



# AKOS

AGENCIJA ZA KOMUNIKACIJSKA  
OMREŽJA IN STORITVE  
REPUBLIKE SLOVENIJE

Številka: 38144-5/2020/43

Datum: 28. 1. 2021

## **Zadeva: Pojasnila v zvezi z javnim razpisom z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz – ČETRTE SKLOP**

V skladu s poglavjem B. razpisne dokumentacije predmetnega javnega razpisa Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenija (v nadaljevanju: *Agencija*) objavlja ČETRTE SKLOP prejetih pisnih vprašanj v zvezi z razpisno dokumentacijo, in odgovore nanje.

### **1. VPRAŠANJE**

Zadnji odstavek poglavja A.3 razpisne dokumentacije določa, da se frekvence, ki so predmet javnega razpisa podelijo za obdobje 15 let, pri čemer se lahko ob prenosu določb Direktive (EU) 2018/1972 v nacionalno zakonodajo to obdobje podaljša za dodatnih 5 let, pri čemer bodo imetniki ODRF-jev plačali tudi »določen znesek« za učinkovito rabo omejene naravne dobrine. Agencijo naprošamo za dodatno pojasnilo glede načina izračuna višine takega plačila, morebitnega roka za tako plačilo oziroma možnosti načina plačila te dodatne obveznosti. Ali je možnost takega dodatnega plačila potrebno predvideti v poslovnem načrtu?

### **ODGOVOR**

Agencija pojasnila glede načina izračuna višine takega plačila, morebitnega roka za tako plačilo oziroma možnosti načina plačila te dodatne obveznosti v tem trenutku, ko še ni znana vsebina prehodne določbe ZEKom-2, ki bo navedeno tematiko urejala, ne more podati. Dodatnega plačila pa v poslovnem načrtu, ki ga morajo ponudniki priložiti ponudbi in so ga dolžni pripraviti skladno s poglavjem C.2.5 razpisne dokumentacije, ni potrebno predvideti.

### **2. VPRAŠANJE**

Kot izhaja iz poglavja A.3 razpisne dokumentacije, so predmet razpisa tudi frekvence v pasu 2100 MHz, katere so imetnikom že bile podeljene, in za katere poteče veljavnost 22. 9. 2021. Skladno s členom 49(2) Direktive (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah (v nadaljevanju: EECC ali direktiva), ki je v tem času že veljavna in bi morala biti že implementirana in je zato neposredno učinkovita, bi morale države članice imetnikom pravic omogočiti podaljšanje individualnih pravic uporabe radiofrekvenčnega spektra. Kot izhaja iz 131. uvodne izjave direktive, se učinkovito upravljanje radiofrekvenčnega spektra zagotovi s spodbujanjem nadaljnje učinkovite uporabe spektra, ki je že bil dodeljen. Agencijo naprošamo za pojasnilo, zakaj imetnikom radiofrekvenčnega spektra ne omogoči podaljšanja v pasovih 2100 MHz

namesto, da je uvrstila predmetni spekter v javni razpis. Agenciji ob tem predlagamo, da radiofrekvenčni spekter v pasovih 2100 MHz, ki je že podeljen s trenutno veljavnimi odločbami, izloči iz radiofrekvenčnega spektra in za ta spekter omogoči podaljšanje ODRF.

### **ODGOVOR**

Agencija ugotavlja, da odgovor na predmetno vprašanje ne bi v ničemer pripomogel k boljši pripravi same ponudbe ali k odpravi morebitnih nejasnosti v zvezi z nadaljnjim postopkom podelitve radijskih frekvenc, zato se do tega vprašanja ne bo opredeljevala. Ker gre za povsem vsebinsko vprašanje glede predmeta javne dražbe (torej, zakaj so radijske frekvence v pasu 2100 MHz del tega javnega razpisa), Agencija na to vprašanje v tej fazi javnega razpisa ne more dati pojasnil. Navedeno je že bilo predmet postopka javnega posvetovanja (kot del Informativnega memorandum), kjer je zainteresirana javnost imela možnost podati svoje pripombe, Agencija pa je nanje izčrpno in argumentirano odgovorila.

### **3. VPRAŠANJE**

Med pogoji javnega razpisa, ki jih mora skladno z poglavjem A.5.1 izpolnjevati ponudnik je plačilna sposobnost in dejstvo, da zoper ponudnika ni začel postopek prisilne poravnave, stečaja ali prisilne likvidacije. Za začet postopek se skladno z razpisno dokumentacijo šteje že podan predlog in ne sklep o začetku postopka. Prav slednje pa predstavlja odmik od ustaljenih pravnih ureditev insolventnosti in omogoča možnost zlorabe razpisnih pogojev za nedovoljen namen.

Agencija ni upoštevala ureditve krovnega zakona, ki ureja vprašanje insolventnosti, tj. Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju (ZFPPIPP), ki v 14. členu natančno določa kdaj je dolžnik nastopil v položaj insolventnosti. Prav tako ni upoštevana določba 49. člena ZFPPIPP, ki določa da se glavni postopek insolventnosti prične s sklepom, s katerim sodišče odloči o začetku postopka zaradi insolventnosti.

Kot za povsem relevantno primerjavo opozarjamo na prakso v primerih javnih naročil – naročnik se iz sodelovanja v postopku javnega naročanja izključi v primeru, da se je nad gospodarskim subjektom začel postopek zaradi insolventnosti ali prisilnega prenehanja po zakonu, ki ureja postopek zaradi insolventnosti in prisilnega prenehanja, ali postopek likvidacije po zakonu, ki ureja gospodarske družbe, če njegov sredstva ali poslovanje upravlja upravitelj ali sodišče, ali če so njegove sredstva ali poslovanje upravlja upravitelj ali sodišče, ali če so njegove poslovne dejavnosti začasno ustavljene. Nastanek insolventnosti tako Zakon o javnih naročilih v poglavju Ugotavljanje sposobnosti, natančneje v 75. členu ureja povsem drugače kot Agencija.

V kolikor je pogoj začetka postopka izpolnjen že z vložitvijo predloga lahko navedeno povzroči neizpolnjevanje pogojev posamičnega ponudnika tudi v primeru očitno neutemeljenih predlogih za začetek postopka zaradi insolventnosti, ko ponudnik ni plačilno nesposoben. Tak pogoj, s katerim so seznanjeni vsi ponudniki, lahko pripelje do zlorab, pri katerih se predlog za začetek postopka zaradi insolventnosti za uporabi kot nedovoljeno prakso in kalkulacijo ponudnikov pri končnem številu ponudnikov oziroma prijaviteljev na dražbi.

Za razrešitev navedene problematike predlagamo spremembo javnega razpisa na način, da razpisni pogoji določajo, da se kot pričet stečajni postopek šteje postopek, o katerem je sodišče odločilo s sklepom o začetku postopka zaradi insolventnosti. Naj še dodamo, da se je v času epidemije in delovanja sodišč Vrhovno sodišče odločilo, da postopke zaradi insolventnosti in prisilnega prenehanja uvrstijo med nujne zadeve, v katerih v tem času procesni roki tečejo nemoteno (vir:



<http://www.sodisce.si/vsrs/objave/2021010816392212/>). V primeru morebitnega utemeljenega predloga za insolventni postopek, bi sodišče v takšnem primeru odločilo v okviru nujnega postopanja. Poleg že navedenega je Agencija v obrazcih že predvidela, da zakoniti zastopnik ponudnika poda izjavo s katero izjavlja in jamči, da je ponudnik plačilno sposoben in da zoper njega ni začel postopek stečaja, prisilne poravnave, prisilne likvidacije ali izbrisa iz sodnega registra brez likvidacije, ter da ni utemeljenega razloga, da bi zaradi tekočega poslovanja, morebitnih sodnih ali drugih postopkov v katere je ponudnik vključen, obstajala nevarnost, da se tak postopek začne. Prav tako pa je potrebno poudariti, da je v razpisni dokumentaciji za primer preprečitve sodelovanja ponudnika na dražbi, ki bi lahko bil insolventen, Agencija prav tako že umestila dodatno varovalko, tj. vključitev finančnih obvez, ki jih insolventni prijavitelj ne more izpolniti (npr. plačilo za resnost ponudbe v višini 250.000,00 EUR). Poleg poziva za spremembo razpisne dokumentacije pa Agencijo pozivamo tudi za pojasnilo na kakšen način bo reševala morebitno navedeno situacijo, torej v kolikor predlog začetka postopka zaradi insolventnosti ne bo uspešen, rok za oddajo ponudbe oziroma dražba pa se je vmes že iztekla v škodo ponudnika?

## **ODGOVOR**

Agencija je zahtevo za pojasnilo podrobno proučila in bo določbo razpisne dokumentacije v tem delu spremenila. Za začet postopek prisilne poravnave in za začet stečajni postopek bo tako štel, če je sodišče izdalo sklep o začetku postopka prisilne poravnave oz. sklep o začetku stečajnega postopka.

## **4. VPRAŠANJE**

Vezano na poglavje A.5.1, ki našteva Pogoje javnega razpisa, ki jih mora izpolnjevati ponudnik, Agencijo opozarjamo, da je poslovni načrt odvisen od rezultata dražbe, ki pa je v fazi priprave ponudbe še neznan. Podrobni in prilagojen poslovni načrt, ki bi vseboval točne finančne, organizacijske in tehnične načrte glede izvedbe in upravljanja mobilnega komunikacijskega omrežja bi ponudnik priložil po izdaji odločbe. Zanima nas torej, ali je v fazi priprave ponudbe dovolj, da se poslovni načrt pripravi le za najvišjo ponudbo dražitelja, torej za ponudbo, v kateri bi operater glede na svoje želje uspel v celoti? Bo Agencija v primeru pomanjkljivega poslovnega načrta, prijavitelja pozvala k dopolnitvi? Pri tem nas v zvezi z poglavjem C.2.5, po katerem je poslovni načrt po obsegu omejen na do 5000 znakov, zanima, ali se slika (npr. graf) šteje kot znak oziroma več znakov.

## **ODGOVOR**

Dovolj je, da se poslovni načrt pripravi le za najvišjo ponudbo dražitelja, torej za ponudbo, v kateri bi operater glede na svoje želje uspel v celoti. Poslovni načrt mora biti pripravljen v skladu s poglavjem C.2.5 razpisne dokumentacije (torej mora vsebovati opis finančnih, organizacijskih in tehničnih načrtov ter videnj glede izvedbe, uporabe tehnologij in upravljanja mobilnega omrežja ter storitev). Graf ne šteje med 5000 znakov.

## **5. VPRAŠANJE**

Odstavek 75 poglavja F.2.6.5 navaja: »Če skupne dosežene količine ne presežajo količine razpoložljivih lotov v nobeni kategoriji (presežno povpraševanje ne obstaja), se dražba zaključí.« Ugotavljamo, da bi ponudnik, ki je v zadnjem krogu želel spremeniti povpraševanje, vendar mu povečanje povpraševanja ni bilo dovoljeno zaradi le delne odobritve zmanjšanja elementov ponudbe v postopku zamenjave, bi



še vedno lahko imel upravičenost za draženje nad ponudbo v naslednjem krogu. V kolikor bi takšnemu ponudniku zavrnilo možnost nadaljevanja draženja, bi lahko bil rezultat dražbe neučinkovit. Smiselno je, da navedeni pogoj glede zaključevanja glavne dražbe upošteva tudi tak potencialen primer.

Predlagamo, da se pogoj preoblikuje na način: »Če skupne dosežene količine ne presegajo količine razpoložljivih lotov kateri koli kategorijo lotov, tj. ni presežnega povpraševanja in aktivnost, izračunana v skladu z odstavkom 38.b), ni večja od aktivnosti, izračunana v skladu z odstavkom 38.a), se dražba zaključi.« Nadalje ugotavljamo, da bi Agencija k 139. odstavku lahko dodala pravico do zaključka glavne dražbe v primeru, da ponudnik po nepotrebem zavlačuje z dražbo z večkratnimi neuspešnimi menjalnimi ponodbami.

## **ODGOVOR**

Agencija v zvezi s predmetnim vprašanjem pojasnjuje, da obstaja možnost, da se dražba konča in dražitelju ostanejo »neporabljene« točke upravičenosti. Vendar Agencija ocenjuje, da je verjetnost, da bi taka situacija vplivala na rezultat dražbe, relativno majhna. Zato pravilo dražbe ostaja nespremenjeno. V zvezi s predlogom, da naj Agencija k 139. pravilu dražbe doda pravico do zaključka glavne dražbe v primeru, ko bi ponudnik po nepotrebem zavlačeval dražbo z večkratnimi neuspešnimi menjalnimi ponodbami, pa Agencija ugotavlja, da možnost takega zavlačevanja zelo malo verjetna, poleg tega pa Agencija opozarja, da bi bil to prevelik poseg v potek dražbe, ki se lahko zaključi le, ko ni več presežnega povpraševanja.

## **6. VPRAŠANJE**

Slovenska in v angleščino prevedena različica se razlikujeta v tabelah A-1, A-8 in A-9, in sicer glede števila lotov in količine spektra za kategorijo D. Predlagamo korekcijo v angleščino prevedeni različici.

## **ODGOVOR**

Agencija se zahvaljuje za opozorilo glede neskladnosti med slovensko in angleško različico razpisne dokumentacije. Navedeno razlikovanje bo tako v angleški različici odpravila. Na tem mestu želi Agencija zgolj opozoriti, da za zavezujočo šteje slovenska različica razpisne dokumentacije.

## **7. VPRAŠANJE**

Agencijo prosimo za podatek, kolikšen je skupen znesek administrativnih stroškov, ki ga bodo morali plačati prijavitelji in na podlagi kakšne ocene se je določila višina akontacije administrativnih stroškov (poglavje A.5.2.2).

## **ODGOVOR**

Končni znesek administrativnih stroškov bo znan pred izdajo pisnih sklepov iz šestega odstavka 45. člena ZEKom-1 (takrat bo znana tako dejanska višina administrativnih stroškov, ki jih bo Agencija enakomerno porazdelila med dražitelje). Višina akontacije administrativnih stroškov je določena na podlagi ocene končnega zneska administrativnih stroškov ob upoštevanju s strani Agencije ocenjenega števila dražiteljev.

## **8. VPRAŠANJE**

Agencijo prosimo za pojasnilo, ali je dosežena cena za kategorijo lota na dodatni dražbi enaka začetni

ceni za to kategorijo lota, če za to kategorijo lotov ni ponudb (točka št. 90 v poglavju F.2.6.9.)

#### **ODGOVOR**

Agencija v zvezi s predmetnim vprašanjem pojasnjuje, da v kolikor na dodatni dražbi ne bo povpraševanja v posamezni kategoriji lotov, bo dosežena cena v zadnjem krogu glavne dražbe tudi končna cena v tej kategoriji lotov. Agencija želi samo še dodati, da se to vprašanje ne nanaša na pravilo dražbe 90, ampak 81.

#### **9. VPRAŠANJE**

V tabeli Tabela F-2: Slovar izrazov je v pojmu Dodatna dražba med drugim navedeno: »...Agencija lahko izvede dodatno dražbo, če bodo po glavni dražbi ostali neprodani loti.« Prosimo za pojasnilo v kakšnih okoliščinah Agencija ne bo izvedla dodatne dražbe, v kolikor po koncu glavne dražbe določeni loti niso prodani?

#### **ODGOVOR**

Agencija bo izvedla dodatno dražbo v skladu s pravili dražbe, v kolikor bo ocenila, da z njo lahko izpolni katerega od ciljev, ki jih zasleduje s tem javnim razpisom.

#### **10. VPRAŠANJE**

Agencijo naprošamo, da v zvezi z roki za obveznosti pokrivanja, ki so definirani v razpisu (poglavje A 5.4.2.), natančno opredeli možne razloge za upravičeno zakasnitev pri izvajanju pogojev in zahtev za pokrivanje na katere operater nima vpliva in zaradi katerih ta ne bi smel trpeti negativnih posledic, kot na primer:

- Negativna presoja vplivov na okolje,
- Nezmožnost na vplivanje na roke pri pridobivanju ustreznih soglasij in pridobivanju gradbenih dovoljenj po posameznih občinah (ZGO),
- Zapleti nad izpolnjevanjem zakonskih zahtev pri gradnji in umeščanju objektov v prostor,
- Blokada izvajanj zaradi civilnih iniciativ proti gradnji omrežja,
- Ne dostopnost do objektov zaradi ovir tretjih oseb ipd.,
- Vpliv razmer zaradi epidemije.

#### **ODGOVOR**

Možnost odstopanja od izpolnjevanja obveznosti zaradi administrativnih ovir je skladno z razpisnimi pogoji omejena le na izpolnjevanje obveznosti pokrivanja imetnikov radijskih frekvenc 700 MHz FDD, zato se navedeni tekst tudi nahaja v poglavju A.5.4.2.2 in ne v poglavju A.5.4.2. Na to tematiko, je Agencija že podala odgovor na 9. vprašanje v drugem sklopu odgovorov<sup>1</sup>, kar z dodatnim pojasnilom Agencija navaja tudi v odgovoru na naslednje vprašanje.

