



**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

DR.SMP.6041.1.2020.231

Warszawa, 15 lutego 2021 r.

3S S.A.

ul. Ligocka 103/8
40-568 Katowice

ATM S.A.

ul. Grochowska 21a
04-186 Warszawa

EMITEL S.A.

ul. Klimczaka 1
02-797 Warszawa

**Energa Informatyka
i Technologie sp. z o.o.**

al. Grunwaldzka 472A
80-309 Gdańsk

Energa Operator S.A.

ul. Marynarki Polskiej 130
80-557 Gdańsk

Exatel S.A.

ul. Perkuna 47
04-164 Warszawa

GTS Poland sp. z o.o.

ul. Postępu 15C / 3 piętro
02-676 Warszawa

INEA S.A.

ul. Klaudyny Potockiej 25
60-211 Poznań

Intelligent Technologies S.A.

Al. Jerozolimskie 98
00-807 Warszawa

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

Pismo wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym

Internetia sp. z o.o.

ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa

Multimedia Polska S.A.

ul. Tadeusza Wendy 7/9
81-341 Gdynia

Multimedia Polska Biznes S.A.

ul. Koszykowa 61B
00-667 Warszawa

**Naukowa i Akademicka Sieć
Komputerowa – Państwowy Instytut
Badawczy**

ul. Kolska 12
01-045 Warszawa

NASK S.A.

ul. Wąwozowa 18, lok. 10
02-796 Warszawa

Netia S.A.

ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa

Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

PGE Dystrybucja S.A.

ul. Garbarska 21A
20-340 Lublin

PGE Energia Odnawialna S.A.

ul. Ogrodowa 59A
00-876 Warszawa

**PGE Górnictwo i Energetyka
Konwencjonalna S.A.**

ul. Węglowa 5
97-400 Bełchatów

PKP Telkol sp. z o.o.

Al. Jerozolimskie 142B
02-305 Warszawa

Polkomtel Infrastruktura sp. z o.o.

ul. Konstruktorska 4

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

02-673 Warszawa

Polkomtel sp. z o.o.
ul. Konstruktorska 4
02-673 Warszawa

TK Telekom sp. z o.o.
ul. Kijowska 10/12A
03-743 Warszawa

T-Mobile Polska S.A.
ul. Marynarska 12
02-674 Warszawa

TOYA sp. z o. o.
ul. Łąkowa 29
90-554 Łódź

UPC Polska sp. z o.o.
al. Solidarności 171
00-877 Warszawa

**Vectra
Investments sp. z o.o. sp. jawna**
ul. Emilii Plater 53
00-113 Warszawa

Vectra S.A.
al. Zwycięstwa 253
81-525 Gdynia

Podmioty na prawach strony:

**Polska Izba Komunikacji
Elektronicznej**
ul. Przemysłowa 30
00-450 Warszawa

**Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki
i Telekomunikacji**
ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

POSTANOWIENIE

Na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 1, w związku z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2460, ze zm., dalej „ustawa Prawo telekomunikacyjne” lub „Pt”), w związku z art. 123 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 256, ze zm., dalej „kpa”) w związku z art. 206 ust. 1 Pt,

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

Pismo wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym

- I. określam rynek właściwy, jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s (dalej również „rynek 4/2014 powyżej 2 Mb/s”);
- II. ustalam, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą;
- III. stwierdzam, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s występuje skuteczna konkurencja.
- IV. Załącznik nr 1 – odniesienie do stanowisk zgłoszonych przez uczestników postępowania konsultacyjnego, jakie zostało przeprowadzone w dniach od 2 października 2020 r. do 2 listopada 2020 r., stanowi integralną część niniejszego postanowienia.
- V. Niniejsze postanowienie podlega natychmiastowemu wykonaniu. Wniesienie zażalenia nie wstrzymuje jego wykonania.

UZASADNIENIE

1. Przebieg postępowania

- 1.1. W związku z rozpoczęciem analizy rynku 4/2014 powyżej 2 Mb/s od dnia 28 lutego 2020 r Prezes UKE zwracał się do wybranych przedsiębiorców telekomunikacyjnych o przekazanie niezbędnych danych i informacji.
- 1.2. Po przeprowadzeniu analizy rynku 4/2014 powyżej 2 Mb/s, w dniu 25 września 2020 r. Prezes UKE wszczął z urzędu postępowanie administracyjne mające na celu:
 - a) określenie rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych, zwanego dalej „rynkiem właściwym”,
 - b) ustalenie, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
 - c) wyznaczenie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
 - d) utrzymanie, zmianę albo uchycenie obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

- 1.3. Pismem z dnia 2 października 2020 r. Prezes UKE zawiadomił Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK”) o rozpoczęciu w tym dniu postępowania konsultacyjnego dotyczące projektu postanowienia.
- 1.4. W dniach od 2 października 2020 r. do 2 listopada 2020 r. przeprowadzone zostało postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu postanowienia.
- 1.5. Pismem z dnia 12 października 2020 r., Polska Izba Komunikacji Elektronicznej (dalej „PIKE”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.
- 1.6. Postanowieniem z dnia 28 października 2020 r. Prezes UKE dopuścił PIKE do udziału w niniejszym postępowaniu.
- 1.7. W dniu 10 listopada 2020 r., Prezes UKE ogłosił wyniki konsultacji projektu postanowienia.
- 1.8. W dniu 13 listopada 2020 r. Prezes UKE notyfikował Komisji Europejskiej projekt rozstrzygnięcia.
- 1.9. Pismem z dnia 16 listopada 2020 r., Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „KIGEiT”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu.
- 1.10. Postanowieniem z dnia 23 listopada 2020 r. Prezes UKE dopuścił KIGEiT do udziału w niniejszym postępowaniu.
- 1.11. W dniu 9 grudnia 2020 r. Komisja Europejska wydała decyzję, w której zaakceptowała bez uwag notyfikowany projekt rozstrzygnięcia.
- 1.12. Pismem z dnia 16 grudnia 2020 r., Prezes UKE zawiadomił strony postępowania o włączeniu materiału dowodowego do akt postępowania.
- 1.13. Postanowieniem z dnia 17 grudnia 2020 r., Prezes UKE ograniczył stronom postępowania prawo wglądu do materiału dowodowego w zakresie, w jakim materiały te zawierają w swej treści informacje pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa.
- 1.14. W dniu 29 grudnia 2020 r. Prezes UKE przekazał projekt niniejszego postanowienia Prezesowi UOKiK celem zajęcia przez ten organ stanowiska w myśl art. 106 § 1 kpa.
- 1.15. Pismem z dnia 30 grudnia 2020 r. Prezes UKE poinformował uczestników postępowania o przekazaniu projektu postanowienia Prezesowi UOKiK.
- 1.16. W dniu 12 stycznia 2020 r. Prezes UOKiK wydał, na podstawie art. 106 § 5 kpa postanowienie uznające za zasadne proponowane przez Prezesa UKE rozstrzygnięcie zawarte w niniejszym postanowieniu.
- 1.17. Pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. Prezes UKE zawiadomił uczestników postępowania o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych materiałów i dowodów.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny 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 (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 poz. 2410, z późn. zm., dalej „Megaustawa”).

Zgodnie z art. 21 ust. 1 Pt Prezes UKE przeprowadza analizę rynku w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych.

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

Pismo wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym

Zgodnie z art. 22 ust. 1 Pt po przeprowadzeniu analizy, o której mowa w art. 21 ust. 1 Pt, Prezes UKE przeprowadza postępowanie w celu:

1. określenia rynku właściwego, zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwie stopniu Zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych,
2. ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą,
3. wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych,
4. utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

Przepis art. 22 ust. 2 Pt stanowi natomiast, że przez obowiązek regulacyjny rozumie się obowiązek, o którym mowa w art. 34, art. 36-40, art. 42, art. 44, art. 44b, art. 45, art. 46 lub art. 72 ust. 3 Pt.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 1 Pt, jeżeli Prezes UKE ustali, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, wydaje postanowienie, w którym określa rynek właściwy w sposób określony w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja.

Na podstawie przepisu art. 25a ust. 1 Pt, przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego. Z kolei zgodnie z art. 25a ust. 2 Pt, Prezes UKE przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji w sprawie analizy rynku i ustalania znaczącej pozycji rynkowej, w ich aktualnym brzmieniu, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt.

Aktualnie obowiązującymi są Wytyczne Komisji Europejskiej nr 2018/C 159/01 dotyczące analizy rynku i oceny znaczącej pozycji rynkowej na podstawie unijnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE z 7 maja 2018, C 159, str. 1–15, dalej „Wytyczne” lub „Wytyczne Komisji”). Zgodnie z Wytycznymi Komisji (motyw 54) rozpatrując pozycję rynkową przedsiębiorstwa, ważne jest, aby uwzględnić jego udział w rynku oraz jego konkurentów, jak również presję wywieraną przez konkurentów w perspektywie średnioterminowej. Udział w rynku może stanowić dla krajowych organów regulacyjnych pierwszą użyteczną informację na temat struktury rynku i względnego znaczenia różnych działających na nim przedsiębiorstw.

Do przykładowych kryteriów wymienianych przez Komisję Europejską w Wytycznych (motyw 58), które mogą służyć ocenie zdolności przedsiębiorstwa do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów, należą m.in.:

- bariery wejścia na rynek,
- bariery ograniczające ekspansję,
- bezwzględna i względna wielkość przedsiębiorstwa,
- kontrola infrastruktury, której nie da się łatwo powielić,
- atuty technologiczne i handlowe lub przewaga technologiczna i handlowa,
- brak wyrównawczej siły nabywczej lub jej niski poziom,
- ułatwiony lub uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych/zasobów finansowych,
- zróżnicowanie produktów/usług (na przykład łączenie produktów lub usług w pakiety),
- korzyści skali,
- korzyści zakresu,
- bezpośrednie i pośrednie efekty sieciowe,
- integracja pionowa,
- wysoko rozwinięta sieć dystrybucji i sprzedaży,
- zawarcie długoterminowych i trwałych porozumień o dostępie,
- nawiązanie stosunków umownych z innymi uczestnikami rynku, które mogą doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku,
- brak potencjalnej konkurencji.

Zgodnie z motywem 58 Wytycznych Komisji źródłem pozycji dominującej może być kombinacja kryteriów wymienionych powyżej¹. Oznacza to, że pozycja dominująca nie musi opierać się wyłącznie na kryteriach wymienionych w Wytycznych Komisji, ani na stwierdzeniu łącznego występowania wszystkich kryteriów wymienionych w Wytycznych Komisji.

W myśl art. 25a ust. 4 Pt, Prezes UKE przy ustalaniu, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną znaczącą pozycję na rynku właściwym ocenia cechy rynku właściwego, w szczególności udział przedsiębiorców w tym rynku oraz jego przejrzystość.

Jednocześnie, zgodnie z przepisem art. 25a ust. 5 Pt, jeżeli ocena nie wskazuje na brak kolektywnej pozycji znaczącej dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, dodatkowo stosuje się w szczególności następujące kryteria:

- niską elastyczność popytu,
- podobne udziały rynkowe,
- wysokie prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku,
- integrację pionową, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw,
- brak równoważącej siły nabywczej,
- brak potencjalnej konkurencji,

które nie muszą być spełnione łącznie.

¹ Wytyczne Komisji (motyw 58): „Jeśli powyższe kryteria uwzględni się osobno, niekoniecznie muszą one decydować o ustaleniu znaczącej pozycji rynkowej. Takie ustalenie musi opierać się na kombinacji czynników”.

Wytyczne Komisji w kontekście pozycji kolektywnej odwołują się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wskazując, że:

„(67) Sąd uznał w sprawie *Airtours*, że do ustalenia zbiorowej pozycji dominującej niezbędne jest spełnienie następujących trzech łącznych warunków:

- po pierwsze, każdy z uczestników dominującego oligopolu musi mieć możliwość dowiedzenia się, w jaki sposób zachowują się pozostali członkowie, aby móc monitorować, czy przyjmują jednakową linię postępowania. Nie wystarczy, by wszyscy uczestnicy dominującego oligopolu byli świadomi tego, że współzależne zachowanie na rynku jest korzystne dla każdego z nich, ale każdy uczestnik musi również mieć możliwość dowiedzenia się, czy pozostali operatorzy przyjmują taką samą strategię i czy się jej trzymają. Zatem rynek powinien być dostatecznie przejrzysty dla wszystkich członków dominującego oligopolu, aby mogli oni dowiedzieć się wystarczająco dokładnie i szybko o zmianach w zachowaniach rynkowych każdego z pozostałych członków;
- po drugie, sytuacja, w której ma miejsce cicha koordynacja, musi być stabilna na przestrzeni czasu, tj. musi istnieć bodziec do trwałego stosowania jednakowej linii postępowania na rynku. Wszyscy uczestnicy dominującego oligopolu mogą skorzystać tylko wówczas, gdy wszyscy postępują podobnie. Pojęcie odwetu za zachowania odbiegające od przyjętej jednakowej linii postępowania jest więc nierozzerwalnie związane z taką sytuacją. Aby zbiorowa pozycja dominująca była trwała, muszą istnieć odpowiednie środki zniechęcające, które zapewniają długoterminowy bodziec trwałego stosowania jednakowej linii postępowania, co oznacza, że każdy z uczestników dominującego oligopolu musi mieć świadomość, że każde jego działanie o charakterze ostro konkurencyjnym mające na celu zwiększenie udziału w rynku spowoduje identyczne działania ze strony pozostałych, tak że nie odniesie żadnych korzyści ze swojego posunięcia;
- po trzecie, aby wykazać istnienie pozycji dominującej w sposób wystarczający z prawnego punktu widzenia, należy również ustalić, że dające się przewidzieć reakcje obecnych i przyszłych konkurentów, a także klientów, nie zaszkodzą wynikom, których oczekuje się w ramach stosowania jednakowej linii postępowania.

(68) W sprawie *Impala II* Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że te kryteria pozwalają wskazać warunki, w obecności których istnieje zwiększone prawdopodobieństwo wystąpienia cichej (milczącej) koordynacji. Według Trybunału Sprawiedliwości taka cicha zmowa jest bardziej prawdopodobna, jeżeli konkurenci mogą łatwo dojść do wspólnego rozumienia, w jaki sposób powinna funkcjonować koordynacja, w szczególności w zakresie elementów, które mogą stanowić centralny punkt planowanej koordynacji. Jednocześnie Trybunał wskazał, że należy unikać mechanicznego działania polegającego na oddzielnym sprawdzaniu każdego kryterium z osobna, bez uwzględnienia ogólnego mechanizmu ekonomicznego hipotetycznej cichej koordynacji. Cechy rynku muszą zostać ocenione poprzez odniesienie się do tego mechanizmu hipotetycznej koordynacji” (...)

