoty) ofert na częstotliwości z zakresu 2,6 GHz oferowane w pakietach, które uwzględniały mniejsze zasoby częstotliwości z zakresów 1800 MHz oraz 2,1 GHz, a jednocześnie na składanie niższych ofert na częstotliwości z zakresu 2,6 GHz oferowane w pakietach, które obejmowały większe zasoby częstotliwości z zakresów 1800 MHz oraz 2,1 GHz. Niemniej jednak, obowiązujące w chwili obecnej przepisy polskiego prawa nie pozwalają, aby uczestnicy procedur selekcyjnych (aukcji, przetargów) składali oferty na niepodzielne pakiety bloków częstotliwości pochodzących z różnych zakresów widma²⁷.

- (ii) **rozstrzygnięcie kwestii ewentualnego przedłużenia istniejących rezerwacji częstotliwości przed przeprowadzeniem aukcji na nowe zakresy częstotliwości**, co zapewnia wszystkim operatorom ruchomych sieci telekomunikacyjnych na rynku pewność w odniesieniu do posiadanych przez nich zasobów częstotliwości w ramach istniejących zakresów, i w rezultacie pozwala im na dokonanie właściwej wyceny nowych zakresów częstotliwości. To podejście przyjęte zostało ostatnio na Węgrzech – w dniu 6 września 2013 r. organ regulacyjny (NMHH) ogłosił, że osiągnął porozumienie w sprawie przedłużenia dotychczasowych rezerwacji na częstotliwości z zakresów 900 MHz oraz 1800 MHz będących w posiadaniu T-Mobile, Telenor oraz Vodafone do roku 2022²⁸, co z kolei umożliwiło NMHH przystąpienie do przeprowadzenia aukcji na częstotliwości z zakresów 800 MHz oraz 2,6 GHz.

²⁷ Wynika to przede wszystkim z treści art. 118c ust. 1 Pt, który stanowi, że jeżeli przedmiotem przetargu, aukcji albo konkursu są różne zakresy częstotliwości, Prezes UKE sporządza odrębną listę wyników przetargu, aukcji albo konkursu dla każdego z zakresów częstotliwości. Zatem nawet w przypadku, gdyby uczestnicy przetargu (aukcji, konkursu) mogli zgodnie z dokumentacją składać oferty na bloki z poszczególnych zakresów, to i tak musiałyby powstać odrębne listy wyników (a więc i podmiotów wyłonionych) dla bloków z poszczególnych zakresów. Oznacza to, że uczestnicy nie mieliby gwarancji, że zostaną wyłonieni jednocześnie na wszystkich takich listach, i otrzymają cały pakiet częstotliwości, na jakie złożyli oferty.

²⁸ Por.: <http://www.telenor.hu/en/press/pressreleases/1046>

W związku z powyższym P4 apeluje do Prezesa UKE o rozważenie pójścia za przykładem innych organów regulacyjnych w Europie, i zapewnienie wszystkim uczestnikom rynku, przed przystąpieniem do alokacji częstotliwości z zakresu 2,6 GHz, jasności co do tego, jaki będzie w perspektywie następnych kilkunastu lat rozdział częstotliwości z zakresów 900 MHz oraz 1800 MHz pozostających obecnie (do połowy 2014 r.) w dyspozycji szeregu operatorów.

4.3.2. Uwzględnienie aktualnych uwarunkowań popytowych dla pasma 2,6 GHz

W ocenie P4 w chwili obecnej jest zdecydowanie za wcześnie na wiarygodne wyceny pasma 2,6 GHz na rynku polskim. Wczesna faza rozwoju nie tylko infrastruktury LTE (obecnie wdrażanej z wykorzystaniem pasma 1800 MHz), ale też samej usługi, taryf, urządzeń końcowych i potrzeb klientów powoduje znaczącą niepewność co do kierunku i skali dalszego rozwoju tego rynku. Częstotliwości z zakresu 2,6 GHz, jako najwyższe, a tym samym najmniej preferowane z uwagi na relatywnie słabe własności propagacyjne, mogą być pozyskiwane dziś przez operatorów co najwyżej „na wszelki wypadek”. Przedstawiony w propozycji Dokumentacji Aukcyjnej termin rozpoczęcia wykorzystywania tych częstotliwości (3 lata po dokonaniu alokacji), w powiązaniu z brakiem zobowiązań inwestycyjnych w tym paśmie, trafnie odzwierciedla obecne perspektywy wykorzystania tego pasma.

Alokacja pasma 2,6 GHz w późniejszym terminie, z uwzględnieniem doświadczeń w zakresie przyjęcia przez rynek kolejnych ofert LTE, pozwoli operatorom na bardziej wiarygodne wyceny i – przy założeniu ziszczenia się prognoz o gwałtownie rosnącym popycie na usługi transmisji danych w sieciach ruchomych – przełoży się na potencjalnie wyższe wpływy Skarbu Państwa.

4.3.3. Uwzględnienie aktualnych możliwości płatniczych operatorów

Istotnym czynnikiem kształtującym wpływy budżetowe z planowanych procesów alokacji są obciążenia finansowe operatorów w ostatnim okresie. Szczególne znaczenie mają tu obciążenia z tytułu opłat za częstotliwości uzyskane w przetargu 1800 MHz rozstrzygniętym na początku 2013 r. oraz

powiązane z rezerwacjami w tym paśmie zobowiązania inwestycyjne (3200 stacji bazowych, w tym znaczny program inwestycyjny na terenach słabo zaludnionych). Co więcej, fakt iż spośród podmiotów, które najprawdopodobniej wezmą udział w planowanym procesie alokacji, tylko na dwóch ciążą opisane obowiązki, przyczynić się może do zaburzenia (asymetrii) popytu zgłaszanego przez nich w najbliższej aukcji czy przetargu.

Z samej alokacji pasma z zakresu 800 MHz wynikać będą dla operatorów kolejne znaczące obciążenia, nie ograniczające się do uiszczenia opłaty jednorazowej w kwocie przekraczającej zapewne 250 000 000 zł za blok, ale też wiążące się z realizacją wyśrubowanych wymagań inwestycyjnych, w szczególności na obszarach tzw. „białych plam”. W ocenie P4 wydatki związane z realizacją tych obowiązków przekroczą kilkukrotnie przewidywane opłaty jednorazowe poniesione przez operatorów na samo nabycie pasma.

W takiej sytuacji, jeśli realizacja celów pokryciowych i tym samym walka z wykluczeniem cyfrowym są bardziej istotnymi celami regulacyjnymi niż zapewnienie wpływów budżetowych, racjonalne wydaje się maksymalne ograniczenie ilości pasma do rozdysponowania w przyspieszonym trybie. Co więcej, można mieć nadzieję, że wpływy z alokacji pozostałych pasm dokonanych w późniejszym terminie będą istotnie wyższe, jeśli operatorzy zdążą odtworzyć swoje potencjały finansowe i przystąpić do późniejszego procesu alokacji z popytem w pełni odzwierciedlonym w budżecie.

4.3.4. Brak zakłóceń dla harmonogramu budowy sieci w technologii LTE oraz dla harmonogramu realizacji wpływów do budżetu Skarbu Państwa

Ewentualne opóźnienie alokacji pasma z zakresu 2,6 GHz nie będzie miało w najbliższych latach żadnego wpływu na dynamikę rozwoju usług LTE w Polsce, jako że oferowane będą one przede wszystkim w pierwszym okresie na bazie częstotliwości z zakresu 1800 MHz (oraz ewentualnie 800 MHz).

Co więcej, nominalna wartość ekonomiczna tego pasma w przeliczeniu na 1 MHz jest istotnie niższa niż pasma z zakresu 800 MHz, co odzwierciedla choćby proporcja cen wywoławczych w konsultowanej dokumentacji na

poziomie 1:10 w przeliczeniu na jednostkę pasma. Tym samym spodziewana wartość wpływów budżetowych z tytułu alokacji pasma 2,6 GHz MHz nie będzie mieć decydującego znaczenia dla realizacji celów fiskalnych Skarbu Państwa.

4.4. Alokacja 4 bloków z pasma 800 MHz powinna się odbyć w trybie przetargu, a nie aukcji

4.4.1. Wyeliminowanie problemu niekompatybilności mechanizmów aukcji z przepisami polskiego prawa

Przejęcie z konsultowanej formuły aukcji na formułę przetargu pozwoli na wyeliminowanie opisywanej wyżej (por. pkt 2.1 stanowiska) niekompatybilności mechanizmów aukcji, koniecznych dla jej prawidłowego przebiegu, z przepisami polskiego prawa. Możliwe zatem będzie szybkie rozdysponowanie zasobów częstotliwości z pasma 800 MHz, bez potrzeby oczekiwania na stosowną zmianę prawa. Przypomnieć bowiem należy, że o ile ukonstytuowane w przepisach Pł prawo uczestnika do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości na każdym etapie procesu alokacji częstotliwości (w toku postępowania selekcyjnego, jak również w toku postępowania rezerwacyjnego) dotyczy zarówno aukcji, jak i przetargu, to jedynie w przypadku aukcji oddziałuje ono destrukcyjnie na jej mechanizm.

