



**Ákvörðun nr. 12/2007 um höfnun á umsókn IP-fjarskipta ehf.  
um tíðniheimild fyrir GSM 1800**

18. júní 2007

**I.**

**Umsókn**

Með umsókn, dags. 3. apríl 2007, lagði IP-fjarskipta fram tilboð í eina af tveimur tíðniheimildum fyrir GSM 1800 farsímaþjónustu í útboði Póst- og fjarskiptastofnunar þar að lútandi.

Umrædd umsókn barst innan tilskilins útboðsfrests sem var ákveðinn til kl. 11.00 þann 3. apríl s.l. Lesið var upp tilboð fyrirtækisins um að byggja upp farsímanet sitt í fyrsta áfanga á höfuðborgarsvæðinu þannig að það næði til 65% landsmanna. Samkvæmt stigagjöf hlaut tilboðið því 97,5 stig og hafnaði í fjórða sæti af þeim fjórum tilboðum sem bárust stofnuninni.

**II.**

**Bréfaskipti og sjónarmið**

**1.**

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 4. maí 2007, var IP-fjarskiptum ehf. tilkynnt að búið væri að fara yfir umsókn IP-fjarskipta ehf. og að samkvæmt álitni stofnunarinnar væri henni vera verulega áfátt varðandi þær upplýsingar sem nauðsynlega þurfa að koma í umsókn.

Varðandi þetta var vísað í kafla 2.6. í útboðslýsingunni þar sem segir að umsækjandi skuli leggja fram þær upplýsingar sem eru stofnuninni nauðsynlegar til að meta fjárhagsstöðu hans. Er þar átt við kröfu um fjárhagslega getu umsækjanda, samkvæmt kafla 1.2., á þann veg að eigið fé hans sé a.m.k. kr. 50 milljónir og að eiginfjárlutfallið fari ekki undir 20% á uppbyggingartímanum. Enn fremur var vísað í kafla 2.7. í útboðslýsingu þar sem segir að umsækjandi skuli gera grein fyrir reynslu sinni og árangri á fjarskiptamarkaði, innanlands eða erlendis. Jafnframt því sem umsækjandi skuli gera grein fyrir því hvernig hann hyggist tryggja nauðsynlega þekkingu og starfsreynslu við uppbyggingu og starfrækslu á farsímanetinu og þjónustu tengdri því. Auk þess skuli umsækjandi upplýsa hvaða undirverktaka hann hyggur á samstarf við, ef við á.

Póst- og fjarskiptastofnun bárust hvorki upplýsingar um fjárhagsstöðu IP-fjarskipta ehf. né heldur upplýsingar um hvernig fyrirtækið hygðist tryggja nauðsynlega þekkingu og reynslu varðandi uppbyggingu og starfrækslu á farsímanetinu. Þessar upplýsingar varða hæfi umsækjanda, en auk þessa hafði umsóknin ekki að geyma neinar upplýsingar um tæknilega útfærslu á farsímanetinu, sbr. kröfu í kafla 2.4. í útboðslýsingunni.

Í ljósi framangreinds var IP-fjarskiptum ehf. tilkynnt að stofnunin hygðist hafna umsókn fyrirtækisins á þessum grundvelli. Tekið var fram að ekki væri unnt að líta til umsóknar IP-

fjarskipta ehf. frá árinu 2005 um tíðniheimild til reksturs farsímakerfis. Enda hefði umsókn IP-fjarskipta ehf. nú ekki að geyma neina tilvísun í upplýsingar úr fyrri umsókn sem þar að auki yrðu að telja úreltar við mat á fyrirtækinu nú tveimur árum síðar. Var IP-fjarskiptum ehf. gefinn kostur á því að tjá sig um þessa fyrirhuguðu ákvörðun og var frestur til þessa veittur til 18. maí 2007.

## 2.

Með bréfi IP-fjarskipta ehf., dags. 18. maí 2007, var mótmælum við fyrirhugaða ákvörðun komið á framfæri við Póst- og fjarskiptastofnun, sbr. eftirfarandi:

„Í umræddri umsókn IP-fjarskipta ehf. dags. 3. apríl dags. 2007 var gengið út frá því að stofnunin styddist m.a. við upplýsingar sem lagðar höfðu verið fram í tengslum við fyrri umsókn IP-fjarskipta um tíðniheimild til reksturs farsímakerfis frá árinu 2005. Fyrirtækið hefur staðfastlega lýst því yfir, bæði skriflega og í samskiptum við stofnunina, og sýnt með frumkvæði sínu í fyrri umsókn og samskiptum við stofnunina, að það hygðist hasla sér völl á þessu sviði, í því markmiði að efla samkeppni á farsímamarkaði og lækka verð. Er það í samræmi við stefnu stjórnvalda sem og álit Póst- og fjarskiptastofnunar í tengslum við norræna verðkönnun á farsímaþjónustu sbr. fréttatilkynningu 27. september sl. Að mati fyrirtækisins er ekki hægt að aðskilja þessar tvær umsóknir, né samskipti fyrirtækisins og stofnunarinnar varðandi þetta mál á tímabilinu, heldur ber að líta á málið í heildarsamhengi.