„(78) Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Impala II*, struktura rynku sprzyjająca powstaniu cichej zmowy może się charakteryzować nie tylko przejrzystością rynku, ale także koncentracją na rynku i jednorodnością produktów. W drodze ekstrapolacji można na podstawie orzecznictwa lub wcześniejszych decyzji regulacyjnych ustalić inne cechy, które mogą prowadzić do tych samych wniosków. Niewyczerpujący wykaz cech rynku, które krajowe organy regulacyjne mogą wziąć pod uwagę podczas dokonywania oceny

poszczególnych przypadków, zawiera przykładowo udziały w rynku, elastyczność popytu, integrację pionową, zgodność kosztów i wyników, całościowy zasięg sieci, rentowność oraz poziomy średniego przychodu na użytkownika, względną symetrię operatora i powiązane podobieństwo działalności detalicznej. Nie proponuje się jednak żadnego wyczerpującego wykazu. Znaczenie tych parametrów należy ponadto ustalić i ocenić indywidualnie dla każdego przypadku, uwzględniając okoliczności występujące w danym państwie. Jeżeli krajowe organy regulacyjne chcą wykorzystać pewne parametry, czerpiąc inspirację z wyników przeglądu *ex post* praktyk konkurencyjnych i połączeń, powinny to uczynić uwzględniając specyfikę regulacji *ex ante* w sektorze łączności elektronicznej w celu określenia w danych okolicznościach, czy cechy charakterystyczne rynku właściwego są takie, że każdy z uczestników danego dominującego oligopolu będzie uważał za możliwe, ekonomicznie racjonalne, a zatem wskazane, przyjąć – w sposób trwały – jednakową linię postępowania na rynku.”

Jak wskazują Wytyczne Komisji (motyw 13), wykonując analizę rynku zgodnie z art. 16 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dalej także „dyrektywa ramowa”), krajowe organy regulacyjne prowadzą perspektywiczne, strukturalne oszacowanie rynku właściwego w stosownym okresie. Z założenia regulacja *ex-ante* ma doprowadzić do wykreowania konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego i zapobiegać potencjalnym zniekształceniom konkurencji w przyszłości, jak również wspierać efektywne inwestowanie w nową i ulepszoną infrastrukturę oraz dostęp do niej.

Stosownie do normy art. 25c pkt 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne, rozstrzygnięcia, o których mowa w art. 23 ust. 1 Pt wydawane są przez Prezesa UKE po zasięgnięciu opinii Prezesa UOKiK wydanej w formie postanowienia. Natomiast zgodnie z art. 25c pkt 2 Pt ww. rozstrzygnięcia ogłasza się na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Ponadto zgodnie z art. 25c pkt 3 Pt wspomniane rozstrzygnięcia powinny w jak największym stopniu uwzględniać opinie i wspólne stanowiska przyjmowane przez BEREC (ang. *Body of European Regulators for Electronic Communications*). Na dzień wydania niniejszego postanowienia BEREC nie wydał jednakże żadnych opinii i wspólnych stanowisk, które mogłyby zostać uwzględnione w niniejszym postępowaniu.

Wskazać także należy, że w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 grudnia 2018 r. opublikowany został oficjalny tekst dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającej Europejski kodeks łączności elektronicznej (dalej także „EKŁE”). Wszedł on w życie 20 grudnia 2018 r. Od tej daty liczy się również 2 letni termin implementacji, przez państwa członkowskie Unii Europejskiej, tej dyrektywy.

Jednakże na dzień wydania niniejszego postanowienia, zapisy EKŁE nie zostały jeszcze wdrożone do polskiego porządku prawnego, a tym samym podstawą przeprowadzenia niniejszego postępowania są przepisy Pt w ich aktualnym brzmieniu, które stanowią implementację m.in. dyrektywy ramowej, czy dyrektywy o dostępie.

Szczegółowe uzasadnienie zastosowania wyżej wymienionych przepisów w sprawie znajduje się w następnych rozdziałach.

2. Definicja rynku właściwego

2.1. Prawne podstawy dla analizy rynków właściwych

Przez „rynek właściwy” rozumie się zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 2020 r. poz. 1076, ze zm.), dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów), rynek towarów (w tym rzeczy i usług na podstawie art. 4 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty. Dodatkowo, towary te są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Rynki właściwe podlegające analizie i regulacji określa Prezes UKE stosownie do dyspozycji art. 22 ust. 1 Pt zgodnie z prawem konkurencji, uwzględniając uwarunkowania krajowe oraz w największym możliwym stopniu zalecenie Komisji i wytyczne, o których mowa w art. 19 ust. 3 Pt, w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych.

Wytyczne Komisji², którymi, zgodnie z art. 19 ust. 3 ustawy Prawo telekomunikacyjne, powinien kierować się Prezes UKE przy analizie rynków właściwych i ustalaniu pozycji znaczącej, przewidują, iż zgodnie z ramami regulacyjnymi definicja rynków właściwych i ocena znaczącej pozycji rynkowej powinna opierać się na tych samych metodach, jak to ma miejsce w przypadku unijnego prawa konkurencji.

Natomiast obecnie obowiązującym zaleceniem Komisji Europejskiej, które Prezes UKE obowiązany jest uwzględnić, dotyczącym właściwych rynków produktów i usług jest Zalecenie z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiającą Europejski kodeks łączności elektronicznej (dalej: „Zalecenie 2020”).

Jednocześnie należy wskazać, że zarówno analiza rynku 4/2014 powyżej 2 Mb/s, postępowanie konsultacyjne, jak i konsolidacyjne zostały przeprowadzone w czasie, kiedy obowiązującym zaleceniem było Zalecenie z dnia 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 295, dalej: „Zalecenie 2014”).

Rynek będący przedmiotem analizy w niniejszym postępowaniu zdefiniowany został w Zaleceniu 2014 jako hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji (dalej rynek 4/2014). Z kolei Zalecenie 2020 określa ten rynek jako hurtowy rynek usługi dedykowanej przepustowości (rynek 2/2020).

Jak wynika z motywu 43 Zalecenia 2020 *„pozostałe rynki wymienione w zaleceniu z 2014 r., a mianowicie rynek 3a (hurtowy rynek usługi lokalnego dostępu w stałej lokalizacji) i (częściowo ponownie zdefiniowany) rynek 4 (hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji) nadal wymagają regulacji ex ante, ponieważ spełniają wspomniane trzy kryteria na poziomie Unii. Przy wyznaczaniu tych rynków krajowe organy regulacyjne*

² Wytyczne Komisji (pkt 1.2.)

powinny brać pod uwagę okoliczności krajowe, w szczególności w odniesieniu do obszaru geograficznego tych rynków”.

Z kolei motyw 33 Zalecenia 2020 wskazuje, że „W celu określenia granic rynku usługi dedykowanej przepustowości i innych produktów dostępu dla przedsiębiorców krajowe organy regulacyjne powinny, zapewniając, by właściwe produkty hurtowe odpowiadały stwierdzonemu problemowi na rynku detalicznym, uwzględnić szereg czynników, takich jak różne funkcje produktów i ich przeznaczenie, zmiany cen w czasie i elastyczność cenowa. Cechami wyróżniającymi produkty o dedykowanej przepustowości są ich zdolność do zapewnienia dedykowanych i niezakłóconych połączeń oraz symetryczne prędkości, przy czym produkty te powinny być oceniane, podobnie jak w przypadku produktów na innych rynkach, za pomocą analizy substytucyjności”.

Wskazać należy, że charakterystyka (zakres) hurtowego rynku usługi dedykowanej przepustowości (Zalecenie 2020) jest tożsama z charakterystyką (zakresem) hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji (Zalecenie 2014).

Uwzględniając obecnie obowiązujące regulacje należy wskazać na następujące okoliczności. W Decyzji z dnia 16 września 2015 r., sygn. sprawy: DART.SMP.6040.1.2015.51 (dalej „Decyzja 2015”) Prezes UKE określił rynek 4/2014 jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie (bez względu na zastosowaną technologię).

W Postanowieniu³ (dalej „Postanowienie 2015”), Prezes UKE określił rynek 4/2014 jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s. Jednocześnie, Prezes UKE stwierdził, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej, ani przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Rynek ten został uznany za konkurencyjny.

Rozdzielenie hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji na dwa oddzielne rynki: o przepływności do 2 Mb/s włącznie oraz powyżej 2 Mb/s wynikało ze znacząco różnych warunków konkurencji na tych rynkach. Siła ekonomiczna i udział Orange Polska S.A. (dalej „Orange” lub „Orange Polska”) na rynku o przepływności do 2 Mb/s włącznie uzasadniał podział hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji wskazanego w Zaleceniu 2014 na dwa ww. subryniki. Na rynku 4/2014 o przepływności do 2 Mb/s włącznie Orange został uznany (w 2015 r.) jako przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej oraz zostały na niego nałożone obowiązki regulacyjne.

Przechodząc do uzasadnienia sposobu określenia rynku właściwego w niniejszym postępowaniu Prezes UKE wskazuje, że zgodnie z przypisem 18 do pkt 24 Wytycznych Komisji użycie terminu „rynek właściwy” oznacza opisywanie produktów lub usług, z których składa się taki rynek, oraz ocenę obszaru geograficznego tego rynku. Rynek składa się zatem z produktów lub usług, przy czym pojęcia te są stosowane zamiennie.

Zgodnie z Zaleceniem 2020 (motyw 6) Interwencja regulacyjna ma w ostatecznym rozrachunku przynieść korzyści użytkownikom końcowym pod względem ceny, jakości i wyboru dzięki osiągnięciu zrównoważonej konkurencji na poziomie detalicznym. Punktem

³ Postanowienie z dnia 16 września 2015 r., sygn. sprawy: DART.SMP.6040.2.2015.422

wyjścia dla określenia rynków właściwych w niniejszym zaleceniu powinna być definicja rynków detalicznych w ujęciu perspektywicznym i dla danego horyzontu czasowego oraz zgodnie z prawem konkurencji. Jeśli na rynkach detalicznych istnieje skuteczna konkurencja w przypadku braku regulacji na poziomie hurtowym, krajowe organy regulacyjne powinny stwierdzić, że regulacja na powiązanych rynkach hurtowych nie jest już potrzebna.

Po dokonanej analizie rynkowej, Prezes UKE przeprowadza, zgodnie z art. 22 Pt, postępowanie administracyjne. W przypadku ustalenia przez Prezesa UKE, że na rynku właściwym nie występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą - Prezes UKE zobligowany jest do wydania:

- postanowienia (na podstawie art. 23 ust 1 pkt 1 Pt), w którym określa rynek właściwy oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja - jeżeli na tym samym rynku właściwym nie występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą;
- decyzji (na podstawie art. 23 ust 1 pkt 2 Pt), w której określa rynek właściwy oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja - jeżeli na tym samym rynku właściwym występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą, którzy utracili tę pozycję.

Uwzględniając powyższe, Prezes UKE przeprowadził analizę hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji, której celem było wykazanie, czy istnieją podstawy do interwencji regulacyjnej Prezesa UKE. Analiza wykazała, że na rynku 4/2014, zarówno o przepływności do 2 Mb/s włącznie jak i powyżej 2 Mb/s występuje skuteczna konkurencja oraz żaden z przedsiębiorców telekomunikacyjnych nie posiada znaczącej pozycji rynkowej (samodzielnie, ani kolektywnie). Tym samym, rynek określony Postanowieniem 2015 nadal nie powinien być regulowany. Zaznaczyć przy tym należy, że definicja krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji określona w Postanowieniu 2015 jest tożsama z definicją rynku określonego w niniejszym rozstrzygnięciu. Zalecenie 2020 jest wiążące na dzień wydania niniejszego rozstrzygnięcia i w zakresie w jakim dotyczy przedmiotowego rynku właściwego jest tożsame z Zaleceniem 2014, które było wiążące na dzień wydania Postanowienia 2015 i wszczęcia obecnego postępowania regulacyjnego.

Prezes UKE wskazuje, że zarówno w Postanowieniu 2015 jak i w niniejszym rozstrzygnięciu, zakres produktowy i geograficzny jest taki sam, a tym samym mowa jest o tym samym rynku, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt. 1 Pt.

Uwzględniając przepisy art. 23 ust. 1 pkt 1 oraz 2 Pt Prezes UKE w niniejszej sprawie zobligowany jest do wydania dwóch rozstrzygnięć – postanowienia oraz decyzji.

Mocą Postanowienia 2015 hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s był uznany za konkurencyjny. Żaden podmiot telekomunikacyjny nie został wyznaczony jako posiadający pozycję znaczącą oraz nie zostali wyznaczeni przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. W wyniku obecnie przeprowadzonej analizy rynkowej, Prezes UKE stwierdził, że na hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, nie występuje przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. W takim przypadku, zgodnie z przytoczonym powyżej art 23 ust. 1 pkt 1 Pt, Prezes UKE wydaje postanowienie, w którym określa rynek właściwy

w sposób wskazany w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt oraz stwierdza, że na tym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja.

Mając na względzie powyższe, Prezes UKE uznał za celowe przeanalizowanie w szczególności, jakie usługi i produkty wchodzą w skład rynku 4/2014 powyżej 2 Mb/s, objętego niniejszym postanowieniem, zarówno na poziomie detalicznym, jak i hurtowym.

2.2. Rynek produktowy na szczeblu detalicznym

Zgodnie z Wytycznymi Komisji właściwy rynek produktów/usług składa się z tych produktów i usług, które są w sposób wystarczający wymienne lub zastępowalne, nie tylko ze względu na ich obiektywne cechy, za pomocą których są one szczególnie dogodnie dla zaspokojenia stałych potrzeb konsumentów, ze względu na ich ceny lub zamierzony cel użytkowania, lecz również ze względu na warunki konkurencji i/lub struktury podaży i popytu na danym rynku.

Produkty lub usługi, które są tylko w małym lub względnym stopniu wymienne ze sobą nawzajem, nie mogą być zaliczane do tego samego rynku. Dlatego też, Prezes UKE powinien rozpocząć proces określania właściwych rynków produktów lub usług poprzez pogrupowanie produktów i usług, z których konsumenci korzystają w tych samych celach, a których to (produktów i usług) funkcjonalność jest postrzegana podobnie⁴.

Mając to na uwadze, Prezes UKE, dla krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, określił odpowiadający mu rynek na szczeblu detalicznym. Prezes UKE uznał, iż rynkiem detalicznym w tym przypadku jest rynek świadczenia usługi dostępu wysokiej jakości powyżej 2 Mb/s na rzecz użytkownika końcowego (zazwyczaj odbiorcy biznesowego lub instytucjonalnego).

