



PREZES

URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Marcin Cichy

Warszawa, 14 lutego 2019 r.

**Orange Polska S.A.**

Al. Jerozolimskie 160  
02-326 Warszawa

**Netia S.A.**

ul. Poleczki 13  
02-822 Warszawa

**Podmioty na prawach strony:**

**Polska Izba Informatyki  
i Telekomunikacji**

Al. Jerozolimskie 136, IX piętro  
02-305 Warszawa

**DECYZJA DHRT.WORK.6082.10.2017.81**

Na podstawie art. 138 § 1 pkt 1 w związku z art. 127 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2096, ze zm., dalej „kpa”) w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1954, ze zm., dalej „Pt”) oraz art. 43 ust. 2 Pt, po rozpatrzeniu wniosku Netii S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Netia”) z dnia 13 listopada 2018 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej „UKE”, w dniu 15 listopada 2018 r.) o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) z dnia 25 października 2018 r. nr DHRT.WORK.6082.10.2017.57 (dalej „Zaskarżona decyzja”), odmawiającą zobowiązania Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „OPL” lub „TP”) do przygotowania 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”), zatwierdzonej decyzją Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10(109), zmienionej następnie decyzjami Prezesa UKE, polegającej na zmianie tabeli nr 52 („Tabela nr 52 Opłaty jednorazowe związane z łączem Abonenckim” w Części I Ogólnej, rozdział 9 „Cennik” pkt 9.9 „Opłaty związane z łączem Abonenckim”) poprzez rozdzielenie pozycji cennikowej z wiersza nr 6 („Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH<sup>1</sup>)”) na dwie alternatywne usługi:

- a) uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) na łączu aktywnym oraz

---

<sup>1</sup> Fiber to the Home.



b) uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) na łączu nieaktywnym

**utrzymuję w całości Zaskarżoną decyzję w mocy.**

### **UZASADNIENIE**

W dniu 29 września 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WOR-6082-4/10(109), w której zatwierdził Ofertę SOR.

Decyzją z dnia 5 kwietnia 2011 r. Prezes UKE w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 29 września 2010 r.

W dniu 7 października 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DART-SMP-6040-1/14(121) (dalej „Decyzja SMP”<sup>2</sup>), w której określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego na obszarze całego kraju, z wyłączeniem obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do przedmiotowej decyzji oraz wyznaczył OPL, jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na danym rynku.

W dniu 11 czerwca 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.10.2016.28, w której zmienił Ofertę SOR.

Decyzją z dnia 25 maja 2017 r. nr DHRT.WORK. 6082.10.2016.101 Prezes UKE w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 11 sierpnia 2016 r. nr DHRT.WORK.6082.10.2016.28 m.in. zmieniając wysokość opłaty jednorazowej związanej z łączem abonenckim za uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH).

Pismem z dnia 12 grudnia 2017 r. (dalej „Wniosek”) Netia wniosła o zobowiązanie OPL do przedstawienia projektu zmiany Oferty SOR polegającej na rozdzieleniu pozycji cennikowej opłaty jednorazowej związanej z łączem abonenckim, na uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH) na łączu aktywnym i nieaktywnym.

Pismem z dnia 27 grudnia 2017 r. Prezes UKE zawiadomił Netię, OPL, Krajową Izbę Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „KIGEiT”), Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „PIIT”) oraz Polską Izbę Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie o wszczęciu postępowania administracyjnego w przedmiocie zobowiązania OPL do przygotowania zmiany Oferty SOR w powyższym zakresie. Ponadto, Prezes UKE poinformował, iż zgodnie z art. 31 § 5 kpa organizacja społeczna, która nie uczestniczy w postępowaniu na prawach strony, może za zgodą organu administracji publicznej przedstawić organowi swój pogląd w sprawie, wyrażony w uchwale lub oświadczeniu jej organu statutowego.

Pismem z dnia 15 stycznia 2018 r. PIIT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Postanowieniem z dnia 8 lutego 2018 r. Prezes UKE dopuścił PIIT do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 19 marca 2018 r. Netia przedstawiła dodatkowe stanowisko w sprawie (dalej „Stanowisko Netii”), w którym wskazała, że OPL pobiera opłatę jednorazową za usługę „*Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)*” w wysokości 156,10 zł, podczas gdy we własnej ofercie detalicznej OPL analogiczna opłata wynosi 49,99 zł.

Pismem z dnia 3 kwietnia 2018 r. OPL przedstawiła stanowisko w sprawie. OPL wskazała, że nie wystąpiła zmiana warunków rynkowych uzasadniająca wprowadzenie odrębnej opłaty za uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH) dla łączu aktywnych i nieaktywnych.

---

<sup>2</sup> [https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id\\_plik=17605](https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=17605).

Pismem z dnia 14 maja 2018 r. OPL przedstawiła dodatkowe stanowisko w sprawie, w którym wskazała m.in., iż z uzasadnienia Wniosku wynika, że zmiana warunków rynkowych nastąpiła w związku z wydaniem przez Prezesa UKE decyzji z dnia 25 maja 2018 r., nr DHRT.WORK.6082.10.2016.101. Jak podkreślono, Prezes UKE może reagować na zmiany warunków rynkowych, ale sam ich nie powoduje. OPL podkreśliła, że obecna opłata została ustalona na bazie zaudytowanych wyników kalkulacji kosztów na rok 2017, a tym samym odzwierciedla aktualne zmiany warunków rynkowych.

OPL podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko wskazując, że Wniosek nie został prawidłowo uzasadniony przez Netię, nie wspiera inwestycji w FTTH i nie znajduje uzasadnienia na podstawie praktyki rynkowej w Polsce.

Postanowieniem z dnia 13 lipca 2018 r. Prezes UKE ograniczył wgląd Netii i PIIT do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa OPL zawartych we fragmentach pisma z dnia 14 maja 2018 r.

Pismem z dnia 17 września 2018 r. Prezes UKE poinformował strony o włączeniu do materiału dowodowego w sprawie kopii następujących dokumentów:

- decyzji Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10 (109);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 5 kwietnia 2011 r., DHRT-WOR-6082-10/09 (219);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 5 sierpnia 2011 r., nr DART-SMP-6040-5/10 (42);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 4 października 2011 r., nr DHRT-WORK-6082-2/11 (70);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 3 marca 2014 r., nr DHRT-WORK-6082-1/12 (283);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 26 maja 2014 r., nr DHRT-WORK-6082-1/12 (330);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 30 maja 2014 r., nr DHRT-WORK-6082-7/13 (76);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 2 czerwca 2014 r., nr DHRT-WORK-6082-3/11 (448);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 18 czerwca 2014 r., nr DHRT-WORK-6082-1/13 (202);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 7 października 2014 r., nr DART-SMP-6040-1/14 (121);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 26 lutego 2015 r., nr DHRT-WORK-6082-2/13 (133);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 5 maja 2015 r., nr DHRT-WORK-6082-7/13 (177);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 7 maja 2015 r., nr DHRT-WORK-6082-1/13 (319);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 9 czerwca 2015 r., nr DHRT-WORK-6082-4/12 (194);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 3 lipca 2015 r., nr DHRT-WORK-6082-3/11 (611);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 12 sierpnia 2015 r., nr DHRT-WORK-6082-1/12 (454);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 2 listopada 2015 r., nr DHRT.WORK.6082.6.2015.49;
- decyzji Prezesa UKE z dnia 21 grudnia 2015 r., nr DHRT.WORK.6082.4.2015.99;
- decyzji Prezesa UKE z dnia 11 kwietnia 2016 r., nr DHRT.WORK.6082.4.2015.124;
- decyzji Prezesa UKE z dnia 16 maja 2016 r., nr DHRT.WORK.6082.2.2016.3;
- decyzji Prezesa UKE z dnia 4 czerwca 2016 r., nr DHRT.WORK.6082.1.2016.6;
- decyzji Prezesa UKE z dnia 11 sierpnia 2016 r., nr DHRT.WORK.6082.10.2016.28;

- decyzji Prezesa UKE z dnia 6 grudnia 2016 r. nr DHRT.WORK.6082.3.2016.46,
- decyzji Prezesa UKE z dnia 25 maja 2017 r. nr DHRT.WORK.6082.10.2016.101.

