



Warszawa, dn. 11 lutego 2019 roku

DSR / 727 / 02 / 2019



Szanowny Pan
Marcin Cichy
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

Dotyczy:

- DR.SMP.6040.1.2019;
- DR.SMP.6041.1.2019;
- DR.SMP.6040.2.2019;
- DR.SMP.6041.2.2019;
- DR.SMP.6041.3.2019.

STANOWISKO KONSULTACYJNE NETIA S.A.

dotyczące projektów rozstrzygnięć Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na hurtowym rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji (3a) oraz hurtowym rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji (3b)

W nawiązaniu do ogłoszenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE”) z dnia 10 stycznia 2019 roku dotyczącego postępowania konsultacyjnego projektów rozstrzygnięć w sprawie hurtowego rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji (rynek 3a), oraz hurtowego rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji (rynek 3b), w imieniu Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwaną dalej „Netia” lub „Spółka”) przedstawiam stanowisko w zakresie projektów rozstrzygnięć dla Orange Polska S.A. (zwaną dalej „Orange”) stanowiących:

- projekt decyzji Prezesa UKE o sygn.: DR.SMP.6040.1.2019 (dalej „Projekt DR LLU”);
 - projekt decyzji Prezesa UKE o sygn.: DR.SMP.6041.1.2019 (dalej „Projekt DD LLU”),
 - projekt decyzji Prezesa UKE o sygn.: DR.SMP.6040.2.2019 (dalej „Projekt DR BSA”),
 - projekt decyzji Prezesa UKE o sygn.: DR.SMP.6041.2.2019 (dalej „Projekt DD BSA”),
 - projekt postanowienia Prezesa UKE o sygn.: DR.SMP.6041.3.2019 (dalej „Projekt PD BSA”),
- łącznie zwanymi dalej „Projektami Rozstrzygnięć”.

Jednocześnie Netia wnosi o dołączenie niniejszego stanowiska do materiału dowodowego w każdym ze wskazanych powyżej postępowań administracyjnych. Ze względu bowiem, na analogiczną i ściśle korelującą ze sobą treść Projektów Rozstrzygnięć, wszystkie podniesione

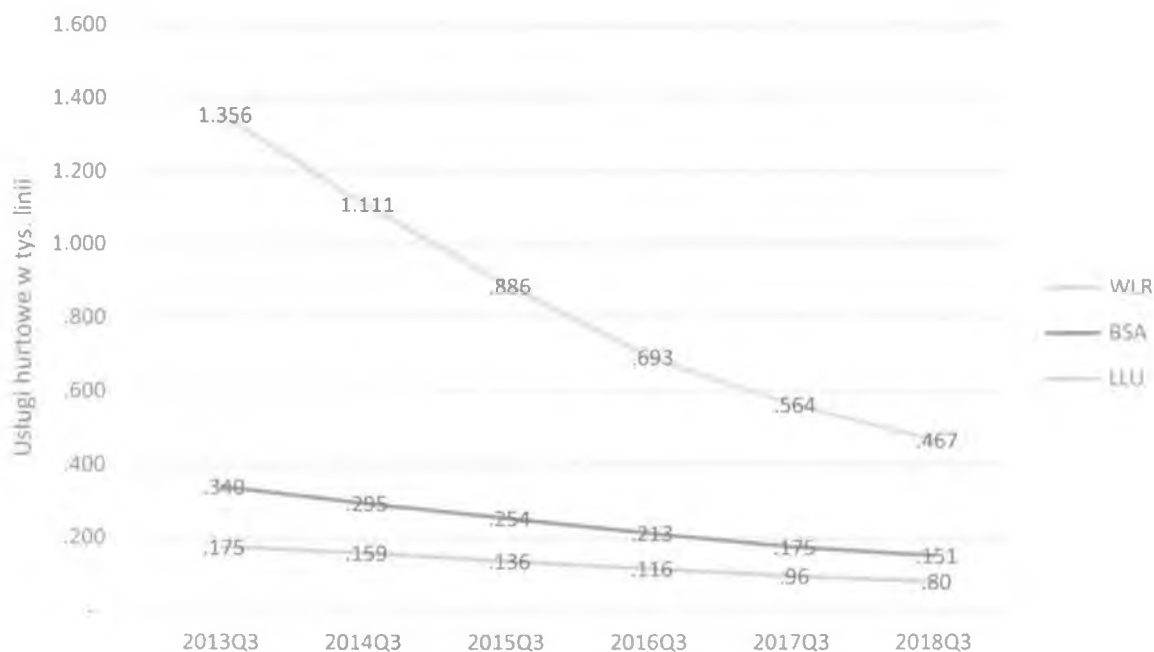
w tym stanowisku uwagi, zastrzeżenia i sugestie, są adekwatne do każdego z Projektów Rozstrzygnięć.

1. DZIAŁANIA REGULACYJNE PREZESA UKE W LATACH 2014-2019

Na wstępie Netia pragnie przedstawić bieżącą sytuację konkurencji rynkowej z perspektywy podmiotu, który w największym stopniu korzysta z regulowanych usług hurtowych Orange, a także jako jeden z nielicznych przedsiębiorców poniósł znaczne nakłady inwestycyjne umożliwiające wykorzystanie pełnego portfolio usług regulowanych określonych obecnie w regulowanej ofercie ramowej Orange (zwanej dalej „SOR”).

Poniższy wykres przedstawia zmianę wykorzystania usług regulowanych Orange w poszczególnych latach.

Wykres 1. Zmiana wolumenów usług regulowanych w latach 2013-2018.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych ze sprawozdań finansowych Orange.¹

Jak wskazuje powyższy wykres na przestrzeni pięciu ostatnich lat spadek wykorzystania usług hurtowych w Polsce wynosi (rok 2018 względem roku 2013): 65,6% dla usługi WLR, 55,6% dla usługi BSA i 54,3% dla usługi LLU.

W ocenie Netii taki stan rzeczy wynika ze wskazanych poniżej kilku kluczowych kwestii regulacyjnych (a jest ich znacznie więcej), które mają istotny wpływ na jeden z podstawowych celów jakim jest zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym, o czym mowa w art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku – Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2018, poz. 1954, ze zm., zwanej dalej „Pt”).

1.1. Usługi dostępu szerokopasmowego

¹ <http://www.orange-ir.pl/pl/results-center/results>.

1. Brak działań związanych z regulacją stawki hurtowej pełnego dostępu do lokalnej pętli abonenckiej (LLU) – opłata na rzecz Orange w wysokości 22,00 zł/m-c utrzymuje się na tym poziomie niezmiennie od co najmniej 10 lat do chwili obecnej(!).²
2. Brak działań w zakresie regulacji dostępu do podpętli lokalnej (SLU), poprzez:
 - a) brak regulacji stawki hurtowej – opłata w wysokości 5,81 zł/m-c, analogicznie, jak w przypadku dostępu pełnego – utrzymuje się niezmiennie od co najmniej 10 lat do chwili obecnej(!):
 - b) wieloletni brak regulacji w zakresie możliwości kolokacji urządzeń przedsiębiorcy korzystającego z dostępu do szaf ulicznych Orange, na skutek czego w chwili obecnej brak jest choćby jednej uwolnionej podpętli lokalnej przez któregokolwiek z operatorów.
3. Brak wdrożenia regulacji polegającej na możliwości skorzystania z dostępu wirtualnego w przypadku braku możliwości fizycznego uwolnienia pętli abonenckich na rynkach hurtowych BSA i/lub LLU, poprzez wdrożenie np. usługi VULA (ang. *Virtual Unbundled Local Loop*), podczas gdy obowiązek ten jest powszechnie stosowany w krajach członkowskich Unii Europejskiej (zob. pkt 5.1. niniejszego stanowiska).
4. Brak działań związanych z regulacją stawki za utrzymanie łącza abonenckiego dla usług BSA – niezmienna od co najmniej 10 lat(!) opłata na rzecz Orange w wysokości prawie 22 zł/m-c dla pętli, na których nie są świadczone usługi głosowe,³ co stanowi jedną z głównych przyczyn braku rozwoju usługi BSA w kontekście drastycznie malejącego popytu na usługi głosowe w sieci PSTN.
5. Brak działań zmierzających do niwelowania barier rynkowych związanych z dostępem do usług hurtowych Orange np. poprzez utrzymywanie zawyżonej stawki hurtowej za aktywację usługi na łączu xPON (FTTH) w wysokości 156,10 zł, podczas gdy maksymalna opłata detaliczna pobierana przez Orange z tego tytułu wynosi 99 zł (maksymalna opłata aktywacyjna pobierana od abonentów zawierającej umowę na okres 12 miesięcy), co potwierdza treść pkt. 5.1. Regulaminu promocja Światłowód 2/18.⁴
6. Dyskryminacja przedsiębiorców korzystających z usługi hurtowej BSA na łączach FTTH poprzez pobieranie przez Orange opłaty hurtowej za utrzymanie łącza abonenckiego w wysokości 21,76 zł, podczas gdy analogiczna opłata dla abonentów Orange nie jest pobierana.⁵
7. Częściowa deregulacja rynku hurtowego dostępu szerokopasmowego do strumienia bitów (BSA) na 76 obszarach gminnych, na mocy postanowienia Prezesa UKE z dnia 7 października 2014 roku, sygn.: DART-SMP-6040-2/14(123).⁶
8. Brak monitorowania sytuacji konkurencyjnej na analizowanych rynkach, w szczególności w zakresie deregulacji BSA na 76 obszarach gminnych co doprowadziło do sytuacji, w której nastąpił spadek liczby usług dostępu do sieci Internet świadczona w oparciu o usługi BSA na przedmiotowym obszarze zderegulowanym.
9. Brak wdrożenia do SOR usługi hurtowych opcji usługi 1Gb/s, którą świadczy Orange własnym abonentom na obszarach zderegulowanych.

² Decyzja Prezesa UKE z dnia 28 listopada 2008, sygn.: DHRT-WOR-6062-10/07;
<https://archiwum.uke.gov.pl/oferta-ramowa-o-dostepie-do-lokalnei-petli-abonenckiei-13651>.

³ Decyzja Prezesa UKE z dnia 4 listopada 2008 roku, sygn.: DHRT-WOR-6062-6/07(183);
<https://archiwum.uke.gov.pl/oferta-ramowa-bitstream-access-13642>.

⁴ <https://orange.binaries.pl/bw//20155/0/28801/4c16c8d9-148a-46cf-aeec-3a6130998a06.pdf>.

⁵ <https://orange.binaries.pl/bw//20155/0/28801/4c16c8d9-148a-46cf-aeec-3a6130998a06.pdf>.

⁶ <https://archiwum.uke.gov.pl/nowe-regulacje-na-rynku-5-14765>.

10. Całkowite oderwanie regulacji od koncepcji tzw. drabiny inwestycyjnej, co potwierdza sam Prezes UKE:

„(...) Hurtowe usługi WLR i BSA, mimo malejącego ich znaczenia, cieszą się większą popularnością niż usługa LLU. W krajach o porównywalnej populacji i należących do Unii Europejskiej, na rynkach hurtowych, dominuje usługa LLU. Powodem takiej sytuacji są przede wszystkim czynniki cenowe – relacje cenowe pomiędzy usługami WLR/BSA i LLU.”⁷

Oznacza to, że działania podejmowane na w/w rynkach prowadzą do występowania zniekształceń cenowych dla poszczególnych usług hurtowych.

11. Powyższa argumentacja prowadzi do konstatacji, że w latach 2014–2019 nie następowały działania w zakresie monitorowania konkurencyjności rynku, realizacji obowiązku niedyskryminacji przez Orange, a także działań *ex ante* uniemożliwiających zniekształcanie sytuacji konkurencyjnej przez Orange.

