

V

(Ogłoszenia)

POSTĘPOWANIA ZWIĄZANE Z REALIZACJĄ POLITYKI KONKURENCJI

KOMISJA EUROPEJSKA

POMOC PAŃSTWA – POLSKA

Pomoc państwa SA.37489 (2013/FC) – Domniemana niezgodna z prawem pomoc państwa na rzecz Sferia S.A. – Polska

Zaproszenie do zgłaszania uwag zgodnie z art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

(2022/C 60/03)

Pismem z dnia 21 września 2020 r., zamieszczonym w autentycznej wersji językowej na stronach następujących po niniejszym streszczeniu Komisja powiadomiła władze polskie o swojej decyzji o wszczęciu postępowania określonego w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dotyczącego wyżej wspomnianego środka.

Zainteresowane strony mogą zgłaszać uwagi na temat środka, w odniesieniu do którego Komisja wszczyna postępowanie, w terminie jednego miesiąca od daty publikacji niniejszego streszczenia i towarzyszącego mu pisma na następujący adres lub numer faksu:

European Commission
Directorate-General for Competition
State Aid Greffe
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË
Faks + 32 22961242
Stateaidgreffe@ec.europa.eu

Otrzymane uwagi zostaną przekazane Polsce. Zainteresowane strony zgłaszające uwagi mogą wystąpić z odpowiednio uzasadnionym pisemnym wnioskiem o objęcie ich tożsamości klauzulą poufności.

STRESZCZENIE

Przedmiotowe postępowanie wyjaśniające dotyczy przydzielenia w 2013 r. przez władze polskie bloku częstotliwości 2x5 MHz w zakresach 816–821 MHz i 857–862 MHz („pasma 800 MHz”) na rzecz Sferii.

Sferia to polski operator telekomunikacyjny. Sferia należy do grupy kapitałowej Cyfrowy Polsat, działającej na rynku telekomunikacyjnym i nadawczym. Głównym podmiotem w grupie świadczącej detaliczne usługi telekomunikacyjne jest Polkomtel, który w 2013 r. był wiodącym operatorem (pod względem przychodów) i trzecim operatorem pod względem liczby użytkowników. Do grupy tej należą również operatorzy nieprowadzący działalności detalicznej, w tym Sferia.

Do Komisji wpłynęły dwie skargi złożone przez dwóch operatorów sieci komórkowych w Polsce. Twierdzą oni, że Polska przyznała Sferii niezgodną z prawem pomoc państwa, ponieważ przydzielenie pasma 800 MHz miało miejsce poza procedurą selekcji, bez ponoszenia kosztów i bez obowiązku zapewnienia zasięgu.

Polska uważa, że Sferii nie przyznano żadnej pomocy, ponieważ decyzja polskiego krajowego organu regulacyjnego w sprawie przydzielenia pasma 800 MHz w 2013 r. zmieniła jedynie istniejącą rezerwację przyznaną pierwotnie w 2003 r. Zdaniem Polski zmiana rezerwacji była konieczna do osiągnięcia celów polityki regulacyjnej: zapewnienie interesu i bezpieczeństwa publicznego, a także ochrona interesów Sferii. W związku z tym Polska twierdzi, że Sferii nie przyznano selektywnej korzyści, ponieważ zmiana rezerwacji Sferii opierała się na polskiej ustawie telekomunikacyjnej, która ma zastosowanie do wszystkich operatorów i która miałaby zastosowanie do każdego operatora, gdyby znalazł się on w takiej samej sytuacji jak Sferia.

Po przeprowadzeniu wstępnej oceny Komisja ma jednak poważne wątpliwości, czy przydzielenie pasma 800 MHz w 2013 r. nie przynosi Sferii selektywnej korzyści. Choć polska ustawa Prawo telekomunikacyjne ma ogólne zastosowanie i w tym sensie nie daje podstaw do domniemania selektywnej korzyści, zastosowanie ustawy w przedmiotowej sprawie doprowadziło do odstępstwa od unijnych ram regulacyjnych w dziedzinie telekomunikacji. Komisja zauważa, że w decyzji z 2013 r. przydzielono Sferii dwa bloki o szerokości 5 MHz w paśmie 800 MHz bez przeprowadzenia procedury selekcji i bez opłat. Natomiast pozostałym operatorom przydzielono w 2016 r. pozostałe bloki w paśmie dywidendy cyfrowej 800 MHz w drodze konkurencyjnej procedury i za opłatą wynoszącą średnio ok. 430 mln EUR. Ponadto w decyzji z 2013 r. nie nałożono na Sferię obowiązków w zakresie zasięgu, inaczej niż miało to miejsce w przypadku decyzji polskiego organu regulacyjnego o przydzieleniu pasma 800 MHz innym operatorom. Komisji nie udało się ustalić powodów, które mogłyby uzasadniać odmienne traktowanie Sferii i innych operatorów. W związku z tym Komisja uważa, że kilka aspektów związanych z przydzieleniem pasma 800 MHz w 2013 r. budzi wątpliwości co do niedyskryminacyjnego traktowania operatorów i tym samym co do tego, czy Sferii nie przydzielono pasma 800 MHz na korzystniejszych warunkach niż innym operatorom. Komisja wstępnie stwierdza zatem, że środek ma charakter selektywny.

W związku z powyższym Komisja wstępnie uważa, że przydzielenie Sferii pasma 800 MHz w 2013 r. mogłoby przynieść Sferii nienależną selektywną korzyść pochodzącą z utraconych zasobów państwowych, co mogłoby zakłócić konkurencję lub grozić jej zakłóceniem i wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi. Na obecnym etapie Komisja nie dysponuje informacjami, na jakiej podstawie można by uznać ewentualną pomoc przyznaną Sferii w 2013 r. za zgodną z rynkiem wewnętrznym.

Ponadto pomimo faktu, że grupa kapitałowa Cyfrowy Polsat obejmuje dużą liczbę podmiotów prawnych, a decyzja z 2013 r. dotyczy Sferii, powiązania strukturalne, funkcjonalne, personalne i kapitałowe Sferii z tą grupą wskazują, że Sferia i grupa kapitałowa Cyfrowy Polsat mogą stanowić jedną jednostkę gospodarczą będącą beneficjentem kwestionowanego środka. W związku z tym możliwe jest, że ewentualna pomoc państwa mogłaby być korzystna nie tylko dla Sferii, ale także dla całej grupy kapitałowej Cyfrowy Polsat.

Zważywszy na swoje wątpliwości co do istnienia i zgodności tej pomocy z rynkiem wewnętrznym Komisja podjęła decyzję o wszczęciu postępowania określonego w art. 108 ust. 2 TFUE w odniesieniu do przedmiotowego środka.

Zgodnie z art. 16 rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589⁽¹⁾ wszelka niezgodna z prawem pomoc może podlegać odzyskaniu od beneficjenta.

⁽¹⁾ Rozporządzenie Rady (UE) 2015/1589 z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. L 248 z 24.9.2015, s. 9).

TREŚĆ PISMA

I. PROCEDURA

- (1) W dniu 11 października 2013 r. przedsiębiorstwo P4 Sp. z o.o. („P4”), a w dniu 15 lipca 2016 r. przedsiębiorstwo T-Mobile Polska S.A. („T-Mobile”) (łącznie „skarżący”) złożyły skargi dotyczące domniemanej pomocy państwa związanej z przyznaniem przedsiębiorstwu Sferia S.A. („Sferia”) częstotliwości radiowych telefonii komórkowej w Polsce. Na wniosek Komisji z dnia 3 marca 2016 r. P4 uzupełniło swoją skargę w dniu 8 kwietnia 2016 r. T-Mobile udzieliło dalszych informacji w dniach 30 września 2016 r., 24 października 2016 r., 8 listopada 2016 r., 25 kwietnia 2017 r., 28 listopada 2017 r. i 17 września 2019 r. W okresie od września 2016 r. do września 2019 r. odbyły się różne spotkania, rozmowy telefoniczne i wymiana wiadomości e-mail ze skarżącymi.
- (2) Pismami z dnia 6 listopada 2013 r. i 20 lipca 2016 r. Komisja przekazała skargi Polsce. W pismach i wiadomościach e-mail z dnia 11 grudnia 2014 r., 14 marca, 6 kwietnia i 26 września 2016 r., 21 kwietnia 2017 r., 19 i 22 marca 2019 r., 30 października 2019 r. Komisja zwróciła się o przedstawienie bardziej szczegółowych informacji dotyczących domniemanego środka pomocy państwa. Władze polskie odpowiedziały pismami zarejestrowanymi w dniach 17 stycznia 2014 r., 21 kwietnia 2015 r., 15 czerwca i 9 sierpnia 2016 r., 15 i 16 lutego 2017 r., 13 czerwca 2017 r., 14 lutego, 26 marca, 7 czerwca, 2 i 10 października i 20 listopada 2019 r.

II. OPIS ŚRODKA

II.1. Stan faktyczny oraz ramy prawne

II.1.1. Beneficjent

- (3) Sferia S.A. („Sferia”) jest polskim operatorem telekomunikacyjnym. Sferia rozpoczęła działalność w 2005 r. w wyniku przekształcenia spółki Ogólnopolski System Przywoławczy Polpager Sp. z o.o. („OSP Polpager”), które powstało w 1996 r.
- (4) Początkowo Sferia nie zajmowała się działalnością związaną z telefonią ruchomą ani dostępem do mobilnego internetu. OSP Polpager (a po 2005 r. – Sferia) świadczył wyłącznie usługi bezprzewodowej lokalnej pętli abonenckiej (telefonii stacjonarna i stałe łącze internetowe) w technologii CDMA2000⁽¹⁾ na terenie Warszawy i jej okolic.
- (5) Co najmniej od 2008 r.⁽²⁾ kontrolę nad Sferią sprawuje grupa kapitałowa Cyfrowy Polsat („grupa kapitałowa”)⁽³⁾ działająca na rynku telekomunikacji i na rynku nadawczym⁽⁴⁾ (a kontrolę nad nią ma osoba prywatna – pan Zygmunt Solorz-Żak). Oprócz Sferii do grupy kapitałowej należą operatorzy sieci ruchomych tacy jak Aero2 oraz, od 2011 r., Polkomtel, który jest operatorem sieci telefonicznej „Plus mobile” i który w 2013 r. był liderem wśród operatorów (pod względem przychodów) i zajmował trzecie miejsce pod względem liczby użytkowników.

⁽¹⁾ CDMA, od ang. Code-Division Multiple Access, to cyfrowa technologia komórkowa wykorzystywana do przesyłania danych i świadczenia usług łączności stacjonarnej i ruchomej.

⁽²⁾ Zygmunt Solorz-Żak nabył udziały większościowe (75 %) w Sferii w 2008 r. (decyzja polskiego organu ochrony konkurencji z dnia 19 września 2008 r., nr DKK – 74/08).

⁽³⁾ W decyzji z dnia 24 października 2011 r. (nr DKK – 126/11) polski organ ochrony konkurencji stwierdził, że grupa, posiadając (i) 49,98 % akcji Sferii oraz (ii) tyle samo głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, a także (iii) uprawnienia do wyboru członków Zarządu i Rady Nadzorczej Sferii, co najmniej współkontroluje Sferię.

Z informacji, którymi dysponuje Komisja, wynika, że w 2013 r. kontrolę nad Sferią sprawowały spółki Bithell Holdings Ltd. z siedzibą na Cyprze (14,8 %), Juvel Ltd. z siedzibą na Cyprze (18,3 %), Delas Holdings Ltd. (35,2 %) z siedzibą na Malcie (wszystkie kontrolowane przez pana Zygmunta Solorza-Żaka) i pan Jacek Szymoński (31,7 %).

W grudniu 2015 r. spółka Midas (kontrolowana przez grupę Cyfrowy Polsat) za pośrednictwem swojej spółki zależnej (Aero2) nabyła udziały większościowe (51 %) w Sferii, uzyskując dostęp „do częstotliwości z zakresu 800 MHz co [miało pozwolić] Grupie Midas utrzymać najwyższy poziom świadczonych usług dla spółek z Grupy Kapitałowej Cyfrowy Polsat” (raport nr 33/2015, *Ujawnienie opóźnionej informacji poufnej o prowadzonych negocjacjach oraz zawarcie umów zakupu pakietu kontrolnego akcji Sferia S.A.*, 24 grudnia 2015 r.). http://www.midas-sa.pl/resources/Raport_biezacy_nr_33.2015.1.pdf; <https://www.telecompaper.com/news/aero2-buys-control-of-sferia-1120937>.

Już w grudniu 2012 r. Sferia zawarła umowę ramową ze spółką Midas, w której spółki zobowiązały się do zawarcia umów dostawy i hurtowej sprzedaży usług telekomunikacyjnych wykorzystujących najnowsze dostępne technologie, w tym LTE, oraz „częstotliwości, z których Sferia będzie miała prawo korzystać” (Sprawozdanie Zarządu z działalności Grupy Kapitałowej Midas w 2012 roku, 21 marca 2013 r., http://www.midas-sa.pl/resources/document/okresowe/2013/Sprawozdanie_Zarzadu_z_dzialalnosci_Midas_SA_w_2012_roku.pdf).

W marcu 2015 r. spółki Aero2 i Mobyland (obie będące częścią grupy Midas i grupy kapitałowej Cyfrowy Polsat) podpisały ze Sferią umowę o dostawę infrastruktury i umowę o hurtowym dostępie do sieci telekomunikacyjnej dotyczące korzystania przez Sferię z pasma 800 MHz (raport nr 5/2015, *Zawarcie umów dotyczących współpracy ze Sferia S.A.*, 3 marca 2015 r., http://www.midas-sa.pl/resources/Raport_biezacy_nr_05.2015.pdf).

⁽⁴⁾ W skład Cyfrowego Polsatu wchodzi Telewizja Polsat – największa płatna platforma telewizyjna i drugi pod względem wielkości nadawca komercyjny w Polsce.

- (6) Grupa kapitałowa Cyfrowy Polsat świadczy usługi w technologii LTE od 2011 r.⁽⁵⁾ W 2013 r. grupa kapitałowa miała dostęp do częstotliwości 1 800 MHz, 900 MHz i 2 100 MHz⁽⁶⁾ oraz do częstotliwości 850 MHz i świadczyła usługi w technologii HSPA+ i LTE na podstawie umów wewnętrznych z członkami grupy⁽⁷⁾.

II.1.2. Podmioty rynkowe

- (7) Usługi łączności ruchomej świadczy w Polsce 85 operatorów, z których pięciu działa w oparciu o własną infrastrukturę⁽⁸⁾. Czterech operatorów sieci telefonii ruchomej ma stosunkowo porównywalną pozycję – P4, Orange, Polkomtel i T-Mobile. Liderem pod względem przychodów jest P4, którego udział w rynku wynosi 26,1 %, a za nim plasują się Polkomtel (25,1 %), Orange (24,5 %) i T-Mobile (21,1 %) (9). P4 jest również liderem pod względem liczby użytkowników (28,8 %), a kolejne pozycje zajmują Orange (27 %), Polkomtel (20,8 %) i T-Mobile (18,6 %) (10).

II.1.3. Kontekst

a) Pierwotna decyzja polskiego organu regulacyjnego z 2003 r.