#### **11. VPRAŠANJE**

---

<sup>1</sup> <https://www.akos-rs.si/javna-posvetovanja-in-razpisi/novica/pojasnila-v-zvezi-z-javnim-razpisom-z-javno-drazbo-za-dodelitev-radijskih-frekvenc-za-zagotavljanje-javnih-komunikacijskih-storitev-koncnim-uporabnikom-drugi-sklop>

Agencija v poglavju A.5.4.2.2. navaja, da bo v primeru neizpolnitve obveznosti zaradi administrativnih ovir pri pridobivanju novih lokacij preučila dokaze ter morebiti ustrezno prilagodila izpolnjevanje obveznosti. Agencijo naprošamo, naj podrobneje pojasni pojma »administrativne ovire« ter »pridobivanje novih lokacij«. Ali se kot pridobivanje novih lokacij šteje celoten postopek, torej vse do zaključka gradnje in začetka obratovanja infrastrukture na novi lokaciji? Ali se pri tem kot administrativne ovire upoštevajo vse okoliščine na katere operater nima vpliva? Glede na to da je navedeno poglavje določeno za radiofrekvenčni spekter 700 MHz FDD nas prav tako zanima, kako bo Agencija v primeru administrativnih ovir ravnala pri ostalih radiofrekvenčnih spektrih.

#### **ODGOVOR**

Kot pojasnjeno že v odgovoru na prejšnje vprašanje, je možnost odstopanja od izpolnjevanja obveznosti zaradi administrativnih ovir omejena le na izpolnjevanje obveznosti pokrivanja imetnikov radijskih frekvenc v pasu 700 MHz FDD. Do administrativnih ovir lahko pride le pri zelo težavnih primerih pokrivanja za zelo omejeno področje. Zato se navedena možnost pojavlja le v frekvenčnem pasu 700 MHz FDD, za katerega se predpisujejo zelo velike (skoraj 100 %) obveznosti pokrivanja. Zato se dopušča posamezna manjša odstopanja, za katera se dokaže, da jih ni mogoče pokriti. Ni pa navedeno namenjeno možnosti odstopanja od pokrivanja v večjih obsegih in na ta način podaljševanju rokov izgradnje celotnega omrežja, ki mora biti zgrajeno v postavljenih rokih. Agencija še dodaja, da gre predvsem za ovire pri pridobivanju lokacij za postavitve baznih postaj. Za vse morebitne administrativne ovire pa velja, da mora operater v primeru njihovega obstoja predložiti dokaze, ki jih Agencija prouči in v primeru, da jih upošteva, ustrezno prilagodi izpolnjevanje obveznosti. Ena od možnih administrativnih ovir je na primer, ko je zaradi naravovarstvenih razlogov prepovedana kakršnakoli gradnja in ni dovoljeno postavljati stolpov, ne bo se pa za administrativno oviro na primer štelo, če bo operater postopke v zvezi s pridobivanjem dovoljenj (ter druge potrebne dokumentacije) izvajal v časovnih okvirih, ki glede na običajno prakso niso izvedljivi.

#### **12. VPRAŠANJE**

V poglavju A 5.4.3 Agencija določa rok 3 mesecev po izdaji ODRF za začetek ponujanja storitev končnim uporabnikom preko tehnologije 5G na vsaj enem od pridobljenih frekvenčnih pasov vsaj na področju enega večjega mesta, kot je določeno v tabeli A-16. Glede na dejstvo, da so se v Sloveniji ter po svetu zaradi epidemije COVID-19 in velikega porasta projektov v EU dobavni roki za opremo in izvedbo storitev podaljšali ter da vnaprejšnje naročanje opreme dobaviteljem 5G sistemov ni možno, saj rezultat dražbe (tj. količina pridobljenih lotov) vnaprej ni znan, **predlagamo podaljšanje roka iz 3 na 6 mesecev**. Prav tako poudarjamo, da vsi postopki, potrebni za postavitve infrastrukture - bazne postaje (vse od pridobitve dovoljenj in soglasij dalje) trajajo dlje kot 3 mesece, kar ponudnike, ki storitev ne bodo omogočali na obstoječi infrastrukturi ter bodo morali infrastrukturo morali vzpostaviti na novo, postavlja v bistveno slabši položaj od ponudnikov, ki infrastrukturo že imajo. Ali Agencija z navedenim soglaša in ali bo podaljšala rok, skladno s predlogom?

#### **ODGOVOR**

Kot je Agencija navedla že v Odgovorih na mnenja glede Informativnega memoranduma za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v



radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz<sup>2</sup>, podaljšanje trimesečnega roka ni predvideno, saj se zahteva le začetek ponujanja te storitve s postavitvijo samo ene bazne postaje v enem večjem mestu, hkrati pa so obveznosti glede pokrivanja povzete po Akcijskem načrtu za 5G v Evropi, ki je bil objavljen že 14. 9. 2016 in tako so predvidene obveznosti znane že štiri leta in se operaterji lahko nanje že ves ta čas pripravljajo, kar je razvidno tudi iz pregleda dodeljenih radijskih frekvenc<sup>3</sup> za namene testiranja 5G tehnologije, ki so bile podeljene tudi vsem obstoječim operaterjem mobilnih omrežij.

### 13. VPRAŠANJE

Agencija v poglavju A.5.5.2 določa, da bo obveznost v zvezi s souporabo pasivne infrastrukture ali obveznosti sklenitve lokaliziranih sporazumov o gostovanju naložila le, »kadar bo to utemeljeno iz razlogov, da na določenem območju obstajajo nepremostljive gospodarske ali fizične ovire...« V poglavju A.5.4.3 razpisne dokumentacije, pa Agencija določa: »V primeru, da razpoložljivost zahtevanih funkcionalnosti ni podprta, mora operater predložiti dokaze. Agencija preuči dokaze in v kolikor so ti upravičeni, preloži rok za izpolnjevanje obveznosti.«

Agencijo naprošamo za primeroma navedena dokazila oziroma utemeljene razloge, ki bi prišli v poštev pri navedenih poglavjih. Agencija je namreč v določenih točkah razpisne dokumentacije, kot npr. točka 140, poglavje F.2.12. že primeroma navedla, kaj predstavlja termin izjemnih okoliščin in s tem prijavitelje že seznanila o primerih, ki bi prišli v poštev. Agencijo pozivamo, da v poglavju A.5.5.2 ter v poglavju A.5.4.3 prav tako obrazloži utemeljene razloge oziroma navede vsaj primeroma določene kriterije, iz katerih bo razvidno kaj Agencija smatra kot utemeljen razlog in ustrezna dokazila. Trenutno napisane določbe so preveč nedoločne in se lahko ocenjuje povsem po načelu prostega preudarka Agencije.

### ODGOVOR

Agencija pojasnjuje, da je primer izjemnih razmer navedla že pri odgovoru na vprašanje št. 15 iz 2. sklopa vprašanj. Agencija zaradi jasnosti ta del odgovora ponovno navaja: »Primer nepremostljive ovire: naravovarstvene zahteve v narodnih parkih ali dodatne zahteve zaradi varovanja kulturne dediščine, ki nesorazmerno podražijo gradnjo ali nesorazmerno podaljšajo čas za pridobitev gradbenega dovoljenja, morebitna prepoved postavljanja novih stolpov zaradi naravovarstvenih razlogov ipd.« Navedene okoliščine bo Agencija presojala v upravnih postopkih na pobudo ponudnika, ki bo moral v svoji vlogi priložiti ustrezna dokazila, npr. dokazilo o zavrnitvi zahtevka za dovoljenje za postavitve antenskega stolpa.

Glede dokazil, vezanih na uveljavljanje izjeme iz poglavja A.5.4.3, to je, da določena funkcionalnost ni podprta, Agencija navaja kot primer pisno izjavo dobavitelja opreme, na kateri bi morala biti posamezna funkcionalnost implementirana, da določena funkcionalnost ni dobavljiva. Izjava mora biti od dobavitelja opreme, ki dobavlja navedeno opremo ponudniku, ki želi uveljaviti odlog izpolnjevanja obveznosti. V primeru, da ima ponudnik več dobaviteljev za istovrstno opremo (npr. za bazne postaje),

<sup>2</sup> <https://www.akos-rs.si/javna-posvetovanja-in-razpisi/novica/odgovori-na-mnenja-glede-informativnega-memoranduma-za-dodelitev-radijskih-frekvenc-za-zagotavljanje-javnih-komunikacijskih-storitev-koncnim-uporabnikom-v-radiofrekvencnih-pasovih-700-mhz-1500-mhz-2100-mhz-2300-mhz-3600-mhz-in-26-ghz>

<sup>3</sup> Četrty odstavek 31. člena ZEKom-1



mora priložiti dokazilo za vsakega dobavitelja posebej.

#### 14. VPRAŠANJE

V poglavju A.5.5.2 razpisne dokumentacije je določeno: »Kadar operaterjem ni na voljo noben izvedljiv in podoben alternativen način dostopa do končnih uporabnikov pod poštenimi in primernimi pogoji za lokalno zagotavljanje storitev, bo Agencija imetniku ODRF-ja, ki ima na določenem območju zgrajeno infrastrukturo, v času trajanja ODRF-ja naložila obveznosti v zvezi s souporabo **pasivne infrastrukture ali obveznosti sklenitve lokaliziranih sporazumov o gostovanju**.« ter »V okoliščinah, ko zgolj dostopanje do pasivne infrastrukture in njena souporaba ne zadoščata za rešitev teh razmer, lahko Agencija naloži obveznosti za **souporabo aktivne infrastrukture**.« Vendar pa v razpisni dokumentaciji pogoji glede souporabe pasivne ali aktivne infrastrukture, poslovnih dogovorov o dostopu do gostovanja ter glede skupne postavitve infrastrukture **niso jasno določeni**.

Prvi odstavek člena 47 EECC določa: »*Pristojni organi vežejo individualne pravice uporabe radiofrekvenčnega spektra v skladu s členom 13(1) s pogoji na način, ki zagotovi optimalno ter najuspešnejšo in najučinkovitejšo uporabo radiofrekvenčnega spektra. **Pred dodelitvijo ali obnovitvijo teh pravic jasno določijo vse take pogoje, vključno z zahtevano ravno uporabo in možnostjo, da se ta obveznost izpolni s prodajo ali dajanjem v zakup, da se zagotovi izvajanje teh pogojev v skladu s členom 30. Pogoji, vezani na obnovitev pravice uporabe radiofrekvenčnega spektra, ne smejo prinašati neupravičenih prednosti obstoječim imetnikom teh pravic.***«

Nadalje drugi odstavek istega člena določa: »*Pri vezanju pogojev na individualne pravice uporabe radiofrekvenčnega spektra lahko pristojni organi, zlasti z namenom zagotoviti uspešno in učinkovito uporabo radiofrekvenčnega spektra ali izboljšati pokritost, določijo naslednje možnosti:*

- a) *souporabo pasivne ali aktivne infrastrukture, ki temelji na radiofrekvenčnem spektru, ali radiofrekvenčnega spektra;*
- b) *poslovne dogovore o dostopu do gostovanja;*
- c) *skupno postavitvev infrastrukture za zagotavljanje omrežij ali storitev, ki temeljijo na uporabi radiofrekvenčnega spektra.*

*Pristojni organi v pogojih, vezanih na pravice uporabe radiofrekvenčnega spektra, ne preprečujejo souporabe radiofrekvenčnega spektra. Podjetja pri izvajanju pogojev, naloženih na podlagi tega odstavka, še naprej upoštevajo konkurenčno pravo.*«

Souporaba, poslovni dogovori o gostovanju in skupna postavitvev infrastrukture med imetniki pravic, ki je predvidena v členu 47 EECC zagotavljajo uspešno in učinkovito rabo spektra oziroma skladnost z obveznostmi glede pokritosti skladno z načeli konkurenčnega prava.

Skladno s 47(1) členom EECC bi morali torej vse take pogoje jasno določiti pred dodelitvijo ali obnovitvijo teh pravic in bi morali biti ti znani že pred izdajo odločbe o dodelitvi radijskih frekvenc, že v samem razpisu. Agencijo prosimo za pojasnilo, na kakšen način bo izpolnila zahteve iz 47(1) člena EECC, ki zahtevajo **jasno določitev pogojev pred dodelitvijo pravic**.

#### ODGOVOR





Agencija zastavljenega vprašanja ne razume, še posebej ob upoštevanju dejstva, da se je pri oblikovanju poglavja A.5.5.2 razpisne dokumentacije zgledovala po členu 61(4) EECC. Poleg tega pa je Agencija vse pogoje glede souporabe pasivne in aktivne infrastrukture, souporabe spektra, sklenitvi lokaliziranih sporazumov o gostovanju in skupne postavitve infrastrukture jasno določila v razpisni dokumentaciji. Ker odgovor na predmetno vprašanje ne bi v ničemer pripomogel k boljši pripravi same ponudbe ali k odpravi morebitnih nejasnosti v zvezi s pripravo ponudbe ali izbiro med ponudniki, se Agenciji v zvezi s tem ni treba opredeljevati. Poleg tega pa je bilo predmetno poglavje razpisne dokumentacije tudi predmet postopka javnega posvetovanja, kjer je zainteresirana javnost podala svoje pripombe, Agencija pa je nanje izčrpno in argumentirano odgovorila.

## **15. VPRAŠANJE**

Poglavje B določa pojasnila k razpisni dokumentaciji. Vprašanja in odgovori nanje ne predstavljajo sestavnega dela ponudbe. Zanima nas, ali so odgovori na vprašanja sestavni del razpisne dokumentacije in tako za Agencijo zavezujoči? Le takšni odgovori namreč ponudnikom zagotavljajo pravno varnost.

### **ODGOVOR**

Odgovori na vprašanja so namenjeni odpravi kakršnihkoli nejasnosti v zvezi z razpisno dokumentacijo, izdelavo in oddajo ponudb oz. postopkom javnega razpisa. V svojih odgovorih Agencija ne spreminja ali širi vsebine razpisne dokumentacije, temveč zgolj podaja bolj podrobno obrazložitev že zapisanih določb. V kolikor pa bo na podlagi prejetih vprašanj Agencija ocenila, da je potrebno spremeniti ali dopolniti razpisno dokumentacijo oz. sklep o uvedbi javnega razpisa, pa bo to tudi objavljeno v Uradnem listu Republike Slovenije in na spletni strani Agencije. Taka sprememba ali dopolnitev se bo štela za zavezujočo.

## **16. VPRAŠANJE**

V poglavju C.1 je določeno, da mora biti izvornik ponudbe tiskan na način, da brisanje teksta ni mogoče. Agencijo naprošamo za podrobnejša pojasnila, kako zagotoviti navedeno.

### **ODGOVOR**

Navedeno pomeni, da ponudba ne sme biti izpolnjena z navadnim svinčnikom oz. katerikoli drugim pisalom, katerega zapis je mogoče neopazno izbrisati. Priporočljivo je, da je ponudba izpolnjena elektronsko, v fizični obliki pa so samo podpis, žig in parafe.

## **17. VPRAŠANJE**

V zvezi s prevodom dokumentov s strani sodnega tolmača, kot to določa poglavje C.1.1 bi želeli pojasnilo, na katere dokumente se to nanaša. Ali velja le za ponudbo ki je primarno sestavljena v tujem jeziku in prevedena v celoti v slovenski jezik? Ali se v primeru, ko se v ponudbi navaja oziroma povzema besedilo dokumentov izjem, tj. dokumentov ki so lahko v angleškem jeziku, le te lahko povzame brez prevoda sodnega tolmača?

### **ODGOVOR**

Vsi prevodi morajo biti prevedeni s strani sodnega tolmača. To velja tako za npr. ponudbo, ki je

primarno sestavljena v tujem jeziku, kot tudi za npr. standardne kataloge, referenčne liste, prospekte, spremno gradivo in podobno, ki niso v slovenskem ali angleškem jeziku. Ko se v ponudbi navaja oz. povzema besedilo dokumentov izjem, ki so lahko v angleškem jeziku, se le te lahko povzame brez prevoda sodnega tolmača.

#### **18. VPRAŠANJE**

Prvi odstavek poglavja C.2.4. določa, da mora vsak ponudnik, ki je pravna oseba, ponudbi priložiti podatke o vrednosti in strukturi lastniškega kapitala, vključno s celotno strukturo lastništva ponudnika. Ker pojem »vrednost in struktura lastniškega kapitala« ni enoznačen ter Agencija v razpisni dokumentaciji ni predložila zahtevanega obrazca, prosimo, da pojasnite ali predmetna zahteva razpisne dokumentacije izpolnjena, v kolikor ponudnik, ki ima statusno obliko d.o.o., posreduje naslednje podatke: podatke o družbenikih ponudnika in njegovih poslovnih deležih, ki vključujejo: podatke o firmi, naslovu in matični številki družbenika ter podatke o osnovnem vložku in deležu družbenika. V kolikor so potrebni še kakšni drugi podatki, prosimo da te natančno opredelite.

#### **ODGOVOR**

Podatki, ki bodo priloženi ponudbi, morajo vsebovati vsaj navedbo vseh pravnih in fizičnih oseb, vključno z udeležbo tihih družbenikov, ki so udeležene pri lastništvu ponudnika, njihov poslovni delež, njihove osnovne podatke (naziv oz. ime, naslov, matična številka), ter navedbo povezanih družb s ponudnikom, ki mora ravno tako vsebovati osnovne podatke in podatek o deležu lastništva.

