



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dnia 23 lutego 2022 r.
KIGEiT/405/02/2022

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

STANOWISKO KONSULTACYJNE DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI W SPRAWIE DR.WPS.6080.1.2021

W nawiązaniu do rozpoczętych w dniu 24 stycznia 2022 r. konsultacji projektu decyzji zastępującej umowę o dostępie dla UPC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „UPC”) do infrastruktury telekomunikacyjnej oraz sieci telekomunikacyjnej Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „OPL”) wybudowanej z wykorzystaniem środków publicznych w ramach działania 1.1 Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa (zwanej dalej „Sieć POPC”) (zwanego dalej „Projektem”) Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (zwana dalej „KIGEiT” lub „Izbą”) pragnie zgłosić następujące uwagi i zastrzeżenia.

I. UWAGA OGÓLNA

(1.) Prezes UKE w wielu miejscach w Projekcie wskazuje, że nie może zaakceptować propozycji UPC bowiem byłoby to:

„sprzeczne z zasadą niedyskryminacji (postanowienie w brzmieniu nadanym w Ofercie jest stosowane w Umowach OPL) i proporcjonalności (konieczność wdrożenia przez OPL oddzielnych procedur jedynie dla jednego OK)”.

(2.) Naszym zdaniem **takie podejście jest nieprawidłowe.**

Zaprezentowane podejście w praktyce powoduje, że **w istocie Prezes UKE sam pozbawia się narzędzi regulacyjnych.**

(3.) Pragniemy podkreślić, że **to Prezes UKE jest kreatorem dostępu do sieci wybudowanych ze środków publicznych** (w tym Sieci POPC). I **to ostatecznie na Regulatorze spoczywa odpowiedzialność za to, aby dostęp do tych sieci był w pełni konkurencyjny i otwarty.**

(4.) Jest to bardzo odpowiedzialne zadanie w kontekście tego, że podejmowane działania wiążą się z kształtowaniem skutecznego dostępu (otwartością dostępu), które ostatecznie ma doprowadzić do realizacji podstawowego celu programu POPC tj. świadczenia usługi dostępu do sieci Internet.

(5.) Z tego względu ocena działania Prezesa UKE dotyczy popularności usług po stronie OK oraz wypełnienia sieci usługami OK.

(6.) To Prezes UKE zgodnie z dokumentacją konkursową stanowiącą integralną część umowy o dofinansowanie oraz ustawą o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych („Megaustawa”) jest organem odpowiedzialnym za monitorowanie i weryfikowanie warunków dostępu do sieci POPC, w tym opłat z tytułu tego dostępu.

(7.) Konsekwentnie Prezes UKE został wyposażony w szereg instrumentów prawnych, umożliwiających weryfikację zasad dostępu określonych w przepisach prawa oraz umów, na podstawie których nastąpiło finansowanie ze środków publicznych, m.in. kompetencję do wydania decyzji o dostępie zgodnie z art. 27 ust. 6 Megaustawy oraz ustalania cen.

(8.) Uprawnienie do wydania decyzji należy w sposób oczywisty czytać w kontekście uprawnienia i obowiązku Prezesa UKE do monitorowania realizacji zasad dostępu do sieci finansowanych ze środków publicznych.

(9.) W świetle tak zarysowanych kompetencji krajowego organu regulacyjnego, nie sposób zaakceptować podejście, w którym zasady dostępu do sieci budowanych ze środków publicznych nie podlegają nadzorowi Regulatora, a np. wytyczne i rekomendacje Regulatora traktowane są jako pozbawione mocy kształtowania stosunków prawnych instrukcje.

(10.) W tym kontekście **powoływanie się na argument, że zmiana jest niezasadna z uwagi na zasadę niedyskryminacji powoduje, że to nie Organ, ale beneficjent w sposób swobodny może kształtować treść umów, a w istocie regulować dostęp, nawet gdy postanowienia umowy są oczywiście sprzeczne z zasadami dostępu.**

(11.) **Logika zaprezentowana w Projekcie prowadzi do stanu, w którym OPL może faktycznie zawrzeć umowę z różnymi podmiotami, faktycznie niezainteresowanymi korzystaniem z usług i będzie to stanowiło standard współpracy z innymi, którzy są rzeczywiście zainteresowani dostępem.**

Jest to **stan nieakceptowalny.**

(12.) Przy prezentowanym w Projekcie założeniu nie powstałoby wiele konkurencyjnych rozwiązań, takich jak PSI czy WLR (które początkowo nie były regulowane w ofertach ramowych). Zatem podejście Prezesa UKE należy zmodyfikować. Odmowa zmiany wniosków UPC powinna zostać omówiona i w sposób należyty rozważona.

