

Warszawa, 28 lipca 2021 r.

Opinia prawna

Przedmiotem opinii prawnej jest udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące możliwości stosowania w ofertach ramowych konstrukcji automatycznej zmiany cen oraz zakazu stosowania tzw. *cherry picking*, czyli uniemożliwienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu wybierania tylko określonych nowych rozwiązań z oferty, ale także obowiązku wprowadzania do umowy rozwiązań wynikających z ofert proponowanych przez operatora zobowiązanego.

Spis treści

- I. Zasady ogólne
 - 1. Zakres i treść oferty ramowej oraz zawieranie umowy
 - 2. Nowa oferta ramowa oraz zmiana umowy
- II. Projekt decyzji Prezesa UKE (nr DR.WORK.6082.1.2020)
 - 1. Zakaz stosowanie *cherry picking*
 - 1.1. Propozycja modyfikacji postanowień punktu 6.3
 - 2. Automatyzm zmiany cen
 - 2.1. Propozycja modyfikacji postanowień punktu 19.1.1 Cennika
- III. Wnioski końcowe
- Bibliografia

I. Zasady ogólne

1. Zakres i treść oferty ramowej oraz zawieranie umowy

1. Według art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), (dalej „p.t.”), *Prezes UKE może nałożyć, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a, w drodze decyzji, na operatora o znaczącej pozycji rynkowej, na którego został nałożony obowiązek równego traktowania zgodnie z art. 36, lub wraz z tym obowiązkiem, obowiązek przygotowania i przedstawienia w określonym terminie projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, której stopień szczegółowości określi w decyzji.* Przepis art. 42 p.t. przewiduje wymagania dla poszczególnych rodzajów ofert ramowych. Wymagania dotyczące zawartości poszczególnych rodzajów ofert wynikają więc przede wszystkim z postanowień art. 42 p.t., rozporządzenia wydanego na podstawie art. 42 ust. 4 p.t., a także decyzji Prezesa UKE (art. 42 ust. 1 p.t.). Zarówno z przepisów art. 42 p.t., jak i wydanego na podstawie art. 42 ust. 4 p.t. rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym z dnia 21 lipca 2008 r. (Dz. U. Nr 183, poz. 866) (dalej „Rozporządzenie”), nie wynika, aby nie mogły znaleźć się w ofercie ramowej inne jeszcze postanowienia, niż wynikające wprost z postanowień art. 42 i Rozporządzenia. Przepis art. 42 ust. 1 p.t. wprost stanowi, że stopień szczegółowości w decyzji określa Prezes UKE, z czego wynika, że mogą się znaleźć w niej odpowiednie postanowienia, jeżeli będzie wymagał tego stopień szczegółowości oferty. Postanowienia te powinien przygotować operator zobowiązany do przedstawienia oferty ramowej¹. W doktrynie wskazuje się, że warunki współpracy przewidziane w ofercie ramowej określają minimalne wymagania dla zainteresowanych podmiotów².
2. Postanowienia oferty ramowej wiążą oczywiście operatora, na którego została nałożony obowiązek jej przygotowania, na podstawie art. art. 42 ust. 1 p.t. (art. 43 ust. 6 p.t.). Nie oznacza to jednak, że przedsiębiorca telekomunikacyjny, który zamierza zawrzeć umowę z operatorem zobowiązanym, nie musi jej także przestrzegać. Przedsiębiorca telekomunikacyjny musi także uwzględniać postanowienia oferty ramowej. W praktyce więc oznaczać to będzie występowanie o zawarcie umowy na warunkach określonych w zatwierdzonej ofercie ramowej. Innymi słowy, wystąpienie przez przedsiębiorcę

¹ Zob. M. Rogalski red., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 331-333.

² Zob. A. Chrzanowski, *Stosowanie ofert ramowych w praktyce regulacyjnej* [w:] S. Piątek red. *Regulowanie rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007, s. 310.

telekomunikacyjnego o zawarciu umowy na warunkach innych niż przewidziane w zatwierdzonej ofercie może nie doprowadzić do zawarcia umowy.

3. Z przepisów Prawa telekomunikacyjnego nie wynika, że postanowienia oferty ramowej dla podmiotu, który był zobowiązany do jej przygotowania na podstawie art. 42 ust.1 p.t., mogą mieć tylko charakter zobowiązujący i nie mogą przewidywać dla podmiotu zobowiązanego także uprawnień. Należy bowiem wyraźnie rozróżnić kwestie zakresu i treści oferty od kwestii negocjowania i zawierania umów w oparciu o ofertę przez operatora zobowiązanego do przygotowania i stosowania oferty oraz przedsiębiorcy wnioskującego o zawarcie umowy. Z wynikającego z art. 43 ust. 6 p.t. obowiązku dla operatora, o którym mowa w art. 42 ust. 1 p.t., do zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym na warunkach nie gorszych, dla pozostałych stron umowy, niż określone w zatwierdzonej ofercie, nie wynika w żaden sposób, że nie przysługuje mu prawo do przedstawienia drugiej stronie, elementów objętych ofertą ramową, które powinna zawierać umowa. Kwestią natomiast kolejną jest dalszy tryb postępowania w razie przedstawienia takich elementów - czy postanowienia te ostatecznie zostaną objęte umową oraz ewentualne konsekwencje prawne nieprzyjęcia do umowy przez drugą stronę zaproponowanych uregulowań wynikających z oferty ramowej.
4. We omawianym zakresie, przepis art. 43 ust. 6 p.t. stanowi, że *operator, na którego został nałożony obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1, jest obowiązany do zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym na warunkach nie gorszych, dla pozostałych stron umowy, niż określone w zatwierdzonej ofercie, o której mowa w ust. 1, lub ustalonej decyzją Prezesa UKE*. Z przepisu tego nie wynika więc, że operator zobowiązany do przedstawienia oferty ramowej, nie może przedstawić zagadnień z oferty ramowej, które powinny się znaleźć w umowie zawieranej z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Z przepisu tego wynika tylko, że zaproponowane uregulowania nie mogą być gorsze od znajdujących się w ofercie ramowej, a tak w praktyce się nie może stać, skoro propozycje uregulowań będą pochodzić z oferty ramowej lub decyzji Prezesa UKE. Analogicznie kwestie te interpretuje się w doktrynie i orzecznictwie sądowym. W doktrynie przyjmuje się, że oferta ramowa powinna określać istotne warunki umów o dostępie telekomunikacyjnym, które nie mogą ulec pogorszeniu dla drugiej strony umowy, w wyniku negocjacji między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi³. Podobnie w orzecznictwie przyjmuje się, że operator o pozycji

³ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 361.

znaczącej jest zobowiązany do zawierania umów na warunkach nie gorszych niż zawarte w obowiązującej ofercie ramowej⁴.

5. Wskazane już zostało, że kluczową kwestią jest rozróżnienie postanowień oferty ramowej oraz praw i obowiązków z niej wynikających od negocjowania i zawierania umowy na jej podstawie. Oferta ramowa może i powinna przewidywać postanowienia, które pozwalają zarówno operatorowi zobowiązanemu do jej przygotowania, jak i przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu wnioskującemu o zawarcie umowy na jej podstawie, do przedstawia uregulowań wynikających z oferty ramowej, które mają być przedmiotem negocjacji. Oddzielną natomiast kwestią jest negocjowanie umowy, zgodnie z wymaganiami art. 43 ust. 6 p.t., czyli proponowanie przez operatora zobowiązanego warunków nie gorszych niż wynikające z oferty ramowej. Wreszcie, kolejną kwestią, są konsekwencje związane z nieprzyjęciem warunków drugiej strony. W takim przypadku, do dyspozycji stron negocjujących umową pozostają uregulowania Prawa telekomunikacyjnego, w szczególności uprawnienia wynikające z art. 27 ust. 2b p.t.

2. Nowa oferta ramowa i zmiana umowy

6. W przypadku przygotowania w trybie art. 42 ust. 1 i n. p.t. nowej oferty ramowej i jej zatwierdzenie na podstawie art. 43 ust. 1 p.t. lub zmiany istniejącej oferty ramowej w trybie art. 43 ust. 2 p.t., pojawi się kwestia zmiany już wcześniej zawartych umów pomiędzy operatorem zobowiązanym do przygotowania oferty ramowej lub jej zmiany a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Strony zmieniając umowy powinny dostosowywać je do nowych lub zmienionych postanowień ofert. W praktyce stosowania nowych lub zmienionych ofert ramowych, obecnie występuje wśród części przedsiębiorców telekomunikacyjnych zjawisko wybiórczego podejścia, które polega na tym, że akceptują oni wprowadzanie nowych usług do ofert, ale nie wnioskują o zmiany w procesach lub innych usługach wprowadzanych decyzjami Prezesa UKE. Prowadzi to do sytuacji, gdy na rynku telekomunikacyjnym są zawierane różne umowy realizujące na rynku hurtowym różne modele realizacji usług hurtowych.

⁴ Zob. wyrok SOKiK z 3 października 2008 r., XVII Amt 62/07, niepubl.

7. W doktrynie podkreśla się, że celem oferty ramowej jest zapewnienie praktycznego wdrożenia m.in. zasady przejrzystości⁵. Nie będzie służyć realizacji tej zasady sytuacja, gdy podmioty zamierzające zawrzeć umowę w oparciu o ofertę ramową, będą tylko w sposób wybiórczy, bez uwzględnienia stanowiska drugiej strony, przyjmować postanowienia z oferty ramowej. Sytuacja ta jest sprzeczna z zasadą przejrzystości. Prezes UKE powinien reagować na takie negatywne zjawiska na rynku oraz zapobiegać im poprzez wprowadzanie do oferty ramowej rozwiązań zapewniających realizację tej zasady. Może to także doprowadzić do sytuacji dyskryminacji⁶, gdy umowy zawierane w różnym okresie będą przewidywały różne warunki dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, podczas gdy jednym z podstawowych celów oferty ramowej jest zapewnienie właśnie niedyskryminujących warunków.
8. Zgodnie z art. 189 ust. 2 p.t. Prezes UKE prowadząc określoną politykę regulacyjną, powinien realizować cele regulacyjne, które są przykładowo wymienione w tym przepisie. Istotnym celem regulacyjnym jest zapewnienie właściwego rozwoju konkurencji na rynku telekomunikacyjnym i zapobieganie różnego rodzaju zniekształceniom w tym obszarze. Nie jest zbieżna z celami polityki regulacyjnej sytuacja, gdy na rynku telekomunikacyjnym umowy zawierane w różnym okresie w oparciu o różne oferty ramowe, przewidują różne warunki dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Teoretycznie możliwe jest dostosowanie takich umów do nowej oferty ramowej lub jej zmiany, ale to wymaga uruchomienia postępowania przed Prezesem UKE, które musiałoby być wszczynane w przypadku każdej umowy i które może trwać przez długi, nawet kilkuletni okres czasu. Kwestia ta powinna być rozwiązana poprzez wprowadzanie za każdy razem odpowiednich rozwiązań do nowej oferty ramowej, swoistych postanowień przejściowych, które zapewnią dostosowanie zawartych wcześniej umów w oparciu o poprzednie oferty lub ich zmiany do nowych ofert. W ten sposób zapewni to uporządkowanie rynku telekomunikacyjnego i zapobiegnie zniekształceniom oraz dodatkowym kosztom organizacyjnym i finansowym.

