



OPINIA PRAWNA

w przedmiocie:

OCENY SYTUACJI FAKTYCZNO-PRAWNEJ ZWIĄZANEJ Z AUKCJĄ NA
REZERWACJE CZĘSTOTLIWOŚCI Z PASMA 800 MHZ ORAZ PASMA 2,6
GHZ

przygotowana na zlecenie:

P4 SP. Z O.O. Z SIEDZIBĄ W WARSZAWIE

SPORZĄDZONA: 4 WRZEŚNIA 2015 ROKU W WARSZAWIE

I. ŹRÓDŁA PRAWA

- | | |
|-------|--|
| (1). | Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 2004 nr 90, poz. 864/2 ze zm.); |
| (2). | Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.); |
| (3). | Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U.U.E.L. 2002 nr 108, poz. 33 ze zm.); |
| (4). | Dyrektywa 2002/20/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U.U.E.L. 2002 nr 108, poz. 21 ze zm.); |
| (5). | Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 121 ze zm.); |
| (6). | Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.); |
| (7). | Ustawa z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 243, ze zm.); |
| (8). | Ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2012 r., poz. 1445). |
| (9). | Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 czerwca 2005 r. w sprawie Krajowej Tablicy Przeznaczeń Częstotliwości (Dz.U. Nr 134, poz. 1127 ze zm.); |
| (10). | Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz.U. 2013, poz. 835 ze zm.); |
| (11). | Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908). |

II. DEFINICJE I SKRÓTY

DEFINICJE I SKRÓTY:							
(1).	<table><tr><td>„P4”</td><td>P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-677), ul. Taśmowa 7;</td></tr><tr><td>(2).</td><td><table><tr><td>„Opiniujący”</td><td>prof. dr hab. Marek Chmaj, Chmaj i Wspólnicy Sp.k. w Warszawie;</td></tr></table></td></tr></table>	„P4”	P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-677), ul. Taśmowa 7;	(2).	<table><tr><td>„Opiniujący”</td><td>prof. dr hab. Marek Chmaj, Chmaj i Wspólnicy Sp.k. w Warszawie;</td></tr></table>	„Opiniujący”	prof. dr hab. Marek Chmaj, Chmaj i Wspólnicy Sp.k. w Warszawie;
„P4”	P4 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-677), ul. Taśmowa 7;						
(2).	<table><tr><td>„Opiniujący”</td><td>prof. dr hab. Marek Chmaj, Chmaj i Wspólnicy Sp.k. w Warszawie;</td></tr></table>	„Opiniujący”	prof. dr hab. Marek Chmaj, Chmaj i Wspólnicy Sp.k. w Warszawie;				
„Opiniujący”	prof. dr hab. Marek Chmaj, Chmaj i Wspólnicy Sp.k. w Warszawie;						

(3).	„Konstytucja”	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.);
(4).	„p.t.”	Ustawa z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. 2014, poz. 243, ze zm.);
(5).	„rozporządzenie z 2013r.”	Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (Dz. U. 2013, poz. 835 ze zm.);
(6).	„UKE”	Urząd Komunikacji Elektronicznej;
(7).	„Aukcja”	postępowania aukcyjne do dystrybucji pasma 800 i 2600 MHz wszczęte decyzją Prezesa UKE z dnia 10 października 2014 r.;
(8).	„ZTP”	Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908);
(9).	„KTPC”	Krajowa Tablica Przeznaczeń Częstotliwości;
(10).	„dyrektywa ramowa”	Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U.U.E.L. 2002 nr 108, poz. 33 ze zm.);
(11).	„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 (Dz.U.U.E.L. 2002 nr 108, poz. 21 ze zm.);
(12).	„TFUE”	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 2004 nr 90, poz. 864/2 ze zm.);
(13).	„Projekt”	Projekt rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji zmieniającego rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych;
(14).	„Dokumentacja aukcyjna”	Dokumentacja aukcyjna na 19 rezerwacji częstotliwości z zakresów 791-796 MHz oraz 832-837 MHz, 796-801 MHz oraz 837-842 MHz, 801-806 MHz oraz 842-847 MHz, 806-811 MHz oraz 847-852 MHz, 811-816 MHz oraz 852-857 MHz, 2500-2505 MHz oraz 2620-2625 MHz, 2505-2510 MHz oraz 2625-2630 MHz, 2510-2515 MHz oraz

	2630-2635 MHz, 2515-2520 MHz oraz 2635-2640 MHz, 2520-2525 MHz oraz 2640-2645 MHz, 2525-2530 MHz oraz 2645-2650 MHz, 2530-2535 MHz oraz 2650-2655 MHz, 2535-2540 MHz oraz 2655-2660 MHz, 2540-2545 MHz oraz 2660-2665 MHz, 2545-2550 MHz oraz 2665-2670 MHz, 2550-2555 MHz oraz 2670-2675 MHz, 2555-2560 MHz oraz 2675-2680 MHz, 2560-2565 MHz oraz 2680-2685 MHz, 2565-2570 MHz oraz 2685-2690 MHz, każda na obszarze całego kraju, przeznaczona do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lub stałej, opublikowane na BIP UKE;
(15).	„k.c.” Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. 2014, poz. 121 ze zm.);
(16).	„Uokik” Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.);
(17).	„NZK” Najwyższa zadeklarowana kwota, tj. oferta zajmująca pierwsze miejsce w rankingu, zgodnie z Dokumentacją aukcyjną.
(18).	„Komisja” Komisja aukcyjna

III. WYKAZ DOKUMENTÓW

- (1). Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji zmieniające rozporządzenie w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych (projekt z dnia 27 sierpnia 2015 r.).
- (2). Dokumentacja aukcyjna na 19 rezerwacji częstotliwości z zakresów 791-796 MHz oraz 832-837 MHz, 796-801 MHz oraz 837-842 MHz, 801-806 MHz oraz 842-847 MHz, 806-811 MHz oraz 847-852 MHz, 811-816 MHz oraz 852-857 MHz, 2500-2505 MHz oraz 2620-2625 MHz, 2505-2510 MHz oraz 2625-2630 MHz, 2510-2515 MHz oraz 2630-2635 MHz, 2515-2520 MHz oraz 2635-2640 MHz, 2520-2525 MHz oraz 2640-2645 MHz, 2525-2530 MHz oraz 2645-2650 MHz, 2530-2535 MHz oraz 2650-2655 MHz, 2535-2540 MHz oraz 2655-2660 MHz, 2540-2545 MHz oraz 2660-2665 MHz, 2545-2550 MHz oraz 2665-2670 MHz, 2550-2555 MHz oraz 2670-2675 MHz, 2555-2560 MHz oraz 2675-2680 MHz, 2560-2565 MHz oraz 2680-2685 MHz, 2565-2570 MHz oraz 2685-2690 MHz, każda na obszarze całego kraju, przeznaczona do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lub stałej, opublikowane na BIP UKE.

IV. PRZEDMIOT OPINII

Przedmiotem niniejszej opinii jest ocena sytuacji faktyczno-prawnej Aukcji rozpoczętej decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 10 października 2014 r. na dystrybucję pasma na 19 rezerwacji częstotliwości z zakresów 800 MHz i 2600 MHz.

V. KONKLUZJE

- 1. PROJEKT ROZPORZĄDZENIA MINISTRA ADMINISTRACJI I CYFRYZACJI ZMIENIAJĄCY ROZPORZĄDZENIE W SPRAWIE PRZETARGU, AUKCJI ORAZ KONKURSU NA REZERWACJĘ CZĘSTOTLIWOŚCI LUB ZASOBÓW ORBITALNYCH JEST NIEZGODNY Z ART. 2, 7 I 22 KONSTYTUCJI;**
- 2. BRAK ZAPEWNIENIA W PROJEKCIE PRZEJRZYSTOŚCI ZASAD WYŁONIENIA ZWYCIĘZCY JEST SPRZECZNY Z ZASADĄ PRAWORZĄDNOŚCI;**
- 3. ZAPROPONOWANA ZMIANA NIE GWARANTUJE STABILIZACJI WARUNKÓW AUKCJI POZWALAJĄCYCH UCZESTNIKOM NA ZAPLANOWANIE STRATEGII LICYTACJI ORAZ UZYSKANIE CENY RYNKOWEJ WIDMA. Z UWAGI NA POWYŻSZE PROJEKT JEST SPRZECZNY Z ZASADĄ PROPORCJONALNOŚCI;**
- 4. PROJEKT NARUSZA ZASADĘ NIERETOAKCJI. NIEZGODNOŚĆ Z TĄ ZASADĄ WYNIKA Z NADMIERNEJ INGERENCJI W UKSZTAŁTOWANĄ SYTUACJĘ PRAWNĄ UCZESTNIKÓW AUKCJI. ZASTOSOWANIE PRZEPISÓW PROJEKTU DO TOCZĄCEJ SIĘ AUKCJI BĘDZIE MIAŁO NEGATYWNE SKUTKI DLA RYNKU TELEKOMUNIKACYJNEGO.**

5. WSKAZANY PRZEZ PROJEKTODAWCĘ OKRES *VACATIO LEGIS* JEST ZA KRÓTKI. NARUSZA TO WYNIKAJĄCĄ Z ART. 2 KONSTYTUCJI ZASADĘ PRZYZWOITEJ LEGISLACJI;

6. PROJEKT, POPRZEZ BRAK JASNYCH I PRZEWIDYWALNYCH REGUŁ ZAKOŃCZENIA AUKCJI, OGRANICZA PROWADZENIE DZIAŁALNOŚCI TELEKOMUNIKACYJNEJ. PROPONOWANA REGULACJA POZOSTAJE W SPRZECZNOŚCI Z ART. 22 KONSTYTUCJI;

VI. STAN FAKTYCZNY

1. PRZEDMIOT AUKCJI

Decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 10 października 2014r. zostało rozpoczęte postępowania aukcyjne na dystrybucję pasma 800 i 2600 MHz.

