



**PREZES**

**URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Warszawa, 1 października 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.6082.3.2019.67**

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 Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „OPL” lub „TP”) z dnia 29 maja 2019 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej „UKE”, w dniu 29 maja 2019 r.) oraz wniosku Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „KIGEiT”) z dnia 19 czerwca 2019 r. w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej wydaniem decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) z dnia 13 maja 2019 r. nr DR.WORK.6082.3.2019.36 (dalej „Zaskarżona decyzja”), zobowiązującej 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 UKE z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10(109), zmienionej następnie decyzjami Prezesa UKE, polegającej na modyfikacji zapisów w Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty,

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

**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 BSA<sup>1</sup> w technologii VDSL<sup>2</sup>.

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 WLR<sup>3</sup>.

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 LLU<sup>4</sup> 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.

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

---

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

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

<sup>3</sup> ang. Wholesale Line Rental – usługa hurtowego dostępu do sieci;

<sup>4</sup> ang. Local Loop Unbundling – usługa dostępu telekomunikacyjnego do lokalnej pętli abonenckiej;

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-WORK-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 (dalej „Decyzja WLR”) zmieniającą Ofertę SOR w zakresie zmiany wysokości opłaty za Usługę Hurtowego Dostępu do Sieci Orange (WLR).

W dniu 26 września 2018 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.SMP.6041.5.2017.92 (dalej „Decyzja deregulacyjna Rynek 8<sup>5</sup> 2003”), deregulującą Rynek 8<sup>6</sup>. Termin uchYLENIA obowiązków dla hurtowego rynku rozpoczynania połączeń został wyznaczony na okres 2 lat od dnia doręczenia decyzji OPL, ze względu na potrzebę zapewnienia płynnej zmiany warunków biznesowych operatorów alternatywnych (dalej „OA”) korzystających z usług regulowanych oraz ochronę konsumentów, będących ich użytkownikami.

---

<sup>5</sup> <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/decyzje-prezesa-uke-dla-orange-polska-s-a-,2.html>

<sup>6</sup> Rynek 8 – rynek rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej.

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 II oraz poprzedzającą ją Decyzję Kary i Bonifikaty I (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”).

Pismem z dnia 5 lutego 2019 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „PIIT”), 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.

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., nr 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. (dalej „Raporty kwartalne NSKPI”).

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 wysłania 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., nr DR.WORK.6082.3.2019.34 Prezes UKE odmówił przeprowadzenia dowodów (dalej „Postanowienie o odmowie przeprowadzenia dowodów”).

W dniu 13 maja 2019 r. Prezes UKE wydał Zaskarżoną decyzję.

Pismem z dnia 29 maja 2019 r. OPL złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy (dalej „Wniosek OPL”) zakończonej wydaniem Zaskarżonej decyzji. We Wniosku OPL wskazała, że w uzasadnieniu Zaskarżonej decyzji Prezes UKE stwierdził, że na skutek Wyroku NSA obecne zapisy Oferty SOR odpowiadają w swojej treści zapisom z 2010 r., co jest niezgodne z obowiązującym stanem faktycznym. Zdaniem OPL z uwagi na uchylenie obowiązków regulacyjnych na mocy Decyzji deregulacyjnej Rynek 8 2003, w zakresie Usługi WLR nie nastąpił powrót do poziomu kar umownych z 2010 r.

Pismem z dnia 13 czerwca 2019 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, PIIT oraz KIGEiT o wszczęciu postępowania administracyjnego w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej wydaniem Zaskarżonej decyzji.

Pismem z dnia 19 czerwca 2019 r. KIGEiT za pośrednictwem Prezesa UKE złożyła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej „WSA”) w Warszawie na Zaskarżoną decyzję (dalej „Skarga KIGEiT”). KIGEiT podniosła, iż przed wydaniem Zaskarżonej decyzji Prezes UKE był zobowiązany do przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego z uwagi na fakt, iż Zaskarżona decyzja nakłada na OPL obowiązek regulacyjny, o którym mowa w art. 42 ust. 1 Pt. Dodatkowo KIGEiT wskazała, iż nie wystąpiły przesłanki określone w art. 43 ust. 2 Pt uzasadniające zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR, Prezes UKE nie dokonał ustaleń faktycznych niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy oraz w uzasadnieniu Zaskarżonej decyzji nie wskazano, które usługi uległy poprawie pod względem jakości i terminowości, co uzasadniałoby obniżenie kar umownych.

Pismem z dnia 28 czerwca 2019 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, PIIT oraz KIGEiT, że Skarga KIGEiT, z uwagi na treść przepisu art. 54a § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1302, dalej „p.p.s.a.”) oraz fakt, iż do Prezesa UKE wpłynął Wniosek OPL, zostanie rozpoznana przez Prezesa UKE jako wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy (dalej „Wniosek KIGEiT”).

Pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r. OPL przedstawiła dodatkowe stanowisko w sprawie.

W dniu 30 sierpnia 2019 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.8.2017.159<sup>7</sup>, w której utrzymał w całości w mocy Decyzję WLR.

Pismem z dnia 11 września 2019 r., Prezes UKE zawiadomił strony o włączeniu do materiału dowodowego w sprawie kopii następujących dokumentów:

- decyzji Prezesa UKE z dnia 30 sierpnia 2019 r., nr DHRT.WORK.6082.8.2017.159;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2012 r.;

---

<sup>7</sup> <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/oferty-ramowe/zmiana-oferty-sor,33.html>

- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2013 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2013 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2013 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2013 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2014 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2014 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 3 kwartał 2014 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 4 kwartał 2014 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 1 kwartał 2019 r.;
- Raportu kwartalnego NSKPI 2 kwartał 2019 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 i KIGEiT, że na dzień wysłania informacji nie istnieją żadne przesłanki zależne od OPL i od KIGEiT, które nie zostały wykazane.

W dniu 20 września 2019 r. Prezes UKE wydał decyzję nr DHRT.WORK.6082.9.2017.110, w której utrzymał w całości w mocy decyzję z dnia 8 października 2018 r., nr DHRT.WORK.6082.9.2017.68.

Pismem z dnia 24 września 2019 r. OPL złożyła dodatkowe stanowisko w sprawie, w którym podtrzymała Wniosek OPL oraz pozostałe stanowiska prezentowane w toku postępowania.

**Po dokonaniu powtórnej analizy całości materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, 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 OPL o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 29 maja 2019 r. Należy uznać, iż OPL zachowała wymagany przez przepisy prawa 14 - dniowy termin na złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (Zaskarżona decyzja została doręczona OPL w dniu 16 maja 2019 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.

Zaznaczenia wymaga, że KIGEiT korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 54 § 1 p.p.s.a. pismem z dnia 19 czerwca 2019 r. za pośrednictwem Prezesa UKE złożyła skargę do WSA na Zaskarżoną decyzję. Z uwagi jednak na wpływ Wniosku OPL, Prezes UKE pismem z dnia 28 czerwca 2019 r. zawiadomił OPL, PIIT oraz KIGEiT, że Skarga KIGEiT zostanie rozpoznana przez Prezesa UKE jako wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 54a § 1 i § 2 p.p.s.a.).

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 I 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 oznaczają, 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 NSA 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 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 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) istnieniem obowiązującej oferty ramowej;
- 2) wystąpieniem zmiany zapotrzebowania na usługi;
- 3) wystąpieniem zmiany warunków rynkowych oraz
- 4) zasadnością wniosku przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (tu: OPL).

**Poniżej Prezes UKE odniósł się do powyższych kwestii w kontekście ponownego rozpatrzenia sprawy.**

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 – OPL. Prezes UKE stwierdził, że OPL jako przedsiębiorca telekomunikacyjny, zarejestrowany

pod numerem 1 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 OPL oraz Wniosku KIGEiT 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 zaradczonego przewidzianego w cyt. ustawie, jest dyskrecyjną 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).

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 w sprawie wystąpiła zmiana zapotrzebowania na usługi i zmiana warunków rynkowych, 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 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 OPL oraz KIGEiT zawnioskowały o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej Zaskarżoną decyzją, którą Prezes UKE zobowiązał OPL do przedstawienia projektu zmiany Oferty SOR w zakresie modyfikacji zapisów w Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty.

Odnosząc się do argumentu wskazanego we Wniosku KIGEiT, iż Prezes UKE odwołując się do przesłanek określonych w art. 43 ust. 2 Pt wskazał na poprawę jakości i terminowości

usług, zgodnie ze wskaźnikami KPI, podczas gdy owa poprawa nie nastąpiła, Prezes UKE wskazuje, co następuje.

We Wniosku KIGEiT podniosła, iż Raporty kwartalne NSKPI posiadają wątpliwy walor dowodowy. KIGEiT wskazała, iż raporty oraz ich założenia (definicje metryk) są przedstawiane przez OPL (i to nie w ramach jakiegokolwiek postępowania administracyjnego) i nie podlegają żadnej weryfikacji w żadnych prawnych formach działania administracji. Tym samym okoliczności rzekomej poprawy nie były w żaden sposób weryfikowane. Jednocześnie we Wniosku KIGEiT wskazała, iż Prezes UKE nie przeprowadził dowodu z włączonych do akt postępowania Raportów kwartalnych NSKPI.