#### **19. VPRAŠANJE**

Tretji odstavek poglavja C.4 določa, da morajo ponudniki najkasneje do 11. 2. 2021 do 12. ure najaviti svoj prihod, tako da bo Agencija ponudniku določila čas predložitve ponudbe ter druge podrobnosti v zvezi s predložitvijo ponudbe. Drugi odstavek istega poglavja je bil z dnem 8. 1. 2021 spremenjen na način, da pri roku predložitve ponudbe dodatno določa obveznost »po predhodni najavi«. Ali poleg prevzema odgovornosti za tveganja, povezana s predložitvijo ponudbe, ponudnik trpi še kakšne druge posledice, v kolikor svojega prihoda ne najavi? Ali se nenajava prihoda šteje kot kršitev pogojev razpisne dokumentacije? Prav tako bi želeli pojasniti kakšne »podrobnosti v zvezi s predložitvijo ponudbe« (poleg točnega časa predložitve ponudbe) ponudnik pridobi s strani Agencije. Menimo namreč, da bi morale biti vse informacije v zvezi z predložitvijo ponudbe znane že v naprej. Ob tem smo mnenja, da je ne glede na posebne okoliščine povezane z epidemijo COVID-19, uspešno predložitev vseh ponudb možno izvesti, v kolikor je ponudnik v vložišču Agencije prisoten vsaj uro (ali dve) pred končnim rokom, v kolikor bo Agencija vsakemu ponudniku za predložitev ponudbe namenila 10-15 minut ter zadrževanje oseb na vložišču po poteku časovnega okna ne bo dovoljeno. Glede na navedeno **predlagamo brisanje pogoja predhodne najave iz razpisne dokumentacije.**

#### **ODGOVOR**

Agencija je navedeni način oddaje ponudbe oziroma posebne pogoje oddaje ponudbe z razpisno dokumentacijo predpisala iz razloga, ker gre za anonimen javni razpis in mora Agencija zagotavljati anonimnost ponudnikov oziroma dražiteljev in ne primarno zaradi posebnih okoliščin, povezanih z epidemijo COVID-19. Nenajava prihoda šteje kot kršitev razpisne dokumentacije, ampak bo ob pravočasni najavi ponudnikov Agencija določila termin, ki bo ponudnikom zagotovil pravočasno oddajo



ponudb. Na ta način bo omogočeno lažje zagotavljanje ločenosti ponudnikov in s tem anonimnost ob oddaji ponudb. Na podlagi navedenega Agencija v tem delu ne namerava spremeniti razpisne dokumentacije.

## 20. VPRAŠANJE

Drugi odstavek poglavja E.2, določa, da se za pravilno ponudbo šteje ponudba, katere dokumenti (obrazci iz poglavja I (Obrazci)) imajo izpolnjena vsa predvidena polja in vsebina ustreza zahtevam zakona in razpisne dokumentacije. Na pravilnost ponudbe ne vplivajo nebistvene tiskarske napake. Se pa šteje za nepravilno vsaka ponudba, ki kakorkoli in v nasprotju z razpisno dokumentacijo spreminja katerekoli pravice in obveznosti ponudnika. Prosimo za pojasnilo, kaj je mišljeno s stavkom *»...ki kakorkoli in v nasprotju z razpisno dokumentacijo spreminja katerekoli pravice in obveznosti ponudnika«*.

## ODGOVOR

Kot to izhaja že uvodnega dela vprašanja, ki povzema drugi odstavek poglavja E.2 razpisne dokumentacije, se za pravilno ponudbo šteje ponudba, katere dokumenti (obrazci iz poglavja I (Obrazci)) imajo izpolnjena vsa predvidena polja in vsebina ustreza zahtevam zakona in razpisne dokumentacije. Nepravilna bi tako bila ponudba, ki bi vsebovala obrazce, ki bi bili glede na obrazce iz poglavja I razpisne dokumentacije oziroma objavljene obrazce spremenjeni (npr. da bi jih ponudnik sam spremenil).

## 21. VPRAŠANJE

Drugi odstavek poglavja F.1 razpisne dokumentacije se glasi: *»Skladno s citiranima sklepoma Vlade Republike Slovenije morajo ponudniki, ki jim bo Agencija z ODRF-jem dodelila v uporabo radijske frekvence, ki so predmet tega javnega razpisa, končni znesek plačila za učinkovito rabo omejene naravne dobrine poravnati v enkratnem znesku. Uspešni dražitelji bodo morebitna dodatna plačila za pokritje razlike med zneskom plačila za učinkovito rabo omejene naravne dobrine in nakazanimi depoziti, ki so jih morali zagotavljati med dražbo, morali poravnati v roku 15 dni od vročitve pisnega sklepa iz šestega odstavka 45. člena ZEKom-1.«*

Direktiva EECC v 42(2) členu določa: *»Države članice si v zvezi s pravicami uporabe radiofrekvenčnega spektra prizadevajo zagotoviti, da je višina veljavnih pristojbin takšna, da zagotavlja učinkovito dodeljevanje in uporabo radiofrekvenčnega spektra, tako da med drugim:*

- (a) določijo pridržane cene kot minimalne pristojbine za pravice uporabe radiofrekvenčnega spektra z upoštevanjem vrednosti teh pravic pri možni uporabi za druge namene;*
- (b) upoštevajo stroške, ki so posledica pogojev, vezanih na te pravice, in*
- (c) v največji možni meri uporabijo načine plačila, povezane z dejansko razpoložljivostjo radiofrekvenčnega spektra za uporabo.«*

Glede na to, da se predmetne frekvence podeljujejo za obdobje 15 let ter da bo postopek izdaje odločbe Agencije izpeljan v času, ko bi morala biti Direktiva EECC že implementirana ter je tako neposredno učinkovita, **predlagamo, da določila razpisne dokumentacije o uporabi načina plačila, povezanega z dejansko razpoložljivostjo radiofrekvenčnega spektra za uporabo spremeni na način,**



**da bodo ta skladna z določbami Direktive EECC**, in sicer v obrokih, ki bodo razporejeni na celoten čas uporabe radiofrekvenčnega spektra. Prav tako predlagamo, da se navedeni način plačila uporabi tudi v primeru podaljšanja veljavnosti pravic uporabe radiofrekvenčnega spektra.

## **ODGOVOR**

Kot je Agencija pojasnila že v svojih odgovorih v postopku javnega posvetovanja, bo spekter v pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 3600 MHz in 26 GHz na voljo takoj, medtem ko bosta pasova 2100 MHz (od 21. 9. 2021, razen blok BD07) in 2300 MHz (od 1. 1. 2022) na voljo že v nekaj mesecih po zaključku predvidene dražbe. Agencija je enkratno plačilo upoštevala tudi pri pripravi predloga izklicnih cen, saj bi sicer pri dinamiki plačil bilo potrebno upoštevati časovno vrednost denarja. Slednje pomeni, da je dražitelj z vidika finančne obremenitve v istem položaju, ali gre za plačilo enkratnega zneska ali pa vsoto obročnih plačil. V primeru, da bi se lahko končna cena plačala v več obrokih v določenem obdobju po dražbi (običajno več let), bi imel tak spekter večjo vrednost za uspešne dražitelje (zaradi časovne vrednosti denarja), in bi tako Agencija morala določiti višje izklicne cene. Agencija je zato v skladu s pristopom uporabljenim v preteklosti zagotavljanje regulatorne predvidljivost predlagala enkratno plačilo zneska za učinkovito rabo omejene naravne dobrine, saj to zmanjšuje tveganje neplačila uspešnih dražiteljev. Agencija je tako glede predlaganega načina plačila sledila ciljem EECC.

## **22. VPRAŠANJE**

Poglavje F.2.4 določa, da ima vsak dražitelj možnost udeležbe na delavnici o osnovah dražbenega sistema in sodelovanja v zasebni poskusni dražbi. Želeli bi več informacij v zvezi z datumom oziroma vsebino take delavnice. Bo možno vnaprej poskusiti dražbeni sistem, ki ga bo zagotovila Agencija? Koliko vnaprej dobijo dražitelji »kratka navodila za uporabo«? Prav tako nas zanima ali bo zaradi varstva zaupnosti informacij ta organiziran za vsakega dražitelja posebej.

## **ODGOVOR**

Dražbeni sistem bo mogoče poskusiti vnaprej, in sicer v času od izdaje sklepov o izbiri dražiteljev do začetka javne dražbe. Navodila za uporabo dražbenega sistema bo vsak posamezen dražitelj prejel skupaj s sklepom o izbiri dražiteljev. Poskusne dražbe in delavnice bodo zaradi anonimnosti javnega razpisa organizirane za vsakega dražitelja posebej. Vsak dražitelj bo po izdaji sklepa o izbiri dražiteljev dobil tako termin za delavnico kot tudi za poskusno dražbo.

## **23. VPRAŠANJE**

Kakšne tehnične zahteve izpolnjuje oziroma kakšne so možnosti izvajanja kontrole tehničnih zahtev dražbenega sistema glede izvajanja naključnega žreba, kot to določa točka 118. poglavja F.2.7.2?

## **ODGOVOR**

Agencija v zvezi s predmetnim vprašanjem pojasnjuje, da je potreben nedvoumen mehanizem, ki ga je mogoče preveriti, da se razreši problem izenačenih ponudb v dodelitveni fazi. Za potrebe sledenja posameznih kombinacij dodelitve, dražbeni sistem vsaki kombinaciji določi psevdonaključno število (»Tie Breaker«) enakomerno porazdeljeno med 0 in 1. V primeru neodločenega izida dražbeni sistem izbere kombinacijo z najnižjo psevdonaključno številko. Agencija pa je za izvedbo neodvisnega testiranja in preverjanja elektronskega dražbenega sistema glede na pravila dražbe angažirala

strokovnjake, ki bodo med drugim preverili tudi navedeno pravilo.

#### **24. VPRAŠANJE**

Na podlagi kakšnih kriterijev Agencija določa rok za povišanje depozita, saj je ta v točki F.2.8 določen v razponu od 6 do 24 ur od prejema zahteve. Ali Agencija pri postavitvi roka upošteva čas podane zahteve, tj. pozno uro v delovnem dnevu ipd. Na kakšen način bo Agencija obvestila dražitelja? Ali je zagotovljeno, da bo v primerih več zahtev povišanja depozita ta rok določen za vse dražitelje v isti višini?

#### **ODGOVOR**

V skladu s 127. členom Zakona o plačilnih storitvah, storitvah izdajanja elektronskega denarja in plačilnih sistemih (Uradni list RS, št. 7/18, 9/18 – popr. in 102/20) je časovni okvir 6 do 24 ur ustrezen in ga bo Agencija upoštevala glede na časovno razporeditev konkretnega kroga dražbe, v katerem bo povišanje depozita zahtevano. V zvezi s tem Agencija še pojasnjuje, da pravilo dražbe v točki 127 predstavlja skrajni ukrep, primarno pa naj bi dražitelji sami – skladno s pravilom 125 – skrbeli za povečevanje svojega depozita. V citirani točki je določeno, da lahko dražitelji povečajo svoj depozit tudi kadar koli med dražbo – in predvsem pred zahtevo po povečanju depozita – pri čemer morajo Agencijo obvestiti o povečanju zneska depozita in predložiti ustrezno dokazilo o plačilu. Na podlagi navedenega pravila lahko dražitelj poveča depozit kadarkoli med dražbo in se na ta način izognejo zahtevi Agencije po dvigu depozita z vključenim časovnim okvirjem. Dražitelj bo glede roka za povišanje depozita obveščen preko dražbenega sistema. Rok tako ne bo odvisen od dražitelja, temveč bo odvisen od – kot že navedeno – časovne razporeditve konkretnega kroga dražbe, v katerem bo taka zahteva poslana. Agencija bo tako postavila drugačen rok, če bo postavila zahtevo v prvem ali v zadnjem krogu dneva.

#### **25. VPRAŠANJE**

Ponudnik mora ponudbi k obrazcu I.5 - Izjava o plačilu zneska za resnost ponudbe priložiti potrdilo o plačilu zneska za resnost ponudbe. Prosimo za pojasnilo, ali se kot veljavno potrdilo šteje potrdilo o plačilu, ki je izpisano iz spletne banke. V kolikor navedeno potrdilo ne zadostuje, prosimo za konkretizacijo veljavnega potrdila.

#### **ODGOVOR**

V zvezi s predmetni vprašanjem Agencija pojasnjuje, da se kot veljavno potrdilo o plačilu zneska za resnost ponudbe šteje potrdilo o plačilu, kot je izpisano iz spletne banke.

#### **26. VPRAŠANJE**

Ali so lahko v obrazcu I.4 Imenovanje pooblaščenih oseb ponudnika imenovane pooblaščene osebe, ki niso v delovnem razmerju pri ponudniku?

#### **ODGOVOR**

Agencija pojasnjuje, da so v obrazcu I.4 lahko imenovane pooblaščene osebe, ki niso v delovnem razmerju pri ponudniku.

## **27. VPRAŠANJE OZIROMA ZAHTEVA ZA POJASNILA**

S pričujočim dopisom vam posredujemo več zahtev za pojasnila, in sicer zlasti iz razloga, ker so zahtevana pojasnila pomembna z vidika presoje (ne)zakonitosti predmetnega javnega razpisa in odločitev izdanih na njegovi podlagi.

Agencija namreč v predmetni javni razpis z javno dražbo v njegovi trenutno zastavljeni koncepciji še ni vključila oziroma ni oblikovala pravil, s pomočjo katerih bi se na trgu maloprodajnih mobilnih storitev ohranila učinkovita konkurenca, oziroma bi se preprečilo, da ne pride ravno v posledici izvedbe javnega razpisa do nedopustnega preprečevanja, omejevanja oziroma izkrivljanja konkurence. Ob enem pa si je Agencija v okviru sklepa o uvedbi javnega razpisa vendarle pridržala tudi pravico do spremembe ali dopolnitve sklepa o uvedbi javnega razpisa in razpisne dokumentacije, iz česar izhaja, da lahko Agencija identificirane pomanjkljivosti javnega razpisa še vedno odpravi in zagotovi sprejem odločitev skladnih tako s slovensko konkurenčnopravno zakonodajo kot tudi s konkurenčnopravno zakonodajo EU. V luči navedenih nejasnosti glede končne koncepcije in s tem (ne)zakonitosti javnega razpisa se tako s predmetnim dopisom Agencijo zaproša za ustrezna pojasnila, ki se nanašajo na dva vsebinska sklopa: spektralne kape in plačilne pogoje.

Ob tem poudarjamo, da bi morala agencija pri pripravi javnega razpisa upoštevati določbe Direktive EU 2018/1972 Evropskega Parlamenta in Sveta, z dne 11. decembra 2018, o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah (v nadaljevanju Direktiva EECC), kljub temu, da direktiva zaradi nesprejema Zakona o elektronskih komunikacijah- ZEKom-2 še ni bila prenesena v pravni red RS. Rok za implementacijo Direktive EECC je namreč že potekel, zato imajo nacionalni organi v skladu z načelom primarnosti prava EU dolžnost posameznikom priznati pravice in ugodnosti, ki jim jih daje pravo EU, ter zavrniti uporabo vseh določb nacionalnih predpisov, ki so v nasprotju z določbami direktive, na katere se posameznik lahko sklicuje. Agencija pa bi morala tudi že pred potekom roka za implementacijo opustiti vse ukrepe, ki bi lahko resno ogrozili cilj, ki ga določa direktiva.

Ugotavljamo, da agencija pri pripravi javnega razpisa ni upoštevala določb Direktive EECC, kar neugodno vpliva na pravni položaj nekaterih ponudnikov. Agencija pa niti ni upoštevala določb trenutno veljavnega Zakona o elektronskih komunikacijah – ZEKom-1, kljub temu, da ga navaja kot zakonsko podlago za razpis.

### Spektralne kape

Tekom postopka je bila z namenom varstva učinkovite konkurence ter preprečitve negativnega učinka na stopnjo učinkovitosti konkurence Agenciji predlagana vključitev določenih pravil, in sicer, da se:

- zniža spektralne kape v frekvenčnih pasovih pod 1 GHz tako, da znašajo največ 2 x 30 MHz,
- zniža spektralne kape v pasu 3600 MHz na največ 120 MHz,
- določi kumulativno spektralno kapo v pasovih 2300 MHz, 2600 MHz in 3600 MHz na 220 MHz, zniža skupna spektralna kapa za vse frekvenčne pasove.

V tej zvezi je že na tem mestu ključno še enkrat izpostaviti, da spektralne kape, v tovrstnih postopkih



kot je obravnavani, predstavljajo eno izmed tipičnih orodij za zagotavljanje varstva učinkovite konkurence<sup>4</sup>, kot to nenazadnje izhaja tudi iz stališč Agencije (Odgovori na mnenja glede Informativnega memoranduma za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz, številka: 38144-3/2020/18, z dne 29. 10. 2020, v nadaljevanju: Odgovori Agencije).