Przedmiotem aukcji jest 19 rezerwacji częstotliwości, w tym: 5 bloków częstotliwości o szerokości 2x5 MHz każdy z pasma 800 MHz oraz 14 bloków częstotliwości o szerokości 2x5 MHz każdy z pasma 2,6 GHz. Jako pasmo 800 MHz należy rozumieć częstotliwości z zakresu 791-816 MHz oraz 832-857 MHz, natomiast pasmo 2,6 GHz to zakres 2500-2570 MHz oraz 2620-2690 MHz.

Oferowane zasoby częstotliwości są przeznaczone do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lub stałej na obszarze całej Polski. Zwycięzcy aukcji będą uprawnieni do wykorzystywania częstotliwości przez okres 15 lat od dnia doręczenia decyzji Prezesa UKE w sprawie rezerwacji tych częstotliwości.

Dokumentacja aukcyjna przewiduje, że każdy z podmiotów biorących udział w aukcji (przy uwzględnieniu postanowień dotyczących grupy kapitałowej wskazanych w dokumentacji aukcyjnej) będzie mógł w wyniku jej przeprowadzenia uzyskać: maksymalnie dwie rezerwacje częstotliwości z pasma 800 MHz (co stanowi łącznie 20 MHz widma z pasma 800 MHz) oraz

maksymalnie trzy rezerwacje częstotliwości z pasma 2,6 GHz (co stanowi łącznie 60 MHz widma z pasma 2,6 GHz).

2. ZASADY AUKCJI

Będzie to pierwsza w Polsce aukcja na rezerwację częstotliwości. Szczegóły aukcji zostały określone w dokumentacji aukcyjnej opublikowanej w Biuletynie Informacji Publicznej UKE. Warunkiem wzięcia udziału w aukcji było złożenie oferty wstępnej na co najmniej jedną rezerwację częstotliwości z pasma 800 MHz lub pasma 2,6 GHz, wniesienie opłaty za dokumentację aukcyjną, wniesienie wadium, podanie w ofercie wstępnej numeru rachunku bankowego, na który następuje zwrot wadium oraz zwrot depozytu, podanie w ofercie wstępnej adresu do doręczeń oraz danych pięciu osób reprezentujących uczestnika aukcji.

Wysokość wadium dla jednej rezerwacji częstotliwości z pasma 800 MHz została określona na 6 000 000 zł (sześć milionów złotych), natomiast jednej rezerwacji częstotliwości z pasma 2,6 GHz na 2 000 000 zł (dwa miliony złotych). Termin składania ofert wstępnych upłynął w dniu 24 listopada 2014 r.

W I etapie aukcji 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. Uczestnicy, którzy spełniają minimum kwalifikacyjne zostają poinformowani o zakwalifikowaniu do drugiego etapu aukcji. Minimum kwalifikacyjne oznacza warunki, jakie powinna spełnić oferta, aby uczestnik aukcji składający ofertę mógł zostać uznany za podmiot wyłoniony w aukcji na dany blok częstotliwości. Minimum kwalifikacyjne w aukcji zostało ustalone odrębnie dla każdego bloku częstotliwości.

Drugi etap aukcji miał być przeprowadzony za pośrednictwem Elektronicznego Systemu Aukcyjnego (ESA), do którego dostęp uzyskuje się za pomocą aplikacji aukcyjnej, komunikującej się z ESA za pośrednictwem sieci Internet. Uczestnicy aukcji mieli okazję zapoznać się z obsługą ESA podczas aukcji próbnej. Dostęp do systemu dla uczestników zakwalifikowanych do II etapu aukcji jest możliwy za pośrednictwem sieci Internet po uprzednim zalogowaniu.

Drugi etap aukcji miał być przeprowadzony w formie aukcji równoczesnej, rosnącej i wielorundowej (SMRA – Simultaneous Multiple Round Ascending). Oznacza to, iż wszystkie bloki częstotliwości są dostępne jednocześnie, cena bloku częstotliwości rośnie po każdej rundzie. W II etapie aukcji przewidzianych jest wiele rund. Przed każdą rundą Aukcji, uczestnik jest informowany za pośrednictwem ESA, m. in. o blokach częstotliwości, na których oferta tego uczestnika stanowi pierwsze miejsce w rankingu (tj. stanowi NZK), aktualnej sumie ważnych ofert tego uczestnika, sumie NZK, po której zostanie ogłoszona konieczność wniesienia depozytu. Po raz pierwszy Komisja miała ogłosić konieczność wniesienia depozytu w przypadku, gdy suma NZK dla wszystkich bloków częstotliwości po danej rundzie będzie równa lub większa od 2 000 000 000 zł (słownie: dwa miliardy złotych), co stanowi 125% sumy cen wywoławczych za wszystkie bloki częstotliwości. Po raz kolejny Komisja powinna ogłosić konieczność wniesienia depozytu za każdym razem, gdy suma NZK będzie wzrastała o kolejne 800 000 000 zł (słownie: osiemset milionów złotych), tj. gdy będzie wzrastała o kolejne 50% sumy cen wywoławczych za wszystkie bloki częstotliwości. Za każdym razem, gdy konieczność wniesienia depozytu zostanie ogłoszona po raz drugi lub kolejny, uczestnik aukcji będzie miał obowiązek wyrównać kwotę uprzednio wniesionego depozytu w taki sposób, aby wynosiła ona co najmniej 25% sumy jego wszystkich ważnych ofert w momencie aktualnego ogłoszenia konieczności wniesienia depozytu.

Istotnym jest wskazanie, że w obowiązującej regulacji Aukcji, każdy uczestnik aukcji ma prawo do wycofania się z Aukcji. Podczas II etapu Aukcji uczestnik może się z niej wycofać, za pośrednictwem ESA, podczas etapu składania ofert.

W II etapie aukcji, uczestnicy aukcji będą składać oferty na abstrakcyjne bloki częstotliwości (bloki częstotliwości, których częstotliwości graniczne nie są zdefiniowane). Bloki częstotliwości, których dotyczy Aukcja, zostały wskazane w dokumentacji aukcyjnej: jest to pięć bloków częstotliwości powiązanych z pasmem 800 MHz oraz czternaście bloków częstotliwości powiązanych z pasmem 2,6 GHz. Tym samym, uczestnik aukcji składając w II etapie aukcji ofertę blok częstotliwości składa ofertę na jedną z rezerwacji częstotliwości z pasma 800

MHz lub pasma 2,6 GHz bez wskazywania, której konkretnie rezerwacji częstotliwości oferta ta dotyczy. Przydział abstrakcyjnych bloków częstotliwości do konkretnych rezerwacji częstotliwości zostanie dokonany przez Prezesa UKE w odrębnych postępowaniach rezerwacyjnych prowadzonych po zakończeniu aukcji. Prezes UKE dokona rezerwacji częstotliwości na rzecz podmiotów wyłonionych przede wszystkim z uwzględnieniem zasady efektywności wykorzystywania częstotliwości i optymalizacji zarządzania widmem. Prezes UKE dokona rezerwacji częstotliwości biorąc pod uwagę ewentualne stanowiska wyłonionych podmiotów, w szczególności dotyczące przyległości zakresów częstotliwości danego podmiotu wyłonionego.

3. REGULACJE DOTYCZĄCE AUKCJI

Podstawą wszczęcia i przebiegu Aukcji są przepisy ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych.

W toku Aukcji Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji przedstawiło projekt zmiany rozporządzenia w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych. Zgodnie z § 2 Projektu, przepisy nowelizacji będą stosowane do aukcji rozpoczętych i niezakończonych w dniu wejścia w życie zmian. Zgodnie z Projektem zmienione rozporządzenie wejdzie w życie w dniu 1 października 2015 r.

VII. STAN PRAWNY

1. ANALIZA PRZEPISÓW DYREKTYWY RAMOWEJ I DYREKTYWY O ZEZWOLENIACH I ICH ZNACZENIA DLA KRAJOWEGO PORZĄDKU PRAWNEGO

W art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej wskazane zostały rodzaje źródeł prawa Unii. Są nimi rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie. Akty prawne Unii wymienione w art. 288 TFUE można podzielić na różne kategorie, w szczególności: 1) akty prawnie wiążące i akty prawnie niewiążące oraz 2) akty normatywne i inne akty. Do aktów prawnie wiążących należy zaliczyć rozporządzenia, dyrektywy i decyzje, natomiast do aktów prawnie niewiążących zalecenia i opinie.

Dyrektywa unijna wiąże w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty. Obowiązek ten nie ogranicza się do zaistnienia wymaganego stanu prawnego, ale obejmuje także efektywne stosowanie norm dyrektywy. Ustalenie rezultatu, który musi być osiągnięty, odbywa się na drodze wykładni wszystkich przepisów dyrektywy i jej preambuły. W ten sposób ustala się generalny cel dyrektywy. Poszczególne normy dyrektywy zawierają również szczegółowe cele. Dyrektywy nie zawierają jednak nigdy odrębnego rozdziału, czy części określającej precyzyjnie "cele do osiągnięcia". Trybunał Sprawiedliwości w interpretacji norm dyrektyw i zakresu obowiązku spoczywającego na państwach członkowskich korzysta z wielu metod interpretacyjnych, ustalając m.in., czy dana dyrektywa wymaga od państw członkowskich osiągnięcia maksymalnej, częściowej lub minimalnej harmonizacji (A. Kunkiel-Kryńska, *Granice swobody implementacyjnej*, Europejski Przegląd Sądowy, 2008).

