



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. Giełdowa 7/9  
01-211 Warszawa

Warszawa, 31 lipca 2023 r.

Numer: TKR2/BK/1367/07/23

#### **Stanowisko konsultacyjne Orange Polska dotyczące projektu decyzji w sprawie DR.WPS.6080.7.2022**

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 OPL z dnia 9 września 2022 r. (dalej „Wniosek OPL”) w sprawie zmiany „Umowę Ramowej nr TRH271361 o dostępie telekomunikacyjnym do sieci szerokopasmowej wykonanej z wykorzystaniem środków publicznych przyznanych w ramach działania 1.1 POPC czwarty konkurs zawartej w dniu 27 kwietnia 2022 r. pomiędzy Fiberhost S.A. (dalej „Fiberhost”) i OPL (dalej „Umowa Ramowa”) (dalej „Decyzja”).

#### Podsumowując główne tezy zawartej w piśmie argumentacji:

1. Rozwiązania projektowane w Decyzji w zakresie tzw. automatycznej zmiany umowy oraz utrzymywane Decyzją zasady wypowiedzenia Umowy Ramowej dot. możliwość wypowiedzenia umowy w sytuacji zmiany warunków hurtowych są niezgodne z wydanymi przez Prezesa UKE rekomendacjami dotyczącymi warunków dostępu hurtowego do sieci budowanych w POPC.
2. Przedstawiona interpretacja zasady niedyskryminacji na potrzeby uzasadnienia wprowadzenia automatycznej zmiany umowy jest nieprawidłowa i niezgodna z obowiązującymi regulacjami dotyczącymi pomocy publicznej i sektorowej.
3. 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.
4. 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.

5. 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.
6. 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.
7. 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.
8. 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 wypowiedziania umowy o dostępie w sytuacji zmiany warunków hurtowych, gdyż decyzja administracyjna nie podlega regulacji prawa cywilnego.
9. 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. Ponadto stanowi przekroczenie zasady swobody umów, a co znamienne – przekroczenie na korzyść operatora sieci dostępowej działającego w warunkach ograniczonej konkurencji.

#### **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. 10 - 19 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 hurtowej stosowanej przez Fiberhost dla zapewnienia dostępu do infrastruktury wybudowanej w ramach drugiego konkursu Działania 1.1. Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa (dalej „Oferta 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, Gminnych Ośrodków Kultury i Ochotniczych Straży Pożarnych do czwartego konkursu w ramach działania 1.1 POPC (dalej „Wymagania”)<sup>1</sup>.

Ponadto „Prezes UKE wskazuje przy tym, że w procesie akceptacji zmian w ofercie hurtowej OSD, bierze pod uwagę Wymagania oraz wytyczne i rekomendacje Prezesa UKE dot. dostępu hurtowego w POPC (głównie Zasady dostępu hurtowego do sieci zrealizowanych w ramach II konkursu w ramach działania 1.1 POPC dla gospodarstw domowych – rekomendacje Prezesa UKE, dalej „Zasady dostępu”<sup>8</sup>, i Procedury współpracy międzyoperatorskiej w zakresie dostępu do sieci POPC, dalej „Procedury współpracy”<sup>9</sup>) – dokumenty te zostały poddane konsultacjom z przedstawicielami rynku telekomunikacyjnego i wyznaczają standardy w zakresie dostępu hurtowego w sieciach POPC, przez co stanowią również formę ograniczenia zmian możliwych do wprowadzenia przez OSD w ofercie hurtowej pkt 4.2.1.2. ppkt 2 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 z powodu odmowy operatora korzystającego dostosowania umowy do nowych warunków hurtowych) 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, spowodowałoby zmianę planowanego rozstrzygnięcia zgodnie ze stanowiskiem OPL.

**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., że samo usunięcie wskazanych postanowień lub ich modyfikacja zgodnie z Wnioskiem byłoby niezgodne z zasadą niedyskryminacji, gdyż OPL uzyskałby inne warunki dostępu hurtowego aniżeli inni OK, których wiążą umowy ramowe z Fiberhost. (str.19 Decyzji).

Jednocześnie w innej części Decyzji Prezes UKE tak wyjaśnia zasadę niedyskryminacji „Realizacja wymogu zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu wiąże się z tym, by Prezes UKE nie ustalał warunków dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych, jakie są ustalone w innych podobnych przypadkach (tak: S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 28, teza 7).”

