

Warszawa, dnia 18 listopada 2014 r.

BAS-WAL-2620/14

Pan Poseł
Antoni Mężydło
KP PO

Opinia prawna

o niezgodności z prawem określenia terminu na składanie ofert wstępnych w aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości ogłoszonej przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w dniu 10 października 2014 r. oraz o rekomendowanym sposobie wyeliminowania tej niezgodności

I. Tezy opinii

- 1) Termin na składanie ofert wstępnych w aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości określony przez Prezesa UKE w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. został ustalony w sposób niezgodny z treścią § 5 pkt 2 lit. c) 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, ze zm.).
- 2) Najbardziej optymalnym sposobem na wyeliminowanie przez Prezesa UKE niezgodności terminu na składanie ofert wstępnych określonego w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. jest odwołanie przez Prezesa UKE omawianej tutaj aukcji (na podstawie art. 118 ust. 2a Prawa telekomunikacyjnego) i zainicjowanie nowej aukcji, w ramach której termin na składanie ofert wstępnych zostanie przez Prezesa UKE określony w sposób zgodny z treścią § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.

I. Ogłoszenie Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 10 października 2014 r. o aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości oraz określony w tym ogłoszeniu termin na składanie ofert wstępnych

W dniu 10 października 2014 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes UKE) zamieścił ogłoszenie o aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości we wskazanych zakresach MHz, z których każda jest przeznaczona do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lub stałej na obszarze całego kraju (dalej: „Ogłoszenie z dnia 10 października 2014 r.”). Ogłoszenie to zostało zamieszczone na podstawie art. 116 ust. 6, art. 118 ust. 1, 2 i 2a oraz art. 118a ust. 2a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 243) oraz § 3 ust. 1 i 2 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, ze zm.; dalej: „rozporządzenie z dnia 19 lipca 2013 r.”; to ostatnie rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 120 Prawa telekomunikacyjnego).

W Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. Prezes UKE zamieścił m. in. następujące stwierdzenie: „Oferty wstępne składa się w formie określonej w dokumentacji aukcyjnej w terminie do dnia 24 listopada 2014 r., w dni robocze, w godzinach 9:00-15:00, w siedzibie Urzędu Komunikacji Elektronicznej w Warszawie (...)” (pkt 3 Ogłoszenia z dnia 10 października 2014 r.). Wskazując w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. wspomniany wyżej termin na składanie ofert wstępnych Prezes UKE był związany treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r., stanowiącego, że w ogłoszeniu o aukcji na rezerwację częstotliwości (lub zasobów orbitalnych) należy podać „termin złożenia oferty wstępnej, który nie może być krótszy niż 45 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o aukcji”. Konieczność podania przez Prezesa UKE w ogłoszeniu o aukcji na rezerwację częstotliwości terminu na składanie ofert wstępnych – i to terminu nie krótszego niż 45 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o aukcji – jest więc prawnym obowiązkiem Prezesa UKE, przy czym ustalenie tego terminu, a następnie jego upływ oraz dochowanie tego terminu przez podmioty

zainteresowane uczestnictwem w aukcji, są zdarzeniami prawnymi mającymi istotny wpływ na dalszy przebieg i tok aukcji. Mianowicie, niezwłocznie po upływie terminu do składania ofert wstępnych przewodniczący komisji aukcyjnej zwołuje posiedzenie, podczas którego komisja aukcyjna otwiera oferty wstępne złożone w terminie (§ 27 ust. 1 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.), tzn. złożone z zachowaniem terminu wskazanego przez Prezesa UKE w ogłoszeniu o aukcji. W przypadku złożenia oferty wstępnej po upływie terminu do składania ofert wstępnych przewodniczący komisji aukcyjnej przekazuje Prezesowi UKE daną ofertę wstępną bez jej otwierania (§ 28 ust. 1 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.). Z kolei Prezes UKE ofertę wstępną złożoną po terminie zwraca oferentowi bez jej otwierania (§ 28 ust. 2 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.).

W przypadku aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości zainicjowanej przez Prezesa UKE Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. wskazany w tym ogłoszeniu termin na składanie ofert wstępnych – zgodnie z literalnym brzmieniem odnośnego fragmentu Ogłoszenia z dnia 10 października 2014 r. – upływa w dniu 24 listopada 2014 r. o godz. 15.00.

II. Sposób obliczania terminu na składanie ofert wstępnych określonego przez Prezesa UKE w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r.