Jednocześnie Prezes UKE poinformował podmioty biorące udział w postępowaniu o przysługującym im na podstawie art. 10 kpa prawie do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Pismem z dnia 2 października 2018 r. Prezes UKE poinformował podmioty biorące udział w postępowaniu, o przysługującym im na podstawie art. 10 kpa prawie do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Jednocześnie na podstawie art. 79a kpa Prezes UKE poinformował Netię, że na dzień wystania informacji nie istnieją żadne przesłanki zależne od Netii, które nie zostały wykazane przez Netię.

Zaskarżoną decyzją Prezes UKE odmówił zobowiązania OPL do zmiany Oferty SOR, polegającej na zmianie tabeli nr 52 („*Tabela nr 52 Opłaty jednorazowe związane z łączem Abonenckim*” w Części I Ogólnej, rozdział 9 „*Cennik*” pkt 9.9 „*Opłaty związane z łączem Abonenckim*”) poprzez rozdzielenie pozycji cennikowej z wiersza nr 6 („*Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)*”) na dwie alternatywne usługi:

- a) uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) na łączu aktywnym oraz
- b) uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) na łączu nieaktywnym.

Pismem z dnia 13 listopada 2018 r. Netia wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej Zaskarżoną decyzją (dalej „Wniosek Netii”).

Pismem z dnia 17 stycznia 2019 r., Prezes UKE zawiadomił strony o włączeniu do materiału dowodowego w sprawie kopii następujących dokumentów:

- decyzji Prezesa UKE z dnia 25 września 2018 r. nr DHRT.WORK.6082.8.2017.85,
- decyzji Prezesa UKE z dnia 8 października 2018 r. nr DHRT.WORK.6082.9.2017.68.

Jednocześnie Prezes UKE poinformował podmioty biorące udział w postępowaniu o przysługującym im na podstawie art. 10 kpa prawie do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Na podstawie art. 79a kpa Prezes UKE poinformował Netię, że na dzień wystania informacji nie istnieją żadne przesłanki zależne od Netii, które nie zostały wykazane przez Netię.

#### **Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE zważył, co następuje:**

Zgodnie z art. 206 ust. 1 Pt, postępowanie przed Prezesem UKE prowadzone jest na podstawie kpa ze zmianami wynikającymi z Pt oraz ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2062 ze zm.).

Zgodnie z art. 138 § 1 kpa organ odwoławczy wydaje decyzję, w której: 1) utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję albo 2) uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy albo uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, albo 3) umarza postępowanie odwoławcze. Natomiast, stosownie do art. 127 § 3 kpa, od decyzji wydanej w pierwszej instancji przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze nie służy odwołanie, jednakże strona

niezadowolona z decyzji może zwrócić się do tego organu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Postępowanie zostało zainicjowane Wnioskiem Netii o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 13 listopada 2018 r. Należy uznać, iż Netia poprzez nadanie wniosku z dnia 13 listopada 2018 r. w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 13 listopada 2018 r. zachowała wymagany przez przepisy prawa 14 - dniowy termin na złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (Zaskarżona Decyzja została doręczona Netii w dniu 30 października 2018 r.). Należy zatem stwierdzić, że w sprawie zrealizowane zostały przesłanki wynikające z art. 127 § 3 oraz 129 § 2 kpa, upoważniające i zobowiązujące Prezesa UKE do ponownego rozpoznania sprawy administracyjnej zakończonej Zaskarżoną decyzją i wydania nowego rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Zgodnie z poglądem ugruntowanym w doktrynie prawa i orzecznictwie sądowym, istotą postępowania odwoławczego jest ponowne merytoryczne rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, która była już przedmiotem rozstrzygnięcia organu pierwszej instancji, a nie zaś jedynie kontrola decyzji organu pierwszej instancji, czy też rozpatrzenie zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu (Adamiak, w: Adamiak/Borkowski, KPA Komentarz, 3. wyd., Warszawa, Art.138 Nb 1, oraz wyrok NSA z dnia 9.10.1992 r., V S.A. 137/92; opubl. ONSA z. 1/1992, poz. 22). Organ jest zobowiązany zatem do ponownego rozważenia wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych i prawnych, a w razie konieczności do przeprowadzenia uzupełniającego postępowania dowodowego (art. 136 kpa), co w efekcie ma doprowadzić do wydania nowego rozstrzygnięcia w sprawie, które wyeliminuje ewentualne wady decyzji wydanej przez organ pierwszej instancji. Tak ukształtowany zakres postępowania odwoławczego jest wyrazem realizacji wynikającej z art. 15 kpa zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego, zgodnie z którą obywatel ma prawo do dwukrotnego rozpoznania i rozstrzygnięcia jego sprawy przez kompetentny organ władzy państwowej (Adamiak, w: Adamiak/Borkowski, KPA Komentarz, 3. wyd., Warszawa, Art. 15 Nb 1). Skutkiem złożenia przez stronę odwołania jest zatem zainicjowanie administracyjnego toku instancji, w ramach którego następuje przekazanie kompetencji do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej z organu I instancji na organ II instancji.

W odmienny sposób gwarancje wynikające z zasady dwuinstancyjności zapewniane są w sytuacji, gdy organem właściwym do rozpatrzenia sprawy w pierwszej instancji jest organ administracyjny w randze ministra, nad którym z uwagi na strukturalne ograniczenia administracji publicznej nie występują organy wyższego stopnia. Wówczas uprawnienie strony do dwukrotnego rozpoznania sprawy administracyjnej realizowane jest w ramach instytucji wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, która uregulowana została w art. 127 § 3 kpa. W tym trybie strona niezadowolona z decyzji wydanej przez ministra lub centralny organ administracji rządowej jest uprawniona do zainicjowania przed tym samym organem drugiego postępowania merytorycznego w tej samej sprawie, do którego odpowiednio należy stosować przepisy kpa dotyczące odwołań. Postępowanie wszczęte wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy kończy się rozstrzygnięciem - sposobem załatwienia sprawy - przewidzianym w art. 138 § 1 kpa (por. wyroki NSA z dnia 17 listopada 2000 r., sygn. akt I SA 1543/99, LEX nr 57182, i z dnia 27 listopada 2001 r., sygn. akt I SA 1011/00, LEX nr 81760). Powyższe oznacza, że organ wydający decyzję na skutek prawidłowo złożonego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy *„obowiązany jest ponownie rozpoznać i rozstrzygnąć sprawę, która już raz została rozstrzygnięta przez ten organ w ramach działania jako organu pierwszej instancji, przy zastosowaniu takich rozstrzygnięć, które*

zostały przewidziane w art. 138 § 1 kpa” (tak: wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 marca 2007 r., sygn. V SA/Wa 248/07, LEX nr 338253).

Ponadto jak słusznie wskazuje się w nauce przedmiotu: „Kompetencje organu odwoławczego obejmują zarówno korygowanie wad prawnych decyzji organu pierwszej instancji polegających na niewłaściwie zastosowanym przepisie prawa materialnego, jak i wad polegających na niewłaściwej ocenie okoliczności faktycznych. W przypadku odmiennego rozstrzygnięcia sprawy organ odwoławczy ma kompetencje merytoryczno-reformacyjne. Może wydać decyzję uchylającą w całości lub części i w tym zakresie orzec co do istoty sprawy, w sytuacji gdy uznał, iż rozstrzygnięcie organu pierwszej instancji jest nieprawidłowe z uwagi na niezgodność z przepisami prawa lub z punktu widzenia celowości” (tak: wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 czerwca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 504/08, LEX nr 508489). Takiej weryfikacji - kierując się kryterium legalności - dokonał Prezes UKE w postępowaniu.

Zgodnie z art. 138 § 1 kpa, organ odwoławczy wydaje decyzję, w której:

- 1) utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję, albo
- 2) uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy albo uchylając tę decyzję – umarza postępowanie w pierwszej instancji w całości albo w części, albo
- 3) umarza postępowanie odwoławcze.

Decyzja o utrzymaniu w mocy zaskarżonej decyzji wydawana jest przez organ odwoławczy w przypadku stwierdzenia przez niego, że zaskarżona decyzja organu I instancji jest prawidłowa. Ze względu na zakres kontroli dokonywanej przez organ II instancji, przyjmuje się, że prawidłowości decyzji organu I instancji nie można sprowadzać tylko do przypadku zgodności tej decyzji z prawem. Kryteria kontroli dokonywanej w postępowaniu odwoławczym nie wyczerpują się bowiem na legalności decyzji, ale obejmują też w szczególności celowość, racjonalność, ekonomiczność czy słuszność wydanego rozstrzygnięcia. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 stycznia 1993 r. o sygn. akt SA/Wr 1384/92 badanie sprawy z punktu widzenia celowości i słuszności rozstrzygnięcia wydanego w I instancji wynika z faktu, iż organ odwoławczy jest obowiązany rozstrzygać merytorycznie sprawę administracyjną. Kontrola sprawowana przez organ II instancji musi mieć więc zawsze wszechstronny i wielowymiarowy charakter i nie może być sprowadzona do weryfikacji zarzutów podniesionych przez stronę w treści odwołania.