Samkvæmt endurskoðuðum ársreikningi IP fjarskipta ehf. var bókfært eigið fé félagsins í árslok 2006 kr. [...], og var eiginfjárhlutafallið [...]. Í febrúar 2007 var eigið fé aukið um [...] milljónir króna með aukningu hlutafjár, og var eiginfjárhlutfall í lok febrúar [...]. Gert er ráð fyrir að hagnaður verði á rekstrinum árið 2007, og að eiginfjárhlutfall muni því ekki lækka á árinu eða á uppbyggingartíma farsímakerfisins.

Eins og Póst- og fjarskiptastofnun er kunnugt hafa IP-fjarskipti ehf. haslað sér völl á íslenska fjarskiptamarkaðnum síðan 2004, og veitt einkum internet- og símaþjónustu. Nú eru liðlega [...] internet áskrifendur hjá IP-fjarskiptum ehf. og um [...] áskrifendur að símaþjónustu (VoIP). Auk þess eru eMax ehf. og Atlassími ehf. systurfyrirtæki IP-fjarskipta ehf., þ.e. í eigu sömu aðila, og hafa þau fyrirtæki auk þess [...] internet-áskrifendur og um [...] áskrifendur í símalausnum, auk þess að vera leiðandi í sölu á alþjóðlegum símakortum hérlendis. Áform eru um að fjölga þjónustuáskrifendum fyrirtækjanna í heild sinni umtalsvert á þessu ári. Annað fyrirtæki IP-fjarskipta ehf., þ.e. í eigu sömu aðila Wireless Broadband Systems ehf. (WBS), en það fyrirtæki rekur m.a. tvö þráðlaus borgarnet í Þýskalandi, og auk þess tilraunanet í Reykjavík og í Grímsnesi með tæplega [...] áskrifendur að internet-þjónustu hérlendis.

IP-fjarskipti ehf. og WBS munu starfa náið saman að uppbyggingu farsímanets fyrir IP-fjarskipti ehf. Verður þar byggt á víðtækri tækniþekkingu WBS hérlendis og erlendis, sem m.a. felst í þráðlausri fjarskiptaþjónustu þ.m.t. símaþjónustu og farsímaþjónustu. Reynsla og tækniþekking WBS nær einnig til baknetskerfa að hefðbundinni farsímaþjónustu. Að auki býr umtalsverð reynsla og þekking innan IP-fjarskipta ehf. á þessu sviði, en lykilstarfsmenn byggðu m.a. upp starfsemi og farsímakerfi Tals hf. á sínum tíma.

Þegar IP-fjarskipti ehf. lögðu inn umrædda umsókn 3. apríl 2007 var á sama tíma verið að ganga frá sölu félagsins til nýrra eigenda, hinna sömu og eiga WBS. Með nýjum eigendum koma nýjar

áherslur og var Póst- og fjarskiptastofnun m.a. gerð grein fyrir því á fundi fyrirtækisins með stofnuninni hinn 30. apríl sl. Í því felst að IP-fjarskipti ehf. hyggjast ganga mun hraðar og ákveðnar fram í uppbyggingu farsímanets síns. Áform félagsins eru að farsímanetið muni ná til 96% landsmanna, sambærilegt við áform WBS varðandi uppbyggingu þráðlausra netkerfa, og að uppbyggingin hvað farsímakerfið varðar muni nánast öll fara fram á þessu ári, þ.e. 2007.

Að ofanrituðu samanteknu er þess óskað að Póst- og fjarskiptastofnun endurskoði áform sín, og veiti IP-fjarskiptum ehf. umræddar tíðniheimildir fyrir GSM 1800 farsímaþjónustu. Við þá endurskoðun verði m.a. haft til hliðsjónar að IP-fjarskipti ehf.:

1. hefur nú þegar mjög mikla reynslu í fjarskiptastarfsemi hérlendis
2. hefur sýnt með gjörðum sínum að geta byggt hratt upp nýja þjónustupætti,
3. er áreiðanlegt í þjónustu sinni og almennri starfsemi
4. kom hæst út allra netveitufyrirtækja í ánægjuvog Capacent nýverið
5. hefur mikinn fjárhagslegan styrk til að byggja upp farsímakerfi og farsímaþjónustu
6. mun kappkosta að ljúka uppbyggingu kerfisins að mestu á þessu ári og hefja þjónustu strax
7. er eini umsækjandinn sem hefur ítrekað sýnt í verki tilburði til að koma á virkri samkeppni í farsímaþjónustu hérlendis

Við viljum ítreka þá skoðun okkar, sem fram hefur komið áður, að neytendum og samkeppnismarkaðnum sé með tíðniúthlutunum tryggt að samkeppni á farsíamarkaðnum hérlendis verði efld sem allra fyrst og svo um munar þegar á þessu ári. Fyrirspurnir erlendra umsækjenda að GSM 1800 tíðniheimildunum nýverið til WBS varðandi möguleika á samstarfi um baknetskerfi, sem og aðrar upplýsingar á opinberum vettvangi, gefa ekki tilefni til að ætla að skjótra breytinga verði að vænta út frá þeim valkostum. IP-fjarskipti ehf. hafa á undanförunum misserum ítrekað en án árangurs reynt að ná samkomulagi við aðra farsímanetsrekendur í þeim tilgangi að geta hafið GSM þjónustu er stuðli að verðlækkun á markaðnum, þar af eru tveir samkeppnisaðilar og einn sem nýtir heimildir sínar í öðrum tilgangi. Reynslan sýnir að ekki sé að vænta skjótra breytinga eða árangurs við slíkar aðstæður.“

### III.

#### Forsendur og niðurstaða

Úthlutun fjarskiptatíðna fer fram á grundvelli lagákvæða í IV. kafla laga um fjarskipti nr. 81/2003. Samkvæmt 7. gr. laganna úthlutar Póst- og fjarskiptastofnun tíðnum samkvæmt umsókn þar um. Til að tryggja skilvirka notkun tíðna getur stofnunin ákveðið, sbr. 9. gr. laganna, að takmarka fjölda úthlutana á tíðniréttindum og mælt fyrir um hvaða aðferð skuli lögð til grundvallar við úthlutun. Í 2. mgr. 11. gr. er sérstaklega er kveðið á um heimild stofnunarinnar til að efna til útboðs á tíðnum.

Ekki eru fyrir hendi sérstakar reglur sem útfæra hvernig framkvæmd og málsmeðferð skuli háttáð varðandi útboð stofnunarinnar. Þar sem ekki er verið að bjóða út samning um framkvæmd verks, sölu vara eða veitingu þjónustu er ljóst að úthlutun tíðna af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar fellur utan gildissviðs laga nr. 84/2007 um opinber innkaup. Hins vegar getur stofnunin stuðst við þær meginreglur sem hafa myndast í tengslum við útboð af hálfu hins opinbera og getur því haft

fyrirnefnd lög um opinber innkaup til hliðsjónar, auk þess sem hún er bundin af ákvæðum stjórnsýslulaga nr. 37/1993 að því er varðar málsmeðferð.

Réttindi til notkunar á einstökum tíðnisviðum eru andlag verulegra fjárhagslegra hagsmuna. Er þá fyrst og fremst um að ræða þau tíðnisvið sem notuð eru til þess að veita almenningi fjarskiptaþjónustu. Í ljósi þess að tíðnirófið er í eðli sínu takmörkuð auðlind er um að ræða eftirsótt verðmæti sem samkeppni ríkir um að öðlast umráðarétt yfir. Góð og skilvirk nýting tíðnirófsins hefur enn fremur mikla þýðingu bæði í samfélagslegum og þjóðhagslegum skilningi. Þannig er öflug og örugg fjarskiptaþjónusta meginforsenda fyrir hagvexti og framþróun í öllum byggðum landsins. Sömuleiðis gegna fjarskipti veigamiklu hlutverki í öllu menningarlífi í nútíma þjóðfélagi. Markmið stjórnvalda hvað varðar þróun og uppbyggingu í fjarskiptum er að finna í fjarskiptáætlun 2005-2010.