Typowe usługi, jakich oczekują użytkownicy końcowi to połączenie z Internetem o wysokiej jakości i dużej przepustowości, z ograniczonym współdzieleniem, dodatkowym wsparciem technicznym, krótkimi czasami naprawy, telefonią IP, centrami danych, a także, w przypadku firm z wieloma oddziałami na terenie kraju, z dedykowanymi i niewspółdzielonymi połączeniami pomiędzy nimi. Wielu użytkowników końcowych (głównie biznesowych) oczekuje usługi o wartości dodanej, np. wirtualnych sieci prywatnych. Detaliczne usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s mogą być realizowane w dowolnej technologii, przy wykorzystaniu dowolnego medium przewodowego oraz przy zachowaniu standardów jakości usługi określonych w rozdziale 3.5. Wymienione wymagania spełnia usługa detalicznej dzierżawy łączy powyżej 2 Mb/s, w szczególności usługa dzierżawy łączy będących zakończeniem łączy oraz usługa dzierżawy łączy end-to-end.

Usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s na rynku detalicznym polega na udostępnieniu użytkownikowi stałego dedykowanego łącza telekomunikacyjnego, o określonych parametrach transmisji sygnału, pomiędzy dwoma punktami sieci telekomunikacyjnej, do wyłącznego użytku użytkownika. Usługa przeznaczona jest głównie dla firm, które posiadają minimum dwie oddalone od siebie lokalizacje i chcą je połączyć w jedną sieć (banki, korporacje, większe firmy posiadające swoje siedziby w różnych lokalizacjach). Detaliczna usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s jest wykorzystywana m.in. do połączeń sieci LAN, budowy sieci korporacyjnych. Szersze zastosowanie detalicznej usługi łączy dzierżawionych/dostępu wysokiej jakości w stałej

⁴ Wytyczne, motyw 33

lokalizacji powyżej 2 Mb/s ma miejsce w dynamicznie rozwijających się usługach, np. sieci Internetu czy sieci transmisji danych.

Zakres geograficzny świadczenia detalicznych usług dostępu wysokiej jakości o przepływności powyżej 2 Mb/s odpowiada zakresowi rynku właściwego, który został scharakteryzowany w pkt 2.4.

2.3. Rynek produktowy na szczeblu hurtowym

Podział rynku na:

- a) krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie oraz
- b) krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s,

został wprowadzony przez Prezesa UKE w 2015 r. Próg podziału na 2 Mb/s, dla analizowanego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji, na poziomie hurtowym został ustalony głównie ze względu na uwarunkowania technologiczne, ale też historyczne.

Usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie były realizowane w większości w technologiach tradycyjnych (w szczególności łącza analogowe, które w 2015 r. cieszyły się jeszcze stosunkowo dużym zainteresowaniem niektórych kupujących) i głównie przez Orange Polska, podczas gdy usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s oferowali przede wszystkim operatorzy alternatywni, realizując je powszechnie w innych niż tradycyjne technologiach. Zastosowany podział wynikał też z istotnych różnic w charakterystyce i strukturze rynku krajowego hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie względem takiego dostępu świadczonego w przepływnościach powyżej 2 Mb/s.

Orange, w okresie przed przeprowadzoną analizą przedmiotowego rynku w 2020 r., na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie, miał przewagę nad pozostałymi podmiotami i podlegał regulacji. Obecnie przewagi takiej już nie posiada i krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie jest uznany za konkurencyjny⁵. Należy podkreślić, że zainteresowanie tradycyjnymi łączami dzierżawionymi, zwłaszcza o niskich przepływnościach, systematycznie maleje. Łącza oparte na technologiach SDH/PDH oraz TDM są traktowane jako ostateczność, a klienci sięgają po nie jedynie w przypadku braku infrastruktury światłowodowej lub wysokich kosztów dobudowy takich przyłączy. Operatorzy telekomunikacyjni rezygnują z technologii tradycyjnych jak xDSL, DSL, ATM, Frame Relay czy SDH⁶. Większość dużych operatorów planuje wyłączenie, w okresie od 3 do 8 lat, sieci SDH, która jest przestarzała technologicznie oraz droga w utrzymaniu. Same zaś łącza analogowe są traktowane obecnie jako usługa bardzo anachroniczna. Krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, już w 2015 r. został uznany za konkurencyjny. Nie występował przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej ani przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmujący kolektywną pozycję znaczącą.

⁵ W wyniku przeprowadzonej w 2020 r. analizy krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji, krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mb/s włącznie został uznany za konkurencyjny.

⁶ Poszczególne skróty wymienionych tu technologii wyjaśnione w dalszej części tego rozdziału.

Niniejsza analiza ma na celu weryfikację czy sytuacja konkurencyjna na przedmiotowym rynku uległa zmianie.

Prezes UKE, opierając się na analizie usługowej rynku, uznał iż przez świadczenie hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s rozumie się usługę, która polega na udostępnieniu innemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji o przepływności powyżej 2 Mb/s (której cechy zostały wymienione dalej w tym rozdziale), zrealizowanej pomiędzy urządzeniem abonenckim a najbliższym, od urządzenia abonenckiego, węzłem⁷ operatora sprzedającego usługę znajdującym się w sieci, do którego dołączony jest przedsiębiorca telekomunikacyjny. Analiza przedmiotowego rynku wykazała, że operatorzy wyodrębniają w ramach hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s łącza będące zakończeniami łączy o przepływności powyżej 2 Mb/s oraz łącza end-to-end (koniec-koniec) o przepływności powyżej 2 Mb/s. Pod pojęciem łącza end-to-end rozumie się łącze zrealizowane pomiędzy lokalizacjami, z których żadna nie jest węzłem sieci.

Z infrastrukturalnego punktu widzenia składnikiem łącza end-to-end są odcinki łączy będące zakończeniami łączy oraz odcinek łączy niebędący zakończeniem łączy dzierżawionego. Z pozycji usługowej natomiast łącza end-to-end stanowią jeden produkt (usługę) polegającą na zestawieniu (realizacji) łączy dzierżawionego w celu zapewnienia transmisji sygnałów pomiędzy określonymi lokalizacjami. Łącza end-to-end, zdaniem Prezesa UKE, stanowią substytut zarówno dla odcinków zakończeń łączy jak i odcinków łączy niebędących zakończeniami i dlatego Prezes UKE włączył segment łączy end-to-end do zakresu analizowanego rynku. Prezes UKE podzielił łącze tej kategorii pomiędzy krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s (rynek 4/2014 z Zalecenia 2014; rynek 2/2020 z Zalecenia 2020) oraz krajowy hurtowy rynek świadczenia usługi dzierżawy odcinków łączy niebędących zakończeniami łączy (dawny rynek 14/2003⁸) według metodologii wag 2:1 (dwa odcinki zakończeń do rynku 4/2014 i jeden odcinek międzywęzłowy do dawnego rynku 14/2003).

Prezes UKE ustalając definicję usługi dzierżawy odcinków łączy będących zakończeniami łączy, usługi dzierżawy łączy end-to-end oraz innej niż łącza dzierżawione usługi dostępu wysokiej jakości powyżej 2 Mb/s, kierował się zasadą neutralności technologicznej i nie dokonał segmentacji ww. usług ze względu na technologię ich świadczenia. Z zakresu produktowego rynku z przyczyn obiektywnych zostały wyłączone ciemne włókna. Realizując usługę za pomocą tego produktu, operator nie określa konkretnej przepływności udostępnianej kupującemu, co jest jedną z podstawowych i wymaganych cech usługi dostępu wysokiej jakości powyżej 2 Mb/s. Z tego powodu Prezes UKE zdecydował o ich wyłączeniu z analizy na przedmiotowym rynku.

⁷ Pod pojęciem węzła sieci rozumie się miejsce, w którym znajdują się urządzenia służące do telekomunikacji, realizujące zmianę, komutację bądź przekierowanie sygnału, jak np. przełącznica (ODF, DDF, PG i inne), przełącznik (switch) np. ATM, Ethernet, router szkieletowy, radiowa stacja bazowa, urządzenie abonenckie – pod warunkiem, że jest wykorzystywane przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego jako węzeł sieci do dalszego świadczenia usług.

⁸ Zalecenie Komisji z dnia 11 lutego 2003 roku w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych dla sieci i usług łączności elektronicznej

Na polskim rynku telekomunikacyjnym hurtowa usługa dzierżawy łączy/dostępu wysokiej jakości powyżej 2 Mb/s świadczona jest z wykorzystaniem następujących technologii (zaprezentowane zostały technologie najczęściej stosowane):

- DSL (ang. Digital Subscriber Line) – najczęściej występujące tego typu technologie to VHDSL i VHDSL2. Są to technologie ogólnie określane jako xDSL, umożliwiające szybką transmisję danych przez pojedynczą parę miedzianą. Maksymalna przepustowość podstawowego łącza DSL jest osiągana na dystansie około 1200 m i wynosi 26 Mb/s symetrycznie lub do 52 Mb/s niesymetrycznie. VDSL2 umożliwia transmisję asymetryczną i symetryczną, dwukierunkową z prędkością do 200 Mb/s parą przewodów miedzianych przy użyciu pasma do 30 MHz. Na odcinku do 300 m VDSL2 pozwala obecnie na dwukierunkową transmisję z prędkością 200 Mb/s i jest to lepszy wynik niż w przypadku VDSL. Dalej następuje gwałtowny spadek prędkości, do 100 Mb/s po 0,5 km oraz do 50 Mb/s po 1km.
- ATM (ang. Asynchronous Transfer Mode) – technika ATM polega na przesyłaniu pakietów poprzez łącza wirtualne, statyczne i zestawiane. Wybór drogi (routing) jest dokonywany tylko raz, przy zestawianiu łącza. Wszystkie pakiety należące do jednego połączenia wirtualnego są wysyłane tą samą trasą. Pomiędzy stacją źródłową a docelową zostaje zestawione logiczne połączenie zwane kanałem wirtualnym VCC (ang. Virtual Channel Connection). Kanały o tym samym węźle docelowym tworzą tzw. wirtualną ścieżkę VPC (ang. Virtual Path Connection). W ATM zostały wydzielone klasy usług, charakteryzujące się stałą bądź zmienną szybkością transferu, bądź połączeniowym lub nie trybem połączenia. Obecnie ATM jest wypierany przez (G)MPLS i Ethernet.
- MPLS (ang. Multiprotocol Label Switching) – to usługa, która łączy dowolną liczbę oddziałów danej firmy zlokalizowanych na terenie całej Polski w jedną sieć WAN (ang. Wide Area Network). Pozwala to na bezpieczne i szybkie przesyłanie różnorodnych danych w obrębie sieci (np.: transmisja danych, Internet, intranet, wideokonferencje, połączenia głosowe). Usługa ta charakteryzuje się dużą niezawodnością, a główną ideą stosowania tych technologii jest wymiana informacji w systemie „każdy z każdym”. MPLS jest technologią stosowaną przez routery, w której tradycyjny routing pakietów został zastąpiony przez przełączanie etykiet.
- FR (ang. Frame Relay) – jest technologią stosowaną na łączach cyfrowych, która wykorzystuje protokół transportowy w trybie pakietowym. Informacja dzielona jest na ramki zmiennej długości, które przenoszą dane pomiędzy lokalnymi sieciami. Technologia ta posiada efektywny system korekcji błędów. Technologia Frame Relay jest implementowana zarówno w publicznych sieciach operatorów telekomunikacyjnych, jak i prywatnych sieciach przedsiębiorstw. Wykorzystuje się ją w celu zapewnienia wymiany danych na odpowiednim poziomie, transmisje informacji z punktu A do B, a także w celu zapewnienia szerokopasmowego dostępu do Internetu.
- SDH (ang. Synchronous Digital Hierarchy) – technologia ta polega na transmisji dużych strumieni danych na dużą odległość. System SDH realizowany jest głównie na włóknach optycznych. Transfer danych w tym systemie opiera się przede wszystkim na synchronizacji w czasie rzeczywistym, dzięki której przez to samo włókno optyczne jesteśmy w stanie przetransportować dużą ilość informacji. Prędkości w systemie są wielokrotnościami prędkości STM-1 (ang. Synchronous

- Transport Module), która wynosi około 155 Mb/s. Sieci te charakteryzują się dużą niezawodnością.
- Ethernet Based Interface – wykorzystuje znormalizowany standard Ethernet stosowany w sieciach LAN (Local Area Network) do budowy rozległych sieci WAN, w celu realizowania usług dla klienta. Jest to technologia, która nie wymaga dużych inwestycji w porównaniu do innych. Standard ten jest łatwy do adaptacji przez istniejącą już infrastrukturę telekomunikacyjną. Technologia gwarantuje szeroki strumień transmisji danych wraz z dużą skalowalnością i niezawodnością.
 - VPN (ang. Virtual Private Network) – to połączenia typu punkt-punkt przez sieć prywatną lub sieć publiczną, taką jak Internet. Klient sieci VPN używa specjalnych, opartych na protokole TCP/IP protokołów, nazywanych protokołami tunelowania, do wirtualnego wywoływania wirtualnego portu na serwerze sieci VPN. W typowej sieci VPN klient inicjuje przez Internet wirtualne połączenie typu punkt-punkt z serwerem dostępu zdalnego. Serwer dostępu zdalnego odpowiada na wywołanie, uwierzytelnia wywołującego i przesyła dane między klientem sieci VPN a prywatną siecią organizacji.

W zależności od dostępnej infrastruktury i wymagań klienta, stosowane są różne technologie świadczenia usługi dostępu wysokiej jakości powyżej 2 Mb/s. Można je podzielić na tzw. technologie tradycyjne i alternatywne. W ramach technologii tradycyjnych można wyróżnić: xDSL, ATM, FR czy SDH, natomiast wśród technologii alternatywnych: Ethernet, Metro/Carrier Ethernet, (G)MPLS oraz VPN. Należy jednak zauważyć, że cechą współczesnych sieci teletransmisyjnych jest synergia i współpraca różnych technologii nawet w ramach realizacji jednej usługi. Opisywane technologie Ethernet, Metro/Carrier Ethernet będą w treści niniejszego postanowienia odnosiły się do stosowania interfejsów ethernetowych (Ethernet Based Interface).

