



Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dnia 6 maja 2024 roku
KIGEiT/769/05/2024

Sz. P. Jacek Oko
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

„Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektu oferty hurtowej OPL dla Sieci KPO/FERC w sprawie DR.WPS.6082.4.2024”

Szanowny Panie Prezesie,

działając w imieniu Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji (zwanej dalej „KIGEiT”), w odpowiedzi na rozpoczęte w dniu 23 kwietnia 2024 r. konsultacje projektów oferty dedykowanej dla zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego do dostępowej sieci szerokopasmowej wybudowanej, rozbudowanej lub przebudowanej z wykorzystaniem środków publicznych przyznanych Orange Polska S.A. (dalej „OPL”) w ramach konkursów na dofinansowanie budowy sieci NGA ze środków Krajowego Planu Odbudowy/Funduszy Europejskich na Rozwój Cyfrowy (Sieci KPO/FERC) przedstawiam stanowisko w przedmiotowej sprawie.

1. Jednostronne wypowiedzenie umowy przez OPL

OPL wprowadziła zapisy umożliwiające rozwiązanie umów zawartych na czas nieokreślony lub czas określony dłuższy niż 10 lat jednostronnie bez podawania przyczyn w przypadku nieistnienia obowiązków spoczywających na OPL po upływie okresu 10 lat od zakończenia inwestycji w sieci KPO/FERC. Taki zapis w niekorzystnej pozycji stawia operatora korzystającego (dalej „OK”), bowiem nie zabezpiecza ciągłości zapewnienia usług dla abonentów OK na sieci KPO/FERC.

Z kolei OK ma możliwość wypowiedzenia umowy dopiero po upływie 1 roku (przy zachowaniu 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia).

Powyższe oznacza, że warunki wypowiedzenia umowy są asymetryczne i niekorzystne dla OK. Taka asymetria warunków współpracy wprowadziłaby niepewność co do warunków świadczenia usług na sieciach KPO/FERC czyniąc je mało atrakcyjnymi dla OK. OK są bowiem związani kontraktami terminowymi z abonentami a wskazany przez OPL 3 miesięczny okres wypowiedzenia nie zabezpiecza OK przed ryzykiem braku możliwości zapewnienia abonentom dostępu do usług przez cały okres trwania umowy abonenckiej. Taki zapis w prosty sposób oznaczałby, że w wyniku niczym nieuzasadnionej decyzji OPL OK nie ma technicznej możliwości zapewnienia abonentom dostępu do usług na sieci OK do czasu zakończenia kontraktu i ponosiłby konsekwencje takiej sytuacji. Jednocześnie, wobec braku możliwości świadczenia przez OK usług, OPL miałaby możliwość przejęcia abonentów OK korzystając ze swojej dominującej pozycji.

2. Informacja o wprowadzeniu promocji w zakresie Usług objętych Ofertą

OPL wprowadził zapisy dotyczące zasad wprowadzania promocji na usługi objęte Ofertą wskazując, że szczegółowe warunki promocji zostaną określone w informacji opisującej warunki promocji i opublikowane na stronie internetowej. W opinii KIGEiT informacja zawarta na stronie internetowej nie zawsze trafia do OK, dlatego zasadne byłoby połączenie publikacji informacji na stronie OPL z obowiązkiem przekazania takiej informacji do OK, z którym OPL aktualnie współpracuje. To zwiększyłoby transparentność informacji oraz zachęciłaby OK do korzystania z warunków promocyjnych. Dodatkowo takie rozwiązanie jest już stosowaną na rynku dobrą praktyką rynkową, która w pozytywny sposób wpływa na warunki współpracy międzyoperatorskiej.

3. Zachowanie tajemnicy telekomunikacyjnej i ochrony danych w sieci

OPL określając warunki zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej zastosowała zapisy (Rozdział 1.8) odnoszące się wyłącznie do dostępu do obiektu OPL. W opinii KIGEiT zasadne jest wprowadzenie zapisów symetrycznych, zgodnie z którymi takie same obowiązki dotyczące zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej ciążyłyby na OK jak i na OPL. Dodatkowo konieczne jest doprecyzowanie i wyjaśnienie co oznacza określenie „drugi OK” wskazane w pkt 6 Rozdziału 1,8.

