



Orange Polska S.A.
Współpraca Regulacyjna
reprezentowana przez
Beatę Kosno
Pełnomocnik
Aleje Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

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

Warszawa, 3 lipca 2023 r.

Numer: TKR2/BK/1320/07/23

Stanowisko konsultacyjne Orange Polska dotyczące projektu decyzji w sprawie DR.WPS.6080.3.2022

Działając w imieniu Orange Polska S.A. (dalej „OPL”), pełnomocnictwo w aktach postępowania, przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) w zakresie rozstrzygnięcia wniosku Fiberhost S.A. z dnia 6 lipca 2022 r. (dalej „Wniosek FH”) oraz wniosku OPL z 25 lipca 2022 r. (dalej „Wniosek OPL”) zmieniającej „Umowę Ramową INEA S.A. o dostępie telekomunikacyjnym do sieci szerokopasmowej wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych przyznanych w ramach Działania 1.1 POPC” nr TRH163368 zawartą w dniu 27 marca 2019 r. pomiędzy Inea S.A. (obecnie Fiberhost S.A.) i OPL (dalej „Umowa Ramowa”) regulującą zasady dostępu OPL do sieci szerokopasmowej Fiberhost S.A. (dalej „Fiberhost”) wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych przyznanych w ramach drugiego konkursu Działania 1.1. Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa (dalej „Decyzja”).

Podsumowując główne tezy zawartej w piśmie argumentacji:

1. Wniosek Fiberhost powinien zostać oddalony w całości, a postępowanie wszczęte w wyniku tego wniosku powinno zostać umorzone.
2. Rozwiązania projektowane w Decyzji w zakresie tzw. automatycznej zmiany umowy oraz zasad wypowiedzenia umowy są niezgodne z wydanymi przez Prezesa UKE rekomendacjami dotyczącymi warunków dostępu hurtowego do sieci budowanych w POPC.
3. Przedstawiona interpretacja zasady niedyskryminacji na potrzeby uzasadnienia wprowadzenia automatycznej zmiany umowy jest nieprawidłowa i niezgodna z obowiązującymi regulacjami dotyczącymi pomocy publicznej i sektorowej.

4. Mechanizm automatycznej zmiany umów wprowadza niepewność i nieprzewidywalność co do warunków świadczenia usług hurtowych. Proces akceptacji oferty hurtowej Fiberhost nie gwarantuje wprowadzenia zmian do oferty zgodnych z wymaganiami Rozporządzenia GBER.
5. W przeprowadzonych analizach nie uwzględniono aspektu, że Fiberhost nie jest podmiotem wyłącznie hurtowych i że spółka z tej samej grupy kapitałowej świadczy usługi detaliczne z wykorzystaniem infrastruktury Fiberhost.
6. W Decyzji nie uwzględniono wpływu regulacji hurtowych na umowy abonenckie. Powierzchnowa analiza regulacji konsumenckich doprowadziła do nieprawidłowych wniosków. Wykorzystanie zamówień na czas określony nie rozwiązuje problemów braku spójności regulacji detalicznych i hurtowych.
7. Rozwiązania w Decyzji poprawiają sytuację konkurencyjną Fiberhost w relacji do innych operatorów. Z punktu widzenia przepisów dotyczących pomocy publicznej i regulacji sektorowych nie zachodzą podstawy, aby beneficjent pomocy publicznej był uprzywilejowany w stosunku do podmiotu o pozycji znaczącej.
8. W przypadku ofert hurtowych beneficjentów POPC proces rozstrzygania sporów jest jedynym procesem, w którym Prezes UKE może przeanalizować argumenty obu stron i ponownie rozważyć zasadność i prawidłowość zaakceptowanych uprzednio rozwiązań. Argument o uprzednim zaakceptowaniu oferty, choć zgodny ze stanem faktycznym, nie powinien być argumentem podstawowym. Przy zastosowaniu automatycznej zmiany umowy dochodzi do zniesienia możliwości skierowania sporu do Prezesa UKE, a tym samym prowadzi to do sprzeczności z Rozporządzeniem GBER.
9. Proponowane w Decyzji rozwiązania są sprzeczne ze stanowiskiem zaprezentowanym w innym projekcie decyzji Prezesa UKE dotyczącej dostępu do sieci wybudowanych w projektach POPC. W projekcie decyzji nr DR.WPS.6080.1.2021 Prezes UKE odmówił wprowadzenia rozwiązań dotyczących trybu wprowadzania zmian oraz wypowiedzania umowy o dostępie, gdyż decyzja administracyjna nie podlega regulacji prawa cywilnego.
10. Mechanizm automatycznej zmiany umowy pozbawia umowę o dostępie podstawowych elementów wymaganych dla tej czynności cywilnoprawnej przez Kodeks Cywilny (essentialia negotii), jak i przez przepisy prawa telekomunikacyjnego.

I. Kwestie formalne

Na wstępie pragnę podkreślić, iż OPL podtrzymuje stanowisko przedstawione przez OPL w odpowiedzi z 26 sierpnia 2022 r. na wezwanie nr DR.WPS.6080.3.2022.4, a także w piśmie z 24 lutego 2023 r. W szczególności OPL podtrzymuje stanowisko, że Wniosek FH powinien zostać oddalony w całości, a postępowanie wszczęte w wyniku tego wniosku powinno zostać umorzone. Prezes UKE nie odniósł się do tej kwestii w Decyzji.

W dalszej części niniejszego stanowiska wskazano również na szereg uchybień w ustaleniach faktycznych, błędnej interpretacji przepisów prawa, czy wręcz stosowanych pojęciach (np. niedyskryminacja), które powodują, iż Prezes UKE błędnie ocenił stan faktyczny i prawny, co doprowadziło do podjęcia niewłaściwego rozstrzygnięcia. Prawidłowa ocena wskazanego stanu faktyczno-prawnego, powinna doprowadzić do rozstrzygnięcia zgodnie z wnioskiem OPL.

II. Zagadnienia merytoryczne

Jak słusznie zauważa Prezes UKE, główną kwestię sporu pomiędzy OPL a Fiberhost jest automatyczna zmiana umowy oraz związane z tym zasady wypowiedzania umowy. Ponadto istotny w tej sprawie jest mechanizm stosowania przez Fiberhost zasad promocji, co zostało sprowadzone przez Prezesa UKE

do postulowania przez OPL wprowadzenia zapisów dotyczących promocji, a nie spowodowało zbadania prawidłowości działań Fiberhost w tej kwestii. Sposób stosowania przez Fiberhost promocji może bowiem rzutować po pierwsze na realizację przez Fiberhost obowiązków hurtowych, a po drugie na zgodę innych przedsiębiorców na wprowadzenie niekorzystnych zmian w umowach, na które Prezes UKE powołuje się uzasadniając dostosowanie Umowy Ramowej do aktualnej oferty ramowej stosowanej przez Fiberhost dla zapewnienia dostępu do infrastruktury wybudowanej w ramach drugiego konkursu Działania 1.1. Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa (dalej „Oferta FH”).

1. Automatyczna zmiana umowy

Odnosząc się do głównego zagadnienia tj. kwestii automatycznej zmiany umowy, na wstępie wskazuję, że zmiany wprowadzone do Umowy Ramowej w Części I Rozdział 3 „System Komunikacyjny i Informacje Ogólne” pkt 3.2 ust. 9- 18 są nieuzasadnione i podtrzymuję w całości przedstawioną argumentację. Zaznaczam również, że zmiany dot. automatycznej zmiany umowy wprowadzone przez Prezesa UKE w Decyzji w relacji do zapisów zatwierdzonych w Ofercie FH nie poprawiają i nie redukują negatywnych konsekwencji opisywanych przez OPL w dotychczasowych stanowiskach, a w niektórych przypadkach pogarszają sytuację OPL w stosunku do innych OK.

Poniżej przedstawiam dodatkowe argumenty i odnoszę się do uzasadnienia Decyzji.

a) Niezgodność zastosowanych rozwiązań z Rekomendacjami Prezesa UKE dot. warunków hurtowych w projektach POPC

Prezes UKE wyjaśnia, że zastosowany mechanizm nie wprowadza nieprzewidywalności, gdyż m.in. zmiany są uzależnione od akceptacji Prezesa UKE zgodnie z trybem z pkt 2.2 Wymagań dla podłączenia gospodarstw domowych do drugiego naboru dla działania 1.1 POPC (dalej „Wymagania”)¹. Ponadto „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.” (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.” pkt 4.2.2. ppkt 6 uzasadnienia Decyzji (podkreślenie OPL).

Trudno zgodzić się z Prezesem UKE w tej kwestii, gdyż dwie główne kwestie, które stanowią przedmiot sporu tj. automatyczna zmiana umowy i zasady wypowiedzania umowy, (w zakresie zapisów, które pozwalają Fiberhost wypowiedzieć umowę bez podania przyczyn) nie znajdują się w powołanym wyżej dokumencie i nie były proponowane uczestnikom rynku oraz poddawane konsultacjom publicznym.

