



Warszawa, dn. 12 lipca 2019 roku

DSR / 806 / 07 / 2019

Szanowny Pan

Marcin Cichy

Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej

ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

STANOWISKO KONSULTACYJNE NETIA S.A.

dotyczące projektu decyzji w sprawie nr DR.WORK.6082.8.2019

W nawiązaniu do ogłoszenia Prezesa Urzędu Komunikacji Elektroniczej (zwanego dalej „**Prezesem UKE**”) z dnia 14 czerwca 2019 roku, dotyczącego postępowania konsultacyjnego projektu decyzji w sprawie zatwierdzenia zmiany „*Oferty ramowej określającej ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony oraz dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych*” (dalej: „**Oferta SOR**”) dla Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (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 (dalej: „**Projekt Decyzji**”), działając w imieniu Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnictwo w załączeniu) przedstawiam stanowisko w przedmiotowej sprawie.

Brak uzasadnienia wprowadzonych zmian

Prezes UKE w Projekcie Decyzji wprowadza zmiany polegające na obniżeniu lub całkowitym zniesieniu kar umownych. Takie rozstrzygnięcie Prezes UKE uzasadnia zgodnością z przepisami oraz potrzebami rynku¹. Należy wskazać, że wynikające z treści Projektu Decyzji zmiany planowane do wdrożenia do Oferty SOR odpowiadają tym, które Prezes UKE wprowadził do Oferty SOR decyzją z dnia 18 czerwca 2014 r. nr DHRT-WORK-6082-1/13(202) (dalej: „**Kary i Bonifikaty I**”) zmienioną następnie decyzją Prezesa UKE z dnia 7 maja 2015 r. nr DHRT-WORK-6082-1/13(319) (dalej: „**Kary i Bonifikaty II**”). Obie przedmiotowe decyzje zostały uchylone wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: „**NSA**”) z dnia 29 stycznia 2019 r., sygn. akt II GSK 5014/16. Prezes UKE w uzasadnieniu Projektu Decyzji (str. 8) powołując

¹ Projektu Decyzji, str. 7.

się na treść wniosku OPL wskazał, że: „*podstawą uchylecia decyzji nie było stwierdzenie przez NSA, iż wysokość kar umownych oraz bonifikat określonych w ww. decyzjach nie odpowiada potrzebom rynkowym, czy jest sprzeczna z przepisami prawa, a błędy formalne w postaci pominięcia postępowania w sprawie zobowiązania OPL do zmiany oferty ramowej, o którym mowa w art. 43 ust 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2018 r., poz. 1954 ze zm., dalej „Pt”)*”.

Tym samym Prezes UKE uznał, że nie istnieją żadne przeszkody, aby w Projekcie Decyzji wprowadzić takie same postanowienia jak w treści uprzednio wydanych decyzji Kary i Bonifikaty I i Kary i Bonifikaty II, uchylonych przez NSA. Prezes UKE przyjął, że wartość kar umownych wprowadzana decyzjami Kary i Bonifikaty I i Kary i Bonifikaty II jest prawidłowa, bowiem powodem uchylecia ww. decyzji były błędy proceduralne, a nie merytoryczne. Nie sposób zgodzić się z takim wnioskiem. NSA w swoim wyroku przeanalizował procedurę wprowadzania przez Prezesa UKE zmian w Ofercie SOR w zakresie kar umownych i bonifikat i uznał, że w wyniku błędów formalnych zasadne jest uchYLECIE decyzji. Nie oznacza to jednak, że NSA badał prawidłowość przyjętego przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia. Tym samym przyjęte przez Prezesa UKE założenie o prawidłowości merytorycznego rozstrzygnięcia decyzji Kary i Bonifikaty I i Kary i Bonifikaty II należy uznać za błędne.