4. Kary umowne

Brak jest uzasadnienia dla dużej dysproporcji wysokości kar umownych określonych w Rozdziale 1.9.2. Różnica pomiędzy karami naliczanymi na rzecz OK (10 zł za dzień) w stosunku do kar na rzecz OPL (1000 zł) za każdy dzień naruszenia/opóźnienia jest nieproporcjonalnie duża. Dodatkowo wskazane w pkt 4c „opóźnienie OSD w przekazaniu danemu OK informacji o zmianach w Ofercie względem innych OK w wysokości 10 zł za dzień roboczy opóźnienia” jest trudne do potwierdzenia przez OK, w szczególności w sytuacji gdy jednym z OK jest detal OPL. Nie jest również jasne do jakich „elementów infrastruktury” odnoszą się pkt 8 i 9.

5. Anulowanie zamówienia

Zgodnie z projektem Oferty OPL dokona skutecznego anulowania Zamówienia, jeżeli zlecenie wycofania Zamówienia wpłynie do OPL nie później niż 5 (pięć) DR przed datą realizacji Zamówienia. W opinii KIGEiT termin 5 dni jest zbyt długi i powinien zostać skrócony.

6. Prognozy zapotrzebowania

OPL w Rozdziale 5.1 pkt 2 określiła limit liczby zamówień na usługi BSA i LLU złożonych w danym miesiącu kalendarzowym. W opinii KIGEiT ustalony limit 300 zamówień na BSA i 100 na LLU jest zbyt niski i powinien zostać zmieniony w taki sposób aby możliwe było ustalanie konkretnych wartości indywidualnie przez Strony.

7. Mechanizm zmiany cennika dla usług (Rozdział 6.1.2.)

Postanowienie wprowadza mechanizm automatycznej zmiany wysokości opłat określonych w cenniku w przypadku pozytywnego wyniku z badania wyników kalkulacji kosztów zgodnie z wymogami określonymi we właściwych przepisach. Zmiana taka następuje bez konieczności składania oświadczeń woli stron oraz bez konieczności akceptacji zmiany oferty ramowej przez Prezesa UKE, każdorazowo z dniem 1 stycznia roku następującego po roku, w którym przeprowadzono badanie.

Powyższy mechanizm narusza zasadę równowagi stron i kreuje warunki nieprzewidywalności po stronie OK, wprowadzając modyfikację warunków cenowych bez konieczności złożenia wzajemnych oświadczeń woli stron. Konsultowany mechanizm nie został wprowadzony

w warunkach ofert ramowych na rynkach 3a i 3b. Prezes UKE słusznie na gruncie wspomnianych decyzji na rynkach regulowanych wyraźnie wskazywał brak podstaw do inkorporowania do ofert ramowych ww. mechanizmu automatycznego dostosowania ofert, podkreślając, że:

*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).***

Mechanizm automatyzmu modyfikacji cenowych wyłącza Prezesa UKE z procesu akceptacji warunków cenowych za usługi dostępu hurtowego, co stoi w sprzeczności z wymogami Rekomendacji Prezesa UKE w zakresie dostępu do sieci zrealizowanej w ramach KPO/FERC, zgodnie z którymi:

*Zgodnie z pkt 2.2 Wymagań **Prezes UKE dokonuje akceptacji projektu Oferty/zmian w Ofercie**, której częścią składową są opłaty za Usługi. Dokonując oceny ww. dokumentów Prezes UKE opiera się m.in. na przepisach prawa oraz swoich rekomendacjach. Z tego względu w procesie weryfikacji i akceptacji opłat za Usługi, Prezes UKE ma możliwość zastosowania narzędzi i modeli zapewniających skuteczną weryfikację opłat beneficjentów.*

Warto również zwrócić uwagę, iż zgodnie z treścią obowiązków spoczywających na OPL na rynkach 3a i 3b, wyniki kalkulacji kosztów - nawet w przypadku uzyskania pozytywnego wyniku z badania - nie zawsze będą mogły być stosowane przez OPL. Na przykład sytuacja taka będzie mieć miejsce w przypadku negatywnego wyniku testu ekonomicznej odtwarzalności (narzędzie służy ocenie wypełnienia obowiązku niedyskryminacji). Jeśli test nie jest spełniony, to OPL jest zobowiązana do zmiany wysokości opłaty hurtowej lub detalicznej lub obu opłat umożliwiając pozytywny wynik Testu ERT.

Wprowadzenie proponowanego automatycznego mechanizmu oznaczałoby możliwość zaistnienia dualizmu cenowego na obszarach, na których OPL posiada pozycję znaczącą, zależną jedynie od tego, czy sieć OPL była finansowana wyłącznie ze środków prywatnych, czy również z uwzględnieniem wkładu publicznego. Mechanizm automatycznego wdrażania wyników kalkulacji kosztów do oferty ramowej OPL (wynikającej z obowiązków ex ante) nie istnieje. Są one wprowadzone do oferty ramowej w drodze decyzji Prezesa UKE, poprzedzonego odpowiednim postępowaniem administracyjnym. Dlatego zastosowanie takiego automatycznego mechanizmu będzie pozostawać w sprzeczności z wyrażonym w pierwszym zdaniu ust. 1 zobowiązaniem, iż „OPL stosuje opłaty w Ofercie KPO/FERC w wysokości równej opłatom, które jest obowiązana stosować za usługi odpowiadające Usługom określonym w Ofercie KPO/FERC na rynkach, na których został wyznaczony jako przedsiębiorca o znaczącej pozycji”.

Użyte w treści sformułowania są nieprecyzyjne, niejednoznaczne i w związku z tym pozostawiają szerokie pole do interpretacji. Na przykład w ust. 1 pojawia się stwierdzenie „jeżeli wyniki kalkulacji kosztów zostaną zakwestionowane w części”. Powstaje pytanie przez kogo zostaną zakwestionowane, w jakim trybie? Czy chodzi tutaj o zakwestionowanie w toku

badania zgodności wyników kalkulacji kosztów z przepisami prawa oraz zatwierdzonymi przez Prezesa UKE instrukcją i opisem kalkulacji kosztów (art. 53 ust. 5) przez biegłego rewidenta powołanego przez Prezesa UKE (wyrażenie opinii negatywnej lub opinii z zastrzeżeniami)? Czy jednak również chodzi o inne sytuacje, o których mowa w art. 39 ust. 4, tj. kiedy Prezes UKE jest uprawniony do określenia wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego zgodnie z jedną z metod określonych w takiej sytuacji (LRIC, Price Cap (pułap cenowy), Retail Minus (cena detaliczna minus), Benchmarking (analiza/badania porównawcze), Cost orientation (orientacja kosztowa).

Skutkiem braku zgody na automatycznie zmienione warunki oferty ramowej miałyby być również brak możliwości składania nowych zamówień. To jest skrajnie niekorzystne dla OK, ponieważ jest on niejako „postawiony pod murem”. Jeśli chce dalej działać na rynku, to musi de facto zaakceptować te warunki.

8. Postanowienia końcowe

W Rozdziale 7 pkt 11 OPL wprowadziła mechanizm zezwalający na rozwiązanie Umowy Ramowej w części, w której warunki nie zostałyby dostosowane do treści Oferty Ramowej. Taki zapis jest bardzo niekorzystny dla OK (powoduje natychmiastowe zaprzestanie możliwości świadczenia usług) a dodatkowo nie daje możliwości faktycznego negocjowania warunków współpracy. OPL może bowiem wypowiedzieć umowę w zakresie, który nie odpowiada jeden do jednego treści Oferty Ramowej. Tym samym procedura negocjacji warunków współpracy staje się fikcją. Dodatkowo w pkt 14 wprowadzone zapisy nie mają zastosowania w przypadku Oferty KPO/FERC i zostały przez OPL błędnie przeniesione z treści Oferty SOR. Zakres usług świadczonych przez OPL nie jest bowiem zależny od zakresu odpowiadających usług świadczonych przez OPL własnym abonentom ale każdorazowo podlega zatwierdzeniu przez Prezesa UKE. Brak jest również zasadności utrzymania treści pkt 15, bowiem odnosi się on do omówionej w pkt 7 niniejszego stanowiska kwestii mechanizmu zmiany cennika.

Z wyrazami szacunku

Prezes Zarządu