Jedynie bowiem **aukcja** (w tym zwłaszcza aukcja typu SMRA) bazuje na mechanizmie odkrywania ceny (ang. „*price discovery*”). W aukcji uczestnicy opierają swoje kolejne decyzje co do tego, jaką kwotę zalicytować w danej rundzie aukcji, na informacji o cenach (a więc o wycenie wartości dobra) oferowanych w dotychczasowych rundach przez ich konkurentów. Brak wiążącego charakteru ofert rodzi pokusę zachowań spekulacyjnych, w których uczestnicy celowo windowaliby kwoty swoich ofert, aby wysyłać fałszywe sygnały do konkurentów i skłaniać ich do podbijania ich własnych ofert, po to by finalnie zapłacili oni za dane dobro więcej niż wskazuje jego wartość rynkowa.

Natomiast w **przetargu** każdy uczestnik może swoją ofertę złożyć tylko raz i bez dostępu do informacji o ofertach innych uczestników, a zatem wiedza o tym, jakie ceny zaoferowali konkurenci, nie jest w stanie wpłynąć na jego decyzję co do ceny zalicytowanej w jego własnej ofercie. Nawet jeśli wyłoniony uczestnik zrezygnuje z uzyskanego dobra, to drugi w kolejności podmiot nie zapłaci z tego tytułu za uzyskane dobro więcej niż sam pierwotnie zaoferował. Prawo do wycofania się z procesu może być nawet korzystne dla mechanizmu przetargu, bowiem pozwala zbliżyć jego wyniki

do poziomu uzasadnionego rynkową wyceną pasma. Jeśli bowiem podmiot wyłoniony zrezygnuje z uzyskanego w przetargu dobra, to znaczy że cena, jaką zaoferował, w porównaniu z cenami jego konkurentów, które już zna, okazała się za wysoka, i ekonomicznie racjonalną decyzją będzie zrezygnować z tego dobra zamiast płacić za nie wygórowaną cenę.

Komentując kwestię relacji aukcji do przetargu na tle polskiego prawa nie sposób pominąć jeszcze innej, trudnej do przecenienia przewagi przetargu nad aukcją, tj. iż **przetarg jest procedurą selekcyjną w Polsce dobrze znaną, wielokrotnie już praktykowaną przez Prezesa UKE, okrzeplą w polskim systemie prawa i obrosłą orzecznictwem sądów administracyjnych (w tym NSA), stanowiącym cenne źródło wskazań co do właściwego, tj. zgodnego z prawem poprowadzenia tej procedury. Z tego względu obecnie przetarg daje z pewnością większe niż aukcja szanse na uzyskanie stabilnego wyniku, który obroni się w sądach.**

4.4.2. Utrzymanie tempa realizacji zobowiązań wobec Komisji Europejskiej w zakresie szybkiej alokacji pasma 800 MHz

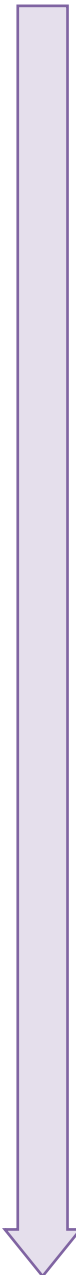
Jak to już wspomniano w pkt 4.2.1 powyżej, Polska uzyskała od Komisji Europejskiej zezwolenie na odstępienie od generalnego wymogu udostępnienia pasma 800 MHz w terminie do 1 stycznia 2013 r. Zgodnie z tą derogacją udostępnienie w/w pasma w Polsce do komercyjnego wykorzystania ma nastąpić do **31 grudnia 2013 r.**, zaś raport z wykonania tego zobowiązania Polska przesyła Komisji w terminie do **31 marca 2014 r.**

P4 zdecydowała się przeanalizować, jaki wpływ na realizację powyższych zobowiązań miałoby przejście z planowanej obecnie formuły aukcji na formułę przetargu. Poniżej prezentujemy kalendarium wydarzeń dla obu procedur selekcyjnych, w formie grafu ze wspólną osią czasu. Kalendarium zostało przygotowane w oparciu o ramy czasowe wynikające z:

- przepisów prawa (tj. Prawa Telekomunikacyjnego, Rozporządzenia o Aukcji) regulujących postępowanie w sprawie aukcji i przetargu (wówczas posługujemy się sformułowaniem „*min./maks. termin ustawowy*”)
- oszacowań P4 opartych w większości na kalendarium przetargu na 1800 MHz z 2012 r.) (wówczas posługujemy się sformułowaniem „*szacunki P4*”)

- konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej (wówczas posługujemy się sformułowaniem „Dokumentacja Aukcyjna”).

Tabela 5. Zestawienie harmonogramu przetargu i Aukcji

Harmonogram przetargu		Harmonogram Aukcji		
8-10-2013				
termin złożenia stanowisk w konsultacjach				
nieformalne wyniki konsultacji – decyzja przetarg	+ 7 dni (szacunki P4)		+ 41 dni (szacunki P4)	wyniki konsultacji
	15-10-2013		18-11-2013	
przygotowanie dokumentacji przetargowej	+ 21 dni (szacunki P4)		+ 7 dni (szacunki P4)	rozpoczęcie Aukcji
	5-11-2013		25-11-2013	
ogłoszenie konsultacji	+ 1 dzień (szacunki P4)		+ 45 dni (min. termin ustawowy)	termin złożenia Ofert Wstępnych w Aukcji
	6-11-2013		9-1-2014	
termin złożenia stanowisk w konsultacjach	+ 30 dni (min. termin ustawowy)		+ 21 dni (szacunki P4)	ogłoszenie wyników I Etapu Aukcji
	6-12-2013		30-1-2014	
wyniki konsultacji	+ 32 dni (szacunki P4)		+ 7 dni (szacunki P4)	aukcja próbna
	7-1-2014		6-2-2014	
rozpoczęcie przetargu	+ 7 dni (szacunki P4)	+ 14 dni (Dokumentacja Aukcyjna)	rozpoczęcie II Etapu Aukcji	
	14-1-2014	20-2-2014		
termin złożenia ofert w przetargu	+ 45 dni (min. termin ustawowy)	+ 7 dni (szacunki P4)	licytacja	
	28-2-2014	27-2-2014		
ogłoszenie wyników przetargu	+ 31 dni (szacunki P4)	+ 14 dni (szacunki P4)	ogłoszenie wyników II Etapu Aukcji	
	31-3-2014	13-3-2014		
wydanie decyzji rezerwacyjnej	+ 42 dni (max. termin ustawowy)	+ 42 dni (max. termin ustawowy)	wydanie decyzji rezerwacyjnej	
	12-5-2014	24-4-2014		

Wnioski z porównania kalendarium dla obu procesów są następujące:

- (i) niezależnie od tego, czy Prezes UKE zdecyduje się pozostać przy formule Aukcji, czy też przejść na formułę przetargu, nie jest możliwe, aby rozdysponowanie częstotliwości z pasma 800 MHz dokonało się przed 31 grudnia 2013 r. (a więc przed terminem wyznaczonym przez Komisję Europejską);
- (ii) nie jest również możliwe, aby Prezes UKE zdążył rozdysponować to pasmo przed 31 marca 2014 r. (a więc przed upływem terminu na przedstawienie raportu Komisji Europejskiej);
- (iii) uruchomienie w najbliższym czasie któregośkolwiek z tych procesów daje Prezesowi UKE jednakową korzyść, polegającą na tym, że nawet jeśli nie zostaną one zakończone w wymaganym przez Komisję terminie, to przynajmniej w dacie złożenia raportu Komisji (tj. 31 marca 2014 r.) będą one na bardzo zaawansowanym etapie;
- (iv) wybór formuły przetargu pozwoli na przeprowadzenie wielokrotnie przeciwiczonej, lepiej osadzonej w przepisach prawa i bardziej stabilnej procedury, kosztem opóźnienia procesu alokacji częstotliwości jedynie o ok. dwa i pół tygodnia.