Zahteva za pojasnilo št. 1: »Na katerih strokovnih analizah in podlagah je Agencija oblikovala skupno spektralno kapo v frekvenčnih pasovih pod 1 GHz?«

Zahteva za pojasnilo št. 2: »Na kakšen način Agencija v okviru predmetnega javnega razpisa z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom oziroma zagotavlja varstvo učinkovite konkurence oziroma onemogoča preprečevanje, omejevanje oziroma izkrivljanje konkurence na trgu maloprodajnih mobilnih storitev, glede na to da je skupna spektralna kapa v frekvenčnih pasovih pod 1 GHz postavljena s strani Agencije na 2 x 35 MHz, pri čemer pa ni predviden rezerviran spekter v frekvenčnem pasu 700 MHz?«

Upoštevajoč nesporno dejstvo, da so na trgu mobilnih komunikacij trenutno prisotni in konkurirajo štirje operaterji (Povzetek analize trga mobilnih komunikacij 2014-2019, št.: 38105-50/2020/2, z dne 3. 8. 2020, v nadaljevanju: Povzetek analize trga), bi morala biti spektralna kapa v frekvenčnih pasovih pod 1 GHz z namenom varstva učinkovite konkurence oblikovana na način, da bi (vsaj) štirim operaterjem (obstoječim ali novim) omogočala pridobitev ustreznega spektra, s čimer bi se vsaj štirim operaterjem (obstoječim ali novim) omogočilo njihovo konkuriranje na trgu. V tej zvezi velja izpostaviti, da je že sama Agencija v okviru analize trga poudarila, da podeljevanje spektra v manjšem bloku operaterju ne omogoča ustrezne varnosti in zanesljivosti predvidevanj, kar lahko negativno vpliva na investicije in razvoj novih poslovnih modelov ter s tem vodi v počasnejši razvoj storitev, slabši položaj uporabnikov in slabši položaj celotne panoge (Povzetek analize trga, str. 12). Še več, Agencija je v svojih odgovorih na mnenja zainteresirane javnosti (sicer vezano zgolj na zaščito interesov največjih dveh operaterjev na slovenskem trgu) sama poudarila, da je za zmožnost operaterjevega zagotavljanja 5G storitev ključno, da ima operater na voljo ustrezen spekter v pasovih pod 1 GHz (Odgovori Agencije, str. 20 in 21).

Povedano povsem preprosto, na trgu mobilnih komunikacij lahko dolgoročno delujejo ter razvijajo svoje storitve in ponudbo (vključno s 5G storitvami) zgolj tisti operaterji, ki razpolagajo z zadostnim blokom spektra v pasovih pod 1 GHz.<sup>5</sup>

Danes oba največja operaterja posedujeta 77% spektra pod 1 GHz, tretji največji pa 23 % spektra pod

---

<sup>4</sup> Primerjajte ERG-RSPG Report on radio spectrum competition issues - ERG-RSPG report on the management of radio spectrum in order to avoid anticompetitive hoarding, junij 2009, str. 19 in Peter Cramton: The Critical Importance of Pro-competition Measures in the Canadian 3500 MHz Auction, August 2019.

<sup>5</sup> Pri tem navedena ugotovitev seveda velja za vsakega operaterja na trgu in ne le za največja dva operaterja, ki ju je v svojih odgovorih izpostavila Agencija (Odgovori Agencije, str. 21). Primerjajte tudi RSPG Opinion on 5G implementation challenges (RSPG 3rd opinion on 5G), 30, januar 2019, odst. 1.





1 GHz. Na podlagi spektralnih kap, kot so te trenutno neustrezno zastavljene v javnem razpisu, je edino logično in utemeljeno pričakovati, da bosta zaradi neustrezno zastavljenih dražbenih pravil po izvedbi dražbe oba največja operaterja posedovala 73,7 % tega spektra (t.j. da bo vsak pridobil 70 MHz spektra, skupaj 140 MHz od celotnega spektra 190 MHz v frekvenčnih pasovih pod 1 GHz), s čimer se bo njun položaj na trgu še okrepil, saj si bodo vsi ostali operaterji ( [REDACTED] ) morali razdeliti preostalih 26,3 %.

Skratka, trenutna določitev skupne spektralne kape v frekvenčnih pasovih pod 1 GHz bi imela za nujno posledico poslabšanje stanja učinkovite konkurence na trgu mobilnih komunikacij in bi bilo mogoče ob njeni ohranitvi sklep o uvedbi javnega razpisa oziroma na njem temelječ akt Agencije tolmačiti zgolj kot oblastni akt, ki služi omejevanju prostega nastopanja podjetij na trgu, in s tem akt, ki je prepovedan skladno z določili Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (v nadaljevanju: ZPOMK-1).

V tem oziru se tako prvenstveno zastavlja vprašanje, na katerih strokovnih analizah in podlagah je Agencija oblikovala skupno spektralno kapo v frekvenčnih pasovih pod 1 GHz?

Postavljeno vprašanje je še toliko bolj relevantno v luči primerjalne analize podobnih javnih dražb. V nobeni od primerljivih držav, za katere imamo podatke, nacionalni regulator v okviru razpisa in dražbe skupne spektralne kape za frekvenčne pasove pod 1 GHz ni določil v višini, ki bi preseгла 2 x 30 MHz (Italija, Francija), medtem ko je bila v nekaterih državah meja določena še precej nižje (Švica). Previsoke spektralne kape namreč operaterjem, ki pridobijo takšne velike bloke spektra, omogočajo kopičenje spektra v škodo konkurentov oziroma učinkovite konkurence kot take. V primeru spektralnih kap, ki jih je Agencija sedaj predvidela v javnem razpisu, je tako pričakovati, da bo vsaj četrtemu najmanjšemu operaterju (ali morda celo tako tretjemu kot četrtemu operaterju po velikostnem redu) odvzeta možnost ponudbe 5G storitev v frekvenčnem pasu pod 1 GHz, ter s tem (zaradi pomena 5G storitev za razvoj ponudbe) posledično zaradi oblastnih dejanj Agencije odvzeta možnost dolgoročnega konkuriranja na trgu mobilnih komunikacij.

Pri tem pa negativnih posledic dodelitve spektra v primeru sledenje trenutno predvidenemu javnemu razpisu, torej posledic odraženih v zmanjšanju stopnje konkurence na trgu (t.j. zmanjšanju števila konkurentov na trgu), nikakor ni mogoče tehtati oziroma opravičevati s potrebami dveh trenutno največjih operaterjev na trgu (Odgovori Agencije, str. 21). To velja še toliko bolj v luči dejstva, da Agencija v okviru utemeljevanja nujnosti varstva interesov dveh največjih operaterjev spregleda, da je sicer spekter 700 MHz res pionirski spekter za vzpostavitev 5G storitev, vendar pa sta 5G storitvam namenjena tudi frekvenčna pasova 800 MHz in 900 MHz, kar pomeni, da bi tudi tedaj, ko bi dva trenutno največja operaterja ne pridobila dovolj spektra v pasu 700 MHz, slednjima nikakor ne bi bila avtomatično odvzeta možnost ponudbe 5G storitev v frekvenčnem pasu pod 1 GHz.

Glede na obveznosti Agencije glede spodbujanja konkurence, kot so ji naložene z 52. členom Direktive EECC kot tudi ZEKom-1 (zlasti določili drugega odstavka 38. člena in 195. člena zakona; v), pa se hkrati zastavlja tudi vprašanje, na kakšen način Agencija v okviru predmetnega javnega razpisa z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom oziroma zagotavlja varstvo učinkovite konkurence oziroma onemogoča preprečevanje, omejevanje

oziroma izkrivljanje konkurence na trgu maloprodajnih mobilnih storitev, glede na to da je skupna spektralna kapa v frekvenčnih pasovih pod 1 GHz postavljena s strani Agencije na 2 x 35 MHz, pri čemer pa ni predviden rezerviran spekter v frekvenčnem pasu 700 MHz?

Namreč, negativni učinek previsoko postavljenih spektralnih kap za frekvenčne pasove pod 1 GHz je s trenutno koncipiranim javnim razpisom še dodatno ojačan s tem, da v tem javnem razpisu ni predviden rezerviran spekter<sup>6</sup>, torej ni vključeno pravilo, da se v frekvenčnem pasu 700 MHz omogoči rezerviran spekter v velikosti 2 x 10 MHz za novega vstopnika ali prijavitelja, ki ima na trgu manj kot 10% tržni delež. Na podlagi obveznosti spodbujanja konkurence bi morala Agencija javni razpis oblikovati na način, da bi dovolj velikemu številu mobilnih operaterjev zagotovila dostop do frekvenčnega spektra pod 1 GHz ne glede na časovno obdobje in ne glede na spektralni pas 700 MHz, 800 MHz ali 900 MHz.<sup>7</sup> Primere iz zadnjega obdobja glede definiranja rezerviranega spektra v spektralnem pasu pod 1 GHz v razpisih za podelitve frekvenčnega spektra je najti na primerih Češke republike<sup>8</sup> in Portugalske<sup>6</sup>, podobno postopanje pa se pričakuje tudi v Belgiji. V vseh teh državah je bilo ugotovljeno, da trije operaterji ne zagotavljajo zadostne konkurence na maloprodajnem trgu in da torej obstoji jasno potreba po zagotovitvi možnosti za delovanje štirih operaterjev.

Zahteva za pojasnilo št. 3: »S katerimi elementi in zahtevami javnega razpisa se preprečuje kopičenje radijskih frekvenc z namenom omejevanja konkurence na trgu (52 (2) člen Direktive EECC in 56. člen ZEKom-1) in na katerih strokovnih analizah in podlagah temeljijo stališča Agencije glede tega, da javni razpis ne bo vodil v nedopustno kopičenje radijskih frekvenc z namenom omejevanja konkurence na trgu ((52 (2) člen direktive EECC in 56. člen ZEKom-1)?«

Zahteva za pojasnilo št. 4: »Na katerih strokovnih analizah in podlagah je Agencija oblikovala spektralno kapo v frekvenčnih pasovih od 2300 MHz do 3600 MHz?«

Zahteva za pojasnilo št. 5: »V katerem delu javnega razpisa se upoštevajoč 52 (2) člen Direktive EECC oziroma 56. člen ZEKom-1 odraža oziroma upošteva dejstvo, da največja operaterja, [REDACTED] [REDACTED] ne uporabljata dela dodeljenega jima spektra v 2600 MHz pasu?«

Agencija se je odločila za večfrekvenčno dražbo in sicer tudi sorodnih frekvenčnih pasov 2300 MHz in 3600 MHz. V istem frekvenčnem območju je tudi frekvenčni pas 2600 MHz, v katerem imata že sedaj prevladujoča operaterja pomembno prednost, saj posedujeta vsak polovico 2600 MHz pasu in sicer 2 x 35 MHz FDD in 25 MHz TDD, kar jima ponuja velike možnosti kombiniranja pasov ([REDACTED] [REDACTED] Odgovori Agencije, str. 24). Pri tem ne gre zanemariti dejstva, da sta največja operaterja na trgu ta spekter pridobila na predhodni dražbi po izredno ugodni

<sup>6</sup> Primerjajte Peter Cramton: The Critical Importance of Pro-competition Measures in the Canadian 3500 MHz Auction, August 2019.

<sup>7</sup> Primerjajte Peter Cramton: The Critical Importance of Pro-competition Measures in the Canadian 3500 MHz Auction, August 2019.

<sup>8</sup> <https://www.ctu.eu/notice-preparation-tender-right-use-radio-frequencies-700mhz-band-and-related-steps>

<sup>6</sup> <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1573881>

ceni, in pa ključnega dejstva, da dela tega spektra ne uporabljata.

O pravilnosti naziranja, da je spekter 2600 MHz FDD primerljiv s spektrom 2300 MHz in 3600 MHz, priča tudi dejstvo, da je operater [REDACTED] v tem spektru uvedel prvo 5G komercialno omrežje v Sloveniji. Sam način prenosa (TDD oz. FDD) nima vpliva na uporabnost frekvenčnega spektra, saj sta uporabljena tehnologija (5G) in druge funkcionalnosti mobilnega prenosa podatkov enake. Ne glede na razmeroma majhno količino spektra 2600 MHz TDD, ki ga imata največja slovenska operaterja, jima je ta spekter na razpolago za uporabo. V okviru dolžnosti zakonsko naložene ji obveznosti spodbujanja konkurence je Agencija dolžna upoštevati možnost agregacije različnih spektrov pri zagotavljanju prenosnih kapacitet končnim uporabnikom. Zanemarjanje te možnosti namreč vodi v zmotni spregled oziroma neupoštevanje konkurenčne prednosti, ki je s spektrom 2600 MHz FDD in TDD zagotovljena obema največjima mobilnima operaterjema.

Upoštevajoč navedeno, zlasti podobnost karakteristik spektra med 2300 MHz in 3800 MHz ter pomen določil 52(2) člen Direktive EECC oziroma 56. člena ZEKom-1, bi bilo zaradi spoštovanja obveznosti spodbujanja konkurence (52. člen Direktive EECC oziroma 195. člena ZEKom-1) tudi spekter v frekvenčnem pasu 2600 MHz potrebno vključiti v enotno spektralno kapo skupaj s frekvenčnima pasovoma 2300 MHz in 3600 MHz. Nasprotno postopanje Agencije bi imelo namreč za posledico kršitev obveznosti spodbujanja konkurence oziroma bi zaradi neupravičenega kopičenja spektra vodilo v kršitev določb konkurenčnega prava.

Velja dodati, da bi z vidika cilja spoštovanja obveznosti spodbujanja konkurence lahko alternativo vključitvi frekvenčnega pasu 2600 MHz v enotno spektralno kapo skupaj s frekvenčnima pasovoma 2300 MHz in 3600 MHz predstavljali tudi sledeči možnosti:

- znižanje spektralne kape v frekvenčnem pasu 3600 MHz zgolj za dva največja/prevladujoča operaterja in sicer na 100 MHz – ker oba največja/prevladujoča operaterja posedujeta veliko količino spektra v frekvenčnem pasu 2600 MHz, bi znižanje njune spektralne kape v frekvenčnem pasu 3600 MHz služilo zagotavljanju varstva učinkovite konkurence (takšno pravilo sta za ta frekvenčni pas uvedla na primer tudi nacionalna regulatorja v Avstriji in na Češkem), ali
- znižanje spektralne kape v frekvenčnem pasu 3600 MHz iz 160 MHz na 120 MHz - spektralna kapa v frekvenčnem pasu 3600 MHz bi morala omogočati pridobitev ustreznega spektra vsaj štirim operaterjem in s tem zagotavljanje kapacitet v mestnih in primestnih področjih. Namreč, operater brez zadosti velikih zveznih spektralnih blokov v frekvenčnem pasu 3600 MHz ne more ustrezno konkurirati pri ponudbi mobilnih storitev, pri čemer so ustrezno veliki bloki pomembni tudi za ponudbo fiksnega brezžičnega dostopa (ustrezno veliki bloki so večji od 80 MHz, tipično se v državah članicah evropske skupnosti podeljujejo bloki v velikosti od 70 MHz do 100 MHz). Agencija pa je spektralno kapo za frekvenčni pas določila v velikosti 160 MHz, ki predstavlja dvakratno velikost ustrezno velikega bloka, pri čemer je po nam razpoložljivih podatkih to najvišje postavljena spektralna kapa za ta frekvenčni pas (tj. 3600 MHz) med vsemi članicami EU. Tipična spektralna kapa za ta pas znaša 120 MHz (Španija, Švedska, Švica) oziroma je ponekod celo nižja (100 MHz v Franciji in na Madžarskem). Določitev spektralne kape v višini 160 MHz je ob dejstvu obstoja štirih operaterjev na trgu odločno previsoka in služi zgolj izrivanju manjših dveh operaterjev s trga, in s tem k zmanjšanju stopnje konkurence preko zmanjšanja števila konkurentov na trgu. V ponazoritev, blok 160 MHz predstavlja 42,1 % celotnega



spektra, ki je predviden za podelitev v okviru javnega razpisa, kar pomeni, da bi dva največja/prevladujoča operaterja s pridobitvijo frekvenčnega spektra v višini spektralne kape pridobila kar 84,2 % vsega spektra v tem frekvenčnem pasu. Povedano drugače, s kopičenjem spektra v frekvenčnem pasu 3600 MHz bi si oba največja operaterja za daljše časovno obdobje (15 let) zagotovila prevladujoč položaj na trgu in duopol, saj preostanek spektra v tem frekvenčnem pasu (t.j. 15,8 %) ne bi omogočal dolgoročnega konkuriranja oziroma obstoja tretjega in četrtega operaterja na trgu (t.j. celoten preostali spekter v bloku 60 MHz spektra je namreč manjši od velikosti ustrezno velikega bloka - 80 MHz).