Analizując przedmiotowy rynek należy zwrócić uwagę na fakt, że operatorzy, w odpowiedziach na żądanie Prezesa UKE, podkreślają, że przyszłość na rynku usług dostępu wysokiej jakości powyżej 2 Mb/s stanowią usługi oparte na technologiach alternatywnych, głównie na interfejsach Ethernetowych. Już obecnie stanowią one ponad 90% rynku. Usługi w standardzie Ethernet są najbardziej popularną technologią wykorzystywaną zarówno w sieciach lokalnych, jak i coraz częściej w połączeniach lokalizacji rozproszonych geograficznie. Decydują o tym główne cechy usługi zapewniające elastyczność i możliwości zarządzania jakością usługi oraz przesyłanie ruchu w sposób transparentny dla dostawcy usługi. Z uwagi na dobrą alokację i kontrolę pasma, standard Ethernet zaczyna dominować w sieciach operatorskich. Usługa dostępu wysokiej jakości o przepływności powyżej 2 Mb/s realizowana w oparciu o tę technologię dedykowana jest do zestawiania połączeń wymagających znacznego pasma, która umożliwi zdefiniowanie priorytetów transmisji dla danych klienta oraz gwarantuje pełne bezpieczeństwo. Standard Ethernet stanowi bazę do realizacji wielu zaawansowanych technologicznie usług związanych z dostępem np. do zasobów serwerowych, czy dostępem do Internetu. Technologie Ethernetowe powodują, że zmienia się postrzeganie rynku, coraz mniej sprzedaje się transmisji point-to-point, czyli realizowanych w formule łącza dzierżawionego, a raczej usługi oparte na portach i zarządzaniu pasmem, które może być dzielone pomiędzy różnymi portami i różnymi serwisami. Obok interfejsów Ethernetowych, operatorzy coraz częściej oferują klientom usługi dostępu wysokiej jakości powyżej 2 Mb/s także w standardzie MPLS czy za pomocą medium światłowodowego. Utrzymuje się także rosnące zainteresowanie rozwiązaniami typu IPVPN, dostępem do portów agregacyjnych bez pasma (głównie porty sieci Ethernet) czy rozwiązaniami cloudowymi - produkty te nie są zaliczane do analizowanego rynku, lecz

ich popularność ma duży wpływ na spadający popyt na łącza dzierżawione będące zakończeniami łączy, czy łącza end-to-end.

Hurtowa usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s może być wykorzystana do połączenia sieci telekomunikacyjnych oraz w celu świadczenia usługi detalicznej dla użytkowników końcowych. Dodatkowo usługa ta (uwzględniając usługę dzierżawy odcinków będących zakończeniami łączy) stanowi jeden z modeli połączenia sieci dla realizacji usług:

- transmisji głosu,
- szybkiej transmisji danych (BSA – ang. Bitstream Access),
- dostępu do lokalnej pętli abonenckiej (LLU – ang. Local Loop Unbundling),
- tworzenia sieci VPN.

Infrastruktura o konkretnych parametrach stwarza możliwości do wydzierżawienia łącza dla klienta, a dzięki temu realizacji odpowiedniego poziomu usług dla niego. Klientami na tym rynku są inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy kupują usługę hurtowego dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s w celu zapewnienia swobodnej wymiany danych pomiędzy punktami końcowymi, uwzględniając w tym niezawodność wykorzystywanych systemów, szybką transmisję, bezpieczeństwo wymiany informacji, a także szereg innych usług oferowanych przez dostawcę usługi. Zakup usługi następuje także celem tworzenia sieci lokalnych.

Prezes UKE dokonał również analizy substytucyjności usługi hurtowego dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s (czyli substytucyjności względem usługi hurtowego dostępu szerokopasmowego świadczonego dla odbiorców biznesowych). Zgodnie z Notą wyjaśniającą do Zalecenia 2014 oraz Zalecenia 2020 substytutem łączy dzierżawionych na analizowanym rynku może być hurtowa usługa dostępowa, która charakteryzuje się takimi cechami, jak:

1. zdolność do zapewnienia dedykowanych i niezakłóconych połączeń i symetryczne prędkości;
2. gwarantowana dostępność i wysoka jakość usług we wszystkich okolicznościach (w tym umowy SLA, nieprzerwana obsługa klienta, krótkie czasy napraw);
3. wysokiej jakości zarządzanie siecią zapewniające prędkość wysyłania odpowiedzi dla użytku biznesowego;
4. możliwość dostępu do sieci w punktach, które zostały zdefiniowane zgodnie z gęstością geograficzną i rozmieszczeniem przedsiębiorstw.

Zdaniem Prezesa UKE dostęp asymetryczny nie stanowi substytutu usługi dzierżawy łącza będącego zakończeniem łącza jako dostępu wysokiej jakości powyżej 2 Mb/s. W przypadku segmentu łączy dzierżawionych o przepływności powyżej 2 Mb/s świadczonych z wykorzystaniem technologii alternatywnych substytucja z asymetrycznym dostępem na bazie sieci miedzianych/miedziano-światłowodowych nie jest spełniona. Substytucyjność powinna być bowiem rozumiana jako możliwość odtworzenia łącza będącego zakończeniem łącza lub łącza end-to-end poprzez inne technologie. W przypadku dostępu asymetrycznego charakterystyka przepływności łącza jest ograniczona i wyklucza ona tym samym wystarczającą zamienność usługi z dostępem symetrycznym, aby nabywca lub podmiot oferujący takie rodzaje dostępow mógł traktować je jako produkty tożsame i wzajemnie wymienne.

W świetle powyższych rozważań, Prezes UKE uznał, że w obecnej sytuacji rynkowej nie występuje powszechnie usługa substytucyjna względem usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji o przepływności powyżej 2 Mb/s inna niż łącze dzierżawione, w szczególności łącza dzierżawione będące zakończeniem łącza lub łącza end-to-end.

2.4. Rynek geograficzny

Zgodnie z Wytycznymi Komisji „*właściwy rynek geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa są zaangażowane w proces popytu i podaży właściwych produktów i usług, na którym to obszarze warunki konkurencji są podobne lub wystarczająco jednorodne i który to obszar można odróżnić od obszarów sąsiadujących, gdzie przeważające warunki konkurencji są znacząco różne.*” Podobną definicję rynku geograficznego zawiera art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określający pojęcie rynku właściwego, do której odsyła art. 24 pkt 1 Pt. Zgodnie z ww. definicją – „*rynek geograficzny oznacza obszar, na którym, ze względu na rodzaj i właściwości towarów, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji*”.

Na określenie rynku geograficznego mają przede wszystkim wpływ czynniki leżące w naturalnych cechach badanego towaru lub usługi. One bowiem bezpośrednio oddziałują na możliwość transportu tego towaru i na to, jak wysoki będzie udział tych kosztów w jego wartości. Na granice rynku geograficznego mogą mieć również wpływ czynniki natury prawnej. Chodzi tu w szczególności o wszelkiego rodzaju bariery dostępu do rynku, takie jak: monopol prawny na prowadzenie określonej działalności gospodarczej, limity ilościowe, cła, istotne różnice podatkowe czy bariery pozataryfowe w postaci różnego rodzaju atestów lub świadectw bezpieczeństwa, które mają istotne znaczenie w obrocie międzynarodowym.

Zgodnie z analizą przeprowadzoną przez Prezesa UKE należy uznać, że hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s jest rynkiem krajowym.

Chociaż Prezes UKE stwierdził, iż na terenie Polski występują pewne obszary zróżnicowane pod względem możliwości dostępu do hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, to różnice te nie są jednak wystarczająco jednorodne i trwałe, aby wyróżniać rynek inny niż rynek krajowy. Rozbieżności te wynikają z odmiennego stopnia rozwoju konkurencji infrastrukturalnej na terenie większych skupisk ludności oraz poza nimi, jak również ze zmiennej specyfiki i topologii sieci poszczególnych operatorów. Na niektórych obszarach kraju, zwłaszcza w większych miastach, ale też w centrach biznesowych, specjalnych strefach ekonomicznych, parkach technologicznych istnieją sieci nawet kilku operatorów, którzy świadczą przedmiotową usługę. Prezes UKE stwierdza jednocześnie, że nie ma podstaw do uznania, że mógłby to być rynek szerszy niż krajowy. Zarówno uwarunkowania technologiczne, geograficzne oraz związane ze strukturą i własnością sieci determinują uznanie, że jest to rynek krajowy.

3. Analiza rynku pod kątem występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej

3.1. Prawne podstawy ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej

Następnym etapem postępowania, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pt jest ustalenie, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni o znaczącej pozycji rynkowej.

Pt zawiera definicje pozycji znaczącej oraz kolektywnej pozycji znaczącej. Zgodnie z art. 25a ust. 1 Pt: „przedsiębiorca telekomunikacyjny zajmuje znaczącą pozycję rynkową, jeżeli na rynku właściwym samodzielnie posiada pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego”. Z kolei art. 25a ust. 3 Pt stwierdza, że „dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą, jeżeli nawet przy braku powiązań organizacyjnych lub innych związków między nimi posiadają na rynku właściwym pozycję ekonomiczną odpowiadającą dominacji w rozumieniu przepisów prawa wspólnotowego”.

Powyższe regulacje są zgodne z przepisami prawa wspólnotowego w kwestiach związanych z pojęciem dominacji, o której mowa w art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwanego dalej także „TFUE” (tekst skonsolidowany, uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony, Dziennik Urzędowy UE C 115 z 9 maja 2008 r., str. 47 - 201). Jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości⁹, „pozycja dominująca, o której mowa w tym artykule [82 dawnego Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, zwanego dalej także „TWE”, obecnie art. 102 TFUE], oznacza pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów (dostawców) i w końcu konsumentów”. W motywie 9 Wytycznych Komisji, stwierdza się, że zgodnie z ramami regulacyjnymi definicja rynków właściwych i ocena znaczącej pozycji rynkowej powinna opierać się na tych samych metodach, jak to ma miejsce w przypadku unijnego prawa konkurencji.

Zgodnie z art. 25a ust. 2 Pt Prezes UKE, przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy telekomunikacyjnego na rynku właściwym, bierze pod uwagę kryteria wymienione w Wytycznych Komisji. To krajowe organy regulacyjne mają zdecydować, które kryteria są najbardziej odpowiednie dla zmierzenia obecności na rynku. Wymienione w Wytycznych Komisji kryteria mają więc pomagać organom regulującym rynek telekomunikacyjny w dokonaniu całościowej analizy rynku, są one przykładowe i stanowią katalog otwarty.

Oznacza to więc, że Prezes UKE może posłużyć się innymi kryteriami, które w jego ocenie decydują o uznaniu, że na określonym rynku właściwym dany przedsiębiorca ma znaczącą pozycję rynkową (SMP) lub że rynek ten jest skutecznie konkurencyjny i nikt nie posiada na nim pozycji SMP, dostosowując jednocześnie te kryteria i ich wybór do sytuacji panującej na różnych obszarach geograficznych rynku właściwego.

Zgodnie z Wytycznymi Komisji (motyw 73 i 74) przy regulacji ex ante siłę rynkową przedsiębiorcy należy mierzyć w odniesieniu do:

- możliwości, z jaką dany przedsiębiorca jest w stanie podnosić ceny ograniczając produkcję, bez ponoszenia znaczących strat z tytułu sprzedaży lub przychodów,
- istnienia potencjalnej konkurencji, która mogłaby ograniczyć tego przedsiębiorcę.

W tym celu należy badać różne kryteria, poczynając od udziałów rynkowych na poziomie detalicznym i hurtowym, stanowiących główny punkt wyjścia dla analizy. Należy bowiem podkreślić, że bardzo duże udziały, przez co rozumie się udziały powyżej 40%, tylko w wyjątkowych sytuacjach mogą nie przesądzać o znaczącej pozycji rynkowej: „Zgodnie

⁹ Case 27/76; [1978] ECR 207; [1978] 1 CMLR 429 za Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów: Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego, Warszawa 2003, str. 46.

z utrwalonym orzecznictwem bardzo duży udział w rynku utrzymywany przez przedsiębiorstwo przez jakiś czas – przekraczający 50 % – jest sam w sobie, z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności, dowodem na istnienie pozycji dominującej”¹⁰. Natomiast, „jeśli udział w rynku jest wysoki, ale nie przekracza progu 50 %, krajowe organy regulacyjne powinny polegać na innych kluczowych cechach strukturalnych rynku, aby ocenić znaczącą pozycję rynkową ”¹¹. Warunkiem jest to, aby przy takich udziałach konkurenci nie byli w stanie osłabić przedsiębiorcy dominującego poprzez przejęcie jego klientów, oferując im niższe ceny. Dlatego badane są też inne kryteria, aby potwierdzić zdolność przedsiębiorcy o udziałach powyżej 40% do zachowania w znacznym stopniu w sposób niezależny od konkurencji, klientów i konsumentów (wykazując, że ww. warunek jest spełniony). Przy udziałach poniżej 40% kryterium udziałów nie musi być decydujące, więc zbadanie innych kryteriów staje się konieczne w odniesieniu do całościowej oceny pozycji SMP (nie służy więc ono jedynie wykazaniu, że udział rynkowy powyżej 40% jest decydujący).

Niniejsza analiza prowadzona jest również w aspekcie przyszłościowym, mając na celu określenie możliwości regulacyjnych ex ante na rynku 4/2014 powyżej 2 Mb/s. Może więc prowadzić do wyników odmiennych niż te, które wynikałyby z zastosowania reguł konkurencji ex post (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Przedmiotem niniejszej analizy nie jest bowiem badanie zachowań rynkowych przedsiębiorców w przeszłości, w szczególności pod kątem potencjalnego nadużywania pozycji dominującej lub zawierania niedozwolonych przez prawo konkurencji porozumień ograniczających konkurencję. Analizy dokonywane przez Prezesa UKE różnią się także od przyszłościowo zorientowanych analiz, które przeprowadzają organy ochrony konkurencji podczas badania koncentracji przedsiębiorstw. Jak wskazuje prof. Stanisław Piątek w komentarzu do ustawy prawo telekomunikacyjne,¹² „Potrzeby regulacyjne wynikające z dyrektyw sektorowych uzasadniają pewne odrębności dotyczące sposobu ustalania rynku i oceny pozycji przedsiębiorstwa w stosunku do typowych postępowań antymonopolowych. Wynika to z przyszłościowej orientacji postępowań regulacyjnych, okresowego charakteru tych czynności i przejściowości podejmowanych ustaleń. Podkreśla się odmienne uwarunkowania związane z analizą zachowań przeszłych, analizą dla potrzeb przeciwdziałania nadmiernej koncentracji oraz analizą dla potrzeb regulacyjnych. Z tych względów ustalenia dotyczące identyfikacji rynków oraz ustalania pozycji znaczącej na tych rynkach nie wiążą w konkretnych sprawach z zakresu prawa konkurencji i mają zastosowanie tylko w sprawach regulacji sektorowej (...)zalecenie KE w sprawie właściwych rynków ma się przyczynić do osiągnięcia stanu, w którym rynki przewidziane do regulacji będą wyodrębnione na podstawie jednolitych zasad we wszystkich państwach członkowskich (...) odnosząc się już do specyfiki rynków telekomunikacyjnych, wymaga, aby definiując rynki właściwe, krajowe organy regulacyjne określały obszar geograficzny, na którym warunki konkurencji są podobne lub wystarczająco jednorodne i który można wyróżnić spośród sąsiednich obszarów, na których istniejące warunki konkurencji są znacząco odmienne; powinny one przy tym zwrócić szczególną uwagę na to, czy potencjalny operator o znaczącej pozycji rynkowej działa w sposób jednolity na całym obszarze objętym jego siecią, czy też

¹⁰ Wytyczne Komisji, pkt 55.

¹¹ Wytyczne Komisji, pkt 57.

¹² S.Piątek, Prawo telekomunikacyjne. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2019, s.197

napotyka znacząco odmienne warunki konkurencji w stopniu powodującym, że jego działalność podlega ograniczeniom na niektórych częściach tego obszaru”.

