



PREZES

URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Warszawa, 13 maja 2019 r.

Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

Podmioty na prawach strony:

**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**

Al. Jerozolimskie 136, IX piętro
02-305 Warszawa

**Krajowa Izba Gospodarcza
Elektroniki i Telekomunikacji**

ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

DECYZJA DR.WORK.6082.3.2019.36

Na podstawie art. 43 ust. 2 zd. 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. 104 § 1 i art. 108 § 1 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 Pt, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego na wniosek Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „OPL” lub „TP”) z dnia 29 stycznia 2019 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej „UKE”, w dniu 29 stycznia 2019 r.) o zobowiązanie OPL 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 Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10(109), zmienionej następnie decyzjami Prezesa UKE,

I. zobowiązuję OPL do przygotowania zmiany Oferty SOR poprzez modyfikację zapisów w Części I Ogólnej Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty, w terminie 30 (trzydziestu dni) od dnia otrzymania niniejszej decyzji (dalej „Decyzja”).

II. Na podstawie art. 108 § 1 kpa nadaję Decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

UZASADNIENIE

W dniu 22 września 2009 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DART-SMP-6040-5/09(22) (dalej „Decyzja SMP 3”), w której TP została wyznaczona jako przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej OPL, zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia (dalej „Rynek 3”).

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

W dniu 30 grudnia 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DART-SMP-6040-2/10(52) (dalej „Decyzja SMP 4”), w której określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia usług hurtowego (fizycznego) dostępu do infrastruktury sieciowej (w tym dostępu dzielonego lub w pełni uwolnionego) w stałej lokalizacji i wyznaczył TP jako przedsiębiorcę o znaczącej pozycji rynkowej (dalej „Rynek 4”).

W dniu 5 kwietnia 2011 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WOR-6082-4/10(219), w której w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 29 września 2010 r.

W dniu 4 października 2011 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-2/11(70) zmieniającą Ofertę SOR w zakresie wprowadzenia możliwości świadczenia Usługi BSA¹ w technologii VDSL².

W dniu 3 marca 2014 r., Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-1/12(283) zmieniającą Ofertę SOR w zakresie usług informacyjno – zleceńowych udostępnianych w ramach Części IV Oferty SOR Usługa WLR³.

W dniu 30 maja 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-7/13(76) zmieniającą Ofertę SOR w zakresie wprowadzenia nowej opcji Usługi BSA – do 80 Mb/s.

W dniu 2 czerwca 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-3/11(448) zmieniającą Ofertę SOR w zakresie zasad świadczenia Usługi LLU⁴ i Usługi BSA.

W dniu 18 czerwca 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-1/13(202) zmieniającą Ofertę SOR w zakresie postanowień dotyczących awarii, zasad odpowiedzialności oraz kar umownych (dalej „Decyzja Kary i Bonifikaty I”).

W dniu 7 października 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DART-SMP-6040-1/14(121) (dalej „Decyzja SMP 5”), w której określił rynek właściwy jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego i wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej (dalej „Rynek 5”).

W dniu 26 lutego 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-2/13(133) zmieniającą Ofertę SOR w zakresie narzędzi służących do przekazywania danych rozliczeniowo-bilingowych dla Usługi WLR.

W dniu 5 maja 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-7/13(177), w której w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 30 maja 2014 r.

¹ ang. Bitstream Access – usługa szerokopasmowego dostępu do lokalnej pętli abonenckiej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych;

² ang. Very High Speed DSL – szybki DSL (standard ITU - G.993.1 dla VDSL i G993.2 dla VDSL2);

³ ang. Wholesale Line Rental – usługa hurtowego dostępu do sieci;

⁴ ang. Local Loop Unbundling – usługa dostępu telekomunikacyjnego do lokalnej pętli abonenckiej;

W dniu 7 maja 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-1/13(319), w której w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 18 czerwca 2014 r. (dalej „Decyzja Kary i Bonifikaty II”).

W dniu 9 czerwca 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WORK-6082-4/12(194), zmieniającą Ofertę SOR poprzez wprowadzenie Usługi BSA świadczonej w podwyższonej klasie ruchu (klasa C2) na poziomie dostępu Ethernet, w opcjach przepływności w przedziale od „DSL 250” do „DSL 15000” oraz nowej opcji Usługi BSA „DSL 20000” świadczonej w podwyższonej klasie ruchu, na poziomach dostępu ATM, Ethernet, IP Zarządzany oraz IP Niezarządzany.

W dniu 3 lipca 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT-WOR-6082-3/11(611), w której w części uchylił i zmienił decyzję z dnia 2 czerwca 2014 r.

W dniu 2 listopada 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.6.2015.49, zmieniającą Ofertę SOR w zakresie szerokopasmowego dostępu do Internetu w technologii FTTH.

W dniu 21 grudnia 2015 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.4.2015.99, zmieniającą Ofertę SOR w zakresie realizacji przez OPL zamówień na usługi regulowane powiązane z przeniesieniem numeru, uwzględniając konieczność wykonywania komunikacji w zakresie wniosku abonenta o przeniesienie numeru z wykorzystaniem Platformy Lokalizacyjno-Informacyjnej z Centralną Bazą Danych (dalej „Decyzja PLI CBD I”).

W dniu 11 kwietnia 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.4.2015.124, w której utrzymał w całości w mocy Decyzję PLI CBD I.

W dniu 16 maja 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.2.2016.3, zmieniającą Ofertę SOR w zakresie usługi udostępnienia Ciemnego włókna światłowodowego oraz udostępnienia i utrzymania Lokalnej Pętli Światłowodowej.

W dniu 4 czerwca 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.1.2016.6, zmieniającą Ofertę SOR poprzez wprowadzenie w Ofercie SOR alternatywnego procesu dostarczania usług hurtowych.

W dniu 11 sierpnia 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.10.2016.28, zmieniającą Ofertę SOR w zakresie zapewnienia dostępu do urządzeń dostępu szerokopasmowego oraz dostępu do węzłów sieci telekomunikacyjnej, w związku z obowiązkami regulacyjnymi nałożonymi na OPL w Decyzji SMP 5.