Odnosząc się do powyższego Prezes UKE wskazuje, iż przedmiotowe dowody zostały ocenione zgodnie z art. 80 kpa. Zgodnie z doktryną *„Przepis art. 80 nie wyznacza organowi administracji publicznej merytorycznych reguł oceny wyników postępowania dowodowego, co skłania doktrynę i orzecznictwo do wniosku, że przepis ten statuuje zasadę swobodnej oceny dowodów. Zasada ta polega na tym, "by organ przy ustalaniu prawdy na podstawie materiału dowodowego nie był skrzepowany żadnymi przepisami co do wartości poszczególnych rodzajów dowodów i mógł swobodnie, tj. zgodnie z własną oceną wyników postępowania dowodowego (wyjaśniającego) w danej sprawie ustalić stan faktyczny" (E. Iserzon (w:) Komentarz, 1970, s. 155)”. (A. Wróbel, Komentarz aktualizowany do art. 80 Kodeksu postępowania administracyjnego, LEX).*

Prezes UKE podkreśla, iż wydając Zaskarżoną decyzję działał zgodnie z art. 77 § 1 kpa. Zgodnie z art. 77 § 1 kpa organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy. Oznacza to, że organ jest obowiązany rozpatrzyć wszystkie dowody zgromadzone lub odzwierciedlone w aktach sprawy oraz że organ powinien rozpatrzyć te dowody w ich wzajemnej łączności. Natomiast zgodnie z art. 80 kpa organ administracji publicznej ocenia na podstawie całokształtu materiału dowodowego, czy dana okoliczność została udowodniona. Powyższe oznacza, iż Prezes UKE musi rozpatrzyć cały materiał dowodowy zebrany w sprawie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. Ponadto zgodnie z poglądem doktryny *„Powyższe rozróżnienie pozwala na konstatację, iż organ prowadzący postępowanie wyjaśniające, poprzez włączenie określonego źródła dowodowego do tego postępowania, ma na celu uzyskanie określonego środka dowodowego, czyli dowodu istnienia lub nieistnienia określonego faktu, albo prawdziwości lub nieprawdziwości określonego twierdzenia o tym fakcie. Dowód zatem jest wynikiem procesu dowodzenia.”* (Łaszyca G., Martysz C., Matan A., Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz. Tom I, LEX 2010). Tym samym należy uznać, iż włączenie do akt postępowania Raportów kwartalnych NSKPI miało na celu uzyskanie środka dowodowego. Prezes UKE wskazuje, iż rozpatrzył cały materiał dowodowy zebrany w sprawie i ocenił go zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, jednocześnie rozpatrując materiał dowodowy w jego wzajemnej łączności. Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 43 ust. 2 Pt uzasadniające zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR w zakresie kar umownych oraz bonifikat.

Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż wypełniając dyspozycję art. 107 § 3 kpa, wskazał w uzasadnieniu Zaskarżonej decyzji dowody, na których się oparł (w tym stanowiska stron postępowania, Raporty kwartalne NSKPI i Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2017 r.<sup>8</sup>). Za pozbawiony uzasadnienia należy uznać argument wskazany we Wniosku KIGEiT, iż uzasadnienie Zaskarżonej decyzji nie spełnia wymogów określonych w art. 107 § 1 pkt 6 kpa, w szczególności poprzez brak wyjaśnienia, które usługi uległy zdaniem Prezesa

<sup>8</sup> <http://bip.uke.gov.pl/raporty/raport-o-stanie-rynku-telekomunikacyjnego-w-2017-roku,20.html>.

UKE poprawie pod względem jakości i terminowości, co ma uzasadniać obniżenie kar umownych. Prezes UKE podkreśla, iż Zaskarżona decyzja została wydana w oparciu o art. 43 ust. 2 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. W Zaskarżonej decyzji Prezes UKE szczegółowo odniósł się do spełnienia obu przesłanek. Analizując Raporty kwartalne NSKPI Prezes UKE ponownie stwierdza, iż wskaźniki KPI co do zasady utrzymują się na dopuszczalnym poziomie (w analizowanym okresie wyjątek stanowi współczynnik UG4, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia niniejszej decyzji). Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż w okresie poprzedzającym wydanie decyzji zmieniającej i zatwierdzającej Ofertę SOR (2010 r.) zidentyfikowano szereg problemów w rozwoju konkurencji wynikających z dominującej pozycji OPL. Wprowadzenie do Oferty SOR wysokich kar umownych miało zniechęcić OPL do podejmowania działań ukierunkowanych na ograniczenie konkurencji. Wobec zaobserwowanej od 2010 r. zmiany podejścia OPL do współpracy międzyoperatorskiej (czego potwierdzeniem jest poprawa w zakresie jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL (z wyłączeniem wskaźnika UG4)) oraz zmian na rynku telekomunikacyjnym, Prezes UKE uznał za zasadne zobowiązanie OPL do zmiany Oferty SOR w zakresie kar umownych i bonifikat. Tym samym za niezasadny należy uznać argument podnoszony we Wniosku KIGEIT.

Prezes UKE wskazuje również, że Zaskarżona decyzja została wydana w zgodzie z art. 7 kpa mówiącym, iż w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności, z urzędu lub na wniosek stron podejmują wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. Jak zostało wskazane powyżej, Prezes UKE rozważył całość zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz dokonał jego oceny. Postanowieniem o odmowie przeprowadzenia dowodów Prezes UKE odmówił przeprowadzenia dowodów m.in. z danych OPL dotyczących średnich czasów usuwania awarii trwających dłużej niż 10, 20, 30 dni od października 2012 r. do końca marca 2019 r. z podziałem na poszczególne miesiące oraz przyczyn zamknięcia zgłoszeń dla awarii trwających dłużej niż 10, 20, 30 dni od października 2012 r. do końca marca 2019 r. z podziałem na poszczególne miesiące, wskazując, iż wnioskowany dowód na okoliczność „zachowania zasady niedyskryminacji oraz jakości w zakresie usuwania awarii” nie przyczyni się do wyjaśnienia sprawy. Ponowna dokładna analiza załączonych do akt Raportów kwartalnych NSKPI pozwala na stwierdzenie, iż wskaźniki osiągają poziomy referencyjne (wyjątek stanowi wskaźnik UG4, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia decyzji), co oznacza, że zachowana jest jakość i terminowość usług świadczonych przez OPL. W okresie od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. odsetek niewykonania celu dla poszczególnych wskaźników KPI występuje incydentalnie (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia) i nie świadczy o obniżeniu jakości usług świadczonych przez OPL.

Jednocześnie nie można zgodzić się ze stwierdzeniem z Wniosku KIGEIT, że Prezes UKE dokonał jedynie pobieżnej analizy oraz, że brak zbadania kwestii związanych z występowaniem awarii usług głosowych OPL poddaje w wątpliwość stwierdzenie Prezesa UKE o wystąpieniu poprawy jakości i terminowości usług hurtowych świadczonych przez OPL. Prezes UKE podkreśla, iż wskaźnik UG4 (jedyne do którego odnosi się KIGEIT) dotyczy względnego czasu usuwania awarii usług głosowych. Natomiast Oferta SOR przewiduje karę za „każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w przypadku, gdy przekroczony zostanie czas naprawy Łączna Abonenckiego, na którym świadczona jest Usługa Regulowana” (Część I Ogólna,

Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 ust. 1 lit. j). Zgodnie z definicją wprowadzoną do Oferty SOR usługa regulowana to „usługi w przedmiocie dostępu telekomunikacyjnego, świadczone przez TP na poszczególnych rynkach właściwych, na których TP została wyznaczona jako operator posiadający znaczącą pozycję rynkową, lub do których świadczenia TP obowiązana jest z mocy prawa, w szczególności: połączenia sieci i udogodnień towarzyszących (Usługa RIO), hurtowego dostępu do sieci (Usługa WLR), dostępu pełnego lub współdzielonego do Łącza Abonenckiego (Usługa LLU), dostępu do strumienia bitów (Usługa BSA)”. Prezes UKE podkreśla, iż przy określaniu wysokości kar zasadne jest zweryfikowanie wskaźników dotyczących terminowego usuwania awarii w zakresie wszystkich usług regulowanych, a nie tylko w zakresie jednej usługi, którą wskazano we Wniosku KIGEiT (Usługi WLR). Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż określenie wysokości poszczególnych kar umownych w decyzji zobowiązującej OPL do przedstawienia zmiany Oferty SOR wykracza poza przedmiot postępowania.