W innej decyzji administracyjnej dotyczącej świadczenia takich samych usług, i przy wykorzystaniu takiej samej infrastruktury światłowodowej, Prezes UKE odmówił OPL wprowadzenia mechanizmu automatycznego dostosowania umów do zmodyfikowanej oferty ramowej na rynku 3a i 3b<sup>2</sup> i to tylko wyłącznie w zakresie zmiany opłat hurtowych, twierdząc, że zapisy oferty hurtowej wiążą operatora zobowiązanego do zapewnienia dostępu, nie zaś operatora korzystającego.

„Dodatkowo zgodnie z art. 43 ust. 6 Pt operator, na którego został nałożony obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1, jest obowiązany do zawierania umów o dostępie telekomunikacyjnym na warunkach nie gorszych, dla pozostałych stron umowy, niż określone w zatwierdzonej ofercie, o której mowa w ust. 1, lub ustalonej decyzją Prezesa UKE. Zapisy oferty ramowej mają zatem skutek prawny

<sup>1</sup> <https://www.gov.pl/attachment/2d14e320-37db-4c63-920b-0dceb8170727>

<sup>2</sup> <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zatwierdzenie-ofert-ramowych-orange-polska-s-a-,46.html>

wyłącznie wobec operatora, na którego został nałożony obowiązek, o którym mowa w art. 42 ust. 1 Pt. Zgodnie z Decyzjami SMP 3a i 3b Prezes UKE wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej (operatora SMP) i nałożył obowiązek z art. 42 ust. 1 Pt. Warunki współpracy pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi określa umowa lub decyzja Prezesa UKE zastępująca umowę. **Oferta ramowa stanowi minimalne warunki jakie operator SMP musi zaproponować OA, ale nie wyłącza możliwości zawarcia przez Strony umowy na zasadzie swobody umów na warunkach korzystniejszych przy zachowaniu zasady niedyskryminacji. Wobec powyższego, jeżeli jakiegokolwiek postanowienie oferty ramowej ma kształtować relację pomiędzy OPL a OA, to musi zostać wprowadzone do umowy w drodze aneksu (na podstawie negocjacji, a nie jak zaproponowała OPL automatycznie w wyniku wydania decyzji Prezesa UKE zmieniającej ofertę ramową, bez potrzeby aneksowania umowy) lub decyzji zmieniającej umowę (której wydanie następuje w postępowaniu administracyjnym, po przeprowadzeniu negocjacji).**

Regulator odmiennie stosuje zasadę niedyskryminacji w niniejszej Decyzji i w decyzji administracyjnej DR.WORK.6082.1.2020.150 z 26 czerwca 2022 r. Rozstrzygnięcie w niniejszej Decyzji prowadzi po pierwsze do ustalenia warunków dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych, jakie są ustalone w innym podobnym przypadku (a więc w decyzji dotyczącej dostępu do infrastruktury OPL) i po drugie prowadzi do sytuacji, że zasady dostępu do sieci Fiberhost będą jednakowe, niezależnie od okoliczności, dla wszystkich OK. Podejście takie pomija, więc odniesienie do porównywalności warunków, do których odnoszona jest zasada niedyskryminacji oraz zmienia dotychczasowe rozumienie zasady niedyskryminacji, stosowane przez Prezesa UKE od początku funkcjonowania tego organu.

Prezes UKE wydając decyzje powinien brać pod uwagę, określone w Prawie telekomunikacyjnym, cele 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 z 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 doktryny<sup>3</sup> „*[...] 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 podejściu w Decyzji, pomijającym 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.*”<sup>4</sup>

Prezes UKE w Decyzji 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 powiązanyymi – 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**

---

<sup>3</sup> Prawo telekomunikacyjne. Komentarz prof. dr hab. Stanisław Piątek 2019. Art. 36

<sup>4</sup> M. Rogalski [w:] K. Kawalek, M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 36.

**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, 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.*”<sup>5</sup> (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.

---

<sup>5</sup> Pismo Prezesa UKE z 1 czerwca 2023 r. nr DR.WPS.6001.13.2023.2

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 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. Jednak w procesie oceny akceptacji tych warunków, nie uwzględniono, że z infrastruktury Fiberhost do świadczenia usług detalicznych korzysta również spółka z tej samej grupy kapitałowej tj. Inea sp. z o.o.

