



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

Podmioty na prawach strony:

**Krajowa Izba Gospodarcza
Elektroniki i Telekomunikacji**

ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**

Al. Jerozolimskie 136, IX piętro
02-305 Warszawa

DECYZJA DR.WORK.609.1.2022.

Na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 w związku z art. 127 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz. U. z 2023 r., poz. 775, dalej „kpa”), art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1648 ze zm., dalej „Pt”) oraz na podstawie art. 53 ust. 1 w związku z art. 206 ust.

1 Pt, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego na wniosek Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „KIGEiT”) z dnia 3 stycznia 2023 r. (dalej „Wniosek KIGEiT”) oraz na wniosek Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „OPL”) z dnia 3 stycznia 2023 r. (dalej „Wniosek OPL”), o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) z dnia 20 grudnia 2022 r. nr DR.WORK.609.1.2022.35 (dalej „Zaskarżona Decyzja”) w przedmiocie określenia wskaźnika zwrotu kosztu zaangażowanego kapitału (dalej „wskaźnik WACC¹”) stosowanego przez OPL w kalkulacji kosztów, o której mowa w art. 50 ust. 2 Pt,

I. uchylam Zaskarżoną Decyzję w części dotyczącej pkt I.1 sentencji Zaskarżonej Decyzji w brzmieniu:

„określam dla OPL wskaźnik WACC w wysokości 8,46%,

mający zastosowanie w kalkulacji kosztów w odniesieniu do usług realizowanych przez OPL na hurtowym rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji (dalej „Rynek 3a”) oraz

¹ ang. Weighted Average Cost of Capital.

hurtowym rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego (dalej „Rynek 3b”), w zakresie, w jakim są one realizowane w oparciu o infrastrukturę światłowodową sieci dostępowej, którym w kalkulacji kosztów prowadzonej przez OPL odpowiadają następujące modelowe elementy sieci dostępowej:

- „ONT”,
- „LPA - światłowodowa”,
- „Światłowodowa sieć dosyłowa”,
- „Przełącznice optyczne sieci dostępowej”,
- „OLT – Dostęp abonencki GPON”.

II. i w tym zakresie orzekam co do istoty sprawy w ten sposób, iż pkt I.1 sentencji Zaskarżonej Decyzji otrzymuje następujące brzmienie:

„określam dla OPL wskaźnik WACC w wysokości 8,38%,

mający zastosowanie w kalkulacji kosztów w odniesieniu do usług realizowanych przez OPL na hurtowym rynku usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji (dalej „Rynek 3a”) oraz hurtowym rynku usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego (dalej „Rynek 3b”), w zakresie, w jakim są one realizowane w oparciu o infrastrukturę światłowodową sieci dostępowej, którym w kalkulacji kosztów prowadzonej przez OPL odpowiadają następujące modelowe elementy sieci dostępowej:

- „ONT”,
- „LPA - światłowodowa”,
- „Światłowodowa sieć dosyłowa”,
- „Przełącznice optyczne sieci dostępowej”,
- „OLT – Dostęp abonencki GPON”.

III. W pozostałym zakresie utrzymuję Zaskarżoną Decyzję w mocy.

UZASADNIENIE

W dniu 20 września 2010 r. Komisja Europejska (dalej „KE”) wydała Zalecenie 2010/572/UE w sprawie regulowanego dostępu do sieci dostępu nowej generacji² (dalej „Zalecenie NGA”).

Decyzją z dnia 22 października 2019 r. nr DR.SMP.6041.1.2019.76 (dalej „Decyzja SMP 3a”) Prezes UKE wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na Rynku 3a. W związku z wyznaczeniem OPL jako przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na Rynku 3a, OPL ma obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej na podstawie art. 38 Pt oraz kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego na podstawie art. 39 Pt, objętych tą decyzją³.

Decyzją z dnia 22 października 2019 r. nr DR.SMP.6041.2.2019.90 (dalej „Decyzja SMP 3b”) Prezes UKE wyznaczył OPL, jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na Rynku 3b. W związku z wyznaczeniem OPL jako przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na Rynku 3b, OPL ma obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej na podstawie art. 38 Pt oraz kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego na podstawie art. 39 Pt, objętych tą decyzją⁴.

W dniu 6 listopada 2019 r. KE wydała zawiadomienie w sprawie obliczania kosztu kapitału dla istniejącej infrastruktury w kontekście dokonywanego przez KE przeglądu zgłoszeń

² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:251:0035:0048:PL:PDF>.

³ <https://bip.uke.gov.pl/decyzje/decyzje-smp/regulacje-dotyczace-ryнку-3a-i-3b-dla-orange-polska,3.html>.

⁴ Ibidem.

krajowych w unijnym sektorze łączności elektronicznej pt. „Commission Notice on the calculation of the cost of capital for legacy infrastructure in the context of the Commission's review of national notifications in the EU electronic communications sector” (Dz. U. UE C375/1)⁵ (dalej „Zawiadomienie KE”).

Pismem z dnia 16 lutego 2022 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, KIGEiT, Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „PIIT”), Polską Izbę Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie oraz Krajową Izbę Komunikacji Ethernetowej z siedzibą w Warszawie o wszczęciu postępowania administracyjnego w przedmiocie określenia wskaźnika WACC stosowanego przez OPL w kalkulacji kosztów, o której mowa w art. 50 ust. 2 Pt, informując jednocześnie, że zgodnie z art. 31 § 1 pkt 2 kpa organizacja społeczna może wystąpić do organu z żądaniem dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione celami statutowymi tej organizacji i gdy przemawia za tym interes społeczny. Ponadto, Prezes UKE poinformował, iż zgodnie z art. 31 § 5 kpa organizacja społeczna, która nie uczestniczy w postępowaniu na prawach strony, może za zgodą organu administracji publicznej przedstawić organowi swój pogląd w sprawie, wyrażony w uchwale lub oświadczeniu jej organu statutowego.

Pismem z dnia 10 marca 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 10 marca 2022 r.) PIIT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Postanowieniem z dnia 16 marca 2022 r., Prezes UKE dopuścił PIIT do udziału na prawach strony w postępowaniu w sprawie określenia wskaźnika WACC.

Pismem z dnia 18 marca 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 18 marca 2022 r.) OPL przedstawiła stanowisko w sprawie, pismo zostało oznaczone jako zawierające „tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Pismem z dnia 22 marca 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 22 marca 2022 r.) KIGEiT wniosła o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Postanowieniem z dnia 28 marca 2022 r., Prezes UKE dopuścił KIGEiT do udziału na prawach strony w postępowaniu w sprawie określenia wskaźnika WACC.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 6 kwietnia 2022 r.) OPL przedstawiła wersję jawną pisma z dnia 18 marca 2022 r.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 27 kwietnia 2022 r.), OPL przedstawiła stanowisko w sprawie, pismo zostało oznaczone jako zawierające „tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 28 kwietnia 2022 r.) OPL przedstawiła wersję jawną pisma z dnia 27 kwietnia 2022 r.

W dniu 2 maja 2022 r. Prezes UKE przedstawił do konsolidacji KE, BEREC⁶ i organom regulacyjnym innych państw członkowskich projekt Zaskarżonej Decyzji.

W dniu 25 maja 2022 r. KE wydała decyzję dotyczącą wszczęcia drugiego etapu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 33 dyrektywy (UE) 2018/1972 (dalej „Decyzja KE”). Wątpliwości KE dotyczyły braku przeprowadzenia przez Prezesa UKE konsultacji krajowych projektu Zaskarżonej Decyzji.

⁵ źródło: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-publishes-notice-calculation-cost-capital-legacy-infrastructure>.

⁶ ang. Body of European Regulators for Electronic Communications - Organ Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej.

W dniu 14 czerwca 2022 r. w związku z Zawiadomieniem KE, BEREC opublikował III raport z dnia 9 czerwca 2022 r. pt. „Report on WACC parameter calculations according to the European Commission's WACC Notice”⁷ (dalej „Raport BEREC”). W Raporcie BEREC zostały wskazane wartości parametrów, które krajowy organ regulacyjny będzie stosował w celu wyznaczenia wskaźnika WACC dla miedzianej infrastruktury telekomunikacyjnej.

W dniu 29 czerwca 2022 r. została opublikowana opinia BEREC⁸ w ramach wszczętego przez KE drugiego etapu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 33 dyrektywy (UE) 2018/1972. BEREC stwierdził, iż wątpliwości wskazane w Decyzji KE są uzasadnione.

W dniu 7 lipca 2022 r., pismem z dnia 6 lipca 2022 r., Prezes UKE wycofał projekt Zaskarżonej Decyzji z notyfikacji⁹.

W dniach od 8 września 2022 r. do 10 października 2022 r. Prezes UKE przeprowadził publiczne konsultacje projektu Zaskarżonej Decyzji.

Pismem z dnia 8 września 2022 r. Prezes UKE zawiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz strony postępowania o rozpoczęciu publicznych konsultacji projektu Zaskarżonej Decyzji.

Pismem z dnia 7 października 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 7 października 2022 r.) KIGEiT złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie.

Pismem z dnia 6 października 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 7 października 2022 r.) OPL złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Stanowisko konsultacyjne OPL”). Fragmenty Stanowiska konsultacyjnego OPL oraz Załącznik nr 1 do przedmiotowego pisma zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa OPL. Jednocześnie OPL przedstawiła wersję jawną Stanowiska konsultacyjnego OPL.

Pismem z dnia 7 października 2022 r. (data wpływu do UKE w dniu 7 października 2022 r.) T-Mobile Polska S.A. złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „T-Mobile”).

W dniu 4 listopada 2022 r. Prezes UKE przedstawił do konsolidacji KE, BEREC i organom regulacyjnym innych państw członkowskich projekt Zaskarżonej Decyzji.

W dniu 2 grudnia 2022 r. KE wydała decyzję, w której nie zgłosiła żadnych uwag do treści zgłoszonego projektu Zaskarżonej Decyzji.

Pismem z dnia 5 grudnia 2022 r., Prezes UKE zawiadomił OPL, KIGEiT, PIIT, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa, strony mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Postanowieniem z dnia 8 grudnia 2022 r. Prezes UKE ograniczył wgląd KIGEiT i PIIT do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa OPL zawartych w piśmie z dnia 18 marca 2022 r., z dnia 27 kwietnia 2022 r. oraz w Stanowisku konsultacyjnym OPL i w Załączniku nr 1 do przedmiotowego stanowiska.

W dniu 20 grudnia 2022 r. Prezes UKE wydał Zaskarżoną Decyzję w sprawie określenia wskaźnika WACC dla OPL.

⁷ BEREC Report on WACC parameter calculations according to the European Commission's WACC Notice (europa.eu).

⁸ BEREC Opinion on Phase II investigation pursuant to Article 33 of Directive (EU) 2018/1972: Cases PL/2022/2370-2371. Market 3a/2014 and Market 3b/2014 – update of WACC parameters in Poland (europa.eu).

⁹ Wycofanie notyfikacji WACC - Urząd Komunikacji Elektronicznej (uke.gov.pl).

W dniu 3 stycznia 2023 r. (data wpływu do UKE w dniu 3 stycznia 2023 r.) KIGEiT złożyła Wniosek KIGEiT. KIGEiT zarzuciła Zaskarżonej Decyzji naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 53 ust. 1 Pt oraz art. 104 § 1 kpa poprzez ustalenie wartości wskaźnika WACC w nieprawidłowej wysokości, naruszenie art. 7, art. 8 i art. 9 kpa oraz art. 77 § 1 kpa przez brak wszechstronnej oceny i analizy; brak wyczerpującego wyjaśnienia przyjętego przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia, w szczególności wyjaśnienia zasadności przyjęcia poszczególnych parametrów wykorzystywanych do kalkulacji WACC dla OPL i w związku z powyższymi zarzutami, KIGEiT wniosła o:

- uchylenie Zaskarżonej Decyzji w całości i orzeczenie co do istoty sprawy na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 kpa;
- jednoznaczne określenie, że wyznaczony wskaźnik WACC ma zastosowanie do kalkulacji kosztów na 2024 rok;
- określenie wskaźnika WACC dla OPL mającego zastosowanie do kalkulacji kosztów przewidywanych na rok 2024 uwzględniając:
 - wartość Beta „rynkową” w wysokości 0,41 tj. średnią wartość beta aktywów wyznaczoną zgodnie z Raportem BEREC;
 - wartość udziału kapitału obcego odpowiednio w wysokości 42,42% oraz kapitału własnego w wysokości 57,58%, wyznaczoną zgodnie z Raportem BEREC;
 - wartość ERP w wysokości 4,37% wyznaczoną jako średnia geometryczna wartości ERP krajów UE (Tabela 11 Raportu BEREC);
 - bez doliczania dodatkowej premii za ryzyko NGA.

W dniu 3 stycznia 2023 r. (data wpływu do UKE w dniu 3 stycznia 2023 r.) OPL złożyła Wniosek OPL. OPL zarzuciła Zaskarżonej Decyzji wyznaczenie wskaźnika WACC FTTH¹⁰ bez uwzględnienia w premii za ryzyko NGA¹¹ znaczących zmian w otoczeniu makroekonomicznym, w tym w szczególności wzrostu ryzyka specyficznego dla Polski.

Pismem z dnia 16 stycznia 2023 r. Prezes UKE na podstawie art. 61 § 4 kpa zawiadomił OPL, PIIT oraz KIGEiT, iż na Wniosek KIGEiT oraz Wniosek OPL wszczął postępowanie administracyjne w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej wydaniem Zaskarżonej Decyzji. Jednocześnie, Prezes UKE powiadomił Strony o przysługującym im na podstawie art. 10 § 1 kpa prawie do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

W dniach od 24 marca 2023 r. do 24 kwietnia 2023 r. Prezes UKE przeprowadził publiczne konsultacje projektu niniejszej decyzji (dalej również „Decyzja”).