4.5. Postulaty szczegółowe dotyczące formuły przetargu

4.5.1. Postulat P1:

P4 postuluje wprowadzenie do warunków przetargu zastrzeżenia, że jeden podmiot będzie mógł uzyskać w wyniku przetargu maksymalnie 2x5 MHz częstotliwości z zakresu 800 MHz (tj. jeden z czterech bloków oferowanych w przetargu).

Powyżej wskazywaliśmy, iż w kontekście wiodącego postulatu P4, jakim jest przeprowadzenie kompleksowego procesu alokacji dostępnego w Polsce widma dopiero po naprawie otoczenia prawnego aukcji, w sposób skoordynowany z przedłużaniem istniejących rezerwacji i po wyjaśnieniu kontrowersji wokół alokacji bloku z zakresu 800 MHz dla Sferii (por. pkt 3 powyżej) wskazane jest ograniczenie ewentualnej przyspieszonej alokacji jedynie do pasma, które jest niezbędne do osiągnięcia najpilniejszych celów polityki regulacyjnej, a więc – w naszym rozumieniu – przede wszystkim realizacji zobowiązań wobec Komisji Europejskiej i zapewnienia jak najszybszego pokrycia tzw. „białych plam” (por. pkt 4.2 powyżej).

Alokacja czterech bloków z zakresu 800 MHz z bardzo restrykcyjnym ograniczeniem ilości nabywanego pasma (tzw. „*spectrum cap*”), tj. na poziomie jednego bloku 2x5 MHz na uczestnika, minimalizuje ryzyko nadmiernej koncentracji pasma, przed którym przykładowo nie chroni obecna Dokumentacja Aukcyjna (omówienie tego ryzyka P4 zawarła w pkt 2.3.2 oraz 2.3.3 powyżej, zaś postulat zmierzający do jego zminimalizowania - w pkt 3.2.2). Restrykcyjne ograniczenie możliwego do zgłoszenia w przetargu popytu eliminuje niejako w zarodku problemy wynikające z aktualnie zachodzących na rynku telekomunikacyjnym zjawisk (wspólna kontrola kapitałowa, porozumienia o współdzieleniu częstotliwości), które w innym wypadku wymagałyby wypracowania daleko bardziej złożonych mechanizmów obronnych. W szczególności, nawet gdyby w wyniku pełnej analizy prawnokonkurencyjnej okazało się, że Orange i T-Mobile czy też grupa podmiotów kojarzonych z Zygmuntem Solorzem-Żakiem (Polkomtel/Grupa ZSZ), powinny być traktowane łącznie w kontekście „*spectrum cap’ów*”, ilość bloków nabytych przez nie przy ich traktowaniu jako odrębne podmioty nadal nie doprowadzi do nadmiernej koncentracji kluczowego pasma w rękach jednej tylko części rynku.

Co więcej, maksymalne ograniczenie ilości możliwego do uzyskania w chwili obecnej pasma wyposaży obu regulatorów (tj. Prezesa UKE i Prezesa UOKiK) w szansę na ewentualne korekty pozycji konkurencyjnych uczestników rynku na późniejszym etapie, po przeprowadzeniu kompleksowych analiz prawnokonkurencyjnych, z uwzględnieniem rezerwacji podlegających przedłużeniom, piątego bloku z zakresu 800 MHz, częstotliwości z zakresu 2,6 GHz, jak również dodatkowego bloku z zakresu 800 MHz będącego obecnie przedmiotem sporów wokół spółki Sferia.

Za ustanowieniem restrykcyjnego „*spectrum cap'u*” w przetargu przemawia też fakt, że pasmo 800 MHz jest kluczowym czynnikiem decydującym o pozycji operatora na rynku w odniesieniu do LTE. Jest tak dlatego, że pasmo 800 MHz jest pasmem kluczowym dla potrzeb budowy zasięgu sieci LTE dzięki szczególnym właściwościom propagacyjnym tego pasma – chodzi mianowicie o to, że sygnały mogą docierać na dalekie odległości i łatwiej penetrują do wewnątrz budynków. Pozostałe pasma, dla których sprzęt operatorski i urządzenia końcowe LTE są obecnie powszechnie dostępne (czyli pasma 1800 MHz oraz 2,6 GHz) mają częstotliwości znacznie wyższe i nie oferują tych korzyści. W związku z tym, dostęp do pasma 800 MHz ma kluczowe znaczenie dla realizacji potrzeb pokryciowych – w zakresie zapewnienia zasięgu w pomieszczeniach wewnątrz budynków na obszarach miejskich, jak i w zakresie powszechnego zapewnienia zasięgu na obszarach wiejskich i słabiej zaludnionych.

W związku z tym, że zasoby pasma 800 MHz są bardzo ograniczone (tylko 2×25 MHz jest w chwili obecnej dostępne do rozdysponowania), istnieją podstawy do tego, aby przypuszczać, że zasiedziali operatorzy będą licytowali w sposób antykonkurencyjny, tak aby uniemożliwić mniejszym operatorom nabycie jakichkolwiek zasobów z tego pasma. Jednocześnie w interesie konsumentów jest, aby rzeczywista walka konkurencyjna toczyła się nadal między czterema operatorami; dlatego też jest ważne, aby proces rozdysponowania tego zasobu dawał wszystkim czterem operatorom równe szanse na nabycie części pasma 800 MHz wystarczającej do budowy sieci o dobrym zasięgu, a tym samym dającej możliwości oferowania konkurencyjnego pakietu usług.

Postulat wprowadzenia do warunków przetargu zastrzeżenia, że jeden podmiot będzie mógł uzyskać w wyniku przetargu maksymalnie 2x5 MHz częstotliwości z zakresu 800 MHz (tj. jeden z czterech bloków oferowanych w przetargu), uwzględnia powyższe kwestie. Dzięki zastosowaniu tego rozwiązania wszyscy czterej dotychczasowi operatorzy mobilni będą mieli równe szanse na uzyskanie pasma 800 MHz, co wzmocni skuteczną i równoprawną konkurencję na detalicznym rynku ruchomych usług telekomunikacyjnych, a także zapewni osobom mieszkającym na obszarach słabiej zaludnionych rzeczywisty wybór pomiędzy infrastrukturą sieciową czterech konkurujących ze sobą operatorów, czyli faktyczną konkurencję infrastrukturalną.

4.5.2. Postulat P2:

P4 postuluje ustalenie w przetargu minimalnej wysokości jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji częstotliwości na poziomie pozwalającym na realizację celów fiskalnych Skarbu Państwa.

W kontekście ogromnego znaczenia pasma z zakresu 800 MHz dla rynku, a także w celu zapewnienia, aby w procesie alokacji wzięły udział jedynie podmioty o potencjale ekonomicznym adekwatnym do skali wyzwań, jakimi są stawiane przez regulatora wymagania pokryciowe niezbędne do realizacji Agendy Cyfrowej, rekomendujemy ustanowienie w ewentualnym przetargu minimalnej wysokości jednorazowej opłaty za dokonanie rezerwacji częstotliwości na adekwatnie wysokim poziomie, zapewne nie niższym niż przewidywana dla aukcji cena wywoławcza dla bloku z tego zakresu.

4.5.3. Postulat P3:

P4 postuluje zastosowanie w przetargu formuły oceny ofert obejmującej kryteria wysokości kwoty zadeklarowanej, wpływu na zachowanie warunków konkurencji, wiarygodności finansowej i zobowiązań podjętych w przetargu.

P4 stoi na stanowisku, że co do podstawowych elementów konstrukcji tak całego procesu, jak i formuły punktowej oceny ofert, dokumentacja przetargu na częstotliwości z zakresu 1800 MHz przeprowadzonego w 2012 r. może stanowić dobry punkt wyjścia do przygotowania pierwszej

propozycji dokumentacji dla ewentualnego przyspieszonego procesu alokacji czterech bloków 800 MHz w drodze przetargu, na potrzeby procesu konsultacji.

W szczególności zasługują na uwagę zapisy dotyczące przeciwdziałania koncentracji pasma, premiujące synergię z posiadanym wcześniej pasmem i infrastrukturą z zakresu 900 MHz, zapewniające weryfikację wiarygodności uczestników na podstawie wielkości historycznych inwestycji i kształtu zobowiązań inwestycyjnych.

4.5.4. Postulaty oparte na warunkach zaproponowanych przez Prezesa UKE w Dokumentacji Aukcyjnej

P4 postuluje utrzymanie w przetargu wymogu zawartego w konsultowanej Dokumentacji Aukcyjnej, zgodnie z którym udział w Aukcji może wziąć tylko jeden podmiot z danej grupy kapitałowej.