Jednocześnie należy podkreślić, że „badając podobne kwestie w podobnych okolicznościach i mając ten sam ogólny cel, krajowe organy regulacyjne i organy ds. ochrony konkurencji powinny zasadniczo dojść do tych samych wniosków. Biorąc jednak pod uwagę różnice w zakresie i celach ich interwencji, w szczególności wyraźne ukierunkowanie i okoliczności oceny krajowych organów regulacyjnych, jak określono poniżej, rynki zdefiniowane dla celów unijnego prawa konkurencji i rynki zdefiniowane dla celów regulacji sektorowej nie zawsze mogą być takie same. Podobnie ustalenie, że przedsiębiorstwo posiada znaczącą pozycję rynkową na rynku opisanym do celów regulacji ex ante, nie oznacza automatycznie, że przedsiębiorstwo to posiada pozycję dominującą również do celów art. 102 Traktatu lub do celów stosowania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (10) lub podobnych przepisów krajowych. Ponadto ustalenie, że istnieje znacząca pozycja rynkowa, nie oznacza bezpośrednio, że takie przedsiębiorstwo dopuściło się nadużyć swojej dominującej pozycji w znaczeniu art. 102 Traktatu”¹³.

Powyższe przesądza o tym, że niniejsze rozstrzygnięcie pozostaje bez wpływu na ustalenia innych organów w zakresie ochrony konkurencji, w szczególności ustalenia Komisji Europejskiej poczynione na podstawie art. 102 TFUE.

3.2. Udział przedsiębiorców w rynku właściwym

Udziały na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s obliczone zostały na podstawie ilości łączy dzierżawionych i wartości przychodów osiągniętych przez poszczególnych operatorów w stosunku do całości przychodów z rynku. Z udziałów wyłączono sprzedaż wewnętrzną, czyli sprzedaż w ramach tych samych grup kapitałowych.

Poniższe tabele zawierają zestawienia ilości łączy dzierżawionych i wartości przychodów z nich osiągniętych na analizowanym rynku. Wyliczona średnia odnosi się do lat 2017-2019.

Tabela 1

Udział procentowy pod względem ilości łączy na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, za lata 2017-2019

Operator	2017	2018	2019	średnia za 2017-2019
Netia	35,3%	35,1%	34,1%	34,9%
GTS Poland	22,2%	20,2%	18,5%	20,3%
Emitel	7,7%	8,2%	8,7%	8,2%
Exatel	7,7%	7,7%	7,9%	7,8%
T-Mobile	5,5%	6,9%	7,6%	6,7%

¹³ Wytyczne Komisji motyw 10 i 11.

ATM	6,0%	5,7%	5,3%	5,7%
3S	3,6%	4,6%	5,2%	4,5%
TK Telekom	5,5%	4,0%	3,3%	4,3%
Inea	1,9%	2,3%	2,4%	2,2%
Pozostali	4,6%	5,3%	6,9%	5,6%

Źródło: UKE

Analizując dane Prezes UKE bierze pod uwagę fakt, że ilość łączy nie odzwierciedla wprost proporcjonalnie wartości przychodów z nich osiągniętych. Duże zróżnicowanie produktów powoduje, że jedno łącze o wysokiej przepływności, z dodatkowymi usługami lub z SLA o bardzo wysokich poziomach jakości czy terminowości może przynosić operatorowi więcej przychodów niż kilka/kilkanaście łączy o niższych parametrach. Dodatkowo też łącza end-to-end, z przyczyn opisanych w rozdziale 2.3, podlegają swoistej duplikacji (kontynuacja sposobu liczenia jest jednak niezbędna, aby wyniki bieżącej analizy były porównywalne z wynikami analizy z 2015 r.). Z tych dwóch powodów Prezes UKE w swojej analizie kieruje się głównie kryterium przychodowym.

Tabela 2

Udział procentowy pod względem przychodów na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, za lata 2017-2019

Operator	2017	2018	2019	średnia za 2017-2019
Netia	28,1%	28,2%	27,9%	28,0%
GTS Poland	27,4%	27,0%	25,5%	26,6%
Exatel	11,9%	12,3%	13,2%	12,4%
ATM	10,2%	9,7%	9,8%	9,9%
T-Mobile	5,1%	6,5%	7,7%	6,4%
Emitel	5,7%	5,3%	5,9%	5,6%
TK Telekom	5,1%	4,5%	3,4%	4,3%
3S	1,0%	1,1%	1,2%	1,1%
Orange Polska	1,8%	0,6%	0,7%	1,0%
Pozostali	3,7%	4,8%	4,8%	4,4%

Źródło:UKE

Najwyższe wyniki w analizowanym okresie odnotowała Netia S.A. z udziałem rynkowym za lata 2017-2019 na średnim poziomie 28,0%. Bardzo dobre wyniki sprzedażowe odnotowały: GTS Poland Sp. z o.o., Exatel S.A. i ATM S.A., ze średnim udziałem za lata 2017-2019, odpowiednio: 26,6%, 12,4% i 9,9%.

Sytuacja konkurencyjna na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s nie zmieniła się zasadniczo na przestrzeni lat, od ostatniego przeglądu w 2015 r. Przychody operatorów na analizowanym rynku ustabilizowały się i nie obserwujemy obecnie tak dużej tendencji wzrostowej jak kilka lat temu. Niemniej jednak możemy zaobserwować wzrost jego wartości o ok. 1%, za lata 2017-2019. Nadal utrzymuje się wysokie, stabilne, zapotrzebowanie na łącza o wyższych niż 2 Mb/s przepływnościach.

Obecna sytuacja na analizowanym rynku pozwala klientom na wybór operatora - dostawcy, u którego chciałby jak najkorzystniej kupić usługi, gdyż wielu z nich jest w stanie dostarczyć usługę o odpowiedniej jakości oraz na podobnym poziomie. Taka sytuacja powoduje, że hurtowa usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s jest dostępna powszechnie i relatywnie jest coraz tańsza dla klienta (operatorzy zwracają uwagę na pogłębiającą się erozję marż osiągniętych na sprzedaży łączy dzierżawionych). Wysoki poziom konkurencji na przedmiotowym rynku sprawia, że podmioty na nim działające stosują politykę, której celem jest przygotowanie oferty korzystniejszej od konkurencji w celu zapewnienia sobie rynku zbytu. Wpływa to pozytywnie na rozwój rynku, na którym koszty wejścia dla nowego przedsiębiorcy stają się niższe, a operatorzy utrzymują wysoką jakość dostarczanych usług. Taka sytuacja powoduje, że nie można wskazać barier dla dalszego rozwoju rynku, które utrudniałyby na nim rozwój konkurencji.

Prezes UKE nie stwierdza, aby którykolwiek z podmiotów posiadał pozycję znaczącą na rynku 4/2014 powyżej 2 Mb/s. Powyżej przedstawiona struktura rynku wskazuje obecnie jak również w perspektywie przyszłościowej na jego konkurencyjną charakterystykę.

3.3. Wysokie i trwałe bariery wejścia na rynek właściwy

Jak wskazuje Komisja w Zaleceniu 2020, w przypadku rynków innowacyjnych, charakteryzujących się ciągłym postępem technicznym – takich jak rynki łączności elektronicznej – bariery w dostępie do rynku mogą stopniowo tracić na znaczeniu. Na takich rynkach presja konkurencyjna często wynika z zagrożeń ze strony potencjalnych innowacyjnych konkurentów, którzy obecnie nie znajdują się na rynku. Przy określeniu rynków właściwych, które mogłyby podlegać regulacji ex ante, należy zatem również uwzględnić możliwości przezwyciężenia barier w dostępie do rynku w odpowiednim horyzoncie czasowym. Zgodnie z Zaleceniem 2020 przeanalizowano dwa rodzaje barier: bariery strukturalne oraz bariery prawno-regulacyjne.

3.3.1 Bariery strukturalne

Komisja Europejska w Nocie wyjaśniającej do Zalecenia 2020 zauważa, iż: „*Strukturalna bariera wejścia istnieje wtedy, gdy stan technologii oraz charakter sieci, wraz z powiązaną*

strukturą kosztów, i/lub poziom popytu są takie, że tworzą asymetryczne warunki pomiędzy operatorami, uniemożliwiając wejście na rynek lub rozszerzenie działalności konkurentów.”¹⁴

Dalej Komisja stwierdza, że „Nie jest wystarczające zbadanie czy doszło lub jest prawdopodobne do dojścia do nowego wejścia na rynek, należy więc zbadać czy to nowe wejście było lub będzie w przyszłości wystarczająco szybkie i trwale w świetle braku regulacji. Wejście na niewielką skalę (np. na ograniczonym obszarze geograficznym) może być uznane za niewystarczające, ponieważ może się okazać mało prawdopodobne, aby wywołało presję na dominujące przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwa).”¹⁵

Do typowych barier strukturalnych, na jakie natrafić mogą przedsiębiorcy na rynkach telekomunikacyjnych należą m.in. koszty „utopione”, kontrola operatorów działających na rynku nad trudną do powielenia infrastrukturą, ich przewaga technologiczna, łatwy bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych, ekonomia zakresu, ekonomia skali czy integracja pionowa działających na nim przedsiębiorców.

Powiązana bariera strukturalna może także występować tam, gdzie świadczenie usługi wymaga elementu sieci, który nie może zostać technicznie powielony, lub gdy koszt takiego powielenia sprawia, że jest to nieopłacalne dla konkurencji.

W przypadku analizowanego rynku właściwego nie można stwierdzić, aby wymienione wyżej trudności występowały i utrudniały lub uniemożliwiały wejście na ten rynek, co potwierdza fakt, że na rynku działa kilkadziesiąt podmiotów, z których 10, ma udział w przychodach całkowitych, przekraczający próg 1%.

Należy więc stwierdzić, że analizowany rynek nie charakteryzuje się występowaniem barier o charakterze strukturalnym.

3.3.2 Bariery prawno-regulacyjne

Bariery prawne wynikają z legislacyjnych, administracyjnych lub innych działań podejmowanych przez państwo, które w sposób bezpośredni oddziałują na warunki wejścia i/lub na pozycję operatorów na rynku właściwym.

Co do zasady do najpoważniejszych barier o charakterze prawnym ograniczającym prowadzenie i rozwijanie działalności przez nowych operatorów na rynkach telekomunikacyjnych należą bariery związane z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności lokalnymi planami zagospodarowania przestrzennego (lub ich brakiem), prawem budowlanym, prawem ochrony środowiska oraz rozpoczęciem działalności na rynku telekomunikacyjnym.

Należy zwrócić uwagę, że zmniejszenie barier prawnych, w szczególności w zakresie związanym z budową infrastruktury telekomunikacyjnej, nastąpiło w związku z wejściem w życie Megaustawy. Określa ona:

¹⁴ A structural barrier to entry exists when the state of the technology and the nature of the network, with its associated cost structure, and/or the level of demand, are such that they create asymmetric conditions between operators, preventing market entry or expansion of competitors.

¹⁵ It is not sufficient to examine whether entry has occurred or is likely to occur in the market at all, but rather it is necessary to examine whether new entries can be sufficiently immediate and stable in the absence of regulation, so that they can limit market power. Small-scale entry (e.g. in a limited geographic area) may not be considered sufficient where the market is wider, since it may be unlikely to exercise an appreciable constraint on the dominant undertaking(s).

- formy i zasady wspierania inwestycji telekomunikacyjnych, w tym związanych z sieciami szerokopasmowymi;
- zasady działalności w zakresie telekomunikacji jednostek samorządu terytorialnego oraz podmiotów wykonujących zadania z zakresu użyteczności publicznej;
- zasady dostępu do infrastruktury technicznej i infrastruktury telekomunikacyjnej;
- prawa i obowiązki inwestorów, właścicieli, użytkowników wieczystych nieruchomości, osób, którym przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu, zarządców nieruchomości oraz lokatorów, w szczególności w zakresie dostępu do nieruchomości, w celu zapewnienia warunków świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- zasady lokalizowania regionalnych sieci szerokopasmowych oraz innej infrastruktury telekomunikacyjnej.

Megaustawa zawiera rozwiązania sprzyjające rozwojowi społeczeństwa informacyjnego, realizowane poprzez zniesienie barier dla inwestycji i stworzenie rozwiązań prawnych stymulujących rozwój sieci regionalnych oraz budowę infrastruktury telekomunikacyjnej.

Działalność na rynku telekomunikacyjnym jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Ponadto przedsiębiorcy telekomunikacyjni są zobowiązani do wypełniania szeregu innych obowiązków związanych już z samym prowadzeniem działalności telekomunikacyjnej (obowiązki na rzecz obronności i bezpieczeństwa państwa, uiszczanie stosownych opłat – np. opłata telekomunikacyjna, a także wypełnianie obowiązku sprawozdawczości na rzecz Prezesa UKE). Wszystkie te kwestie, choć nie stanowią bezpośredniej przeszkody w rozpoczęciu i prowadzeniu działalności na rynku telekomunikacyjnym, to jednak nakładają na przedsiębiorcę dodatkowe wymagania (w porównaniu z innymi, nieregulowanymi sektorami gospodarki), które muszą zostać przez niego spełnione. Jednakże wspomniane wymagania prawne nie mogą być traktowane jako trwała bariera prawna, która w istotny sposób utrudniałaby lub uniemożliwiała wejście na rynek właściwy, o czym może świadczyć aktualna skala działalności konkurujących ze sobą podmiotów na przedmiotowym rynku właściwym.

Należy więc stwierdzić, że analizowany rynek nie charakteryzuje się występowaniem istotnych barier o charakterze prawnym i regulacyjnym.

3.4. Trendy cenowe i stosowane praktyki w określaniu cen

Opłaty związane ze świadczeniem usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s są najczęściej negocjowane indywidualnie dla danego łącza pomiędzy dwiema stronami. Wysokość opłat jest bowiem uzależniona od wielu czynników. Podstawowe i najważniejsze to m.in.:

- koszty projektu i jego realizacji (w tym m.in. koszty związane z pozyskaniem zgody od administratorów budynków, koszty dzierżawy kanalizacji, szachtów, miejsc pod kolokację, inne),
- termin realizacji (w szczególności, gdy termin realizacji jest krótki),
- lokalizacja łącza dzierżawionego,
- przepływność łącza dzierżawionego,
- długość łącza dzierżawionego,
- koszty uruchomienia (uruchomienie łącza pociąga za sobą koszty sprzętu, urządzeń, oprogramowania, jak również związane z tym koszty transportu, ubezpieczenia sprzętu na czas transportu i uruchomienia łącza),

- dodatkowe koszty związane z SLA¹⁶ (zgodnie z oczekiwaniami i zamówieniem klienta, korzystanie z wyższego SLA zwykle jest w kalkulowane na etapie wyceny projektu inwestycyjnego),
- kompleksowość oferty – powiązania z innymi usługami telekomunikacyjnymi,
- czas trwania umowy.