(13.) Sieci finansowane ze środków publicznych nie mogą być wykorzystywane jedynie przez operatora zintegrowanego pionowo będącego jednocześnie beneficjentem wsparcia finansowego. Jeżeli ma to miejsce, to w sposób oczywisty mamy do czynienia z patologiczną sytuacją, która wymaga natychmiastowej interwencji regulacyjnej.

Środki publiczne nie mogą być wykorzystywane do rozbudowy/budowy sieci w celu świadczenia wyłącznie własnych usług detalicznych.

(14.) Zwracamy przy tym uwagę, że Prezes UKE w niektórych (niestety nielicznych przypadkach) słusznie i zasadnie niejako przełamuje swoje stanowisko co do rozumienia kryterium niedyskryminacji.

Najlepszym tego przykładem jest wprowadzenie zamówień na czas oznaczony i nieoznaczony.

Na s. 39 Projektu wskazano, że:

„W opinii Prezesa UKE wprowadzona zmiana zwiększy efektywność współpracy UPC i OP, jednocześnie nie powodując negatywnych konsekwencji dla Stron. Sama zmiana jest zgodna z wytycznymi Prezesa UKE zawartymi w pkt 4.3 ppkt 1 Procedurach współpracy, zgodnie z którymi OSD ma obowiązek umożliwić OK złożenie zamówienia zarówno na czas określony jak i nieokreślony”.

Jest to prawidłowe i słuszne podejście, które jednak nie występuje w innych umowach OPL, a dodatkowo prawdopodobnie spowoduje stworzenie dodatkowych procesów po stronie OPL.

(15.) W tym miejscu należy również wskazać na jeszcze jeden przykład niekonsekwencji Prezesa UKE.

Otóż, w wielu miejscach Prezes UKE odnosi się do Oferty SOR.

Zdaniem Prezesa UKE (Projekt, s. 16):

„Oferta ta funkcjonuje od lat i stanowi podstawę umów o dostęp hurtowy zawieranych przez OPL z PT. Zdaniem Prezesa UKE, Oferta SOR stanowi benchmark rynkowy, który może stanowić odniesienie dla OSD”.

Należy jednak wskazać, że w innych miejscach propozycje UPC zgodne z Ofertą SOR nie zostały uwzględnione.

Dla przykładu dotyczy to postulatu wprowadzenia poddania się egzekucji jako dopuszczalnej formy zabezpieczenia.

W tym zakresie Prezes UKE stwierdził, że:

„propozycja UPC jest nieuzasadniona. Wprowadzenie dodatkowej formy zabezpieczenia w Decyzji byłoby niezgodne z zasadami niedyskryminacji (OK, którzy mają zawarte umowy o Dostęp z OPL nie mogą korzystać z takiej formy zabezpieczenia) oraz proporcjonalności (wybór najmniej możliwie uciążliwych środków dla OPL). Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, że oświadczenie o dobrowolnym poddaniu się egzekucji nie jest formą zabezpieczenia stosowaną przez niektórych beneficjentów POPC, w tym nie jest stosowana przez Nexera, z którą UPC ma zawartą umowę o dostęp hurtowy w ramach POPC”.

Dla przypomnienia ta forma zabezpieczeń w SOR została „wymuszona” przez Prezesa UKE oraz stanowi standardową i powszechną formę zabezpieczeń.

Zatem przyjęcie takiego rozwiązania w istocie stanowi krok w tył (zaprzepaszcza model regulacyjny budowany z taką determinacją przez długi okres czasu) oraz stanowi ewidentny wyraz niekonsekwencji.

(16.) W tym kontekście jeszcze raz wnosimy o rozważenie wszystkich postulatów UPC oraz rozstrzygnięcie o zasadności lub niezasadności (a nie przez nieuwzględnienie z powołaniem się na opacznie rozumianą zasadę niedyskryminacji).

II. KWESTIA PRZYŁĄCZA

(17.) Należy na wstępie podkreślić, że bez przyłącza nie ma skutecznego i otwartego dostępu do Sieci POPC.

(18.) W tym kontekście **poważne wątpliwości budzi interpretacja umożliwiająca dowolne wyłączenie odcinków sieci przez OSD z uwagi na niekwalifikowalność środków.**

Beneficjenci przedstawiali projekt jako całość, a nie jako poszatutowane elementy.

