



Warszawa, dnia 11 września 2017 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Marcin Cichy

Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160
02-326 Warszawa

Podmioty na prawach strony:

**Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki
i Telekomunikacji**

ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa

**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**

Al. Jerozolimskie 136
02-305 Warszawa

DECYZJA DHRT.WWM.7114.2.2016.31

(dotychczasowa sygn. sprawy: nr DHRT-WKO-6044-1/08)

Na podstawie art. 138 § 1 pkt 2 w związku z art. 127 § 3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257, dalej „kpa”) w związku z art. 96 ust. 3 oraz art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1489, z późn. zm., dalej „Pt”) oraz art. 104 § 1 kpa, w związku z art. 95 i art. 206 ust. 1 Pt, po rozpatrzeniu wniosku Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (obecnie Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „TP” lub „OPL”) z dnia 6 czerwca 2011 r. o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) z dnia 24 maja 2011 r., nr DHRT-WKO-6044-1/08(268) (dalej „Decyzja USO”) w sprawie przyznania dopłaty za rok 2007 do kosztów świadczonych przez OPL usług wchodzących w skład usługi powszechnej, w części objętej prawomocnym wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (dalej „WSA”) z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt VI SA/Wa 1545/14 uchylającym decyzję Prezesa UKE z dnia 6 września 2011 r., nr DHRT-WKO-6044-1/08(291) w części utrzymującej w mocy pkt II Decyzji USO,

uchylam Decyzję USO w części - pkt II Decyzji USO i w tym zakresie orzekam co do istoty sprawy w ten sposób, że:

I. przyznaję na rzecz OPL dopłatę do kosztów świadczenia:



- usługi, o której mowa w pkt I ppkt 4 sentencji decyzji Prezesa UKE z dnia 5 maja 2006 r., nr DRTD-WUD-6070-1/06(4) (dalej „Decyzja Wyznaczająca”), tj. usługi udzielania informacji o numerach telefonicznych oraz udostępniania spisów abonentów za rok 2007 w wysokości 11 529 324,00 zł (słownie: jedenaście milionów pięćset dwadzieścia dziewięć tysięcy trzysta dwadzieścia cztery złote) oraz
- usługi, o której mowa w pkt I ppkt 6 sentencji Decyzji Wyznaczającej – świadczenie usługi publicznych aparatów samoinkasujących za rok 2007 w wysokości 35 736 835,32 zł (słownie: trzydzieści pięć milionów siedemset trzydzieści sześć tysięcy osiemset trzydzieści pięć złotych 32/100),

tj. w łącznej kwocie w wysokości 47 266 159,32 zł (słownie: czterdzieści siedem milionów dwieście sześćdziesiąt sześć tysięcy sto pięćdziesiąt dziewięć złotych 32/100);

II. odmawiam przyznania za rok 2007 dopłaty do kosztów świadczonych przez OPL następujących usług wchodzących w skład usługi powszechnej:

- usługi, o której mowa w pkt I ppkt 1 sentencji Decyzji Wyznaczającej tj. usługi przyłączenia pojedynczego zakończenia sieci w głównej lokalizacji abonenta z wyłączeniem sieci cyfrowej z integracją usług (dalej „ISDN”);
- usługi, o której mowa w pkt I ppkt 2 sentencji Decyzji Wyznaczającej tj. usługi utrzymania łącza abonenckiego z zakończeniem sieci w głównej lokalizacji w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych;
- usługi, o której mowa w pkt I ppkt 3 sentencji Decyzji Wyznaczającej tj. usługi połączenia telefoniczne krajowe i międzynarodowe, w tym do sieci ruchomych, obejmującej także zapewnienie transmisji dla faksu oraz transmisji danych, w tym połączenia do sieci Internet.

III. Załącznik nr 1, zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa OPL, stanowi integralną część decyzji.

UZASADNIENIE

Decyzją Wyznaczającą, OPL została wyznaczona do świadczenia usługi powszechnej, o której mowa w art. 81 ust. 1 Pt, na terenie całego kraju.¹

Z kolei decyzjami Prezesa UKE z dnia 5 maja 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(5) oraz decyzją z dnia 7 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-1/06(29), zmienioną decyzją Prezesa UKE z dnia 29 stycznia 2007 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(43), zostały określone szczegółowe warunki świadczenia usługi powszechnej, w tym okres jej świadczenia.

Na mocy ww. decyzji OPL była zobowiązana do realizacji obowiązku świadczenia wszystkich usług wchodzących, zgodnie z art. 81 ust. 3 Pt, w skład usługi powszechnej na terenie całego kraju przez okres 5 lat, tj. od dnia 8 maja 2006 r. do dnia 8 maja 2011 r.

Pismem z dnia 27 czerwca 2008 r. nr GRAD/MT/34/06/08 (wpływ do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zwanego dalej „Urzędem”, dnia 30 czerwca 2008 r.), OPL złożyła wniosek o przyznanie dopłaty do kosztu netto świadczenia usługi powszechnej za rok 2007, w wysokości 219 189 611,75 zł netto (dalej „Wniosek”). Większość załączników objętych została klauzulą „Tajemnica OPL”, na podstawie art. 9 i art. 207 Pt. Do Wniosku załączone zostały m.in. następujące dokumenty:

¹ http://www.bip.uke.gov.pl/_gAllery/25/62/2562.pdf.

1. pismo OPL z dnia 15 kwietnia 2008 r. nr GRB/JS/1944/04/08, skierowane do Ministra Infrastruktury, zawierające prośbę o interpretację przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie sposobu obliczania kosztu netto usługi wchodzącej w skład telekomunikacyjnej usługi powszechnej (Dz. U. Nr 255, poz. 2141, dalej „rkn”) (Załącznik nr 2 do Wniosku),
2. pismo Ministra Infrastruktury z dnia 28 maja 2008 r. nr ŁT3m-053-2/08, stanowiące odpowiedź dla OPL na pismo wskazane w pkt 1 powyżej (Załącznik nr 3 do Wniosku, dalej „Opinia MI”),
3. opinię prof. Stanisława Piątka w sprawie sposobu kalkulacji kosztu netto niektórych usług wchodzących w skład usługi powszechnej (Załącznik nr 4 do Wniosku, dalej „Opinia SP”),
4. dokument pt.: „Opis kalkulacji kosztów bezpośrednio związanych ze świadczeniem usług, których Telekomunikacja Polska S.A. nie poniosłaby, gdyby nie miała obowiązku świadczenia usługi powszechnej na 2007 rok” (Załącznik nr 10 do Wniosku, dalej „Opisem kkb”) – dokument objęty klauzulą „Tajemnica OPL”,
5. dokument pt.: „Opis kalkulacji kosztu netto usług wchodzących w skład usługi powszechnej, świadczonych przez Telekomunikację Polską S.A. jako przedsiębiorcę wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej za okres 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r.” (Załącznik nr 12 do Wniosku, dalej „Opis kkn”) – dokument stanowi Załącznik nr 1 do pisma OPL z dnia 27 czerwca 2008 r. nr GRAD-076/Z-234/08 i został objęty klauzulą „Zastrzeżone”,
6. dokument pt.: „Dane dotyczące świadczenia usług za pomocą publicznych aparatów samoinkasujących TP S.A. w 2007 roku” (Załącznik nr 14 do Wniosku, dalej „Dane PAS”) – dokument stanowi Załącznik nr 3 do pisma OPL z dnia 27 czerwca 2008 r. nr GRAD-076/Z-234/08 i został objęty klauzulą „Zastrzeżone”.