W związku z tym planowane do wprowadzenia rozstrzygnięcia w Decyzji nie dają przewidywalności co do warunków umownych.

W opinii OPL zastosowanie przez Prezesa UKE rozwiązań przewidzianych w ww. dokumentach Zasady dostępu oraz Procedury współpracy, spowodowałyby zmianę planowanego rozstrzygnięcia zgodnie ze stanowiskiem OPL.

¹ <https://arch.cppc.gov.pl/po-polska-cyfrowa/po-pc-i-os/dzialania-1-1-wyeliminowanie-terytorialnych-roznic-w-mozliwosci-dostepu-do-szerokopasmowego-internetu-o-wysokich-przepustowosciach/nabor-wnioskow-popc-1-1-drugi-konkurs/dokumenty-do-pobrania-pcpc-1-1-drugi-konkurs>

b) Interpretacja zasady niedyskryminacji na potrzeby uzasadnienia wprowadzenia automatycznej zmiany umowy jest nieprawidłowa i niezgodna z obowiązującymi regulacjami dot. pomocy publicznej i sektorowej.

Prezes UKE uzasadnia zastosowane rozstrzygnięcie m.in. nową definicją zasady niedyskryminacji. Jak wyjaśniono w uzasadnieniu Decyzji w pkt 4.2.2 ppkt 18 „*Zasada niedyskryminacji w najczystszej postaci oznacza jednakowe traktowanie wszystkich PT.*” (definicja ta pomija zatem odniesienie do porównywalności warunków, kiedy to jednakowe traktowanie jest uznawane za niedyskryminacyjne). Przedstawiona definicja jest po pierwsze zaskakująca, a po drugie podważa dotychczasową i stosowaną przez Prezesa UKE od początku funkcjonowania tego organu. W uzasadnieniu Decyzji nie podano, skąd wynika taka definicja tzn. z jakich przepisów, regulacji czy literatury.

Należy zauważyć, że Prezes UKE wydając decyzje nie może pomijać określonych w Prawie telekomunikacyjnym celów polityki regulacyjnej. Zgodnie z art. 189 § 2 pkt 1 lit. e ustawy organy właściwe w sprawach telekomunikacji, do których należy Prezes UKE, powinny prowadzić politykę regulacyjną mając na celu zapewnienie przewidywalności regulacyjnej. To oznacza, że Prezes UKE powinien zapewniać spójne podejście w kształtowaniu sytuacji na rynku telekomunikacyjnym. Ponadto na podstawie art. 7 i 77 Kodeksu postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 775; dalej „KPA”) Prezes UKE nie może ograniczać się do zdawkowego wyjaśnienia swojego rozstrzygnięcia. Organ administracji publicznej jest zobowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzeć cały materiał dowodowy. Powinien więc odnieść się do wszystkich kwestii podnoszonych przez strony i wyjaśnić stronom przesłanki rozstrzygnięcia, a w tym przypadku tak istotną zmianę zasady niedyskryminacji.

Prezes UKE zmieniając rozumienie zasady niedyskryminacji, która jest zasadą wpływającą fundamentalnie na kształtowanie współpracy pomiędzy operatorem zobowiązanym do zapewnienia dostępu a OK, a w konsekwencji na istotną część rynku telekomunikacyjnego, powinien szczegółowo uzasadnić zmianę podejścia i jego skutki dla rynku.

OPL nie zgadza się z taką interpretacją zasady niedyskryminacji, gdyż dotychczas zasada ta była stosowana jednolicie zarówno na podstawie przepisów związanych z przyznaną pomocą publiczną, jak i na podstawie prawa telekomunikacyjnego.

Zastosowanie zasady niedyskryminacji w projektach POPC wynika Wymagań pkt 2.1 „*Operator Sieci Dostępowej zobowiązuje się do zapewnienia możliwie najszerszego dostępu do hurtowych usług aktywnych i pasywnych, zgodnie z art. 2 pkt 139 GBER, na równych i niedyskryminujących warunkach (...)*”. Taki obowiązek wynika też z Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie udzielania pomocy na rozwój infrastruktury szerokopasmowej w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 z dnia 16 września 2015 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 1466, z późn. zm., dalej „Rozporządzenie POPC”) § 4 ust. 8 pkt 5, a także Rozporządzenia KE nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu, (Dz.U. UE. L. z 2014 r., nr 187.1, dalej „Rozporządzenie GBER”) art. 52 ust. 5.

Zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1648; dalej „Pt”) art. 36 definiuje zasadę niedyskryminacji jako „*obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach z podmiotami zależnymi.*”

Zgodnie z poglądami doktryny² „[...] wymóg równego traktowania przedsiębiorców obowiązuje w porównywalnych okolicznościach. Porównywalne okoliczności dotyczą strony podmiotowej i przedmiotowej świadczeń dostępowych. Jest to klasyczny sposób rozumienia zasady równego traktowania” (co w oczywisty sposób zaprzecza tezie postawionej w Decyzji, o najczystszej formie niedyskryminacji, pomijającej porównywalność okoliczności).

Na gruncie obowiązującej dotychczas dyrektywy o dostępie ukształtowało się zupełnie odmienne rozumienie zasady niedyskryminacji od interpretacji przyjętej w projekcie konsultowanej Decyzji. „Dyrektywa nie posługuje się zatem pojęciem „jednakowe warunki”, a „podobne warunki” (equivalent conditions). Ustanawiając obowiązek niedyskryminacji, Prezes UKE, w wydawanej przez siebie decyzji, powinien więc raczej stwierdzać, że adresaci jego decyzji mają obowiązek stosowania wobec przedsiębiorców telekomunikacyjnych ubiegających się o dostęp „podobnych warunków dostępu w podobnych okolicznościach”. Stosowanie zaś „jednakowych warunków” wydaje się możliwe do osiągnięcia tylko w przypadku, gdyby operator miał stosować takie same (identyczne) zasady współpracy z każdym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, co w oczywisty sposób nie musi odpowiadać oczekiwaniom potencjalnych wnioskodawców. Przede wszystkim jednak nie mieści się w ramach adekwatności obowiązku regulacyjnego.”³

Prezes UKE zupełnie pomija zasadniczy aspekt zasady niedyskryminacji, a mianowicie możliwość lepszego traktowania podmiotów ubiegających się o dostęp niż na zasadach ukształtowanych w ofercie ramowej. Przy formułowanym przez Prezesa UKE rozumieniu zasady niedyskryminacji, ten zasadniczy element dający stronom możliwość swobody ustaleń w ramach konkretnej umowy dostępowej nie będzie możliwy do zastosowania.

Klasyczne, wynikające z dyrektyw rozumienie zasady niedyskryminacji zostało również zastosowane w rekomendacjach Prezesa UKE tj. w pkt 1.1 ppkt 3 dokumentu Zasady dostępu hurtowego do sieci zrealizowanych w ramach II konkursu w ramach działania 1.1 POPC dla gospodarstw domowych (dalej „Zasady dostępu”): „OSD oferuje możliwie najszerszy dostęp do hurtowych Usług aktywnych i pasywnych, świadczonych w oparciu o Infrastrukturę telekomunikacyjną Sieci POPC, stosownie do postanowień Zasad dostępu, na równych i niedyskryminujących warunkach, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowanie usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa, lub w stosunkach ze spółkami zależnymi lub powiązаныmi – w rozumieniu ustawy – Kodeks spółek handlowych.” (podkreślenie OPL).

Jak wynika z powyższego zasada niedyskryminacji została potraktowana nawet szerzej, niż wobec OPL jako operatora poddanego regulacji na rynkach właściwych, bowiem w decyzjach nakładających obowiązki na OPL, zasada ta jest odnoszona do podmiotów zależnych, a do powiązanych nie.

Ponadto, warte zauważenia jest to, że to kolejny przykład, który potwierdza, że Prezes UKE nie stosuje swoich własnych rekomendacji dotyczących dostępu hurtowego w projektach POPC, bowiem zasada niedyskryminacji przyjęta dla akceptacji automatycznej zmiany umowy jest inna niż opisana w Zasadach dostępu.

Należy także zwrócić uwagę na rodzaj zmian w Umowie Ramowej, która uzasadniana jest w projekcie nowym rozumieniem zasady niedyskryminacji. Prezes UKE powołuje się bowiem na mocno zawężone pojęcie niedyskryminacji nie przy okazji zmian dotyczących rozwiązań technicznych, informatycznych, które być może wymagałyby jednakowego traktowania wszystkich kontrahentów z uwagi na ograniczenia systemowe,

² Prawo telekomunikacyjne. Komentarz prof. dr hab. Stanisław Piątek 2019. Art. 36

³ M. Rogalski [w:] K. Kawalek, M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 36.

gdyż wprowadzanie odmiennych procesów w relacji z każdym operatorem byłoby niemożliwe czy nieuzasadnione ekonomicznie. Prezes UKE tłumaczy zasadą niedyskryminacji wprowadzanie zapisów dotyczących zmian umowy czy jej rozwiązania, co stanowi jedynie element formalny współpracy stron, nie wpływający na funkcjonowanie procesów dostarczania usługi. Z drugiej strony jest to element z punktu widzenia cywilistycznego kluczowy, a jednocześnie wprowadzający siłą rzeczy przewagę kontraktową operatora sieci dostępowej, nieznaną dotychczas w rozwiązaniach regulacyjnych na polskim rynku.