Wyłączenie przyłącza z regulacji oznacza, że **istnieje ryzyko, iż w kolejnym kroku wyłączone będą PDU lub inne krytyczne odcinki sieci, uniemożliwiając uzyskanie przez OK dostępu do tej sieci.**

Jest to stan nieakceptowalny.

(19.) Oczywiście zgadzamy się ze stwierdzeniem, zgodnie z którym opłaty pobierane przez OPL z tytułu budowy przyłącza nie mogą być wyższe od analogicznych opłat pobieranych przez OPL w ramach świadczenia usług detalicznych.

(20.) Niemniej jednak po lekturze Projektu mamy podstawowy problem z ustaleniem **w jaki sposób dokonać weryfikacji czy opłata pobierana przez OPL z tytułu budowy przyłącza nie jest wyższa od analogicznych opłat pobieranych przez OPL w ramach świadczenia usług detalicznych.**

Oznacza to, że **w decyzji powinno się ustalić w sposób dokładny i niepozostawiający żadnych wątpliwości jaka jest opłata pobierana przez OPL w ramach świadczenia usług detalicznych (również w kontekście możliwych różnic geograficznych oferty czy też możliwych wieloskładowych tej opłaty).**

(21.) Dodatkowo w Projekcie wskazano, że:

„w przypadku braku Przyłącza Abonenckiego, OPL wykona tą część na koszt UPC zgodnie z obowiązującą ofertą komercyjną na budowę LPŚ, na warunkach nie gorszych niż przyznane Abonentom OPL”.

(22.) Oznacza to, że **Prezes UKE sankcjonuje obowiązywanie oferty komercyjnej.** Naszym zdaniem takie rozwiązanie jest szkodliwe dla rynku i niedopuszczalne.

Nie chodzi nawet o to, że jest to rozwiązanie gorsze niż obecnie stosowane [w zakresie kosztu przyłącza w budynkach wielorodzinnych, co powinno być wyraźnie przesądzone (nie ma opłaty za przyłącza w budynkach wielorodzinnych)], ale o to, że oferta komercyjna jest z definicji nieregulowana.

(23.) Zresztą warto przy tym zwrócić uwagę na mechanizm zastosowania weryfikacji negatywnej ze wskazaniem rozwiązania alternatywnego (polegającego na konieczności dobudowy przyłącza).

W taki przypadku:

„OPL w terminie 5 (pięciu) DR przesyła UPC występującego jako Biorca propozycję rozwiązania alternatywnego. UPC w terminie 5 (pięciu) DR może złożyć wniosek o sporządzenie kosztorysu. Po złożeniu przez UPC wniosku o sporządzenie kosztorysu OPL w terminie 4 (czterech) DR sporządza szacunkowy kosztorys i przekazuje go UPC. UPC ma 5 (pięć) DR od dnia otrzymania kosztorysu z rozwiązaniem alternatywnym na jego akceptację. Brak zaakceptowania przez UPC rozwiązania alternatywnego kończy proces”.

Pragniemy zwrócić uwagę, że jak się wydaje nawet w przypadku przyjęcia rozwiązania opierającego się na ofercie komercyjnej nie ma miejsca na jakikolwiek kosztorys.

(24.) W tym miejscu należy rozważyć jak ustalić koszt przyłącza, który nie może być wyższy niż opłata pobierana przez OPL w ramach świadczenia usług detalicznych.

Jak rozumiemy **jest to część opłaty instalacyjnej wynikająca z ofert detalicznych OPL.** Pytanie, które należy zadać jest takie: jaka to jest część opłaty instalacyjnej.

(25.) Na wstępie wskazujemy, że oczywiście koszt realizacji przyłącza telekomunikacyjnego nie jest kwalifikowany (ale sam zapas kabla już tak). Niemniej jednak taki koszt powinien zostać ujęty w teście MS (jest to element konieczny z punktu widzenia OK). Zatem jest to tzw. koszt uzasadniony.

Zatem ten koszt powinien być ustalony w teście MS (zakładamy, że tak jest ponieważ nieujęcie takiego kosztu skutkowałoby poważnym zniekształceniem wyników testów MS na korzyść OSD, umożliwiając mu podniesienie opłat hurtowych).

Co więcej zgodnie z rekomendacjami Prezesa UKE zawartymi w cz. III. Jak uzyskać dostęp do sieci POPC i RSS? Poradnik dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych z listopada 2019 r.: *Jeśli w danym punkcie adresowym sieć POPC nie ma przyłącza, Operator Sieci Dostępowej powinien*

przedstawić ofertę na jego wybudowanie, a opłata nie może być wyższa od opłaty pobieranej za tą usługę od abonentów przez operatora.