OPL wniosła również, na podstawie art. 85 § 1 kpa, o dopuszczenie jako dowodu informacji zawartych w Załącznikach nr 1-5 do Wniosku, na podstawie art. 72 § 2 kpa oraz o przeprowadzenie dowodu z oględzin:

- księgi głównej OPL,
- systemu Serat OPL,
- systemu Seztel OPL,
- systemu Kobat OPL,
- modelu kalkulacyjnego OPL,
- systemu informacji budżetowej,
- systemu sprawozdawczości wewnętrznej,
- systemu nadzoru aparatów publicznych,

na okoliczność potwierdzenia prawidłowości kalkulacji kosztu netto przeprowadzonej przez OPL, z udziałem biegłego rewidenta, o którym mowa w art. 96 ust. 2 Pt.

OPL wniosła także o przeprowadzenie rozprawy administracyjnej, celem uproszenia i przyspieszenia postępowania, na podstawie art. 89 § 1 i 2 kpa.

Odrębnym pismem z dnia 27 czerwca 2008 r. nr GRAD-076/Z-234/08, OPL przekazała trzy załączniki do Wniosku, objęte klauzulą „Zastrzeżone”, stanowiące integralną część Wniosku.

Pismem z dnia 8 lipca 2008 r., Prezes UKE poinformował OPL o brakach formalnych Wniosku i wezwał do ich uzupełnienia w terminie siedmiu dni od dnia otrzymania przedmiotowego pisma (wpływ do OPL dnia 14 lipca 2008 r.). W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 18 lipca 2008 r. nr GRB/JS/3387/07/08 (wpływ do Urzędu dnia 21 lipca 2008 r.), OPL uzupełniła braki formalne Wniosku.

Pismem z dnia 31 lipca 2008 r. Prezes UKE zwrócił się do OPL o przedłożenie jawnych wersji dokumentów stanowiących załączniki 5-14 do Wniosku oraz przedstawienie uzasadnienia nadania im klauzuli „Tajemnica OPL” i „Zastrzeżone”, zgodnie z art. 207 ust. 2 Pt.

Pismem z dnia 31 lipca 2008 r. Prezes UKE zawiadomił Krajową Izbę Gospodarczą Elektroniki i Telekomunikacji (dalej „KIGEiT”), Polską Izbę Informatyki i Telekomunikacji (dalej „PIIT”) oraz Polską Izbę Komunikacji Elektronicznej o wszczęciu przedmiotowego postępowania i możliwości przystąpienia na prawach strony, jeżeli jest to uzasadnione celami statutowymi danej organizacji i gdy przemawia za tym interes społeczny, zgodnie z art. 31 § 4 kpa.

W odpowiedzi na pismo Prezesa UKE z dnia 31 lipca 2008 r. OPL – pismem z dnia 12 sierpnia 2008 r. nr GRAD/MJ/40/08/08 (wpływ do Urzędu dnia 14 sierpnia 2008 r.) – przekazała jawne wersje załączników nr 5, 6, 10 i 12 do Wniosku oraz informację o całościowym objęciu klauzulami „Tajemnica OPL” lub „Zastrzeżone”, załączników nr 7-9, 11 oraz 13 i 14. W piśmie tym OPL przedstawiła również uzasadnienie nałożenia przedmiotowych klauzul.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2008 r. (wpływ do Urzędu dnia 18 sierpnia 2008 r.), KIGEiT złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu na prawach strony.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2008 r. (wpływ do Urzędu dnia 20 sierpnia 2008 r.), PIIT złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu na prawach strony.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2008 r., na podstawie art. 50 § 1 kpa, Prezes UKE wezwał OPL do złożenia wyjaśnień w zakresie Wniosku oraz załączonych do niego dokumentów (dalej „Pierwsze Wezwanie”).

Pismem z dnia 3 września 2008 r., Prezes UKE wezwał PIIT do uzupełnienia braków formalnych wniosku z dnia 19 sierpnia 2008 r.

Postanowieniem z dnia 3 września 2008 r. nr DHRT-WKO-6044-1/08(22), Prezes UKE dopuścił KIGEiT do udziału w przedmiotowym postępowaniu na prawach strony.

W dniu 4 września 2008 r. Prezes UKE wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie metodologii ustalania korzyści pośrednich związanych ze świadczeniem składnika lub grupy usług wchodzących w skład usługi powszechnej świadczonej przez OPL, jako przedsiębiorcy wyznaczonego do świadczenia tej usługi na obszarze całego kraju. Wynikiem powyższego jest raport pt.: „Opracowanie metodologii ustalania korzyści pośrednich związanych ze świadczeniem składnika lub grupy usług wchodzących w skład usługi powszechnej świadczonej przez Telekomunikację Polską S.A., jako przedsiębiorcy wyznaczonego do świadczenia tej usługi na obszarze całego kraju” (dalej „Opracowanie Korzyści Pośrednich”).

Dnia 11 września 2008 r. do Urzędu wpłynął odpis z Krajowego Rejestru Sądowego oraz statut PIIT. Prezes UKE uznał, iż stanowi to uzupełnienie braków formalnych wniosku PIIT z dnia 19 sierpnia 2008 r.

Pismami z dnia 12 września 2008 r. nr GRAD/MT/45/09/08 (wpływ do Urzędu dnia 15 września 2008 r.) oraz GRAD-076/Z-299/08 (wpływ do Urzędu dnia 15 września 2008 r.; pismo objęte klauzulą „Zastrzeżone”), OPL przedłożyła informacje stanowiące wyjaśnienia zagadnień poruszonych w Pierwszym Wezwaniu (dalej „Pierwsze Wyjaśnienia”).

Postanowieniem z dnia 16 września 2008 r., Prezes UKE dopuścił PIIT do udziału w przedmiotowym postępowaniu na prawach strony.

Pismem z dnia 16 września 2008 r., na podstawie art. 50 § 1 kpa, Prezes UKE wezwał OPL do złożenia wyjaśnień w zakresie Wniosku oraz załączonych do niego dokumentów (dalej „Drugie Wezwanie”).

Pismem z dnia 30 września 2008 r. nr GRAD/MJ/OPL-125/08 (wpływ do Urzędu dnia 3 października 2008 r.), OPL przedłożyła informacje stanowiące wyjaśnienia części zagadnień poruszonych w Drugim Wezwaniu (dalej „Drugie Wyjaśnienia”). Jednocześnie OPL zwróciła się o przedłużenie terminu udzielenia odpowiedzi na pytania 6-9 zawarte w Drugim Wezwaniu.

Pismem z dnia 2 października 2008 r., na podstawie art. 50 § 1 kpa, Prezes UKE wezwał OPL do złożenia wyjaśnień w zakresie Wniosku oraz załączonych do niego dokumentów (dalej „Trzecie Wezwanie”).

Pismem z dnia 7 października 2008 r. Prezes UKE przedłużył termin na udzielenie przez OPL odpowiedzi na pytania 6-9 z Drugiego Wezwania, do dnia 13 października 2008 r.

