



Warszawa, dnia 4 czerwca 2018 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Marcin Cichy

Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

Podmiot na prawach strony:

**Krajowa Izba Gospodarcza
Elektroniki i Telekomunikacji**

ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

DECYZJA DHRT.WORK.609.1.2017.44

Na podstawie art. 138 § 1 pkt 1 w związku z art. 127 § 3 i art. 104 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1907 z późn. zm., dalej „kpa”) w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1907 z późn. zm., dalej „Pt”) oraz art. 53 ust. 2 i ust. 3 oraz art. 38 i art. 39 Pt, po rozpatrzeniu wniosku Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie (dalej „KIGEiT”) z dnia 24 kwietnia 2018 r., nr KIGEiT/715/04/2018 (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej „UKE” w dniu 26 kwietnia 2018 r.) o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) z dnia 4 kwietnia 2018 r., nr DHRT.WORK.609.1.2017.30 (dalej „Zaskarżona Decyzja”), zatwierdzającej instrukcję w zakresie prowadzenia przez Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „OPL”) rachunkowości regulacyjnej za 2017 rok i opis kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego na rynku usług dostępu szerokopasmowego, w tym szerokopasmowej transmisji danych na 2019 rok tj.:

1. Dokument I: „Instrukcję w zakresie prowadzonej przez Orange Polska S.A. rachunkowości regulacyjnej za rok 2017”, (dalej „Instrukcja – 2017”),
2. Załącznik nr 1 do Instrukcji – 2017: „Przypisanie procesów modelowych oraz grup środków trwałych i WNiP¹ do działalności rachunkowości regulacyjnej”, (dalej „Załącznik nr 1 do Instrukcji – 2017”),

¹ Wartości niematerialnych i prawnych.



3. Dokument II: „Opis kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usługi dostępu szerokopasmowego (Rynek 5) na rok 2019 Orange Polska S.A.”, (dalej „Opis LRIC Rynek 5 - 2019”),
 4. Załącznik nr 1 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019: „Tabele wyników kalkulacji kosztów”, (dalej „Załącznik nr 1 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019”),
 5. Załącznik nr 2 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019: „Nośniki”, (dalej „Załącznik nr 2 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019”),
 6. Załącznik nr 3 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019: „Macierz alokacji kosztów Procesów Specjalnych (HCC) na Modelowe Elementy Sieci”, (dalej „Załącznik nr 3 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019”),
 7. Załącznik nr 4 do Opisu LRIC Rynek 5 – 2019: „Macierz alokacji kosztów Procesów Modelowych na Usługi”, (dalej „Załącznik nr 4 do Opisu LRIC – Rynek 5 - 2019”),
 8. Załącznik nr 5 do Opisu LRIC Rynek 5 – 2019: „Zależności koszt - wolumen CVR” (dalej „Załącznik nr 5 do Opisu LRIC Rynek 5 – 2019”),
 9. Dokument III: „Opis kalkulacji w zakresie przeszacowania wartości składników kapitału zaangażowanego na dzień 31 grudnia 2017 r. oraz wyznaczania wartości kosztów od ich wartości bieżącej na potrzeby opisów kalkulacji zawartych w dokumentach numer: I, II” (dalej „Opis przeszacowania – 2017”),
- łącznie zwane w dalszej części decyzji również „Instrukcją – 2017 i Opisem 2019”,

utrzymuję Zaskarżoną Decyzję w całości w mocy.

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 22 września 2009 r., sygn.: DRTD-SMP-6040-5/09(22)² (dalej „Decyzja SMP – Rynek 3”), Prezes UKE ustalił, że na rynku świadczenia usługi zakańczania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej Telekomunikacji Polskiej S.A. (obecnie OPL), zgodnym z obszarem sieci, w której następuje zakończenie połączenia (dalej „Rynek 3”), nie występuje skuteczna konkurencja, wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę posiadającego znaczącą pozycję rynkową i nałożył na OPL m.in. obowiązek z art. 38 Pt polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej.

W dniu 29 września 2010 r., Prezes UKE wydał decyzję sygn.: DHRT-WOR-6082-4/10(109)³, zatwierdzającą „Ofertę ramową określającą ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci TP, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny lub współdzielony oraz dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych” (dalej „Oferta”), zmienioną następnie decyzjami Prezesa UKE.

Decyzją z dnia 30 grudnia 2010 r., sygn.: DART-SMP-6040-2/10(52)⁴ (dalej „Decyzja SMP 2007 – Rynek 4”), Prezes UKE określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia usług hurtowego (fizycznego) dostępu do infrastruktury sieciowej (w tym dostępu dzielonego lub w pełni uwolnionego) w stałej lokalizacji (dalej „Rynek 4”) oraz wyznaczył OPL jako

²źródło: https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=6101.

³źródło: https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=7614.

⁴źródło: https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=8136.

przedsiębiorcę posiadającego znaczącą pozycję rynkową i nałożył na OPL m.in. obowiązek z art. 38 Pt polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej.