(26.) Zatem **koszt ponoszony przez abonenta powinien być uwzględniony w testach oraz powinien być kontrolowany przez Prezesa UKE.**

(27.) W konsekwencji, **opłata detaliczna OPL powinna być (po weryfikacji) podawana przez Prezesa UKE (o co wnosimy).**

(28.) Z kolei przyjmując rozwiązanie opierające się na ofercie komercyjnej (czemu sprzeciwiamy się) istotne jest zapewnienie, aby taki mechanizm był rzeczywiście stosowany.

Z tego punktu widzenia **krytyczne jest wprowadzenie adekwatnych kar umownych lub innych instrumentów, zapewniających wykonalność postanowień Decyzji w tym zakresie.**

Kluczowe w tym zakresie jest również poszerzenie Projektu, o postanowienia wprowadzające obowiązki informacyjne OPL w zakresie wysokości opłat za przyłącze telekomunikacyjne, co skutkować będzie obniżeniem ryzyka powstania sporów w tym zakresie pomiędzy OPL a OK (tu UPC).

III. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA UTRZYMANIE PRZYŁĄCZA – 4.2.20, 4.2.22, 4.2.25 DECYZJI

(29.) Konieczne jest, by podmiot, realizujący przyłącze telekomunikacyjne oraz czerpiący z niego przychody, był w całości odpowiedzialny za jego utrzymanie i prawidłowe działanie.

(30.) Co więcej procedury usuwania awarii przyłączy telekomunikacyjnych powinny zapewniać skuteczność i realność obowiązku zapewnienia prawidłowego stanu technicznego takiego przyłącza.

(31.) Jest to oczywiste, bowiem to OPL jest właścicielem całości sieci i to właściciel sieci telekomunikacyjnej odpowiada za jej całość.

(32.) Zasada ta dotyczy również interwencji OPL, w tym zasad ponoszenia kosztów – w ocenie Izby – to OPL powinien w całości być odpowiedzialny za usuwanie awarii, a argumenty o tym, że nie posiada on stosunku prawnego z abonentem są chybione, z tej przyczyny, że oznaczałoby to, że wg OPL, OPL nie jest w stanie wyegzekwować odpowiedzialności za spowodowanie awarii, np. przy wykorzystaniu ogólnych przepisów kodeksu cywilnego, na innych odcinkach sieci od osób trzecich.

Takie stanowisko OPL pozostawia daleko idącą możliwość co do dbałości o interesy tej spółki – jeśli OPL nie dochodzi swoich roszczeń z tytułu uszkodzeń sieci i infrastruktury telekomunikacyjnej w szybkim tempie, sieć ta i infrastruktura może ulec degradacji.

IV. CYKL ŻYCIA ABONENTA

(33.) Na s. 26 Projektu Decyzji Prezes UKE wskazał, że:

„wyliczenia przedstawione przez UPC obrazujące relację cen hurtowych do detalicznych OPL są błędne, gdyż nie biorą pod uwagę metodologii przeliczania opłat jednorazowych związanych z usługą BSA, które m.in. przeliczane są na okres życia abonenta wynoszący 86 miesięcy (wartość średnia z dostępnych danych dla rynku stacjonarnego dostępu do sieci Internet)”.

(34.) Odnosząc się do powyższego KIGeIT wskazuje, że **przyjęty przez Prezesa UKE cykl życia abonenta zdecydowanie różni się od średniej rynkowej i powinien zostać skrócony.**

(35.) Założenie, że abonent korzysta z usług jednego operatora przez aż 86 miesięcy stoi w sprzeczności ze (oczywistym poniekąd) stwierdzeniem Prezesa UKE, że rynek dostępu

szerokopasmowego dostępu do sieci Internet w ostatnich kilku latach jest coraz bardziej konkurencyjny.

(36.) Dowodzą tego kolejne decyzje regulacyjne dla OPL w zakresie hurtowego dostępu szerokopasmowego – począwszy od 11 obszarów gminnych, poprzez deregulację 76 obszarów, aż do projektu decyzji obejmującej ponad 280 obszarów, dla których obowiązki regulacyjne OPL miały być zniesione lub znacznie ograniczone.

(37.) Presja wzrostu konkurencyjności rynku skutkuje tym, że operatorom trudniej utrzymać abonenta przez czas dłuży niż cykl umowy, czyli przez okres 24 miesiące, a utrzymanie go przez okres 86 miesięcy wydaje się nierealne.

(38.) **Przyjęcie przez Prezesa UKE 86 miesięcznego okresu cyklu życia abonenta stoi również w sprzeczności z wartością średniego „życia abonenta” wskazanego przez Prezesa UKE w stanowiskach w sprawie danych stosowanych przy przeprowadzaniu testów zawężenia marży** – dla usługi LLU wartość ta wynosi 55,56 miesiąca, dla usługi BSA (xDSL) - 65,27 miesiąca. Co więcej 86 miesięczny okres cyklu życia abonenta wykracza poza siedmioletni okres dostępu hurtowego w ramach POPC.

(39.) KIGEiT dostrzega znaczny brak konsekwencji w przyjętych przez Prezesa UKE założeniach, bowiem większa konkurencyjność na rynku dostępu do Internetu sprzyja częstym zmianom operatorów świadczących dostęp do Internetu, nie zaś trwającemu aż 86 miesięcy okresowi w jakim abonent korzysta z usług jednego operatora.

(40.) Ponadto, **przyjęcie sztucznie wydłużonego cyklu życia abonenta zaburza relacje wysokości opłat hurtowych do cen detalicznych.**

(41.) Tym samym **przyjęcie 86 miesięcznego okresu cyklu życia abonenta sprawia, że założenia prowadzonych przez Prezesa UKE testów MS są błędne i w efekcie powodują one przyjęcie opłat hurtowych zawyżonych względem ofert detalicznych.**

Powoduje to, że OK nie mają możliwości zaoferowania swoim abonentom konkurencyjnych cenowo ofert detalicznych.

KIGEiT wielokrotnie wskazywała, że w obecnej sytuacji rynkowej, wobec narastającej presji konkurencyjnej, utrzymanie abonenta dłużej niż okres trwania umowy (tj. 24 miesiące) jest niezwykle trudne. Wysoka rotacja abonentów pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi świadczącymi usługę dostępu do Internetu sprawia, że do kalkulacji opłat hurtowych Prezes UKE powinien przyjmować krótszy okres cyklu życia abonenta, tak aby opowiadał on realiom. Tym samym KIGEiT wskazuje, że w testach MS Prezes UKE powinien przyjąć cykl życia abonenta trwający 24 miesiące.

V. TEST ERT

(42.) KIGEiT pragnie ponownie przedstawić swoje zastrzeżenia co do samego sposobu przeprowadzania przez Prezesa UKE testu ERT (dawniej Test MP/PS).

(43.) KIGEiT wskazuje, że:

- test ERT jest testem *ex-post*, przez co podstawowa funkcja testów MS/PS (*ex-ante*) polegająca na przeciwdziałaniu wystąpieniu zjawiskom zawężania marży lub ceny nie będzie spełniona;
- brak możliwości udziału PT lub izb gospodarczych na którymkolwiek etapie testu ERT;
- test wyłącznie na danych OPL;
- nieprawidłowo zdefiniowane zmienne do testu ERT, które wskazują na „dane PT”.

(44.) Niezależnie od powyższego nadal pozostają nieuregulowane kluczowe kwestie w postaci braku zastosowania postanowień ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania

administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 roku, poz. 735 ze m.) do przeprowadzania testów ERT mimo, że na skutek jego wyniku zmiany mogą ulec warunki współpracy międzyoperatorskiej. W konsekwencji brak jest także uprawnień do odwołania się podmiotu niezadowolonego z wyników testu ERT.

(45.) Prezes UKE wskazuje dodatkowo, że test będzie przeprowadzany w oparciu o „dane OPL”, jednak Izba pragnie zwrócić uwagę na fakt, że nie zostało wyjaśnione czy dane te będą podlegały weryfikacji przez Prezesa UKE, w jaki sposób zostanie potwierdzona ich wiarygodność czy też OPL będzie miała pełną swobodę w zakresie „doboru” danych do testów.

(46.) KIGEiT wskazuje, że zasadne i prorynkowe byłoby zaangażowanie PT w procedurę przeprowadzania testu ERT. Trudno jest wyobrazić sobie sytuację, w której dane krajowego operatora o znaczącej pozycji rynkowej służą jako równoważnik danych PT o znacznie mniejszej skali działania. W ocenie Izby przyjęcie danych z innych źródeł niż OPL umożliwi ustalenie, które kategorie kosztowe są sztucznie zaniżane bądź zawyżane, co z kolei pozwoli na określenie czy cena detaliczna pozostawia wystarczający margines dla PT, aby na podstawie usług hurtowych stworzyć konkurencyjną ofertę detaliczną.

(47.) W opinii Izby po przeprowadzeniu testu ERT przez OPL Prezes UKE powinien weryfikować zarówno jego wynik jak i sam przebieg dokonując niezależnej kontroli jego poprawności. Jednocześnie Prezes UKE powinien zapewnić PT możliwość udziału w procesie weryfikacji poprawności przeprowadzenia testu.