Dyrektywa jest najważniejszym instrumentem legislacji unijnej, który służy harmonizacji praw państw członkowskich. W przeciwieństwie do procesu ustanawiania jednolitych reguł, harmonizacja jest formą ograniczonej interwencji prawa unijnego wobec praw krajowych. Harmonizacja za pomocą dyrektyw jest procesem bezpośrednim, w przeciwieństwie do harmonizacji pośredniej, która polega na zbliżaniu się praw państw członkowskich np. w wyniku interpretacji swobód rynku wewnętrznego. W ramach procesu bezpośredniego wyróżnić należy następujące rodzaje harmonizacji: maksymalna, częściowa lub minimalna

(B. Kurcz, *Komentarz do art. 288 TFUE [w:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*. Komentarz, pod red. A. Wróbel, LEX 2012).

Po wejściu w życie dyrektywy państwa członkowskie są zobowiązane do wszczęcia działań, które w określonym terminie zapewnią osiągnięcie rezultatu przewidzianego w dyrektywie. Za prawidłową implementację dyrektyw odpowiedzialne są państwa członkowskie i ich organy. Niekoniecznie muszą to być organy centralne, mogą to być również organy administracji regionalnej. Polityczno-kulturowy aspekt implementacji związany jest ze specyfiką i szczególnymi uwarunkowaniami gospodarczymi, społecznymi i prawnymi, które są brane pod uwagę przy ustalaniu krajowego sposobu implementacji. Państwo członkowskie ma dowolność w sposobie i trybie implementacji dyrektywy (B. Kurcz, *Komentarz do art. 288 TFUE [w:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*. Komentarz, pod red. A. Wróbel, LEX 2012).

Implementacja dyrektyw może obejmować wiele etapów w celu osiągnięcia rezultatu zakładanego przez dyrektywę. Najważniejsze jest jednak podjęcie takich działań, które będą odpowiadać istocie dyrektywy i dostosowanie regulacji krajowych do jej celu. Dla Trybunału Sprawiedliwości najważniejszym kryterium oceny właściwego funkcjonowania norm dyrektyw w prawie krajowym jest zapewnienie im pełnej skuteczności w praktyce i w ten sposób pełne osiągnięcie wyznaczonego rezultatu. Nie chodzi tylko o odpowiedni wybór organów krajowych odpowiedzialnych za implementację, ale również o praktykę sądową. W ramach kompetencji organów sądowych mieści się ocena działań organów prawodawczych i wykonawczych oraz realizacja praw podmiotowych wynikających z norm dyrektyw. Zakres "implementacji sądowej", a w szczególności kontrola praw jednostek wynikających z dyrektyw, zależy przede wszystkim od tego, w jakim stopniu normy tych dyrektyw mają na celu przyznanie praw jednostkom, oraz od tego, czy kontrola sądowa następuje przed czy po upływie wyznaczonego terminu implementacji. Jeśli następuje ona przed upływem wyznaczonego terminu implementacji, wtedy najważniejszym zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy państwo członkowskie zakończyło proces implementacyjny. W przypadku zakończenia procesu implementacyjnego jeszcze przed upływem wyznaczonego w dyrektywie terminu, organy sądowe państw

członkowskich są zobowiązane stosować krajowe normy implementujące dokładnie w ten sam sposób jak po upływie terminu. Jeżeli proces implementacyjny nie jest zakończony, sąd krajowy ma obowiązek powstrzymać się od działań naruszających rezultat, który ma być osiągnięty przez dyrektywę. W przypadku nieosiągnięcia lub niemożności osiągnięcia rezultatu założonego w dyrektywie przez normy krajowe w wyznaczonym przez nią terminie, normy dyrektywy nie tylko obowiązują bezpośrednio, ale mogą być także po spełnieniu odpowiednich warunków stosowane jak każde inne normy krajowe. Bezpośredni skutek ma w takim wypadku charakter sankcyjny za nieprawidłową lub nieterminową implementację. Nie jest to zasada traktatowa, ale wypracowana przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Skuteczność dyrektywy byłaby zmniejszona, gdyby jednostka nie mogła powoływać się chociażby na niektóre jej normy przed sądem państwa członkowskiego w przypadku nieosiągnięcia przez państwo założonego w dyrektywie rezultatu. (B. Kurcz, *Komentarz do art. 288 TFUE* [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*. Komentarz, pod red. A. Wróbel, LEX 2012).

W zakresie ram regulacyjnych sieci i usług łączności obowiązuje dyrektywa 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) oraz dyrektywa 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).

W dyrektywie ramowej zaznaczono, że częstotliwości radiowe są dobrem publicznym, które ma istotną wartość społeczną, kulturalną i ekonomiczną. Państwa członkowskie powinny zapewniać efektywne zarządzanie częstotliwościami radiowymi do celów świadczenia usług łączności elektronicznej na ich terytorium. Regulacje krajowe powinny gwarantować, aby przydział widma na użytek usług łączności elektronicznej i wydawanie zezwoleń ogólnych lub indywidualnych praw do użytkowania takich częstotliwości radiowych przez właściwe organy krajowe odbywały się według obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych kryteriów (art. 9 ust. 1 dyrektywy ramowej).

Zgodnie z brzmieniem przepisów dyrektywy o zezwoleniach, ustanawiając kryteria stosowane w procedurze selekcji konkurencyjnej lub porównawczej, krajowe organy regulacyjne winny zapewnić realizację celów określonych w art. 8 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 (pkt 23 preambuły dyrektywy o zezwoleniach). Państwa członkowskie mogą ograniczyć przyznawanie praw użytkowania częstotliwości radiowych, przy uwzględnieniu kryteriów selekcji, które muszą być obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne oraz proporcjonalne (art. 7 ust. 3 dyrektywy o zezwoleniach).

2. ANALIZA PRZEPISÓW KRAJOWYCH

Zasady gospodarowania częstotliwościami radiowymi uregulowane zostały w ustawie z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne. Służy temu Krajowa Tablica Przeznaczeń Częstotliwości, która jest podstawowym narzędziem prawnym w zakresie gospodarki częstotliwościami (art. 111 ust. 1 p.t.). Na podstawie KTPC Prezes UKE przygotowuje plany zagospodarowania częstotliwości (art. 112 ust. 1 p.t.). Częstotliwości mogą być używane jako cywilne, rządowe i cywilno-rządowe (art. 111 ust. 2 p.t.). Zgodnie z art. 111 ust. 1 p.t. pojęcie częstotliwości obejmuje częstotliwości i zakresy częstotliwości.

Częstotliwości są dobrem ograniczonym i dlatego niezwykle istotna jest prawidłowa gospodarka nimi. Państwo musi określić w odpowiednim akcie prawnym sposób ich wykorzystania i zagospodarowania zgodnie z aktualnym stanem rozwoju technologii i rynku, na którym są oferowane usługi oparte na wykorzystaniu tych częstotliwości. Aktem tym jest KTPC. Częstotliwości są niezbędne do prowadzenia różnego rodzaju działalności i przeważnie popyt na nie przewyższa podaż. Niezbędne zatem staje się stworzenie mechanizmów zapewniających prawidłowe ich rozdysponowanie. Krajowa Tablica Przeznaczeń

Częstotliwości jest podstawą do dokonywania rezerwacji częstotliwości oraz wydawania pozwoleń radiowych, a także ich zmiany (M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, LEX 2010).

W przypadku uwolnienia nowych częstotliwości, np. w wyniku zmiany użytkowania częstotliwości z rządowego na cywilne lub cywilno-rządowe czy też wygaśnięcia istniejących rezerwacji – zainteresowane uzyskaniem rezerwacji podmioty mogą ubiegać się o jej dokonanie. Jeżeli wolne zasoby odpowiadają wnioskowanemu zapotrzebowaniu zainteresowanych podmiotów, Prezes UKE dokonuje w drodze decyzji administracyjnej rezerwacji częstotliwości. W przypadku braku dostatecznych zasobów częstotliwości, Prezes UKE przeprowadza postępowanie przetargowe w celu wyłonienia podmiotów, dla których zostanie dokonana rezerwacja częstotliwości. Warunkiem podjęcia działalności telekomunikacyjnej jest uzyskanie wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 10 i n. p.t.) oraz rezerwacja częstotliwości i zasobów orbitalnych. Według art. 2 pkt 53 p.t. zasoby orbitalne to pozycje na orbicie geostacjonarnej lub orbity satelitarne, które są lub mogą być wykorzystywane do umieszczania sztucznych satelitów Ziemi przeznaczonych do zapewnienia telekomunikacji.

Prezes UKE jest organem wyłącznie uprawnionym do dokonania, zmiany lub cofnięcia rezerwacji częstotliwości. Natomiast w przypadku rezerwacji częstotliwości na cele rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych powinien ich dokonać, zmienić je lub cofnąć w porozumieniu z Przewodniczącym Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji.