W dniu 6 grudnia 2016 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.3.2016.46, którą zmienił Ofertę SOR w zakresie mechanizmu aktualizacji listy Fizycznych Punktów Styku Sieci i listy Punktów Dostępu do Usługi.

W dniu 25 maja 2017 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.10.2016.101, którą uchylił w części decyzję Prezesa UKE z dnia 11 sierpnia 2016 r. nr DHRT.WORK.6082.10.2016.28.

W dniu 25 września 2018 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.8.2017.85 zmieniającą Ofertę SOR w zakresie zmiany wysokości opłaty za Usługę Hurtowego Dostępu do Sieci Orange (WLR).

W dniu 8 października 2018 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.9.2017.68 zmieniającą Ofertę SOR poprzez wykreślenie opłaty za przeniesienie numeru.

Wyrokiem z dnia 29 stycznia 2019 r., sygn. akt II GSK 5014/16 Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie (dalej „NSA”) uchylił Decyzję Kary i Bonifikaty I oraz Decyzję Kary i Bonifikaty II (dalej „Wyrok NSA”).

Pismem z dnia 29 stycznia 2019 r. (data wpływu do UKE w dniu 29 stycznia 2019 r.) OPL złożyła wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej OPL do przedstawienia projektu zmiany Oferty SOR poprzez modyfikację zapisów w Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty (dalej „Wniosek”). OPL wskazała, że ostatnia zmiana w zakresie bonifikat została wprowadzona Decyzją Kary i Bonifikaty II, a w zakresie kar umownych Decyzją Kary i Bonifikaty I. OPL wskazała, że obie decyzje zostały uchylone ze względów formalnych, a nie merytorycznych Wyrokiem NSA. Dodatkowo OPL wyjaśniła, że pomimo uchylenia powyższych decyzji, ich ponad trzyletni okres funkcjonowania w obrocie prawnym potwierdził, że niezbędnie jest obniżenie wysokości kar umownych i bonifikat przynajmniej do poziomu określonego w uchylonych decyzjach. Następnie, OPL wykazała wystąpienie przesłanek z art. 43 ust. 2 Pt uzasadniających złożenie Wniosku.

Pismem z dnia 5 lutego 2019 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „PIIT”), Krajową Izbę Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „KIGEiT”) oraz Polską Izbę Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie o wszczęciu postępowania administracyjnego w przedmiocie zobowiązania OPL do przygotowania zmiany Oferty SOR poprzez modyfikację zapisów w Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty, informując jednocześnie, że zgodnie z art. 31 § 1 pkt 2 kpa organizacja społeczna może wystąpić do organu z żądaniem dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione celami statutowymi tej organizacji i gdy przemawia za tym interes społeczny. 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 25 lutego 2019 r. KIGEiT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 27 lutego 2019 r. PIIT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Postanowieniem z dnia 5 marca 2019 r. Prezes UKE dopuścił KIGEiT do udziału w postępowaniu.

Postanowieniem z dnia 8 marca 2019 r. Prezes UKE dopuścił PIIT do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 20 marca 2019 r., Prezes UKE zawiadomił strony o włączeniu do materiału dowodowego w sprawie kopii następujących dokumentów:

- decyzji Prezesa UKE z dnia 22 września 2009 r., nr DART-SMP-6040-5/09(22);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10(109);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 30 grudnia 2010 r., nr DART-SMP-6040-2/10(52);
- decyzji Prezesa UKE z dnia 5 kwietnia 2011 r., DHRT-WOR-6082-10/09(219);
- 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 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);
- decyzja 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);
- decyzja 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 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;
- 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;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2015 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2015 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2015 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2015 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2016 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2016 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2016 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2016 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2017 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2017 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2017 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2017 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2018 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2018 r.;

- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2018 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2018 r.

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 OPL, że na dzień wystąpienia informacji nie istnieją żadne przesłanki zależne od OPL, które nie zostały wykazane przez OPL.

Pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. KIGEiT wniosła o zawieszenie postępowania z uwagi na konieczność uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa UKE o sygn. DR.WORK.6082.2.2019.

Pismem z dnia 8 kwietnia 2019 r. KIGEiT złożyła stanowisko w sprawie (dalej „Stanowisko KIGEiT”). Zdaniem KIGEiT żadna z wymienionych w art. 43 ust. 2 Pt przesłanek pozwalających na uruchomienie procesu zmiany oferty ramowej, tj. zmiana zapotrzebowania na usługi lub zmiana warunków rynkowych, nie została spełniona.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2019 r. Prezes UKE wezwał OPL do złożenia wyjaśnień w sprawie Stanowiska KIGEiT.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2019 r. OPL odpowiedziała na wezwanie Prezesa UKE (dalej „Odpowiedź OPL”). OPL wniosła o uznanie Stanowiska KIGEiT w całości za nieuzasadnione. Jednocześnie OPL doprecyzowała Wniosek wskazując, że przedmiotowa modyfikacja dotyczy zapisów w Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty.

Postanowieniem z dnia 11 maja 2019 r. Prezes UKE odmówił zawieszenia postępowania.

Postanowieniem z dnia 11 maja 2019 r. Prezes UKE odmówił przeprowadzenia dowodów.

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.).

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 o znaczącej pozycji rynkowej 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 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. Kawałek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. LEX 2010, nr 86108). Wskazać przy tym należy, że wniosek w sprawie 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 [dalej „WSA”] 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: OPL).

Poniżej Prezes UKE odniósł się do wskazanych przesłanek.

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

Dokonując analizy sprawy zgodnie z treścią art. 43 ust. 2 zd. 1 Pt, Prezes UKE zaznacza, że postępowanie zostało wszczęte na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego – OPL. Prezes UKE stwierdził, że OPL jako przedsiębiorca telekomunikacyjny, zarejestrowany pod

numerem 1 w rejestrze prowadzonym przez Prezesa UKE, posiadał legitymację do złożenia Wniosku, na podstawie art. 43 ust. 2 zd. 1 Pt.

Następnie, Prezes UKE dokonał analizy Wniosku 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 WSA w Warszawie z dnia 5 maja 2014 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2624/13, orzeczenia.nsa.gov.pl).

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 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)”.