(48.) Biorąc powyższe pod uwagę, Izba wnosi o przemodelowanie testu oraz weryfikację przyjętych założeń, w tym przyjętej przez Prezesa UKE wartości cyklu życia abonenta.

VI. KWESTIA OPŁAT – 4.2.11 DECYZJI

(49.) Izba wyraża zaniepokojenie brakiem obniżenia opłat żądanych przez OPL, które stanowią jedne z najwyższych opłat pobieranych na rynku.

Jest to o tyle zaskakujące w kontekście (wiadomego przez Prezesa UKE) obowiązywania tzw. oferty komercyjnej na przyłącze telekomunikacyjne, która zakłada wielokrotnie wyższą opłatę za budowę lub udostępnienie przyłącza telekomunikacyjnego, niż opłaty pobierane przez innych operatorów udostępniających.

(50.) Izba wnosi w tym zakresie o ponowną weryfikację poziomu opłat pobieranych przez OPL, w szczególności w zestawieniu z opłatami pobieranymi na rynku detalicznym, które to opłaty są jednymi z niższych na rynku.

(51.) Warto jeszcze raz zaznaczyć, że OPL w tym zakresie korzysta z podstawowej słabości testu zawężania marży, polegającej na braniu pod uwagę ofert detalicznych z poprzedniego roku kalendarzowego, a także ograniczenia testu tylko do najpopularniejszych ofert. W konsekwencji:

- OPL może dowolnie kształtować swoje oferty detaliczne przez okres jednego roku, ponieważ dopiero w kolejnym roku oferty te będą brane pod uwagę przy wyznaczeniu poziomu opłat,
- niejasna jest rola opłaty pobieranej za przyłącze telekomunikacyjne – opłata ta, podlegająca komercyjnym zasadom, powinna nie być uwzględniana w teście MS, a jej nieuwzględnienie (albo uwzględnienie nieaktualnej opłaty) zaburzy wyniki na korzyść OPL,
- OPL może tworzyć kilka lub kilkanaście zbliżonych do siebie ofert, tak aby wybrać te najbardziej „nadające” się do Testu MS.

VII. OKRES HURTOWEGO DOSTĘPU DO SIECI – KONIECZNOŚĆ ZAPEWNIENIA STABILNOŚCI REGULACYJNEJ – 4.2.2. DECYZJI

(52.) Naszym zdaniem należy uzupełnić Projekt o postanowienia, związane z zapewnieniem możliwości świadczenia usług masowych BSA i LLU (zamówień) na określony czas, które wykraczają poza 7 letni okres dostępu hurtowego.

(53.) Z uwagi na wprowadzenie zamówień na czas określony (co jest rozwiązaniem słusznym), OPL powinna być zobowiązana do świadczenia usług na podstawie zamówień na czas określony do momentu wygaśnięcia lub rozwiązania tych zamówień, nie dłużej niż 24 miesiące od upływu 7- letniego okresu hurtowego (okresu trwałości projektu).

(54.) Rozwiązanie takie wpłynie na stabilność, przejrzystość i przewidywalność świadczenia usług na rzecz abonentów oraz pewność i stabilizację bazy kosztowej.

VIII. PODŁĄCZANIE ABONENTÓW – 4.2.10, 4.2.14, 4.2.26 DECYZJI

(55.) W ocenie Izby, mając na uwadze praktykę rynkową, konieczne jest wprowadzenie rozwiązań, zgodnie z którymi OPL byłaby (na podstawie decyzji) zobligowana do zapewnienia usługi instalacji CPE bądź też wprowadzenie zasady, że opłata za taką instalację CPE nie może być wyższa niż opłata pobierana przez OPL z tego tytułu od swojego abonenta.

(56.) Izba podkreśla również, że podmiotem odpowiedzialnym za wyegzekwowanie zwrotu urządzenia ONT powinien być OPL. Jest to oczywiste bowiem to OPL dokonuje jego instalacji oraz samej realizacji przyłącza telekomunikacyjnego.

To OPL powinna być podmiotem odpowiedzialnym w całości za zapewnienie infrastruktury potrzebnej do świadczenia BSA, chyba że UPC lub inny OK preferuje inny model współpracy.

(57.) Usługi BSA świadczone przez OPL powinny być w całości objęte decyzją, włącznie z usługami dodatkowymi, jak różnego rodzaju asysty – tylko w ten sposób regulator rynku telekomunikacyjnego będzie miał kontrolę nad hurtowym dostępem do sieci OPL.

W innym przypadku, zawsze istnieć będzie ryzyko jednostronnego i dowolnego kształtowania ofert komercyjnych w taki sposób, aby utrudnić otwarty dostęp do Sieci POPC.

IX. POZIOM KAR UMOWNYCH – 4.2.5. DECYZJI

(58.) W Projekcie (s. 12) wskazano, że:

„Kary umowne oferowane przez OPL w Ofercie zostały odwzorowane w Umowach OPL oraz są tożsame z karami umownymi z Oferty SOR. Porównanie Oferty z Ofertą SOR jest o tyle celowe, że Oferta SOR została zatwierdzona decyzją administracyjną (ostatnia decyzja z 2020 r.) jako wypracowany konsensus biorący pod uwagę potrzeby PT oraz możliwości OPL. Oferta ta funkcjonuje od lat i stanowi podstawę umów o dostęp hurtowy zawieranych przez OPL z PT”.

(59.) W sposób oczywisty na wstępie zwracamy uwagę, że **nowy system kar umownych nie był wynikiem jakiegokolwiek konsensusu**. Izba konsekwentnie kwestionowała i kwestionuje rozwiązania związane z obniżeniem kar umownych (czego wynikiem jest m.in. wnoszenie środków zaskarżenia od decyzji w sprawie zmian oferty SOR).

(60.) W tym miejscu wskazujemy, że dokonane w listopadzie 2019 r. obniżenie kar umownych w Ofercie SOR było wynikiem analizy KPI (z czym zresztą KIGEiT nie zgadzała się).

W przypadku sieci wybudowanych w oparciu POPC nie ma takich danych.

Choćby z tego względu **odwzorowanie kar w Projekcie jest obarczone błędem metodologicznym**.

(61.) Ponadto zwracamy uwagę, że ukształtowanie maksymalnego poziomu kar wynikało m.in. z tego, że „z informacji przekazywanych przez OPL w zakresie nieosiągnięcia poziomów referencyjnych przez wskaźnik UG4 wynika, iż największy negatywny wpływ na wynik tego wskaźnika mają uszkodzenia trudnouslywalne, zamknięte z opóźnieniem głównie ze względu na brak dostępu do infrastruktury (brak zgody właściciela na dostęp do nieruchomości, na której znajduje się infrastruktura OPL wymagająca naprawy), konieczność uruchomienia inwestycji zakładającej przebudowę lub modernizację sieci OPL czy też konieczność usunięcia infrastruktury OPL wynikająca, np. z rozstrzygnięć sądowych lub administracyjnych” (Decyzja Prezesa UKE z dnia 20 listopada 2019 r., znak: DR.WORK.6082.8.2019.58, s. 24).

(62.) Takie przyczyny nie mają racji bytu w przypadku sieci POPC ze względu na fakt, że są to sieci nowe.

(63.) W ocenie Izby poziom kar umownych, stosowanych przez OPL powinien pełnić funkcję gwarantującą wysoką jakość usług świadczonych w oparciu o Sieć POPC.

(64.) Aktualny poziom kar umownych wskazany w ofercie hurtowej OPL nie realizuje tej funkcji, tj. nie przeciwdziała ewentualnym niekonkurencyjnym praktykom OPL a porównywanie ich do ofert SOR jest nieadekwatne z tej przyczyny, że jest to Sieć POPC powstała ze środków publicznych, a zatem standardy te powinny być wyższe, niż w przypadku sieci, objętych regulacjami SMP.

X. UNIFIKACJA OFERTY OPL W ZAKRESIE ODPOWIEDZIALNOŚCI STRON – 4.2.15 DECYZJI

(65.) Izba zwraca uwagę na konieczność unifikacji postanowień w zakresie odpowiedzialności stron, niezależnie od modelu świadczenia usług (model standardowy a tzw. alternatywny sposób świadczenia usługi (IIIA)).

(66.) Postanowienia w tym zakresie powinny być analogiczne, tak jak ma to miejsce w przypadku pozostałych ofert hurtowych.

(67.) Wyodrębnienie postanowień, związanych z odpowiedzialnością stron prowadzi do zbędnego skomplikowania dostępu oraz narzucania dodatkowych warunków tej odpowiedzialności w sytuacji wyboru modelu alternatywnego, co przeczy zasadzie niedyskryminacji, wynikającej z 52 Rozporządzenia UE 651/2014.

XI. USUNIECIE PROGNOZ – 4.3.1. DECYZJI

(68.) Standardem we współpracy z OPL jest zawieranie porozumień dotyczących braku prognoz. Zatem sama OPL traktuje takie rozwiązanie jako archaiczne.