- (8) Decyzją z dnia 31 grudnia 2003 r. („decyzja z 2003 r.”⁽¹¹⁾) Prezes polskiego organu regulacyjnego (Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty, „URTiP”⁽¹²⁾) dokonał na rzecz OSP Polpager rezerwacji częstotliwości obejmującej cztery dwupleksowe kanały częstotliwościowe o szerokości 1,25 MHz w zakresach 838–843 MHz oraz 883–888 MHz („częstotliwości z 2003 r.” lub „pasmo 850 MHz”), do wykorzystania do dnia 31 grudnia 2018 r. na potrzeby radiowego dostępu abonenckiego w stacjonarnej sieci telefonicznej na terenie Polski (tj. do wykorzystania na potrzeby telefonii stacjonarnej)⁽¹³⁾.

- (9) Rezerwacja częstotliwości, którą przyznano nieodpłatnie oraz bez postępowania selekcyjnego⁽¹⁴⁾, nie wiązała się z żadnymi zobowiązaniami dotyczącymi zasięgu.

b) Późniejsze zmiany pierwotnej decyzji

- (10) Rezerwację częstotliwości zmieniono kilka razy decyzjami polskiego organu regulacyjnego (decyzje z dnia 29 września 2004 r., 20 października 2005 r., 10 lipca 2007 r., 15 października 2008 r., 19 marca 2009 r., 27 grudnia 2013 r., 26 września 2014 r. i 12 maja 2016 r.). Żadnej z tych decyzji nie poprzedziło postępowanie selekcyjne. Na Sferię nie nałożono żadnej jednorazowej opłaty (ang. one-off fee), żadnych zobowiązań dotyczących rozbudowy sieci (ang. roll-out) ani zobowiązań inwestycyjnych. Sferia miała obowiązek rozpocząć korzystanie z przyznanego widma przed upływem określonego terminu oraz uiszczyć opłaty roczne za prawo do posiadania widma lub korzystania z niego⁽¹⁵⁾, a także opłaty za pozwolenia radiowe niezbędne do rozbudowy infrastruktury i świadczenia usług⁽¹⁶⁾.
- (11) Zmiany z 2004 r. i 2007 r. dotyczyły uzgodnień technicznych związanych z korzystaniem z rezerwacji częstotliwości⁽¹⁷⁾. Decyzją z 2016 r. zwolniono Sferię z obowiązku uzyskiwania pozwolenia radiowego⁽¹⁸⁾. W ramach zmiany z 2005 r.⁽¹⁹⁾ zmodyfikowano kanały częstotliwościowe, a cztery dwupleksowe kanały częstotliwościowe o szerokości 1,23 MHz w zakresach częstotliwości 838–843 MHz i 883–888 MHz zastąpiono czterema kanałami częstotliwościowymi o szerokości 1,26 MHz w zakresach 824–830 MHz i 869–875 MHz („częstotliwości z 2005 r.” lub „pasmo 850 MHz”). W ramach tej zmiany zaznaczono, że celem jest zapobieganie zakłóceniom technicznym w systemie GSM-R, który jest międzynarodowym standardem w zakresie łączności kolejowej przeznaczonym do obsługi zastosowań radiowych niezbędnych w działalności kolejowej, w tym łączności głosowej, przekazywania danych i łączności kontrolnej, i który stanowi część europejskiego systemu zarządzania ruchem kolejowym (ERTMS).

(5) Raport roczny Grupy Kapitałowej Cyfrowy Polsat S.A. za rok obrotowy zakończony dnia 31 grudnia 2011 roku, 12 marca 2012 r., https://grupapolsat.pl/sites/default/files/documents/skonsolidowany_raport_roczny_2011_PL.pdf

(6) Raport roczny Grupy Kapitałowej Cyfrowy Polsat S.A. za rok obrotowy zakończony dnia 31 grudnia 2013 roku, 27 lutego 2014 r., https://grupapolsat.pl/sites/default/files/documents/Skonsolidowane_2013_PL_26022014.pdf

(7) Raport nr 55/2012, Zawarcie umowy ramowej ze Sferia S.A. oraz aktualizacja informacji o emisji obligacji Funduszu, 21 grudnia 2012, http://www.midas-sa.pl/resources/document/raporty/2012/Raport_biezacy_nr_55.2012.pdf

(8) Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce, 28 czerwca 2019 r., Urząd Komunikacji Elektronicznej, (<https://www.uke.gov.pl/en/newsroom/report-on-the-state-of-the-telecommunications-market-in-poland-in-2018,210.html>).

(9) Tamże.

(10) Tamże.

(11) Decyzja nr LR 7346/03.

(12) Do 2006 r., poprzednik obecnego Urzędu Komunikacji Elektronicznej („UKE” lub „polski organ regulacyjny”).

(13) Do świadczenia usług w technologii CDMA w ramach systemu dostępu bezprzewodowego w stałej lokalizacji.

(14) Polska wyjaśnia, że nie przeprowadzono postępowania selekcyjnego, ponieważ w 2003 r. – mimo ogłoszenia opublikowanego na stronie internetowej URTiP – żaden inny operator poza Sferią nie wyraził zainteresowania rezerwacją.

(15) Opłaty te wahały się od 1,2 mln PLN (ok. 273 217 EUR) w 2005 r. (władze polskie nie przedstawiły danych liczbowych dotyczących opłat uiszczonych przed 2005 r.) do 3 mln PLN (ok. 683 045 EUR) w 2016 r.

(16) 1 939 PLN za każde zezwolenie (ok. 441 EUR).

(17) Decyzją z 2004 r. (decyzja nr DZC-WDO-5106-9/04(4)) polski organ regulacyjny zmienił warunki korzystania z zarezerwowanych częstotliwości. Decyzją z 2007 r. (DZC-WAP-5106-1/05(33)) polski organ regulacyjny zmienił termin obowiązywania maksymalnych poziomów promieniowania niepożądanego stacji bazowych i urządzeń końcowych (tj. z 1 lipca 2007 r. na 31 sierpnia 2007 r.).

(18) Decyzja nr DZC.WAP.514.67.2016.2.

(19) Decyzja nr DZC-WAP-5106-1/05(5).

- (12) Jednocześnie Sferia rozpoczęła działania administracyjne i prawne, aby poszerzyć zakres rezerwacji o usługi łączności ruchomej⁽²⁰⁾, a następnie uzyskać pozwolenia radiowe niezbędne do budowy infrastruktury radiowej. Polski organ regulacyjny wielokrotnie odrzucał wnioski Sferii z powodu potencjalnych szkodliwych zakłóceń w paśmie 824–830 MHz.
- (13) Jednak w następstwie skutecznych działań prawnych podjętych przez Sferię⁽²¹⁾ decyzją z dnia 15 października 2008 r.⁽²²⁾ oraz, w drugiej instancji, decyzją z dnia 19 marca 2009 r.⁽²³⁾ („decyzja z 2009 r.”) polski organ regulacyjny zmienił rezerwację częstotliwości⁽²⁴⁾ i zezwolił Sferii na korzystanie z częstotliwości z 2003 r. zmienionych decyzją z 2005 r. zarówno w ramach służby stałej, jak i ruchomej. Ścisłej rzecz biorąc, Sferia uzyskała zezwolenie na korzystanie z pasma 824–830 MHz w służbie stałej jako podstawowej i w ruchomej jako dodatkowej, pasma 869–870 MHz wyłącznie w służbie podstawowej dla radiowych systemów abonenckich CDMA, a pasma 870–875 MHz – w służbie stałej jako podstawowej oraz w ruchomej jako dodatkowej.
- c) Decyzja o odrzuceniu wniosków Sferii o zmianę zakresów częstotliwości
- (14) Sferia złożyła następnie wniosek o pozwolenia radiowe na budowę infrastruktury radiowej UMTS⁽²⁵⁾ i LTE⁽²⁶⁾ w widmie z 2003 r. zmienionym decyzjami z 2005 r. i 2009 r.
- (15) Zgodnie z polskim prawem pozwolenia te są niezbędne do korzystania ze stacji bazowych nadających sygnał radiowy.
- (16) Polski organ regulacyjny odrzucił większość wniosków, w których sygnalizowano ryzyko zakłóceń systemu⁽²⁷⁾. W szczególności dotyczyło to zakłóceń w systemie GSM-R, który jest międzynarodowym standardem w zakresie łączności kolejowej przeznaczonym do obsługi zastosowań radiowych niezbędnych w działalności kolejowej, w tym łączności głosowej, przykazywania danych i łączności kontrolnej, i który stanowi część europejskiego systemu zarządzania ruchem kolejowym (ERTMS).
- (17) Z powodu braku możliwości korzystania z rezerwacji częstotliwości do świadczenia usługi łączności ruchomej Sferia złożyła wnioski o zmianę rezerwacji częstotliwości i zastąpienie swoich częstotliwości równoważnymi częstotliwościami z pasm 801–806 MHz i 832–837 MHz lub z pasm 801–806 MHz i 842–847 MHz, lub inną parą równoważnych częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej.
- (18) W dniu 16 grudnia 2011 r. polski organ regulacyjny wydał decyzję („decyzja z 2011 r.”⁽²⁸⁾), w której odmówiono zmiany rezerwacji i twierdzono, że nie ma dostępnych częstotliwości⁽²⁹⁾ oraz że przydzielenie tylko części dupletu częstotliwości skutkowałoby nieefektywnym wykorzystaniem częstotliwości, co naruszałoby polskie prawo telekomunikacyjne. Polski organ regulacyjny wyjaśnił, że kiedy częstotliwości te staną się dostępne konieczne będzie zorganizowanie postępowania selekcyjnego, na wypadek gdyby liczba operatorów przekroczyła liczbę dostępnych częstotliwości. Co więcej, polski organ regulacyjny wyjaśnił, że ponieważ przedmiotowe częstotliwości są ograniczonymi zasobami, w interesie społecznym leży, aby zezwolić operatorom na nabywanie tych częstotliwości wyłącznie w drodze procedury konkurencyjnej, a nie dokonywać rezerwacji części lub całości dywidendy cyfrowej na rzecz operatora bez takiej procedury. Ponadto polski organ regulacyjny stwierdził, że nie zidentyfikował żadnego konkretnego interesu strony, który mógłby uzasadnić taką zmianę.

⁽²⁰⁾ Tj. aby zapewnić abonentom korzystającym z technologii CDMA dostęp radiowy również w ramach usługi łączności ruchomej.

⁽²¹⁾ W wyroku z dnia 21 listopada 2006 r. Sąd Administracyjny w Warszawie uchylił decyzję polskiego organu regulacyjnego, w której odmówiono rozszerzenia częstotliwości przyznaných Sferii na wykonywanie służby ruchomej. Sąd wyjaśnił, że planów zagospodarowania częstotliwości, na które powołuje się organ regulacyjny, nie można uznać za podstawę do odrzucenia wniosku Sferii o rozszerzenie rezerwacji na służbę ruchomą oraz że organ regulacyjny nie wyjaśnił powodów swojej decyzji, a w szczególności nie uwzględnił prawnie uzasadnionego interesu strony. Wyjaśniono również, że zmiana ta była konieczna, aby zapewnić prawidłowe stosowanie zasady neutralności technologicznej (postanowienie VI SA/Wa 1708/06).

⁽²²⁾ Decyzja nr DZC-WAP-5106-1/05(112).

⁽²³⁾ Decyzja nr DZC-WAP-5106-1/05(140).

⁽²⁴⁾ Zmienioną decyzjami z dnia 29 września 2004 r., 20 października 2005 r. i 10 lipca 2007 r.

⁽²⁵⁾ Uniwersalny System Telekomunikacji Ruchomej – sieci telefonii ruchomej trzeciej generacji (3G).

⁽²⁶⁾ Long Term Evolution – technologia zapewniająca standardy komunikacji ruchomej czwartej generacji (4G).

⁽²⁷⁾ Sferia odwołała się od decyzji organu regulacyjnego. W wyroku z dnia 31 grudnia 2012 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2195/12) Sąd Administracyjny w Warszawie uchylił decyzję organu regulacyjnego o odmowie zmiany rezerwacji Sferii. Ponadto w czterech orzeczeniach z dnia 10 grudnia 2012 r. (sygn. akt VI SAB/Wa 39/12 do VI SAB/Wa 42/12), w orzeczeniu z dnia 10 stycznia 2013 r. (sygn. akt VI SAB/Wa 43/12) oraz w orzeczeniach z dnia 30 stycznia 2012 r. (sygn. akt VI SAB/Wa 48/11 do VI SAB/Wa 53/11) Sąd Administracyjny w Warszawie orzekł, że czas trwania postępowań w sprawie wydania pozwoleń radiowych był zbyt długi i że organ regulacyjny nie podjął działań w celu wydania pozwoleń radiowych, o których wydanie wnioskowała Sferia.

⁽²⁸⁾ Zgodnie z art. 155 polskiego Kodeksu postępowania administracyjnego, art. 144 ust. 2 i 3, art. 116 ust. 1–7, art. 123 ust. 6 pkt 4 w związku z art. 206 ust. 1 polskiej ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. 2004 nr 171 poz. 1800 (decyzja nr DZC-WAP-5106-4/10(59)).

⁽²⁹⁾ Polski organ regulacyjny wyjaśnił w szczególności, że niższy zakres dupletu częstotliwości, o który wnioskowała Sferia (tj. zakres 801–806 MHz), pozostawał wtedy do dyspozycji Ministerstwa Obrony Narodowej i miał zostać udostępniony do użytku cywilnego w dniu 31 grudnia 2017 r.

d) Uгода z 2013 r.

- (19) W dniu 9 maja 2013 r. dwóch akcjonariuszy Sferii (spółki prawa cypryjskiego)⁽³⁰⁾ wszczęło postępowanie przeciwko Polsce, składając stosowny wniosek w tej sprawie przed trybunałem arbitrażu inwestycyjnego w Paryżu⁽³¹⁾.
- (20) Cypryjscy akcjonariusze twierdzili, że działania i zaniechania polskiego organu regulacyjnego (tj. odmowa lub opóźnienie wydania pozwoleń radiowych na rzecz Sferii, a także odrzucenie wniosku Sferii o zmianę rezerwacji częstotliwości) utrudniły rozwój sieci telekomunikacyjnej Sferii we wszystkich technologiach (CDMA2000, HSPA 5 MHz, HSPA 4,2 MHz, LTE 5 MHz, LTE 3 MHz). Sferia i jej cypryjscy akcjonariusze, a także inni akcjonariusze⁽³²⁾ byli zdania, że działania polskiego organu regulacyjnego stanowiły naruszenie ich praw, stanowiące co najmniej pośrednie wywłaszczenie, a także były źródłem znacznych szkód finansowych. Sferia i jej cypryjscy akcjonariusze oszacowali, że szkody wyniosły łącznie co najmniej [od 3 do 9] (*) mld PLN (według aktualnego kursu⁽³³⁾) [od 0,6 do 1,8] mld EUR), i wystąpili z roszczeniem o odszkodowanie w wysokości co najmniej 1,5 mld PLN (342 mln EUR).
- (21) W dniu 16 lipca 2013 r., przed ustanowieniem trybunału arbitrażowego, Minister Administracji i Cyfryzacji zawarł ugodę ze Sferią i jej akcjonariuszami. W ramach ugody: 1) Minister zobowiązał się dołożyć wszelkich dopuszczalnych prawem starań, aby polski organ regulacyjny podjął odpowiednie działania przygotowawcze niezbędne do zmiany rezerwacji Sferii do dnia 31 grudnia 2013 r., aby częstotliwości z 2003 r. (tj. z zakresów 824–830 MHz i 869–875 MHz) zastąpiono częstotliwościami z pasma 800 MHz (tj. z zakresów 816–821 MHz i 857–862 MHz); 2) w zamian za to Sferia i jej akcjonariusze zobowiązali się do odstąpienia od wszelkich istniejących i przyszłych roszczeń wobec Polski dotyczących przedmiotu sporu arbitrażowego oraz do nieuczestniczenia w żadnym postępowaniu selekcyjnym dotyczącym widma dywidendy cyfrowej do dnia 31 grudnia 2015 r.; 3) Sferia, jej akcjonariusze i Polska oświadczyli, że w wyniku oceny ekonomicznej roszczeń oraz wartości częstotliwości z 2003 r. (zmienionej decyzjami z 2005 r. i 2009 r.) oraz częstotliwości z pasma 800 MHz zawarcie i wykonanie ugody jest ekwiwalentne i pełni funkcję odszkodowawczą i nie stanowi pomocy państwa („ugoda”).