Po przeprowadzeniu kolejnych analiz rynku decyzją z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn.: DART-SMP-6040-5/10(42)⁵ (dalej „Decyzja SMP – Rynek 2”), Prezes UKE ustalił, że na krajowym rynku świadczenia usługi rozpoczynania połączeń w stacjonarnej publicznej sieci telefonicznej (sieci telefonicznej w stałej lokalizacji) (dalej „Rynek 2”) nie występuje skuteczna konkurencja i wyznaczył OPL, jako przedsiębiorcę posiadającego pozycję znaczącą na tym rynku i nałożył na OPL m.in. obowiązek z art. 38 Pt, polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej.

W dniu 11 września 2013 r. Komisja Europejska (dalej „KE”), wydała zalecenie nr C(2013) 5761 w sprawie jednolitych obowiązków niedyskryminacji i metod kalkulacji kosztów w celu promowania konkurencji i poprawienia otoczenia dla inwestycji w sieci szerokopasmowe⁶ (dalej „Zalecenie Komisji”).

W dniu 7 października 2014 r. Prezes UKE wydał decyzję sygn.: DART-SMP-6040-1/14(121)⁷ (dalej „Decyzja SMP 5 - 2014”), w której określił rynek właściwy, jako rynek świadczenia hurtowych usług dostępu szerokopasmowego (dalej „Rynek 5”) na obszarze całego kraju, z wyłączeniem 76 obszarów gminnych określonych w pkt 1 Załącznika nr 1 do Decyzji SMP 5 – 2014 oraz wyznaczył OPL, jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na danym rynku i nałożył na OPL m.in. obowiązek z art. 38 Pt polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej oraz obowiązek kalkulacji kosztów uzasadnionych na podstawie art. 39 ust. 1 Pt

Decyzją z dnia 16 września 2015 r., sygn.: DART.SMP.6040.1.2015.51 (dalej „Decyzja SMP 2015 – Rynek 4”), Prezes UKE określił rynek właściwy jako krajowy hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji do 2 Mbit/s włącznie (dalej „Rynek 4⁸ - 2015”) oraz wyznaczył OPL jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na Rynku 4 - 2015 i nałożył na OPL m.in. obowiązek z art. 38 Pt, polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej.

Postanowieniem z dnia 16 września 2015 r., sygn.: DART.SMP.6040.2.2015.422, Prezes UKE stwierdził, że na krajowym hurtowym rynku usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji powyżej 2 Mbit/s, występuje skuteczna konkurencja.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn.: TKRU3/KL/OPL-9/04/17 - wersja tajna oraz sygn.: TKRU/KL/20/04/17 - wersja jawna, (dalej „Wniosek OPL I”, wpływ do UKE w dniu 27 kwietnia 2017 r.), OPL wniosła o uzgodnienie i zatwierdzenie projektów Instrukcji – 2017 i Opisu 2019: Instrukcji – 2017, Opisu LRIC Rynek 5 – 2019 oraz Opisu Przeszacowania – 2017.

OPL oznaczyła wersję tajną dokumentów klauzulą „tajemnica Orange Polska S.A. – confidential” oraz wniosła na podstawie art. 207 Pt, o potraktowanie niektórych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa OPL.

⁵ źródło: https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=9146.

⁶ źródło: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2013:251:FULL&from=PL>.

⁷ źródło: https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=17605.

⁸Hurtowy rynek usługi dostępu wysokiej jakości w stałej lokalizacji według Zalecenia Komisji 2014/710/UE 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 <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0710&from=PL>.

Pismem z dnia 10 maja 2017 r. Prezes UKE zawiadomił OPL, KIGEiT, Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji z siedzibą w Warszawie oraz Polską Izbę Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie o wszczęciu postępowania administracyjnego, sygn.: DHRT.WORK.609.1.2017.3, w przedmiocie zatwierdzenia Instrukcji - 2017 i Opisu 2019. Ponadto, Prezes UKE poinformował, iż zgodnie z art. 31 § 1 ust. 2 kpa organizacja społeczna może wystąpić do organu z żądaniem dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione celami statutowymi tej organizacji i gdy przemawia za tym interes społeczny. Prezes UKE zawiadomił także, iż zgodnie z art. 31 § 5 kpa organizacja społeczna, która nie uczestniczy w postępowaniu na prawach strony, może za zgodą organu administracji publicznej przedstawić organowi swój pogląd w sprawie, wyrażony w uchwale lub oświadczeniu jej organu statutowego.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn.: KIGEiT/1008/08/2017, KIGEiT złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu administracyjnym w sprawie zatwierdzenia Instrukcji - 2017 i Opisu 2019. KIGEiT wskazała, iż jej wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest uzasadniony celami statutowymi tej organizacji, a za dopuszczeniem przemawia również interes społeczny. Do wniosku KIGEiT dołączyła swój statut.

Postanowieniem z dnia 4 września 2017 r. Prezes UKE na podstawie art. 31 § 2 kpa dopuścił KIGEiT do udziału w postępowaniu w sprawie zatwierdzenia Instrukcji - 2017 i Opisu 2019 w charakterze podmiotu na prawach strony.