1. [Aukcja na rezerwację częstotliwości jako postępowanie regulowane łącznie przepisami prawa cywilnego i administracyjnego] Sposób obliczania terminów na składanie ofert wstępnych w aukcji na rezerwację częstotliwości – w tym również w aukcji zainicjowanej przez Prezesa UKE Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. – nie został *expressis verbis* uregulowany ani w przepisach Prawa telekomunikacyjnego ani też w przepisach rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. W związku z brakiem pozytywnej regulacji tego zagadnienia przez prawodawcę ustalenie sposobu obliczania omawianego terminu należałoby rozpocząć od zidentyfikowania rodzaju i charakteru przepisów prawnych mających zastosowanie do aukcji na rezerwację częstotliwości. Mówiąc konkretniej, należałoby najpierw ustalić, czy do aukcji na rezerwację częstotliwości (tak jak ta aukcja jest unormowana w przepisach Prawa telekomunikacyjnego) mają zastosowanie przepisy prawa cywilnego czy też

administracyjnego, a także w jakim dokładnie zakresie przepisy te są do omawianej aukcji stosowane. To zaś z kolei pozwoli rozstrzygnąć kwestię tego, czy do obliczania terminu na składanie ofert wstępnych w ramach omawianej aukcji znajdują posiłkowo (subsydiarnie) zastosowanie przepisy o terminach zawarte w przepisach kodeksu cywilnego (k.c.) czy też w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.).

Od razu na samym początku należałoby wyjaśnić, że ustalenie rodzaju i charakteru przepisów prawnych mających zastosowanie do omawianej aukcji wcale nie musi być równoznaczne z jednoczesnym przesądzeniem tego, że wspomniana aukcja ma charakter cywilnoprawny lub administracyjnoprawny. W doktrynie zauważa się, że różnego rodzaju postępowania (procedury) zamówieniowe, konkursowe czy też przetargowe, których celem jest wyłonienie określonego zwycięzcy (wykonawcy) mającego nabyć lub dostarczyć określone dobro, mogą mieć albo charakter prywatnoprawny (cywilnoprawny), albo publicznoprawny (administracyjnoprawny) albo też hybrydowy, w zależności od treści kryteriów klasyfikacyjnych ustalonych przez tego, kto dokonuje tego rodzaju klasyfikacji, co wszakże nie musi być równoznaczne ze stwierdzeniem, iż *de lege lata* do danego postępowania mają zastosowanie albo wyłącznie przepisy prawa cywilnego albo też wyłącznie przepisy prawa administracyjnego. W efekcie może być więc tak, że dane postępowanie zamówieniowe (konkursowe, przetargowe, aukcyjne) ma charakter publicznoprawny czy też administracyjnoprawny (w świetle określonych kryteriów przyjętych przez tego, kto analizuje charakter danego postępowania), ale jednocześnie do postępowania tego mają zastosowanie, przynajmniej w jakiejś części lub zakresie, przepisy prawa cywilnego (M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 52-53, 243 i n.).

W przekonaniu autora niniejszej opinii aukcja na rezerwację częstotliwości unormowana w przepisach Prawa telekomunikacyjnego (zob. art. 116-120 Prawa telekomunikacyjnego) ma jednoznacznie charakter postępowania publicznoprawnego (inaczej mówiąc: aukcja ta jest procedurą o charakterze administracyjnoprawnym), za czym przemawiają następujące kryteria: 1) publiczny charakter celów aukcji na rezerwację częstotliwości (cele te wpisują się mianowicie w publicznoprawne cele regulacji sektora telekomunikacyjnego, określone w art. 1 ust. 2 Prawa

telekomunikacyjnego; na ich temat zob. szerzej S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 11 i n.); 2) publiczny charakter podmiotu przeprowadzającego aukcję, którym jest Prezes UKE, będący centralnym organem administracji rządowej (art. 116 ust. 6 i art. 190 ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego); 3) publiczny charakter przedmiotu aukcji, którym są określone zasoby pozostające we władztwie (także tym właścicielskim) i zarządzie państwa; 4) administracyjnoprawna oraz hybrydowa metoda regulacji aukcji na rezerwację częstotliwości, wynikająca z przewidzianego przepisami Prawa telekomunikacyjnego oraz przepisami rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. sposobu aktualizacji praw i obowiązków podmiotów uczestniczących w aukcji.

Równocześnie, niezależnie od publicznoprawnego charakteru aukcji na rezerwację częstotliwości, pozostaje normatywnym faktem, że aukcja ta nie jest bynajmniej w całości regulowana przepisami prawa administracyjnego. W określonym zakresie przebieg aukcji na rezerwację częstotliwości normują również przepisy prawa cywilnego (m. in. w zakresie niektórych czynności prawnych dokonywanych przez uczestników aukcji, takich jak oferta wstępna). W szczególności, przepisami prawa cywilnego stosowanymi do aukcji na rezerwację częstotliwości są przepisy k.c. o terminach (zob. szczegółowo niżej).

