

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

Załącznik Nr 3 do Części III A Kary i Bonifikaty

1. Odpowiedzialność Stron

1.1. Zasady ogólne

1. Strona jest zobowiązana do naprawienia szkody, którą poniosła druga Strona, wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy o Dostępie w zakresie obowiązków określonych w Części III A do Umowy o Dostępie, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które Strona nie ponosi odpowiedzialności. Szkada obejmuje zarówno straty rzeczywiste, które poniosła dana Strona, jak i utracone przez nią korzyści.
2. Za działanie lub zaniechania podwykonawców oraz wszelkich osób upoważnionych przez OK lub OPL, OK lub OPL odpowiada jak za własne działania lub zaniechania.
3. W przypadku, gdy OK zamierza dochodzić odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy w sytuacji nie opisanej w pkt 2 OK złoży wniosek o odszkodowanie do OPL z podaniem uzasadnienia. Jeśli w terminie 1 (jednego) miesiąca, poczynszy od złożenia wyżej wspomnianego wniosku, Strony nie osiągną porozumienia co do rozliczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy w zakresie Części IIIA Umowy, OK będzie mógł dochodzić odszkodowania (za szkodę rzeczywistą i utracone korzyści) przed sądem powszechnym właściwym dla siedziby OPL, na zasadach ogólnych określonych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. z dnia 16 maja 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145) z późn. zm.), zwanej dalej „kc”.
4. W przypadku podniesienia przez osoby trzecie przeciwko OPL roszczeń związanych z wykonaniem przez OPL Umowy w zakresie Części III A Umowy, OK powinien, jeżeli jest to uzasadnione stanem faktycznym i prawnym podjąć wszelkie niezbędne czynności prawne i faktyczne w celu zwolnienia OPL od odpowiedzialności w stosunku do osób trzecich oraz zwrócić OPL wszelkie koszty i straty poniesione w związku z roszczeniami osób trzecich, o których mowa powyżej, pod warunkiem spełnienia następujących przesłanek:
 - a) OPL niezwłocznie powiadomi OK o roszczeniach osoby trzeciej i umożliwi OK obronę przed tymi roszczeniami,

- b) OK nie skorzysta z uprawnień przysługujących mu na podstawie ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460) z późn. zm.), zwanej dalej „Kpc”, do przystąpienia do toczącego się postępowania w charakterze interwenienta ubocznego albo pomimo przystąpienia nie może podnieść wobec OPL zarzutów, o których mowa w art. 82 Kpc albo wyrazi zgodę na zawarcie pomiędzy OPL a osobą trzecią ugody z tytułu roszczeń przysługujących tej osobie wobec OPL,
- c) roszczenia osoby trzeciej nie będą wynikały z niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy o Dostępie w zakresie Części III A przez OPL oraz nie będą skutkiem czynu niedozwolonego OPL.

1.2. Kluczowe Wskaźniki Efektywności (Key Performane Indicator - KPI)

LP	KPI	Definicja	Sposób rozliczenia	Wartość stosowana dla oceny operacyjnej oraz ustalenia dodatkowych rekompensat	Rekompensata
1*	% nieskutecznie zrealizowanych zamówień usług internetowych * wskaźnik liczony wyłącznie dla	Wyrażona w procentach liczba niezrealizowanych zamówień na instalację Usługi BSA w obszarze Regulowanym, ze względu na brak możliwości technicznych (nie dotyczy braku LPŚ) z przyczyn leżących po stronie OPL, w stosunku do liczby zrealizowanych i niezrealizowanych Zamówień na instalację Usługi BSA w obszarze Regulowanym.	miesiąc	5%	>5% - Kara 90 zł za każde zlecenie powyżej limitu

	zamówień z Obszaru Regulowanego				
2	% dostępności systemów sprzedażowo - obsługowych	Dostępność systemów sprzedażowo - obsługowych dla procesów zaimplementowanych oznacza możliwość realizacji przez Operatora czynności niezbędnych do realizacji procesów dostarczenia i obsługi posprzedażowej z wykorzystaniem kanału ISI i aplikacji TU (Clinet KSP).	roczny	96%	Operacyjny
3	% instalacji usług internetowyc h wykonanych podczas jednej wizyty	Wyrażona w procentach liczba zrealizowanych zamówień w stosunku do wszystkich Zamówień zrealizowanych i niezrealizowanych (RTN) z uwzględnieniem odliczeń.	miesiąc	90%	Operacyjny:

4	Terminowość naprawy uszkodzeń usług BSA	Wyrażona w procentach liczba uszkodzeń (Awarii) Usług BSA terminowo naprawionych w danym okresie raportowym w stosunku do ogólnej liczby uszkodzeń (Awarii) Usług BSA naprawionych w danym okresie raportowym. CUA - Czas usuwania Awarii wynosi 24 h.	miesiąc	≥ 85%	za każdy przypadek poniżej wartości referencyjnej kara w wysokości 1/30 opłaty abonamentowej za każde rozpoczęte 24h powyżej uzgodnionego czasu uszkodzenia.. Kara nie łączy się z kara za awarie masowe. Kara ograniczona do opłaty abonamentowej.
5	Terminowość naprawy uszkodzeń priorytetowych h	Wyrażona w procentach liczba uszkodzeń (Awarii) priorytetowych Usług BSA terminowo naprawionych w danym okresie raportowym w stosunku do ogólnej liczby uszkodzeń (Awarii) priorytetowych Usług BSA naprawionych w danym okresie raportowym.	miesiąc	≥ 85%	=<85% kara w wysokości 50% wartości faktury miesięcznej za usługi abonamentowe zgłoszone w danym miesiącu jako priorytetowe, dla których nie dotrzymano KPI
6	Terminowość naprawy awarii masowych usług internetowych h (PDU)	Wyrażona w procentach liczba awarii masowych usług internetowych (PDU) terminowo naprawionych w danym okresie raportowym w stosunku do ogólnej liczby awarii masowych usług internetowych (PDU) naprawionych w danym okresie raportowym.	kwartał	≥ 98%	=<98% kara 2% opłaty abonamentowej łączy z danego PDU dotkniętych awarią, za każdą godzinę przekroczenia czasu usuwania awarii, przy braku rozliczania innych SLA za niedostępność usługi;

7	Liczba uszkodzeń na 100 usług	Średnia liczba uszkodzeń (Awarii) usług BSA powstałych z WINY OPL w danym okresie raportowym podzielona przez średnią liczbę Usług BSA w danym okresie raportowym.	miesiąc	95%	operacyjny
8	Terminowość naprawy wszystkich uszkodzeń usług BSA (do 3DR)	Wyrażona w procentach liczba uszkodzeń (Awarii) Usług BSA naprawionych do 3DR w danym okresie raportowym w stosunku do ogólnej liczby uszkodzeń (Awarii) Usług BSA naprawionych w danym okresie raportowym.	miesiąc	95% w 3 DR	operacyjny

9	Terminowość naprawy wszystkich uszkodzeń usług BSA (do 14DK)	Wyrażona w procentach liczba awarii usług BSA naprawionych do 14DK w danym okresie raportowym w stosunku do ogólnej liczby awarii Usług BSA naprawionych w danym okresie raportowym.		100% w 14 dni - z wyłączeniem pojedynczych przypadków uszkodzeń trudno usuwalnych	operacyjny
10	% uszkodzeń usług BSA otwartych ponownie	Procentowy wskaźnik awarii usług BSA po których zakończeniu OK w ciągu 14 dni zgłasza ponowną awarię w danym okresie raportowym na sieci OPL	miesiąc	< 4,5%	operacyjny
11	Skuteczność zgłaszania prac planowych	Wyrażona w procentach liczba usług BSA objętych pracami planowymi zgłoszonymi do OK do liczby wszystkich usług BSA OK objętych przeprowadzonymi pracami planowymi na infrastrukturze OPL.	miesiąc	100%	operacyjny