Pismem z dnia 6 października 2017 r. (dalej „Wezwanie I”) Prezes UKE wezwał OPL, w trybie art. 50 § 1 kpa w związku z § 21 ust. 4 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów usług (t.j.: Dz. U. z 2005 r., nr 255, poz. 2140 z późn. zm., dalej „Rozporządzenie kosztowe”) do przedstawienia wyjaśnień oraz dokonania zmian w Instrukcji - 2017 i Opisie 2019.

Pismem z dnia 9 października 2017 r., sygn.: TKRU3/KL/OPL-74/10/17 - wersja tajna oraz sygn.: TKRU/KL/41/10/17 - wersja jawna (dalej „Wniosek OPL II”, wpływ do UKE w dniu 10 października 2017 r.), OPL przedstawiła w celu zatwierdzenia projekty Instrukcji – 2017, Opisu LRIC – Rynek 5 – 2019, Opisu Przeszacowania – 2017.

OPL oznaczyła wersje tajną dokumentów zapisem „tajemnica Orange Polska S.A. – confidential” oraz wniosła na podstawie art. 207 Pt, o potraktowanie niektórych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa OPL.

Pismem z dnia 23 października 2017 r., sygn.: TKRU3/KL/OPL-75/10/17 - wersja tajna oraz sygn.: TKRU/KL/47/10/17 - wersja jawna, (dalej „Wniosek OPL III”, wpływ do UKE w dniu 25 października 2017 r.) w odpowiedzi na Wezwanie I, OPL przedstawiła wyjaśnienia oraz odniosła się do zmian wskazanych w Wezwaniu I, ponadto OPL przedstawiła dodatkowe propozycje zmian nieuwjętych we Wniosku OPL II.

OPL oznaczyła wersję tajną dokumentów klauzulą „tajemnica Orange Polska S.A. – confidential” oraz wniosła na podstawie art. 207 Pt, o potraktowanie niektórych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa OPL.

Postanowieniem z dnia 12 stycznia 2018 r. Prezes UKE ograniczył wgląd KIGEiT do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa OPL zawartych we Wniosku OPL I, Wniosku OPL II, Wniosku OPL III.

Pismem z dnia 14 lutego 2018 r., sygn.: TKRU3/AP/OPL-2/02/18, - wersja tajna oraz sygn.: TKRU/AP/4/02/18 – wersja jawna (dalej „Wniosek OPL IV”, wpływ do UKE w dniu

15 lutego 2018 r.) OPL przedstawiła w celu zatwierdzenia Instrukcję – 2017 i Opis 2019 wraz z załącznikami oraz z propozycją modyfikacji przedmiotowych dokumentów.

OPL oznaczyła ww. dokumenty zapisem „tajemnica Orange Polska S.A. – confidential” oraz wniosła na podstawie art. 207 Pł, o potraktowanie niektórych informacji zawartych w dokumentach wymienionych powyżej jako tajemnicy przedsiębiorstwa OPL.

Postanowieniem z dnia 9 marca 2018 r. Prezes UKE ograniczył wgląd KIGEiT do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa OPL zawartych w wersji tajnej Wniosku OPL IV.

Pismem z dnia 16 marca 2018 r., Prezes UKE zawiadomił OPL i KIGEiT, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa, Strony mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Prezes UKE po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie zatwierdzenia Instrukcji - 2017 i Opisu 2019, na podstawie art. 53 ust. 2 i art. 53 ust. 3 Pł w związku z § 22 ust. 2 i 3 w związku z § 21 ust. 2-4 Rozporządzenia kosztowego w dniu 4 kwietnia 2018 r. zatwierdził Zaskarżoną Decyzją:

1. Instrukcję - 2017,
2. Załącznik nr 1 do Instrukcji -2017,
3. Opis LRIC Rynek 5 - 2019,
4. Załącznik nr 1 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
5. Załącznik nr 2 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
6. Załącznik nr 3 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
7. Załącznik nr 4 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
8. Załącznik nr 5 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
9. Opis Przeszacowania - 2017.

Zaskarżona Decyzja została doręczona KIGEiT i OPL w dniu 10 kwietnia 2018 r.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r., nr KIGEiT/715/04/2018 (data nadania w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego w rozumieniu ustawy z dnia 12 lipca 2017 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2017 r., poz. 1481 z późn. zm.), wpływ do UKE w dniu 26 kwietnia 2018 r., KIGEiT złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Zaskarżonej Decyzji (dalej „Wniosek KIGEiT”).

KIGEiT we Wniosku KIGEiT wskazała, iż Zaskarżona Decyzja powinna zostać zmieniona w taki sposób, aby usługa „Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)” kalkulowana była jako dwie odrębne usługi. KIGEiT zwróciła uwagę, iż uruchomienie usługi na łączu aktywnym obejmuje inny zakres czynności niż uruchomienie usługi na łączu nieaktywnym, przy czym wykaz czynności dla uruchomienia usługi na łączu nieaktywnym jest znacznie szerszy. W ocenie KIGEiT oznacza to, że opłata za uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH) zostałaby ustalona w oparciu o wszystkie koszty, które mogą być ponoszone przez OPL w przypadku uruchomienia usługi na łączu aktywnym lub nieaktywnym – łącznie, niezależnie od tego, czy dane czynności byłyby faktycznie wykonywane podczas realizacji opłacanej usługi.