4.5.5. Postulaty przeniesione z postulatów aukcyjnych

P4 postuluje zastosowanie się w przetargu do następujących postulatów i uwag zgłoszonych w niniejszym stanowisku w odniesieniu do konsultowanych warunków Aukcji:

- (i) postulat A5 z punktu 3.2.5 - przypisanie do każdej rezerwacji częstotliwości podlegającej rozdysponowaniu w przetargu zobowiązań inwestycyjnych zgodnych z postanowieniami wiążących Polskę umów międzynarodowych oraz generujących jednakowe obciążenia dla wszystkich beneficjentów rezerwacji
- (ii) postulat A6 z punktu 3.2.6 – rzetelność i zgodność ze stanem rzeczywistym dokumentów i informacji zawartych w ofertach jako warunek uczestnictwa w przetargu, którego niespełnienie będzie skutkować niezakwalifikowaniem oferty do II etapu oceny
- (iii) postulat A8 z punktu 3.2.8 – zaniechanie umieszczenia w warunkach przetargu wymogu wniesienia depozytu (lub przedłożenia gwarancji bankowej)
- (iv) postulat A9 z punktu 3.2.9 - zaniechanie umieszczenia w dokumentacji przetargu zastrzeżenia o ważności ofert aż do momentu

uprawomocnienia się decyzji rezerwacyjnych oraz o braku prawa do ich wycofania

5. Załączniki do stanowiska

5.1. Załącznik nr 1: Kalkulacja korzyści ekonomicznych płynących z istnienia czwartego konkurencyjnego operatora na polskim rynku mobilnych usług telekomunikacyjnych

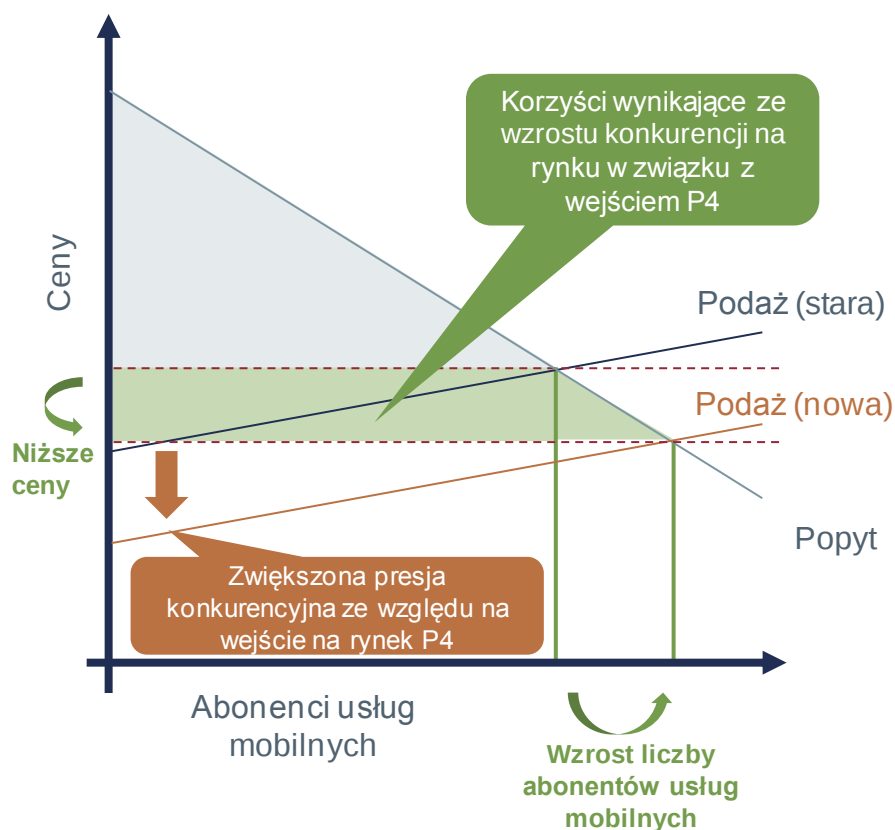
W tej części przedstawiamy kalkulację korzyści ekonomicznych wynikłych dla Polski w 2012 r. z faktu posiadania czterech konkurujących ze sobą operatorów sieci mobilnych. Następnie wyliczamy potencjalną utratę korzyści dla gospodarki polskiej w latach od 2013 r. do 2028 r. w sytuacji, gdyby czwarty operator nie był już w stanie skutecznie konkurować na tym rynku, tj. gdyby nie posiadał on wystarczających zasobów częstotliwości do oferowania konkurencyjnych pakietów usług.

Metodologia obliczeń

Jeżeli podaż mobilnych usług telekomunikacyjnych wzrośnie z uwagi na wejście nowego gracza na rynek, mamy do czynienia zwykle z dwoma rodzajami korzyści bezpośrednich wynikających stąd dla konsumentów.

Po pierwsze, rosnąca presja konkurencyjna związana z pojawieniem się nowego gracza powoduje obniżenie cen przez wszystkich operatorów, a więc dotychczasowi abonenci stwierdzają, że cena usług maleje.

Po drugie, niższe ceny mogą z kolei prowadzić do wzrostu popytu na usługi, co się przekłada na ogólny wzrost liczby subskrypcji mobilnych usług telekomunikacyjnych wynikający z napływu nowych klientów (którzy to klienci wcześniej pozostawali poza tym rynkiem ze względu na zbyt wysoką cenę usług), jak również ze zwiększonego zapotrzebowania zgłaszanego przez istniejących klientów, zainteresowanych zakupem dodatkowych usług z uwagi na ich niższą cenę. Te dwa skutki uwidoczniono na krzywej popytu na Rysunku 9. poniżej.



Rysunek 9. *Krzywa popytu ilustrująca efekt wejścia czwartego operatora na rynek*

W celu określenia skali korzyści wynikających dla konsumentów z wejścia czwartego operatora na rynek mobilnych usług telekomunikacyjnych, dokonujemy kalkulacji obydwu skutków – a mianowicie obniżki cen oraz wzrostu liczby użytkowników mobilnych usług telekomunikacyjnych, zgodnie z bardziej szczegółowym omówieniem zamieszczonym poniżej.

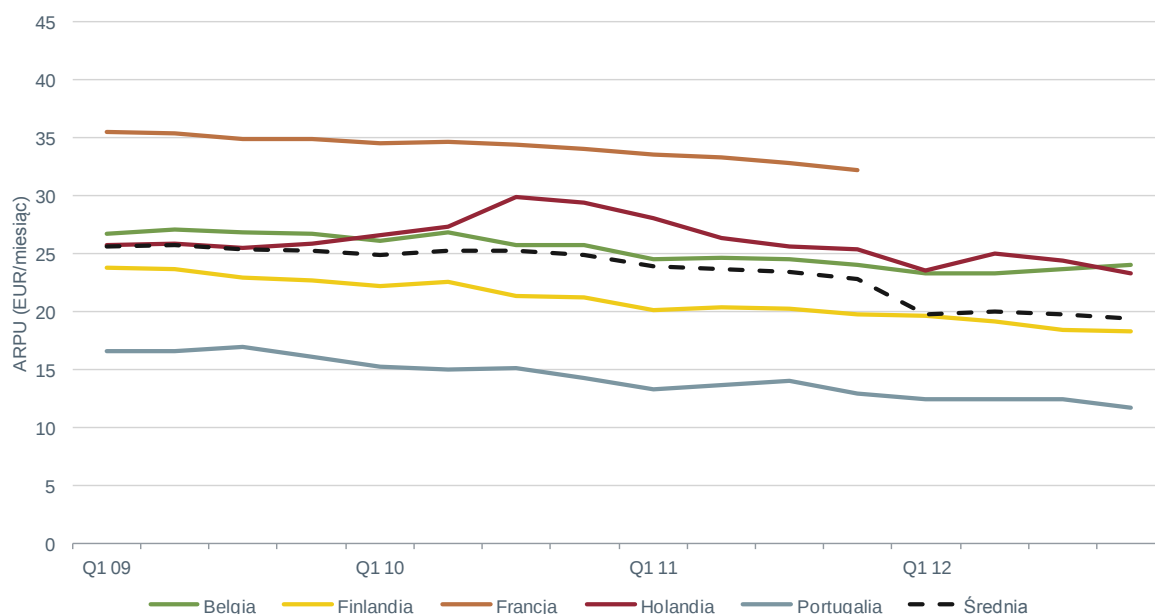
Wpływ na ceny

Wpływ istnienia na rynku czterech konkurujących ze sobą operatorów mobilnych na poziom cen został oszacowany w drodze obliczenia średniego przychodu na użytkownika (ang. „Average Revenue per User”, ARPU) dla szeregu kluczowych krajów europejskich, a następnie porównania wartości ARPU dla krajów posiadających trzech oraz czterech operatorów na rynku. Kraje brane pod uwagę to:

