

Stanowisko konsultacyjne Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji dotyczące projektu dokumentacji aukcyjnej w sprawie aukcji na rozdysponowanie pasma 3,6 GHz (drugie konsultacje)

W odpowiedzi na ogłoszenie przez Prezesa UKE drugich konsultacji projektu dokumentacji aukcyjnej dotyczącej rozdysponowania pasma 3,6 GHz, w tym projektów decyzji rezerwacyjnych, jakie mają zostać wydane po wyłonieniu podmiotów, na rzecz których dojdzie do rozdysponowania powyższych częstotliwości, Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej „Izba” lub „PIIT”) przedstawia stanowisko konsultacyjne.

W ocenie Izby decyzja o drugiej rundzie konsultacji potwierdza determinację Prezesa UKE, by przeprowadzić aukcję pasma C jak najszybciej, ale dbając jednocześnie o jak najwyższą jakość dokumentacji aukcyjnej i projektów rozstrzygnięć. Choć Izba docenia samą wolę poprawy konsultowanych dokumentów, to zakres, w jakim Prezes UKE je zmodyfikował, wymaga szerszego komentarza i uwzględnienia pozostałych uwag.

W pierwszej kolejności PIIT uznaje za bardzo pozytywne rozszerzenie bloków z 80 MHz do 100 MHz. Przeznaczenie na potrzeby usług świadczonych przez MNO tzw. bloku 0 pozwoli wykorzystać te częstotliwości w sposób najbardziej efektywny.

Niestety projekty dokumentów aukcyjnych przedstawione do konsultacji 6 kwietnia 2023 r. nie są wolne od ryzyk i problemów zgłoszonych przez PIIT jeszcze w styczniu tego roku. Przede wszystkim kształt opublikowanych w ponownych konsultacjach zobowiązań nie uległ istotnym zmianom, zaś wymogi bezpieczeństwa zostały zmodyfikowane w taki sposób, że budzą jeszcze więcej wątpliwości niż poprzednio. Kluczowe dla powodzenia procesu selekcyjnego bezpieczeństwo prawne nie jest zatem na tym etapie zagwarantowane. Izba podtrzymuje więc zgłoszone w pierwszych konsultacjach bardzo ważne uwagi dotyczące:

- 1) Braku adekwatności zobowiązań pokryciowo-jakościowych do przedmiotu aukcji pasma 3,6 GHz, tj. charakterystyki i specyfiki wykorzystywania tego pasma do świadczenia usług w sieciach ruchomych,
- 2) wpływu zakładanych zobowiązań zaciąganych w aukcji na wykorzystanie środków publicznych, w tym funduszy unijnych,
- 3) możliwości realizacji zobowiązań w świetle istniejących barier procesu inwestycyjnego,
- 4) odniesienia do sposobu weryfikacji przez organ realizacji zobowiązań inwestycyjnych na potrzeby wykorzystania częstotliwości będących przedmiotem aukcji.

Jednocześnie, na skutek wprowadzenia zmian w konsultowanych projektach, PIIT uzupełnia i modyfikuje zgłoszone uprzednio uwagi:

1. Pozorne urealnienie zobowiązań pokryciowo-jakościowych

W nowej wersji dokumentacji aukcyjnej oraz projektów rozstrzygnięć Prezes UKE nie odstąpił od sformułowania zobowiązań, które nie są adekwatne do właściwości częstotliwości 3,6 GHz, będących pasmem pojemnościowym. W tym zakresie dotychczasowa argumentacja Izby pozostaje więc aktualna – do wykonania tak sformułowanych zobowiązań (przede wszystkim względem zobowiązania pokrycia 95 % obszaru kraju, w tym terenów niezurbanizowanych, dróg i linii klejowych) operatorzy będą zmuszeni użyć częstotliwości z posiadanych już innych, niższych pasm częstotliwości, które nabyli w przeszłości w procesach selekcyjnych, na przewidzianych w nich warunkach, w oparciu o które skalkulowane zostały i poniesione nakłady finansowe i inwestycyjne. W świetle powyższego wymagania

pokryciowo-jakościowe dla których realizacji operatorzy mieliby wykorzystywać uzyskanie uprzednio częstotliwości, może stanowić ingerencję w ich prawa nabyte.

Ponadto należy dodać, że na nowo sformułowane zobowiązanie dotyczące pokrycia zasięgiem przejść granicznych, w części także nie będzie miało związku z przedmiotem rezerwacji. Wynika to z objęcia tym zobowiązaniem także tych przejść granicznych, na których ze względu na problemy koordynacyjne korzystanie z pasma 3,6 GHz nie jest możliwe.

W tym miejscu warto jednak zwrócić uwagę przede wszystkim na zmiany polegające na określeniu listy gmin przygranicznych, których zobowiązania pokryciowe nie dotyczą. Choć kierunek należy uznać za słuszny, to samo rozwiązanie jest niewystarczające, gdyż dotyczy tylko jednego z zobowiązań (z pkt 1.7.2. projektu oferty wstępnej) i pomija wszystkie inne obszary, na których zapewnienie pokrycia o określonych parametrach jakościowych może okazać się niemożliwa (np. dotyczy to obszarów parków narodowych i innych, które były wskazywane zarówno w stanowisku Izby, jak i w indywidualnych stanowiskach operatorów mobilnych). Niezależnie od problemu niedostrzeżenia przez Prezesa UKE konieczności dostosowania zobowiązań do specyfiki licytowanego pasma, PIIT zwraca uwagę, że **wyłączenia powinny dotyczyć wszystkich zobowiązań pokryciowo-jakościowych (to jest poza punktem 1.7.2 dotyczyć również punktów 1.7.1, 1.7.3, 1.7.4, 1.7.5, 1.7.6, 1.7.7 i 1.7.8 projektu oferty wstępnej), a ponadto powinny być szersze niż wynika to z treści załącznika nr 6 do dokumentacji aukcyjnej i obejmować inne obszary, na których, jak wskazano powyżej, zapewnienie pokrycia o określonych parametrach jakościowych może okazać się niemożliwe.**

Jednocześnie Izba odnotowała, że wraz z ogłoszeniem ponownych konsultacji dokumentacji aukcyjnej, Prezes UKE zamieścił na stronie BIP UKE nową wersję dokumentu określającego metody pomiaru zobowiązań dla sieci 4G i 5G. PIIT podtrzymuje w pełni swoje dotychczasowe stanowisko, zgodnie z którym określenie metodyki pomiarowej, która będzie dotyczyła wykorzystywania konkretnie pasma 3,6 GHz, powinno być zrealizowane jako stanowiące integralną część dokumentacji aukcyjnej. W ostateczności decyzja powinna przynajmniej jednoznacznie przesądzać, że: „realizacja zobowiązań wskazanych w pkt. 7, w zakresie przepustowości, będzie weryfikowana zgodnie z założeniami dotyczącymi pomiarów parametrów sygnału i przepustowości w sieciach 4G/5G, opublikowanymi na stronie BIP UKE **na dzień ogłoszenia aukcji**”.

2. Zobowiązania pokryciowe a fundusze unijne

Obawy Izby dotyczące ograniczeń w zakresie pozyskania środków publicznych, jakie mogą za sobą pociągać przewymiarowane zobowiązania aukcyjne, znalazły swoje odzwierciedlenie w rzeczywistości jeszcze przed ogłoszeniem samej aukcji. W zrewidowanym KPO planuje się całkowitą rezygnację z finansowania inwestycji nr C.1.2.1 *„Wzmocnienie potencjału komercyjnych inwestycji w nowoczesne sieci łączności elektronicznej”*, w tym komercyjnych inwestycji w sieci 5G. Zgodnie z uzasadnieniem z rewizji KPO: *„zobowiązania pokryciowe jakimi będą objęci zwycięzcy planowanej aukcji obejmą zdecydowaną większość obszaru Polski i tym samym inwestycja z KPO dotycząca budowy co najmniej 4200 stacji bazowych na obszarach wiejskich stanie się praktycznie niewykonalna w kwalifikowalny sposób w świetle przepisów rozporządzenia GBER”*. W ten sposób uwagi rynku dotyczące ryzyk związanych z wpływem zobowiązań aukcyjnych na możliwość pozyskania środków unijnych stały się (prawdopodobnie) samospełniającą się przepowiednią.

Sytuacja ta nie jest jednak na tym etapie nieodwracalna. Niezwłoczne przeprowadzenie aukcji bez nadmiarowych zobowiązań pokryciowych może zdecydować o przywróceniu finansowania inwestycji w sieci 5G z KPO. W związku z tym PIIT apeluje do Prezesa UKE o zmianę dotychczasowego podejścia do zobowiązań aukcyjnych i w ten sposób podjęcie aktywnego działania na rzecz pozyskania dodatkowych funduszy na rozbudowę sieci mobilnych w Polsce. Takie przeorientowanie przysłuży się przede wszystkim użytkownikom końcowym, w interesie których w najbliższych latach realizowane będą szeroko zakrojone inwestycje w nowoczesną infrastrukturę telekomunikacyjną.

W kwestii tej przedstawiamy w załączeniu stanowisko jakie Izba złożyła do Ministra Funduszy i Programów Regionalnych w ramach konsultacji publicznych rewizji Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności („KPO”), które zakończyły się w dniu 9 maja 2023 r.

3. Wymagania w zakresie bezpieczeństwa i integralności infrastruktury i usług telekomunikacyjnych

Nie rozstrzygając kwestii merytorycznych związanych z bezpieczeństwem Państwa, zgłaszane są uwagi, mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa procesu aukcyjnego w wymiarze formalno-prawnym.