Jak wynika z informacji prasowych, Fiberhost w 2022 r. osiągnął 317,4 mln zł przychodów. Większość - 213,9 mln zł - pochodziła od podmiotów powiązanych, w tym przede wszystkim **od Inea (207 mln zł), która jest największym klientem spółki.**<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Tomasz Świderek „Odsetki zjadają zyski Fiberhostu” 15 lipca 2023 r. Telkoin, <https://www.telko.in/odsetki-zjadaja-zyski-fiberhostu>

Prawo konkurencji traktuje podmioty wchodzące do tej samej grupy kapitałowej jako jeden organizm<sup>7</sup>. Taka ocena wynika z założenia, że swoboda zachowań rynkowych przedsiębiorców w grupie kapitałowej jest ograniczona<sup>8</sup>.

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 przedsiębiorstwo<sup>9</sup>. 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 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)<sup>10</sup>.

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.*”<sup>11</sup> (podkreślenia OPL).

W Decyzji przyjmuje się, że m.in. podpisanie umów przez innych przedsiębiorców jest uzasadnieniem do narzucenia OPL niekorzystnych warunków. Fakt, iż są to warunki gorsze potwierdza w uzasadnieniu Decyzji (pkt 4.2.1.2 ppkt 2 w części odnoszącej się do stanowiska Fiberhost): „*Postulowane przez OPL wybiórcze dodanie lub modyfikacja postanowień w zakresie Mechanizmu dostosowania, z pominięciem dostosowania Umowy Ramowej do Oferty spowoduje, że OPL będzie korzystało z lepszych (w porównaniu do innych OK) warunków dostępu hurtowego, co będzie niezgodne z zasadą niedyskryminacji.*” (podkreślenie OPL).

---

<sup>7</sup> wyr. SOKiK z 13 grudnia 2013 r., XVII AmA 173/10 (LEX nr 2155803)

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Wyrok z 12 lipca 1984 w sprawie C-170/83

<sup>10</sup> Richard Whish, David Bailey. *Competition Law*, Oxford University Press, 8 wydanie, str. 95.

<sup>11</sup> Szydło Marek, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Oficyna 2010 (pkt 2.1)



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 tzn., że inni te niekorzystne warunki zaakceptowali i jaką rolę w tej sytuacji pełni spółka z tej samej grupy kapitałowej, w której jest Fiberhost.

Jeśli dany OK nie podpisałby umowy na warunkach stosowanych przez Fiberhost, a jednocześnie z infrastruktury Fiberhost korzysta spółka z tej samej grupy kapitałowej dla świadczenia usług detalicznych, to taki OK nie mógłby rozpocząć działalności z wykorzystaniem infrastruktury Fiberhost i nie mógłby konkurować ze spółką Inea. Skoro - jak wyjaśniono wyżej - prawo konkurencji traktuje podmioty wchodzące do tej samej grupy kapitałowej jako jeden organizm to, dlaczego spółka z grupy miałaby mieć problem z podpisaniem umowy na warunkach Fiberhost? W takiej sytuacji inni przedsiębiorcy, aby móc efektywnie konkurować, muszą również podpisać umowę z niekorzystnymi zapisami.

**Prezes UKE nie zbadał i nie uwzględnił wpływu działania spółki Inea Sp. z o.o. dla zafunkcjonowania mechanizmu automatycznej zmiany umowy w relacjach z Fiberhost.**

OPL wyraża przekonanie, że dogłębne zbadanie powyżej opisanych kwestii 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 Oferta jak i Umowa Ramowa zawierają mechanizm gwarantujący realizację dotychczasowych zamówień (dzięki możliwości zmiany dotychczasowych zamówień na czas nieokreślony na zamówienia 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 dostosowania powinny dotyczyć głównie nowych zamówień, tj. zamówień złożonych po wprowadzeniu zmian do umowy ramowej (...)”* (pkt 4.2.1.2 ppkt 9 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.<sup>12</sup> Negatywna ocena działań operatorów przez UOKiK może skutkować nałożeniem kary na przedsiębiorcę.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> „Jakie plany ma UOKiK na najbliższe miesiące” Polityka Insight, 6.10.2022

<sup>13</sup> [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=15683](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=15683)

W związku z tym, aby odzwierciedlić zmiany, jakie potencjalnie może wprowadzić Fiberhost, OPL musiałby zaproponować zawarcie aneksu do umowy, a z kolei klient nie musi nowych warunków przyjąć. W takiej sytuacji, jeśli dalsze świadczenie usług detalicznych na dotychczasowych warunkach byłoby nieopłacalne to mogłoby to oznaczać konieczność wypowiedzenia 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.