12	% braku skuteczności realizacji zamówienia usług BSA w terminie umówienia z przyczyn niezależnych od OPL	Wyrażona w procentach liczba zrealizowanych nieskutecznie zleconych instalacji/asyst Partnera Technicznego ze względu na zmianę terminu lub rezygnacje klienta w stosunku do liczby zleconych instalacji/asyst Partnera Technicznego na usługę BSA w danym okresie raportowym	miesiąc	poziom referencyjny na poziomie Detalu OPL	operacyjny
13	% braku skuteczności realizacji zamówienia usług BSA w terminie umówienia z przyczyn technicznych po stronie OK	Wyrażona w procentach liczba zrealizowanych nieskutecznie zleconych instalacji/asyst Partnera Technicznego ze względu na brak możliwości technicznych aktywacji usługi po stronie OK w stosunku do liczby zleconych instalacji/asyst Partnera Technicznego na usługę BSA w danym okresie raportowym	miesiąc	<4%	Kara wnoszona przez OK w wysokości opłaty instalacyjnej za każdy przypadek powyżej wartości referencyjnej.

14	Zgłoszenie niezasadnej Awarii przez OK	Opłata za obsługę przez OPL niezasadnego Zgłoszenia Awarii (nieprawidłowości działania Usługi). Dotyczy w szczególności przypadków, kiedy OPL stwierdzi brak uszkodzenia na zasobach OPL lub OK nie anuluje / zbyt późno anuluje zlecenie Awarii.	miesiąc	nd	125 PLN za każdy przypadek
15	RDU	<p>Parametr RDU obliczany jest zgodnie z poniższym wzorem:</p> $RDU [\%] = \frac{\text{czas całkowity} - \Sigma \text{czas Awarii} - \Sigma \text{czas Awarii Masowych}}{\text{całkowity czas}} \times 100 [\%]$ <p>W przypadku gdy OK korzysta z danej Usługi przez okres krótszy niż rok kalendarzowy, dostępność usługi powinna być wyliczona proporcjonalnie do danego okresu.</p> <p>Bonifikaty przysługują OK za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa będąca przedmiotem Zamówienia na Usługę była niedostępna po przekroczeniu parametru RDU. Bonifikaty nie przysługują OK, jeżeli podstawą do ich przyznania są zdarzenia, za które odpowiedzialność ponosi OK.</p>	Rok	RDU – 99%	Wyplata w ramach Bonifikat wypłacanych zgodnie z zasadami z pkt 1.3

1.3. Bonifikaty z tytułu niedostępności Usługi BSA

- a) Bonifikaty przysługują OK za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa BSA była niedostępna z uwagi na wystąpienie Awarii.
- b) Wysokość bonifikaty, o której mowa w ust. 1 powyżej, ustala się na poziomie 1/30 opłat miesięcznych stosowanych w danym okresie dla danego Łącza Abonenckiego, za każdy rozpoczęty dzień, w którym Usługa była niedostępna z uwagi na wystąpienie Awarii albo Awarii Masowych.

- c) Jako dzień, w którym nastąpiła w sposób ciągły lub przerywany niedostępność Usługi BSA, Strony przyjmują każdy dzień liczony jako kolejne 24 (dwadzieścia cztery) godziny od momentu dokonania zgłoszenia zdarzenia.
- d) Bonifikaty/Kary uwzględnia się odejmując wysokość bonifikaty/Kary od sumy opłat za miesiąc następujący po miesiącu, w którym nastąpiło zdarzenie związane z bonifikatą/karą. OPL, bez potrzeby zgłaszania stosownego żądania przez OK, uwzględnia bonifikatę/karę przy wystawianiu faktury w najbliższym terminie płatności.

1.4. Raportowanie

OPL będzie dostarczał do OK raport SLA do 25 dnia następnego miesiąca. Wykonany zgodnie z obowiązującą metryką stanowiącą załącznik.

1.5. Zasady ogólne

- a) Strony ustalają, iż poziomy referencyjne wskaźników mających swoje odpowiedniki dla Detalu OPL będą dostosowywane do poziomów referencyjnych funkcjonujących dla Detalu OPL.
- b) KPI będą mierzone dla uzgodnionych procesów.



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/1482/07/21

Temat: Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w sprawie DR.WORK.6082.1.2020.

Sprawa: DR.WORK.6082.1.2020

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 światłowodową w zakresie zapewnienia dostępu do hurtowej usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji oraz zapewnienia dostępu do urzędów dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej używanych na potrzeby szerokopasmowej transmisji danych kierowanej do lokalnej pętli abonenckiej (DR.WORK.6082.1.2020).

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 uwzględnienia rozwoju rynku, pojawienia się ofert hurtowych po stronie operatorów nieregulowanych i fakt, że OPL coraz częściej jest biorcą infrastruktury a nie jej dawcą, co wymaga np. doprecyzowania definicji ciemnych włókien, które są udostępniane przez OPL potrzebę uwzględnienia w testach ERT cen realnie stosowanych wobec OA, a nie cen wynikających z oferty hurtowej, której zmiana jest czasochłonna i częstokroć nie nadąża za realnymi warunkami oferowanymi przez OPL na rynku; rozwiązanie zaproponowane przez UKE może zniechęcać do

obniżek cen hurtowych, wspierając raczej podmioty, które regulację OPL wykorzystują do walki konkurencyjnej na powiązonym rynku detalicznym (w wyniku ograniczenia elastyczności cenowej) a nie wykorzystując jej w dostępie hurtowym;

- konieczność dostosowania system kar i bonifikat do praktyki rynkowej a co najmniej do regulacji POPC. Warto przypomnieć, iż regulacja POPC 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;
- należy również usunąć proponowane przez UKE zapisy dotyczące realizacji obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, bowiem nie powinny być one przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa UKE w ofercie i nie mogą zwalniać OA z obowiązku ich realizacji. Byłoby to sprzeczne z postanowieniami organów uprawnionych oraz obiektywnymi możliwościami realizacji tych obowiązków.
- 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

Zanim OPL przedstawi szczegółowe uwagi do zapisów konsultowanego projektu oferty ramowej, chcielibyśmy zwrócić uwagę na szerszy aspekt tego tematu. Oferta ramowa określa warunki dostępu do sieci FTTH, a więc sieci nowej generacji, sieci, która w Polsce wciąż jest w fazie rozwoju. Polityka regulacyjna w zakresie wspierania rozwoju inwestycji i zachęt inwestycyjnych jest z pewnością kluczowym elementem polityki regulacyjnej w Polsce jak i w całej Europie. 11 grudnia 2018 r. ustanowiono **Europejski kodeks łączności elektronicznej** (dalej „EKŁE”). Motywy, którymi kierowano się przy uchwalaniu EKŁE, wyznaczają główne kierunki polityki regulacyjnej na najbliższe lata, która powinna zakładać:

- stymulację **konkurencji opartej na infrastrukturze**;
- stworzenie **bodźców regulacyjnych zachęcających do inwestycji** poprzez ograniczanie regulacji *ex ante* oraz promowanie różnych modeli inwestycyjnych, w tym współinwestycji;
- **łagodzenie** prawnych i ekonomicznych **barier inwestycyjnych**;
- promowanie komercyjnych modeli dostępu hurtowego oraz dobrowolnej współpracy operatorów.