Przepisy art. 116 i n. p.t. w zakresie rozdysponowywania częstotliwości stanowią realizację postanowień dyrektywy UE. Postanowienia art. 8 dyrektywy ramowej przewidują m.in. obowiązek wspierania skutecznego wykorzystywania oraz zarządzania radiowymi częstotliwościami i zasobami numeracyjnymi. Realizację tych celów krajowe władze regulacyjne powinny zapewnić ustanawiając kryteria stosowane w procedurze selekcji prowadzonej zgodnie z zasadami konkurencji (pkt 23 preambuły dyrektywy o zezwoleniach). Kiedy zostanie złożony wniosek o przyznanie częstotliwości radiowych dotyczący określonego zakresu, którego dostępność jest ograniczona, przy przydzielaniu takich częstotliwości powinny

zostać zastosowane odpowiednie i jawne procedury, tak aby uniknąć jakiegokolwiek dyskryminacji i zoptymalizować wykorzystanie tych ograniczonych zasobów (pkt 22 dyrektywy o zezwoleniach). Inne wymogi w zakresie procedury ograniczania liczby praw użytkowania częstotliwości radiowych, które mają zostać przyznane, określa art. 7 dyrektywy ramowej (M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, LEX 2010).

Przepis art. 116 ust. 1 reguluje formy wylaniania podmiotu, na rzecz którego zostanie dokonana rezerwacja częstotliwości w przypadku braku dostatecznych zasobów częstotliwości, tj. konkurs, przetarg lub aukcja. Przetarg, aukcję i konkurs przeprowadza Prezes UKE (art. 116 ust. 6 p.t.). Termin zakończenia przetargu, aukcji albo konkursu nie może być dłuższy niż 8 miesięcy od dnia wpłynięcia wniosku o rezerwację częstotliwości (art. 116 ust. 6 p.t.).

Przetarg albo konkurs musi być ogłoszony niezwłocznie po zakończeniu postępowania konsultacyjnego w tej sprawie (art. 118 ust. 1 p.t.). Prezes UKE może także po przeprowadzeniu postępowania konsultacyjnego odstąpić od przeprowadzenia przetargu lub konkursu. Czas trwania postępowania konsultacyjnego jest określony w art. 16 ust. 2 p.t. i o ile Prezes UKE nie ustali dłuższego terminu, trwa ono 30 dni od dnia ogłoszenia rozpoczęcia tego postępowania. Okres ten nie może być skrócony decyzją Prezesa UKE.

Ogłoszenie o przetargu albo konkursie powinno zawierać oznaczenie przedmiotu przetargu albo konkursu, jego zakres, warunki uczestnictwa oraz kryteria oceny ofert. Poza tymi obligatoryjnymi informacjami w ogłoszeniu mogą się także znaleźć dodatkowe informacje. W dokumentacji przetargowej albo konkursowej mogą być określone warunki wykonywania działalności telekomunikacyjnej wymagającej wykorzystania zasobów częstotliwości objętych przetargiem albo konkursem (art. 118 ust. 3 p.t.).

Kryterium oceny ofert w ramach aukcji jest wysokość kwoty zadeklarowanej przez uczestnika aukcji (art. 118 a ust. 2a p.t.).

W ogłoszeniu o aukcji określa się wysokość wadium. Wadium powinno być wniesione najpóźniej w chwili złożenia oferty. Wysokość wadium nie może być niższa niż 5 % jednorazowej opłaty, o której mowa w art. 185 ust. 4 p.t., i wyższa

niż 200 % tej opłaty, jednakże nie niższa niż 500 złotych (art. 119 ust. 2 p.t.). Zgodnie z art. 185 ust. 4 p.t. opłata ta stanowi 50% rocznej opłaty za prawo do dysponowania częstotliwościami będącymi przedmiotem przetargu. W ogłoszeniu o przetargu określa się wysokość wadium, natomiast w dokumentacji przetargowej powinien być określony sposób i termin wniesienia kwoty wadium. Wysokość opłat za prawo do dysponowania częstotliwościami oraz termin i sposób ich uiszczenia określa w drodze rozporządzenia Rada Ministrów (art. 185 ust. 11 p.t.).

Podmiotem wyłonionym w drodze aukcji może być uczestnik, który pełnił warunki uczestnictwa aukcji oraz osiągnął minimum kwalifikacyjne, jeżeli zostało określone w dokumentacji oraz osiągnął najwyższą liczbę punktów (art. 118b ust. 1 pkt 2 p.t.).

Tryb ogłaszania aukcji zapewniający właściwe poinformowanie podmiotów zainteresowanych uzyskaniem rezerwacji częstotliwości został określony w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji (art. 120 p.t.). Aktualnie, zgodnie z przepisem upoważniającym obowiązuje Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 19 lipca 2013 r. w sprawie przetargu, aukcji oraz konkursu na rezerwację częstotliwości lub zasobów orbitalnych. Proces przeprowadzenia aukcji został określony w § 27-§ 31 obowiązującego rozporządzenia.

Na wstępie, po upływie terminu na składanie ofert powołana komisja na zwołanym posiedzeniu otwiera oferty wstępne złożone w terminie, a następnie, z zachowaniem kolejności złożenia ofert wstępnych, sporządza listę oferentów, którzy złożyli oferty wstępne w terminie (§ 27 ust. 1 rozporządzenia). Lista oferentów zostaje ogłoszona przez Prezesa UKE na stronie podmiotowej BIP UKE (§ 27 ust. 2 rozporządzenia). Ofertę wstępną złożoną po terminie Prezes UKE zwraca oferentowi bez otwierania.

Aukcja odbywa się w dwóch etapach. Pierwszy etap obejmuje sprawdzenie ofert pod względem formalnym, m.in.: złożenie oferty wstępnej w miejscu i formie określonych w ogłoszeniu, wniesienie wadium w sposób oraz w wysokości i terminie określonych w ogłoszeniu o aukcji oraz w dokumentacji aukcyjnej, zgodność złożonej oferty wstępnej z wymaganiami określonymi w dokumentacji

(§ 29 ust. 1 rozporządzenia). W ramach I etapu komisja ustala prawa uczestnika aukcji do składania ofert w pierwszej rundzie aukcji (§ 29 ust. 2 rozporządzenia). Pierwszy etap kończy się podjęciem przez komisję uchwały wskazującej oferty zakwalifikowane oraz niezakwalifikowane do drugiego etapu aukcji (§ 29 ust. 3 rozporządzenia).

Szczegóły drugiego etapu określone są w dokumentacji aukcyjnej. W ramach II etapu przeprowadzana jest co najmniej jedna licytacja. Każda licytacja składa się co najmniej z jednej rundy (§ 30 ust. 1 rozporządzenia). Drugi etap aukcji kończy się w momencie wskazanym w dokumentacji aukcyjnej (§ 31 ust. 1 rozporządzenia). Po zakończeniu II etapu aukcji komisja podejmuje uchwałę, w której wskazuje liczbę rund aukcji, podaje informację o przebiegu każdej rundy, a dla ostatniej rundy dodatkowo wynikające z nich oceny punktowe uzyskane przez poszczególne oferty (§ 31 ust. 2 rozporządzenia).

W Projekcie nowego rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 27 sierpnia 2015 r. nowelizacji poddano § 31 ust. 1 rozporządzenia, który ma otrzymać brzmienie:

II etap aukcji kończy się w momencie wskazanym w dokumentacji aukcyjnej, a w przypadku niezakończenia II etapu aukcji w ciągu 115 dni aukcyjnych - w dniu aukcyjnym następującym po 115 dniu aukcyjnym II etapu aukcji. W dniu aukcyjnym następującym po 115 dniu aukcyjnym II etapu aukcji przeprowadza się jedną rundę, która kończy II etap aukcji.”;

Jednocześnie, dodano do § 31 ust. 1a-1g, w których określono zasady postępowania w II etapie aukcji.

W Projekcie wskazano, do aukcji rozpoczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia stosuje się przepisy rozporządzenia zmienianego z wyjątkiem okresu zakończenia II etapu aukcji. Zgodnie z Projektem zakończenie II etapu aukcji nastąpi nie wcześniej niż po upływie 5 dni roboczych od dnia wejścia w życie Projektu. Informację, o miejscu i terminie oraz sposobie składania ofert aukcyjnych w rundzie komisja przekazuje uczestnikom aukcji w dniu roboczym poprzedzającym dzień, w którym odbędzie się runda. (§ 1 ust. 2 Projektu).

Zaproponowana zmiana będzie miała zastosowanie do trwających aukcji (§ 2 Projektu). Przepisy wskazane w Projekcie wejdą w życie z dniem następnym po dniu ogłoszenia (§ 3 Projektu).

VIII. ANALIZA PRAWNA

1. NOWELIZACJA ROZPORZĄDZENIA MINISTRA ADMINISTRACJI I CYFRYZACJI Z 2013 R.

Zgodnie z brzmieniem przepisu upoważniającego, tj. art. 120 p.t. minister właściwy do spraw łączności, powinien określić tryb ogłaszania i przeprowadzania postępowania przetargowego, aukcji oraz konkursu. W ustawowej podstawie do wydania rozporządzenia wyraźnie jest wskazane, że w rozporządzeniu powinny być określone "warunki i tryb organizowania, przeprowadzania i zakończenia przetargu, aukcji oraz konkursu" (art. 120 pkt 2 p.t.). W rozporządzeniu powinny być więc określone nie tylko warunki i tryb przeprowadzania przetargu, ale także tryb organizowania i zakończenia przetargu, aukcji oraz konkursu.