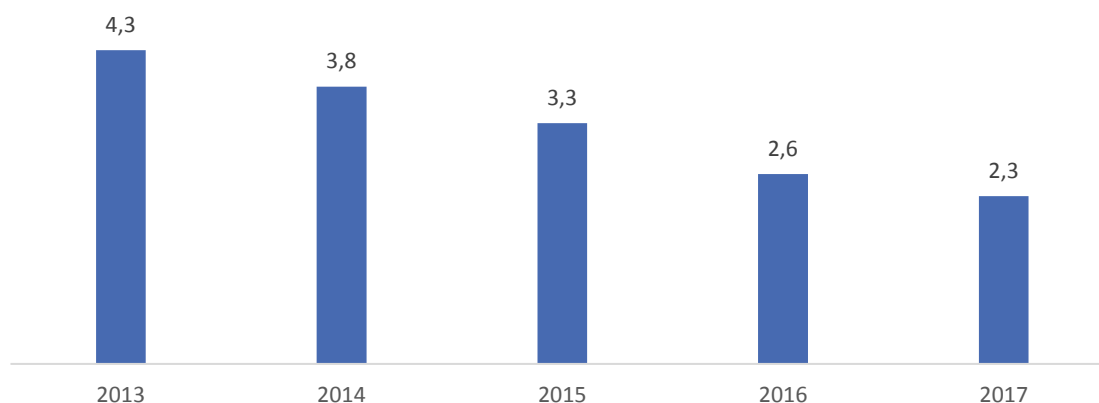
W obrocie gospodarczym za dwie podstawowe funkcje kary umownej przyjmuje się funkcję kompensacyjną (odszkodowawczą) oraz funkcję represyjną. Zgodnie z art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm.) można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kary umownej). Podczas gdy, funkcja kompensacyjna ma na celu naprawienie w całości lub w części szkody powstałej w majątku wierzyciela, funkcja represyjna ma motywować dłużnika do wykonania świadczenia zgodnie z ustalonymi w umowie warunkami. Zdaniem Prezesa UKE kary umowne nałożone na OPL w Ofercie SOR powinny spełniać zarówno swoją funkcję odszkodowawczą, jak i represyjną oraz powinny wpływać dyscyplinująco na OPL. Takie podejście przyczyni się do zapewnienia wysokiej jakości świadczonych usług telekomunikacyjnych na rzecz operatorów alternatywnych (dalej „OA”), którzy z kolei na ich podstawie będą świadczyć usługi użytkownikom końcowym, co pozwoli na zapewnienie maksymalnych korzyści tym użytkownikom.

Pojęcie bonifikaty nie zostało zdefiniowane w przepisach Pt. Natomiast zostało wprowadzone do rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym z dnia 21 lipca 2008 r. (Dz. U. Nr 138, poz. 866). Zdaniem Prezesa UKE bonifikata powinna spełniać funkcję kompensacyjną. Należy podkreślić, że bonifikata ma za zadanie kompensować wysokość nadpłaconej opłaty abonamentowej, jaką wniósł przedsiębiorca telekomunikacyjny w związku z niedostarczeniem usługi przez OPL.

W niniejszym postępowaniu Prezes UKE kompleksowo zbadał czy wystąpiły przesłanki określone w art. 43 ust. 2 Pt, uzasadniające zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR w zakresie kar i bonifikat.

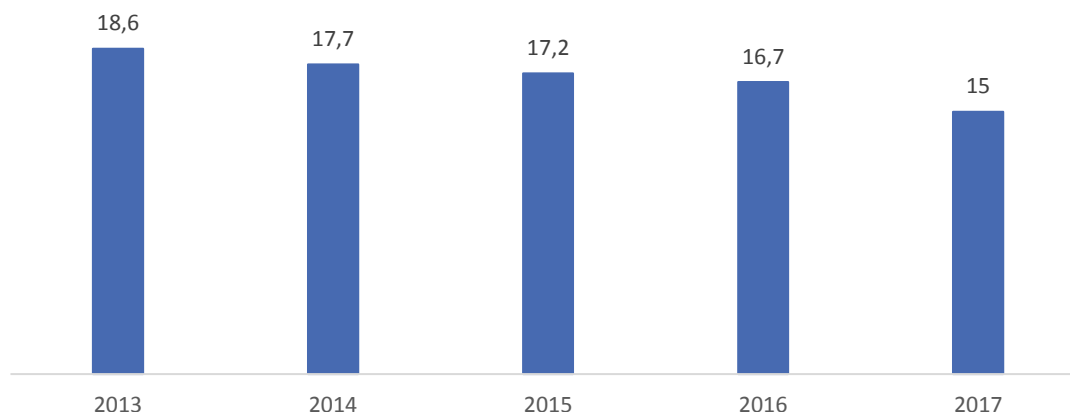
Odnosząc się do przesłanki zmiany zapotrzebowania na usługi należy wskazać, że od kilku lat następują zmiany w udziale przychodów z poszczególnych sektorów rynku telekomunikacyjnego (w tym spadek wartości rynku telefonii stacjonarnej – Wykres 1 czy spadek przychodów z usług telefonii mobilnej – Wykres 2)⁵.

Wykres 1. Wartość rynku telefonii stacjonarnej (mld zł)



źródło: Raport UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 r.

Wykres 2. Przychody z usług telefonii mobilnej (mld zł)