Odnosząc się do wartości Raportów kwartalnych NSKPI jako dowodów w sprawie, Prezes UKE wskazuje co następuje. Zgodnie z art. 75 § 1 kpa jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem. W szczególności dowodem mogą być dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz oględziny. Odnosząc to do wartości dowodowej Raportów kwartalnych NSKPI, Prezes UKE wskazuje, że wyniki dla poszczególnych wskaźników raportowanych w ramach NSKPI są prezentowane zarówno Prezesowi UKE, jak i każdemu OA w postaci raportów dla tych usług, które w danym okresie OA zamawiał od OPL. Wyniki są dostępne dla każdego OA na platformie ISI, w cyklach miesięcznych, a dla Prezesa UKE w cyklach kwartalnych (z rozbiciem na miesiące). Każdy z operatorów dostaje wyniki dla swoich wskaźników oraz ich porównanie do wyników dla usług hurtowych OPL (dalej „Hurt OPL”) i usług detalicznych OPL (dalej „Detal OPL”). Prezes UKE dostaje zasadniczo na potrzeby NSKPI wyniki zbiorcze dla Hurtu i Detalu OPL oraz pliki z danymi źródłowymi (pliki źródłowe są bardziej szczegółowe i zawierają dane w podziale na poszczególnych OA). Operatorzy, w przypadku przekroczenia dopuszczalnego terminu realizacji zlecenia w zakresie usług objętych Ofertą SOR, są informowani o powodzie niewykonania danej usługi w określonym czasie (wskazana jest przyczyna odrzutu, tzw. kod odrzutu). Dodatkowo mogą dochodzić od OPL wyjaśnień lub/i roszczeń. Dane, przekazywane przez OPL w ramach cyklicznego (kwartalnego) raportowania NSKPI, są każdorazowo weryfikowane pod kątem ich poprawności i spójności. Jakikolwiek błędy w danych są poprawiane przez OPL każdorazowo, na żądanie Prezesa UKE. Prezes UKE wskazuje, że jakiegokolwiek zmiany w metrykach lub załącznikach do metryk podlegają dwustronnemu uzgodnieniu pomiędzy OPL a Prezesem UKE. Od początku działania NSKPI proces ten przebiega prawidłowo. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, że dane przekazywane przez OPL są szczegółowo analizowane przez Prezesa UKE, a wynikiem tej analizy są właśnie Raporty kwartalne NSKPI. Wobec powyższego nie można zgodzić się z argumentem z Wniosku KIGEiT, iż Raporty kwartalne NSKPI mają wątpliwy walor dowodowy i nie podlegają żadnej weryfikacji.

W Zaskarżonej decyzji Prezes UKE przeanalizował Raporty NSKPI z okresu od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r., co pozwoliło na stwierdzenie, iż w okresie obowiązywania Decyzji Kary i Bonifikaty I i II nie doszło do pogorszenia jakości usług świadczonych przez OPL, a dodatkowo potwierdziło, że terminowość ze strony OPL pozostaje na zadowalającym poziomie. Po szczegółowej analizie wskaźników KPI (z wyłączeniem wskaźnika UG4<sup>9</sup>, o którym szerzej w dalszej części uzasadnienia) w okresie od stycznia 2015 r. do grudnia 2018 r. (4 lata) Prezes UKE wskazuje, że wskaźniki nie osiągnęły poziomu referencyjnego

<sup>9</sup> względny czas naprawy zwykłych awarii usług głosowych

zaledwie 6 razy (na 1680 monitorowanych wskaźników w danym okresie, tj. niespełna 0,36%; dopuszczalnej wartości nie osiągnęły wskaźniki: LLU2<sup>10</sup> w okresie styczeń-marzec 2018 r., IK1<sup>11</sup> w styczniu 2017 r., DZŁ2<sup>12</sup> w lutym 2016 r. i LLU1<sup>13</sup> w lutym 2015 r.). Z uwagi na znikomy odsetek przekroczeń Prezes UKE nie wskazywał powyższych danych w Zaskarżonej decyzji, gdyż należy uznać, iż są to pojedyncze przypadki mające charakter incydentalny i nie mogą świadczyć o obniżeniu poziomu jakości usług świadczonych przez OPL. Z założenia wartości incydentalne, jako wartości skrajne badanej zbiorowości zdarzeń należy wyeliminować z badanej grupy z uwagi na ryzyko zniekształcenia wyników, a w efekcie błędów interpretacyjnych. Po uwzględnieniu w powyższej analizie wskaźnika UG4 należy stwierdzić, iż wskaźniki nie osiągnęły poziomu referencyjnego 38 razy (niemniej jednak na 1728 monitorowanych wskaźników, co oznacza, że po uwzględnieniu wskaźnika UG4 dopuszczalnej wartości nie osiągnięto zaledwie w 2,20 %).

Odnosząc się do argumentu z Wniosku KIGEiT wskazującego, iż aby móc w sposób rzetelny postawić tezę o poprawie jakości usług OPL, należałoby poddać analizie okres od 2011 r., Prezes UKE wskazuje, że możliwa jest analiza Raportów kwartalnych NSKPI publikowanych od IV kwartału 2012 r. Jednocześnie należy podkreślić, że taka analiza była już przeprowadzana przez Prezesa UKE w postępowaniu zakończonym wydaniem Decyzji Kary i Bonifikaty I i II (obie decyzje zostały włączone do akt niniejszego postępowania). Prezes UKE wskazuje, że system KPI został opracowany na potrzeby mierzenia poziomu obsługi OA przez TP oraz realizacji zasady niedyskryminacji i był konsekwencją podpisania w dniu 22 października 2009 r.<sup>14</sup> przez TP i Prezesa UKE porozumienia. W wyniku dynamicznych zmian na rynku telekomunikacyjnym konieczna była zmiana metodologii zbierania danych czego wynikiem było przygotowanie nowego systemu KPI (NSKPI). Raport kwartalny NSKPI za IV kwartał 2012 r. jest pierwszym raportem prezentującym wyniki NSKPI. Analiza Raportów kwartalnych NSKPI za okres od IV kwartału 2012 r. do grudnia 2014 r. wskazuje, iż wartości referencyjne dla wskaźników KPI (bez wskaźnika UG4) nie zostały osiągnięte 56 razy (na 945 monitorowanych w danym okresie wskaźników, co stanowi 5,92 %). Natomiast uwzględniając wskaźnik UG4 wskaźniki nie osiągnęły wartości referencyjnych w danym okresie 78 razy (na 972 monitorowanych wskaźników, co stanowi 8,02 %).

Tabela 1

**Nieosiągnięcie wartości referencyjnej przez wskaźniki KPI**

Okres analizy	Liczba przypadków nieosiągnięcia wartości referencyjnej wskaźnika	Łączna liczba analizowanych wskaźników w danym okresie	% wskaźników, które nie osiągnęły wartości referencyjnej
09.2012 r. - 12.2014 r. (bez UG4)	56	945	5,92%
01.2015 r. – 12.2018 r. (bez UG4)	6	1 680	0,36%
09.2012 r. - 12.2014 r.	78	972	8,02%
01.2015 r. – 12.2018 r.	38	1 728	2,20%

Źródło: opracowanie UKE

Na podstawie wyżej przedstawionych danych należy stwierdzić, że nastąpił wzrost wartości wskaźników KPI, co stanowi potwierdzenie wniosków Prezesa UKE o poprawie jakości i terminowości usług świadczonych przez OPL na rzecz OA. W okresie obowiązywania Decyzji

<sup>10</sup> liczba odrzutów technicznych na 100 zamówień LLU

<sup>11</sup> terminowość realizacji zamówienia na IC

<sup>12</sup> terminowość naprawy awarii RLLO/LL

<sup>13</sup> terminowość dostarczania LLU

<sup>14</sup> <https://archiwum.uke.gov.pl/porozumienie-pomiedzy-tp-sa-a-prezesem-uke-10348>

Kary i Bonifikaty I i II odsetek wskaźników KPI, które nie osiągnęły wartości referencyjnych wyniósł zaledwie 2,20% (w porównaniu do 8,02% w okresie wcześniejszym, w którym obowiązywały bardziej restrykcyjne rozwiązania). Zatem powyższe informacje wskazują, iż pomimo obniżenia kar umownych Decyzją Kary i Bonifikaty I, nadal obserwowana jest poprawa jakości usług świadczonych przez OPL.

Prezes UKE wskazuje również, iż na podstawie najnowszych Raportów kwartalnych NSKPI (za 1 i 2 kwartał 2019 r.) należy stwierdzić, że poziom jakości usług świadczonych przez OPL pozostaje na zadowalającym poziomie (oprócz wskaźnika UG4 w pierwszym półroczu 2019 r. wartości referencyjnych nie osiągnęły tylko wskaźniki UI10<sup>15</sup> w lutym oraz TZN1<sup>16</sup> w czerwcu, pojedyncze przypadki nieosiągnięcia przez wskaźniki KPI wartości referencyjnych wpisują się w tendencję obserwowaną również we wcześniejszych raportach).

Zdaniem Prezesa UKE w celu stwierdzenia czy nastąpiła poprawa jakości i terminowości usług OPL zasadne jest przeprowadzenie globalnej analizy wskaźników KPI. Jednakże z uwagi na argumenty prezentowane przez KIGEiT w toku postępowania Prezes UKE postanowił odnieść się do okoliczności związanych z nieosiągnięciem wartości referencyjnej przez wskaźnik UG4.