Historycznie jedynie Orange posiadała ofertę, w której określone były ceny za świadczenie usługi dzierżawy odcinków łączy będących zakończeniami łączy – produktu podstawowego na analizowanym rynku. Postanowienie 2015 zniósło obowiązek stosowania wspomnianej oferty i cen regulowanych dla usług dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s i Orange nie jest już zobowiązana do jej stosowania.

W analizowanym czasie, żaden z innych operatorów nie dysponował pełnym standardowym cennikiem lub ofertą, w której określone były ceny za świadczenie usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s. Uproszczone cenniki posiada lub posiadało niewielu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, m.in. Orange Polska S.A., ATM S.A., Emitel S.A., Polkomtel sp. z o.o. - cenniki dla łączy/usług dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, w zależności od przepływności i czasu trwania umowy.

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni, którzy posiadają lub posiadali uproszczone cenniki (dla łączy dzierżawionych) podkreślają, że zawierają one zestaw opłat wyłącznie dla łączy „typowych”, będących aktualnie w ich zasobach sieciowych. Opłata cennikowa za łącze dzierżawione „typowe” zawiera najczęściej następujące składowe:

- opłaty za wywiad techniczny,
- opłaty za instalację,
- opłaty za zmianę przepływności lub miejsca zakończenia łącza,
- opłaty stałe,
- opłaty za 1km łącza,
- opłaty za 1Mb/s.

Wszystkie wymienione powyżej składowe cennikowe opłaty końcowej za łącze dzierżawione są dodatkowo zróżnicowane w zależności od rodzaju łącza, jego przepływności, czasu trwania umowy czy stosowanych upustów i rabatów. Każde łącze dzierżawione ma zatem swoją opłatę końcową, kalkulowaną indywidualnie. Ten niezbyt powszechnie stosowany sposób wyliczania końcowej opłaty opartej na cenach cennikowych dla łącza „typowego”, powoduje, że nawet w ramach łączy dzierżawionych pogrupowanych w jedną podkategorię opłaty różnią się znacznie.

Ceny są z reguły negocjowane indywidualnie dla danego łącza dzierżawionego/usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, dla każdego zamówienia osobno. Tak samo jest w przypadku innych postanowień umownych, które są negocjowane indywidualnie pomiędzy stronami. Umowy zawierane pomiędzy uczestnikami na analizowanym rynku są z reguły objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie są publicznie dostępne. Podmioty działające na tym rynku podkreślają, że duża konkurencja powoduje, iż klienci domagają się obniżek stawek operatorskich co w efekcie przekłada się na zawężenie marży ze sprzedaży usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s. Dodatkowo, ze względu na fakt, że większość opłat związanych z uruchomieniem usługi łącza dzierżawionego/usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s jest

¹⁶ SLA – ang. Service Level Agreement (umowa o gwarantowanym poziomie świadczenia usług).

negocjowana indywidualnie i opłaty te zwykle różnią się między sobą znacznie pomiędzy poszczególnymi przypadkami, szansa na zmwę cenową jest znikoma. Dotyczy to również podmiotów w ramach jednej grupy kapitałowej.

3.5. Brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy na rynku właściwym istnieje zasadność duplikacji istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej. Brak takiej zasadności może wynikać z faktu, że istniejąca infrastruktura pokrywa większą część obszaru kraju, a jej duplikacja nie jest ani technicznie, ani ekonomicznie zasadna (wysokie koszty, małe perspektywy zwrotu inwestycji). Pojęcie „infrastruktura telekomunikacyjna” oznacza tu sieć, część sieci lub elementy sieci, które są używane do dostarczania produktów lub usług na danym rynku właściwym. Kontrola nad siecią telekomunikacyjną może oznaczać własność, posiadanie, wykorzystywanie lub wpływ na infrastrukturę. Trudności w powieleniu istniejącej infrastruktury telekomunikacyjnej mogą wynikać zarówno z wysokich kosztów jej utworzenia, jak i z fizycznych i technicznych parametrów sieci oraz ze strukturalnych i prawnych ograniczeń.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny, który kontroluje najbardziej rozległą sieć telekomunikacyjną, obejmującą swoim zasięgiem terytorium praktycznie całego kraju, przy jednoczesnym braku zasadności jej duplikacji, teoretycznie, nie musi się obawiać częstych wejść operatorów alternatywnych na rynek właściwy.

Chcąc porównać chęć inwestowania w infrastrukturę przez poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych zestawiono ponoszone nakłady inwestycyjne do wielkości całkowitych przychodów na rynku telekomunikacyjnym przez nich osiągniętych.

Tabela 3

Stosunek kwoty nakładów inwestycyjnych przeznaczonych na rozbudowę infrastruktury z kwotami całkowitych przychodów osiągniętych z działalności telekomunikacyjnej (w %) przez największe podmioty działające na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, za lata 2017-2019

Operator	2017	2018	2019	średnia za 2017-2019
Inea	13,4%	21,3%	37,6%	24,1%
3S	21,8%	20,5%	19,3%	20,5%
Netia	16,7%	19,1%	22,5%	19,4%
T-Mobile	12,7%	19,8%	13,7%	15,4%
Exatel	13,1%	16,1%	16,5%	15,2%
Orange Polska	10,6%	12,9%	11,9%	11,8%
ATM	10,1%	11,5%	13,5%	11,7%

TK Telekom	8,4%	1,5%	1,5%	3,8%
Emitel	2,1%	2,1%	1,2%	1,8%
Polkomtel	0,3%	0,4%	0,4%	0,4%

Źródło: UKE.

Odsetek przychodów przeznaczany na rozbudowę i modernizację infrastruktury telekomunikacyjnej nie jest równomierny dla poszczególnych operatorów w kolejnych latach, co może wynikać z długoterminowej polityki inwestycyjnej prowadzonej przez poszczególnych przedsiębiorców, ale można stwierdzić, że najwięksi gracze na analizowanym rynku przeznaczają spory i porównywalny procent swoich przychodów całkowitych z działalności telekomunikacyjnej na inwestycję w rozwój infrastruktury.

Na analizowanym rynku działa wiele podmiotów inwestujących we własną infrastrukturę, oznacza to zatem, że niniejsze kryterium nie wskazuje na istnienie podmiotu o znaczącej pozycji rynkowej.

3.6. Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy

Kryterium to pozwala stwierdzić, czy konkretny przedsiębiorca telekomunikacyjny posiada na danym rynku właściwym przewagę technologiczną nad innymi operatorami działającymi na tym rynku bądź mogącymi na niego wejść w badanym okresie. Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na danym rynku właściwym przewagi technologicznej nad innymi operatorami wzmacnia jego pozycję na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im większa jest ta przewaga, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorca ten zajmuje pozycję znaczącą na tym rynku.

O istnieniu przewagi technologicznej konkretnego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego możemy mówić, jeśli wykorzystuje on na danym rynku właściwym taką technologię, która umożliwia mu tańsze lub efektywniejsze świadczenie usług albo dostarczanie w dotychczasowej cenie produktów lub usług nowocześniejszych i posiadających więcej funkcji lub zastosowań od dostarczanych do tej pory. Istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy na danym rynku właściwym może świadczyć o posiadaniu przez niego pozycji znaczącej na tym rynku, ponieważ zniwelowanie takiej przewagi przez konkurentów jest kosztowne i czasochłonne. Spełnianie tego kryterium przez konkretnego przedsiębiorcę może stanowić dla konkurentów istotną barierę wejścia na dany rynek właściwy.

Wszyscy działający na analizowanym rynku przedsiębiorcy telekomunikacyjni posiadają podobne rozwiązania technologiczne i porównywalny do nich dostęp. Nie ma wyraźnych przesłanek, iż którykolwiek z nich dysponuje takimi nowymi technologiami, do jakich inni uczestnicy nie mają dostępu, a które umożliwiałyby operatorowi uzyskanie bezpośredniej przewagi nad konkurentami. Żaden z podmiotów działających na analizowanym rynku nie posiada wyłącznej możliwości osiągnięcia uprzywilejowanej pozycji produktowo-rynkowej, czy też dostępu do takich zasobów technologicznych, które generowałyby wartości rzadkie, trudne w powieleniu. Udoskonalenie technologii już funkcjonującej na rynku czy wprowadzenie zmian lub innowacji kluczowych z punktu widzenia zdobycia przewagi konkurencyjnej jest również procesem złożonym, wymagającym specjalistycznej wiedzy. Dodatkowo rynek telekomunikacyjny cechuje konieczność standaryzacji, która jest przeprowadzana przez niezależne organizacje, np. ITU (International Telecommunication Union, Międzynarodowy Związek Telekomunikacyjny). Z tych powodów operatorzy

telekomunikacyjni raczej korzystają z rozwiązań gotowych i ogólnodostępnych niż je sami wytwarzają.

Niniejsze kryterium nie wskazuje na istnienie podmiotu o pozycji znaczącej.

3.7. Ekonomie skali

Ekonomie skali (korzyści skali) to zjawisko obniżania przeciętnych kosztów całkowitych w miarę zwiększania skali produkcji lub też zmniejszania się przeciętnych kosztów stałych przy rosnącej wielkości produkcji. Ekonomie skali są charakterystyczną cechą przemysłów sieciowych, w których wysokie koszty stałe niemożliwe do uniknięcia odgrywają kluczową rolę w strukturze kosztów i gdzie działalność podmiotów opiera się o kosztowną infrastrukturę. Koszty te ponoszone są bowiem niezależnie od rozmiarów produkcji.

Z korzyści skali korzystają więc wszyscy przedsiębiorcy dysponujący infrastrukturą sieciową i oferujący usługi na rynku. Wielkość tych korzyści zależy od takich czynników jak wolumen sprzedaży, zasięg sieci czy efektywność organizacyjna. Biorąc pod uwagę wyłącznie kryterium wolumenu sprzedaży duży przedsiębiorca będzie miał zawsze przewagę nad mniejszym, tym bardziej, że na korzyść dużych przedsiębiorców działają efekty sieciowe. Korzyści skali wykorzystują w dużym stopniu wszystkie największe działające na analizowanym rynku podmioty: Netia S.A., GTS Poland sp. z o.o., Exatel S.A., T-Mobile S.A., Emitel S.A., ale też Polkomtel sp. z o.o. czy Orange i tym samym nie wpływa to na przewagę na analizowanym rynku któregośkolwiek z nich, o czym świadczy również struktura udziałów w rynku właściwym, a także jej fluktuacja w czasie.

Kryterium ekonomii skali nie świadczy o zajmowaniu pozycji znaczącej przez jakikolwiek podmiot z działających na przedmiotowym rynku właściwym.

3.8. Ekonomie zakresu

Kolejnym wskaźnikiem służącym ocenie występowania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych o znaczącej pozycji rynkowej są korzyści zakresu, które obrazują wyższą efektywność kosztową produkcji szerszego asortymentu produktów lub świadczenia szerszego zakresu usług przy wykorzystaniu składników wytwórczych przedsiębiorstwa. Oznacza to, że przedsiębiorca wytwarzając kilka różnych produktów łącznie uzyskuje niższy średni koszt wytworzenia tych produktów, niż gdyby wytwarzał je osobno. W telekomunikacji ekonomie zakresu realizowane są poprzez świadczenie coraz większej liczby usług wykorzystujących tę samą infrastrukturę.

Ekonomie zakresu wiążą się przede wszystkim, z możliwością wykorzystania dotychczas posiadanej infrastruktury, sieci dystrybucyjnej czy bazy klientów do rozszerzenia działalności telekomunikacyjnej. Dla oceny tego kryterium pomocne mogą być informacje uwzględniające liczbę rynków właściwych, na których ten przedsiębiorca świadczy usługi oraz stopień różnorodności oferty.

Wiele podmiotów (np. Netia S.A., GTS Poland sp. z o.o., Exatel S.A., T-Mobile S.A., Emitel S.A., Polkomtel sp. z o.o., Orange, Inea S.A., TK Telekom sp. z o.o.) działających na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, jest również obecna na detalicznym rynku dzierżawy łączy. Ponadto najwięksi przedsiębiorcy telekomunikacyjni są również obecni na innych rynkach telekomunikacyjnych.

Netia S.A. posiada w swojej ofercie, oprócz dzierżawy łączy również IP VPN, MPLS, Ethernet, Biznes VPN, VPLS, MLAN, Frame Relay, a także usługi dostępu do Internetu oraz usługi głosowe. Działa zarówno na poziomie hurtowym, jak i detalicznym.

TK Telekom sp. z o.o. oferuje swoim klientom w ramach usług transmisji danych, oprócz hurtowej oraz detalicznej dzierżawy łączy, usługi VPN, MPLS, Ethernet. Ponadto TK Telekom sp. z o.o. posiada w ofercie usługi dostępu do Internetu dla operatorów oraz klientów biznesowych, a także usługi głosowe dla operatorów (np. terminacja połączeń, tranzyt) i klientów biznesowych.

Exatel S.A. posiada w swojej ofercie usługi hurtowej oraz detalicznej dzierżawy łączy (w tym łączy międzynarodowych), usługi głosowe dla operatorów (terminacja międzynarodowego i krajowego ruchu głosowego, tranzyt ruchu), usługi internetowe dla operatorów (Quality IP Tranzyt), usługi transmisji danych dla klientów biznesowych (VPN MPLS, VPN Frame Relay, ATM), usługi Internetowe dla klientów biznesowych (Quality Internet, Quality IP Tranzyt), usługi głosowe dla klientów biznesowych (telefonia IP, ISDN, infolinie 800, 801, usługa 1044), usługi kolokacji i hostingu dla klientów biznesowych oraz usługi kolokacji i dzierżawy kanalizacji dla operatorów.

ATM S.A. oferuje usługi kolokacji, hostingu i szerokopasmowej transmisji danych oraz inne zaawansowane usługi telekomunikacyjne o dużej wartości dodanej tak dla operatorów, jak i klientów biznesowych.

T-Mobile Polska S.A. wraz z GTS Poland sp. z o.o. oferuje usługi hurtowej dzierżawy łączy, transmisja danych w technologii Ethernet, VPN, dzierżawa lambda, a także usługi dostępu do Internetu i usługi głosowe dla klientów biznesowych, jak i konsumentów.

Emitel S.A. posiada w swojej ofercie usługi z zakresu hurtowej dzierżawy łączy, dzierżawy włókien, dzierżawy kanałów w liniach radiowych oraz dostępu do Internetu dla klientów biznesowych. Emitel S.A. działa również na hurtowym i detalicznym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym i na hurtowym i detalicznym rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym.

Orange (oprócz hurtowej jak również detalicznej dzierżawy łączy) w ramach sieci transportowej oraz teletransmisyjnej realizuje usługi takie jak Metro Ethernet, IP VPN, ATM, IP MPLS, czy dzierżawa włókien, a także usługi kolokacji i hostingu. Ponadto, z wykorzystaniem sieci dostępowej Orange świadczy usługi dostępu do Internetu, a także usługi głosowe. Należy zaznaczyć, iż Orange działa na wszystkich poziomach rynku telekomunikacyjnego (rynek operatorski, rynek usług biznesowych, rynek usług konsumenckich). Orange jest obecna na największej liczbie rynków i oferuje najszerszy zakres usług na własnej infrastrukturze.