II.2. Kwestionowany środek

- (22) Przedmiotowa decyzja dotyczy przyznania Sferii w 2013 r. bloku częstotliwości z tzw. pasma dywidendy cyfrowej 800 MHz⁽³⁴⁾, w szczególności bez procedury selekcji, bez dodatkowych kosztów, bez zobowiązań dotyczących pokrycia sieci i przed innymi konkurentami („środek”).
- (23) Faktycznie w dniu 27 grudnia 2013 r.⁽³⁵⁾ polski organ regulacyjny wydał decyzję (decyzja z 2013 r.)⁽³⁶⁾ o zmianie rezerwacji częstotliwości poprzez zamian pierwotnych częstotliwości (zmienionych w 2005 r. i 2009 r.) na nowe (blok częstotliwości o szerokości 2x5 MHz z zakresów 816–821 MHz i 857–862 MHz – „częstotliwości z 2013 r.” lub „pasma 800 MHz”) do wykorzystania w służbie ruchomej lub stałej w Polsce, z wyjątkiem zakresu 860–862 MHz w 162 z 2 478 gmin, w których wykorzystanie tych częstotliwości ograniczono na okres trzech lat. Decyzji z 2013 r. nie poprzedzało postępowanie selekcyjne, decyzja nie wiązała się z koniecznością uiszczenia przez Sferię jednorazowej opłaty za rezerwację i nie towarzyszyły jej zobowiązania dotyczące pokrycia sieci. Sferia była zobowiązana jedynie do uiszczenia rocznej opłaty za korzystanie z widma⁽³⁷⁾ oraz opłaty za pozwolenia radiowe⁽³⁸⁾.
- (24) W swojej decyzji z 2013 r. polski organ regulacyjny wyjaśnił, że zmiana była konieczna ze względu na: a) szkodliwe zakłócenia systemu GSM-R powodowane przez widmo Sferii; b) zagrożenie bezpieczeństwa i porządku publicznego; c) zakłócenia w stacjach bazowych w sąsiednich państwach powodowane przez stacje bazowe Sferii oraz d) zakłócenia widma z pasma dywidendy cyfrowej. Polski organ regulacyjny wyjaśnił również, że zmiana rezerwacji leży w interesie społecznym, ponieważ użytkownicy końcowi uzyskają dostęp do bardziej różnorodnych i lepszych jakościowo usług dzięki możliwości zbudowania przez Sferię optymalnie skonstruowanej sieci.

⁽³⁰⁾ Bithell Holdings Ltd i Juvel Ltd.

⁽³¹⁾ Na podstawie umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Cypru w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji z dnia 4 czerwca 1992 r. (Dz.U.1993, Nr 117, poz. 521 („dwustronna umowa inwestycyjna”).

⁽³²⁾ Delas Holdings Ltd (spółka prawa maltańskiego) i pan Jacek Szymoński.

(*) Informacje poufne.

⁽³³⁾ 1 EUR = 439 PLN (3 września 2020 r.).

⁽³⁴⁾ Przez pasmo dywidendy cyfrowej 800 MHz rozumie się przedział od 791–821 MHz do 832–862 MHz, zharmonizowany na podstawie decyzji Komisji 2010/267/UE z dnia 6 maja 2010 r. w sprawie zharmonizowanych warunków technicznych dotyczących wykorzystywania zakresu częstotliwości 790–862 MHz na potrzeby ziemskich systemów zapewniających usługi łączności elektronicznej w Unii Europejskiej, Dz.U. L 117 z 11.5.2010, s. 95, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX:32010D0267>).

⁽³⁵⁾ Decyzja nr DZC-WAP-5174-16/13(62).

⁽³⁶⁾ Zgodnie z art. 123 ust. 1 pkt 1 i art. 123 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 114 ust. 1, art. 114 ust. 2, art. 114 ust. 3 i 5, art. 115 ust. 1, art. 115 ust. 2 pkt 1, 2 i 2a oraz art. 206 ust. 1 polskiej ustawy – Prawo telekomunikacyjne.

⁽³⁷⁾ Od dnia 1 stycznia 2014 r. opłata ta wynosi 3 mln PLN (ok. 683 044 EUR) rocznie.

⁽³⁸⁾ 1 939 PLN (ok. 441 EUR) za każde wydane pozwolenie radiowe.

- (25) Ponadto polski organ regulacyjny zaznaczył, że aby zapewnić uczciwą i efektywną konkurencję oraz uniknąć sytuacji, w której jakikolwiek operator skorzysta z przewagi konkurencyjnej, warunki wykorzystania widma, w tym data rozpoczęcia jego wykorzystywania, powinny być jak najbardziej zbliżone dla wszystkich operatorów (w przeciwnym razie operator, który jako pierwszy rozpocznie świadczenie usług z wykorzystaniem częstotliwości z pasma 800 MHz, niewątpliwie uzyska przewagę konkurencyjną nad innymi). Polski organ regulacyjny stwierdził ponadto, że taka sytuacja zaburzyłaby równowagę na rynku telekomunikacyjnym i ograniczyłaby konkurencję. W związku z tym polski organ regulacyjny zaznaczył w decyzji z 2013 r., że Sferia będzie mogła rozpocząć korzystanie z nowego widma dopiero wtedy, gdy dokonana zostanie rezerwacja częstotliwości na rzecz przyszłych zwycięzców aukcji na zakresy 791–816 MHz, 832–857 MHz, 2,5 GHz i 2,6 GHz, ale nie później niż od dnia 1 października 2014 r. Następnie decyzją z dnia 26 września 2014 r.⁽³⁹⁾ polski organ regulacyjny zmienił datę rozpoczęcia korzystania z nowych częstotliwości na dzień 1 stycznia 2015 r.⁽⁴⁰⁾ Organ regulacyjny nie zmienił okresu na jaki rezerwacja została wydana Sferii, która zachowała ważność do 31 grudnia 2018 r. z uprawnieniem do wnioskowania o jej przedłużenie zgodnie z obowiązującym prawem.

II.3. Dalszy rozwój sytuacji

II.3.1. Aukcja z 2015 r.

- (26) W dniu 10 października 2014 r. polski organ regulacyjny ogłosił aukcję na pasma 800 MHz i 2,6 GHz. Cenę wywoławczą za 10 MHz z pasma 800 MHz określono na 250 mln PLN (57 mln EUR)⁽⁴¹⁾. W dniu 23 czerwca 2016 r. polski organ regulacyjny wydał ostateczne decyzje⁽⁴²⁾. Średnia cena za blok 2x5 MHz z pasma 800 MHz wyniosła ok. 1 724 mln PLN⁽⁴³⁾. Ceny za serię wahały się od 1 483 mln PLN⁽⁴⁴⁾ (2x5 MHz dla Orange) do 2 053 mln PLN⁽⁴⁵⁾ (2x5 dla NetNet). Orange otrzymało kolejny blok o szerokości 2x5 MHz za 1 568 mln PLN⁽⁴⁶⁾, P4 jeden blok częstotliwości o szerokości 2x5 MHz za 1 496 mln PLN⁽⁴⁷⁾, a T-Mobile dwa bloki o szerokości 2x5 MHz za 2 022 mln⁽⁴⁸⁾ każdy.
- (27) Rezerwacji dokonano na 15 lat i wiązały się one z zobowiązaniami inwestycyjnymi, zgodnie z którymi operatorzy mieli oferować usługi komercyjne z wykorzystaniem przydzielonego widma w ciągu 12 miesięcy oraz inwestować w sieć zapewniającą pokrycie około 80 % terytorium Polski. Operatorów zwolniono z obowiązku uzyskania pozwolenia radiowego.

II.3.2. Wygaśnięcie rezerwacji Sferii

- (28) W dniu 28 czerwca 2018 r. Sferia zwróciła się o przedłużenie rezerwacji częstotliwości o 15 lat – od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2033 r. Decyzją z dnia 12 października 2018 r. polski organ regulacyjny przedłużył rezerwację częstotliwości Sferii i zażądał, aby Sferia uiściła jednorazową opłatę w wysokości 1,7 mld PLN⁽⁴⁹⁾ w ciągu 14 dni od dostarczenia decyzji.
- (29) Sferia nie zapłaciła wymaganej kwoty i rezerwacja należycie wygasła w dniu 31 grudnia 2018 r. Od dnia 1 stycznia 2019 r. Sferia przestała korzystać z pasma 800 MHz.

II.3.3. Wyrok trybunału arbitrażowego z 2019 r.

- (30) Po zawarciu ugody cypryjscy akcjonariusze Sferii zwrócili się o zawieszenie postępowania arbitrażowego do końca 2013 r. W dniu 21 września 2015 r. akcjonariusze zwrócili się o wznowienie postępowania. Twierdzili oni, że działania i zaniechania polskiego organu regulacyjnego w latach 2005–2014 stanowiły trwałe wywłaszczenie ich inwestycji i uniemożliwiły Sferii uzyskanie pozycji czwartego krajowego operatora telekomunikacyjnego, co zniszczyło jej działalność. Akcjonariusze Sferii oszacowali swoje roszczenie na 475 mln USD.

⁽³⁹⁾ Decyzja nr DZC-WAP-5174-16/13(137).

⁽⁴⁰⁾ Pozostałym konkurentom, którzy uczestniczyli w aukcji w 2015 r., przydzielono widmo w 2016 r. (zob. punkt II.3.1. poniżej). Sferia, zgodnie z decyzją organu regulacyjnego z dnia 26 września 2014 r., rozpoczęła korzystanie z pasma 800 MHz w dniu 1 stycznia 2015 r.

⁽⁴¹⁾ Polski organ regulacyjny zlecił Ernst & Young ocenę wartości rynkowej częstotliwości 791–821 MHz i 832–862 MHz (sprawozdanie *Oszacowanie rynkowej wartości częstotliwości w zakresie 791–821 MHz i 832–862 MHz, 2010–2025 MHz, a także 2500–2570 i 2620–2690 MHz* z dnia 13 sierpnia 2013 r., przekazane Komisji przez Polskę w dniu 16 czerwca 2016 r.).

⁽⁴²⁾ W dniu 25 stycznia 2016 r. polski organ regulacyjny wydał decyzje o przydziale widma zwycięskim uczestnikom aukcji. W oparciu o decyzje o rezerwacji częstotliwości operatorzy rozpoczęli korzystanie z przydzielonego widma. Niektórzy z nich (T-Mobile, Polkomtel, Orange i NetNet) zaskarżyli jednak decyzje o rezerwacji. Odwołania te nie miały skutku zawieszającego. W wyniku odwołania w dniu 23 czerwca 2016 r. UKE wydał ostateczne decyzje o rezerwacji widma i tym samym zakończył proces rezerwacji widma.

⁽⁴³⁾ 393 mln EUR.

⁽⁴⁴⁾ 338 mln EUR.

⁽⁴⁵⁾ 467 mln EUR.

⁽⁴⁶⁾ 357 mln EUR.

⁽⁴⁷⁾ 341 mln EUR.

⁽⁴⁸⁾ 460 mln EUR.

⁽⁴⁹⁾ 387 mln EUR.

- (31) W dniu 26 lutego 2019 r. trybunał arbitrażu inwestycyjnego oddalił roszczenia. Polska odmówiła udostępnienia Komisji pełnego tekstu wyroku trybunału arbitrażowego⁽⁵⁰⁾.
- (32) Z ujawnionej części wyroku wynika, [...] (51).

III. ZARZUTY SKARŻĄCYCH

- (33) Skarżący twierdzą, że przydzielenie Sferii pasma 800 MHz stanowi pomoc państwa niezgodną ze wspólnym rynkiem, ponieważ przyznano je poza postępowaniem selekcyjnym, bezpłatnie, bez zobowiązań inwestycyjnych i wcześniej niż innym konkurentom. Skarżący podkreślają, że w 2013 r. przyznano Sferii częstotliwości mimo faktu, że skarżący wyrazili zainteresowanie tym zakresem częstotliwości⁽⁵²⁾. W związku z tym na aukcji dostępnych było tylko pięć bloków częstotliwości o szerokości 2x5 MHz (z sześciu, ponieważ jeden przydzielono Sferii), co miało wiązać się z wyższymi cenami zakupu na aukcji dla innych operatorów.
- (34) Podczas gdy T-Mobile uważa, że pomoc przyznano w grudniu 2013 r. decyzją z 2013 r., P4 twierdzi, że pomoc państwa przyznano Sferii już w lipcu 2013 r., w ramach ugody. W tej kwestii P4 uważa, że ugody nie można uznać za odszkodowanie ani za uzasadnione polubowne rozstrzygnięcie sporu arbitrażowego.
- (35) Obaj skarżący twierdzą również, że pomoc pośrednio przyznano grupie Cyfrowy Polsat kontrolującej Sferię, a w szczególności jednemu z czterech operatorów sieci ruchomych w Polsce – Polkomtelowi. Zdaniem skarżących widmo przyznane Sferii w 2013 r. zwiększyło już i tak znaczne zasoby widma znajdujące się w posiadaniu grupy Cyfrowy Polsat (która rzekomo posiadałaby ponad dwukrotnie więcej widma niż którykolwiek z jej konkurentów⁽⁵³⁾). Grupa uzyskiwałaby zatem znaczne zyski z usług świadczonych dzięki częstotliwościom Sferii na podstawie co najmniej trzech umów ramowych między Sferią a członkami grupy Cyfrowy Polsat dotyczących korzystania z infrastruktury i dostępu hurtowego do częstotliwości Sferii.
- (36) Ponadto skarżący podkreślili, że oprócz korzyści finansowych wynikających z nieodpłatnego dostępu do pasma 800 MHz, przewaga byłaby jeszcze większa, ponieważ na Sferię nie nałożono żadnych zobowiązań inwestycyjnych, zobowiązań dotyczących pokrycia siecią ani zobowiązań jakościowych. Skarżący twierdzą również, że ponieważ Sferia mogła korzystać z częstotliwości ponad półtora roku wcześniej niż inni konkurenci, uzyskała ona również korzyść czasową w porównaniu z innymi operatorami, którzy musieli czekać na aukcję pasma 800 MHz.