2. [Przepisy k.c. o terminach stosowane do obliczania terminów w ramach aukcji na rezerwację częstotliwości] Skupiając się w niniejszej opinii wyłącznie na kwestii rodzaju przepisów prawa znajdujących zastosowanie do ustalania i obliczania procesowych **terminów** w ramach aukcji na rezerwację częstotliwości, należałoby zauważyć, że do ustalania i obliczania wspomnianych terminów z całą pewnością nie znajdują zastosowania przepisy o terminach określone w k.p.a. (art. 57-60 k.p.a.). Brak prawnej możliwości stosowania do terminów w ramach aukcji na rezerwację częstotliwości przepisów o terminach określonych w k.p.a. wynika *expressis verbis* z treści art. 116 ust. 7 zd. 2 Prawa telekomunikacyjnego, stanowiącego co następuje: „Do przetargu, aukcji i konkursu nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego.”. W świetle tego wyraźnego stwierdzenia ustawodawcy nie można się zgodzić ze stanowiskiem, iż do obliczania terminów procesowych związanych z aukcjami znajdują zastosowanie – choćby jedynie

odpowiednio lub *per analogiam* – przepisy k.p.a. o terminach. Prawdą jest oczywiście, że przepisy k.p.a. o terminach znajdują bez wątpienia zastosowanie do określonych jurysdykcyjnych postępowań administracyjnych, które są funkcjonalnie związane z aukcjami na rezerwację częstotliwości. Chodzi to mianowicie o takie postępowania jak: 1) postępowanie administracyjne w sprawie rezerwacji częstotliwości (art. 116 ust. 7 zd. 1 oraz art. 118c ust. 2 i 3 Prawa telekomunikacyjnego), 2) postępowanie administracyjne w sprawie uznania aukcji za nierozstrzygniętą (art. 118e Prawa telekomunikacyjnego) oraz 3) postępowanie administracyjne w sprawie unieważnienia aukcji (art. 118d Prawa telekomunikacyjnego). Natomiast do samej aukcji jako takiej – będącej jedynie trybem wyłonienia oferentów, którym będzie można następnie w odrębnym postępowaniu administracyjnym udzielić rezerwacji częstotliwości – nie stosuje się przepisów k.p.a. o terminach (ani też nie stosuje się w tym zakresie żadnych innych przepisów k.p.a.).

Należy przyjąć, że do obliczania terminów w ramach aukcji na rezerwację częstotliwości znajdują zastosowanie przepisy o terminach określone w przepisach k.c. (art. 110-116 k.c.). Normatywnym uzasadnieniem takiego stanowiska jest okoliczność, iż czynności prawne dokonywane przez uczestników omawianej aukcji będących oferentami mają w istocie charakter czynności cywilnoprawnych; są to mianowicie zdarzenia prawne, których elementem są określone oświadczenia woli składane przez uczestników aukcji (oferentów). Raz jeszcze przy tym należy powtórzyć, że cywilnoprawny charakter niektórych czynności dokonywanych w ramach aukcji na rezerwację częstotliwości bynajmniej nie jest sprzeczny z generalną kwalifikacją tejże aukcji jako postępowania o charakterze publicznoprawnym.

Na zakończenie tej części rozważań należałoby zresztą zauważyć, że spór o to, czy do obliczania terminów w ramach aukcji na rezerwację częstotliwości znajdują zastosowanie przepisy o terminach zawarte w k.p.a. czy też w k.c. nie ma większego znaczenia praktycznego, jako że merytoryczna treść tych przepisów, w szczególności w zakresie sposobu obliczania terminów, jest w zasadzie identyczna. W szczególności, zarówno w przepisach o terminach zawartych w k.p.a., jak też w przepisach o terminach zawartych w k.c. znajdują się identyczne treściowo reguły, zgodnie z którymi: 1) termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia (art. 111 § 1 k.c. oraz art. 57 § 1 zd. 2 k.p.a.); 2) jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne

zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (art. 111 § 2 k.c. oraz art. 57 § 1 zd. 1 k.p.a.); 3) jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego (art. 115 k.c. oraz art. 57 § 4 k.p.a.).

To, że do obliczania terminów w ramach aukcji na rezerwację częstotliwości znajdują zastosowanie reguły o wskazanej wyżej merytorycznej treści potwierdza również w swoich wyjaśnieniach Prezes UKE. Prezes UKE nie przesądza bynajmniej w sposób wyraźny tego, czy do obliczania terminów w ramach aukcji na rezerwację częstotliwości znajdują zastosowanie przepisy o terminach zawarte w k.p.a. czy też przepisy o terminach zawarte w k.c. Niemniej jednak w sensie merytorycznym (treściowym) Prezes UKE wyjaśnia, że „Jeżeli początkiem terminu o którym mowa w dokumentacji określonego w dniach jest pewne zdarzenie, przy obliczaniu tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym zdarzenie to nastąpiło. Upływ ostatniego z wyznaczonej liczby dni uważa się za koniec terminu z zastrzeżeniem, że jeżeli koniec terminu przypada na dzień, który nie jest dniem roboczym w rozumieniu dokumentacji lub jest dniem ustawowo wolnym od pracy, za ostatni dzień terminu uważa się najbliższy następny dzień roboczy.” (Wyjaśnienie treści dokumentacji aukcyjnej na rezerwację częstotliwości z zakresu 791-816 MHz oraz 832-857 MHz oraz z zakresu 2500-2570 MHz oraz 2620-2690 MHz na obszarze całego kraju, przeznaczone do świadczenia usług telekomunikacyjnych w służbie radiokomunikacyjnej ruchomej lub stałej: wyjaśnienie do wniosku nr 10 udzielone przez Prezesa UKE w dniu 6 lutego 2014 r., s. 2-3, wyjaśnienie to jest dostępne na stronie: http://uke.gov.pl/files/?id_plik=15135).

III. Niezgodność terminu na składanie ofert wstępnych określonego w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.

Termin na składanie ofert wstępnych w aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości określony przez Prezesa UKE w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. został ustalony **w sposób niezgodny** z treścią § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r., przy założeniu, że do obliczania tego terminu znajdują zastosowanie merytoryczne reguły obliczania terminów wskazane w części II niniejszej opinii, czyli reguły wynikające w istocie z przepisów k.c. (zgodne zresztą treściowo z regułami wynikającymi z k.p.a. i zaakceptowane w sensie merytorycznym przez samego Prezesa UKE). Mianowicie, wspomniano już o tym, że w przypadku aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości zainicjowanej przez Prezesa UKE Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. wskazany w tym ogłoszeniu termin na składanie ofert wstępnych – zgodnie z literalnym brzmieniem odnośnego fragmentu Ogłoszenia z dnia 10

października 2014 r. – upływa w dniu 24 listopada 2014 r. o godz. 15.00. Tymczasem z treści przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. wynika, że w ogłoszeniu o aukcji na rezerwację częstotliwości (lub zasobów orbitalnych) należy podać „termin złożenia oferty wstępnej, który nie może być krótszy niż 45 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o aukcji”. Skoro więc *de lege lata* określony w ogłoszeniu o aukcji na rezerwację częstotliwości termin złożenia oferty wstępnej nie może być krótszy niż 45 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o aukcji, zaś analizowane w niniejszej opinii ogłoszenie na 19 rezerwacji częstotliwości zostało opublikowane przez Prezesa UKE w dniu 10 października 2014 r., oznacza to, że w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. najkrótszy (tj. o minimalnej dopuszczalnej długości) termin na składanie ofert wstępnych powinien być tak określony, aby upływać – przy założeniu, że sposób obliczania tego terminu musi być zgodny z art. 111 i art. 115 k.c. – w dniu 24 listopada 2014 r. wraz z końcem godziny 23.59, tzn. wraz z upływem ostatniej sekundy w godzinie 23.59.

W tym kontekście należy wyjaśnić, że sformułowanie zawarte w § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r., mówiące o tym, że w ogłoszeniu o aukcji na rezerwację częstotliwości (lub zasobów orbitalnych) należy podać „termin złożenia oferty wstępnej, który nie może być krótszy niż 45 dni od dnia opublikowania ogłoszenia o aukcji”, trzeba rozumieć w ten sposób, że przy obliczaniu tego minimalnego 45-dniowego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym jest zamieszczane ogłoszenie o aukcji na rezerwację częstotliwości. Zamieszczenie przez Prezesa UKE ogłoszenia o aukcji na rezerwację częstotliwości jest bowiem „zdarzeniem”, które jest „początkiem terminu oznaczonego w dniach” w rozumieniu art. 111 § 2 k.c. Tym samym przy obliczaniu określonego w dniach i wynikającego z § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. minimalnego 45-dniowego terminu na składanie ofert wstępnych nie uwzględnia się – zgodnie z treścią art. 111 § 2 k.c. – dnia opublikowania ogłoszenia o aukcji. W rezultacie, w przypadku Ogłoszenia z dnia 10 października 2014 r. minimalny 45-dniowy termin na składanie ofert wstępnych należy obliczać od dnia następnego po dniu 10 października 2014 r., czyli od dnia 11 października 2014 r. Jeżeli poczynając od dnia 11 października 2014 r. dodamy (doliczymy) 45 dni – czyli termin, który w świetle § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. jest minimalnym dopuszczalnym

prawnie terminem na składanie ofert wstępnych w aukcji na rezerwację częstotliwości – otrzymamy datę 24 listopada 2014 r. Uwzględniając zaś okoliczność, że zgodnie z art. 111 § 1 k.c. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, okazuje się, że minimalny dopuszczalny prawnie termin na składanie ofert wstępnych w aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości zapoczątkowanej Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. upływa w dniu 24 listopada 2014 r. wraz z końcem godziny 23.59, czyli z końcem dnia 24 listopada 2014 r. Dzień 24 listopada 2014 r. nie jest przy tym dniem ustawowo wolnym od pracy (w rozumieniu art. 115 k.c., przy uwzględnieniu przepisów art. 1 ustawy z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy, Dz. U. Nr 4, poz. 28, ze zm.), a więc nie ma żadnych prawnych przeszkód ku temu, by termin na składanie ofert wstępnych w ramach omawianej tutaj aukcji upłynął właśnie z końcem dnia 24 listopada 2014 r.