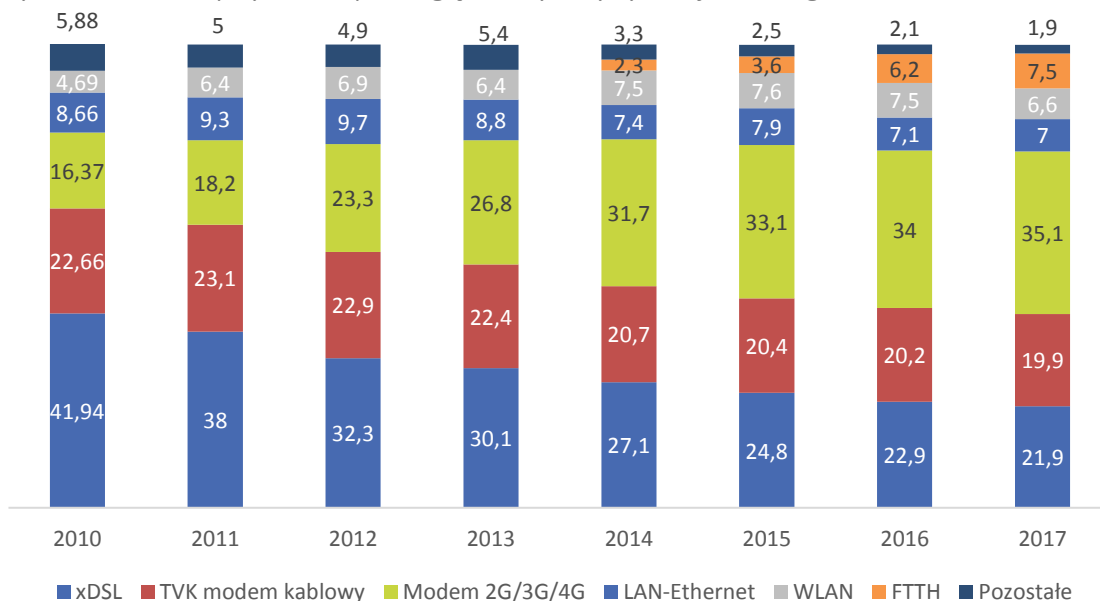
źródło: Raport UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2017 r.

⁵ <http://bip.uke.gov.pl/raporty/raport-o-stanie-rynku-telekomunikacyjnego-w-2017-roku,20.html>.

Na przestrzeni ostatnich kilku lat widoczna jest m.in. zmiana struktury przychodów pod względem wykorzystywanej technologii dostępu do internetu (Wykres 3), co wynika ze spadku zapotrzebowania wśród abonentów na usługi stacjonarne oparte o technologię wykorzystującą skrętkę miedzianą. Jednocześnie wzrasta zainteresowanie mniej awaryjną siecią światłowodową. Wskazane trendy spadkowe przychodów wynikające z malejącej bazy abonenckiej, związane są z jednoczesnym wzrostem kosztów świadczenia danej usługi. Zdaniem Prezesa UKE zachowanie obecnie obowiązującego poziomu kar umownych (zgodnych z decyzją z 2010 r. – o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia) nie zmieni obserwowanego od kilku lat trendu malejącego zainteresowania usługami stacjonarnymi w zakresie telefonii czy usługi dostępu do internetu realizowanego na sieci miedzianej.

Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, że obecna wysokość kar umownych związana jest z koniecznością zabezpieczenia wyższych środków finansowych na ewentualne ich wypłaty, co powoduje zamrożenie części zasobów finansowych. W ocenie Prezesa UKE, z uwagi na poprawę jakości i terminowości usług hurtowych świadczonych przez OPL (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia) zasadne jest zrewidowanie wysokości kar umownych. Pozostawienie w Ofercie SOR wysokości kar na obecnym poziomie pozostaje w sprzeczności z celem polityki regulacyjnej Prezesa UKE, którym zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. c Pt, jest wspieranie konkurencji w zakresie efektywnego inwestowania w dziedzinie infrastruktury oraz promocji technologii innowacyjnych.

Wykres 3. Struktura przychodów pod względem wykorzystywanej technologii



źródło: Raporty UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w latach 2010-2017

Odnosząc się do przesłanki zmiany warunków rynkowych uzasadniającej zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR poprzez modyfikację zapisów w Części I Ogólnej Oferty SOR, Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty, Prezes UKE wskazuje co następuje.

Na skutek Wyroku NSA (o którym szerzej w dalszej części uzasadnienia Decyzji) obecne zapisy dotyczące kar i bonifikat odpowiadają w swojej treści zapisom z 2010 r., kiedy to została wydana decyzja zmieniająca i zatwierdzająca projekt Oferty SOR. Prezes UKE wydając decyzję z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10 (109) zatwierdzającą

Ofertę SOR, opierał się na ówczesnej sytuacji rynkowej, w której OPL posiadała bardzo silną pozycję rynkową w sektorze telekomunikacyjnym. Prezes UKE zidentyfikował w tamtym okresie szereg problemów w rozwoju konkurencji, do których należało m.in. utrudnianie OA dostępu do sieci TP (przy czym podkreślenia wymaga, iż utrudnienia dotyczyły nie tylko odmowy połączenia sieci, przedłużania negocjacji w przedmiocie połączenia sieci, wymuszania na OA budowy sieci telekomunikacyjnych dostosowanych do sieci TP, ale także były odczuwalne w przypadku usługi dostępu do Internetu w zakresie usług szerokopasmowej transmisji danych, gdzie OA, proponowane były przez OPL niekorzystne warunki dostępu). W kwietniu 2009 r. Komisja Europejska (dalej „KE”) wszczęła postępowanie wyjaśniające w zakresie praktyk ograniczających konkurencję przeciwko polskiemu operatorowi telekomunikacyjnemu (TP) z powodu podejrzenia o nadużywanie pozycji dominującej. Dnia 22 czerwca 2011 r. KE nałożyła na TP grzywnę w wysokości 127 554 194 euro za nadużywanie pozycji dominującej na polskim rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu, co stanowi naruszenie unijnych przepisów antymonopolowych (art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu UE)⁶.

Celem polityki regulacyjnej określonym w art. 189 ust. 2 pkt 1 lit. b Pt jest wspieranie konkurencji w zakresie dostarczania sieci telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym zapobieganie zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji (na rynku telekomunikacyjnym). Tym samym przyjęty przez Prezesa UKE w 2010 r. system kar i bonifikat był bardzo represyjny w stosunku do OPL. Takie podejście miało zniechęcić OPL do podejmowania działań ukierunkowanych na ograniczanie konkurencji.