Prezes UKE wyjaśnia, że istotny wpływ na wskaźnik UG4 (zarówno dla Hurtu, jak i Detalu OPL) ma liczba i czas trwania awarii o dużym stopniu skomplikowania. Zgodnie z informacjami przekazywanymi Prezesowi UKE przez OPL w ramach cyklicznego raportowania wykonania wskaźników KPI, największy negatywny wpływ na wyniki tego wskaźnika mają uszkodzenia trudnouslywalne, zamknięte z opóźnieniem głównie ze względu na brak dostępu do infrastruktury (brak zgody właścicieli na dostęp do nieruchomości, na której znajduje się infrastruktura OPL wymagająca naprawy), konieczność uruchomienia inwestycji zakładającej przebudowę lub modernizację sieci OPL czy konieczność usunięcia infrastruktury OPL wynikająca, np. z rozstrzygnięć sądowych lub administracyjnych. Prezes UKE podkreśla, że nawet pojedyncze przypadki awarii, których usunięcie nie jest możliwe w krótkim okresie w większym stopniu wpływają na poziom wskaźnika UG4 dla części hurtowej. Wynika to z faktu, iż ogólny wolumen Usług WLR jest znacznie niższy niż wolumen usług detalicznych świadczonych przez OPL. Tym samym nawet pojedyncza awaria, której czas usunięcia przekroczy czas 26 godzin (czas usunięcia zwykłej Awarii w przypadku Usługi WLR określony w Ofercie SOR) będzie miała o wiele większy wpływ na poziom wskaźnika UG4 dla Hurtu niż Detalu OPL. W konsekwencji nawet pojedyncze przypadki awarii, których usunięcie będzie trwało dłużej niż 26 godzin, w większym stopniu wpłynę na poziom wskaźnika UG4 dla usług hurtowych, niż dla usług detalicznych w danym okresie.

Jednocześnie wskaźnik UG4 nie jest wskaźnikiem terminowości, a wskaźnikiem czasu względnego usuwania awarii. W przypadku realizacji usług głosowych przez OPL terminowość realizacji usług jest zachowana (wskaźnik UG3).

Odnosząc się do argumentów wskazanych w Stanowisku KIGEiT oraz we Wniosku KIGEiT dotyczących różnic w kształtowaniu się wyników wskaźnika UG4 dla Hurtu i Detalu OPL, Prezes UKE wskazuje, iż analizując przebieg wykresu dla wskaźnika UG4, w dłuższym okresie, można powiedzieć, że wyniki dla usługi hurtowej i usługi detalicznej OPL kształtują się podobnie. Takie stwierdzenie pojawiło się w Raporcie kwartalnym za 4 kwartał 2018 r. z uwagi na fakt, iż pogorszenie czy polepszenie wyników następuje w tych samych okresach w ciągu roku. W poszczególnych okresach występuje cykliczność, tj. awarie występują

<sup>15</sup> liczba odrzutów technicznych na zmianę prędkości usług szerokopasmowych na 100 zamówień

<sup>16</sup> terminowość podpisywania umów na podstawie ofert ramowych

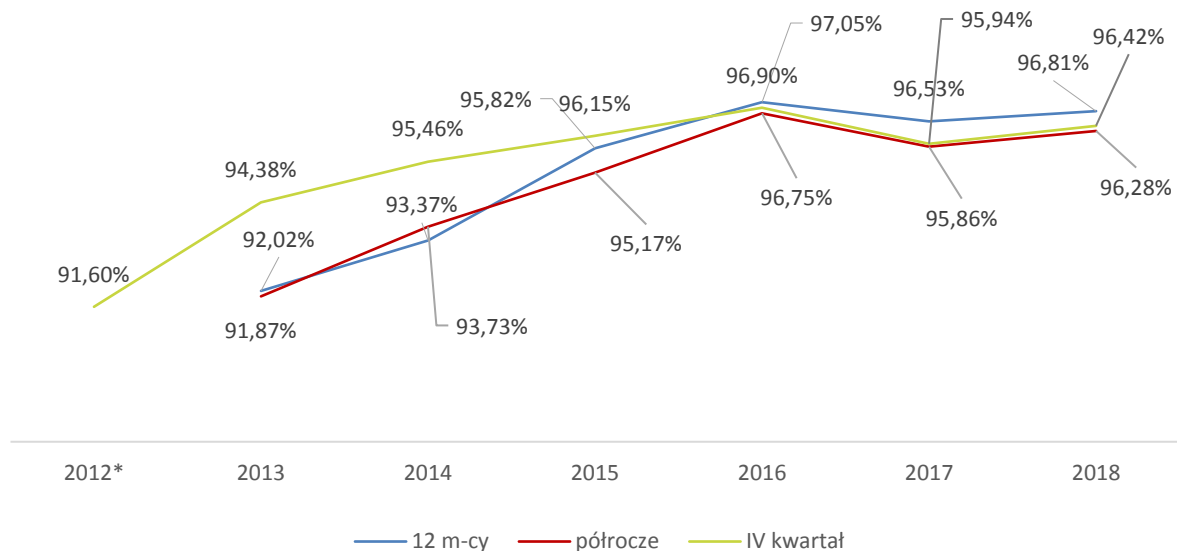


na sieci telekomunikacyjnej w tych samych porach roku, np. pogorszenie wyników następuje w okresie zimowym (mrozy) oraz letnim (burze, powodzie, podtopienia). Cykliczność dotyczy zarówno Hurtu, jak i Detalu OPL.

Prezes UKE wskazuje, że nie można zgodzić się z tezą prezentowaną w Stanowisku KIGEiT oraz we Wniosku KIGEiT, iż nie nastąpiła poprawa jakości i terminowości usług, zgodnie ze wskaźnikami KPI. Ponowna analiza Raportów kwartalnych NSKPI potwierdza wnioski prezentowane przez Prezesa UKE w Zaskarżonej decyzji, wskazujące, iż 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. Zdaniem Prezesa UKE pobieżna analiza (prezentowana przez KIGEiT w toku postępowania) tylko jednego wskaźnika dotyczącego czasów względnych usuwania awarii Usługi WLR jest niewystarczająca z uwagi na zakres niniejszego postępowania. Prezes UKE podkreśla, iż w decyzji zobowiązującej do zmiany Oferty SOR nie przesądził o zmianach konkretnych wysokości poszczególnych kar umownych określonych w Ofercie SOR. W przedmiotowym postępowaniu analiza wskaźników KPI musi dotyczyć m.in. terminowości usuwania awarii przez OPL wszystkich Usług Regulowanych określonych w Ofercie SOR. Dane dotyczące wskaźników KPI związanych z usuwaniem awarii dla wszystkich Usług Regulowanych potwierdzają, iż osiągały one poziomy referencyjne, wskazując jednocześnie iż poprawa terminowości usuwania awarii nastąpiła po zmianie Oferty SOR Decyzją Kary i Bonifikaty I i II.

Wykres 1

Średnie wartości wskaźników terminowości usuwania awarii dla usług WLR/LLU/BSA<sup>17</sup>



Źródło: opracowanie UKE na podstawie Raportów kwartalnych NSKPI (\*dane 2012 dostępne tylko dla IV kw.)

Odnosząc się do wskazanego we Wniosku KIGEiT przykładu dotyczącego nieusuwania awarii przez OPL, Prezes UKE wskazuje, iż odniósł się do tej kwestii w toku postępowania zakończonego Zaskarżoną decyzją w Postanowieniu o odmowie przeprowadzenia dowodów. Prezes UKE ponownie wskazuje, że przyczyny nieusunięcia awarii przywołanej we Wniosku KIGEiT w terminie zostały wyjaśnione w Odpowiedzi OPL, w której OPL wskazała, iż w omawianym przypadku trwał spór prawny o ustanowienie służebności przesyłu oraz o zabezpieczenie dostępu do szafy telekomunikacyjnej, czego konsekwencją było wydłużenie

<sup>17</sup> wskaźniki UG3, LLU3 i UI5 to stymulanty, których pożądana wartość jest jak najwyższa (najczęściej 100%)

czasu usunięcia awarii. W Odpowiedzi OPL wskazano również, iż po uzyskaniu jednorazowej zgody sądowej na dostęp do tej infrastruktury uszkodzenie zostało usunięte. Prezes UKE nie posiada dowodów potwierdzających tezę KIGEiT, iż w wyniku zmiany Oferty SOR Decyzją Kary i Bonifikaty I i II, OPL podejmuje decyzje o nieusuwaniu skomplikowanych awarii.