Jednocześnie stanowisko Regulatora jest niekonsekwentne, ponieważ w stanowisku dotyczącym również dostępu do sieci wybudowanej w ramach projektów POPC prawidłowo przedstawia specyfikę zasady niedyskryminacji. „*Jednocześnie wyjaśnić należy, że przyznanie pomocy publicznej w ramach POPC wiąże się z obowiązkiem zapewnienia otwartego i efektywnego dostępu hurtowego do Sieci POPC. Beneficjent zobowiązuje się do zapewnienia dostępu hurtowego na warunkach nie gorszych niż określone w pkt 2 Wymagań, z zachowaniem zasady niedyskryminacji. Celem obowiązku niedyskryminacji jest spowodowanie, aby operator stosował ekwiwalentne warunki w podobnych sytuacjach, w stosunku do przedsiębiorstw żądających podobnych świadczeń, a także by dostarczał usługi i informacje innym przedsiębiorstwom na takich samych warunkach i tej samej jakości, jakie stosuje przy świadczeniu własnych usług i usług dla spółek zależnych lub partnerów* (tak: S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 36, teza 1*). *Obowiązek niedyskryminacji wiąże się m.in. z przedstawianiem OK równych i niedyskryminujących warunków współpracy - oferty ramowej oraz informacji o infrastrukturze. Wymóg równego traktowania przedsiębiorców obowiązuje w porównywalnych okolicznościach. Porównywalne okoliczności dotyczą strony podmiotowej i przedmiotowej świadczeń dostępowych. Jest to klasyczny sposób rozumienia zasady równego traktowania. Należy zapewnić równe traktowanie przedsiębiorcom o podobnym statusie, w transakcjach porównywalnych pod względem wielkości, znaczenia dla przedsiębiorcy zobowiązanego i innych czynników wpływających na aspekty techniczne, ekonomiczne i organizacyjne transakcji.*”⁴ (podkreślenie OPL).

OPL wyraża przekonanie, że w przypadku przyjęcia poprawnej definicji zasady niedyskryminacji, odnoszącej się do porównywalności warunków, w jakich działają oceniane podmioty, Prezes UKE podzieliłby stanowisko OPL.

c) Mechanizm automatycznej zmiany umów wprowadza niepewność i nieprzewidywalność co do warunków świadczenia usług hurtowych.

OPL podtrzymuje zdanie, że mechanizm automatycznej zmiany umów wprowadza niepewność i nieprzewidywalność co do warunków świadczenia usług hurtowych.

Jak potwierdzają niedawne doświadczenia, proces akceptacji oferty hurtowej oferty hurtowej Fiberhost przez Prezesa UKE nie daje podstaw do rozwiania tych obaw, po pierwsze dlatego, że przy akceptacji Oferty FH Regulator nie wziął pod uwagę swoich rekomendacji (co wykazano w punktach powyżej), a po drugie opłaty hurtowe zatwierdzone w tym procesie nie spełniają wymagań określonych w warunkach dofinansowania.

Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie udzielania pomocy na rozwój infrastruktury szerokopasmowej w ramach Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 z dnia 16 września 2015 r. § 4 ust. 8 wsparcie może zostać udzielone podmiotowi, który zobowiązał się do zapewnienia hurtowego dostępu na równych i niedyskryminujących warunkach, w tym fizycznego uwolnienia pętli, po cenie ustalonej zgodnie z art. 52 ust. 6 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014. Oznacza to, że cena dostępu hurtowego powinna opierać się na zasadach ustalania cen określonych przez krajowy organ regulacyjny i na punktach odniesienia obowiązujących w innych, porównywalnych, bardziej

⁴ Pismo Prezesa UKE z 1 czerwca 2023 r. nr DR.WPS.6001.13.2023.2

konkurencyjnych obszarach państwa członkowskiego lub Unii, z uwzględnieniem pomocy otrzymanej przez operatora sieci.

Jak Fiberhost poinformował w Zawiadomieniu z 16 grudnia 2022 r. o zmianie opłat dla projektów z konkursu trzeciego zmiana ta jest podyktowana wzrostem inflacji „*Podwyższenie opłat jest podyktowane rosnącymi cenami towarów i usług co przekłada się na koszty ponoszone przez Fiberhost w związku z wykonywaną działalnością w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz koszty inwestycji w rozbudowę sieci światłowodowych. **Wzrost poziomu opłat referuje wprost do wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych** opublikowanego przez Główny Urząd Statystyczny za marzec 2022 r. i jest nie wyższy niż ten wskaźnik. Według opublikowanych wskazań w porównaniu z analogicznym miesiącem ubiegłego roku ceny wzrosły o 11%. Intencją Fiberhost jest zachowanie zrównoważonej polityki cenowej, w szczególności poprzez stosowanie korekty raz do roku wg. oficjalnego wskaźnika publikowanego przez GUS.*” (podkreślenie OPL)

Tak ustalona podwyżka tzn. o wskaźnik inflacji nie spełnia wymagań Rozporządzenia GBER.

Zgodnie z opisem stanu faktycznego w Decyzji, akceptacja oferty hurtowej Fiberhost zawierającej opłaty podwyższone o poziom inflacji, odbyła się w drodze tzw. „milczącej zgody”, co oznacza, że Prezes UKE nie zgłosił do niej żadnych uwag. Tak przebiegający proces nie zwiększa przewidywalności, a także budzi wątpliwości w kontekście toczących się kilku spraw spornych przed Prezesem UKE. Zastanawiające jest również odmienne podejście do różnych beneficjentów pod względem zgłaszanych uwag i stawianych wymagań w procesie akceptacji zmiany opłat hurtowych.

Proces i niejasności mogą się zwiększać w sytuacji, gdy podmiot zapewniający dostęp hurtowy nie jest bezpośrednim beneficjentem POPC, tylko dysponentem sieci (jak to ma miejsce w przypadku projektów z konkursu trzeciego, gdzie Fiberhost jest podmiotem zapewniającym dostęp do sieci beneficjentów Fibe I i Fibe IV).

d) Brak zbadania wpływu działania spółki Inea Sp. z o.o. dla zafunkcjonowania mechanizmu automatycznej zmiany umowy.

W uzasadnieniu Decyzji wielokrotnie posłużono się, argumentem że wprowadzane rozwiązania zostały zaakceptowane przez innych przedsiębiorców, zaliczając do tego grona spółkę z tej samej grupy kapitałowej tj. Ineę sp z o.o.

Takie podejście pomija fakt , że prawo konkurencji traktuje podmioty wchodzące do tej samej grupy kapitałowej jako jeden organizm⁵. Taka ocena wynika z założenia, że swoboda zachowań rynkowych przedsiębiorców w grupie kapitałowej jest ograniczona⁶.

Doktryna ta wywodzi się z prawa unijnego, w którym pojęcie przedsiębiorstwa ma charakter autonomiczny. Koncepcja ta zakłada, że kilka odrębnych podmiotów prawnych może stanowić jedno przedsiębiorstwo⁷. W praktyce oznacza to, że nie jest istotne formalne wyodrębnienie podmiotów, lecz ważne jest czy faktycznie prowadzą one działalność gospodarczą jako jedna całość. Koncepcja *single economic entity* powstała na bazie art. 101 TFUE określającego zakaz stosowania porozumień ograniczających konkurencję. W świetle

⁵ wyr. SOKiK z 13 grudnia 2013 r., XVII AmA 173/10 (LEX nr 2155803)

⁶ Por. wyr. Sądu Pierwszej Instancji z 16 grudnia 1999 r., [T-198/98](#), *Micro Leader Business v. Komisja* (ECLI:EU:T:1999:341), zgodnie z którym zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję nie może mieć zastosowania do decyzji podjętych w ramach grupy tworzącej jedną jednostkę gospodarczą, zmierzających do zorganizowania stosunków między różnymi elementami grupy, gdy przedsiębiorcy w jej ramach nie posiadają rzeczywistej autonomii w określaniu swojego sposobu działania na rynku.