IV. STANOWISKO WŁADZ POLSKICH

- (37) Władze polskie uważają, że środek nie stanowi pomocy państwa.
- (38) Polska twierdzi, że Sferii nie przyznano żadnej selektywnej korzyści, ponieważ zmiana rezerwacji w 2013 r. była konieczna do osiągnięcia celów polityki regulacyjnej, jakimi jest ochrona interesu publicznego i zapewnienie bezpieczeństwa, a także do ochrony prawnie uzasadnionego interesu Sferii.
- (39) Polska wyjaśnia, że decyzję o zmianie rezerwacji Sferii wydano na podstawie art. 123 ust. 1 i 3 polskiej ustawy – Prawo telekomunikacyjne⁽⁵⁴⁾, zgodnie z którymi w przypadku stwierdzenia szkodliwych zakłóceń lub szkodliwych zaburzeń elektromagnetycznych lub zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego organ regulacyjny może

⁽⁵⁰⁾ Polska twierdzi, że regulamin Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC) Międzynarodowego Trybunału Arbitrażowego zobowiązuje Polskę do zachowania poufności i nieujawniania żadnych decyzji ani wyroków jak również wszelkich dokumentów niedostępnych w domenie publicznej.

⁽⁵¹⁾ Zgodnie z komunikatem prasowym Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (<https://www.prokuratoria.gov.pl/wygrana-prokuraturii-generalnej-w-arbitrazu-inwestycyjnym-wszczety-m-przez-spolki-juvel-ltd-i-bithell-holdings-ltd-przeciwko-rzeczypospolitej-polskiej-reprezentowanej-przez-ministra-cyfrizacji,new,mg,21.html,123>), trybunał arbitrażowy uznał, że nie doszło do wyłączenia inwestycji akcjonariuszy Sferii. Zdaniem Komisji ujawniona część wyroku wydaje się sugerować, że nie doszło do wyłączenia, ponieważ Sferia mogła korzystać z częstotliwości przyznanych jej w 2013 r. od 1 stycznia 2015 r. do końca 2018 r., z prawem do ubiegania się o przedłużenie rezerwacji, a ponadto korzystała ze statusu pierwszego operatora w paśmie 800 MHz ze względu na opóźnienia w procedurze aukcji.

⁽⁵²⁾ P4 i T-Mobile wyraziły sprzeciw wobec przydziału widma Sferii, a także zainteresowanie częstotliwościami z pasma 800 MHz (pisma z dnia 17 lutego 2012 r., 28 sierpnia, 6 września i 6 grudnia 2013 r.).

⁽⁵³⁾ T-Mobile twierdzi, że Polkomtel już miał zdecydowanie więcej pasma 1800 LTE MHz (2x20 MHz) niż jego konkurenci (T-Mobile Polska ma 2x10 MHz, a od czasu zawarcia umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci z Orange razem korzystają z bloku 2x15 MHz), co umożliwiło mu świadczenie usług w technologii LTE. Dlatego dodatkowe 2x5 MHz z pasma 800 MHz prowadzi do jeszcze większego kumulacji widma LTE przez Polkomtel.

⁽⁵⁴⁾ Ogólnie Polska wyjaśnia, że decyzje polskiego organu regulacyjnego dotyczące rezerwacji dla Sferii i późniejszych zmian tej rezerwacji wydano na podstawie art. 22–25 ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2000, Nr 73, poz. 852, z późn. zm., a następnie z art. 114–116 i art. 123 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2004, Nr 171, poz. 1800, z późn. zm., uchylającej poprzednią ustawę).

zmienić albo cofnąć rezerwację. Uwzględniając cele polityki regulacyjnej, jakimi jest ochrona interesu publicznego i zapewnienie bezpieczeństwa, a także prawnie uzasadniony interes Sferii, organ regulacyjny zdecydował o zmianie rezerwacji częstotliwości⁽⁵⁵⁾. Polska wyjaśnia, że korzystanie przez Sferię z jej urządzeń radiowych zgodnie z rezerwacją częstotliwości z zakresu 824–830 MHz i 869–875 MHz powodowało szkodliwe zakłócenia urządzeń radiowych GSM-R, co mogłoby stanowić zagrożenie bezpieczeństwa i porządku publicznego. Urządzenia radiowe Sferii mogłyby również mieć wpływ na stacje radiowe, które miały korzystać w Polsce z częstotliwości z zakresu 791–821 MHz i 832–862 MHz (tzw. pasmo „dywidendy cyfrowej”), co miałyby negatywny wpływ na przyszłe przydzielenie tego widma innym operatorom i tym samym opóźniłoby uruchomienie usług świadczonych w oparciu o to widmo. Ponadto widmo Sferii mogłoby powodować zakłócenia innych stacji radiowych w sąsiednich państwach.

- (40) Polska podkreśla, że polski organ regulacyjny, ze względu na swoją rolę w efektywnym wykorzystaniu widma oraz aby chronić prawa operatorów, był zobowiązany do rozwiązania problemu braku kompatybilności pomiędzy częstotliwościami Sferii i innymi częstotliwościami. Zdaniem Polski zmiana rezerwacji na podstawie art. 123 ustawy – Prawo telekomunikacyjne była jedynym dostępnym i odpowiednim środkiem umożliwiającym pogodzenie praw Sferii z koniecznością zapewnienia porządku i bezpieczeństwa publicznego. Polska wyjaśnia również, że brak możliwości efektywnego korzystania z widma nie wynikał z niezgodnych z prawem działań Sferii. Dlatego polski organ regulacyjny nie mógł cofnąć rezerwacji. W związku z tym obowiązkiem organu regulacyjnego była zmiana rezerwacji częstotliwości oraz umożliwienie Sferii korzystania z jej widma.
- (41) Polska uważa również, że Sferii nie przyznano selektywnej korzyści ponieważ zmiany rezerwacji dokonano by na takich samych warunkach na rzecz każdego innego operatora, który znalazłby się w takiej sytuacji jak Sferia.
- (42) Polska wyjaśnia również, że decyzją z 2013 r. zmieniono tylko istniejącą rezerwację, której polski organ regulacyjny dokonał w 2003 r., a którą następnie zmienił. Decyzją z 2013 r. zmieniono zawartość rezerwacji, którą Sferia już posiadała, i nie przyznano Sferii nowej rezerwacji. W związku z tym w 2013 r. nie przyznano Sferii żadnych nowych praw. Rezerwacja została zatem wydana bez postępowania selekcyjnego, zgodnie z art. 123 ustawy – Prawo telekomunikacyjne. Zamiar zmiany rezerwacji częstotliwości ogłoszono jednak w dniu 14 sierpnia 2013 r., co zdaniem Polski dało zainteresowanym stronom wystarczająco dużo czasu na wypowiedzenie się w tej kwestii.
- (43) Polska wyjaśniła, że zgodnie z polskim prawem zmiana rezerwacji częstotliwości poprzez zmianę pasma widma nie wymaga przeprowadzenia postępowania selekcyjnego. Polska wyjaśnia również, że Sferia nie była zobowiązana do uiszczenia jednorazowej opłaty za przyznanie rezerwacji częstotliwości ani do wypełnienia zobowiązań inwestycyjnych, ponieważ zgodnie z prawem opłata jest wymagana i zobowiązania dotyczące pokrycia siecią są nakładane w przypadku postępowania selekcyjnego.
- (44) Polska uważa, że zmiana widma rezerwacji Sferii nie wzmocniła jej pozycji na rynku. Po pierwsze, w następstwie decyzji z 2013 r. szerokość pasm częstotliwości Sferii została zmniejszona w porównaniu z poprzednimi (2x5 MHz każde w porównaniu z pierwotnym 2x6 MHz). Po drugie częstotliwości w zakresie 860–862 MHz, do którego należy nowe widmo Sferii, w przeciwieństwie do innych bloków częstotliwości w pasmie 800 MHz, Sferia nie mogła wykorzystywać w niektórych gminach, do dnia 31 grudnia 2017 r., chyba że zgodę na takie użytkowanie wyraził polski Minister Obrony Narodowej. Po trzecie, okres ważności rezerwacji, nie został zmieniony w 2013 r. (rezerwacji dokonano, zgodnie z pierwotną decyzją z 2003 r., na okres do dnia 31 grudnia 2018 r.) i był krótszy niż okres rezerwacji pasma 800 MHz dokonanych na rzecz innych operatorów w 2016 r. w następstwie aukcji (15 lat). Po czwarte, aby zapewnić równe warunki konkurencji, polski organ regulacyjny ustalił datę rozpoczęcia korzystania z widma Sferii na dzień 1 października 2014 r., a następnie zmienił ją na dzień 1 stycznia 2015 r. Po piąte, w przeciwieństwie do innych operatorów, Sferia musiała zapłacić za pozwolenia radiowe niezbędne do świadczenia usług łączności ruchomej. Polska jest zatem zdania, że nowe pasmo częstotliwości nie miało szczególnej wartości. Polska nie przedstawiła jednak w tym zakresie żadnej wyceny.
- (45) Zdaniem Polski również to, że na Sferię nie nałożono żadnych obowiązków związanych z jakością usług ani zobowiązań inwestycyjnych, nie wskazuje na występowanie korzyści. Polska podkreśliła, że w tej kwestii zgodnie z prawem polskim nie było podstaw prawnych do nałożenia zobowiązań inwestycyjnych ani wymogów dotyczących jakości. Zgodnie z art. 115 ust. 1 pkt 9 ustawy – Prawo telekomunikacyjne zobowiązania związane z rezerwacją częstotliwości należy określić w decyzji organu regulacyjnego tylko wtedy, gdy przyszły posiadacz rezerwacji podjął takie zobowiązania w ramach przetargu, aukcji albo konkursu. Ponieważ w przypadku zmiany rezerwacji częstotliwości nie było jednak obowiązku przeprowadzenia postępowania selekcyjnego, nie było też obowiązku nałożenia konkretnych zobowiązań inwestycyjnych ani zobowiązań dotyczących zasięgu. Ponadto Polska zwraca uwagę na czas pozostały do końca ważności rezerwacji i wyjaśnia, że mając na uwadze niezbędne inwestycje, uzasadnione było umożliwienie Sferii swobodnego decydowania o rozwoju sieci w krótkim okresie pozostającym do

⁽⁵⁵⁾ Polska wyjaśnia, że zgodnie z polskim prawem rezerwacji częstotliwości nie można zmienić na wniosek niezadowolonego operatora zgodnie z procedurą określoną w art. 155 Kodeksu postępowania administracyjnego. Dlatego polski organ regulacyjny w swojej decyzji z dnia 16 grudnia 2011 r. odmówił zmiany rezerwacji częstotliwości. Natomiast decyzję z 2013 r. wydano w następstwie postępowania wszczętego z urzędu na podstawie art. 123 ustawy – Prawo telekomunikacyjne i w oparciu o dodatkowe, rzekomo rozstrzygające dowody na istnienie szkodliwych zakłóceń.

końca ważności rezerwacji. Polska wyjaśnia, że w każdym razie Sferia musiała pokryć koszty dostosowania swojej infrastruktury do nowej rezerwacji. W tej kwestii Polska zwraca uwagę na inwestycje, jakich dokonała Sferia, aby zbudować stacje bazowe w stosunku do wcześniej posiadanych częstotliwości, z których nie można było efektywnie korzystać (nie przedstawiła jednak żadnego potwierdzenia w tym względzie).

- (46) Ponadto, chociaż Polska przyznaje, że otrzymując widmo wcześniej niż inni operatorzy, Sferia mogła uzyskać korzyść czasową, zdaniem Polski nie spowodowało to zakłóceń na rynku usług ruchomych i nie doprowadziło do uzyskania przez Polkomtel przewagi konkurencyjnej. Wynika to z tego, że po pierwsze, na polskim rynku telekomunikacyjnym panują równe warunki działania, o czym świadczą wyniki finansowe operatorów. Po drugie, Polska twierdzi, że zmiana rezerwacji na rzecz Sferii była konieczna, ponieważ Sferia nie mogła z niej korzystać. Jeżeli zatem polski organ regulacyjny wydałby pozwolenia radiowe po wydaniu decyzji z 2009 r., Sferia korzystałaby ze swojego widma od 2009 r. (a nie od 2015 r.) i miałaby do dyspozycji szerszy zakres widma (nawet 2x6 MHz zamiast 2x5 MHz).
- (47) Ponadto Polska jest zdania, że w związku z ugodą Sferii nie przyznano żadnej pomocy. Zdaniem Polski uгода zapewniła Polsce wymierne korzyści, ponieważ Sferia i jej akcjonariusze zgodzili się, z zastrzeżeniem zmiany rezerwacji częstotliwości, zrzec się swoich obecnych i potencjalnych roszczeń wobec Polski. Polska podkreśla w związku z tym, że [...] oszacowało wartość szkody Sferii, która powstała w wyniku braku możliwości korzystania z widma przydzielonego jej decyzją z 2005 r., na [od 0,6 do 1,8] mld PLN⁽⁵⁶⁾. W analizie przeprowadzonej na zlecenie Polski przez Analysys Mason szkodę Sferii oszacowano na około [od 500 mln do 1,2 mld] PLN⁽⁵⁷⁾. Jednocześnie Polska informuje, że jedyne udokumentowane koszty poniesione przez Sferię to roczne opłaty za prawo do posiadania widma lub korzystania z niego. Polska uważa, że prawdopodobne jest, że dochodzenie roszczeń przez inwestorów wobec Polski mogło zakończyć się powodzeniem. Wynika to z tego, jak wyjaśnia Polska, że polski organ regulacyjny prawdopodobnie naruszył prawo, zakazując Sferii korzystania z rezerwacji w celu świadczenia usługi łączności ruchomej oraz odmawiając wydania pozwoleń radiowych lub wydając je z opóźnieniem. Naruszenie to, zdaniem Polski, jest równoznaczne z pośrednim wywłaszczeniem, ponieważ skutecznie uniemożliwiło Sferii prowadzenie działalności telekomunikacyjnej na podstawie przyznanej jej rezerwacji.
- (48) Ponadto Polska twierdzi, że ponieważ polski organ regulacyjny i tak byłby zobowiązany do zmiany rezerwacji częstotliwości z powodu zakłóceń częstotliwości oraz zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego, zawarcie ugody przed powołaniem organu arbitrażowego było uzasadnione ze względu na potencjalnie znaczne koszty długotrwałego postępowania, które w opinii władz polskich nie byłyby zadowalające dla Polski.
- (49) Polska wyjaśnia, że w ugodzie nie zobowiązano polskiego organu regulacyjnego do wydania decyzji i uгода ta nie była podstawą decyzji organu regulacyjnego. Zgodnie z polskim prawem⁽⁵⁸⁾ nadzór nad polskim organem regulacyjnym sprawuje Minister Administracji i Cyfryzacji. W tym zakresie udziela wskazówek i instrukcji organowi regulacyjnemu. Takie wytyczne i instrukcje nie mogą jednak dotyczyć rozwiązań merytorycznych w danej sprawie⁽⁵⁹⁾. Polska twierdzi, że również w przedmiotowej sprawie Minister nie udzielił organowi regulacyjnemu instrukcji dotyczących wydania decyzji o określonej treści. Uгода dotyczyła odstąpienia przez inwestorów i akcjonariuszy od roszczeń z zastrzeżeniem warunku zawieszającego polegającego na wydaniu przez organ regulacyjny decyzji zmieniającej rezerwację częstotliwości. Zdaniem Polski decyzję z 2013 r. wydano równoległe z ugodą i niezależnie od niej, ponieważ organ regulacyjny miał obowiązek wydania decyzji bez względu na tę ugodę.
- (50) Ponadto Polska wyjaśnia, że Sferia nie otrzymała korzyści również dlatego, że celem działań władz polskich, zgodnie z ustawą – Prawo telekomunikacyjne, było przyznanie stosownego odszkodowania (poprzez zmianę widma) za pośrednie wywłaszczenie (brak możliwości korzystania ze swojego widma i efektywnego prowadzenia działalności telekomunikacyjnej przez Sferię). W tym względzie Polska wyjaśnia, że – po pierwsze – uгода dotyczy działań i zaniechań polskiego organu regulacyjnego (związanych z odmową udzielenia pozwoleń radiowych i zmianą warunków technicznych rezerwacji częstotliwości), których brak zgodności z prawem potwierdzono w wyrokach sądów administracyjnych przed zawarciem ugody. Po drugie, Sferia mogła wykonywać wyłącznie służbę stałą, co pozbawiło ją prawa do prowadzenia działalności gospodarczej w prawnie zagwarantowanym zakresie; stanowi to naruszenie zasady neutralności technologicznej (co potwierdziły również sądy administracyjne⁽⁶⁰⁾). Po trzecie, odmawiając udzielenia pozwoleń radiowych, organ regulacyjny prawdopodobnie pozbawił Sferię również możliwości rozwijania sieci. Zdaniem Polski wpłynęło to negatywnie na pozycję konkurencyjną Sferii na rynku telekomunikacyjnym w stosunku do jej konkurentów, którzy posiadali rezerwy częstotliwości i odpowiednie pozwolenia radiowe. Polska uważa, że nawet jeżeli przyczyna odmowy organu regulacyjnego była uzasadniona,

⁽⁵⁶⁾ Sprawozdanie [...], przedłożone przez Polskę w dniu 16 stycznia 2014 r.