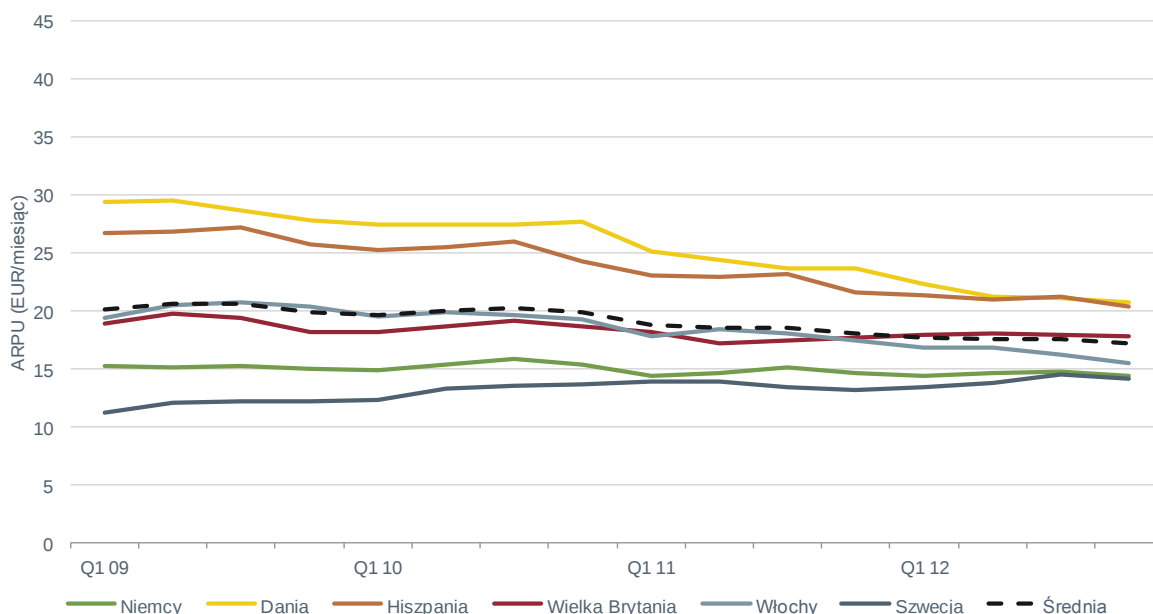
Rynki z trzema operatorami	Rynki z czterema operatorami
Belgia (BE)	Dania (DK)

Finlandia (FI)	Niemcy (DE)
Francja (do roku 2011) (FR)	Włochy (IT)
Holandia (NL)	Hiszpania (ES)
Portugalia (PT)	Szwecja (SE)
Wielka Brytania (GB)	

Wartości ARPU dla każdego kraju na przestrzeni ostatnich czterech lat, (przeliczone na EUR jeżeli zaszła taka potrzeba), przedstawiono na Rysunku 10. i Rysunku 11. poniżej, w podziale odpowiednio na rynki z trzema i rynki z czterema operatorami. Wyliczone zostały także średnie wartości ARPU dla każdego z tych grup rynków w każdym kwartale, które to informacje są przedstawione w postaci linii przerywanej na każdym z tych Rysunków.



Rysunek 10. Wartości ARPU dla rynków z trzema operatorami

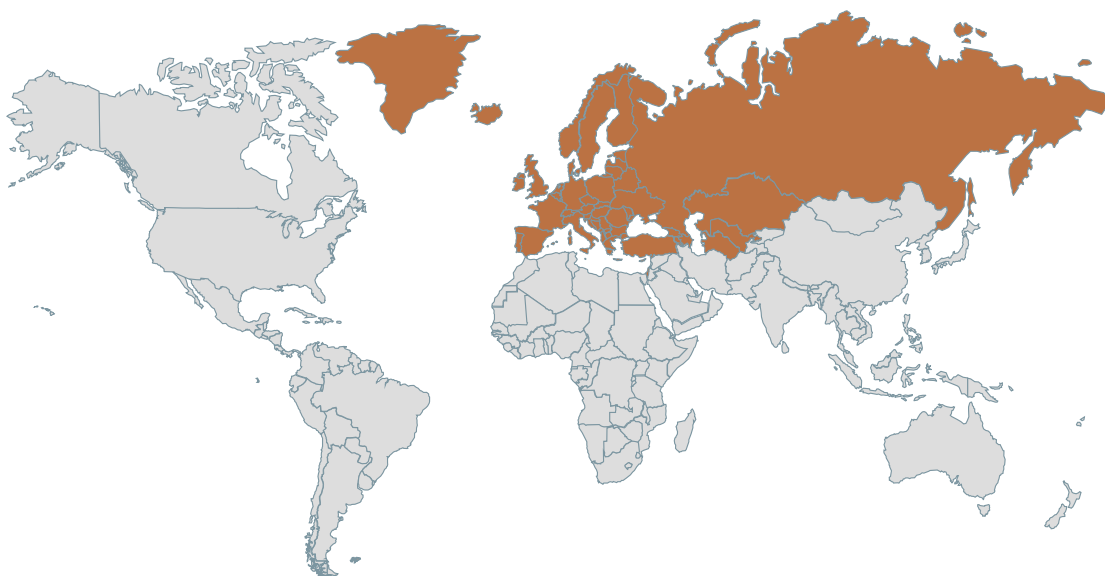


Rysunek 11. Wartości ARPU dla rynków z czterema operatorami

Następnie policzono średnie wartości ARPU dla każdego kraju w ciągu każdego roku kalendarzowego i pogrupowano je według rodzaju rynku w celu ustalenia średniej wartości ARPU dla rynków z trzema i czterema operatorami. Z tej analizy wywnioskowaliśmy, że w 2012 r. średnie wartości ARPU na rynkach z czterema operatorami były, przeciętnie, o 11,1% niższe od wartości ARPU na rynkach z trzema operatorami.

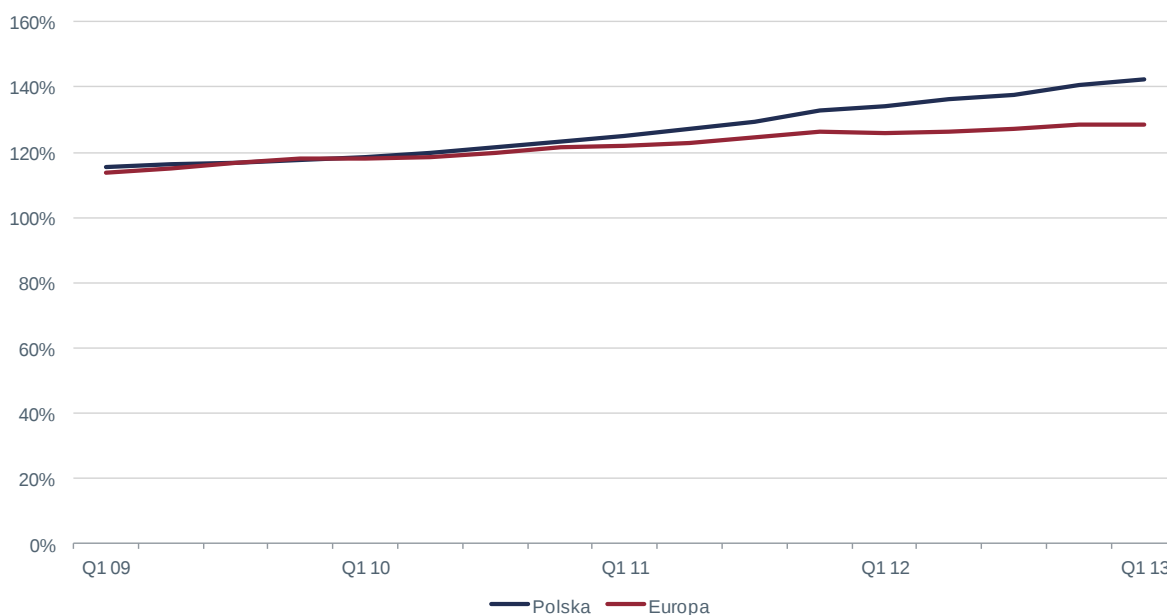
Wpływ na liczbę użytkowników mobilnych usług telekomunikacyjnych

Wpływ na liczbę użytkowników mobilnych usług telekomunikacyjnych został wyliczony poprzez porównanie wzrostu wskaźnika penetracji rynku dla Polski ze średnią europejską, a następnie poprzez rozważenie, jaką proporcjonalną wielkość tego dodatkowego wzrostu można przypisać obecności P4 na rynku. Dla potrzeb tej analizy, zgromadziliśmy dane ze wszystkich krajów w Europie, jakie można uznać za geograficznie lub politycznie powiązane z kontynentem, co pokazano na Rysunku 12. poniżej.