Biorąc pod uwagę powyższe, oraz uwzględniając fakt, że największy operatorzy telekomunikacyjni działający na analizowanym rynku, są skupieni w grupach kapitałowych, można stwierdzić, że w porównywalnym stopniu korzystają z ekonomii zakresu.

Kryterium to nie przesądza więc o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym.

3.9. Pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy

Ściśle powiązane z korzyściami zakresu są korzyści pionowego zintegrowania przedsiębiorcy. Pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy wzmacnia jego pozycję na wszystkich rynkach właściwych, na których jest on obecny i stanowi czynnik mogący utrudniać skuteczną konkurencję. Pionowe zintegrowanie może wzmacniać pozycję przedsiębiorcy na danym rynku na dwa sposoby. Pierwszy z nich polega na tym, że dzięki kontroli nad rynkami

powiązanymi przedsiębiorca może utrudniać nowym konkurentom wejście na dany rynek właściwy, a operatorom już działającym na tym rynku – utrudniać skuteczną konkurencję i powiększanie udziałów rynkowych. Rynki powiązane z danym rynkiem właściwym oznaczają w tym przypadku rynki znajdujące się powyżej (upstream markets, np. rynki półproduktów lub rynki hurtowe) lub poniżej (downstream markets, np. rynki produktów końcowych lub rynki detaliczne) w łańcuchu dostaw. Drugim sposobem jest ograniczanie przez przedsiębiorcę warunków konkurencji na kontrolowanych rynkach powiązanych, dzięki przeniesieniu na te rynki swojej pozycji znaczącej z rynku właściwego.

Najwięksi operatorzy telekomunikacyjni działający na analizowanym rynku, są skupieni w grupach kapitałowych i można stwierdzić, że w porównywalnym stopniu korzystają ze zintegrowania pionowego.

Kryterium to nie przesądza więc o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym.

3.10. Łatwy, bądź uprzywilejowany dostęp przedsiębiorcy do rynków kapitałowych, bądź zasobów finansowych

Łatwy, bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych lub zasobów finansowych jest kolejnym kryterium stosowanym do oceny pozycji rynkowej przedsiębiorców. Kryterium to pozwala stwierdzić, czy dany przedsiębiorca jest w stanie w łatwy i relatywnie szybki sposób pozyskać środki, zarówno na działalność operacyjną, jak również na nowe inwestycje.

W przypadku rynków telekomunikacyjnych jest to o tyle istotne, iż często charakteryzują się one wysokimi finansowymi barierami wejścia. Analizowany krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, wymaga posiadania rozbudowanej infrastruktury, której budowa jest bardzo kosztowna. Tego typu inwestycje często zmuszają przedsiębiorców do korzystania z zewnętrznych źródeł finansowania. Poza wydatkami na inwestycje, dodatkowe środki pieniężne mogą być przeznaczone na rozwój nowych usług lub inne wydatki związane z działalnością operacyjną. Większą szansę na otrzymanie zewnętrznego wsparcia mają przedsiębiorstwa znajdujące się w dobrej kondycji finansowej oraz o większej wartości pieniężnej. Posiadanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego na danym rynku właściwym łatwiejszego dostępu do źródeł finansowania niż inni operatorzy wzmacnia jego pozycję na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im bardziej uprzywilejowany dostęp ma konkretny przedsiębiorca do tych zasobów, tym większe jest prawdopodobieństwo, że zajmuje on pozycję znaczącą na danym rynku.

Z drugiej strony, jeśli przedsiębiorca uzyskuje niezadowalające wyniki finansowe z prowadzonej działalności, będzie miał problemy z pozyskaniem kapitału, który mógłby przeznaczyć na rozwój przedsiębiorstwa. Potencjalni inwestorzy nie będą skłonni do inwestowania swych pieniędzy w przedsiębiorstwo, którego sytuacja finansowa jest niepewna. Inwestycja w takie przedsiębiorstwo mogłaby okazać się nieopłacalna i narazić potencjalnego inwestora na straty.

Najwięksi operatorzy telekomunikacyjni działający na analizowanym rynku, są skupieni w grupach kapitałowych, co samo w sobie ułatwia pozyskiwanie kapitału. Dodatkowo, jak już zostało to wyjaśnione w pkt 4.5., najwięksi gracze na analizowanym rynku przeznaczają spory i porównywalny procent swoich przychodów na inwestycję w rozwój infrastruktury.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes UKE stwierdza, że kryterium to nie przesądza o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym.

3.11. Brak potencjalnej konkurencji

Niewielkie prawdopodobieństwo wejścia na dany rynek właściwy nowych operatorów wzmacnia pozycję przedsiębiorców telekomunikacyjnych już obecnych na tym rynku i stanowi czynnik utrudniający skuteczną konkurencję. Im mniejsza szansa na pojawienie się nowych konkurentów na rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorcy działający na nim zajmują samodzielnie lub wspólnie pozycję znaczącą.

Wejście na analizowany rynek, może wiązać się z ryzykiem potencjalnej utraty całości lub dużej części nakładów inwestycyjnych na budowę czy rozwój własnej infrastruktury, co może stanowić powód rezygnacji nowych graczy z wejścia na rynek. Ryzyko takie istnieje i ma znaczenie dla konkurencyjności rynku, jeśli działa na nim mało podmiotów o niskich udziałach. Taka sytuacja, jak zostało przedstawione powyżej przy analizie udziałów rynkowych nie występuje na analizowanym rynku. Już obecnie istnieje na nim rzeczywista konkurencja alternatywnych dostawców. Na analizowanym rynku mamy dużo podmiotów o zróżnicowanych udziałach w rynku. Dodatkowo istnieje grupa czterech konkurujących ze sobą podmiotów, którzy osiągnęli udziały rynkowe przekraczające 10% w całkowitych przychodach na analizowanym rynku, co w ocenie Prezesa UKE świadczy, iż wejście na analizowany rynek oraz zdobycie na nim istotnego udziału jest możliwe.

Wobec powyższego kryterium należy uznać za niespełnione. Kryterium to nie świadczy o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym.

4. Analiza rynku pod kątem występowania kolektywnej znaczącej pozycji rynkowej

Zgodnie z motywem 16 Wytycznych Komisji: „Krajowe organy regulacyjne powinny ustalić, czy na bazowym rynku lub rynkach detalicznych istnieją perspektywy dla konkurencji w przypadku braku regulacji rynku hurtowego na podstawie ustalenia samodzielnej lub zbiorowej znaczącej pozycji rynkowej, a więc czy brak efektywnej konkurencji ma charakter trwały.”

Jak wynika z powyższego Prezes UKE po stwierdzeniu braku przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej powinien przeprowadzić analizę rynku pod kątem występowania kolektywnej pozycji znaczącej.

Jak zostało wskazane na początku uzasadnienia niniejszego postanowienia, zgodnie z art. 25a ust. 4 ustawy Prawo telekomunikacyjne, Prezes UKE przy ustalaniu, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmuje kolektywną pozycję znaczącą na rynku właściwym, ocenia cechy rynku właściwego, w szczególności udział przedsiębiorców w rynku oraz jego przejrzystość, a jeżeli ocena tych cech nie wskazuje na brak kolektywnej pozycji znaczącej stosuje w szczególności kryteria wskazane w art. 25a ust. 5 Pt.

Do kryteriów zalicza się:

- niską elastyczność popytu,
- podobne udziały w rynku,
- wysokie prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku,
- integrację pionową, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw,
- brak równoważącej siły nabywczej,
- brak potencjalnej konkurencji.

Jednocześnie nie jest wymagane łączne spełnienie przywołanych powyżej kryteriów.

Co więcej, analiza kryteriów powinna mieć miejsce wtedy, gdy badanie cech rynku właściwego, w szczególności udziału przedsiębiorców oraz przejrzystości nie wyklucza

występowania kolektywnej pozycji. W niniejszym przypadku analiza tych przesłanek jednoznacznie wskazuje na brak występowania pozycji kolektywnej. Niemniej jednak dla kompletności analizy Prezes UKE przeanalizował ponadto kryterium niskiej elastyczności popytu (analiza kryteriów dotyczących barier wejścia, integracji pionowej czy braku potencjalnej konkurencji znajduje się w rozdziale 3).

Kolektywna pozycja znacząca¹⁷ występuje głównie na rynkach oligopolistycznych. Brak skutecznej konkurencji zachodzący na tego rodzaju rynkach znany jest także jako zjawisko skoordynowanych skutków (coordinated effects) lub jako zjawisko „milczącej”, dorozumianej zмовы (tacit collusion) między przedsiębiorcami¹⁸. W związku z brakiem szerszej praktyki stosowania koncepcji kolektywnej pozycji znaczącej, zarówno w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i ustawy Prawo telekomunikacyjne, należy odwołać się do rozstrzygnięć podejmowanych w orzecznictwie instytucji wspólnotowych. Przyjęto tam, że do stwierdzenia kolektywnej pozycji znaczącej konieczne jest spełnienie łącznie następujących przesłanek:

1. stwierdzenie formalnej niezależności (prawnej samodzielności) między przedsiębiorcami,
2. istnienie między nimi więzi ekonomicznych, względnie innych czynników współzależności gospodarczej, pozwalających tym przedsiębiorcom działać wspólnie i niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów¹⁹. Istniejąca między przedsiębiorcami więź gospodarcza umożliwia im przyjęcie jednolitej linii zachowania na rynku bądź też występowania na tym rynku jako zbiorowa jednostka. Nie musi być przy tym spełniony wymóg, aby przedsiębiorcy podejmowali identyczne działania w każdym aspekcie. Istotne jest, aby podmioty te były w stanie podejmować wspólną politykę działań rynkowych i funkcjonować w znaczącym zakresie niezależnie od pozostałych uczestników rynku. Przyjęcie, iż w przypadku określonych przedsiębiorców występuje kolektywna pozycja znacząca, nie wyklucza jednak istnienia między nimi pewnej konkurencji.

Jako przykład opisanych wyżej więzi można wskazać istnienie współzależności zachowań w ramach oligopolistycznego układu rynkowego, w postaci wzajemnego, świadomego dostosowywania działań na rynku w celu zwiększania wspólnych korzyści (np. poprzez skoordynowany wzrost cen, skoordynowane wydłużenie umów z użytkownikami końcowymi). Wśród innych czynników rynkowych świadczących o posiadaniu przez przedsiębiorców kolektywnej pozycji znaczącej wymienia się: jednorodność oferty tych przedsiębiorców, ich wysokie udziały rynkowe, zbliżoną strukturę kosztów produkcji, dużą transparentność rynku, znikome alternatywne źródła podaży i wysokie koszty wejścia na rynek.

¹⁷ Pojęcie „pozycja znacząca” stosowane na gruncie prawa telekomunikacyjnego jest znaczeniowo równoznaczne pojęciu „pozycja dominująca” stosowanemu na gruncie ogólnego prawa antymonopolowego, którym posługują się autorzy opracowania źródłowego.

¹⁸ Zob. Komentarz do art.4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka, LEX, 2008

¹⁹ Zob. wyrok z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie maritime belge transports i in. v. Komisja, Rec. s. I-1365, pkt 37

4.1 Udziały przedsiębiorców w rynku właściwym oraz podobne udziały w rynku

Udziały przedsiębiorców na analizowanym rynku właściwym zostały opisane w pkt 3.2. niniejszego postanowienia.

Punktem wyjścia do określenia kolektywnej pozycji znaczącej, jest ocena stopnia koncentracji rynku. Do oceny stopnia koncentracji na rynku służy wskaźnik Herfindahla-Hirschmana (HHI), który jest najbardziej rozpowszechnioną miarą koncentracji rynku.

Wskaźnik ten, definiuje się jako sumę kwadratów udziałów rynkowych podmiotów funkcjonujących na danym rynku. Wskaźnik ten może przyjmować wartości od 0 do 10000. Niewielka koncentracja rynku, czyli wartość wskaźnika bliska zeru oznacza, że na rynku funkcjonuje dużo małych firm, natomiast wartości bliskie 10000 oznaczają całkowity monopol jednego przedsiębiorcy.

Na analizowanym rynku, HHI mierzony liczbą łączy dla usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, wynosił odpowiednio:

Tabela 4

Współczynnik HHI mierzony liczbą łączy dla usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, za lata 2017-2019

	2017	2018	2019
HHI	1975	1896	1783

Źródło: UKE

Współczynnik HHI mierzony wartością przychodów wynosił zaś:

Tabela 5

Współczynnik HHI mierzony wartością przychodów dla usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, za lata 2017-2019

	2017	2018	2019
HHI	1876	1862	1808

Źródło: UKE

Analiza koncentracji rynku, z wykorzystaniem indeksu koncentracji (HHI) obliczonego za lata 2017-2019 dla krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, wskazuje, że indeks ten jest na umiarkowanym poziomie i dodatkowo systematycznie maleje. Zgodnie z konstrukcją HHI wraz z rosnącą asymetrią pomiędzy udziałami w rynku przedsiębiorców, wartość wskaźnika rośnie – przy takiej samej liczbie uczestników. Indeks ten będzie przyjmował większą wartość dla rynków, na których występują znaczące różnice pomiędzy udziałami firm, zaś najmniejszy poziom osiągnie w przypadku równego rozłożenia udziałów pomiędzy uczestników rynku. Wyższa wartość HHI (przy danej liczbie przedsiębiorców) może świadczyć o istnieniu pozycji dominującej/znaczącej pojedynczego przedsiębiorcy, ponieważ wskazuje na daleko

posuniętą asymetrię pomiędzy udziałami przedsiębiorców w rynku, która może być związana ze znaczącą przewagą jednego z nich nad pozostałymi. Analizowany rynek charakteryzuje się względnie umiarkowanym poziomem koncentracji, który każdego roku ulega obniżeniu. Na rynku działa kilkudziesięciu przedsiębiorców o różnych w nim udziałach (nie można też jednoznacznie stwierdzić, że zachodzi podobieństwo udziałów w rynku wśród tych przedsiębiorców).

Kryterium nie wskazuje na występowanie na rynku przedsiębiorców o kolektywnej pozycji znaczącej.

4.2. Przejrzystość rynku

Kolejnym, kryterium służącym do oceny występowania kolektywnej pozycji znaczącej jest przejrzystość rynku. Im większa jest przejrzystość rynku tzn. kiedy przedsiębiorcy telekomunikacyjni mogą łatwo uzyskać dokładne informacje na temat działań konkurencji, tym większe jest prawdopodobieństwo, że przedsiębiorcy działający na tym rynku zajmują kolektywną pozycję znaczącą. W takiej sytuacji bowiem operator łatwo może przyjąć taką samą jak konkurent strategię działania lub może podjąć decyzję o zastosowaniu mechanizmów odwetowych w przypadku odejścia któregośkolwiek z graczy rynkowych od wspólnej linii działania.