Odnosząc się do argumentu z Wniosku KIGEiT, iż uchylone decyzje (Decyzja Kary i Bonifikaty I i II) traktowane są przez Prezesa UKE jako zmiana docelowa należy wskazać, iż w Zaskarżonej decyzji Prezes UKE zobowiązał OPL do przedstawienia zmiany Oferty SOR w zakresie Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne i ppkt 1.9.4 Bonifikaty. Zakres zobowiązania do zmiany Oferty SOR pokrywa się z Wnioskiem, w którym OPL wskazała, iż „zasadne wydaje się obniżenie bonifikat i kar umownych przynajmniej do poziomu określonego w powołanych wyżej decyzjach”. W tym miejscu należy również przypomnieć, że Decyzja Kary i Bonifikaty I i II została uchylona ze względów formalnych, a nie merytorycznych, a analiza wskaźników KPI obejmująca okres, w którym obowiązywały Decyzje Kary i Bonifikaty I i II potwierdza, iż w tym czasie (obowiązywania niższych kar) nie doszło do obniżenia jakości usług świadczonych przez OPL. Konsekwencją powyższego jest odnoszenie się w Zaskarżonej decyzji do rozstrzygnięcia podjętego w Decyzji Kary i Bonifikaty I i II. We Wniosku KIGEiT wskazała, że Prezes UKE w Zaskarżonej decyzji nie określił dokładnie, które kary powinny zostać obniżone. Zdaniem KIGEiT brak korelacji i wskazań dotyczących poszczególnych kar umownych oraz poszczególnych wskaźników KPI oraz wskazanie, iż zaistniały przesłanki zmiany oferty ramowej w kontekście niektórych kar umownych, pozwala kwestionować wykonalność Zaskarżonej decyzji. Zdaniem Prezesa UKE z takim poglądem nie można się zgodzić. Zaskarżona decyzja została wydana zgodnie z Wnioskiem, w którym OPL wskazała zakres postępowania, a co za tym idzie również zakres zmian.

We Wniosku KIGEiT wskazała, iż teza Prezesa UKE wskazująca, iż „obecna wysokość kar umownych związana jest z koniecznością zabezpieczenia wyższych środków finansowych na ewentualne ich wypłaty, co powoduje zamrożenie części zasobów finansowych” pozostaje czystą spekulacją. Prezes UKE wskazuje, iż analiza ex post wysokości rezerw z tabeli 2 w kontekście historycznie obowiązujących w Ofercie SOR kar umownych, nasuwa wnioski, iż faktycznie taka prawidłowość istniała. W okresach, w których obowiązywały wyższe kary umowne, występowały wyższe poziomy rezerw i odwrotnie. Niższe rezerwy zbiegły się z obowiązywaniem niższych kar umownych.

W nawiązaniu do publicznie dostępnych danych OPL (raport roczny), Prezes UKE potwierdza twierdzenia KIGEiT wskazane we Wniosku KIGEiT, iż w latach 2014 -2018 wysokość rezerw OPL z tytułu tylko samych „roszczeń, spraw sądowych, ryzyk i innych kosztów” kształtowała się na podobnym poziomie, średnio ponad 700 mln zł, jednak całkowita wartość rezerwy OPL w tych latach to średnio ponad 1 mld zł, co stanowi około 10% przychodów rocznych OPL. Zatem nawet w okresie obowiązywania niskich kar umownych rezerwy stanowiły znaczne obciążenie. Jednocześnie, Prezes UKE podkreśla, że rezerwy z tytułu „roszczeń, spraw sądowych, ryzyk i innych kosztów” stanowią pewne agregaty i nie ma wskazanej wprost pozycji związanej ze spłatą kar umownych na rzecz OA.

Tabela 2

#### Wysokość rezerw OPL

Lata	Wysokość rezerw (wartości na dzień 1 stycznia w mln zł)
2018	736
2017	771
2016	707
2015	692

2014	777
2013	801
2012	2 949
2011	2 147
2010	1 058

Źródło: Raporty roczne OPL<sup>18</sup>

Jak zostało nadmienione powyżej, wysokie wartości rezerw wskazanych w tabeli 2 odnoszą się do okresu funkcjonowania uchylonych Decyzji Kary i Bonifikaty I i II, kiedy obowiązały niższe niż obecnie kary umowne i można zasadnie domniemywać, iż te i tak już wysokie kwoty mogą być wyższe, mając na uwadze obecną wysokość kar umownych. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż rozważania co do wysokości rezerw, możliwe są w odniesieniu do analizy danych historycznych, (spółka ma obowiązek tworzyć rezerwy na znane jej ryzyko, przewidywane straty oraz inne zdarzenia) w oparciu o dane historyczne możliwe było skorelowanie wysokości kar umownych oraz rezerw. Prezes UKE wskazuje natomiast, iż na podstawie danych historycznych, możliwe jest przewidywanie trendów przyszłych zmian w zakresie kształtowania się wysokości rezerw i kar umownych. Mając to na uwadze, Prezes UKE w Zaskarżonej decyzji stwierdził, iż obecna wysokość kar umownych może się wiązać z koniecznością zabezpieczenia przez OPL wyższych środków finansowych na ewentualne ich wypłaty.

Prezes UKE zwraca uwagę, że Decyzje Kary i Bonifikaty I i II uchylone zostały w styczniu 2019 r. dlatego dane na temat wysokości rezerw za ten okres w kontekście wysokości kar umownych, nie są dostępne na dzień wydania niniejszej decyzji.

Należy zwrócić uwagę, iż wysokość rezerw w okresie poprzedzającym wydanie Decyzji Kary i Bonifikaty I była zdecydowanie wyższa od trendu obserwowanego od 2014 r. Za pozbawione podstaw należy zatem uznać twierdzenia KIGeIT, co do braku dowodów na stawiane tezy odnoszące się do wysokości rezerw tworzonych przez OPL.

Należy zauważyć, iż obecnie obowiązujące zasady odpowiedzialności OPL zostały ustalone w związku z wydaniem decyzji zatwierdzającej Ofertę SOR w 2010 r. Od tego czasu zmianie uległa nie tylko pozycja OPL na rynku telekomunikacyjnym, ale również ogólna sytuacja na rynku telekomunikacyjnym. W Zaskarżonej decyzji Prezes UKE wykazał, iż na przestrzeni ostatnich kilku lat występują zmiany zapotrzebowania na poszczególne usługi w tym m.in. spada wartość rynku telefonii stacjonarnej oraz przychody z usług telefonii mobilnej oraz, że na przestrzeni ostatnich kilku lat widoczna jest m.in. zmiana struktury przychodów pod względem wykorzystywanej technologii dostępu do internetu, co wynika ze spadku zapotrzebowania wśród abonentów na usługi stacjonarne oparte o technologię wykorzystującą skrętkę miedzianą. Powyższe potwierdza również najnowszy raport Prezesa UKE o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2018 r.<sup>19</sup> Zmiany na rynku telekomunikacyjnym bezpośrednio oddziałują na kształt oferty ramowej. Niniejsze postępowanie dotyczy zobowiązania OPL do przygotowania zmian w Części I Ogólnej Oferty SOR, która jest wspólna dla wszystkich Usług Regulowanych. Argumenty przedstawione powyżej, w postaci statystyk usług oraz abonentów wskazują, iż rynek telekomunikacyjny w zakresie wszystkich Usług Regulowanych przeobraził się i uległ zmianom. W decyzji wydawanej na podstawie art. 43 ust. 2 Pt Prezes UKE bada czy doszło do zmiany zapotrzebowania na usługi lub zmiany warunków rynkowych uzasadniających wprowadzenie zmian do oferty ramowej.

<sup>18</sup> <http://www.orange-ir.pl/pl/results-center/results>

<sup>19</sup> <http://uke.gov.pl/akt/raport-o-stanie-ryнку-telekomunikacyjnego-w-polsce-w-2018-r-,223.html>.

We Wniosku KIGEiT wskazała, iż stanowiska Prezesa UKE różnią się radykalnie w zależności od stawianej w danym postępowaniu tezy. Jako przykład wskazano argumentację Prezesa UKE prezentowaną w Zaskarżonej decyzji oraz w Decyzji WLR dotyczącej zatwierdzenia zmiany Oferty SOR w zakresie wysokości opłaty abonamentowej za usługę WLR-POTS<sup>20</sup>. Zdaniem Prezesa UKE oba przywołane wyżej postępowania dotyczą odmiennych kwestii: wysokości opłaty za usługę WLR-POTS należnej OPL oraz wysokości kar jakich domagać mogą się OA w zakresie wszystkich usług regulowanych. Prezes UKE wskazuje, że KIGEiT nie przedstawiła żadnych argumentów potwierdzających, iż pozostawienie obecnego poziomu kar umownych zahamuje spadek zainteresowania Usługami WLR. Jednocześnie Prezes UKE podkreśla, iż Usługa WLR jest usługą schyłkową, o czym świadczy m.in. wydanie Decyzji deregulacyjnej Rynek 8 2003. Zdaniem Prezesa UKE ewentualne uatrakcyjnienie usług hurtowych jest możliwe do osiągnięcia poprzez zmiany w zakresie opłaty za daną usługę regulowaną, a nie w wyniku pozostawienia wysokich kar umownych. Jednocześnie należy podkreślić, iż wysokość kar umownych określona w Części I Ogólnej dotyczy wszystkich usług regulowanych w Ofercie SOR (a nie tylko Usługi WLR, do której odnosi się KIGEiT). Jednocześnie Prezes UKE podtrzymuje, iż nie można zgodzić się ze stwierdzeniem ze Stanowiska KIGEiT, iż opłaty za usługi hurtowe, pozostają co do zasady na tym samym poziomie. Prezes UKE podkreśla, iż oprócz zmian wysokości opłaty wprowadzonych Decyzją WLR, Prezes UKE modyfikował również wysokość opłat hurtowych za inne usługi regulowane (BSA, LLU).