Prezes UKE rozpatrując wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, w ramach swoich uprawnień kontrolnych, ponownie ocenia materiał dowodowy uwzględniając stan faktyczny stwierdzony w czasie wydania Zaskarżonej decyzji, jak i zmiany stanu faktycznego, które zaszły pomiędzy wydaniem Zaskarżonej decyzji, a wydaniem decyzji w postępowaniu prowadzonym z wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Prezes UKE ponownie zbadał wszystkie okoliczności faktyczne związane ze sprawą, zgodnie z zasadami prawdy obiektywnej i oficjalności (art. 7 kpa i art. 77 kpa) oraz zasady pogłębiania zaufania obywateli do władzy publicznej (art. 8 kpa). Ponadto, Prezes UKE oparł się na materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, dokonując wszechstronnej oceny jego znaczenia i wartości dla toczącej się sprawy. Biorąc powyższe pod uwagę, po ponownym rozpatrzeniu sprawy Prezes UKE podjął decyzję o utrzymaniu w całości w mocy Zaskarżonej decyzji.

Podstawą wydania decyzji jest art. 43 ust. 2 zd. 1 Pt, zgodnie z którym „w przypadku zmiany zapotrzebowania na usługi lub zmiany warunków rynkowych Prezes UKE może z urzędu lub na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zobowiązać operatora

*do przygotowania zmiany oferty ramowej w całości lub w części.”* Powyższy przepis reguluje zatem kwestie związane ze zobowiązaniem operatora do przygotowania zmiany oferty ramowej, tj. tryb wszczęcia postępowania, przedmiot i zakres zobowiązania do przygotowania zmiany oferty ramowej oraz przesłanki uprawniające Prezesa UKE do zobowiązania operatora do przygotowania zmiany oferty ramowej.

Analizując treść przywołanego wyżej art. 43 ust. 2 zd. 1 Pt, należy podkreślić, że w przypadku zmiany zapotrzebowania na usługi lub zmiany warunków rynkowych Prezes UKE może z urzędu lub na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (dalej „PT”) zobowiązać operatora do przygotowania zmiany oferty ramowej w całości lub w części. Wskazać w tym zakresie należy, iż zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej „NSA”) z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt II GSK 1981/11, LEX 1361522 *„artykuł 43 ust. 2 p.t. jako przesłanki wprowadzenia przez przedsiębiorcę zmian do obowiązującej oferty ramowej wskazuje zmiany zapotrzebowania na usługi lub zmiany warunków rynkowych. Przesłanki te muszą być interpretowane w taki sposób, aby w przypadku dostrzeżenia przez organ wystąpienia wskazanych wyżej zniekształceń lub barier organ miał możliwość zobowiązania do dokonania zmiany oferty ramowej, która wyeliminuje nieprawidłowości. Nie jest do zaakceptowania taka wykładnia art. 43 ust. 2 p.t., która mimo stwierdzenia, że po wprowadzeniu oferty ramowej na rynku konkurencyjnym występują nieprawidłowości, nie daje możliwości zobowiązania przedsiębiorcy do przygotowania stosownych zmian tej oferty”*.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny: *„Wniosek o zmianę oferty może pochodzić nie tylko od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zainteresowanego zmianą oferty, ale także od zobowiązanego ofertą operatora. Wniosek musi szczegółowo uzasadniać, dlaczego konieczne jest dokonanie zmiany oferty oraz wyjaśniać relacje pomiędzy zmianami w zakresie zapotrzebowania na usługi lub zmianami warunków rynkowych a koniecznością dokonania zmian ofert ramowych”* (M. Rogalski, K. Kawalek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. LEX 2010, nr 86108). Wskazać przy tym należy, że wniosek ws. zobowiązania do zmiany oferty ramowej powinien być uzasadniony, gdyż tylko taki wniosek powoduje wszczęcie przez Prezesa UKE postępowania w sprawie wydania decyzji zobowiązującej do dokonania zmiany oferty ramowej. Jeżeli wniosek nie jest uzasadniony Prezes UKE odmawia zobowiązania operatora (tu: OPL) do zmiany oferty ramowej w formie decyzji. Warunkiem wydania decyzji na podstawie art. 43 ust. 2 Pt jest również, a może przede wszystkim, istnienie obowiązującej oferty ramowej (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2008 r., sygn. akt VI SA/Wa 2164/07, LEX nr 477571).

W zależności od wyników dokonanej oceny, Prezes UKE jest uprawniony do:

1. zobowiązania operatora (tu: OPL) do przygotowania zmiany oferty ramowej (tu: Oferta SOR) w całości lub w części,
2. odmowy zobowiązania operatora (tu: OPL) do przygotowania zmiany oferty ramowej (tu: Oferta SOR) w całości lub w części.

W związku z powyższym, Prezes UKE, rozpatrując sprawę, kierował się przesłankami, określonymi w art. 43 ust. 2 Pt, tj.:

- 1) istnienia obowiązującej oferty ramowej;
- 2) wystąpienia zmiany zapotrzebowania na usługi;
- 3) wystąpienia zmiany warunków rynkowych oraz

4) zasadności wniosku przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (tu: Netia).

**Poniżej Prezes UKE odniósł się do powyższych kwestii.**

Analizując treść art. 43 ust. 2 zd. 1 Pt, pod kątem ww. przesłanek Prezes UKE wskazuje, że obowiązującą ofertą ramową na dzień wydania decyzji jest Oferta SOR.

Dokonując analizy sprawy w zgodzie z treścią art. 43 ust. 2 zd. 1 Pt, Prezes UKE zaznacza, że postępowanie zostało wszczęte na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego – Netia. Prezes UKE stwierdził, że Netia jako przedsiębiorca telekomunikacyjny, zarejestrowany pod numerem 6 w rejestrze prowadzonym przez Prezesa UKE, posiada legitymację do złożenia wniosku, na podstawie art. 43 ust. 2 zd. 1 Pt.

Następnie, Prezes UKE dokonał analizy wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 13 listopada 2018 r. pod kątem zaistnienia przesłanki zmiany zapotrzebowania na usługi. W odniesieniu do omawianej przesłanki należy wyjaśnić, że ustawodawca posłużył się w tym przypadku pojęciem niedookreślonym, pozostawiając tym samym kwestię ustalenia co należy rozumieć pod pojęciem „zmiany zapotrzebowania na usługi” w kompetencji Prezesa UKE. Potwierdzenie powyższego twierdzenia znajduje się również w treści orzecznictwa przedmiotu, zgodnie z którym: *„W tym kontekście, należy uznać, iż na gruncie ustawy - Prawo telekomunikacyjne możliwość nałożenia obowiązku zmiany oferty ramowej, jako środka zaradczego przewidzianego w cyt. ustawie, jest dyskrecjonalną kompetencją organu regulacyjnego wynikającą z oceny adekwatności tego środka regulacyjnego, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, celów ustawy oraz celów polityki regulacyjnej określonych m.in. w art. 1 ust. 2, art. 25 ust. 4, art. 42 ust. 1 i art. 189 ust. 2 cyt. ustawy (podobnie: A. Chrzanowski, Stosowanie ofert ramowych w praktyce regulacyjnej /w:/ Regulacja rynków telekomunikacyjnych, pod red. S. Piątka, Warszawa 2007, s. 312)”* (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego [dalej „WSA”] w Warszawie z dnia 5 maja 2014 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2624/13, orzeczenia.nsa.gov.pl).