⁵ Por. A. Chrzanowski, *Stosowanie ofert ramowych w praktyce regulacyjnej* [w:] S. Piątek red. *Regulowanie rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007, s. 310. Zob. także B. Rzeszotarski, *Oferty ramowe jako instrument kształtowania zasad łączenia sieci telekomunikacyjnych*, *Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji* 2002, nr 3, s. 42 i n.; D. Adamski, *Dobór obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych* [w:] S. Piątek red. *Regulowanie rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007, s. 242.

⁶ W sprawie obowiązku przestrzegania zasady niedyskryminacji, zob. D. Adamski, *Dobór obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych* [w:] S. Piątek red. *Regulowanie rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007, s. 242.

II. Projekt decyzji Prezesa UKE (nr DR.WORK.6082.1.2020)

1. Zakaz stosowanie *cherry picking*

9. Orange Polska SA (dalej „OPL”) zaproponowała wprowadzenie do rozdziału 6 projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w oparciu o technologię światłowodową w zakresie zapewnienia dostępu do hurtowej usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji oraz zapewnienia dostępu do urządzeń dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej używanych na potrzeby szerokopasmowej transmisji danych kierowanej do lokalnej pętli abonenckiej (dalej „Projekt Oferty”), zatytułowanego *Postanowienia końcowe* punktu 6.3 o następującym brzmieniu: *W przypadku kiedy PT wystąpi z wnioskiem o zmianę Umowy w celu dostosowania do wybranych zmian Oferty, OPL ma prawo do rozszerzenia zakresu negocjacji o pozostałe elementy Oferty lub odmowy zawarcia aneksu.*
10. Postanowienie to realizuje na gruncie prawa telekomunikacyjnego koncepcję *cherry picking*, a ściślej zakaz jej stosowania w tym sensie, że przedsiębiorca telekomunikacyjny (dalej „PT”), nie może stosować *cherry picking*, poprzez wybieranie tylko określonych, przede wszystkim korzystnych dla siebie rozwiązań z oferty, ale zobowiązany jest także do wprowadzania do umowy rozwiązań, które są również proponowane przez operatora zobowiązanego do przygotowania oferty.
11. Wskazane już zostało, że z przepisów prawa telekomunikacyjnego oraz Rozporządzenia nie wynika zakaz przygotowania innych jeszcze postanowień niż wymagane przepisami art. 42 p.t. oraz Rozporządzenia. Z przepisów tych nie wynika także zakaz zamieszczenia w ofercie ramowej postanowień, które przyznają operatorowi zobowiązanemu możliwość prezentowania swojego stanowiska w toku negocjowania umowy z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, w tym także w zakresie innych kwestii objętych ofertą ramową. Z przepisów p.t. i Rozporządzenia nie wynika, że negocjacje umowy muszą się ograniczyć tylko do kwestii przedstawionych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego. Przepis art. 43 ust. 6 p.t. mówi tylko, że operator, na którego został nałożony obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 p.t., jest obowiązany do zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym na warunkach nie gorszych, dla pozostałych stron umowy, niż określone w zatwierdzonej ofercie. Mogą więc być przedstawiane przez operatora zobowiązanego jeszcze inne elementy przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu i mogą być przedmiotem negocjacji, byleby

zawarta ostatecznie umowa nie była zawarta na warunkach gorszych, niż określone w zatwierdzonej ofercie.

12. Zaproponowane postanowienia art. 6.3 nie są sprzeczne z wynikającym z art. 34 p.t. obowiązkiem zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego, a nałożonym na OPL decyzjami Prezesa UKE z dnia 22 października 2019 r. nr DR.SMP.6040.1.2019.74 oraz nr DR.SMP.6040.2.2019.90, dotyczącymi rynku 3a i 3b. Przewidziany w art. 34 ust. 1 p.t. obowiązek polega na uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego. Zaproponowane postanowienia punktu 6.3 nie wykluczają realizacji tego obowiązku i nie stoją w nim w sprzeczności. OPL nadal będzie miał obowiązek uwzględnianiu uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Postanowienia punktu 6.3 nie znoszą tego obowiązku czy nawet go nie ograniczają. Punkt 6.3 przewiduje jedynie, ponad realizację wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych, także możliwość negocjowania jeszcze innych elementów oferty ramowej, poza już przedstawionymi w wniosku operatora alternatywnego (dalej „OA”).

1.1. Propozycja modyfikacji postanowień punktu 6.3

13. Kwestią kluczową jest udzielenie odpowiedzi na pytanie o konsekwencje sytuacji, gdy po przedstawieniu przez operatora zobowiązanego innych jeszcze elementów oferty, przedsiębiorca telekomunikacyjny nie zaakceptuje ich. W takiej sytuacji, należałoby przyjąć, że obie strony zobowiązane są prowadzić negocjacje, zawarta umowa powinna uwzględniać wszystkie elementy wskazane przez strony, a w braku porozumienia, każda ze stron może skorzystać z przysługujących jej przepisami prawa telekomunikacyjnego uprawnień, w tym możliwość wystąpienia do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji.
14. W związku z powyższym, można zaproponować modyfikację treści punktu 6.3. w następujący sposób: *W przypadku, kiedy PT wystąpi z wnioskiem o zmianę Umowy w celu dostosowania do wybranych zmian Oferty, OPL ma prawo do rozszerzenia zakresu negocjacji o pozostałe elementy Oferty. Obie strony są zobowiązane prowadzić negocjacje w zakresie przedstawionych nowych elementów Oferty. Zawarta umowa uwzględnia wskazane przez obie strony Umowy elementy oferty. Zaproponowana modyfikacja punktu 6.3 powinna spełnić oczekiwania i zastrzeżenia zgłaszane przez Prezesa UKE. Po pierwsze, OPL będzie oferował tylko warunki z oferty. Po drugie, warunki oferowane przez OPL nie będą więc gorsze niż przewidziane w ofercie, co istotne jest z uwagi na treść art. 43 ust. 6*

p.t., który wymaga zawarcia umowy na warunkach nie gorszych niż w ofercie (por. uwagi na s. 34-35 Projektu decyzji Prezesa UKE, nr DR.WORK.6082.1.2020, dalej „Projekt Decyzji”). Po trzecie, zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UKE, w razie braku porozumienia w tym zakresie, strony będą mogły się zwrócić do Prezesa UKE o wydanie decyzji. Wcześniej już natomiast zostało wskazane, że nie tylko przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu przysługuje prawo przedstawiania określonych elementów oferty do negocjacji, ale także operatorowi zobowiązanemu. Nie można więc przyjąć, że negocjacje powinny się ograniczyć tylko warunków z oferty przedstawionych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, a operator zobowiązany musi je przyjąć tylko aby nie były gorsze niż w ofercie (art. 43 ust. 6 p.t.). Wreszcie po czwarte, proponowane nowe brzmienie tego postanowienia pozwoli na jego doprecyzowanie co do sposobu dalszego postępowania w sytuacji rozszerzenia zakresu negocjacji o pozostałe elementy oferty.

15. Zauważyć także należy, że każdy PT wnioskujący o dostęp otrzyma umowę ze wszystkimi niezbędnymi zmianami wprowadzonymi decyzjami Prezesa UKE. Chodzi więc o wprowadzenie także postanowień wynikających z decyzji Prezesa UKE, które powinny być przestrzegane i wdrażane. W przypadku, gdy PT/OPL nie wyrazi woli akceptacji postanowień wynikających z decyzji Prezesa UKE, OPL/PT będzie mógł wystąpić o wydanie przez Prezesa UKE decyzji, która powinna być zgodna z postanowieniami nowej lub zmienianej oferty ramowej.

2. Automatyzm zmiany cen

16. We wzorze umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego (BSA) i w zakresie dostępu do ciemnego włókna światłowodowego oraz do lokalnej pętli światłowodowej w architekturze FTTH na obszarach regulowanych (dalej „Wzór Umowy”), w rozdziale 19 zatytułowanym *Cennik* (dalej „Cennik”), w punkcie 19.1 *Zmiana opłat, fakturowanie i sposoby płatności*, znajdują się następujące postanowienia:

19.1.1. Opłaty wskazane w tabelach 1 - 8 obowiązują do czasu ich zmiany decyzją Prezesa UKE. Nowe opłaty obowiązują od daty doręczenia OPL ich zmiany w drodze wykonalnej decyzji Prezesa UKE lub od terminu wskazanego wprost w decyzji

Prezesa UKE. Zmiana stawek powoduje automatyczną zmianę cen w Umowie, bez potrzeby jej aneksowania.

19.1.2. Nowa opłata wraz z datą obowiązywania jest niezwłocznie publikowana przez OPL na stronie internetowej www.hurt-orange.pl OPL oraz przesyłana do wiadomości PT na adres podany w Załączniku Adresowym.

19.1.3. OPL może zaproponować – na zasadach niedyskryminacji – korzystniejsze stawki niż wynikające ze stawek wskazanych w Cenniku.