W Zaskarżonej decyzji Prezes UKE wskazał, iż 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 oraz, że wysokość kar umownych powinna być wystarczająca dla prawidłowego wykonania umów zawartych na podstawie Oferty SOR. Z takim podejściem nie zgadza się KIGEiT, która we Wniosku KIGEiT podniosła, iż twierdzenia Prezesa UKE mają charakter czysto spekulacyjny. Prezes UKE podkreśla, iż wydając Zaskarżoną decyzję starał się zapobiegać potencjalnym negatywnym zjawiskom mogącym wystąpić w przyszłości. Zdaniem Prezesa UKE brak podstaw do naliczania kary umownej nie oznacza, że jej wysokość powinna być ustalana w oderwaniu od stwierdzonego poziomu jakości świadczenia przez OPL usług. Nadmierna wysokość kary umownej stanowi zachętę do nadużywania postanowień Oferty SOR dotyczących wysokości kar. Zadaniem Prezesa UKE jest budowanie środowiska regulacyjnego sprzyjającego rozwojowi konkurencji. Dotyczy to zarówno wprowadzania rozwiązań dotyczących już istniejących problemów, jak też mających przeciwdziałać powstawaniu niekorzystnych zjawisk w przyszłości. Prezes UKE ponownie wskazuje, iż nałożone na OPL obowiązki regulacyjne w Decyzji SMP 3, 4 i 5 nie mogą powodować utrzymywania zbyt wysokich kar umownych w Ofercie SOR w sytuacji, w której doszło do zmiany warunków rynkowych.

Za niezasadny należy uznać argument wskazany we Wniosku KIGEiT, iż zmniejszenie bodźców do należytego świadczenia usług (mniejsze kary umowne) nie zapewni osiągnięcia maksymalnych korzyści w zakresie jakości usług. Prezes UKE ponownie wskazuje, że 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 z regulowanej działalności hurtowej OPL wynoszą

---

<sup>20</sup> ang. Plain old telephone service – podstawowa usługa telefoniczna;

5 731 490 zł<sup>21</sup>. Natomiast przychody OPL w 2017 r. wynosiły 10 962 000 zł<sup>22</sup>. Należy zatem stwierdzić, że przychody OPL z rynku hurtowego stanowią 52,29 % ogólnie osiągniętego przychodu z prowadzonej działalności telekomunikacyjnej. Dane podobnie kształtowały się również w 2018 r., w którym przychody z regulowanej działalności hurtowej OPL wynosiły 5 961 214<sup>23</sup>, a przychody OPL z rynku hurtowego wynosiły 10 579 000<sup>24</sup>, co stanowi 56,35 % 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 nieoptycznym pod względem finansowym.

Jednocześnie Prezes UKE podtrzymuje swoje zdanie wyrażone w Zaskarżonej decyzji, iż obniżenie wysokości kar umownych przyczyni się do zapobiegania zniekształceniu lub ograniczeniu konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz zapewni użytkownikom końcowym osiągnięcie maksymalnych korzyści w zakresie cen oraz różnorodności i jakości usług.

W Zaskarżonej decyzji Prezes UKE wskazał, iż od 2010 r. zmianie uległa pozycja rynkowa OPL oraz sposób udostępniania OA usług hurtowych. Zdaniem Prezesa UKE powyższe świadczy o zmianie sposobu w jaki OPL współpracuje z innymi OA, co należy uznać za zmianę w zakresie warunków panujących na rynku telekomunikacyjnym. Przedstawione w Zaskarżonej decyzji przykłady deregulacji rynków (w zakresie krajowego rynku świadczenia usługi rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej<sup>25</sup> czy stwierdzenie efektywnej konkurencji na 76 obszarach gminnych rynku świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego<sup>26</sup>) czy też prowadzone przez Prezesa UKE postępowania w przedmiocie stwierdzenia efektywnej konkurencji na 151 obszarach gminnych hurtowego rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego<sup>27</sup> oraz na 51 obszarach gminnych hurtowego rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji<sup>28</sup>, potwierdzają, iż rośnie konkurencja pomiędzy OPL a OA. W Zaskarżonej decyzji Prezes UKE wskazał również, iż 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. Należy zgodzić się z Wnioskiem KIGEiT, iż deregulacja niektórych rynków nie przemawia za zobowiązaniem OPL do zmiany Oferty SOR w zakresie kar umownych oraz bonifikat, ponieważ w przypadku zdjęcia obowiązków regulacyjnych OPL nie musi stosować oferty ramowej na rynkach zderegulowanych, a określone w ofercie ramowej warunki dotyczące kar umownych nie znajdują uzasadnienia. Niemniej jednak, Prezes UKE wskazuje, iż uzasadnione jest dostosowanie reżimu kar

---

<sup>21</sup> 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>

<sup>22</sup> [http://www.orange-ir.pl/sites/default/files/OPL\\_Jednostkowy%20raport%20roczny\\_2017.pdf](http://www.orange-ir.pl/sites/default/files/OPL_Jednostkowy%20raport%20roczny_2017.pdf)

<sup>23</sup> Zgodnie ze „Sprawozdaniem z prowadzenia rachunkowości regulacyjnej za rok zakończony 31 grudnia 2018”: <http://bip.uke.gov.pl/decyzje/rachunkowosc-regulacyjna/sprawozdanie-z-rachunkowosci-regulacyjnej-orange-polska-s-a-,21.html>

<sup>24</sup> [http://www.orange-ir.pl/sites/default/files/OPL\\_jednostkowy\\_raport\\_roczny\\_2018.pdf](http://www.orange-ir.pl/sites/default/files/OPL_jednostkowy_raport_roczny_2018.pdf)

<sup>25</sup> 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>

<sup>26</sup> 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>

<sup>27</sup> <http://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/wyniki-konsultacji-projektow-rozstrzygniec-dla-ryнку-3b,727.html>

<sup>28</sup> <http://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/wyniki-konsultacji-projektow-rozstrzygniec-dla-ryнку-3a,726.html>

i bonifikat do występującego na regulowanym rynku hurtowym poziomemu konkurencji. Tym samym za niezasadne należy uznać twierdzenia z Wniosku KIGEiT, iż argument Prezesa UKE dotyczący deregulacji rynków hurtowych jest nietrafiony w kontekście niniejszego postępowania.

Zdaniem Prezesa UKE zmiany jakie zaszły na rynku telekomunikacyjnym w zakresie zapotrzebowania na usługi oraz zmiany warunków rynkowych (w tym m.in. zmiana w zakresie konkurencji) przemawiają 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 pozostałych argumentów podniesionych we Wniosku KIGEiT, Prezes UKE wskazuje, co następuje.**

**1. Naruszenie art. 15 pkt 2 Pt w zw. z art. 42 ust. 1 Pt w zw. z art. 43 ust. 2 Pt**

We Wniosku KIGEiT wskazuje, iż „Prezes UKE nie przeprowadził przed wydaniem Decyzji postępowania konsultacyjnego, o którym mowa w art. 15 pkt 2) PT. Jak się wydaje, Prezes UKE uznał, że Decyzja nie jest środkiem regulacyjnym wymienionym w art. 15 PT czy też w art. 6 Dyrektywy Ramowej (w uzasadnieniu Decyzji brak jest jakiegokolwiek argumentacji dotyczącej omawianego zagadnienia).” Zdaniem KIGEiT decyzja wydana na podstawie art. 43 ust. 2 Pt dotyczy zatem tego samego przedmiotu, co pierwotnie nałożony obowiązek regulacyjny, nałożony w decyzji wydanej na podstawie art. 22 ust. 1 Pt. KIGEiT wywodzi, iż „zmiana obowiązku, o którym mowa w art. 42 Pt może nastąpić na dwa sposoby, albo w ramach decyzji wydanej na podstawie art. 43 ust. 2 Pt albo na podstawie art. 22 ust. 1 Pt”.