Należy zauważyć, że od 2010 r. zmianie uległa pozycja rynkowa OPL oraz sposób udostępnienia OA usług hurtowych przez OPL. Nie można zgodzić się ze Stanowiskiem KIGEiT, iż fakt, że w ostatnim czasie nie została nałożona na OPL żadna kara za nadużycie pozycji dominującej nie ma znaczenia dla sprawy. Powyższe świadczy o zmianie sposobu w jaki OPL współpracuje z innymi OA, co należy uznać za zmianę w zakresie warunków panujących na rynku telekomunikacyjnym. Prezes UKE przeprowadził szereg analiz krajowego rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. W wyniku przeprowadzonych analiz rynku hurtowego Prezes UKE m.in. stwierdził występowanie skutecznej konkurencji i zderegulował krajowy rynek świadczenia usługi rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej⁷ oraz stwierdził efektywną konkurencję na 76 obszarach gminnych rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego⁸. Obecnie Prezes UKE prowadzi również postępowania w przedmiocie stwierdzenia efektywnej konkurencji na 151 obszarach gminnych hurtowego rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego⁹ oraz na 51 obszarach gminnych hurtowego rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji¹⁰. W obu postępowaniach zakończyły się konsultacje projektów decyzji oraz rozpoczęło się postępowanie konsolidacyjne. Tym samym należy

⁶ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-771_pl.htm?locale=en

⁷ Decyzja Prezesa UKE z dnia 26 września 2018 r., nr DHRT.SMP.6041.5.2017.92: <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/decyzje-prezesa-uke-dla-orange-polska-s-a-,2.html>

⁸ Decyzja Prezesa UKE z dnia 7 października 2014 r., nr DART-SMP-6040-1/14(121): <https://archiwum.uke.gov.pl/nowe-regulacje-na-ryнку-5-14765>

⁹ <http://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/wyniki-konsultacji-projektow-rozstrzygniec-dla-ryнку-3b,727.html>

¹⁰ <http://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/wyniki-konsultacji-projektow-rozstrzygniec-dla-ryнку-3a,726.html>

zgodzić się z argumentem przedstawionym we Wniosku OPL, że rośnie konkurencja pomiędzy OPL, a OA. Odnosząc się do argumentu ze Stanowiska KIGEiT wskazującego, iż pozycja rynkowa OPL nie stanowi sama w sobie przesłanki do zmiany treści oferty ramowej, Prezes UKE wskazuje, iż pozycja rynkowa OPL ma znaczenie w sytuacji porównania jej do poziomu rozwoju rynku, w tym poziomu konkurencji na rynku. O ile OPL nadal zajmuje pozycję dominującą na większości rynków hurtowych i pozostaje przedsiębiorcą zobowiązanym, o tyle nie jest to pozycja tak silna jak w 2010 r. Zdaniem Prezesa UKE uzasadnione jest dostosowanie reżimu kar i bonifikat do występującego na regulowanym rynku hurtowym poziomu konkurencji.

Nałożone na OPL obowiązki regulacyjne w Decyzji SMP 3, 4 i 5 nie mogą powodować utrzymywania zbyt wysokich kar w Ofercie SOR w sytuacji, w której doszło do zmiany warunków rynkowych. Zdaniem Prezesa UKE nie można w pełni zgodzić się ze Stanowiskiem KIGEiT, iż możliwość poszukiwania przez OA dodatkowego źródła dochodu z kar umownych jest czystą spekulacją. W tym miejscu należy podkreślić, że wysokość kar umownych musi być określona na takim poziomie, który nie będzie stanowił dla OA zachęty do koncentrowania się na egzekwowaniu kar umownych w miejsce korzystania z Oferty SOR w celu oferowania konsumentom usług telekomunikacyjnych. Wysokość kar umownych powinna odpowiadać wysokości zabezpieczenia finansowego dla prawidłowego wykonywania umów zawartych na podstawie Oferty SOR. Zdaniem Prezesa UKE obniżenie wysokości kar umownych przyczyni się do zapobiegania zniekształcaniu lub ograniczaniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz zapewni użytkownikom końcowym osiągnięcie maksymalnych korzyści w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług.

Prezes UKE stwierdził również poprawę poziomu jakości i terminowości świadczenia przez OPL usług regulowanych. Powyższe potwierdzają kluczowe wskaźniki efektywności (KPI¹¹) raportowane przez OPL Prezesowi UKE. Tym samym zasadne jest dostosowanie poziomu kar umownych do stwierdzonego poziomu świadczonych przez OPL usług. Należy jednak podkreślić, że poziom świadczonych przez OPL usług uzasadnia obniżenie niektórych kar umownych, ale nie pozwala na całkowite ich usunięcie.

Na potrzeby mierzenia poziomu obsługi OA przez OPL został wprowadzony system KPI (obecnie Nowy System KPI), w ramach którego OPL jest zobowiązana do raportowania wyników Prezesowi UKE w odstępach kwartalnych. Wyniki stanowią źródło informacji dla Prezesa UKE oraz otoczenia biznesowego na temat jakości świadczonych usług hurtowych przez OPL oraz przestrzegania zasady niedyskryminacji.

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. Powyższe oznacza, że nie występuje dyskryminacja OA. Należy zatem uznać, że pomimo obniżenia wysokości kar wprowadzonych Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II kary nie straciły swojego represyjnego charakteru. W opinii Prezesa UKE osiągnięcie pożądanego poziomu jakości usług regulowanych należy uznać za argument przemawiający za obniżeniem niektórych kar umownych. Wobec poprawy jakości i terminowości usług

¹¹ ang. Key Performance Indicators

hurtowych świadczonych przez OPL, brak jest uzasadnienia dla stosowania kar umownych w wysokości określonej w 2010 r. Takie podejście umożliwi utrzymanie odpowiedniej jakości świadczonych usług, a z drugiej strony pozwoli na uniknięcie zniekształcania konkurencji na rynku telekomunikacyjnym.

Odnosząc się do Stanowiska KIGEiT oraz Odpowiedzi OPL w zakresie analizy wskaźników UG3 (terminowość naprawy awarii usług głosowych), UG4 (względny czas naprawy zwykłych awarii usług głosowych) i UG6 (liczba awarii na 100 usług głosowych), Prezes UKE wskazuje, że w niniejszym postępowaniu nie bada kwestii związanych z występowaniem awarii usług głosowych OPL, a weryfikuje czy wystąpiła poprawa jakości i terminowości usług hurtowych świadczonych przez OPL potwierdzająca zmianę warunków rynkowych. Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia decyzji analiza Raportów kwartalnych NSKPI potwierdza, że wskaźniki KPI (pomimo stosowania niższych kar umownych w okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II) co do zasady osiągają poziomy referencyjne. Powyższe w porównaniu do wysokości kar wprowadzonych w 2010 r. świadczy o zmianie warunków rynkowych. Jednocześnie Prezes UKE podkreśla, że określenie, które kary umowne i w jakiej wysokości zostaną zmienione, wykracza poza zakres niniejszego postępowania.