**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.

Prezes UKE odnosząc się do argumentacji OPL, że regulator był przeciwny stosowaniu zamówień na czas określony w ramach regulacji sektorowych dotyczących usługi BSA, czyli tej samej jaka jest objęta Umową Ramową, stwierdził, że *„Wynika to z faktu, że warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej zrealizowanej z wykorzystaniem środków publicznych nie mogą być gorsze aniżeli warunki wynikające z obowiązków nałożonych na OPL w związku z zajmowaną przez niego znaczącą pozycją na rynku (warunki nie muszą być identyczne).”*

Po pierwsze powyżej zacytowane uzasadnienie nie wyjaśnia z jakich powodów Prezes UKE uważa, że zastosowanie zamówień na czas określony jest lepsze niż stosowanie zamówień tylko na czas nieokreślony. Ta forma zamówień służy tylko możliwości wprowadzenia podwyżek i gwarantuje OSD dodatkowe przychody. Ten sam efekt można osiągnąć przy zwykłym zamrożeniu bazy usług na dany okres czasu, bez zmuszania OK do skomplikowanego systemu składania i śledzenia zamówień na czas określony. Zwłaszcza przy dużym wolumenie zamawianych usług OK, w takiej sytuacji musi ponieść dodatkowy koszt wdrożenia systemów monitorowania składanych zamówień i monitorowania czasu trwania umów klienckich. Ponadto OK ponosi dodatkowe koszty obsługi klienta końcowego w związku z koniecznością zawierania/odnawiania kontraktów na kolejne okresy na czas określony, bo brak takiej umowy może narażać OK na dodatkowe koszty zapłaty za usługę hurtową, pomimo rezygnacji z usługi przez klienta detalicznego. Dla przykładu, jeśli abonent zrezygnuje np. miesiąc po przekształceniu przez OK zamówień na czas nieokreślony na czas określony na 24 miesiące, to OK musi zapłacić za 23 miesiące korzystania z usługi hurtowej nie osiągając przychodów z usługi detalicznej. Jednocześnie OSD może udostępnić takie łącze innemu OK i pobierać opłaty podwójnie. **W naszej ocenie stosowanie zamówień na czas określony, które nie są wprowadzone po to, aby dawać OK wybór, ale jako usprawiedliwienie dla mechanizmu podwyżek cen, jest stosowaniem warunków gorszych niż w regulacjach sektorowych.**

Przeciwni takiemu rozwiązaniu byli również przedsiębiorcy telekomunikacyjni zrzeszeni w KIGEiT (zgodnie z uzasadnieniem do decyzji Prezesa UKE z dnia 6 maja 2008 r. DHRT-WOR-6062-6/07(100)) *„Na powyższe zwraca uwagę KIGEiT w stanowisku z dnia 17 grudnia 2007 r., podnosząc jednocześnie, że **składanie zamówień na czas określony powoduje, że proces obsługi Abonentów jest bardzo skomplikowany i powoduje szereg trudności stawiających Operatorów Korzystających w nierównej pozycji wobec TP.**”* (podkreślenie OPL).

Dalej Prezes UKE wyjaśnia *„Ponadto zdaniem Prezesa UKE, nieuzasadnionym jest również powoływanie się w tym aspekcie na opinie zaprezentowane w 2006 i 2007 r., biorąc pod uwagę zmiany na rynku telekomunikacyjnym.”* Natomiast nie wyjaśnia co się zmieniło i dlaczego dla OK to rozwiązanie miałyby być lepsze.

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 4.2.1.2 ppkt 7) stwierdzono: „Podstawą określenia warunków Dostępu są przesłanki z art. 27 ustawy o wspieraniu rozwoju – z tego powodu 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 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 rozumiana jako 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.*”<sup>14</sup>

Podobnie w przypadku beneficjenta pomocy publicznej nałożenie obowiązku zapewnienia dostępu hurtowego (niezależnie od posiadanej wcześniej pozycji rynkowej) ma przyczynić 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 wzmacnia konkurencję i zwiększa możliwość wyboru na obszarach, których dotyczy środek, 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.

<sup>14</sup> <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/regulacje-dotyczace-ryнку-3a-i-3b-dla-orange-polska,3.html>

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**<sup>15</sup>. 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.