Raz jeszcze zatem należałoby powtórzyć, że w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. minimalny dopuszczalny prawnie termin na składanie ofert wstępnych powinien być – w świetle przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. oraz przy uwzględnieniu art. 111 i art. 115 k.c. – tak ustalony, aby upłynąć nie wcześniej niż z końcem dnia 24 listopada 2014 r. Tymczasem z treści Ogłoszenia z dnia 10 października 2014 r. wynika, że termin na składanie ofert wstępnych w aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości upływa w dniu 24 listopada 2014 r. o godz. 15.00, a więc na 9 godzin wcześniej niż minimalny dopuszczalny prawnie termin przewidziany w przepisie § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. W rezultacie, termin na składanie ofert wstępnych w aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości określony przez Prezesa UKE w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. jest ustalony **w sposób niezgodny** z treścią § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.

IV. Konsekwencje prawne niezgodności terminu na składanie ofert wstępnych określonego w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.

Zasadniczą konsekwencją prawną stwierdzonej (zidentyfikowanej) w powyższych rozważaniach niezgodności pomiędzy terminem na składanie ofert wstępnych ustalonym w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. a treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c)

rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. będzie konieczność unieważnienia przez Prezesa UKE aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości zainicjowanej Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. Unieważnienia tego Prezes UKE będzie musiał dokonać w drodze decyzji administracyjnej.

W tym kontekście w przepisach Prawa telekomunikacyjnego stanowi się, że Prezes UKE z urzędu lub na wniosek uczestnika aukcji (przetargu, konkursu) złożony w terminie 21 dni od dnia ogłoszenia wyników aukcji (przetargu, konkursu), w drodze decyzji, unieważnia aukcję (przetarg, aukcje), jeżeli „zostały rażąco naruszone przepisy prawa lub interesy uczestników przetargu, aukcji albo konkursu” (art. 118d ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego). Uczestnikowi aukcji (przetargu, konkursu) od decyzji Prezesa UKE w sprawie unieważnienia aukcji (przetargu, konkursu) przysługuje wniosek do Prezesa UKE o ponowne rozpatrzenie sprawy, a po wyczerpaniu tego trybu – skarga do sądu administracyjnego (art. 118d ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego). Uczestnikowi aukcji (przetargu, konkursu) nie przysługuje inny tryb kontroli rozstrzygnięć podejmowanych w aukcji (przetargu, konkursie) niż określony wyżej (art. 118d ust. 3 Prawa telekomunikacyjnego).

Jak z powyższego wynika, zasadniczą materialnoprawną przesłanką unieważnienia aukcji na rezerwację częstotliwości przez Prezesa UKE jest zaistnienie „rażącego naruszenia przepisów prawa lub interesów uczestników aukcji”. Tego rodzaju przesłanka „rażącego naruszenia przepisów prawa lub interesów uczestników aukcji” ma oczywiście charakter dalece ocenny, przy czym ustawa Prawo telekomunikacyjne bliżej tej przesłanki nie definiuje, ani też nie zawiera żadnych kryteriów, w świetle których należałoby stwierdzać, czy dane naruszenie przepisów prawa lub interesów uczestników aukcji ma charakter „rażący”. W tym kontekście w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, odnoszącym się do unieważnienia przetargu na rezerwację częstotliwości, a więc relewantnym również w odniesieniu do aukcji na rezerwację częstotliwości, stwierdza się, że „unieważnienie przetargu jest dopuszczalne jedynie w wypadku rażącego, a nie "zwykłego" naruszenia przepisów prawa lub interesów uczestników przetargu. W ustawie Prawo telekomunikacyjne nie zdefiniowano pojęcia "rażącego naruszenia prawa". Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, o rażącym naruszeniu prawa można mówić wówczas, gdy chodzi o oczywiste, jednoznaczne, niewątpliwe, dające łatwo się stwierdzić naruszenie przepisu prawa, którego treść nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. O przypadku rażącego naruszenia prawa nie można zatem mówić, gdy możliwa jest różna interpretacja przepisu prawa. Podobnie należy ustalić znaczenie terminu "rażące naruszenie interesu uczestników przetargu". Warunkiem stwierdzenia, że omawiana przesłanka unieważnienia przetargu została spełniona będzie określenie interesu prawnego uczestnika przetargu i ustalenie jego oczywistego, wyraźnego, bezspornego naruszenia.” (wyrok NSA z dnia 8 czerwca 2011 r., II GSK 451/10, dostępny na stronie:

<http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C5F660F3F6>). Tego rodzaju orzecznicza charakterystyka przesłanki „rażącego naruszenia przepisów prawa lub interesów uczestników przetargu, aukcji albo konkursu” nawiązuje w swojej treści do wykładni pojęcia „rażącego naruszenia prawa” w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. (zob. szerzej B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 741 i n.).