Pismem z dnia 8 października 2008 r. nr GRAD-076/Z-321/08 (wpływ do Urzędu dnia 9 października 2008 r.), OPL przekazała informacje stanowiące wyjaśnienia do pytań 6-9 zawartych w Drugim Wezwaniu (dalej „Dodatkowe Drugie Wyjaśnienia”). Dokument ten objęty został klauzulą „Zastrzeżone”.

Pismem z dnia 23 października 2008 r. nr GRAD-076/Z-336/08 (wpływ do Urzędu dnia 24 października 2008 r.), OPL przekazała informacje stanowiące wyjaśnienia do Trzeciego Wezwania (dalej „Trzecie Wyjaśnienia”). Dokument ten objęty został klauzulą „Zastrzeżone”.

Pismem z dnia 23 października 2008 r., na podstawie art. 50 § 1 kpa, Prezes UKE wezwał OPL do złożenia wyjaśnień w zakresie Wniosku oraz załączonych do niego dokumentów (dalej „Czwarte Wezwanie”).

Pismem z dnia 13 listopada 2008 r. nr GRAD-076/Z-350/08 (wpływ do Urzędu dnia 14 listopada 2008 r.), OPL przekazała informacje stanowiące wyjaśnienia do Czwartego Wezwania (dalej „Czwarte Wyjaśnienia”). Dokument ten objęty został klauzulą „Zastrzeżone”.

Pismem z dnia 21 listopada 2008 r., na podstawie art. 50 § 1 kpa, Prezes UKE wezwał OPL do złożenia wyjaśnień w zakresie Wniosku oraz załączonych do niego dokumentów (dalej „Piąte Wezwanie”).

Pismem z dnia 26 listopada 2008 r. nr GRAD-076/Z-362/08 (wpływ do Urzędu dnia 27 listopada 2008 r.), OPL przekazała informacje stanowiące wyjaśnienia do Piątego Wezwania (dalej „Piąte Wyjaśnienia”). Dokument ten objęty został klauzulą „Zastrzeżone”.

Postanowieniem z dnia 4 grudnia 2008 r., Prezes UKE ograniczył pozostałym stronom, tj. KIGeIT i PIIT, prawo wglądu do części materiału dowodowego, na podstawie art. 207 ust. 1 Pt.

W dniu 12 marca 2009 r. Prezes UKE wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na przeprowadzenie analizy dokumentacji za lata 2006, 2007 i 2008 oraz przekazanie Prezesowi UKE danych liczbowych stanowiących składowe koszty netto, w tym danych liczbowych stanowiących poszczególne składniki korzyści pośrednich. Powyższy przetarg wynikał z obowiązku powołania przez Prezesa UKE biegłego rewidenta do przeprowadzenia analizy dokumentacji, zgodnie z art. 96 ust. 2 Pt.

Pismem z dnia 9 czerwca 2009 r. Prezes UKE poinformował OPL o powziętych wątpliwościach, co do zasadności nadawania dokumentom przekazywanym w przedmiotowym postępowaniu klauzuli „Zastrzeżone” i wezwał OPL do zajęcia stanowiska w przedmiotowej kwestii.

Pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. nr SRKD/MJ/13/06/09 (wpływ do Urzędu dnia 24 czerwca 2009 r.), OPL przedstawiła swoje stanowisko w kwestii nadawania dokumentom przedkładanym w postępowaniu klauzuli „Zastrzeżone”.

Pismem z dnia 10 lipca 2009 r. Prezes UKE poinformował strony o dołączeniu do materiału dowodowego w postępowaniu następujących dokumentów:

1. „Raportu o realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej przez Telekomunikację Polską S.A.”, Urząd Komunikacji Elektronicznej, Warszawa, 8 lutego 2008 r. (dalej „Raport USO”);
2. „Opracowania Korzyści Pośrednich”;
3. „Ekspertyzy i wytycznych dla kosztu netto usługi powszechnej”, KPMG sp. z o. o., Warszawa, lipiec 2005 r.;
4. „Wytycznych do rozporządzenia w sprawie kalkulacji kosztu netto usługi powszechnej”, KPMG sp. z o.o., Warszawa, 2005 r.

Pismem z dnia 14 lipca 2009 r. Prezes UKE wezwał OPL do dokonania modyfikacji dokumentów przedstawionych wraz z Wnioskiem, ze względu na zmianę rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów usług (Dz. U. Nr 255, poz. 2140, dalej „Rozporządzenie Kosztowe”). Zmiany wynikały z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 marca 2009 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie prowadzenia przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego rachunkowości regulacyjnej i kalkulacji kosztów usług (Dz. U. Nr 58, poz. 480, dalej „Nowelizacja Rozporządzenia Kosztowego”).

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 13 sierpnia 2009 r. (wpływ do Urzędu dnia 14 sierpnia 2009 r.) OPL wskazała, że na mocy postanowień przejściowych Nowelizacji Rozporządzenia Kosztowego, nowelizacja ta nie skutkuje zmianami w postępowaniu.

Pismem z dnia 19 stycznia 2010 r. (wpływ do Urzędu dnia 19 stycznia 2010 r.) Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (obecnie T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „T-Mobile”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony oraz o udostępnienie akt sprawy. T-Mobile uzasadniła swój wniosek istnieniem interesu prawnego T-Mobile oraz wpływem rozstrzygnięcia w sprawie na sytuację oraz czynności podejmowane przez T-Mobile w związku z potencjalnym udziałem T-Mobile w pokryciu wnioskowanej dopłaty.

Postanowieniem z dnia 11 marca 2010 r. Prezes UKE odmówił T-Mobile prawa wglądu do akt postępowania, wskazując na brak interesu prawnego w przedmiotowym postępowaniu oraz brak przynajmniej strony.

Pismem z dnia 23 marca 2010 r. (wpływ do Urzędu dnia 24 marca 2010 r.) T-Mobile wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem powyższego postanowienia.

Po rozpatrzeniu wniosku T-Mobile z dnia 23 marca 2010 r. Prezes UKE wydał postanowienie z dnia 17 maja 2010 r., którym utrzymał w mocy postanowienie z dnia 11 marca 2010 r. odmawiające T-Mobile prawa wglądu do akt postępowania.

Postanowieniem z dnia 17 maja 2010 r., Prezes UKE ograniczył pozostałym stronom postępowania prawo wglądu w zakresie:

- informacji zawartych w piśmie z dnia 30 września 2008 r., nr GRAD/MJ/OPL-125/08, opatrzonej klauzulą „Tajemnica OPL”,
- informacji zawartych w piśmie z dnia 13 sierpnia 2009 r., nr SRKD/MJ/OPL-84/09, opatrzonej klauzulą „Tajemnica OPL”,
- informacji zawartych w dokumencie w Opracowaniu Korzyści Pośrednich.

W dniu 7 września 2010 r. Ernst&Young Audit sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „E&Y”) została powołana przez Prezesa UKE do przeprowadzenia badania danych liczbowych stanowiących Składowe Kosztu Netto, odrębnie dla Przychodów, Kosztów oraz danych liczbowych stanowiących poszczególne Składniki Korzyści Pośrednich (dalej „Analiza Dokumentacji”), za rok 2007, pod względem ich zgodności z przepisami prawa oraz ich wiarygodności, rzetelności i prawidłowości.

Pismem z dnia 15 listopada 2010 r. (wpływ do Urzędu dnia 16 listopada 2010 r.), KIGEiT przedstawiła stanowisko w sprawie. W stanowisku KIGEiT podniosła, że Prezes UKE, rozstrzygając w sprawie, powinien przeprowadzić dowód na wystąpienie kosztu netto poprzez omówienie założeń przyjętych przez OPL do analizy rentowności poszczególnej usługi oraz założeń przyjętych do szacowania korzyści pośrednich, oraz analizę źródeł informacji i danych zawartych w kalkulacji OPL. W ocenie KIGEiT, Prezes UKE powinien dokonać również oceny zgodności przyjętej przez OPL metodologii z przepisami prawa (w szczególności z rkn oraz Rozporządzeniem Kosztowym). Następnie, zdaniem KIGEiT, Prezes UKE powinien dokonać analizy opinii biegłego rewidenta, która zdaniem KIGEiT, stanowi jeden z dowodów przyznania bądź też odmowy przyznania dopłaty z tytułu kosztu netto, oraz dokonać weryfikacji wysokości kosztu netto oraz wartości korzyści pośrednich i dokonać rozstrzygnięcia czy stanowią one uzasadnione obciążenie OPL. Zdaniem KIGEiT, Prezes UKE powinien również zweryfikować, czy OPL stosuje tzw. korekty efektywności.

Zdaniem KIGEiT, analiza dokonana przez Prezesa UKE przed wydaniem decyzji o przyznaniu bądź odmowie przyznania OPL dopłaty z tytułu kosztu netto powinna obejmować weryfikację sposobu zdefiniowania przez OPL kosztu bezpośrednio związanego ze świadczeniem usługi powszechnej, analizę zyskowności abonentów OPL w podziale na grupy użytkowników poszczególnych planów taryfowych, analizę wielkości liczbowych stanowiących składowe korzyści pośrednich i ich odzwierciedlenia w systemach i dokumentach OPL. Przyznanie bądź odmowa przyznania dopłaty dla OPL z tytułu kosztu netto powinna być poprzedzona analizą dostępności i jakości usługi powszechnej świadczonej przez OPL, przy czym świadczenie usługi powszechnej poniżej wymaganej jakości powinno stanowić argument za odmową przyznania dopłaty.

Ponadto zdaniem KIGEiT, OPL do kalkulacji kosztu netto powinna zastosować metodologię przyjętą przez Prezesa UKE w postępowaniu dotyczącym zatwierdzenia opisów kalkulacji kosztów. W związku z powyższym, w ocenie KIGEiT, konieczne jest włączenie do materiału dowodowego tekstu decyzji Prezesa UKE zatwierdzającej opis kalkulacji kosztów OPL, a także przeprowadzenie przez biegłego rewidenta analizy wpływu eliminacji z kalkulacji kosztu netto kosztów wspólnych, które w długim czasie nie posiadają charakterystyki kosztów zmiennych, oddzielnie dla każdego badanego okresu.

Pismem z dnia 22 listopada 2010 r. (wpływ do Urzędu dnia 24 listopada 2010 r.), PIIT przedstawiła stanowisko, w którym znalazły się zarówno argumenty operatorów alternatywnych (dalej „OA”) mających wnieść środki na dopłatę, jak również argumentacja OPL w sprawie dopłaty z tytułu kosztu netto.

W stanowisku PIIT OA podnieśli, że po weryfikacji kosztu netto Prezes UKE powinien dokonać analizy, czy koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie dla przedsiębiorcy wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej. Prezes UKE, przyznając bądź odmawiając przyznania dopłaty z tytułu kosztu netto powinien, zdaniem OA, przeanalizować wszelkie aspekty związane ze świadczeniem usługi powszechnej. Jednym z dowodów jest opinia biegłego rewidenta, jednak nie przesądza ona, w opinii OA, o przyznaniu bądź odmowie przyznania dopłaty. Zdaniem OA, podstawą do przyznania dopłaty jest wykazanie, że koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie, co powinno polegać na porównaniu zakresu świadczonych usług przed oraz po wyznaczeniu OPL do świadczenia usługi powszechnej.

OA podkreślili, że w chwili obecnej usługi wchodzące w skład usługi powszechnej (z wyjątkiem udogodnień dla osób niepełnosprawnych) są świadczone przez wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na rynku. W ocenie OA, oznacza to, że konkurenci OPL, którzy świadczą takie same usługi jak OPL, po niższych cenach niż OPL, mają obowiązek finansować działalność OPL. Ponadto OA wskazali na fakt, że nałożony na OPL obowiązek świadczenia usług wchodzących w skład usługi powszechnej nie jest realizowany prawidłowo, dlatego, zdaniem OA, brak jest podstaw do przyznania dopłaty dla OPL z tytułu kosztu netto.

W stanowisku PIIT OA podnieśli również kwestię sposobu finansowania usługi powszechnej w przypadku przyznania przez Prezesa UKE dopłaty z tytułu kosztu netto. PIIT wskazała, że zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, w sytuacji gdy regulator krajowy stwierdzi, że operator świadczący usługę powszechną podlega nadmiernym obciążeniom, wówczas koszty związane z finansowaniem usługi powszechnej mogą być pokrywane ze specjalnego funduszu usługi powszechnej, do którego wszystkie przedsiębiorstwa działające na rynku wnosząby odpowiedni wkład.

W stanowisku PIIT OPL udzieliła odpowiedzi na zarzuty wskazane przez OA. OPL wskazała m.in., że w opinii OA znajduje się stwierdzenie, że opinia biegłego rewidenta powinna być opinią bez zastrzeżeń, aby mogła być uwzględniona w sprawie, co zdaniem OPL nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego. Ponadto OPL podniosła, że wydanie przez biegłego rewidenta opinii zawierającej zastrzeżenia wcale nie musi oznaczać, że kalkulacja została przeprowadzona w sposób nieprawidłowy, bowiem zastrzeżenia mogą dotyczyć kwestii czysto formalnych, jak np. braku podpisu na którymś z dokumentów. Opinia biegłego rewidenta, zdaniem OPL, może wskazywać inną niż podaną we wniosku kwotę kosztu netto i właśnie ta kwota powinna być brana pod uwagę przez Prezesa UKE przy wydawaniu ostatecznej decyzji w sprawie.

Zdaniem OPL, zgodnie z Dyrektywą o usłudze powszechnej Universal Service Directive 2002/22/WE z dnia 7 marca 2002 r., (dalej „Dyrektywa z dnia 7 marca 2002 r.”) jeśli

świadczenie usługi powszechnej stanowi nieuzasadnione obciążenie przedsiębiorcy, powinna zostać mu przyznana dopłata do kosztu netto usługi powszechnej. OPL wskazała, że jedynie korzyści pośrednie (które rozpatrywane są na etapie badania biegłego rewidenta) mogłyby stanowić czynnik, na podstawie którego OA uznają, że pomimo wystąpienia kosztu netto, przedsiębiorca wyznaczony ponosi z tego tytułu nieuzasadnione obciążenie. OPL wskazała, że zaproponowana przez OA metoda weryfikacji, czy koszt netto stanowi nieuzasadnione obciążenie poprzez porównanie zakresu działalności OPL przed i po zobowiązaniu OPL do świadczenia usługi powszechnej, jest błędna. Zgodnie bowiem z art. 221 ust. 4 Pt, jeszcze przed nałożeniem na OPL obowiązku świadczenia usługi powszechnej, OPL jako przedsiębiorca, który został uznany za operatora publicznego o znaczącej pozycji rynkowej, była zobowiązana do świadczenia usług wchodzących w skład usługi powszechnej, w takim samym zakresie, jak po wyznaczeniu.

OPL odpowiedziała również na zarzut OA wskazujący na fakt, że OPL i OA świadczą taki sam zestaw usług, wskazując, że przedsiębiorca wyznaczony (w przeciwieństwie do OA) musi świadczyć usługę powszechną każdemu abonentowi na terenie całego kraju, z określoną jakością, bez względu na koszty ponoszone przy świadczeniu usługi oraz możliwy do uzyskania przychód. To sprawia, że świadczenie usługi powszechnej powoduje powstawanie nieuzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego.

Zdaniem OPL, o braku uzasadnionego obciążenia nie może przesądzać również fakt, że zgodnie z raportami UKE, OPL nie realizuje niektórych ze wskaźników USO. Ponadto, zdaniem OPL fakt, że OPL ma trudności z realizacją wskaźników usługi powszechnej a ich niewykonywanie jest sankcjonowane (OPL podkreśliła, że nałożone zostały na nią kary pieniężne z tytułu braku realizacji wskaźników jakości usługi powszechnej), potwierdza okoliczność, że świadczenie usługi powszechnej jest dodatkowym obciążeniem OPL, którego nie ponoszą inni operatorzy.

Pismem z dnia 21 stycznia 2011 r. Prezes UKE powiadomił OPL o włączeniu do materiału dowodowego:

- Kopii „Opinii niezależnego biegłego rewidenta”,
- „Raportu z badania składowych kosztu netto za rok zakończony dnia 31 grudnia 2007 r.” (dalej „Raport”),
- Kopii „Wyników kalkulacji składowych kosztu netto usługi powszechnej za rok 2007”,

przekazanych Prezesowi UKE przez biegłego rewidenta pismem z dnia 23 listopada 2010 r. oraz

- Kopii pisma z dnia 9 grudnia 2010 r. stanowiącego uzupełnienie pisma z dnia 23 listopada 2010 r. (dalej „Raport uzupełniający”),
- Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r., Urząd Komunikacji Elektronicznej, czerwiec 2010 r.,
- Kopii Decyzji Wyznaczającej,
- Raportu „Realizacja przez TP S.A. usługi powszechnej dla osób niepełnosprawnych. Raport z badania dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej przez Centrum Badań Marketingowych INDICATOR, Warszawa, sierpień 2007 r.,
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 7 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(29),
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 5 maja 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(5),

- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 15 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-3/06(6),
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 14 lipca 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-2/06(8),
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 25 września 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-2/06(16),
- dokumentu „Analiza rynku usług telefonicznych świadczonych za pomocą publicznych aparatów samoinkasujących (PAS)”, Urząd Komunikacji Elektronicznej, 30 października 2007 r.

Jednocześnie Prezes UKE wezwał OPL do zajęcia stanowiska w kwestii ograniczenia wglądu do materiału dowodowego na podstawie art. 207 ust. 1 Pt. Prezes UKE poinformował również, że w przypadku złożenia przez OPL wniosku o ograniczenie prawa wglądu na mocy art. 207 ust 2 Pt, OPL zobowiązana jest do przedstawienia wersji jawnej dokumentów oraz wskazania powodów objęcia tych danych wyłączeniem jawności.

W odpowiedzi na pismo z dnia 18 stycznia 2011 r. OPL pismem z dnia 27 stycznia 2011 r. złożyła wniosek o ograniczenie prawa wglądu do:

- „Wyników kalkulacji składowych kosztu netto usługi powszechnej za rok 2007”,
- Raportu,
- Raportu uzupełniającego,

jako dokumentów zawierających dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a także przedstawiła wersję jawną dokumentu „Wyniki kalkulacji składowych kosztu netto usługi powszechnej za rok 2007”.

Pismem z dnia 2 lutego 2011 r., Prezes UKE powiadomił strony postępowania o włączeniu do materiału dowodowego:

- Kopii „Opinii niezależnego biegłego rewidenta”,
- Raportu,
- Kopii „Wyników kalkulacji składowych kosztu netto usługi powszechnej za rok 2007”,

przekazanych Prezesowi UKE przez biegłego rewidenta pismem z dnia 23 listopada 2010 r. oraz

- Raportu uzupełniającego,
- Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r., Urząd Komunikacji Elektronicznej, czerwiec 2010 r.,
- Kopii Decyzji Wyznaczającej,
- Raportu „Realizacja przez TP S.A. usługi powszechnej dla osób niepełnosprawnych. Raport z badania dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej przez Centrum Badań Marketingowych INDICATOR, Warszawa, sierpień 2007,
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 7 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(29),
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 5 maja 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(5),
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 15 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-3/06(6),
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 14 lipca 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-2/06(8),
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 25 września 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-2/06(16),

- dokumentu „Analiza rynku usług telefonicznych świadczonych za pomocą publicznych aparatów samoinkasujących (PAS)”, Urząd Komunikacji Elektronicznej, 30 października 2007 r.,
- Kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 29 stycznia 2007 r. Nr DRTD-WUD-6070-1/06(43).

Jednocześnie Prezes UKE powiadomił strony o możliwości zapoznania się z aktami sprawy, robienia z nich odpisów i notatek oraz wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego oraz zgłoszonych żądań, zgodnie z art. 10 § 1 kpa.

Postanowieniem z dnia 2 lutego 2011 r., Prezes UKE ograniczył pozostałym stronom postępowania prawo wglądu do:

- „Wyników kalkulacji składowych kosztu netto usługi powszechnej za rok 2007”,
- Raportu,
- Raportu uzupełniającego.

Pismem z dnia 4 lutego 2011 r. (wpływ do Urzędu dnia 7 lutego 2011 r.) PIIT przedstawiła stanowisko w przedmiotowej sprawie. W stanowisku tym zawarte zostały dwa poglądy: stanowisko OA oraz OPL.

Zdaniem OA, podstawą do oceny zasadności przyznania dopłaty w wysokości kosztu netto, powinno być porównanie wskaźników rynku telekomunikacyjnego wskazujących na efektywność przedsiębiorcy wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej. OA podkreślili, że podstawowym celem usługi powszechnej jest jej dostępność na terenie całego kraju, dlatego też koszt świadczenia usługi powszechnej nie jest związany tylko z administrowaniem/utrzymywaniem określonego zestawu usług, ale efektywnym inwestowaniem w zakresie zwiększenia dostępności usługi powszechnej. OA wskazali, że dane zaprezentowane w Raporcie USO dotyczące penetracji telefonii komórkowej i stacjonarnej pokazują, że OPL nie tylko nie inwestowała w rozwój sieci, ale wręcz zmniejszała liczbę łączy. Spadek penetracji telefonii stacjonarnej był wywołany rosnącym udziałem telefonii ruchomej wynikający z istnienia zjawiska substytucji. W związku z tym OA wskazują, że cel określony w art. 81 Pt, tj. zapewnienie usług telekomunikacyjnych wszystkim użytkownikom końcowym na terenie całego kraju, w wymaganej jakości i po przystępnej cenie, został zrealizowany przez operatorów sieci komórkowych, którzy dokonując znaczących inwestycji i rozbudowując sieć, przejęli abonentów OPL.

Ponadto OA podnieśli, że rozstrzygając w niniejszej sprawie, Prezes UKE powinien odnieść się do zagadnienia kosztów możliwych do uniknięcia oraz do zagadnienia uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego. OA ponownie wskazali, że świadczą takie same usługi jakie zobowiązana jest świadczyć OPL jako przedsiębiorca wyznaczony. Wyjątek stanowi usługa udogodnień dla osób niepełnosprawnych. Powołując się na Raport USO OA podnieśli, że z usług udogodnień dla niepełnosprawnych korzysta niewielki odsetek osób. Tym samym brak jest uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego, co pozwala Prezesowi UKE na odmowę przyznania dopłaty do kosztów świadczenia usługi powszechnej (na podstawie art. 96 ust. 4 Pt), niezależnie od wyników badania biegłego rewidenta.

Na koniec OA wskazali na kwestię ograniczenia wglądu do dokumentów przekazanych przez biegłego rewidenta. Zdaniem OA dokumenty te są kluczowe dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, w związku z tym strony biorące udział w postępowaniu, powinny zostać poinformowane o ich treści.

W odpowiedzi na argumenty OA OPL wskazała, że OA w swoim stanowisku zakwestionowali w całości celowość istnienia usługi powszechnej. OPL nie zgodziła się ze stwierdzeniem, że na efektywność przedsiębiorcy wyznaczonego wpływa jedynie efektywność świadczenia usług wchodzących w skład usługi powszechnej. OPL podkreśliła, że na efektywność przedsiębiorcy wyznaczonego wpływa szereg czynników. Czynniki te nie są ściśle związane z zagadnieniem usługi powszechnej, nie wynikają również z decyzji regulatora, jak również decyzji podejmowanych przez przedsiębiorcę wyznaczonego. Takim czynnikiem, zdaniem OPL, mogą być chociażby zmieniające się potrzeby konsumentów, za którymi nie nadążają regulacje związane z usługą powszechną, jak również działania podejmowane przez przedsiębiorcę wyznaczonego.

OPL podniosła, że słabszy rozwój telefonii stacjonarnej w porównaniu z siecią ruchomą nie wynika z braku inwestycji w sieć, lecz z malejącego zainteresowania usługami głosowymi sieci stacjonarnej. Zdaniem OPL, łącza sieci stacjonarnej służą w znacznej mierze do świadczenia usługi transmisji danych, a usługa ta nie wchodzi w skład usługi powszechnej. OPL wskazała, iż posiada większą liczbę łączy głównych niż wynika to z potrzeb użytkowników. OPL wskazała, że koszt przyłączenia użytkowników, którzy zamieszkują tereny, w których z przyczyn geograficznych inwestowanie w budowę sieci stacjonarnej jest trudne, bądź też tereny, na których nie ma infrastruktury, jest niezwykle wysoki, a jego odzyskanie możliwe jedynie w niewielkiej części (ze względu na obowiązek oferowania krótkoterminowych umów abonenckich). Mimo to OPL stara się realizować takie zamówienia oferując abonentom dostęp do usług głosowych świadczonych w innych technologiach, za które OPL nie może starać się o dopłatę.

OPL wskazała również, że substytucyjność usługi głosowej świadczonej na rynku telefonii stacjonarnej i ruchomej nie stanowi podstawy do odmowy przyznania dopłaty w wysokości kosztu netto. Wskazane przez OA uzasadnienie, zdaniem OPL dowodzi faktu, że usługa głosowa świadczona w technologii miedzianej jest na tyle schyłkowa, że nie warto domagać się świadczenia jej obowiązkowo. Nie stanowi to, wbrew temu co twierdzą OA, że przyznanie dopłaty w wysokości kosztu netto wynikającego z realizacji usługi głosowej nie stanowi uzasadnionego obciążenia OPL.

Ponadto, zdaniem OPL, z faktu świadczenia przez OPL usługi powszechnej, korzystają inni operatorzy. Abonenci przyłączeni do OPL, którzy są abonentami niezyskownymi, nawet jeśli nie inicjują połączeń, to takie połączenia odbierają. Tym samym generują wymianę ruchu pomiędzy OPL i OA. OA za połączenia z deficytowym abonentem OPL, do którego abonent OA wykonuje połączenie, pobiera opłatę. Z kolei, pewna część niezyskownych abonentów OPL inicjuje połączenia do abonentów OA, co z kolei generuje przychody dla OA z tytułu interkonektu. Gdyby OPL zrezygnowała ze świadczenia usługi powszechnej, część abonentów OPL zrezygnowałaby z usług głosowych – wówczas zniknęłaby część przychodów z obrotu zarówno po stronie OPL jak i OA.

OPL poruszyła również kwestię świadczenia usług za pomocą PAS oraz przystosowania ich do potrzeb osób niepełnosprawnych. OPL wskazała, że koszty dostosowania PAS do potrzeb osób niepełnosprawnych nie jest wysoki. Znacznie większym obciążeniem jest utrzymanie PAS w ogóle. Substytucja usług głosowych świadczonych na rynku telefonii stacjonarnej usługami świadczonymi na rynku telefonii ruchomej spowodowała zaprzestanie bądź ograniczenie korzystania z PAS. OPL podniosła, że zmniejszenie zapotrzebowania na PAS powinno skutkować ograniczeniem jej zakresu, o co OPL kilkakrotnie wnioskuje. OPL zakwestionowała nałożony przez Prezesa UKE obowiązek określania minimalnej liczby PAS w oparciu o liczbę mieszkańców. Zdaniem OPL bardziej zasadnym jest utrzymywanie większej liczby PAS w mniejszych miejscowościach zamieszkałych przez osoby starsze,

które do tej pory nie korzystały z telefonii mobilnej, zamiast utrzymywania PAS w dużych miastach, w których znaczny odsetek mieszkańców korzysta z telefonii mobilnej.

Na koniec OPL odniosła się do kwestii ujawnienia Stronom postępowania informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez biegłego rewidenta. Zdaniem OPL ujawnienie takich informacji może negatywnie wpłynąć na konkurencyjność OPL. Ponadto, zdaniem OPL, Prezes UKE prowadząc postępowanie, decyduje o utajnieniu pewnych dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tak aby informacje takie nie zostały wykorzystane w walce konkurencyjnej.

Pismem z dnia 16 lutego 2011 r. (wpływ do Urzędu dnia 17 lutego 2011 r.) KIGEiT przedstawiła stanowisko w przedmiotowej sprawie, w którym podtrzymała kwestie zgłoszone w stanowisku z dnia 15 listopada 2011 r. KIGEiT podkreśliła, że jej stanowisko jest zbieżne ze stanowiskiem OA zrzeszonych w PIIT. Zarówno zdaniem KIGEiT jak i OA zrzeszonych w PIIT, opinia biegłego rewidenta jest jednym z dowodów w postępowaniu i nie przesądza o przyznaniu bądź też o odmowie przyznania dopłaty w wysokości kosztu netto, dlatego też bardzo istotna jest weryfikacja kosztu netto dokonana przez Prezesa UKE w toku postępowania administracyjnego.

Dodatkowo, w ocenie KIGEiT, Prezes UKE rozstrzygając w niniejszej sprawie powinien odnieść się do kwestii poruszonych w stanowisku PIIT, dotyczącej oceny przez Prezesa UKE zakresu usług świadczonych przez OPL przed i po wyznaczeniu jej jako operatora świadczącego usługę powszechną. Zdaniem PIIT porównanie zakresu świadczonych przez OPL usług pozwoli na stwierdzenie, czy poniesiony koszt netto stanowi uzasadnione/nieuzasadnione obciążenie OPL.

KIGEiT zgodziła się z interpretacją OPL wskazaną w piśmie PIIT, iż postanowienia Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników końcowych, zostały błędnie implementowane do Pt. Zawarte w treści art. 13 ust. 1 sformułowanie wskazuje bowiem na wystąpienie „nieuzasadnionego obciążenia”, podczas gdy angielski zwrot „unfair burden” należy tłumaczyć jako „niesprawiedliwe obciążenie”. Zdaniem KIGEiT w przedmiotowej sprawie oba określenia mogą być stosowane zamiennie.

Kolejną kwestią, którą podniosła KIGEiT w swoim stanowisku jest kwestia analizy przyjętej przez OPL metodologii. Zdaniem KIGEiT konieczne jest określenie prawidłowego sposobu wyznaczania kosztu netto, która w ocenie KIGEiT powinna opierać się na alokacji kosztów na usługi (TSLRIC), a nie - jak przyjęła OPL – na elementy sieci (TELRIC). KIGEiT wskazała, że różnica między obydwojema podejściami jest istotna w przypadku istnienia współużytkowanych elementów sieci. Jako przykład KIGEiT wskazała centrale, które generują zarówno koszty ogólne jak i koszty wspólne. Przyjęcie metodologii TELRIC może w takiej sytuacji prowadzić do ustalenia nieadekwatnych cen usług.

KIGEiT wskazała również, że podnoszona przez OPL kwestia malejącej liczby abonentów i związanego z tym wzrostu kosztu netto, wskazuje na przyjęcie przez OPL błędnej metodologii. Zdaniem KIGEiT, wszystkie centrale OPL obsługują zarówno abonentów niezyskowych, jak również abonentów komercyjnych. Spadek liczby abonentów korzystających z usługi powszechnej może jedynie wpłynąć na obniżenie kosztu netto dla OPL z tytułu utrzymania pętli lokalnej, natomiast koszty związane z utrzymaniem centrali nie ulegają zmianie. Powyższe prowadzi do wniosku, że gdyby OPL zrezygnowała ze świadczenia usługi powszechnej, to i tak poniosłaby koszt utrzymania centrali, które ponosi obecnie, w związku z tym koszty utrzymania centrali nie są kosztami możliwymi

do uniknięcia i tym samym nie powinny być brane pod uwagę przy wyznaczaniu wartości kosztu netto.

Kolejną kwestią, na którą KIGEiT zwróciła w stanowisku, jest fakt, że pomimo spadku liczby abonentów sieci OPL, nie zmienia się cena usług oferowanych na warunkach komercyjnych. To z kolei prowadzi do wniosku, że OPL zastosowała błędną metodologię wyznaczania kosztu netto. KIGEiT zasugerowała, że OPL kalkuluje koszty elementów sieci, a następnie dokonuje uśrednienia nośnikiem „liczba abonentów” na poziomie całej sieci OPL, a nie na poziomie poszczególnych central. W ocenie KIGEiT takie działanie zniekształca rzeczywisty poziom kosztów ponoszonych przez OPL na świadczenie usługi powszechnej. Zdaniem KIGEiT, to Prezes UKE powinien ocenić zastosowaną przez OPL metodologię wyznaczania kosztu netto, bowiem opinia biegłego rewidenta nie zawiera oceny przyjętych metod, a jedynie ocenę zgodności danych przyjętych do kalkulacji z przepisami prawa.

KIGEiT wskazała ponadto, że OPL dopuszcza się naruszenia art. 86 Pt, który mówi, że przedsiębiorca wyznaczony nie może odmówić zawarcia umowy. Zdaniem KIGEiT OPL woli płacić kary niż przyłączać nowych abonentów i ponosić wydatki związane z inwestowaniem w rozwój sieci. W ocenie KIGEiT, nie jest możliwe przyznanie dopłaty w wysokości kosztu netto bez uwzględnienia przez Prezesa UKE stosowanych przez OPL praktyk oraz bez uwzględnienia jakości oferowanej przez OPL usługi powszechnej.

KIGEiT odniosła się również do kwestii wskazówek, jakie Prezes UKE przedstawił biegłemu rewidentowi podczas badania. W piśmie skierowanym do biegłego rewidenta Prezes UKE wskazał, że abonent może zostać uznany za niezyskownego m.in. w przypadku, gdy OPL złoży oświadczenie, iż zaprzestanie świadczenia usług tym abonentom w przypadku zniesienia obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Identyfikacja abonentów miałyby nastąpić w toku analizy dokumentacji. W ocenie KIGEiT takie działanie Prezesa UKE stanowi próbę sformalizowania pewnej grupy abonentów OPL, którzy po oświadczeniu OPL mogliby zostać uznani za abonentów niezyskownych i z tego tytułu mogłyby zostać przyznana dopłata do kosztu netto. Zdaniem KIGEiT powyższe świadczy o tym, że Prezes UKE uznał argumenty KIGEiT wskazane w stanowisku z dnia 15 listopada 2010 r. w zakresie braku formalnego uznania abonentów planu socjalnego za abonentów niezyskownych i przyznania OPL dopłaty z tego tytułu, a także o chęci wykreowania przez Prezesa UKE dowodu na tę okoliczność. Potwierdzeniem powyższego ma być fakt, że wytyczne dla biegłego rewidenta zostały przekazane po zapoznaniu się przez Prezesa UKE z argumentacją KIGEiT. Ponadto zdaniem KIGEiT nie jest możliwe ustalenie czy abonent jest niezyskowny po ustaniu obowiązku świadczenia usługi powszechnej.

Zdaniem KIGEiT oświadczenie takie nie powinno działać wstecz, bowiem w latach 2006-2009 nie istniały żadne przesłanki formalno-prawne uznania planu socjalnego za plan świadczony w ramach wykonywanego obowiązku świadczenia usługi powszechnej. W związku z powyższym KIGEiT wskazała, że OPL jest zobowiązana do przedstawienia Prezesowi UKE cenników usług. OPL przedstawia Prezesowi UKE nowe plany taryfowe oraz projekty zmian planów dotychczas obowiązujących. Taka sama procedura została przeprowadzona w przypadku planu socjalnego, dlatego brak jest podstaw by uznać, że plan socjalny stanowi ofertę świadczoną w ramach usługi powszechnej. Z drugiej strony jeśli wszystkie plany taryfowe OPL świadczone są jako usługa powszechna, to przy ocenie zyskowności należałoby rozpatrywać łączne koszty i przychody tych planów.

Zdaniem KIGEiT OPL uznaje abonentów za niezyskownych jedynie na podstawie rzekomej nierentowności tych abonentów, co w skrajnym przypadku może prowadzić do uznania, że abonentami niezyskownymi są wszyscy abonenci planów taryfowych OPL. Zdaniem

KIGEiT takie podejście jest błędne. OPL nie może dowolnie kreować grupy abonentów niezyskowych. Zdaniem KIGEiT jedynie na etapie zatwierdzania cenników możliwe jest wskazanie, że abonenci określonych planów taryfowych, dla których dostępność jest ograniczona w sposób formalno-prawny, mogą zostać uznani za abonentów niezyskowych i z tytułu stosowania tego planu OPL będzie wnioskować o dopłatę. Nie może to jednak dotyczyć każdego planu taryfowego, oferowanego przez OPL.