(69.) Mechanizm taki stanowi zbędne obciążenie UPC i innych OK.

(70.) OPL, jako operator SMP, posiada zasoby, zapewniające procedowanie zamówień na usługi hurtowe.

(71.) Z tego względu wprowadzanie obowiązku dodatkowych prognoz, pod rygorem ponoszenia dodatkowych opłat na rzecz OPL, skutkuje nierównowagą stron. Kwestia ta powinna zostać określona w Decyzji, aby przeciwdziałać ewentualnej odmowie OPL na rezygnację z prognoz, co czyniłoby zapisy Decyzji w tym zakresie iluzoryczne.

XII. OBOWIĄZEK POWIADAMIANIA O WEJŚCIU POSZCZEGÓLNYCH PROJEKTÓW W OKRES TRWAŁOŚCI/W OBOWIĄZEK ZAPEWNIENIA DOSTĘPU HURTOWEGO

(72.) Izba postuluje by w Decyzji wprowadzić zobowiązanie OPL do powiadamiania UPC o poszczególnych okresach zakończenia obowiązku hurtowego.

(73.) Wprowadzenie takiego rozwiązania z pewnością przyczyni się do zapewnienia przejrzystości i transparentności, tak istotnej w ramach otwartego dostępu hurtowego.

XIII. KONIECZNOŚĆ ROZSZERZENIA ZAKRESU DECYZJI O PROJEKTY W RAMACH IV KONKURSU POPC

(74.) W ocenie Izby zasadne byłoby objęcie postępowaniem także projektów zrealizowanych przez OPL w ramach IV konkursu, z uwagi na fakt, że aktualna oferta hurtowa OPL obejmuje również te projekty. Rozszerzenie zakresu Decyzji sprzyjać będzie niedyskryminacji UPC w stosunku do innych OK.

XIV. KWESTIA RÓWNOWAŻNEGO DOSTĘPU DO SYSTEMÓW INFORMATYCZNYCH OPL – 4.2.16, 4.2.23 DECYZJI

(75.) W ocenie Izby Decyzja nie porusza istotnego zagadnienia we współpracy pomiędzy UPC a OPL w postaci dostępu do systemów informatycznych (tzw. systemu automatycznego).

(76.) OPL oferuje możliwość korzystania z rozbudowanego API w celu korzystania z usług hurtowych OPL. Możliwość ta „okupiona” jest jednak istotnym kosztem dostosowania się do API (zapewnienia interoperacyjności systemów operatora korzystającego i OPL). Kosztu tego nie ponosi część detaliczna OPL, a co więcej wątpliwe jest aby koszty z tego tytułu były uwzględniane w teście zawężenia marży, co skutkuje zaburzeniem jego wyników, na korzyść OPL (istotny koszt API nie stanowi elementu składowego kosztów hurtowych).

(77.) Część detaliczna OPL korzysta z systemu automatycznie i nie tylko nie ponosi z tego tytułu żadnych kosztów, ale także posiada uprzywilejowaną pozycję wobec innych operatorów korzystających z tzw. modelu manualnego. W konsekwencji, UPC, a także każdy inny operator chcący zapewnić sobie równie szybkie procedowanie zamówień jak część detaliczna OPL musi wdrożyć kosztowny system automatyczny API.

(78.) W ocenie Izby Decyzja powinna adresować ten problem poprzez obniżenie miesięcznych opłat hurtowych w przypadku wykorzystania API OPL, co uzasadnione jest również możliwością zapewnienia mniejszych zasobów po stronie OPL.

XV. KPI – 4.2.17 I 4.2.28 DECYZJI

(79.) Mając na uwadze obecne doświadczenia, związane z efektywnym dostępem hurtowym w ramach perspektywy finansowej UE na lata 2014 – 2020, proponujemy, aby w jak najszerszym stopniu wzmocnić obowiązki OPL w zakresie konieczności monitorowania i raportowania mierzących skuteczność i efektywność wskaźników dostępu hurtowego (KPI).

(80.) Z uwagi na brak mechanizmów regulacyjnych, zawartych w umowach o dofinansowanie OPL z CPPC, postuluje się odpowiednie i adekwatne wzmocnienie narzędzi umownych w postaci bonifikat i kar umownych, aby zapewnić przestrzeganie warunków jakościowych sieci OPL.

(81.) Stąd Izba wnosi o weryfikację tych mechanizmów, zawartych w Decyzji.

Prezes Zarządu

Stefan Kamiński