⁽⁵⁷⁾ Sprawozdanie Analysys Mason (*Opinia ekspercka dotycząca sporu prawnego pomiędzy Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a akcjonariuszami Sferii*) z dnia 30 lipca 2013 r., przedłożone przez Polskę w dniu 16 stycznia 2014 r.

⁽⁵⁸⁾ Art. 12a pkt 2 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (tekst ujednolicony, Dz.U. z 1997, Nr 141, poz. 943, z późn. zm.)

⁽⁵⁹⁾ Art. 34a ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (tekst ujednolicony, Dz.U. z 2012, poz. 392, z późn. zm.)

⁽⁶⁰⁾ Zob. przypis 22 i 28 powyżej.

Sferia nie powinna była doświadczyć jej konsekwencji, ponieważ nie wynikały one z działań Sferii.

- (51) Polska twierdzi, że przedmiotowe pasma widma (pasmo 850 MHz, które wcześniej posiadała Sferia, i nowe pasmo 800 MHz) mają jednakową wartość i nie ma podstaw, aby twierdzić, że odszkodowanie w postaci wymiany częstotliwości było nadmierne lub nieproporcjonalne. Polska nie przedłożyła jednak w tym kontekście żadnej wyceny i przyznała, że nie oceniła wartości widma udostępnionego Sferii. Polska podkreśla ponadto, że jak najszybsze zapobieżenie potencjalnym roszczeniom odszkodowawczym leżało w interesie publicznym.
- (52) Niezależnie od powyższego w kolejnym przedłożonym dokumencie Polska podkreśla, że decyzji z 2013 r. nie można uznać za odszkodowanie *sui generis* dla Sferii, twierdząc, że wynikała ona z suwerennych działań organu regulacyjnego na podstawie art. 123 ustawy – Prawo telekomunikacyjne.

V. OCENA ŚRODKA

V.1. Istnienie pomocy państwa

- (53) Zgodnie z art. 107 ust. 1 TFUE wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi.
- (54) Aby dany środek został uznany za pomoc w rozumieniu art. 107 ust. 1, musi dojść do łącznego spełnienia następujących warunków: (i) środek można przypisać państwu i musi on być finansowany z zasobów państwowych; (ii) musi przynosić korzyść beneficjentowi środka; (iii) korzyść ta musi być selektywna oraz (iv) środek musi zakłócać lub grozić zakłóceniem konkurencji i mieć potencjał wpływania na wymianę handlową między państwami członkowskimi.
- (55) Główną wątpliwością w przedmiotowej sprawie jest to, czy kwestionowany środek wiąże się z przekazaniem zasobów państwowych i przyznaniem selektywnej korzyści Sferii w zakresie, w jakim skutkuje przyznaniem bloku częstotliwości o szerokości 2x5 MHz z zakresów 816–821 MHz oraz 857–862 MHz bez postępowania selekcyjnego, bez uiszczenia jednorazowej opłaty, bez jakiegokolwiek zobowiązania inwestycyjnego i wcześniej niż innym konkurentom w Polsce.

V.1.1. Kwestionowany środek i zasoby państwowe

- (56) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pomoc państwa uznaje się za przyznaną w chwili, w której beneficjent uzyskuje prawo jej otrzymania na podstawie obowiązującej regulacji krajowej, uwzględniając wszystkie warunki przewidziane w prawie krajowym dla otrzymania rozpatrywanej pomocy⁽⁶¹⁾.
- (57) Komisja zwraca uwagę na fakt, że zgodnie z polskim prawem dokonanie rezerwacji częstotliwości, jej zmiana lub cofnięcie jest wyłączną kompetencją polskiego organu regulacyjnego⁽⁶²⁾, a częstotliwości z pasma 800 MHz (blok o szerokości 2x5 MHz z zakresów 816–821 MHz oraz 857–862 MHz) przyznano Sferii decyzją polskiego organu regulacyjnego z 2013 r.
- (58) Jeżeli chodzi o finansowanie kwestionowanego środka za pomocą zasobów państwowych, z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że przekazanie zasobów państwowych może przyjmować różne formy oraz że zrzeczenie się dochodu, który w innym przypadku zostałyby wplacony na rzecz państwa, stanowi już przekazanie zasobów państwowych⁽⁶³⁾. W przedmiotowej sprawie decyzją z 2013 r. polski organ regulacyjny zmienił rezerwację częstotliwości Sferii i przyznał pasmo 800 MHz nieodpłatnie (w przeciwieństwie do innych operatorów, którzy musieli zapłacić za swoje bloki pasma 800 MHz), rezygnując w ten sposób z przychodów, które w przeciwnym razie Polska miałaby prawo pobrać.
- (59) Jednocześnie Komisja ma poważne wątpliwości, czy potencjalne dodatkowe obciążenie zasobów państwowych nie wynika już z ugody z 2013 r. W ugodzie Polska wyraziła zamiar podjęcia działań mających na celu uwzględnienie twierdzeń Sferii w odniesieniu do trudności w korzystaniu z jej częstotliwości z pasma 850 MHz. Wskazuje na to treść ugody [...] oraz sama zgodna z ugodą zmiana rezerwacji Sferii przez polski organ regulacyjny. Decyzję z 2013 r. można zatem postrzegać jako sprecyzowanie zamiarów wyrażonych wcześniej przez ministra, a ugodę jako akt zagrażający zasobom państwowym. Komisja przyjmuje zatem wstępne stanowisko, że decyzję z 2013 r., w kontekście ugody z 2013 r., należy uznać za powodującą utratę zasobów państwowych.

⁽⁶¹⁾ Wyrok Trybunału z dnia 21 marca 2013 r., *Magdeburger Mühlenwerke*, C-129/12, EU:C:2013:200, pkt 40.

⁽⁶²⁾ Zgodnie z art. 114 ust. 2 ustawy – Prawo telekomunikacyjne „[r]ezewacji częstotliwości dokonuje, zmienia lub cofa Prezes UKE”.

⁽⁶³⁾ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 maja 2000 r., *Francia/Ladbroke Racing Ltd i Komisja*, C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248, pkt 48–51.

- (60) Zgodnie z polską ustawą – Prawo telekomunikacyjne⁽⁶⁴⁾ polski organ regulacyjny jest prawnie odrębnym i niezależnym centralnym organem regulacyjnym administracji publicznej, który odpowiada za działalność telekomunikacyjną i pocztową oraz zarządza zasobami częstotliwości. Do celów ustalenia możliwości przypisania środka państwu nie ma znaczenia, czy dana instytucja w sektorze publicznym jest niezależna, czy nie. Analogicznie, istnienie przepisów zapewniających niezależność organu publicznego od innych organów nie podaje w wątpliwość samej zasady publicznego charakteru tego organu⁽⁶⁵⁾. Ponadto Minister Administracji i Cyfryzacji jest organem państwa polskiego, a zatem jego działania można przypisać Polsce. Komisja wstępnie stwierdza zatem, że przedmiotowy środek wiąże się z wykorzystaniem zasobów państwowych i można go przypisać państwu.

V.1.2. Korzyść

- (61) Korzyść w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu oznacza każdą korzyść gospodarczą, której dane przedsiębiorstwo nie uzyskałoby w normalnych warunkach rynkowych, tj. bez ingerencji państwa⁽⁶⁶⁾. Korzyść występuje zawsze, ilekroć sytuacja finansowa przedsiębiorstwa ulega poprawie w wyniku ingerencji państwa.
- (62) Zgodnie z orzecznictwem pojęcie korzyści, podobnie jak zasobów państwowych, obejmuje nie tylko pozytywne korzyści, lecz także środki, które w różny sposób zmniejszają obciążenia, zwykle uwzględnione w budżecie przedsiębiorstwa⁽⁶⁷⁾. W związku z tym przyznanie dostępu do domeny publicznej, takiej jak widmo radiowe, na warunkach mających zastosowanie tylko do jednego operatora bez odpowiedniego wynagrodzenia zgodnego ze stawkami rynkowymi może stanowić przyznanie korzyści. Zgodnie z ramami regulacyjnymi UE⁽⁶⁸⁾ w konkretnym przypadku ograniczonych zasobów publicznych, takich jak widmo radiowe, organy krajowe pełnią jednocześnie funkcję organu regulacyjnego ds. telekomunikacji i organu zarządzającego takimi zasobami publicznymi i mogą zgodnie z prawem zdecydować o rezygnacji z maksymalizacji dochodów, które w przeciwnym razie można byłoby uzyskać, i nie podlegają przy tym zasadom pomocy państwa. Jest to jednak możliwe tylko wtedy, gdy wszyscy zainteresowani operatorzy są traktowani w sposób zgodny z zasadą niedyskryminacji oraz gdy istnieje nierozzerwalny związek między osiągnięciem celu regulacyjnego a rezygnacją z dochodów⁽⁶⁹⁾. Jeżeli organy krajowe postanowią ogólnie, że rezerwacji dokona się nieodpłatnie lub że nastąpi to w wyniku aukcji publicznej lub na podstawie jednolitej taryfy, nie można mówić o pomocy państwa, jeśli te zasady są stosowane jednakowo do wszystkich zainteresowanych operatorów⁽⁷⁰⁾.
- (63) Komisja odnotowuje, że decyzją z 2013 r. przypisano Sferii dwa bloki o szerokości 5 MHz w paśmie 800 MHz bez postępowania selekcyjnego i nieodpłatnie. Natomiast innym operatorom przypisano w 2016 r. pozostałe bloki z pasma dywidendy cyfrowej 800 MHz w następstwie konkurencyjnej procedury i za średnio ok. 1 724 mln PLN (ok. 393 mln EUR). Ponadto w decyzji z 2013 r. na Sferię nie nałożono zobowiązań dotyczących zasięgu, w przeciwieństwie do decyzji polskiego organu regulacyjnego, w których pasmo 800 MHz przypisano innym operatorom. Z powyższych powodów, na tym etapie, można stwierdzić, że częstotliwości z pasma 800 MHz przyznano Sferii na korzystniejszych warunkach niż innym operatorom.
- (64) Komisja uważa ponadto, że chociaż ograniczenie geograficzne i ograniczony okres rezerwacji, a także zmniejszenie zakresu nowych pasm częstotliwości Sferii mogły wpłynąć na wartość widma z 2013 r., bez obliczeń potwierdzających tę tezę nie można stwierdzić – wbrew temu, co twierdzi Polska – że pozycja konkurencyjna Sferii nie poprawiła się w następstwie decyzji z 2013 r. Elementy te należałoby uwzględnić w celu właściwego ilościowego określenia korzyści gospodarczej uzyskanej przez Sferię, przy założeniu, że zostanie ona stwierdzona. Ponadto Komisja zwraca uwagę, że Polska zapewne mogła zastosować środek powodujący mniejsze zakłócenia i cofnąć rezerwację Sferii, co dopuszcza się w art. 123 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, który stanowi, że w przypadku szkodliwych zakłóceń lub szkodliwych zaburzeń elektromagnetycznych lub zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego rezerwację częstotliwości można nie tylko zmienić, ale również cofnąć.

⁽⁶⁴⁾ Art. 190 ustawy – Prawo telekomunikacyjne.

⁽⁶⁵⁾ Wyrok Sądu pierwszej instancji z dnia 12 grudnia 1996 r., *Compagnie nationale Air France/Komisja Wspólnot Europejskich*, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, pkt 62.

⁽⁶⁶⁾ Sprawa C-39/94, *SFEI i inni*, Rec. 1996, s. I-3547, pkt 60; sprawa C-342/96, *Hiszpania/Komisja*, Rec. 1999, s. I-2459, pkt 41.

⁽⁶⁷⁾ Sprawa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, Rec. 2001, s. I-8365, pkt 38.

⁽⁶⁸⁾ 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. L 108 z 24.04.2002, s. 21), zmieniona dyrektywą 2009/140/WE (Dz.U. L 337 z 18.12.2009, s. 37); 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. L 108 z 24.4.2002), zmieniona dyrektywą 2009/140/WE (Dz.U. L 337 z 18.12.2009) oraz rozporządzeniem nr 544/2009 (Dz.U. L 167 z 29.6.2009); dyrektywa Komisji 2002/77/WE z dnia 16 września 2002 r. w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. L 249 z 17.9.2002).

⁽⁶⁹⁾ Sprawa T-475/04, *Bouygues i Bouygues Télécom/Komisja*, ECLI:EU:T:2007:196, pkt 108–111 i 123 oraz wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 kwietnia 2009 r., *Bouygues i Bouygues Télécom/Komisja*, C-431/07 P, ECLI:EU:C:2009:223, pkt 94–98 i 125.

⁽⁷⁰⁾ Wyrok Sądu z dnia 4 lipca 2007 r., *Bouygues i Bouygues Télécom/Komisja*, T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, pkt 110.

- (65) Co więcej, przy ustalaniu, czy w ramach konkretnego środka przyznawana jest korzyść, znaczenie ma wyłącznie wpływ danego środka na przedsiębiorstwo, a nie przyczyna czy cel ingerencji państwa⁽⁷¹⁾. Aby ocenić wpływ tego środka, należy porównać sytuację finansową przedsiębiorstwa po wdrożeniu środka z sytuacją finansową, w jakiej przedsiębiorstwo to znalazłoby się, gdyby środka nie wprowadzono. Ostatecznym wpływem przedmiotowego środka jest to, że operator posiadający częstotliwości z pasma 850 MHz o zapewne ograniczonej wartości z powodu ich cech charakterystycznych wynikających z ich natury otrzymał częstotliwości z pasma 800 MHz o wysokiej wartości pod względem konkurencyjności i finansów, co umożliwiło mu świadczenie w tamtym czasie najnowszych i zaawansowanych usług dostępu LTE, z wyłączeniem innych operatorów telekomunikacji elektronicznej. Pierwotna rezerwa ograniczała się do usług łączności stacjonarnej w technologii CDMA (którą jak wyjaśniono w motywie (8), pomimo powszechnego stosowania w Stanach Zjednoczonych oraz w Azji, rzadko wykorzystuje się w Europie⁽⁷²⁾). Chociaż w decyzji z 2005 r. pierwotne dwa bloki o szerokości 5 MHz z zakresów 838–843 MHz i 883–888 MHz zastąpiono blokami o szerokości 6 MHz z zakresów 824–830 MHz i 869–875 MHz, w ramach tej zmiany zachowano te same warunki co w pierwotnej rezerwacji, umożliwiając Sferii korzystanie z widma wyłącznie do wykonywania służby stałej i wyłącznie w technologii CDMA. Analogicznie, zmiana z 2009 r., w ramach której rozszerzono rezerwację o służbę ruchomą, również była ograniczona do technologii CDMA. Technologia CDMA bardzo różni się do technologii LTE, z której korzystanie umożliwiono w decyzji z 2013 r. o przyznaniu częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej⁽⁷³⁾ i dopuszczeniu służby stałej i ruchomej. Częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej zapewniają większy zasięg (w kwestii np. większego obszaru usługi na stację bazową, co jest ważne dla obszarów wiejskich), lepszą wydajność sieci, a także dodatkowe usługi (na przykład połączenia wideo)⁽⁷⁴⁾. W przypadku pasma 800 MHz cenę wywoławczą za 10 MHz z pasma 800 MHz określono na 250 mln PLN (według aktualnego kursu – 57 mln EUR). Średnia cena za blok 2x5 MHz z pasma 800 MHz, którą faktycznie zapłacili operatorzy, wyniosła 1 724 mln PLN (393 mln EUR). Wynikiem zakończonego w 2016 r. procesu aukcyjnego było osiągnięcie najwyższej wówczas ceny za pasmo 800 MHz w UE (np. 75 % wyższej niż w Niderlandach, 100 % wyższej niż w Austrii i 260 % wyższej niż średnia unijna). Innymi słowy, ostatecznym efektem decyzji z 2013 r. była poprawa sytuacji Sferii w porównaniu z innymi operatorami, co mogło wpłynąć na zdolność innych operatorów do świadczenia tych samych usług na równych warunkach. Komisja odnotowuje, że w tej kwestii inni operatorzy poinformowali władze polskie nie tylko o swoim zainteresowaniu otrzymaniem tych częstotliwości, ale również o swoich obawach dotyczących przyznania tych częstotliwości jednemu operatorowi. Dlatego Komisja ma poważne wątpliwości co do tego, czy decyzja z 2013 r. nie przyniosła korzyści Sferii.
- (66) Jeżeli chodzi o odszkodowanie za szkody rzekomo poniesione przez Sferię, Komisja zauważa, że odszkodowanie nie stanowiłoby korzyści gospodarczej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE w zakresie, w jakim miałyby „służyć wyłącznie zrekompensowaniu szkód poniesionych w wyniku ingerencji państwa, gdzie odszkodowanie jest bezpośrednią konsekwencją ingerencji państwa i określa się je na podstawie obowiązujących przepisów dotyczących własności”⁽⁷⁵⁾. Innymi słowy, aby stwierdzić, że dany środek nie zapewnia korzyści przedsiębiorstwu, należałoby ustalić, czy środek sam w sobie nie powoduje powstania obowiązku zapłaty odszkodowania temu przedsiębiorstwu przez państwo na podstawie ogólnych przepisów prawa lub szerszych ram prawnych regulujących odszkodowania za szkody poniesione w wyniku działań państwa. Musiałby istnieć wyraźny związek między działaniem powodującym szkodę podjętym przez organy publiczne a prawem do odszkodowania. Ponadto konieczne byłoby również ustalenie, że przyznane korzyści (kwota odszkodowania) odpowiada kwocie straty finansowej spowodowanej taką ingerencją państwa.
- (67) W przedmiotowej sprawie Polska uważa, że polski organ regulacyjny prawdopodobnie naruszył prawo, zakazując Sferii korzystania z rezerwy w celu świadczenia usługi łączności ruchomej oraz odmawiając wydania pozwoleń radiowych lub wydając je z opóźnieniem. Naruszenie to, zdaniem Polski, jest równoznaczne z pośrednim wywłaszczeniem, ponieważ skutecznie uniemożliwiło Sferii prowadzenie działalności telekomunikacyjnej na podstawie przyznanej jej rezerwy i uniemożliwiło dalszy rozwój Sferii. Polska nie wykazała, że zamiana częstotliwości z pasma 850 MHz na częstotliwości z pasma 800 MHz odpowiada kwocie spowodowanych przez działania państwa strat finansowych rzekomo poniesionych przez Sferię. Wręcz przeciwnie, Polska przyznała, że nie oceniła wartości widma udostępnionego Sferii. Ponadto Komisja zauważa, że pierwotne pasmo 850 MHz o wątpliwej wartości zastąpiono bardzo wartościowym pasmem 800 MHz. Do czasu wydania decyzji z 2013 r. 12 państw członkowskich zakończyło przydzielanie widma z pasma 800 MHz i Polska musiała być świadoma

(71) Sprawa C-173/73, Republika Włosa/Komisja Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:1974:71, pkt 13; sprawa C-487/06 P, British Aggregates/Komisja, ECLI:EU:C:2008:757, pkt 85 i 89 oraz cytowane orzecznictwo oraz w sprawie C-279/08 P, Komisja/Niderlandy (NOx), ECLI:EU:C:2011:551, pkt 51.

(72) W Europie powszechnie stosowany był standard GSM (*Mobile communication developments in the OECD area*, Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, Dyrekcja ds. Nauki, Technologii i Przemysłu, Komitet ds. Polityki Informacyjnej, Komputerowej i Komunikacyjnej, 3 listopada 2010 r., <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/48459973.pdf>, <http://www.oecd.org/sti/broadband/43280727.pdf>, <https://www.itu.int/osg/spu/ni/3G/technology/>).

(73) Tj. blok częstotliwości o szerokości 2x5 MHz z zakresów 816–821 MHz i 857–862 MHz

(74) *Digital Dividend Insights for spectrum decisions*, International Telecommunication Union, sierpień 2012, https://www.itu.int/en/ITU-D/Spectrum-Broadcasting/Documents/Publications/DigitalDividend_Edition2012.pdf

(75) Decyzja Komisji z dnia 16 czerwca 2004 r., w sprawie pomocy na rzecz Akzo Nobel, C(2004) 2026fin. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/138128/138128_460621_53_2.pdf Zob. również wyrok Trybunału z dnia 27 września 1988 r. w sprawach połączonych C-106 do 120/87, Asteris AE i inni/Republika Grecka i Europejska Wspólnota Gospodarcza, Rec. 1988, s. 05515, pkt 23.

dochodów płynących z przydzielenia częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej w innych państwach UE, np. w Niemczech cena 2 dwupleksowych kanałów 2 × 5 MHz wyniosła 3,6 mln EUR ⁽⁷⁶⁾. W związku z tym Komisja ma poważne wątpliwości, czy w wyniku decyzji z 2013 r. Sferia nie znalazła się w lepszej sytuacji niż przed wystąpieniem działań rzekomo powodujących szkody, co mogło doprowadzić do zaburzenia równowagi na rynku, które postawiłoby pod znakiem zapytania równe odszkodowanie.

- (68) Ponadto Sferia, jako uczestnik rynku, powinna racjonalnie spodziewać się, że zakłócenia mogą w przyszłości wpłynąć na warunki korzystania z częstotliwości (które pierwotnie przydzielono wyłącznie dla służby stałej w technologii CDMA i których użytkowanie nie było wówczas zharmonizowane). W szczególności długotrwałe spory z polskim organem regulacyjnym świadczą o tym, że Sferia była lub przynajmniej powinna była być świadoma trudności technicznych związanych z pasmem 850 MHz oraz obaw, jakie polski organ regulacyjny miał w odniesieniu do możliwości wykorzystania tych częstotliwości do wykonywania służby ruchomej. W tym kontekście w zakresie, w jakim Sferia nie otrzymała wszystkich koncesji i zezwoleń niezbędnych do efektywnego użytkowania widma z pasma 850 MHz, trudno jest Komisji zrozumieć, w jaki sposób Sferia mogła mieć uzasadnione oczekiwania, aby ponieść wydatki inwestycyjne lub oczekiwać konkretnych dochodów. W związku z powyższym Komisja, na tym etapie, ma poważne wątpliwości co do równowartości pasma 850 MHz i 800 MHz oraz tego, czy przyznanie pasma 800 MHz w 2013 r. można uznać za odszkodowanie za szkodę powstałą z winy państwa. Aby rozwiać te wątpliwości, konieczna będzie wycena częstotliwości Sferii z 2003 r. (ze zmianami w 2005 r. i 2009 r.), a także częstotliwości z 2013 r.

V.1.3. Selektowność

- (69) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem „ocena [warunku selektowności] wymaga ustalenia, czy w ramach danego systemu prawnego sporny środek krajowy może sprzyjać »niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów« w porównaniu z innymi, znajdującymi się, w świetle celu przyświecającego temu systemowi, w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej i tym samym poddany odmiennemu traktowaniu, które może zostać zasadniczo uznane za dyskryminacyjne” ⁽⁷⁷⁾. Analiza selektowności polega zatem na ustaleniu, czy przedsiębiorstwo lub niektóre przedsiębiorstwa odnoszą korzyści w stosunku do innych przedsiębiorstw znajdujących się w porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej, a jeżeli tak, to czy takie zróżnicowane traktowanie może uzasadnić charakter lub logikę systemu, którego częścią jest dany środek.
- (70) Blok częstotliwości z pasma 800 MHz przyznano w 2013 r. jednemu konkretnemu operatorowi telekomunikacyjnemu (Sferii), a nie pozostałym operatorom. W tym zakresie środek jest selektywny.
- (71) Polska nie zakwestionowała odmiennego traktowania Sferii w porównaniu z innymi operatorami. Polska zwraca jednak uwagę, że podstawą decyzji z 2013 r. jest art. 123 ust. 1 i 3 polskiej ustawy – Prawo telekomunikacyjne, które w przepisach obowiązujących w stosunku do wszystkich operatorów i miałyby zastosowanie do każdego operatora, który znalazłby się w takiej sytuacji jak Sferia. W związku z czym Polska utrzymuje, że decyzja z 2013 r. nie była selektywna.
- (72) Na tym etapie postępowania Komisja ma wątpliwości, czy argumenty te mogą zostać przyjęte. Mimo że art. 123 ust. 1 i 3 polskiej ustawy – Prawo telekomunikacyjne to przepisy powszechnie obowiązujące i w tym sensie nie stanowią podstawy domniemania selektywnej korzyści, stosowanie tych przepisów w przedmiotowej sprawie doprowadziło do powstania odstępstwa od unijnych ram regulacyjnych dotyczących telekomunikacji.
- (73) W obowiązujących ramach regulacyjnych UE ⁽⁷⁸⁾ określono warunki przyznawania przez państwa członkowskie rezerwacji telekomunikacyjnych. W szczególności, zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy o zezwoleniach, państwo członkowskie rozważając, czy ograniczyć liczbę praw użytkownika, które mają zostać przyznane dla częstotliwości radiowych, lub czy wydłużyć okres obowiązywania istniejących praw inaczej niż zgodnie z określonymi w nich warunkami, powinno między innymi: a) rozważyć odpowiednio potrzebę zwiększenia korzyści dla użytkowników oraz umożliwić rozwój konkurencji; b) zapewnić wszystkim zainteresowanym stronom, w tym użytkownikom i konsumentom, możliwość wypowiedzenia się w kwestii jakichkolwiek ograniczeń zgodnie z artykułem 6 dyrektywy ramowej; c) opublikować każdą decyzję dotyczącą ograniczeń w przyznawaniu praw użytkownika lub odnawianiu praw użytkownika, wraz z jej uzasadnieniem; d) po określeniu procedury, wezwać do składania wniosków o przyznanie prawa użytkownika; oraz e) rozważyć ustanowienie czasowych ograniczeń w odpowiednim czasie lub na uzasadniony wniosek przedsiębiorstwa, którego to ograniczenie dotyczy. Jeżeli państwo członkowskie uzna, że dalsze prawa użytkownika częstotliwości radiowych mogą być przyznane, winno to ogłosić i wezwać do składania wniosków o przyznanie takich praw ⁽⁷⁹⁾. Prawa użytkownika częstotliwości radiowych należy przyznawać w oparciu o otwarte, obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne procedury według obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych kryteriów ⁽⁸⁰⁾. W ramach każdego takiego

⁽⁷⁶⁾ Zob. również motyw 64 powyżej.

⁽⁷⁷⁾ Sprawy połączone C-20/15 P i C-21/15 P, Komisja/World Duty Free Group, EU:C:2016:981, pkt 54 i cytowane orzecznictwo.

⁽⁷⁸⁾ Zob. przypis 63 powyżej.

⁽⁷⁹⁾ Art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy o zezwoleniach.

⁽⁸⁰⁾ Art. 5 ust. 2, art. 7 ust. 3 dyrektywy o zezwoleniach; motywy 19 i 21 i art. 9 ust. 1 dyrektywy ramowej; art. 4 dyrektywy w sprawie konkurencji.

kryterium wyboru należy przyznać odpowiednią wagę wspieraniu konkurencji w sektorze usług łączności elektronicznej, m.in. zapewniając, aby nie było zakłóceń lub ograniczeń konkurencji w sektorze łączności elektronicznej⁽⁸¹⁾. Wszelkie opłaty za prawa muszą odzwierciedlać optymalne wykorzystanie tych zasobów. Takie opłaty muszą być obiektywnie uzasadnione, jawne, niedyskryminujące i proporcjonalne stosownie do celu, jaki ma być osiągnięty, oraz uwzględniać cele wspierania konkurencji w sektorze usług łączności elektronicznej; należy to zagwarantować m.in. zapewniając, aby nie było zakłóceń lub ograniczeń konkurencji w sektorze łączności elektronicznej⁽⁸²⁾. Prawa użytkowania mogą być zmienione jedynie w obiektywnie uzasadnionych przypadkach oraz w sposób proporcjonalny, uwzględniając w stosownych przypadkach szczególne warunki dotyczące praw użytkowania częstotliwości radiowych podlegających obrotowi. Z wyjątkiem przypadków, w których proponowane zmiany są niewielkie i zostały uzgodnione z posiadaczem praw lub ogólnego zezwolenia, zamiar wprowadzenia takich zmian ogłasza się w odpowiedni sposób, a zainteresowanym stronom, w tym użytkownikom i konsumentom, przyznaje się wystarczająco dużo czasu na wypowiedzenie się w kwestii proponowanych zmian, nie mniej niż cztery tygodnie, z wyjątkiem okoliczności nadzwyczajnych⁽⁸³⁾. Drobne zmiany w zakresie praw i obowiązków dotyczą głównie kwestii administracyjnych, które nie zmieniają zasadniczego charakteru indywidualnych praw użytkowania i przez to nie mogą przynosić porównywalnych korzyści pozostałym przedsiębiorstwom⁽⁸⁴⁾.

- (74) Ramy regulacyjne UE są zatem szerszymi ramami odniesienia, na podstawie których przyjęto decyzję z 2013 r. i na podstawie których należy ją przeanalizować. Ramy te stanowią, że prawa użytkowania częstotliwości radiowych należy przyznawać w oparciu o otwarte, obiektywne, przejrzyste, niedyskryminacyjne i proporcjonalne procedury według obiektywnych, przejrzystych, niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych kryteriów. Celem tych ram jest wspieranie konkurencji w dziedzinie udostępniania sieci łączności elektronicznej, usług łączności elektronicznej, przyczynianie się do rozwoju rynku wewnętrznego i promowanie interesów obywateli Unii. Wobec powyższego Komisja wstępnie stwierdza, że wszyscy operatorzy telekomunikacyjni działający w Polsce są w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej w odniesieniu do przydziału częstotliwości radiowych, w tym częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej. Komisja nie widzi powodu, dla którego fakt, że Sferia nie mogła korzystać z częstotliwości z pasma 850 MHz (przypisanego w 2003 r. i zmienionego później w 2005 r. i 2009 r.) miał sprawić, że znalazła się ona w innej sytuacji niż pozostali operatorzy w odniesieniu do przydziału częstotliwości z pasma 800 MHz i który uzasadniałby różnicę w traktowaniu taką jak w przedmiotowej sprawie.
- (75) Polska uznała, że polski organ regulacyjny, ze względu na swoją rolę w efektywnym wykorzystaniu widma oraz mając na celu zapobieżenie zakłóceniom oraz zapewnienie ochrony praw operatorów, był zobowiązany do rozwiązania problemu braku kompatybilności pomiędzy częstotliwościami Sferii i innymi częstotliwościami, a także do zapewnienia ochrony i egzekwowania prawa Sferii.
- (76) Polska wyjaśniła, że zgodnie z polskim prawem rezerwację częstotliwości można zmienić z urzędu w przypadku szkodliwych zakłóceń lub szkodliwych zaburzeń elektromagnetycznych lub zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego. Miało to miejsce, jak twierdzi Polska, w przypadku widma z 2005 r. Jak opisano w motywie (39) powyżej, częstotliwości te powodowały szkodliwe zakłócenia w urządzeniach radiowych GSM-R (co mogłoby zagrozić bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu) i potencjalnie zakłócać funkcjonowanie innych częstotliwości stanowiących „dywidendę cyfrową”, a także powodować zakłócenia w widmie w sąsiednich państwach. Ponadto Polska podkreśliła, że zgodnie z polskim prawem postępowanie selekcyjne przewiduje się wyłącznie w przypadku nowej rezerwacji. Polska wyjaśniła, że decyzją z 2013 r. nie dokonano nowej rezerwacji, ponieważ w decyzji zmieniono jedynie prawo do wykorzystywania częstotliwości, które Sferia miała od 2003 r. Na Sferię nie nałożono żadnej jednorazowej opłaty, żadnych zobowiązań dotyczących rozbudowy sieci (ang. roll-out) ani zobowiązań inwestycyjnych, ponieważ – jak wyjaśnia Polska – zgodnie z polskim prawem takie opłaty i zobowiązania stosuje się w przypadku przeprowadzenia postępowania selekcyjnego.
- (77) Komisja odnotowuje, że zgodnie z polskim prawem organ regulacyjny może zmienić rezerwację częstotliwości w przypadku szkodliwych zakłóceń lub szkodliwych zaburzeń elektromagnetycznych lub zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego. Komisja uważa jednak na tym etapie, że nawet jeżeli zmianę rezerwacji uznano za konieczną, aby osiągnąć cel uniknięcia szkodliwych zakłóceń i ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, można było zastosować inne środki o węższym zakresie, aby osiągnąć ten sam cel. Komisja zwraca w tej kwestii uwagę, że zgodnie z art. 123 ustawy – Prawo telekomunikacyjne w przypadku szkodliwych zakłóceń lub szkodliwych zaburzeń elektromagnetycznych lub zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego rezerwację częstotliwości można nie tylko zmienić, ale również cofnąć. Polska utrzymuje, że zmiana rezerwacji na podstawie art. 123 ustawy – Prawo telekomunikacyjne była jedynym możliwym rozwiązaniem i że organ regulacyjny nie mógł

⁽⁸¹⁾ Art. 7 ust. 3 dyrektywy o zezwoleniach i art. 8 dyrektywy ramowej.

⁽⁸²⁾ Art. 13 dyrektywy o zezwoleniach.

⁽⁸³⁾ Art. 14 ust. 1 dyrektywy o zezwoleniach.

⁽⁸⁴⁾ Motyw 70 dyrektywy w sprawie lepszego stanowienia prawa (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń oraz 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej).

cofnąć rezerwacji, ponieważ zakłócenia i zagrożenie bezpieczeństwa i porządku publicznego nie wynikały z niezgodnych z prawem działań Sferii i uniemożliwiały Sferii korzystanie w pełni z posiadanego widma. Komisja nie widzi jednak powodu, dla którego okoliczności te mogłyby doprowadzić do wniosku, że polski organ regulacyjny miał automatycznie obowiązek zastąpić pasmo 850 MHz zdecydowanie odmiennym pasmem 800 MHz. Jak wyjaśniono w motywie (8) powyżej, pierwotne częstotliwości, i również te przyznane w 2005 r. i 2009 r., były ograniczone do wykonywania służby stałej w technologii CDMA. Technologia CDMA bardzo różni się do technologii LTE, z której korzystania umożliwiono w decyzji z 2013 r. o przyznaniu częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej i dopuszczeniu służby stałej i ruchomej. Decyzją z 2013 r. znacznie zmieniono zatem charakter, przedmiot i cel pierwotnej rezerwacji, czego nie można uznać za drobną zmianę. Można stwierdzić, że zmiana z 2013 r. była wystarczająco istotna, aby uznać ją za faktyczne dokonanie nowej rezerwacji, co wymaga przeprowadzenia postępowania selekcyjnego.

- (78) Ponadto Komisja uważa, że nie jest jasne, jak Sferia mogła rozsądnie oczekiwać, że częstotliwości z 2003 r. (zmienione w 2005 r. i 2009 r.) umożliwią jej efektywne świadczenie usług łączności ruchomej. Sferia zamierzała wykorzystać swoje częstotliwości z 2003 r. (zmienione w 2005 r. i 2009 r.) do wykonywania służby ruchomej, czyli do celów innych niż ich przeznaczenie (jak wyjaśniono w motywie (8) powyżej), jako że częstotliwości z 2003 r. były ograniczone do wykonywania służby stałej w technologii CDMA. Ponadto, co podkreślała również Polska, częstotliwości te nie były zharmonizowane na poziomie międzynarodowym⁽⁸⁵⁾, a zakłócenia związane z siecią GSM-R, a także z częstotliwościami z pasma dywidendy cyfrowej oraz z częstotliwościami z sąsiednich państw, były bardzo prawdopodobne. Co więcej, według skarżących, zakłócenia te sprawiły, że częstotliwości z 2003 r. (zmienione w 2005 r. i 2009 r.) były niezdatne do użytku, z którego to powodu inni operatorzy nie byli zainteresowani uzyskaniem tego rodzaju widma. Chociaż sąd krajowy wezwał polski organ regulacyjny do rozszerzenia wykorzystania częstotliwości z 2003 r. (zmienionych w 2005 r.) o służbę ruchomą⁽⁸⁶⁾, nie zmienia to faktu, że wykorzystanie tych częstotliwości do wykonywania służby ruchomej powodowało szkodliwe zakłócenia. Polski organ regulacyjny, świadomy potencjalnych zakłóceń, wielokrotnie odmówił dopuszczenia korzystania z częstotliwości z 2003 r. (zmienionych w 2005 r. i 2009 r.) do wykonywania służby ruchomej⁽⁸⁷⁾.
- (79) Komisja zauważa, że Polska nie wykazała, aby różnica w traktowaniu Sferii i innych operatorów mogła być spójna z innymi celami regulacyjnymi, tj. wspieraniem konkurencji, przyczynianiem się do rozwoju rynku wewnętrznego poprzez ułatwianie nowym podmiotom wejścia na rynek lub maksymalizowaniem korzyści dla konsumentów.
- (80) Komisja odnotowuje, że polski organ regulacyjny uznał w decyzji z 2013 r., że zmiana rezerwacji Sferii leżała w interesie publicznym, ponieważ świadczenie bardziej zróżnicowanych usług telekomunikacyjnych wyższej jakości byłoby korzystane dla użytkowników. Komisja zauważa jednak również, że Polska nie wykazała, w jaki sposób przydzielenie wartościowego pasma 800 MHz nieodpłatnie i bez zobowiązań inwestycyjnych faktycznie przyniosło korzyści konsumentom. Ponadto nie jest oczywiste, w jaki sposób przyznanie wartościowego pasma 800 MHz przedsiębiorstwu, które jest już obecne na rynku i które jest częścią grupy zajmującej wiodące miejsce na polskim rynku telekomunikacyjnym, mogłoby wspierać nowe podmioty. Z tego samego względu nie jest jasne, w jaki sposób służy to osiągnięciu celu polegającego na rozwijaniu konkurencji. Co więcej, chociaż Trybunał Sprawiedliwości przyznał, że zmiany sytuacji rynkowej i gospodarczej mogą co do zasady uzasadniać procedury selekcji skutkujące różnymi cenami płaconymi za rezerwacje przyznawane w różnych procedurach i w odległych okresach⁽⁸⁸⁾, w przedmiotowej sprawie otoczenie gospodarcze i regulacyjne nie usprawiedliwia przyznania pasma 800 MHz poza procedurą selekcji i nieodpłatnie. Polski organ regulacyjny w swoim raporcie rocznym z 2012 r. uznał, że jednym z najważniejszych trendów na rynku telekomunikacyjnym była rosnąca popularność usług mobilnych i oczekiwał szczególnie dynamicznego rozwoju segmentu internetu mobilnego nie tylko pod względem liczby użytkowników, lecz także coraz wyższych przychodów⁽⁸⁹⁾. Co więcej, jak stwierdzono w motywie (66) powyżej, przy wydawaniu decyzji z 2013 r. Polska musiała być świadoma dochodów płynących z przydzielenia częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej w innych państwach UE⁽⁹⁰⁾. Ponadto w sierpniu 2013 r., w ramach analizy zleconej przez polski organ regulacyjny, Ernst & Young oszacował wartość częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej na kwotę

⁽⁸⁵⁾ Polska wyjaśniła, że w procesie koordynacji międzynarodowej władze sąsiednich państw odmówiły wyrażenia zgody na obsługę stacji Sferii w ramach widma z 2005 r.

⁽⁸⁶⁾ Zob. przypis 22 powyżej.

⁽⁸⁷⁾ Zob. motyw 16 powyżej.

⁽⁸⁸⁾ Sprawa NN 76/2006 – Przyznanie trzeciej licencji UMTS, motyw 34; sprawa SA.29191 *Quatrième licence de téléphonie mobile UMTS*. I odwrotnie, można uznać, że operatorzy wybrani w drodze odrębnych procedur selekcji z nieco ponad roczną różnicą w czasie są w tej samej sytuacji (sprawa NN 42/2004 – *Modification rétroactive des redevances dues par Orange et SFR au titre des licences UMTS*, motywy 29–33. Zob. również sprawa T-475/04, *Bouygues i Bouygues Télécom/Komisja*, ECLI:EU:T:2007:196, pkt 123 i 134; sprawa C-431/07 P, *Bouygues i Bouygues Télécom/Komisja*, ECLI:EU:C:2009:223, pkt 138–141.

⁽⁸⁹⁾ *Raport o rynku telekomunikacyjnym w Polsce w 2012 r.*, czerwiec 2013 (<https://archiwum.uke.gov.pl/rynek-telekomunikacyjny-w-2012-roku-12629#>).

⁽⁹⁰⁾ Do początku 2013 r. 12 państw członkowskich zakończyło przydzielanie widma z pasma 800 MHz, np. w Niemczech cena 2 dwukrotnych kanałów 2x5 MHz osiągnęła wartość 3,6 mln EUR.

między 2 127 mln PLN a 3 091 mln PLN (między 484 mln EUR a 704 mln EUR) ⁽⁹¹⁾. Komisja odnotowuje również, że w decyzji z 2011 r. sam polski organ regulacyjny stwierdził, że pasmo 800 MHz jest ograniczonym zasobem podlegającym specjalnym zasadom przydzielania, który operatorzy telekomunikacyjni mogą nabyć wyłącznie w drodze postępowania selekcyjnego. Polski organ regulacyjny w 2011 r. stwierdził również, że przyznanie częstotliwości z pasma dywidendy cyfrowej mogłyby przynieść znaczne dochody na rzecz budżetu państwa dlatego przyznanie tego pasma bez postępowania selekcyjnego nie leżało w interesie społecznym. W świetle utrwalonego orzecznictwa ⁽⁹²⁾ państwo członkowskie nie może stosować różnych opłat dla konkurencyjnych operatorów za użytkowanie rzadkich zasobów, których wartość jest równoważna pod względem ekonomicznym, jak to jest w przypadku całego pasma 800 MHz. Taki dyskryminujący charakter opłat jest również sprzeczny z wymogami zawartymi w art. 13 dyrektywy o zezwoleniach, zgodnie z którym opłaty za podobne widmo muszą być niedyskryminujące.

- (81) Wobec powyższego Komisja nie stwierdziła podstaw, które mogłyby uzasadniać różnicę w traktowaniu między Sferią a innymi operatorami i w związku z tym uważa, że kilka elementów decyzji z 2013 r. budzi obawy co do niedyskryminującego traktowania operatorów. W związku z powyższym Komisja wstępnie stwierdza, że środek jest selektywny.

V.1.4. Zakłócenie konkurencji i wpływ na handel

- (82) Środek przyznany przez państwo jest uznawany za zakłócający konkurencję lub grożący jej zakłóceniem, jeżeli jest w stanie poprawić konkurencyjną pozycję beneficjenta w stosunku do innych przedsiębiorstw, z którymi ten beneficjent konkuruje ⁽⁹³⁾. Dlatego w przypadku gdy państwo przyznaje przedsiębiorstwu działającemu w zliberalizowanej branży gospodarki, w której panuje lub mogłaby panować konkurencja, korzyść finansową, zakłada się występowanie zakłóconej konkurencji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ⁽⁹⁴⁾ nie jest konieczne wykazanie faktycznego wpływu środka na wymianę handlową między państwami członkowskimi i wystarczającego zakłócenia konkurencji, lecz jedynie zbadanie, czy środek może mieć wpływ na wymianę handlową i zakłócać konkurencję. Nie jest konieczne, aby beneficjent pomocy był zaangażowany w handel wewnątrzunijny. Jeżeli państwo członkowskie przyznaje pomoc przedsiębiorstwom, działalność krajowa może być dzięki temu utrzymana lub zwiększona, co zmniejsza szanse wejścia na rynek tego państwa członkowskiego przedsiębiorstw mających siedzibę w innych państwach członkowskich ⁽⁹⁵⁾.
- (83) Decyzja z 2013 r. wpłynęła na istniejące warunki rynkowe, ponieważ zwolniono w niej Sferię z kosztów, które normalnie musiałyby ponieść, ponieważ Sferia nie musiała płacić za pasmo 800 MHz, które otrzymała wcześniej niż inni konkurenci, i nie musiała spełnić tych samych warunków co pozostali konkurenci. Ponadto, rynki usług łączności elektronicznej są otwarte na konkurencję między operatorami i dostawcami usług, co zazwyczaj wiąże się z działalnością, która podlega wymianie handlowej między państwami członkowskimi. W zakresie, w jakim ingerencja może mieć wpływ na operatorów i dostawców usług z innych państw członkowskich, środek wpływa na handel. Kilku operatorów telekomunikacyjnych w Polsce należy do grup międzynarodowych działających w całej Europie. Komisja stwierdza zatem wstępnie, że środek może powodować zakłócenie konkurencji i wpływać na wymianę handlową między państwami członkowskimi.