⁷ Wyrok z 12 lipca 1984 w sprawie C-170/83

tej koncepcji przyjęto, że podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej działają jako jedno przedsiębiorstwo (a tym samym nie zawierają porozumień, o których mowa w art. 101 TFUE) ⁸.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu „Przedsiębiorstwa zarządzające określonymi sieciami infrastrukturalnymi (przedsiębiorstwo sieciowe) prowadzą bardzo często swoją działalność gospodarczą w warunkach monopolu naturalnego (106) i skłonne są do nadużywania swojej pozycji poprzez odmawianie dostępu do sieci innym podmiotom lub poprzez narzucanie innym podmiotom niekorzystnych ekonomicznie lub technicznie warunków dostępu. **Rzeczywiste powody takich działań (praktyk) ze strony przedsiębiorstw sieciowych są zaś najczęściej takie, że przedsiębiorstwa te same chcą się zajmować świadczeniem za pomocą swoich sieci usług odbiorcom końcowym (na tzw. rynkach następujących), względnie też chcą umożliwić jak najkorzystniejsze kosztowo i bezpieczne ekonomicznie świadczenie tego rodzaju usług przez te przedsiębiorstwa usługowe, które są z nimi powiązane kapitałowo (i stanowią część jednego i tego samego przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo).** W takim układzie nie dziwi to, że w omawianym zakresie dochodzi często do praktyk szkodzących potencjalnym lub aktualnym konkurentom przedsiębiorstw sieciowych. Z perspektywy prawa konkurencji zdecydowanie wszakże istotniejsze niż szkoda ponoszona wówczas przez konkurentów przedsiębiorstw sieciowych jest to, że wskutek odmowy dostępu do sieci (lub wskutek niezapewnienia odpowiednich warunków tego dostępu) dochodzi do istotnych ograniczeń konkurencji na wspomnianych wyżej rynkach świadczenia usług odbiorcom końcowym (rynkach następujących), gdzie dominującą lub nawet monopolistyczną pozycję zapewnia sobie samo przedsiębiorstwo sieciowe lub też inne przedsiębiorstwo wchodzące razem z tym ostatnim w skład przedsiębiorstwa pionowo zintegrowanego. To zaś w oczywisty sposób szkodzi (lub co najmniej może potencjalnie szkodzić) konsumentom usług oraz może prowadzić do obniżenia się na tych rynkach efektywności alokacyjnej oraz produkcyjnej.”⁹ (podkreślenia OPL).

W Decyzji przyjmuje się, że m.in. podpisanie umów przez innych przedsiębiorców, w tym spółkę z tej samej grupy kapitałowej, jest uzasadnieniem do narzucenia OPL niekorzystnych warunków. Fakt, iż są to warunki gorsze potwierdza w uzasadnieniu Decyzji (pkt 4.2.2 ppkt 4): „Postulowane przez OPL wybiórcze dodanie postanowień wskazanych przez OPL w zakresie stosowania promocji, z pominięciem dostosowania Umowy Ramowej do oferty hurtowej stosowanej przez Fiberhost dla Sieci POPC2 w zakresie mechanizmu dostosowania, **spowodowałoby, że OPL korzystałby z lepszych (w porównaniu do innych OK) warunków dostępu hurtowego, co byłoby niezgodne z zasadą niedyskryminacji.**” (podkreślenie OPL)

Powyższe może więc prowadzić do wniosku, że Prezes UKE chce narzucić OPL tak samo złe warunki, jak inni OK podpisali. W tej sytuacji w naszej ocenie należałoby zbadać, dlaczego tak się stało, że inni te niekorzystne warunki zaakceptowali i jaką rolę w tej sytuacji pełni spółka z tej samej grupy kapitałowej, w której jest Fiberhost. Jak OPL informował we Wniosku OPL brak w Umowie Ramowej zapisów dotyczących wprowadzania ramowych promocji prowadził do dyskryminacji cenowej OPL, bowiem Fiberhost odmawiał OPL możliwości skorzystania z warunków promocyjnych ze względu na brak takich zapisów w Umowie Ramowej.

Należy przy tym zauważyć, że stosowane przez Fiberhost promocje dotyczyły takich samych opcji BSA, które występowały w obu wersjach oferty ramowej Fiberhost. Jedynym warunkiem skorzystania z promocji było posiadanie zawartej umowy zgodnej z aktualnym brzmieniem oferty ramowej Fiberhost tj. oferty zawierającej zapisy pozwalające na automatyczną zmianę umowy. W takiej sytuacji kluczowe może być funkcjonowanie spółki, która jest w tej samej grupie kapitałowej i prowadzi sprzedaż detaliczną na sieci Fiberhost. Jeśli spółka z grupy nie ma problemu z podpisaniem umowy z niekorzystnymi zapisami (a skoro - jak wyjaśniono wyżej - prawo konkurencji traktuje podmioty wchodzące do tej samej grupy kapitałowej jako jeden organizm to

⁸ Richard Whish, David Bailey. Competition Law, Oxford University Press, 8 wydanie, str. 95.

⁹ Szydło Marek, Prawo konkurencji a regulacja sektorowa, Oficyna 2010 (pkt 2.1)

dla czego spółka z grupy miałyby mieć z tym problem), aby w efekcie korzystać z promocji cenowych i realizować sprzedaż w sposób bardziej efektywny, to w takiej sytuacji inni przedsiębiorcy, aby móc efektywnie konkurować, muszą również podpisać umowę z niekorzystnymi zapisami.

Prezes UKE nie tylko nie odniósł się do kwestii dyskryminacji cenowej OPL, ale również nie zbadał wpływu działania spółki Inea Sp. z o.o. dla zafunkcjonowania mechanizmu automatycznej zmiany umowy w relacjach z Fiberhost.

Decyzja nie odnosi się również do sposobu zdefiniowania zasad promocji, na co wskazywał OPL we Wniosku OPL. W naszej ocenie takie sformułowanie warunków promocji było niezgodne z warunkami realizacji promocji uregulowanymi w zatwierdzonej przez Prezesa UKE ofercie ramowej Fiberhost. Zgodnie z Częścią III Rozdział 2 pkt 8 Oferty Ramowej warunki promocji oraz kryteria jej stosowania powinny gwarantować OK dostęp i możliwość korzystania z promocji zgodnie z zasadą niedyskryminacji, a w szczególności niezależnie od jego pozycji rynkowej, wielkości składanych zamówień, czy też stosunków handlowych z Fiberhost lub innymi podmiotami.

Fiberhost S.A wielokrotnie publicznie podkreślał, że jest operatorem wyłącznie hurtowym, ale w świetle prawa konkurencji takim nie jest. OPL wyraża przekonanie, że dogłębne zbadanie powyżej opisanych kwestii i opisanych zachowań Fiberhost, zmieniłoby ocenę Prezesa UKE co do zasadności zastosowanych rozwiązań.

e) Brak uwzględnienia wpływu regulacji hurtowych na umowy abonenckie

W Decyzji przyjęto, że wszystkie problemy, jakie powoduje automatyczna zmiana umowy dla OK w relacjach z klientami detalicznymi mogą zostać rozwiązane przez zamówienia na czas określony. *„Zarówno aktualna oferta hurtowa Fiberhost jak i Umowa Ramowa zawierają mechanizm gwarantujący realizację dotychczasowych zamówień (dzięki możliwości składania zamówień na czas określony), przez co nie znajduje uzasadnienia argument OPL o dostarczaniu usług klientom detalicznym ze stratą lub konieczności wypowiedzenia wszystkich usług detalicznych abonentom, którym usługa jest dostarczana w oparciu o usługi hurtowe Fiberhost. W praktyce, zmiany wprowadzane przez mechanizm dostarczania powinny dotyczyć głównie nowych zamówień, tj. zamówień złożonych po wprowadzeniu zmian do umowy ramowej (stanowisko Prezesa UKE odnosi się również do uwagi Fiberhost w tym zakresie).”* (pkt 4.2.2 ppkt 17 Decyzji; podkreślenie OPL)

Takie podejście nie uwzględnia sposobu funkcjonowania rynku telekomunikacyjnego i regulacji konsumenckich. Umowy z abonentami nie funkcjonują na zasadzie zamówień. Umowy abonenckie zawarte na czas określony po jego upływie przekształcają się w umowy na czas nieokreślony. Klient detaliczny nie ma obowiązku zamawiania usługi/zawierania umowy na czas określony, a więc może także korzystać z usług na podstawie umowy zawartej na czas nieokreślony.