Znaczenie i rolę szybkiego dostępu do Internetu uwydatniła pandemia COVID-19, w trakcie której dostępność wysokiej jakości usług telekomunikacyjnych stanowi warunek konieczny sprawnego funkcjonowania Państwa i społeczeństwa, a brak dostępności tych usług powoduje niejednokrotnie brak możliwości wykonywania pracy zawodowej, nauki i realizowania innych potrzeb dnia codziennego. Powyższe skłoniło Komisję Europejską do opublikowania 9 marca 2021 r. wizji i kierunku transformacji cyfrowej w Unii Europejskiej do roku 2030 (2030 Digital Compass: the European way for

the Digital Decade). Jeden z zakładanych celów w zakresie infrastruktury telekomunikacyjnej przewiduje zapewnienie łączności określanej jako „gigabit dla każdego”. Dla osiągnięcia celów pożądanym nie tylko z uwagi na ich wyznaczenie przez Komisję Europejską, lecz przede wszystkim ze względu na potrzeby polskiego społeczeństwa, niezbędne są jednak ogromne inwestycje w infrastrukturę światłowodową.

Polityka regulacyjna nie powinna abstrahować także od uwarunkowań ogólnorynkowych, w tym warunków makro i mikroekonomicznych. Czynniki te są także ściśle skorelowane z osiąganiem celów inwestycyjnych i rozwojowych rynku telekomunikacyjnego, a także całej gospodarki. Ocena rozwiązań oferty powinna zatem brać pod uwagę także zmieniające się warunki rynkowe – w szczególności bardzo istotny rozwój konkurencji infrastrukturalnej w Polsce, istotne osłabienie pozycji OPL oraz pojawienie się szeregu ofert hurtowych na dostęp. Ponadto polityka regulacyjna powinna brać pod uwagę uwarunkowania makroekonomiczne, takie jak poziom inflacji, koszty pracy, kwestie podatkowe.

W efekcie ważnym jest, aby wprowadzona oferta uwzględniała powyższe czynniki, w tym adresowała takie tematy jak:

- realny poziom kosztów świadczenia usług, zwłaszcza w świetle coraz wyższych kosztów pracy;
- zachęty dla inwestowania nie tylko przez operatora regulowanego, ale także przez operatorów korzystających z dostępu, zwłaszcza tych, których dostęp do zasobów kapitałowych pozwala na prowadzenie takich inwestycji;
- wyrównanie warunków dostępu do sieci, w tym zapewnienie, że wszyscy operatorzy korzystający z dostępu (w tym operatorzy nowowchodzący) korzystają z dostępu po takich samych cenach a nie – wybrani operatorzy po cenach historycznych;
- proporcjonalność obowiązków wynikających z oferty ramowej tj. nie wprowadzania rozwiązań cięższych od rozwiązań przyjętych na rynku i wystarczających dla osiągnięcia celów dostępu hurtowego.

II. UWAGI 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 3 do niniejszego pisma)

Uzasadnienie:

W projekcie oferty zaadresowaliśmy 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 wnioskuje o zmiany w procesach lub innych usługach wprowadzanych decyzjami regulatora rynku. W konsekwencji prowadzi to do sytuacji, w której na rynku hurtowym obowiązuje wiele wersji modeli realizacji usług hurtowych, co oczywiście generuje dodatkowe obciążenie organizacyjne i kosztowe OPL. W dobie społeczeństwa gigabitowego i konieczności wzmożonego 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 OA budzi również wątpliwości związane z niedyskryminacją, bowiem wybiórcze podejście OA 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, w pkt 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, 20.1 ZMIANA OPŁAT, Fakturowanie i sposoby płatności”

„20.1.1 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 wykonanej decyzji Prezesa UKE lub od terminu wskazanego wprost w decyzji Prezesa UKE. Zmiana stawek powoduje automatyczną zmianę cen w Umowie, bez potrzeby jej aneksowania.

20.1.2 Nowa opłata wraz z datą obowiązywania jest niezwłocznie publikowana przez OPL na stronie internetowej OPL oraz przesyłana do wiadomości PT na adres podany w Załączniku Adresowym.”

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.

Stosowanie takich rozwiązań nie jest sprzeczne z obowiązującym prawem i może być z powodzeniem zaimplementowane w Decyzji Prezesa UKE i umowie z OA co potwierdza opinia Kancelarii Prawnej Rogalski i Wspólnicy znajdująca się w Załączniku nr 3.

III. UWAGI DO PROJEKTU OFERTY

Definicja: Ciemne włókna światłowodowe

W projekcie znajduje się następująca definicja:

„Ciemne włókna światłowodowe (ang. Dark Fibers) – są to nieużywane i przygotowane do zestawienia drogi optycznej, włókna światłowodowe w zainstalowanym kablu światłowodowym do którego tytuł prawny posiada OPL.”

Propozycja OPL:

Proponujemy przywrócenie definicji z projektu przedłożonego do akceptacji Prezesa UKE przez OPL, a mianowicie:

„Ciemne włókna światłowodowe (ang. Dark Fibers) – są to nieużywane i przygotowane do zestawienia drogi optycznej, włókna światłowodowe w zainstalowanym kablu światłowodowym będącym własnością OPL.”*

**W przypadku gdy kabel światłowodowy został udostępniony OPL (np. w formie dzierżawy, leasingu, itp.) zastosowanie znajdują odpowiednio postanowienia umowy łączącej OPL i właściciela przedmiotowej infrastruktury.”*

Analogiczna definicja powinna znaleźć się również w projekcie umowy, a więc Załączniku nr 2 do projektu decyzji.

Uzasadnienie:

OPL zakłada udostępnienie wyłącznie ciemnych włókien w kablach, które są własnością OPL. Nie znamy na rynku praktyki, iż inni przedsiębiorcy zezwalają na dalszą poddzierżawę ciemnych włókien, zatem OPL jest w stanie zaproponować jedynie kable będące własnością OPL. Rozwój infrastruktury w Polsce powoduje, że coraz częściej to OPL jest jej biorcą a nie dawcą. Sytuacja ta może dotyczyć także ciemnych włókien światłowodowych - OPL może wykorzystywać infrastrukturę wybudowaną przez inne, nieregulowane podmioty. Należy mieć jednocześnie na uwadze, że zgodnie z art. 698 § 1 kodeksu cywilnego „bez zgody wydzierżawiającego dzierżawca nie może oddawać przedmiotu dzierżawy osobie trzeciej do bezpłatnego używania ani go poddzierżawiać”. Prezes UKE nie może ograniczyć tego prawa w drodze decyzji administracyjnej skierowanej do OPL. Prawo to przynależy bowiem podmiotom nieregulowanym, od których OPL potencjalnie może taką infrastrukturę pozyskać. Należy mieć także na uwadze, że rozwój rynku spowodował rozwój strony podażowej rynku – zasoby pozyskiwane przez OPL są dostępne także dla innych operatorów, którzy mogą dostęp uzyskać bezpośrednio od właścicieli tych zasobów.