W ocenie Spółki Prezes UKE powinien wykazać zarówno wartość poniesionych nakładów inwestycyjnych oraz wielkość (np. ilość szafek ulicznych, długość sieci/kabli) zmodernizowanej lub wybudowanej sieci FTTx przez Orange:

- a) *odrębnie dla każdego z 9 obszarów gminnych ponownie objętych obowiązkami regulacyjnymi, w okresie od dnia wydania postanowienia Prezesa UKE z 2014 roku do dnia 31 grudnia 2018 roku;*
- b) *odrębnie dla każdego z 9 obszarów gminnych określonych w poniższej tabeli, w tym samym układzie i okresie czasu.*

Tabela nr 1. Nakłady inwestycyjne oraz wielkość nowej sieci Orange w 9 regulowanych obszarach gminnych w latach 2014-2018.

WOJEWÓZTWO	POWIAT	GMINA	Nakłady Orange [mln zł]	Długość wybudowanej sieci światłowodowej [km]
DOLNOŚLĄSKIE	DZIERŻONIOWSKI	DZIERŻONIÓW		
DOLNOŚLĄSKIE	KŁODZKI	KŁODZKO		
DOLNOŚLĄSKIE	LUBAŃSKI	LUBAŃ		
DOLNOŚLĄSKIE	ZĄBKOWICKI	ZĄBKOWICE ŚLĄSKIE		
LUBUSKIE	LEGNICA	LEGNICA		
LUBUSKIE	ZIELONA GORA	ZIELONA GORA		
ŁÓDZKIE	SIERADZKI	SIERADZ		
POMORSKIE	MALBORSKI	MALBORK		
WIELKOPOLSKIE	OSTROWSKI	OSTRÓW WIELKOPOLSKI		

⁷ Projekt DR LLU, str. 26; Projekt DD LLU, str. 18; Projekt DR BSA, str. 30; Projekt DD BSA, str. 18; Projekt PD BSA, str. 19.

Przedmiotowa analiza pozwoliłaby na kwantyfikację inwestycji Orange w sieci FTTx na obszarach gminnych regulowanych i zderegulowanych w okresie „wakacji regulacyjnych” zapewnionych przez Prezesa UKE.

Ważne jest, aby wartości wykazane przez Orange były uwiarygodnione poprzez przekazanie dokumentów potwierdzających prezentowane dane.

12. Brak działań Prezesa UKE weryfikujących zachowania Orange po częściowej deregulacji rynku 3b, na skutek czego Orange stosuje niedozwolone praktyki rynkowe związane z ustalaniem stawek hurtowych w relacji do opłat detalicznych. Dowodem może być porównanie przykładowych stawek hurtowych Orange za usługi BSA na obszarze regulowanym i zderegulowanych.

Tabela nr 2. Różnice stawek hurtowej usługi BSA na 76 zderegulowanych obszarach gminnych oraz na regulowanych obszarze kraju, dla poziomu dostępu Ethernet.

Opcja usługi BSA	Poziom dostępu Ethernet		
	Stawka na obszarach regulowanych	Stawka na obszarach nieregulowanych	Cena na obszarach nieregulowanych jako % ceny na obszarach regulowanych
512/128	11,38	11,38	100,0%
up to 10240/128-1024	12,93	21,95	169,8%
20480/1024	13,63	22,89	167,9%
up to 81920/8668	15,38	25,00	162,5%
250/128	12,01	25,10	209,0%
512/128	12,05	25,38	210,6%
1024/256	12,17	26,16	215,0%
1024/512	12,23	27,08	221,4%
1024/1024	12,30	27,79	225,9%
2048/256	12,49	27,79	222,5%
2048/512	12,62	29,81	236,2%
2048/1024	12,89	31,37	243,4%
4096/512	13,38	33,67	251,6%
4096/1024	13,70	39,65	289,4%
4096/1536	14,03	44,30	315,8%
8192/640	15,38	48,69	316,6%
8192/1024	15,84	64,80	409,1%
8192/1536	16,44	77,32	470,3%
up to 10240/512-1024	13,64	28,47	208,7%
15360/800	18,38	69,96	380,6%
15360/1024	18,78	100,44	534,8%
15360/1536	19,67	124,11	631,0%
20480/1536	14,91	32,45	217,6%
40960/4096	59,63	59,63	100,0%
40960/10240	70,07	70,07	100,0%
up to 81920/4096	19,50	65,40	335,4%
up to 81920/10240	21,14	80,95	382,9%
100000	34,75	Brak	nd
300000	34,90	brak	nd

Źródło: Opracowanie własne na podstawie: <http://www.hurt-orange.pl/operatorzy-krajowi/bsa/>.

Jak wynika z powyższego, różnica stawek hurtowych na obszarach zderegulowanych stanowi średnio 271,4% stawek na obszarach regulowanych. Dla poziomu ATM różnice te są większe.

Powyższa tabela określa różnicę stawek hurtowych dla poziomu Ethernet, przy czym należy mieć na uwadze, że dla poziomu dostępu ATM, różnice te są znacznie większe. Ponadto, opcje usługi 100 Mbps i 300 Mbps nie są dostępne dla operatorów alternatywnych na terenach zderegulowanych.

Netia podkreśla, że Prezes UKE powinien dokonywać oceny regulacji *ex ante* i przeciwdziałać praktykom zmierzającym do zniekształcania sytuacji konkurencyjnej na rynku, zamiast czekać na zaistnienie nieodwracalnych skutków takich postaw operatora zintegrowanego pionowo.

1.2. Usługi dostępu do infrastruktury

1. Zmiana sposobu rozliczeń przedsiębiorców telekomunikacyjnych z Orange z tytułu dzierżawy kanalizacji, na skutek wydania decyzji Prezesa UKE z dnia 11 września 2018 roku, sygn.: DHRT.WIT.6082.1.2017.97,⁸ która po wejściu w życie dnia 15 marca 2019 roku skutkować będzie wzrostem stawek hurtowych dla większości operatorów korzystających z kanalizacji Orange.
2. Jednoczesna i analogiczna regulacja TOYA sp. z o.o., INEA S.A., UPC Polska sp. z o.o., Vectra Investments sp. z o.o. sp. j., Multimedia Polska S.A. oraz Netia S.A. w zakresie dostępu do kanalizacji kablowej oraz kanalizacji telekomunikacyjnej budynku tych operatorów.⁹
3. Zbliżająca się regulacja TOYA sp. z o.o., INEA S.A., Vectra Investments sp. z o.o. sp. j., Multimedia Polska S.A., UPC Polska sp. z o.o. oraz Netia S.A. w zakresie dostępu do kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych.¹⁰

Netia wskazuje, że w tym przypadku Prezes UKE wyłączył z regulacji Orange.

4. Zbliżająca się regulacja dostępu do tzw. budynków komercyjnych, po dokonaniu analizy informacji rynkowych, w tym umów komercyjnych, stanowiących odpowiedzi na wezwania Prezesa UKE z dnia 23 października 2018 roku, o sygn.: DHRT.WIT.6082.5.2018.6.

Na tym etapie Netii nie jest znana lista regulowanych podmiotów, nie można więc wykluczyć, że i ta regulacja „ominie” Orange.

1.3. Kierunek polityki regulacyjnej

W kontekście przytoczonych powyżej działań Prezesa UKE (lub ich braku), obecna sytuacja konkurencyjności rynku telekomunikacyjnego zmierza w kierunku znacznego zwiększenia regulacji tzw. alternatywnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych przy jednoczesnym łągodzeniu obowiązków lub całkowitej deregulacji Orange. Niejednokrotnie fakt ten

⁸ <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-infrastruktury/decyzja-prezesa-uke-dla-orange-polska-s-a-dotycza-kanalizacji-kablowej-oraz-kanalizacji-telekomunikacyjnej-budynku.3.html>.

⁹ <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/dostep-do-infrastruktury/>.

¹⁰ Komunikaty Prezesa UKE z dnia 10 stycznia 2019 roku:
<https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/2019-1.arch.html>.

uzasadniany jest przez Prezesa UKE koniecznością ponoszenia wysokich kosztów inwestycji Orange w sieć światłowodową i zwiększonym poziomem ryzyka.

Argument ten jest nieadekwatny do sytuacji rynkowej ze względu na fakt, że Orange nie jest jedynym operatorem, który modernizuje sieć miedzianą i/lub buduje nową sieć światłowodową. Dodatkowo, Prezes UKE całkowicie pomija fakt, że budowa ta odbywa się głównie w obszarach o dużej gęstości zaludnienia (Gdańsk, Gdynia, Warszawa, Bydgoszcz, Wrocław i inne), gdzie Orange odczuwa dużą presję konkurencji oraz na obszarach wytypowanych selektywnie na podstawie ekonomicznej analizy opłacalności inwestycji.

Z drugiej strony, gdyby Orange miał w planach objąć siecią światłowodową obszar całego kraju (co mogłoby uzasadniać sens „poluzowania” regulacyjnego), wówczas niepotrzebne byłyby programy pomocowe typu POPC („Program Operacyjny Polska Cyfrowa”), w ramach których nowoczesna infrastruktura budowana jest przy znacznym wsparciu finansów publicznych, na obszarach, na których budowa ze środków prywatnych przedsiębiorców jest nieopłacalna. Zatem faworyzowanie przez Prezesa UKE jednego podmiotu w rynkowej walce o utrzymanie udziałów rynkowych, czy też modernizacji istniejącej lub budowy sieci nowej generacji kosztem pozostałych podmiotów rynkowych, jest niczym innym, jak formą dyskryminacji.

Powyższego dowodzi choćby stosowanie przez Prezesa UKE różnych standardów oceny konkurencyjności do różnych – ale ściśle powiązanych – rynków (usług), co jest szczególnie istotne w przypadku przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo na rynku infrastrukturalnym. Mianowicie, w Projektach Rozstrzygnięć Prezes UKE przyjął udział rynkowy na poziomie 40%,¹¹ powyżej którego uznaje się, że podmiot posiada pozycję dominującą, zgodnie z ustawą z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 roku, poz. 798 ze zm., zwanej dalej „uokk”). Natomiast w Decyzji R8 Prezes UKE wykazał, że na rynku rozpoczynania połączeń głosowych Orange nieprzerwanie od 2011 roku posiada znacznie ponad 70% udział wolumenu ruchu,¹² a mimo tego postanowił zderegulować przedmiotowy rynek, bez żadnej analizy następstw podjętego rozstrzygnięcia.

W świetle argumentów przedstawionych w pkt 1.1.–1.2. niniejszego stanowiska, w ocenie Netii zasada zapewnienia przewidywalności regulacyjnej (art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. e Pt), nie ma zastosowania w toku kreowania otoczenia regulacyjnego na rynku telekomunikacyjnym w Polsce. Implikuje to brak realizacji zasady prawdy obiektywnej oraz zasady pogłębiania zaufania wyrażonych literalnie w art. 7 i art. 8 kpa.

Niemniej jednak, mając na uwadze przedmiot Projektów Rozstrzygnięć, które w obecnym kształcie doskonale wpisują się w przedstawione wcześniej otoczenie regulacyjne, w dalszej części Netia przedstawia bardziej szczegółowe stanowisko konsultacyjne.

2. KONKURENCYJNOŚĆ RYNKU

W ocenie Netii kryteria służące do oceny konkurencyjności rynku są jednym z kluczowych elementów analizy, na skutek której dany rynek właściwy podlega regulacji *ex ante*. Powinny być one zatem w jak największym stopniu obiektywne, ale też jednoznacznie zdefiniowane (określone).

W związku z powyższym, Netia pragnie wskazać wątpliwości w zakresie określonych przez Prezesa UKE wskaźników stanowiących warunki konkurencyjności danego obszaru gminnego.

¹¹ Projekt DR LLU, str. 40; Projekt DD LLU, str. 32; Projekt DR BSA, str. 40; Projekt DD BSA, str. 28; Projekt PD BSA, str. 29.

¹² Decyzja R8, str. 33; <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/decyzje-prezesa-uke-dla-orange-polska-s-a-2.html>.

2.1. Trzech operatorów

Kryterium to zostało przez Prezesa UKE zdefiniowane następująco:

„(...) na danym obszarze gminnym działa przynajmniej trzech operatorów świadczących detaliczną usługę szerokopasmowego dostępu do Internetu”.

Dalej czytamy, że jest to kryterium infrastrukturalne oraz, że:

„Aby konkurencję uznać za skuteczną Prezes UKE przyjął, że na terenie gminy musi działać przynajmniej trzech operatorów (...).”¹³

W tym kontekście Netia wskazuje, że uzasadnienie Projektów Rozstrzygnięć nigdzie nie wskazuje czy kryterium to uwzględnia operatorów świadczących detaliczne usługi dostępu do sieci Internet w oparciu o usługi BSA i/lub LLU albo w inny sposób uwzględnia lub eliminuje jakichkolwiek przedsiębiorców. Wątpliwość ta jest tym bardziej uzasadniona, gdy porównamy wartości tego kryterium określone przykładowo w Tabeli 4 z Projektu DR LLU (str. 43) i Tabeli 4 z Projektu DR BSA (str. 43).

Tabela nr 3. Przykładowe różnice wartości kryterium 1 w Projekcie DR LLU i Projekcie DR BSA.

WOJEWÓDZTWO	POWIAT	GMINA	Kryt.1 Projekt DR LLU	Kryt.1 Projekt DR BSA
DOLNOŚLĄSKIE	GŁOGOWSKI	GŁOGÓW	12	13
PODLASKIE	SUWAŁKI	SUWAŁKI	10	11
WIELKOPOLSKIE	PILSKI	PIŁA	13	14

Źródło: Opracowanie własne na podstawie Projektu DR LLU i Projektu DR BSA.

Jak zostało wspomniane wcześniej, uzasadnienie Projektów Rozstrzygnięć nie jest zbyt szczegółowe ani precyzyjne w zakresie opisu kryteriów konkurencyjności, czyli kluczowego elementu analizy rynku. W każdym z Projektów Rozstrzygnięć definicje tego kryterium są opisane identycznie, wobec czego Netia nie znajduje uzasadnienia dla występowania różnic w ilości operatorów świadczących usługi na danym obszarze gminnym.

Netia zakłada, że w analizie rynku BSA Prezes UKE uwzględnił dodatkowo operatorów świadczących usługi dostępu szerokopasmowego do Internetu na bazie usług hurtowych BSA. W ocenie Netii jednak oczywistym wydaje się fakt, że nie powinni być oni brani pod uwagę, gdyż nie posiadają w danym budynku własnej infrastruktury, a jest to warunek konieczny w przypadku kryterium infrastrukturalnego określającego poziom duplikacji sieci.

Dodatkowo, przedmiotowa analiza konkurencyjności rynku została przeprowadzana od strony detalicznej, aby na skutek zidentyfikowanych problemów dopasować regulacje na rynku hurtowym. Percepcja abonenta jest „zero-jedynkowa” – w miejscu jego zamieszkania jest albo 10 albo 11 operatorów.

Stąd też różnica liczby operatorów na danym obszarze gminnym powinna być identyczna w każdym z Projektów Rozstrzygnięć. W przeciwnym wypadku, każda odmienność powinna być szczegółowo opisana i uzasadniona, wraz z określeniem jej wpływu na pozostałe kryteria konkurencyjności.

W związku z powyższym Netia sugeruje:

¹³ Projekt DR LLU, str. 40; Projekt DD LLU, str. 32; Projekt DR BSA, str. 40; Projekt DD BSA, str. 28; Projekt PD BSA, str. 29.

1. doprecyzowanie definicji kryterium konkurencyjności nr 1 poprzez jednoznaczne wskazanie czy do liczby operatorów zaliczają się operatorzy świadczący usługi w oparciu o dostęp hurtowy LLU i/lub BSA oraz
2. ponowną analizę wartości przedmiotowego kryterium i podanie prawidłowych i spójnych wyników, albo
3. jednoznaczne wskazanie z czego wynikają różnice w ilości operatorów świadczących usługi dostępu szerokopasmowego na niektórych obszarach gminnych pomiędzy Projektem DR LLU a Projektem DR BSA;
4. szczegółowe określenie wpływu tego kryterium na wartości pozostałych kryteriów konkurencyjności w treści uzasadnienia Projektów Rozstrzygnięć.

2.2. Udziały Orange

W opinii Netii kryterium 2 zostało błędnie zdefiniowane. Prezes UKE określił to kryterium następująco:

„(...) na danym obszarze gminnym udział procentowy liczby klientów Orange Polska S.A. na rynku dostępu lokalnego w stałej lokalizacji na poziomie detalicznym do całości liczby klientów nie przekracza 40%”.¹⁴

Jak wynika z powyższego, ale także innych fragmentów Projektów Rozstrzygnięć,¹⁵ analiza konkurencyjności rynku prowadzona jest dla rynku detalicznego. Stąd też kryterium to nie powinno odnosić się do „dostępu lokalnego w stałej lokalizacji na poziomie detalicznym”. Netia nie jest w stanie stwierdzić, co oznacza przedmiotowe sformułowanie. Liczba abonentów usług szerokopasmowych nie zależy przecież od definicji rynku hurtowego.

Słuszność powyższego potwierdza rozwinięcie definicji tego kryterium:

„Przyjęcie proggu 40% jako maksymalnego udziału procentowego liczby usług największego operatora do całości liczby usług świadczonych w gminie (...)”.¹⁶

Powyższe w żaden sposób nie odnosi się do sposobu świadczenia usług szerokopasmowych przez operatorów działających usługi detaliczne w oparciu o usługi hurtowe. Z punktu widzenia abonenta nie ma bowiem znaczenia, czy dany operator dostarcza mu usługi w oparciu o własną infrastrukturę, czy na bazie usług hurtowych typu BSA czy LLU.

Błędne zdefiniowanie kryterium 2 potwierdza brak korelacji z liczbą operatorów w danej gminie, gdyż wartość ta nie ulega zmianie wraz ze zmianą liczby operatorów w danej gminie, czego dowodzi poniższa tabela, w której przedstawiono analogiczne obszary gminne, jak we wcześniejszej tabeli nr 3.

Tabela nr 4. Zmiana ilości operatorów vs zmiana kryterium 2.

WOJEWÓDZTWO	POWIAT	GMINA	Kryt. 1 Projekt DR LLU	Kryt. 1 Projekt DR BSA	Kryt.2 Projekt DR LLU	Kryt.2 Projekt DR BSA
DOLNOŚLĄSKIE	GŁOGOWSKI	GŁOGÓW	12	13	10%	10%
PODLASKIE	SUWAŁKI	SUWAŁKI	10	11	17%	17%

¹⁴ Projekt DR LLU, str. 40; Projekt DD LLU, str. 32; Projekt DR BSA, str. 40; Projekt DD BSA, str. 28; Projekt PD BSA, str. 29.

¹⁵ Np. Projekt DR LLU, str. 41.

¹⁶ Projekt DR LLU, str. 40; Projekt DD LLU, str. 33; Projekt DR BSA, str. 41; Projekt DD BSA, str. 28; Projekt PD BSA, str. 30.

WIELKOPOLSKIE	PILSKI	PIŁA	13	14	5%	5%
---------------	--------	------	----	----	----	----

Źródło: Opracowanie własne na podstawie Projektu DR LLU oraz Projektu DR BSA.

Jak zostało wskazane wcześniej, skoro analiza prowadzona jest na poziomie detalicznym, to nie ma znaczenia czy na poziomie hurtowym usługa jest zakwalifikowana jako lokalny czy centralny punkt dostępu. Dowodzi tego właśnie stałość kryterium 2.

Powyższe jest uzasadnione jeszcze jednym – w ocenie Spółki – błędnym założeniem przyjętym przez Prezesa UKE przy definiowaniu tego kryterium konkurencyjności. Mianowicie, odwołuje się ono bezpośrednio do Orange. Stąd też, jakakolwiek zmiana liczby operatorów na danym obszarze gminnym nie wpływa w żaden sposób na kryterium nr 2, gdyż pokazuje ono zawsze wartość dla Orange. W takim przypadku korelacja kryterium nr 1 i nr 2 byłaby oczywista – pojawienie się dodatkowego operatora w danym obszarze gminnym (wzrost kryterium nr 1), skutkowałoby zmniejszeniem udziałów operatora o największym udziale rynkowym w tym obszarze (spadek kryterium nr 2).

Zdaniem Netii prawidłowo określone kryterium oceny konkurencyjności rynku nie powinno odnosić się wyłącznie do Orange. Co więcej, nie powinno odnosić się do któregośkolwiek operatora działającego na danym rynku właściwym. Prawidłowo określone kryterium powinno pozwalać dokonać oceny sytuacji rynkowej na danym rynku hurtowym a nie wyłącznie sytuacji operatora, który w wyniku poprzednich regulacji był uznany za podmiot o znaczącej pozycji rynkowej.

Obecna definicja kryterium nr 2 powoduje, że przeprowadzona analiza dotyczy sytuacji (nawet nie pozycji) Orange na poszczególnych obszarach gminnych i nie odpowiada w żaden sposób analizie rynku, o której mowa w art. 21 Pt. Rozwinięcie tej kwestii znajduje się także w pkt 3 niniejszego stanowiska.

W związku z powyższym Netia proponuje zmianę definicji kryterium nr 2 poprzez:

- 1. wykreślenie z niej sformułowania „na rynku dostępu lokalnego w stałej lokalizacji”;*
- 2. wykreślenie z definicji bezpośredniego odniesienia do Orange;*
- 3. doprecyzowanie zgodnie z poniższą propozycją Netii.*

W związku z powyższym, a także pkt 3 niniejszego stanowiska, definicja kryterium nr 2 powinna brzmieć następująco:

„(...) na danym obszarze gminnym liczba klientów danego operatora na poziomie detalicznym do całości liczby klientów w tym obszarze nie przekracza 40%”.

2.3. Poziom duplikacji sieci – przyjęty próg duplikacji

Netia wyraża zaniepokojenie faktem, że treść uzasadnienia Projektów Rozstrzygnięć nie wskazuje żadnych szczegółów w zakresie przeprowadzonej przez Prezesa UKE analizy sytuacji Orange na rynku dostępu szerokopasmowego do sieci Internet.

Wyłącznie analiza porównawcza co najmniej dwóch dokumentów spośród pięciu stanowiących Projekty Rozstrzygnięć, dostarcza pewnych domysłów, ale i dodatkowych wątpliwości.

Definicja kryterium nr 3 (tzw. kryterium duplikacji sieci) zakłada, że:

„(...) przynajmniej 65% lokali na danym obszarze gminnym posiada dostęp do infrastruktury przynajmniej trzech operatorów”.¹⁷

I dalej czytamy, że jest to kryterium infrastrukturalne, a:

„(...) przynajmniej trzech z nich ma dostęp do co najmniej 65% lokali mieszkalnych (...) i powoduje, że konkurencja jest realna a dostawcy usług są zmuszeni konkurować ze sobą tak ofertą, jakością jak i ceną”.¹⁸

W związku z powyższym Netia sugeruje szersze omówienie przez Prezesa UKE kwestii, które mówią o tym, że:

1. próg 65% jest bardziej adekwatny do oceny konkurencyjności rynku niż próg np. 70%;
2. próg 65% pozwala przyjąć, że „(...) operator będzie skłonny podjąć ryzyko inwestycyjne (...)”;¹⁹ oraz o wyjaśnienie o jakiego rodzaju inwestycje chodzi i na czym miałyby one polegać?
3. brak uwzględnienia segmentu biznesowego w przedmiotowym kryterium jest w pełni uzasadniony i nie ma wpływu na wynik analizy;
4. ilość usług świadczonych klientom biznesowym jest pomijalna, gdyż nie przekracza odsetka błędu statystycznego.

Na skutek wskazanych wątpliwości zasadne wydaje się:

1. ponowne przeliczenie wartości kryterium nr 3 z dokładnością do jednego gospodarstwa domowego, zamiast do jednego budynku;
2. przedstawienie wartości kryterium 3 w rozwinięciu do drugiego miejsca po przecinku.

Słowem uzasadnienia i rozwinięcia powyższych wniosków, Netia wskazuje, że:

1. W naszej ocenie próg 70% duplikacji sieci jest bardziej logiczny i bardziej adekwatny niż próg 65% zaproponowany przez Prezesa UKE. Zmiana przyjętego poziomu progu duplikacji sieci ma znaczący wpływ na wynik analizy, gdyż np. w zakresie Projektu DR LLU skutkuje uznaniem 22 spośród 51 obszarów gminnych za niekonkurencyjne (być może 23 obszary, gdyż Hel ma wykazany w zaokrągleniu 70% poziom duplikacji sieci).
2. W opinii Netii dodatkowego wyjaśnienia wymaga przyjęty wysunięty przez Prezesa UKE wniosek o skłonności do ryzyka inwestycyjnego. Niezbędne jest doprecyzowanie, czy Prezes UKE uważa, że na obszarze, na którym 65% lokali ma już dostęp do infrastruktury co najmniej trzech operatorów, czwarty z nich jest skłonny podjąć ryzyko inwestycyjne? Nie jest oczywiste czy Prezes UKE miał na myśli inwestycje w dalszą duplikację sieci i wybudowanie czwartej z nich, czy może inwestycje w pozostały obszar obejmujący 35% lokali?
3. Odnosząc się wprost do terminologii określonej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 roku, poz. 1422 ze zm., zwane dalej „rtwb”), wnosimy o wykazanie, które z kategorii budynków

¹⁷ Projekt DR LLU, str. 40; Projekt DD LLU, str. 32; Projekt DR BSA, str. 40; Projekt DD BSA, str. 28; Projekt PD BSA, str. 29.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

określonych w § 3 pkt 4-8 rwtb, były uwzględnione w analizie przeprowadzonej przez Prezesa UKE, na podstawie której przygotowane zostały Projekty Rozstrzygnięć.

W ocenie Netii, odniesienie się w definicji kryterium nr 3 do lokali mieszkalnych, koreluje wprost z definicją mieszkania (§ 3 pkt 9 rwtb) w budynku mieszkalnym jedno- i wielorodzinnym (§ 3 pkt 4 lit. a i b wrbt). Można także przyjąć, że lokal mieszkalny w Projektach Rozstrzygnięć obejmuje również pomieszczenie mieszkalne (§ 3 pkt 10 rwtb) w budynku zamieszkania zbiorowego (§ 3 pkt 5 rwtb).

Z powyższego wynika jednak wprost, że dokonana analiza nie uwzględnia segmentu biznesowego ani *public*, gdyż w żadnym fragmencie nie odnosi się do budynków użyteczności publicznej (§ 3 pkt 6 rwtb) ani budynków rekreacji indywidualnej (§ 3 pkt 7 rwtb).

Domniemywać należy, że kwestia braku uwzględnienia znacznej części rynku w analizie Prezesa UKE może znacząco wpływać na jej wynik, w związku z czym kwestia ta wymaga dokładnego wyjaśnienia.

Jeśli teza z pkt 3 powyżej jest błędna, to Prezes UKE powinien jednoznacznie wykazać:

- a) **uwzględnienie segmentu *public* i biznesu w analizie Prezesa UKE;**
- b) **jaki udział stanowią budynki mieszkalne (segment *home*) w całości analizowanych budynków;**
- c) **w jaki sposób analiza uwzględnia budynki z lokalami użytkowymi mieszczącymi się na dolnej kondygnacji i mieszkaniami na wyższych kondygnacjach w przypadku, gdy w danym budynku jeden z operatorów świadczy w usługę dostępu szerokopasmowego wyłącznie dla jednego z lokali usługowych.**

Przedstawione powyżej w stanowisku sugestie ponownego przeliczenia wartości kryterium nr 3 z dokładnością do jednego gospodarstwa domowego, zamiast do jednego budynku, a także o przedstawienie wartości kryterium 3 w rozwinięciu do drugiego miejsca po przecinku, wynikają z oceny Netii, że analiza tak istotnej kwestii, jaką jest z całą pewnością konkurencyjność rynku, wymaga dogłębnej, a nie uproszczonej analizy.

Netia zgłasza zdecydowany sprzeciw wobec założenia zastosowanego przez Prezesa UKE w swojej analizie, polegającego na tym, że:

„(...) W analizie przyjęto założenie o dostępności infrastruktury na poziomie budynku. Oznacza to, iż w zasięgu sieci danego operatora są wszystkie lokale mieszkalne w budynkach, w których wykazał on przynajmniej jedną aktywną usługę dostępu stacjonarnego do usług szerokopasmowych.”²⁰

Wskazujemy, że Prezes UKE dysponuje danymi o ilości gospodarstw domowych w każdym budynku w kraju, inaczej bowiem nie byłby w stanie przeprowadzić analizy cenników przedsiębiorców w podziale na budynki do 10 i od 10 włącznie mieszkań (Projekt DR LLU, str. 53-67; Projekt DD LLU, str. 41-53; Projekt DR BSA, str. 54-66; Projekt DD BSA, str. 43-56; Projekt PD BSA, str. 44-57). Zatem jeśli Prezes UKE dysponuje takimi danymi, to Netia nie widzi podstaw do stosowania uproszczenia w postaci założenia, że co najmniej jedna aktywna usługa wykazana przez operatora w budynku oznacza, że wszystkie lokale mieszkalne tego budynku są w zasięgu jego sieci.

²⁰ Projekt DR LLU, str.41; Projekt DD LLU, str. 33; Projekt DR BSA, str. 41; Projekt DD BSA, str. 29; Projekt PD BSA, str. 30.

Z treści Projektów Rozstrzygnięć nie wynika także, czy uproszczenie takie zostało przez Prezesa UKE zastosowane także do oceny kryterium nr 4 (dostępność usług), co może mieć znaczny wpływ na wynik analizy.

2.4. Poziom duplikacji sieci – udział operatorów BSA i LLU

Z kryterium nr 3 – duplikacji sieci wiąże się jeszcze jedna istotna wątpliwość, której nie wyjaśnia w żaden sposób treść uzasadnienia Projektów Rozstrzygnięć, a może być ona pokłosiem wątpliwości określonej w pkt 2.1. niniejszego stanowiska.

Mianowicie, porównując wyniki analizy Prezesa UKE w Projekcie DR LLU i Projekcie Decyzji BSA, można jednoznacznie wskazać, że dla obszarów gminnych, dla których istnieje inna liczba operatorów (a jest ona dla każdego przypadku większa w analizie rynku 3b), wskaźnik duplikacji sieci jest także większy (w przeciwieństwie do kryterium nr 2 opisanym w pkt 2.2. niniejszego stanowiska).

W ocenie Netii powyższe dowodzi faktu, że Prezes UKE w toku analizy, „dodał” w danym obszarze operatora lub operatorów, który świadczy usługi w oparciu o usługę hurtową BSA. Skutkiem powyższego jest wzrost wskaźników kryterium nr 3, co ilustruje poniższa tabela, będą kontynuacją wcześniejszego przykładu:

Tabela nr 5. Zmiana wartości kryterium nr 3 na wybranych obszarach gminnych.

WOJEWÓDZTWO	POWIAT	GMINA	Kryt.3 Projekt DR LLU	Kryt.3 Projekt DR BSA
DOLNOŚLĄSKIE	GŁOGOWSKI	GŁOGÓW	79%	81%
PODLASKIE	SUWAŁKI	SUWAŁKI	68%	20%
WIELKOPOLSKIE	PILSKI	PILA	75%	79%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie Projektu DR LLU oraz Projektu DR BSA.

Zdaniem Netii powyższe działanie jest niedopuszczalne i nie powinno stanowić dowodu na poziom duplikacji sieci, co najmniej z kilku powodów:

1. Analiza konkurencyjności rynku prowadzona jest na rynku detalicznym:

„Aby zatem ocenić warunki panujące na rynku hurtowym, dokonano oceny warunków na detalicznym rynku usług dostępu szerokopasmowego”.

Stwierdzenie o analizie rynku detalicznego pojawia się kilkakrotnie we wszystkich Projektach Rozstrzygnięć, np. Projekt DR BSA, str. 42.

2. Kryterium nr 3, jak wskazuje sam Prezes UKE, stanowi kryterium infrastrukturalne. W związku z tym analizie powinien podlegać poziom duplikacji sieci, a nie usług w danym budynku (Projekt DR BSA, str. 40)
3. Stopień duplikacji sieci jest stały (albo sieć jest w budynku albo jej nie ma), wobec czego nie zależy on od świadczonych usług na poziomie hurtowym, gdyż jak sama nazwa kryterium wskazuje, mówimy o duplikacji sieci (fizycznej), a nie duplikacji usług detalicznych. Sam Prezes UKE wskazał, że:

„(...) Rynek określony niniejszą decyzją charakteryzuje się odmienną strukturą obejmującą (...) duplikację infrastruktury (...)”²¹

²¹ Projekt DR LLU, str. 38; Projekt DD LLU, str. 31; Projekt DR BSA, str. 39; Projekt DD BSA, str. 26; Projekt PD BSA, str. 28.

Zakładając zatem, że wnioskowanie Netii jest prawdziwe i różnice w analizie określonej w Projekcie DR BSA względem projektu DR LLU polegają na „dodaniu” (uwzględnieniu) operatora BSA (powinno to wynikać z treści Projektów Rozstrzygnięć, a nie z przypuszczeń podmiotu zainteresowanego), to należy jednoznacznie wskazać, że operator taki nie powieła infrastruktury, wobec czego nie wpływa na zmianę wskaźnika duplikacji sieci. W przypadku operatorów świadczących usługi w oparciu o BSA, ich usługi detaliczne świadczone są na sieci Orange. Przyjęcie do wyznaczenia poziomu duplikacji sieci usług świadczonych w oparciu o BSA w praktyce oznacza, że sieć Orange jest brana pod uwagę kilkakrotnie (jako sieć własna Orange i sieć operatorów usług BSA).

4. Analiza konkurencyjności rynku detalicznego powinna być przeprowadzana w ujęciu prognostycznym, ²² zatem zasadnym wydaje się nieuwzględnianie operatora korzystającego z usług BSA i LLU w kryterium nr 3, gdyż na skutek deregulacji obszarów gminnych i zniesienia obowiązków zapewnienia dostępu przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej, spodziewane jest zaprzestanie świadczenia przez operatorów korzystających z usług BSA.