Prezes UKE przygotowując Projekt Decyzji powinien zgromadzić materiał dowodowy i na jego podstawie ustalić czy wnioskowane przez OPL zmiany wartości kar i bonifikat są zasadne. Ostatecznie w uzasadnieniu Projektu Decyzji Prezes UKE powołał się na ustalenia, jakie zostały poczynione w postępowaniu zakończonym wydaniem decyzji Kary i Bonifikaty I i Kary i Bonifikaty II. **Oznacza to, że Prezes UKE przyjął za aktualne ustalenia oparte o dane z lat 2013 i 2014, nie badając czy od czasu wydania decyzji Kary i Bonifikaty I i Kary i Bonifikaty II nastąpiły jakiegokolwiek zmiany, jakie mają wpływ na stan faktyczny w obecnie toczącym się postępowaniu.** Należy wskazać, że skoro Prezes UKE uznał, że wyjaśnienia poczynione w postępowaniu zakończonym wydaniem decyzji Kary i Bonifikaty I i Kary i Bonifikaty II są wystarczające i na ich podstawie dokonał rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, to konieczne jest włączenie ich do materiału dowodowego niniejszego postępowania. W stanie faktycznym brak jest jakiegokolwiek wzmianki o włączeniu do niniejszego postępowania jakichkolwiek dokumentów, co oznacza, że twierdzenia i wnioski Prezesa UKE nie mają oparcia w żadnej dokumentacji – ani aktualnej, ani nawet historycznej.

Dodatkowo, **Prezes UKE wprowadzając zmiany w wysokości kar i bonifikat nie przeprowadził żadnej analizy, która wyjaśniałaby wprowadzenie obniżki poszczególnych kwot.** Brak jest jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia dla wprowadzanych przez Prezesa UKE zmian wielkości kar umownych. Przykładem braku takiego uzasadnienia jest przyjęcie przez Prezesa UKE maksymalnej wartości kary umownej za jedno zdarzenie. Prezes UKE ustalił limit, w wysokości którego operatorzy alternatywni (dalej: „OA”) są uprawnieni do żądania kar umownych na poziomie sześćdziesięciokrotności podstawy kary umownej za dane zdarzenie. Wprowadzając taki zapis Prezes UKE nie powołał się na żadną analizę, która uzasadniałaby prawidłowość określonej wysokości kary. Jako uzasadnienie Prezes UKE wskazał jedynie, że ustalenie maksymalnego limitu „*pozwoli na uniknięcie nadmiernych i nieuzasadnionych obciążeń OPL w sytuacji wystąpienia zdarzeń o charakterze ciągłym, utrudniających lub uniemożliwiających świadczenie usługi regulowanej, w szczególności w sytuacjach, na które OPL nie ma wpływu lub wpływ ten jest ograniczony*”. Należy jednak podkreślić, że nie wiadomo co Prezes UKE miał na myśli pisząc o „*nadmiernym i nieuzasadnionym obciążeniu*” oraz czy OPL kiedykolwiek ponosiła obciążenia z tytułu

naliczenia kar umownych, które można uznać za nadmiarowe i nieuzasadnione, bowiem takie stwierdzenie nie zostało poparte żadnymi danymi liczbowymi ani przykładami.

W opinii Netii wprowadzenie limitu wysokości kar umownych ponoszonych przez OPL prowadzić będzie do ograniczenia odpowiedzialności OPL. Określenie maksymalnej wysokości kar umownych jako sześćdziesięciokrotność określonej stawki oznacza, że przy opóźnieniu usunięcia awarii przekraczającym 60 dni OPL nie będzie miała żadnych bodźców, które skłaniałyby ją do usunięcia przyczyny kary umownej.

W ocenie Netii kary umowne mają za zadanie zdyscyplinowanie OPL do świadczenia usług hurtowych na najwyższym poziomie, zaś w przypadku awarii do usuwania jej bez zbędnej zwłoki. Z kolei dla OA kara stanowi zryczałtowaną rekompensatę za nieprawidłowo świadczoną usługę regulowaną bądź przerwę w dostępie do danej usługi. Należy przy tym zauważyć, że OA świadcząc usługi własnym abonentom w oparciu o infrastrukturę OPL, w przypadku awarii bądź przerwy w dostępie do usług, ponosi na rzecz własnych abonentów kary za przerwy w dostępie do usług. Obniżenie wysokości kar umownych zgodnie z wnioskiem OPL bądź zniesienie pewnych kar wpływa negatywnie na sytuację OA i jego abonentów. W przypadku dłuższych awarii, OA zmuszeni są do rozwiązania umowy z abonentem ze względu na brak technicznej możliwości świadczenia usług. Tym samym zniesienie kar umownych oraz obniżenie ich wartości w negatywny sposób wpływa zarówno na pomioty korzystające z usług OPL, jak również na interes użytkowników końcowych. Nie jest zatem prawdą, że zmiana wysokości kar umownych stanowi odpowiedź na potrzeby rynku.

Oparcie uzasadnienia o wartość KPI

Prezes UKE w uzasadnieniu Zaskarżonej Decyzji na str. 10 wskazał, że zaproponowane przez OPL we wniosku obniżenie kar umownych *„sprzyja zwiększeniu efektywności i konkurencyjności na rynku telekomunikacyjnym. W ocenie Prezesa UKE 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”*.

Dalej Prezes UKE wskazał, że w jego opinii *„wysokość kar umownych powinna odpowiadać wysokości zabezpieczenia finansowego dla prawidłowego wykonania umów zawartych na podstawie Oferty SOR, jednocześnie stanowiąc dla OPL obciążenie adekwatne do poziomu oferowanych przez OPL usług oraz poziomu konkurencji na rynku”*. Niestety w dalszej części uzasadnienia brak jest jakiegokolwiek analizy wskazującej na przeprowadzenie przez Prezesa UKE badania wysokości zabezpieczenia finansowego dla prawidłowego wykonania umów zawartych na podstawie Oferty SOR i relacji tej wartości do wysokości kar umownych w Ofercie SOR. Brak jest również oceny poziomu oferowanych przez OPL usług.

Wszelkie twierdzenia w Projekcie Decyzji, które mają rzekomo stanowić uzasadnienie dokonanej zmiany w zakresie kar umownych i bonifikat w Ofercie SOR są ogólnymi stwierdzeniami niepotwierdzonymi żadnymi danymi liczbowymi. Innymi słowy brak jest choćby jednego dowodu, na którym można byłoby oprzeć którekolwiek z twierdzeń Prezesa UKE. W ocenie Netii wyjaśnienia wymaga dodatkowo, co Prezes UKE rozumie poprzez wysokość zabezpieczenia finansowego dla prawidłowego wykonania umów zawartych na podstawie Oferty SOR i w jaki sposób Prezes UKE ocenił zależność między tą wartością a wysokością kar umownych określonych w Projekcie Decyzji.

W opinii Netii uzasadnienie Projektu Decyzji powinno zostać uzupełnione o wyjaśnienia oraz analizy pokazujące w jaki sposób zmiana wysokości kar umownych wpłynie na rynek telekomunikacyjny, w szczególności jak zmiana wysokości kar umownych wpłynie na poprawę interesu użytkowników końcowych oraz w jaki sposób zmiana sposobu przyznawania kar umownych odpowiada potrzebom rynku. W związku z powyższym **Netia wnosi o uzupełnienie uzasadnienia Projektu Decyzji o dokumenty potwierdzające przeprowadzenie dowodu** polegającego na przeanalizowaniu wysokości sumy kar umownych naliczonych przez OA względem OPL w ciągu ostatnich 10 lat oraz zestawienia ich wartości z sumą przychodów pochodzących ze sprzedaży usług hurtowych OPL w analogicznym okresie czasu. Taka analiza pozwoliłaby na ocenę, czy prawdziwe jest stwierdzenie Prezesa UKE zawarte na str. 10 uzasadnienia Projektu Decyzji, że wyeliminowanie m.in. postanowień o możliwości nakładania na OPL podwójnych kar umownych z tytułu jednego zdarzenia pozwoli na *„wyeliminowanie zbyt wygórowanych kar umownych (w odniesieniu do jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL), które mogą prowadzić do naruszenia konkurencji na rynku”*.

Prezes UKE wskazał, że kary umowne i bonifikaty zostały wprowadzone do Oferty SOR w 2010 r. jako narzędzie o represyjnym charakterze, które miało zniechęcać OPL do podejmowania działań ukierunkowanych na ograniczenie konkurencji. Należy bowiem wskazać, że do 2010 r. OPL posiadała bardzo silną pozycję rynkową w sektorze telekomunikacyjnym i utrudniała OA dostęp do własnej sieci co wiązało się z problemami w rozwoju konkurencji.

W uzasadnieniu Projektu Decyzji Prezes UKE wskazał, że obecnie sytuacja na rynku uległa zmianie, bowiem OPL nie posiada już tak silnej pozycji dominującej, co stanowić ma uzasadnienie do złagodzenia zapisów dotyczących kar umownych zgodnie z wnioskiem OPL. Prezes UKE wprowadzając zmiany wysokości kar umownych wskazywał, że OPL świadczy OA dostęp do własnych usług na poprawnym poziomie, o czym świadczą mają wskaźniki KPI prezentowane w raportach kwartalnych NSKPI. Prezes UKE powołał się na treść raportów z okresu od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. Na str. 13 uzasadnienia Projektu Decyzji Prezes UKE wskazał, że treść tych raportów potwierdza, że *„poziom stosowanych kar umownych pozwala na realizację funkcji kar umownych (represyjnej i odszkodowawczej). Rozwiązania wprowadzone Decyzją Kary i Bonifikaty I i II nadal wpływa dyscyplinująco na OPL, co w konsekwencji przyczynia się do zapewnienia wysokiej jakości usług świadczonych na rzecz PT”*.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że w uzasadnieniu Projektu Decyzji Prezes UKE w żadnym miejscu nie odniósł się wprost do wartości wskaźników KPI, tym samym nie wiadomo co Prezes UKE miał na myśli pisząc, że usługi na rzecz OA świadczone są na „poprawnym poziomie”. Z drugiej strony takie sformułowanie oznacza, że dla części OA usługi były świadczone na dobrym poziomie, zaś dla części OA poziom usług mógł być niezadowolający i to ci OA mogą ubiegać się o wypłatę przez OPL kar umownych za usługi świadczone poniżej wymaganego poziomu. Tym samym Prezes UKE powinien precyzyjnie określić co ma na myśli pisząc o poziomie jakości usług świadczonych przez OPL usług podając konkretne wartości wskaźników jakości.

Dodatkowo Netia wskazuje, że w jej opinii oparcie uzasadnienia o zmianie bądź zniesieniu kar umownych na wartościach wskaźników KPI, które potwierdzać miałyby wysoką jakość oferowanych przez OPL usług na rzecz OA, nie odpowiada potrzebom rozwoju równoprawnej konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz potrzebom dotyczącej zapewnienia skutecznej i efektywnej współpracy międzyoperatorskiej. Należy bowiem wskazać, że jeśli OPL w sposób

prawidłowy świadczy usługi, wówczas kary umowne nie są naliczane. Tym samym w sytuacji gdy OPL nie podejmuje działań mających za zadanie ograniczenie dostępu dla OPL do usług hurtowych, utrzymanie kar umownych na poziomie ustalonym w 2010 r. nie będzie miało negatywnego wpływu na OPL, bowiem brak będzie podstaw do egzekwowania tych kar przez OA. Oznacza to również, że przy braku zagrożenia poniesienia kary na rzecz OA, OPL nie będzie zmuszona do tworzenia rezerw na potrzebę zaspokojenia roszczeń z tytułu kar. W związku z powyższym **wnoszę o włączenie do materiału dowodowego** sprawozdań finansowych OPL, które stanowiłyby potwierdzenie czy OPL zawiązuje rezerwy na potrzeby kar umownych wypłacanych na rzecz OA.

Warto również wskazać, że Prezes UKE nie wykazał w żaden sposób, że OPL w jakikolwiek sposób zabezpieczeń środki przeznaczone na wypłatę kar, tym bardziej, że ustalenie wysokości kar z wyprzedzeniem jest niemożliwe, bowiem wysokość niektórych kar zależna jest od czasu usunięcia awarii liczonego w dniach. Wówczas OPL ustalając wysokość rezerw musiałaby wiedzieć kiedy nastąpi awaria i jak długo będzie trwało jej usunięcie, co z oczywistych względów jest trudne do oszacowania.

Z kolei utrzymanie kar na wyższym poziomie, będzie stanowiło dla OA zabezpieczenie na wypadek obniżenia jakości przez OPL. W sytuacji gdy kary umowne zostaną znacznie obniżone bądź całkowicie zniesione, OA nie będą posiadali żadnego narzędzia do dochodzenia od OPL strat za ewentualną utratę abonentów w wyniku przedłużających się awarii.

Biorąc powyższe pod uwagę Netia wnosi o uzupełnienie Projektu Decyzji o stosowna wyjaśnienia oparte na danych liczbowych oraz przeprowadzenie dowodu zgodnie z wnioskiem Netii sformułowanym powyżej.

Z poważaniem,

Daniel Rosłoń



Kierownik ds. Współpracy z Regulatorem

Pełnomocnik Netia S.A.

Wykaz załączników:

- 1) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) wydruk z systemu teleinformatycznego odpowiadający odpisowi aktualnemu z KRS Netia S.A.