Pismem z dnia 24 marca 2023 r. Prezes UKE zawiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz strony postępowania o rozpoczęciu publicznych konsultacji projektu Decyzji.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2023 r. (data wpływu do UKE w dniu 24 kwietnia 2023 r.) KIGEiT złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Stanowisko konsultacyjne KIGEiT”).

Pismem z dnia 21 kwietnia 2023 r. (data wpływu do UKE w dniu 26 kwietnia 2023 r.) T-Mobile złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Stanowisko konsultacyjne T-Mobile”).

¹⁰ ang. Fiber to the home.

¹¹ ang. Next Generation Access.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2023 r., (data wpływu do UKE w dniu 24 kwietnia 2023 r.) OPL złożyła stanowisko konsultacyjne w sprawie (dalej „Stanowisko konsultacyjne OPL”), w wersji zawierającej „tajemnicę przedsiębiorstwa OPL” oraz w wersji jawnej.

Po dokonaniu ponownej analizy całości sprawy w zakresie określenia wskaźnika WACC, 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 2023 r., poz. 733).

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 14 (czternastu) dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie – od dnia jej ogłoszenia stronie.

Odnosząc brzmienie przywołanych przepisów do okoliczności sprawy należy uznać, iż KIGEiT poprzez przesłanie Wniosku KIGEiT przez PUE¹² w dniu 3 stycznia 2023 r., zachowała wymagany przez przepisy prawa termin 14 (czternastu) dni na złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (Zaskarżona Decyzja została doręczona KIGEiT w dniu 21 grudnia 2022 r.). Należy również uznać, iż OPL poprzez przesłanie Wniosku OPL przez PUE w dniu 3 stycznia 2023 r., zachowała wymagany przez przepisy prawa termin 14 (czternastu) dni na złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (Zaskarżona Decyzja została doręczona OPL w dniu 20 grudnia 2022 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 rozpatrzenia sprawy administracyjnej zakończonej wydaniem Zaskarżonej Decyzji oraz do wydania nowego rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Zgodnie z poglądem ugruntowanym w doktrynie prawa i orzecznictwie sądowym, istotą postępowania odwoławczego jest ponowne merytoryczne rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, która była już przedmiotem rozstrzygnięcia organu pierwszej instancji, a nie zaś jedynie kontrola decyzji organu pierwszej instancji, czy też rozpatrzenie zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu (Adamiak, w: Adamiak/Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego Komentarz, wyd.18, 2022, Art. 138 Nb 1, Legalis oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej „WSA”) w Poznaniu z dnia 27.09.2022 r., sygn. akt II SA/Po 447/22, Lex nr 3416339; wyrok WSA w Łodzi z dnia 30.12.2021 r., sygn. akt II SA/Łd 858/21, Lex nr 3284994; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej „NSA”) z dnia 14.09.2021 r., sygn. akt I OSK 3875/18, Lex nr 3270422. 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, Kodeks postępowania administracyjnego Komentarz, 2022, wyd. 18, Legalis). Skutkiem złożenia przez stronę odwołania jest zatem zainicjowanie

¹² Platforma Usług Elektronicznych.

administracyjnego toku instancji, w ramach którego następuje przekazanie kompetencji do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej z organu I instancji na organ II instancji.

W odmienny sposób gwarancje wynikające z zasady dwuinstancyjności zapewniane są w sytuacji, gdy organem właściwym do rozpatrzenia sprawy w pierwszej instancji jest organ administracyjny w randze ministra, nad którym z uwagi na strukturalne ograniczenia administracji publicznej nie występują organy wyższego stopnia. Wówczas uprawnienie strony do dwukrotnego rozpoznania sprawy administracyjnej realizowane jest w ramach instytucji wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, która uregulowana została w art. 127 § 3 kpa. W tym trybie strona niezadowolona z decyzji wydanej przez ministra lub centralny organ administracji rządowej jest uprawniona do zainicjowania przed tym samym organem drugiego postępowania merytorycznego w tej samej sprawie, do którego odpowiednio należy stosować przepisy kpa dotyczące odwołań. Postępowanie wszczęte wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy kończy się rozstrzygnięciem – sposobem załatwienia sprawy – przewidzianym w art. 138 § 1 kpa (por. wyroki NSA z dnia 17 listopada 2000 r., sygn. akt I SA 1543/99, LEX nr 57182, i z dnia 27 listopada 2001 r., sygn. akt I SA 1011/00, LEX nr 81760). Powyższe oznacza, że organ wydający decyzję na skutek prawidłowo złożonego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (Wniosek KIGEiT oraz Wniosek OPL, zostały złożone w określonym 14 (czternasto) dniowym terminie na ich złożenie) „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).

Prezes UKE, rozpatrując wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, w ramach swoich uprawnień kontrolnych, ponownie ocenia kompleksowo cały 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.

Z treści art. 138 § 1 kpa wynika, że organ odwoławczy wydaje decyzję, w której:

- 1) utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję,
- 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.

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 niniejszym postępowaniu.

Po dokonaniu ponownego rozpatrzenia sprawy, z zachowaniem wyżej przytoczonych standardów postępowania odwoławczego, Prezes UKE postanowił na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 kpa uchylić Zaskarżoną Decyzję w części odnoszącej się do określenia dla OPL wskaźnika WACC, mającego zastosowanie w kalkulacji kosztów w odniesieniu do usług na Rynku 3a i Rynku 3b w zakresie, w jakim realizowane są one w oparciu o infrastrukturę światłowodową (pkt I.1 sentencji Zaskarżonej Decyzji) i orzec w tym zakresie in merito. U podstaw takiego właśnie sposobu rozstrzygnięcia leży okoliczność, że Zaskarżona Decyzja w pozostającej w mocy części wydana została, w ocenie Prezesa UKE, zgodnie z przepisami prawa materialnego i procesowego, a postępowanie w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej wydaniem Zaskarżonej Decyzji, w trakcie którego dokonano, zgodnie z art. 7 i 77 § 1 kpa, powtórnej analizy całości materiału dowodowego, wykazało zgodność rozstrzygnięcia dokonanego w pierwszej instancji z prawem oraz jego merytoryczną poprawność w części utrzymanej w mocy. Przesłanką natomiast do uchylenia Zaskarżonej Decyzji w części była konieczność zmiany wysokości wskaźnika WACC FTTH w związku ze zmianą wysokości premii za ryzyko NGA, która posłużyła do wyznaczenia wysokości wskaźnika WACC FTTH w odniesieniu do infrastruktury światłowodowej. Szczegółowe wyjaśnienie motywów rozstrzygnięcia podjętego w niniejszej decyzji przedstawione zostało poniżej.

Prezes UKE, na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 kpa, uchylił Zaskarżoną Decyzję w części tj. w zakresie ww. pkt I.1 sentencji i orzekł w tym zakresie co do istoty sprawy. Zdaniem Prezesa UKE przy ponownym rozpatrzeniu sprawy należało uwzględnić fakt, że zmianie uległa wysokość premii za ryzyko NGA, która posłużyła Prezesowi UKE do wyznaczenia WACC FTTH w Zaskarżonej Decyzji. W Zaskarżonej Decyzji Prezes UKE przyjął wysokość premii za ryzyko NGA, jako średnią arytmetyczną wartość premii za ryzyko NGA, stosowaną w krajach Unii Europejskiej (dalej „UE”): Belgia, Włochy, Chorwacja, Czechy, Słowenia. Średnia arytmetyczna wartości premii za ryzyko NGA w tych krajach, na dzień wydania Zaskarżonej Decyzji wyniosła 1,84%. W konsekwencji wysokość WACC FTTH wyznaczona przy jej uwzględnieniu wyniosła 8,46%. Na etapie postępowania z Wniosku OPL i Wniosku KIGEiT, Prezes UKE ponownie poddał ocenie materiał dowodowy biorąc pod uwagę obowiązujący stan faktyczny i prawny sprawy. W tym względzie, w zakresie wysokości premii za ryzyko NGA, w lutym 2023 r. Prezes UKE pozyskał informacje odnośnie stosowania premii za ryzyko NGA przy określaniu wskaźnika WACC dla infrastruktury światłowodowej od regulatorów z 26 państw członkowskich UE (dalej „NRA”). Odpowiedzi udzielili wszyscy odpytani NRA. Wynika z nich, że premia za ryzyko NGA uwzględniana jest przez 5 NRA (materiał dowodowy został załączony do akt postępowania), natomiast w porównaniu z materiałem dowodowym zgromadzonym na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego zmianie uległa wysokość premii za ryzyko NGA w Czechach i Chorwacji. W konsekwencji średnia arytmetyczna wartości premii za ryzyko NGA, wyznaczona przy zastosowaniu aktualnych wartości premii za ryzyko NGA, z krajów UE, które ją stosują takich jak: Belgia, Włochy, Chorwacja, Czechy, Słowenia wyniosła 1,76%. Poziom wskaźnika WACC FTTH wyznaczony przy zastosowaniu aktualnej wartości premii za ryzyko NGA (1,76%) wyniósł w związku z tym 8,38%.

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 zasadą 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, opierając się na zebranych w sprawie materiale dowodowym, treści Wniosku KIGEiT i Wniosku OPL oraz uwzględniając art. 53 ust.

1 Pt, a także zmiany stanu faktycznego, które zaszły pomiędzy wydaniem Zaskarżonej Decyzji, a wydaniem niniejszej decyzji, podjął decyzję o uchyleniu Zaskarżonej Decyzji w części tj. w zakresie pkt I.1 i wydaniu w tym zakresie rozstrzygnięcia, zgodnie z którym wskaźnik WACC, mający zastosowanie w kalkulacji kosztów w odniesieniu do usług realizowanych na Rynku 3a oraz usług realizowanych na Rynku 3b w zakresie, w jakim są one realizowane w oparciu o infrastrukturę światłowodową sieci dostępowej, którym w kalkulacji kosztów prowadzonej przez OPL odpowiadają następujące modelowe elementy sieci dostępowej: „ONT”, „LPA - światłowodowa”, „Światłowodowa sieć dosyłowa”, „Przełącznice optyczne sieci dostępowej” „OLT – Dostęp abonencki GPON”, został określony dla OPL w wysokości 8,38%.

Uzasadniając powyższe wskazać należy, że zgodnie z art. 53 ust. 1 Pt, Prezes UKE określa corocznie, w drodze decyzji, dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, na którego nałożył obowiązek prowadzenia kalkulacji kosztów, wskaźnik WACC, który przedsiębiorca telekomunikacyjny stosuje w kalkulacji kosztów, uwzględniając udokumentowane koszty pozyskania kapitału, pozycję przedsiębiorcy na rynku kapitałowym, typowe ryzyko związane z zaangażowaniem kapitału, zwłaszcza dla nowych przedsięwzięć inwestycyjnych oraz koszty zaangażowania kapitału na porównywalnych rynkach.

Zgodnie z art. 2 pkt 14 Pt kalkulacja kosztów to wyliczenie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego kosztów związanych ze świadczeniem usług, odrębnie dla każdej z usług, dla której przedsiębiorca jest obowiązany prowadzić kalkulację kosztów, zgodnie z zatwierdzonym na dany rok obrotowy przez Prezesa UKE opisem kalkulacji kosztów. Dodatkowo zgodnie z art. 50 ust. 2 Pt kalkulację kosztów przeprowadza przedsiębiorca telekomunikacyjny, na którego nałożono obowiązek na podstawie art. 39 Pt lub art. 46 Pt. W Decyzji SMP 3a i w Decyzji SMP 3b na OPL nałożono obowiązek, o którym mowa w art. 39 Pt, tj. kalkulacji uzasadnionych kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego, wskazując sposoby kalkulacji kosztów, jakie operator powinien stosować na podstawie przepisów rozporządzenia, o którym mowa w art. 51 Pt, zgodnie z zatwierdzonym przez Prezesa UKE opisem kalkulacji kosztów oraz stosowania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego, uwzględniających zwrot uzasadnionych kosztów operatora. Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE uznał, że przesłanka do określenia wskaźnika WACC w trybie art. 53 ust. 1 Pt została spełniona.

W toku ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej wydaniem Zaskarżonej Decyzji Prezes UKE poddał ponownej i wnikliwej analizie przyjęte do kalkulacji wskaźnika WACC parametry:

- strukturę kapitału tj.: udział kapitału własnego na poziomie 70,21% oraz udział kapitału obcego na poziomie 29,79% ustaloną w oparciu o przekształconą wartość gearing wskazaną w Raporcie BEREC 42,42% przy zastosowaniu formuły $g/(g+100)$;
- koszt kapitału własnego wyznaczony z wykorzystaniem modelu CAPM¹³ na poziomie 6,33% na podstawie parametrów:
 - RFR¹⁴ - stopy wolnej od ryzyka, wyliczonej przez BEREC na podstawie danych odnoszących się do rentowności obligacji rządowych na rynku wtórnym, bez uwzględniania podatku, z okresem zapadalności 10 lat w przypadku każdego państwa członkowskiego, w wysokości 2,51%;

¹³ ang. Capital Asset Pricing Model.

¹⁴ ang. Risk Free Rate.

- wskaźnika beta określonego na podstawie średniej wartości Beta kapitałów własnych w grupie porównawczej 15 spółek w wysokości 0,67;
- ERP¹⁵ - premii za udostępnienie kapitału własnego, określonej na podstawie danych z serwisu Morningstar i danych pochodzących z serwisu Bloomberg, oszacowanej przez BEREC w oparciu o roczne zwroty akcji i obligacji, przyjętej jako średnia arytmetyczna, wyznaczonej na poziomie 5,70%;
- koszt kapitału obcego wyznaczony na poziomie 3,82%, na podstawie parametrów:
 - RFR - stopy wolnej od ryzyka, omówionej powyżej,
 - DP¹⁶ - premii za zadłużenie jako średnia wartość premii w grupie porównawczej 15 spółek na poziomie 131 punktów bazowych, co daje premię w wysokości 1,31%;
- premię za ryzyko NGA dla infrastruktury światłowodowej określoną w Zaskarżonej Decyzji na poziomie 1,84%.