Mając powyższe na uwadze w opinii Netii zasadne będzie:

1. **doprecyzowanie przez Prezesa UKE definicji kryterium konkurencyjności nr 3 poprzez jednoznacznie wskazanie czy do liczby operatorów zaliczają się operatorzy świadczący usługi w oparciu o dostęp hurtowy LLU i/lub BSA;**
2. **jeśli w/w operatorzy zostali uwzględnieni, to przeprowadzenie analizy korelacji pomiędzy ich udziałem a poziomem duplikacji sieci;**
3. **przeprowadzenie ponownej analizy wartości przedmiotowego kryterium z wyłączeniem operatorów świadczących usługi detaliczne w oparciu o usługi hurtowe Orange;**
4. **ustalenie/określenie jaki czynnik wpływa wprost na zwiększenie poziomu duplikacji sieci na obszarach, gdzie wykazana została większa liczba operatorów w Projekcie DR BSA w odniesieniu do Projektu DR LLU;**

Netia wskazuje dodatkowo, że wszystkie podniesione kwestie powinny zostać jednoznacznie określone w uzasadnieniach Projektów Rozstrzygnięć tak, aby nie było konieczne stosowanie domysłów, bowiem zadaniem Prezesa UKE jest wyczerpujące informowanie o zastosowanym rozstrzygnięciu oraz podstawach jego przyjęcia.

W naszej ocenie nie zostało jednoznacznie wskazane, czy w analizie wynikającej z Projektu DR LLU i Projektu DD LLU, w ramach kryterium nr 1 i nr 3, Prezes UKE uwzględnił operatorów świadczących usługi w oparciu o usługę LLU w sieci Orange.

Analogicznie, nie zostało jednoznacznie wskazane, czy w analizie wynikającej z Projektu DR BSA, Projektu DD BSA, w ramach kryterium nr 1 i nr 3, Prezes UKE uwzględnił operatorów świadczących usługi w oparciu o usługę BSA w sieci Orange.

Jeśli obie kategorie operatorów są uwzględnione w ramach kryterium nr 1 i nr 3, to w jaki sposób wyznaczony został poziom duplikacji sieci odrębnie dla usług na rynku 3a i rynku 3b? Należy mieć bowiem na uwadze fakt, że operatorzy ci nie posiadają własnej infrastruktury w budynku, nie może być zatem mowy o duplikacji infrastruktury.

²² Projekt DR BSA, str. 22.

2.5. Poziom duplikacji sieci – technologia DOCSIS

W Projektach Rozstrzygnięć Prezes UKE wskazuje, że technologia DOCSIS w sieciach HFC została przez Prezesa UKE zaliczona do rynku produktowego na poziomie detalicznym. Na szczeblu hurtowym jednak Prezes UKE uznaje, że technologia ta nie jest substytucyjna względem technologii xDSL czy FTTx, gdyż nie znalazł wystarczających przesłanek dla uznania, że elementy sieci HFC mogą być uwolnione analogicznie do usług BSA lub LLU.²³

W ocenie Netii zaskakujące jest zatem, że Prezes UKE dokonując analizy, szczególnie w kontekście kryterium nr 3, uwzględnił również sieć HFC. Należy bowiem wskazać, że skoro Prezes UKE uznał, że na poziomie hurtowym sieci HFC nie może stanowić substytutu sieci miedzianych ani światłowodowych, to sieci te powinny być również wyłączone z analizy detalicznej.

Faktem jest, że abonent korzystając z dostępu do sieci Internet nie przywiązuje znaczącej uwagi w zakresie technologii, w jakiej świadczona jest usługa dostępu do sieci Internet. Nie jest jednak prawdą, że fakt istnienia na danym obszarze gminnym usług świadczonych abonentom w oparciu o sieci HFC czyni rynek konkurencyjnym na poziomie hurtowym. Należy bowiem wskazać, że na obszarze gmin, w których Prezes UKE planuje zdjąć obowiązki regulacyjne ciążące na Orange (ze względu na duży udział usług detalicznych świadczonych w oparciu o sieci HFC), operatorzy korzystający z hurtowych usług BSA czy LLU w sieci Orange nie będą mieli możliwości skorzystania z odpowiednika tej usługi w sieci żadnego innego operatora. Tym samym deregulacja takich obszarów będzie w praktyce oznaczała brak możliwości świadczenia usług w oparciu o usługi hurtowe BSA i LLU. A to, z punktu widzenia odbiorcy hurtowych usług w sieci Orange, stanowi przecież ograniczenie konkurencji, któremu Prezes UKE powinien zapobiegać na mocy postanowień Pt.

W ocenie Netii przyjęte przez Prezesa UKE kryteria definicji rynku są niewłaściwe. Skoro Prezes UKE uznał, że na poziomie hurtowym do analizy należy brać jedynie technologię xDSL i FTTX, to analogicznie powinien przeprowadzić analizę detaliczną, wyłączając z analizy udziały rynkowe oraz duplikację sieci poprzez technologię DOCSIS.

Niejednokrotnie Prezes UKE w Projektach Rozstrzygnięć podnosi, że prowadzi analizę na szczeblu detalicznym, aby zidentyfikowane na nim bariery i problemy przełożyć na rynek hurtowy i im przeciwdziałać. Jednak uwzględnienie sieci HFC wyłącznie po stronie detalicznej rynku znacznie zniekształca wnioski dotyczące poziomu hurtowego odpowiedniego rynku. Należy wskazać, że na skutek działań Prezesa UKE polegających na wydaniu Projektów Rozstrzygnięć w ich obecnym brzmieniu, sytuacja konkurencyjna na rynku dostępu do sieci Internet z perspektywy abonenta ulegnie pogorszeniu. Powodem będzie oczywiście wycofanie się operatorów działających w oparciu o usługi hurtowe BSA i LLU ze zderegulowanych obszarów gminnych. Dla abonenta oznacza to jednego operatora mniej do wyboru.

Niestety w ocenie Netii, analiza dokonana przez Prezesa UKE poprzez wskazane powyżej kryteria powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie Orange w zakresie wyników analizy

Analogicznie z punktu widzenia rynku hurtowego, na skutek stwierdzenia przez Prezesa UKE substytucyjności sieci HFC względem sieci miedzianej i światłowodowej, nie powinna być uwzględniona w ramach kryterium nr 3. W końcu sieci radiowych Prezes UKE nie uwzględnił po żadnej ze stron definiowanego rynku – ani detalicznej ani hurtowej. Dlaczego zatem sieć HFC traktowana jest odmiennie, skoro analogicznie do sieci mobilnych nie stanowi substytutu na rynku hurtowym?

Na marginesie Netia wskazuje, że obowiązki regulacyjne związane z zapewnieniem dostępu na rynku 3b w technologii DOCSIS 3.0 zostały wdrożone w Macedonii w formie dostępu wirtualnego. Nie jest więc to niemożliwe technicznie.

²³ Projekt DR LLU, str. 18-36; Projekt DD LLU, str. 10-29; Projekt DR BSA, str. 22-37; Projekt DD BSA, str. 10-25; Postanowienie DD BSA, str. 10-26.

2.6. Dostępność usług

W zakresie kryterium nr 4, Netia nie będzie powielać wywodów poczynionych wcześniej w niniejszym stanowisku. Wskazujemy zatem, że dla kryterium dostępności usług istotne są wszystkie podniesione dotychczas kwestie z pkt 2.1.–2.5.

Oczywistym jest fakt, że zarówno ilość operatorów w danym obszarze gminnym, podejście do wyznaczenia udziałów rynkowych, uwzględnienie bądź nie segmentu biznesowego, czy nawet sieci HFC, ma znaczący wpływ na wynik przeprowadzonej przez Prezesa UKE analizy.

Stąd też niezbędne wydaje się:

1. **wyeliminowanie z kryterium nr 4 operatorów BSA i LLU, gdyż podejście do analizy powinno być prognostyczne, a na skutek działań Prezesa UKE w krótkim okresie czasu należy spodziewać się zakończenia ich działalności na obszarach podlegających deregulacji;**
2. **ponowne przeliczenie wskaźników dostępności sieci w oparciu o liczbę gospodarstw domowych, a zamiast zastosowanego uproszczenia analizy do poziomu budynku.**

W ramach podsumowania kwestii poruszonych w pkt 2 niniejszego stanowiska, należy wskazać, że kryteria konkurencyjności określone przez Prezesa UKE w Projektach Rozstrzygnięć są błędne i nie mogą stanowić podstawy wydania decyzji zgodnych z prawem i wiążących dla stron.

Projekty Rozstrzygnięć w obecnym brzmieniu stoją całkowicie w sprzeczności z celami regulacji i obowiązkami Prezesa UKE wynikającymi z art. 2 oraz 189 Pt, a także łamią podstawowe zasady prowadzenia postępowań określone w kpa.

3. ANALIZA (NIE)KONKURENCYJNOŚCI RYNKU

W ocenie Netii przeprowadzona analiza, której założenia, kryteria i wyniki zostały omówione w Projektach Rozstrzygnięć, nie jest analizą rynku, o której mowa w art. 21 ust. 1 Pt, na skutek czego wnioski Prezesa UKE w zakresie konkurencyjności rynku są całkowicie błędne.

Netia wskazuje, że zdefiniowane przez Prezesa UKE kryteria konkurencyjności, w szczególności kryterium nr 2 odnoszące się wprost do Orange, skutkują fałszywymi wnioskami w zakresie konkurencyjności rynku. Prezes UKE wskazuje w Projektach Rozstrzygnięć, że w zakresie kryterium 2 przyjęcie progu 40% udziału w rynku wynika bezpośrednio z postanowień uokk, której art. 4 pkt 10 uokk stanowi, że pod pojęciem pozycji dominującej rozumie się:

„(...) pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%;”

Netia wskazuje, że definicja pozycji dominującej z uokk nie odnosi się do żadnego konkretnego przedsiębiorcy, a definicja kryterium konkurencyjności nr 2, określonego przez Prezesa UKE, odnosi się wprost do jego z przedsiębiorców – Orange. Sam ten fakt dowodzi błędnych wniosków z analizy.

W celu wykazania błędnych wniosków z analizy Prezesa UKE, Netia posłuży się odniesieniem do Projektu DD LLU, należy mieć jednak na uwadze, że w analogiczny sposób przekłada się to na wyniki analizy rynków określonych ka każdym Projektów Rozstrzygnięć.

W toku analizy, na podstawie udziału rynkowego Orange względem ustawowego progu 40%, Prezes UKE określił dwa rynki lokalne (por. Projekt DD LLU, str. 33):

1. 51 obszarów gminnych, uznanych za obszary gminne w pełni konkurencyjne;

- cały kraj z wyłączeniem 51 obszarów gminnych określonych w pkt 1, uznanych za rynki niekonkurencyjne.

Prezes UKE uznał, że 51 obszarów gminnych jest w pełni konkurencyjnych, gdyż spełnione są łącznie cztery zdefiniowane przez niego kryteria konkurencyjności.

Netia wskazuje zatem, że:

- dla 51 obszarów gminnych rynku 3a/2014 średni udział ISP 1 wynosi 49,80%,²⁴
- w świetle uokk, na rynku lokalnym definiowanym przez Prezesa UKE jako 51 obszarów gminnych rynku 3a/2014 występuje przedsiębiorca (lub przedsiębiorcy) o pozycji (lub kolektywnej pozycji) dominującej;
- na rynku lokalnym 51 obszarów gminnych rynku 3a/2014 występuje zatem skuteczna konkurencja, wbrew twierdzeniom Prezesa UKE,
- analogiczna sytuacja ma miejsce na rynku lokalnym 151 obszarów gminnych rynku 3b/2014.

Gdyby kryterium nr 2 nie odnosiło się wprost do Orange, to na 41 spośród wytypowanych 51 obszarów gminnych kryteria konkurencyjności nie byłyby spełnione łącznie.

Netia ma świadomość, że określenie ISP 1 dla każdego z obszarów gminnych może oznaczać innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, nie zmienia to jednak faktu, że średni udział największego z przedsiębiorców na rynku lokalnym wynosi prawie 50% i nie jest to Orange. Analizując zaś przedmiotowe obszary gminne odrębnie, dla 41 z nich udział największego gracza przekracza 40% (dla rynku 3a/2014).

W związku z powyższym Netia uważa za zasadne:

- ponowne przeprowadzenie analizy rynku usług telekomunikacyjnych;
- zdefiniowanie na nowo rynku właściwego (jako rynku krajowego lub pojedynczego obszaru gminnego);
- ustalenie jednoznacznych i obiektywnych kryteriów konkurencyjności rynku i na podstawie tych kryteriów ustalenie, czy na zdefiniowanym rynku właściwym występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej (lub przedsiębiorcy zajmujący kolektywnie pozycję znaczącą);
- na skutek ustalenia występowania przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na zdefiniowanym rynku właściwym, wyznaczenie tego przedsiębiorcy oraz nałożenie na niego obowiązków regulacyjnych (analogicznie w odniesieniu do przedsiębiorców zajmujących kolektywną znaczącą pozycję rynkową);
- zaprojektowanie na nowo projektów rozstrzygnięć i ponowne przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego, zgodnie z art. 15 Pt.

4. ANALIZOWANE DANE

W wyniku lektury Projektów Rozstrzygnięć, Netia zidentyfikowała kilka kwestii w zakresie danych wykorzystanych przez Prezesa UKE do analizy sytuacji Orange na rynku, które zostaną omówione w niniejszej części stanowiska.

²⁴ Obliczenia własne na podstawie tabeli 6. „udziały trzech największych operatorów telekomunikacyjnych na 51 obszarach rynku 3a/2014 w porównaniu do udziałów Orange”, Projekt DD LLU, str. 59-61.

4.1. Nieprecyzyjność geograficzna rynków

Netia wskazuje, że każdy z Projektów Rozstrzygnięć jest na tyle nieprecyzyjny, że nie jest jednoznaczne ani oczywiste, jaki obszar geograficzny definiują wydzielone w nich obszary.

Należy bowiem zauważyć, że przykładowo obszar gminny: Bolesławiec (województwo dolnośląskie, powiat bolesławiecki), składa się z dwóch obszarów: gmina miejska (kod TERYT: 201011) i gmina wiejska (201022). Nie jest zatem wskazane, którego z tych obszarów dotyczy projektowane rozstrzygnięcie, czy też dotyczy łącznie obu obszarów. Przedmiotowa kwestia dotyczy wielu obszarów gminnych objętych analizą Prezesa UKE.

Skutkuje to brakiem jednoznacznej granicy geograficznej rynków właściwych, do których odnoszą się Projekty Rozstrzygnięć.

Wobec powyższego Netia sugeruje przypisanie kodu TERYT dla każdego z obszarów wyszczególnionych w Projektach Rozstrzygnięć, aby można było je jednoznacznie zidentyfikować.

Ponadto Netia wskazuje, że wątpliwości budzi przedstawione przez Prezesa UKE uzasadnienie przyjęcia obszaru gminnego jako rynku lokalnego. Prezes UKE wskazał, że przyjmując wskazane założenie w zakresie obszarów gminnych, kierował się następującymi przesłankami:

- mają jasne i stabilne granice, które mogą być łatwo zrozumiałe dla wszystkich uczestników rynku;
- są mniejsze niż obszar kraju i wzajemnie wykluczające się;
- odzwierciedlają sprzedawane usługi;
- są na tyle małe, dzięki czemu warunki konkurencyjne nie różnią się zbytnio a jednocześnie są na tyle duże, że racjonalne jest – zarówno dla Prezesa UKE, jak i operatorów przekazywanie danych oraz prowadzenie analiz.

W Projektach Rozstrzygnięć brak jest jednak jakiegokolwiek informacji czy Prezes UKE definiując obszary rynku geograficznego rzeczywiście dokonał zbadania powyższych kryteriów, w szczególności ostatniego z nich. Netia wskazuje, że zgodnie z danymi zaprezentowanymi w bazach Głównego Urzędu Statystycznego wszystkie wyróżnione w Polsce gminy są niejednorodne.

Biorąc chociażby pod uwagę kryterium powierzchni gmin należy wskazać, że największa gmina – Pisz w województwie warmińsko-mazurskim ma powierzchnię 63.370 ha,²⁵ podczas gdy najmniejsza gmina Górowo-Ilawieckie w województwie warmińsko-mazurskim ma powierzchnię 332 ha.²⁶ Porównując liczbę mieszkańców w poszczególnych gminach należy wskazać, że gmina o najniższej liczbie mieszkańców to Krynica Morska w województwie pomorskim – 1.323 osoby,²⁷ podczas gdy gminą o największej liczbie mieszkańców jest Piaseczno w województwie mazowieckim (z wyłączeniem miast na prawach powiatu) – 79.741 osoby.²⁸

²⁵ <https://stat.gov.pl/statystyka-regionalna/rankingi-statystyczne/gminy-najwieksze-pod-wzglem-powierzchni/>.

²⁶ <https://stat.gov.pl/statystyka-regionalna/rankingi-statystyczne/gminy-najmniejsze-pod-wzglem-powierzchni/>.

²⁷ <https://stat.gov.pl/statystyka-regionalna/rankingi-statystyczne/gminy-o-najmniejszej-liczbie-ludnosci-276/>.

²⁸ <https://stat.gov.pl/statystyka-regionalna/rankingi-statystyczne/gminy-o-najwiekszej-liczbie-ludnosci-5000/>.

Powyższe dane pokazują, że dysproporcje pomiędzy gminami są znaczące, co bezpośrednio przekłada się na warunki konkurencji na obszarze danej gminy. Dlatego nie sposób uznać, że przyjęcie obszaru gminnego jako jednostki podziału rynku geograficznego jest właściwe, bowiem porównywane w ten sposób obszary są znacząco różne. Należy wskazać, że w gminach z mniejszą liczbą mieszkańców, albo na obszarze, gdzie dochód na osobę jest niższy, warunki konkurencyjne nie są takie same jak w gminach z większą liczbą mieszkańców, dysponujących wyższymi dochodami na osobę.

Tym samym nie jest spełniona ostatnia ze wskazanych powyżej przesłanek doboru obszaru gminnego przez Prezesa UKE. Spółka dodatkowo wskazuje, że istotnym elementem jest fakt, że na poziom konkurencji na danym obszarze może mieć wpływ pozycja operatora na rynku krajowym. Należy bowiem wskazać, że operator, który ma silną pozycję konkurencyjną na obszarze całego kraju, świadcząc usługi na rynkach, które mają mniejszy potencjał konkurencyjny, może kompensować straty związane z budową i utrzymaniem sieci (bądź też niższe marże wypracowywane na tych obszarach) marżami wypracowanymi na terenie gmin, gdzie są bardziej sprzyjające warunki do sprzedaży usług. W związku z powyższym, wobec braku wskazania obszarów lokalnych, na których warunki konkurencyjne są porównywalne, Prezes UKE powinien ograniczyć analizę rynku do uznania, że rynkiem krajowym jest rynek obejmujący cały obszar kraju.

4.2. Dane ogólnodostępne

Tabela 1. oraz Tabela 2. „Główne wskaźniki dotyczące stacjonarnego dostępu szerokopasmowego w latach 2014–2017, wg stanu na koniec każdego roku”, przedstawiają główne wskaźniki dotyczące stacjonarnego dostępu szerokopasmowego w relacji do dwóch wskaźników ogólnogospodarczych, czyli liczby ludności oraz liczby gospodarstw domowych.²⁹

W opinii Netii wiarygodność danych przedstawionych w powyższych tabelach budzi wątpliwości, przynajmniej w zakresie dwóch najbardziej – wydawałoby się – obiektywnych wskaźników, czyli liczby ludności oraz liczby gospodarstw domowych. Należy zauważyć, że dla lat 2016 i 2017 wskazane zostały identyczne wartości – odpowiednio: 38.432.992 osób i 14.081.000 gospodarstw domowych.

Powyższe jest o tyle zaskakujące, że źródłem danych – w przypadku przedmiotowych wskaźników – jest Główny Urząd Statystyczny (GUS). Niestety wartości obu wskaźników dla roku 2017 są jednak niezgodne z publicznie dostępnymi danymi. Według danych ujętych w Roczniku Demograficznym 2018,³⁰ liczba ludności w Polsce wg stanu w dniu 31 grudnia 2017 roku wyniosła: 38.434 tys. w zaokrągleniu, a w rozwinięciu – 38.433.558 osób.³¹

W zakresie ilości gospodarstw, Netia wskazuje, że Główny Urząd Statystyczny publikuje informacje w zakresie nowych lokali mieszkalnych oddanych do użytku np. w ujęciu kwartalnym,³² choć właściwsze byłoby skorelowanie tych wartości z bazą danych udostępnianą przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii lub określenie tej liczby na podstawie systemu NOBC.

Prezes UKE nie wskazał w Projektach Rozstrzygnięć, w jakim zakresie przedmiotowe informacje zostały wykorzystane w przeprowadzonej analizie. W naszej ocenie jednak liczba gospodarstw domowych ma istotny wpływ na wynik analizy, gdyż wpływa bezpośrednio

²⁹ Np. Projekt DR LLU, str. 20 i 22.

³⁰ <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/roczniki-statystyczne/roczniki-statystyczne/rocznik-demograficzny-2018,3,12.html>: dostęp w dniu 17 stycznia 2019 roku.

³¹ Np. <http://demografia.stat.gov.pl>.

³² <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/przemysl-budownictwo-srodk-trwale/budownictwo/budownictwo-mieszaniowe-i-iii-kwartal-2018-roku,4,35.html>.

na zdefiniowane przez Prezesa UKE kryteria konkurencyjności nr 3 (duplikacja sieci) i nr 4 (dostępność usług).

Wydaje się, że tego rodzaju błędy nie powinny mieć miejsca w przypadku kluczowych rozstrzygnięć Prezesa UKE, które mają bezpośrednie przełożenie na otoczenie regulacyjne rynku telekomunikacyjnego.

W związku z powyższym Netia sugeruje korektę przedmiotowych danych, ponowną analizę rynku, a w konsekwencji zaprojektowanie na nowo projektów rozstrzygnięć i ponowne przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego, zgodnie z art. 15 Pt.

4.3. Dane SIIS

Prezes UKE wskazuje, że analiza określona w Projektach Rozstrzygnięć została przeprowadzona na podstawie danych otrzymanych od operatorów telekomunikacyjnych, zgromadzonych w SIIS, wg stanu na koniec 2017.³³ Dane te, powinny być zatem tożsame ze zbiorem udostępnionym przez Prezesa UKE w ramach zasobów danych otwartych.³⁴

Netia wskazuje, że Projekty Rozstrzygnięć w żadnym fragmencie uzasadnienia nie odnoszą się do czynności techniczno-przygotowawczych przeprowadzonych przez Prezesa UKE, celem przygotowania i odpowiedniej agregacji przedmiotowych danych.

Jest to o tyle istotne, że SIIS, jak każdy system zawiera szereg błędów, które należałoby przeanalizować i ocenić ich wpływ na wyniki analizy. Skoro analiza opiera się o dane z SIIS, to byłoby zasadne wskazanie przez Prezesa UKE, w jakim zakresie dane te zostały uwzględnione w analizie.

W związku z powyższym Spółka sugeruje wskazanie:

- 1. w jakim zakresie Prezes UKE wykorzystał dane z SIIS w analizie;***
- 2. czy Prezes UKE wykorzystał wszystkie dane, czy tylko część danych, którą uznał (na jakiej podstawie) za w pełni poprawnie zwalidowaną;***
- 3. jakiej dodatkowej weryfikacji dokonał Prezes UKE na danych z SIIS, przed ich wykorzystaniem w analizie;***
- 4. jakie dodatkowe dane zostały skorelowane z danymi SIIS i uwzględnione w analizie.***

Netia prosi również o wyjaśnienie poniższych przykładowych kwestii:

- 1. w jaki sposób w analizie Prezes UKE uwzględnił zaraportowane dane dla ul. Kasztanowej 11, 11A, 11/A, 11B, 11/B i 11C dla miasta Tczew (kod TERYT: 2214011);***
- 2. w jaki sposób Prezes UKE uwzględnił w analizie udziały poszczególnych operatorów w gminie Ksawerów (kod TERYT: 1008052), dla której liczba punktów adresowych wykazanych w SIIS przez jednego z operatorów jest znacząco większa niż liczba adresów w bazie Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii oraz w systemie NOBC Głównego Urzędu Statystycznego;***
- 3. w jaki sposób Prezes UKE uwzględnił w analizie ul. Siewną w Bydgoszczy (kod TERYT ulicy: 19891), której nr 28 został zaraportowany do SIIS przez jednego z operatorów,***

³³ Projekt DR LLU, str. 42; Projekt DD LLU, str. 34; Projekt DR BSA, str. 42; Projekt DD BSA, str. 30; Projekt PD BSA, str. 31.

³⁴ <https://dane.gov.pl/dataset/588>.

podczas gdy numer ten nie widnieje w w/w systemie NOBC GUS ani na mapie popytu Urzędu Komunikacji Elektronicznej.³⁵

4.4. Zmienność danych

Prezes UKE – w ocenie Netii - nie wziął pod uwagę w Projektach Rozstrzygnięć dwóch istotnych kwestii, jakimi są: zmiana konkurencyjności obszarów gminnych w zakresie rynku 3a, a także zmiana sytuacji na 9 obszarach obszarów gminnych podlegających obecnie deregulacji na rynku 3b, a które mają być regulowane, zgodnie z Projektami Rozstrzygnięć.

Mowa konkretnie o obszarach gminnych, określonych w Załączniku 2 Projektu DR BSA.

W ocenie Netii niezbędne wydaje się uzupełnienie Projektów Rozstrzygnięć poprzez ustalenie jak zmieniły się wartości poszczególnych kryteriów konkurencyjności dla następujących obszarów gminnych na rynku 3b: Dzierżoniów, Kłodzko, Lubań, Ząbkowice Śląskie, Legnica, Zielona Góra, Sieradz, Malbork i Ostrów Wielkopolski, a także jaka jest tego przyczyna.

Wyniki powinny obejmować wartości kryteriów określone w postanowieniu Prezesa UKE z dnia 7 października 2014 roku w odniesieniu do ich wartości wyznaczonej zgodnie z analizą, o której mowa w Projekcie DD BSA.

Netia wskazuje, że Prezes UKE powinien omówić kwestię istotnej zmiany warunków konkurencyjności analizowanych przez siebie obszarów gminnych.

Dlatego też Netia sugeruje dokonanie przez Prezesa UKE analogicznej analizy w odniesieniu do dwóch obszarów gminnych na rynku 3a: Świdnik i Czarne – dla każdego z kryteriów konkurencyjności odrębnie.

Wyniki powinny obejmować wartości kryteriów określone w projekcie postanowienia Prezesa UKE z marca 2016 roku, sygn.: DART.SMP.6040.2.2016 w odniesieniu do ich wartości wyznaczonej zgodnie z analizą, o której mowa w Projekcie DD LLU.³⁶

5. Brak realnej możliwości oceny treści uzasadnienia Projektów Decyzji

5.1. Brak możliwości odniesienia się do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego

Prezes UKE w opisie stanu faktycznego Projektów Rozstrzygnięć wskazał, że w aktach przedmiotowych spraw znajdują się jedynie zawiadomienia o wszczęciu postępowania administracyjnego. Prezes UKE wskazał ponadto, że zostały one wszczęte po przeprowadzeniu analizy rynku właściwego, jednak stan faktyczny postępowania nie wskazuje na to, aby jakiegokolwiek materiały pochodzące z tej analizy zostały włączone do akt przedmiotowych postępowań.

Netia wskazuje, że zgodnie z art. 7 kpa, Prezes UKE w toku postępowania administracyjnego podejmuje wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. Trudno w niniejszej sprawie uznać, że Prezes UKE podjął wszelkie czynności niezbędne do wyjaśnienia przedmiotowej sprawy, skoro w aktach sprawy brak jest zgromadzonego materiału dowodowego. Dodatkowo wątpliwości budzi fakt, czy Prezes UKE był w stanie wyjaśnić wszelkie wątpliwości skoro postępowanie zostało wszczęte w dniu 2 stycznia 2019 r., zaś Projekt Rozstrzygnięć zostały opublikowane na stronie Urzędu Komunikacji

³⁵ <https://wyszukiwarka.uke.gov.pl/>.

³⁶ <https://archiwum.uke.gov.pl/konsultacie-projektow-regulacji-dla-hurtowego-ryнку-usługi-lokalnego-dostępu-w-stalej-lokalizacji-19254>.

Elektronicznej 10 stycznia 2019 roku. Oznacza to, że Prezes UKE przygotował Projekty Rozstrzygnięć w zaledwie kilka dni (co jest zaskakujące biorąc po uwagę, że postępowania prowadzone dotychczas przez Prezesa UKE trwały od kilku miesięcy do kilku lat).

W opinii Netii taki sposób prowadzenia postępowania jest sprzeczny z zasadami wynikającymi z kpa, bowiem postępowanie administracyjne, w którym wydawane jest merytoryczne rozstrzygnięcie wymaga zgromadzenia oraz przeanalizowania materiału dowodowego. Z treści Projektów Rozstrzygnięć wynika, że w niniejszych postępowaniach takiego materiału nie ma, bądź też informacja o jego zgromadzeniu nie została zakomunikowana stronom postępowania. Brak włączenia do akt sprawy materiału dowodowego oznacza, że strony nie mają możliwości zapoznania się z dokumentami, na podstawie których Prezes UKE dokonał rozstrzygnięcia oraz nie mają realnej możliwości odniesienia się do materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszych postępowaniach. Nie mają również możliwości zweryfikowania materiału dowodowego, na podstawie którego Prezes UKE opierał się przygotowując Projekty Rozstrzygnięć.

5.2. Nieujawnienie źródeł danych przyjętych do analizy

W uzasadnieniu Projektów Rozstrzygnięć Prezes UKE przedstawił szereg tabel i wykresów, które miały przedstawiać wyniki dokonanej analizy rynku. Pod każdą tabelą i wykresem Prezes UKE jako źródło wskazał „UKE”.

W opinii Netii takie działanie jest niewłaściwe i podważa zaufanie do organu publicznego. Zdaniem Spółki Prezes UKE przedstawiając do publicznych konsultacji Projekty Rozstrzygnięć powinien przedstawić je w takiej formie, aby możliwa była ich jednoznaczna weryfikacja i swobodne odniesienie się do prezentowanych wartości przez każdy zainteresowany podmiot czy osobę fizyczną, które chciałby zająć stanowisko w ramach postępowania konsultacyjnego. Jedynie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa powinny zostać przez Prezesa UKE ukryte, aby dopełniony został obowiązek ich ochrony.

Dane i informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykorzystane w przygotowaniu rozstrzygnięcia powinny zostać podane do wiadomości publicznej w taki sposób aby możliwe było dokonanie oceny zarówno metodologii zastosowanej w danym rozstrzygnięciu, sposobu doboru danych oraz ich prawidłowości. Brak wskazania źródeł danych, na podstawie których Prezes UKE przygotował rozstrzygnięcie przeczy zasadzie przejrzystości postępowania.

Netia wskazuje, że obecny kształt Projektów Rozstrzygnięć nie pozwala na dokonanie oceny działań Prezesa UKE podjętych w przedmiotowych postępowaniach. Prezes UKE w Projektach Rozstrzygnięć ukrył wszelkie informacje, które pozwalałyby na ocenę w jakim zakresie Prezes UKE wykorzystał informacje pozyskane np. w toku corocznej sprawozdawczości, czy wykorzystał dane z baz ogólnodostępnych. Wszelkie dane liczbowe zostały przez Prezesa UKE zastrzeżone, przy czym brak jest wyjaśnienia czy dane te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zasadna jest ich ochrona.

Wątpliwości budzą przynajmniej dwie kwestie: dane dotyczące liczby odsprzedanych usług regulowanych WLR, BSA i LLU³⁷ czy analiza cen detalicznych szerokopasmowego dostępu do Internetu.³⁸ Zastrzeżenie przedmiotowych informacji jest o tyle niepokojące, że dane o ilości usług regulowanych są jawne, co potwierdza wykres nr 1 niniejszego stanowiska i sprawozdania finansowe Orange. Z kolei zastrzeżenie słów typu „niższe”, „wyższe” czy nawet nazwy operatora w analizie cenników jest nieuzasadnione. Prezes UKE przeprowadził autorską analizę na podstawie cenników przekazanych przez operatorów. Jej wyniki zatem nie stanowią tajemnicy żadnego z przedsiębiorców.

³⁷ Np. Projekt DR BSA, str. 30.

³⁸ *Ibidem*, str. 54-66.

Netia wskazuje, że Prezes UKE na kilkunastu stronach uzasadnienia Projektów Rozstrzygnięć zawarł ponad 200 fragmentów, które zdaniem Prezesa UKE stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pomijając fakt, że część tych informacji, które Prezes UKE potraktował jako tajemnicę przedsiębiorstwa, faktycznie tajemnicą nie jest, bowiem były ujawnione do publicznej wiadomości i zostały opublikowane na stronach internetowych przedsiębiorców telekomunikacyjnych (informacja ujawniona nie może być tajemnicą przedsiębiorstwa), to nie wiadomo czemu ta kilkunastostronicowa analiza miała służyć. Brak jest bowiem jakiegokolwiek podsumowania, które miałyby znaczenie dla oceny pozycji konkurencyjnej Orange (bądź jakiegokolwiek innego operatora).

W takim przypadku wydaje się zasadne skorzystanie przez Prezesa UKE z uprawnienia, o którym mowa w art. 9 ust. 2 Pt. W ocenie Spółki co najmniej obie wskazane powyżej kwestie powinny być przedmiotem uchylecia zastrzeżenia ze strony Prezesa UKE.

Netia wskazuje, że postępowania zmierzające do regulacji jakiegokolwiek podmiotu na rynku właściwym są na tyle istotne, że informacje stanowiące podstawę rozstrzygnięcia powinny być jawne w możliwie największym stopniu. Stanowią bowiem materiał dowodowy, na podstawie którego Prezes UKE dowodzi istnienia przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej lub konkurencyjności danego rynku właściwego.

Tym samym Netia wskazuje, że zasadne są:

1. weryfikacja informacji, których jawność została wyłączona w Projektach Rozstrzygnięć,
2. uzupełnienie uzasadnienia Projektów Rozstrzygnięć o wnioski, do jakich Prezes UKE doszedł po przeprowadzeniu analizy cenników,
3. przedstawienie informacji, na podstawie których danych Prezes UKE dokonał analiz niezbędnych do przygotowania Projektów Rozstrzygnięć oraz ujawnienie takiej informacji poprzez włączenie do materiału dowodowego wszelkich danych, które stanowiły podstawę do wyznaczenia rynku właściwego oraz oceny stopnia konkurencji na danym rynku właściwym.

6. Pominięte istotne elementy analizy.

Netia wskazuje, że Projekty Rozstrzygnięć, nie dają pełnej informacji na temat dość istotnych kwestii omówionych poniżej.

6.1. Dostęp wirtualny

Netia ze zdziwieniem przyjmuje fakt, że Prezes UKE w Projektach Rozstrzygnięć całkowicie przemilczał tak istotną kwestię, jaką jest zapewnienie dostępu wirtualnego na rynkach 3a i 3b.

Omawiając w Projektach Rozstrzygnięć zmiany w sposobie definiowania rynku 3a i 3b, Prezes UKE przywołuje różnice pomiędzy Zaleceniem o rynkach, a jego poprzednią wersją z 2007 roku. W tym kontekście Prezes UKE zwraca uwagę, że:

„Komisja Europejska dokonała zmiany nazwy tego rynku, ponieważ uzasadnione było to zachodzącymi zmianami na rynku telekomunikacyjnym (w szczególności: rozwój sieci NGA, produktów dostępu wirtualnego) co spowodowało, że wyróżnikiem rynku 3a/2014 i 3b/2014 nie jest już przede wszystkim ‘fizyczność’ dostępu (jak to było w przypadku Zalecenia 2007), ale poziom sieci, na którym uzyskiwany jest dostęp (...).”³⁹

³⁹ Projekt DR LLU, str. 16; Projekt DD LLU, str. 9; Projekt DR BSA, str. 21; Projekt DD BSA, str. 8; Projekt PD BSA, str. 8.

Ponadto, w Projektach Rozstrzygnięć Prezes UKE powołuje się również na Notę Wyjaśniającą do Zalecenia o rynkach, która stanowi m. in.:

„W związku z pojawieniem się nie fizycznych (lub wirtualnych) produktów dostępu, nie wydaje się już odpowiednie poleganie na rozróżnieniu pomiędzy dostępem fizycznym i nie fizycznym w celu wyznaczenia granic rynkowych pomiędzy różnymi rodzajami produktów dostępu hurtowego wykorzystywanymi w celu świadczenia detalicznych usług szerokopasmowych. Właściwsze wydaje się być rozróżnienie produktów hurtowych powielających funkcjonalnie kluczowe cechy tradycyjnego dostępu fizycznego i dostępu do pętli lokalnej (przy czym takie produkty potencjalnie są dostarczane jako produkty nie fizyczne lub wirtualne) od innych form dostępu.”⁴⁰

Zestawiając powyższe z refleksją Prezesa UKE w zakresie małej popularności hurtowego dostępu do pętli lokalnej, Netia wyraża swoje zaniepokojenie faktem braku jakiegokolwiek odniesienia się przez Prezesa UKE w Projektach Rozstrzygnięć do kwestii związanych z dostępem wirtualnym, jakim jest choćby usługa VULA (ang. *Virtual Unbundled Local Access*). Poza nielicznymi fragmentami odnoszącymi się głównie do dokumentów unijnych, Prezes UKE nie opatrzył tej kwestii żadnym komentarzem, choć – jak wskazano wcześniej – rozwój produktów wirtualnych jest m. in. przyczyną zmiany definicji rynku hurtowego na szczeblu unijnym.

W ocenie Netii usługa VULA stanowi niezbędne uzupełnienie dostępu fizycznego w stałej lokalizacji. Dodatkowo uzasadnia to powszechność stosowania tego środka zaradczego w krajach członkowskich Unii Europejskiej.

VULA została wdrożona na obu rynkach będących przedmiotem Projektów Rozstrzygnięć chociażby w Austrii, Danii, Holandii; w niektórych krajach na rynku 3a (np. Czechy, Finlandia, Hiszpania, Niemcy, Łotwa, Słowacja czy Wielka Brytania); w innych na rynku 3b (np. Irlandia, Włochy, Malta).⁴¹

Z powyższego wynika zatem, że VULA jako środek regulacyjny jest bardzo popularnym rozwiązaniem w krajach UE, a co najważniejsze – jest on w pełni akceptowany przez Komisję Europejską w toku notyfikacji decyzji regulacyjnych. Co więcej, Netia zwraca uwagę, że dostęp wirtualny jest zgodny z Zaleceniem NGA.

Netia wskazuje, że zapewnienie dostępu wirtualnego jest produktem hurtowym, który może zrównoważyć szanse operatorów alternatywnych w podjęciu walki konkurencyjnej (pomimo przewagi operatora o znaczącej pozycji rynkowej wynikającej z posiadania trudnej do powielenia infrastruktury dostępowej), bez ponoszenia przez nich kosztów utopionych, a brak przedmiotowych regulacji skutecznie blokuje rozwój konkurencji na łączach FTTx, które Orange wybudował dzięki zapewnieniu przez Prezesa UKE wakacji regulacyjnych na 76 obszarach gminnych od 2014 roku.

W związku z powyższym, Netia prosi o uzupełnienie treści Projektów Rozstrzygnięć poprzez tzw. analizę SWAT w zakresie możliwości nałożenia na Orange obowiązku świadczenia usług dostępu wirtualnego.

Spółka sugeruje także nałożenie tego obowiązku na Orange co najmniej w zakresie rynku 3a lub wskazanie przez Prezesa UKE szczegółowego uzasadnienia braku przedmiotowej regulacji na rynkach 3a i 3b.

⁴⁰ Projekt DR LLU, str. 24-25; Projekt DD LLU, str. 17; Projekt DR BSA, str. 29; Projekt DD BSA, str. 16; Projekt PD BSA, str. 17.

⁴¹ Na podstawie <https://www.cullen-international.com/>; dostęp dnia 30 stycznia 2019 roku.

6.2. Brak analizy skutków deregulacji

Netia wskazuje, że Prezes UKE w żadnym fragmencie Projektów Rozstrzygnięć nie pochylił się nad kwestią potencjalnie całkowitej deregulacji Orange na obszarze 51 obszarów gminnych w kraju. Są to obszary wspólne dla Projektu DD LLU i Projektu DD BSA, które Prezes UKE planuje zderegulować zarówno na hurtowym rynku 3a (LLU), jak i hurtowym rynku 3b (BSA).

Na skutek powyższego, operatorzy alternatywni świadczący detaliczne usługi telekomunikacyjne w oparciu o sieć Orange zostaną pozbawieni możliwości dalszego świadczenia usług wszędzie tam, gdzie nie posiadają własnej infrastruktury telekomunikacyjnej. Czyż nie stanowi to pogorszenia konkurencyjności rynku z punktu widzenia abonentów?

Prezes UKE w zakresie *vacatio* wskazuje, że:

„Utrzymanie przez OPL dostępu hurtowego, w zakresie wskazanym w niniejszej decyzji, na dotychczasowych warunkach przez okres 2 lat pozwoli zatem operatorom alternatywnym na dalsze świadczenie usług i jednocześnie da im czas na migrację swoich klientów.”⁴²

Istotna jest również kwestia dotychczasowych działań Orange na obszarze 76 obszarów gminnych i trwałego różnicowania cenowego operatorów oraz tworzenie barier ekonomicznych poprzez narzucanie umów komercyjnych zawierających wysokie opłaty. Bariera wejścia wynosi dokładnie 275 mln złotych⁴³

W związku z powyższym Netia sugeruje przeprowadzenie przez Prezesa UKE analizy możliwości migracji abonentów usług BSA i LLU na 51 obszarach gminnych określonych jednocześnie w Projekcie DD LLU i Projekcie DD BSA.

W szczególności Prezes UKE powinien wykazać, na jaką infrastrukturę, którego z operatorów i w jakim trybie istnieje możliwość migracji tych abonentów przez operatorów alternatywnych.

Dodatkowo, zasadne byłoby przeprowadzenie analizy barier wejścia oraz skutków praktyk Orange w zakresie zawierania umów komercyjnych.

Realizacja powyższego wniosku przez Prezesa UKE stanowić będzie realizację zasad wynikających z kpa.

Netia wskazuje, że w postanowieniu o konkurencyjności 76 obszarów gminnych na rynku 3b z 2014 roku, Prezes UKE wskazał możliwość migracji abonentów BSA na usługi LLU. Z kolei w projekcie postanowienia deregulacyjnego na rynku 3a z 2016 roku, Prezes UKE sugerował

⁴² Projekt DD LLU, str. 72; Projekt DD BSA, str. 80.

⁴³ <https://www.money.pl/gielda/komunikaty/6276437697447553.html>:

1. Orange Polska zapewni hurtowy dostęp do swojej sieci w celu świadczenia usług BSA w oparciu o własną infrastrukturę światłowodową dla klientów T-Mobile, w budynkach wielorodzinnych na obszarach nieregulowanych. Współpraca obejmie gospodarstwa domowe, które znajdują się w zasięgu usług światłowodowych do końca 2018 roku (około 1,7 miliona gospodarstw domowych).
2. Z tego tytułu T-Mobile zapłaci na rzecz Orange Polska: a. Oplatę wstępną za dostęp do sieci w wysokości 275 mln zł, która nie podlega zwrotowi (z wyjątkiem przypadku, w którym dostęp nie zostanie udzielony). Oplata zostanie wniesiona w dwóch równych ratach, z których pierwsza będzie płatna po podpisaniu umowy, a druga – po tym, gdy dostęp do infrastruktury zostanie udzielony. b. Oplatę miesięczną za każdego klienta uzależnioną od parametru prędkości usługi oraz roku, w którym dane gospodarstwo domowe zostało objęte zasięgiem sieci światłowodowej. Po upływie dziesięciu lat stawka opłaty zostanie ustalona na poziomie cen regulowanych i powiększona o marżę.
3. T-Mobile pokryje także różne inne opłaty, np. związane z instalacją usług i serwisem technicznym, a także jednorazowe koszty związane z integracją systemów informatycznych.”

migrację np. na usługi BSA, przy czym ówczesnie 20 obszarów gminnych miało być całkowicie pozbawione regulacji.

Obecne Projekty Rozstrzygnięć nie wskazują jednak żadnej sugestii co do kierunku migracji abonentów operatorów alternatywnych, stąd wniosek dowodowy Netii.

W świetle niniejszego stanowiska, wszystkich wyartykułowanych w nim wątpliwości i zastrzeżeń co do przeprowadzonej analizy sytuacji Orange oraz braku rzetelnego uzasadnienia Projektów Rozstrzygnięć, Netia wnosi o przeprowadzenie wszystkich postępowań dowodowych, o które wnioskujemy, a następnie ponowne przeprowadzenie analizy (zgodnej z art. 22 Pt), określenie rynku właściwego, a następnie stwierdzenie występowania lub braku skutecznej konkurencji dla rynku krajowego lub każdego z 3099 rynków lokalnych odrębnie.

Z poważaniem,

Daniel Fiasłań

Kierownik ds. Współpracy z Regulatorem
Pełnomocnik Netia S.A.

Do wiadomości:

Pan Marek Niechciał

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa