



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dn. 20.04.2018 r.
KIGEiT/710/04/2018

Sz. P. Marek Zagórski
Minister
Ministerstwo Cyfryzacji
ul. Królewska 27
00-060 Warszawa

Dot. konsultacji społecznych projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz ustawy o radiofonii i telewizji (projekt z dn. 19.03.2018 r.)

w nawiązaniu do pisma z dn. 21 marca br. o konsultacjach społecznych projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz ustawy o radiofonii i telewizji (UC 113). (dalej „Projekt”), Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „Izba” lub „KIGEiT”) przedstawia swoje uwagi odnośnie Projektu z prośbą o ich uwzględnienie w dalszych pracach legislacyjnych.

I. Uwagi ogólne

- (1) Członkowie Izby z satysfakcją witają nowelizację przepisów, która próbuje adresować istotne aspekty prowadzenia gospodarki częstotliwościowej przez Prezesa UKE, zmierzając do wprowadzenia większej przejrzystości procesów administracyjnych w tym zakresie oraz usunięcia podnoszonych wcześniej przez przedsiębiorców wad procesów selekcyjnych.
- (2) Równocześnie jednak obawy członków Izby wzbudza brak precyzji projektowanych przepisów, pozostawiający daleko idącą arbitralną uznaniowość Prezesa UKE i co za tym idzie nieprzewidywalność przyszłych rozstrzygnięć. Oparcie wielu projektowanych przepisów o element uznaniowości Prezesa UKE jest w sprzeczności z konstytucyjnymi zasadami praworządności, ochrony praw nabytych, zasadą wolności gospodarczej oraz zasadą wolności prasy i innych środków przekazu. Dlatego w projekcie stanowiska przedstawiamy szereg propozycji doprecyzowania proponowanych zmian przepisów, tak aby usunąć nadmierną uznaniowość oraz niejasność norm prawnych wynikających z modyfikowanych przepisów ustawy Prawo Telekomunikacyjne.
- (3) Zwracamy także uwagę, że niezaadresowane pozostają również wątpliwości, podnoszone przez Najwyższą Izbę Kontroli w Informacji o wynikach kontroli „GOSPODAROWANIE CZĘSTOTLIWOŚCIAMI PRZEZNACZONYMI DLA TELEKOMUNIKACJI, RADIOFONII I TELEWIZJI” z X.2017 r., w szczególności w obszarze planowania strategicznego, przygotowywania i konsultowania planów zagospodarowania częstotliwości oraz uzasadniania decyzji podejmowanych w wyniku konsultacji.

- (4) Izba nie widzi również uzasadnienia we wprowadzaniu rozwiązań prawnych automatycznych, niezależnych od okoliczności sprawy, jak choćby nadanie decyzji rezerwacyjnej rygoru natychmiastowej wykonalności z mocy ustawy. Stany faktyczne będą się różnić i celowe wydaje się, pozostawienie obecnej sytuacji kiedy rygor taki można nadać, wymaga to jednak od Prezesa UKE analizy konkretnego stanu faktycznego i uzasadnienia takiej decyzji.

II. Uwagi szczegółowe dotyczące brakujących zmian w treści Projektu

- (5) Przed szczegółowym odniesieniem się do proponowanych zmian w ustawie Prawo telekomunikacyjne (dalej również „Pt”) oraz w ustawie o radiofonii i telewizji (dalej również „urtv”), Izba zwraca uwagę, że w Projekcie nie zostało uwzględnionych szereg istotnych kwestii, które wynikają z dotychczasowych problemów i wątpliwości związanych ze stosowaniem przepisów Rozdział 1działu czwartego Pt, „Gospodarowanie częstotliwościami”.

[uwagi dotyczące niezbędnych zmian w zakresie regulacji procedury aukcyjnej]

- (6) Po pierwsze wskazujemy, że w ramach proponowanych rozwiązań o charakterze penalnym jak np. utrata wadium, utrata depozytu, zakaz uczestnictwa w procedurach selekcyjnych i zakaz uzyskania rezerwacji przez 6 lat (do których zostaną przedstawione odrębne uwagi w części III) niezbędne jest uzupełnienie proponowanych przepisów o uzasadnione wyjątki, w których podmiot wyłoniony, który zrezygnował z rezerwacji częstotliwości nie będzie podlegał wskazanym powyżej sankcjom. Wyjątkiem takim powinien być objęty podmiot „wtórnie” wyłoniony w aukcji, który w związku z założonym budżetem dokonał zamierzonego ograniczenia popytu, a następnie został jednak „wtórnie” wyłoniony na celowo „upasywnionej” uprzednio ofercie. Podkreślamy, że w toku procedury selekcyjnej jaką jest aukcja, operatorzy stosują daleko zaawansowane strategie oparte na wnikliwej analizie warunków aukcji, potrzebach (popycie) operatora i jego możliwościach budżetowych, czego skutkiem jest często w warunkach danej aukcji, na pewnym etapie licytacji, racjonalnym działaniem uczestnika (w celu maksymalizacji szans na zwycięstwo i osiągnięcia zamierzonych celów biznesowych) jest zminimalizowanie popytu poprzez upasywnienie ofert na bloki, których pozyskanie nie jest dla niego biznesową koniecznością i koncentracja posiadanego budżetu na minimalnej, zadowalającej licznie ofert (bloków), czego skutkiem jest składanie ofert na najtańsze w danej rundzie bloki. Może się jednak zdarzyć, że pomimo skutecznego przyjęcia takiej strategii, operator zostanie wtórnie wyłoniony jako zwycięzca pasma z którego w toku aukcji strategicznie zrezygnował (uzyskując inne zasoby, optymalne z punktu widzenia jego strategii oraz posiadanego budżetu). Uruchomienie w takiej sytuacji sankcji wobec takiego podmiotu jest nieuzasadnione, nieproporcjonalne i w zasadzie niweczy sens postępowań aukcyjnych, w szczególności cel związany z określeniem rynkowej wartości pasma dla którego prowadzone jest postępowanie selekcyjne.
- (7) Po drugie, proponujemy wprowadzenie kolejnego wyjątku od stosowania rozwiązań o charakterze penalnym tj. wprowadzenie możliwości bezkarnego zrezygnowania z rezerwacji częstotliwości, o ile uczestnik nie zdobędzie pożądanej kombinacji częstotliwości. W tym zakresie wskazujemy, że w przypadku niektórych technologii jak np. technologia 4G istotne znaczenie mają ciągle zakresy częstotliwości, a w konsekwencji dany podmiot może być zainteresowany udziałem w procedurze selekcyjnej jedynie dla wygrania określonego, ściśle zdefiniowanego pasma, pasującego do jego pozostałych

zasobów oraz do jego potrzeb biznesowych. Może się jednak zdarzyć (i najczęściej będzie miało to miejsce), że wraz z tymi optymalnymi zasobami, prowadzone jest postępowanie selekcyjne na inne zasoby, a jednocześnie, operator nie może licytować konkretnego bloku częstotliwości, ale określenie tego bloku należy np. do Prezesa UKE (dokładnie taka sytuacja miała miejsce przy aukcji pasma 800/2600 MHz). W tej sytuacji, jeżeli operator nie pozyska określonej (i wcześniej zadeklarowanej kombinacji częstotliwości) powinien mieć on możliwość rezygnacji z pasma bez ponoszenia negatywnych konsekwencji.

- (8) Zważywszy na to jakie mogą być konsekwencje chociażby przypadkowych, omyłkowych, czy niezależnych od operatora uchybień przy wpłacie depozytu, postulujemy, aby w Projekcie, względnie w przepisach wykonawczych do ustawy (przy czym kwestia ta powinna być przesadzona w delegacji) wprowadzić postanowienia umożliwiające sanowanie niezamierzonych i niezawinionych przez operatora uchybień przy wpłacie depozytu w ramach aukcji. W tym zakresie wskazujemy, że wprowadzając proponowane przepisy w celu rozwiązania określonych problemów zdefiniowanych przez projektodawcę (przede wszystkim związanych z zabezpieczeniem postępowania selekcyjnego przed nierzetelnym zachowaniem uczestników oraz zapobieganiu składaniu tzw. pozornych ofert – por. uzasadnienie Projektu) to skutkiem powyższych zmian może być objęcie sankcjami (bez możliwości ich usunięcia) podmiotu, który rzetelnie bierze udział w postępowaniu aukcyjnym w celu wygrania określonych zasobów, ale na skutek przypadkowych, omyłkowych, czy niezależnych od operatora uchybień nie dokonuje wpłaty wymaganego depozytu. Skutki takiego błędu są bardzo daleko idące, a jednocześnie brak jest jakichkolwiek przesłanek egzoneracyjnych pozwalających uchylić się od powyższych skutków. Co istotne, negatywne skutki dotkną nie tylko tego operatora, ale również jego klientów. Polska jest krajem o bardzo wysokiej i stale rosnącej konsumpcji danych, co w połączeniu z restrykcyjnymi normami PEM prowadzi do sytuacji, że wszelkie wolne zasoby pasma są niezwykle atrakcyjne dla operatorów. Operator, który utraci możliwość powiększenia swoich zasobów może w konsekwencji utracić istotną liczbę swoich klientów na skutek pogorszenia jakości usług związanych ze wzrostem ruchu w sieci, którego nie może obsłużyć w oparciu o posiadane zasoby przy jednoczesnej utracie możliwości składania kolejnych ofert, nieważności złożonych ofert i utracie uprzednio wniesionego depozytu.
- (9) Kolejnym istotnym brakiem projektowanych przepisów jest brak wyraźnego zakazu rozdysponowania pasma z pominięciem obligatoryjnej procedury selekcyjnej w każdym przypadku w którym istniejące wolne zasoby są mniejsze, aniżeli popyt na te zasoby ze strony uczestników rynku. Teoretycznie, w aktualnym stanie prawnym zakaz taki jest możliwy do wyprowadzenia z brzmienia art. 116 ust. 1 w związku z ust. 4 Pt. Doświadczenie pokazuje jednak, że przepis ten nie stanowił dostatecznej ochrony w przeszłości. W konsekwencji, postulujemy wprowadzenie wyraźnego zakazu w tym zakresie wraz ze wskazaniem, że wydanie rezerwacji częstotliwości wbrew powyższemu zakazowi stanowi rażące naruszenie prawa.
- (10) Wskazujemy również, że Pt nie do końca prawidłowo implementuje Dyrektywę o zezwoleniach oraz Dyrektywę ramową w zakresie przekazania praw do częstotliwości. Kwestia przekazania praw do częstotliwości w Pt jest uregulowana bardzo liberalnie, istotnie ograniczając kompetencje Prezesa UKE w tym zakresie. Tymczasem, zgodnie z art. 5 ust. 6 Dyrektywy o zezwoleniach, właściwe organy krajowe zapewniają skuteczne i efektywne użytkowanie częstotliwości radiowych zgodnie z art. 8 ust. 2 i art. 9 ust. 2 dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywa ramowa). Zapewniają one, aby w wyniku przekazania lub gromadzenia praw użytkowania częstotliwości radiowych nie występowało zakłócenie konkurencji. Państwa członkowskie mogą w tym celu podjąć odpowiednie środki, takie jak nałożenie obowiązku sprzedaży lub dzierżawy praw użytkowania częstotliwości

radiowych. Z kolei załącznik do Dyrektywy o zezwoleniach jasno wskazuje, że jednym z elementów rezerwacji częstotliwości może być kwestia przekazania praw na wniosek uprawnionego, a warunki takiego przekazania powinny być zgodne z postanowieniami dyrektywy 2002/21/WE (dyrektywy ramowej). W ocenie Izby, brak implementacji powyższych reguł do polskiego porządku prawnego niesie za sobą nadmierne ryzyko swobodnego dysponowania tymi zasobami. Istniejąca obecnie regulacja art. 122 ust. 5 Pt, która przewiduje, że zmiany podmiotu dysponującego rezerwacją częstotliwości dokonana w drodze przetargu, aukcji albo konkursu Prezes UKE dokonuje po zasięgnięciu opinii Prezesa UOKiK w sprawie zachowania warunków konkurencji, jest niewystarczająca. W konsekwencji proponujemy, aby wprowadzić do Pt możliwość określenia w rezerwacji częstotliwości uzyskiwanych w procedurze selekcyjnej warunków przekazywania częstotliwości na rzecz innych podmiotów, w tym możliwość wprowadzenia zakazu ich przekazania lub wdzierżawienia bez zgody Prezesa UKE.

- (11) Kolejnym istotnym brakiem nowelizacji jest brak możliwości unieważnienia przez Prezesa UKE trwającej procedury selekcyjnej. Wydaje się, że w przypadku stwierdzenia przez Prezesa UKE w toku trwania procedury selekcyjnej istotnych wad lub błędów takiej procedury, Prezes UKE powinien być wprost uprawniony do przerwania procedury i unieważnienia postępowania, które powinno jednak zawierać dodatkowe ograniczenie, że Prezes UKE niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 miesięcy uruchomi nową, poprawioną procedurę selekcyjną.

III. Uwagi szczegółowe do treści Projektu

- (12) Poniżej chcemy przedstawić uwagi do konkretnych rozwiązań przewidzianych w Projekcie.

[zmiany w art. 112 Prawa telekomunikacyjnego]

1. Zmiana procedur współpracy Prezesa UKE z innymi organami i zmiany porządkowe

- (13) Projekt ustawy zawiera szereg postanowień, które jak się wydaje mają na celu usprawnienie zasad współpracy Prezesa UKE z innymi organami (UOKiK, Przewodniczący KRRiT) w procesie planowania gospodarki częstotliwościami i zarządzania nimi. Temu służą przepisy dot. zmiany procesu przygotowania planów zagospodarowania częstotliwości (art. 112), w tym likwidacja obowiązku informowania Prezesa UOKiK o przystąpieniu do opracowania planu, czy zmiany w zakresie uzgadniania dokonania, zmiany lub cofnięcia rezerwacji na cele rozpowszechniania programów radiofonicznych w sposób analogowy. Postulujemy, aby wprowadzając zmiany dot. planów zagospodarowania częstotliwości uwzględnić uwagi Najwyższej Izby Kontroli, zawarte w „Informacji o wynikach kontroli „GOSPODAROWANIE CZĘSTOTLIWOŚCIAMI PRZEZNACZONYMI DLA TELEKOMUNIKACJI, RADIOFONII I TELEWIZJI” z X.2017.”, a w szczególności w art. 112 **wprowadzić obowiązek Prezesa UKE do konsultowania projektów planów wraz z uzasadnieniem, oraz obowiązek uzasadnienia rozstrzygnięć dokonanych w wyniku konsultacji**, w tym także obowiązek odniesienia się przez Prezesa UKE do uwag zgłaszanych w konsultacjach ze wskazaniem, czy uwaga została uwzględniona, a jeżeli nie to z uzasadnieniem dlaczego Prezes UKE uznał daną uwagę za niezasadną.

- (14) Powyższe zmiany pozwolą „uszczelnić” proces decyzyjny, a także nie pozwolą na arbitralne i nieuzasadnione odrzucanie uwag zgłoszonych w toku postępowania konsultacyjnego.

[zmiany w art. 114, 115 i 116 Prawa telekomunikacyjnego]

2. Ograniczenie możliwości zmiany rezerwacji częstotliwości (art. 114)

- (15) Zgodnie z dodanymi nowymi ust. 2b i 2c rezerwacja częstotliwości nie będzie mogła być zmieniona w sposób polegający na:
- a) Zwiększeniu zasobów częstotliwości posiadanych przez podmiot,
 - b) Rozszerzeniu obszaru rezerwacji (ograniczenie to nie dotyczy radiofonii analogowej)
- (16) Obie przesłanki rodzą poważne wątpliwości interpretacyjne. W odniesieniu do zwiększenia zasobów, nie jest jasne jak tego rodzaju zapis wpłynie na efektywność wykorzystywania zasobów granicznych, w szczególności w starych rezerwacjach, w których stosowano pasma ochronne. Ponadto, nie jest jasne jak rozumieć przesłankę „zwiększenie zasobów częstotliwości posiadanych przez podmiot” przy zmianie decyzji rezerwacyjnej. Warto nadmienić, że uchylany nowelizacją art. 116a Pt posługuje się przesłanką „rozszerzenia zakresu częstotliwości objętych rezerwacją”. Czy w obu przypadkach możemy mówić o identycznym rozumieniu poszczególnych terminów, czy też są to terminy różne (skoro ustawodawca zmienił dotychczasowe wyrażenie to wydaje się, że za taką zmianą stoi intencja zmiany jego znaczenia) i na czym polega różnica. Co istotne, proponowana w nowym art. 114¹ przesłanka dookreślająca, której zmiany nie można uznać za nieistotną posługuje się terminem „rozszerzenia zakresu uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości”. Pojęcie to również jest niejasne, chociaż można domniemywać, że rozszerzeniem uprawnień nie może być ani zwiększenie zasobów częstotliwości posiadanych przez podmiot, ani rozszerzenie obszaru rezerwacji. W związku z tym powstaje jednak wątpliwość jak w kontekście art. 114 ust. 2b rozumieć nowy art. 114¹ ust. 3 Pt.
- (17) Również pojęcie obszaru rezerwacji rodzi istotne wątpliwości interpretacyjne dla rezerwacji innych niż ogólnopolskie. Zmiana przepisu dot. rezerwacji w tym zakresie wywoła również niekorzystne skutki w odniesieniu do częstotliwości wykorzystywanych na podstawie pozwoleń radiowych, w szczególności w odniesieniu do potencjalnej zmiany warunków wykorzystywania częstotliwości i parametrów pracy stacji radiowej.
- (18) Ponadto, wprowadzane przepisy nie przewidują rozwiązania dla sytuacji w której podmiot, który uzyska rezerwację, nie może jej wykorzystywać w szczególności w wyniku błędów w planowaniu czy niewydolności regulatora. Sytuacja taka występuje obecnie od wielu lat w paśmie eGSM w 900 MHz, gdzie na dużym obszarze kraju dwóch operatorów ma istotne ograniczenia w korzystaniu z rezerwacji w wyniku zakłóceń generowanych przez stacje z Ukrainy.

3. Usankcjonowanie możliwości organizacji przetargu i aukcji oraz udzielenia rezerwacji dla zasobów niedostępnych w chwili wydawania decyzji (art. 114 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 115 ust. 1a i art. 116 ust. 12)

- (19) Niepokój członków Izby wzbudzają projektowane zapisy odnoszące się do zasady **prowadzenia postępowań dotyczących rezerwacji częstotliwości na częstotliwości uprzednio zarezerwowane**. Wprowadzenie projektowanej zmiany może doprowadzić do sytuacji, w której Prezes UKE, w wyniku arbitralnej uznaniowej decyzji będzie z własnej

inicjatywy ogłaszał przetarg, aukcję lub konkurs na rezerwację częstotliwości, które były uprzednio zarezerwowane. W wyniku takiej decyzji podmioty, które aktualnie posiadają rezerwację określonych częstotliwości będą mogły zostać pozbawione prawa do tej częstotliwości. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż Prezes UKE ogłaszając przetarg, aukcję lub konkurs nie jest związany żadnymi dodatkowymi przesłankami ich ogłoszenia, nie ma też – jak dotąd – obowiązku kierowania się względem na faktycznie występujące na rynku zainteresowanie zasobami częstotliwości przekraczające dostępne zasoby częstotliwości. W przeciwieństwie do decyzji o cofnięciu lub zmianie rezerwacji, o której mowa w art. 123 PT decyzja o ogłoszeniu przetargu, aukcji lub konkursu nie wymaga przy tym żadnego uzasadnienia, a ustawa nie przewiduje odpowiednich mechanizmów weryfikacji tego działania przez podmioty, którym przysługuje rezerwacja na częstotliwości objęte ogłoszeniem – pomimo że wszczęcie postępowania przetargowego może odnieść skutki identyczne, co cofnięcie lub zmiana rezerwacji. W takiej sytuacji instytucja rezerwacji określonych częstotliwości może utracić swoje funkcjonalne znaczenie.

(20) Praktyka taka może realnie doprowadzić do rozdysponowania częstotliwości 700 MHz bez zwalniania jej przez telewizję, a następnie odmowy udzielenia rezerwacji na kolejny okres. Z uwagi na niekorzystne dla Polski porozumienia robocze podpisane przez przedstawicieli Prezesa UKE z administracjami Rosji, Ukrainy i Białorusi będzie to w praktyce oznaczało z jednej strony brak możliwości kontynuowania działalności telewizyjnej w tym zakresie i duże koszty zmiany systemów nadawania, a z drugiej nie doprowadzi do korzyści wynikających z rozwijania usług szerokopasmowej transmisji danych (ograniczenia wynikające z ww. porozumień i braku korzystnych dla Polski uzgodnień z Rosją, Ukrainą i Białorusią). **Tym samym, proponowane rozwiązanie jest niekorzystne zarówno dla nadawców telewizyjnych, jak i całego rynku telekomunikacyjnego w Polsce oraz sprzeczne z interesami narodowymi. Ponadto mechanizm taki należy uznać za wątpliwy z punktu widzenia wywodzonej z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) zasady państwa prawnego, zasady ochrony praw nabytych i interesów w toku oraz zasady pewności prawa, które nakazują odpowiednie zabezpieczenie interesów będących „w toku” oraz zapewnienie właściwej ochrony uprawnień nabytych. Jednocześnie projektowane przepisy zagrażają zasadzie wolności prasy i innych środków przekazu, oraz zagrażają pluralizmowi mediów, jako że mogą realnie pozbawić nadawców możliwości emitowania treści.**

(21) W konsekwencji postulujemy, aby nie dokonywać zmian w art. 114 ust. 3 pkt 1 oraz art. 116 ust. 12 Pt. Ponadto w art. 115a ust. 1a oraz w art. 116 ust. 12 proponujemy wyraźnie doprecyzować, że Prezes UKE może rozpocząć procedurę selekcyjną na zajęte częstotliwości, nie wcześniej niż po upływie terminu, o którym mowa w art. 116 ust. 10 w związku z art. 116 ust. 8 Pt, na złożenie przez podmiot dysponujący rezerwacją wniosku o jej ‘przedłużenie’, o ile w toku korzystania z rezerwacji nie naruszył on warunków jej wykorzystywania. W tym zakresie podkreślamy, że chociaż nowelizacja przewiduje szersze możliwości odmowy przedłużenia rezerwacji na kolejny okres to działania selekcyjne w stosunku do takiego pasma nie powinny być podejmowane przed wydaniem decyzji odmawiającej przedłużenia częstotliwości, chyba, że operator nie złożył wniosku w terminie i zgodnie z nowelizacją Prezes UKE może wniosek złożony po terminie pozostawić bez rozpoznania.

[nowy art. 114¹ Prawa telekomunikacyjnego]

4. Wprowadzenie publicznego postępowania konsultacyjnego w przypadku każdej zmiany rezerwacji częstotliwości (nowy art. 114¹)

- (22) W zakresie proponowanego nowego art. 114¹ wskazujemy, że niezbędny jest szereg zmian. Przede wszystkim Prezes UKE nie powinien ograniczać się do informacji o planowanych zmianach, ale również informować o postępowaniach dotyczących cofnięcia rezerwacji (w chwili obecnej literalna wykładania przepisu ogranicza obowiązek Prezesa UKE wyłączenie do postępowań dotyczących zmiany rezerwacji częstotliwości). Wydaje się jednak, że wymogi transparentności nakazują, aby Prezes UKE informował również o innych postępowaniach, w tym o postępowaniach dot. cofnięcia uprawnień.
- (23) Dodany art. 114¹ ust. 1 przewiduje, że konsultacje mają trwać nie krócej niż 30 dni. W praktyce przepis ten będzie umożliwiał dowolnemu podmiotowi na zajmowanie stanowiska w sprawie każdej zmiany decyzji rezerwacyjnej innego podmiotu, bez konieczności wykazania interesu prawnego. Wyniki konsultacji nie są wiążące dla Prezesa UKE. Z jednej strony przepis zwiększy transparentność podejmowanych decyzji, z drugiej jednak stanowi nieuzasadnione ujawnienie mogących stanowić tajemnice przedsiębiorcy planów biznesowych.
- (24) Wskazujemy również, że przepis zawarty w ust. 2 przewiduje dwa nieostre i mocno uznaniowe wyjątki, które wzbudzają duży niepokój członków Izby:
1. gdy zmiana ma charakter nieistotny i jest dokonywana na wniosek lub za zgodą dysponenta rezerwacji, przy czym zmianą taką nie będzie zmiana która prowadzi do rozszerzenia zakresu uprawnień wynikających z rezerwacji częstotliwości,
 2. w wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania ze względu na wystąpienie okoliczności prowadzących do zagrożenia obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego.
- (25) Zgodnie z projektowanym art. 114¹ ust. 2 pkt 2 Pt Prezes UKE nie będzie musiał informować na stronie podmiotowej BIP UKE o wszczęciu postępowania w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości, ani zapewniać zainteresowanym podmiotom możliwości wypowiedzenia się co do tej zmiany w określonym terminie w „wyjątkowych przypadkach, wymagających pilnego działania” ze względu na występowanie okoliczności określonych w art. 123 ust. 1 pkt 3, czyli okoliczności prowadzących do zagrożenia obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego. Projektowany art. 114¹ ust. 2 pkt 2 Pt odsyła więc do jednej z obowiązujących obecnie przesłanek decyzji o zmianie lub cofnięciu rezerwacji. W razie jej wystąpienia Prezes UKE może wszcząć postępowanie w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości, nie informując o tym zainteresowanych podmiotów. Uznaniu Prezesa UKE pozostawiono przy tym czy w danym przypadku mamy do czynienia z sytuacją o charakterze „wyjątkowym” i „wymagającym pilnego działania”.
- (26) Uzależnienie tak ważnego procesu, jakim jest zmiana rezerwacji częstotliwości od dyskrecyjnej, uznaniowej oceny Prezesa UKE stawia pod dużym znakiem zapytania zgodność takiego podejścia z obowiązującym w Polsce prawem. Pragniemy podkreślić, iż konstytucyjna zasada określoności prawa wymaga, aby wszelkie przepisy prawne były „formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny” (wyrok TK z dnia 21 marca 2001 r., sygn. akt K 24/00). Ponadto „ustawodawca nie może poprzez niejasne formułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki” (wyrok TK z dnia 22 maja 2002 r., sygn. akt K 6/02). Jednocześnie „przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny np. ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3 zdanie 1 Konstytucji), jak z

wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego” (wyrok TK z dnia 22 maja 2002 r., sygn. akt K 6/02). W efekcie skorzystania przez Prezesa UKE z przedmiotowej przesłanki podmiot którego dotyczy będzie przedmiotowa decyzja w sprawie zmiany rezerwacji częstotliwości nie będzie miał możliwości wypowiedzenia się w tak istotnej dla niego sprawie. **Brak transparentności procesu i określone w tym projektowanym przepisie działanie Prezesa UKE może w efekcie prowadzić do naruszania swobody działalności gospodarczej oraz do naruszenia konstytucyjnej zasady wolności prasy i innych środków przekazu określonej w art. 14 Konstytucji RP.**

- (27) Jak już wskazano wyżej, wśród wyjątków, nie ma przypadków związanych z unikaniem zakłóceń czy ochroną przed takowymi. **Należy postulować doprecyzowanie tego przepisu, przez wskazanie konkretnych ustawowych elementów decyzji, które będą miały charakter takiej zmiany i takich, których zmiana będzie uważana za nieistotną. Użyte pojęcie „rozszerzenie uprawnień” jest na tyle nieostre, że może oznaczać nawet zwolnienie z obowiązku uzyskiwania pozwoleń radiowych, które to rozwiązanie nie ma uzasadnienia w świetle przepisów europejskich (w świetle zasady zezwolenia ogólnego, to wyjątki ograniczające w postaci pozwoleń radiowych powinny podlegać konsultacjom i uzasadnieniu). Ponadto, Prezes UKE powinien mieć obowiązek publikowania stanowiska podsumowującego wyniki przeprowadzonych konsultacji.**

[zmiany w art. 115 Prawa telekomunikacyjnego]

5. Art. 115 ust. 3 pkt 5 Pt Wykreśleniu ulega kompetencja Prezesa UKE do określenia „wykorzystania pojemności systemów transmisyjnych” dla rezerwacji na cyfrowe multipleksy naziemne lub satelitarne.

Przepis ten co do zasady nie był wykorzystywany i jego usunięcie wydaje się zasadne.

[zmiany w art. 116 Prawa telekomunikacyjnego]

6. Publikowane dotychczas informacje o częstotliwościach zajętych, Prezes UKE będzie mógł uzupełnić o informacje dot. dostępnych zasobów częstotliwości.

- (28) Zmiana ma na celu zwiększenie transparentności i należy odczytać ją pozytywnie. **Postulujemy jednak, aby nie zależała ona od uznaniowości Prezesa UKE i była obligatoryjna.**

7. Uznaniowe ograniczenia dokonywania rezerwacji częstotliwości na kolejny okres (art. 116 ust. 8 i ust. 9, ust. 9a-9c, art. 123 i art. 124)

- (29) Zmiana kryterium „równoważnej i skutecznej konkurencji” na kryterium „równoprawnej i skutecznej konkurencji”. Wprowadzane są nowe, mocno uznaniowe, dodatkowe przesłanki odmowy.
- (30) Dodatkowo, Prezes UKE będzie musiał odmówić ponownej rezerwacji, w przypadku części dotychczasowych przesłanek odmowy rezerwacji, tj:
- Wnioskodawca nie jest w stanie wywiązywać się z warunków związanych z wykorzystaniem częstotliwości lub zasobów orbitalnych,
 - Okoliczności prowadzących do zagrożenia obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego,

- c) Powodowałyby to naruszenie umów międzynarodowych, których RP jest stroną,
- (31) Przesłanka możliwości odmowy rezerwacji w postaci „potrzeby istotnego zwiększenia efektywności wykorzystania częstotliwości została skreślona w ust. 9 i przeniesiona do nowego ust. 9a. W efekcie wykorzystanie tej przesłanki przez Prezesa UKE nie będzie podlegało kontroli Prezesa UOKiK. Można co prawda uznać, że kompetencja Prezesa UOKiK w zakresie efektywności wykorzystania częstotliwości jest ograniczona, jednak ma on możliwości oceny tego pod kątem prawa ochrony konkurencji. Dlatego postulujemy przywrócić obowiązek działania Prezesa UKE w porozumieniu z Prezesem UOKiK w przypadku odmowy przedłużenia rezerwacji z uwagi na przesłankę potrzeby istotnego zwiększenia efektywności wykorzystania częstotliwości. Kontrola Prezesa UOKiK stanowi dodatkowe zabezpieczenie przeciw dowolności działania Prezesa UKE w tym zakresie. Warto również wskazać, że podejmowana w tym trybie zupełnie uznaniowa decyzja Prezesa UKE nie będzie poddana żadnej kontroli, bowiem sądy administracyjne, w odróżnieniu od sądu ochrony konkurencji, badają jedynie formalne aspekty prowadzonych postępowań. W rezultacie, Prezes UKE otrzymuje szerokie uprawnienie, bez narzuconych mu jakichkolwiek formalnych i merytorycznych kryteriów oceny, w szczególności sposobu mierzenia owej efektywności wykorzystywania częstotliwości. Warto też wskazać, że w Urzędzie brakuje kompetencji do prowadzenia takich analiz i ocen. Istniejąca od lat przesłanka odmowy, zmiany lub cofnięcia decyzji rezerwacyjnej z uwagi na nieefektywne wykorzystanie częstotliwości, nigdy nie była zastosowana i pozostaje przepisem martwym.
- (32) Tym samym, w ocenie członków Izby, projektowany przepis może mieć negatywny wpływ na ochronę konkurencji oraz na swobodę działalności gospodarczej.
- (33) **Postulat:** Nie dokonywać zmiany. Alternatywnie należy doprecyzować regulację, w szczególności poprzez wprowadzenie przejrzystych, obiektywnych i mierzalnych merytorycznych kryteriów oceny, w szczególności sposobu mierzenia efektywności wykorzystywania częstotliwości. Równocześnie należy decyzje w tym zakresie poddać kontroli SOKiK, podobnie jak decyzje regulacyjne zastępujące umowy między stronami.
- (34) **Przesłanki odmowy dokonania rezerwacji zostają równocześnie poszerzone o nową:** „*niemożności realizacji zobowiązań wynikających z wiążących RP umów międzynarodowych dotyczących gospodarowania częstotliwościami lub z prawa Unii Europejskiej*”.
- (35) Przesłanka ta zostaje również wpisana do katalogu z art. 123, czyli przesłanek umożliwiających Prezesowi UKE możliwość zmiany lub cofnięcia rezerwacji.

Pojęcie „zobowiązań wynikających z (...) umów międzynarodowych” jest bardzo nieostre i będzie podlegało dowolnej interpretacji przez Prezesa UKE. W szczególności nie wiadomo, kto takie zobowiązania miałby podejmować i w jakim trybie. W praktyce oznaczać to może próbę usankcjonowania w ustawie PT wewnętrznych „porozumień” roboczych zawieranych przez przedstawicieli UKE w toku spotkań dwustronnych lub wielostronnych z administracjami innych krajów dokonywanych często w sposób arbitralny i nieprzejrzysty. **Tego rodzaju „porozumienia” nie dość, że są niedostępne dla uczestników rynku, lub dostępne z dużym opóźnieniem, to proces ich negocjacji jest prowadzony na niskim poziomie roboczym i bez uczestnictwa przedstawicieli polskiego Rządu. W szczególności, według cytowanego wyżej raportu NIK dochodziło do podpisania takich porozumień w sposób sprzeczny z istniejącymi oficjalnymi strategiami rządowymi. Propozycja taka jest w oczywistej sprzeczności z konstytucyjnym katalogiem źródeł prawa powszechnego. Przyznaje ona Prezesowi UKE dodatkowe, niczym nieuzasadnione kompetencje, które powinny być w dużej mierze w gestii polskiego Rządu.**

[usunięcie art. 116a Prawa telekomunikacyjnego]

8. Uchylony zostaje przepis art. 116a, który pozwalał na zmianę decyzji rezerwacyjnej bez przetargu, na wniosek dysponenta rezerwacji, jeśli celem zmiany była optymalizacja wykorzystania częstotliwości lub ich ochrona przed zakłóceniami, a wniosek ten nie prowadził do rozszerzenia zakresu częstotliwości objętych rezerwacją albo nie rozszerzał obszaru rezerwacji.

(36) Usunięcie przesłanki „optymalizacji” i „ochrony przed zakłóceniami” z katalogu dopuszczalnych zmian decyzji rezerwacyjnych nie zostało w żaden sposób uzasadnione. Wydaje się oczywiste, że dysponenci częstotliwości nie powinni ponosić ryzyka wadliwego zarządzania widmem częstotliwości przez regulatora, w szczególności takiego który prowadzi do nieoptymalnych przydziałów widma lub takiego przydziału, który nie może być chroniony przed zakłóceniami. Podmioty działające w zaufaniu do organów publicznych powinny mieć możliwości ochrony praw słusznie nabytych i zapewnioną możliwość korzystania z częstotliwości w sposób optymalny i niezakłócony. Zmiana rezerwacji częstotliwości może być jedyną możliwością realizacji tego prawa. W świetle negatywnej oceny powyższej zmiany całkowite zdumienie budzi fakt, że miałby to być jedyny przepis ustawy, który miałby znaleźć zastosowanie do postępowań w toku, które nie zostaną zakończone do wejścia w życie nowelizacji, co jeszcze bardziej naruszy zasadę ochrony praw nabytych oraz pogłębiania zaufania do organów administracji. Postulujemy pozostawienia obecnego reżimu prawnego w tym zakresie bez zmian.

[Zmiany przepisów dotyczących procedur selekcyjnych]

9. Zmiany dot. organizacji aukcji i przetargu oraz postępowań rezerwacyjnych po procedurach selekcyjnych

(37) Najważniejsze ze zmian dotyczą:

- a) W trakcie konsultacji przetargu, aukcji lub konkursu konsultowany będzie też projekt rozstrzygnięcia decyzji rezerwacyjnej, jaka będzie wydana w ich wyniku; **Zmianę tą wielokrotnie postulowano i jej wprowadzenie pozytywnie przyczyni się do poprawy przejrzystości gospodarki widmem.**
- b) Prezes UKE uzyskuje daleko idące arbitralne uprawnienie do określania częstotliwości, które: 1) wyłączają od udziału przetargu lub aukcji podmiot je posiadający (i podmioty z grupy), 2) ograniczają zasoby częstotliwości, o które może się taki podmiot ubiegać, lub 3) uprawniają do udziału w przetargu albo aukcji.

(38) **Zmiana ust. 4 i nowy ust. 4a** – dotychczas Prezes UKE określając warunki uczestnictwa w przetargu albo aukcji, może wskazać zasoby częstotliwości o **właściwościach odpowiadających częstotliwościom z zakresu, którego dotyczy aukcja**, posiadanie których wyłącza od udziału w aukcji podmiot dysponujący tym zasobem. Po zmianie Prezes UKE po prostu będzie mógł wskazać posiadanie których częstotliwości (którychkolwiek, dobranych arbitralnie i bez żadnych prawem określonych przesłanek) wyłącza z przetargu lub aukcji. **Nowy ust. 4b** - Określając warunki uczestnictwa w przetargu, aukcji albo konkursie, Prezes UKE może wskazać cechy jakie powinien posiadać podmiot składający ofertę, w szczególności dotyczące jego wiarygodności finansowej lub doświadczenia w prowadzeniu działalności telekomunikacyjnej. Zapis ten pozostawia ogromny obszar uznaniowości i rodzi wątpliwości, czy jego stosowanie będzie

spełniało europejskie wymaganie obiektywnej i niedyskryminującej procedury selekcyjnej. Postulujemy wprowadzenie ograniczeń tej uznaniowości poprzez odniesienie się do obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminujących i proporcjonalnych kryteriów wraz z określeniem jakim celom one służą. Zwiększeniu ulega również uznaniowość Prezesa UKE w zakresie kryteriów konkursowych, umożliwiając prowadzenie konkursu, w którym kryterium decydującym będzie cena. Postulujemy nie dokonywanie takiej zmiany, aby zachować wyraźne odróżnienie aukcji od konkursu.

(39) Przedstawione zmiany skutkują pełną dowolnością Prezesa UKE w wykluczeniu a priori określonych podmiotów z przetargu lub aukcji. Tymczasem zgodnie z Dyrektywą 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach): „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 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa).” Przepis ten wymaga, aby „rozdzielanie i przyznawanie takich częstotliwości radiowych przez krajowe organy regulacyjne odbywało się według obiektywnych, jawnych, niedyskryminujących i proporcjonalnych kryteriów.” Proponowany zapis takich kryteriów nie ustanawia, a wręcz przeciwnie pozwala w sposób indywidualny i całkowicie podmiotowy wskazywać wybrane podmioty (poprzez ich zestaw cech).

(40) 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. Dostępne dla regulatora środki muszą być proporcjonalne do celów, pośród których art. 8 dyrektywy należy wskazać:

- 1) dążenie do zagwarantowania neutralności technologicznej
- 2) promowanie różnorodności kulturowej i językowej, jak również pluralizmu mediów.
- 3) wspieranie konkurencji w dziedzinie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej oraz urządzeń towarzyszących i usług, m.in.: wspierając efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promując technologie innowacyjne;
- 4) wspieranie rozwoju rynku wewnętrznego m.in.:
 - a) usuwając istniejące bariery rynkowe w zakresie udostępniania sieci i usług łączności elektronicznej, urządzeń towarzyszących i usług oraz usług łączności elektronicznej na szczeblu wspólnotowym;
 - b) zapewniając, że w podobnych okolicznościach nie występuje dyskryminacja w traktowaniu przedsiębiorstw udostępniających sieci i usługi łączności elektronicznej;

(41) Postulujemy doprecyzowanie regulacji, w szczególności poprzez wskazanie Prezesowi UKE obiektywnych, jawnych, niedyskryminujących i proporcjonalnych kryteriów oraz ich precyzyjne odniesienie do celów i proporcjonalnych środków ich realizacji. Równocześnie należy decyzje w tym zakresie poddać kontroli SOKiK, z uwagi na fakt, że sądy administracyjne nie posiadają kompetencji do rzeczywistej kontroli aspektów merytorycznych, innych jak formalne przestrzeganie procedury administracyjnej.

(42) W art. 118 ust. 4a („spectrum caps”) proponujemy zmienić „posiadanie” na „dysponowanie” zasobami. Podkreślamy, że o ile wstąpi do art. 118 ust. 4a posługuje się

pojęciem „posiadanie” to już w pkt 1 jest mowa o „dysponowaniu”. Wydaje się, że pojęcie dysponowanie jest pojęciem szerszym i bardziej precyzyjnym obejmując wszelkie zasoby, które są faktycznie w dyspozycji danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Co istotne, wydaje się, że na potrzeby danej procedury selekcyjnej, Prezes UKE powinien mieć wprost możliwość określenia pojęcia „dysponowanie”. Pozwoli to, w zależności od okoliczności, objąć przypadki współpracy typu współpraca w ramach Networks.

- (43) Postulujemy również zwiększenie roli Prezesa UOKiK w postępowaniach aukcyjnych poprzez wymóg zasięgnięcia opinii Prezesa UOKiK w zakresie formułowania warunków uczestnictwa w postępowaniu selekcyjnym. Dodatkowo, przedstawiciel Prezesa UOKiK powinien być członkiem postępowań selekcyjnych w których, na podstawie art. 118 ust. 4a określono warunki uczestnictwa.
- (44) W procedurach selekcyjnych wprowadzono wiele rozwiązań, które nie zapewniają pewności prawa i przewidywalności działań regulatora oraz praw podmiotów zainteresowanych uzyskaniem częstotliwości, w szczególności:
- a) Prezes UKE będzie mógł arbitralnie decydować, czy prowadzić osobne postępowania administracyjne dla każdej rezerwacji, jeśli więcej niż jedna była przedmiotem przetargu, aukcji lub konkursu;
 - b) Istotnie ograniczone zostają strony postępowań rezerwacyjnych. Dotychczas stroną był każdy kto złożył wniosek, nowelizacja zmienia to, pozwalając aby stroną postępowania był tylko podmiot wyłoniony.
- (45) Postulujemy, aby odstąpić od proponowanych zmian. Podkreślamy, że powinno być jedno ‘zbiorcze’ postępowanie rezerwacyjne zakończone odrębnymi rezerwacjami; dopuścić do uczestnictwa jako strony wszystkich uczestników procedury selekcyjnej. W tym zakresie wskazujemy, że proponowane zmiany są niezgodne z wyrokiem TSUE Wyrok TSUE w sprawie C-282/13, w którym Trybunał potwierdził bardzo szeroką wykładnię pojęcia strony w postępowaniach dotyczących rezerwacji częstotliwości stwierdzając: „Artykuł 4 ust. 1 i art. 9b dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r., oraz art. 5 ust. 6 dyrektywy 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach), zmienionej dyrektywą 2009/140, należy interpretować w ten sposób, że w okolicznościach takich jak rozpatrywane w postępowaniu głównym dane przedsiębiorstwo można uznać za podmiot, którego decyzja krajowego organu regulacyjnego „dotyczy” w rozumieniu art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21, zmienionej dyrektywą 2009/140, zawsze gdy takie przedsiębiorstwo udostępniające sieć lub świadczące usługi łączności elektronicznej jest konkurentem przedsiębiorstwa albo przedsiębiorstw będących stroną postępowania w sprawie udzielenia zgody na przewidziane we wspomnianym art. 5 ust. 6 przekazanie praw do użytkowania częstotliwości radiowych oraz adresatem decyzji krajowego organu regulacyjnego, a decyzja ta może oddziaływać na pozycję rynkową tego pierwszego przedsiębiorstwa.”
- (46) Projekt nakazuje nadanie decyzji rezerwacyjnej wydanej w wyniku przetargu, aukcji lub konkursu rygoru natychmiastowej wykonalności. Dotychczas Prezes UKE posiadał taką kompetencję, musiał jednak ją dostosować do rzeczywistego stanu faktycznego i uzasadnić. **Postulujemy, aby zostawić taki rozwiązanie. W szczególności nieuzasadnione będzie nadawanie rygoru natychmiastowej wykonalności w przypadku decyzji rezerwacyjnych z odroczonym terminem korzystania z częstotliwości.**

- (47) Zmianie ulegają terminy zwrotu wadium, z 14 na 21 dni, a ich liczenie rozpoczyna się nie od doręczenia decyzji, tylko od momentu gdy decyzja stała się ostateczna. **Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla wydłużenia tego terminu. Postulujemy jego zostawienie.**

10. Wprowadzenie ogólnej podstawy *reshufflingu*

- (48) W art. 123 dodany zostaje ust 2c pozwalający Prezesowi UKE „dokonać zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości w celu zapewnienia ładu w gospodarce częstotliwościami oraz zwiększenia efektywności wykorzystywania częstotliwości”. Przepis ten nie zawiera żadnych wytycznych i pozostawia Prezesowi UKE duży zakres swobody w jego stosowaniu. Równocześnie nie rozwiązuje obecnych problemów (np. podatkowych) związanych z *reshufflingiem*. Warto również wskazać, że podejmowana w tym trybie zupełnie uznaniowa decyzja Prezesa UKE nie będzie poddana żadnej kontroli, bowiem sądy administracyjne, w odróżnieniu od sądu ochrony konkurencji, badają jedynie formalne aspekty prowadzonych postępowań. W rezultacie, Prezes UKE otrzymuje szerokie uprawnienie, bez narzuconych mu jakichkolwiek formalnych i merytorycznych kryteriów oceny, w szczególności sposobu mierzenia owej efektywności wykorzystywania częstotliwości. Istniejąca od lat przesłanka odmowy, zmiany lub cofnięcia decyzji rezerwacyjnej z uwagi na nieefektywne wykorzystanie częstotliwości, nigdy nie była zastosowana i pozostaje przepisem martwym. Tym bardziej sprzeciw budzi wprowadzanie dodatkowego, inaczej sformułowanego kryterium, opartego na tej samej przesłance niezdefiniowanej efektywności wykorzystywania częstotliwości. Wskazane przesłanki zmiany przydzielonych rezerwacji zostały określone w sposób na tyle ogólny, że mogą doprowadzić do arbitralnych i niepodlegających kontroli zmian przydzielonych rezerwacji przez Prezesa UKE, co stoi w sprzeczności m.in. z art. 2 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 20 w zw. z art. 22 i art. 14 Konstytucji RP.
- (49) Zwracamy uwagę na treść decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/899 z dnia 17 maja 2017 roku w sprawie wykorzystania zakresu częstotliwości 470 – 790 MHz w Unii, na którą w uzasadnieniu do konsultowanego dokumentu powołuje się Ministerstwo Cyfryzacji. W szczególności w procesie analizy proponowanych zmian oraz oceny ich oczekiwanych i przewidywanych skutków na uwzględnienie zasługują:
- treść akapitu (11) preambuły tej decyzji w brzmieniu: *„Sektory DTT i PMSE wymagają ... długoterminowej przewidywalności przepisów dotyczących dostępności wystarczających zasobów widma, tak by mogły one zapewnić stabilną realizację i rozwijanie takich usług, w szczególności dla odbiorców bezpłatnej telewizji, przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiedniego otoczenia inwestycyjnego a także osiągnięcia celów krajowej i unijnej polityki audiowizualnej, takich jak spójność społeczna, pluralizm mediów i różnorodność kulturowa. ...”*
 - treść akapitu (20) preambuły tej decyzji w brzmieniu: *„Państwa członkowskie powinny ... zapewnić ciągłość telewizyjnych usług nadawczych, które zwalniają ten zakres. ... Narodowe plany powinny zawierać informacje o możliwości uzyskania rekompensaty za koszty migracji w przypadku wystąpienia takich kosztów...”*
 - treść Art. 5, pkt.1 w brzmieniu: *„ Państwa członkowskie sporządzają ... krajowe plany działania po konsultacji z wszystkimi zainteresowanymi stronami.”*
 - treść Art. 6, w brzmieniu: *„ W stosownych przypadkach i zgodnie z prawem unijnym państwa członkowskie zapewniają odpowiednią rekompensatę za bezpośrednie koszty migracji lub zmiany przeznaczenia zasobów widma, zwłaszcza koszty*

ponoszone przez użytkowników końcowych, w szybki i przejrzysty sposób, aby między innymi ułatwić przejście na technologie efektywniej wykorzystujące zasoby widma.

Na wniosek danego państwa członkowskiego Komisja może udzielać mu wskazówek dotyczących takiej rekompensaty, aby ułatwić przejście na nowe sposoby wykorzystywania widma.”

(50) Biorąc powyższe motywy oraz wytyczne za podstawę Izba uważa, że należy odstąpić od proponowanej zmiany lub dokonać gruntownej zmiany proponowanych postanowień Art.1 ust. 17 Projektu, dotyczące zmian w art. 123 ustawy Prawo Telekomunikacyjne. Konieczne zmiany powinny uwzględniać następujące zagadnienia:

1. Prezes UKE powinien konsultować z rynkiem cele umów międzynarodowych dotyczących gospodarowania częstotliwościami. Proponowana treść art. 123, ust.1 pkt. 9 pozwala Prezesowi UKE zmienić lub cofnąć rezerwację częstotliwości z powodu właśnie realizacji zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych, o których zainteresowany przedsiębiorca nic nie wie i których nie konsultował. Zmiana decyzji rezerwacyjnej lub jej cofnięcie ma fundamentalne znaczenie dla funkcjonowania danego przedsiębiorcy. Brak konsultacji eliminuje wszelkie możliwe sposoby zmniejszenia tego ryzyka.
2. Zgodnie z proponowaną treścią art. 123 ust. 2c. PT Prezes UKE może dokonać zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości w celu zapewnienia ładu w gospodarce częstotliwościami oraz zwiększenia efektywności wykorzystywanych częstotliwości. Przepis ten narusza zasadę trwałości ostatecznej decyzji administracyjnej w oparciu o uznaniowe i fakultatywne kryteria decyzji Prezesa UKE. Niestety proponowana zmiana nie reguluje zagadnienia pokrycia kosztów związanych ze zmianami czy cofnięciem decyzji rezerwacyjnych o czym wspomina cytowana powyżej decyzja (Art. 6), na którą powołuje się MC. Ten krótki przepis wydaje się mieć na celu umożliwienie tzw. clearingu pasma 700 MHz, bez zagwarantowania minimum ochrony praw nabytych, jak i zagwarantowania adresatom decyzji realnego terminu na dostosowanie się do nowych warunków decyzji rezerwacyjnych.
3. W proponowanych zmianach art. 123 nie wspomniano nic na temat obowiązku zapewnienia stabilności i ciągłości telewizyjnych usług nadawczych, które zwalniają pasmo 700 MHz. Decyzja Rady Europy o takim zobowiązaniu wspomina w cytowanym powyżej akapicie 11 preambuły oraz w akapicie 20.
4. Wydaje się celowe aby do proponowanego brzmienia art. 123 ust. 3 dodać w procesie uzgodnienia zmiany warunków wykorzystywania lub cofnięcia rezerwacji częstotliwości możliwość zajęcia stanowiska w sprawie przynajmniej przedsiębiorcy, którego decyzja dotyczy.
5. Wprowadzić obowiązek konsultacji każdej zmiany przydzielonych rezerwacji „w celu zapewnienia ładu w gospodarce częstotliwościami oraz zwiększenia efektywności wykorzystywanych częstotliwości” (np. reshuffling) – jako minimum gwarancji transparentności.

W naszej opinii art. 123 powinien mieć następujące brzmienie:

„w art. 123:

a) w ust. 1 po pkt 8 kropkę zastępuje się średnikiem i dodaje się pkt 9 w brzmieniu:

„9) realizacji zobowiązań określonych w bezpośrednio obowiązujących na terenie Rzeczypospolitej Polskiej przepisów prawa Unii Europejskiej.”,

b) uchyla się ust. 2a,

c) dodaje się ust. 2c w brzmieniu:

„2c. Prezes UKE może dokonać zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości jeżeli wynika potrzeba dostosowania sposobu ich wykorzystywania do założeń decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/899 z dnia 17 maja 2017 roku w sprawie wykorzystania zakresu częstotliwości 470 – 790 MHz. Decyzjom w tej sprawie nie nadaje się rygoru natychmiastowej wykonalności. Decyzja w sprawie zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości określa termin wykonania nowych warunków rezerwacji częstotliwości z danego zakresu, nie krótszy niż 12 miesięcy od dnia doręczenia stronie decyzji ostatecznej. Stronie, która poniosła szkodę na skutek zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości, służy roszczenie o odszkodowanie za poniesioną rzeczywistą szkodę od Prezesa UKE. Prezes UKE, w drodze decyzji, orzeka również o odszkodowaniu. Roszczenie o odszkodowanie przedawnia się z upływem trzech lat od dnia, w którym stała się ostateczna decyzja, na podstawie której dokonano zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości. Od decyzji wydanych przez Prezesa UKE w sprawie zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości oraz o odszkodowaniu, przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.”,

d) dodaje się ust. 2d w brzmieniu:

„2d. W postępowaniu w sprawie zmiany warunków wykorzystania, zmiany przydzielonych rezerwacji częstotliwości z danego zakresu częstotliwości lub cofnięcia rezerwacji częstotliwości przeznaczonych do rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych, przed wydaniem decyzji Prezes UKE przeprowadza postępowanie konsultacyjne.”

e) ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3. Zmiany warunków wykorzystania lub cofnięcia rezerwacji częstotliwości przeznaczonych do rozpowszechniania lub rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych Prezes UKE dokonuje w porozumieniu z Przewodniczącym KRRiT. Niezajęcie stanowiska przez Przewodniczącego KRRiT w terminie 30 dni od dnia otrzymania projektu decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości jest równoznaczne z uzgodnieniem projektu.”,

f) w ust. 6 po pkt 5 kropkę zastępuje się średnikiem i dodaje się pkt 6 w brzmieniu:

„6) udzielenie rezerwacji częstotliwości uniemożliwiłoby realizację zobowiązań wynikających z wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych dotyczących gospodarowania częstotliwościami lub z prawa Unii Europejskiej.”,

g) w ust. 7 po pkt 4 kropkę zastępuje się średnikiem i dodaje się pkt 5 w brzmieniu:

„5) braku możliwości realizacji zobowiązań wynikających z wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych dotyczących gospodarowania częstotliwościami lub z prawa Unii Europejskiej”;

11. Wprowadzenie dodatkowej możliwości odmowy udzielenia rezerwacji (w katalogu z art. 123 ust. 6) oraz odmowy wydania pozwolenia radiowego lub przesłanki jego cofnięcia mimo posiadania ważnej rezerwacji (art 123 ust. 7).