Analizując § 31 ust. 1 Projektu wydanego na podstawie art. 120 p.t. wskazać należy, że jako alternatywa do obowiązującego rozporządzenia, został wskazany maksymalny czas trwania II etapu akcji, tj. 115 dni. Zaś, dla akcji trwających zakończenie II etapu aukcji nastąpi nie wcześniej niż 5 dni po dniu wejścia w życie Projektu. W obowiązującym brzmieniu rozporządzenia moment końca aukcji był wyznaczany w dokumentacji aukcyjnej.

Przedmiotowa nowelizacja budzi wątpliwości w zakresie zgodności z obowiązującym prawem, w tym zgodności z normami Konstytucyjnymi. Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia (art. 87 ust. 1 Konstytucji). Rozporządzenia są aktami normatywnymi podstawowymi, wydawanymi na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Rozporządzenia mają charakter subsydiarny w stosunku do ustaw. Zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 Konstytucji,

rozporządzenia mogą być wydawane wyłącznie przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Z przepisów konstytucji wynika, że rozporządzenia, o których mowa w art. 92 ust. 1, wydawane mogą być przez: Prezydenta RP (art. 142 ust. 1), Radę Ministrów (art. 146 ust. 4 pkt 2), Prezesa Rady Ministrów (art. 148 pkt 3), ministrów kierujących określonymi działami administracji rządowej (art. 149 ust. 2), przewodniczących komitetów, powoływanych w skład Rady Ministrów (art. 149 ust. 3) i Krajową Radę Radiofonii i Telewizji (art. 213 ust. 2).

Projekt rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji, jako organu określonego w normie art. 120 p.t., po jego wydaniu, będzie stanowił źródło powszechnie obowiązującego prawa. Z tego względu, przepisy rozporządzenia powinny realizować cel wykonawczy przepisu upoważniającego zawartego w p.t. oraz pozostawać w zgodności z pozostałymi przepisami Prawa telekomunikacyjnego.

1.1. OCENA ZGODNOŚCI PROJEKTU Z ART. 2 KONSTYTUCJI

Projektowany przepis należy poddać analizie pod względem zgodności z art. 2 Konstytucji, który stanowi, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym.

Ocena konstytucyjności analizowanej Ustawy w świetle powołanego przepisu winna opierać się na analizie następujących zasad wyinterpretowanych z treści art. 2 Konstytucji, a mianowicie: zasady nieretroakcji (zakaz wstecznego działania prawa; zasada *lex retro non agit*), zasady zaufania obywateli do państwa, zasady praworządności, zasady sprawiedliwości społecznej, zasady proporcjonalności oraz zasady przyzwoitej legislacji. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie dawał wyraz stanowisku, że „w razie zakwestionowania zgodności aktu normatywnego ze standardami demokratycznego państwa prawnego, skonkretyzowanymi i rozwiniętymi w odrębnych postanowieniach ustawy zasadniczej, podstawę kontroli konstytucyjności powinny stanowić, przede wszystkim, szczegółowe przepisy konstytucyjne”, to jednak stanowisko to należy rozumieć w ten sposób, że przepisy szczegółowe nie wykluczają kontroli także z punktu widzenia fundamentalnych zasad. Zwłaszcza, że uznaną rolą zasad ogólnych jest

ukierunkowanie interpretacji i stosowania przepisów szczegółowych (zob. wyrok TK z dnia 8 listopada 2001 r., sygn. P 6/2001, Dz. U. 2001 r. Nr 131 poz. 1478).

1.1.1 ZASADA NIERETROAKCJI

Konstytucja w art. 2 Konstytucji gwarantuje ogólny zakaz retroakcji (zakaz wstecznego działania prawa; zasada *lex retro non agit*; zob. red. L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2004; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012). Retroakcja oznacza działanie prawa wstecz, innymi słowy retroakcja zachodzi wówczas, gdy normy prawa nakazują kwalifikować według nowego stanu prawnego czyny, zdarzenia, stany rzeczy, które miały miejsce w przeszłości, gdy normy te nie obowiązywały.

Jak trafnie podkreśla się w doktrynie, „Retroaktywność prawa może polegać albo na tym, że przepis prawny nakazuje wiązać w przyszłości odmienne skutki prawne z określonym przeszłym faktem prawnym albo na tym, że przepis taki nakazuje wiązać w przyszłości odmienne skutki prawne zarówno z określonym w nim faktem przeszłym, jak i z faktami zaistniałymi w czasie pomiędzy owym faktem przeszłym a nabyciem mocy prawnej przez retroakcyjny przepis.” (W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 2 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2004, s. 43).

Wprowadzony w Konstytucji zakaz retroakcji wywodzi się z zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Obie wskazane zasady gwarantowane są w art. 2 Konstytucji, według którego Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Celem przyjętej przez ustrojodawcę zasady jest zapewnienie jednostce poczucia bezpieczeństwa. W efekcie, jednostka ma mieć możliwość ułożenia swoich spraw w zaufaniu, że nie narazi się na negatywne skutki prawne swojego działania, których nie mogła wcześniej przewidzieć. Oznacza to, że **działania organów ustawodawczych muszą zapewniać wszystkim podmiotom (osobom fizycznym i prawnym) bezwzględną pewność i stabilność przyjętych regulacji prawnych w stosunku do czynności**

podjętych w okresie ich obowiązywania. Zasada *lex retro non agit* jest fundamentalną zasadą demokratycznego państwa prawa (zob. wyr. TK z 31 stycznia 2001 r., sygn. P 4/99, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 5).

Zakaz retroakcji powinien być szczególnie przestrzegany wówczas, gdy projektowana regulacja pogarsza sytuację jednostki (wyr. TK z 27 lutego 2002 r., sygn. K 47/01, OTK-A 2002, nr 1, poz. 6). Zakaz retroakcji nie stoi jednak na przeszkodzie przyznawaniu z mocą wsteczną określonych uprawnień.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego odróżnia się zakazaną konstytucyjnie retroaktywność od dozwolonej retrospektywności (retroaktywności pozornej) (zob. W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 2 Konstytucji [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2004). O retrospektywności mówi się wówczas, gdy regulacja odnosi się do stosunków prawnych powstałych w przeszłości, które nadal trwają (i ich treść nie została ostatecznie ukształtowana). Władza ustawodawcza ma względną swobodę kształtowania treści prawa i dostosowywania go do zmian społecznych, stąd zakazanie retrospektywności stanowiłoby nadmierne ograniczenie (wyr. TK z 4 kwietnia 2006 r., sygn. K 11/04, OTK-A 2006, nr 5, poz. 40, s. 405). Retrospektywności nie należy jednak mylić w retroaktywnością w ramach trwających stosunków prawnych. Z retroakcją mamy do czynienia wówczas, gdy w przeszłości zrealizowały się już wszystkie elementy faktu prawnego (T. Pietrzykowski, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz*, Kraków 2004, s.94). „Zakaz stanowienia prawa obowiązującego z mocą wsteczną rozumiany być musi (...) jako zakaz stanowienia intertemporalnych reguł, które mają określić treść stosunków prawnych powstałych pod rządami dawnych norm, a trwających w okresie wejścia w życie norm nowo ustanowionych.” (wyr. TK z 10 października 2001 r., sygn. K 28/01, OTK 2001, nr 7, poz. 212).

Przepisy mają charakter retrospektywny, a nie retroaktywny wówczas, gdy nowe przepisy stosuje się do sytuacji prawnych zastanych w chwili wejścia w życie nowelizacji i nie wywołują one skutków dla stosunków i sytuacji prawnych, w zakresie, w jakim istniały one przed ich wejściem w życie (zob. wyr. TK z: 10 lipca 2008 r., sygn. K 33/06, z 18 października 2006 r., P 27/05, OTK-A 2006, nr 9, poz. 124; z 20 stycznia 2009 r., sygn. P 40/07, OTK-A 2009, nr 1, poz. 4;

szerzej opracowanie Biura Trybunału Konstytucyjnego pt. *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych z procesem legislacyjnym*, Warszawa 2014).

Aukcja zainicjowana decyzją Prezesa UKE z dnia 10 października 2014r. przebiega wg Dokumentacji aukcyjnej wydanej w oparciu o przepisy Prawa telekomunikacyjnego oraz rozporządzenia z 2013r. Jest to pierwsza aukcja na rezerwację częstotliwości w Polsce.

Zgodnie z Dokumentacją aukcyjną, II etap aukcji kończy się po zakończeniu obliczeń, które są dokonywane po ostatniej rundzie. Ostatnia runda to runda, w której żaden uczestnik aukcji: a) nie złożył nowej oferty; b) nie skorzystał z Prawa wstrzymania c) nie został zdyskwalifikowany; d) nie wycofał się z aukcji. Proponowana nowelizacja poprzez zmianę warunków zakończenia aukcji jest znacząca z perspektywy toczącej się Aukcji.

Celem wprowadzenia zmian do rozporządzenia z 2013 r. była uzasadniona obawa, wynikająca z doświadczenia innych państw, że rezerwacja częstotliwości na warunkach wynikających z obowiązujących przepisów prawa, będzie aukcją niekończącą się. Uczestnicy będą licytować bez gwarancji wyłonienia zwycięzcy.

Jednak, wprowadzenie proponowanej regulacji oznaczałoby nakaz stosowania zmienionych norm prawnych do tzw. zamkniętego stanu faktycznego, który w pełni ukształtował się pod rządami przepisów wcześniej obowiązujących (zob. też wyr. TK z 4 kwietnia 2006 r., sygn. K 11/04, OTK-A 2006, nr 4, poz. 40). Niewątpliwie, stanowiłoby to o naruszeniu zasady *lex retro non agit*.

