Stanowisko konsultacyjne Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji dotyczące projektu decyzji Prezesa UKE w sprawie DR.WPS.6080.11.2023

W dniu 23 maja br. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE") rozpoczął konsultacje projektu decyzji zmieniającej „Umowę ramową o dostępie telekomunikacyjnym do sieci szerokopasmowej wykonanej w ramach projektu pt. „Sieć szerokopasmowa dla regionu tarnowskiego A", zgodnie z umową o dofinansowanie nr POPC.01.01.00-12-0019/18-00 w ramach działania 1.1, Programu Operacyjnego Polska Cyfrowa na lata 2014-2020 współfinansowanego przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego", zawartą między Zicom Infrastruktura sp. z o.o. (dalej „Zicom") i Orange Polska SA (dalej „OPL") w dniu 2 września 2020 r. (dalej „Decyzja"). Postępowanie w sprawie zmiany umowy zostało zainicjowane przez Zicom.

W Decyzji, która rozstrzyga spór indywidulany, Prezes UKE rozstrzyga zagadnienia wpływające na cały rynek telekomunikacyjny, bowiem dokonuje istotnych zmian w sposobie świadczenia podstawowych usług hurtowych, tj. BSA i LLU, dzięki którym operatorzy konkurują o klienta detalicznego. Do istotnych zagadnień należy tutaj zaliczyć przede wszystkim sposób wprowadzania zmian do umowy w sposób de facto automatyczny, gdyż nie wymagający podpisania aneksu.

Zasady dostępu hurtowego ustalane w projektach, które dotyczą zapewnienia dostępu do sieci wybudowanych z udziałem środków publicznych mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia efektywności tej pomocy, a także mają ograniczać negatywne konsekwencje dla rynku.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej „PIIT" lub „Izba") nie popiera rozwiązań dotyczących automatycznej zmiany umów, w umowach pomiędzy operatorem sieci dostępowej, będących beneficjentami środków publicznych (dalej „OSD"), a operatorami korzystającymi (dalej „OK").

Izba zwraca uwagę, że zmiany ofert hurtowych OSD w ramach projektów realizowanych w Programie Operacyjnym Polska Cyfrowa (dalej „POPC"), w tym projektu, który został zrealizowany przez Zicom, nie są poddawane konsultacjom publicznym. Zatem OK nie ma możliwości zapoznania się z projektowanymi zmianami ani wypowiedzenia się co do wprowadzanych zmian. O wprowadzanych zmianach OK dowiaduje się z zawiadomienia OSD.

Warunki hurtowe wprowadzane do umów w sposób automatyczny nie zapewniają operatorom korzystającym przewidywalności co do warunków świadczenia usługi, co generuje bardzo wysokie ryzyko biznesowe w prowadzonej działalności gospodarczej.

Wbrew uzasadnieniu Decyzji, w którym Prezes UKE zdaje się twierdzić, iż jest gwarantem przewidywalności decyzji regulacyjnych, niestety tak nie jest. Prezes UKE, uzasadniając wprowadzone mechanizmy automatycznej zmiany umowy, twierdzi m.in. „ (…) *Mechanizm dostosowania nie wprowadza nieprzewidywalności w zakresie współpracy międzyoperatorskiej, gdyż pozwala OK na realizację dotychczasowych zamówień (tj. zamówień złożonych przed zmianą umowy ramowej związaną z Mechanizmem dostosowania) na niezmienionych warunkach, jednocześnie wprowadzenie zmian w ofercie hurtowej (przekładających się na zmiany w umowie ramowej) uzależnione jest od pozytywnej opinii Prezesa UKE zgodnie z trybem z pkt 2.2 Wymagań. Prezes UKE wskazuje przy tym, że w procesie opiniowania 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"[7], i Procedury współpracy międzyoperatorskiej w zakresie dostępu do sieci POPC, dalej „Procedury współpracy"[8]) – 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." Jednak wskazany „Mechanizm dostosowania" nie był przedmiotem konsultacji publicznych, ani nie został wprowadzony do rekomendacji Prezesa UKE dotyczących dostępu hurtowego do sieci POPC, w tym do dokumentów wymienionych w ww. fragmencie uzasadnienia Decyzji.

2 kwietnia 2025 r. Prezes UKE opublikował *Komunikat w sprawie zasad ustalania cen dostępu hurtowego dla sieci wybudowanych z dofinansowaniem*[1] oraz *Informację na temat średnich ważonych cen hurtowych, a także dopuszczalny poziom cen hurtowych*[2] (dalej „Zasady UKE"). Jednak w ocenie PIIT istnieje szereg wątpliwości co do zastosowanych rozwiązań w Zasadach UKE, a także ustalonego poziomu cen hurtowych, o których wyjaśnienie Izba zwróciła się do Prezesa UKE odrębnym pismem. Do dzisiaj takich wyjaśnień nie udzielono.

Zasady UKE również nie były poddane publicznym konsultacjom, a także nie przewidziano trybu ich weryfikacji. Zatem Zasady UKE również nie wprowadzają przewidywalności co do warunków hurtowych.

Nie jest również uzasadnione, aby zmiany realizowane na podstawie klauzul automatycznych obejmowały wszystkie aspekty umowne. Jeżeli zmiany Umowy nie są ograniczone ani opatrzone kryteriami, którymi kierowałoby się OSD przy ich wprowadzaniu to w rezultacie OK nie będą mieli możliwości przewidzenia, jak będą kształtować się warunki współpracy, a tym samym, jak ustalać własną politykę detaliczną w zakresie umów abonamentowych podpisywanych na zasięgu dostępnym w ramach sieci NGA budowanej ze środków publicznych.

Szczególnie niepokojące byłoby wprowadzanie zmian do umowy przy wykorzystaniu klauzuli automatycznej w zakresie sposobu komunikacji oraz zasad obsługi, ponieważ nowe rozwiązania, do wprowadzania których OSD byłby uprawniony, mogą być częściowo lub całkowicie niekompatybilne z aktualnym modelem świadczenia usług przez OK. W konsekwencji, operator będzie zmuszony do wypowiedzenia umów abonentom.

W szczególności uwagę zwraca fakt, że Prezes UKE nie zgadzał się do tej pory na wprowadzenie mechanizmu automatycznej zmiany umowy na rynku regulowanym ex ante, pomimo tego że zakres zmian dotyczył wyłącznie opłat hurtowych regulowanych, które podlegają dużo bardziej restrykcyjnym zasadom ustalania i obiektywnej weryfikacji przez niezależnego audytora wybieranego na rynku regulowanym.

Zwracamy również uwagę na odmienność funkcjonowania rynku hurtowego i detalicznego, wynikającą z różnic w przepisach prawa, strukturze podmiotów (dostawców i odbiorców) działających na tych rynkach, rodzaju zawieranych umów oraz uprawnień regulatorów.

Należy podkreślić, że automatyzacja zmiany warunków w relacji OSD–OK nie może być przeniesiona na relację OK–abonent. Zmiana warunków współpracy (w tym związana z automatyzacją) nie powoduje modyfikacji już zawartych umów abonamentowych. Możliwość wprowadzenia zmian przez dostawcę usług w umowie z abonentem jest kwestionowana przez UOKiK i w praktyce nie występuje. Podmiot, który dokonałby takiej zmiany, mógłby spodziewać się natychmiastowego wszczęcia postępowania przez UOKiK. W przypadku umowy zawartej na czas oznaczony taka możliwość jest całkowicie wykluczona, natomiast w umowie na czas nieoznaczony – istnieje tylko wówczas, gdy zawarte są odpowiednie klauzule modyfikacyjne.

W efekcie, OK nie mają możliwości wprowadzenia stosownych klauzul do umów detalicznych, które pozwalałyby na automatyczne odzwierciedlenie zmian wprowadzanych na poziomie hurtowym. Nawet jeżeli umowy zawierałyby teoretycznie odpowiednie zapisy, z przyczyn niezależnych od OK miałyby one

[1] https://bip.uke.gov.pl/informacje-dla-przesiebiorcow/komunikat-w-sprawie-zasad-ustalania-cen-dostepu-hurtowego-dla-sieci-wybudowanych-z-dofinansowaniem,27.html
[2] https://bip.uke.gov.pl/informacje-dla-przesiebiorcow/punkty-odniesienia-oraz-dopuszczalny-poziom-cen-dostepu-hurtowego-dla-sieci-wybudowanych-z-dofinansowaniem,28.html

charakter klauzul blankietowych – uważanych przez UOKiK za nieprecyzyjne – co uniemożliwiłoby abonentowi ocenę, czy wprowadzona zmiana rzeczywiście odzwierciedla czynniki, na które powołuje się dostawca usług. Z tych względów zastosowanie tego typu klauzul z pewnością zostałoby zakwestionowane przez Prezesa UOKiK.

W związku z powyższym Izba stoi na stanowisku, iż rozwiązania w zakresie automatycznej zmiany umowy określone w pkt e) ust. 18 -25 Załącznika nr 1 do Decyzji nie powinny być stosowane.