W orzecznictwie sądowoadministracyjnym uznaje się przy tym, że nie można mówić o wystąpieniu „rażącego naruszenia przepisów prawa lub interesów uczestników przetargu, aukcji albo konkursu” w rozumieniu art. 118d ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, jeżeli dane naruszenie ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej (wyrok WSA w Warszawie z dnia 30 listopada 2009 r., VI SA/Wa 1549/09, dostępny na stronie: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/930329B0CF>) lub polega na omyłkowo błędnym oznaczeniu opakowania lub koperty, w których znajduje się określona oferta (wyrok NSA z dnia 13 sierpnia 2013 r., II GSK 654/12, dostępny na stronie: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/50E1A68A76>).

W przypadku naruszenia prawa polegającego na ustaleniu przez Prezesa UKE w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. (inicjującym aukcję na 19 rezerwacji częstotliwości) terminu na składanie ofert wstępnych w sposób niezgodny z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. można z dużą dozą pewności stwierdzić, że tego rodzaju naruszenie ma charakter „rażący” w rozumieniu art. 118d ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego. Jest to bowiem naruszenie przepisu prawa, które jest „oczywiste, jednoznaczne, niewątpliwe, dające łatwo się stwierdzić”, a przy tym naruszonym przepisem prawa jest przepis „którego treść nie budzi wątpliwości interpretacyjnych” (por. powołany wyżej wyrok NSA z dnia 8 czerwca 2011 r., II GSK 451/10). W świetle przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r., rozpatrywanego w związku z art. 111 i art. 115 k.c., nie ulega wątpliwości, że minimalny dopuszczalny prawnie termin na składanie ofert wstępnych w aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości rozpoczętej Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. powinien upłynąć w dniu 24 listopada 2014 r. wraz z końcem godziny 23.59 i ani minutę (czy też wręcz ani sekundę) wcześniej. W takim stanie prawnym ustalenie przez Prezesa UKE w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. terminu na składanie ofert wstępnych do dnia 24 listopada 2014 r. do godz. 15.00 jest takim naruszeniem przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r., które ma charakter naruszenia „oczywistego, jednoznacznego, niewątpliwego, dającego łatwo się stwierdzić”. Nawet jeżeli z czysto praktycznego punktu widzenia można by bronić tezy, że skrócenie minimalnego dopuszczalnie prawnie terminu na składanie ofert wstępnych o jedynie 9 godzin nie

powinno znacząco utrudnić złożenia ofert wszystkim oferentom, którzy są tym zainteresowani i nie powinno w istotniejszy sposób naruszyć zasady równego i niedyskryminacyjnego dostępu wszystkich oferentów do wchodzącej tutaj w grę aukcji, to jednak pozostaje niezaprzeczalnym faktem, że termin na składanie ofert wstępnych ustalony w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. jest oczywiście i ewidentnie niezgodny z minimalnym dopuszczalnym prawnie terminem przewidzianym w treści § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. Przy czym niezwykle trudno byłoby wskazać na takie odstępstwo czasowe od minimalnego terminu przewidzianego w treści § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r., które by mogło zostać uznane za nienaruszające w sposób rażący przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. (np. 1 godzina, 30 minut). Należy raczej uznać, że skoro prawodawca w § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. (w zw. z art. 111 i art. 115 k.c. oraz w zw. z art. 116 ust. 7 zd. 2 Prawa telekomunikacyjnego) jednoznacznie przesądził, że minimalny dopuszczalny prawnie termin na składanie ofert wstępnych w aukcji na rezerwację częstotliwości wynosi 45 dni, to każde skrócenie tego terminu, nawet o relatywnie krótki odcinek czasowy, wyczerpuje znamiona „rażącego naruszenia przepisów prawa” w rozumieniu art. 118d ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego.

Tak więc jeżeli po ogłoszeniu wyników aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości zainicjowanej Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. któryś z uczestników tej aukcji złoży do Prezesa UKE (w terminie 21 dni od dnia ogłoszenia wyników aukcji) wniosek o unieważnienie omawianej aukcji, wówczas Prezes UKE będzie miał prawny obowiązek tę aukcję unieważnić, zaś w razie nieuczynienia tego istnieje bardzo poważne ryzyko, że unieważnienie tej aukcji zostanie Prezesowi UKE nakazane przez sąd administracyjny, o ile dany uczestnik aukcji zaskarży do sądu administracyjnego decyzję Prezesa UKE o odmowie unieważnienia aukcji (zob. art. 118d Prawa telekomunikacyjnego).

V. Rekomendowany sposób wyeliminowania przez Prezesa UKE niezgodności terminu na składanie ofert wstępnych określonego w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.