Warto podkreślić, iż z pewnością sytuacja ta przybrała na wadze i skali w porównaniu do sytuacji z 2014 r. kiedy to UKE wprowadzało do oferty dostęp w technologii FTTH. O ile 7 lat temu takie zapisy mogły być jeszcze uzasadnione, o tyle obecnie nie przystają do warunków rynkowych, prowadząc do regulacji infrastruktury podmiotów nieregulowanych.

Rozdział 4.2 Zasady przeprowadzania Testu Ekonomicznej Odtwarzalności, pkt 2 - Testy ERT

Prezes UKE dodał zapis, mówiący o źródle opłat hurtowych stosowanych w testach ERT za usługi regulowane: „*Opłaty za usługi regulowane pochodzą z obowiązującej Oferty.*”

Propozycja OPL:

OPL proponuje w pkt. 4.2 Zasady przeprowadzania Testu Ekonomicznej Odtwarzalności (ERT) ostatnie zdanie w ppkt 2:

„Opłaty za usługi regulowane pochodzą z obowiązującej Oferty.”

zamienić na:

„Opłaty za usługi regulowane są ustalane na podstawie faktycznych stawek oferowanych przez OPL na rynku dla operatorów alternatywnych”

Analogiczna zmiana powinna zostać wykonana w Załączniku nr 4 Instrukcja do przeprowadzania Testów Ekonomicznej Odtwarzalności, w Rozdziale 1. Ogólne informacje dotyczące przeprowadzenia Testu ERT dla usług światłowodowych BSA, w pkt 2.

Uzasadnienie:

OPL proponuje zmianę zapisu, ponieważ:

- w przypadku zastosowania przez OPL niższych stawek hurtowych z rozliczeniach z OA niż opłat w Ofercie (np. wynikających z promocji lub konieczności obniżenia opłat względem Oferty wskutek negatywnego testu ERT), Test ERT nie będzie odzwierciedlał faktycznych opłat jakie są ponoszone przez Operatorów.
- nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż postępowania prowadzone przez Prezesa UKE trwają dłużej niż regulowany proces TTM, zatem mogą się pojawić również sytuacje w przypadku wdrożenia nowych usług hurtowych, które w trakcie wykonywania testu ERT nie będą znajdowały się w zatwierdzonej ofercie przez Prezesa UKE.

Proponowany przez OPL zapis umożliwi zastosowanie faktycznych kosztów jakie OA ponoszą z tytułu opłat hurtowych.

Rozwiązanie zaproponowane przez UKE spowoduje także brak elastyczności oferty i brak zachęt do oferowania operatorom korzystającym lepszych warunków cenowych (skoro do testów i tak będą brane ceny z oferty). Warto też mieć na uwadze, że proces zmiany oferty jest czasochłonny i OA szybciej implementują obniżki cen w umowach niż czyni to oferta ramowa. Rozwiązania oferty nie powinny zatem prowadzić do braku elastyczności i odzwierciedlania realnych warunków rynkowych.

Takie zapisy wspierają tylko konkurentów OPL, którzy regulację spółki wykorzystują do walki konkurencyjnej na powiązonym rynku detalicznym (ograniczenie elastyczności cenowej) a nie w dostępie hurtowym. Liczymy zatem na zmianę podejścia przez Regulatora.

IV. UWAGI DO ZAŁĄCZNIKA NR 4 - INSTRUKCJA DO PRZEPROWADZENIA TESTÓW EKONOMICZNEJ ODTWARZALNOŚCI

Koszt urządzenia (router, dekodery, itp.)

Propozycja OPL:

Proponujemy zmianę, aby w przypadku stosowania w ofertach OPL urządzenia zintegrowanego (ONT+router) w tej pozycji była wykazywana różnica między kosztem urządzenia zintegrowanego i ONT, analogicznie jak w testach MS POPC

W związku z powyższym OPL proponuje w Rozdziale 4 Zasady przeprowadzania kalkulacji w ramach arkusza Opłaty detaliczne, pkt 9 lit. d dodać na końcu następujące zdanie:

„Jeżeli OPL oferuje abonentowi wyposażenie abonenckie zintegrowane z ONT (np. wraz z access point'em WiFi) to w pozycji średni koszt zakupu wyposażenia dodatkowego powinna zostać przedstawiona różnica pomiędzy kosztem zakupu zintegrowanego wyposażenia abonenckiego a ONT oferowanym w ramach Usługi hurtowej.”

Uzasadnienie:

Jest to istotne z uwagi na zachowanie spójności z zasadami wykonywania testów MS POPC. Ponadto, OPL oraz wielu operatorów wykorzystuje zintegrowane urządzenia (ONT+router) w świadczeniu usług, zatem uwzględnienie w testach ERT kosztów ONT oraz różnicy pomiędzy kosztem zakupu zintegrowanego wyposażenia abonenckiego a ONT oferowanym w ramach Usługi hurtowej, bardziej odzwierciedla koszty usługi. Stosowanie dwóch całych kosztów ONT oraz routera będzie zawyżać koszty świadczenia usługi i promować nieefektywne rozwiązania.

V. UWAGI DO ZAŁĄCZNIKA NR 1 – PROJEKT UMOWY

Część I, Rozdział 1, Definicja SFH

W projekcie oferty znajduje się definicja SFH w następującej postaci:

„SFH ((ang. Single Family House) - oznacza budynek mieszkalny jednorodzinny znajdujący się pod danym adresem obejmujący nie więcej niż 2 lokale mieszkalne.”

Propozycja OPL:

Proponujemy doprecyzowanie definicji, które jest zgodne z obecną praktyką stosowaną przez OPL na rynku hurtowym:

„SFH ((ang. Single Family House) - budynek wolno stojący albo budynek w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej, stanowiący konstrukcyjnie samodzielną całość, w którym są wydzielone nie więcej niż dwa lokale (mieszkalne lub użytkowe).”

Uzasadnienie:

Zaproponowaliśmy doprecyzowanie wcześniej przedstawionej definicji z uwagi na np. praktykę wykorzystywania budynków jednorodzinnych na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej. Mogą się zdarzyć przypadki np. budynków dwulokalowych, w których jeden lokal jest przeznaczony na prowadzenie działalności gospodarczej, a drugi lokal służy celom mieszkalnym. Wydaje się, że propozycja doprecyzowania adresuje wszystkie możliwe przypadki budynków jednorodzinnych i nie powoduje zmian w pozostałych warunkach oferty regulowanej. Ponadto doprecyzowanie niniejszej definicji jest zgodne z obowiązującym Prawem budowlanym.

Część I, Rozdział 1, Definicja Ciemnych włókien światłowodowych

Jak w uwagach do projektu oferty, w części III, pkt 1. niniejszego pisma,

Część I, Rozdział 1. Definicja Awarii masowej

Prezes UKE istotnie uogólnił zaproponowaną definicję przez OPL.

Propozycja OPL

Rekomendujemy przywrócenie definicji wcześniej proponowanej przez OPL w projekcie naszej oferty.

Uzasadnienie:

Nasza wersja definicji była opracowana na podstawie doświadczeń z prowadzonych negocjacji pomiędzy OPL i OA. Bardzo ogólna definicja była dotychczas kwestionowana w toku negocjacji przez OA, zatem OPL w swoim projekcie zdecydował się na jej doprecyzowanie

Część I, Rozdział 1. Definicja Cesji abonenckiej

Prezes UKE wprowadził do projektu umowy Cesję abonencką.

Propozycja OPL:

Proponujemy usunąć definicję Cesji abonenckiej oraz powiązane zapisy w całym projekcie umowy.

Uzasadnienie:

Cesja abonencka w przypadku łączy FTTH nie ma zastosowania, gdyż w przypadku usług światłowodowych nie ma współdzielenia łącza pomiędzy usługami szerokopasmowymi i głosowymi (jest tylko usługa szerokopasmowa). W takim przypadku nie ma żadnego uzasadnienia, aby proces cesji podlegał kontroli OPL. Wcześniej cesja abonencka był wprowadzona w ofercie ramowej z powodu konieczności kontroli nad współdzieleniem łącza przez dwóch użytkowników końcowych. Brak cesji abonenckiej w ofercie FTTH jest podyktowany brakiem usługi głosowej na łączy światłowodowym. Jak wskazywaliśmy w definicji, w przypadku łączy FTTH nie ma współdzielenia pasma na usługę szerokopasmową oraz głosową. W sytuacji, gdy do lokalu abonenckiego jest doprowadzona usługa głosowa to łącze jest w technologii miedzianej (nie objętej zakresem przedmiotowej umowy), a zatem zupełnie niezależne od łącza w technologii FTTH. Zaproponowany przez UKE proces nie jest możliwy do realizacji ponieważ dla FTTH nie występuje współdzielenie pasma, a zatem nie ma dwóch OA na jednym łączy. Dodatkowo proces wskazuje że inicjatorem procesu jest OA korzystający z usługi głosowej, który nie występuje w procesach dla usługi FTTH.

Część I, Rozdział 1. Definicja Technologie hybrydowe

Proponujemy doprecyzowanie definicji, która pierwotnie była w naszym wniosku, a mianowicie:

„Technologie Hybrydowe – architektura dostępu, w której pomiędzy Splitterem optycznym zlokalizowanym najbliżej lokalu Abonenta, a lokalem abonenta wykorzystana jest istniejąca infrastruktura miedziana (instalacja telefoniczna, kabel koncentryczny, kabel ethernetowy).”

Część I, Rozdział 5, Zasady Ogólne

Prezes UKE usunął następujący zapis:

„Niezależnie od innych postanowień Umowy, żadna ze Stron nie będzie ponosić odpowiedzialności z tytułu utraconych korzyści”

Propozycja OPL:

Proponujemy przywrócenie powyższego zapisu.

Uzasadnienie:

Biorąc pod uwagę standard rynkowy, m.in. Nexera, Inea w swoich ofertach wyłączają dochodzenie roszczeń z tytułu utraconych korzyści. Argumenty KIGEIT, które przekonały UKE, w zakresie wprowadzenia zapisów do Oferty w zakresie możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu utraconych korzyści i powiązanie ich z pozycją dominującą są dość niezrozumiałe. Jeżeli reszta operatorów rozmyślnie wprowadza ograniczenie w zakresie dochodzenia utraconych korzyści takie samo prawo powinno dotyczyć też Orange. Przywrócone kary w projekcie oferty, są na tyle dotkliwe, iż wprowadzenie dodatkowej odpowiedzialności z tytułu utraconych korzyści jest podwójnym jak nie potrójnym karaniem OPL z tytułu jednego zdarzenia (tj. kara umowa opisana w 5.3, która w ppkt. 5 nie wyklucza, dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kar. Dodatkowo wprowadzona kara za utracone korzyści.

Część I, Rozdział 3. Wykonywanie obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego

Prezes UKE określił zasady realizacji tych obowiązków w stosunku do OA, które nie były przedmiotem wniosku OPL.

Propozycja OPL:

Usunięcie zapisów dotyczących realizacji obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, bowiem nie powinny być one przedmiotem rozstrzygnięcia Prezesa UKE.

Uzasadnienie:

Ze wszystkich usług wskazanych w projekcie decyzji jedynie usługa BSA IP Niezarządzane, realizowana na routerach usługowych OPL, czyli BSA na poziomie IP niezarządzanym posiada techniczne możliwości realizacji (przez Orange Polska S.A.), obowiązku retencji w zakresie logowania początku i końca sesji internetowej i adresu IP wraz z portem, oraz kontroli korespondencji przy wykorzystaniu loginu abonenta.

Dla pozostałych usług, czyli LLU i BSA (BSA na poziomie Ethernet) realizowane na routerach usługowych innych niż OPL, Orange Polska S.A. nie ma możliwości technicznych realizacji zadań na rzecz bezpieczeństwa państwa, ponieważ zadania te realizowane są na elementach sieci niedostępnych dla Orange Polska S.A.

Pozostawienie zapisów zobowiązujących OPL do realizacji zadań, które technicznie nie są możliwe do realizacji przez OPL, częściowo zwalnia OA z obowiązku realizacji tych zadań, co jest niedopuszczalne. Mając na uwadze powyższe, wnosimy o usunięcie zapisów dodanych w projekcie decyzji dotyczących realizowania zadań w zakresie wykonywania obowiązków na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Nawet dla usługi BSA niezarządzane, dla której Orange Polska S.A. może realizować zadania na rzecz bezpieczeństwa państwa, możemy mieć problem, ponieważ propozycja UKE zakłada, iż OA powierza OPL obowiązki i informuje o tym UKE. Na podkreślenie zasługuje fakt, iż OPL obiektywnie nie jest w stanie w pełni zrealizować taki obowiązek, ponieważ

- Uprawniony podmiot zwraca się do OPL w celu kontroli przekazów telekomunikacyjnych, wskazuje kryterium kontroli oraz dane abonenta. W tym przypadku kontrola uruchomiona byłaby po loginie użytkownika dla której OPL nie będzie miał możliwości zweryfikowania poprawności danych kontroli, tj. czy wskazany login rzeczywiście jest przypisany dla wskazanego użytkownika. Podobnie jest w przypadku innych usług. Nie mamy możliwości weryfikacji poprawności danych - numer stacji telefonicznej vs. dane abonenta. Jeżeli osoba pisząca pismo w Sądzie wydającym postanowienie o kontroli korespondencji dokona „oczywistej pomyłki pisarskiej” w zakresie loginu abonenta, to OPL nie mogąc sprawdzić zgodności loginu z danymi osobowymi, będzie zmuszony podsłuchiwać inną osobę niż zamierzał wskazać Sąd.
- Ponadto w zakresie retencji uprawniony podmiot posiadający wiedzę, że obowiązki wykonuje za niego OPL zwróci się do OPL i nie dostanie pełnej odpowiedzi. OPL nie posiada wszystkich danych dotyczących usługi w zakresie realizacji obowiązków. Posiada np. dane transmisyjne - logi tj. dane sesji połączenia z siecią Internet dla abonenta i login usługi ale już nie posiada danych samego abonenta, umowy itp., których może żądać zleceniodawca. Danych, które operator udostępnia realizując swoje obowiązki na żądanie uprawnionych podmiotów. W takim przypadku wykonywanie obowiązków mogłoby okazać się niepełne, a nawet nieprawidłowe.

W związku z powyższym dla usługi na poziomie IP Niezarządzanym, organ uprawniony zwróci się raczej do OPL wskazując np. adres IP użytkownika końcowego z pominięciem dostawcy usług dla użytkownika końcowego. Regulowanie tego przedmiotu w ofercie ramowej jest zatem nieuzasadnione, bowiem OPL będzie wykonywał postanowienia organów uprawnionych, a nie postanowienia oferty.