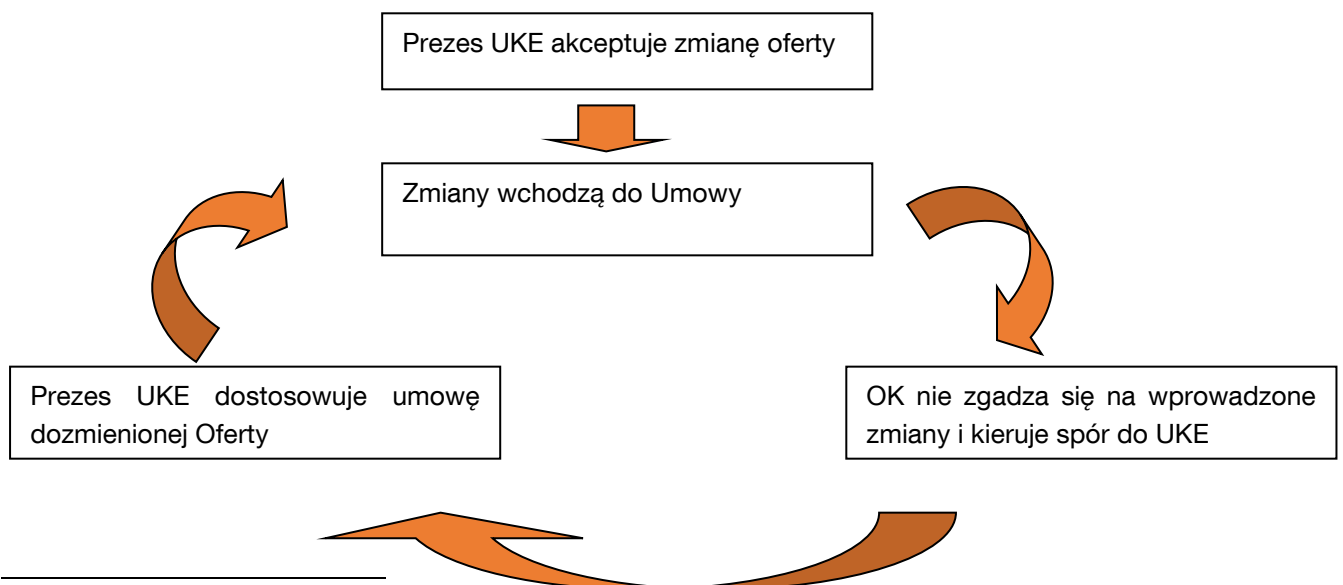
**g) Wprowadzone rozwiązania są sprzeczne z Rozporządzeniem GBER, gdyż znoszą możliwość skierowania sporu do Prezesa UKE (staje się to bezcelowe)**

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.” (wytluszczenie 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 (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.

Z powyżej opisanego mechanizmu wynika, że powstaje błędne koło:



<sup>15</sup> jw.

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 4,2.1.2, ppkt 5 (w części odnoszącej się do Stanowiska Fiberhost):  
*„Brak Mechanizmu dostosowania utrudnia OSD (ale nie uniemożliwia – OSD może skorzystać z mechanizmu zmiany zawartych umów określonego w art. 27 ust. 8 ustawy o wspieraniu rozwoju) dostosowywanie zawartych umów do zmian w ofercie hurtowej, co może stanowić 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. Zgodnie z art. 27 ust. 6 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych Prezes UKE powinien wydać decyzję w sprawie dostępu w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie.

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 rozstrzygania 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.”<sup>16</sup>

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 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.

Rozwiązania wprowadzone w decyzji są wątpliwe także w kontekście przepisu art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego (dalej „kc”), według którego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego.

Choć kwestionowane przez OPL klauzule umowne dotyczące automatycznej zmiany umowy (czy też także warunków wypowiedzenia umowy) pochodzą z projektu decyzji Prezesa UKE, to z racji tego, iż decyzja ta modyfikuje umowę o dostępie, powinna ona zawierać typowe elementy umowy o dostępie jako rodzaju umowy cywilno - prawnej. Decyzja zmieniająca umowę powinna w sposób precyzyjny określać prawa i obowiązki stron, gdyż jest to niezbędne dla prawidłowego wykonywania takiej umowy. Analogicznie, dla prawidłowego wykonywania takiej umowy niezbędne jest, by była ona zgodna z ogólnymi zasadami kc w zakresie zobowiązań umownych. Wniosek powyższy jest uzasadniony nie tylko w kontekście charakteru decyzji zmieniającej umowę o dostępie, ale także w kontekście ogólnych zasad KPA, jakimi są zasada praworządności (art. 6 KPA) oraz zasada pogłębiania zaufania do działań organów administracji publicznej (art. 8 KPA).