Rekomendowanym w niniejszej opinii i najbardziej optymalnym sposobem na wyeliminowanie przez Prezesa UKE niezgodności terminu na składanie ofert wstępnych ustalonego w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. jest odwołanie przez Prezesa UKE omawianej tutaj aukcji (na podstawie art. 118 ust. 2a Prawa telekomunikacyjnego) i zainicjowanie nowej aukcji, w ramach której termin na składanie ofert wstępnych zostanie przez Prezesa UKE określony w sposób zgodny z treścią § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. W tym kontekście art. 118 ust. 2a zd. 1 Prawa telekomunikacyjnego stanowi, że „Prezes UKE może odwołać przetarg, aukcję albo konkurs w terminie na złożenie ofert określonym w ogłoszeniu o przetargu, aukcji albo konkursie, jeżeli taka możliwość została zastrzeżona w treści ogłoszenia.”. W Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. zostało wyraźnie postanowione, że „Zastrzega się możliwość odwołania aukcji w terminie do dnia 24 listopada 2014 r.” (pkt 10 Ogłoszenia z dnia 10 października 2014 r.). Tak więc biorąc pod uwagę treść Ogłoszenia z dnia 10 października 2014 r. oraz treść art. 118 ust. 2a zd. 1 Prawa telekomunikacyjnego należy uznać, że Prezes UKE jest obecnie w pełni prawnie upoważniony do tego, by odwołać aukcję na 19 rezerwacji częstotliwości zainicjowaną przez niego Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r., przy czym Prezes UKE może to uczynić do dnia 24 listopada 2014 r. do godz. 15.00 (bo taki jest właśnie termin na składanie ofert wstępnych w omawianej aukcji określony w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r.).

Prezes UKE nie może natomiast obecnie wyeliminować niezgodności terminu na składanie ofert wstępnych określonego w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. poprzez posłużenie się instytucją sprostowania oczywistej omyłki na podstawie § 12 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. Ten ostatni przepis stanowi, że „Prezes UKE może z urzędu, nie później niż na 30 dni przed upływem terminu do złożenia ofert w przypadku przetargu i konkursu lub ofert wstępnych w przypadku aukcji, sprostować oczywistą omyłkę w treści dokumentacji przetargowej, aukcyjnej albo konkursowej. Prezes UKE niezwłocznie publikuje sprostowanie na stronie podmiotowej BIP UKE. Sprostowanie jest wiążące dla uczestników przetargu, aukcji albo konkursu.”. W tym kontekście można by się spierać o to, czy określenie przez Prezesa UKE terminu na

składanie ofert wstępnych w aukcji na rezerwację częstotliwości w sposób niezgodny z treścią § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. może być uznane za „oczywistą omyłkę” w rozumieniu § 12 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. Nawiasem mówiąc, jeżeli określenie przez Prezesa UKE powyższego terminu w sposób niezgodny z treścią § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. uznamy za „oczywistą omyłkę” (w rozumieniu § 12 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.), wówczas – konsekwentnie – ustalenie tegoż terminu nie będzie można uznać za „rażące naruszenie przepisu prawa” w rozumieniu art. 118d ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, powodujące konieczność unieważnienia omawianej tutaj aukcji (należy przypomnieć, że orzecznictwo sądowoadministracyjne nie uznaje oczywistych omyłek pisarskich za „rażące naruszenie przepisów prawa lub interesów uczestników przetargu, aukcji albo konkursu” w rozumieniu art. 118d ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego: zob. powołany wyżej wyrok WSA w Warszawie z dnia 30 listopada 2009 r., VI SA/Wa 1549/09).

W przekonaniu autora niniejszej opinii określenie przez Prezesa UKE terminu na składanie ofert wstępnych w sposób niezgodny z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. nie może być uznane za „oczywistą omyłkę” w rozumieniu § 12 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r., gdyż jest to naruszenie prawa o charakterze merytorycznym i substancjalnym, nie zaś jedynie zwykłe omyłkowe przeoczenie. W każdym bądź razie w konkretnych okolicznościach analizowanej tutaj sprawy rozważania w powyższej kwestii nie mają już większego znaczenia, jako że zgodnie z § 12 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. sprostowanie przez Prezesa UKE oczywistej omyłki w treści dokumentacji aukcyjnej może nastąpić „nie później niż na 30 dni przed upływem terminu do złożenia ofert w przypadku przetargu i konkursu lub ofert wstępnych w przypadku aukcji”. Wynika z tego, że w odniesieniu do treści dokumentacji aukcyjnej w aukcji zainicjowanej Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. Prezes UKE mógł sprostować występującą tam ewentualnie oczywistą omyłkę jedynie w nieprzekraczalnym terminie do dnia 25 października 2014 r. (do godz. 15.00). Natomiast po upływie tego ostatnio wspomnianego terminu sprostowanie przez Prezesa UKE oczywistej omyłki w treści dokumentacji aukcyjnej odnoszącej się do aukcji zainicjowanej Ogłoszeniem z dnia 10 października 2014 r. nie

jest już prawnie dopuszczalne.