17. Postanowienia 19.1.1-19.1.3 Wzoru Umowy wprowadzają automatyzm w zakresie zmiany ceny. Zgodnie z punktem 19.1.1. Wzoru Umowy, opłaty określone w Cenniku obowiązują do czasu ich zmiany decyzją Prezesa UKE, a zmiana stawek w trybie określonym w tym punkcie, powoduje automatyczną zmianę cen w umowie bez potrzeby jej aneksowania.
18. Podzielić należy stanowisko, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa zakres oferty ramowej określają decyzje nakładające obowiązek stosowania oferty ramowej (art. 42 ust. 1 p.t.), odnoszące się do poszczególnych usług regulowanych, zgodnie z Rozporządzeniem. Zgodzić należy także ze stwierdzeniem, że w Rozporządzeniu brak jest postanowień odnoszących się do kwestii stosowania automatyzmu w zakresie zmian cen (s. 56 Projektu Decyzji). Zauważyć jednak należy, że zarówno postanowienia art. 42 p.t., jak i Rozporządzenia, określają minimalne wymagania w zakresie określenia elementów oferty ramowej. Postanowienia art. 42 p.t. i Rozporządzenia nie przewidują także uregulowań, które zabraniałyby stosowanie automatyzmu w zakresie zmiany ceny. Nie jest więc zabronione stosowanie rozwiązania w zakresie automatycznej zmiany ceny.

2.1. Propozycja modyfikacji postanowień punktu 19.1.1 Cennika

19. Prezes UKE wskazywał także w Projekcie Decyzji (s. 56), że *Oferta ramowa stanowi minimalne warunki jakie operator SMP musi zaproponować OA, ale nie wyłącza możliwości zawarcia przez Strony umowy na zasadzie swobody umów na warunkach korzystniejszych przy zachowaniu zasady niedyskryminacji.* W celu uwzględnienia wątpliwości Prezesa UKE można jednak zaproponować uzupełnienie postanowienia 19.1.1. z Cennika o następujące zdania zamieszczone na końcu tego postanowienia: *OA może zgłosić w terminie 2 tygodni zastrzeżenia w zakresie indywidualnych zagadnień o charakterze proceduralnym związanych z automatyczną zmianą cen w Umowie. W przypadku nierozwiązania zgłoszonych zastrzeżeń, zarówno OPL, jak i OA, może wystąpić do drugiej strony o zawarcie*

aneksu do Umowy w zakresie zgłoszonych zastrzeżeń. W przypadku niezgodnienia treści aneksu w terminie 3 miesięcy licząc od dnia zwrócenia się o zawarcie aneksu, każda ze stron może wypowiedzieć Umowę lub zwrócić się do Prezesa UKE o wydanie decyzji.

20. Po uzupełnieniu postanowienia 19.1.1 Cennika o wskazane postanowienia, powinny zostać uwzględnione zastrzeżenia Prezesa UKE zgłoszone w Projekcie Decyzji (s. 56). W praktyce więc OPL proponowałaby w ofercie minimalne warunki, w tym zakresie automatycznej zmiany ceny, pozostawiając jednak OA swobodę w zakresie wyboru tego rozwiązania. PT mógłby zgodzić się na wskazane rozwiązanie albo zażądać zawarcia w tym zakresie aneksu. Zapewniona byłaby więc równowaga stron. Przedstawione warunki nie dyskryminują OA, gdyż zawsze może zażądać zawarcia aneksu.
21. Brak automatyzmu w zakresie zmiany cen może natomiast spowodować dyskryminację PT. Nastąpi bowiem zróżnicowanie cenowe tych samych usług, z których korzystają PT, gdyż część z nich będzie korzystać na starych zasadach a część na nowych zasadach. Prowadzone negocjacje przedłużą tylko stan zróżnicowanie cenowego noszący cechy dyskryminacji.
22. Zaproponowane rozwiązanie jest zgodne także ze stanowiskiem Prezesa UKE, gdy wskazuje, że *jeżeli jakiegokolwiek postanowienie oferty ramowej ma kształtować relację pomiędzy OPL a OA, to musi zostać wprowadzone do umowy w drodze aneksu (na podstawie negocjacji, a nie jak zaproponowała OPL automatycznie w wyniku wydania decyzji Prezesa UKE zmieniającej ofertę ramową, bez potrzeby aneksowania umowy) lub decyzji zmieniającej umowę (której wydanie następuje w postępowaniu administracyjnym, po przeprowadzeniu negocjacji)* (s. 56 Projektu Decyzji). W ten sposób, zgodnie z wolą stron, do której Prezes UKE słusznie przywiązuje dużą wagę, jeżeli OA zażąda tego, zawarty byłby aneks do umowy.
23. Zauważyć także należy, że nie można zmuszać OA do zawierania aneksu i prowadzenia negocjacji, jeżeli OA akceptuje formułę automatycznej zmiany cen. Rozwiązanie to może być więc korzystniejsze dla PT ze względów praktycznych, gdyż nie angażuje go w konieczność dokonywania ciągłych aneksów i prowadzenia negocjacji.
24. Wskazać również trzeba, że OPL powinien mieć prawo do przedstawiania rozwiązań, które są korzystne dla niego. W przedstawionym postanowieniu 19.1.1 Cennika, uzupełnionym o zdanie mówiące o możliwości zażądania zawarcia aneksu przez OA, proponuje się określone rozwiązanie (automatyzm zmiany cen), ale nie narzuca się tego rozwiązania, gdyż jak to już wcześniej zostało wskazane, jego przyjęcie zależy od OA, który może w tym zakresie podjąć negocjacje zmierzające do zawarcia aneksu. Podejście to jest

zgodne ze stanowiskiem Prezesa UKE, gdy stwierdza, że strony mogą wprowadzić dodatkowe rozwiązania za obopólną zgodą.

25. Przygotowanie oferty ramowej jest jednym z obowiązków, które mogą być nakładane na operatora posiadającego SMP. Koncepcja i konstrukcja przygotowania oferty ramowej ma ułatwić zawieranie umów przez OA o słabszej pozycji w stosunku do operatora SMP oraz wykluczyć ryzyko dyskryminacji⁷. Wątpliwości budzi więc podejście, że oferta ramowa może zawierać tylko minimalne warunki dla OA, a dodatkowe, nawet korzystne dla OA i z których chce skorzystać, muszą być dopiero wynegocjowane w aneksie przez OA. Takie podejście zakłóca istotę oferty ramowej jako instytucji ułatwiającej zawieranie umów z operatorem SMP. Negocjowanie korzystnych dla OA warunków i zawieranie aneksu z pewnością jest dla OA utrudnieniem, w porównaniu do rozwiązania zaproponowanego w ofercie ramowej, z którego może skorzystać lub nie i dopiero nieskorzystanie z tego rozwiązania (dokonanie wyboru przez OA), uruchamia ścieżkę negocjacji i zawierania aneksu.
26. Zgodnie z przepisami Prawa telekomunikacyjnego, wymagania w zakresie zawartości oferty wynikają z postanowień art. 42 p.t., rozporządzenia wydanego na podstawie art. 42 ust. 4 p.t. oraz decyzji Prezesa UKE (art. 42 ust. 1 p.t.). Z uwagi na obowiązujące uregulowania wątpliwości budzi konstrukcja, zgodnie z którą do prowadzenia zmienionej decyzją Prezesa UKE ceny konieczne jest jeszcze zawarcie aneksu pomiędzy operatorem SMP a OA. Taka konstrukcja wynika ze stwierdzenia Prezesa UKE, że jeżeli jakiegokolwiek postanowienie oferty ramowej ma kształtować relację pomiędzy OPL a OA, to musi zostać wprowadzone do umowy w drodze aneksu na podstawie negocjacji (s. 56 projektu Decyzji). Nie jest wystarczające wydanie przez Prezesa UKE decyzji zmieniającej ofertę ramową. Konieczne jest jeszcze aneksowanie umowy. Tymczasem, decyzje Prezesa UKE powinny być jak najszybciej i najskuteczniej prowadzone w do umowy. W zgodzie z tym pozostaje rozwiązanie, która zapewnia automatyzm realizacji decyzji Prezesa UKE w zakresie zmian cen. Nie jest natomiast zgodna tym postulatem konstrukcja, zgodnie z którą wydanej decyzji przez Prezesa UKE nie jest wystarczające, gdyż konieczne są jeszcze negocjacje OA oraz zawarcie aneksu do umowy. W praktyce może to oznaczać, że proces wdrażania zmienionych decyzją Prezesa UKE cen będzie długotrwały i uciążliwy dla OA, a z

⁷ Zob. M. Rogalski red., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 330; A. Chrzanowski, *Stosowanie ofert ramowych w praktyce regulacyjnej* [w:] S. Piątek red. *Regulowanie rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007, s. 309-311.

pewnością nie taki jest cel i sens istnienia ofert ramowych i zawierania na ich podstawie umów przez OA.

27. Według OPL, tym modelu nie będzie wymagane wszczynanie negocjacji z PT, którzy będą mieli zawartą taką umowę. Nowe stawki zgodnie z decyzją Prezesa UKE zostaną zaimplementowane automatycznie do zawartych umów. Oznacza to oszczędność kosztów dla OPL oraz PT, bowiem zmiana cen w drodze decyzji Prezesa UKE nie będzie się wiązała z koniecznością aneksowania zawartych umów z PT. Dzięki takiemu mechanizmowi wszyscy PT na rynku będą mieli jednocześnie obowiązujące stawki.

III. Wnioski końcowe

28. Z przepisów art. 42 p.t. i wydanego na podstawie art. 42 ust. 4 p.t. rozporządzenia, nie wynika, aby nie mogły znaleźć się w ofercie ramowej inne jeszcze postanowienia, niż wynikające wprost z tych przepisów. Nie wynika z nich także, że postanowienia oferty ramowej dla podmiotu, który był zobowiązany do jej przygotowania, mogą mieć tylko charakter zobowiązujący i nie mogą przewidywać dla tego podmiotu także uprawnień. Uwagi te dotyczą zarówno zmiany istniejącej oferty (art. 43 ust. 2 p.t.), jak i przygotowania nowej oraz zmiany już wcześniej zawartych umów pomiędzy operatorem zobowiązanym do przygotowania oferty ramowej lub jej zmiany a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym.
29. Z wynikającego z art. 43 ust. 6 p.t. obowiązku dla operatora zobowiązanego do zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym na warunkach nie gorszych, dla pozostałych stron umowy, niż określone w zatwierdzonej ofercie, nie wynika, że nie przysługuje mu prawo do przedstawienia drugiej stronie, elementów objętych ofertą ramową, które powinna zawierać umowa. Zaproponowane uregulowania nie mogą być tylko gorsze od znajdujących się w ofercie ramowej.
30. Dopuszczalne jest co do zasady stosowanie w ofertach ramowych konstrukcji automatycznej zmiany cen oraz zakazu stosowania tzw. *cherry picking*.