Izba w dalszym ciągu stoi na stanowisku, że określenie wymagania wynikającego z art. 115 ust. 1 pkt 10 Prawa telekomunikacyjnego nie może prowadzić do podważania bezpieczeństwa procedury aukcyjnej i przyszłych decyzji rezerwacyjnych. Takie ryzyko występuje jednak w sytuacji, gdy ustalone przez Prezesa UKE wymogi wychodzą poza ramy obowiązujących przepisów prawa, antycypując przyszłe regulacje bądź stojąc w sprzeczności z tymi już obowiązującymi (np. w przypadku obowiązku stosowania się do wytycznych kierowanych wyłącznie do organów administracji publicznej – art. 67 ust. 1 ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa). Niestety zmiany dokonane przez Prezesa UKE w tym zakresie w stosunku do projektu rozstrzygnięć sporządzonych na potrzeby pierwszej rundy konsultacji nie zwiększają zaufania członków Izby do bezpieczeństwa procesu. Część modyfikacji rodzi wręcz nowe problemy i wątpliwości.

Przede wszystkim, posługiwanie się przez Prezesa UKE terminem „dostawca stanowiąca poważne zagrożenie dla obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego” w miejsce uprzednio używanego terminu „dostawca wysokiego ryzyka”, nie zmienia faktu, że mowa jest o nieprzewidzianej w polskim porządku prawnym instytucji, a więc do nieistniejącej procedury i nieprzyznanych nikomu kompetencji. Skoro nie ma przepisów pozwalających uznać danego dostawcę za dostawcę stanowiącego poważne zagrożenie dla obronności, bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa i porządku publicznego, to nie ma też organu właściwego do dokonania takiego uznania. Dalsze wymagania dotyczące uzgadniania z Prezesem UKE planów wycofania sprzętu są w tym zakresie bezprzedmiotowe.

I tak jak PIIT wskazywał już w poprzednim stanowisku – w przypadku gdy przyszłe przepisy wprowadzą jakąś procedurę wyznaczania dostawcy, którego sprzęt, usługi czy oprogramowanie będą musiały być wycofywane, to dodatkowe obowiązki w decyzjach rezerwacyjnych odnoszące się do tego rozwiązania staną się niepotrzebne. Same przepisy ustawy będą podstawą do wycofywania ryzykownego sprzętu bez względu na treść decyzji rezerwacyjnych. Ust. 11 będzie więc albo po prostu zbędny (redundantny) albo sprzeczny z obowiązującymi regulacjami ustawowymi.

W związku z powyższym PIIT ponownie wnosi o usunięcie punktu 11, jako że obok ryzyka i propozycji podjęcia środków zaradczych wskazywanych w ww. punkcie 1, podobnie jest to rozwiązanie w najwyższym stopniu wpływające na poprawę bezpieczeństwa prawnego aukcji.

Jednocześnie niezrozumiałym dla członków Izby jest rozbudowanie przez Prezesa UKE postanowienia mającego na celu określenie zasad postępowania Dysponenta w przypadku niezgodności decyzji rezerwacyjnej z przepisami prawa:

„Poszczególne postanowienia Wymagań mają zastosowanie, o ile obowiązujące przepisy prawa nie stanowią inaczej. Postanowienia Wymagań należy tak interpretować aby je pogodzić z obowiązującymi przepisami. W przypadkach niedających się pogodzić kolizji z obowiązującymi przepisami, przepisy prawa powszechnie obowiązującego mają pierwszeństwo i wchodzą w miejsce postanowień niniejszego Załącznika, z którymi są one niezgodne.”

Stosowanie klauzul salwatoryjnych jest powszechną praktyką przy konstruowaniu umów w obrocie gospodarczym. Decyzja administracyjna nie jest umową, a prawo administracyjne rządzi się innymi prawami niż prawo cywilne, w którym naczelną zasadą jest swoboda umów. Sugerowanie w jakikolwiek sposób niezgodności decyzji z przepisami prawa grozi podważeniem prawidłowości całej

decyzji administracyjnej. Niedopuszczalne jest przy tym wymaganie od Dysponenta, by sam musiał ustalać, które postanowienia decyzji go wiążą, a które nie. Rolą decyzji administracyjnej jest możliwie dokładne określanie sytuacji prawnej strony nabywającej określone prawo bądź realizującej określony obowiązek. Jeśli Prezes UKE stwierdza, że zaproponowane przez niego wymogi bezpieczeństwa nie znajdują podstaw w obowiązujących przepisach (co do czego Izba się zgadza), to powinien zmienić te postanowienia lub z nich całkowicie zrezygnować, a nie wprowadzać postanowienie przeniesione z praktyki cywilistycznej na całkiem odmienny, nieadekwatny grunt administracyjny.

Zdanie odrębne

Firmy Ericsson, Nokia oraz Samsung będące członkami PIIT zgłosiły zdanie odrębne do niniejszego stanowiska argumentując, że kwestie bezpieczeństwa narodowego, w tym zapewnienia ciągłości działania oraz nienaruszalności infrastruktury krytycznej Państwa, nie mogą podlegać żadnym kompromisom i rolą organów Państwa jest jednostronne i jednoznaczne określenie zasad i form zapewnienia tego bezpieczeństwa. Z uwagi na powyższe firmy te nie popierają niniejszego stanowiska PIIT w zakresie odnoszącym się do kwestii cyberbezpieczeństwa i nie należy tej części traktować jako jednolitego głosu naszej branży.