Rysunek 12. *Granice Europy przyjęte na potrzeby niniejszego opracowania*

Wskaźniki penetracji rynku dla Polski oraz Europy za ostatnie cztery lata zilustrowane są na Rysunku 13. poniżej.

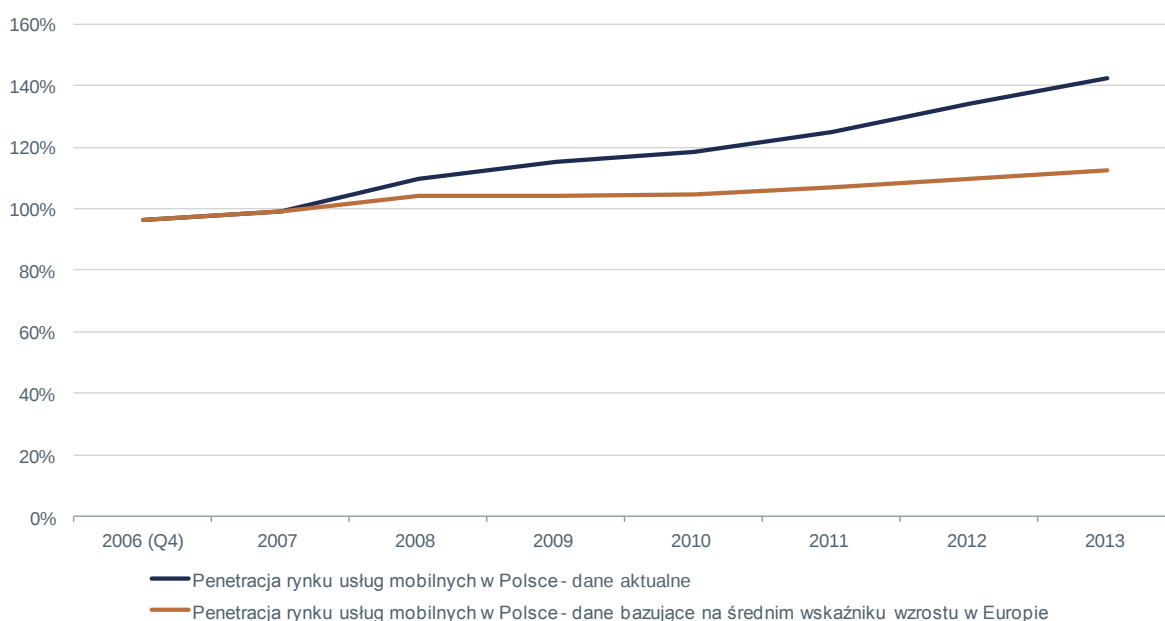


Rysunek 13. *Wskaźnik penetracji rynku usług mobilnych w Polsce i Europie*

Jak pokazano na Rysunku 13. powyżej, wzrost wskaźnika penetracji rynku usług mobilnych w Polsce jest zauważalnie większy od średniej europejskiej. W celu określenia, jaką wartość tego efektu można przypisać wejściu P4 na ten rynek, analizie poddano podstawowy przypadek, w którym oszacowano, jak rynek mógłby się rozwinąć, gdyby nie było na nim czwartego operatora. To

oszacowanie zakładało, że wskaźnik penetracji rynku usług mobilnych w Polsce rósłby w takim samym tempie jak średnia europejska przez cały objęty tym badaniem okres (przypadek dla wzrostu wskaźnika penetracji według średniej europejskiej).

Wskaźnik penetracji rynku dla tego przypadku, w porównaniu do rzeczywistego wskaźnika penetracji, przedstawiono na Rysunku 14. poniżej.



Rysunek 14. Wskaźnik penetracji rynku w Polsce (rzeczywisty i dla przypadku bazowego)

Różnica wskaźników penetracji rynku została następnie wykorzystana do wyliczenia różnicy w liczbie abonentów wynikłej z wejścia P4 na rynek.

Następnie, korzyści dla konsumentów płynące z wejścia P4 na rynek, przedstawione wcześniej jako obszar zacieniony na zielono na Rysunku 1, zostały wyliczone dla roku 2012:

- liczba abonentów dla przypadku bazowego została pomnożona przez szacunkowy spadek wartości ARPU za ten rok w wyniku wejścia czwartego konkurencyjnego operatora (na podstawie procentowej różnicy w wartościach ARPU pomiędzy rynkami z trzema i czterema operatorami w Europie i rzeczywistych poziomów ARPU w Polsce w roku 2012);
- liczba abonentów, jaką przypisuje się wejściu P4 na rynek, została pomnożona przez spadek wartości ARPU, a następnie podzielona na pół (w

celu uwzględnienia trójkątnego obszaru zacienionego po prawej stronie Rysunku 1);

- dwie powyższe wartości zostały dodane, dając łączną wartość korzyści dla konsumentów płynącej z obecności czwartego operatora.

Rozważyliśmy także utratę korzyści dla konsumentów, gdyby P4 miała przestać być skutecznym konkurentem na rynku mobilnych usług telekomunikacyjnych, co w rzeczywistości skutkowałoby powrotem rynku do jego postaci z trzema operatorami. Stworzony został model polskiego rynku mobilnych usług telekomunikacyjnych, obejmujący lata od 2013 r. do 2028 r., oraz uwzględniający następujące kluczowe założenia:

- populacja Polski nadal rośnie każdego roku o średni wskaźnik wzrostu z okresu lat 2007-2012;

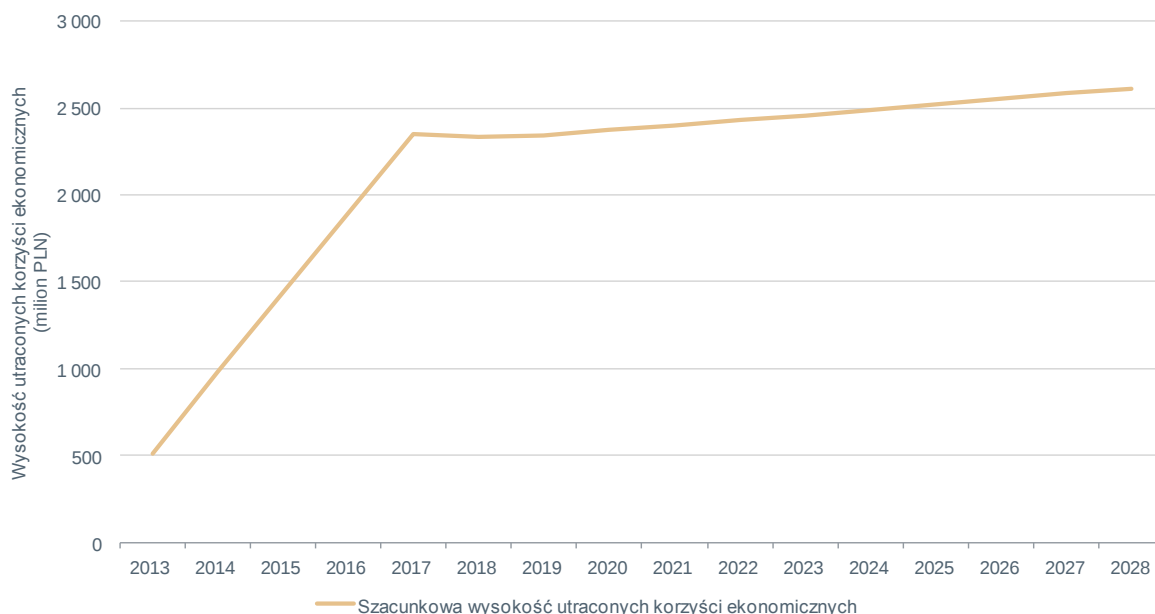
- dla uproszczenia, założyliśmy, że wskaźnik penetracji rynku w Polsce pozostaje na stałym poziomie przez kolejne 15 lat, a usunięcie czwartego operatora nie wpływa na to (tak może się nie stać i nasze szacunki można będzie uznać za szacunki potencjalnej utraty korzyści dla konsumentów na poziomie zbliżonym do dolnej granicy tej wartości);

- zakładamy, że ceny powrócą do poziomów z okresu, kiedy na rynku było tylko trzech uczestników w okresie pięciu lat, tj. wzrost cen o 11,1% jest rozłożony linearnie na okres pięciu lat licząc od roku 2013.

Wyniki obliczeń

Wartość korzyści dla konsumentów w 2012 r. płynąca z istnienia na rynku czwartego operatora została oszacowana na kwotę 2,6 miliarda zł. Stanowi to ok. 10% łącznych przychodów z usług mobilnych w Polsce za cały ten rok, lub 0,17% PKB Polski.

W zakresie potencjalnej utraty korzyści ekonomicznych wynikłej z braku dalszego współistnienia czterech silnych konkurentów na rynku usług mobilnych, nasze szacunkowe wyliczenia dla poszczególnych lat pokazano na Rysunku 15. poniżej.



Rysunek 15. Utrata korzyści ekonomicznych w kolejnych latach spowodowana brakiem dalszego istnienia czterech silnych konkurentów na rynku

Wartość netto utraconych korzyści ekonomicznych w latach od 2013 r. do 2028 r. (czyli w okresie 15 lat obowiązywania rezerwacji uzyskanych w wyniku Aukcji), jakie powstałyby, gdyby czwarty operator nie był w stanie skutecznie konkurować na polskim rynku mobilnych usług telekomunikacyjnych, została wyliczona na ok. **25 miliardów zł**, przy zastosowaniu wskaźnika inflacji w wysokości 3,5%.

5.2. Załącznik nr 2: Analiza prawna gwarancji bankowej zabezpieczającej przed rezygnacją uczestnika aukcji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości

Czysto hipotetycznie (gdyż obecnie konsultowane dokumenty aukcyjne nie zawierają tego instrumentu) można by rozważyć wprowadzenie przez Prezesa UKE do Dokumentacji Aukcyjnej **gwarancji bankowej** zabezpieczającej nieskorzystanie przez uczestnika Aukcji z prawa do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości, czy to poprzez wycofanie oferty, czy też na etapie postępowania rezerwacyjnego.

W tym miejscu P4 przypomina, że gwarancja bankowa była już rozważana na etapie konsultacji przeprowadzonego w ubiegłym roku przetargu na częstotliwości z zakresu 1800 MHz. Propozycja ta spotkała się wówczas z silną krytyką środowiska, reprezentowanego również przez P4, jako środek z wielu przyczyn bezprawny i z tego względu generujący ryzyko późniejszego unieważnienia przetargu z uwagi na rażące naruszenie prawa i interesów uczestników Aukcji.

Znakomita większość ze zgłoszonych wówczas przez P4 argumentów zachowuje ważność w wypadku zastosowania gwarancji bankowej w warunkach Aukcji. Jedyną wartą wzmianki kwestią, mogącą wpłynąć na ocenę rozważanej tu hipotetycznie gwarancji bankowej w Aukcji w porównaniu z gwarancją proponowaną w ówczesnym przetargu jest zmiana prawa dokonana na początku tego roku. Zmiana ta polega na zawarciu w **Rozporządzeniu o Aukcji przepisu § 11 ust. 1 pkt 4**, który stanowi, że dokumentacja aukcyjna może zawierać zobowiązanie do przedstawienia gwarancji bankowej określonej w tej dokumentacji. Okoliczność ta nie zmienia jednak całościowej oceny gwarancji bankowej zabezpieczającej przed rezygnacją z ubiegania się o rezerwację częstotliwości jako sprzecznej z prawem i stanowiącej potencjalny argument na rzecz unieważnienia Aukcji.

Po pierwsze, wprowadzony do Rozporządzenia przepis ma charakter blankietowy i ogólny, nie precyzując bynajmniej, co gwarancja bankowa ma konkretnie zabezpieczać i czemu służyć. Można sobie wyobrazić szereg zastosowań tego instrumentu, które realizowałyby zgodne z prawem cele Prezesa UKE w zakresie czuwania nad prawidłowym przebiegiem Aukcji. Natomiast użycie gwarancji bankowej w celu zniechęcenia uczestników

Aukcji do rezygnacji z ubiegania się o rezerwację częstotliwości, jako rażąco sprzeczne z Prawem Telekomunikacyjnym, stanowiłoby nadużycie powołanego przepisu Rozporządzenia (niższego wszak rangą od Pt) i nie znajdowałoby w tym przepisie żadnej ochrony. Gwarancja miałaby bowiem uniemożliwiać (tj. czynić ekonomicznie nieracjonalnym) uczestnikowi Aukcji zachowanie, na które ustawodawca w szeregu powołanych wyżej przepisów udzielił wyraźnego zezwolenia (tj. rezygnację z ubiegania się o rezerwację częstotliwości). Ponadto, wprowadzając do Aukcji wymóg przedstawienia takiego zabezpieczenia, opiewającego zapewne na znaczną kwotę, Prezes UKE wykroczyłby w sposób oczywisty poza swoje kompetencje. Ustawa przewiduje już stosowne zabezpieczenie na okoliczność rezygnacji przez podmiot wyłoniony z ubiegania się o rezerwację (wadium) i wyraźnie reguluje granice finansowego zabezpieczenia ofert składanych w aukcji / przetargu (między 5% a 200% opłaty rocznej za częstotliwość). Warto przy tym nadmienić, że w drodze ostatniej nowelizacji Pt górna granica kwoty wadium została dziesięciokrotnie podniesiona, tj. z poziomu 20% opłaty rocznej za częstotliwość do poziomu właśnie 200%, co samo w sobie świadczy o tym, że ustawodawca uważa wadium za jedyny instrument sankcjonujący rezygnację z ubiegania się o rezerwację częstotliwości i aktywnie czuwa nad jego odpowiednią wysokością, podnosząc ją stosownie do swego uznania. Gdyby jego celem było dalsza penalizacja finansowa dla podmiotów korzystających z tego uprawnienia, niechybnie uczyniłby to podnosząc jeszcze bardziej górną granicę wadium, zaś skoro tego zaniechał, to bezprawiem byłoby kreowanie innych dróg dla osiągnięcia tego efektu.

Po drugie, gwarancja bankowa zabezpieczająca przed rezygnacją z ubiegania się o rezerwację częstotliwości naruszałaby również Konstytucję RP, pozostając w rażącej sprzeczności z konstytucyjnymi zasadami – swobody działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP) oraz zasadą proporcjonalności (art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Zasada swobody działalności gospodarczej doznałaby uszczerbku przez to, że podmioty startujące w Aukcji byłyby silnie ograniczone w zakresie planowania optymalnej strategii nabycia kluczowego dobra służącego do wykonywania ich działalności, jakim jest widmo radiowe. Mogłoby się bowiem okazać, że podmiot będzie chciał zadeklarować w ofercie wstępnej zamiar ubiegania się o więcej rezerwacji niż faktycznie chciałby zyskać, po to aby na dalszych etapach licytacji móc ewentualnie dostosować swój popyt w miarę wzrostu cen za poszczególne bloki, a jednocześnie nie być ograniczonym niższą liczbą

punktów licytacyjnych. Ekonomicznie racjonalne mogłoby być również dla danego uczestnika przesunięcie momentu decyzji o podjęciu rezerwacji dopiero na etap postępowania rezerwacyjnego. Wymóg przedłożenia omawianej gwarancji bankowej ingeruje zatem w proces podejmowania racjonalnych decyzji strategicznych i finansowych, istotnie go wypaczając.

Natomiast naruszenie zasady proporcjonalności wiązałoby się przede wszystkim z faktem, że środek służący realizacji celu sprzecznego z prawem (tj. uniemożliwieniu uczestnikom Aukcji realizacji ich ustawowych uprawnień) nie może być proporcjonalny. Co więcej, środek ten należałoby uznać za nadmiernie uciążliwy, co oznaczałoby brak spełnienia co najmniej jednego z elementów testu proporcjonalności wypracowanego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego²⁹. Ewentualna gwarancja bankowa zmuszałaby wszystkich uczestników Aukcji do zawierania z bankami złożonych i obciążonych dużym ryzykiem prawnym i finansowym transakcji, opiewających na ogromne sumy (co najmniej odpowiadające opłacie, którą podmiot musiałby w normalnych warunkach uiścić za rezerwację). Istnieją daleko mniej uciążliwe środki zabezpieczenia uiszczenia opłaty za rezerwację, jak choćby egzekucja administracyjna (należy wspomnieć, że w zakresie ściągania opłat za rezerwację Prezes UKE dysponuje uprawnieniami organów podatkowych – art. 188 Pt in fine).

Należy w tym miejscu również podkreślić, że, w świetle przepisów Prawa Telekomunikacyjnego, **samo złożenie oferty aukcyjnej nie kreuje po stronie oferenta jakichkolwiek zobowiązań wobec Skarbu Państwa (Prezesa UKE), w tym obowiązku zapłaty kwoty zadeklarowanej**. Takie obowiązki powstają dopiero z chwilą otrzymania przez wyłonionego uczestnika aukcji decyzji administracyjnej o rezerwacji częstotliwości, wydawanej w odrębnym postępowaniu, w której to decyzji wszystkie wiążące zobowiązania muszą być precyzyjnie określone. Do tego momentu nie istnieje jakiejkolwiek roszczenie publiczno-prawne w odniesieniu do zapłaty kwoty deklarowanej w ofercie

²⁹ Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (por. dla przykładu wyrok TK z 26 kwietnia 1995 r. o sygn. K 11/94) ograniczenie konstytucyjnych wolności i praw może być tylko wtedy uznane za proporcjonalne, kiedy jest (i) **skuteczne**, tj. rzeczywiście służące osiągnięciu zamierzonego rezultatu, (ii) **konieczne**, tj. chroniące określone wartości w sposób, który nie mógłby być osiągnięty innymi sposobami oraz (iii) **proporcjonalne sensu stricto**, tj. właśnie jak najmniej uciążliwe dla podmiotu, którego prawo lub wolność podlega ograniczeniu.

aukcyjnej ani do realizacji jakiegokolwiek innego zobowiązania, którego spełnienia Prezes UKE mógłby się skutecznie domagać.

Warto również wspomnieć o tym, że w procedurach selekcyjnych na dobro rzadkie, jakim są częstotliwości, z natury rzeczy, występuje więcej oferentów niż liczba dostępnych rezerwacji. Zwykle również liczba oferentów, którzy zostali zakwalifikowani do II etapu procedury i osiągnęli minimum kwalifikacyjne, przewyższa liczbę rezerwacji. Tym samym, rezygnacja podmiotu wyłonionego z ubiegania się o rezerwację powoduje zwykle przyznanie rezerwacji kolejnemu oferentowi na liście wynikowej procedury selekcyjnej. W tych okolicznościach, dysponując gwarancją bankową, **Prezes UKE otrzymywałby za tę samą rezerwację najwyższą kwotę zadeklarowaną przez podmiot pierwotnie wyłoniony (od banku-gwaranta) oraz kwotę zadeklarowaną przez podmiot wtórnie wyłoniony, który rezerwację otrzymał.** Nie znajduje to jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia ani w obowiązujących przepisach prawa, ani w zasadach sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji) i stanowiłoby przekroczenie granic proporcjonalności warunków procedury selekcyjnej.

Po trzecie wreszcie, już nie tylko ewentualna gwarancja bankowa zabezpieczająca przed rezygnacją z ubiegania się o rezerwację, ale sam przepis Rozporządzenia uprawniający Prezesa UKE do skorzystania z tego instrumentu wywołuje daleko idące wątpliwości co do jego zgodności z Konstytucją, zarówno w aspekcie materialnoprawnym, jak i kompetencyjno – proceduralnym, i z uwagi na powyższe nie mógłby być uważany przez Prezesa UKE za stabilną podstawę prawną do działania.

Potencjalna materialnoprawna niezgodność z Konstytucją przepisu Rozporządzenia dotyczącego gwarancji bankowej wynika z jego blankietowego charakteru. **Pozostawiając Prezesowi UKE całkowitą swobodę (dowolność) w określeniu obowiązków uczestników procedur selekcyjnych w zakresie gwarancji bankowej, przepisy Rozporządzenia o Aukcji naruszają naczelne zasady obowiązujące w państwie prawa (art. 2 Konstytucji), w tym przede wszystkim zasadę działania organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji).**

Z kolei naruszenie norm kompetencyjno – proceduralnych Konstytucji wiąże się z podejrzeniem, że **przepis Rozporządzenia dotyczący gwarancji**

bankowej (§ 11 ust. 1 pkt 4)) został wydany z naruszeniem (przekroczeniem) delegacji ustawowej, zamieszczonej w art. 120 Pt. Zawarcie w w/w przepisie *de facto* blankietowego upoważnienia Prezesa UKE do całkowicie dowolnego określenia obowiązków uczestników procedury selekcyjnej w zakresie przedłożenia gwarancji bankowej pozostaje bowiem w jawnej sprzeczności z wytycznymi ustanowionymi dla Ministra Administracji i Cyfryzacji w art. 120 Pt, nakazującymi zapewnienie obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących warunków procedur selekcyjnych.

Co więcej, w naszej ocenie MAiC nie był upoważniony do zamieszczenia w Rozporządzeniu przepisów o gwarancji bankowej. Można teoretycznie argumentować, że „zobowiązanie do przedstawienia gwarancji bankowej określonej w dokumentacji” (§ 11 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia o Aukcji) mieści się zasadniczo w ogólnym pojęciu „warunków i trybu przeprowadzania aukcji”, o których mowa w upoważnieniu ustawowym (art. 120 pkt 2) Pt). Byłby to jednak argument łatwy do podważenia w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym Rozporządzenie może regulować tylko kwestie wyraźnie przewidziane w delegacji ustawowej³⁰. Przyjąć należy, że jeśli ustawodawca nie wskazał określonego zagadnienia *explicite* w treści delegacji ustawowej jako podlegającego regulacji w drodze rozporządzenia, to zagadnienie to w rozporządzeniu ujęte być nie może. W Pt brak jest wzmianki o możliwości wprowadzenia do mechanizmu procedury selekcyjnej takich instrumentów jak gwarancja bankowa, podczas gdy np. podobny co do funkcji i charakteru środek, jakim jest wadium, doczekał się dość

³⁰ „Zakres przedmiotowy rozporządzenia nie może być rozszerzany w drodze wykładni funkcjonalnej. Brak stanowiska ustawodawcy musi być interpretowany jako nieudzielenie kompetencji normodawczej” (wyroki TK z: 8 października 2002 r., K 36/00, 14 października 2002 r., U 4/01, 11 lutego 2003 r., P 12/02, 10 grudnia 2003 r., K 49/01, 12 maja 2004 r., U 1/04, 29 czerwca 2004 r., U 1/03, 26 lipca 2004 r., U 16/02); „Rozporządzenie swoją regulacją ma wykonywać ustawę, a zatem konkretyzować jej przepisy a nie uzupełniać ją w sposób samoistny, regulując kwestie pominięte przez ustawodawcę” (postanowienie z 30 sierpnia 1988 r., Uw 6/88 i wyroki z: 29 czerwca 2004 r., U 1/03, 26 lipca 2004 r., U 16/02, 31 marca 2009 r., K 28/08 i 16 listopada 2009 r., U 1/09). „Rozporządzenie nie może jednak uzupełniać ustawy, rozbudowywać przesłanek zrealizowania jakiejś normy prawnej określonej w ustawie lub takich elementów procedury, które nie odpowiadają jej ustawowym założeniom. Modyfikacja czy uzupełnianie ustawy w drodze rozporządzenia nie mogą być usprawiedliwiane tym, że w przepisie upoważniającym zawarte zostało sformułowanie „określa szczegółowe zasady i tryb postępowania” (wyrok TK z 22 lutego 2010 r. P 16/09).

szczegółowego unormowania ustawowego. W tej sytuacji nie sposób domniemywać, że Rozporządzenie mające określić „warunki i tryb” przeprowadzania aukcji winno regulować również kwestie gwarancji bankowej. Co więcej, lakoniczne zezwolenie na określenie w dokumentacji aukcyjnej zobowiązania do przedłożenia gwarancji bankowej, o której to gwarancji ustawa nawet nie wspomina, nie spełnia standardu poprawnej legislacji w żadnym wymiarze.

Przekroczenie upoważnienia ustawowego określonego w art. 120 Pł oznacza jednocześnie naruszenie szeregu innych przepisów, tj.:

- (i) **art. 92 ust. 1 Konstytucji**, poprzez naruszenie zasady stanowiącej, że rozporządzenia winny być wydawane na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania;
- (ii) **art. 31 ust. 3 *ab initio* Konstytucji**, poprzez naruszenie zasady ustanawiania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności w drodze ustawy,
- (iii) **art. 84 Konstytucji**, poprzez naruszenie zasady, że ciężary i świadczenia publiczne winny być określone w przepisach rangi ustawowej. Gwarancję bankową w tym przypadku można bowiem uznać za ciężar publiczny (tj. obciążenie nakładane dla realizacji celów (zadań) publicznych;
- (iv) a także – z uwagi na ogólnikowość i blankietowy charakter omawianych przepisów – reguły przyzwoitej legislacji wynikającej z **art. 2 Konstytucji**.