Zakaz retroakcji nie jest jednak absolutny, dopuszcza się od niego wyjątki, pod warunkiem, że są czynione w drodze ustawy i z usprawiedliwionych powodów, np. ze względu na dochowanie zasady sprawiedliwości społecznej (tak: wyr. TK z 30 marca 1999 r., sygn. K 5/98, OTK ZU 1999, nr 3, poz. 39; z 29 stycznia 1992 r., sygn. K 15/91, OTK ZU 1992, nr 1, poz. 8). Odstępstwa od tego zakazu mogą usprawiedliwiać jednak tylko szczególnie uzasadnione, wyjątkowe przypadki, a przemawiać za tym musi inna zasada konstytucyjna. „Szczególne okoliczności” winny być rozumiane jako (...) sytuacje nadzwyczaj wyjątkowe, gdy ze względów obiektywnych zachodzi potrzeba dania pierwszeństwa określonej wartości

chronionej bądź znajdującej swoje oparcie w przepisach Konstytucji.” (wyr. TK z 10 października 2001 r., sygn. K 28/01, OTK 2001, nr 7, poz. 212). „Czym innym są natomiast takie naruszenia zasady, które uznaje się za usprawiedliwione, bo odnoszą się do krótkiego okresu wstecznego obowiązywania prawa i nie powodują negatywnych skutków organizacyjnych i finansowych.” (W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 2 Konstytucji* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2004, s. 43). W orzecznictwie Trybunału wskazuje się dodatkowo na wymóg, by problem rozwiązywany przez regulacje wprowadzane z naruszeniem zakazu retroakcji nie był znany ustawodawcy wcześniej i nie mógł być rozwiązany z wyprzedzeniem bez użycia przepisów działających wstecz (wyr. TK z 12 maja 2009 r., sygn. P 66/07, OTK-A 2009, nr 5, poz. 65; z 23 lipca 2013 r., sygn. P 36/12, OTK-A 2013, nr 6, poz. 81).

Rozpoczęta Aukcja, na warunkach wynikających z Dokumentacji aukcyjnej, w której określone zostały zasady przeprowadzania oraz zakończenia Aukcji, jest podstawą do podejmowania działań przez uczestników, zarówno na etapie składania ofert wstępnych, jak i podczas licytacji. Wprowadzenie przepisów Projektu, poprzez wskazanie 115 dni na zakończenie II etapu aukcji (§ 31 ust. 1 Projektu) oraz prawo złożenia oferty w II etapie aukcji każdemu uczestnikowi, z uwzględnieniem uczestnika, którego oferta jest ofertą NZK, dają większą gwarancję oszacowania zakończenia aukcji, a co za tym idzie możliwości zaplanowania działań aukcyjnych. Niemniej wskazanie w przepisach przejściowych minimalnego 5-dniowego okresu dla zakończenia II etapu Aukcji już trwającej daje uczestnikom podstawę do twierdzenia, że dezaktualizują się przesłanki na jakich dany uczestnik oparł swoje dotychczasowe działania. Czynności, dotychczas podjęte przez uczestników mają charakter nieodwracalny, natomiast wprowadzenie w życie przepisów Projektu może zmniejszać szanse uczestnika na wygraną. Projekt, poprzez ograniczenie ilości rund, co wynika ze wskazanego minimalnego terminu 5 dni do zakończenia II rundy, w sposób negatywny zmienia mechanizm aukcji polegający na wyznaczeniu zwycięzcy. W wyniku projektowanych zmian zwycięzcy poszczególnych bloków zostaną wyłonieni przypadkowo. **Wywołanie negatywnych skutków w razie wejścia w życie projektowanej regulacji jest niewątpliwe.** Wskazuje się przede wszystkim na negatywne skutki dla rynku telekomunikacyjnego. Nie ulega wątpliwości, że

wprowadzenie projektowanej regulacji istotnie pogorszy dotychczasową sytuację prawną i finansową uczestników Aukcji.

Projektowane przepisy są nieproporcjonalnym środkiem do osiągnięcia założonego celu. Nieproporcjonalność ta wynika z nadmiernej ingerencji w ukształtowaną sytuację prawną uczestników Aukcji.

Projektowana regulacja jest niekonstytucyjna. Proponowana zmiana Rozporządzenia z 2013 r. ma negatywny wpływ na interes uczestników Aukcji oraz interes publiczny. Powyższe stanowi o naruszeniu zasady niedziałania prawa wstecz.

1.1.2 ZASADA PRYZYWOITEJ LEGISLACJI

Wyinterpretowana z przepisu art. 2 Konstytucji zasada przyzwoitej legislacji jest jednym z fundamentów demokratycznego państwa prawa. Zasada ta ma na celu wskazanie reguł, którymi winien kierować się ustawodawca w procesie legislacyjnym, tak by tworzone prawo było racjonalne i stanowiło pełną ochronę jego adresatów. Z zasady tej płynie reguła odpowiedniej *vacatio legis*.

Reguła odpowiedniej *vacatio legis* ma na celu wskazanie przesłanek ustalenia właściwego okresu, który winien upłynąć od czasu ogłoszenia przepisów do dnia ich wejścia w życie, tak by adresaci nowych norm prawnych mogli zapoznać się z ich treścią i odpowiednio przygotować do ich stosowania. Należy pamiętać, iż brak odpowiedniego okresu *vacatio legis* oznacza naruszenie Konstytucji RP (zob. orzeczenie TK z 2 marca 1993 r., sygn. K 9/92, OTK 1993, Nr 1, poz. 6, s. 20, 41; wyrok TK z 25 listopada 1997 r., sygn. K 26/97, OTK 1997, Nr 5-6, s. 64). Zgodnie ze wskazaną regułą, to okoliczności konkretnego przypadku decydują o właściwym okresie *vacatio legis*. Przy ustalaniu *vacatio legis* należy brać pod uwagę przede wszystkim: treść nowych przepisów (zakres zmiany istniejącej sytuacji prawnej) oraz stopień ich ingerencji w sytuację prawną adresatów (B. Banaszak, *Konstytucja RP. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 30). W tym kontekście bezspornym jest, iż wydłużenie okresu wejścia w życie przepisów powinno nastąpić wtedy, gdy wprowadza się nowe instytucje i potrzeba czasu, aby przygotować się do ich realizacji.

Analizowany Projekt wprowadza szerokie zmiany w zakresie zakończenia trwającej Aukcji. Nowa regulacja jest istotna z perspektywy skutków społeczno-ekonomicznych, w tym przychodów Skarbu Państwa z dysponowania częstotliwościami radiowymi, które miałyby zaistnieć na gruncie trwającej Aukcji. Z uwagi na powyższe, w ocenie Opiniującego, Projekt wymaga zastosowania *vacatio legis* odpowiedniej do stopnia ingerencji w obowiązujący porządek prawny. W § 2 Projektu określono, że rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 października 2015 r. Mając na uwadze założone przez projektodawcę krótkie *vacatio legis*, adresaci przepisów Projektu nie będą zdolni w tym czasie przygotować się do wprowadzenia zmian i dostosować swoją działalność do nowych przepisów prawa. Ponadto, biorąc pod uwagę datę powstania Projektu, tj. 27 sierpnia 2015 r. oraz termin wyjścia w życie zmienianych przepisów i czas przewidziany na proces legislacyjny wysoce prawdopodobnym jest opublikowanie Projektu po terminie 1 października 2015 r. Zdaniem Opiniującego, projektodawca nie przeprowadził wnikliwej analizy skutków projektowanych zmian.

W ocenie Opiniującego, określony przez projektodawcę okres *vacatio legis*, nie pozwala na zapoznanie się przez adresatów trwającej Aukcji z nowymi regulacjami oraz podjęcie czynności mających na celu należyte przygotowanie do ich stosowania w ramach trwającej Aukcji. Ponadto, proces legislacyjny proponowanych zmian może zakończyć się po terminie wskazanym jako dzień wejścia w życie Projektu. Projektowane przepisy są niezgodne z zasadą przyzwoitej legislacji.

1.1.3 ZASADA ZAUFANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I ZASADA SPRAWIEDLIWOŚCI SPOŁECZNEJ

Zasada zaufania obywateli do państwa, a tym samym i prawa przez nie stanowionego oraz zasada bezpieczeństwa prawnego obywateli ma szczególne znaczenie w sferach, w których przejawia się władztwo państwa. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „ochronie konstytucyjnej podlegać musi zaufanie obywateli nie tylko do litery prawa, ale przede wszystkim do sposobu jego interpretacji przyjmowanej przez organy państwa” (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 listopada 1997 roku, sygn. akt U 11/97, OTK 1997, Nr

5-6, poz. 67). W wyroku z dnia 11 lutego 1992 roku, sygn. K 14/91, Trybunał dostrzegł, że w pewnych przypadkach należy liczyć się z koniecznością dostosowania rozwiązań prawnych do zmieniających się stosunków społecznych i ekonomicznych. Nigdy nie powinno to jednak prowadzić do naruszenia zasady sprawiedliwości społecznej (zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 marca 1995 r., sygn. akt K 13/94, OTK 1995, Nr 1, poz. 6, s. 73). *De facto*, jak trafnie podkreśla Trybunał Konstytucyjny „w odniesieniu do (...) zasady zaufania obywateli do państwa (...) trzeba (...) stwierdzić, że prawodawca może nowelizować prawo, także na niekorzyść obywateli, jeżeli odbywa się to w zgodzie z konstytucją”.

W tym kontekście należy zauważyć, iż gruntowna zmiana zasad zakończenia trwającej Aukcji, w sposób uniemożliwiający uczestnikom kontynuowanie podjętej strategii licytacji oraz skutkująca przypadkowym wyłonieniem zwycięzcy narusza wymogi proporcjonalności działania ustawodawcy.

Przeprowadzona analiza wskazuje niezgodność Rozporządzenia z wynikającymi z art. 2 Konstytucji RP: zasadą sprawiedliwości społecznej i zasadą zaufania obywateli do państwa.

1.1.4 ZASADA PRAWORZĄDNOŚCI

Zasada praworządności może być rozumiana w sposób formalny i oznacza wówczas zgodne z prawem funkcjonowanie państwa, tj. jego organów lub innych podmiotów działających w jego imieniu. Wiąże się ona wówczas z zasadą działania organów państwowych wyłącznie w granicach i na podstawie prawa.

Zgodnie z przepisami Prawa telekomunikacyjnego Prezes UKE sporządza dokumentację aukcyjną, w której określa warunki uczestnictwa w aukcji (art. 118 p.t.). W dokumentacji aukcyjnej zostają wskazane elementy, jakie powinny zawierać oferty, moment rozpoczęcia i zakończenia Aukcji. Zgodnie z brzmieniem § 31 ust. 1b pkt 3 nie stosuje się określonych w dokumentacji aukcyjnej warunków dotyczących: a) sposobu i terminu składania ofert aukcyjnych oraz sposobu przyjmowania i potwierdzania złożenia ofert aukcyjnych, b) sposobu ustalania prawa do składania ofert aukcyjnych przez uczestnika aukcji w rundzie aukcji, c)

sposobów i warunków utrzymywania, tracenia i nabywania prawa do składania ofert aukcyjnych. Proponowana zmiana poprzez nieokreślenie okoliczności, w jakich uzasadnionym okaże się zakończenie II rundy w 115 dniu, a w przypadku Aukcji trwającej w terminie minimalnym, tj. 5 dnia od wejścia w życie Projektu, nie jest koherentna ze wskazaną zasadą w sensie formalnym. Proponowana zmiana będzie generowała negatywne skutki dla trwającej Aukcji, oraz dla aukcji, które będą inicjowane w przyszłości. Uczestnicy Aukcji, nie będą mieli możliwości przewidzenia, jakie warunki będą wiążące dla zakończenia aukcji..

Przepisy dotyczące prowadzenia aukcji na rezerwację częstotliwości obowiązują od 2013 r., a proces mający na celu wyłonienie podmiotu, który uzyska rezerwację na częstotliwości z pasma 800 MHz lub pasma 2,6 GHz jest pierwsza Aukcją w Polsce. Praktyka wskazuje, że warunki trwającej Aukcji wymagają zmian. Propozycje nowelizacji muszą jednak pozostawać w zgodności z normami konstytucyjnymi oraz odpowiadać przepisom obowiązującego prawa. Projekt, poprzez brak zapewnienia przejrzystości procesu prowadzenia licytacji i wyłonienia zwycięzcy pozostaje w sprzeczności z zasadą praworządności.

1.1.5 ZASADA PROPORCJONALNOŚCI

W odniesieniu do regulacji nie dotyczących sfery praw i wolności jednostki, Trybunał Konstytucyjny wyprowadza zasadę proporcjonalności z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji). Oceniając, czy nastąpiło naruszenie zasady proporcjonalności, Trybunał bada „zarzut nierzetelnego, niezrozumiałego intensywnego działania ustawodawcy korzystającego ze swobody regulacyjnej” (wyrok TK z 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07, OTK-A 2007, Nr 3, poz. 26). W jednym z orzeczeń, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż naruszenie zasady proporcjonalności można „uznać za udowodnione w sytuacji, gdy z punktu widzenia reguł kultury prawnej i zasad racjonalności ingerencja prawodawcza była nadmierna w stosunku do założonych celów, albo też owe cele pozostawały poza legitymowanym w ustroju demokratycznym dopuszczalnym zakresem działania władzy” (wyr. TK z 18 lutego 2003 r., K 24/02, OTK-A 2003, Nr 2, por. 11, s. 141).

W niniejszym stanie faktycznym swoboda organu została ograniczona brzmieniem przepisu upoważniającego. Zgodnie z treścią art. 120 p.t. minister właściwy do spraw łączności w drodze rozporządzenia powinien określić tryb ogłaszania i przeprowadzania postępowania przetargowego, aukcji oraz konkursu. W ustawowej podstawie do wydania rozporządzenia wyraźnie jest wskazane, że w rozporządzeniu powinny być określone "warunki i tryb organizowania, przeprowadzania i zakończenia przetargu, aukcji oraz konkursu" (art. 120 pkt 2 zdanie wstępne). W rozporządzeniu powinny być więc określone nie tylko warunki i tryb przeprowadzania przetargu, ale także tryb organizowania i zakończenia przetargu, aukcji oraz konkursu. Przy określaniu warunków aukcji minister powinien kierować się potrzebą zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących żadnego uczestnika warunków przetargu, aukcji oraz konkursu, jak również przejrzystych warunków podejmowania rozstrzygnięć.

Zaproponowana zmiana polegająca na obowiązku przeprowadzenia ostatniej, jednej rundy, o której mowa w projektowanym § 31 ust. 1 rozporządzenia, która kończy II etap Aukcji, nie gwarantuje uczestnikom przejrzystych warunków prowadzenia licytacji. Proponowana regulacja zadecyduje o arbitralnym zakończeniu Aukcji, bez względu na jej dotychczasowy przebieg. Przerwanie dotychczasowego biegu Aukcji nie wpłynie korzystnie na możliwość osiągnięcia rynkowej ceny widma. Strategia przejęta przez podmioty biorące udział w Aukcji w oparciu o warunki określone w dokumentacji aukcyjnej może okazać się bezskuteczna, jeżeli Aukcja zostanie nagle zakończona ze względu na upływ wskazanego w projekcie rozporządzenia limitu czasu (115 dni). Zaproponowana zmiana dotycząca warunków wyłonienia podmiotu, stanowi kryterium nieobiektywne oraz nieprzejrzyste w zakresie skuteczności w realizacji założonych celów.

W świetle powyższego, należy wskazać, iż zgodnie z przepisem upoważniającym rozporządzenie powinno zapewniać obiektywne, przejrzyste i niedyskryminujące warunki przetargu, aukcji oraz konkursu, jak również przejrzyste warunki podejmowania rozstrzygnięć. Zaproponowana zmiana nie realizuje zasad określonych w art. 120 p.t. z uwagi na brak stabilizacji

warunków Aukcji pozwalających uczestnikom na zaplanowanie strategii licytacji oraz uzyskanie ceny rynkowej widma. Z uwagi na powyższe Projekt jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności.

1.1.6 PODSUMOWANIE

Ustalenie stosunkowo krótkiego okresu wejścia w życie projektowanych zmian wraz określeniem obowiązku stosowania Projektu do Aukcji rozpoczętych w dniu wejścia w życie zmiany nie stanowi gwarancji zachowania reguły odpowiedniej *vacatio legis* oraz pozostaje w sprzeczności z zasadą nieretroakcji. Projekt, poprzez brak zapewnienia przejrzystości procesu prowadzenia licytacji i wyłonienia zwycięzcy pozostaje w sprzeczności z zasadą praworządności. Zaproponowana zmiana nie realizuje zasad określonych w przepisie upoważniającym, tj. art. 120 p.t. z uwagi na brak stabilizacji warunków Aukcji pozwalających uczestnikom na zaplanowanie strategii licytacji oraz uzyskanie ceny rynkowej widma. Z uwagi na powyższe Projekt jest niezgodny z zasadą proporcjonalności. W ocenie Opiniującego, przepisy Projektu pozostają w sprzeczności z normą art. 2 Konstytucji.

1.2. OCENA ZGODNOŚCI PROJEKTU Z ART. 7 KONSTYTUCJI

Przepis art. 7 Konstytucji RP, stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Wyrażona w tym przepisie zasada praworządności formalnej, na którą składają się: zasada legalizmu oraz nakaz przestrzegania prawa, jest urzeczywistnieniem państwa prawnego. Zgodnie z doktryną i orzecznictwem zasada legalizmu wskazuje, iż kompetencja każdego organu władzy publicznej powinna opierać się na wyrażnie sformułowanym przepisie prawnym (zob. uchwała TK z dnia 10 maja 1994 r., sygn. akt W 7/94, OTK 1994, Nr 1, poz. 23, s. 204 i n.; orzeczenie TK z dnia 20 października 1986 r., sygn. akt P 2/86, OTK z 1986 r., poz. 6). Oznacza to, że w państwie praworządnym wszelka działalność władcza wymaga podstaw prawnych, tzn. legitymacji w prawnie nadanym upoważnieniu do działania. Wymaga ona, by wszystkie organy państwa

działały tylko i wyłącznie na podstawie wyraźnej, nie zaś domniemanej legitymacji prawnej do działania (szerzej: B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2009, s.57).

Ministrowie kierujący odpowiednimi działami administracji rządowej posiadają kompetencje do wydawania aktów wykonawczych (art. 92 Konstytucji). Warunkiem istnienia ww. kompetencji jest obowiązywanie przepisu upoważniającego.

Organ zobowiązany na mocy ustawy do wydania rozporządzenia dotyczącego trybu ogłaszania przetargu, aukcji oraz konkursu zapewniającego właściwe poinformowanie podmiotów zainteresowanych uzyskaniem rezerwacji częstotliwości, powinien kierować się potrzebą zapewnienia obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących żadnego uczestnika warunków przetargu, aukcji oraz konkursu, jak również przejrzystych warunków podejmowania rozstrzygnięć (art. 120 p.t.). Zaproponowana zmiana warunków zakończenia Aukcji poprzez określenie limitu czasowego trwania aukcji i wprowadzenia obowiązku jej arbitralnego zakończenia pozostaje w sprzeczności z ww. brzmieniem przepisu upoważniającego. Powyższe oznacza, że organ nie zastosował się do wytycznym określonych przez ustawodawcę dla przedmiotowego aktu.

Minister Administracji i Cyfryzacji zaproponował nowelizację rozporządzenia w zakresie trwającej obecnie Aukcji na rezerwacje częstotliwości z pominięciem warunków określonych w przepisie upoważniającym, tj. art. 120 p.t., polegających na zapewnieniu obiektywnych, przejrzystych i niedyskryminujących żadnego uczestnika warunków przetargu, aukcji oraz konkursu, jak również przejrzystych warunków podejmowania rozstrzygnięć. Takie działanie przeczy zasadzie legalizmu gwarantowanej w art. 7 Konstytucji.

1.3. OCENA ZGODNOŚCI PROJEKTU Z ART. 22 KONSTYTUCJI

Zasada wolności gospodarczej wynika z art. 22 Konstytucji. Obejmuje ona wolność wyboru działalności gospodarczej oraz wolność wykonywania danej

działalności gospodarczej. Już samo miejsce w systematyce Konstytucji wskazuje, że chodzi o jedną z podstawowych zasad porządku prawnego i całego ustroju państwowego. Przepis ten, uzupełniając treść art. 20 Konstytucji, tworzy podstawy ustroju gospodarczego Polski. Trybunał Konstytucyjny w licznych orzeczeniach przyjął, że „użycie w art. 22 Konstytucji zwrotu wolność działalności gospodarczej świadczy wyraźnie o tym, że przepisy te można uważać także za podstawę prawa podmiotowego o randze konstytucyjnej, a nie tylko i wyłącznie za normę prawa w znaczeniu przedmiotowym i zasadę ustroju państwa. Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił, że jej adresatami są „osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi”. Natomiast „formuły wolnościowej nie można używać w odniesieniu do państwa i innych instytucji publicznych” (zob. wyrok TK z dnia 14 grudnia 2004 r. Sygn. akt K 25/03, LEX nr 140353).

Wolność wykonywania określonego rodzaju działalności gospodarczej mieści w sobie niewątpliwie zarówno aspekt „ilościowy”, związany ze swobodą określenia intensywności prowadzonej działalności, jak i „jakościowy”, przez który rozumieć można swobodę określania zakresu prowadzonej działalności (terytorialnego, personalnego, rzeczowego).

W zakresie wolności wykonywania działalności gospodarczej określonego rodzaju mieści się więc także możliwość podejmowania takiej działalności we wszystkich tych obszarach życia gospodarczego, w których w świetle obowiązującego prawa nie jest zakazane jej prowadzenie. Oznacza to, że dokonując reglamentacji określonej dziedziny działalności gospodarczej, np. przez zastrzeżenie wykonywania określonych działań wyłącznie przez indywidualnie wskazane podmioty, organy władzy publicznej zawężają tym samym sferę wolności wykonywania działalności gospodarczej przez inne podmioty specjalizujące się w tej samej kategorii świadczonych usług. Wybór pewnych podmiotów do realizacji (na zasadzie wyłączności) pewnych zadań w ramach rynku określonego rodzaju usług skutkuje zawężeniem zakresu wolności innych uczestników tego rynku.

Uznając wolność działalności gospodarczej za jeden z filarów zasady społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji) i samoistne prawo podmiotowe (art. 22 Konstytucji), ustrojodawca dopuścił jej ograniczanie, jednakże pod warunkiem

dopełnienia określonych wymogów. Zgodnie z treścią art. 22 Konstytucji należą do nich: ustawowa forma wprowadzanego ograniczenia oraz wykazanie realizacji celu mieszczącego się w pojęciu ważnego interesu publicznego. W zakresie wymogu ograniczania wolności działalności gospodarczej wyłącznie w drodze ustawy, Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że „w odniesieniu do sfery wolności i praw człowieka zastrzeżenie wyłącznie ustawowej rangi unormowania ich ograniczeń należy pojmować dosłownie, z wykluczeniem dopuszczalności subdelegacji, tj. przekazania kompetencji normodawczej innemu organowi (...) przewidziane konieczne lub choćby tylko dozwolone przez konstytucję unormowanie ustawowe cechować musi zupełność”.

Wymóg wyłącznie ustawowej formy ograniczenia wyrażony w art. 22 Konstytucji stanowi pewne powielenie przesłanki zawartej także w art. 31 ust. 3 Konstytucji, w którym to przepisie ujęta została ogólna formuła dopuszczalności wprowadzania ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw. Trybunał Konstytucyjny wypowiadał się już na temat wzajemnej relacji obydwu wskazanych przepisów. W uzasadnieniu wyroku TK z 29 kwietnia 2003 r. (sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33) stwierdził, że „art. 22 Konstytucji reguluje wprost w sposób wyczerpujący i kompleksowy zarówno formalne, jak i materialne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Jeżeli więc uznać, że wolność działalności gospodarczej jest jedną z konstytucyjnych praw i wolności jednostki (...), to art. 22 Konstytucji stanowiąc *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji wyłącza jego stosowanie jako adekwatnego wzorca kontroli ustawowych ograniczeń wolności działalności gospodarczej. (...) Uzasadnione jest również przyjęcie, że – z jednej strony – każdy przypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji. Natomiast patrząc z drugiej strony stwierdzić należy, że w zakresie ważnego interesu publicznego mieszczą się również wartości nie wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest, przynajmniej patrząc pod kątem materialnych podstaw (przesłanek) ograniczeń, szerszy od zakresu dopuszczalnych ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji”. Trzeba jednak jeszcze raz podkreślić, że powyższa konstatacja, dotycząca zawartych w

powoływanych przepisach Konstytucji przesłanek o charakterze materialnym, nie wpływa w żadnym stopniu na pełną adekwatność wyrażonego w nich wymogu formalnego, dotyczącego ustawowej formy wprowadzanych ograniczeń (zob. wyrok TK z dnia 7 czerwca 2005 r., Sygn. akt K 23/04, LEX nr 155529).

Proponowana zmiana rozporządzenia z 2013 r. nie pozostaje bez znaczenia dla podmiotów prowadzących działalność polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych, dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych lub świadczeniu usług towarzyszących, tj. wykonujących działalność telekomunikacyjną (art. 1 ust. 1 p.t.). Działalność telekomunikacyjna jest działalnością regulowaną i wymaga wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 10 ust. 1 p.t.). Ponadto, podmioty na rzecz których dokonano rezerwacji częstotliwości zobowiązane są uzyskać pozwolenie radiowe.

Brak przejrzystych przepisów dotyczących zakończenia Aukcji uniemożliwia przedsiębiorcy kontynuowanie przyjętej strategii licytowania, a co za tym idzie na potencjalną możliwość uzyskania rezerwacji częstotliwości. Podmiot posiadający wymagane pozwolenia radiowe nie ma możliwości prowadzenia działalności bez rezerwacji częstotliwości. Zmiana zasad zakończenia Aukcji w trakcie trwania licytacji wprowadza jej uczestników w błąd. Przedsiębiorca nie ma gwarancji wynikających z dokumentacji aukcyjnej, że dotąd podjęte przez niego działania przyniosą zamierzony skutek.

W prowadzeniu działalności niezwykle istotna jest kwestia finansowa. Przedsiębiorcy często planują wydatki z wyprzedzeniem. Udział w Aukcji wiąże się z wydatkami przeznaczanymi na wadium i depozyt. Niewątpliwie uczestnictwo w Aukcji było poprzedzone analizą dokumentacji aukcyjnej oraz oszacowaniem możliwości finansowych przedsiębiorcy. Wszystkie wskazane okoliczności miały wpływ na podjęcie decyzji o uczestnictwie w Aukcji. Zmiany w zakresie istotnego etapu Aukcji, jakim jest etap jej zakończenia, w trakcie trwania licytacji, może negatywnie wpłynąć na sytuację finansową uczestników, a tym samym naruszyć gwarancje konstytucyjne wynikające z art. 22 Konstytucji.

Projektowana regulacja w zakresie zmiany rozporządzenia, poprzez brak jasnych i przewidywalnych reguł zakończenia Aukcji, może ograniczyć prowadzenie działalności telekomunikacyjnej, będącej działalnością

regulowaną uwarunkowaną uzyskaniem stosownych pozwoleń. Proponowana zmiana pozostaje w sprzeczności z art. 22 Konstytucji.

prof. dr hab. Marek Chmaj

Niniejsza Opinia została sporządzona w oparciu o informacje przekazane przez Zleceniodawcę. W związku z tym należy zastrzec, że wnioski zawarte w niniejszej Opinii odnoszą się wyłącznie do informacji i dokumentów przedstawionych przez Zleceniodawcę oraz oparte są na najlepszej wiedzy, zarówno z zakresu problematyki prawa, jak i interpretacji tekstów. W przypadku ewentualnego ujawnienia się nowych, nie znanych dotychczas okoliczności, wszystkie lub niektóre wnioski mogą wymagać dodatkowej analizy.