Przy czym jak wynika z orzecznictwa co do możliwości wykładni pojęcia „zmiany zapotrzebowania na usługi” to: *„Art. 43 ust. 2 p.t. jako przesłanki tych zmian wskazuje zmiany zapotrzebowania na usługi [...]. Przesłanki te muszą być interpretowane w taki sposób, aby w przypadku dostrzeżenia przez organ wystąpienia wskazanych wyżej zniekształceń lub barier organ miał możliwość zobowiązania do dokonania zmiany oferty ramowej, która wyeliminuje nieprawidłowości”* (wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt II GSK 1981/11, orzeczenia.nsa.gov.pl). Jak wynika z dalszej części uzasadnienia nie nastąpiła zmiana w zakresie zapotrzebowania na usługę BSA<sup>3</sup>, co uzasadniało utrzymanie w mocy Zaskarżonej decyzji.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z dnia 5 maja 2014 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2624/13, orzeczenia.nsa.gov.pl) Prezes UKE uwzględnił w niniejszym postępowaniu również pogląd, zgodnie z którym: *„[...] w omawianej sytuacji organ regulacyjny musi wykazać, że okoliczności sprawy i dowody jednoznacznie wskazują, że stosowana przez operatora dotychczasowa oferta ramowa nie uwzględnia zaistniałych zmian zapotrzebowania na usługi lub zmian warunków rynkowych, co uzasadnia potrzebę dokonania zmian, oczywiście gdy na operatora nałożono uprzednio stosowne obowiązki regulacyjne. Ponadto należy zauważyć, że skoro decyzja wydana na podstawie art. 43 ust. 2 Pt powinna określać te zapotrzebowania na usługi lub zmiany warunków*

---

<sup>3</sup> ang. Bitstream Acces – usługa szerokopasmowego dostępu do lokalnej pętli abonenckiej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych.



*rynkowych, które uzasadniają potrzebę dokonania zmian w ofercie ramowej, to organ regulacyjny nie może poprzestać na ogólnym określeniu tych zmian, ale wskazać konkretnie, jakie usługi lub na czym polegające zmiany warunków rynkowych mogą uzasadnić potrzebę dokonania stosownych zmian oferty (podobnie: M. Rogalski /w:/ M. Rogalski (red.), K. Kawalek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, LEX, 2010, komentarz do art. 43 Prawa telekomunikacyjnego, t. 7)”.*

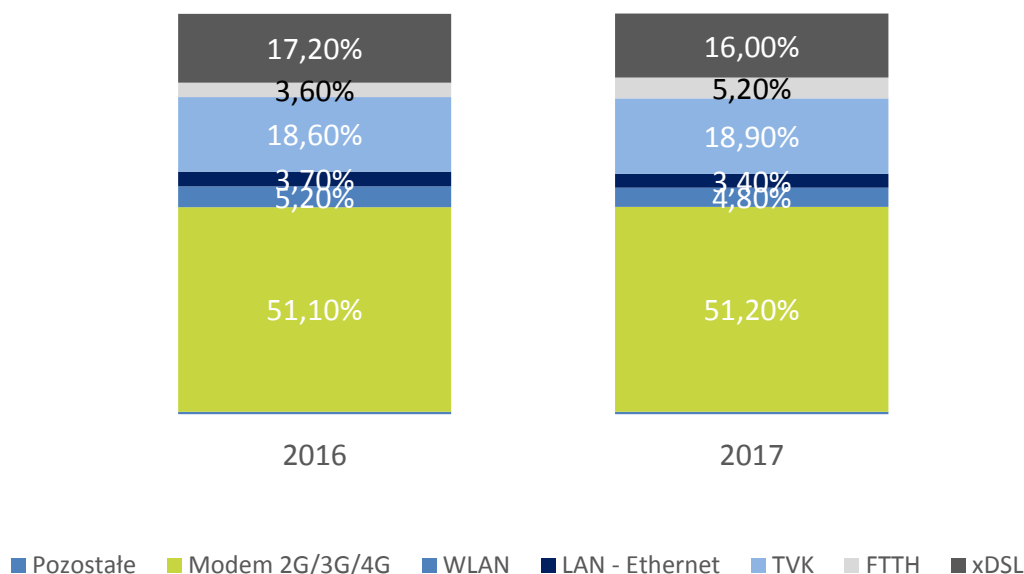
Prezes UKE nawiązując do powyższego wskazuje, iż Netia zawnioskowała o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej Zaskarżoną decyzją, którą Prezes UKE odmówił zobowiązania OPL do przedstawienia projektu zmiany Oferty SOR w zakresie zmiany tabeli nr 52 („Tabela nr 52 Opłaty jednorazowe związane z łączem Abonenckim” w Części I Ogólnej, rozdział 9 „Cennik” pkt 9.9 „Opłaty związane z łączem Abonenckim”) poprzez rozdzielenie pozycji cennikowej z wiersza nr 6 „Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)” na dwie alternatywne usługi:

- a) uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) na łączu aktywnym oraz
- b) uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) na łączu nieaktywnym.

Prezes UKE podkreśla, że analiza konkurencyjności rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego (Rynek 5, obecnie Rynek 3b, dalej „Rynek 3b”) została przeprowadzona i w jej wyniku Prezes UKE wydał Decyzję SMP. Na podstawie tej decyzji Prezes UKE określił rynek właściwy jako „*niefizyczny lub wirtualny dostęp sieciowy, w tym dostęp do strumienia bitów w stałej lokalizacji, który może być realizowany przy wykorzystaniu zasobów stacjonarnej infrastruktury sieciowej w połączeniu z innymi elementami*” i ustalił, że na Rynku 3b występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej i wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zajmującego znaczącą pozycję na Rynku 3b. Główną usługą na poziomie hurtowym jest usługa dostępu do strumienia bitów (Usługa BSA). Do zakresu produktowego Rynku 3b na poziomie hurtowym zaliczone zostały dwie technologie dostępne: xDSL i FTTx (w tym FTTH). Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Netii, że rynek nie został w żaden sposób zdefiniowany i określony.

W odniesieniu do Wniosku Netii Prezes UKE wskazuje, że nie doszło do zmiany warunków rynkowych i zmiany zapotrzebowania na usługi uzasadniających zmianę Oferty SOR. We Wniosku Netia wniosła o zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR poprzez rozdzielenie Uruchomienia usługi w technologii xPON (FTTH) na dwie odrębne usługi (uruchomienie usługi na łączu aktywnym i nieaktywnym) i w konsekwencji ustalenie opłat za tak wydzielone usługi. Wydając Zaskarżoną decyzję Prezes UKE odmówił zobowiązania OPL do zmiany Oferty SOR. Prezes UKE ponownie rozpatrując sprawę podkreśla, że nie zaistniały zmiany rynkowe, które uzasadniałyby potrzebę wprowadzenia żądanej przez Netię zmiany Oferty SOR. Analiza dostępnych danych odnośnie struktury i liczby abonentów w podziale na technologie dostępne (Wykres 1) wskazuje, iż usługi realizowane w technologii FTTH są, w stosunku do innych technologii, ciągle na nieproporcjonalnie niskim poziomie rozwoju. Na uwagę zasługuje fakt, iż największy udział ma technologia xDSL, mniej konkurencyjna pod względem szybkości transmisji niż technologia FTTH. Powyższe potwierdzają dane analityczne zaczerpnięte z publicznie dostępnego raportu UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 r.

Wykres 1 Struktura abonentów ze względu na wykorzystywaną technologię dostępową



źródło: Raport UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 r.<sup>4</sup>

Ponadto, Prezes UKE ponownie wskazuje, iż na Rynku 3b nie występują przypadki świadczenia usług szerokopasmowej transmisji danych w ujęciu wskazanym we Wniosku Netii, co także potwierdza, iż nie zaistniały zmiany warunków rynkowych, które uzasadniałyby zmianę Oferty SOR.

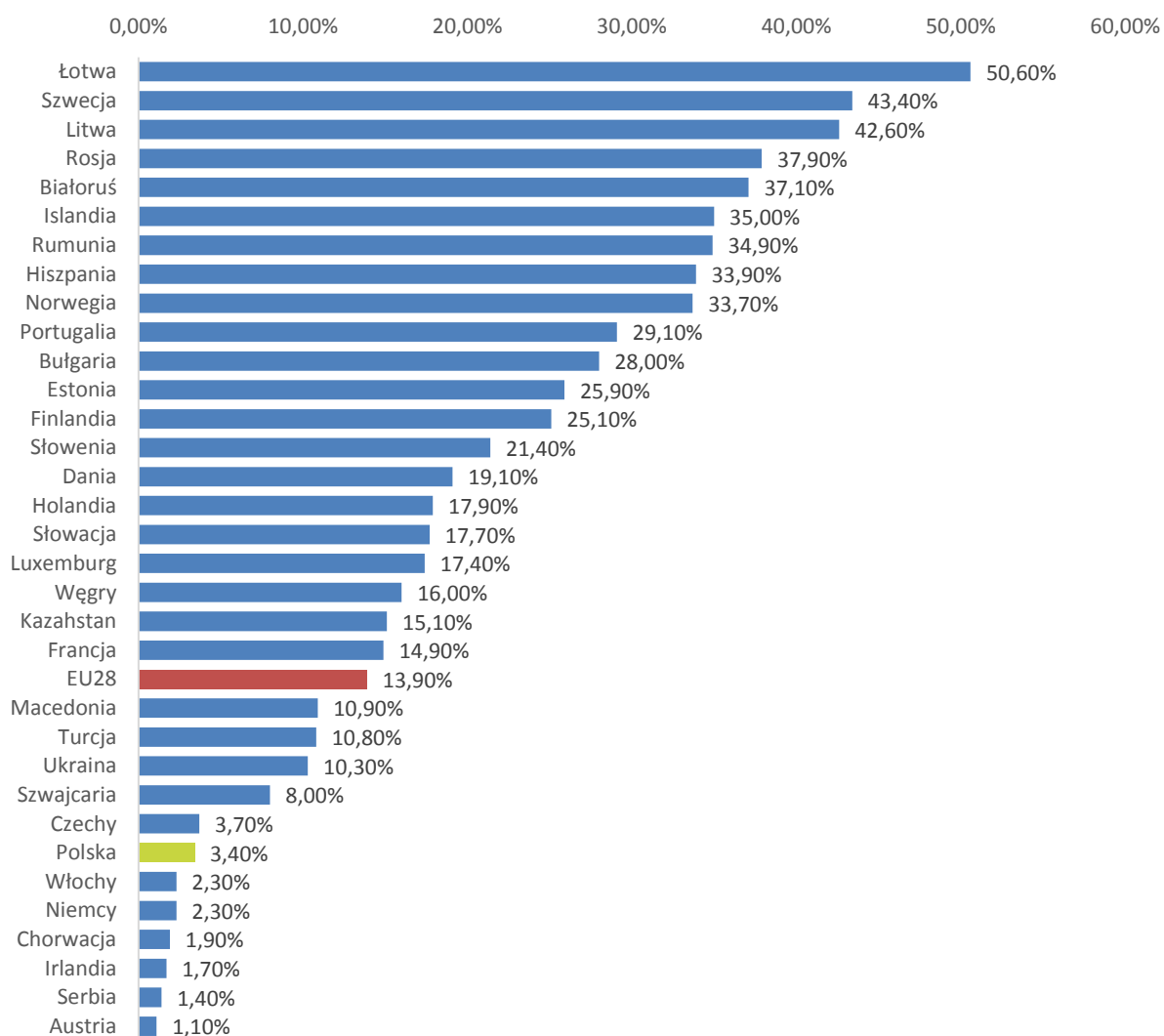
Nie można zgodzić się z argumentem Netii wskazującym, że Prezes UKE bezdyskusyjnie przyjął wszystkie argumenty OPL prezentowane w toku postępowania oraz, że nie został zgromadzony cały materiał dowodowy niezbędny do zbadania sprawy. Prezes UKE przed wydaniem Zaskarżonej decyzji dokonał analizy, która potwierdziła, że nie doszło do zmiany warunków rynkowych i zmiany zapotrzebowania na usługi, które potwierdzałyby konieczność rozdzielenia opłaty za uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH). Analiza ofert detalicznych operatorów alternatywnych (dalej „OA”) potwierdziła, że nie występuje podział opłaty za uruchomienie usługi w zależności od rodzaju łącza abonenckiego w technologii FTTH (łącze aktywne/nieaktywne) wśród największych przedsiębiorców na polskim rynku telekomunikacyjnym. Oferty detaliczne, w tym cenniki, poddane analizie są powszechnie dostępne, stąd też Prezes UKE dokonał ogólnego odwołania wskazując adresy stron internetowych, na których publikowane są aktualne oferty operatorów. Również analiza publicznego raportu bieżącego OPL za 2017 r.<sup>5</sup> potwierdza argumenty prezentowane przez OPL i zweryfikowane w Zaskarżonej decyzji wskazujące, że liczba dostępow FTTH jest niewielka w porównaniu z ogólną liczbą klientów OPL korzystających z dostępow szerokopasmowych na rynku detalicznym. Niski poziom nasycenia rynku usługami w technologii FTTH potwierdza, że rozdzielenie opłaty stanowiłoby zagrożenie dla rozwoju nowych inwestycji w usługi w technologii FTTH.

<sup>4</sup> <http://bip.uke.gov.pl/raporty/raport-o-stanie-rynku-telekomunikacyjnego-w-2017-roku,20.html>, str. 10.

<sup>5</sup> <http://www.orange-ir.pl/sites/default/files/RB%204-2018%20Wybrane%20dane%202017%20oraz%20prognoza.pdf>.

Odnosząc się do stwierdzenia z Wniosku Netii, że w Zaskarżonej decyzji Prezes UKE nie wskazał jaki udział łączy światłowodowych byłby wystarczający do podjęcia decyzji o rozdzieleniu opłaty za uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH), należy ponownie podkreślić, iż podstawowym warunkiem do zmiany Oferty SOR w tym zakresie jest zmiana warunków rynkowych lub zmiana zapotrzebowania na usługi, która obecnie nie nastąpiła. Prezes UKE ponownie podkreśla, że zgodnie z danymi powołanymi w Zaskarżonej decyzji operatorzy SMP z innych krajów Unii Europejskiej nie stosują podziału na łącza aktywne i nieaktywne na Rynku 3b. Wyjątek stanowi Hiszpania, w której łącza światłowodowe największego dostawcy usług stanowią ponad 40% dostępnych łączy internetowych<sup>6</sup>. Powyższe potwierdzają ponadto dane analityczne zaczerpnięte z publicznie dostępnego raportu FTTH Council (Wykres 2) dotyczące generalnie penetracji w Hiszpanii. Mając na uwadze ww. zarzuty z Wniosku Netii Prezes UKE wskazuje, iż rozdzielenie opłaty za uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH), może zostać rozważone po osiągnięciu zdecydowanie wyższej penetracji usługami FTTH w Polsce. Tymczasem, na tle krajów europejskich, penetracja usługami FTTH w Polsce plasuje się jeszcze na niskim poziomie.

Wykres 2 Penetracja FTTH/B



źródło: <https://www.ftthcouncilmena.org/uploads/FTTH-GR-20180212v2.pdf>

<sup>6</sup> <https://www.telko.in/hiszpania-ponad-40-proc-internetowych-laczy-dostepowych-to-swiatlowody>.

Odnosząc się do zarzutu Netii z Wniosku Netii, że brak jest uzasadnienia dla stosowania tylko jednej opłaty za uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH) w sytuacji, gdy koszty ponoszone przez OPL w związku ze świadczeniem takiej usługi różnią się znacząco, zależnie od tego, czy usługa jest świadczona na łączu abonenckim aktywnym bądź nieaktywnym, Prezes UKE wskazuje, że Netia nie przedstawiła żadnej analizy potwierdzającej powołany argument co do różnych kosztów uruchomienia usługi w technologii xPON(FTTH) w podziale na łącze aktywne i nieaktywne. Jako potwierdzenie powyższego Netia powołała się na metodykę określoną w zatwierdzonej przez Prezesa UKE instrukcji i opisie kalkulacji kosztów<sup>7</sup> dla usługi BSA<sup>8</sup>. Przy czym, dane przedstawione przez Netię nie mają znaczenia w sprawie. Prezes UKE ponownie analizując przedmiotową kwestię wyjaśnia, iż koszty ponoszone jak i koszty uzasadnione dla dwóch odrębnych pozycji cennikowych usługi Uruchomienia usługi w technologii xPON, nie były poddawane weryfikacji Prezesa UKE w trybie art. 40 Pt, ani też nie podlegały kalkulacji na podstawie instrukcji i opisu kalkulacji kosztów dla Usługi BSA. Usługa w takim kształcie nie jest świadczona faktycznie przez OPL, w związku z powyższym na OPL nie ciążyły obowiązki kosztowe co do tej usługi. Prezes UKE wyjaśnia, iż Oferta SOR zawiera listę usług faktycznie świadczonych przez OPL oraz opłaty za faktycznie realizowane usługi. W konsekwencji metodyka określona w zatwierdzonej instrukcji i opisie kalkulacji kosztów dla usługi BSA, dotyczy usług faktycznie realizowanych przez OPL zgodnie z zatwierdzoną Ofertą SOR. Należy zatem wskazać, iż z uwagi na fakt, iż Oferta SOR nie przewiduje rozdzielenia usługi Uruchomienia usługi w technologii xPON(FTTH) jako dwóch odrębnych pozycji cennikowych, to opłata za ww. usługę nie znajduje odzwierciedlenia w liście usług podlegających kalkulacji na podstawie zatwierdzonej instrukcji i opisu kalkulacji kosztów dla usługi BSA i nie są wyznaczone koszty uzasadnione (art. 39 Pt). OPL nie ma obowiązku kalkulacji kosztów z tytułu usług, których nie realizuje na podstawie Oferty SOR, tj. dla poszczególnych rodzajów łącza. OPL prowadzi kalkulacje kosztów dla jednej pozycji cennikowej według Oferty SOR. Powyższa argumentacja Prezesa UKE znajduje potwierdzenie w wyroku w WSA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2019 r. w sprawie dotyczącej decyzji Prezesa UKE z dnia 4 czerwca 2018 r., nr DHRT.WORK.609.1.2017.44<sup>9</sup> w przedmiocie zatwierdzenia prowadzonej przez OPL rachunkowości regulacyjnej za 2017 r. i opisu kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego na rynku usług dostępu szerokopasmowego. W przywołanym wyroku sąd wskazał, iż „argumentacja KIGEiT nie może być uznana za zasadną. W zaskarżonej Decyzji Prezes UKE zatwierdził kalkulacje kosztów usług rzeczywiście świadczonych przez Orange Polska S.A. na rynku usług dostępu szerokopasmowego, które są przewidziane w Ofercie Ramowej SOR. W sytuacji gdy Oferta Ramowa SOR nie zawierała rozdzielenia usługi Uruchamianie usługi w technologii xPON(FTTH) na dwie oddzielne pozycje: uruchamianie tej usługi na łączu aktywnym i na łączu nieaktywnym nie było możliwe zatwierdzenie kalkulacji kosztów dla takich dwóch oddzielnych usług”.

Zaznaczenia wymaga, iż w trakcie postępowania, w piśmie z dnia 3 kwietnia 2018 r. OPL przedstawiła stanowisko, w którym wyjaśniła, że regulowana usługa hurtowa BSA na FTTH jest odzwierciedleniem oferty detalicznej, a oferta detaliczna OPL nie zakłada rozróżnienia na łącze aktywne i nieaktywne. Co więcej, brak jest uzasadnienia dla wprowadzenia takiego rozróżnienia dla klientów detalicznych. OPL wskazała, iż wprowadzenie różnicowania opłat

<sup>7</sup> Decyzja Prezesa UKE z dnia 14 lipca 2016 r., nr DHRT.WORK.609.6.2016.39.

<sup>8</sup> <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/rachunkowosc-regulacyjna/prezes-uke-utrzymal-w-mocy-decyzje-nt-instrukcji-za-2017-r-i-opisu-kalkulacji-kosztow-na-2019-r-orange-polska-s-a-,14.html>.

<sup>9</sup> <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/rachunkowosc-regulacyjna/prezes-uke-utrzymal-w-mocy-decyzje-nt-instrukcji-za-2017-r-i-opisu-kalkulacji-kosztow-na-2019-r-orange-polska-s-a-,14.html>.

zarówno w ofercie detalicznej, jak i w regulowanej ofercie hurtowej, wymagałoby poniesienia kosztów wdrożenia rzędu kilku milionów złotych. Ponadto OPL wskazała, że wnioskowane przez Netię rozwiązanie nie jest stosowane na rynku.

Mając na uwadze powyższe, twierdzenia Netii odnoszące się do rozdzielonej pozycji cennikowej (podczas gdy Oferta SOR przewiduje jedną opłatę) i dotyczące jakichkolwiek różnic w kosztach są nieuzasadnione i nie zasługują na uwzględnienie.

Prezes UKE zwraca uwagę, iż przedmiotem postępowania zakończono Zaskarżoną decyzją była kwestia rozdzielania usługi uruchomienia na dwie odrębne usługi. Przedmiotem postępowania zakończono Zaskarżoną decyzją nie była natomiast kwestia weryfikacji kosztów ponoszonych (art. 40 Pt) czy kalkulacji kosztów uzasadnionych (art. 39 Pt), stąd za niezastępujące na uwzględnienie należy uznać zarzuty Netii, dotyczące różnic w kosztach, wybiegające poza zakres niniejszego postępowania.

Odnosząc się do argumentu Netii wskazującego, że nie sposób uznać uruchomienie usługi na łączu aktywnym i na łączu nieaktywnym za działania równorzędne, ponieważ inne są obciążenia operatora udostępniającego (OPL), któremu powinny odpowiadać inne nakłady finansowe ze strony operatora korzystającego (np. Netia), Prezes UKE zwraca uwagę, że uruchomienie usługi w technologii FTTH na łączu aktywnym i nieaktywnym nie są równorzędne z uwagi na fakt, że OPL poczyniła już wcześniej inwestycje, które w przypadku łącza nieaktywnego dopiero należy poczynić, aby doprowadzić do użyteczności i aktywności łącza. Z powyższych względów działanie proponowane przez Netię, zmierzające do wydzielenia kosztów łącza aktywnego i nieaktywnego nie jest poprawne, gdyż nie uwzględnia wszystkich poniesionych kosztów łącza abonenckiego aktywnego.

Prezes UKE ponownie orzekając w sprawie, podtrzymuje, że czynności związane z uruchomieniem usługi na łączu nieaktywnym są inne niż na łączu aktywnym. Niemniej różnica wynika ze stopnia zaawansowania i momentu inwestycji w światłowody, które poczyniła OPL. W przypadku łącza aktywnych część kosztów została przez OPL poniesiona już wcześniej. Fakt, że w przypadku łącza aktywnych, pewne czynności inwestycyjne zostały poczynione wcześniej, powoduje różnice w zestawie podejmowanych czynności przez OPL przy uruchomieniu usługi w zależności od rodzaju łącza. Takie rozwiązanie nie oznacza, że w przypadku łącza aktywnego, koszty są niższe niż w przypadku uruchomienia usługi na łączach nieaktywnych. Oznacza to jedynie że koszt uruchomienia był poniesiony wcześniej. W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UKE, ustalenie opłat zgodnie z Wnioskiem Netii powoduje, iż całość kosztów poniesionych w związku z inwestycją w podłączenie abonenta detalicznego nie zostałyby w pełni pokryta, co byłoby wprost niezgodne z zasadą przyczynowości powstawania kosztów. Mając na uwadze powyższe, brak jest podstaw do rozdzielania usługi uruchomienia łącza w technologii FTTH.

Prezes UKE wyjaśnia dodatkowo, że przedmiotem postępowania nie jest kwestia wysokości opłaty za uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH) określonej w wierszu nr 6 Tabeli nr 52 Oferty SOR ani określenia różnicy kosztów ponoszonych w związku z uruchomieniem usługi w technologii xPON(FTTH). Postępowanie zakończone wydaniem Zaskarżonej decyzji nie miało na celu weryfikacji kosztów, a jedynie zweryfikowanie czy doszło do zmiany warunków rynkowych lub zmiany zapotrzebowania na usługi, uzasadniających rozdzielanie opłaty za uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH).

Prezes UKE nawiązując do powyższego wskazuje, iż w Decyzji SMP nałożył na OPL obowiązek, o którym mowa w art. 39 ust. 1 Pt, polegający na:

- kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – według metod zorientowanych przyszłościowo długookresowych kosztów przyrostowych, według zatwierdzonego przez Prezesa UKE opisu kalkulacji kosztów;
- stosowaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego – zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową – uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora.

Powyższe oznacza, iż OPL jest zobowiązana do wykonywania co roku kalkulacji kosztów usług świadczonych na rynku hurtowych usług dostępu szerokopasmowego, których wyniki są poddawane audytowi przez biegłego rewidenta powoływanego przez Prezesa UKE. Prezes UKE wskazuje, że decyzją z dnia 25 maja 2017 r. nr DHRT.WORK.6082.10.2016.101 dokonał zmiany Oferty SOR w zakresie Tabeli nr 52 (zawierającej opłatę za Uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH)) i zatwierdził opłatę opartą na wynikach kalkulacji kosztów uzasadnionych z art. 39 Pt. Prezes UKE wskazuje, iż w Decyzji SMP nałożył na OPL obowiązek kalkulacji kosztów, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pt, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego zarówno w oparciu o technologię miedzianą, jak i światłowodową w oparciu o ponoszone koszty przez OPL, przy czym obowiązek ten (zgodnie z zapisami Decyzji SMP) będzie stosowany do momentu przekazania wyników kalkulacji kosztów uzasadnionych (art. 39 Pt) z opinią biegłego rewidenta z badania, stwierdzającą prawidłowość wyników tej kalkulacji lub ustalenia przez Prezesa UKE wysokości opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego lub ich maksymalnego albo minimalnego poziomu w przypadkach wymienionych w art. 39 ust. 4 Pt.

Zgodnie z aktualnym stanem prawnym wysokość opłat za regulowane usługi hurtowe na Rynku 3b (w tym wysokość opłat za Uruchomienie usługi w technologii xPON(FTTH)) powinna być ustalona zgodnie z obowiązkiem regulacyjnym opisanym w art. 39 ust. 1 Pt. W związku z powyższym podstawą obowiązywania oraz wysokości opłat przyjętych w decyzji Prezesa UKE z dnia 25 maja 2017 r. nr DHRT.WORK.6082.10.2016.101, były koszty uzasadnione, pozytywnie zweryfikowane w toku audytu regulacyjnego sprawozdań z prowadzonej przez OPL rachunkowości regulacyjnej za rok 2015 oraz wyników kalkulacji kosztów usług na rok 2017. Prezes UKE wskazuje dodatkowo, iż audytor nie wniósł zastrzeżeń w zakresie kalkulacji wysokości opłaty związanej z uruchomieniem usługi w technologii światłowodowej xPON (FTTH) dla usługi BSA, w wysokości 156,10 zł<sup>10</sup>, a tym samym również nie wniósł zastrzeżeń co do jej zasadności. W związku z powyższym za nieuzasadnione należy uznać twierdzenia Netii, że wskazana powyżej opłata została określona powyżej kosztów ponoszonych przez OPL, a tym bardziej kosztów uzasadnionych. Nie można również zgodzić się z argumentem Netii wskazującym, że w wyniku wydania Zaskarżonej decyzji, Prezes UKE dał OPL przyzwolenie na stosowanie zawyżonych opłat.

Odnosząc się do twierdzeń z Wniosku Netii, iż rozdzielenie Uruchomienia usługi w technologii xPON na usługę świadczoną na łączu aktywnym i nieaktywnym doprowadzi do bardziej precyzyjnego ustalenia opłat za usługę regulowaną (zdaniem Netii dzięki rozdzieleniu opłata będzie odpowiadała kosztom jakie ponosi OPL w celu świadczenia usługi), Prezes UKE wskazuje, iż jak zostało wskazane w poprzedniej sekcji niniejszej decyzji, ponowna analiza sprawy potwierdza, iż nie zaistniały zmiany rynkowe, które uzasadniałyby zmianę Oferty SOR i rozdzielenie Uruchomienia usługi na łącze aktywne i łącze nieaktywne

<sup>10</sup> <https://www.uke.gov.pl/sprawozdanie-z-rachunkowosci-regulacyjnej-orange-polska-20418>.

(brak praktyki na rynku, zbyt niska penetracja łączy dostępowych w technologii FTTH). Natomiast, kwestia weryfikacji kosztów oraz ewentualnego ustalania opłat, wychodzi poza zakres przedmiotowy postępowania, przez co nie zasługuje na uwzględnienie.

Następnie odnosząc się do stwierdzenia z Wniosku Netii, iż brak podziału powoduje, że OPL otrzymuje zawyżoną opłatę, co jest sprzeczne z zasadą promocji nowoczesnej infrastruktury, Prezes UKE wskazuje, iż w ramach postępowania zakończonego Zaskarżoną Decyzją Prezes UKE bada zaistnienie przesłanek wynikających z art. 43 ust. 2 Pt, natomiast kwestia weryfikacji kosztów ponoszonych i ewentualnego stwierdzenia ich nieprawidłowości podlega rozważaniom Prezesa UKE w trybie art. 40 Pt. Wobec powyższego twierdzenia Netii, co do sprzeczności opłaty z zasadą promocji nowoczesnej infrastruktury, nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosząc się do stwierdzenia z Wniosku Netii, iż utrzymanie w ofercie ramowej dotychczasowej opłaty jednorazowej za usługę „*Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)*” w wysokości 156,10 zł/netto, podczas gdy w ofercie detalicznej OPL występuje opłata 49,99 zł/netto, uniemożliwia OA stworzenie konkurencyjnej oferty detalicznej (zdaniem Netii, Prezes UKE całkowicie zignorował fakt istnienia tak dużej dysproporcji i bezdyskusyjnie przyjął wyjaśnienia OPL, że „w przypadku ofert promocyjnych, w których opłata jest niższa lub nie jest pobierana, koszt aktywacji jest pokrywany częściowo przez opłatę aktywacyjną oraz przez miesięczne opłaty abonamentowe”), Prezes UKE zwraca uwagę, iż wprowadzanie promocyjnych opłat aktywacyjnych jest powszechnie stosowaną praktyką rynkową. Analiza ofert detalicznych wybranych operatorów świadczących usługi szerokopasmowego dostępu do internetu w technologii FTTH wskazuje, że praktyką rynkową jest stosowanie przez OA promocji detalicznych od cen standardowych (Tabela 1). Operatorzy mają swobodę co do stosowanego modelu sprzedaży detalicznej, który stanowi element gry rynkowej. Z reguły w takim przypadku, umowa pomiędzy operatorem a abonentem podpisana jest na czas określony (1 rok/2 lata), co umożliwia rozłożenie w czasie kosztu aktywacji i odzyskanie go w miesięcznych opłatach abonamentowych.

Tabela 1 Porównanie cen aktywacji usług realizowanych w technologii światłowodowej

Operatorzy	Opłata standardowa netto	Opłata promocyjna netto
<b>OPL</b>	161,79 zł <sup>11</sup>	40,64 zł <sup>12</sup>
<b>Netia S.A.</b>	80,49 zł <sup>13</sup>	39,84 zł <sup>14</sup>
<b>Inea S.A.</b>	243,90 zł <sup>15</sup>	0,00 zł <sup>16</sup>
<b>UPC Polska Sp. z o.o.</b>	81,30 zł <sup>17</sup>	48,70 zł <sup>18</sup>
<b>Multimedia Polska S.A.</b>	81,15 zł <sup>19</sup>	24,38 zł <sup>20</sup>
<b>JMDI Sp. z o.o.</b>	162,60 zł <sup>21</sup>	0,81 zł <sup>22</sup>

<sup>11</sup> <https://orange.binaries.pl/bw//20155/0/11334/f67349b2-b20e-436e-8966-273fb7046cec.pdf>.

<sup>12</sup> <https://orange.binaries.pl/bw//20155/0/28803/f00dba32-a79a-4a25-83e2-8aab6fc322a9.pdf>.

<sup>13</sup> [https://www.netia.pl/files/pomoc/dokumenty\\_druki/Cenniki/cennik-home-szybki\\_internet\\_od\\_13.08.2018.pdf](https://www.netia.pl/files/pomoc/dokumenty_druki/Cenniki/cennik-home-szybki_internet_od_13.08.2018.pdf).

<sup>14</sup> [https://www.netia.pl/files/pomoc/SWP\\_2018/swp\\_netia\\_elastyczna\\_oferta\\_6ms\\_bez\\_oplat.pdf](https://www.netia.pl/files/pomoc/SWP_2018/swp_netia_elastyczna_oferta_6ms_bez_oplat.pdf).

<sup>15</sup> <https://www.inea.pl/download//files/ce156>

nniki\_regulaminy/29.10.2018/06\_04\_CENNIK\_Internetowy\_2018-11-01.pdf.

<sup>16</sup> [https://www.inea.pl/download//files/cenniki\\_regulaminy/stycze\\_2018/v2/INEA\\_2018\\_SOLO\\_WWW\\_regulamin\\_promocji\\_2018-01-15.pdf](https://www.inea.pl/download//files/cenniki_regulaminy/stycze_2018/v2/INEA_2018_SOLO_WWW_regulamin_promocji_2018-01-15.pdf).

<sup>17</sup> [https://www.upc.pl/pdf/upc\\_cennik\\_uslug\\_wazny\\_od\\_3\\_wrzesnia\\_2018.pdf](https://www.upc.pl/pdf/upc_cennik_uslug_wazny_od_3_wrzesnia_2018.pdf).

<sup>18</sup> [https://www.upc.pl/pdf/oferta/upc\\_regulamin\\_promocji\\_internet\\_od\\_upc\\_-\\_ii\\_2019-1.pdf](https://www.upc.pl/pdf/oferta/upc_regulamin_promocji_internet_od_upc_-_ii_2019-1.pdf).

<sup>19</sup> [https://www.multimedia.pl/getattachment/62249961-85b8-4a30-81ce-](https://www.multimedia.pl/getattachment/62249961-85b8-4a30-81ce-a0b212798128/cennik_internet_plus_mmp_z_wylaczeniem_pakietow_z_bezposrednim_dostepem_w_tehnologii_swiatlowodowej.aspx)

[a0b212798128/cennik\\_internet\\_plus\\_mmp\\_z\\_wylaczeniem\\_pakietow\\_z\\_bezposrednim\\_dostepem\\_w\\_tehnologii\\_swiatlowodowej.aspx](https://www.multimedia.pl/getattachment/62249961-85b8-4a30-81ce-a0b212798128/cennik_internet_plus_mmp_z_wylaczeniem_pakietow_z_bezposrednim_dostepem_w_tehnologii_swiatlowodowej.aspx)

<sup>20</sup> <https://www.multimedia.pl/Internet-stacjonarny>.

<sup>21</sup> <http://jmdi.pl/produkt/internet-600-mbs/>.

<sup>22</sup> <http://jmdi.pl/produkt/internet-600-mbs/>.

Odnosząc się do stwierdzenia z Wniosku Netii, że stosowanie znacznie wyższej opłaty w stosunku do opłaty detalicznej oznacza także, że opłata hurtowa w Tabeli 52 w Ofercie SOR została określona powyżej kosztów ponoszonych przez OPL, a tym bardziej kosztów uzasadnionych (tym samym zdaniem Netii zasadny jest wniosek Netii o dokonaniu rozdzielenia opłaty hurtowej za uruchomienie usługi na łączu aktywnym i nieaktywnym w technologii xPON (FTTH), przy czym nowe opłaty hurtowe nie powinny być wyższe niż stawki detaliczne stosowane przez OPL), Prezes UKE wskazuje, iż twierdzenia Netii stają się niezasadne w świetle danych wskazanych w Tabeli 1. Prezes UKE wskazuje ponadto, iż każdorazowo przed wdrożeniem oferty detalicznej na rynek, oferta jest poddawana badaniu testem zawężenia marży (Testem MS) i w razie negatywnego wyniku Testu MS zastosowanie ma metoda cena detaliczna minus. Zgodnie z metodologią Testu MS (znaną Netii), opłaty jednorazowe oraz detaliczne ceny jednorazowe związane z uruchomieniem usługi rozkładane są na czas trwania kontraktu terminowego (odpowiednio na 12 i 24 miesiące). Powyższe założenie wynika ze „Stanowiska Prezesa UKE w sprawie szczegółowych metod przeprowadzania testów zawężenia marży i testów zawężenia ceny”<sup>23</sup>. Jest to także standardowe założenie przyjmowane, przez operatorów przy sporządzaniu planów rentowności sprzedaży, którzy dokonując analiz rentowności biorą pod uwagę średnie efektywne stawki detaliczne i efektywne stawki hurtowe, uwzględniając cykl życia abonenta detalicznego, a także efekt skali sprzedaży operatora. Powyższe, Netia zdaje się zupełnie pomijać, odnosząc się do usługi uruchomienia w oderwaniu od katalogu pozostałych usług.

Wydając rozstrzygnięcia Prezes UKE zobowiązany jest realizować cele polityki regulacyjnej określone w art. 189 ust. 2 Pt, do których należy m.in. wspieranie konkurencji w zakresie dostarczania sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczenia usług telekomunikacyjnych w tym zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji (na rynku telekomunikacyjnym), czy też efektywne inwestowanie w dziedzinie infrastruktury oraz promocję technologii innowacyjnych. Zgodnie z art. 43 ust. 2 Pt w przypadku zmiany zapotrzebowania na usługi lub zmiany warunków rynkowych Prezes UKE może z urzędu lub na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zobowiązać operatora do przygotowania zmiany oferty ramowej w całości lub części. Uzasadnienie niniejszej decyzji oraz Zaskarżonej decyzji potwierdzają, że Prezes UKE dokładnie przeanalizował zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i nie zidentyfikował wystąpienia przesłanek uzasadniających zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR. Jednocześnie Prezes UKE zweryfikował wpływ wprowadzenia propozycji Netii na obecnym poziomie rozwoju usług w technologii FTTH. Tym samym niezasadne są twierdzenia Netii wskazujące, iż Prezes UKE w Zaskarżonej decyzji skupił się jedynie na przypuszczeniach oraz, że dba wyłącznie o interes jednego z podmiotów, ignorując interesy konsumentów oraz potrzeby rynku.

Odnosząc się do stwierdzenia z Wniosku Netii, iż jedynie rozdzielenie opłaty za uruchomienie usługi może przyczynić się do zapewnienia niedyskryminujących warunków świadczenia usług dla OA, zgodnie z art. 36 Pt, Prezes UKE ponownie wskazuje, iż przedmiotem postępowania zakończonego Zaskarżoną decyzją była kwestia rozdzielenia uruchomienia usługi w technologii xPON(FTTH) na dwie odrębne usługi. Przedmiotem postępowania zakończonego Zaskarżoną decyzją nie była natomiast kwestia weryfikacji kosztów ponoszonych (art. 40 Pt), kalkulacji kosztów uzasadnionych (art. 39 Pt) czy ewentualne ustalenie opłat przez Prezesa UKE, stąd za niezastępujące na uwzględnienie należy uznać

<sup>23</sup> <https://archiwum.uke.gov.pl/stanowisko-prezesa-uke-w-sprawie-testow-ms-i-ps-19126>.



twierdzenia Netii, dotyczące braku rozdzielania opłat i w związku z tym dyskryminowania OA, wybiegające poza zakres niniejszego postępowania.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Prezesa UKE, brak jest podstaw do stwierdzenia, naruszenia obowiązku, o którym mowa w art. 36 Pt, polegającego na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia usług hurtowego dostępu szerokopasmowego.

Mając na uwadze powyższe, po ponownym, wszechstronnym i wyczerpującym przeanalizowaniu materiału dowodowego w sprawie, Prezes UKE stwierdził brak spełnienia przesłanek z art. 43 ust. 2 Pt, tj. przesłanki zmiany zapotrzebowania na usługi oraz przesłanki zmiany warunków rynkowych, i zdecydował wydać decyzję utrzymującą w mocy Zaskarżoną decyzję, odmawiającą zobowiązania OPL do przygotowania zmiany Oferty SOR, polegającej na zmianie w tabeli nr 52 („*Tabela nr 52 Opłaty jednorazowe związane z łączem Abonenckim*” w Części I Ogólnej, rozdział 9 „*Cennik*” pkt 9.9 „*Opłaty związane z łączem Abonenckim*”) poprzez rozdzielanie pozycji cennikowej z wiersza nr 6 („*Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)*”) na dwie alternatywne usługi:

- a) uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) na łączu aktywnym oraz
- b) uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) na łączu nieaktywnym

Biorąc pod uwagę wszystkie przedstawione powyżej okoliczności, Prezes UKE postanowił jak w sentencji decyzji.

#### **POUCZENIE**

Od decyzji stronie przysługuje prawo wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji, na podstawie art. 3 § 2 pkt 1, art. 13 § 1 i § 2, art. 50 § 1, art. 52 § 1, art. 53 § 1 i art. 54 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1302, z późn. zm., dalej „Ppsa”).

Od skargi na niniejszą decyzję, wszczynającej postępowanie przed sądem administracyjnym pobiera się wpis stały w wysokości 200 zł, na podstawie § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2003, Nr 221, poz.2193 z późn. zm.) w związku z art. 230 Ppsa.

Strona może ubiegać się o zwolnienie od kosztów sądowych albo przyznanie prawa pomocy stosownie do przepisów Działu V Rozdział 3 Ppsa.

Prezes

Marcin Cichy

Otrzymują:

1. Pan Marcin Pachla  
Pełnomocnik Orange Polska S.A.  
Al. Jerozolimskie 160  
02-326 Warszawa
2. Pan Daniel Rosłoń  
Pełnomocnik Netii S.A.  
ul. Taśmowa 7A  
02-677 Warszawa
3. Pan Grzegorz Kuźmich  
Pełnomocnik Polskiej  
Izby Informatyki  
i Telekomunikacji  
Al. Jerozolimskie 136, IX piętro  
02-305 Warszawa