KIGEiT we Wniosku KIGEiT wskazała, iż oznacza to również, że w przypadku korzystania z łącza aktywnego, operatorzy alternatywni (dalej „OA”) za uruchomienie usługi płaciliby taką samą opłatę, jak w przypadku uruchomienia usługi na łączu nieaktywnym. W takim przypadku OPL ponosi zdecydowanie niższe koszty niż w przypadku uruchomienia usługi na łączu nieaktywnym, bowiem wiąże się to z mniejszą liczbą czynności podejmowanych przez OPL. KIGEiT wskazała, iż nie sposób uznać uruchomienia usługi na łączu aktywnym i na łączu nieaktywnym za działania równorzędne. W skład każdego z ww. działań wchodzi inny zakres czynności, a co za tym idzie inne obciążenie OPL, któremu z kolei obciążeniu powinny odpowiadać inne nakłady finansowe ze strony OA. KIGEiT we Wniosku KIGEiT wskazała, iż w celu zapewnienia zgodnego z rzeczywistymi nakładami wynagrodzenia należnego OPL, konieczne jest rozbitcie czynności „Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)” na dwie kategorie: dla łącza aktywnego i dla łącza nieaktywnego. KIGEiT wskazała, iż powyższe powinno prowadzić do odpowiedniego przypisania każdej z ww. usług do właściwego zakresu czynności i ustalenia dwóch odrębnych pozycji cennikowych. W opinii KIGEiT, dokonanie rozdzielania uruchomienia usługi na łączu aktywnym i łączu nieaktywnym, powinno doprowadzić do bardziej precyzyjnego ustalenia cen za usługę regulowaną. Ustalenie odrębnej opłaty za uruchomienie usługi na łączu aktywnym i nieaktywnym w technologii xPON (FTTH) wpłynie korzystnie na rozwój rynku poprzez obniżenie opłat związanych z wykorzystaniem łącza aktywnego. KIGEiT wskazała, iż w konsekwencji opłaty za usługi uruchomienia usługi na łączu aktywnym i nieaktywnym w technologii FTTH będą spójne z obecnie obowiązującym cennikiem dla sieci miedzianej. Zdaniem KIGEiT nie ma podstaw do odmiennego traktowania analogicznej usługi w zależności od technologii, w której jest ona świadczona.

Dodatkowo KIGEiT wskazała, że obecny sposób kalkulacji przedmiotowej usługi prowadzi do niepoprawnych wyników, gdyż jej koszt jest znacznie wyższy niż opłata detaliczna pobierana przez OPL za aktywację analogicznej usługi abonentom. Stąd też nieuwzględnienie wniosku KIGEiT skutkować będzie stosowaniem przez OPL niedozwolonego subsydiowania skróśnego usługi detalicznej kosztem usługi hurtowej. W efekcie Prezes UKE powinien rozważyć wszczęcie postępowania kontrolnego w tym zakresie, łącznie z konsekwencjami wynikającymi z art. 209 Pt.

Pismem z dnia 2 maja 2018 r., Prezes UKE zgodnie z treścią art. 61 § 4 kpa, zawiadomił OPL, oraz KIGEiT, iż na Wniosek KIGEiT zostało wszczęte postępowanie administracyjne w przedmiocie ponownego rozpatrzenia sprawy zakończonej wydaniem Zaskarżonej Decyzji.

Pismem z dnia 16 maja 2018 r., Prezes UKE zawiadomił OPL i KIGEiT, iż zgodnie z art. 10 § 1 kpa, Strony mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Pismem z dnia 22 maja 2018 r., nr TKRU/SW/11/05/18, OPL przedstawiła stanowisko w sprawie (dalej „Stanowisko OPL”, wpływ do UKE w dniu 24 maja 2018 r.).

W Stanowisku OPL, OPL wskazała, iż przedmiotowe postępowanie ma na celu zatwierdzenie przez Prezesa UKE metody kalkulacji kosztów uzasadnionych (art. 39 Pt), usług faktycznie świadczonych przez OPL, które po weryfikacji niezależnego biegłego rewidenta, posłużą jako podstawa wyznaczania opłat, co do których warunki i zakres usługowy zostały sprecyzowane w Ofercie.

OPL wskazała, także że zaproponowana w projekcie Opisu LRIC Rynek 5 – 2019 (zatwierdzonym Zaskarżoną Decyzją) kalkulacja uruchomienia usługi w technologii xPON (FTTH), jest zgodna z treścią zatwierdzonej Oferty. OPL zwróciła uwagę, iż w Tabeli nr 52

„Opłaty jednorazowe związane z łączem Abonenckim” zawartej w części I Ogólnej, w Rozdziale 9. „Cennik”, pkt 9.9 „Opłaty związane z łączem Abonenckim” jest jedna opłata za uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH). OPL wskazała, iż nie jest ona w żaden sposób rozdzielana, co oznacza że nie zostały przez Prezesa UKE wprowadzone dwie odrębne opłaty uzależnione od tego, czy uruchomienie usługi następuje na łączu aktywnym, bądź nieaktywnym.