W związku z powyższym uzasadnione jest przyjęcie tezy, iż stosunek prawny wprowadzany (czy modyfikowany) do obrotu prawnego mocą decyzji administracyjnej Prezesa UKE powinien także być tak ukształtowany, by jego treść lub cel nie były sprzeczne z:

1. naturą umowy o dostępie,
2. ustawą,
3. zasadami współzycia społecznego.

#### Ad. 1

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zagwarantowanie jednej ze stron stosunku zobowiązaniowego możliwości dokonania nieograniczonej i jednostronnej zmiany umowy przeczy tak naprawdę naturze każdego stosunku zobowiązaniowego. Wszak po to strony wiążą się relacją umowną, by zagwarantować sobie przewidywalność warunków współpracy. W piśmiennictwie przyjmuje się pojęcie natury umowy jako „dyrektywę przestrzegania pewnych specyficznych, normatywnie sprecyzowanych części składowych poszczególnych typów nazwanych stosunków zobowiązaniowych, których nieuwzględnienie lub

---

<sup>16</sup> M. Rogalski [w:] K. Kawalek, M. Rogalski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, art. 31.

zmodyfikowanie powodowałoby merytoryczne wypaczenie ustawodawczego wzorca stosunku zobowiązaniowego wynikającego z określonego typu umowy.”<sup>17</sup>

„Można tu też wskazać stwierdzenie Sądu Najwyższego (uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 22 maja 1991 r., III CZP 15/91, OSNCP 1992, nr 1, poz. 1, z komentarzem W. Pyziola, Obrót gospodarczy, OG 1991, nr 4, s. 10), że: „Natura umowy gospodarczej i generowanego przez nią stosunku sprowadza się generalnie do tego, że wyraża ona i pozwala realizować interes każdej ze stron, ponieważ zaś interesy te bywają przeciwstawne, istotę umowy stanowi uzgodnienie woli stron, wyrażającej ich interesy. Zgoda obydwu stron jest oczywistym wymaganiami tak przy zawarciu umowy, jak i przy zmianach jej treści, stąd też nawet przy najdalej idących ułatwieniach w realizacji inicjatywy zmian (...) pozostawiona jest drugiej stronie możliwość odmowy zgody na zmiany. W tym stanie rzeczy za sprzeczne z naturą umowy gospodarczej należy uznać pozostawienie w ręku jednej tylko strony możliwości dowolnej zmiany jej warunków. Sprzeczność ta występuje szczególnie wyraźnie zwłaszcza przy umowach zawieranych nie w oparciu o indywidualne pertraktacje, ale w oparciu o regulamin wydany przez profesjonalistę, skoro jest oczywiste, że zawsze jest on zainteresowany w najkorzystniejszym dla siebie ukształtowaniu regulacji masowo zawieranych umów”.”<sup>18</sup>

W niniejszej sprawie powyższa zasada jest tym bardziej istotna, gdyż umowa zmieniana decyzją dotyczy dostępu do infrastruktury wybudowanej ze środków publicznych, który to dostęp jest zagwarantowany ustawowo, a ponadto powinien mieć cechy trwałości. By spełnić te wymogi, tego rodzaju umowa powinna być także przewidywalna.

Istotą tego typu umów jest także to, iż dostęp do tego typu infrastruktury realizowany jest w warunkach ograniczonej konkurencji. Niedopuszczalna jest więc sytuacja, w której monopol operatora sieci dostępowej jest wzmacniany poprzez wprowadzenie nieograniczonej możliwości jednostronnej zmiany umowy czy też wypowiedzenia jej w sposób bezwarunkowy.

Ad. 2 Kwestionowane przez OPL klauzule są także sprzeczne w swej treści z przepisem art. 27 ust. 1 Megaustawy, który nakłada na operatora sieci wybudowanej ze środków publicznych obowiązek dostępu, czyniąc ten obowiązek pozornym. Jeżeli w umowie przewiduje się możliwość narzucania jednostronnej zmiany umowy w nieograniczonym zakresie i w każdym czasie, to oznacza to, że obowiązek dostępu nie istnieje, a tym bardziej nie ma on charakteru trwałego.

Wskazane klauzule są także sprzeczne z pozostałymi przepisami powołanymi w niniejszym stanowisku czy poprzednich pismach OPL.

Ad. 3 W kontekście zgodności kwestionowanych klauzul z zasadami współzycia społecznego aktualne są wskazane powyżej argumenty. O ile w obrocie gospodarczym funkcjonują klauzule, które przewidują możliwość jednostronnej zmiany umowy, to są jednak one na tyle dookreślone, by druga strona, wobec której adresuje się je miała pewność co do okoliczności i warunków ich wprowadzenia.

W niniejszej sprawie treść klauzuli automatycznej zmiany umowy stoi w ewidentnej sprzeczności z zasadą pewności obrotu gospodarczego, a możliwość bezwarunkowego wypowiedzenia umowy przez operatora

---

<sup>17</sup> T. Wiśniewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, art. 353(1).

<sup>18</sup> T. Wiśniewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, wyd. II, red. J. Gudowski, Warszawa 2018, art. 353(1).



sieci dostępowej jest sprzeczne z ideą dostępu do infrastruktury wybudowanej ze środków publicznych, który powinien mieć charakter trwały.

Naruszenie powyższych zasad jest w ocenie OPL tym bardziej ewidentne, iż kwestionowane przez OPL klauzule wprowadzane czy potwierdzane są mocą decyzji administracyjnej Prezesa UKE, który powinien być gwarantem przestrzegania przepisów art. 6 i 8 KPA.

**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.6080.1.2021<sup>19</sup> Prezes UKE odmówił wprowadzenia rozwiązań dot. trybu wprowadzania zmian oraz wypowiedziania umowy o dostępie. 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 wypowiedziania, 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.

Zgodnie z art. 8 KPA organy administracji publicznej prowadzą postępowanie w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania, a także bez uzasadnionej przyczyny nie odstępują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym.

W związku z powyższym wnoszę o wykreślenie w Umowie Ramowej w Części I Rozdział 3 „System Komunikacyjny i Informacje Ogólne” pkt 3.2 ust. 10 – 19 oraz w Części I Rozdział 4 pkt 4.7 o usunięcie ust. 5 lub nadanie mu treści zgodnie z Wnioskiem OPL.

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. 11 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. 11 (numeracja w Decyzji jest przesunięta w stosunku do numeracji w Ofercie FH) 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*

---

<sup>19</sup> <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>

*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 16** – w tym ustępie dodano zdanie, którego nie ma w Ofercie FH:” *W przypadku określonym w ust. 15 brak odpowiedzi ze strony OK oznacza jego milczącą zgodę na wprowadzenie mechanizmu, o którym mowa w ust. 15, dotyczącego odmowy realizacji nowych Zamówień i odpowiedniego stosowania ust. 17 dla aktywnych Usług.*”

Zapis działa na niekorzyść OK (w tym przypadku OPL), 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 korzystać z niekorzystnych rozwiązań licząc na ich zmianę przez Prezesa UKE.

**Część I Rozdział 3 „System Komunikacyjny i Informacje Ogólne” pkt 3.2 ust. 18** – Prezes UKE dodał dodatkowy punkt, w którym reguluje możliwość zmiany okresu, przez który dana usługa jest świadczona z czasu nieokreślonego na czas określony 12 (dwunastu) lub 24 (dwudziestu czterech) miesięcy na warunkach sprzed zmiany Oferty. W Decyzji uzasadnia się „(...) z uwagi na obawy OPL w zakresie funkcjonowania samego mechanizmu i chęć zabezpieczenia interesów zarówno OPL, jak i użytkowników końcowych OPL oraz biorąc pod uwagę praktykę innych OSD w tym zakresie, Prezes UKE postanowił zmodyfikować postanowienia Umowy w zakresie Mechanizmu dostosowania.” Powstaje jednak pytanie, dlaczego została wprowadzona możliwość przekształcenia zamówień na czas określony tylko w dwóch terminach, czyli na 12 (dwunastu) lub 24 (dwudziestu czterech) miesięcy. Dlaczego po prostu dla całej bazy nie może zostać przedłużony okres korzystania z warunków sprzed zmiany na 24 miesiące? Taki mechanizm jak zaprojektował Prezes UKE powoduje, że jeśli abonent zrezygnuje np. miesiąc po przekształceniu przez OK zamówień na czas określony na 24 miesiące to OK musi zapłacić za 23 miesiące korzystania z usługi hurtowej nie osiągając przychodów z usługi detalicznej. Jednocześnie OSD może udostępnić takie łącze innemu OK i pobierać opłaty podwójnie.

**Część I Rozdział 3 „System Komunikacyjny i Informacje Ogólne” pkt 3.2 ust. 19** – 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 kwestia sporną jest kwestia podstaw do wypowiedzenia Umowy Ramowej. Decyzja odmawia wprowadzenia 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 4.2.1.2 ppkt 2 w następujący sposób: „*Prezes UKE wskazuje przy tym, że w procesie akceptacji zmian w ofercie hurtowej OSD, bierze pod uwagę Wymagania oraz wytyczne i rekomendacje Prezesa UKE dot. dostępu hurtowego w POPC (głównie Zasady dostępu hurtowego do sieci zrealizowanych w ramach II konkursu w ramach działania 1.1 POPC dla gospodarstw domowych – rekomendacje Prezesa UKE, dalej „Zasady dostępu”<sup>8</sup>, i Procedury współpracy międzyoperatorskiej w zakresie dostępu do sieci POPC, dalej „Procedury współpracy”<sup>9</sup>) – dokumenty te zostały poddane konsultacjom z przedstawicielami rynku telekomunikacyjnego i wyznaczają standardy w zakresie dostępu hurtowego w sieciach 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 lub nadanie mu treści zgodnie z Wnioskiem OPL.

Utrzymane Decyzją zapisy w Umowie Ramowej umożliwiające rozwiązanie umowy o dostępie 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 powodu braku akceptacji przez operatora korzystającego narzucanych przez OSD 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.

Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UKE wyrażonym w uzasadnieniu do decyzji nr DR.WORK.6082.1.2020.150 z 26 czerwca 2022 r. w sprawie zatwierdzenia oferty ramowej OPL o dostępie telekomunikacyjnym w oparciu o technologię światłowodową dotyczącą świadczenia usług BSA i LLU<sup>20</sup>, umowa regulowana może być wypowiedziana tylko w przypadku, gdy operator korzystający (dalej „OK”) narusza „istotne postanowienia umowy”. Co więcej, Prezes UKE w takiej sytuacji uważa, że wypowiedzenie umowy powinno być poprzedzone procesem konsultacji.

*„Wobec powyższego wprowadzono możliwość rozwiązania Umowy w wyniku naruszenia przez stronę istotnych postanowień Umowy oraz wprowadzono terminy pozwalające na zapewnienie jednakowych warunków rozwiązania Umowy, co pozwoli OA, korzystającym z usług OPL, na uniknięcie niejasności. W przypadku rozwiązania Umowy o Dostępie z uwagi na naruszenie przez stronę istotnych postanowień umowy, Prezes UKE postanowił dodać również zapisy dotyczące konsultacji. Zdaniem Prezesa UKE*

---

<sup>20</sup> <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zatwierdzenie-ofert-ramowych-orange-polska-s-a-,46.html>

*zapropozowane zmiany zapewnią jasne i precyzyjne warunki współpracy, a co za tym idzie pozwolą na uniknięcie części sporów międzyoperatorskich na tym tle.” (wytłuszczenie OPL)*

Takie stanowisko podziela także KIGEiT:

*„W Stanowisku KIGEiT wskazano, że OPL jako podmiot regulowany w zakresie Usług BSA i LLU powinien mieć zamknięty katalog możliwości wypowiedzenia, przy czym powody w nim określone powinny stanowić wyłącznie poważne naruszenia zasad współpracy po stronie PT.”<sup>21</sup>*

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. Stanowiska w postępowaniu konsultacyjnym dotyczącym projektu decyzji Prezesa UKE w sprawie o sygn. DR.WPS.6080.3.2022**

W dniach 2 czerwca – 3 lipca 2023 Prezes UKE przeprowadził konsultacje decyzji w sprawie o sygn. DR.WPS.6080.3.2022s r., która dotyczyła m.in. rozstrzygnięcia analogicznych zagadnień w zakresie automatycznej zmiany umowy oraz zasad wypowiedzania umowy.

Większość uczestników tych konsultacji wypowiedziała się przeciwko takiemu mechanizmowi. W załączeniu przesyłam stanowiska Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej, Krajowej Izby Gospodarki Cyfrowej, Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji Business Centre Club oraz Konfederacji Lewiatan i wnoszę o dołączenie ich do akt postępowania.

Wyrażam nadzieję, że Prezes UKE uwzględni głos środowiska w tych kluczowych kwestiach dotyczących dostępu do sieci wybudowanych ze środków publicznych.

Z poważaniem

Beata Kosno

Załączniki:

1. Pismo Krajowej Izby Komunikacji Ethernetowej,
2. Pismo Krajowej Izby Gospodarki Cyfrowej,
3. Pismo Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji,
4. Pismo Business Centre Club
5. Pismo Konfederacji Lewiatan

---

<sup>21</sup> jw.