Mając na uwadze powyższe, należy wyjaśnić, iż podejmując rozstrzygnięcie w Zaskarżonej Decyzji, Prezes UKE ustalił wskaźnik WACC dla miedzianej infrastruktury telekomunikacyjnej, opierając się na najbardziej aktualnym, na dzień wydania Zaskarżonej Decyzji, Raporcie BEREC. W zakresie wskaźnika WACC dla miedzianej infrastruktury telekomunikacyjnej wytyczne z Raportu BEREC zawierają całość okoliczności, wpływających na wyżej podane parametry służące do wyliczenia WACC. Ustalając natomiast wysokość wskaźnika WACC FTTH Prezes UKE wziął pod uwagę najbardziej aktualne (na dzień wydania niniejszej decyzji) wartości premii za ryzyko NGA, z krajów UE, stosujących taką premię. Prezes UKE wyjaśnia, iż w toku postępowania z Wniosku KIGEiT i z Wniosku OPL, w tym na dzień wydania niniejszej decyzji, Raport BEREC, pozostaje najbardziej aktualnym i obowiązującym dokumentem, w związku z czym Prezes UKE nie zmieniał wskaźnika WACC dla kalkulacji kosztów w odniesieniu do usług realizowanych w oparciu o miedzianą infrastrukturę telekomunikacyjną, określonego w pkt I.2 sentencji Zaskarżonej Decyzji, utrzymując go w mocy niniejszą decyzją na poziomie 6,62%.

Jednocześnie, należy wskazać, iż Prezes UKE, poddając ponownej analizie poziom premii za ryzyko NGA, przyjęty w Zaskarżonej Decyzji w wysokości 1,84%, stwierdził, iż zmianie uległa wysokość tej premii w Czechach i Chorwacji, która posłużyła Prezesowi UKE do wyznaczenia średniej arytmetycznej premii za ryzyko NGA, przyjętej do wyznaczenia wskaźnika WACC FTTH w Zaskarżonej Decyzji. Prezes UKE, ponownie rozstrzygając w sprawie, zobowiązany był zatem uwzględnić nowe okoliczności zaistniałe w sprawie między dniem wydania Zaskarżonej Decyzji oraz niniejszej decyzji, tj. zaktualizować wysokość premii za ryzyko NGA stosując aktualne wartości premii za ryzyko NGA, której średnia arytmetyczna wartość wyniosła 1,76% i w konsekwencji zmienić wysokość wskaźnika WACC FTTH. Mając na uwadze powyższe, Prezes UKE uchylił Zaskarżoną Decyzję w zakresie pkt I.1 tj. w zakresie określenia wysokości WACC FTTH oraz rozstrzygnął w tej materii w niniejszej decyzji co do istoty sprawy, ustalając jego wartość w wysokości 8,38%.

Odnosząc się do zarzutów KIGEiT wskazanych we Wniosku KIGEiT, Prezes UKE stwierdził, co następuje.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że ponownie analizując kwestię poprawności kalkulacji wskaźnika WACC, Prezes UKE uwzględnił wytyczną kierunkową dla określenia

¹⁵ ang. Equity Risk Premium.

¹⁶ ang. Debt Premium.

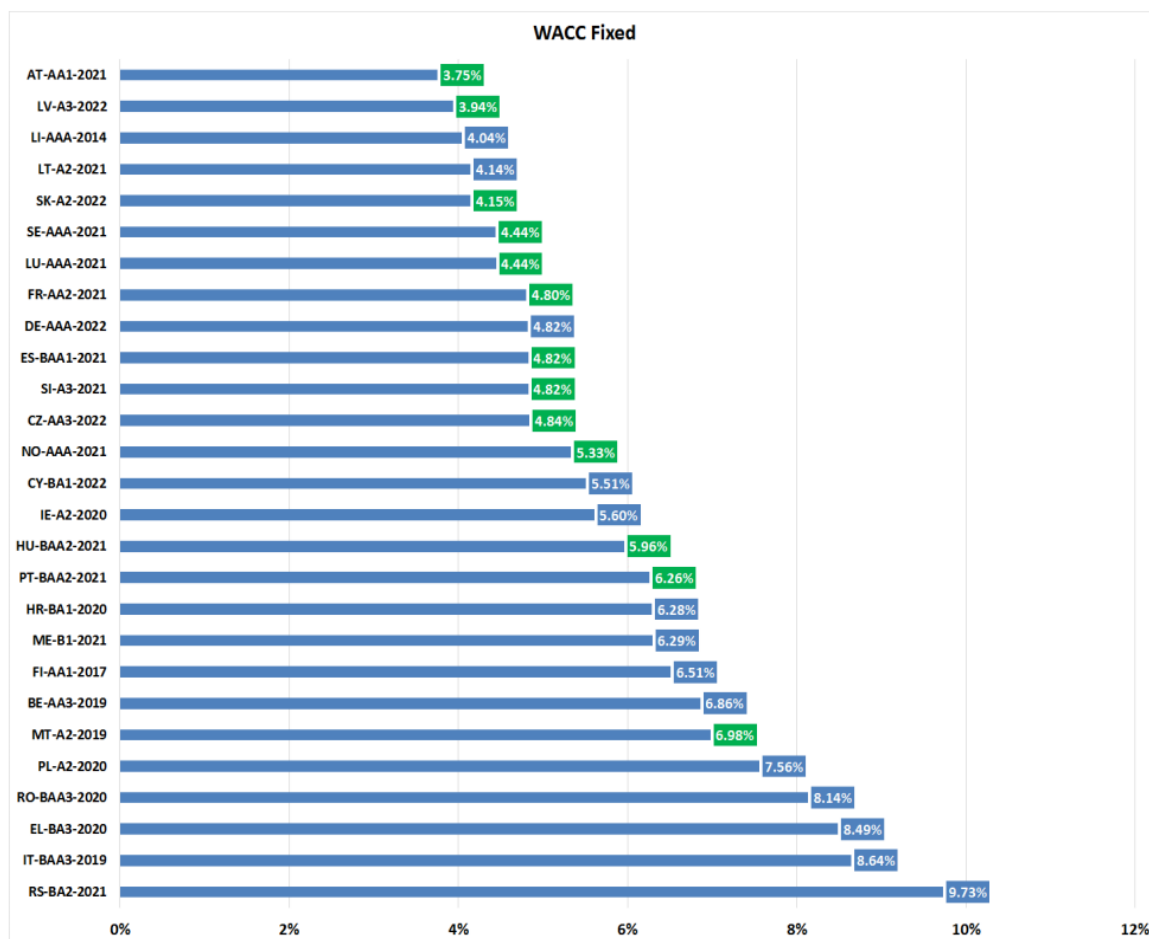
wskaźnika WACC jaką jest art. 14 „Kontrola cen i obowiązki związane z systemem księgowania kosztów” ust. 1 Dyrektywy 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (EKŁE), który stanowi, że „(...) W szczególności w celu zachęcania przedsiębiorstw do inwestowania, w tym również w sieci nowej generacji, krajowe organy regulacyjne biorą pod uwagę dokonane przez przedsiębiorstwo inwestycje. Jeżeli krajowe organy regulacyjne uznają obowiązek kontroli cen za właściwe rozwiązanie, umożliwiają przedsiębiorstwu uzyskanie zwrotu stosownej części zainwestowanego kapitału, uwzględniając wszelkie ryzyko typowe dla konkretnego nowego przedsięwzięcia inwestycyjnego. (...)”. Ponadto, Prezes UKE oparł się na wytycznych szczegółowych w zakresie metodyki przedstawionej w Zawiadomieniu KE oraz wartości poszczególnych parametrów służących wyznaczeniu wskaźnika WACC zaprezentowanych w Raporcie BEREC.

We Wniosku KIGEiT wskazano, że Prezes UKE w nieuzasadniony sposób wyznaczył wartość wskaźnika WACC. Zdaniem KIGEiT nie bez znaczenia jest fakt, że wskaźnik WACC w Polsce był dotychczas jednym z najwyższych w Europie. Na potwierdzenie tej tezy KIGEiT przedstawiła dane z Raportu BEREC – zdaniem KIGEiT, potwierdza to Wykres 1. przedstawiający wysokość WACC w krajach europejskich.

Odnosząc się do twierdzeń KIGEiT, Prezes UKE wyjaśnia, że Raport BEREC powstał w 2022 r. i zawiera dane z niejednolitego okresu, począwszy od 2014 r. Dane takie nie odzwierciedlają często aktualnie panującej rzeczywistości z uwagi na nieustannie zmieniający się rynek i koszty działalności. Ponadto, jak wynika z uzasadnienia Zaskarżonej Decyzji, wskaźnik WACC został wyznaczony w oparciu o odmienne założenia metodyczne wymagane w Zawiadomieniu KE. Zatem, w ocenie Prezesa UKE odmienny okres bazowy pochodzenia danych oraz założenia metodyczne w przypadku wcześniejszych wskaźników WACC i wskaźnika WACC pochodzącego z Zaskarżonej Decyzji, świadczą o braku zasadności porównywania obu rozstrzygnięć oraz wnioskowania na ich podstawie.

Zgodnie z przedstawionym we Wniosku KIGEiT Wykresem 1. Polska plasuje się na piątym miejscu pod względem wysokości WACC dla miedzianej infrastruktury telekomunikacyjnej wśród 27 krajów UE, a wartość WACC wskazana na wykresie wynosi 7,56%. Wartość zaprezentowana dla Polski pochodzi z decyzji Prezesa UKE, znak: DR.WORK.609.5.2020.36, z dnia 11 czerwca 2021 r.

Wykres 1. Wysokość WACC w krajach europejskich.



Źródło: Wniosek KIGEiT.

Prezes UKE wskazuje, iż w Zaskarżonej Decyzji wartość WACC dla miedzianej infrastruktury telekomunikacyjnej została określona na poziomie 6,62% co oznacza, że obecnie wartość WACC określona przez Prezesa UKE jest niższa niż na Wykresie 1.

Odnosząc się do zarzutu KIGEiT wskazującego, że zastosowana w Zaskarżonej Decyzji metoda wyznaczania parametrów niezbędnych do obliczenia wysokości WACC jest nieefektywna, co spowodowało wyznaczenie niepoprawnej wartości wskaźnika WACC, Prezes UKE wskazuje, co następuje. Dane, na których bazował Prezes UKE są obiektywne i powszechnie dostępne. We Wniosku KIGEiT nie zostało wyjaśnione, dlaczego w ocenie izby poszczególne parametry były nieefektywne. Prezes UKE podkreśla, że przyjęte dane odzwierciedlały zmieniającą się sytuację przedsiębiorstwa oraz sytuację ekonomiczną w Polsce.

W kwestii efektywności należy wskazać, że KIGEiT pomija fakt, iż OPL jest operatorem, na którym ciąży obowiązek kalkulacji kosztów z zastosowaniem metodyki kalkulacji właściwej dla efektywnie działającego przedsiębiorcy, zaś jednym z elementów kalkulacji jest wskaźnik WACC, wyznaczany przez Prezesa UKE w trybie decyzji administracyjnej. Zatem wysokość wskaźnika WACC jest określana zgodnie z art. 53 ust. 1 Pt przez krajowy organ regulacyjny przy uwzględnieniu norm wynikających z dokumentów KE, nie zaś samodzielnie wyznaczanym przez operatora, który z natury rzeczy dążyłby do wyznaczenia wartości maksymalnej wskaźnika. Mając na uwadze powyższe, wskaźnik WACC wyznaczany przez Prezesa UKE należy uznać za efektywny, zaś twierdzenia KIGEiT za niezasługujące na uwzględnienie.

KIGEiT, we Wniosku KIGEiT, zarzuciła Zaskarżonej Decyzji, iż wartość wskaźnika WACC została wyznaczona przy wykorzystaniu błędnie przyjętych współczynników: Beta, struktury kapitału, premii za udostępnienie kapitału własnego (ERP), dodatkowej premii za ryzyko NGA dla światłowodowej infrastruktury telekomunikacyjnej. Prezes UKE odniósł się w sposób szczegółowy do powyższych zarzutów w dalszej części niniejszej decyzji.

1. Współczynnik Beta (β)

We Wniosku KIGEiT wskazano, że do kalkulacji wartości Beta Prezes UKE wykorzystał dane oszacowane na podstawie danych z grupy referencyjnej przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających w UE w oparciu o średnią wartość Beta kapitałów. W opinii KIGEiT przyjęta przez BEREC metoda wyznaczania Beta w oparciu o wartość średnią jest zasadna, ponieważ wybrane do kalkulacji podmioty zostały dobrane tak, aby w jak największym stopniu reprezentować rynek telekomunikacyjny w Europie. Zdaniem KIGEiT Prezes UKE błędnie przyjął do kalkulacji średnią Beta kapitałów, ponieważ wartość ta jest obciążona efektem dźwigni finansowej. Oznacza to zdaniem KIGEiT, że na wartość ryzyka wpływa nie tylko ryzyko inwestowania na danym rynku, ale również sposób finansowania spółek.

Zdaniem KIGEiT należy przyjąć wartość Beta aktywów (Beta odlewarowana), ponieważ informuje ona o stopniu ryzyka związanego z ogólnym sposobem funkcjonowania spółki, jej potencjału rynkowego i ogólnych tendencji w rozwoju. Powyższe, KIGEiT podniosła także, w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT.