Umowy detaliczne nie mogą być zmieniane w sposób dowolny przez operatora świadczącego usługi detaliczne. Nawet jeśli umowa zawiera możliwość zmian, to jest to pewien zdefiniowany i ograniczony katalog, nieobejmujący wszystkich okoliczności, jakie mogą wynikać z klauzul, jakie stosuje Fiberhost. W szczególności zmiana cen w umowach z klientami końcowymi podlega regulacjom i operator świadczący usługi detaliczne nie może podwyższać opłat w sposób dowolny. Zdaniem Prezesa UOKiK umowy na czas określony nie powinny być zmieniane w żadnym przypadku, a klauzule zmieniające umowy na czas

nieokreślony muszą być bardzo precyzyjne.¹⁰ Negatywna ocena działań operatorów przez UOKiK może skutkować nałożeniem kary na przedsiębiorcę.¹¹

W związku z tym, aby odzwierciedlić zmiany, jakie potencjalnie może wprowadzić Fiberhost, OPL musiałby zaproponować zmianę umowy, a z kolei klient nie musi nowych warunków przyjąć, co oznacza de facto wypowiedzenie umowy detalicznej. W związku z tym w sytuacji wprowadzenia podwyżki opłat hurtowych przy wykorzystaniu automatycznej zmiany umowy, co miało już miejsce w relacjach z Fiberhost w zakresie projektów z naboru trzeciego POPC może dojść do konieczności wypowiedzenia umów abonenckich.

Teoretycznie OK może złożyć zamówienie na czas określony w sytuacji, gdy ma z abonentem zawartą umowę na czas nieokreślony. W takiej sytuacji jednak to OK ponosi ryzyko, że abonent zrezygnuje z usługi detalicznej przed upływem terminu wynikającego z zamówienia na czas określony, a OK będzie musiał zapłacić za usługę hurtową, mimo braku przychodów z usługi detalicznej. Prezes UKE nazywa te zamówienia dobrodziejstwem dla OK, ale w praktyce to dobrodziejstwo dla Fiberhost prowadzące do wzrostu jego przychodów kosztem OK.

Zatem zamówienia na czas określony nie są rozwiązaniem problemów w relacjach z użytkownikami końcowymi. Zamówienie na czas określony mogłoby być jakąś formą rozwiązania problemu, ale pod warunkiem, że rynek detaliczny działałby, tak jak próbuje to wprowadzić regulator na rynku hurtowym. Tak jednak nie jest i w najbliższej przyszłości nie będzie.

Zdaniem OPL wnikliwa i szczegółowa analiza regulacji konsumenckich i ich wpływu na relacje hurtowe, niewątpliwie powinna doprowadzić do uznania przez Prezesa UKE argumentu, że zamówienia na czas określony nie rozwiązują wyżej opisanych problemów.

f) Kreowanie nowych warunków regulacji poprawiających sytuację konkurencyjną Fiberhost

W uzasadnieniu Decyzji (pkt 4.2.2 ppkt 14) stwierdzono: „*Podstawą określenia warunków Dostępu są przesłanki z art. 27 ustawy o wspieraniu rozwoju, dlatego też Prezes UKE nie widzi podstaw do regulowania warunków Dostępu według zasad właściwych dla operatora o znaczącej pozycji rynkowej (stanowisko Prezesa UKE odnosi się również do uwagi Fiberhost w zakresie odwoływania się przez OPL do Oferty SOR).*”

Odwołanie się w uzasadnieniu Decyzji do samej podstawy prawnej wydania decyzji nie wyjaśnia meritum sprawy. Prezes UKE reguluje rynek telekomunikacyjny, w tym m.in. sposób świadczenia usług hurtowych. Usługi hurtowe dostarczane przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej to takie same usługi jakie ma obowiązek dostarczać beneficjent pomocy publicznej. Co więcej obowiązek zapewnienia dostępu hurtowego przez beneficjenta pomocy publicznej jest niezależny od warunków wstępnych i jest określony bardzo szeroko. Zgodnie art. 52 ust. 7 Rozporządzenia GBER dotyczącego pomocy na stałe sieci szerokopasmowe przewiduje „*Obsługa dotowanej sieci oferuje **możliwie najszerszy aktywny i pasywny dostęp hurtowy**, zgodnie z art. 2 pkt 139, na sprawiedliwych i niedyskryminujących warunkach, w tym fizyczne uwolnienie*” (podkreślenie OPL).

Natomiast obowiązki nakładane na podmiot o pozycji znaczącej muszą uwzględniać adekwatność i proporcjonalność danego obowiązku do problemów rynkowych, których rozwiązanie służy realizacji celów określonych w art. 1 ust. 2 Pt. Ponadto zakres świadczonych usług wynika z poszczególnych rynków właściwych. Zatem zakres świadczonych usług przez operatora o pozycji znaczącej może być węższy.

Prezes UKE nie może tak istotnego zagadnienia wyjaśniać zaledwie jednym lakonicznym zdaniem uzasadnienia. Organ administracji publicznej jest zobowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć

¹⁰ „Jakie plany ma UOKiK na najbliższe miesiące” Polityka Insight, 6.10.2022

¹¹ https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15683

cały materiał dowodowy (art. 7 i 77 KPA). Powinien więc odnieść się do wszystkich kwestii podnoszonych przez strony i wyjaśnić stronom przesłanki rozstrzygnięcia.

Ponadto powstaje pytanie dlaczego Prezes UKE uważa, że podmiot który wykorzystuje środki publiczne czyli pieniądze podatników ma prawo do przywilejów, które nie są należne operatorowi o pozycji znaczącej, który na inwestycje wydaje pieniądze prywatne.

Dla zobrazowania skali zmian na korzyść Fiberhost przedstawiamy porównanie zmian regulacyjnych.

Lp.	Regulacje operatora o pozycji znaczącej	Regulacje w Decyzji dla Fiberhost
1	Zasada niedyskryminacji – porównywalnie w porównywalnych okolicznościach	Niedyskryminacja w najczystszej postaci – wszystkim równo i w tym samym czasie
2	Odmowa wprowadzenia zamówień na czas określony	Dowolność – zamówienia na czas określony i nieokreślony
3.	Odmowa automatyzmu dot. samych opłat zaudytowanych	Automatyzm zmiany umowy- wszystkie aspekty, w tym możliwość podnoszenia cen
4.	Brak możliwości pozyskiwania informacji o umowach detalicznych OK	Możliwość pozyskiwania informacji o umowach detalicznych OK
5.	Brak możliwości wypowiedzenia umowy w przypadku niedostosowania umowy do nowych warunków hurtowych	Możliwość wypowiedzenia umowy w przypadku niedostosowania umowy do nowych warunków hurtowych
6.	Ochrona bazy w przypadku deregulacji – zwykle przez 24 miesiące	W przypadku zmiany warunków hurtowych (np. po wypowiedzeniu umowy) – ochrona abonentów tylko przez 6 miesięcy.

Czy taka skala zmian na korzyść beneficjenta pomocy publicznej może być uzasadniona tylko inną podstawą prawną wydawanej decyzji? W naszej ocenie wskazany przepis art. 27 ustawy o wspieraniu rozwoju nie daje podstawy do takich wniosków.

W przypadku operatora o pozycji znaczącej obowiązki regulacyjne mają na celu rozwój konkurencji. Jak czytamy w uzasadnieniu do decyzji Prezesa UKE z 22 października 2019 r. nakładającej na OPL obowiązki na rynku 3b nr DR.SMP.6040.2.2019.90 „*W takich okolicznościach istnieje konieczność zastosowania wobec OPL, obowiązku oferowania na określonych warunkach dostępu do jego sieci i połączeń z nią, w celu rozwoju konkurencji na rynku detalicznym świadczenia usług stacjonarnego szerokopasmowego dostępu do Internetu, w oparciu o hurtowe produkty wejściowe na rynku 3b/2014.*”¹²

Podobnie w przypadku beneficjenta pomocy publicznej nałożenie obowiązku zapewnienia dostępu hurtowego (niezależnie od posiadanej wcześniej pozycji rynkowej) ma przyczyniać się do zapewnienia konkurencji i zapobiegać ukształtowaniu się lokalnego monopolu. Tak wyjaśnia się potrzebę nałożenia obowiązków hurtowych na beneficjentów pomocy publicznej w Wytycznych UE w sprawie stosowania reguł pomocy państwa w odniesieniu do szybkiej budowy/rozbudowy sieci szerokopasmowych (2013/C 25/01): *Dostęp hurtowy: efektywny hurtowy dostęp osób trzecich do dotowanej infrastruktury szerokopasmowej jest niezbędnym elementem każdego środka pomocy państwa, w oparciu o który finansowana jest budowa nowej infrastruktury tego rodzaju. Dostęp hurtowy umożliwi w szczególności innym operatorom konkurowanie z wybranym oferentem (w przypadku gdy jest on obecny również na poziomie detalicznym), co wzmocni*

¹² <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/regulacje-dotyczace-ryнку-3a-i-3b-dla-orange-polska,3.html>

konkurencję i zwiększa możliwość wyboru na obszarach, których dotyczy środki, a jednocześnie pozwala uniknąć utworzenia regionalnych monopolii usług. Warunek ten, który ma zastosowanie jedynie w odniesieniu do beneficjentów pomocy państwa, nie jest zależny od jakiegokolwiek wstępnej analizy rynku w rozumieniu art. 7 dyrektywy ramowej (104). Rodzaj zobowiązania do zapewnienia dostępu hurtowego, które nakłada się na dotowaną sieć, powinien być dostosowany do portfela obowiązków dotyczących dostępu określonych w ramach regulacji sektorowych (105). Zasadniczo dotowane przedsiębiorstwa powinny oferować szerszy zakres produktów dostępu hurtowego niż zakres, który został zlecony przez krajowe organy regulacyjne na mocy rozporządzenia sektorowego operatorom o znaczącej władzy rynkowej (106); beneficjent pomocy, budując własną infrastrukturę, korzysta bowiem nie tylko ze swoich zasobów własnych, ale również z pieniędzy podatników (107). Dostęp hurtowy tego typu powinien być przyznany jak najwcześniej, zanim sieć zacznie funkcjonować (108). (pkt 3.4 ppkt g; podkreślenia OPL)

Na uwagę zasługuje fakt, że beneficjent dzięki środkom publicznym buduje infrastrukturę szerokopasmową NGA, która zgodnie z założeniami POPC nie istnieje na obszarach dofinansowanych, a więc taki podmiot prowadzi swoją działalność gospodarczą w warunkach monopolu naturalnego. **Jest to bowiem podmiot, który jako jedyny (dzięki środkom publicznym) ma dostęp do infrastruktury o takiej jakości, do której dostępu nie mają inni przedsiębiorcy i długo nie będą mieć, bo infrastruktura została zbudowana na obszarach, gdzie bez środków publicznych, zbudowanie infrastruktury o takich parametrach zostało uznane za nieopłacalne ekonomicznie.**

Natomiast w przypadku operatora o pozycji znaczącej podstawą do zdjęcia obowiązków na rynku właściwym obejmującym świadczenie usługi BSA oraz na rynku LLU, w ostatniej analizie rynku zastosowane było m.in. kryterium infrastrukturalne tj. sytuacja, w której przynajmniej 65% lokali na danym obszarze gminnym posiada dostęp do infrastruktury **przynajmniej trzech operatorów**¹³. To potwierdza, że działalność takiego operatora o pozycji znaczącej prowadzona jest na obszarze gdzie często jego infrastruktura współistnieje z infrastrukturą innego podmiotu (przynajmniej jednego podmiotu). Szczegółowe dane w tym zakresie są w posiadaniu Regulatora. Z tego prostego porównania wynika, że z punktu widzenia regulacyjnego nie zachodzą podstawy, aby beneficjent pomocy publicznej był uprzywilejowany w stosunku do podmiotu o pozycji znaczącej.

Jesteśmy przekonani, że wnikliwa analiza porównawcza dotycząca celów regulacji operatora o pozycji znaczącej oraz beneficjenta pomocy publicznej, doprowadziłaby do uznania przez Prezesa UKE argumentów OPL.

g) Wprowadzone rozwiązania są sprzeczne z Rozporządzeniem GBER, gdyż znoszą możliwość skierowania sporu do Prezesa UKE (staje się to bezcelowe)

Art. 52 ust. 6 Rozporządzenia GBER stanowi:

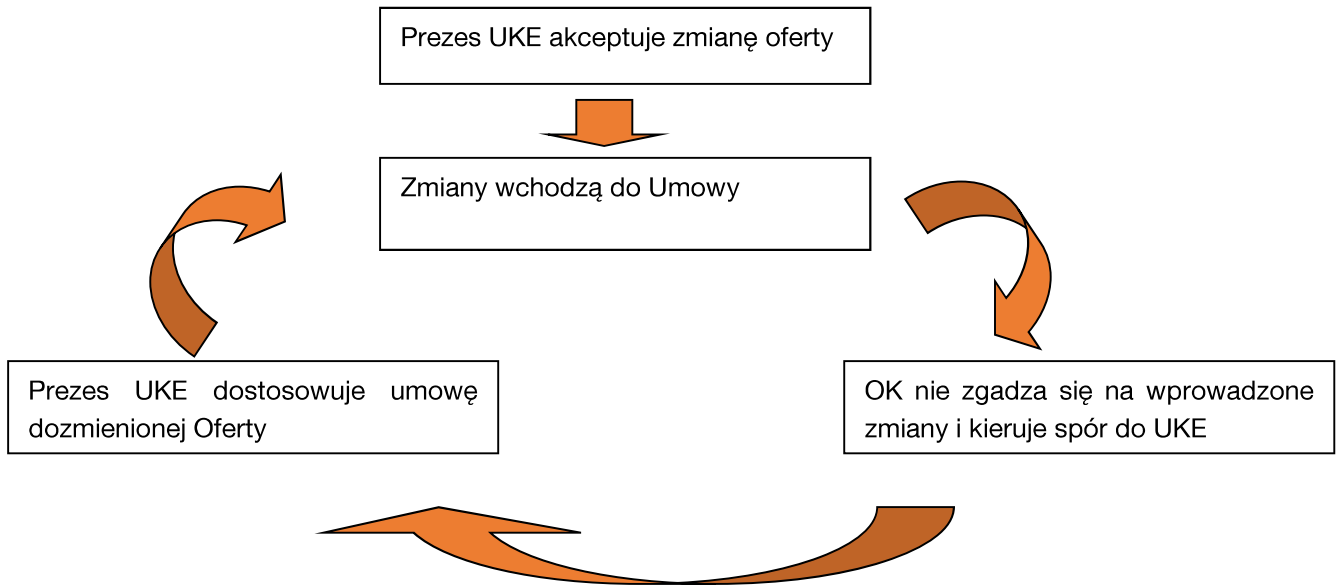
*6. Cena dostępu hurtowego opiera się na zasadach ustalania cen określonych przez krajowy organ regulacyjny i na punktach odniesienia obowiązujących w innych, porównywalnych, bardziej konkurencyjnych obszarach państwa członkowskiego lub Unii, z uwzględnieniem pomocy otrzymanej przez operatora sieci. **Konsultacje z krajowym organem regulacyjnym przeprowadza się w sprawie warunków dostępu, w tym cen, oraz w przypadku sporu pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o dostęp a operatorem dotowanej infrastruktury.*** (wytłuszczenie OPL)

Prezes UKE poprzez swoje rozstrzygnięcie prowadzi do sytuacji, w której podważa, a właściwie eliminuje możliwość skierowania sporu do rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE. Z jednej strony w Decyzji wskazuje się, że OPL ma możliwość prowadzenia negocjacji i skierowania sprawy do rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE

¹³ jw.

(pkt 4.2.2. ppkt 5 Decyzji), a z drugiej niezależnie od wyniku negocjacji nowe zasady wchodzą w życie automatycznie. Choć oczywiście OK może nie zgodzić się na nowe warunki (co de facto oznacza zakończenie sprzedaży usług) i skierować do rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE, ale właściwie jest to bezcelowe biorąc pod uwagę przykład niniejszej Decyzji. Prezes UKE właściwie wprowadza wszystkie postanowienia z Oferty FH, bo przecież ją wcześniej zaakceptował, a Operator Sieci Dostępowej (dalej „OSD”), w tym przypadku Fiberhost, nawet nie musi uzasadniać swoich rozwiązań. Znamienne jest to jak w Decyzji opisano stanowisko Fiberhost w większości punktów. Uzasadnienie jest zbliżone do następującego przykładu: „*Poza powołaniem się na ogólną potrzebę dostosowania Umowy Ramowej do warunków zgodnych z OR POPC2/2021, Fiberhost nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia postulatów dodania lub zmiany brzmienia definicji wskazanych we Wniosku 1 o decyzję.*”

Z powyżej opisanego mechanizmu wynika, że powstaje błędne koło:



Zgodnie z Rozporządzeniem GBER spory między podmiotami powinny być rozstrzygane przez Prezesa UKE. Natomiast Prezes UKE poprzez wprowadzenie automatyzmu zastępuje tę procedurę, a zatem utrudnia OK skorzystanie z tego mechanizmu.

Potwierdza to uzasadnienie Decyzji pkt 4,2,2, ppkt 2: „*Brak mechanizmu dostosowania utrudnia OSD (ale nie uniemożliwia – OSD może skorzystać z mechanizmu zmiany zawartych umów, o którym mowa w art. 27 ust. 8 ustawy o wspieraniu rozwoju) dostosowywanie zawartych umów do zmian w ofercie hurtowej, co w rezultacie może generować problem w kontekście oferowania porównywalnych warunków dostępu hurtowego różnym PT.*”

Prezes UKE nie może zastępować procesów administracyjnych, również tych, które w Jego ocenie są nieefektywne, automatyzmem zmiany umów i przerzucać negatywnych konsekwencji na OK. To spory międzyoperatorskie powinny być rozstrzygane sprawnie.

Na marginesie należy dodać, że zmiany wprowadzone do Decyzji w stosunku do zapisów Oferty FH są dla OPL niekorzystne. Prezes UKE wprowadzając obowiązek wypowiedzenia się o przyjęciu wprowadzanych zmian lub nie, dodatkowo utrudnia skierowanie sprawy do rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE, bo to może być wykorzystane zarówno przez Fiberhost, jak i Prezesa UKE do twierdzenia, że zmiany zostały zaakceptowane. Zatem efekt błędnego koła pogłębia się.

Warte uwagi jest również to, że w procesie akceptacji oferty ramowej beneficjentów POPC nie przewidziano etapu konsultacji publicznych. Dopiero skierowanie sprawy do rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE na podstawie art. 27 ust. 6 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 733; dalej „Megaustawa”), daje OK możliwość przedstawienia stanowiska, a Prezesowi UKE zapoznania się z argumentami drugiej strony.

Z doświadczenia OPL jako operatora o pozycji znaczącej wynika, że oferty ramowe OPL były zmieniane w wyniku przeprowadzanych konsultacji publicznych, a także na wniosek operatorów korzystających, pomimo wcześniejszego zaakceptowania tej oferty przez Prezesa UKE. W przypadku ofert hurtowych beneficjentów POPC proces rozstrzygnięcia sporów jest jedynym procesem, w którym Prezes UKE może przeanalizować argumenty obu stron i ponownie rozważyć zasadność i prawidłowość zaakceptowanych uprzednio rozwiązań. Sam argument o uprzednim zaakceptowaniu oferty, choć zgodny ze stanem faktycznym, nie powinien być argumentem podstawowym.

h) Warunki ukształtowane w Umowie Ramowej na podstawie Decyzji prowadzą do sytuacji, w której nie są znane najważniejsze postanowienia umowy (essentialia negotii).

Każda umowa powinna zawierać essentialia negotii czyli najważniejsze postanowienia umowy, przez które należy rozumieć elementy bez których zawarta umowa nie będzie traktowana w świetle przepisów prawa jako umowa. Dla przykładu Kodeks Cywilny przez umowę sprzedaży definiuje transakcję, w której sprzedający zobowiązuje się do przeniesienia własności rzeczy na nabywcę oraz do jej wydania, a nabywca zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić cenę. Cena jest zatem essentialia negotii 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. W piśmiennictwie w tym zakresie wskazuje się: „*W umowie powinien być wskazany sposób ustalania i zapłaty opłat oraz ich wysokość.*”¹⁴

Rozwiązanie wprowadzane w projekcie powoduje, że tego zasadniczego elementu, który ma wpływ na decyzję o podpisaniu umowy o dostępie brakuje.

Jak wynika z treści Załącznika nr 1 do Decyzji „(...) Strona, ma prawo żądać odpowiedniego dostosowania Umowy, w tym aktualizacji Cennika. Zmiana Cennika obejmować może w szczególności zmianę oferowanych parametrów Usługi, jak i wysokość opłat.” (podkreślenie OPL)

Katalog zmian, jakie Fiberhost może wprowadzać do Umowy Ramowej, jest zatem katalogiem otwartym zarówno w kontekście samych zapisów umownych jak i kształtu cennika. Zatem Umowa Ramowa może być zmieniona w każdej chwili i w sposób dowolny, a OK nie ma żadnego wpływu na warunki w niej określone. W konsekwencji można uznać, że klauzule dotyczące automatycznej zmiany umowy wprowadzają niepewność i nieprzewidywalność co do warunków na jakich usługa będzie świadczona w przyszłości, a w konsekwencji mechanizm ten pozbawia umowę podstawowych elementów wymaganych dla tej czynności cywilnoprawnej przez Kodeks Cywilny, jak i przez przepisy prawa telekomunikacyjnego.

i) Sprzeczność zastosowanych rozwiązań z innymi decyzjami Prezesa UKE w zakresie dostępu do sieci budowanych w projektach POPC

Proponowane w Decyzji rozwiązania są sprzeczne ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Prezesa UKE w innym projekcie decyzji dotyczącej dostępu do sieci wybudowanych w projektach POPC. W projekcie Decyzji UKE w sprawie nr DR.WPS.6080.1.2021¹⁵ Prezes UKE odmówił wprowadzenia rozwiązań dot. trybu wprowadzania zmian oraz wypowiedziania umowy o dostępie, gdyż decyzja nie podlega regulacji prawa

¹⁴ M. Rogalski [w:] K. Kawalek, M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 31.

¹⁵ <https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-zastepujacej-umowe-o-dostepie-dla-upc-polska-do-infrastruktury-i-sieci-telekomunikacyjnych-opl,1909.html>

cywilnego. Powstaje zatem pytanie dlaczego Prezes UKE uznaje, że w decyzji administracyjnej dla Fiberhost operator korzystający (w tym przypadku OPL) musi mieć narzucone zasady w zakresie zmiany umowy i jej wypowiedzenia, a w decyzji, która dotyczy dostępu do sieci OPL, również budowanej w ramach projektów POPC, operator korzystający (dalej „OK”) takich warunków nie musi mieć.

Wymaga wyjaśnienia czy Prezes UKE nie dostrzega tu sprzeczności, a zwłaszcza czy taka sytuacja nie doprowadza do nieuprawnionego zróżnicowania w traktowaniu beneficjentów i OK.

W związku z powyższym wnoszę o wykreślenie w Umowie Ramowej w Części I Rozdział 3 „System Komunikacyjny i Informacje Ogólne” pkt 3.2 ust. 9 – 18 oraz niewprowadzania zmian w Części I Rozdziale 2 „Przedmiot Umowy” ust. 2.

Abstrahując od wniosku o wykreślenie, zwracamy uwagę, że modyfikacje wprowadzone do Decyzji w stosunku do zapisów zatwierdzonej Oferty FH są niezrozumiałe lub wręcz mogą prowadzić do pogorszenia sytuacji OPL w stosunku do tych jakie zostały zwarte w Ofercie FH.

W Części I Rozdział 3 „System Komunikacyjny i Informacje Ogólne” pkt 3.2 ust. 10 ma inne brzmienie niż zapisy Oferty FH.

Brzmienie ust. 10 w Ofercie FH:

„W przypadku zmiany warunków współpracy określonych w Ofercie i zaakceptowania tej zmiany przez Prezesa UKE, Strona, ma prawo żądać odpowiedniego dostosowania Umowy, w tym aktualizacji Cennika. Zmiana Cennika obejmować może w szczególności zmianę oferowanych parametrów Usługi, jak i wysokość opłat.

Natomiast w Decyzji brzmienie ust. 10 to:

W przypadku zmiany warunków współpracy określonych w Ofercie, wynikającej m.in. z zaakceptowania tej zmiany przez Prezesa UKE, Strona ma prawo żądać odpowiedniego dostosowania Umowy, w tym aktualizacji Cennika. Zmiana Cennika obejmować może w szczególności zmianę oferowanych parametrów Usługi, jak i wysokość opłat.

Zmiana nie jest zrozumiała, bo nie jest jasne z jakich innych powodów miałyby następować zmiany w Ofercie, niż ze zmian zaakceptowanych przez Prezesa UKE Czy w trybie automatycznej zmiany umowy mogłyby być wprowadzane również inne zmiany, niż zaakceptowane przez Prezesa UKE? To w naszej ocenie byłoby niezgodne z umowami o dofinansowaniu, które wymagają zatwierdzenia zmian oferty przez Prezesa UKE .

Część I Rozdział 3 „System Komunikacyjny i Informacje Ogólne” pkt 3.2 ust 15 – w tym ustępie dodano zdanie, którego nie ma w Ofercie FH: *”W przypadku określonym w ust. 14 brak odpowiedzi ze strony OK oznacza jego milczącą zgodę na wprowadzenie mechanizmu, o którym mowa w ust. 14, dotyczącego odmowy realizacji nowych Zamówień i odpowiedniego stosowania ust. 16 dla aktywnych Usług.”*

Zapis działa na niekorzyść OK, bowiem wzmacnia stosowanie i skutki automatycznej zmiany umowy. OK może nie zgadzać się z narzuconymi w Zawiadomieniu zmianami umowy, skorzystać z uprawnienia do skierowania sprawy do rozstrzygnięcia przez Prezesa UKE i jednocześnie skorzystać z niekorzystnych rozwiązań licząc na ich zmianę przez Prezesa UKE.

Część I Rozdział 3 „System Komunikacyjny i Informacje Ogólne” pkt 3.2 ust. 18 – tego ustępu nie ma w Ofercie FH. Jest to kolejny zapis, który działa na niekorzyść OK, bo wzmacnia stosowanie automatycznej zmiany umowy poprzez odebranie OK prawa do składania Zamówień.

2. Zasady wypowiedzania umowy

Kolejną istotną i główną kwestią sporną jest kwestia podstaw do wypowiedzenia Umowy Ramowej. Decyzja wprowadza zmiany w Części I Umowy Ramowej, Rozdział 4.7, pkt 4.7. Najbardziej istotne zastrzeżenia dotyczą ust. 5 tego punktu, które pozwalają na wypowiedzenie umowy z 6-miesięcznym okresem wypowiedzenia w przypadku niedostosowania Umowy Ramowej do zmienionych warunków realizacji obowiązków hurtowych. Wskazany ust. 5 ma następujące brzmienie:

„W przypadku odpadnięcia obowiązku zapewnienia dostępu hurtowego, będącego podstawą do świadczenia Usług na podstawie Umowy, zmiany treści, zakresu lub warunków wykonywania tego obowiązku, OSD może wezwać OK do dostosowania Umowy do zmienionych warunków realizacji tego obowiązku, w terminie trzech miesięcy od doręczenia takiego wezwania do OK pod rygorem wypowiedzenia Umowy w zakresie w jakim jej postanowienia są niezgodne ze zmienionymi obowiązkami, z zachowaniem 6-miesięcznego okresu wypowiedzenia liczonego od momentu doręczenia wezwania do OK, ze skutkiem na koniec Okresu Rozliczeniowego.”

Prezes UKE uzasadnia rozwiązania przyjęte w Decyzji w pkt 4.2.2 ppkt 6 w następujący sposób: *„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.”¹² (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.”* (podkreślenie OPL).

Pragniemy zauważyć, że ww. Zasady dostępu ani Procedury współpracy (stanowiące rekomendacje Prezesa UKE w zakresie zasad dostępu do sieci POPC) nie zawierają takich przesłanek do wypowiedzenia umowy, jakie zostały wprowadzone w ww. ust. 5 w Części I Umowy Ramowej, Rozdział 4.7, pkt 4.7. W związku z tym wnosimy o wykreślenie tego ustępu w całości jako niezgodnego z rekomendacjami Prezesa UKE.

Wprowadzone w projekcie rozwiązanie umożliwiające rozwiązanie umowy o dostęp do sieci POPC przez OSD jest sprzeczne z głównym filarem przyznawania pomocy publicznej, jakim jest zapewnienie dostępu do sieci wybudowanej ze środków publicznych. Zasada trwałości projektu wyrażająca się w obowiązku zapewnienia dostępu hurtowego przez określony czas nie znajduje zastosowania, gdy OSD ma możliwość wypowiedzenia umowy z przyczyny w postaci braku akceptacji przez operatora korzystającego narzucanych przez OSD i dowolnych zmian umowy..

Powyższe stanowisko potwierdza Prezes UKE w piśmie z 1 czerwca 2023 r. nr DR.WPS.6001.13.2023.2, w którym stwierdza się *„W ocenie Prezesa UKE umieszczanie w ofercie hurtowej postanowień umożliwiających operatorowi sieci dostępowej rozwiązanie umowy bez podania przyczyny (poza sytuacjami wskazanymi w pkt 2.1.4 Wymagań) jest działaniem ograniczającym dostęp hurtowy do sieci wybudowanych z dofinansowaniem i w ocenie Prezesa UKE są one niezgodne z obowiązkami wynikającymi z umowy o dofinansowanie. Tym samym praktyka wypowiedzania umów opartych na wskazanych powyżej zapisach nie powinna być stosowana.”* (podkreślenie OPL). Pismo co prawda dotyczy projektów z pierwszego naboru POPC i wymagań hurtowych określonych w tym konkursie, ale zakres dotyczący podstaw do wypowiedzenia umowy, zarówno w tych wymaganiach, jak i rekomendacjach Prezesa UKE dla projektów z innych konkursów nie zawiera przesłanki niedostosowania umowy do nowych warunków hurtowych.

Możliwość wypowiedzenia umowy w warunkach wprowadzonych w projekcie Decyzji jest więc nie tylko niezgodne z własnymi rekomendacjami Prezesa UKE, ale także z warunkami dotyczącymi zasad przyznawania pomocy publicznej.

3. Uwagi szczegółowe do proponowanych zapisów w Załączniku nr 1 do Decyzji wprowadzających zmiany do Umowy Ramowej

Poza zmianami jakie Prezes UKE wprowadził w zakresie automatycznej zmiany, do których stanowisko OPL zostało przedstawione w punktach poprzednich niniejszego stanowiska, Prezes UKE przyjął w Decyzji prawie w całości rozwiązania zgodne z Ofertą FH. Odrzucając stanowisko OPL, w większości przypadków Prezes UKE tylko zdawkowo odniósł się do argumentów OPL. W większości przypadków podstawowym argumentem uzasadnienia jest to, że Prezes UKE zaakceptował Ofertę FH i że inni przedsiębiorcy podpisali umowę na podstawie Oferty FH.

W związku z tym adekwatne jest stanowisko OPL przedstawione w pkt II 1. lit. d i g. Ponadto OPL podtrzymuje stanowisko co do pozostałych szczegółowych zmian w Umowie Ramowej.

Dodatkowo wnosimy o zmianę w zakresie następujących zagadnień:

- **Prace budowlane**

Wnosimy o wprowadzenie zmian w Części 1 Umowy Ramowej w Rozdziale 4 pkt 4.5.1 w ust. 5 pkt a) oraz ust. 6 poprzez wprowadzenie po wyrazach „prac budowlanych” przypisu o treści:

** dla zabudowy jednorodzinnej przez prace budowlane rozumie się prace budowlane inne niż budowa przyłącza od granicy działki na terenie tej działki do budynku jednorodzinnego oraz instalacji wewnątrz tego budynku.*

W naszej ocenie Fiberhost nadużywa pojęcia prac budowlanych dla wydłużania terminu dostarczania usług hurtowych. Zgodnie z wymaganiami projektów POPC zasadniczo podłączenie gospodarstw domowych w zabudowie jednorodzinnej nie powinno wiązać się z przeprowadzeniem prac, które wymagają aż 30-dniowego terminu na dostarczenie usługi. W konsekwencji terminy aktywacji usług stosowane przez Fiberhost są ponad 2-krotnie dłuższe, w porównaniu z analogicznymi terminami dostarczania realizowanymi przez OPL na sieci własnej (wybudowanej ze środków własnych) i sieci własnej POPC.

Dokumentacja konkursowa w projektach POPC definiuje, że w przypadku zabudowy jednorodzinnej gospodarstwo domowe jest objęte dostępem do sieci, jeżeli przyłączenie tego gospodarstwa domowego nie wymaga przeprowadzenia, poza granicami działki, na której znajduje się to gospodarstwo domowe, żadnych dodatkowych prac ziemnych ani żadnych innych prac wymagających uzyskania dodatkowych aktów administracyjnych lub zgód podmiotów innych niż OSD (operator sieci dostępowej).

W związku z tym proponujemy wprowadzenie zmiany w Umowie w celu doprecyzowania, że w sytuacji budowy przyłącza dla zabudowy jednorodzinnej od granicy działki na terenie tej działki do budynku jednorodzinnego oraz instalacji wewnątrz tego budynku, podstawowym terminem na dostarczenie usługi jest termin nie dłuższy niż 14 Dni Roboczych.

- **Zmiany w Załącznikach produktowych**

Wnosimy o dokonanie zmiany w Załączniku produktowy nr 5 do Umowy – Usługa Bitstream Access (BSA) Ethernet § 5 Opłaty w pkt 1 poprzez usunięcie w Tabeli zawierającej opłaty jednorazowe – opłat za Przyłączenie Punktu Adresowego do sieci POPC – Punkt Adresowy kategorii B*, Przyłączenie Punktu Adresowego do sieci POPC – Punkt Adresowy kategorii C* oraz Przyłączenie Punktu Adresowego do sieci POPC – Punkt Adresowy kategorii D*,

Zgodnie z opisem pod tabelą Punkty Adresowe objęte zasięgiem sieci wybudowanej przez OSD **w ramach drugiego konkursu POPC** są Punktami Adresowymi kategorii A. Biorąc pod uwagę, że Umowa Ramowa dotyczy tylko projektów realizowanych w ramach drugiego konkursu POPC dodane opłaty są nieadekwatne do zakresu Umowy Ramowej.

Podobne zmiany są konieczne w Załączniku produktowy nr 6 do Umowy - Usługa LLU § 4 Opłaty pkt 1. W Tabeli zawierającej opłaty jednorazowe powinny zostać usunięte opłaty za Przyłączenie Punktu

Adresowego do sieci POPC – Punkt Adresowy kategorii B* oraz Przyłączenie Punktu Adresowego do sieci POPC – Punkt Adresowy kategorii C*.

Zgodnie z opisem pod tabelą Punkty Adresowe objęte zasięgiem sieci wybudowanej przez OSD **w ramach drugiego konkursu POPC** są Punktami Adresowymi kategorii A. Biorąc pod uwagę, że Umowa Ramowa dotyczy tylko projektów realizowanych w ramach drugiego konkursu POPC dodane opłaty są nieadekwatne do zakresu Umowy Ramowej.

Z poważaniem

Beata Kosno