

**Stanowisko konsultacyjne Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji  
dotyczące projektu decyzji w sprawie DR.WPS.6080.3.2022**

W dniu 2 czerwca br. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) rozpoczął konsultacje projektu decyzji zmieniającej umowę o dostępie telekomunikacyjnym Orange Polska S.A. do sieci szerokopasmowej Fiberhost S.A. wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych (dalej „Decyzja”). W Decyzji, która rozstrzyga spór indywidualny, Prezes UKE rozstrzyga zagadnienia wpływające na cały rynek telekomunikacyjny, bowiem dokonuje istotnych zmian w sposobie świadczenia podstawowych usług hurtowych tj. BSA i LLU, dzięki którym operatorzy konkurują o klienta detalicznego. Do istotnych zagadnień należy tutaj zaliczyć przede wszystkim sposób wprowadzania zmian do umowy w sposób de facto automatyczny, gdyż nie wymagają podpisania aneksu oraz zmiany w sposobie wypowiedzenia umowy, które pozwalają operatorowi zobowiązanemu do zapewnienia dostępu na wypowiedzenie umowy w przypadku braku zgody na zmianę umowy, tylko z 6-miesięcznym okresem wypowiedzenia.

Zasady dostępu hurtowego ustalane w projektach, które dotyczą zapewnienia dostępu do sieci wybudowanych z udziałem środków publicznych mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia efektywności tej pomocy, a także mają ograniczać negatywne konsekwencje dla rynku, które wiążą się z tą pomocą. Pomoc publiczna nie może bowiem prowadzić do powstania lokalnych monopolii na finansowanych obszarach. Jednocześnie są to zagadnienia bardzo skomplikowane i wymagają dogłębnej dyskusji, dlatego wprowadzanie kluczowych zmian w ustalonych zasadach hurtowych nie powinno odbywać się w trybie rozstrzygnięcia spraw indywidualnych.

Wbrew uzasadnieniu Decyzji, w którym Prezes UKE zdaje się twierdzić, iż jest gwarantem przewidywalności decyzji regulacyjnych, niestety tak nie jest. Prezes UKE, uzasadniając wprowadzone mechanizmy automatycznej zmiany umowy, twierdzi m.in. *„Mechanizm dostosowania nie wprowadza nieprzewidywalności do współpracy międzyoperatorskiej, gdyż pozwala OK na realizację dotychczasowych zamówień terminowych (tj. zamówień terminowych złożonych przed zmianą umowy ramowej związanej z mechanizmem dostosowania) na niezmiennych warunkach, jednocześnie umożliwiając wprowadzenie zmian w ofercie hurtowej (przekładających się na zmiany w umowie ramowej) uzależnionych od akceptacji Prezesa UKE zgodnie z trybem z pkt 2.2 Wymagań (dalej „procedura akceptacji”). Prezes UKE wskazuje przy tym, że w procesie akceptacji zmian w ofercie hurtowej OSD, Prezes UKE bierze pod uwagę Wymagania oraz wytyczne i rekomendacje Prezesa UKE w sprawie dostępu hurtowego w POPC (głównie „Zasady dostępu hurtowego do sieci zrealizowanych w ramach II konkursu w ramach działania 1.1 POPC dla gospodarstw domowych – rekomendacja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Warszawa marzec 2018 r.”<sup>12</sup> (dalej „Zasady dostępu”) oraz Procedury współpracy) – dokumenty te zostały poddane konsultacjom z przedstawicielami rynku telekomunikacyjnego i wyznaczają standardy w zakresie dostępu hurtowego w POPC, przez co stanowią również formę ograniczenia zmian możliwych do wprowadzenia przez OSD w ofercie hurtowej.”*

Zawracamy uwagę, że żadne z ww. dwóch kluczowych rozwiązań nie było przedmiotem konsultacji publicznych, ani nie zostało wprowadzone do żadnych z dotychczas opublikowanych wersji rekomendacji Prezesa UKE dotyczących dostępu hurtowego do sieci POPC. Dodatkowo ostatnia akceptacja przez Prezesa UKE podwyżki opłat hurtowych Operatora Sieci Dostępowej (dalej „OSD”) o ok. 10% na obszarach z konkursu 3 POPC, co jest uzasadniane poziomem inflacji, a która została wprowadzona do umów międzyoperatorskich właśnie dzięki takiemu automatyzmowi, podważa przewidywalność regulacyjną na rynku.

Automatyczna zmiana umowy (w Załączniku nr 1 do Decyzji pkt 6 wprowadzająca zmiany do umowy w Części I Rozdział 3, pkt 3.2 ust. 10-18) wprowadza niepewność i nieprzewidywalność we współpracy międzyoperatorskiej, a także zwiększa ryzyko dla operatorów korzystających, obniżając konkurencyjność

na obszarach dofinansowanych, a także pozbawia użytkowników końcowych możliwości korzystania z przystępnych cenowo ofert detalicznych.

Zgodnie z Wytycznymi UE w sprawie stosowania reguł pomocy państwa w odniesieniu do szybkiej budowy/rozbudowy sieci szerokopasmowych dotowana infrastruktura musi umożliwić świadczenie konkurencyjnych i przystępnych cenowo usług na rzecz użytkowników końcowych przez konkurujących ze sobą operatorów. Temu służy analiza porównawcza stosowana do ustalania opłat hurtowych: *„analiza porównawcza jest ważnym narzędziem gwarantującym, że przyznana pomoc posłuży do stworzenia warunków podobnych do tych, które dominują na innych konkurencyjnych rynkach łączności szerokopasmowej. Cena za hurtowy dostęp powinna opierać się na zasadach ustalania cen określonych przez krajowy organ regulacyjny oraz na punktach odniesienia; należy przy tym uwzględnić pomoc otrzymywaną przez operatora sieci ( 111 ). Za punkt odniesienia należy przyjąć średnie opublikowane ceny hurtowe obowiązujące na innych porównywalnych, bardziej otwartych na konkurencję obszarach danego kraju lub Unii lub, z braku takich opublikowanych cen, ceny już określone lub zatwierdzone przez krajowy organ regulacyjny w odniesieniu do danych rynków i usług.”*

Ustalone ceny przez beneficjentów, które są ustalane na podstawie innych metodologii np. poprzez odwołanie się do poziomu inflacji, mogą nie pozwolić na spełnienie powyższego warunku, czyli ukształtowania warunków porównywalnych do rynków konkurencyjnych, a tym samym przyznana pomoc publiczna może zostać uznana za niegodną z prawem.

Ponadto każda umowa powinna zawierać essentialia negotii, czyli najważniejsze postanowienia umowy, elementy bez których zawarta umowa nie będzie traktowana w świetle przepisów prawa jako umowa. Dla przykładu Kodeks Cywilny przez umowę sprzedaży definiuje sytuację, gdy sprzedający zobowiązuje się do przeniesienia własności rzeczy na nabywcę oraz do jej wydania, a nabywca zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić cenę. Cena jest więc podstawowym elementem takiej umowy.

Podobnie jednym z podstawowych elementów umowy o dostępie telekomunikacyjnym są warunki rozliczeń, a więc cena za zapewnienie takiego dostępu. Potwierdzenie tego możemy znaleźć w prawie telekomunikacyjnym, w którym w art. 31 zdefiniowano obligatoryjny katalog elementów, jakie powinna zawierać umowa o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci. Wśród nich znajdują się takie postanowienia jak: warunki rozliczeń z tytułu zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego oraz wzajemnego korzystania z sieci telekomunikacyjnych, umiejscowienie punktów połączenia sieci telekomunikacyjnych oraz warunki techniczne połączenia sieci telekomunikacyjnych.

Zgodnie z projektem Decyzji katalog zmian, jakie OSD miałby możliwość wprowadzać do umowy, jest katalogiem otwartym, zarówno w kontekście samych zapisów umownych, jak i kształtu cennika. Nie ma również zdefiniowanych ram tych zmian oraz nie jest określone, jak te zmiany wpływają na rynek detaliczny i jak mogą być na ten rynek przeniesione.

W szczególności uwagę zwraca fakt, że Prezes UKE nie zgadzał się do tej pory na wprowadzenie mechanizmu automatycznej zmiany umowy na rynku regulowanym ex ante, w zakresie wyłącznie dotyczącym opłat hurtowych regulowanych, które podlegały obiektywnej weryfikacji przez niezależnego audytora wybieranego na rynku regulowanym.

Podobnie zmiany wprowadzone w Załączniku nr 1 do Decyzji pkt 9 w Części I umowy Rozdział 4.7, pkt 4.7 ust. 5, które pozwalają na wypowiedzenie umowy z 6-miesięcznym okresem wypowiedzenia w przypadku niedostosowania Umowy do zmienionych warunków hurtowych, wprowadzają analogiczne skutki jak w przypadku automatycznej zmiany umowy.

W związku z powyższym Izba nie popiera proponowanych rozwiązań.