Prezes UKE w odpowiedzi na prezentowane stanowisko KIGEiT wskazuje, że struktura finansowa firmy ma wpływ na jej współczynnik Beta. W szczególności dźwignia finansowa zwiększa udział ryzyka firmy. Z tego powodu, aby móc porównać wartość Beta kapitału własnego przedsiębiorstwa z wartością Beta innych przedsiębiorstw, często szacuje się Beta aktywów razem z Beta kapitału własnego. Zgodnie z Zawiadomieniem KE w celu oszacowania WACC przekształca się wartość współczynnika Beta aktywów grupy podobnych przedsiębiorstw (z powrotem) w wartość współczynnika Beta akcji (tj. dodaje się z powrotem wpływ zadłużenia na wartość Beta przedsiębiorstwa). W ocenie Prezesa UKE, podejście przyjęte w Zaskarżonej Decyzji, koreluje z sytuacją przedsiębiorcy działającego w branży telekomunikacyjnej, dla którego kalkulowany jest wskaźnik WACC. Pozwala na miarodajną analizę wskaźnika WACC OPL względem wskaźnika WACC, wyznaczanego w analogiczny sposób na podstawie Zawiadomienia KE, w innych państwach. Ponadto, podejście polegające na wyznaczeniu Beta lewarowanej, realizuje cel Zawiadomienia KE jakim jest wprowadzenie zharmonizowanego i spójnego podejścia do wyznaczania WACC względem państw działających w ramach UE.

W ocenie Prezesa UKE, wyznaczenie Beta zgodnie z Wnioskiem KIGEiT, byłoby dalekie od struktury kapitału efektywnie działającego przedsiębiorcy, który dąży raczej do optymalizacji struktury finansowania przedsiębiorstwa, niż rezygnacji z jakiegokolwiek finansowania.

We Wniosku KIGEiT wskazano również, że tradycyjnie obliczany dla akcji danej spółki współczynnik Beta względem głównego indeksu giełdy nie uwzględnia różnic zmian kursu giełdowego spółek wynikających ze zmian struktury ich kapitału, w szczególności zaciągniętych zobowiązań finansowych tj. kredytów.

Prezes UKE wskazuje, iż Beta odlewarowana jest odzwierciedleniem stopnia ryzyka zaangażowania kapitału w jakąkolwiek spółkę danej branży, bez uwzględniania ryzyka finansowego struktury kapitału i ryzyka zadłużeniowego firmy.

W tym miejscu należy wskazać, że Beta odlewarowana jest stosowana w sytuacji, gdy firma lub inwestor chcą zmierzyć wyniki papierów wartościowych notowanych na giełdzie w odniesieniu do zmian zachodzących na rynku bez wpływu czynnika zadłużenia tej firmy. Zatem zadłużenie firmy w przypadku Beta odlewarowana jest, w ocenie Prezesa UKE, niejako pomijane, przez co Beta na tym poziomie jest oderwana od sytuacji firmy i ryzyka.

Określenie Beta lewarowanej pomaga inwestorowi zdecydować i określić właściwy kierunek działań, jakie należy podjąć w celu poprawy rentowności. Beta lewarowana jest bardziej dokładna i realistyczna, stąd w przypadku kalkulacji wskaźnika WACC zasadne jest zastosowanie średniej Beta kapitałów. Beta kapitałów w omawianej sprawie ma zastosowanie dla wskaźnika WACC dedykowanego dla konkretnej firmy, tu: OPL. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, twierdzenia z Wniosku KIGEiT nie zasługują na uwzględnienie.

2. Struktura kapitału

We Wniosku KIGEiT, KIGEiT wskazała, że wyznaczenie udziału kapitału obcego poprzez zastosowanie formuły $g/(g+100)$ jest niepoprawne. KIGEiT wskazała, iż ww. formuła zawyża (o 0,5 pkt proc.) wartość WACC wynikającą z Zaskarżonej Decyzji. Zdaniem KIGEiT, wartość g jest już gotową miarą udziału kapitału obcego do użycia we wzorze WACC i nie ma potrzeby stosowania dodatkowych formuł. W opinii KIGEiT, struktura kapitału z użyciem średniej arytmetycznej wskaźnika gearing dla całej grupy porównawczej BEREC, powinna przyjąć odpowiednio wartości: 42,42% (waga kapitału obcego) oraz 57,58% (waga kapitału własnego) zamiast wartości przyjmowanych w Zaskarżonej Decyzji 29,78% (kapitał obcy) i 70,22% (kapitał własny). Powyższe zmiany wpłynęłyby na obniżenie wskaźnika WACC o 0,5 pkt procentowego określonego w Zaskarżonej Decyzji. Powyższe podniosła także T-Mobile w Stanowisku konsultacyjnym T-Mobile oraz KIGEiT w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT. Ponadto, w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT, KIGEiT wskazała, że Prezes UKE, w ramach notyfikacji, powinien skierować zapytanie do KE odnośnie przyjętego przez UKE podejścia do wyznaczania struktury kapitału podkreślając, że podejście zastosowane przez regulatorów w innych krajach jest odmienne.

Odnosząc się do powyższego Prezes UKE wskazuje, że zastosowanie przedmiotowej formuły przejścia z wartości gearingu na udział kapitału obcego i własnego jest konieczne w celu oszacowania wartości udziału obu kapitałów (własnego i obcego), które następnie zasilają formułę służącą wyznaczeniu wskaźnika WACC. Na podstawie formuły $g/(g+100)$, przekształcono wartość gearing wskazaną w Raporcie BEREC w wysokości 42,42% i określono udział kapitału obcego na poziomie 29,79% oraz udział kapitału własnego na poziomie 70,21%. Zdaniem Prezesa UKE, zastosowanie przedmiotowej formuły w należyty sposób odzwierciedla strukturę kapitału efektywnego operatora działającego na globalnym i zintegrowanym w ramach UE rynku. Należy wskazać, że w toku konsolidacji projektu Zaskarżonej Decyzji, Prezes UKE przedstawił szczegółowe wyjaśnienia na pytania KE, w tym w zakresie przedmiotowego zagadnienia. KE nie zgłosiła uwag co do merytorycznego aspektu decyzji i metodyki kalkulacji WACC (jak i poszczególnych parametrów wskaźnika), której jest autorem. W tym względzie, trudno zgodzić się z zarzutem braku poprawności metodyki przekształcenia parametru gearing zastosowanej przez Prezesa UKE w celu wyznaczenia struktury kapitału OPL.

3. Premia za udostępnienie kapitału własnego (ERP)

We Wniosku KIGEiT wskazano, że w Raporcie BEREC wartość ogólnounijnego ERP została wyznaczona jako średnia wartość ERP krajowych dla wybranych krajów UE. W Raporcie BEREC wyznaczono wartość ERP jako wartość opartą na średniej arytmetycznej (w wysokości

5,70%) oraz średniej geometrycznej (4,37%), przy czym BEREC nie wskazał na to, która z tych wartości powinna być użyta do kalkulacji.

Prezes UKE wyjaśnia, iż w literaturze również nie ma jednomyślności co do zasadności uznania przewagi którejs z metod kalkulacji ERP. KIGEiT wskazała, że za przyjęciem ERP w oparciu o średnią geometryczną opowiada się wielu specjalistów. KIGEiT powołała się na Bluma, T. Copelanda, T. Koller i J. Murrina. Zdaniem KIGEiT z uwagi na fakt, że wskaźnik WACC wykorzystywany jest do kalkulacji opłat w modelu operatora efektywnego, niezasadne jest przyjmowanie wartości ERP, która zawyżałaby jego wartość. W związku z tym do kalkulacji WACC powinna zostać przyjęta wartość 4,37% wyznaczona jako średnia geometryczna wartość ERP krajów UE. Powyższe KIGEiT podniosła także w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT.

Odnosząc się do zarzutów KIGEiT, Prezes UKE podkreśla, że w Raporcie BEREC wskazano, iż Zawiadomienie KE jako najlepszą metodykę obliczenia wartości ERP traktuje średnią arytmetyczną, a krajowe organy regulacyjne, które nie stosują średniej arytmetycznej, musiałyby przedstawić wyjaśnienie uzasadniające ich wynik, nawet jeśli mieszczą się w marginesie. Należy zwrócić uwagę, iż w dokumencie KE „Communication from the Commission Notice on the calculation of the cost of capital for legacy infrastructure in the context of the Commission's review of national notifications in the EU electronic communications sector¹⁷”, w Rozdziale 5.2.3.2 The equity risk premium based on historical series”, zostało wyjaśnione, że (...) najlepszym podejściem do oszacowania premii za ryzyko kapitałowe jest przyjęcie wartości nominalnej przy użyciu szeregów historycznych i wyprowadzenie premii za ryzyko kapitałowe opartej na średniej arytmetycznej. Dodatkowo Prezes UKE wskazuje, że przyjęcie średniej arytmetycznej wartości ERP jest spójne z przyjętą koncepcją metodyki zastosowanej przez Prezesa UKE przy wyznaczeniu poszczególnych parametrów WACC.

Ponowna analiza w zakresie parametru ERP wskazuje, że zasadne jest przyjęcie średniej arytmetycznej, a tym samym Prezes UKE podtrzymuje swoją argumentację zastosowaną w Zaskarżonej Decyzji.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, twierdzenia z Wniosku KIGEiT nie zasługują na uwzględnienie.

4. Premia za ryzyko NGA – Wniosek KIGEiT

We Wniosku KIGEiT wskazano, że dodatkową premię za ryzyko NGA stosuje zaledwie kilka krajów UE i jej wartość kształtuje się w przedziale od 0,94% do 3,20%. Premia za ryzyko NGA stosowana w Zaskarżonej Decyzji wyniosła 1,84% i była niższa niż w roku 2021 (2,05%), ale jednocześnie wyższa niż wartość wynikająca z decyzji przyjętych w latach 2018 i 2019 (1,25%). Dodatkowo KIGEiT wskazała, że w Zaskarżonej Decyzji Prezes UKE w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego w Polsce inwestycje w sieci światłowodowe wymagają doliczenia dodatkowej premii za ryzyko NGA i dlaczego wartość ma wynosić 1,84%. KIGEiT wskazała, że premia powinna być wliczana jedynie wówczas, gdy ryzyko inwestycyjne faktycznie jest wyższe, a nie wyłącznie dlatego, że są w UE kraje, które stosują takie podejście. Zdaniem KIGEiT Prezes UKE nie przeprowadził analizy ryzyk wskazanych w Zaskarżonej Decyzji, a tym samym nie udowodnił, że zasadne jest doliczenie jakiegokolwiek premii za ryzyko NGA. W opinii KIGEiT brak jest uzasadnienia dla doliczenia premii za ryzyko NGA. Dodatkowo

¹⁷ Communication from the Commission Commission Notice on the calculation of the cost of capital for legacy infrastructure in the context of the Commission's review of national notifications in the EU electronic communications sector (Text with EEA relevance) 2019/C 375/01 - Publications Office of the EU (europa.eu).

wyznaczenie wartości premii za ryzyko NGA w oparciu o średnią arytmetyczną z 5 krajów nie ma żadnego uzasadnienia. Równie dobrze, zdaniem KIGEiT, Prezes UKE mógłby przyjąć do kalkulacji średnią ze wszystkich wysokości premii za ryzyko NGA, co doprowadziłoby do obniżenia wartości parametru. Ponadto KIGEiT w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT oraz T-Mobile w Stanowisku konsultacyjnym T-Mobile wskazały, że Prezes UKE nie przedstawił uzasadnienia, dlaczego do wyliczenia premii pominiął wartości zerowe, skoro z przeprowadzonej przez niego ankiety wśród 26 krajowych organów regulacyjnych wynika, iż aż 21 z nich nie stosuje żadnej dodatkowej premii za ryzyko związane z tego typu inwestycjami.

Odpowiadając na zarzut KIGEiT, Prezes UKE wskazuje, że doliczenie premii za ryzyko NGA dla sieci FTTH rekomendowane jest przez Zalecenie NGA KE, co powinno zostać poprzedzone oceną okoliczności, w których operator regulowany podejmuje inwestycje. Prezes UKE wyznaczając wskaźnik WACC dla OPL, jako organ regulacyjny, zobowiązany był poddać ocenie udział OPL w realizacji usług dostępu do Internetu realizowanego w oparciu o infrastrukturę światłowodową względem: konkurencji, substytucyjnych technologii, popytu na usługi, a także otoczenia makroekonomicznego, sytuacji geopolitycznej oraz związanych z tymi obszarami ryzyk mających wpływ na inwestycje podejmowane przez OPL. Przeprowadzona przez Prezesa UKE analiza wykazała, iż w świetle wytycznych Zalecenia NGA zachodzą przesłanki przemawiające za uwzględnieniem dodatkowej premii za ryzyko NGA, a co za tym idzie wyznaczeniem wyższego wskaźnika WACC dla usług realizowanych w oparciu o infrastrukturę światłowodową. Jednocześnie Prezes UKE wyjaśnia, iż Zalecenie NGA, nie przewiduje metodyki w zakresie wyznaczania premii za ryzyko NGA, pozostawiając swobodę NRA. Prezes UKE, wyznaczając premię za ryzyko NGA, miał na uwadze zasady jakie przyświecały Zawiadomieniu KE w zakresie wyznaczania WACC dla miedzianej infrastruktury telekomunikacyjnej tj. spójne i zharmonizowane podejście NRA do kalkulacji wskaźnika WACC wewnątrz UE. Ponadto, przyjmując średnią arytmetyczną, jako metodykę służącą wyznaczeniu premii za ryzyko NGA dla OPL, Prezes UKE uwzględnił fakt, iż w Zawiadomieniu KE, KE rekomenduje średnią arytmetyczną jako najlepszą metodykę wyznaczania poszczególnych parametrów służących do wyznaczenia wskaźnika WACC. Zatem w celu zapewnienia spójności metody wyznaczania poszczególnych parametrów WACC, także w przypadku premii za ryzyko NGA Prezes UKE zastosował średnią arytmetyczną. Jednocześnie Prezes UKE wskazuje, iż NRA z 21 krajów, nie stosują premii za ryzyko z różnych względów: nie prowadzą kalkulacji kosztów w oparciu o długookresowe koszty przyrostowe, gdzie jest stosowany WACC, nie regulują światłowodów na Rynku 3a i Rynku 3b, stosują jedną wartość WACC dla całej działalności lub WACC zintegrowany z działalnością mobilną, nie ustalają WACC dla światłowodu, uznają iż nie istnieje dodatkowe ryzyko dla inwestycji w infrastrukturę światłowodową. W ocenie Prezesa UKE stosowanie dodatkowej premii za ryzyko, skorelowane jest z istnieniem ryzyka, zaś jej wysokość na poziomie zero jest sprzeczne z tą ideą. Z powyższych względów przyjęcie, iż kraje nie stosujące premii za ryzyko, ustalają ją na poziomie zerowym należy uznać za pozbawione podstaw i niezastugujące na uwzględnienie.

Zalecenie NGA jest obowiązujące, a Prezesowi UKE nie są znane regulacje/rekomendacje, które wskazywałyby na brak uzasadnienia w zakresie stosowania premii za ryzyko NGA. Z kolei Zawiadomienie KE oraz Raport BEREC regulują kalkulację WACC dla miedzianej infrastruktury telekomunikacyjnej; w zakresie WACC dla światłowodowej infrastruktury telekomunikacyjnej pozostawiają swobodę krajowym organom regulacyjnym.

We Wniosku KIGEiT, KIGEiT zarzuciła, iż w Zaskarżonej Decyzji brak jest informacji, jaka część inwestycji w sieci światłowodowe została dokonana na obszarach, w których rzeczywiste

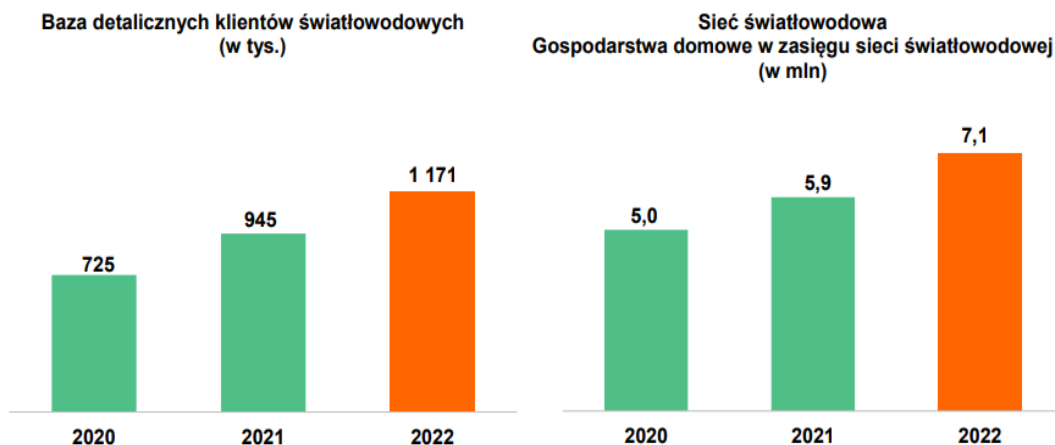
zastosowanie miał regulowany WACC. Ponadto, zdaniem KIGEiT na wzrost liczby gospodarstw domowych w zasięgu sieci światłowodowych OPL wpływ miały inne czynniki, np. dofinansowanie projektów z POPC¹⁸. Powyższe, KIGEiT podniosła także w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT oraz T-Mobile w Stanowisku konsultacyjnym T-Mobile. Odnosząc się do powyższego Prezes UKE zwraca uwagę, że WACC jest dedykowany jedynie do usług regulowanych, a dodatkowa premia za ryzyko NGA odnosi się do promowania inwestycji związanych z Rynkiem 3a i 3b ponoszonych przez OPL z własnych środków. W ocenie Prezesa UKE na wzrost liczby gospodarstw domowych w zasięgu sieci światłowodowych OPL wpływ miało wiele czynników i niewątpliwie jednym z nich jest premia za ryzyko NGA, a fakt, że została ona zasadnie dodana do wskaźnika WACC dla miedzianej infrastruktury telekomunikacyjnej, w celu określenia WACC dla światłowodowej infrastruktury telekomunikacyjnej, potwierdzają wyjaśnienia zamieszczone zarówno w Zaskarżonej Decyzji, jak i w dalszej części uzasadnienia niniejszej decyzji.

Zdaniem KIGEiT, w uzasadnieniu Zaskarżonej Decyzji Prezes UKE wysunął niczym nieopartą tezę mówiącą o osiągnięciu „punktu elastyczności”, przy którym wielkość inwestycji się nie zmienia. W ocenie KIGEiT, Prezes UKE całkowicie ten fakt przemilczał, a przedstawiona teza nie została poparta żadnymi analizami, które by wskazywały, że rzeczywiście podniesienie premii za ryzyko NGA przełoży się pozytywnie na wzrost inwestycji.

Odnosząc się do powyższego, zdaniem Prezesa UKE, twierdzenia KIGEiT nie zasługują na uwzględnienie, gdyż, w Zaskarżonej Decyzji, poddano analizie tempo wzrostu liczby gospodarstw domowych będących w zasięgu FTTH, co zostało zobrazowane w Zaskarżonej Decyzji na Wykresie 2. „Liczba gospodarstw domowych i przyrost gospodarstw domowych objętych zasięgiem FTTH OPL [w mln]”. W Zaskarżonej Decyzji, Prezes UKE przeprowadził analizę, w wyniku której stwierdził, iż największy wzrost liczby gospodarstw domowych będących w zasięgu FTTH OPL osiągnęła w 2017 r. W 2018 r. i 2019 r. wzrosty były już mniejsze. Wartość przyrostu liczby nowych gospodarstw będących w zasięgu FTTH z 2019 r. utrzymała się w 2020 r., w 2021 r. ponownie wzrosła, osiągając poziom z 2018 r. Przekładając powyższe na wysokość premii za ryzyko NGA, która od kilku lat była doliczana w wysokości 1,25% do wartości WACC, w celu promowania inwestycji w FTTH, został osiągnięty poziom penetracji usługami światłowodowymi OPL, przy którym wielkość inwestycji nie uległa zmianie. Rok 2019 i 2020 prezentuje identyczne wartości 0,8 mln gospodarstw domowych w zasięgu. Natomiast, dane zaprezentowane na Wykresie 2., wskazują iż w 2021 r. i w 2022 r., przyrost liczby gospodarstw domowych będących w zasięgu sieci światłowodowej zwiększył się odpowiednio do 0,9 mln w 2021 r. oraz do 1,2 mln w 2022 r. Zdaniem Prezesa UKE dane te potwierdzają pozytywny wpływ polityki regulacyjnej w zakresie stosowanej premii za ryzyko NGA, zgodnie z rozstrzygnięciem podjętym w Zaskarżonej Decyzji i utrzymanym w niniejszej decyzji.

¹⁸ Program Operacyjny Polska Cyfrowa.

Wykres 2. Baza klientów Internetu stacjonarnego OPL w technologii światłowodowej.



Źródło: Sprawozdanie zarządu OPL z działalności za 2022 rok zakończony 31 grudnia 2022 r.

Odnosząc się ponadto do stwierdzenia KIGEiT, iż na wzrost liczby gospodarstw domowych będących w zasięgu sieci światłowodowych OPL wpływ miały inne czynniki, np. dofinansowanie projektów z POPC, Prezes UKE wyjaśnia, iż zaprezentowane dane potwierdzają fakt, iż w 2021 r. w zasięgu sieci światłowodowej OPL znajdowało się 5,9 mln gospodarstw domowych, co oznacza wzrost o około 0,9 mln gospodarstw w 2021 r. w stosunku do 2020 r. Jednocześnie z informacji publicznie dostępnych wynika, iż na koniec 2021 r. z środków pochodzących z POPC, OPL wybudowała sieć, w której zasięgu znalazło się około 0,3 mln gospodarstw domowych¹⁹. Powyższe oznacza, iż do około 0,6 mln OPL doprowadziła sieć światłowodową korzystając ze środków innych niż POPC. Zdaniem Prezesa UKE, przywołane okoliczności potwierdzają, iż w 2021 r. przyrost liczby gospodarstw domowych będących w zasięgu sieci światłowodowej OPL, zrealizowanych ze środków POPC był niższy, niż z środków własnych OPL, stąd twierdzenia KIGEiT przedstawione na wstępie należy uznać za niezastępowalne na uwzględnienie. Jednocześnie, Prezes UKE wskazuje, iż w niniejszej sprawie, istotna jest korelacja WACC i jego wpływ na wzrost inwestycji w sieci światłowodowe na rynkach regulowanych tu: Rynku 3a i Rynku 3b. Informacje przywołane przez KIGEiT w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT wskazujące, iż OPL zaraportowała w 2021 r. gospodarstwa domowe znajdujące się w zasięgu własnej sieci przyjmując również zasięgi oparte o inwestycje dokonane przez innych operatorów i udostępniane OPL na zasadach hurtowych, potwierdzają jedynie przyrost inwestycji w infrastrukturę światłowodową, finansowaną także z innych źródeł, niż środki własne OPL. Podobnie, struktura przyszłych zasięgów sieci OPL w latach 2020-2024 przedstawiona w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT wskazuje na wzrost inwestycji finansowanych z środków własnych OPL.

Mając na uwadze powyższe stwierdzenia, za pozbawione podstaw należy uznać twierdzenia KIGEiT, iż rozstrzygnięcie podjęte przez Prezesa UKE w zakresie wyznaczenia WACC FTTH nie zostały poparte danymi i analizami.

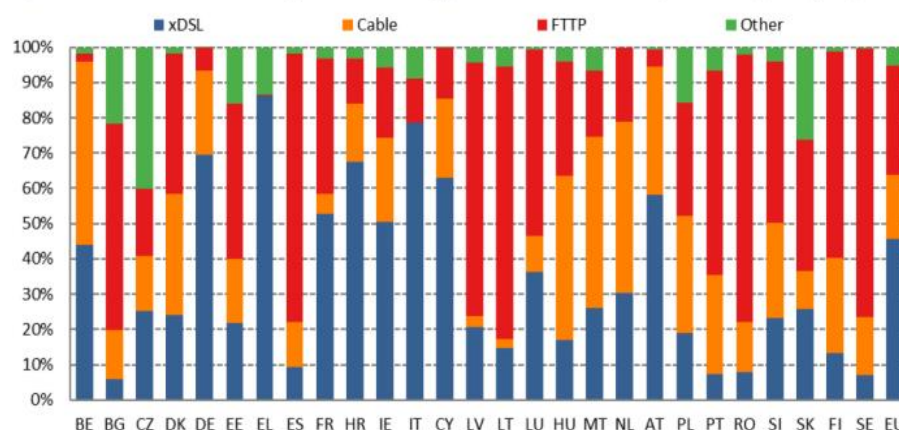
W ocenie Prezesa UKE, nieuzasadnione są także twierdzenia KIGEiT, z Wniosku KIGEiT, wedle których trudno zgodzić się z tezą, że ryzyko związane z inwestycjami w infrastrukturę światłowodową było w 2022 r. i będzie w latach następnych wyższe niż miało to miejsce w latach 2018, 2019, a nawet 2017 roku. Powyższe, KIGEiT podniosła także w Stanowisku

¹⁹ źródło: <https://www.telepolis.pl/wiadomosci/prawo-finanse-statystyki/orange-przybywa-swiatlowodow-operator-ujawnia-jaki-ma-zasie>.

konsultacyjnym KIGEiT oraz T-Mobile w Stanowisku konsultacyjnym T-Mobile. Zdaniem, Prezesa UKE teza podważana przez KIGEiT i T-Mobile, jest jak najbardziej aktualna i prawdziwa. KIGEiT i T-Mobile pomijają zupełnie fakt, iż obecnie inwestycje w sieci światłowodowe prowadzone są równoległe z inwestycjami w substytucyjne względem światłowodów technologie, mogące zapewnić produktowo bardzo podobne usługi. Powołując się na materiał dowodowy, zgromadzony w niniejszej sprawie, Prezes UKE zwraca uwagę, iż powyższe zjawisko ma miejsce w Polsce i zauważalne jest na wykresie pochodzącym z cytowanego we Wniosku KIGEiT dokumentu z lipca 2021 r. Digital Economy and Society Index 2022 (dalej „DESI”).

Wykres 3. Stacjonarne łącza szerokopasmowe – udziały w rynku technologicznym (% abonentów).

Figure 32 Fixed broadband subscriptions – technology market shares in the EU (% of subscriptions), July 2021



Source: Communications Committee (COCOM)

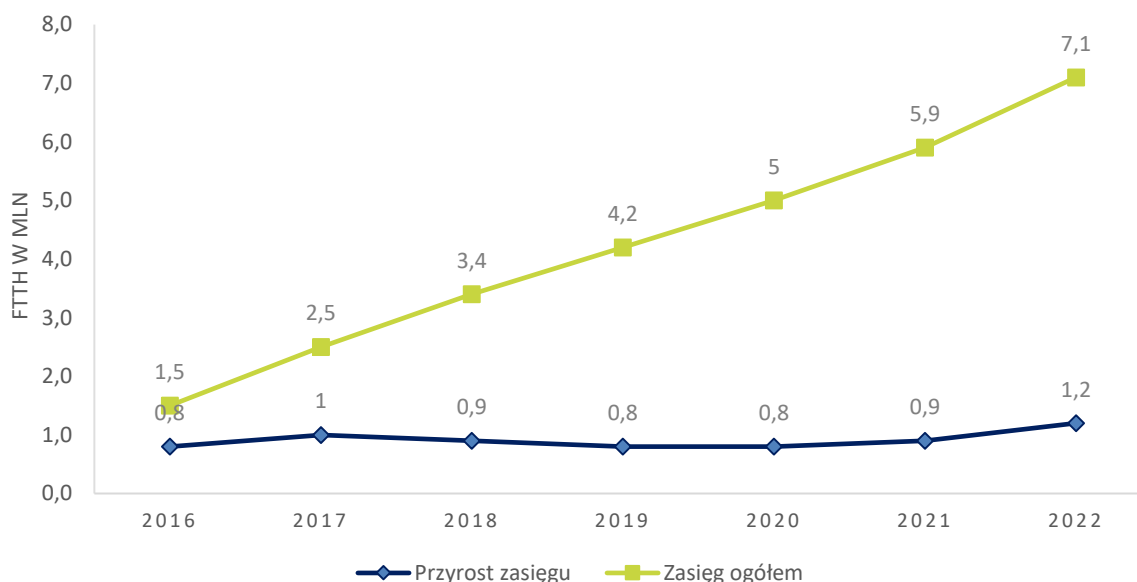
Źródło: Wniosek KIGEiT.

Jak wynika z powyżej przedstawionych danych, z punktu widzenia wszystkich technologii, światłowod nie odgrywa znaczącego udziału jako medium w zakresie dostarczania usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu w oparciu o sieć stacjonarną. Prezes UKE przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu premii za ryzyko NGA ocenił obecność oraz stopień ryzyka inwestycyjnego zgodnie z Zaleceniem NGA. Mając na uwadze między innymi stan penetracji rynku łączami światłowodowymi oraz przyszłą rozbudowę infrastruktury światłowodowej przez OPL, Prezes UKE wziął pod uwagę takie czynniki ryzyka jak: niepewność w odniesieniu do zapotrzebowania detalicznego i hurtowego, niepewność w odniesieniu do kosztów prac z zakresu infrastruktury technicznej i wykonawstwa kierowniczego, niepewność w odniesieniu do postępu technologicznego, niepewność w odniesieniu do dynamiki rynku i zmieniającej się sytuacji konkurencyjnej, np. pod względem konkurencji w zakresie infrastruktury lub sieci przewodowych, oraz niepewność makroekonomiczną. Prezes UKE zwraca uwagę, iż według przywołanego przez KIGEiT, we Wniosku KIGEiT, Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT oraz Stanowisku konsultacyjnym T-Mobile „Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2021 roku”, udział technologii światłowodowej, w strukturze przychodów wynosi 33,9%, a więc wynika z tego, że sieć światłowodowa jest nadal w fazie rozwoju. Należy też wspomnieć o konkurencyjnym sposobie korzystania z dostępu do Internetu za pomocą bezprzewodowego zasięgu sieci LTE²⁰ oferowanym przez operatorów mobilnych, którzy łącznie swoim zasięgiem pokryli

²⁰ ang. Long Term Evolution - nazwa technologii, za pośrednictwem której odbywa się transmisja danych w sieci 4G.

ponad 90% terenu Polski²¹. Powyższe potwierdza stanowisko Prezesa UKE zawarte w Zaskarżonej Decyzji, mówiące o tym, że brak jest gwarancji popytu na usługi ze strony klientów detalicznych oraz hurtowych, co przekłada się na ryzyko inwestycyjne OPL. Na uwagę zasługuje, fakt, iż rokrocznie OPL zwiększa zasięg sieci światłowodowej co obrazuje poniższy wykres, jednocześnie baza klientów dostępu szerokopasmowego realizowanego w oparciu o technologię światłowodową w 2021 r. wyniosła jedynie 34%, a w 2022 r. 42% w odniesieniu do wszystkich klientów usług szerokopasmowych OPL.

Wykres 4. Liczba gospodarstw domowych i przyrost gospodarstw domowych objętych zasięgiem FTTH OPL [w mln].



Źródło: Opracowanie własne sporządzone na podstawie sprawozdań finansowych OPL w latach 2016-2022²².

KIGEiT, we Wniosku KIGEiT, zwraca uwagę na fakt, iż w związku z pandemią Covid-19 zapotrzebowanie na usługi świadczone przy wykorzystaniu sieci światłowodowych znacząco wzrosło. Prezes UKE zauważa, iż przy jednoczesnym wzroście zapotrzebowania na dostęp do Internetu w związku z pandemią Covid-19 wzrosła też dostępność Internetu oferowanego nie tylko poprzez infrastrukturę światłowodową. Technologiczny rozwój sieci LTE i 5G²³ sprawia, że oferują one coraz szybsze prędkości dostępu do Internetu, a dodatkowe korzyści jakie oferuje bezprzewodowy dostęp do Internetu sprawia, iż część konsumentów może decydować się na niego rezygnując z dostępu stacjonarnego. Systematycznie powiększa się liczba użytkowników mobilnego dostępu do Internetu. Użytkownicy Internetu mobilnego, świadczonego za pomocą dedykowanych urządzeń typu modemy, karty czy klucze, stanowili w 2021 r. 51% użytkowników Internetu ogółem²⁴. Zatem Internet mobilny obecnie jest w stanie bezpośrednio konkurować z Internetem światłowodowym, stwarzając ryzyko inwestycyjne dla rozwijanej infrastruktury światłowodowej.

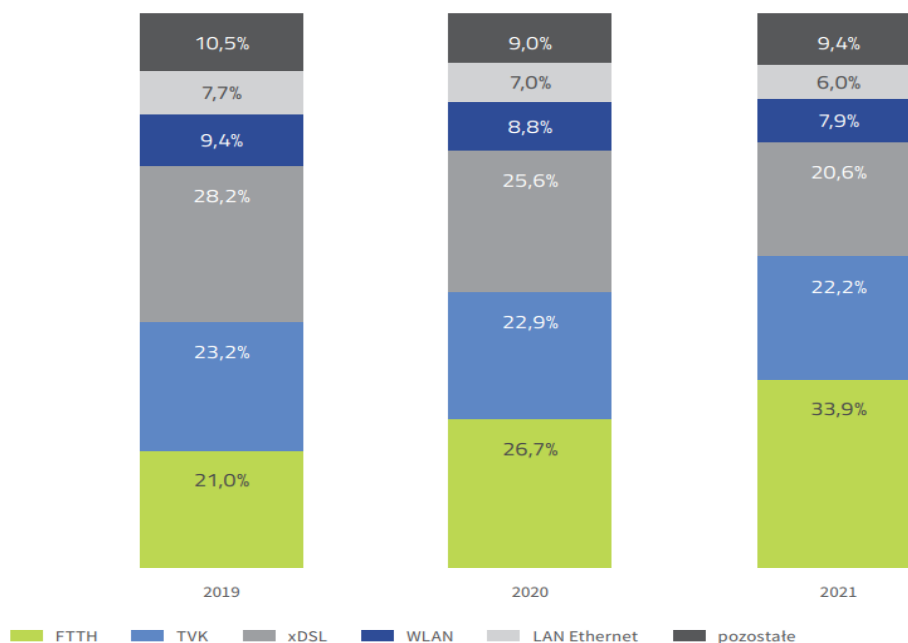
²¹ Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2021 roku, s. 128.

²² Q4 2022 Presentation - EN - vdef.pdf (orange.com).

²³ <https://www.gov.pl/web/5g/podstawowe-informacje>.

²⁴ Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2021 roku, s. 24.

Wykres 5. Struktura przychodów z dostępu stacjonarnego do Internetu pod względem wykorzystywanych technologii.



Źródło: Raport UKE 2021.

Mając na uwadze powyższe, przyjęta przez KIGEiT oraz T-Mobile argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie. KIGEiT oraz T-Mobile pomijają fakt, iż rynek telekomunikacyjny podlega ciągłym zmianom. Należy zauważyć, że infrastruktura telekomunikacyjna jest zrealizowana nie tylko w oparciu o technologię światłowodową – na rynku dostępnych jest wiele konkurujących ze sobą technologii, dzięki którym szerokopasmowy Internet jest dostarczany abonentom.

Ponadto, w 2022 r. Rada Polityki Pieniężnej podnosiła stopy procentowe niemal co miesiąc. Finalnie we wrześniu 2022 r. nastąpił wzrost stopy wolnej od ryzyka do 6,75%²⁵, co świadczy o pogarszających się warunkach finansowania inwestycji²⁶.

Mając na uwadze powyższe okoliczności należy wskazać, iż rozbudowa sieci światłowodowej obarczona jest nadal ryzykiem inwestycyjnym, a ryzyko to przejawia się w trudnej i skomplikowanej sytuacji makroekonomicznej oraz gospodarczej co powoduje m. in. rosnące koszty obsługi długu.

KIGEiT zauważyła również, że przy wyznaczaniu premii za ryzyko NGA Prezes UKE jest niekonsekwentny, ponieważ w decyzji wydanej w 2019 r. przyjął wartość stałą. Zdaniem KIGEiT przyjęcie dodatkowej premii za ryzyko NGA dla sieci światłowodowych, tylko dlatego, że taką premię stosuje 5 spośród krajów europejskich jest niezasadne. Premia za ryzyko NGA powinna być doliczana wyłącznie wówczas, gdy występują na to warunki rynkowe i tylko w przypadku wykazania, że faktycznie występują dodatkowe ryzyka. Według KIGEiT utrzymanie niezasadnej premii za ryzyko NGA negatywnie wpływa na wysokość cen hurtowych dostępu do infrastruktury OPL, uniemożliwiając operatorom alternatywnym stworzenie konkurencyjnych ofert detalicznych.

Jak zostało wskazane w Zaskarżonej Decyzji, zgodnie z obowiązującym Zaleceniem NGA, szacując premię za ryzyko NGA dla infrastruktury światłowodowej należy wziąć pod uwagę

²⁵ <https://www.obligacjeskarbowe.pl/oferta-obligacji/obligacje-10-letnie-edo/edo0932/>, dostęp 9.03.2023 r.

²⁶ <https://www.totalmoney.pl/artykuly/podwyzka-stop-procentowych-aktualne-informacje-o-stopach-procentowych-w-polsce>, dostęp 10.03.2023 r.

ryzyka makroekonomiczne i ogólnogospodarcze. Zalecenie NGA jako nadal aktualny dokument KE, określa/rekomenduje zastosowanie dodatkowej premii za ryzyko NGA w przypadku wyznaczania wskaźnika WACC dla sieci FTTH. Argumenty, które przemawiają za zwiększonym ryzykiem inwestycyjnym są następujące:

- ryzyko spowolnienia wzrostu gospodarczego na skutek wystąpienia niekorzystnych czynników wewnętrznych i zewnętrznych, przejawia się zarówno w prognozach gospodarczych²⁷, jak i w podejściu do konsumpcji gospodarstw domowych oraz poziomu inwestycji wpływających na bieżący i przyszły poziom Produktu Krajowego Brutto (PKB);
- nastroje konsumentów oraz utrzymywanie się silnej presji inflacyjnej w kolejnych latach – mogą przełożyć się na ograniczenie wydatków konsumpcyjnych gospodarstw domowych, w tym także wydatków przeznaczonych na usługi telekomunikacyjne oraz zakup sprzętu elektronicznego;
- spadek rentowności branży telekomunikacyjnej w efekcie rosnącej presji inflacyjnej – ogólny wzrost cen na rynku i spadek siły nabywczej pieniądza może wpłynąć na ograniczenie wydatków na usługi telekomunikacyjne;
- nasilenie się niekorzystnych zjawisk na rynku pracy, wzrost kosztów pracy pracowników technicznych powoduje wzrost opłat na poziomie hurtowym i detalicznym, co w powiązaniu z presją inflacyjną może wpłynąć na ograniczenie wydatków na usługi telekomunikacyjne.

Poza ryzykami ogólnogospodarczymi występują także ryzyka specyficzne dotyczące OPL, dotyczące inwestycji w infrastrukturę światłowodową. Są to:

- ryzyko zmniejszenia w bliskim terminie napływu środków unijnych na realizację inwestycji infrastrukturalnych, co wpływa na konieczność korzystania ze źródeł finansowania charakteryzujących się wyższym kosztem kapitału. Brak napływu środków w terminie ogranicza stabilność OPL w zakresie planowania inwestycji;
- ryzyko wahań kursów walut – osłabienie polskiej waluty powoduje, iż spada siła nabywcza OPL. Sprzęt nabywany jest głównie od zagranicznych kontrahentów, zatem spadek siły nabywczej OPL może wpłynąć na ograniczenie inwestycji w nowoczesne technologie;
- ryzyko wzrostu kosztów pracy i wynagrodzeń – biorąc pod uwagę ogólny wzrost kosztów wynagrodzeń w obszarze nowych technologii i IT, które rosną ponadprzeciętnie, przy jednoczesnym spadku marży EBITDA²⁸ istnieje ryzyko obniżenia zdolności kredytowej OPL i ograniczenia wydatków inwestycyjnych;
- ryzyka wynikające z konsolidacji i przejęć na rynku telekomunikacyjnym – inwestycje w infrastrukturę światłowodową OPL są obciążone ryzykiem, gdyż inni operatorzy inwestują również w infrastrukturę światłowodową i wykorzystują przewagę wynikającą z konsolidacji. Konsolidacje operatorów komórkowych i kablowych na rynku telekomunikacyjnym, czyli innych silnych grup operatorów, zapewnienie przez nich pełnego łańcucha wartości, stanowi zagrożenie odpływu abonentów z OPL do konkurencji;

²⁷ <https://www.gov.pl/web/finanse/budzet-na-2023-rok-czeka-juz-tylko-na-podpis-prezydenta>, dostęp 8.02.2023 r.

²⁸ (ang. earnings before interest, taxes, depreciation and amortization) – zysk operacyjny przedsiębiorstwa przed potrąceniem odsetek od zaciągniętych zobowiązań oprocentowanych (kredytów, obligacji), podatków, amortyzacji wartości niematerialnych i prawnych (ang. amortization) oraz amortyzacji rzeczowych aktywów trwałych (ang. depreciation).

- zmiana strategii OPL – wejście na ścieżkę strategii określanej jako strategia „grow”²⁹ spowoduje zmiany w strukturze przychodów i bilansu OPL. Realizacja tej strategii też nie jest pozbawiona ryzyk, OPL zaplanował średniookresową prognozę finansową na lata 2021-2024³⁰:

- Wzrost przychodów – niski jednocyfrowy (CAGR³¹ - 2022 r. +4,2%).
- Wzrost EBITDAaL³² – niski-średni jednocyfrowy (CAGR - 2022 r. +4,9%).
- Ekonomiczne nakłady inwestycyjne (eCapex) 1,7 mld zł (średni roczny poziom - 2021-2022 1,73 mld).
- ROCE³³ – wzrost 3-4x (z poziomu 1,6% w 2020 r., w 2022 r. 6,5%, wzrost 4x).
- Dywidenda – powrót do dywidendy począwszy od wyników za 2021 r. (płatnej w 2022 r.).
- Poziom bazowy 0,35 zł na akcję.
- Dług netto / EBITDAaL – Przedział 1,7-2,2x w długim okresie – 1,3x na koniec 2022 r.

Tak skonstruowane założenia strategiczne wymagają dyscypliny kosztowej oraz optymalizacji struktury zadłużenia długoterminowego.

Kształtowanie się ww. wskaźników zgodnie z planowaną strategią OPL, może ograniczyć wydatki na inwestycje w infrastrukturę światłowodową; OPL rozpoznaje następujące rodzaje ryzyka:

- ryzyko wynikające z postępu technologicznego w branży telekomunikacyjnej powoduje, iż pojawiają się alternatywne technologie względem FTTH GPON, w które OPL powinna zainwestować, aby sprostać oczekiwaniom rynku np. obecnie technologia 5G;

- ryzyko zmiany stóp procentowych i utrzymywanie się ich wysokiego poziomu powoduje, iż OPL realizując plany inwestycyjne dotyczące alternatywnych technologii tu: 5G, poniesie wyższe koszty finansowe co oznacza wzrost zobowiązań finansowych. Okoliczności te stanowią ryzyko ograniczenia inwestycji w technologię FTTH GPON. Obecna polityka wysokich stóp procentowych przy wysokiej inflacji doprowadziła do tego, że wzrosły koszty kredytu wskutek decyzji Rady Polityki Pieniężnej. Biorąc pod uwagę wysokość zadłużenia oprocentowanego na poziomie ponad 5 miliardów złotych, wzrost stopy procentowej o 1% powoduje wzrost kosztów finansowych o 50 milionów złotych rocznie.

Podsumowując, powyższe ryzyka makroekonomiczne (oraz ryzyka specyficzne dla OPL) mają wpływ na decyzje inwestycyjne w obszarze infrastruktury światłowodowej.

Utrzymująca się wysoka inflacja, wahania kursów walut, utrzymujące się wysokie stopy procentowe, koszty wybudowania infrastruktury oraz zmiany technologiczne w ostatecznym rozrachunku mają istotny wpływ na ograniczenie wydatków na inwestycje w infrastrukturę światłowodową. W ostatnim czasie UE boryka się z utrzymującą się wysoką inflacją, napędzaną w szczególności przez wysokie ceny energii, ograniczenia i przerwy w łańcuchach dostaw, trudną sytuacją geopolityczną. Istotnym elementem niepewności jest także ograniczenie wydatków konsumentów na usługi telekomunikacyjne. Niepewność co do tego,

²⁹ Strategia średnioterminowa Orange Polska S.A. zaprezentowana w lutym 2023 r.

³⁰ Skonsolidowany raport półroczny PSr 2023, www.orange-ir.pl.

³¹ Skumulowany roczny wskaźnik wzrostu (ang. Compound Annual Growth Rate). Jest to miara, która odzwierciedla średni roczny przyrost określonej wartości, na przestrzeni danego okresu.

³² Miernik zyskowności w OPL jest EBITDAaL (EBITDA after Leases), jest to efekt wprowadzenia MSSF16.

³³ ROCE (*return on capital employed*) to wskaźnik finansowy, który przedstawia stopę zwrotu z kapitału stałego. Jest to miara rentowności, która odzwierciedla efektywność, z jaką wykorzystywane są długoterminowe kapitały przedsiębiorstwa.

czy nakłady inwestycyjne zostaną odzyskane nie stanowi zachęty do inwestycji w infrastrukturę światłowodową.

W ocenie Prezesa UKE ryzyka te powinny zostać złagodzone poprzez uwzględnienie dodatkowej premii za ryzyko NGA w zakresie budowy infrastruktury światłowodowej, wyznaczonej na podstawie aktualnych i obiektywnych danych.

Analizując ponownie całość materiału dowodowego zebranego w sprawie, Prezes UKE podtrzymuje argumentację zawartą w treści Zaskarżonej Decyzji w zakresie konieczności ustalenia premii za ryzyko NGA. Zgodnie z art. 53 ust. 1 Pt, Prezes UKE, określając wskaźnik WACC obowiązany jest uwzględnić typowe ryzyko związane z zaangażowaniem kapitału, zwłaszcza dla nowych przedsięwzięć inwestycyjnych. Należy podkreślić, że miedziana infrastruktura telekomunikacyjna już istnieje, nie jest przedmiotem nowych inwestycji, a w konsekwencji świadczenie usług z jej wykorzystaniem nie jest obciążone takim ryzykiem jak usługi realizowane w oparciu o elementy światłowodowej sieci dostępowej.

Zatem czynnik wpływający na wysokość wskaźnika WACC, jakim jest premia za ryzyko NGA dla nowych przedsięwzięć inwestycyjnych, będzie miał zastosowanie do usług realizowanych przy zastosowaniu infrastruktury światłowodowej.

Od wybuchu pandemii COVID-19 nastąpił znaczny wzrost ruchu sieciowego, co związane jest z zapotrzebowaniem na większe przepustowości. Należy się częściowo zgodzić z KIGEiT, iż nastąpił wzrost zapotrzebowania na usługi świadczone przy wykorzystaniu sieci światłowodowych. Niemniej jednak wzrosły również ryzyka wynikające ze wzrostu kosztów pracy na infrastrukturze technicznej oraz z opóźnień ze strony firm wykonawczych. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej rozważania, nie można zgodzić się z zarzutem KIGEiT, iż Prezes UKE nie przeprowadził analizy ryzyk wymienionych w Zaskarżonej Decyzji (str. 30-34) i powtórzonych w treści uzasadnienia niniejszej Decyzji. Zarzuty KIGEiT, iż Prezes UKE naruszył prawo materialne, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 53 ust. 1 Pt oraz art. 104 § 1 kpa poprzez ustalenie wartości wskaźnika WACC w nieprawidłowej wysokości, nie zasługują na uwzględnienie, a także zarzut naruszenia art. 7, art. 8 i art. 9 kpa oraz art. 77 § 1 kpa przez brak wszechstronnej oceny i analizy oraz brak wyczerpującego wyjaśnienia przyjętego przez Prezesa UKE rozstrzygnięcia, w szczególności wyjaśnienia zasadności przyjęcia poszczególnych paramentów wykorzystywanych do kalkulacji WACC dla OPL jest bezzasadny, bowiem Prezes UKE szczegółowo wyjaśnił zasadność przyjęcia poszczególnych parametrów.

Po ponownej analizie sprawy Prezes UKE stwierdza, iż zidentyfikowane i zaprezentowane w Zaskarżonej Decyzji oraz w niniejszej decyzji ryzyka powinny zostać złagodzone poprzez uwzględnienie dodatkowej premii za ryzyko NGA w zakresie budowy infrastruktury światłowodowej.

5. Premia za ryzyko NGA – Wniosek OPL

We Wniosku OPL, Stanowisku konsultacyjnym OPL, OPL zarzuciła Zaskarżonej Decyzji, że wskaźnik WACC FTTH został wyznaczony bez uwzględnienia w premii za ryzyko NGA znaczących zmian w otoczeniu makroekonomicznym, w tym w szczególności wzrostu ryzyka specyficznego dla Polski.

Mając na uwadze stwierdzenie OPL, Prezes UKE wskazuje, iż wyliczenie wskaźnika WACC ustalane jest na podstawie konkretnych regulacji unijnych i nie ma możliwości pominięcia metodyki z Zawiadomienia KE, danych z Raportu BEREC oraz zastosowania innych danych. Tym samym zarzuty podniesione we Wniosku OPL o tym, że dane z bardzo długich okresów

wykorzystywane w procesie wyliczania wskaźnika WACC prowadzą do niewłaściwego, zbyt odległego od dzisiejszych realiów wyniku, nie zasługują na uwzględnienie.

We Wniosku OPL, OPL wskazała, iż otrzymała w dniu 19 grudnia 2022 r. zawiadomienie od Fiberhost o zatwierdzeniu przez Prezesa UKE zmiany „Oferty ramowej - dostęp telekomunikacyjny do sieci szerokopasmowej wykonanej z wykorzystaniem środków przyznanych w ramach Działania 1.1 POPC drugi, trzeci i czwarty konkurs polegającej na podwyższeniu opłat hurtowych pobieranych przez Fiberhost z tytułu świadczenia usług BSA i LLU. Zdaniem OPL, przy jednoczesnym obniżeniu wskaźnika WACC FTTH Prezes UKE zapoczątkował na rynku polskim proces podwyżki cen poprzez akceptację zmiany oferty hurtowej jednego z większych beneficjentów POPC. Ponadto we Wniosku OPL, OPL wskazała, iż wysokość wskaźnika WACC ma bezpośredni wpływ na wysokość opłat. Według OPL niedopuszczalne jest akceptowanie przez Prezesa UKE podwyżki dla opłat w ofercie ramowej stosowanych przez beneficjenta pomocy publicznej, a jednocześnie zmuszanie OPL do świadczenia tych samych usług po zaniżonych cenach. Ponownie, powyższe stwierdzenia padły w Stanowisku konsultacyjnym OPL.

Kolejnym zarzutem OPL jest twierdzenie, że z jednej strony urzędy i środowisko telekomunikacyjne zauważają wzrost kosztów realizacji inwestycji telekomunikacyjnych spowodowanych wzrostem poziomu inflacji, a jednocześnie z drugiej strony Prezes UKE tylko dla OPL obniża wskaźnik WACC będący odzwierciedleniem tych kosztów.

OPL we Wniosku OPL, a także w Stanowisku konsultacyjnym OPL podsumowała, iż premia za ryzyko NGA uwzględniająca zmianę czynników makroekonomicznych specyficznych dla rynku polskiego przywróci przewidywalność otoczenia regulacyjnego. Będzie wyraźnym sygnałem dla potencjalnych inwestorów i kredytodawców, że dotychczasowe inwestycje w sieć FTTH nie są wystarczające oraz umożliwi uzyskanie godziwego zwrotu z poczynionych dotąd inwestycji.

Mając na uwadze powyższe Prezes UKE wskazuje, iż wskaźnik WACC odnosi się do usług regulowanych na Rynku 3a i Rynku 3b, natomiast Fiberhost jest operatorem, którego oferta podlega ocenie Prezesa UKE na podstawie innych przepisów prawa w porównaniu do przepisów stosowanych w przypadku wskaźnika WACC. Należy podkreślić, iż wyznaczenie wskaźnika WACC, jaki posłuży do kalkulacji kosztów operatorowi SMP³⁴ na rynkach regulowanych 3a i 3b jest nieporównywalne z zatwierdzeniem zmiany oferty nieregulowanego beneficjenta POPC. Twierdzenie, że Prezes UKE z jednej strony obniżył wskaźnik WACC FTTH dla OPL, a z drugiej strony zapoczątkował na polskim rynku proces podwyżki cen poprzez akceptację zmiany oferty hurtowej jednego z większych beneficjentów w POPC nie jest zgodne ze stanem faktycznym i nie zasługuje na uwzględnienie. Niniejsze postępowanie dotyczy określania wskaźnika WACC na podstawie art. 53 ust. 1 Pt. Akceptacja oferty beneficjenta POPC jest procesem nieporównywalnym i odrębnym w porównaniu do procesu wyznaczania wskaźnika WACC dla operatora regulowanego jakim jest OPL. W niniejszym postępowaniu Prezes UKE wyznacza wskaźnik WACC na podstawie konkretnej metodyki wskazanej przez KE.

W Stanowisku konsultacyjnym OPL, OPL zwróciła uwagę, iż w postępowaniu konsolidacyjnym projektu decyzji, regulator hiszpański (CNMC) ustalił WACC dla istniejącej infrastruktury na 2022 r. z uwzględnieniem presji inflacyjnej, pomimo braku takich zaleceń w Zawiadomieniu KE oraz Raporcie BEREC. Odnosząc się do powyższego Prezes UKE zwraca uwagę, iż wskaźnik WACC określany dla OPL stanowi jeden z elementów metodyki kalkulacji

³⁴ ang. Significant Market Power.

długookresowych kosztów przyrostowych, stosowanej przez OPL. Kalkulacja kosztów przeprowadzana jest w koszcie bieżącym wg tzw. koncepcji zachowania kapitału finansowego (FCM³⁵). Według koncepcji FCM wynik bieżący jest osiągnięty poprzez korektę wyniku historycznego o efekt zmian wartości aktywów i pasywów oraz o efekt zmiany (spadku) siły nabywczej kapitału zaangażowanego OPL wynikający z inflacji. Zastosowanie koncepcji FCM oznacza, iż efekt inflacji jest już uwzględniany w kalkulacji kosztów, której składnikiem jest także wskaźnik WACC.

Odnosząc się do twierdzenia OPL, że w Zaskarżonej Decyzji Prezes UKE obniżył wskaźnik WACC, należy wskazać, iż w Zaskarżonej Decyzji wskaźnik WACC został określony przy zastosowaniu najbardziej aktualnych danych zawartych w obowiązującym Raporcie BEREC. Z powyższego wynika, że Prezes UKE działa w ramach i na podstawie obowiązujących dokumentów unijnych, Zawiadomienia KE oraz Raportu BEREC.

Wspomniane przez OPL ryzyka makroekonomiczne, także zostały uwzględnione przez Prezesa UKE poprzez zastosowanie dodatkowej premii za ryzyko NGA co znalazło odzwierciedlenie w wysokości WACC dla infrastruktury światłowodowej. Zostało to również wielokrotnie podkreślone w Zaskarżonej Decyzji.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, Prezes UKE wyjaśnia, iż podejście w zakresie uwzględnienia dodatkowej premii za ryzyko NGA oraz określenie WACC FTTH dla OPL według rozstrzygnięcia przedstawionego w Zaskarżonej Decyzji należy uznać za poprawne i uzasadnione w świetle otoczenia makroekonomicznego, w którym działa OPL.

Jednocześnie, odnosząc się do samej wysokości premii za ryzyko NGA w trakcie ponownej analizy sprawy zakończonej Zaskarżoną Decyzją, z uwagi na zmianę stanu faktycznego, wymagała ona rekalkulacji, co, jak już wyjaśniono szczegółowo powyżej, w konsekwencji doprowadziło do konieczności uchylecia pkt I.1. Zaskarżonej Decyzji tj. w zakresie określenia dla OPL wskaźnika WACC, mającego zastosowanie w kalkulacji kosztów w odniesieniu do usług realizowanych przez OPL na Rynku 3a i Rynku 3b w oparciu o infrastrukturę światłowodową, i orzeczenia w tym zakresie co do istoty sprawy poprzez zmianę tego wskaźnika.

Jak zostało wyjaśnione wyżej w uzasadnieniu niniejszej decyzji, w Zaskarżonej Decyzji premia za ryzyko NGA została wyznaczona w oparciu o dane z 5 krajów stosujących taką premię. Prezes UKE wyznaczył premię za ryzyko NGA dla OPL jako średnią arytmetyczną wartości premii za ryzyko NGA, aktualnych na dzień 6 września 2022 r.

Ponownie rozpatrując, na skutek Wniosku KIGEiT i Wniosku OPL, niniejszą sprawę oraz podejmując rozstrzygnięcie w niniejszej decyzji, Prezes UKE postanowił kontynuować podejście do wyznaczania premii za ryzyko NGA. Zmieniła się natomiast sama wartość ww. premii z uwagi na fakt, iż zmianie uległa wysokość premii za ryzyko NGA stosowanej w Czechach i Chorwacji. Fakty te Prezes UKE zobowiązany był wziąć pod uwagę ponownie rozstrzygając w sprawie z Wniosku KIGEiT i z Wniosku OPL w zakresie określenia wskaźnika WACC mającego zastosowanie w kalkulacji kosztów w odniesieniu do usług realizowanych przez OPL na Rynku 3a i Rynku 3b w oparciu o infrastrukturę telekomunikacyjną światłowodową.

W efekcie Prezes UKE zmienił rozstrzygnięcie (uchylenie pkt I.1 sentencji Zaskarżonej Decyzji oraz orzeczenie w tym zakresie co do istoty sprawy), uwzględniając w tym zakresie zmianę wysokości premii za ryzyko NGA. Na skutek ponownego rozpatrzenia sprawy, Prezes UKE uwzględnił bowiem aktualnie obowiązujące wartości premii za ryzyko NGA, stosowane

³⁵ ang. Financial Capital Maintenance.

w 5 krajach UE. Prezes UKE wyznaczył premię za ryzyko NGA, wykorzystując średnią arytmetyczną wartości premii za ryzyko NGA w infrastrukturę światłowodową, na podstawie wartości tych parametrów aktualnych na dzień 17 lutego 2023 r. W grupie, która posłużyła do wyznaczenia premii za ryzyko NGA znalazło się 5 krajów UE. Podkreślenia wymaga, iż Prezes UKE odpytał NRA w 26 państwach UE, w zakresie stosowania premii za ryzyko NGA służącej wyznaczaniu WACC dla światłowodowej infrastruktury telekomunikacyjnej. Z udzielonych odpowiedzi wynika, iż tylko 5 NRA stosuje premię za ryzyko NGA. Z uwagi na powyższe Prezes UKE, kontynuując podejście co do zastosowania premii za ryzyko NGA, uwzględnił średnią arytmetyczną z 5 krajów, które taką premię stosują.

Tabela 1. Kraje stosujące premię za ryzyko NGA (dane aktualne na dzień 17 lutego 2023 r.).

Kraj	Wysokość premii za ryzyko NGA
Włochy	3,20%
Belgia	1,59%
Chorwacja	1,55%
Czechy	0,97%
Słowenia	1,50%
Średnia arytmetyczna	1,76%

Źródło: Odpowiedzi NRA na pytania przekazane w kwestionariuszu UKE.

Podsumowując, z grupy odpytanych przez Prezesa UKE państw na dzień 17 lutego 2023 r. 5 państw stosuje premię za ryzyko NGA. W związku tym Prezes UKE, szacując premię za ryzyko NGA w niniejszej decyzji uwzględnił te państwa, które taką premię stosują do wyliczenia średniej arytmetycznej, co dało finalnie wynik 1,76%.

Ponadto, Prezes UKE zwraca uwagę, iż Zawiadomieniu KE przyświecał cel jakim jest ujednolicenie i zharmonizowanie podejścia do metodyki kalkulacji WACC w ramach krajów UE, zaś wyznaczenie premii za ryzyko NGA na podstawie statystyk pochodzących z państw, działających na wspólnym rynku unijnym, spełnia przesłanki wynikające z Zawiadomienia KE.

Jednocześnie Prezes UKE podkreśla, że zarówno zmiana wysokości premii za ryzyko NGA, jak i w konsekwencji zmiana wysokości wskaźnika WACC FTTH z 8,46% do 8,38%, nie wynika z nieprawidłowości rozstrzygnięcia podjętego w Zaskarżonej Decyzji, lecz ze zmiany okoliczności faktycznych, które Prezes UKE zobowiązany był wziąć pod uwagę na dzień wydania niniejszej decyzji, ponownie rozstrzygając w sprawie. Zmianie uległa bowiem wysokość premii za ryzyko NGA, która była stosowana przez Prezesa UKE do wyznaczenia WACC FTTH w Zaskarżonej Decyzji.

OPL w Stanowisku konsultacyjnym OPL podkreśliła, iż Zalecenie NGA zostanie w pełni zastąpione opublikowanym przez KE projektem Zalecenia z dnia 23 lutego 2023 r. w sprawie sieci gigabitowej, które spowoduje „m. in. zwiększenie pewności prawnej i przewidywalności regulacyjnej w perspektywie długoterminowych inwestycji w sieci o bardzo dużej przepustowości”.

Prezes UKE zwraca uwagę, że dokument, na który powołuje się OPL, jest na etapie projektu i na chwilę obecną nie ma zastosowania do niniejszej decyzji. Prezes UKE wydając niniejszą decyzję wziął pod uwagę aktualnie obowiązujące Zawiadomienie KE oraz Zalecenie NGA.

Podsumowując, ponownie rozstrzygając w sprawie zakończonej Zaskarżoną Decyzją Prezes UKE stwierdza, iż ryzyka makroekonomiczne (oraz ryzyka specyficzne dla OPL) szczegółowo opisane w Zaskarżonej Decyzji oraz w niniejszej decyzji mają wpływ na decyzje inwestycyjne w obszarze infrastruktury światłowodowej.

Wzrost inflacji, kursów walut, stóp procentowych, kosztów wybudowania infrastruktury, zmiany technologiczne w ostatecznym rozrachunku mogą wpłynąć na ograniczenie wydatków na inwestycje w infrastrukturę światłowodową. Istotnym elementem niepewności jest także ograniczenie wydatków konsumentów na usługi telekomunikacyjne. Niepewność co do tego, czy nakłady inwestycyjne zostaną odzyskane nie zachęca operatora do inwestycji w infrastrukturę światłowodową.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UKE ponownie podejmując rozstrzygnięcie, uchylił Zaskarżoną Decyzję w części, w jakiej określała ona wskaźnik WACC FTTH w wysokości 8,46% w punkcie I.1 i w tym zakresie ponownie orzekł w sprawie określając wskaźnik WACC FTTH w wysokości 8,38%. Zaskarżona Decyzja w pozostałym natomiast zakresie zostaje utrzymana w mocy.

6. Brak określenia terminu obowiązywania WACC

We Wniosku KIGEiT wskazano, że w Zaskarżonej Decyzji Prezes UKE nie określił, w którym roku powyższy wskaźnik WACC powinien obowiązywać. Zgodnie z art. 53 ust. 1 Pt Prezes UKE określa corocznie, w drodze decyzji, dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, na którego nałożył obowiązek prowadzenia kalkulacji kosztów, wskaźnik zwrotu kosztu zaangażowanego kapitału, który przedsiębiorca telekomunikacyjny stosuje w kalkulacji kosztów, uwzględniając udokumentowane koszty pozyskania kapitału, pozycję przedsiębiorcy na rynku kapitałowym, typowe ryzyko związane z zaangażowaniem kapitału, zwłaszcza dla nowych przedsięwzięć inwestycyjnych oraz koszty zaangażowania kapitału na porównywalnych rynkach. Przepis ten nie zawiera jakichkolwiek wytycznych co do określania, na który rok ma mieć zastosowanie przedmiotowy wskaźnik. Podobnie § 19 Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów usług z dnia 15 grudnia 2005 r. (Dz. U. 2005 r., nr 255 poz. 2140, ze zm.), także nie nakłada obowiązku wskazywania wprost w decyzji wydawanej na podstawie art. 53 ust. 1 Pt, roku, w którym ma obowiązywać wskaźnik WACC. Wskaźnik średniego ważonego kosztu kapitału określony jest przez Prezesa UKE dla OPL, zgodnie z art. 53 ust. 1 Pt, corocznie i powinien być stosowany w odniesieniu do roku, na który kalkulowane są koszty usług. W związku z tym należy przyjmować do danej kalkulacji kosztów wskaźnik WACC wynikający z ostatniej decyzji Prezesa UKE określającej corocznie wskaźnik WACC dla OPL – w omawianej sprawie w wysokości określonej w Zaskarżonej Decyzji, w części uchylonej i zmienionej in merito tj. w zakresie wskaźnika WACC mającego zastosowanie w kalkulacji kosztów w odniesieniu do usług realizowanych przez OPL na Rynku 3a i Rynku 3b w oparciu o infrastrukturę światłowodową (pkt I.1 Zaskarżonej Decyzji), a w pozostałym zakresie utrzymanej w mocy, zgodnie z brzmieniem sentencji niniejszej decyzji.

Zaskarżonej Decyzji na podstawie art. 108 § 1 kpa nadano rygor natychmiastowej wykonalności. Biorąc pod uwagę powyższy element merytorycznego rozstrzygnięcia Zaskarżonej Decyzji - wskaźnik WACC ma zastosowanie z chwilą doręczenia stronom niniejszej decyzji i będzie miał zastosowanie w wynikach kalkulacji kosztów przewidywanych na rok 2024, które zostaną sporządzone przez OPL na podstawie opisu kalkulacji kosztów, który zostanie zatwierdzony przez Prezesa UKE w postępowaniu administracyjnym wszczętym na wniosek OPL z dnia 28 kwietnia 2022 r., w przedmiocie uzgodnienia, a następnie zatwierdzenia projektu instrukcji w zakresie prowadzonej przez OPL rachunkowości regulacyjnej za 2022 rok i opisu kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji (Rynek 3a) oraz usługi centralnego dostępu w stałej lokalizacji dla produktów rynku masowego (Rynek 3b) na 2024 rok.

Mając powyższe na uwadze, Prezes UKE wskazuje, że zarzuty KIGEiT oraz zarzuty OPL nie zasługują na uwzględnienie.

Podsumowując wskazane wyżej rozważania, po ponownym, wnikliwym, wszechstronnym i wyczerpującym rozpatrzeniu całej sprawy zakończonym wydaniem Zaskarżonej Decyzji, w tym po przeanalizowaniu zarzutów zgłoszonych przez KIGEiT we Wniosku KIGEiT oraz zarzutów zgłoszonych przez OPL we Wniosku OPL, Prezes UKE uchylił Zaskarżoną Decyzję w części dotyczącej pkt I.1 sentencji Zaskarżonej Decyzji i w tym zakresie orzekł co do istoty sprawy, a w pozostałym zakresie utrzymał Zaskarżoną Decyzję w mocy.

7. Publiczne konsultacje

W dniach od 24 marca 2023 r. do 24 kwietnia 2023 r. Prezes UKE przeprowadził publiczne konsultacje dotyczące projektu Decyzji. Stanowisko konsultacyjne przedstawiła KIGEiT, OPL oraz T-Mobile. W Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT, KIGEiT podtrzymała argumentację przedstawioną we Wniosku KIGEiT w odniesieniu do parametru beta, struktury kapitału, premii za udostępnienie kapitału własnego (ERP) oraz dodatkowej premii za ryzyko inwestycyjne w sieci światłowodowej. W zakresie struktury kapitału oraz dodatkowej premii za ryzyko inwestycyjne w sieci światłowodowej analogiczną opinię wyraziła T-Mobile w Stanowisku konsultacyjnym T-Mobile. Także OPL w Stanowisku konsultacyjnym OPL podtrzymała stanowisko wyrażone we Wniosku OPL. Prezes UKE odniósł się do argumentacji podniesionej w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT, w Stanowisku konsultacyjnym T-Mobile oraz w Stanowisku konsultacyjnym OPL w poprzednich sekcjach Decyzji.

Po wszechstronnej i wnikliwej analizie stanowisk zaprezentowanych w ramach publicznych konsultacji projektu Decyzji, Prezes UKE nie uwzględnił argumentacji przedstawionej w Stanowisku konsultacyjnym KIGEiT, Stanowisku konsultacyjnym OPL oraz w Stanowisku konsultacyjnym T-Mobile.

POUCZENIE

Od decyzji Stronie przysługuje skarga do WSA w Warszawie. Skargę należy wnieść w terminie 30 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji za pośrednictwem Prezesa UKE (art. 3 § 2 pkt 1, art. 13 § 1 i § 2, art. 50 § 1, art. 52 § 1, art. 53 § 1, art. 54 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j.: Dz. U. z 2023 r., poz. 259, dalej „Ppsa”).

Od skargi na niniejszą decyzję, wszczynającej postępowanie przed sądem administracyjnym pobiera się wpis stały w wysokości 200 zł, na podstawie § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 marca 2021 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2021 r., poz. 535 ze zm.) w związku z art. 230 Ppsa.

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