Jak wskazano w rozdziale 3.4 opłaty związane ze świadczeniem hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s są najczęściej negocjowane indywidualnie dla danego łącza i dla każdej sprawy osobno. Tak samo jak w przypadku innych postanowień umownych, które są negocjowane indywidualnie pomiędzy stronami, umowy zawierane pomiędzy uczestnikami na analizowanym rynku są z reguły objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie są publicznie dostępne.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że niniejszy rynek charakteryzuje się ograniczoną i niską przejrzystością, co negatywnie wpływa na możliwość wystąpienia na nim kolektywnej pozycji znaczącej.

4.3. Niska elastyczność popytu

Elastyczność popytu jest miarą względnej zmiany popytu wywołanej względną zmianą określonego czynnika wpływającego na popyt. Informuje o wrażliwości popytu na zmiany czynników go kształtujących. Popyt jest elastyczny, gdy niewielka zmiana czynników kształtujących popyt skutkuje znaczną zmianą wielkości popytu, zaś nieelastyczny (sztywny), gdy nawet znacząca zmiana determinantów powoduje jedynie niewielkie zmiany wielkości popytu. Najczęściej rozważanym determinantem jest cenowa elastyczność popytu, czyli stosunek względnej zmiany popytu do względnej zmiany ceny.

Hurtowa usługa dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, zwłaszcza w odniesieniu do większych wdrożeń, tak ze strony kupującego jak i sprzedającego, wymaga wykonania szeregu czynności oraz poniesienia (w wielu przypadkach również po stronie kupującego) kosztów, które po zaprzestaniu usługi, są całkowicie lub częściowo nie do odzyskania. Z tego powodu operatorzy ze swoimi największymi klientami (również operatorami) z reguły podpisują umowy wieloletnie, które precyzyjnie określają warunki cenowe za usługę przez cały okres jej świadczenia. Możliwość swobodnego podnoszenia cen przez operatorów jest mocna ograniczona.

Choć popyt na analizowanym rynku nie wydaje się być elastyczny to równocześnie biorąc pod uwagę powyższą specyfikę rynku nie zwiększa to prawdopodobieństwa wystąpienia na nim kolektywnej pozycji znaczącej. Niższa elastyczność nie wynika tu bowiem z przewagi

ekonomicznej dwóch lub więcej podmiotów na rynku, lecz jest wynikiem innych czynników leżących również po stronie odbiorców usług i ich zachowań oraz preferencji.

Kryterium nie wskazuje na występowanie na rynku przedsiębiorców o kolektywnej pozycji znaczącej.

4.4. Podsumowanie analizy pod kątem występowania kolektywnej pozycji znaczącej

Analiza koncentracji z wykorzystaniem wskaźnika HHI wyliczonego za lata 2017-2019 wykazała umiarkowany stopień koncentracji, który jednak w ciągu tych lat uległ zmniejszeniu.

Rynek charakteryzuje się ograniczoną i niską przejrzystością, co negatywnie wpływa na możliwość wystąpienia na nim kolektywnej pozycji znaczącej. Warunki umów zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami stanowią tajemnicę i nie są ujawniane na rynku.

Popyt cechuje się niską elastycznością, wynikającą z zawierania umów wieloletnich, nie zaś z przewagi ekonomicznej dwóch lub większej liczby przedsiębiorców.

Prezes UKE nie stwierdził w latach 2017-2019 występowania na rynku właściwym antykonkurencyjnych działań ze strony przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących na nim swoje usługi, w tym działań polegających na zbiorowej odmowie dostaw.

Podsumowując, przeprowadzona analiza nie wykazała występowania na rynku właściwym przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą.

5. Wnioski końcowe

Prezes UKE, opierając się na analizie usługowej rynku, doszedł do wniosku, iż rynek ten należało określić jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s. Przez świadczenie hurtowej usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s rozumie się usługę, która polega na udostępnieniu innemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji o prędkości powyżej 2 Mb/s, zrealizowanej pomiędzy urządzeniem abonenckim a najbliższym, od urządzenia abonenckiego, węzłem operatora sprzedającego usługę znajdującym się w sieci, do którego dołączony jest przedsiębiorca telekomunikacyjny. Analiza przedmiotowego rynku wykazała, że operatorzy wyodrębniają w ramach hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, również tzw. segment łączy będących zakończeniami łączy o przepływności powyżej 2 Mb/s oraz segment łączy end-to-end (koniec koniec) o przepływności powyżej 2 Mb/s. Prezes UKE ustalając definicję usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji, definicję usługi dzierżawy odcinków łączy będących zakończeniami łączy oraz definicję usługi dzierżawy łączy end-to-end kierował się zasadą neutralności technologicznej i nie dokonał segmentacji ww. usług ze względu na technologię ich świadczenia.

Analizując krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, należało stwierdzić, że charakteryzują go następujące czynniki (stanowiące jednocześnie kryteria oceny znaczącej pozycji rynkowej):

- udziały przedsiębiorców w rynku właściwym oraz dostęp do alternatywnych dostawców nie wskazują na żaden podmiot o pozycji znaczącej lub podmioty o kolektywnej pozycji znaczącej;
- nie występują bariery w dostępie do rynku. Mowa tu o barierach strukturalnych, ekonomicznych i prawnych;

- na rynku nie stwierdzono podejmowania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych działań o charakterze antykonkurencyjnym;
- istnienie przewagi technologicznej przedsiębiorcy – wszyscy przedsiębiorcy telekomunikacyjni działający na rynku właściwym dysponują podobnymi technologiami;
- ekonomia skali – na rynku właściwym można obecnie stwierdzić, że Orange Polska ze względu na rozległość swojej sieci telekomunikacyjnej, najbardziej wykorzystuje efekt skali, jednakże wobec niskich w nim udziałów Orange, nie można mówić o dominującej ani silnej pozycji tego operatora na analizowanym rynku;
- ekonomia zakresu i pionowe zintegrowanie przedsiębiorcy – działający na niniejszym rynku właściwym przedsiębiorcy telekomunikacyjni mogą korzystać z ekonomii zakresu i pionowego zintegrowania, choć ze względu na zakres działalności w największym stopniu mogłoby dotyczyć to Orange Polska. Niemniej jednak pozostali operatorzy skupieni w grupach kapitałowych również korzystają z pionowego zintegrowania;
- łatwy bądź uprzywilejowany dostęp do rynków kapitałowych lub zasobów finansowych – wyniki analizy wskazują, że żaden podmiot nie posiada jako jedyny łatwego dostępu do źródeł finansowania, który w sposób szczególny umacniałby jego pozycję rynkową względem działających na rynku właściwym konkurentów. Kryterium to nie przesądza więc o występowaniu podmiotu o pozycji znaczącej na przedmiotowym rynku właściwym;
- brak potencjalnej konkurencji – na rynku działa już obecnie kilkudziesięciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy skutecznie ze sobą konkurują, a wejście na niego nie jest utrudnione wysokimi barierami;
- istnienie barier do dalszego rozwoju przedsiębiorcy oraz rynku właściwego – rynek właściwy rozwija się i stale powiększa swoją wartość. Należy podkreślić, że operatorzy zdecydowanie chętniej inwestują w rozwiązania oparte na technologiach alternatywnych.

Z przeprowadzonej przez Prezesa UKE analizy kryteriów występowania znaczącej pozycji rynkowej wynika, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s nie występuje żaden przedsiębiorca o znaczącej pozycji rynkowej. Również analiza kryteriów służących ocenie występowania na danym rynku właściwym dwóch lub więcej przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, nie uzasadnia podjęcia przez Prezesa UKE regulacji ex ante krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s. Występowanie na powyższym rynku właściwym przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą nie jest potwierdzone przez żadne z analizowanych kryteriów:

- udziały przedsiębiorców w rynku właściwym oraz podobne udziały w rynku – na rynku działa kilkudziesięciu przedsiębiorców o różnych w nim udziałach (nie można też jednoznacznie stwierdzić, że zachodzi podobieństwo udziałów w rynku wśród tych przedsiębiorców). Dodatkowo analiza koncentracji na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, z wykorzystaniem indeksu koncentracji (HHI) obliczonego za lata 2017-2019, dla krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s, wskazuje, że indeks ten jest na relatywnie umiarkowanym poziomie i dodatkowo systematycznie maleje;

- przejrzystość rynku – w związku z faktem, że większość negocjowanych na rynku umów nie jest jawna i jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, można stwierdzić, że rynek właściwy nie jest przejrzysty;
- niska elastyczność popytu – choć popyt na analizowanym rynku nie wydaje się być elastyczny, to równocześnie biorąc pod uwagę specyfikę omawianego rynku właściwego, nie zwiększa to prawdopodobieństwa wystąpienia na nim przedsiębiorców zajmujących kolektywną pozycję znaczącą;
- wysokie, prawne lub ekonomiczne bariery dostępu do rynku – jak już wcześniej opisano, rynek nie charakteryzuje się barierami w dostępie;
- integracja pionowa, której towarzyszy zbiorowa odmowa dostaw – Prezes UKE nie stwierdził występowania na rynku właściwym antykonkurencyjnych działań ze strony przedsiębiorców telekomunikacyjnych świadczących na nim swoje usługi, w tym działań polegających na zbiorowej odmowie dostaw;
- brak potencjalnej konkurencji – na rynku działa kilkudziesięciu przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a wejście na niego nie jest utrudnione wysokimi barierami.

Podsumowując należy stwierdzić, że przeprowadzona przez Prezesa UKE analiza krajowego hurtowego rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mb/s wykazała, że nie występuje na nim przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą. Z uwagi na fakt, że wyniki analizy rynku właściwego wskazują na brak na analizowanym rynku przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 1 Pt, w niniejszym postanowieniu, Prezes UKE zobowiązany był stwierdzić, że na powyższym rynku właściwym występuje skuteczna konkurencja (pkt III sentencji niniejszego postanowienia).

Jednakże jeśli w toku następnych analiz rynkowych zostanie stwierdzony brak skutecznej konkurencji, organ regulacyjny będzie zobligowany do nałożenia na przedsiębiorcę (przedsiębiorców) posiadających pozycję znaczącą odpowiednich obowiązków regulacyjnych.

6. Odniesienie do podań, wniosków i zarzutów wniesionych przez strony oraz uczestników postępowania

Prezes UKE, w treści niniejszego postanowienia odniósł się do twierdzeń, wniosków i żądań, a w szczególności do zarzutów zgłoszonych przez strony oraz zawartych w stanowiskach konsultacyjnych uczestników postępowania konsultacyjnego, przeprowadzonego w dniach od 2 października 2020 r. do 2 listopada 2020 r. oraz postępowania konsolidacyjnego, co znalazło odzwierciedlenie w załączniku nr 1 do niniejszego postanowienia, stanowiącym jego integralną część.

7. Odniesienie do Załączników stanowiących integralną część niniejszego postanowienia

Załącznik nr 1 stanowi integralną część niniejszego postanowienia.

POUCZENIE

Stosownie do art. 206 ust. 2b ustawy Prawo telekomunikacyjne, w związku z art. 479⁵⁷ pkt 2 oraz art. 479⁶⁶ w związku z art. 479³² § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 1575, ze zm.) od niniejszego

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

Pismo wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym

postanowienia przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wnoszone za pośrednictwem Prezesa UKE, w terminie tygodniowym od dnia doręczenia postanowienia.

Wniesienie zażalenia nie wstrzymuje wykonania niniejszego postanowienia.

Od odwołania od niniejszego postanowienia pobiera się opłatę stałą w kwocie 500 zł, na podstawie art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j.: Dz. U. z 2020 r., poz. 755 z późn. zm.).

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Zastępca Prezesa

Karol Krzywicki

Otrzymują:

1. 3S S.A.
ul. Ligocka 103/8
40-568 Katowice
2. ATM S.A.
ul. Grochowska 21a
04-186 Warszawa
3. [Dane osobowe]
Pełnomocnik EMITEL S.A.
ul. Klimczaka 1
02-797 Warszawa
4. Energa Informatyka i Technologie sp. z o.o.
al. Grunwaldzka 472A
80-309 Gdańsk
5. Energa Operator S.A.
ul. Marynarki Polskiej 130
80-557 Gdańsk
6. Exatel S.A.
ul. Perkuna 47
04-164 Warszawa
7. GTS Poland sp. z o.o.
ul. Postępu 15C / 3 piętro
02-676 Warszawa
8. INEA S.A.
ul. Klaudyny Potockiej 25
60-211 Poznań
9. Intelligent Technologies S.A.
Al. Jerozolimskie 98
00-807 Warszawa

Urząd Komunikacji Elektronicznej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

Pismo wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym

10. Internetia sp. z o.o.
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
11. Multimedia Polska S.A.
ul. Tadeusza Wendy 7/9
81-341 Gdynia
12. Multimedia Polska Biznes S.A.
ul. Koszykowa 61B
00-667 Warszawa
13. Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa – Państwowy Instytut Badawczy
ul. Kolska 12
01-045 Warszawa
14. NASK S.A.
ul. Wąwozowa 18, lok. 10
02-796 Warszawa
15. Netia S.A.
ul. Poleczki 13
02-822 Warszawa
16. [Dane osobowe]
Pełnomocnik Orange Polska S.A.
Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa
17. PGE Dystrybucja S.A.
ul. Garbarska 21A
20-340 Lublin
18. PGE Energia Odnawialna S.A.
ul. Ogrodowa 59A
00-876 Warszawa
19. PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.
ul. Węglowa 5
97-400 Bełchatów
20. PKP Telkol sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 142B
02-305 Warszawa
21. Polkomtel Infrastruktura sp. z o.o.
ul. Konstruktorska 4
02-673 Warszawa
22. Polkomtel sp. z o.o.
ul. Konstruktorska 4
02-673 Warszawa
23. TK Telekom sp. z o.o.
ul. Kijowska 10/12A
03-743 Warszawa
24. T-Mobile Polska S.A.
ul. Marynarska 12
02-674 Warszawa
25. TOYA sp. z o.o.
ul. Łąkowa 29
90-554 Łódź
26. UPC Polska sp. z o.o.
al. Solidarności 171
00-877 Warszawa
27. Vectra Investments sp. z o.o. sp. jawna
ul. Emilii Plater 53
00-113 Warszawa
28. Vectra S.A.
al. Zwycięstwa 253
81-525 Gdynia

Urząd Komunikacji Elektroniczej
Warszawa, ul. Giełdowa 7/9,
tel. 22 53 49 440, fax 22 53 49 306, platforma e-usług: pue.uke.gov.pl

Pismo wydane w formie dokumentu elektronicznego i podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym

29. [Dane osobowe]
Pełnomocnik Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej
Kancelaria Prawna Media s.c.
ul. Łąkowa 21/17
61-879 Poznań
30. Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji
ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa