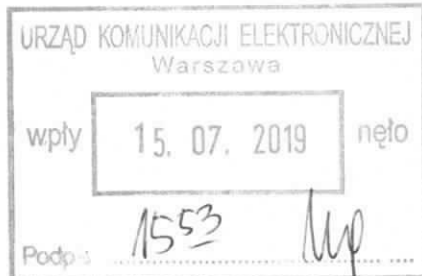




Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji

Warszawa, dnia 15 lipca 2019 r.
KIGEiT/2281/07/2019



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

Dotyczy: DR.WORK.6082.8.2019

STANOWISKO KONSULTACYJNE KRAJOWEJ IZBY GOSPODARCZEJ ELEKTRONIKI I TELEKOMUNIKACJI DOTYCZĄCE PROJEKTÓW DECYZJI W SPRAWIE ZATWIERDZENIA ZMIANY OFERTY RAMOWEJ

Działając w imieniu Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „Izba” lub „KIGEiT”), w nawiązaniu do ogłoszonych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: „Prezes UKE”) konsultacji projektu decyzji w sprawie zatwierdzenia zmiany Oferty SOR dla Orange Polska S.A. (dalej „OPL”) polegającej na zmianie zapisów w Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty, przedstawiam stanowisko Sekcji Operatorów Telekomunikacyjnych (dalej „SOT”) Izby.

[Uwagi ogólne]

Operatorzy zrzeszeni w SOT KIGEiT wyrażają zdziwienie tempem prac związanych z konsultowanym projektem. Od chwili złożenia przez OPL wniosku o zatwierdzenie projektu zmiany oferty ramowej do momentu rozpoczęcia konsultacji nie minął bowiem nawet miesiąc. Dla porównania, czas trwania postępowań w sprawie zmian oferty ramowej, której rzeczywiście (a więc przeciwnie niż konsultowany projekt) służą budowie konkurencyjnego rynku, a więc związanych z obniżeniem opłat za WLR czy też likwidacji opłat hurtowych za przeniesienie numeru, wynosił około 13 miesięcy! Co więcej, Izba wskazuje, że wniosek jednego z członków SOT o zobowiązanie do zmiany oferty ramowej w zakresie skrócenia terminu na usunięcie awarii, złożony wcześniej niż wniosek OPL, którego następstwem jest niniejsze postępowanie, nie został jeszcze rozpoznany!

Takie tempo prac w sposób oczywisty wiąże się również z brakiem analizy materiału dowodowego (w szczególności w sytuacji, w której w tym samym dniu, co rozpoczęcie postępowania konsultacyjnego, następuje włączenie do akt materiału dowodowego).

Nie można wykluczać w opinii SOT, że takie tempo prac wiąże się z istotnym ryzykiem uchylecia decyzji poprzedzającej przedmiotowe postępowanie, a więc decyzji zobowiązującej OPL do przygotowania projektu zmiany oferty ramowej. Decyzja ta została bowiem wydana z pominięciem postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego.

Reasumując, w przedmiotowej sprawie zasada szybkości postępowania wzięła górę nad zasadą prawdy obiektywnej, podczas gdy zgodnie z orzecznictwem „Zasada szybkości postępowania wyrażona w art. 12 k.p.a. nie może prowadzić do naruszenia przepisów prawa i w konsekwencji naruszać uprawnień procesowych stron w imię "szybkości" postępowania” (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 lipca 2018 r., sygn. akt II OSK 630/18).

[W przedmiocie rozstrzygnięcia]

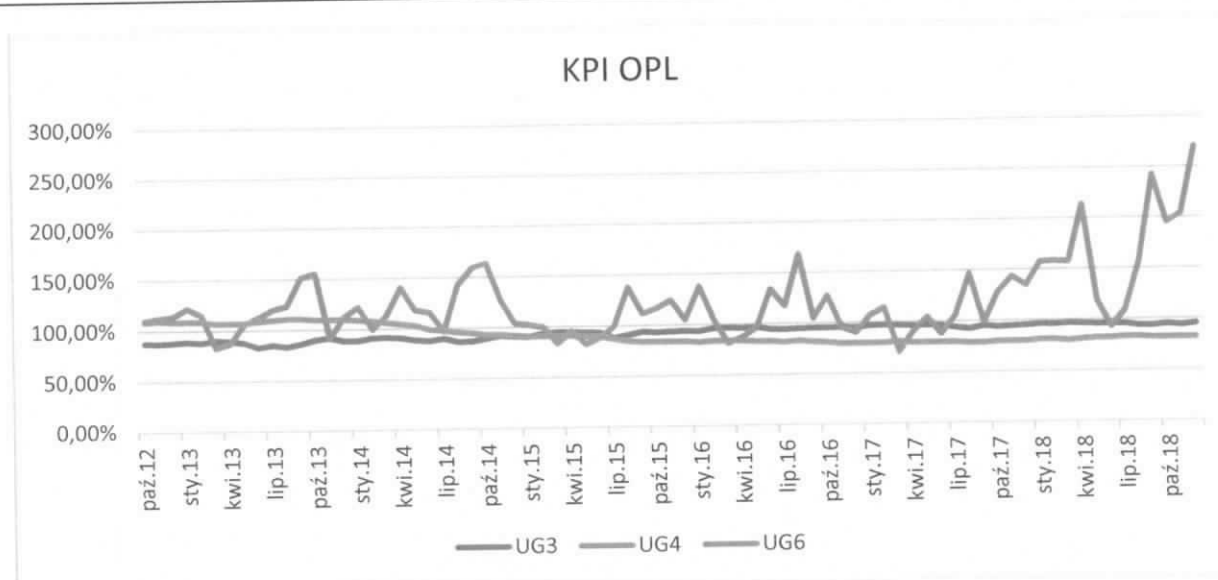
Istotą rozstrzygnięcia jest radykalne obniżenie kar umownych, a w niektórych przypadkach ich wykreślenie. Zasadniczymi motywami takiego rozstrzygnięcia ma być, jak twierdzi Prezes UKE, poprawa jakości usług świadczonych przez OPL a także większy poziom konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. W zakresie rzekomej poprawy jakości usług Prezes UKE stwierdził również, że „w wyniku obniżenia wysokości kar Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II (uchylonych Wyrokiem NSA) nie doszło do obniżenia jakości i terminowości świadczenia usług hurtowych przez OPL”, co jak się wydaje ma potwierdzać słuszność przyjętej już wcześniej polityki regulacyjnej.

Choć, jak wspomniano, materiał dowodowy został włączony do akt już po przygotowaniu konsultowanego projektu, to z postanowienia z dnia 14 czerwca 2019 r. wynika, że materiał dowodowy obejmuje raporty NS KPI za okres od początku 2015 r. do końca 2018 r. Niezrozumiałe zatem jest twierdzenie Prezesa UKE, zgodnie z którym „poprawa jakości i terminowości usług regulowanych świadczonych przez OPL (w porównaniu z 2010 r.) uzasadnia modyfikację poziomu kar umownych czy to poprzez obniżenie poziomu niektórych kar czy też wykreślenie niektórych kar”. Warto przy tym zauważyć, że system NS KPI nie obejmuje w ogóle okresu, z którego pochodzi obecnie obowiązujący reżim odpowiedzialności OPL.

Operatorzy zrzeszeni w SOT zauważają, że ewentualnie dokonana przez Prezesa UKE analiza raportów NS KPI wydaje się być pobieżna, na co wskazuje bardzo lakoniczne w tym zakresie uzasadnienie projektowanego rozstrzygnięcia. Prezes UKE wskazuje przykładowo, że „Analiza Raportów kwartalnych NSKPI w okresie od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. (raporty odnoszą się do okresu, w którym stosowane były kary zgodne z Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II) pozwala na stwierdzenie, że wskaźniki KPI co do zasady osiągają poziomy referencyjne oraz nie występują przesłanki do stwierdzenia istnienia dyskryminacji w poziomie obsługi części hurtowej względem części detalicznej OPL, zarówno w ocenie niedyskryminacji krótkookresowej, jak i długookresowej”. Znamienne w tym kontekście jest niedokonanie przez Prezesa UKE szczegółowej analizy wspomnianych wskaźników KPI. Tymczasem już chociażby w zakresie wskaźników KPI dotyczących terminowości usuwania awarii raporty NS KPI prowadzą do wniosków zgoła odmiennych od tych, które bez żadnych podstaw wysnuwane są przez Prezesa UKE.