W związku z powyższym OPL, w Stanowisku OPL wniosła o nieuwzględnienie zarzutu podniesionego przez KIGEiT we Wniosku KIGEiT i wydanie ostatecznej decyzji utrzymującej w mocy Zaskarżoną Decyzję.

Rozpatrując sprawę ponownie Prezes UKE stwierdził, co następuje:

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

Natomiast, stosownie do art. 127 § 3 kpa, od decyzji wydanej w pierwszej instancji przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze nie służy odwołanie, jednakże strona niezadowolona z decyzji może zwrócić się do tego organu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy. Z kolei zgodnie z art. 129 § 2 kpa, odwołanie (wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy) wnosi się w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie - od dnia jej ogłoszenia stronie. W świetle powyższego wskazać należy, że postępowanie zostało zainicjowane Wnioskiem KIGEiT. Należy uznać, iż KIGEiT poprzez nadanie Wniosku KIGEiT w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 24 kwietnia 2018 r., zachowała wymagany przez przepisy art. 129 § 2 kpa czternastodniowy termin na złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (Zaskarżona Decyzja została bowiem doręczona KIGEiT w dniu 10 kwietnia 2018 r.). Należy zatem stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie zrealizowane zostały przesłanki wynikające z art. 127 § 3 oraz art. 129 § 2 kpa, upoważniające i zobowiązujące Prezesa UKE do ponownego rozpoznania sprawy administracyjnej zakończonej Zaskarżoną Decyzją i wydania nowego rozstrzygnięcia w tym zakresie.

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

przekazanie kompetencji do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej z organu pierwszej instancji na organ drugiej instancji.

W odmienny sposób gwarancje wynikające z zasady dwuinstancyjności zapewniane są w sytuacji, gdy organem właściwym do rozpatrzenia sprawy w pierwszej instancji jest organ administracyjny w randze ministra, nad którym z uwagi na strukturalne ograniczenia administracji publicznej nie występują organy wyższego stopnia. Wówczas uprawnienie strony do dwukrotnego rozpoznania sprawy administracyjnej realizowane jest w ramach instytucji wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, która uregulowana została w art. 127 § 3 kpa. W tym trybie strona niezadowolona z decyzji wydanej przez ministra lub centralny organ administracji rządowej jest uprawniona do zainicjowania przed tym samym organem drugiego postępowania merytorycznego w tej samej sprawie, do którego odpowiednio należy stosować przepisy kpa dotyczące odwołań. Postępowanie wszczęte wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy kończy się rozstrzygnięciem - sposobem załatwienia sprawy - przewidzianym w art. 138 § 1 kpa (por. wyroki NSA z dnia 17 listopada 2000 r., sygn. akt I SA 1543/99, LEX nr 57182, i z dnia 27 listopada 2001 r., sygn. akt I SA 1011/00, LEX nr 81760). Powyższe oznacza, że organ wydający decyzję na skutek prawidłowo złożonego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy (Wniosek KIGEIT został złożony w określonym czternastodniowym terminie na jego złożenie w dniu 24 kwietnia 2018 r.) „obowiązany jest ponownie rozpoznać i rozstrzygnąć sprawę, która już raz została rozstrzygnięta przez ten organ w ramach działania jako organu pierwszej instancji, przy zastosowaniu takich rozstrzygnięć, które zostały przewidziane w art. 138 § 1 kpa” (tak: wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 marca 2007 r., sygn. V SA/Wa 248/07, LEX nr 338253). Zgodnie z art. 138 § 1 kpa organ odwoławczy wydaje decyzję, w której: 1) utrzymuje w mocy zaskarżoną decyzję albo 2) uchyla zaskarżoną decyzję w całości albo w części i w tym zakresie orzeka co do istoty sprawy bądź uchylając tę decyzję - umarza postępowanie pierwszej instancji w całości albo w części, albo 3) umarza postępowanie odwoławcze.

Organ administracji nie jest związany granicami środka odwoławczego i posiada legitymację do orzekania w przedmiocie kontrolowanego rozstrzygnięcia również w zakresie nieobjętym rozpatrywanym środkiem odwoławczym. „Kompetencje organu odwoławczego obejmują zarówno korygowanie wad prawnych decyzji organu pierwszej instancji polegających na niewłaściwie zastosowanym przepisie prawa materialnego, jak i wad polegających na niewłaściwej ocenie okoliczności faktycznych. W przypadku odmiennego rozstrzygnięcia sprawy organ odwoławczy ma kompetencje merytoryczno-reformacyjne. Może wydać decyzję uchylającą w całości lub części i w tym zakresie orzec, co do istoty sprawy, w sytuacji gdy uznał, iż rozstrzygnięcie organu pierwszej instancji jest nieprawidłowe z uwagi na niezgodność z przepisami prawa lub z punktu widzenia celowości.” (tak: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 czerwca 2008 r., sygn. VII SA/Wa 504/08, LEX nr 508489).