W odniesieniu do powyższego Prezes UKE wskazuje, że obowiązki określone w dyrektywach unijnych dotyczących rynku telekomunikacyjnego (w tym m.in. w Dyrektywie 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. U. UE L 108, 24/04/2002)) zostały wdrożone do polskiego porządku prawnego w Pt. Zgodnie z art. 15 pkt 2 Pt „Prezes UKE przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawach nałożenia, zniesienia, utrzymania lub zmiany obowiązków regulacyjnych w stosunku do przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji lub nieposiadającego takiej pozycji przeprowadza postępowanie konsultacyjne, umożliwiając zainteresowanym podmiotom wyrażenie na piśmie w określonym terminie stanowiska do projektu rozstrzygnięcia.” Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Prezes UKE podkreśla, iż wydanie decyzji zobowiązującej operatora o znaczącej pozycji rynkowej do zmiany oferty ramowej nie oznacza modyfikacji nałożonych na tego operatora obowiązków regulacyjnych. Obowiązki regulacyjne są to obowiązki nakładane na podstawie przepisów wymienionych w art. 22 ust. 2 Pt. Natomiast art. 22 ust. 2 Pt odsyła do przepisów przewidujących obowiązki regulacyjne na rynkach hurtowych i na rynkach detalicznych, tj. do art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44, art. 44b, art. 45, art. 46 lub art. 72 ust. 3 Pt. Prezes UKE zaznacza, że art. 15 Pt wskazuje jednoznacznie w jakich przypadkach decyzje powinny być poddane postępowaniu konsultacyjnemu. Niniejsza sprawa nie mieści się w katalogu przewidzianym w art. 15 Pt.

Powyższe potwierdza orzecznictwo sądów administracyjnych zgodnie z którym „Nie ulega wątpliwości, że warunkiem wydania decyzji na podstawie art. 43 ust. 2 Pt jest istnienie obowiązującej oferty ramowej oraz spełnienie pozostałych przesłanek wymienionych w tym przepisie - mianowicie musi wystąpić zmiana zapotrzebowania na usługi lub zmiana warunków rynkowych. Zatem przepis ten może mieć zastosowanie jedynie w przypadkach, gdy na operatora nałożono już wcześniej obowiązek stosowania oferty ramowej. Obowiązek taki określa przepis art. 42 ust. 1 Pt, zgodnie z którym Prezes UKE może nałożyć, zgodnie z przesłankami, o których mowa w art. 24 pkt 2 lit. a Pt, w drodze decyzji, na operatora o znaczącej pozycji rynkowej, na którego został nałożony obowiązek równego traktowania zgodnie z art. 36 Pt lub wraz z tym obowiązkiem, obowiązek przygotowania i przedstawienia w określonym terminie projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, której stopień szczegółowości określi w decyzji. Na podstawie przepisu art. 43 ust. 2 Pt Prezes UKE nie nakłada więc obowiązków regulacyjnych, a jedynie wypowiada się w kwestii obowiązków regulacyjnych już wcześniej nałożonych na operatora, odnosząc się do sposobu ich wykonania, w przypadku zaistnienia warunków określonych tym przepisem, z tym że zmiany oferty muszą być zgodne z obowiązującymi decyzjami regulacyjnymi i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa (tak: NSA w wyroku z dnia 5 lutego 2013 r., sygn. akt II GSK 2107/11) (...) Konstrukcja art. 43 wskazuje na to, że decyzja zobowiązująca do zmiany oferty ramowej nie może nakładać lub zmieniać obowiązków regulacyjnych. Decyzja ta powinna jedynie egzekwować zgodność projektu oferty ramowej z ustalonymi obowiązkami regulacyjnymi ( por. M. Rogalski /w:/ M. Rogalski (red.), K. Kawalek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, LEX 2010, komentarz do art. 43 Prawa telekomunikacyjnego t. 3).” (wyrok WSA z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. VI SA/Wa 133/18).

Nie można również zgodzić się z argumentem KIGEiT wskazującym, iż „obowiązek związany z ofertą ramową jest kwalifikowaną postacią obowiązku przejrzystości, wynikającego z art. 9 ust. 2 Dyrektywy o dostępie. Jest to zatem środek, dla którego ustawodawca przewidział procedurę konsultacyjną. Izba pragnie odwołać się również do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 kwietnia 2015 w sprawie C-3/14, w którym to wyroku Trybunał wyjaśnił, że w kontekście kwalifikacji danego środka jako podlegającego procedurze konsultacyjnej (w tym przypadku procedurze europejskiej, czyli konsolidacji) sama podstawa prawna, czy też tryb postępowania nie mają znaczenia. Jedynie istotny pozostaje bowiem przedmiot rozstrzygnięcia, którym w niniejszej sprawie niewątpliwie jest modyfikacja obowiązku regulacyjnego.” Jak zostało omówione we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszej decyzji w wyniku wydania decyzji zobowiązującej OPL do zmiany Oferty SOR nie dochodzi do modyfikacji obowiązków regulacyjnych nałożonych na OPL.

## **2. Wniosek o wstrzymanie rygoru natychmiastowej wykonalności Zaskarżonej decyzji**

Zgodnie z treścią pkt II sentencji Zaskarżonej decyzji, Prezes UKE na podstawie art. 108 § 1 kpa, nadał Zaskarżonej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności. U podstaw nadania Zaskarżonej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności leżała dyspozycja art. 108 § 1 kpa, zgodnie z którą 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 sprawie, zakończonej wydaniem Zaskarżonej decyzji interes społeczny wyrażał się w dążeniu do wspierania rozwoju skutecznej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, zapewnieniu im równego traktowania oraz zapewnianiu 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 Zaskarżonej 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 tych usług, co będzie miało bezpośrednie przełożenie na poziom usług świadczonych abonentom. W ocenie Prezesa UKE, nadanie Zaskarżonej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności było niezbędne, aby zmiany Oferty SOR mogły być jak najszybciej wprowadzone do Oferty SOR celem faktycznego wdrożenia i stosowania tych zmian na rynku telekomunikacyjnym. Opóźnienie w zobowiązaniu OPL do zmiany Oferty SOR w zakresie kar i bonifikat umożliwiłoby OA czerpanie nieuzasadnionych korzyści z naliczanych kar umownych. Zdaniem Prezesa UKE system kar umownych oraz odpowiedzialności OPL określony w Ofercie SOR musi gwarantować poszkodowanemu OA narzędzia do skutecznego dochodzenia swoich praw. Jednocześnie wysokość kar umownych powinna zabezpieczać prawidłowe wykonywanie umów zawartych na podstawie Oferty SOR.

Jak to zostało wskazane we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia niniejszej decyzji, 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, do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Zgodnie z art. 129 § 2 kpa odwołanie wnosi się w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie - od dnia jej ogłoszenia stronie. Odnosząc brzmienie przywołanych przepisów do okoliczności niniejszej sprawy należy uznać, iż OPL zachowała wymagany przez przepisy prawa 14 - dniowy termin na złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Jednocześnie Skarga KIGEiT zawierająca wniosek o wstrzymanie wykonalności decyzji, z uwagi na treść art. 54a § 1 p.p.s.a., została rozpoznana przez Prezesa UKE jako wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Należy zatem stwierdzić, że w przedmiotowej 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 treścią art. 130 § 2 kpa wniesienie odwołania w terminie wstrzymuje wykonanie decyzji (bezwzględna suspensywność odwołania). Przepisu tego nie stosuje się jednak w przypadku, gdy decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności (art. 108 kpa). W sytuacji, o której mowa w art. 108 § 1 kpa uprawnienie do wstrzymania natychmiastowego wykonania decyzji ustawodawca przyznaje jednak organowi odwoławczemu, który może to uczynić na podstawie art. 135 kpa. W doktrynie przedmiotu przyjmuje się, że wstrzymanie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji administracyjnej następuje w formie niezaskarżalnego postanowienia, wydanego przez organ odwoławczy z urzędu lub na wniosek strony postępowania (por. red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, Wydawnictwo BECK, Warszawa 2014, str. 566). Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, należy wskazać, że Prezes UKE działając jako organ odwoławczy w sprawie zakończonej wydaniem Zaskarżonej decyzji, z uwagi na treść Wniosku KIGEiT został zobowiązany do rozpatrzenia kwestii wstrzymania rygoru wykonalności Zaskarżonej decyzji.

Przepis art. 135 kpa uprawnia organ odwoławczy (tu: Prezesa UKE) do wstrzymania natychmiastowego wykonania decyzji (tu: Zaskarżonej decyzji), jeżeli przemawiają za tym „uzasadnione przypadki”, których wystąpienie podlega ocenie organu odwoławczego



w ramach uznania administracyjnego. W literaturze do „uzasadnionych przypadków” stanowiących podstawę do wstrzymania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji na podstawie art. 135 kpa zalicza się:

- 1) prawdopodobieństwo wadliwości decyzji nieostatecznej;
- 2) wywołanie przez wykonanie decyzji nieostatecznej nieodwracalnych skutków prawnych;
- 3) zmianę okoliczności uzasadniających nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności; (por. red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, Wydawnictwo BECK, Warszawa 2014, str. 566).

Natomiast zgodnie z art. 61 § 3 p.p.s.a. (na który powołuje się KIGEiT) „*po przekazaniu sądowi skargi sąd może na wniosek skarżącego wydać postanowienie o wstrzymaniu wykonania w całości lub w części aktu lub czynności, o których mowa w § 1, jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków, z wyjątkiem prawa miejscowego, które weszły w życie, chyba że ustawa szczególnie wyłącza wstrzymanie ich wykonania.*”

W treści Wniosku KIGEiT wskazano, że w odniesieniu do Zaskarżonej decyzji wystąpiły przesłanki uzasadniające uchylenie rygoru natychmiastowej wykonalności nadanego mocą pkt II sentencji Zaskarżonej decyzji, tj.:

- 1) ryzyko wyrządzenia znacznej szkody wynikającej z braku bodźców do świadczenia usług na należytym poziomie czy też terminowego usuwania awarii, co prowadzić będzie do pogorszenia jakości świadczonych przez OPL usług hurtowych, co w konsekwencji przełoży się na jakość usług detalicznych świadczonych przez OA na bazie usług hurtowych OPL. To z kolei prowadzić będzie do utraty zaufania klientów i pogorszenia wizerunku danego OA, co przy rozwoju usług telekomunikacyjnych będzie oznaczać bezpowrotną utratę jakiegokolwiek pozycji konkurencyjnej;
- 2) powyższe wiąże się bezpośrednio z drugą przesłanką wstrzymania wykonania decyzji, tj. z niebezpieczeństwem spowodowania trudnych do odwrócenia skutków.

W ocenie KIGEiT należy zwrócić uwagę na kontekst wprowadzenia do ofert ramowych kar umownych w dotychczasowych wysokościach oraz na stwierdzone decyzją Komisji Europejskiej (dalej „KE”) antykonkurencyjne działania OPL.

Odnosząc się do argumentacji KIGEiT w zakresie konieczności wstrzymania rygoru natychmiastowej wykonalności Zaskarżonej decyzji, przedstawionej we Wniosku KIGEiT, Prezes UKE wskazuje co następuje.

Zdaniem Prezesa UKE w sprawie nie występują „uzasadnione przypadki” wymagające wstrzymania rygoru natychmiastowej wykonalności Zaskarżonej decyzji, o których mowa w art. 135 kpa. We Wniosku KIGEiT nie przedstawiła żadnych argumentów potwierdzających, iż w wyniku wydania Zaskarżonej decyzji mogłoby dojść do obniżenia jakości świadczonych przez OPL usług czy też nieterminowego usuwania awarii, w wyniku których OA mogliby ponieść trudne do odwrócenia w skutkach szkody. Jak zostało szczegółowo omówione we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszej decyzji, pomimo obniżenia wysokości kar wprowadzonych Decyzją Kary i Bonifikaty I oraz Decyzją Kary i Bonifikaty II kary nie straciły swojego represyjnego charakteru, a 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 i II) pozwala na stwierdzenie, iż jakość

i terminowość usług hurtowych świadczonych przez OPL pozostaje na zadowalającym poziomie.

Ponadto, za pozbawione uzasadnienia w kontekście niniejszego postępowania należy uznać twierdzenia KIGEiT, iż dotychczasowa praktyka Prezesa UKE w zakresie kar oraz decyzja KE mają znaczenia dla sprawy. Decyzja KE<sup>29</sup>, na którą powołuje się KIGEiT, nie stoi w sprzeczności z argumentami podnoszonymi w Zaskarżonej decyzji. Prezes UKE wskazuje, iż decyzja KE nakładająca na TP grzywnę za nadużywanie pozycji dominującej na polskim rynku szerokopasmowego dostępu do internetu, została wydana w dniu 22 czerwca 2011 r. i dotyczyła okresu ją poprzedzającego. Tym samym nie można uznać, iż stanowi potwierdzenie dla obecnych problemów rynkowych. Zdaniem Prezesa UKE nie można również zgodzić się z poglądem KIGEiT, iż stanowisko Prezesa UKE w sprawie kar, prezentowane w decyzjach wydawanych w latach 2006-2008 należy uznać za aktualne. Prezes UKE ponownie wskazuje, iż wydając Zaskarżoną decyzję badał czy wystąpiły przesłanki określone w art. 43 ust. 2 Pt, tj. czy wystąpiła zmiana zapotrzebowania na usługi lub zmiana warunków rynkowych. Należy podkreślić, iż Prezes UKE wydając decyzję z dnia 29 września 2010 r., nr DHRT-WOR-6082-4/10(109) zatwierdzającą Ofertę SOR oraz wydając wcześniejsze decyzje dotyczące ofert ramowych, opierał się na ówczesnej sytuacji rynkowej, w której OPL posiadała bardzo silną pozycję rynkową w sektorze telekomunikacyjnym, jednocześnie nadużywając swojej pozycji względem OA. Zmiany warunków rynkowych, w tym zmiana w podejściu OPL do współpracy międzyoperatorskiej, zostały dostrzeżone przez Prezesa UKE już w 2014 r., kiedy wydana została Decyzja Kary i Bonifikaty I. Obecnie występujące warunki rynkowe również przemawiają za zmianą podejścia Prezesa UKE w kwestii kar i bonifikat prezentowaną w latach 2006-2008. Prezes UKE zgadza się z twierdzeniem KIGEiT, iż reżim kar umownych ma na celu przeciwdziałać antykonkurencyjnym praktykom OPL, jednakże stan konkurencji na rynku, należy oceniać w kontekście aktualnie występujących na tym rynku zjawisk, a nie w perspektywie historycznej. Tym samym brak jest podstaw do wstrzymania rygoru natychmiastowej wykonalności Zaskarżonej decyzji zgodnie z Wnioskiem KIGEiT.

Prezes UKE uznaje za w pełni uzasadnione twierdzenia o występowaniu przesłanki interesu społecznego do nadania Zaskarżonej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, wskazane w uzasadnieniu Zaskarżonej decyzji.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy, uznał za zasadną odmowę wstrzymania rygoru natychmiastowej wykonalności Zaskarżonej decyzji z uwagi na brak zmiany okoliczności uzasadniających skorzystanie przez Prezesa UKE z dyspozycji art. 108 § 1 kpa.

### **Odnosząc się do argumentów podniesionych we Wniosku OPL, Prezes UKE wskazuje co następuje.**

We Wniosku OPL wskazała, iż w wyniku Wyroku NSA w zakresie usługi WLR nie nastąpił powrót do poziomu kar umownych z 2010 r. OPL wskazała, iż w wyniku wydania Decyzji deregulacyjnej Rynek 8 2003 doszło do uchylecia obowiązków regulacyjnych dla usługi WLR, co ma wpływ na kształt obowiązków w zakresie kar umownych i bonifikat dla usługi WLR.

Prezes UKE wyjaśnia, iż w związku z wydaniem Decyzji deregulacyjnej Rynek 8 2003, wyznaczono termin uchylecia obowiązków dla hurtowego rynku rozpoczynania połączeń na okres 2 lat od dnia doręczenia OPL decyzji. Tym samym należy uznać, iż we wskazanym

---

<sup>29</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-771\\_pl.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-771_pl.htm?locale=en)

okresie nadal obowiązuje OPL Decyzja SMP Rynek 8<sup>30</sup>2003. Zgodnie z poglądem doktryny „*stwierdzenie na rynku, który wcześniej był rynkiem niekonkurencyjnym, występowania skutecznej konkurencji nie powoduje bezpośrednio wygaśnięcia obowiązków regulacyjnych nałożonych wcześniejszą decyzją. Prezes UKE musi uchylić obowiązki regulacyjne, przy czym jednocześnie ustala termin, po którym uchycenie obowiązków będzie skuteczne.*” (S. Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz, Wydawnictwo 4, C.H.Beck 2019 r., Legalis, art. 23) Prezes UKE podkreśla, że zobowiązanie do zmiany oferty ramowej nie oznacza nałożenia lub modyfikacji obowiązków regulacyjnych ciążących na operatorze zobowiązanym (o czym szerzej mowa we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszej decyzji). Tym samym należy uznać, iż OPL, do czasu zakończenia okresu przejściowego, nadal jest zobowiązana do wypełniania obowiązków regulacyjnych nałożonych na nią na Rynku 8 2003, w tym stosowania oferty ramowej. Brak jest zatem podstaw do uznania, iż w wyniku Wyroku NSA, w zakresie usługi WLR nie doszło do zmian w zakresie kar umownych i bonifikat i ich powrotu do poziomu określonego w 2010 r.

Mając na uwadze powyższe, po ponownym, wszechstronnym i wyczerpującym przeanalizowaniu materiału dowodowego w sprawie, Prezes UKE stwierdził spełnienie 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, zobowiązującą OPL do przygotowania zmiany Oferty SOR, polegającej na modyfikacji zapisów Części I Rozdział 1 pkt 1.9 ppkt 1.9.3 Kary umowne oraz ppkt 1.9.4 Bonifikaty.

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 p.p.s.a.

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 r., Nr 221, poz. 2193 z późn. zm.) w związku z art. 230 p.p.s.a.

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

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej  
Dyrektor Generalny

Mariusz Czyżak

---

<sup>30</sup> Decyzja Prezesa UKE z dnia 5 sierpnia 2011 r. nr DART-SMP-6040-5/10(42):  
<https://archiwum.uke.gov.pl/decyzja-regulacyjna-dla-tp-na-ryнку-8-11194>.