Odnosząc się do Stanowiska KIGEiT wskazującego, że malejące zainteresowanie usługami hurtowymi nie przemawia za ograniczeniem bodźców mobilizujących OPL do szybkiego usuwania awarii oraz, że spadek zainteresowania usługami hurtowymi cechuje się znacznie większą dynamiką niż spadek zainteresowania relewantnymi usługami detalicznymi OPL, Prezes UKE wskazuje co następuje. Prezes UKE zgadza się ze stanowiskiem zawartym w Odpowiedzi OPL, iż „nieuzasadnione są wnioski KIGEiT, co do tego, że spadek zainteresowania usługami hurtowymi powinien charakteryzować się taką samą dynamiką, co spadek usług detalicznych OPL oraz, że sytuacja ta wynika z niewystarczająco atrakcyjnych warunków świadczenia usług hurtowych.” Należy zauważyć, iż utrata łączy (zarówno hurtowych, jak i detalicznych) odzwierciedla trendy strukturalne na rynku i może wynikać z wielu czynników, często różniących się dla usług hurtowych i usług detalicznych. Podkreślenia wymaga, iż klienci hurtowi i detaliczni mają odmienne interesy oraz potrzeby związane z korzystaniem z usług OPL, dlatego porównywanie obu grup jest błędnym podejściem. Jednocześnie należy zgodzić się z Odpowiedzią OPL, iż porównując poziom spadków dla usługi WLR oraz usług detalicznych OPL należałoby odnieść się do wartości bezwzględnych, ponieważ ogólny wolumen usług hurtowych OPL jest znacznie niższy niż usług detalicznych OPL (w okresie wskazanym w Stanowisku KIGEiT, tj. porównując 1 kwartał 2017 r. z 4 kwartałem 2018 r.¹² spadek bazy detalicznej OPL wyniósł 755 tys. klientów, podczas gdy spadek dla usługi WLR wyniósł 177 tys. klientów). Zdaniem Prezesa UKE argumentacja prezentowana w Stanowisku KIGEiT oparta o spadki procentowe niewspółmiernych wartości zniekształca wyniki analizy i prowadzi do nieadekwatnych do zaistniałej sytuacji wniosków.

W ocenie Prezesa UKE bodźcem motywującym OPL do świadczenia usług hurtowych na wysokim poziomie są mechanizmy działania rynku telekomunikacyjnego. Przychody z rynku hurtowego stanowią ważną pozycję w bilansie OPL. Zgodnie z przedłożonym Prezesowi UKE sprawozdaniem z rachunkowości regulacyjnej OPL za 2017 r. przychody

¹² Zgodnie z Raportem bieżącym OPL 3/2019 załączonym do Stanowiska KIGEiT.

z działalności hurtowej OPL regulowanej wynoszą 5 731 490 zł¹³. Natomiast przychody OPL w 2017 r. wynosiły 10 962 00 zł¹⁴. Należy zatem stwierdzić, że przychody OPL z rynku hurtowego stanowią 52,29 % ogólnie osiągniętego przychodu z prowadzonej działalności telekomunikacyjnej. Ponad 50% przychód z działalności hurtowej należy uznać za jedno z głównych źródeł przychodów osiąganych przez OPL, a zatem obniżenie jakości świadczonych usług hurtowych i eliminacja konkurencji z rynku będzie dla OPL działaniem nieopłacalnym pod względem finansowym. W związku z tym OPL powinna być skoncentrowana na monitorowaniu oraz podnoszeniu jakości świadczonych przez siebie usług regulowanych.

Zmiany jakie zaszły na rynku telekomunikacyjnym w zakresie zapotrzebowania na usługi oraz zmiany warunków rynkowych przemawiają zatem za podjęciem działań mających na celu weryfikację stosowanego w Ofercie SOR mechanizmu wyznaczania oraz wysokości kar umownych. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, iż model stosowania niższych kar przyniósł nie mniej pozytywne efekty, niż model wyższych kar umownych. Jak zostało wskazane powyżej nastąpiła poprawa wskaźników KPI, dla których wysokość kar umownych nie jest bez znaczenia. Ponadto, należy wskazać, iż adekwatny i niezawyżony poziom kar umownych, pozostawia OPL przestrzeń do inwestycji infrastrukturalnych, które stanowią ważny punkt polityki regulacyjnej Prezesa UKE, podyktowanej przepisami prawa krajowego i europejskiego.

Odnosząc się do Stanowiska KIGEiT, w którym wskazano, że kary umowne i bonifikaty związane są z usługami hurtowymi, w związku z czym poziom ARPU¹⁵ osiągany przez OPL nie ma żadnego znaczenia, należy zauważyć, iż we Wniosku OPL nie wskazała swojego ARPU, a ARPU dotyczące wartości usług dostępu do internetu w 2017 r. w odniesieniu do całego rynku telekomunikacyjnego (OPL przywołała dane z Raportu UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego 2017 r.). Zdaniem Prezesa UKE ARPU z rynku telekomunikacyjnego oraz przychody z tego rynku jak najbardziej mogą stanowić podstawę do analizy zmiany zapotrzebowania na usługi i zmiany warunków rynkowych (o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia). Jednocześnie nie można zgodzić się ze stwierdzeniem KIGEiT, iż opłaty za usługi hurtowe pozostają co do zasady na tym samym poziomie. Należy wskazać, iż powołana przez KIGEiT obniżka opłaty za usługę WLR nastąpiła w wyniku wydania decyzji Prezesa UKE z dnia 25 września 2018 r., nr DHRT.WORK.6082.8.2017.85. Prezes UKE wskazuje, że we wcześniejszym okresie również dochodziło do zmian wysokości opłat hurtowych za inne usługi regulowane BSA, LLU.