Przechodząc do uzasadnienia rozstrzygnięcia zawartego w niniejszej decyzji, Prezes UKE zauważa, że organ pozostawia w mocy zaskarżoną decyzję wówczas, gdy stwierdzi, że jest ona prawidłowa. Organ jest obowiązany ponownie rozpatrzyć merytorycznie sprawę, w tym ocenić prawidłowość zaskarżonej decyzji nie tylko w granicach zarzutów przedstawionych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, lecz także pod kątem przepisów prawa materialnego i procesowego, które mają zastosowanie w sprawie.

Prezes UKE wyczerpująco zbadał wszystkie okoliczności faktyczne związane z niniejszą sprawą, zgodnie z zasadami prawdy obiektywnej i oficjalności (art. 7 kpa i art. 77 kpa) oraz

z zasadą pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa (art. 8 kpa). Ponadto, Prezes UKE oparł się na materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, dokonując wszechstronnej oceny jego znaczenia i wartości dla toczącej się sprawy.

Dodać należy, że organ administracji rozpatrując wnioski o ponowne rozpoznanie sprawy, w ramach swoich uprawnień kontrolnych, ocenia materiał dowodowy uwzględniając stan faktyczny stwierdzony w czasie wydania Zaskarżonej Decyzji, jak i zmiany stanu faktycznego, które zaszły pomiędzy wydaniem zaskarżonej decyzji, a wydaniem decyzji w postępowaniu prowadzonym z wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, po całościowym i kompleksowym ponownym rozpatrzeniu sprawy Prezes UKE podjął decyzję o utrzymaniu Zaskarżonej Decyzji w mocy, którą zatwierdził:

1. Instrukcję - 2017,
2. Załącznik nr 1 do Instrukcji -2017,
3. Opis LRIC Rynek 5 - 2019,
4. Załącznik nr 1 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
5. Załącznik nr 2 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
6. Załącznik nr 3 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
7. Załącznik nr 4 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
8. Załącznik nr 5 do Opisu LRIC Rynek 5 - 2019,
9. Opis Przeszacowania - 2017.

Prezes UKE po ponownym wszechstronnym przeanalizowaniu sprawy stwierdził, co następuje:

KIGEiT we Wniosku KIGEiT wskazała, iż Zaskarżona Decyzja powinna zostać zmieniona w taki sposób, aby usługa „Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)” kalkulowana była jako dwie odrębne pozycje. W ocenie KIGEiT nie sposób uznać uruchomienia usługi na łączu aktywnym i na łączu nieaktywnym za działania równorzędne. Zdaniem KIGEiT powyższe powinno prowadzić, do odpowiedniego przypisania każdej z ww. usług właściwego zakresu czynności i ustalenia dwóch odrębnych pozycji cennikowych. W konsekwencji opłaty za uruchomienie usługi na łączu aktywnym i nieaktywnym w technologii xPON (FTTH) będą spójne z obecnie obowiązującym cennikiem dla sieci miedzianej.

Dodatkowo KIGEiT wskazała, że obecny sposób kalkulacji przedmiotowej usługi prowadzi do niepoprawnych wyników, gdyż jej koszt jest znacznie wyższy niż opłata detaliczna pobierana przez OPL za aktywację analogicznej usługi abonentom. Stąd też brak uwzględnienia wniosku KIGEiT skutkować będzie stosowaniem przez OPL niedozwolonego subsydiowania skrośnego usługi detalicznej kosztem usługi hurtowej. W efekcie Prezes UKE powinien rozważyć wszczęcie postępowania kontrolnego w tym zakresie, łącznie z konsekwencjami wynikającymi z art. 209 Pt.

Odnosząc się do twierdzeń KIGEiT z Wniosku KIGEiT Prezes UKE wskazuje, iż nie jest prawdą, że postulat KIGEiT w zakresie podzielenia opłaty za uruchomienie usługi na łącze aktywne i nieaktywne jest spójny z praktyką regulacyjną dla analogicznej usługi i cennikiem obowiązującym w przypadku sieci miedzianej. Podział, na który wskazuje KIGEiT, nie dotyczy

usługi szerokopasmowej transmisji danych (dalej „Usługa BSA”), a dotyczy usługi dostępu do lokalnej pętli abonenckiej (dalej „LLU”), o której mowa w Tabeli 36 Oferty. Usługa LLU wchodzi w zakres produktowy Rynku 4, tymczasem Usługa BSA wchodzi w zakres produktowy odrębnego rynku regulowanego. Prezes UKE wskazuje, iż postępowanie zakończone Zaskarżoną Decyzją dotyczy usług objętych Rynkiem 5, gdzie w przypadku Usługi BSA realizowanej w sieci miedzianej nie występuje podział na opłatę za uruchomienie usługi na łączu abonenckim aktywnym i odrębnie na łączu abonenckim nieaktywnym. Mając, na uwadze powyższe, zdaniem Prezesa UKE za pozbawione podstaw należy uznać powoływanie się na praktykę regulacyjną. Powyższe, podniosła także OPL w Stanowisku OPL wskazując, że zaproponowana w projekcie Opisu LRIC Rynek 5 – 2019 (zatwierdzonego Zaskarżoną Decyzją) kalkulacja uruchomienia usługi w technologii xPON (FTTH), jest zgodna z treścią zatwierdzonej Oferty. OPL zwróciła uwagę, iż w Tabeli nr 52 „Opłaty jednorazowe związane z łączem Abonenckim” zawartej w części I Ogólnej, w Rozdziale 9. „Cennik”, pkt 9.9 „Opłaty związane z łączem Abonenckim” jest jedna opłata za uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH).

OPL wskazała, iż przedmiotowe postępowanie ma na celu zatwierdzenie przez Prezesa UKE metody kalkulacji kosztów uzasadnionych (art. 39 Pt), usług faktycznie świadczonych przez OPL, które po weryfikacji niezależnego biegłego rewidenta, posłużą jako podstawa wyznaczania opłat, co do których warunki i zakres usługowy zostały sprecyzowane w Ofercie.

W odniesieniu do propozycji KIGEiT z Wniosku KIGEiT o zmianę Zaskarżonej Decyzji w taki sposób aby usługa „Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)” kalkulowana była jako dwie odrębne usługi z uwagi na inny zakres czynności uruchomienia usługi na łączu aktywnym niż uruchomienie usługi na łączu nieaktywnym, Prezes UKE wyjaśnia, iż OPL jako operator posiadający znaczącą pozycję na Rynku 5, w Decyzji SMP Rynek 5 – 2014 została zobowiązana między innymi do przygotowania i przedstawienia do zatwierdzenia przez Prezesa UKE projektu zmiany Oferty. Oferta określa warunki współpracy z OA chcącymi korzystać z usług hurtowych OPL m.in. w zakresie Rynku 5, a także katalog usług hurtowych faktycznie realizowanych przez OPL wraz z opłatami za nie zgodnie z cennikiem zawartym w Ofercie. Mając to na względzie Prezes UKE wyjaśnia, iż postępowanie zakończone Zaskarżoną Decyzją oraz postępowanie z Wniosku KIGEiT ma na celu zatwierdzenie przez Prezesa UKE metodyki kalkulacji kosztów uzasadnionych (art. 39 Pt) usług faktycznie świadczonych przez OPL, które po weryfikacji niezależnego biegłego rewidenta, posłużą jako podstawa wyznaczania opłat. Zatem, podkreślić należy, iż opis kalkulacji kosztów tu: Opis LRIC Rynek 5 - 2019 dotyczy usług faktycznie świadczonych przez OPL na podstawie Oferty, co do których warunki współpracy, w tym zakres usługowy oraz warunki cenowe, zostały sprecyzowane w Ofercie. W konsekwencji wyniki kalkulacji kosztów prezentują koszty usług realnie świadczonych przez OPL i zdefiniowanych w Ofercie. Zatem zdefiniowanie odrębnych pozycji cennikowych, o które postuluje KIGEiT we Wniosku KIGEiT, nie może mieć miejsca w postępowaniu zakończonym Zaskarżoną Decyzją oraz w postępowaniu z Wniosku KIGEiT, gdyż cennik stanowi część Oferty nie zaś część Opisu LRIC Rynek 5 – 2019. Opis LRIC Rynek 5 – 2019 prezentuje metodykę kalkulacji kosztów konkretnych usług, stanowiących element Oferty. Tymczasem w Ofercie nie zostały wyszczególnione warunki świadczenia uruchomienia usługi na łączu aktywnym i odrębnie na łączu nieaktywnym oraz nie zostały określone odrębne warunki cenowe za te usługi.

Prezes UKE wskazuje, iż wniosek KIGEiT o zróżnicowanie opłaty za usługę „Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)” na dwie opłaty: jedną dla usługi świadczonej na łączu aktywnym, a drugą dla usługi świadczonej na łączu nieaktywnym, sprowadza się

do wykreowania w opisie kalkulacji kosztów tu: Opis LRIC Rynek 5 – 2019, nowych usług które nie zostały dotychczas odzwierciedlone w Ofercie. Tymczasem opis kalkulacji i w konsekwencji wyniki kalkulacji kosztów powinny prezentować wyniki kalkulacji kosztów usług zdefiniowanych i faktycznie realizowanych na podstawie Oferty. Z uwagi na brak w Ofercie usług, o których mowa we Wniosku KIGEiT oraz z uwagi na fakt, iż Opis LRIC Rynek 5 – 2019 nie służy kreowaniu nowych usług, brak jest podstaw do wprowadzenia ww. usług do Opisu LRIC Rynek 5 – 2019.

Mając to na uwadze, należy dodać, iż wprowadzenie nowych usług na etapie zatwierdzania Opisu LRIC Rynek 5 – 2019, stałoby w sprzeczności z Rozporządzeniem kosztowym. W myśl § 15 ust. 2 Rozporządzenia kosztowego OPL kalkuluje koszty usług na Rynku 5 na podstawie metody zorientowanych przyszłościowo długookresowych kosztów przyrostowych (LRIC), które stanowią koszt świadczenia określonej usługi, jako koszt przewidywany na rok obrotowy następujący po bieżącym roku obrotowym, przyjmując jako dane bazowe do kalkulacji dane z ostatniego zakończonego roku obrotowego. Tymczasem, na dzień 31 grudnia 2017 r. (tj. ostatni zakończony rok obrotowy, rok bazowy z którego pochodzą dane do kalkulacji) OPL nie świadczyła ww. usług OA we wnioskowanym przez KIGEiT podziale (usługi te formalnie nie istniały w takim ujęciu). Powyższe, dodatkowo potwierdza fakt, iż Opis LRIC Rynek 5 – 2019 nie służy kreowaniu nowych usług, gdyż wymóg Rozporządzenia kosztowego nie zostałby spełniony.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, iż kwestia rozdzielania usługi uruchomienia łącza abonenckiego w technologii xPON (FTTH) stanowi obecnie przedmiot odrębnego postępowania o sygn. DHRT.WORK.609.1.2017 z wniosku Netii S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r., nr DSR/519/12/2017 w sprawie zobowiązania OPL do przedstawienia zmiany Oferty. Wobec powyższego, miejscem na rozstrzygnięcie szczegółowych kwestii w temacie rozdzielania pozycji uruchomienia usługi w technologii xPON (FTTH) oraz dyskusje związane z tym aspektem jest ww. postępowanie nie zaś niniejsze postępowanie z Wniosku KIGEiT.

Odnosząc się do stwierdzenia KIGEiT z Wniosku KIGEiT, iż obecny sposób kalkulacji uruchomienia usługi w technologii xPON (FTTH) prowadzi do niepoprawnych wyników, gdyż jej koszt jest znacznie wyższy niż opłata detaliczna pobierana od OPL za aktywację analogicznej usługi abonentom, Prezes UKE wyjaśnia, iż powyższa kwestia dotyczy detalicznych ofert promocyjnych, w przypadku których opłata detaliczna jest niższa, nie mniej koszt aktywacji jest pokrywany częściowo przez opłatę aktywacyjną oraz częściowo przez detaliczne opłaty abonamentowe. Prezes UKE zwraca uwagę, iż fakt ten jest odzwierciedlany w procedurze testów zawężenia marży i zawężania ceny, która jest stosowana przy wdrażaniu nowych promocji. Mając na uwadze powyższe, Prezes UKE zwraca uwagę, iż w omawianym przypadku nie zaistniały niedozwolone alokacje kosztów oraz nie ma miejsca subsydiowanie skrośne usługi detalicznej kosztem usługi hurtowej. W efekcie brak jest podstaw do wszczęcia postępowania kontrolnego w tym zakresie.

Wyjaśnienia także wymaga, iż postępowanie administracyjne w sprawie zatwierdzenia instrukcji i opisu kalkulacji kosztów w trybie art. 53 ust. 2 Pt ma na celu uzgodnienie, a następnie zatwierdzenie dokumentów zawierających metodę wyliczenia przez OPL kosztów związanych z aktualnie świadczonymi usługami. Natomiast kwestie związane z ze zmianą Oferty wymagają rozpatrzenia w trybie przepisów art. 43 ust. 1 Pt lub 43 ust. 2 Pt. Mając zatem na uwadze tylko powyższe należy wskazać, iż Wniosek KIGEiT w zakresie podziału „Uruchomienia usługi na łączu Abonenckim xPON (FTTH)” na łącze aktywne i nieaktywne

oraz podziału kosztów z tego tytułu wykracza poza zakres postępowania w sprawie zatwierdzenia instrukcji i opisu kalkulacji kosztów przez co nie zasługuje na uwzględnienie.

Po analizie Wniosku KIGEiT oraz ponownej analizie sprawy zakończonej Zaskarżoną Decyzją Prezes UKE nie uwzględnił propozycji KIGEiT w zakresie wprowadzenia zróżnicowania opłat za usługę „Uruchomienie usługi w technologii xPON (FTTH)” dla usługi wykonywanej na łączu abonenckim aktywnym bądź nieaktywnym i utrzymał Zaskarżoną Decyzję w całości w mocy.

Podsumowując, po ponownym całościowym i wszechstronnym przeanalizowaniu materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu zakończonym wydaniem Zaskarżonej Decyzji oraz w postępowaniu z Wniosku KIGEiT, Prezes UKE nie zidentyfikował przesłanek, które przemawiałyby za zmianą rozstrzygnięcia przyjętego w Zaskarżonej Decyzji, w związku z czym utrzymał w całości Zaskarżoną Decyzję w mocy.

POUCZENIE

Od decyzji stronie przysługuje prawo wniesienia skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji, na podstawie art. 3 § 2 pkt 1, art. 13 § 1 i § 2, art. 50 § 1, art. 52 § 1, art. 53 § 1 i art. 54 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1369 z późn. zm., dalej „Ppsa”).

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

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

Prezes

Marcin Cichy

Dokument podpisany elektronicznie

Otrzymują:

1. Pani Jolanta Zbiorek
Pełnomocnik Orange Polska S.A.
Współpraca Regulacyjna
Kalkulacje Kosztów Usług
ul. Lewandowskiej 26
61-743 Poznań
2. Pan Rafał Zieliński
Pełnomocnik Krajowej Izby
Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji
ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa