



Prezes Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Adam Jasser



DOK2-0799-8/14/KD

Warszawa, 28. 10. 2014

Pani
Magdalena Gaj
Prezes
Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Szanowna Pani Prezes,

W związku z ogłoszeniem przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako: Prezes UKE) w dniu 10 października 2014 r., aukcji na rezerwacje częstotliwości z zakresu 791-816 MHz i 832-857 MHz oraz z zakresu 2500-2570 MHz i 2620-2690 MHz, w nawiązaniu do uwag Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przedstawionych pismem z dnia 5 maja 2014 r. w toku postępowania konsultacyjnego dokumentacji aukcyjnej prowadzonego przez Prezesa UKE w sprawie o sygn. akt: DZC-WAP-5121-4/14, pragnę przedstawić stanowisko Prezesa UOKiK.

Zakres i zasady ogłoszonej przez Prezesa UKE selekcji dystrybucji widma z zakresu 800 MHz i 2600 MHz w niedostateczny sposób chronią stan konkurencji i interesy konsumentów na tym rynku.

Zaproponowane warunki procedury aukcyjnej nie uwzględniają uwag oraz sugestii Prezesa UOKiK zgłoszonych w toku ww. konsultacji.

1. W pierwszej kolejności pragnę podkreślić, że sam wybór trybu aukcji jako procedury selekcyjnej dystrybucji zasobów nie sprzyja postulatowi zachowania warunków konkurencji. Wynikające z przepisów prawa telekomunikacyjnego ograniczenia w zakresie kryteriów oceny ofert w aukcji sprawiają, że w ramach tego trybu wyłączona jest

możliwość zbadania konkurencyjności oferty zarówno przez Prezesa UOKiK, jak i przez Prezesa UKE. Należy podkreślić, że w ramach kryterium zachowania warunków konkurencji Prezes UOKiK wydaje opinię w przedmiocie antymonopolowej oceny oferty, a Prezes UKE może dokonać dodatkowej oceny, według przyjętych przez siebie zmiennych, np. posiadania przez oferenta określonego zasobu częstotliwościowego, czy fakultatywnych zobowiązań inwestycyjnych (jak miało to miejsce w toku przetargu na częstotliwości z pasma 1800 MHz rozstrzygniętego w 2013 r.).

Wskazać należy, że dokonując oceny antymonopolowej Prezes UOKiK bierze pod uwagę tak ważne dla konkurencji czynniki, jak struktura rynku, struktura powiązań kapitałowych oferenta, zdolność oferenta do wykorzystania częstotliwości objętych dystrybucją, czy planowana strategia konkurencyjna oferenta na rynku wykorzystania tychże częstotliwości. Powyższe czynniki zostają poza oceną w przypadku wyboru trybu aukcyjnego.

Podkreślenia wymaga również, że - poza samym kryterium zachowania warunków konkurencji - forma przetargu daje szersze możliwości formułowania przez Prezesa UKE dodatkowych, istotnych dla wykorzystania konkretnego zasobu kryteriów oceny ofert, jak np. wiarygodność finansowa oferenta czy posiadane doświadczenie rynkowe, gwarantujące efektywne wykorzystanie częstotliwości.

Mając powyższe na względzie, należy zauważyć, że zgodnie z warunkami ogłoszonej właśnie aukcji, o przydział częstotliwości ubiegać się może każdy podmiot, bez względu na jego formę prawną, doświadczenie rynkowe czy zakres prowadzonej działalności, a nawet status przedsiębiorcy. Oferentem w aukcji może być nawet osoba fizyczna lub prawna nie prowadząca działalności gospodarczej.

Próba rozdysponowania tak cennych zasobów w zaproponowanym kształcie i trybie, z pominięciem kryterium wiarygodności finansowej i doświadczenia oferenta, może zaprzepaścić szanse na ich efektywne wykorzystanie. Należy przy tym zwrócić uwagę, że określone we wzorze oferty zobowiązania pokryciowe nie zostały obciążone żadnymi wymogami w zakresie jakości czy różnorodności usług. Oznacza to, że wykorzystanie przedmiotowych częstotliwości przez podmiot nie dysponujący stosowną infrastrukturą czy doświadczeniem, może nastąpić z naruszeniem efektywności wykorzystania spectrum i szkodą dla konsumentów wynikającą z obniżonej jakości usług.

Decyzja o rozdysponowaniu częstotliwości z pasm 800 MHz i 2600 MHz w drodze aukcji oznacza zatem, że jedynym kryterium oceny ofert jest wysokość zadeklarowanej kwoty. Nie umniejszając ważności kryterium ceny należy wskazać, że tak przeprowadzone rozdysponowanie częstotliwości nie gwarantuje konkurencyjnego rozwoju rynku telekomunikacyjnego.

Niemniej jednak, przyjmując nawet, że priorytetem w rozdysponowaniu częstotliwości z zakresów 800 MHz i 2600 MHz jest cel fiskalny, wskazać należy, że wybór trybu aukcyjnego jako narzędzia służącego temu celowi, jedynie pozornie jest wyborem optymalnym.

Należy po pierwsze uwzględnić, że również w przetargu, tak jak w trybie aukcyjnym, organizator (Prezes UKE) może określić kwotę minimalną, jaką zapłacić powinien oferent za daną rezerwację częstotliwości. Zaplanowana do uzyskania minimalna wartość opłaty za rezerwację częstotliwości może być zastrzeżona zarówno w trybie aukcyjnym jak i przetargowym. Powyższe wynika w szczególności z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia 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), zgodnie z którym dokumentacja przetargowa, aukcyjna albo konkursowa może również zawierać wskazanie minimalnej wysokości dodatkowej opłaty za dokonanie rezerwacji częstotliwości, którą obowiązany będzie uiścić uczestnik przetargu, aukcji albo konkursu, nie niższej niż wysokość rocznej opłaty za prawo do dysponowania tą częstotliwością.

Ponadto, brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że (przekraczająca minimum) kwota uzyskana w drodze aukcji może być wyższa od tej uzyskanej w drodze przetargu. Przeciwnie, uwzględnivszy, że przystępując do przetargu, oferenci nie znają ostatecznej oceny składanych przez siebie ofert podług pozostałych kryteriów, należy spodziewać się, że będą oni bardziej skłonni do zadeklarowania wyższych kwot (ponad minimalną) właśnie w procedurze przetargowej.

Ponownie należy też zwrócić uwagę, że aukcja jako formuła przydziału częstotliwości zostanie w Polsce przeprowadzona po raz pierwszy. Stwarza to ryzyko prawne, także w świetle doświadczeń innych krajów, że aukcja może być przewlekła a nawet nieskuteczna. Ogłoszona dokumentacja aukcyjna nie gwarantuje sprawnego przebiegu ani też pomyślnego zakończenia procesu licytacji. Powyższe może rodzić obawę,

że ogłoszona właśnie aukcja podzieli los postępowania aukcyjnego w Czechach, przerwano go przez regulatora po ponad 8 miesiącach licytacji, której wyniki nie dawały pewności skutecznego zakończenia procesu dystrybucji. Decyzję Prezesa UKE o ogłoszeniu aukcji w sprawie rozdysponowania częstotliwości, które zgodnie z nałożonymi na Polskę obowiązkami powinny być już rozdysponowane, należy uznać zatem za ryzykowną. Nadal trudno jest znaleźć argumenty, dla których tak istotne częstotliwości zostały wybrane na pierwszy test systemu aukcyjnego, tym bardziej w krytykowanym - zarówno przez rynek, jak i organy państwa - kształcie. Stwarza to dodatkowe zagrożenie w postaci możliwości skutecznego zaskarżenia procesu aukcyjnego, a w konsekwencji również podważenia rezerwacji częstotliwości wydanych w wyniku aukcji. Powyższe zagraża pewności obrotu prawnego w zakresie rezerwacji zasobów oraz stabilności samego rynku telekomunikacyjnego.

2. Wskazać należy również, że Prezes UKE nie uwzględnił zgłoszonej przez Prezesa UOKiK uwagi w przedmiocie zastosowanej w dokumentacji aukcyjnej definicji grupy kapitałowej. Zastosowana w *prawie telekomunikacyjnym* definicja grupy kapitałowej, która determinuje rozumienie tego pojęcia w ogłoszonej dokumentacji aukcyjnej, budzi wątpliwości interpretacyjne podmiotów zainteresowanych przystąpieniem do przedmiotowej aukcji¹. Jak wynika natomiast z udzielonych przez Prezesa UKE wyjaśnień treści dokumentacji aukcyjnej aukcji ogłoszonej dnia 30 grudnia 2013 r.², kwestia prawidłowej oceny zakresu podmiotowego grupy kapitałowej decyduje o poprawnym złożeniu ofert przez wszystkie podmioty należące do danej grupy kapitałowej. Przypomnieć należy, że przekroczenie limitu ofert w ramach grupy kapitałowej powoduje, że wszystkie oferty złożone przez podmioty z tej grupy uznawane będą za niezgodne z warunkami uczestnictwa w aukcji. Dostrzegając istotną rolę tego elementu dokumentacji aukcyjnej, przed ogłoszeniem aukcji należało powyższą kwestię rozważyć dokonując ewentualnych zmian lub stosownych wyjaśnień.

3. Koniecznym zdaje się wskazanie, że bez odpowiedzi pozostały również wyrażone przez Prezesa UOKiK wątpliwości w odniesieniu do ewentualnej regulacji rynku przez Prezesa UKE już po rozdysponowaniu częstotliwości z pasm 800 Mhz i 2600 MHz. Nadal nie jest jasne, z jakich narzędzi regulacyjnych Prezes UKE zamierza skorzystać w celu zapewnienia konkurencyjności rynku powstałego w wyniku komercyjnego wykorzystywania ww. częstotliwości. Czy będzie to procedura z art. 122(1) *prawa telekomunikacyjnego*, czy

¹ <http://uke.gov.pl/wnioski-o-wyjasnienie-dokumentacji-aukcyjnej-13327>, data dostępu: 29.04.2014.

² <http://uke.gov.pl/wyjasnienie-tresci-dokumentacji-aukcyjnej-13367>, data dostępu: 29.04.2014.

też Prezes UKE planuje poddać rynek częstotliwości analizom rynkowym i nakładaniu obowiązków regulacyjnych. W tym ostatnim aspekcie, Prezes UKE nie wskazuje, jaka jest perspektywa czasowa stosownej regulacji, tzn. w jakim czasie należy przewidywać powstanie stosownych rynków towarów i usług, mogących podlegać regulacji *ex ante* oraz świadczenia jakich konkretnie usług w oparciu o rozdzielane częstotliwości należy się spodziewać. Prezes UKE nie daje podstaw do przewidywania, czy ewentualna regulacja dotyczyć może również wykorzystywania przedmiotowych częstotliwości w celu innym niż świadczenie usług w oparciu o technologię LTE. Występujące wątpliwości w odniesieniu do zakresu, rodzaju oraz perspektywy czasowej deklarowanej regulacji rynku, powodują niepewność, co do jej rzeczywistego celu i szans powodzenia.

Niezależnie od powyższych wątpliwości, nawet gdyby przyjąć, że Prezes UKE przeprowadzi stosowną analizę rynku i nałoży obowiązki regulacyjne w zakresie dostępu hurtowego do sieci powstałej w wyniku wygranej aukcji, zauważyć należy, że taki model współpracy operatorów nie doprowadzi do efektywnego wykorzystania zasobu a może przyczynić się do niepotrzebnego zwiększania kosztów operatorów.

4. Prezes UKE ogłaszając przedmiotową aukcję nie uwzględnił również postulatu przeprowadzenia dialogu społecznego - w tym z udziałem właściwych organów administracji oraz samych uczestników rynku telekomunikacyjnego - w celu wypracowania podstawowych priorytetów rozwoju rynku telekomunikacyjnego w Polsce.

Prezes UKE - pomimo składanej deklaracji uwzględnienia wyników i wniosków analizy i strategii Ministra Administracji i Cyfryzacji w przedmiocie wykorzystania kluczowych zasobów częstotliwościowych - ogłosił przedmiotową aukcję nie czekając na publikację ostatecznego dokumentu w tej sprawie.

Wskazane wady ogłoszonej aukcji budzą zbyt wiele wątpliwości, podważając wiarę w konsekwentną misję organu regulacyjnego *ex ante*. Dokumentacja aukcyjna w zaproponowanym kształcie zdaje się zmierzać do podważenia zasadności istnienia regulacji *ex ante* w zakresie ochrony konkurencji, przesuwając cały ciężar w kierunku regulacji *ex post*. Prezes UKE rezygnuje z możliwości ukształtowania procedury selekcyjnej dystrybucji zasobów z pasm 800 MHz i 2600 MHz z poszanowaniem zasad ochrony konkurencji, wskazując na niepewną wizję regulacji rynku a pokładając - jak należy sądzić - wiarę w uregulowanie problemów rynkowych przez regulatora *ex post*.

Powyższe wpisuje się w prowadzoną w ostatnim czasie politykę deregulacyjną Prezesa UKE, który zdaje się nie mieć jasnej i konsekwentnej wizji rozwoju rynku

telekomunikacyjnego w Polsce. Jest to niezwykle istotne w kontekście prowadzonych ostatnio w Unii Europejskiej konsultacji dotyczących budowy jednolitego rynku telekomunikacyjnego. W szczególności wskazać należy na budzące zastrzeżenia Prezesa UOKiK plany uwolnienia rynków połączeń stacjonarnych (połączenia krajowe i międzynarodowe, zarówno dla konsumentów, jak i dla przedsiębiorców), które skłaniają do obaw, iż brak jest jednolitej strategii działań regulatora w odniesieniu do szeroko rozumianego rynku telekomunikacyjnego. Szczególnie niebezpieczny jest brak konsekwentnej i przejrzystej polityki regulacyjnej w kontekście powiązań pomiędzy rynkami hurtowymi i detalicznymi. W takich warunkach regulacyjno-rynkowych strategia rozdysponowania częstotliwości z pasm 800 MHz oraz 2600 MHz z pominięciem postulatów ochrony konkurencji, w kontekście niespójnej oraz budzącej szereg wątpliwości deklaracji uregulowania rynku, może doprowadzić do trwałego zniekształcenia konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych. Niedostateczna dbałość o zachowanie warunków konkurencji *ex ante* może przyczynić się do nadużyć trudnych do wyeliminowania narzędziami regulacji *ex post*, co w efekcie może negatywnie oddziaływać na konsumentów w postaci wzrostu cen czy gorszej oferty jakościowej.

Jednocześnie, należy wskazać, że rozdysponowanie częstotliwości z pasm 800 MHz i 2600 MHz powinno przyczyniać się do wdrożenia jednego z zadań zalecanych Państwu Polskiemu w Europejskiej Agendzie Cyfrowej (dalej jako: Agenda). Powyższe dotyczy zadania polegającego na wdrożeniu programu europejskiej polityki w zakresie widma, aby zapewnić skoordynowane przydzielanie widma i osiągnąć cel polegający na zapewnieniu do 2020 r. 100 % dostępu do Internetu o przepustowości 30 Mb/s.

Mając powyższy postulat na względzie, analizując zasady i warunki ogłoszonej przez Prezesa UKE w październiku 2014 r. aukcji, należy dojść do konkluzji, że zobowiązania, które Prezes UKE będzie mógł nałożyć na zwycięzców aukcji, nie czynią zadość wymogom jakościowym wynikającym z Agendy. Brak jest zarówno w dokumentacji, jak i we wzorze oferty, wymogów jakościowych świadczenia usług z wykorzystaniem częstotliwości 800 MHz i 2600 MHz zapewniających przepustowości na poziomie 30 Mb/s. Oznaczać to może, że częstotliwości te zostaną rozdysponowane z pominięciem wymogów Agendy, a podmioty wygrywające aukcję zostaną zobowiązane do świadczenia usług na określonych obszarach, bez gwarancji spełniania wymogów przepustowościowych. W konsekwencji, Państwo Polskie może utracić możliwość wykonania zaleceń w zakresie zapewnienia dostępu do Internetu o przepustowości 30 Mb/s w drodze rozwoju usług mobilnych z wykorzystaniem częstotliwości pasm 800 MHz i 2600 MHz.

Mając powyższe na względzie, tryb i zasady ogłoszonego w dniu 10 października 2014 r. postępowania selekcyjnego rozdysponowania częstotliwości z zakresów 800 MHz i 2600 MHz, uznać należy za ryzykowne z perspektywy rozwoju rynku telekomunikacyjnego i stabilizacji warunków konkurencji rynkowej, a w konsekwencji także zabezpieczenia interesów konsumentów jako ostatecznych odbiorców usług telekomunikacyjnych.

Z poważaniem,
Z up. PREZESA
URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
WICEPREZES
Bernadeta Kasztelan-Swietlik
Bernadeta Kasztelan-Swietlik

Do wiadomości:

Pan Jacek Cichocki - Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów

Pan Andrzej Halicki - Minister Administracji i Cyfryzacji