Bibliografia

- Adamski D., *Dobór obowiązków regulacyjnych na rynkach hurtowych* [w:] S. Piątek red. *Regulowanie rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007
- Chrzanowski A., *Stosowanie ofert ramowych w praktyce regulacyjnej* [w:] S. Piątek red. *Regulowanie rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007

Piątek S., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2019

Rogalski M. red., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010

Rzeszotarski B., *Oferty ramowe jako instrument kształtowania zasad łączenia sieci telekomunikacyjnych*, *Prawo i Ekonomia w Telekomunikacji* 2002, nr 3



radca prawny

prof. dr hab. Maciej Rogalski



Orange Polska S.A.
Współpraca Regulacyjna
reprezentowana przez
Grzegorz Kuźmicz
Pełnomocnik
Aleje Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa
tel.: 22 527 22 39

Pan
Jacek Oko
Prezes
Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

Warszawa, 29 lipca 2021 r.

Numer: TKR2/GK/1483/07/21

Temat: Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w sprawie DR.WORK.6082.2.2020.

Sprawa: DR.WORK.6082.2.2020

Szanowny Panie Prezesie,

Działając w imieniu Orange Polska S.A. (dalej „OPL”), pełnomocnictwo w aktach sprawy, przekazuję stanowisko OPL do konsultowanego projektu decyzji Prezesa UKE w sprawie zatwierdzenia projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w oparciu o technologię miedzianą w zakresie zapewnienia dostępu do hurtowej usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji oraz zapewnienia dostępu do urządzeń dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej używanych na potrzeby szerokopasmowej transmisji danych kierowanej do lokalnej pętli abonenckiej (DR.WORK.6082.2.2020).

W swoim stanowisku OPL chciałby zwrócić szczególną uwagę na:

- potrzebę wyrównania warunków dostępu do sieci przez operatorów korzystających z usług hurtowych; w tym celu koniecznym jest wprowadzenie do oferty rozwiązań zapewniających równoczesną - dla wszystkich operatorów korzystających - implementację cen do umów bilateralnych, czy tzw. zakaz „cherry picking”. W tym zakresie OPL przedstawia dodatkowo opinię prawną wskazującą, że rozwiązania te są zgodne z przepisami prawa;
- konieczność dostosowania system kar i bonifikat do praktyki rynkowej a co najmniej do regulacji POPC. Fakt, że kary miałyby dotyczyć technologii sztyłkowej nie ma w tym przypadku znaczenia; wprost przeciwnie, sztyłkowy charakter technologii uzasadnia wręcz łagodniejsze podejście do kar, mając też na uwadze większą zawodność tej technologii w porównaniu np. do technologii FTTH;

- Istotne jest również zwiększenie KPI usuwania awarii z 24h na 36h, bowiem na rynku istnieje zwiększone zapotrzebowanie na zasoby ludzkie przeznaczone do realizacji inwestycji w szybkie sieci szerokopasmowe, jak również wzrost wynagrodzeń może spowodować zwiększenie kosztów usuwania awarii. Nie jest uzasadnione utrzymywanie tak restrykcyjnego czasu usuwania awarii jak w dotychczasowej ofercie SOR z uwagi na nałożone obowiązki regulacyjne na OPL oraz praktykę rynkową.

I. UWAGI WSTĘPNE

Na wstępie swojego stanowiska OPL chciałby zwrócić uwagę, iż jakkolwiek technologia miedziana zaczyna być technologią schyłkową, to udział tej technologii w ofercie OPL jest wciąż bardzo znaczący, a wręcz przesądza o tym, że OPL wciąż jest podmiotem regulowanym na wielu rynkach lokalnych. Rozwiązania przyjęte w tej ofercie nie powinny być zatem traktowane po „macoszemu”, ale tym bardziej uwzględniać w szczególności:

- zasadę proporcjonalności (najlepsze z możliwych rozwiązań, które realizują zakładany cel) – np. w zakresie kar umownych;
- zapewnienie odpowiednich stawek, w tym zapewnienie, że stawki te będą wprowadzane w tym samym czasie dla wszystkich operatorów;
- ujednoczenie warunków dostępu (w szczególności poprzez zakaz tzw. cherry picking”) ograniczając w ten sposób niepotrzebne koszty związane z utrzymywaniem wielu systemów regulacyjnych.

II. UWAG PRZEKROJOWE DO PROJEKTU OFERTY I UMOWY (automatyczne dostosowywanie cen w umowach bilateralnych, zakaz „cherry picking”)

Prezes UKE usunął zapisy dotyczące możliwości negocjowania jedynie spójnych elementów ofert oraz zmiany cen bez potrzeby aneksowania umów z OA, które to propozycje zostały przedstawione przez OPL w projekcie oferty. OPL wyraża przekonanie, że zapisy te są konieczne z punktu widzenia zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu do usług hurtowych dla operatorów korzystających. Jednocześnie takie rozwiązania nie są sprzeczne z przepisami prawa, które to stanowisko potwierdza dodatkowo opinia prawna dołączona do niniejszego pisma.

Propozycja OPL:

Przywrócenie zapisów zgodnie z wnioskiem OPL o zatwierdzenie oferty lub ich przywrócenie z uwzględnieniem stanowiska Kancelarii (Załącznik nr 2 do niniejszego pisma)

Uzasadnienie:

W ofercie zostały zaadresowane również kwestie związane z wybiórczym podejściem Przedsiębiorców Telekomunikacyjnych do zmian wprowadzanych decyzjami Prezesa UKE. Takie wybiórcze podejście powoduje, iż część Przedsiębiorców Telekomunikacyjnych akceptuje wprowadzanie nowych usług do

ofert i nie wnioskuję o zmiany w procesach wprowadzanych decyzjami Prezesa UKE. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji, w której na rynku hurtowym obowiązuje wiele wersji modeli realizacji usług hurtowych, co oczywiście prowadzi do dodatkowego obciążenia organizacyjnego i kosztowego OPL. W dobie społeczeństwa gigabitowego i konieczności wzmoczonego wysiłku skierowanego na inwestycje w sieci nowej generacji, które mają na celu spełnienie celów zapewnienia szybkiego dostępu do szerokopasmowego Internetu, takie ponoszenie kosztów związanych z przestarzałymi modelami realizacji usług hurtowych jest wysoce nieuzasadnione, nieproporcjonalne i stanowi nadmierne obciążenie operatora zobowiązanego do świadczenia regulowanych usług hurtowych. Ponadto istnienie modelowych różnic w umowach z PT budzi również wątpliwości związane z niedyskryminacją, bowiem wybiórcze podejście PT wnioskujących o dostęp powoduje nadmierne zróżnicowanie modeli i brak ich dostosowywania do nowych decyzji Prezesa UKE. W celu uporządkowania tej sytuacji OPL zaproponował zapisy:

1. W dokumencie projektu oferty z wniosku OPL, w Rozdziale 6. Postanowienia Końcowych, ust. 3, iż *„W przypadku kiedy PT wystąpi z wnioskiem o zmianę Umowy w celu dostosowania do wybranych zmian Oferty, OPL ma prawo do rozszerzenia zakresu negocjacji o pozostałe elementy Oferty lub odmowy zawarcia aneksu.”* Oznacza to, iż każdy PT wnioskujący o dostęp otrzyma umowę ze wszystkimi niezbędnymi zmianami wprowadzonymi przez decyzje Prezesa UKE, a OPL będzie miał prawo odmowy zawarcia aneksu jeżeli PT nie wyrazi woli akceptacji zapisów wynikających z decyzji Prezesa UKE. Zdajemy sobie sprawę, iż niniejsze rozwiązanie nie wyeliminuje całkowicie z obrotu praktyki obowiązywania nieaktualnych modeli realizacji usług hurtowych w umowach z PT, niemniej jednak powinno ograniczyć ten proceder.
2. W dokumencie Wzoru Umowy z wniosku OPL, w Części V. Cennik, Rozdział I. Część ogólna:
„2. Opłaty wskazane w Załączniku Nr 2 obowiązują do czasu ich zmiany w drodze ostatecznej decyzji Prezesa UKE. Zmiana stawek powoduje automatyczną zmianę cen w Umowie o Dostępie, bez potrzeby jej aneksowania. Załącznik Nr 15 stanowiący Załącznik do Umowy o Dostępie jest aktualny na dzień jej zawarcia.
3. Zmiana opłaty określonej w Załączniku nr 15 do Umowy o Dostępie, następuje z dniem wprowadzenia zmian do Oferty. Zmianie może ulec zarówno wysokość opłat jak i dostępne Opcje Usługi.”

Dzięki takiemu podejściu nie będzie wymagane wszczynanie negocjacji z PT, którzy będą mieli zawartą taką umowę. Nowe stawki zgodnie z decyzją Prezesa UKE zostaną zaimplementowane automatycznie do zawartych umów. Oznacza to oszczędność kosztów dla OPL oraz PT, bowiem zmiana cen w drodze decyzji Prezesa UKE nie będzie się wiązała z koniecznością aneksowania zawartych umów z PT. Dzięki takiemu mechanizmowi wszyscy PT na rynku będą mieli jednocześnie obowiązujące stawki na podstawie zawartych umów.

Stosowanie takich rozwiązań nie jest sprzeczne z obowiązującym prawem i może być z powodzeniem zaimplementowane w umowie w Decyzji Prezesa UKE i umowie z OA co potwierdza opinia Kancelarii Prawnej Rogalski i Wspólnicy znajdująca się w Załączniku nr 2.

III. UWAGI DO ZAŁĄCZNIKA NR 1 – PROJEKT UMOWY

1.8.3 Kary Umowne

Prezes UKE nie przychylił się do propozycji OPL przedstawionej we wniosku o zatwierdzenie oferty w zakresie kar i bonifikat i przywrócił bardzo rygorystyczny lub wręcz ekstremalny model z obecnie obowiązującej oferty ramowej, który znacznie przewyższa ewentualne utracone korzyści OA.

Propozycja OPL:

OPL podtrzymuje swój wniosek o zatwierdzenie oferty, w którym przedstawił złagodzone kary umowne.