Część I., 5.2. Siła wyższa

UKE zaproponował doprecyzowanie poprzez wstawienie „poprzez ISI” do poniższego zapisu:

„Strona ta niezwłocznie zawiadomi poprzez ISI o powstaniu tego zdarzenia, a ponadto będzie informować drugą Stronę o istotnych faktach mających wpływ na przebieg takiego zdarzenia, w szczególności o przewidywanym terminie jego zakończenia i o przewidywanym terminie podjęcia wykonywania zobowiązań z Umowy, oraz o zakończeniu tego zdarzenia, w miarę możliwości przedstawiając dokumentację w tym zakresie.

Propozycja OPL:

Rekomendujemy usunięcie „poprzez ISI”

Uzasadnienie:

Wskazanie tylko kanału ISI spowoduje ograniczenie dostępności do informacji o Sile Wyższej. Powinien być dostępny również alternatywny kanał dostępu do informacji o Sile Wyższej (np. kanał email) dla sytuacji, gdy ISI poprzez działanie Siły Wyższej będzie niedostępny. Dodatkowo Operatorzy o utrudnieniach związanych z Siłą Wyższą są powiadamiani dedykowanym komunikatem email.

Część I, 5.3. Kary i Bonifikaty (kary stosowane w stosunku do OPL)

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:

Jeżeli zaproponowany przez nas model był niewystarczający dla Prezesa UKE, zatem proponujemy rozważenie modelu przedstawionego w Załączniku nr 2 do niniejszego stanowiska w ramach konsultacji. W tym załączniku znajduje się model zaakceptowany na potrzeby obecnie obowiązującej oferty POPC OPL.

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 analogicznych 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;

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

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;

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 zakłócenia 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 kar przynajmniej jak dla oferty POPC, które odzwierciedlają obecną praktykę rynkową. Nie ma uzasadnienia, aby tak różnicować praktykę w zakresie oferty POPC OPL, a oferty regulowanej na pozostałym obszarze kraju, tym bardziej, że obie oferty w przypadku OPL spełniają te same obowiązki regulacyjne.

Warto podkreślić, iż regulacja POPC 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.

Część I, 5.3. Kary i Bonifikaty (kary stosowane w stosunku do OA)

Prezes UKE usuwając system kar i bonifikat proponowany przez OPL z projektu konsultowanej oferty, jednocześnie usunął Opłatę za obsługę przez OPL niezasadnego Zgłoszenia Awarii. OPL nie znalazł uzasadnienia usunięcia tej kary umownej stosowanej w przypadku OA.

Propozycja OPL:

OPL proponuje dodanie zapisów w treści Części I pkt. 5.3 Kary i bonifikaty poprzez dodanie pkt. 9 o następującej treści:

„9. 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 opłat 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 Media i Podlaskie Sieci Internetowe.

15.2.1. Zasady komunikacji we współpracy z Odsprzedawcami

Prezes UKE usunął zapis, iż:

„PT jest zobowiązany do podania listy innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych współpracujących z PT w ramach odsprzedaży.”

Propozycja OPL:

Przywrócenie zapisu proponowanego przez OPL.

Uzasadnienie:

Do czasu uruchomienia przez UKE dedykowanej platformy do przenoszenia usługi szerokopasmowej OPL powinien mieć informację o Operatorach, którzy zawierają umowy z abonentami. W przypadku usługi NP. takie informacje są przetwarzane przez PLI CBD. W przypadku rozpatrywania reklamacji informacja z kim Operator ma zawartą umowę jest jedną z kluczowych. Dodatkowo dla projektu oferty CU (projekt decyzji równolegle konsultowany z niniejszym projektem decyzji) ten zapis nie został usunięty.

15.5. Zasady realizacji procesu, pkt 20

W pkt 20 Prezes UKE dodał, iż jeżeli w trakcie aktywacji usługi dla Abonenta okaże się, iż:

„... LPS nie istnieje lub jest niesprawna, OPL wybuduje LPS „na własny koszt”

Propozycja OPL:

Przywrócenie zapisów zgodnie z wnioskiem OPL o zatwierdzenie oferty ramowej.

Uzasadnienie:

Nie ma uzasadnienia dla takiego rozstrzygnięcia, bowiem jest to odtworzenie łącza po dewastacji, a koszty odtworzenia łącza powinien ponosić abonent Operatora.

Dla łącza, gdzie nie jest świadczona usługa OPL nie posiada informacji czy dane łącze nie jest zdemontowane/zdewastowane przez Abonenta. Taka informacja pojawia się dopiero na etapie instalacji usługi szerokopasmowej. Dlatego w Informacjach Ogólnych podajemy informację o łączu abonenckim jako niewiążącą. Z obiektywnych powodów OPL nie jest w stanie zapewnić informacji o zachowaniu sprawności technicznej LPŚ, na którym nie jest aktualnie świadczona usługa. Wymagałoby to okresowej kontroli zasobów infrastrukturalnych, na których nie ma obecnie świadczonych usług. Ewentualne poniesienie kosztu odtworzenia LPŚ jest możliwe jedynie w przypadku dostarczania usług detalicznych, bowiem tutaj już mówimy o umowach terminowych z klientem detalicznym lub poniesienia kosztów za odtworzenie zdewastowanego LPŚ przez abonenta. OPL nie ma możliwości egzekwowania pokrycia tego kosztu przez abonenta OA, jak również brak sprawności technicznej LPŚ nie jest również winą OPL. Koszt odtworzenia LPŚ w tym przypadku nie ma również pokrycia w kosztach ujętych w opłatach za regulowane usługi hurtowej w niniejszym projekcie oferty. Koszty odtwarzania LPŚ po dewastacji nie dotyczą procesu utrzymania łącza. Dotyczą szczególnych sytuacji, w których łącze zostało uszkodzone przez abonenta (np. podczas remontu lokalu).

15.5. Zasady realizacji procesu, pkt 27

Z katalogu dostępnych RTN (Realizacja Techniczna Negatywna) wykreślono „Brak możliwości technicznych do uruchomienia Usługi”

Propozycja OPL:

Przywrócenie zapisów zgodnie z wnioskiem OPL o zatwierdzenie oferty ramowej.

Uzasadnienie:

Na sieci FTTH również może wystąpić brak możliwości technicznych, a mianowicie w przypadkach, gdy w danej lokalizacji nie ma np. wolnych włókien na potrzeby realizacji kolejnych zleceń, brak wolnych portów na splitterze, wszystkie wolne włókna są zajęte. Nie ma to wpływu na informacje ogólne przekazywane do Operatorów (np. w Informacjach Ogólnych adres wskazany jest jako dostępny). Taki brak możliwości technicznych może wystąpić w następujących przypadkach:

- brak zgody administratora/właściciela na wykonanie prac instalacyjnych np.:
 - i. w budynku istnieją peszle/rurki poziome dla poprowadzenia instalacji i w przypadku ich niedrożności administrator nie akceptuje innego scenariusza budowy LPŚ;
 - ii. w budynku istnieją instalacje optyczne do każdego mieszkania, wybudowane na etapie budowy budynku i została taka instalacja uszkodzona podczas prac wykończeniowych w mieszkaniu, nie ma zgody administracji na poprowadzenie nowej instalacji do danego mieszkania;
 - iii. istnieje współwłasność i nie ma zgody pozostałych właścicieli na wykonanie prac na części wspólnej (dotyczy głównie budynków od 2 do 5 mieszkań).
- brak możliwości technicznych np.

- i. kilka budynków na działce pod jednym adresem, gdzie sieć jest doprowadzona do jednego budynku, a na potrzeby doprowadzenia sieci do drugiego budynku występuje konieczność wykonania prac budowlanych;
 - ii. drzewa, które uniemożliwiają poprowadzenie instalacji, a na ich usunięcie nie ma zgody właściciela posesji, pasa drogowego;
 - iii. podziały działek i zmiana właścicielstwa działek i brak zgody nowego właściciela na przejścia tranzytowe przez te działki;
 - iv. oczekiwania klienta w zakresie sposobu wprowadzenia kabla do budynku, a w konsekwencji wykonanie prac nie jest możliwe z przyczyn technicznych i formalnych.
- zmiana terminu z przyczyn technicznych np.:
 - i. budynek znacznie oddalony od granicy działki i zaistnieje potrzeba budowy odcinka ziemnego o długości powyżej 40m – wymaga więcej czasu na realizację oraz specjalistycznych narzędzi, które standardowo Partner Techniczny nie posiada;
 - ii. dla przyłączy ziemnych w zabudowie jednorodzinnej klient posiada zagospodarowaną działkę i jest potrzeba zastosowania specjalistycznego sprzętu dla wykonania tzw. Przecisku;
 - iii. klient wskazał sposób doprowadzenia do budynku, iż wymagane jest zainstalowanie np. przelotowej mufy ziemnej dla przedłużenia istniejącego kabla optycznego do wymaganej długości;
 - iv. dla przyłączy napowietrznych konstrukcja budynku lub oczekiwania klienta uniemożliwiają wykonanie bezpośredniego przyłącza i jest wymagana dobudowa słupa/sztycy na działce klienta;
 - v. wymagana rozbudowa splittera /dobudowa kolejnego do większej pojemności.

15.9.3 Reklamacje finansowe, pkt 8

W przypadku nie rozpatrzenia w terminie, reklamację uznaje się za rozpatrzoną pozytywnie

Propozycja OPL:

Przywrócenie zapisów zgodnie z wnioskiem OPL o zatwierdzenie oferty ramowej.

Uzasadnienie:

Zgłoszenie reklamacji może zawierać kilkadziesiąt tysięcy rekordów, które należy przeanalizować. Taki proces często nie jest możliwy do wykonania w określonym terminie 30 dni, stąd wprowadzony zapis o możliwości przedłużenia rozpatrzenia reklamacji. OPL proponuje przedłużenie o kolejne 30 dni, po upływie których reklamacja nierozpatrzona będzie traktowana jako rozpatrzoną pozytywnie.

15.10. Awarie

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 oczekiwaniami 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. Poniżej 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 restrykcyjne niż zidentyfikowana praktyka rynkowa

15.14.1. Prace planowe na Infrastrukturze Telekomunikacyjnej, pkt 2

Prezes UKE wprowadził zapis, iż OPL i OA będą konsultować między sobą plany prac planowych.

Propozycja OPL:

Usunięcie tego zapisu.

Uzasadnienie:

Pozostawienie zapisu w proponowanej formie spowoduje, że będzie konieczność konsultacji z każdym Operatorem na rynku i dostosowanie do harmonogramu każdego Operatora, co spowoduje że przeprowadzenie prac planowych będzie niemożliwe do zrealizowania. Nie jest możliwe uzgodnienie jednego terminu z wszystkimi operatorami, gdyż każdy z nich może zgłosić sprzeciw w danym terminie. Takie uzgodnienie mogłyby być prowadzone miesiącami, zatem będą paraliżowały działalność OPL.

15.16.2. Dla Usługi LLU, pkt 1

Prezes UKE usunął aktualizację Informacji Ogólnych raz w miesiącu.

Propozycja OPL:

Proponujemy przywrócenie zapisu, iż Informacje Ogólne aktualizowane są raz w miesiącu.

Uzasadnienie:

Proponowane przez UKE usunięcie aktualizacji raz w miesiącu powoduje konieczność aktualizowanie IO dla LLU w innym, być może krótszym trybie. W przypadku usługi LLU, IO w szczególności informacje o relacjach kabli światłowodowych są aktualizowane raz w miesiącu. Wynika to z harmonogramów budowania sieci światłowodowej i dużo mniejszą częstotliwością zmian. Dodatkowo Informacje Ogólne dotyczące LLU do dnia dzisiejszego publikowane są z częstotliwością miesięczną i Operatorzy nie zgłaszali zastrzeżeń co do częstotliwości oraz jakości publikacji IO. Skrócenie terminu aktualizacji IO będzie miało istotny wpływ na procesy zachodzące wewnątrz OPL, a nie służące realizacji usług regulowanych. W związku z tym nie widzimy żadnego uzasadnienia do skrócenia tego terminu skoro procesy zachodzące w OPL mają analogiczne terminy.

Rozdział 6 Warunki Regulacyjne Współpracy

Prezes UKE usunął punkt dotyczący RODO, a mianowicie:

‘Zasady dotyczące stosowania przez OPL zasad wynikających z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych, znajdują się na stronie internetowej OPL.’

Propozycja OPL:

Przywrócenie zapisów zgodnie z wnioskiem OPL o zatwierdzenie oferty ramowej.

Uzasadnienie:

Zapisy zostały dodane celem usprawnienia przeprowadzenia negocjacji. Dotychczasowe doświadczenia w negocjacjach z Operatorami poprzednich ofert pokazują, iż takie doprecyzowania dotyczące RODO są elementem o jakie Operatorzy pytają, stąd wprowadzenie do wzoru umowy informacji gdzie można znaleźć zasady realizacji przez Orange obowiązków wynikających z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych.

Rozdział 8 Rozwiązanie Umowy

Prezes UKE zmienił proponowane zapisy przez OPL.

Propozycja OPL:

- 1) OPL wnosi o usunięcie przesłanki w zakresie naruszenia istotnych postanowień umowy.
- 2) Orange Polska wnosi o wprowadzenie przesłanki wypowiedzenia w przypadku zderegulowania obszarów. Wskazana przesłanka ułatwia realizację wypowiedzenia w przypadku zderegulowania i wykonania wypowiedzenia umów.

Uzasadnienie:

Z dotychczasowych doświadczeń negocjacyjnych taki zapis dla Operatorów jest nieprecyzyjny i stanowi szerokie pole interpretacyjne. Dodatkowo wprowadzenie zasad konsultacji, w praktyce uniemożliwia zastosowanie niniejszej przesłanki wypowiedzenia, ponieważ zaproponowana klauzula konsultacji może de facto nigdy się nie zakończyć, a wymienianie się pismami może trwać na tyle długo, iż żadna ze stron nie będzie mogła skutecznie wypowiedzieć umowy.

W przypadku wystąpienia nadużycia są stosowne zapisy, w których strony mają za zadanie ustalenie działań naprawczych, a także przed wypowiedzeniem umowy w części dotyczącej nadużyć telekomunikacyjnych OPL zaproponował procedurę w jaki sposób powinno wyglądać wyjaśnienie i dalsze postępowanie w przypadku powstania nadużycia telekomunikacyjnego. Zaproponowany obecnie kształt załącznika nr 14 niestety w żaden sposób nie wskazuje konkretnie procedowanie w ramach wystąpienia nadużycia.

Dodatkowo zapisy dotyczące nadużyć telekomunikacyjnych w kształcie jaki został przekazany do UKE funkcjonują na rynku i Operatorzy podpisują je bez większych uwag. Wprowadzona przesłanka wypowiedzenia umowy w przypadku wystąpienia nadużycia telekomunikacyjnego, jest dla OPL bardzo ważna. Tryb wypowiedzenia przewiduje jednomiesięczny okres, W tym czasie strony dodatkowo mogą

dojść do porozumienia w tym zakresie i zawsze jest możliwość cofnięcia oświadczenia o wypowiedzeniu.

OPL zaproponowała zamknięty katalog przesłanek rozwiązania umowy odnoszących się wprost do 4 kategorii:

- 1) Braku płatności ze strony Operatora
- 2) Nagminnymi opóźnieniami Operatorów z płatnościami za świadczone przez Orange Polska usługi
- 3) Wystąpieniem Nadużyć telekomunikacyjnych – co de facto stanowi istotne naruszenie postanowień umowy.
- 4) Braku dostarczenia lub uzupełnienia zabezpieczenia roszczeń Orange Polska zgodnie z zapisami umowy/oferty.

Zdaniem Orange Polska wprowadzenie dodatkowej kategorii, która jak zostało nadmienione powyżej jest w praktyce zapisem martwym.

Dodatkowo mając na względzie usunięcie zapisów dotyczących możliwości zastosowania wypowiedzenia Umowy w przypadku zderegulowania obszarów, o następującej treści:

W przypadku, gdy w wyniku postępowania administracyjnego, Prezes UKE wyda:

- a) decyzję uchylającą w całości obowiązki regulacyjne OPL, obejmujące swoim zakresem Usługę BSA lub Usługę LLU albo
- b) decyzję zmieniającą obowiązki regulacyjne OPL, obejmujące swoim zakresem Usługę BSA lub Usługę LLU, poprzez uchylenie albo ograniczenie obowiązku stosowania przez OPL zatwierdzonej przez Prezesa UKE oferty w zakresie dostępu telekomunikacyjnego,

Umowa rozwiązuje się w zakresie Usługi lub obszaru terytorialnego, które zostały wyłączone z obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL, z zastrzeżeniem zdania następnego. Wygaśnięcie Umowy następuje z upływem 90 dni od dnia, w którym zniesiono przedmiotowe obowiązki chyba, że decyzje, o których mowa powyżej stanowią inaczej.

Orange Polska wnosi o wprowadzenie przesłanki wypowiedzenia w przypadku zderegulowania obszarów. Wskazana przesłanka ułatwia realizację wypowiedzenia w przypadku zderegulowania i wykonania wypowiedzenia umów. Niestety przy ostatnich zmianach obszarów regulowanych Operatorzy wnosili o wskazanie przesłanek wypowiedzenia wprost z umowy, stąd celem ułatwienia działania OPL dodał stosowne zapisy. Mając na względzie uzasadnienie do usunięcia zapisów jakie wynikają bezpośrednio z przepisów prawa, Orange wychodzi naprzeciw oczekiwaniom Operatorów, którzy przesłankę w tym zakresie chcieli mieć wprost w treści umowy. Uwzględniając także uwagę iż sformułowanie „wygaśnięcia” było dość niefortunnie ujęte, Orange proponuje wprowadzenie sformułowania „rozwiązanie”.

Orange wprowadzając przesłankę wypowiedzenia umowy w przypadku wystąpienia nadużycia telekomunikacyjnego, ma na celu doprecyzowanie, czym jest nadużycie telekomunikacyjne w tym wyeliminowanie pojęcia nieostrego „istotnego naruszenia postanowień umowy”

Rozdział 9 Zabezpieczenia

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 przemigrować 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. rajach 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 wierzytelności.

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 wyłudzenie 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 roszą 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 wysokość 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.

Rozdział 16 Przekształcenia, Likwidacja, Upadłość

Prezes UKE dodał zapisy regulujące wskazane kwestie.

Propozycja OPL i uzasadnienie:

OPL do wprowadzonych zapisów ust. 1 i 2 wnosi uwagę aby wskazana forma zawiadomienia strony nie ograniczała się jedynie do listu poleconego. Forma przesyłania listów poleconych jest coraz rzadsza mając na względzie wszechobecną cyfryzację i coraz częstsza wymianę korespondencji w postaci cyfrowej. Ponieważ dość dużo Operatorów posiada tzw. „wirtualne biura”, OPL ma wtedy problem z dostarczeniem korespondencji w tradycyjnej formie listów poleconych dlatego, postuluje o wykreślenie zobowiązania przesłania informacji „listem poleconym”. Wykreślenie pozwoli na usprawnienie komunikacji między Stronami umowy i pozwoli uniknąć zbędnych kroków formalnych.

16.4. Obsługa zamówień

Prezes UKE wykreślił:

- „konieczność wykonania prac dodatkowych lub ponadstandardowych uniemożliwiająca wykonanie instalacji” z pkt 3 oraz
- z pkt 11. „z wyłączeniem przypadków opisanych w pkt 16.10.1.13. i 16.10.1.14.”

Propozycja OPL:

OPL proponuje przywrócenie treści zapisu zgodnie z wnioskiem OPL o zatwierdzenie oferty ramowej.

Uzasadnienie:

Odnosnie pkt 3. wykreślenie tego zapisu powoduje iż wszelkie prace oczekiwane przez Abonenta lub Administratora, a wykraczające poza standard inwestycyjny przewidziany dla danej lokalizacji będą powodować nieskuteczną realizację i odsyłanie zleceń do Operatora. Np. gdy w danej lokalizacji przewidziany jest standard przyłącza napowietrznego wszystkie instalacje, gdzie abonent nie wyrazi zgody na taki typ instalacji lub będzie oczekiwał łącza doziemnego zakończą się nieskutecznie. W takim przypadku OPL proponował umówienie nowego terminu i podjęcie ponownej realizacji. Cały proces ponawiania instalacji jest przeprowadzany w interakcji z Operatorem. Dodatkową korzyścią jest możliwość realizacji usługi bez konieczności składania kilku zamówień, a tym samym brak niepotrzebnego wydłużania czasu realizacji.

Odnosnie pkt 11. usunięcie wyłączenia powoduje, że za wszelkie uszkodzenia sprzętu, którego własnością jest OPL, a zostały uszkodzone w wyniku działań Abonenta Operatora odpowiedzialność ponosi w każdym przypadku OPL. Taki zapis powoduje przeniesienie kosztów odtworzenia urządzeń OPL oraz przyłącza abonenckiego OPL, które uległy uszkodzeniu z winy abonenta Operatora. W związku z tym OPL nie powinien takich kosztów ponosić.

Część IV, Cennik, Tabela 14 - Opłata za uruchomienie połączenia sieci z wykorzystaniem Trybu Łącza Dedykowanego i Trybu Sieci Szkieletowej/Backhaul oraz Tabela 17 - Opłaty związane z Abonamentem Trybu Łącza Dedykowanego oraz Trybu Sieci Szkieletowej/Backhaul

Zamieszczenie takiej tabeli jest formą częściowego uregulowania opłat za usługi nieregulowane.

Propozycja OPL oraz uzasadnienie:

Tabela 14 oraz Tabela 17 z Cennika (część IV) 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. Załącznik Nr 3 do Części III A Kary i Bonifikaty do Oferty POPC OPL
3. Opinia Kancelarii Prawnej Rogalski i Wspólnicy