Zahteva za pojasnilo št. 6: *»Na katerih strokovnih analizah in podlagah je Agencija oblikovala skupno spektralno kapo?«*

Zahteva za pojasnilo št. 7: *»Na katerih strokovnih analizah in podlagah temeljijo stališča Agencije glede tega, da javni razpis ob predvideni skupni spektralni kapi ne bo vodil v nedopustno kopičenje radijskih frekvenc z namenom omejevanja konkurence na trgu (52. člen Direktive EECC oziroma 56. člen ZEKom-1) ter kateri elementi javnega razpisa zagotavljajo, da v posledici izvedbe javne dražbe in dodelitve spektra ne bo prišlo do zmanjšanja števila konkurentov in učinkovitosti konkurence na trgu mobilnih komunikacij?«*

Agencija je skupno spektralno kapo trenutno predvidela v velikosti 425 MHz. Takšna skupna spektralna kapa, torej 425 MHz skupaj v frekvenčnih pasovih 700 MHz FDD, 2100 MHz FDD, 2300 MHz TDD in 3600 MHz TDD, pa je vključno z že obstoječimi pravicami do uporabe v frekvenčnih pasovih 800 MHz FDD, 900 MHz FDD, 1800 MHz FDD in 2600 MHz FDD in TDD, absolutno previsoka in bi imela njena uporaba za posledico omejitev konkurence na trgu. Povedano drugače, ob predpostavki racionalnega obnašanja dveh največjih operaterjev na trgu in logične želje vsakega podjetja po maksimizaciji dobička je logično pričakovati, da bo izvedba javne dražbe (v primeru odsotnosti ustrezne spremembe trenutno predvidenih dražbenih pravil) služila le krepitvi tržnega položaja in tržne moči dveh največjih operaterjev na trgu [redacted] ter izključitvi četrtega, verjetno pa tudi tretjega, operaterja s trga in s tem vzpostavitvi duopola.

Natančneje, skupni frekvenčni spekter (brez upoštevanja SDL frekvenčnih pasov in frekvenčnega pasu 26 GHz) je 1100 MHz, kar pomeni, da kvota 425 MHz predstavlja 38,6 % vsega spektra. Ne glede na dejstvo, da imata največja operaterja trenutno izredno veliko spektra, drugim operaterjem pa spektra primanjkuje (s čimer je okrnjena zmožnost učinkovitejšega konkuriranja), bi v primeru uporabe trenutno objavljenih dražbenih pogojev največja operaterja predvidoma prevzela 77,3 % vsega spektra, medtem ko bi za tretjega in četrtega operaterja na trgu preostalo skupaj le 22,7 % celotnega spektra, kar pa ne zadošča za njuno učinkovito konkuriranje na trgu.

Menimo, da bi bilo v luči spoštovanja obveznosti spodbujanja konkurence (52. člen Direktive EECC oziroma 195. člen ZEKom-1) mogoče skupno spektralno kapo določiti največ v višini 33% celotnega spektra, torej v višini 360 MHz. V nasprotnem primeru bi bila z izvedbo javne dražbe kršena tako določila Direktive EECC (52. člen) oziroma ZEKom-1 (zlasti določila 56. in 195. člena ZEKom-1) kot tudi določila ZPOMK-1 (zlasti določila 64., 65. in 66. člena).



Zahteva za pojasnilo št. 8: »Prosimo, da se v pojasnilo natančneje obrazloži presoja in predložijo poglobljena analiza in stališča svetovalcev, stališča strokovnjakov za podeljevanje spektra v drugih državah EU v okviru skupine za izmenjavo dobrih praks pri RSPG ter stališča relevantnih institucij v Sloveniji, na podlagi katerih je Agencija (kot izhaja iz Odgovorov Agencije, str. 26) naknadno odpravila lot s cenovno omejitvijo v frekvenčnem pasu 2100 MHz, ki je bil prvotno predviden?«

Namreč, Agencija je v osnutku informativnega memoranduma za dražitelje, ki imajo na dan oddaje ponudbe zgolj spekter, za katerega ODRF potečejo septembra 2021, rezervirala 2x10 MHz spektra v frekvenčnem pasu 2100 MHz ter pri tem za te dražitelje ceno za količino do 2 lotov omejila na 170% izklicne cene.

V okviru Odgovorov Agencije pa se je nato, zgolj s pavšalnim sklicevanjem na »dejstvo, da argumenti v prid uvedbi predmetnega pravila po mnenju Agencije ne vzdržijo« ter neobrazloženim sklicevanjem na »vnovično poglobljeno analizo« in na stališča neimenovanih svetovalcev, strokovnjakov za podeljevanje spektra ter relevantnih institucij v Sloveniji, Agencija preprosto odločila, da bo predvideno pravilo o lotu s cenovno omejitvijo v frekvenčnem pasu 2100 MHz črtala iz pravil javne dražbe ne glede na njeno obveznost oblikovanja razpisnih pogojev, zahtev in kvalifikacij ter meril v luči cilja spodbujanja konkurence (drugi odstavek 38. člena in 195. člena ZEKom-1).

Še več, Agencija je ne le brez obrazložitve in brez identifikacije ustreznih strokovnih podlag iz pravil javne dražbe črtala pomembno pravilo, ki je služilo varovanju učinkovite konkurence na trgu<sup>9</sup>, temveč se ob enem v ničemer ni opredelila niti do predlogov alternativnih rešitev, npr. do predloga operaterja [redacted], ki je v zvezi s pravilom o lotu s cenovno omejitvijo v frekvenčnem pasu 2100 MHz potrdil nevarnost izrinjanja manjših operaterjev iz ključnega radiofrekvenčnega pasu ter v tej zvezi predlagal, da se rezervacija za 2 x 10 MHz ponudi vsem štirim trenutnim operaterjem (Odgovori Agencije, str. 25-26).

Glede na to, da je pridobitev kritične mase spektra v frekvenčnem pasu 2100 MHz, ključna za nadaljnje delovanje omrežja ([redacted] Odgovori Agencije, str. 25-26) in s tem za obstanek operaterjev na trgu, ter glede na to, da bi bilo vse pomisleke in pripombe operaterjev ([redacted]<sup>10</sup> [redacted]<sup>11</sup> [redacted]<sup>12</sup> [redacted]<sup>13</sup>) o morebitnih državnih pomočeh posameznim podjetjem, o selektivnem preferiranju posameznih podjetij in o nevarnosti izrinjanja posameznih podjetij zelo preprosto nasloviti že s sprejemom rešitve predlagane s strani operaterja [redacted] (s čimer bi se zagotovila tudi skladnost dražbenega pravila z določili Direktive EECC, ZEKom-1 in ZPOMK-1), je vsekakor povsem na

<sup>9</sup> Primerjajte Peter Cramton: The Critical Importance of Pro-competition Measures in the Canadian 3500 MHz Auction, August 2019.

<sup>10</sup> Odgovori Agencije, str. 25.

<sup>11</sup> Odgovori Agencije, str. 24-25.

<sup>12</sup> Odgovori Agencije, str. 25-26.

<sup>13</sup> Odgovori Agencije, str. 25.



mestu zahteva za pojasnilo in obrazložitev glede vsebine analize in stališč, s katerimi naj bi se utemeljevala izbrana rešitev (t.j. izbris pravila o lotu s cenovno omejitvijo v frekvenčnem pasu 2100 MHz<sup>14</sup>), s katero se ne zagotavlja varstvo stopnje učinkovite konkurence na trgu.

Povsem neutemeljeno je zatrjevanje, da gre pri rezervacijah spektra s cenovno omejitvijo za oblastno omejevanje konkurence po 64. 65. in 66. členu ZPOmK-1. Izvajanje diskrecije glede omejitev na javni dražbi je skladno s cilji, ki jih je po ZPOmK-1 agencija dolžna zasledovati.

AKOS je dolžan predlagati le takšna pravila razpisa in dražbe, ki jih lahko zakonsko in regulatorno podprepi, zato nam je nerazumljiv umik pravila o rezerviranih lotih s cenovno omejitvijo iz razpisane dokumentacije. V primeru da je agencija namerno ali zaradi malomarnosti v osnutku informativnega memoranduma predlagala pravilo, ki ga ne zna zakonsko ali regulatorno zagovarjati, je zavajala operaterja, ki mu je bilo pravilo namenjeno.

#### Plačilni pogoji

Zahteva za pojasnilo št. p: »Prosimo, da se v pojasnilo natančneje obrazložijo razlogi in predložijo analize ter podlage, ki so Agenciji narekovali odločitev, da ne glede na določila ZEKom-1 in določila Direktive EECC v razpisne pogoje ne vključi možnosti obročnega plačila za uporabo naravne dobrine?«

ZEKom-1 v četrti točki, prvega odstavka 38. člena in drugem odstavku 47. člena že sedaj omogoča obročna plačila, pri čemer se po našem razumevanju ta možnost nanaša ravno na uporabo v primeru razpisov za podeljevanje radiofrekvenčnega spektra za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev, v okviru katerih so cene spektra visoke. Ob tem ne gre spregledati tudi določil točke c, drugega odstavka 42. člena Direktive (EU) 2018/1972,<sup>15</sup> iz katerih izhaja, da si morajo države članice v zvezi s pravicami uporabe radiofrekvenčnega spektra prizadevati zagotoviti, da je višina veljavnih pristojbin takšna, da zagotavlja učinkovito dodeljevanje in uporabo radiofrekvenčnega spektra, pri čemer morajo v največji možni meri uporabiti načine plačila, povezane z dejansko razpoložljivostjo radiofrekvenčnega spektra za uporabo.

Povedano preprosto, po našem razumevanju tako nacionalna zakonodaja kot tudi zakonodaja EU v zvezi z oblikovanjem pogojev javnega razpisa glede pristojbin za pravice uporabe radiofrekvenčnega spektra Agencijo napotujeta v smer določitve možnosti obročnega plačila pristojbine, saj se na ta način lahko doseže najvišja možna cena za učinkovito rabo omejene naravne dobrine, hkrati pa se omogoči sodelovanje na dražbi kar najširšemu možnemu krogu operaterjev, kar prav tako ugodno vpliva ne le na dolgoročno učinkovitost konkurence na trgu temveč tudi na zagotovitev ustrezne stopnje konkurence v okviru samega javnega razpisa. Namen obročnega odplačila plačilo za učinkovito rabo omejene naravne dobrine je namreč tudi v tem, da finančno močnejši operaterji iz trga ne izrinejo

---

<sup>14</sup> Primerjajte Peter Cramton: The Critical Importance of Pro-competition Measures in the Canadian 3500 MHz Auction, August 2019.

<sup>15</sup> Direktiva (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah.

finančno šibkejših operaterjev, saj si lahko s svojo finančno močjo zagotovijo več radiofrekvenčnega spektra ob takojšnjem plačilu.

V podkrepitev podajamo primer Francije, kjer je nacionalni regulator ARCEP štirim francoskim operaterjem, ki so na dražbi pridobili frekvenčni spekter v pasu od 3490 MHz do 3800 MHz, omogočil obročno odplačevanje v obdobju 15 let<sup>16</sup>. Poleg omenjene Francije je bilo obročno plačilo operaterjem zagotovljeno oziroma bo zagotovljeno v več drugih državah članicah, ki so v preteklem obdobju že izvedle dražbe radiofrekvenčnega spektra ali to načrtujejo v naslednjem obdobju (npr. Nemčija, Danska ter Romunija).

#### Sklepno glede presoje (ne)zakonitosti

Skladno z nacionalno področno zakonodajo sodi cilj spodbujanja konkurence (195. člen ZEKom-1) med temeljne cilje Agencije na področju elektronskih komunikacij, pri čemer pri zasledovanju uresničevanja tega cilja Agencija mora sprejeti vse ukrepe, ki so primerni za doseg ciljev (tako 194. člen ZEKom-1). Agencija je torej pri opravljanju svojih nalog, vključno z nalogo priprave in izvedbe postopka za izdajo odločb o dodelitvi radijskih frekvenc, zavezana in dolžna pospeševati učinkovito konkurenco pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij, elektronskih komunikacijskih storitev in pripadajočih zmogljivosti ter storitev med drugim tako, da zagotovi, da v sektorju elektronskih komunikacij ni izkrivljanja ali omejevanja konkurence.

Poleg področne zakonodaje pa Agencijo zavezuje tudi nacionalna konkurenčnoppravna zakonodaja, ki ji med drugim nalaga, da z oblastnimi akti in dejanji ne sme omejevati prostega nastopanja podjetij na trgu (64., 65. in 66. člen ZPOMK-1). V zadevnih določbah ZPOMK-1 so konkretizirane ustavne norme, in sicer določbe 74. člena Ustave RS, ki zapovedujejo svobodo gospodarske pobude ter prepovedujejo dejanja, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco.<sup>17</sup> Skratka, Agencija je v okviru svojega delovanja, vključno z delovanjem v zvezi s pripravo in izvedbo postopka za izdajo odločb o dodelitvi radijskih frekvenc, zavezana in dolžna spoštovati pravila konkurenčnega prava.

Nenazadnje pa ne gre pozabiti niti na pravo EU, ki je z vidika delovanja Agencije prav tako še kako relevantno.<sup>18</sup> Dejanja in akti Agencije v zvezi s pripravo in izvedbo postopka za dodelitev radijskih frekvenc imajo vpliv na območje celotnega ozemlja Republike Slovenije, in s tem celotnega ozemlja države članice, še več, po našem mnenju jim je nedvomno mogoče pripisati čezmejne vplive oziroma vplive na trgovino med državami članicami, kar pomeni, da je spornost dejanj in aktov Agencije, ki imajo za posledico omejevanje ter preprečevanje učinkovite konkurence, potrebno presojati tudi v luči konkurenčnega prava EU. Prav tako pa je dejanja in akte Agencije v zvezi s pripravo in izvedbo postopka za dodelitev radijskih frekvenc potrebno presojati tudi z vidika sektorske zakonodaje EU, zlasti

---

<sup>16</sup> <https://en.arcep.fr/news/press-releases/view/n/5g-041120.html>

<sup>17</sup> Zabel v Grilc in drugi: Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOMK-1) s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2009, str. 544.

<sup>18</sup> Tako tudi Strateške usmeritve Agenciji za komunikacijska omrežja in storitve RS s področja upravljanja z radiofrekvenčnim spektrom, št. 381-3/2010-MIZS/101, z dne 14. 4. 2020, str. 2.





Direktive (EU) 2018/1972<sup>19</sup>, ki v zvezi z upravljanjem radiofrekvenčnega spektra izrecno narekuje oblikovanje objektivnih, preglednih, nediskriminatornih in sorazmernih meril, ki spodbujajo konkurenco (45. člen) ter nacionalnim regulativnim in drugim pristojnim organom pri njihovem odločanju o podelitvi pravic uporabe radiofrekvenčnega spektra za elektronska komunikacijska omrežja in storitve izrecno nalagajo dolžnost spodbujanja učinkovite konkurence in preprečevanja izkrivljanja konkurence na notranjem trgu (52. člen).

V njegovi trenutno zastavljeni koncepciji (kot ta izhaja iz sklepa o uvedbi javnega razpisa<sup>20</sup> skupaj z njegovo spremembo<sup>21</sup>) javni razpis z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz žal ni skladen z veljavno nacionalno zakonodajo in zakonodajo EU, saj niso bili podzeti ustrezni ukrepi (primerjajte 52. člen Direktive (EU) 2018/1972<sup>22</sup>) oziroma sprejeti ukrepi niso bili ustrezno oblikovani, da bi se z ukrepi v okviru izvedbe javnega razpisa zagotovilo uresničevanje ciljev Agencije na področju elektronskih komunikacij (zlasti cilja spodbujanja konkurence) ter zagotovilo spoštovanje načel in določb slovenskega konkurenčnega prava in konkurenčnega prava EU. Pri tem je izpostaviti, da izvedba javnega razpisa v trenutno zastavljeni koncepciji ne bi predstavljala le načelne kršitve veljavne zakonodaje, temveč je pričakovati, da bi imela zelo daljnosežne dejanske posledice na strukturo tržne konkurence in to ne le na trgu mobilnih storitev, temveč tudi na povezanem trgu fiksnih storitev (za Slovenijo je namreč značilna zelo močna konvergenca fiksnih in mobilnih storitev ter velik pomen združene ponudbe fiksnih in mobilnih storitev, kar pomeni, da se bodo negativni vplivi na učinkovitost konkurence na trgih mobilnih storitev odrazili tudi v negativnih vplivih na učinkovitost konkurence na trgih fiksnih storitev). Povedano zelo preprosto, izvedba javnega razpisa v trenutno zastavljeni obliki bi po našem mnenju imela za (dolgoročno) posledico nedopustno kopičenje spektra z namenom omejevanja konkurence na trgu, zmanjšanje števila operaterjev na trgih mobilnih in fiksnih storitev (t.j. zmanjšanje iz trenutnih štirih operaterjev na tri oziroma verjetno celo le na dva-duopolna operaterja) in s tem zmanjšanje učinkovitosti konkurence na trgih mobilnih in fiksnih storitev v škodo kupcev in potrošnikov (t.j. zvišanje cen, poslabšanje kakovosti storitev, itd.).

## Sklepno

Agencija je pri razpisih za frekvence oziroma odločitvi za javno dražbo dolžna postopati skladno s 45. in 52. členom EEC oziroma 195. členom ZEKom-1, kar pomeni, da mora vsak razpis oziroma dražba

---

<sup>19</sup> Direktiva (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah.

<sup>20</sup> Sklep o uvedbi javnega razpisa z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz.

<sup>21</sup> Sklep o spremembi Sklepa o uvedbi javnega razpisa z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz.

<sup>22</sup> Direktiva (EU) 2018/1972 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2018 o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah.



pospeševati učinkovito konkurenco pri zagotavljanju elektronskih komunikacijskih omrežij in elektronskih komunikacijskih storitev. Skladno s prvim odstavkom 44. člena se namreč Agencija lahko odloči za dražbo, pri čemer je njena diskrecija omejena z določbami EECC oziroma s cilji 195. člena ZEKom-1. Čeprav je na sami dražbi cena edini kriterij, pa ima Agencija nadaljnjo diskrecijo, ponovno skladno s cilji 195. člena ZEKom-1, zlasti pa z določbami 52. člena EECC, da v dražbo vgradi »morebitne omejitve števila pravic uporabe radijskih frekvenc«.