- (51) Przesłanka została sformułowana jako „niemożność realizacji zobowiązań wynikających z wiążących RP umów międzynarodowych dotyczących gospodarowania częstotliwościami lub z prawa Unii Europejskiej” i jest osobną od obecnej przesłanki „naruszenia umów międzynarodowych, których RP jest stroną”.
- (52) Pojęcie „zobowiązań wynikających z (...) umów międzynarodowych” jest bardzo nieostre i będzie podlegało dowolnej interpretacji przez prezesa UKE. W szczególności nie wiadomo, kto takie zobowiązania miałby podejmować i w jakim trybie. W praktyce oznaczać to może próbę usankcjonowania w ustawie PT wewnętrznych „porozumień” roboczych zawieranych przez przedstawicieli UKE w toku spotkań dwustronnych lub wielostronnych z administracjami innych krajów dokonywanych często w sposób arbitralny i nieprzejrzysty. **Tego rodzaju „porozumienia” nie dość, że są niedostępne dla uczestników rynku, lub dostępne z dużym opóźnieniem, to proces ich negocjacji jest prowadzony na niskim poziomie roboczym i bez uczestnictwa przedstawicieli polskiego Rządu. W szczególności, według cytowanego wyżej raportu NIK dochodziło do podpisania takich porozumień w sposób sprzeczny z istniejącymi oficjalnymi strategiami rządowymi. Propozycja taka jest w oczywistej sprzeczności z konstytucyjnym katalogiem źródeł prawa powszechnego (w szczególności art. 87 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP). Przyznaje ona Prezesowi UKE dodatkowe, niczym nieuzasadnione kompetencje, które powinny być w dużej mierze w gestii polskiego Rządu.**
- (53) **Postulat:** Proponujemy nie dokonywać zmiany. Alternatywnie należy doprecyzować przesłankę „naruszenia umów międzynarodowych, których RP jest stroną”.

[zmiany w art. 124 ustawy Prawo telekomunikacyjne]

12. Wprowadzenie 3 letniej karencji w ubieganiu się o częstotliwości dla podmiotu, któremu cofnięto rezerwację w wyniku nie uiszczenia rocznych opłat za prawo dysponowania częstotliwościami albo opłaty za udzielenie rezerwacji na kolejny okres.

- (54) Przepis ma jednoznacznie charakter penalizujący, przy czym jest on automatyczny i niezależny od powodów niewniesienia takiej opłaty. W szczególności nie uwzględnia powstałych w dotychczasowej praktyce sytuacji niezakończonych sporów prawnych dotyczących konieczności pytania o obowiązek ponoszenia opłat z tytułu dysponowania częstotliwością, której termin wykorzystania jeszcze nie nadszedł. Dodatkowo ograniczenie to powinno dotyczyć wyłącznie częstotliwości rozdysponowanych w ramach aukcji i przetargu. Postulujemy doprecyzowanie regulacji, by dotyczyła przypadków niewątpliwych. Nie wydaje się zasadne ograniczenie ubiegania się np. o częstotliwości w służbie lotniczej, morskiej lub amatorskiej, czy wystąpienia o rezerwację częstotliwość, którą żaden inny podmiot nie jest zainteresowany.

13. Wprowadzenie 6 letniej karencji na uzyskanie rezerwacji lub wzięcie udziału w przetargu, aukcji lub konkursu dla podmiotu, który będąc podmiotem wyłonionym nie zapłaci zadeklarowanej kwoty oraz dla podmiotu, który zrezygnował z ubiegania się o rezerwację.

- (55) Kary te są niezależne od utraty wadium i depozytów co powoduje, że podmiot niezależnie od przesłanek rezygnacji (w szczególności mogą wynikać z wadliwych działań po stronie organu, albo z otrzymania informacji o zostaniu podmiotem wyłonionym na długo po ogłoszeniu wyników przetargu lub aukcji), jest karany kilkakrotnie za to samo.

Takie rozwiązanie normatywne jest niezgodne z konstytucyjną zasadą proporcjonalności oraz z zasadą swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Postulujemy nie wprowadzanie tego przepisu, albo racjonalne ograniczenie do przesłanek leżących po stronie podmiotu.

[zmiany w art. 144c ustawy Prawo telekomunikacyjne]

14. Wydłużeniu z 7 do 14 dni ulega termin na wpisanie urządzenia radiowego do rejestru i wynikający z niego termin na rozpoczęcie wykorzystywania urządzeń radiowych (z 14 dni na 21 dni).

(56) Brak merytorycznego uzasadnienia dla przedłużenia przez Prezesa UKE tego czasu. Zgodnie z Dyrektywą o zezwoleniach wpis do rejestru powinien być zasadą, a wyjątki od niego powinny zostać uzasadnione. Postulujemy, aby zostawić dotychczasowe terminy.

[zmiany w art. 148 ustawy Prawo telekomunikacyjne]

15. Nie będzie można otrzymać pozwolenia radiowego dla urządzeń zlokalizowanych „na obszarze pracy urządzeń kontrolno – pomiarowych UKE, wskazanym w wykazie publikowanym na stronie podmiotowej BIP UKE”.

(57) Przepis w żaden sposób nie precyzuje lokalizacji takich urządzeń, ani ich zagęszczenia, co stanowi nieuzasadnioną ingerencję w uprawnienia wynikające z rezerwacji częstotliwości. Zakaz ten jest automatyczny i oderwany od badania czy dojdzie do wywołania szkodliwych zakłóceń czy nie. Postulujemy, aby odstąpić od przedmiotowej zmiany, a identyczny efekt osiągać poprzez przewidziane w ustawie PT badanie przesłanki ochrony przed zakłóceniami.

[zmiany w art. 38 urtv ustawy Prawo telekomunikacyjne]

16. Brak wymogu zgody stron na zmiany w koncesji – projektowany art. 38b urtv.

(58) Wskutek przewidzianej w projekcie zmiany ustawy o RTV zmiana koncesji na rozpowszechnianie lub rozprowadzanie programu w sposób cyfrowy drogą naziemną w wyniku wskazanych w projekcie 3 przesłanek, w tym zmiany Krajowej Tablicy Przeznaczeń Częstotliwości, nie będzie wymagała zgody strony. Zmiana koncesji będzie skutkować zmianą rezerwacji i może prowadzić do naruszenia konstytucyjnych zasad praw nabytych i interesów w toku oraz swobody prowadzenia działalności gospodarczej

Postulat: Nie dokonywać zmiany

17. Żaden z przepisów dot. zmiany lub cofania rezerwacji nie przewiduje wypłaty odszkodowań, w przypadku gdy zmiana lub cofnięcie powstały wskutek okoliczności za które strona nie odpowiada. Tego rodzaju regulacja jest sprzeczna z zasadą ochrony praw nabytych i zasadą pogłębiania zaufania do organów publicznych. Należy wprowadzić odpowiednie regulacje w tym zakresie.

2 postulatów

Prezes Zarządu



Stefan Kamiński