Poniżej prezentujemy wykres zawierający wykonanie w zakresie wskaźników UG3, UG4 i UG6 od października 2012 roku do końca 2018 roku.

W ocenie SOT, kluczowym wskaźnikiem jest UG4 wskazujący na względny czas usuwania awarii. Zgodnie z definicją jest to wyrażony w procentach średni rzeczywisty czas naprawy zwykłych awarii usług głosowych w danym okresie raportowym podzielony przez czas przewidziany na naprawę awarii zwykłej usługi głosowej.



Już pobieżna analiza wykresu wskazuje na znaczące wydłużenie średniego czasu usunięcia awarii, w szczególności w stosunku do okresu sprzed wydania decyzji zmieniających Ofertę SOR w tym samym zakresie, uchylonych wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Przypomnijmy, że zmiany oferty ramowej nastąpiły w czerwcu 2014 r. (decyzja I-instancyjna) a następnie w maju 2015 r. (decyzja II-instancyjna). Same zmiany oferty ramowej nie przełożyły się jednak na relacje międzyoperatorskie. Okres implementacji rozwiązań wynikających ze zmienionej oferty ramowej to drugie półrocze 2015 roku.

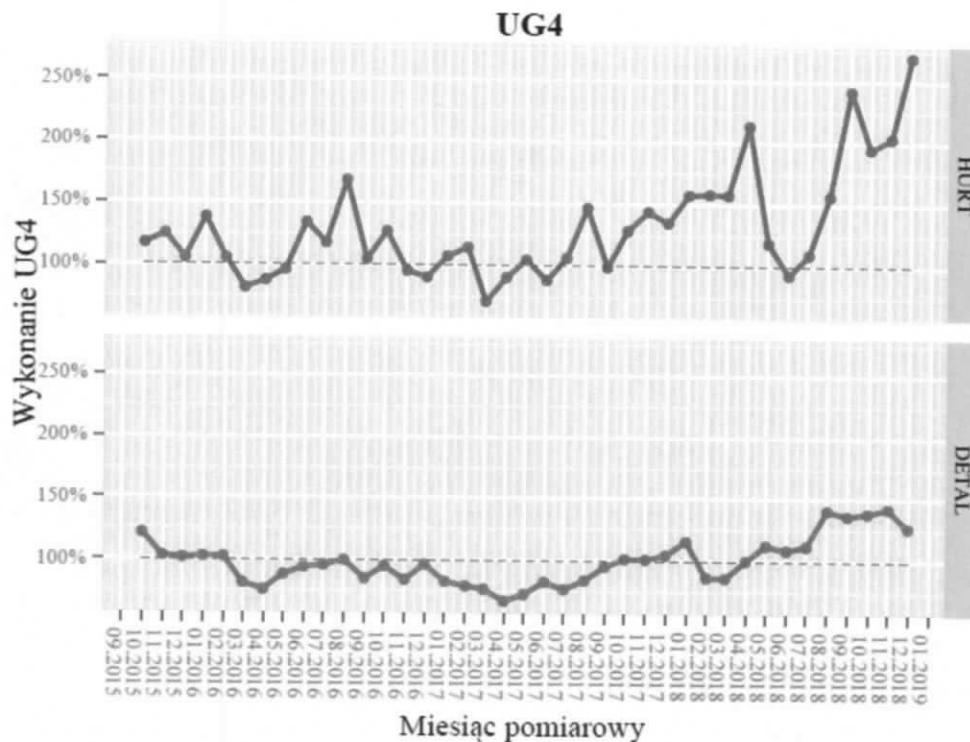
O ile zatem uśredniony wskaźnik UG4 dla okresu od października 2012 roku do końca 2015 roku wyniósł 114,48% to ten sam wskaźnik dla lat 2016-2018 wyniósł 132,06%, a więc blisko 20% więcej. **Szukujące są dane za rok 2018, kiedy to uśredniony wskaźnik UG4 wyniósł 172,91%, a w ostatnim półroczu 2018 r. – 196,17% (w ostatnim kwartale ponad 222%!)**.

Tezy Prezesa UKE o braku dyskryminacji nie potwierdzają również dane dotyczące tego samego wskaźnika w zakresie części detalicznej. Poniżej prezentujemy wykres z raportu NSKPI za czwarty kwartał 2018 r.:

Co ciekawe, w raporcie wskazuje się, że „Według OPL największy negatywny wpływ na wyniki tego wskaźnika miały uszkodzenia trudnousewualne, zamknięte z opóźnieniem głównie ze względu na brak dostępu do infrastruktury (brak zgody właścicieli na dostęp do nieruchomości, na której znajduje się infrastruktura OPL wymagająca naprawy), konieczność uruchomienia inwestycji zakładającej przebudowę lub modernizację sieci OPL, konieczność usunięcia infrastruktury OPL wynikająca np. z rozstrzygnięć sądowych lub administracyjnych. Należy zaznaczyć, iż awarie trudnousewualne stanowią tylko nieznaczny odsetek wszystkich obsługiwanych awarii. **Wyniki dla Detalu kształtowały się podobnie**”.

Już pobieżna analiza poniższego wykresu wskazuje na przeciwną tezę. Należy podkreślić, że wskaźnik UG4 dla detalu OPL w żadnym miesiącu nie przekracza 150%, a jego prawdopodobna średnia może oscylować wokół 125% (w raportach brak jest dokładnych danych), a więc znacznie niższe niż w przypadku awarii na łączach obsługujących usługi hurtowe. Trudno jednocześnie zakładać, że tzw. „awarie trudnousewualne” częściej dotyczą usług hurtowych. Uwzględniając cały okres objęty wykresem również nie sposób nie zauważyć znacząco lepszego wykonania wskaźnika UG4 dla detalu OPL (wydaje się, że jego wartość może oscylować wokół 100%, czyli wartości referencyjnej).

Rysunek 5: Wykonanie KPI UG4 - Względny czas naprawy zwykłych awarii usług głosowych



Co ciekawe, z wydłużeniem czasu usuwania awarii skorelowany jest spadek liczby awarii (w 2013 r. około 1,1 przypadków na 100 łączy, a w 2018 roku około 0,8 awarii na sto łączy) i wzrost odsetka awarii usuwanych w terminie (wskaźnik UG4). Powyższe prowadzi do wniosku, że OPL w pełni świadomie nie podejmowała się napraw awarii trudnusuwalnych, które kończą się (według relacji członków SOT) najczęściej z uwagi na rezygnację z usługi hurtowej, która z kolei wynika z wypowiedzenia umowy przez abonenta operatora alternatywnego. Powyższa okoliczność zaburza w pewien sposób wskaźniki KPI, bowiem zamyka proces usuwania danej awarii pomimo tego, że w istocie nie została ona usunięta.

Prezes UKE zna również z urzędu przypadki, w których w wyniku wprowadzenia rozwiązań wynikających ze wspomnianych zmian oferty ramowej, OPL podejmowała decyzje o nieusuwaniu awarii.

Otóż, w jednym z komunikatów wewnętrznych OPL dotyczącym procesu usuwania awarii wskazano, że „uszkodzenie numeru [DANE OSOBOWE] nie zostanie podjęty do realizacji ze względu na wydane decyzje oraz podpisane aneksy w zakresie kar i bonifikat (2016-05-17 @ od * OL CRM WT WLR - Hurt)”.

W ocenie SOT tylko w ten sposób można tłumaczyć tak znaczące pogorszenie wskaźnika UG4. Na marginesie można zwrócić uwagę na fikcyjność rozwiązań w zakresie chińskich murów oraz na naruszenie obowiązku niedyskryminacji, na co wskazuje już sam fakt odwołania się do warunków umowy z zakresu dostępu telekomunikacyjnego.

W świetle powyższego nie sposób uznać, by wykonanie w zakresie wskaźnika UG4 wyglądało „podobnie” dla klientów hurtowych i części detalicznej OPL.

Zdaniem Prezesa UKE, za zmianą oferty ramowej przemawiają również zmiana podejścia OPL do udostępniania swojej sieci oraz rozwój konkurencji.

W ocenie SOT zarówno rzekoma zmiana podejścia OPL jak i wspomniany rozwój konkurencji nie przemawiają za redukcją bodźców służących należytemu wykonywaniu zobowiązań OPL. Omówione wyżej pogorszenie wskaźników dotyczących terminowego usuwania awarii wskazuje, że w dalszym ciągu istnieje silna potrzeba motywowania operatora zasiedziałego do należytego wykonywania jego zobowiązań. Najbardziej jaskrawym przykładem jest omówiona wyżej decyzja o nieusuwaniu awarii z uwagi na wcześniejsze rozstrzygnięcie Prezesa UKE w zakresie obniżenia kary za opóźnienie wraz z jednoczesnym limitem w postaci 60-krotności stawki dziennej.

W zakresie limitu Prezes UKE wskazał, że „postulat o określeniu górnego limitu wysokości kary umownej naliczonej za jedno zdarzenie należy uznać za słuszny. Należy zauważyć, że w sytuacji wystąpienia długotrwałej i skomplikowanej Awarii, wymagającej zaangażowania znacznych środków pieniężnych i ludzkich ze strony OPL, brak określenia górnego limitu kary można uznać za zbyt wygórowane obciążenie. Wprowadzone rozwiązanie wpisuje się w potrzebę polegającą na wspieraniu konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych. Jednocześnie z uwagi na określenie górnego limitu na wysokim poziomie (sześćdziesięciokrotności podstawy kary umownej za dane zdarzenie) kary umowne nie utracą swojego represyjnego charakteru i będą działać mobilizująco na OPL”. Jak jednak pokazuje znany już Prezesowi UKE przykład, rozwiązanie takie z całą pewnością nie wspiera konkurencji (gdyż w omawianym przypadku prowadzi do konieczności zaprzestania świadczenia usług przez operatora alternatywnego) oraz jest oczywiście sprzeczne z interesem użytkownika końcowego (pozbawionego usług).

W uzasadnieniu projektowanej decyzji przewija się również wątek „potencjalnej możliwości wykorzystywania przez PT kar umownych jako dodatkowego źródła dochodu kosztem OPL”. W tym zakresie należy wskazać, że SOT nie jest znana żadna decyzja SMP, w której taka potrzeba czy też problem rynkowy został wskazany. Już od 2014 r. kwestia ta pozostaje w żaden sposób nieudokumentowaną spekulacją. SOT pozwoli sobie jedynie przypomnieć, że to nie PT jest odpowiedzialny za terminowe i właściwe wykonywanie zobowiązań przez OPL.

W tym kontekście za niezrozumiałe należy uznać argumenty Prezesa UKE w kontekście wykreślenia kary umownej za przekroczenie terminu wdrożenia usługi regulowanej. Wskazano w tym zakresie, że „wskaźniki KPI odnoszące się do terminowości wdrażania Usług Regulowanych osiągnęły w badanym okresie (trzeci kwartał 2013 r.) wystarczający poziom, co potwierdza, iż OPL wdrażała terminowo Usługi Regulowane. Tym samym Prezes UKE uznał, iż brak jest podstaw do utrzymania przedmiotowej kary w Ofercie SOR”. Skoro nie dochodzi do przypadków opóźnień, to kara nie znajduje zastosowania i w żaden sposób nie obciąża OPL. Jednocześnie nie można całkowicie pominąć, że dotychczasowy poziom kar umownych wynikał przede wszystkim z chęci skłonienia OPL do odpowiedniego wykonywania zobowiązań. Jeżeli zatem następuje poprawa, to wynika to z tego, że kary spełniają swoją funkcję, stąd nie ma podstaw do ich zmiany.

[W przedmiocie rygoru natychmiastowej wykonalności]

W ocenie SOT w sposób oczywisty brak jest przesłanek do nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Zdaniem Prezesa UKE wymaga tego interes społeczny wyrażający się w „dążeniu do wspierania rozwoju skutecznej konkurencji”. Brak jest jakichkolwiek rozważań, w jaki sposób utrzymanie obecnego poziomu kar umownych stanowić ma barierę dla takiego rozwoju, w szczególności w kontekście tego, że Prezes UKE sam wskazuje, że stan konkurencji ulega systematycznej poprawie, co znajduje wyraz m.in. w deregulacji kolejnych rynków.

Przypomnieć należy, że nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności jest możliwe wtedy, gdy jest to **niezbędne** ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego albo dla zabezpieczenia gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami bądź też ze względu na inny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony. W kontekście brzmienia art. 108 kpa irrelewantne jest to, że „Projekt OPL umożliwi dalszy rozwój konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz niedyskryminujący dostęp do infrastruktury OPL. Zmiany Oferty SOR wprowadzone Decyzją pozwolą na świadczenie usług telekomunikacyjnych użytkownikom końcowym przy zachowaniu wysokich standardów jakościowych, co związane jest z zapewnieniem jasnych i precyzyjnych zasad odpowiedzialności oraz naliczania kar umownych. Przyjęte rozwiązanie polegające na wprowadzeniu do Oferty SOR rozwiązań wypracowanych w postępowaniach zakończonych Decyzją Kary i Bonifikaty I i II z jednej strony pozwoli na wyeliminowanie potencjalnych niekorzystnych zjawisk związanych z nadużyciami na rynku telekomunikacyjnym, a z drugiej w dalszym ciągu będzie działało mobilizująco na OPL w zakresie świadczenia usług hurtowych z zachowaniem wysokich wskaźników jakości”. W istocie bowiem Prezes UKE nie wskazuje w żaden sposób, by nadanie rygoru było rzeczywiście niezbędne dla wskazanego przez siebie interesu społecznego.

Za zupełnie niezwiązane z treścią art. 108 kpa należy uznać argumenty odwołujące się do „jednoznacznego określenia zasad dotyczących kar i bonifikat określonych w Ofercie SOR”.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „*Stosownie do art. 108 § 1 k.p.a., organ w ramach tzw. uznania administracyjnego, ale nie dowolnie, w zależności od okoliczności sprawy, rozstrzyga w kwestii natychmiastowego wdrożenia decyzji w życie. Instytucja przewidziana w art. 108 § 1 k.p.a. ma charakter wyjątku od zasady niewykonywania decyzji nieostatecznych, dlatego przesłanki uzasadniające rygor natychmiastowej wykonalności muszą być poddawane ścisłej wykładni. Omawiany rygor może być nadany decyzji tylko w sytuacji, gdy jest to niezbędne dla ochrony wartości wskazanych w art. 108 § 1 k.p.a. **Niezwłoczne wdrożenie decyzji w życie będzie niezbędne wówczas, gdy nie można się obejść w danym czasie istniejącej sytuacji bez natychmiastowego wykonania praw lub obowiązków, o których rozstrzyga się w decyzji, ponieważ zwłoka w ich wykonaniu zagraża dobrom chronionym.** Organ administracji działa wobec tego w sytuacji, która ma znamiona stanu nagłej konieczności administracyjnej” (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt I OSK 1892/11).*

Odnosząc powyższą tezę do niniejszej sprawy należy wskazać, że jedynym zagrożeniem, o którym wspomina Prezes UKE jest szukanie „potencjalnej możliwości wykorzystywania przez PT kar umownych jako dodatkowego źródła dochodu kosztem OPL”. Sam Prezes UKE wskazuje jednak, że owo zagrożenie ma charakter potencjalny. Zdaniem SOT, ma ono charakter czystej spekulacji. Już w 2014 r. Izba wniosowała o przeprowadzenie stosownych dowodów na taką okoliczność, chociażby w zakresie sprawozdań finansowych OPL czy też przesłuchania strony. Nie jest specjalnie zaskakujące, że w ciągu niespełna miesiąca takie działania dowodowe nie zostały przeprowadzone.

Prezes Zarządu



Stefan Kamiński