Ohranjanje konkurence na predmetnem trgu je v bistvu v javno korist, ta pa se ne nanaša na le na ohranjanje konkurenčnega položaja ponudnikov, temveč je ta predvsem v zagotavljanju storitev uporabnikom in v tem okviru varstvu potrošnikov. V pristojnosti Agencije je, da mora to javno korist varovati in omogočati njeno učinkovito izvrševanje.

Kot določa 74. člen ustave, so prepovedana dejanja nelojalne konkurence in dejanja, ki v nasprotju z zakonom omejujejo konkurenco. Ključno pri varstvu konkurence iz tretjega odstavka 74. člena Ustave ni v tem, da je ni mogoče omejiti, temveč v tem, da omejitve zadevajo ob enakih pogojih vse udeležence na trgu. Poudarek je na enakih pogojih, ki v primeru, kakršen je ta, torej ko gre za javni razpis in javno dražbo za mobilni radiofrekvenčni spekter, obsegajo tudi (dejansko) enakost pogojev dražiteljev kot takih: v samem postopku in pri izvajanju svoje dejavnosti.

Kot določa 48 (4) člen Direktive EECC oziroma 33. člen ZEKom-1, morajo biti postopki dodelitve radijskih frekvenc biti odprti, objektivni, pregledni, sorazmerni in nediskriminacijski. Za zagotovitev nediskriminacijskega postopka bi morala Agencija v okviru razpisa in dražbe upoštevati vse že zgoraj omenjene okoliščine, tj. trenutno stanje na trgu (npr. finančna moč, pogajalska moč, lastništvo, količina pridobljenega spektra, razpršenost pridobljenega spektra, zasedenost pridobljenega spektra, pokritost prebivalstva in ozemlja...). To so okoliščine, zaradi katerih kljub zagotavljanju (v okviru pravil javne dražbe) formalni enakosti ni zagotovljena dejanska enakost. Glede tega pa je Ustavno sodišče npr. v odločbi št. U-I-146/07 z dne 13. 11. 2008 zapisalo: »Iz načela nediskriminacije (kot temeljne prvine načela enakopravnosti) iz prvega odstavka 14. člena Ustave izhaja ne le zahteva po formalnem, ampak tudi zahteva po vsebinsko enakem obravnavanju. Ustavno nedopustna zato ni le neposredna, temveč tudi posredna diskriminacija.... Ta je podana, če so posameznikom ali družbenim skupinam formalno sicer zagotavljeni enake pravice oziroma enak obseg pravic, oziroma ko so jim ti zagotavljeni, vendar so pri tem posamezniki v manj ugodnem dejanskem položaju v pogledu uresničevanja pravic oziroma izpolnjevanja obveznosti prikrajšani. Da bi se zagotovilo dejansko enakopravno obravnavanje lahko zahteva po prepovedi diskriminacije v določenih primerih pomeni tudi zahtevo po uveljavljanju potrebnih in primernih prilagoditev, ki naj takšen zapostavljen položaj teh skupin oziroma posameznikov preprečijo. Pozitivni ukrepi, ki so sprejeti s takšnim namenom, ne pomenijo posega v načelo enakopravnosti, ampak so namenjeni prav njegovemu uresničevanju. Opuustitev oziroma odklonitev potrebnih in primernih prilagoditev v takšnem primeru zato pomeni poseg v pravico do enakopravnega oziroma nediskriminacijskega obravnavanja iz prvega odstavka 14. člena Ustave, ki je ustavno dopusten le, če prestane strogi test sorazmernosti.

Če apliciramo na obravnavan primer, potem pravila javne dražbe (brez omejitev za velike operaterje - določitev t.i. spektralnih kap - ali ugodnosti za manjše operaterje - cenovne omejitve, rezerviran

spekter), sicer vsem operaterjem (dražiteljem) lahko zagotavljajo formalno enakost, ne zagotavljajo pa vsem dejanske enakosti. Z besedami Ustavnega sodišča: formalno so sicer zagotovljene enake pravice oziroma enaka možnost dostopa do enakega obsega pravic vsem dražiteljem, vendar so pri tem posamezni dražitelji v manj ugodnem dejanskem položaju glede uresničevanja pravic. Ta ugotovitev pa ima za posledico, da mora Agencija s pravili javne dražbe pozitivno diskriminirati zato, da bo zagotovil ne le formalno, ampak tudi dejansko enake pogoje vsem dražiteljem – in to ne samo na sami dražbi, ampak tudi po dražbi. In v tej funkciji je s strani Agencije črtano pravilo: če ga ni, je to opustitev potrebnih in primernih prilagoditev, ki pomeni poseg v pravico do enakopravnega oziroma nediskriminacijskega obravnavanja. Samo izrecna določba (zavezujočega) prava EU (ne določbe ZPOmK-1), bi lahko (zaradi načela primarnosti) izključila uporabo navedene določbe Ustave. Ustrezna določitev spektralnih kap in rezervacija spektra s cenovnimi omejitvami je tudi sorazmeren ukrep za zagotovitev cilja nediskriminatornosti postopka, ki je zahtevan v 48 (4) členu direktive EECC oziroma 33. členu ZEKom-1.

#### **ODGOVOR**

Agencija ugotavlja, da odgovori na predmetna vprašanja (pojasnilo razlogov za določitev spektralnih kap in odsotnost obročnih plačil), ne bi v ničemer pripomogli k boljši pripravi same ponudbe ali k odpravi morebitnih nejasnosti v zvezi z nadaljnjim postopkom podelitve radijskih frekvenc, zato se do tega vprašanja ne bo opredeljevala. Vse navedeno je že bilo predmet javnega posvetovanja, kjer je zainteresirana javnost podala svoje pripombe, Agencija pa je nanje izčrpno in argumentirano odgovorila. Poleg tega ni namen pojasnil v zvezi z razpisno dokumentacijo podajanje vsebinskih opredelitev na replike v zvezi odgovori Agencije v postopku javnega posvetovanja (ki so bili na spletni strani Agencije objavljeni dne 30. 10. 2020). Ne glede na navedeno želi Agencija na tem mestu vnovič poudariti, da je določila EECC upoštevala in jim v največji možni meri sledila, zaradi česar so v zahtevi za pojasnilo navedeni očitki, neutemeljeni. Posledično tako pri vseh določilih javnega razpisa vztraja, ponudniki pa bodo imeli v postopku zagotovljeno pravno varstvo.

#### **28. PRAVNO MNENJE**

Agencija za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (v nadaljevanju AKOS) je v razglasnem delu Uradnega lista št. 191/2020, z dne 18. 12. 2020, objavila Sklep o uvedbi javnega razpisa z javno dražbo za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz. Zainteresirane ponudnike vabi, da predložijo ponudbe. Rok za oddajo ponudb je 15. 2. 2021 do 11. ure. Pravna podlaga za zadevni javni razpis je 38. in 44. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (Uradni list RS, št. 109/12, 110/13, 40/14 - ZIN-B, 54/14 - odi. US, 81/15, 40/17, 30/19 - odi. US, v nadaljevanju ZEKom-1).

ZEKom-1 pa ni usklajen s pravom EU, konkretno z Direktivo EU 2018/1972 Evropskega Parlamenta in Sveta, z dne 11. decembra 2018, o Evropskem zakoniku o elektronskih komunikacijah (v nadaljevanju Direktiva EECC). 124. člen Direktive EECC namreč zavezuje Države članice, da do 21.12. 2020 sprejmejo in objavijo zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev s to Direktivo in Komisiji takoj sporočijo besedilo teh predpisov.

Nesporno je, da Republika Slovenija svoje obveznosti po pravu EU ni izpolnila, ker Direktive EEC ni prenesla v nacionalni pravni red, saj na podlagi informacij spletnega portala e-uprava izhaja, da je ZEKom-2, kot temeljni zakon za implementacijo, še vedno v pripravi znotraj resornega ministrstva (v nadaljevanju: MJU).<sup>23</sup> Republika Slovenija do izteka roka za implementacijo tako ni sprejela niti zakona za uskladitev s to Direktivo, kaj šele vseh drugih potrebnih predpisov, čeprav je za to imela dve leti časa. V zvezi z navedenim dejanskim stanjem se postavljata dve pravni vprašanji: splošno in posebno. Splošno pravno vprašanje se glasi, ali sme AKOS v opisani pravni situaciji, ko Republika Slovenija očitno ne izpolnjuje svojih obveznosti po pravu EU, tri dni pred potekom roka za implementacijo Direktive EEC, na nacionalni pravni podlagi, ki je očitno in neposredno v nasprotju s pravom EU, objaviti s pravom EU neskladen javni razpis?

Posebno vprašanje pa se glasi, kako na odgovor na splošno vprašanje vpliva položaj konkretnega podjetja, ki bi v primeru, da bi Republika Slovenija ravnala v skladu s pravom EU, bilo v drugačnem, bolj ugodnem pravnem položaju, kot je v primeru razpisa, ki poteka na nacionalni pravni podlagi, ki ni usklajena s pravom EU?

Pravno mnenje v nadaljevanju odgovarja na obe vprašanji tako, da najprej predstavi materialnopravno analizo veljavne pravne ureditve EU na zadevnem področju (zgornja premisa), ki jo nato uporabi na konkretnem primeru (spodnja premisa).

## 2. MATERIALNOPRAVNA ANALIZA

Materialnopravna podlaga, od katere sta odvisna odgovora na zastavljeni vprašanji, izvira iz pravnega reda Republike Slovenije in pravnega reda EU. V okviru pravnega reda Republike Slovenije je osrednjega pomena za našo analizo 3.a člen Ustave. Ta efektivno določa, da Republika Slovenija z mednarodno pogodbo prenese na Evropsko unijo izvrševanje dela suverenih pravic, s čimer se pravni akti ter odločitve EU v Sloveniji od 1. 5. 2004 uporabljajo v skladu s pravno ureditvijo EU.

Kot izhaja iz ustaljene sodne prakse Ustavnega sodišča, 3.a člen Ustave zavezuje vse državne organe, da pri izvrševanju svojih pristojnosti upoštevajo pravo EU tako, kot to iz njega izhaja.<sup>24</sup> To konkretno pomeni, da je »učinek prava EU v notranjem pravnem redu odvisen od vsakokratnih pravil, ki urejajo delovanje EU. [...] Zaradi tretjega odstavka 3.a člena Ustave so temeljna načela, ki opredeljujejo razmerje med notranjim pravom in pravom EU, hkrati tudi notranja ustavnopravna načela, ki zavezujejo z močjo Ustave.«<sup>25</sup> Med temi načeli so posebej pomembna: načelo primarnosti, načelo lojalnega sodelovanja, vključno z načelom lojalne razlage, načelo neposredne uporabe in neposrednega učinka prava EU, načelo prenesenih pristojnosti ter načeli subsidiarnosti in sorazmernosti.<sup>26</sup> S 3.a členom Ustave se je Slovenija tako zavezala k zagotavljanju učinkovitosti prava EU, saj ta po mnenju Ustavnega sodišča predstavlja: »ustavno posebej varovano dobroto, ki ji je v

<sup>23</sup> <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=10097>

<sup>24</sup> U-I-65/13, Ur. l. 54/14, tč. 6, podrobneje glej v M. Avbelj (ur.), Komentar ustave RS, (Nova univerza), 3a. člen, tč. 14.

<sup>25</sup> U-1-146/12, Ur. l. 107/13, tč. 32

<sup>26</sup> Prav tam, tč. 33.

vsakem primeru treba pripisati veliko težo.«<sup>27</sup>

Iz ustavne ureditve Republike Slovenije tako izhaja, da imajo vsi državni organi: zakonodajalec, vlada, upravni organi, agencije, organi lokalne samouprave, kakor tudi vsi drugi nosilci javnih pooblastil, ustavno dolžnost ravnati v skladu s pravom EU, njegovimi pravnimi načeli, tako da na ozemlju Republike Slovenije zagotavljajo polno učinkovitost pravnih aktov EU.

Eden takih pravnih aktov je tudi Direktiva EECC. V skladu z 288. členom Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU) je direktiva za vsako državo članico, na katero je naslovljena, zavezujoča glede cilja, ki ga je treba doseči, vendar prepušča nacionalnim organom izbiro oblike in metod.<sup>28</sup> Z drugimi besedami, za razliko od uredb, ki so akt unifikacije, so direktive akt harmonizacije, ki državo članico, na katero so naslovljene, zavezujejo, da doseže cilje direktive z njeno implementacijo v nacionalni pravni red v predpisanem roku. Čeprav torej direktive niso neposredno uporabne in zato po svoji definiciji nimajo neposrednega učinka, pa že več kot tri desetletja od zadeve *Van Duyn* naprej velja, da direktive lahko pod določenimi pogoji ustvarjajo podobne učinke kot uredbe.<sup>29</sup> Ti se razlikujejo glede na čas pred in po preteku roka za prenos direktive ter so naslednji:

a) Pravni učinki direktive po poteku roka za njen prenos

Če država direktive v predpisanem roku ne prenese v nacionalni pravni red, ali jo napačno prenese oz. jo napačno uporablja, se posamezniki na določbe take direktive lahko neposredno sklicujejo pred vsemi nacionalnimi organi, če so jasne, natančne in brezpogojne.<sup>30</sup> Določbe direktive tako postanejo neposredno učinkovite, čeprav niso neposredno uporabne.

V primeru sklicevanja posameznikov, fizičnih ali pravnih oseb, na določbe direktive, ki so neposredno učinkovite, imajo nacionalni organi v skladu z načelom primarnosti prava EU dolžnost posameznikom priznati pravice in ugodnosti, ki jim jih daje pravo EU, ter zavrniti uporabo vseh določb nacionalnih predpisov, ki so v nasprotju z določbami direktive, na katere se posameznik lahko sklicuje.<sup>31</sup>

Kadar pa določbe direktive niso neposredno učinkovite in se posamezniki nanje ne morejo sklicevati pred nacionalnimi organi, so vsi državni in lokalni organi ter vsi nosilci javnih pooblastil zavezani z načelom s pravom EU skladne razlage tako,<sup>32</sup> da morajo vse zadevne nacionalne predpise uporabiti na način, ki bo najbolj skladen s pravom EU, konkretno z direktivo.<sup>33</sup> S pravom EU skladna razlaga pa ima svoje omejitve, zlasti ne more voditi do razlage *contra legem*.<sup>12</sup> V takih okoliščinah pa mora državni

<sup>27</sup> (U-11-1/12, U-II-2/12, Ur. l. 102/2012, tč. 53).

<sup>28</sup> 288. PDEU

<sup>29</sup> Zadeva C-41/74 *Van Duyn*.

<sup>30</sup> Glej, npr. zadeve C-148/78 *Rafii*, C-62/00 *Marks&Spencer*; za podrobnejši pregled, glej še, M. Avbelj, *Sodno pravo Evropske unije* (GV Založba, 2. prenovljena izdaja, 2020), 87 ff.

<sup>31</sup> Zadeva C-41/74 *Van Duyn*, podrobneje glej še, M. Avbelj, *Sodno pravo Evropske unije* (GV Založba, 2. prenovljena izdaja, 2020), 87 ff.

<sup>32</sup> Zadeva C-106/89 *Marieasing*, tč. 9.

<sup>33</sup> Zadeva C-103/88 *Costanzo*.

organ ponovno slediti načelu primarnosti prava EU in opustiti uporabo tistih določb nacionalnega prava, ki ovirajo s pravom EU skladno razlago in ki v okoliščinah konkretnega primera vodijo v rezultat, ki krši pravo EU.<sup>34</sup>

Načelo s pravom EU skladne razlage sicer predstavlja konkretizacijo načela lojalnega sodelovanja, ki na podlagi 3. odst. 4. člena Pogodbe o Evropski uniji (PEU), kot gaje razložilo Sodišče EU, od vseh organov države članice EU zahteva, da sprejmejo vse primerne ukrepe, tako splošne kot posebne, za zagotovitev izpolnjevanja svojih obveznosti iz prava EU.<sup>35</sup> Pri tem so države članice zlasti dolžne odpraviti protipravne posledice kršitve prava Unije, pri čemer je taka obveznost naložena vsakemu organu zadevne države članice v okviru njegovih pristojnosti.<sup>36</sup>

b) Pravni učinki direktive pred potekom roka za njen prenos

Vse zgoraj opisane pravne posledice direktive nastopijo šele s kršitvijo implementacijske dolžnosti države po preteku roka za prenos direktive v nacionalni pravni red. Vendar pa to ne pomeni, da pred potekom roka za implementacijo za državo članico iz direktive ne izhajajo nikakršne obveznosti. Nasprotno.

Direktiva je za državo zavezujoča in zanjo začne učinkovati ne šele od poteka roka za implementacijo, temveč od takrat, ko je bila država o njej uradno obveščena,<sup>37</sup> torej z objavo v uradnem listu EU. Namen implementacijskega roka je državam članicam zagotoviti potreben čas za sprejem ukrepov za prenos.<sup>38</sup> V tem času, torej v obdobju od začetka veljavnosti direktive do roka za njen prenos v nacionalni pravni red, ima država članica dve pravni dolžnosti:

- sprejeti mora potrebne ukrepe za zagotovitev, da bo cilj, določen z direktivo, dosežen pred iztekom tega roka;<sup>39</sup>
- opustiti mora vse ukrepe (tako, na primer ne sme sprejeti nobenih določb ali predpisov),<sup>40</sup> ki bi lahko resno ogrozili cilj, ki ga določa direktiva.<sup>41</sup>

Pri tem je iz sodne prakse Sodišča EU tudi razvidno, da direktiva ne velja nujno samo za nacionalne določbe, katerih izrecen namen je njen prenos, temveč od dneva začetka veljavnosti direktive tudi za nacionalne določbe, ki so obstajale prej in ki bi lahko zagotovile skladnost nacionalnega prava z njo.<sup>42</sup>

---

<sup>34</sup> Zadeva C-384/17 Doel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N; Zadeva C-487/12 Vueling Airlines SA; Zadeva C-48/15, NN (L) podrobneje v M. Avbelj, Sodno pravo Evropske unije (GV Založba, 2. prenovljena izdaja, 2020), str. 134.

<sup>35</sup> Zadeva C-14/84 von Colson in Kamann, tč.26; C-106/89 Marleasing, tč. 9.

<sup>36</sup> Zadeva C-316/19 Komisija v Slovenija, tč. 124.

<sup>37</sup> Zadeva C-129/96 Inter-Environnement Wallonie ASBL, tč. 41.

<sup>38</sup> Prav tam, tč. 43.

<sup>39</sup> Prav tam, tč. 44.

<sup>40</sup> Zadeva C-2/10, tč. 70.

<sup>41</sup> Zadeva C-129/96 Inter-Environnement Wallonie ASBL, tč. 45.

<sup>42</sup> Zadeva C-2/10, tč. 70; ter v zadeva Cordero Alonso, C 81/05.

Z drugimi besedami, vse od začetka veljavnosti direktive so vsi državni organi in nosilci javnih pooblastil v konkretnih primerih dolžni vse relevantne nacionalne predpise razlagati in uporabljati tako, da sledijo cilju, ki ga zapoveduje direktiva.

### 3. Odgovor na prvo vprašanje

V luči predstavljene materialnopravne analize v tem odseku odgovarjamo na prvo zastavljeno vprašanje.

Kot že rečeno, je v predmetni zadevi popolnoma nesporno, da Republika Slovenija do 21. 12. 2020, ki predstavlja rok za prenos Direktive EECC, te Direktive v svoj nacionalni pravni red ni prenesla. To pomeni, da Republika Slovenija od 21. 12. 2020 že krši pravni red EU in je to že zabeleženo v avtomatizirani bazi Evropske komisije za spremljanje prenosa direktiv, ker Slovenija do tega datuma Evropske komisije ni obvestila o prenosu Direktive ter ni sporočila besedila zakona ter drugih predpisov za njegovo uveljavitev, ki jih je bila v tem roku dolžna uveljaviti.

To neizpodbitno pravno dejstvo bi moralo biti AKOS poznano po uradni dolžnosti. O njem je bila obveščena tudi s strani potencialnih prijaviteljev na razpis in odzivi AKOS v njenih Odgovorih na mnenja glede Informativnega memoranduma za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz (v nadaljevanju Odgovori) tudi potrjujejo, da se AKOS slovenske kršitve prava EU v obliki neimplementacije Direktive EECC v predpisanem roku v celoti zaveda.<sup>43</sup>

Pri tem pa AKOS odgovornost za kršitev prava EU pripisuje MJU ter se sklicuje na svojo časovnico, z dne 21. 5. 2020, ki predvideva objavo sklepa o uvedbi javnega razpisa in razpisne dokumentacije v mesecu oktobru/novembru 2020 pred rokom za implementacijo EECC (tj. 18. 12. 2020), saj naj bi Slovenija že tako ali tako zamujala s podelitvijo frekvenčnih pasov v pasovih 700 MHz in 3600 MHz.<sup>44</sup> Kot že rečeno, je AKOS zadevni javni razpis, svoji napovedani časovnici navkljub (oktober, november), objavila natanko tri dni pred potekom roka za implementacijo Direktive EECC. Ker zadevni javni razpis temelji na pravni podlagi (ZEKom-1), ki je, kot bo konkretizirano v odgovoru na drugo vprašanje, v nasprotju z Direktivo EECC, je v nasprotju z Direktivo EECC tudi razpis sam. Z objavo razpisa tri dni pred potekom roka za implementacijo Direktive EECC, tako se zdi, pa je AKOS želela zagotoviti, da postopek po razpisu steče še po veljavni zakonski podlagi, preden bi za Republiko Slovenijo zaradi ravnanja MJU formalno nastopila kršitev prava EU.

Na podlagi zgoraj predstavljene materialnopravne analize je treba nedvomno ugotoviti, da je opisano pričakovanje in ravnanje AKOS v nasprotju s pravnimi obveznostmi, ki zanj izhajajo iz 3.a člena Ustave in prava EU. Sklicevanje AKOS na pristojnost MJU v zvezi z implementacijo Direktive EECC, ki naj bi

<sup>43</sup> AKOS, Odgovori na mnenja glede Informativnega memoranduma za dodelitev radijskih frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev končnim uporabnikom v radiofrekvenčnih pasovih 700 MHz, 1500 MHz, 2100 MHz, 2300 MHz, 3600 MHz in 26 GHz, str. 16.

<sup>44</sup> Prav tam.



samo AKOS razbremenilo odgovornosti za ravnanje v skladu s pravom EU, je pravno povsem neutemeljeno. Kot izhaja iz zgoraj predstavljene ustaljene sodne prakse Ustavnega sodišča in Sodišča EU je dolžnost spoštovanja prava EU, vseh njegovih pravnih aktov, vključno z direktivo, pravna obveznost vseh državnih organov in nosilcev javnih pooblastil, vključno z AKOS.<sup>45</sup> To v okoliščinah konkretnega primera pomeni, da, če resorno ministrstvo in zakonodajalec pravočasno in pravilno ne poskrbita za prenos Direktive EECC v nacionalni pravni red, AKOS ne sme preprosto objaviti razpisa, ki ga ureja Direktiva EECC, na pravni podlagi, ki ni skladna z Direktivo in zato z njo ni skladen niti razpis sam. Tega AKOS nedvomno ne sme storiti v celotnem obdobju veljavnosti direktive pred rokom njene implementacije in še manj zgolj tri dni pred potekom tega roka, da bi se lahko izognila formalnemu nastopu kršitve prava EU.

Kot izhaja iz zgoraj predstavljene materialnopravne analize, ima AKOS v zvezi z Direktivo EECC že pred potekom roka za njeno implementacijo in to ne glede na to, ali je ta z vidika posameznih potencialnih prijaviteljev na razpis neposredno učinkovita ali ne, negativno in pozitivno pravno dolžnost. Sledeč prvi, je bila AKOS od dneva uveljavitve Direktive EECC, torej od decembra 2018, dolžna opustiti vse ukrepe, ki bi lahko resno ogrozili cilj, ki ga določa direktiva.<sup>46</sup> To svojo negativno dolžnost po pravu EU AKOS krši tako, da je na nacionalni pravni podlagi ZEKom-1, ki je v nasprotju z Direktivo EECC, tri dni pred rokom za implementacijo Direktive EECC objavila razpis, ki vsebuje številne določbe, ki so v nasprotju z Direktivo. S tem je AKOS izrecno ravnala v nasprotju z zahtevo prava EU, da noben državni organ tudi pred potekom roka za implementacijo direktive ne sme sprejeti nobenih določb, ki bi lahko resno ogrozili cilj, ki ga določa direktiva.<sup>47</sup>

Utemeljitev AKOS, daje javni razpis morala objaviti, pa čeprav v nasprotju s pravom EU, ker da Slovenija že tako ali tako zamuja s podelitvijo določenih frekvenčnih pasov, je z vidika prava EU popolnoma nesprejemljiva in v celoti neupoštevna. Eno temeljnih pravnih nadež (EU je, da država ene svoje kršitve ne more sanirati tako, da zakrivi drugo. Se posebej pa to velja na področju implementacije direktiv, kjer je Sodišče EU, celo brez izrecne pogodbene podlage, priznalo neposreden učinek direktiv prav za to, da država iz naslova svoje kršitve ne bi mogla črpati nikakršne koristi (*neminifraus sua debet patrocinari*).<sup>48</sup>

Prav tako pa je AKOS kršila svojo pozitivno pravno dolžnost po pravu EU, na podlagi katere mora tudi sama sprejeti vse potrebne ukrepe za zagotovitev, da bo cilj, določen z Direktivo EECC, dosežen pred iztekom tega roka.<sup>49</sup> To konkretno pomeni, da, če se je AKOS, zaradi zatrjevane časovne zamude pri dodeljevanju frekvenc, že odločila objaviti predmetni javni razpis in če v tem času zakonodajalec ter MJU nista sprejela ustreznih ukrepov za implementacijo Direktive EECC, bi morala AKOS sama javni razpis oblikovati tako, da bi bili njegovi pogoji v celoti v skladu z vsemi upoštevnimi določbami Direktive EECC, tako da bi bil njen cilj popolnoma ter učinkovito dosežen Ob nastopu roka za implementacijo.

---

<sup>45</sup> Zadeva C-103/88 Costanzo.

<sup>46</sup> Zadeva C-129/96 Inter-Environnement Wallonie ASBL, tč. 45; glej tudi

<sup>47</sup> Zadeva C-2/10, tč. 70.

<sup>48</sup> Zadeva C-41/74 Van Duyn.

<sup>49</sup> Zadeva C-129/96 Inter-Environnement Wallonie ASB, tč. 44.

AKOS je to svojo pozitivno dolžnost opustila in je namesto nje objavila s pravom EU neskladen javni razpis na s pravom EU neskladni nacionalni pravni podlagi in je tako neposredno delovala v nasprotju z namenom in ciljem Direktive EECC.

Pri tem je pomembno izpostaviti, da AKOS opisane neskladnosti svojega ravnanja s pravom EU ne more sanirati z naknadnim sprejetjem ZEKom-2, ki naj bi v svojih prehodnih določbah rešil problematiko daljše veljavnosti ODRF. V skladu s pravom EU bi morala biti ta »problematika« že rešena najkasneje do 21. 12. 2020, ko je potekel rok za implementacijo Direktive EECC. Če te problematike ni rešilo MJU, jo mora, če se je že odločila za objavo javnega razpisa, rešiti AKOS, in sicer tako da javni razpis z vidika trajanja ODRF uskladi z določbami Direktive EECC. V nasprotnem primeru AKOS krši dolžnost s pravom EU skladne razlage, ki nastopi po poteku roka za implementacijo Direktive EECC.

Nenazadnje, po poteku roka za implementacijo Direktive EECC AKOS tudi ne more preprosto uporabiti ZEKom-1 kot nesporno pravno podlago za objavljeni javni razpis. Kot izhaja iz zgoraj predstavljene materialnopravne analize, načelo lojalnega sodelovanja iz 3. odst. 4. člena PEU zahteva od vsakega organa države članice, vključno z AKOS, da sprejme vse primerne ukrepe, tako splošne kot posebne, za zagotovitev izpolnjevanja obveznosti iz prava EU.<sup>50</sup> Pri tem je AKOS še posebej dolžna odpraviti protipravne posledice kršitve prava Unije.<sup>51</sup> To konkretno pomeni, da bi morala AKOS pri pripravi javnega razpisa na podlagi načela primarnosti EU opustiti uporabo vseh tistih določb ZEKom-1, ki so po 21.12. 2020 v neskladju z Direktivo EECC in razpis oblikovati tako, kot zahteva Direktiva EECC, četudi ta ni bila prenesena v slovenski pravni red. V nasprotnem primeru AKOS krši tudi načelo primarnosti prava EU.

Na podlagi opravljene analize v okviru presoje prvega vprašanja smo torej ugotovili, da ravnanje AKOS, ki je tri dni pred iztekom roka za implementacijo Direktive EECC objavila s to Direktivo neskladen javni razpis, s prijavnim rokom 15. 2. 2021, na nacionalni pravni podlagi, ki ni usklajena z Direktivo, že na splošno, torej ne da bi opravili presojo z vidika konkretnih pravic posameznikov, potencialnih prijaviteljev na razpis, nedvomno predstavlja očitno kršitev 3.a člena Ustave ter 3. odst. 4. člena PEU, Direktive EECC in načela primarnosti prava EU.

#### 4. Odgovor na drugo vprašanje

V tem delu pravnega mnenja pa že ugotovljeno splošno kršitev še dodatno konkretiziramo in podkrepimo z vidika pravic in pravnih interesov družbe, kot te izhajajo iz Direktive EECC. Pri čemer izpostavljamo, in to zgolj primeroma, štiri področja, ki jih Direktiva EECC ureja drugače (in za posameznika bolj ugodno) kot aktualna s pravom EU neusklajena slovenska pravna ureditev.

##### a) podaljšanje oziroma obnovitev odločb o dodelitvi radijskih frekvenc

ZEKom-1 ne vsebuje določb o podaljšanju frekvenc za zagotavljanje javnih komunikacijskih storitev

<sup>50</sup> Zadeva C-14/84 von Colson in Kamann, tč.26; C-106/89 Marleasing, tč. 9.

<sup>51</sup> Zadeva C-316/19 Komisija v Slovenija, tč. 124.



končnim uporabnikom, ki jih ima družba dodeljene na podlagi ODRF št. [REDACTED] do 21. 9. 2021, in tako očitno nasprotuje Direktivi EECC, ki določa tako podaljšanje pravic uporabe (2. odst. 49. člena Direktive) kot njihovo obnovitev (50. člen Direktive). Namen teh določb Direktive je zagotoviti učinkovito upravljanje radiofrekvenčnega spektra, zagotoviti pravno varnost obstoječim imetnikom pravic ter vsaj 20 letno regulatorno predvidljivost.<sup>52</sup>

Učinkovito upravljanje radiofrekvenčnega spektra je AKOS dolžna zagotoviti s spodbujanjem nadaljnje učinkovite uporabe spektra, ki je že bil dodeljen,<sup>53</sup> tako da se obstoječe pravice, če za to ni nasprotnih prepričljivih razlogov in če imetnik pravic temu ne nasprotuje, podaljšajo oz. obnovijo. V ta namen pa je AKOS dolžna skupaj z imetniki pravic, za zagotovitev njihove pravne varnosti, izvesti postopek obravnave možnosti obnovitve že dodeljenih pravic najmanj dve leti pred prenehanjem pravic, kadar so bile te dodeljene za 15 let ali več. Poleg tega so države članice v skladu z 2. odst. 49. člena Direktive EECC, ki vsebuje jasno, natančno in brezpogojno obveznost, dolžne zagotoviti vsaj 20-letno regulatorno predvidljivost za imetnike pravic glede pogojev vlaganja v infrastrukturo,<sup>54</sup> kar od držav članic zahteva, da so podeljene pravice veljavne vsaj 15 let in da se to obdobje veljavnosti, praviloma, zaradi zagotavljanja zahtevane 20-letne regulatorne predvidljivosti za imetnike pravic tudi ustrezno podaljša.<sup>55</sup>

V tem primeru je nesporno, da AKOS svoje obveznosti v zvezi z zagotavljanjem učinkovitega upravljanja radiofrekvenčnega spektra ter v zvezi z zagotavljanjem pravne in regulatorne varnosti imetnikov pravic pred objavo tega javnega razpisa ni izpolnila, čeprav bi to morala storiti. Kot izhaja iz zgoraj predstavljene materialnopravne analize, Direktiva EECC, vključno z v tem primeru odločilnima členoma 49. in 50., Republiko Slovenijo in z njo AKOS ne zavezuje Šele od poteka roka za implementacijo, temveč od svoje objave v Uradnem listu EU, od decembra 2018.

Že v tem dvoletnem obdobju pred potekom roka za implementacijo Direktive EECC bi na podlagi 3.a člena Ustave, v skladu z načelom lojalnega sodelovanja (3. odst. 4. člena PEU), v skladu z načelom s pravom EU skladne razlage ter načelom primarnosti prava EU AKOS v zavedanju, da mora objaviti zadevni javni razpis, ker naj bi že zamujala s podelitvijo določenih frekvenc, morala izpeljati postopek obravnave možnosti obnovitve dodeljenih pravic. Prav tako pa bi AKOS morala, kljub odsotnosti pravne podlage za to v obstoječem ZEKom-1, v skladu z določbami 49. in 50. člena Direktive EECC, zagotoviti spoštovanje načela utemeljenih pravnih pričakovanj (zaupanja v pravo), s katerim AKOS ne zavezuje samo predstavljeni namen in cilj Direktive EECC, ampak tudi 2. člen Ustave,<sup>56</sup> ter zagotoviti 20 letno regulatorno predvidljivost z ustreznim podaljšanjem oz. obnovitvijo že obstoječih pravic že do 21. 12. 2020.

Vse opisano, in še posebej odprt, pregleden in nediskriminatoren postopek, ki ga je v skladu s 50.

---

<sup>52</sup> Direktiva EECC, Uvodna izjave, tč. 131.