Þar sem skynsamleg ráðstöfun tíðniheimilda varðar almannahagsmuni hefur Póst- og fjarskiptastofnun talið nauðsynlegt að gera ákveðnar kröfur til hæfis umsækjanda þegar um er að ræða útboð á tíðnum sem ætlaðar eru til að veita almenningi fjarskiptaþjónustu. Ljóst þarf að vera að umsækjandi hafi fjárhagslegt bolmagn til að standa við þær skuldbindingar sem hann tekst á herðar varðandi uppbyggingu á fjarskiptanetinu. Eins þarf hann að búa yfir tæknilegri þekkingu og reynslu til að geta tryggt rekstur þeirrar þjónustu sem hann hyggst bjóða upp á. Því hefur stofnunin sett fram skilyrði í útboðslýsingu um að umsækjandi þurfi annars vegar að sýna fram á nægilegan fjárhagslegan styrk og hins vegar tæknilega getu, sbr. kafla 1.2 og 2.7 í útboðslýsingu.

Fyrir liggur að það tilboð sem IP-fjarskipti ehf. lagði fram var mjög rýrt að innihaldi og er ekki nema ein blaðsíða að lengd. Hafði tilboðið til að mynda ekki að geyma neina lýsingu á uppbyggingu á fyrirhuguðu fjarskiptaneti né heldur voru tilgreindar þær tæknilegu upplýsingar sem krafist er samkvæmt kafla 2.4 í útboðslýsingunni. Skortur á slíkum upplýsingum verður að teljast veigamikill annmarki á tilboði IP-fjarskipta ehf. En þar sem engar upplýsingar um hæfi umsækjanda fylgdu tilboði IP-fjarskipta ehf. verður að hafna tilboði fyrirtækisins þegar af þeim ástæðum.

Þessar upplýsingar komu að einhverju leyti fram í bréfi félagsins, dags. 18. maí 2007. Hins vegar er ekki unnt að leggja fram slíkar upplýsingar eftir að útboðsfrestur er runninn út. Póst- og fjarskiptastofnun er heimilt, ef þurfa þykir, að afla ítarlegri upplýsinga um fjárhagsstöðu umsækjanda og óska eftir skýringum hans á einstökum þáttum þar að lútandi. Skulu upplýsingar undir slíkum kringumstæðum lagðar fram innan 7 daga frá opnun tilboða. Hins vegar kemur ekki til álita að beita þessari heimild ef umsækjandi hefur að öllu leyti vanrækt að greina frá fjárhagsstöðu sinni og tæknilegri getu. Ef svo væri hefði útboðsfresturinn enga raunhæfa þýðingu sem tímamark til afhendingar á slíkum upplýsingum til Póst- og fjarskiptastofnunar. Með tilliti til þess jafnræðis sem ríkja verður milli umsækjenda í formlegum útboðum, sbr. sú meginregla sem gildir almennt í útboðsrétti, kemur ekki til greina að gera undantekningu hvað þetta varðar í tilviki IP-fjarskipta ehf.

IP-fjarskipti ehf. hafa vísað til þess að taka verði tillit til upplýsinga um fyrirtækið sem lagðar voru fram með umsókn um tíðniheimild árið 2005. Póst- og fjarskiptastofnun getur ekki fallist á upplýsingar sem fylgdu þeirri umsókn hafi þýðingu í útboði stofnunarinnar sem haldið er nú tveimur árum síðar. Eru slíkar upplýsingar úreltar að því er varðar stöðu IP-fjarskipta ehf. í dag, auk þess sem það myndi aftur brjóta gegn meginreglunni um jafnræði ef heimilt væri að byggja á

upplýsingum sem hvorki fylgdu né vísað var til í umsókn. Slíkt fyrirkomulag væri og til þess fallið að draga úr öllu gagnsæi varðandi útboðsframkvæmdina. Því almennt hlýtur reglan að vera sú að eingöngu skuli byggt á þeim gögnum sem umsækjandi leggur fram eftir að auglýst hefur verið eftir tilboðum og áður en að útboðsfrestur rennur út, nema að stofnunin kalli sérstaklega eftir tilteknum upplýsingum eftir það tímamark, sbr. það sem áður segir.

Að öllu framangreindu virtu er það álit Póst- og fjarskiptastofnunar að umsókn IP-fjarskipta ehf. sé haldin verulegum annmörkum og að í ljósi meginreglunnar um jafnræði sé ekki unnt að heimila fyrirtækinu að bæta úr henni að liðnum útboðsfresti. Því er það niðurstaða Póst- og fjarskiptastofnunar að ekki verði komist hjá því að hafna umsókn IP-fjarskipta ehf.

### *Ákvörðunarorð*

Umsókn IP-fjarskipta ehf., dags. 3. apríl 2007, um tíðniheimild fyrir GSM 1800 farsímaþjónustu er hafnað.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar.

Virðingarfyllst,

---

Hrafnkell V. Gíslason

---

Björn Geirsson