W tym miejscu należy odnieść się do uwagi OPL z Wniosku wskazującej, iż dotychczas ukształtowany model współpracy międzyoperatorskiej z OPL w części dotyczącej kar umownych i bonifikat jest spójny i powszechnie stosowany na rynku. Dodatkowo we Wniosku OPL powołała się na okoliczność, iż „na podstawie ww. uchylonych decyzji oraz w związku z art. 42 ust. 6 Pt, OPL zawarł z szeregiem operatorów telekomunikacyjnych (25) aneksy wprowadzające zmiany do umów międzyoperatorskich w zakresie kar umownych i bonifikat. Co więcej w stosunku do kolejnych operatorów Prezes UKE wydał 12 decyzji zmieniających umowy międzyoperatorskie w powyższym zakresie, analogicznie

¹³ Zgodnie ze „Sprawozdaniem z prowadzenia rachunkowości regulacyjnej OPL za rok zakończony 31 grudnia 2017”: <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/rachunkowosc-regulacyjna/sprawozdanie-z-rachunkowosci-regulacyjnej-orange-polska-s-a-za-2017-rok,15.html>

¹⁴ http://www.orange-ir.pl/sites/default/files/OPL_Jednostkowy%20raport%20roczny_2017.pdf

¹⁵ ang. average revenue per user – średni przychód na użytkownika

do zmian Oferty SOR wynikających z uchylonych decyzji. Zatem, dotychczas ukształtowany model współpracy międzyoperatorskiej z OPL w części dotyczącej kar umownych i bonifikat jest spójny i powszechnie stosowany na rynku.” Zdaniem Prezesa UKE powołany przez OPL argument dotyczący zawarcia szeregu aneksów do umów międzyoperatorskich nie stanowi potwierdzenia zmiany zapotrzebowania na usługi lub zmiany warunków rynkowych. Należy bowiem podkreślić, iż katalog kar i bonifikat może zostać zmieniony w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 43 ust. 2 Pt. Niemniej jednak z uwagi na fakt, 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, należy uznać, iż wprowadzony model zapewniał skuteczną i efektywną współpracę międzyoperatorską.

Odnosząc się do argumentów przedstawionych przez OPL we Wniosku, porównujących wysokość kar umownych w POPC¹⁶ oraz w decyzjach dotyczących dostępu do kanalizacji kablowej oraz okablowania budynkowego, Prezes UKE wskazuje, że zakres uregulowań wprowadzonych w powołanych dokumentach nie przystaje do zakresu, którego dotyczy niniejsze postępowanie. Tym samym Prezes UKE zgadza się ze Stanowiskiem KIGEIT, iż w niniejszym postępowaniu argumenty OPL dotyczące kar umownych w POPC oraz w decyzjach dotyczących dostępu do kanalizacji kablowej oraz okablowania budynkowego pozostają bez znaczenia. Należy wskazać, iż Oferta SOR obejmuje różne rynki regulowane, podczas gdy obszary przywołane przez OPL dotyczą znacznie mniejszego obszaru współpracy międzyoperatorskiej. Mając zatem na uwadze powyższe, dane OPL nie potwierdzają wystąpienia zmiany zapotrzebowania na usługi lub zmiany warunków rynkowych, o których mowa w art. 43 ust. 2 Pt i które uzasadniałyby zmianę Oferty SOR. Wobec powyższego Prezes UKE nie odniósł się do nich w niniejszej sprawie.

Mając na uwadze, fakt, że analiza zasadności Wniosku wykazała wystąpienie w sprawie przesłanek, o których mowa w art. 43 ust. 2 zd. 1 Pt co do zmiany zapotrzebowania na usługi i zmiany warunków rynkowych, Prezes UKE, stwierdził co następuje.

Z uwagi na wykazaną zmianę warunków rynkowych i zmianę zapotrzebowania na usługi konieczna jest zmiana wysokości kar umownych i bonifikat. W opinii Prezesa UKE obecne zapisy Oferty SOR w Części I Ogólnej Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne i ppkt 1.9.4 Bonifikaty są nieadekwatne do poprawiającej się systematycznie jakości, w tym terminowości dostarczania i świadczenia przez OPL usług telekomunikacyjnych.

Prezes UKE wskazuje, że kwestia kar umownych i bonifikat była już przedmiotem postępowania zakończonego wydaniem decyzji zmieniających Ofertę SOR. Decyzja Kary i Bonifikaty I oraz Decyzja Kary i Bonifikaty II wprowadzały zmiany w Części 1 Ogólnej Oferty SOR Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 i ppkt 1.9.4. Obie decyzje zostały uchylone Wyrokiem NSA. NSA w wyroku z dnia 29 stycznia 2019, sygn. akt II GSK 5014/16, podkreślił, że „treść art. 43 ust. 2 p.t. jest jednoznaczna. Zmiana oferty ramowej może być dokonana z urzędu lub na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Wniosek o zmianę oferty ramowej może złożyć każdy przedsiębiorca telekomunikacyjny, a więc także operator czy przedsiębiorca wyznaczony. Wskazany przepis nie różnicuje zakresu obowiązków operatora i innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w zakresie wszczęcia postępowania. Zatem przyjęć należy, że zmiana oferty ramowej jest możliwa po wcześniejszym złożeniu uzasadnionego wniosku i zobowiązaniu operatora do przygotowania zmiany oraz wskazania

¹⁶ Program Operacyjny Polska Cyfrowa

terminu dla dopełnienia tych obowiązków. Dopiero dopełnienie tych warunków umożliwia zmianę oferty ramowej. (...) Przyjęcie innego rozumienia treści art. 43 ust. 2 p.t. i ukształtowanie struktury postępowania, w sposób przyjęty jak w rozpoznawanej sprawie, narusza prawo zarówno w zakresie jego językowego, jak i celowościowego ujęcia. Z językowego punktu widzenia nie ma żadnych powodów do rozróżnienia sytuacji prawnej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i operatora, a w celowościowym ujęciu do przyznania operatorowi uprawnień do wszczęcia postępowania poza regulacyjnym działaniem Prezesa UKE." Powyższe stanowi potwierdzenie argumentów OPL zawartych we Wniosku, że obie decyzje zostały uchylone ze względów formalnych, a nie merytorycznych.

Jednocześnie Prezes UKE podkreśla, że zmiany wprowadzone Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II nie spowodowały obniżenia jakości i terminowości świadczonych przez OPL usług, a zatem zobowiązanie OPL do przedstawienia projektu zmiany Oferty SOR polegającego na obniżeniu wysokości kar umownych i bonifikat nie może być uznane za pozbawione uzasadnienia.

Prezes UKE wskazuje, że przepis art. 43 ust. 2 Pt wprost uprawnia Prezesa UKE do zobowiązania operatora do przygotowania zmiany oferty ramowej w całości lub w części. Jak wskazuje się w doktrynie, „*decyzja nakładająca obowiązek zmiany oferty powinna określać zakres zmian i termin przedstawienia projektu zmiany.*” (tak: S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005 r., str. 356). Wobec takiego poglądu nauki przedmiotu, Decyzją Prezes UKE zobowiązał OPL do zmiany Oferty SOR w części poprzez modyfikację zapisów w Części I Ogólnej Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty polegającej na obniżeniu wysokości kar umownych i bonifikat, określając jednocześnie 30 – dniowy termin, liczony od dnia otrzymania Decyzji przez OPL, w jakim zmiana Oferty SOR powinna zostać przedstawiona do zatwierdzenia.

Rygor natychmiastowej wykonalności

Zgodnie z art. 108 § 1 kpa decyzji administracyjnej może być nadany rygor natychmiastowej wykonalności, 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 art. 108 § 1 kpa ustawodawca wymienia kilka rodzajów dóbr, które podlegają ochronie w drodze nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, między innymi jest nim „inny interes społeczny”.

Odnosząc się do przesłanki interesu społecznego, należy stwierdzić, „że nie ma trwałej, stałej definicji interesu społecznego, a treść tego pojęcia trzeba ustalać w każdym przypadku z osobna” (M. Wyrzykowski, Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym, Warszawa 1986, s. 209, por. Komentarz do kpa, B. Adamiak, J. Borkowski, Wyd. C.H. Beck, W-wa 2000, str. 457, pkt 6). W tym zakresie należy zaznaczyć, iż orzecznictwo wyróżnia m.in. trzy kategorie „interesów”: prywatny (indywidualny), społeczny oraz publiczny. Interes społeczny jest przeciwstawiany interesowi prywatnemu i nie musi oznaczać ogółu, a jedynie pewną zbiorowość (por. np. wyrok NSA z dnia 21 czerwca 2001 r., sygn. akt V SA 3718/00, zam. ONSA 2002 nr 3, poz. 124).

Należy wskazać, że Decyzja Prezesa UKE i skutki, jakie ze sobą niesie mają istotne znaczenie dla interesu społecznego, co wymaga zapewnienia jej natychmiastowej wykonalności. W sprawie interes społeczny wyraża się w dążeniu do wspierania rozwoju skutecznej

konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, zapewnieniu im równego traktowania oraz zapewnieniu użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości oferowanych usług telekomunikacyjnych.

Zdaniem Prezesa UKE, zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR w zakresie określonym w sentencji Decyzji przyczyni się do dalszego rozwoju konkurencji na rynku telekomunikacyjnym. Obniżenie wysokości kar umownych powinno wyeliminować potencjalne, niekorzystne zjawiska związane z nadużyciami na rynku telekomunikacyjnym oraz powinno przyczynić się do świadczenia przez OPL usług hurtowych na rzecz PT z zachowaniem wysokiej jakości, co będzie miało bezpośrednie przełożenie na poziom usług świadczonych abonentom. Nadanie Decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności jest niezbędne, aby możliwe było jak najszybsze wprowadzenie przedmiotowych zmian do Oferty SOR i ich stosowanie na rynku telekomunikacyjnym.

Prezes UKE wskazuje także, że zbyt wysoki poziom kar umownych doprowadziłby do sytuacji, w której PT mogliby czerpać nieuzasadnione korzyści z naliczanych kar umownych. Prezes UKE podkreśla, że system kar umownych oraz odpowiedzialności OPL określony w Ofercie SOR musi gwarantować poszkodowanemu PT narzędzia do skutecznego dochodzenia swoich praw. Jednocześnie wysokość kar umownych powinna odpowiadać wysokości zabezpieczenia finansowego dla prawidłowego wykonywania umów zawartych na podstawie Oferty SOR.

W ocenie Prezesa UKE, nadanie Decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności jest niezbędne, aby zmiany Oferty SOR mogły być jak najszybciej wprowadzone do Oferty SOR, celem faktycznego wdrożenia tych zmian na rynku telekomunikacyjnym.

Wobec powyższego, należy uznać, iż nadanie Decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności jest niezbędne ze względu na interes społeczny, który, jak już zostało wykazane w sprawie, wyraża się w dążeniu do wspierania rozwoju skutecznej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, wspierania równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a także zapewnieniu użytkownikom maksymalnych korzyści w zakresie różnorodności, ceny i jakości oferowanych im usług telekomunikacyjnych.

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

POUCZENIE

Strona niezadowolona z Decyzji może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy albo wnieść skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie bez skorzystania z prawa zwrócenia się do Prezesa UKE z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy wnosi się w terminie 14 dni od dnia doręczenia Decyzji stronie (art. 127 § 3 w zw. z art. 129 § 2 kpa).

Stosownie do art. 127a § 1 w związku z art. 127 § 3 *in fine* kpa, w trakcie biegu terminu do zwrócenia się do Prezesa UKE z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, strona może zrzec się prawa do wniesienia tego wniosku wobec Prezesa UKE. Z dniem doręczenia Prezesowi UKE oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez ostatnią ze stron postępowania, decyzja staje się ostateczna i prawomocna (art. 127a § 2 w związku z art. 127 § 3 *in fine* kpa).

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 § 2, art. 50 § 1, art. 52 § 1 i § 3, 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, ze zm., zwanej dalej „ppsa”).

Zgodnie z art. 54a § 1 ppsa jeżeli przed przekazaniem sądowi skargi jednej ze stron postępowania administracyjnego, inna strona tego postępowania zwróciła się do organu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy organ rozpoznaje tę skargę jak wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, o czym niezwłocznie zawiadamia stronę wnoszącą skargę.

Od skargi na 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 ze 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.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej
Zastępca Prezesa

Karol Krzywicki