<sup>53</sup> Prav tam.

<sup>54</sup> 1. pod. odst. 2. odst. 49. člena Direktive EECC.

<sup>55</sup> 2. pod. odst. 2. odst. 49. člena Direktive EECC.

<sup>56</sup> Podrobneje glej v M. Avbelj (ur.), Komentar ustave RS, (Nova univerza), 2. člen.

členom Direktive EECC treba izvesti pri obnovitvi individualnih pravic, zaradi kršitve prava EU, zaradi popolne odsotnosti kakršnihkoli ukrepov za implementacijo Direktive EECC v slovenski pravni red, ni bilo izvedeno pred ali v samem objavljenem javnem razpisu. Republika Slovenija zaradi ravnanja MJU ter AKOS tako očitno krši pravice imetnikov pravic radiofrekvenčnega spektra po slovenski Ustavi in pravu EU. To kršitev je treba odpraviti takoj, že v samem razpisu, oziroma z odobritvijo podaljšanja trajanja pravic v vzporednem postopku izven javnega razpisa, in ne šele s čakanjem, kot predlaga AKOS, na morebitne prehodne določbe v ZEKom-2, ki naj bi izpolnile obveznost daljše veljavnosti ODRF, ki jasno, natančno in brezpogojno izhaja iz 49. in 50. člena Direktive EECC ter njenega namena in cilja.

b) zagotavljanje konkurence

Še eden od ključnih ciljev Direktive EECC je zagotovitev poštene in neizkrivljene konkurence pri podeljevanju pravic uporabe radiofrekvenčnega spektra, saj le te lahko negativno vplivajo na konkurenčne razmere na trgih elektronskih komunikacij in na pogoje za vstop na te trge.<sup>57</sup> V ta namen Direktiva EECC zato od nacionalnih organov, še posebej pa nacionalnih regulatorjev, kot je konkretno AKOS, zahteva, da nenehno zagotavljajo dejansko in učinkovito uporabo radiofrekvenčnega spektra ter preprečujejo izkrivljanje konkurence s protikonkurenčnim kopičenjem.<sup>58</sup> Še posebej pa je ta splošna obveznost konkretizirana ob novih javnih razpisih, ki bi morali temeljiti na poglobljeni in objektivni oceni trga in njegovih konkurenčnih pogojev, ki jo opravijo nacionalni regulatorni in drugi pristojni organi.

Omejen dostop do radiofrekvenčnega spektra, zlasti kadar je ta redek, lahko povzroči oviro za vstop na trg oziroma naložbe, uvajanje omrežja, ponudbo novih storitev ali aplikacij, inovacije in konkurenco. Tudi nove pravice uporabe, vključno s tistimi, ki so pridobljene s prenosom ali zakupom, ter uvedba novih prožnejših meril za uporabo radiofrekvenčnega spektra lahko vplivajo na obstoječo konkurenco. Kadar se nekateri pogoji za spodbujanje konkurence uporabljajo neustrezno, lahko učinkujejo ravno obratno; kapica in rezervacija radiofrekvenčnega spektra lahko na primer povzročita umetno pomanjkanje spektra, obveznosti veleprodajnega dostopa lahko ob pomanjkanju tržne moči neupravičeno omejujejo poslovne modele, omejitve prenosov pa preprečujejo razvoj sekundarnih trgov.<sup>59</sup> Ti nameni in cilji so jasno, natančno in brezpogojno institucionalizirani v 52. členu Direktive EECC.

52. člen Direktive EECC je nova določba, ki je ZEKom-1, zato ker ni usklajen s pravom EU, ne vsebuje. V odsotnosti s pravom EU skladne nacionalne pravne podlage pa določbam 52. člena Direktive EECC nasprotuje tudi sam objavljeni javni razpis. Neizpodbitno dejstvo je, da AKOS v javnem razpisu ni uporabila oz. ni ustrezno uporabila ukrepov, ki so določeni v točkah (a) do (e) drugega odstavka 52. člena Direktive EECC, in predstavljajo učinkovito orodje za zagotavljanje konkurence. AKOS je izmed orodij za zagotavljanje konkurence v razpisu določil le spektralne kape (točka A.4.1.), ki pa so določene na način, da bo njihov učinek — povsem v nasprotju s tem, pred čemer izrecno svari 133. tč. uvodne

---

<sup>57</sup> Direktiva EECC, Uvodna izjava, 133. tč.

<sup>58</sup> Prav tam.

<sup>59</sup> Prav tam.

izjave Direktive EECC — ravno obraten, saj bodo dvema največjima operaterjema omogočile pridobiti še več spektra in njegovo kopičenje, četrtemu operaterju pa omejujejo možnosti za pridobitev spektra v pasu 700 MHz, oziroma celo ogrožajo njegov obstoj.

AKOS prav tako pred objavo razpisa ni izpolnila svoje jasne, natančne in brezpogojne obveznosti iz zadnjega pododstavka 2. odst. 52. člena Direktive EECC in za določitev razpisnih pogojev ni izvedla objektivne in v prihodnost usmerjene ocene konkurenčnih tržnih pogojev, nujnosti takih ukrepov za ohranjanje ali doseganje učinkovite konkurence in verjetnih učinkov takih ukrepov na obstoječe in prihodnje naložbe udeležencev na trgu.<sup>60</sup> S tem je izrecno kršila 52. člen Direktive EECC in neposredno ogrozila doseganje še enega od poglavitnih namenov in ciljev Direktive, ki nalaga spodbujanje poštene konkurence ter prepoveduje njeno izkrivljanje. Zato je tudi v tem oziru objavljeni javni razpis v nasprotju s 3.a členom Ustave in z opisanimi pravnimi obveznostmi, ki za Republiko Slovenijo izhajajo iz prava EU.

c) obročna plačila pristojbine za pravice uporabe radiofrekvenčnega spektra

11. točka Sklepa o uvedbi javnega razpisa izključuje možnost obročnega plačila za uporabo radiofrekvenčnega spektra, s tem ko določa, da bo AKOS »izdala ODRF-je [...] ob predpogoju, daje posamezni uspešni dražitelj poravnal znesek za učinkovito rabo omejene naravne dobrine in morebitni preostanek deleža administrativnih stroškov [...], in sicer 45 dni po plačilu zneska za učinkovito rabo omejene naravne dobrine in morebitnega preostanka deleža administrativnih stroškov.«<sup>61</sup> Podobno določa drugi odstavek 3.4. točke Sklepa o uvedbi javnega razpisa: »Skladno s citiranimi sklepoma Vlade Republike Slovenije, morajo ponudniki, ki jim bo Agencija z ODRF-jem dodelila v uporabo radijske frekvence, ki so predmet tega javnega razpisa, končni znesek plačila za učinkovito rabo omejene naravne dobrine poravnati v enkratnem znesku. Uspešni dražitelji bodo morebitna dodatna plačila za pokritje razlike med zneskom plačila za učinkovito rabo omejene naravne dobrine in nakazanimi.«

V skladu z 2. odst. 47. člena ZEKom-1 ima AKOS diskrecijo glede določitve načina plačila za učinkovito rabo omejene naravne dobrine, ki je lahko predpisana bodisi v enkratnem znesku ali obročno. Konkretna določba ZEKom-1 nasprotuje določbi Direktive EECC v 2. odst. 42. člena, ki, med drugim, v točki (c) izrecno, na jasn, natančen in brezpogojen način določa, da države članice »v največji možni meri uporabijo načine plačila, povezane z dejansko razpoložljivostjo radiofrekvenčnega spektra za uporabo.«

To, na podlagi zgoraj opravljene materialnopravne analize, sledeč načelu s pravom EU skladne razlage, pomeni, da je treba 2. odst. 47. člena ZEKom-1 razlagati tako, da AKOS nima več diskrecije glede določitve načina plačila za učinkovito rabo omejene naravne dobrine. Pri tem je tudi intervencija Vlade v obliki Sklepa,<sup>62</sup> ki potrdi s pravom EU neskladno ravnanje AKOS, seveda tudi sama v nasprotju s

<sup>60</sup> AKOS je sicer pripravila dokument »Povzetek analize trga mobilnih komunikacij 2014-2019«, ki pa po vsebini ne ustreza zahtevam in elementom iz člena 67(2) direktive 2018/1972/EU.

<sup>61</sup> [https://www.akos-rs.si/fileadmin/user\\_upload/SKLEP\\_O\\_UVEDBI\\_JR\\_MULTIBAND\\_1712202\\_P.pdf](https://www.akos-rs.si/fileadmin/user_upload/SKLEP_O_UVEDBI_JR_MULTIBAND_1712202_P.pdf)

<sup>62</sup> Sklep Vlade 38100-6/2020/8: »Vlada Republike Slovenije soglaša, da se plačilo za učinkovito rabo omejene naravne dobrine izvede v enkratnem znesku.«



pravom EU. Kadar se, tako kot v tem primeru, frekvence podeljuje za daljše časovno obdobje (15 oz. 20 let), dejanska razpoložljivost radiofrekvenčnega spektra za uporabo v skladu s točko (c) 2. odst. 42. člena Direktive EECC zahteva določitev obročnega načina plačila. V tem primeru je zato treba razpisne pogoje nujno prilagoditi Direktivi EECC, sicer gre za kršitev prava EU.

c) souporaba, poslovni dogovori o gostovanju in skupni postavitvi infrastrukture

Točka A.5.5.2 razpisne dokumentacije v zvezi s souporabo, poslovnimi dogovori o gostovanju in Skupni postavitvi infrastrukture določa, da »Kadar operaterjem ni na voljo noben izvedljiv in podoben alternativen način dostopa do končnih uporabnikov pod poštenimi in primernimi pogoji za lokalno zagotavljanje storitev, bo Agencija imetniku ODRF-ja, ki ima na določenem območju zgrajeno infrastrukturo, v času trajanja ODRF-ja naložila obveznosti v zvezi s souporabo pasivne infrastrukture ali obveznosti sklenitve lokaliziranih sporazumov o gostovanju.«, in da okoliščinah, ko zgolj dostopanje do pasivne infrastrukture in njena souporaba ne zadoščata za rešitev teh razmer, lahko Agencija naloži obveznosti za souporabo aktivne infrastrukture.«<sup>63</sup>

Ob dejstvu, da ZEKom-1 določb o obveznosti souporabe, dostopu do gostovanja ter skupne postavitve infrastrukture nima, niti ZEKom-1 niti opisana točka A.5.5.2. razpisne dokumentacije nista skladna s 1. odst. 47. člena Direktive EECC, ki, med drugim, jasno, natančno in brezpogojno pristojne organe zavezuje, da »pred dodelitvijo ali obnovitvijo teh pravic jasno določijo vse take pogoje [za zagotovitev optimalne, najuspešnejše in najučinkovitejše uporabe radiofrekvenčnega spektra], vključno z zahtevano ravniyo uporabe [ . . . pri čemer imajo pristojni organi v skladu z 2. odst. 47. člena Direktive pravico določiti tri možnosti. <sup>64</sup>

Načeli s pravom EU skladne razlage in načelo primarnosti prava EU tako v tem primeru zahtevata od AKOS, da na podlagi 1. odst. 47. člena Direktive EECC, javni razpis oblikuje tako, da že v njen samem, pred dodelitvijo ali obnovitvijo pravic, jasno v naprej določi pogoje glede souporabe pasivne ali aktivne infrastrukture, poslovnih dogovorov o dostopu do gostovanja ter glede skupne postavitve. Ker AKOS tega ni storila, objavljeni javni razpis pomeni kršitev 1. odst. 47. člena Direktive EECC, načela s pravom EU skladne razlage in načela primarnosti prava EU.

## 5. ZAKLJUČEK

Pravno mnenje na podlagi opravljene materialnopravne analize ustavne ureditve Republike Slovenije in prava EU ugotavlja, da ravnanje AKOS z objavo v tem mnenju presojanega javnega razpisa na splošno in posebej, z vidika posameznikov kot imetnikov pravic in pravnih interesov po pravu EC<sup>T</sup>, krši tako 3.a člen Ustave kot citirane določbe Direktive EECC, njene namene in cilje, v povezavi z 3. odst. 4. člena

<sup>63</sup> Razpisna dokumentacija, [https://www.akosrs.si/fileadmin/user\\_upload/Razpisna\\_dokumentacija\\_za\\_vecfrekvencno\\_drazbo\\_17122020\\_koncna.pdf](https://www.akosrs.si/fileadmin/user_upload/Razpisna_dokumentacija_za_vecfrekvencno_drazbo_17122020_koncna.pdf) str. 32.

<sup>64</sup> 2. odst. 47. člena Direktive EECC: »(a) souporaba pasivne ali aktivne infrastrukture, ki temelji na radiofrekvenčnem spektru, ali radiofrekvenčnega spektra; (b) poslovni dogovori o dostopu do gostovanja; (c) skupna postavitve infrastrukture za zagotavljanje omrežij ali storitev, ki temeljijo na uporabi radiofrekvenčnega spektra. Pristojni organi v pogojih, vezanih na pravice uporabe radiofrekvenčnega spektra, ne preprečujejo souporabe radiofrekvenčnega spektra. Podjetja pri izvajanju pogojev, naloženih na podlagi tega odstavka, še naprej upoštevajo konkurenčno pravo.«

PEU, in načeli primarnosti, neposredne učinkovitosti ter s pravom EU skladne razlage. Objavljeni javni razpis namreč pomeni tak poseben ukrep, s katerim se neposredno in resno ogroža doseg ciljev Direktive EECC. AKOS je tako dolžna sama, neaktivnosti MJU in zakonodajalca navkljub, odpraviti ugotovljene protipravnosti, razpis v celoti uskladiti s pravom EU, ali pa ga preklicati do sprejema ustrezne zakonske podlage, ki bo pravilno prenesla Direktivo EECC v nacionalni pravni red.

Pri tem pa mora AKOS v skladu z 2. členom Ustave ter Direktivo EECC nemudoma sprejeti vse potrebne ukrepe za zavarovanje pravnih interesov imetnikov obstoječih pravic, zlasti s podaljšanjem trajanja letih in z zagotovitvijo njihove pravne in regulatorne varnosti, kot jo zahteva Direktiva EECC.

Če AKOS tega ne bo storila in bo ohranila v tem pravnem mnenju opisane kršitve prava EU, bo uveljavljena nepogodbena odškodninska odgovornost Republike Slovenije. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča EU morajo biti zanjo izpolnjeni trije pogoji. Direktiva mora imeti namen podeliti pravice posameznikom. Te pravice morajo biti jasno opredeljive na podlagi določb direktive. Obstajati mora vzročna zveza med deliktним ravnanjem države članice ter nastalo škodo.<sup>65</sup> Kot izhaja iz tega pravnega mnenja, še posebej iz odgovora na drugo vprašanje, Direktiva EECC nedvomno podeljuje pravice posameznikom (podjetjem, ki imajo ali kandidirajo za pridobitev pravic radiofrekvenčnega spektra), AKOS pa z objavljenim javnim razpisom na zgoraj opisani način z obstojem jasne vzročne zveze te pravice krši. Pogoji za nastop nepogodbene odškodninske odgovornosti po pravu EU so tako od 21. 12. 2020 izpolnjeni ne le zaradi neprenosa Direktive EECC, temveč neposredno tudi zaradi ravnanja AKOS, ki je objavil z Direktivo EECC neskladen razpis.

Prav tako pa Republiki Sloveniji od 21. 12. 2020, ker ni sprejela in objavila zakonov in drugih predpisov, potrebnih za uskladitev z Direktivo EECC, AKOS pa je s svojim ravnanjem še bolj konkretno ogrozila namene in cilje te Direktive, grozi plačilo denarne kazni in pavšalnega zneska zaradi neprenosa direktive v nacionalni pravni red. Kot kaže zadnji primer, je ta finančna kazen lahko naložena tudi v višini več sto tisoč evrov.<sup>66</sup>

## **ODGOVOR**

Agencija ugotavlja, da ne gre za vprašanje oziroma za pojasnilo v zvezi z razpisno dokumentacijo, ampak za pravno mnenje, ki ga je Agencija prejela v okviru zahtev za pojasnila glede domnevne neskladnosti predmetnega javnega razpisa s pravom EU. Na pravno mnenje pa Agencija v okviru tovrstnih pojasnil ni dolžna odgovarjati, opredelitev Agencije pa tudi v ničemer ne bi pripomogla k boljši pripravi same ponudbe ali k odpravi morebitnih nejasnosti v zvezi z nadaljnjim postopkom podelitve radijskih frekvenc. Ne glede na navedeno želi Agencija na tem mestu vnovič poudariti, da je določila EECC pri pripravi predmetnega javnega razpisa upoštevala in jim v največji možni meri sledila, zaradi česar so v pravnem mnenju izpostavljeni očitki, neutemeljeni. Posledično tako pri vseh določilih javnega razpisa vztraja, ponudniki pa bodo imeli v postopku zagotovljeno pravno varstvo.

---

<sup>65</sup> Zadevi C-60/90 in C-9/90 Francovich, podrobneje glej tudi M. Avbelj, Sodno pravo Evropske unije (GV Založba, 2. prenovljena izdaja, 2020), str. 203ff.

<sup>66</sup> Zadeva C-628/18 Evropska komisija proti Sloveniji.