Uzasadnienie:

System kar umownych i bonifikat określony przez Regulatora w obecnie obowiązującej ofercie ramowej był bardzo represyjny, tak aby działać odstrasżająco na OPL w zakresie jakichkolwiek uchybień, które – zdaniem Regulatora – co do zasady byłby celowe i ukierunkowane na ograniczanie konkurencji. Przez ostatnie blisko 10 lat, sytuacja na rynku diametralnie się zmieniła i obecnie nie jest uzasadnione w żaden sposób dalsze utrzymywanie restrykcyjnego systemu, co Regulator zresztą dostrzegł już w 2014 i 2015 r., wprowadzając zmiany w systemie kar umownych i bonifikat. Warto przy tym podkreślić, że od wprowadzenia Oferty SOR, OPL nie był ani razu karany przez Prezesa UKE za niewykonywanie decyzji indywidualnych (zastępujących umowy o dostępie telekomunikacyjnym) lub umów o dostępie telekomunikacyjnym. OPL nie odnotował również jakichkolwiek skarg ze strony współpracujących operatorów na niewykonywanie umów lub decyzji, które miałyby na celu ograniczenie konkurencji. Od 2010 r. zmianie uległa również pozycja OPL na rynku, co potwierdzają kolejne rundy analiz rynkowych, gdzie na poszczególnych rynkach właściwych OPL utracił swoją znaczącą pozycję rynkową na obszarze całego kraju (np. rynek rozpoczynania połączeń w publicznej stacjonarnej sieci telefonicznej) lub utracił ją na części obszarów (np. na hurtowym rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji oraz hurtowym rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego). Wszystkie te zmiany rynkowe przemawiają za obniżeniem lub nawet odejściem od nieadekwatnych, nieproporcjonalnych i wygórowanych kar umownych. Co istotne, także po obniżeniu wysokości kar umownych i bonifikat, OPL nadal realizuje usługi hurtowe w sposób zapewniający niedyskryminacyjne traktowanie operatorów hurtowych, a w wielu przypadkach SLA usług hurtowych jest lepsze niż usług detalicznych. Najlepszym dowodem na powyższe są raporty Prezesa UKE dotyczące badania tzw. KPI, które jasno pokazują, że nie ma ryzyka dyskryminacji operatorów korzystających z regulowanych usług hurtowych, a OPL w pełni wywiązuje się ze swoich obowiązków. Wszystkie raporty oraz analizy historyczne są w posiadaniu Prezesa, a wnioski z ostatniego raportu prezentujemy poniżej:

„Ocena niedyskryminacji krótkookresowej i długookresowej:

- *W okresie objętym badaniem przeprowadzane testy nie wykazują występowania zjawisk dyskryminacyjnych w obsłudze operatorów alternatywnych względem części detalicznej OPL. Dla krótkookresowych testów niedyskryminacji w relacji Hurt – Detal wyniki były pozytywne dla analizowanego kwartału - nie występują przesłanki do istnienia dyskryminacji w poziomie obsługi Hurtu względem Detalu.*

- *Dla długookresowych testów niedyskryminacji w relacji Hurt – Detal wyniki były pozytywne dla analizowanego kwartału - nie występują przesłanki do istnienia dyskryminacji w poziomie obsługi Hurtu względem Detalu.”¹*

Za złagodzeniem kar umownych przemawia także analiza innych ofert regulowanych stosowanych przez innych operatorów. OPL dokonał analizy ofert operatorów regulowanych na rynku zakańczania połączeń w sieciach stacjonarnych (bowiem nie mają obowiązku świadczenia LLU czy BSA). Jak jasno wynika z wyników tej analizy, żaden z operatorów nie określa kar umownych w swoich informacjach, a prawdopodobnie także w zawieranych umowach (Prezes UKE posiada w tym zakresie wiedzę z urzędu, gdyż operatorzy na podstawie art. 33 Pt są obowiązani przekazywać umowy Prezesowi UKE). W tym zakresie, jeżeli operatorzy oraz reprezentujące ich Izby będą przeciwnie wprowadzeniu zmian wnioskowanych przez OPL, OPL zwraca się z prośbą, aby analogiczne standardy w zakresie kar umownych Prezes UKE wprowadził do ofert innych operatorów o znaczącej pozycji rynkowej. OPL zaobserwował natomiast, iż na rynku działają podmioty, które z naliczania kar umownych uczyniły swój główny model biznesowy. Tymczasem nie powinno być tak, iż jakiegokolwiek regulacje wprowadzają rozwiązania skutkujące możliwością nieproporcjonalnych i nieadekwatnych przysporzeń majątkowych kosztem podmiotu regulowanego. Jak wskazaliśmy wyżej, operatorzy regulowani na rynku zakańczania połączeń w ogóle nie stosują kar umownych w swoich ofertach i umowach, a co za tym idzie obciążenie OPL karami umownymi idzie znacznie dalej aniżeli aktualny standard rynkowy w tym zakresie. Jednocześnie, zważywszy na działania OPL w okresie ostatnich 10 lat brak jest jakichkolwiek przesłanek do stosowania dalej idących rygorów wobec OPL, jak wobec innych operatorów posiadających znaczącą pozycję rynkową.

OPL proponuje nowe zasady, które zostały zaakceptowane przez UKE i funkcjonują na rynku w ofercie na obszary POPC. Są one znacznie bardziej zbliżone do praktyki rynkowej. Np. w przypadku Nexery kary są następujące:

1. NEXERA zobowiązana jest do zapłaty OK kar umownych w następujących przypadkach:

a. niedotrzymania terminu aktywacji Usługi:

i. od 1 (jednego) do 2 (dwóch) dni kalendarzowych – 40% opłaty za daną aktywację lub uruchomienie Usługi;

ii. od 3 (trzech) do 4 (czterech) dni kalendarzowych – 60% opłaty za daną aktywację lub uruchomienie Usługi;

iii. od 5 (pięciu) do 6 (sześciu) dni kalendarzowych – 75% opłaty za daną aktywację lub uruchomienie Usługi;

iv. od 7 (siedmiu) do 8 (ośmiu) dni kalendarzowych – 85% opłaty za daną aktywację lub uruchomienie Usługi;

v. powyżej 8 (ośmiu) dni kalendarzowych – dodatkowe 5% opłaty za daną aktywację lub uruchomienie Usługi za każdy kolejny dzień, ale nie więcej niż 150% opłaty za daną aktywację lub uruchomienie Usługi;

b. niedotrzymania terminu usunięcia Awarii - 0,5% opłaty miesięcznej za świadczenie Usługi za każdą godzinę przekroczenia CUA; godzinę rozpoczętą liczy się za pełną godzinę; przy czym łączna wysokość kary z tego tytułu w danym Okresie Rozliczeniowym nie może przekroczyć wysokości opłaty za świadczenie Usługi w 2 (dwóch) Okresach Rozliczeniowych;

¹ <https://archiwum.uke.gov.pl/analiza-wykonania-wskaznikow-kpi-przez-orange-polska-sa-22556>

c. świadczenia przez NEXERĘ Usługi poniżej minimalnych wymagań dotyczących przepływności określonych w § 13 ust. 2 Umowy Ramowej - kara umowna w wysokości 1000 (jednego tysiąca) złotych za każdy stwierdzony przez OK przypadek świadczenia Usługi na danej Lokalnej Pętli Abonenckiej poniżej wskazanych wymagań;

d. gdy NEXERA nie uruchomi PPDU w dacie określonej w Zamówieniu Usługi - kara umowna w wysokości 0,2% wartości wynagrodzenia za budowę PPDU, za każdy dzień opóźnienia, ale nie więcej niż 50% całej wartości umowy na budowę PPDU.

Dodatkowo kary w przypadku OA Inea:

Rozdział 3. Kary umowne

1. Łączna wysokość kary umownej dla Usługi, która nie była świadczona lub była świadczona z naruszeniem postanowień Umowy, nie może być wyższa niż równowartość wszystkich opłat należnych OSD z tytułu świadczenia takiej Usługi przez trzy miesiące.

2. Strona nie ponosi odpowiedzialności z tytułu kar umownych, jeżeli zdarzenie będące podstawą do naliczenia kar umownych było spowodowane działaniem lub zaniechaniem drugiej Strony.

3. OSD zobowiązany jest do zapłaty na rzecz OK kar umownych w następujących przypadkach:

a. W odniesieniu do Usług Dostępowych:

i. w przypadku niedotrzymania daty aktywacji Usługi – 10% opłaty jednorazowej określonej dla danej Usługi za każdy dzień zwłoki, jednakże łącznie nie więcej niż kwota wskazana w ust. 1;

ii. w przypadku, kiedy Czas Usunięcia Awarii przekroczy 24 godziny – 5% opłaty abonamentowej za każde rozpoczęte 24 godziny Czasu Usunięcia Awarii powyżej 24 godzin, przy czym łączna wysokość kary z tego tytułu nie może przekraczać kwoty, o której mowa w ust. 1;

iii. niedotrzymanie parametru RDU (parametr rozliczany w okresach rocznych):

1. niedotrzymanie parametru RDU określonego w Rozdziale 7 Części II Umowy – 0,2 % opłaty miesięcznej za każdą godzinę niedotrzymania parametru; godzinę rozpoczętą liczy się za pełną godzinę, przy czym łączna wysokość kary z tego tytułu w danym roku nie może przekraczać wysokości określonej w ust. 1 powyżej.

b. W odniesieniu do Usług Dosiłowych:

i. niedotrzymania terminu aktywacji Usługi:

1. od 1 do 15 dni – 50% opłaty instalacyjnej,

2. powyżej 15 dni – 100% opłaty instalacyjnej,

ii. usunięcia Awarii z opóźnieniem:

1. niedotrzymanie parametrów jakościowych CUA określonych w Rozdziale 7 Części II Umowy – 0,8 % opłaty miesięcznej za każdą godzinę niedotrzymania parametrów; godzinę rozpoczętą liczy się za pełną godzinę, przy czym łączna wysokość kary z tego tytułu w danym miesiącu nie może przekraczać wysokości określonej w ust. 1 powyżej;

2. SLA TOP (8 h) – 1,2 % opłaty miesięcznej za każdą godzinę niedotrzymania SLA; godzinę rozpoczętą liczy się za pełną godzinę, przy czym łączna wysokość kary z tego tytułu w danym miesiącu nie może przekraczać wysokości miesięcznej opłaty abonamentowej;

iii. niedotrzymanie parametru RDU (parametr rozliczany w okresach rocznych):

1. niedotrzymanie parametru RDU określonego w Rozdziale 7 Części II Umowy – 0,4 % opłaty miesięcznej za każdą godzinę niedotrzymania parametru; godzinę rozpoczętą liczy się za pełną godzinę, przy czym łączna wysokość kary z tego tytułu w danym roku nie może przekraczać wysokości określonej w ust. 1 powyżej.

c. Niedostępności pomieszczeń w celu wykonania prac eksploatacyjnych przez OK –1/30 (jedną trzydziestą) opłaty miesięcznej za kolokację za każdą godzinę zwłoki; godzinę rozpoczętą liczy się za pełną godzinę, przy czym łączna wysokość kary z tego tytułu w danym miesiącu nie może przekraczać wysokości określonej w ust. 1 powyżej,

przy czym OK może żądać od OSD wprowadzenia do Umowy dodatkowych kar umownych za inne zdarzenia.

4. OK obowiązany jest do zapłaty kar umownych na rzecz OSD w przypadku niedotrzymania terminu zwrotu elementów Infrastruktury telekomunikacyjnej Sieci POPC stosownie do postanowień Rozdziału 4 Części I pkt 4.4 ust. 3 -5 Umowy – w wysokości 2/30 (dwóch trzydziestych) opłaty miesięcznej za korzystanie z Usługi będącej przedmiotem danego Zamówienia za każdy dzień opóźnienia w zwrocie elementów Infrastruktury telekomunikacyjnej Sieci POPC związanych ze świadczeniem Usługi, przy czym nie więcej niż równowartość wartości rynkowej danego elementu Infrastruktury telekomunikacyjnej Sieci POPC. Jeżeli opóźnienie nastąpiło z winy OSD, OSD jest zobowiązany do zapłaty OK kary umownej określonej w zdaniu poprzedzającym;

5. W przypadku wykorzystywania przez OK Sieci POPC niezgodnie z warunkami, o których mowa w Rozdziale 2 Części I ust. 9 Umowy, OK zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz OSD kary umownej w wysokości 1.000 zł za każde naruszenie.

6. W przypadku wykorzystywania przez OK Sieci POPC niezgodnie z przeznaczeniem powodującego zakłócenie lub uszkodzenie Sieci POPC lub infrastruktury telekomunikacyjnej innych użytkowników Sieci POPC lub w przypadku dokonania istotnych zmian lub przeróbek w zakresie Sieci POPC przez OK bez uprzedniej pisemnej zgody OSD, OK zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz OSD kary umownej w wysokości 10 000 zł za każde takie zdarzenie.

7. W przypadku nieuzasadnionego zgłoszenia przez OK Awarii, OK zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz OSD kary umownej w wysokości 70 zł za każde takie zgłoszenie.

8. Strona wypłaci kary umowne na pisemne żądanie drugiej Strony.

Rozdział 4. Bonifikaty

1. Bonifikaty przysługują OK za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa będąca przedmiotem Zamówienia na Usługę była niedostępna po przekroczeniu parametru RDU określonego w Rozdziale 7 Części II Umowy. Bonifikaty nie przysługują OK, jeżeli podstawą do ich przyznania są zdarzenia, za które odpowiedzialność ponosi OK.

2. Wysokość bonifikaty, o której mowa w ust. 1 powyżej ustala się na poziomie 1/30 opłat miesięcznych za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa była niedostępna po przekroczeniu parametru RDU.

3. Jako dzień, w którym nastąpiła w sposób ciągły lub przerywany niedostępność Usługi będącej przedmiotem Zamówienia na Usługę, Strony przyjmują każdy dzień liczony, jako kolejne 24 godziny po przekroczeniu parametru RDU, określonego w Rozdziale 7 Części II Umowy.

4. Bonifikaty uwzględnia się odejmując wysokość bonifikaty od sumy opłat za Okres Rozliczeniowy następujący po Okresie Rozliczeniowym, w którym nastąpiło zdarzenie związane z bonifikatą. OSD, bez potrzeby zgłaszania stosownego żądania przez OK, uwzględnia bonifikatę przy wystawianiu faktury w najbliższym terminie płatności, przed uwzględnieniem zwrotu pobranych należności.

Dodatkowo w Ofercie Netii na IC nie widnieją żadne kary związane z połączeniem sieci.

W związku z powyższym OPL proponuję uwzględnienie modelu złagodzonych kar, które bardziej odzwierciedlają obecną praktykę rynkową.

Warto podkreślić, iż regulacja POPC, która może być wykorzystana w modelu kar i bonifikat, łączy się z wykorzystaniem pieniędzy publicznych. Nie ma zatem żadnego uzasadnienia, aby uchybienia w dostępie do infrastruktury wybudowanej z pieniędzy publicznych były łagodniej traktowane niż uchybienia w dostępie do infrastruktury wybudowanej ze środków własnych, tyle, że przez operatora, który z racji tych inwestycji został uznany za podmiot o znaczącej pozycji rynkowej. Fakt, iż kary dotyczyłyby technologii miedzianej nie ma w tym przypadku znaczenia. Mając na uwadze fakt, że technologia ta jest technologią schyłkową, tym bardziej nie jest zasadne stosowanie surowego systemu kar.

1.9.1 Zasady zabezpieczeń

Prezes UKE przywrócił oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się egzekucji.

Propozycja OPL:

Usunięcie oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się egzekucji lub jego ograniczenie do kwoty maksymalnej 5000 zł.

Uzasadnienie:

OPL w uzasadnieniu do projektu oferty wskazał nieuczciwe praktyki pewnych operatorów przy korzystaniu z usług hurtowych OPL. Nadużycie polega na braku regulowania należności za realizowane usługi telekomunikacyjne, w konsekwencji finansowanie swojej działalności telekomunikacyjnej brakiem regulowania należności. Dotychczasowa współpraca na bazie zabezpieczenia w postaci oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się egzekucji złożonego w trybie art. 777 § 1 pkt 5 kpc, dowiodła swojej nieskuteczności. Operatorzy stosują różne wybiegi formalno-prawne, w tym zaskarżenie klauzuli wykonalności, przez co nie można wyegzekwować żadnych środków wynikających z umowy.

Należy pamiętać, że w ramach postępowań windykacyjnych Operatorzy skutecznie zawieszają postępowanie komornicze, przez co opóźnia egzekucję o rok, aby zyskać na czasie i móc wyprowadzać majątek spod zakresu skuteczności egzekucji. W efekcie kolejna egzekucja jest bezskuteczna. Jak pokazuje powyższe, zabezpieczenie w formie a/n 777 nie daje realnej możliwości zaspokojenia się wierzyciela w przypadku braku majątku po stronie dłużnika, zwłaszcza w przypadku celowego wyprowadzania majątku przez dłużnika.

Przy okazji warto zaznaczyć, że w przeciwieństwie do wzorcowego oświadczenia a/n 777 zawierającego jedynie niezbędne wg Oferty SOR zapisy tej formy zabezpieczenia, wzorcowa treść

gwarancji bankowej (zał. nr 7 do cz. I Ogólnej Oferty SOR - „Wzór Gwarancji Bankowej”) oraz wzorcowa treść rezerwy gwarancyjnej (zał. nr 8 do cz. I Ogólnej Oferty SOR - „Wzór Rezerwy Gwarancyjnej”) nie dają swobody ingerowania przez OA w treść obu tych 2 ostatnich form zabezpieczenia, gdyż nie zawierają przywołanego wyżej analogicznego zastrzeżenia jak w/w zał. nr 5.

Dowodzi to, że nawet sporządzenie zabezpieczenia przez notariusza (kwalifikowanego funkcjonariusza publicznego i osoby zaufania publicznego), zobligowanego do sporządzania dokumentów ze szczególną starannością, nie gwarantuje wierzycielowi pozyskania prawidłowego a/n 777, dla którego można by ewentualnie uzyskać nadanie klauzuli wykonalności.

Z powyższej argumentacji wynika, że kwestia określenia relewantnego zdarzenia jest sprzężona z formą prawną dokumentu określającego to zdarzenie, skoro sąd wymagał dla skuteczności a/n 777, aby umowa, z której wynika świadczenie pieniężne poddane egzekucji w trybie a/n 777, była również zawarta w formie a/n, nie zaś w formie pisemnej przewidzianej w Pt dla umów o dostępie telekomunikacyjnym. Mając to na uwadze, jednoznaczne określenie relewantnego zdarzenia w sposób bezpieczny w zakresie spełnienia przesłanek z art. 777 § 1 pkt 5 kpc wymagałoby zawarcia całej umowy ramowej SOR w formie aktu notarialnego. Spełnienie tego wymogu rodziłoby wysokie koszty notarialne zawarcia umowy i pozyskania jej egzemplarza, jeśli wziąć pod uwagę obszerność Oferty SOR (ponad 700 stron wzorcowej umowy i załączników z OR SOR, nie licząc dodatkowych załączników np. w postaci odpisów KRS stron). Sam koszt pozyskania dla obu stron 2 egzemplarzy odpisu umowy SOR zawartej w formie aktu notarialnego wynosiłby w praktyce co najmniej 10.000 zł (ok. 800 stron x 2 x 6 zł/strona według stawek notarialnych), które OPL musiały ponieść w celu możliwości uzyskania zabezpieczenia w postaci a/n 777. Tak wysokie koszty zawarcia umowy SOR stanowiłyby nieuzasadnione ograniczenie prowadzenia telekomunikacyjnej działalności gospodarczej, przy czym byłyby szczególnie dotkliwe dla mniejszych OA.

Przykładem dodatkowej klauzuli wprowadzonej samowolnie przez OA jest wskazanie, że w trybie egzekucji z danego a/n poddawane są świadczenia pieniężne powstałe począwszy od konkretnej daty, w której de facto dłużnikowi została doręczona decyzja Prezesa UKE zmieniająca dotychczasowe, wieloletnie relacje między stronami objęte bilateralną decyzją SOR zmieniającą umowę. Tak zredagowana klauzula bezpodstawnie wyłącza z zakresu danego a/n 777 wierzytelności dłużnika powstałe z tytułu usług zrealizowanych przez OPL na bazie umowy zmienianej decyzją w okresie przed wydaniem rzeczonyj decyzji, co w istocie oznacza wymuszenie przez OA odsunięcia w czasie skutku w postaci dostosowania danej umowy do standardów aktualnej OR SOR, stanowiąc obejście rygoru natychmiastowej wykonalności nadawanego z urzędu decyzji wydanej w sprawie spornej. Warto przy tym nadmienić, że OPL nie dysponuje skutecznym i bezpiecznym mechanizmem motywującym OA do dostarczenia oświadczenia o prawidłowej treści.

Należy pamiętać, że celem zabezpieczeń jest możliwość egzekucji wierzytelności w razie nieregulowania zaległości przez dłużnika, przy czym spośród 3 obecnych rodzajów zabezpieczeń przewidzianych w Ofercie SOR jedynie gwarancja bankowa i rezerwa gwarancyjna dają możliwość zaspokojenia się wierzyciela w przypadku braku majątku po stronie dłużnika. Celowe wyprowadzenie majątku przez dłużnika jest obecnie bardzo łatwe i często praktykowane przez przedsiębiorców działających w oparciu o model biznesowy bazujący na nadużyciach w postaci celowego nieregulowania zobowiązań, gdyż taki proceder praktycznie pozostaje bez sankcji. Do wyprowadzenia składników majątkowych (zwłaszcza aktywów łatwych do upłynnienia lub generujących przychody) mogą być wykorzystywane w szczególności (i) transakcje handlowe (np. przeniesienie własności rzeczy lub praw, migracja abonentów do innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego) bądź (ii) przekształcenia organizacyjne, mające na celu przeniesienie długów do wybranego podmiotu, z którego nie będzie możliwości realnego wyegzekwowania wierzytelności (tzw. „spółka-wydmuszka”), a najczęściej (iii) oba

wspomniane elementy jednocześnie. W branży telekomunikacyjnej jest to o tyle łatwe, że materialne składniki majątkowe mogą mieć stosunkowo niską wartość odtworzeniową, natomiast mogą stanowić infrastrukturę krytyczną dla świadczenia usług generujących wysokie przychody. Dysponując czasem, nierzetelny dłużnik może przemięgić klientów (zwłaszcza tych wysokoprzychodowych) do innej spółki z grupy kapitałowej świadczącej usługi przy wykorzystaniu innej infrastruktury, sam pozostając niewypłacalnym dłużnikiem. Warto przy tym zaznaczyć, że jeżeli zarejestrowany w Polsce nieuczciwy dłużnik ma wyłącznie udziałowców/akcjonariuszy zarejestrowanych w tzw. raju podatkowych (którego jurysdykcja zezwala na ukrycie powiązań kapitałowych i osobowych zarejestrowanych tam podmiotów), formalne wykazanie powiązań między uczestnikami takiej grupy bywa praktycznie niemożliwe. W opisanych okolicznościach jedynie zabezpieczenie w postaci gwarancji bankowej lub rezerwy gwarancyjnej daje realną i szybką możliwość zaspokojenia OPL z wiarygodności.

Trzeba także mieć na uwadze, że nawet w przypadku udzielenia zabezpieczenia z art. 777 § 1 pkt 5 kpc i uzyskania klauzuli wykonalności w sądzie, dłużnik może podejmować kolejne działania opóźniające, celowo wnosząc bezpodstawne środki zaskarżenia podważające tytuł wykonawczy (klauzulę wykonalności nadaną dla a/n 777) lub poszczególne czynności dokonywane w ramach egzekucji komorniczej, aby zyskać na czasie by móc dalej wyprowadzać majątek spod zakresu skuteczności danego a/n 777. W szczególności, dłużnicy instrumentalnie wykorzystują wniosek o zawieszenie postępowania egzekucyjnego w powiązaniu z (i) zażaleniem na postanowienie sądu o nadanie klauzuli wykonalności lub (ii) skargi na czynności komornika. Zgodnie bowiem z art. 821 § 1 kpc, sąd może na wniosek zawiesić w całości lub części postępowanie egzekucyjne, jeżeli złożono skargę na czynności komornika lub zażalenie na postanowienie sądu. W rezultacie, nawet w przypadku bezpodstawnego zażalenia na postanowienie sądu o nadanie klauzuli wykonalności lub bezpodstawnej skargi na czynność komornika, w bardzo łatwy sposób można doprowadzić do zawieszenia postępowania egzekucyjnego. W jednej z takich spraw sąd stwierdził, że „Mając na uwadze, że w niniejszej sprawie zostało złożone zażalenie na postanowienie sądu o nadanie klauzuli wykonalności, w którym przytoczone zostały zarzuty, które w przypadku ich podzielenia skutkować będą zmianą postanowienia i oddaleniem wniosku o nadanie klauzuli wykonalności oraz mając na uwadze dynamikę toczącego się postępowania egzekucyjnego, zawieszenie postępowania egzekucyjnego do czasu zweryfikowania zarzutów podniesionych w zażaleniu jest uzasadnione.” (postanowienie Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie z dnia 21.02.2017 r. ws. XV GCo 830/16).

Należy przy tym pamiętać, że niezależnie od sabotowania działań wierzyciela nakierowanych na wyegzekwowanie środków z danego a/n 777, nierzetelny dłużnik w miejsce procedowanego już przez sąd lub komornika a/n 777 przedkłada jako wymagane zabezpieczenie kolejny a/n 777, kontynuując wyludzanie usługi od OPL i generując nowe nieściągalne długi.

Trzeba podkreślić, że niezasadna byłaby ocena przydatności zabezpieczenia w formie oświadczenia z art. 777 kpc w oparciu o statystyki w zakresie nie/skuteczności egzekucji z a/n z art. 777 kpc (rozumianej jako pełny ciąg działań łącznie z ew. egzekucją komorniczą). Powszechna świadomość o niskiej skuteczności egzekucji z tej formy zabezpieczenia zwykle już na etapie podejmowania decyzji o wszczęciu stosownej procedury sądowej przesądza o nieopłacalności podejmowania takich działań, zwłaszcza w sytuacji świadomości braku majątku po stronie dłużnika. Nie podejmuje się bowiem działań, które nie rokują szans powodzenia.

Stąd dodatkowo w przypadku nie przychylenia się UKE do powyżej argumentacji OPL wnosi o ograniczenie wysokości kwoty, jaką dłużnik może zabezpieczyć na zasadach oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się egzekucji. Zdaniem OPL mając na względzie wysokości roszczeń jakie są statystycznie generowane przez Operatorów, Oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się egzekucji powinno zostać ograniczone do kwoty maksymalnej 5000 zł. Zaproponowana wysokość jest

biznesowo uzasadniona, na podstawie obecnych statystyk zamawiania usług BSA, u małych przedsiębiorców. Obecnie wysokości zamówień i uruchomionych usług u małych przedsiębiorców waha się między 3 a 45 szt., w czasie trwania umowy. Na kwotę 5000 zł składa się średnio uruchomienie 25 szt. Usługi BSA na poziomie Ethernet (wliczając średnią opłatę abonamentową jak i opłatę instalacyjną).

Dodatkowo kwota ta wynika z minimalnej wysokości kapitału zakładowego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Takie ograniczenie nie naraża na nadmierne straty OPL, a także przy większej ilości zamówień i większych dochodach Operatorów nie powinno nadmiernie obciążać złożenie droższego zabezpieczenia w postaci gwarancji bankowej, lub rezerwy gwarancyjnej.

Dodatkowo mając na względzie fakt, iż duża część Operatorów zawierających umowy o dostęp są jednoosobowymi działalnościami gospodarczymi wprowadzone ograniczone nie może odnosić się na wprost do innych przesłanek niż do konkretnej wartości.

1.9.3 Kary umowne

Propozycja OPL:

OPL proponuje dodanie zapisów w treści Rozdział 1, 1.9.3 Kary umowne, poprzez dodanie pkt. 8 o następującej treści:

„8. OPL może żądać od PT kary umownej w wysokości 109 zł za każdy przypadek zgłoszenia niezasadnej Awarii przez PT. Niniejsza kara dotyczy w szczególności przypadków, kiedy OPL stwierdzi brak uszkodzenia na zasobach OPL lub PT nie anuluje / zbyt późno anuluje Zgłoszenie Awarii.”

Uzasadnienie:

Wskazana kara została ustalona na poziomie zgodnym z obowiązującą opłatą za usuwanie awarii w zakresie nieobjętym odpowiedzialnością OPL - zastosowaną w ofercie alternatywnej do oferty SOR na rynku regulowanym tzw. Oferta Delta. Jest to opłata ustalona metodą ekspercką przy uwzględnieniu ponoszonych kosztów, ale z narzutem, gdyż ma posiadać charakter prewencyjny tzn. zapobiegać zgłaszaniu niezasadnych awarii.

Uważamy, że nie jest to opłata wygórowana, gdyż jest to opłata odpowiadająca ok. połowie stawki za Przeprowadzenie Asysty obowiązującej w Ofercie SOR i POPC, która wynosi 236, 60 zł (zgodnie z nową kalkulacją kosztów 262,52 zł- stawka przedstawiona do akceptacji Prezesa UKE w ofercie na rynek 3b). Opłata ta jest płatna przez stronę ponoszącą odpowiedzialność za Awarię/uszkodzenie. Ponadto zgodnie z ww. Wytycznymi UKE dla POPC pkt 14.1 ppkt 5 f) w projektach POPC rekomendowane jest pobieranie od Operatorów Korzystających za nieuzasadnione zgłoszenie Awarii, jeżeli między Stronami zostały określone zasady postępowania i Operator Korzystający nie dopełnił swoich obowiązków,

Jest oczywistym, iż takie nieuzasadnione zgłoszenie awarii wymaga zaangażowania służb technicznych OPL, w tym Partnerów Technicznych OPL, którzy muszą w celu zbadania problemu odwiedzić np. lokal abonenta OA. Jeżeli OA nie ponoszą konsekwencji zgłaszania nieuzasadnionych awarii to też nie mają zachęt, aby dostatecznie dobrze weryfikować awarie po swojej stronie, a wtedy na koszt OPL identyfikują problem swojego abonenta i po uzyskaniu odpowiedzi od OPL usuwają awarię po swojej stronie.

Praktyka stosowania tego typu kar na rynku już została dość wyraźnie zarysowana, co wskazuje iż stosowanie tego typu elementów w umowach pomiędzy operatorami ma istotne znaczenie. Takie kary nakładane przez operatorów udostępniających na operatorów korzystających stosują w swoich ofertach hurtowych POPC: Nexera, Inea/Fiberhost, Asta-Net, Sferanet, Tauron, Zicom Infrastruktura, Koba, Toya, Fiberlink, Beskid Maedia i Podlaskie Sieci Internetowe.

1.11.4. Punkt przyjęcia i obsługa Zgłoszeń

Prezes UKE skrócił czas usuwania awarii z 36h na 24h w porównaniu do wniosku OPL o zatwierdzenie oferty.

Propozycja OPL:

Przywrócenie czasu usuwania awarii 36h zgodnie z wnioskiem OPL o zatwierdzenie oferty ramowej.

Uzasadnienie:

Skrócenie czasu usuwania awarii jest dla nas zaskoczeniem, bowiem nie wynika to z żadnych uzasadnionych przesłanek. Jest ona konieczna między innymi z uwagi na zachodzące zmiany na rynku pracy. Z jednej strony wydłużenie czasu usunięcia uszkodzenia do 36 godzin pozwala na utrzymanie kosztu usunięcia uszkodzenia w umowach z Partnerami Technicznymi na aktualnym poziomie, pomimo znaczących zmian w otoczeniu rynkowym, szczególnie wzrost średniej i minimalnej płacy co ma bezpośrednie przełożenie na koszty pracy. Z drugiej strony pozwala na lepszą optymalizację zasobów ludzkich u Partnerów Technicznych, którzy mogą zostać przekierowani do realizacji inwestycji w szybkie sieci telekomunikacyjne. Jeżeli nie wydłużymy czasu usuwania awarii to z pewnością możemy się spodziewać wzrostu kosztów usuwania awarii w przyszłości, co powinno znaleźć przełożenie w opłatach za regulowane usługi hurtowe dla OA, podczas gdy Detal OPL będzie korzystał z niższego, tańszego SLA.

Zmiana czasu usunięcia awarii z 24h na 36h jest również podyktowana zapewnieniem spójności procesów detalicznych, jakie są stosowane w OPL oraz procesów hurtowych w ramach nowej oferty hurtowej. Operatorzy, którzy już teraz korzystają z nowej oferty hurtowej, nie mają uwag w zakresie czasów realizacji usuwania uszkodzeń, jak również praktyka na rynku detalicznym w Polsce nie pozostawia wątpliwości, iż nie ma uzasadnienia do utrzymywania tak restrykcyjnego czasu usuwania awarii jak dotychczas. Nawet sam Prezes UKE zauważył, iż 36h na usunięcie awarii jest czasem wystarczającym i do tego czasu nie wlicza się czas niezbędny na komunikację z abonentem oraz oczekiwanie na dostęp do lokalu abonenta (Decyzja DHRT.WIT.6082.1.2018.175 z 22 stycznia 2020 r. dla Netia S.A., str. 9): „Część II Rozdział 3 Podrozdział 3.3 ust. 7 Załącznika nr 1 do Zaskarżonej Decyzji otrzymuje brzmienie:

„7. Czas usunięcia przyczyn Awarii nie powinien przekraczać 36 (trzydziestu sześciu) godzin od momentu zgłoszenia Awarii. Do czasu usunięcia Awarii nie wlicza się czasu komunikacji z Abonentem oraz czasu związanego z oczekiwaniem na dostęp do lokalu Abonenta.”

Analogiczne rozstrzygnięcia znalazły się również w innych decyzjach Prezesa UKE wydanych 22 stycznia 2020 r.:

- DHRT.WIT.6082.2.2018.145 dla UPC Polska Sp. z o.o.;
- DHRT.WIT.6082.3.2018.222 dla Multimedia Polska S.A.;

- DHRT.WIT.6082.4.2018.125 dla Vectra Investments sp. z o.o. sp. j.;
- DHRT.WIT.6082.5.2018.140 dla INEA S.A.;
- DHRT.WIT.6082.6.2018.123 dla Toya sp. z o.o.

Tabela 1. Praktyka na rynku detalicznym w Polsce w zakresie czasu usuwania awarii (CUA) stosowanego w ofertach stacjonarnego dostępu do Internetu.

	Czas CUA	Zapisy dot. CUA w regulaminie	Zapisy dot. CUA w umowie
Orange	max 50 h	§ 9. ust 6 Czas, w którym usuwamy uszkodzenie w Sieci stacjonarnej nie powinien przekroczyć 50 godzin.	brak zapisów
Netia	48 h roboczych	§ 13 Aktywacja Usług 11. Operator usuwa Awarię w terminie 48 godzin roboczych.	I. 13. Operator usuwa Awarię w terminie 48 godzin roboczych.
UPC	max 2 dni robocze	§ 36. ust 4 Usunięcie Awarii powinno nastąpić nie później niż w ciągu 2 dni roboczych od momentu zgłoszenia. O ile Awaria nie jest możliwa do usunięcia w ciągu 2 dni roboczych od jej zgłoszenia, Dostawca usług określi termin jej usunięcia i przekaże tę informację zgłaszającemu Abonentowi.	brak zapisów
Multimedia	max 72 h	§3. ust. 15 W razie wystąpienia Awarii Operator zobowiązuje się do podjęcia działań interwencyjnych i usunięcia Awarii średnio w ciągu 24 godzin, nie dłużej jednak niż w ciągu 72 godzin, od momentu powzięcia wiadomości o Awarii, <u>z wyłączeniem jednak dni ustawowo wolnych od pracy i świąt.</u> W przypadku, gdy usunięcie Awarii wymaga podjęcia działań w Lokalu Abonenta, w którym zainstalowane jest Gniazdo Sieciowe lub Sprzęt Operatora, termin usunięcia Awarii liczony będzie od momentu udostępnienia Lokalu służbom technicznym Operatora w celu usunięcia Awarii.	brak zapisów

INEA	max 2 dni robocze	§ 26. ust. 1 Usunięcie Awarii powinno nastąpić nie później niż w ciągu 2 dni roboczych od momentu zgłoszenia . O ile Awaria nie jest możliwa do usunięcia w ciągu 2 dni roboczych od jej zgłoszenia, Dostawca usług określi termin jej usunięcia i przekaże tę informację zgłaszającemu.	brak zapisów
------	-------------------	--	--------------

Powyższa praktyka wskazuje jednoznacznie, iż wymaganie od OPL czasu usunięcia awarii w ciągu 24h jest zdecydowanie zbyt restrykcyjne w porównaniu do praktyki rynkowej. Należy wziąć również pod uwagę, iż inwestycje OPL coraz częściej wychodzą poza obszary o dużej gęstości zaludnienia, a tym samym czas dojazdu Partnera Technicznego w celu usunięcia awarii będzie się zapewne wydłużał, zatem rozważenia warta jest zmiana tego KPI.

Podsumowując, zwiększenie czasu usuwania awarii do 36h pozwala:

- przynajmniej częściowo unikną podwyżki kosztów usuwania awarii, związanych między innymi ze zmianą wysokości wynagrodzeń na rynku
- pozwala na lepszą optymalizację pracy zasobów ludzkich w firmach partnerskich OPL
- wciąż jest bardziej restrykcyjna niż zidentyfikowana praktyka rynkowa

1.17.2. Cesja abonencka

Prezes UKE wprowadził do projektu umowy Cesję abonencką.

Propozycja OPL:

Proponujemy usunąć definicję Cesi Abonenckiej oraz powiązane zapisy w całym projekcie umowy.

Uzasadnienie:

Cesja abonencka została usunięta z projektu oferty OPL, bowiem według nas jest na dzień dzisiejszy zbędnym elementem. W związku z tym, iż z roku na rok bardzo spada ilość usług świadczonych na sieci miedzianej oraz z powodu pełnej deregulacji usługi WLR nie ma już większego uzasadnienia, aby proces cesji podlegał kontroli OPL. Konieczność kontroli cesji związany był ze współdzieleniem łącza wraz z usługą głosową WLR, która obecnie nie podlega regulacji. Zapisy odnośnie cesji abonenckiej zostały umieszczone w komercyjnych umowach WLR, które są już zawarte z OA. W związku z powyższym regulacja cesji abonenckiej w projekcie przedmiotowej oferty może powodować sprzeczności z zapisami w ofertach komercyjnych. Z tego powodu OPL wnosi o wykreślenie cesji abonenckiej z projektu oferty, aby uniknąć regulowanego wpływu na komercyjne usługi hurtowe.

Część V, Cennik, Tabela 21 - Opłata za uruchomienie połączenia sieci z wykorzystaniem Trybu Łącza Dedykowanego i Trybu Sieci Szkieletowej/Backhaul oraz Tabela 24 - Opłaty związane z Abonamentem Trybu Łącza Dedykowanego oraz Trybu Sieci Szkieletowej/Backhaul

Jest to forma częściowego uregulowania opłat usługi nieregulowanej.

Propozycja OPL oraz uzasadnienie:

Tabela 21 oraz Tabela 24 z Cennika (część V) zawierają opłaty jednorazowe oraz miesięczne w postaci odniesienia do oferty komercyjnej OPL. Stoimy na stanowisku, iż oferta na usługi regulowane nie powinna zawierać odniesienia do ofert komercyjnych. Tabele powinny zostać usunięte z oferty regulowanej. Nawet w przypadku braku wskazania konkretnych kwot za niniejszą usługę komercyjną to wskazanie konieczności ponoszenia opłaty jednorazowej oraz miesięcznej już reguluje model opłat usługi, która ma charakter nieregulowany.

W związku z wydaniem przez UKE 15 lutego 2021 roku decyzji deregulującej Rynek 4/2014 do 2Mb/s włącznie oraz postanowienia o skutecznej konkurencji na Rynku 4/2014 powyżej 2Mb/s, zdaniem OPL, uwzględnianie w ofercie regulowanej usług nieregulowanych (połączenie sieci z wykorzystaniem Trybu Łącza Dedykowanego i Trybu Sieci Szkieletowej/Backhaul) nie powinno mieć miejsca. Wskazanie tych pozycji w cenniku oferty, prowadzi do regulacji przedmiotowej usługi i nałożenia na OPL obowiązków regulacyjnych dla usług, które powyżej wymienioną decyzją i postanowieniem o skutecznej konkurencji są obecnie nieregulowane. Z tego powodu proponujemy usunięcie wskazanej tabeli. Dodatkowo zauważyć należy i Tryb Sieci Szkieletowej był dedykowany dla usług głosowych, które nie są przedmiotem niniejszego postępowania.

Grzegorz Kuźmicz

Pełnomocnik Orange Polska S.A.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo w aktach sprawy
2. Opinia Kancelarii Prawnej Rogalski i Wspólnicy