V.1.5. Istnienie pomocy: wnioski

- (84) Na tym etapie, na podstawie wstępnej oceny, Komisja stwierdza, że środek może zawierać elementy pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE na rzecz Sferii.
- (85) Sferia jest częścią większej grupy przedsiębiorstw, grupy Cyfrowy Polsat, kontrolowanej przez osobę fizyczną – pana Zygmunta Solorza-Żaka. Zgodnie z wcześniejszym orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości „*pojęcie przedsiębiorstwa w prawie konkurencji powinno być rozumiane jako wskazujące na jednostkę gospodarczą [...], nawet jeżeli pod względem prawnym ta jednostka gospodarcza składa się z kilku osób fizycznych lub prawnych*” ⁽⁹⁶⁾. Dlatego odrębne podmioty prawne można uznać za tworzące jedną jednostkę gospodarczą do celów stosowania zasad pomocy państwa. Taką jednostkę gospodarczą uznaje się wówczas za właściwe przedsiębiorstwo będące beneficjentem środka pomocy. Aby określić,

⁽⁹¹⁾ W zależności od zastosowanej metodyki – od 2 127 mln PLN do 2 924 mln PLN (od 484 mln EUR do 666 mln EUR) na podstawie dodatkowych zdyskontowanych przepływów pieniężnych i od 2 193 mln PLN do 3 091 mln PLN (od 499 mln EUR do 704 mln EUR) porównując ceny uzyskane za to samo pasmo w innych państwach UE z wartością rynków mobilnych, produktem krajowym brutto lub liczbą mieszkańców tych państw.

⁽⁹²⁾ Sprawa C-85/10, Telefónica Móviles España SA/Administración del Estado oraz Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, pkt 31; sprawa T-475/04, Bouygues i Bouygues Télécom, ECLI:EU:T:2007:196, pkt 108 i nast.

⁽⁹³⁾ Sprawa C-730/79, Phillip Morris, Rec. 1980 s. 267, pkt 11. Sprawy połączone T-298/07, T-312/97 itp., Alzetta, Rec. 2000 s. II-2325, pkt 80.

⁽⁹⁴⁾ Sprawa C-518/13 Eventech, EU:C:2015:9, pkt 65. Sprawy C-197/11 i C-203/11 Libert i in., EU:C:2013:288, pkt 76. Zob. również sprawa T-288/97, Friuli Venezia Giulia, EU:T:2001:115, pkt 41.

⁽⁹⁵⁾ Sprawa C-706/17, Achema i in., ECLI:EU:C:2019:407, pkt 91–93.

⁽⁹⁶⁾ Sprawa C-170/83, Hydrotherm, EU:C:1984:271, pkt 11. Zob. również sprawa T-137/02, Pollmeier Malchow/Komisja, EU:T:2004:304, pkt 50.

czy kilka podmiotów tworzy jednostkę gospodarczą, Trybunał Sprawiedliwości bada istnienie pakietu kontrolnego lub powiązań funkcjonalnych, ekonomicznych bądź strukturalnych⁽⁹⁷⁾.

- (86) Komisja po pierwsze zwraca uwagę, że pan Zygmunt Solorz-Żak, pośrednio lub bezpośrednio, jest praktycznie właścicielem Sferii, co oznacza, że ma on pakiet kontrolny akcji w spółce. Po drugie, Sferia należy do grupy Cyfrowy Polsat, również kontrolowanej przez pana Zygmunta Solorza-Żaka⁽⁹⁸⁾. Po trzecie, Sferia i grupa Cyfrowy Polsat mają powiązania gospodarcze, o których w szczególności świadczą umowy dostawy i sprzedaży hurtowej, w ramach których Sferia udostępniła grupie swoje częstotliwości, w tym częstotliwości z 2013 r., co potwierdzają roczne sprawozdania finansowe grupy (zob. przypis 3). W rezultacie, niezależnie od tego, że grupa Cyfrowy Polsat jest zorganizowana w ramach różnych osobowości prawnych i że decyzja z 2013 r. dotyczy Sferii, na tym etapie nie można wykluczyć, że Sferia i grupa kapitałowa Cyfrowy Polsat stanowią jedną jednostkę gospodarczą korzystającą z kwestionowanego środka. Ta jednostka gospodarcza mogłaby zostać uznana za właściwe przedsiębiorstwo do celów stosowania zasad pomocy państwa. Podsumowując, Komisja uznaje wstępnie, przy założeniu że decyzją z 2013 r. przyznano Sferii pomoc państwa, że możliwe byłoby uznanie grupy Cyfrowy Polsat za beneficjenta potencjalnej pomocy państwa. Do formalnego postępowania wyjaśniającego należy zatem ustalenie, które z tych przedsiębiorstw należałoby uznać, w stosownym przypadku, za beneficjenta potencjalnej pomocy państwa, lub czy można uznać, że Sferia i grupa Cyfrowy Polsat łącznie skorzystały z takiej pomocy.

V.2. Zgodność pomocy z prawem

- (87) Jeżeli potwierdzi się wstępny wniosek Komisji dotyczący istnienia pomocy i ponieważ środka nie zgłoszono zgodnie z art. 108 ust. 3 TFUE, byłaby to pomoc przyznana bezprawnie⁽⁹⁹⁾ i w związku z tym konieczna będzie ocena jej zgodności z rynkiem wewnętrznym.

V.3. Zgodność z rynkiem wewnętrznym

- (88) Pomoc państwa uznaje się za zgodną z rynkiem wewnętrznym, jeżeli należy ona do którejkolwiek z kategorii wyszczególnionych w art. 107 ust. 2 TFUE⁽¹⁰⁰⁾ i można ją uznać za zgodną z rynkiem wewnętrznym, jeżeli Komisja stwierdzi, że należy ona do którejkolwiek z kategorii wyszczególnionych w art. 107 ust. 3 TFUE⁽¹⁰¹⁾. To na państwie członkowskim spoczywa ciężar udowodnienia, że przedmiotowa pomoc przez nie przyznawana jest zgodna z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 107 ust. 2 lub 3 TFUE⁽¹⁰²⁾.
- (89) Polska twierdziła, że przyznanie w 2013 r. widma Sferii nie stanowi pomocy państwa i nie przedstawiła żadnych argumentów wskazujących na to, że w niniejszej sprawie mają zastosowanie jakiegokolwiek wyjątki przewidziane w art. 107 ust. 2 i art. 107 ust. 3 TFUE.
- (90) Na tym etapie Komisja nie ma żadnych podstaw umożliwiających uznanie ewentualnej pomocy przyznanej w 2013 r. Sferii i grupie Cyfrowy Polsat za zgodną z rynkiem wewnętrznym.

VI. DECYZJA

- (91) W świetle powyższych ustaleń Komisja wstępnie uważa, że przydzielenie w 2013 r. częstotliwości z pasma 800 MHz na rzecz Sferii mogło stanowić pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Wydaje się, że potencjalna pomoc państwa mogła przynieść korzyści nie tylko Sferii, ale także całej grupie Cyfrowy Polsat. Z uwagi na wątpliwości dotyczące istnienia pomocy i jej zgodności z rynkiem wewnętrznym Komisja podjęła decyzję o wszczęciu postępowania określonego w art. 108 ust. 2 TFUE w odniesieniu do przedmiotowego środka.

⁽⁹⁷⁾ Sprawa C-480/09 P, Acea Electrabel Produzione SpA/Komisja, EU:C:2010:787, pkt 47–55; sprawa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze i in., EU:C:2006:8, pkt 112.

⁽⁹⁸⁾ Ze struktury własności grupy Cyfrowy Polsat wynika, że pan Zygmunt Solorz-Żak jest właścicielem, pośrednio lub bezpośrednio, większości (ponad 50 %) udziałów w grupie, o czym mowa również w przypisie 3 powyżej.

⁽⁹⁹⁾ Sprawa C-667/13 Banco Privado Português i Massa Insolvente do Banco Privado Português, EU:C:2015:151, pkt 59 i cytowane orzecznictwo. Zob. również art. 1 lit. f) rozporządzenia (WE) nr 659/1999, w którym zdefiniowano „pomoc przyznaną bezprawnie” jako „nową pomoc, wprowadzoną w życie z naruszeniem art. [108 ust. 3 TFUE]”.

⁽¹⁰⁰⁾ Wyjątki przewidziane w art. 107 ust. 2 Traktatu dotyczą: a) pomocy o charakterze socjalnym przyznanej indywidualnym konsumentom; b) pomocy mającej na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi; oraz c) pomocy przyznawanej niektórym regionom Republiki Federalnej Niemiec.

⁽¹⁰¹⁾ Wyjątki przewidziane w art. 107 ust. 3 Traktatu dotyczą: a) pomocy przeznaczonej na sprzyjanie rozwojowi niektórych regionów; b) pomocy przeznaczonej na wspieranie realizacji niektórych ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania lub mającej na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce państwa członkowskiego; c) pomocy przeznaczonej na rozwój niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych; d) pomocy przeznaczonej na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego; oraz e) pomocy określonej decyzją Rady.

⁽¹⁰²⁾ Sprawa T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Komisja, ECLI:EU:T:2007:253, pkt 34.

- (92) W świetle powyższych ustaleń Komisja, stanowiąc zgodnie z procedurą ustanowioną w art. 108 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zobowiązuje Polskę do przedstawienia uwag oraz wszystkich informacji, które mogą pomóc w ocenie przedmiotowego środka, w terminie miesiąca od dnia otrzymania niniejszego pisma.
- (93) W szczególności Komisja wzywa Polskę do:
- przedłożenia wyceny częstotliwości z 2013 r.;
 - przedstawienia wszystkich informacji i odpowiednich dokumentów, na podstawie których Komisja mogłaby zweryfikować wartość rynkową częstotliwości z 2013 r.;
 - przedstawienia dowodów świadczących o tym, że – jak twierdzi Polska – częstotliwości z 2013 r. były z ekonomicznego punktu widzenia równoważne częstotliwościom z 2003 r. (zmienionym decyzjami organu regulującego w 2005 r. i 2009 r.);
 - przedstawienia wszystkich informacji i odpowiednich dokumentów, na podstawie których Komisja mogłaby ustalić najlepszą metodykę do określenia prawdopodobnej kwoty pomocy;
 - przedstawienia informacji i wszystkich odpowiednich dokumentów, na podstawie których Komisja mogłaby zweryfikować, czy Sferia (i potencjalnie grupa Cyfrowy Polsat) znalazła się w korzystniejszej sytuacji w porównaniu z innymi operatorami, uwzględniając, m.in. wielkość odpowiednich przyznaných bloków częstotliwości; termin ich przyznania; termin wejścia każdego z przedmiotowych operatorów na rynek; sposób, w jaki wcześniejsze przyznanie pasma 800 MHz Sferii (i potencjalnie grupie Cyfrowy Polsat) mogło wpłynąć na wizerunek marki innych operatorów; to, w jakim stopniu Sferia (i potencjalnie grupa Cyfrowy Polsat) byłaby w stanie zdobyć części rynku bez narażania się na konkurencję z powodu wczesnego przydzielenia pasma 800 MHz;
 - przedstawienia wszystkich umów dostawy i sprzedaży hurtowej (wraz z zastosowanymi cenami), które Sferia zawarła od 2011 r. do chwili obecnej z grupą Cyfrowy Polsat lub członkami grupy Cyfrowy Polsat oraz wszystkich informacji i odpowiednich dokumentów, na podstawie których Komisja mogłaby ustalić, czy umowy te zawarto na warunkach rynkowych;
 - przedstawienia listy akcjonariuszy Sferii (wraz z posiadaniem procentem akcji w spółce, prawami z nich wynikającymi, listą członków Zarządu i Rady Nadzorczej Sferii) od 2005 r. do dnia 31 grudnia 2018 r.;
 - przedłożenia uwag i dalszych informacji niezbędnych do oceny, czy przyznanie w 2013 r. pasma 800 MHz można uzasadnić koniecznością rekompensaty za szkody rzekomo poniesione przez Sferię i tym samym wykluczyć pomoc państwa, w szczególności informacji i uwag dotyczących tego, czy Sferia miała prawo uzyskać rekompensatę za brak możliwości korzystania z widma z 2003 r. (zmienionego w 2005 r. i 2009 r.); metodyki określania odszkodowania, w tym wyceny strat Sferii; wyceny widma z 2003 r. (zmienionego w 2005 r. i 2009 r.) oraz wyceny widma z 2013 r., a także dowodów dotyczących sposobu, w jaki Polska zapewniła, aby Sferia nie znalazła się w korzystniejszej sytuacji w następstwie przyznania w 2013 r. częstotliwości z pasma 800 MHz w porównaniu z sytuacją przed przyznaniem częstotliwości z 2013 r.;
 - dostarczenia pełnego tekstu wyroku trybunału arbitrażowego z 2019 r.;
 - przedstawienia podstaw umożliwiających uznanie wszelkiej potencjalnej pomocy państwa na rzecz Sferii i grupy Cyfrowy Polsat za zgodną z rynkiem wewnętrznym.
- (94) W świetle faktu, że informacje przedstawione przez Polskę w trakcie wstępnego postępowania nie są wystarczające, aby umożliwić Komisji ukończenie oceny i mając na uwadze złożoność sprawy, w szczególności w odniesieniu do: (i) tego, czy grupę Cyfrowy Polsat można uznać, w stosownym przypadku, za beneficjenta potencjalnej pomocy państwa, lub czy można uznać, że Sferia i grupa Cyfrowy Polsat łącznie skorzystały z takiej pomocy, (ii) wyceny częstotliwości radiowych, (iii) określenia ilościowego korzyści i potencjalnej pomocy, Komisja może potrzebować dodatkowych informacji z innych źródeł. W związku z tym, jeżeli Polska nie odpowie w pełni na powyższy wniosek o udzielenie informacji w terminie miesiąca od otrzymania niniejszego pisma, Komisja, na podstawie art. 7 rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589, rozważy możliwość zwrócenia się z wnioskiem o dostarczenie wyżej wymienionych informacji do beneficjenta oraz do wszystkich operatorów sieci telefonii mobilnej działających w Polsce. Jeżeli chodzi o beneficjenta pomocy, Polska zostanie wezwana do wyrażenia zgody na złożenie takiego wniosku na podstawie art. 7 ust. 2 lit. b) rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰³⁾ Dz.U. L 248 z 24.9.2015, s. 9.

-
- (95) Komisja zwraca się do Polski o niezwłoczne przesłanie kopii niniejszego pisma do potencjalnych beneficjentów pomocy.
- (96) Komisja pragnie przypomnieć Polsce, że art. 108 ust. 3 TFUE ma skutek zawieszający, i pragnie zwrócić uwagę na art. 16 rozporządzenia Rady (UE) 2015/1589, który stanowi, że wszelka pomoc niezgodna z prawem może zostać odzyskana od jej beneficjenta.

Komisja uprzedza Polskę, że poinformuje zainteresowane strony, publikując niniejsze pismo i jego streszczenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Komisja poinformuje również zainteresowane strony z państw należących do EFTA, będących sygnatariuszami Porozumienia EOG, publikując ogłoszenie w Suplemencie EOG do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, jak również powiadomi Urząd Nadzoru EFTA, przesyłając mu kopię niniejszego pisma. Wszystkie takie zainteresowane strony zostaną poproszone o przedstawienie uwag w terminie miesiąca od dnia ukazania się takiej publikacji.