W omawianym tutaj kontekście można by rozważać jeszcze jedno rozwiązanie prawne będące próbą wyeliminowania niezgodności terminu na składanie ofert wstępnych określonego w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. Mianowicie, można by próbować argumentować, że literalne sformułowanie zamieszczone w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. i odnoszące się do terminu na składanie ofert wstępnych w aukcji na 19 rezerwacji częstotliwości należy interpretować w ścisłym związku z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r., tak aby dzięki takiej interpretacji wyeliminować formalną niezgodność pomiędzy terminem określonym w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. a minimalnym dopuszczalnym prawnie terminem wynikającym z treści § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. W tym względzie należałoby przypomnieć, że w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. Prezes UKE stwierdził co następuje: „Oferty wstępne składa się w formie określonej w dokumentacji aukcyjnej w terminie do dnia 24 listopada 2014 r., w dni robocze, w godzinach 9:00-15:00, w siedzibie Urzędu Komunikacji Elektronicznej w Warszawie (...)” (pkt 3 Ogłoszenia z dnia 10 października 2014 r.). Literalnie rzecz biorąc z przywołanej stypulacji wynika, że ostatecznym terminem na składanie ofert wstępnych jest dzień 24 listopada 2014 o godz. 15.00. Można by jednak próbować wykazywać, że w świetle § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. (w zw. z art. 111 k.c.) godzina 15.00 jako ostatnia dopuszczalna godzina zgłaszania ofert wstępnych dotyczy każdego poszczególnego dnia roboczego, ale nie dnia 24 listopada 2014 r. Dzień 24 listopada 2014 r. stanowi w tym względzie wyjątek, ponieważ w tym ostatnim dniu – biorąc pod uwagę treść § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. oraz treść art. 111 k.c. – ostatnią dopuszczalną godziną na składanie ofert wstępnych jest upływ godziny 23.59. Bądź co bądź w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. Prezes UKE nie napisał *expressis verbis*, że godzina 15.00 jako ostatnia dopuszczalna godzina zgłaszania ofert wstępnych dotyczy również dnia 24 listopada 2014 r. Z Ogłoszenia Prezesa UKE wynika co prawda, że godzina 15.00 dotyczy każdego dnia roboczego (bo przecież Prezes UKE nie przewidział bynajmniej w tym względzie wyjątku dla dnia 24 listopada 2014 r.), ale równocześnie jeżeli tę treść Ogłoszenia z dnia 10 października

2014 r. będziemy interpretowali w świetle treści § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. oraz w świetle treści art. 111 k.c., to wówczas otworzy się możliwość uznania, że w dniu 24 listopada 2014 r. oferty wstępne mogą być składane do końca (do upływu) godziny 23.59 i że oferty wstępnej złożonej w dniu 24 listopada 2014 r. pomiędzy godziną 15.00 a upływem godziny 23.59 nie można uznać za „ofertę wstępną złożoną po terminie do składania ofert wstępnych” w rozumieniu § 28 rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.

Trzeba jednak uczciwie przyznać, że zaproponowana wyżej interpretacja nie jest zbyt przekonująca i zbyt dobrze uargumentowana. W przekonaniu autora niniejszej opinii istnieje poważne ryzyko, że tego rodzaju interpretacja – będąca niejako próbą uratowania zgodności z prawem terminu na składanie ofert wstępnych określonego przez Prezesa UKE w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. – zostanie zakwestionowana przez sąd administracyjny, w razie gdy Prezes UKE nie odwoła omawianej tutaj aukcji i gdy w przyszłości odmówi unieważnienia tej aukcji na wniosek któregoś z uczestników tejże aukcji, zaś odmowa ta zostanie zaskarżona do sądu administracyjnego.

Biorąc powyższe pod uwagę raz jeszcze należałoby powtórzyć, że najbardziej optymalnym sposobem na wyeliminowanie przez Prezesa UKE niezgodności terminu na składanie ofert wstępnych określonego w Ogłoszeniu z dnia 10 października 2014 r. z treścią przepisu § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r. jest odwołanie przez Prezesa UKE omawianej tutaj aukcji (na podstawie art. 118 ust. 2a Prawa telekomunikacyjnego) i zainicjowanie nowej aukcji, w ramach której termin na składanie ofert wstępnych zostanie przez Prezesa UKE określony w sposób zgodny z treścią § 5 pkt 2 lit. c) rozporządzenia z dnia 19 lipca 2013 r.

Autor:

Prof. UWr dr hab. Marek Szydło

ekspert ds. legislacji

w Biurze Analiz Sejmowych

Akceptowała:

P.O. Dyrektora Biura Analiz Sejmowych

Małgorzata Bajor-Stachańczyk

Deskryptory Bazy „REX”: telekomunikacja, przetargi publiczne.