Ponadto KIGEiT wskazała, że analizując zyskowość abonentów, Prezes UKE, do kategorii przychodów z tytułu utrzymania linii w stanie gotowości do świadczenia usług, powinien brać również przychody, jakie OPL osiąga z tytułu świadczenia na tych łączach usługi BSA². Można bowiem założyć, że abonent planu socjalnego OPL, który jednocześnie korzysta z usług szerokopasmowego dostępu do Internetu dostarczanej przez innego operatora, generuje pośrednio na rzecz OPL dodatkowy przychód w postaci miesięcznych stawek hurtowych odprowadzanych z tego tytułu przez operatora korzystającego z BSA.

Na koniec KIGEiT wniosła o ponowną analizę argumentów wskazanych w stanowisku z dnia 15 listopada 2010 r.

Pismem z dnia 18 lutego 2011 r. Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Polkomtel”) wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o umożliwienie przeglądania akt oraz sporządzania odpisów i notatek.

Postanowieniem z dnia 17 marca 2011 r. Prezes UKE odmówił Polkomtel możliwości zapoznania się z aktami niniejszego postępowania.

Pismem z dnia 25 marca 2011 r. (data nadania w publicznej placówce pocztowej dnia 25 marca 2011 r.) Polkomtel wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem postanowienia z dnia 17 marca 2011 r.

Postanowieniem z dnia 13 kwietnia 2011 r. Prezes UKE utrzymał w mocy postanowienie z dnia 17 marca 2011 r.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2011 r. Prezes UKE poinformował strony o włączeniu do materiału dowodowego decyzji Prezesa UKE z dnia 28 stycznia 2010 r. nr DHRT-WKO-6090-2/09(56) w sprawie zatwierdzenia instrukcji za rok 2009 i opisu kalkulacji kosztów za rok 2011. Jednocześnie Prezes UKE powiadomił strony postępowania o zgromadzonym materiale dowodowym oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy, robienia z nich odpisów i notatek oraz wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego oraz zgłoszonych żądań, zgodnie z art. 10 § 1 kpa.

W odpowiedzi na pismo Prezesa UKE z dnia 21 kwietnia 2011 r. OPL pismem z dnia 27 kwietnia 2011 r. przedstawiła swoje stanowisko, w którym wskazała, że w ocenie OPL postępowania z wniosków OPL o przyznanie dopłaty w wysokości kosztu netto z tytułu świadczenia usługi powszechnej w latach 2006-2009 i postępowanie zakończone wydaniem decyzji Prezesa UKE z dnia 28 stycznia 2010 r. nr DHRT-WKO-6090-2/09(56) w sprawie zatwierdzenia instrukcji za rok 2009 i opisu kalkulacji kosztów za rok 2011 różnią się między sobą podstawą prawną, okresem, którego dotyczą a także zagadnienia których dotyczą są regulowane poprzez odmienne przepisy prawa.

Postanowieniem z dnia 29 kwietnia 2011 r. Prezes UKE odmówił przeprowadzenia dowodów z oględzin:

² Termin określający usługę sprzedaży szerokopasmowej transmisji danych (np. dostępu do [Internetu](#)), najczęściej za pomocą linii telefonicznej (w technologii [xDSL](#)).

- księgi głównej OPL,
- systemu Serat OPL,
- systemu Seztel OPL,
- systemu Kobat OPL,
- modelu kalkulacyjnego OPL,
- systemu informacji budżetowej,
- systemu sprawozdawczości wewnętrznej,
- systemu nadzoru aparatów publicznych,

na okoliczność potwierdzenia prawidłowości kalkulacji kosztu netto przeprowadzonej przez OPL, z udziałem biegłego rewidenta, o którym mowa w art. 96 ust. 2 Pt, a także przeprowadzenia rozprawy administracyjnej.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, Prezes UKE pismem z dnia 24 maja 2011 r. wydał Decyzję USO, na mocy której:

1. przyznał dopłatę w wysokości kosztu netto świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 5 Pt – świadczenie udogodnień dla osób niepełnosprawnych, z wyłączeniem aparatów publicznych przystosowanych dla osób niepełnosprawnych za rok 2007 w kwocie 1 269 111,00 zł;
2. w pozostałym zakresie odmówił przyznania dopłaty do kosztów świadczonych przez OPL usług wchodzących w skład usługi powszechnej za rok 2007.

Pismem z dnia 6 czerwca 2011 r. (doręczonym do Urzędu w dniu 9 czerwca 2011 r.) OPL wystąpiła z wnioskiem (dalej „Wniosek OPL”) o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji USO. OPL przedstawiła następujące zarzuty:

- 1) naruszenie art. 96 ust. 4 Pt, polegające na:
 - błędnej wykładni przesłanki odmowy przyznania dopłaty oraz
 - błędnym przyjęciu, iż uznanie części kosztu netto poniesionego przez przedsiębiorcę wyznaczonego za nie stanowiącego uzasadnionego obciążenia, stanowi podstawę do odmowy przyznania dopłaty w zakresie całości kosztu netto związanego ze świadczeniem danej usługi powszechnej;
- 2) naruszeniu przepisu prawa procesowego, to jest art. 7, 77 i 107 § 3 kpa poprzez niewyjaśnienie przez Prezesa UKE wszystkich okoliczności stanu faktycznego, niezbranie i nierozpatrzenie całego materiału dowodowego oraz nieprawidłowe uzasadnienie Decyzji USO.

Pismem z dnia 7 czerwca 2011 r. (doręczonym do Urzędu w dniu 7 czerwca 2011 r.) KIGEiT wystąpiła z wnioskiem (dalej „Wniosek KIGEiT”) o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji USO. KIGEiT przedstawiła następujące zarzuty:

- 1) naruszenie art. 95 ust. 2 Pt poprzez uznanie, że koszty związane ze świadczeniem usług udogodnień dla niepełnosprawnych z wyłączeniem publicznych aparatów samoinkasujących (dalej „PAS”) stanowią koszty, których OPL nie poniosłaby, gdyby nie miała obowiązku świadczenia usługi powszechnej;

- 2) naruszenie art. 96 ust. 2 Pt w związku z art. 7 i art. 8 kpa, poprzez uznanie przez Prezesa UKE, że OPL przedstawiła rachunki lub inne dokumenty zawierające dane lub informacje służące za podstawę obliczenia kosztu netto w zakresie w/w usług;
- 3) naruszenie art. 96 ust. 3 Pt w związku z art. 7 i art. 9 kpa, poprzez przyznanie przez Prezesa UKE dopłaty z tytułu usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 5 i 6 Pt, pomimo braku rzeczywistej weryfikacji zasadności przyznania dopłaty w tym zakresie;
- 4) naruszenie art. 96 ust. 4 Pt w związku z art. 11 kpa, poprzez przyznanie przez Prezesa UKE dopłaty pomimo braku wykazania, że koszt netto świadczenia przedmiotowych usług stanowi nieuzasadnione obciążenie OPL;
- 5) naruszenie § 4 Rozporządzenia Kosztowego w związku z § 7 ust. 3 rkn, poprzez błędną alokację przez Prezesa UKE korzyści pośrednich do usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 5 i 6 Pt.

Pismem z dnia 13 czerwca 2011 r., Prezes UKE zawiadomił strony o wszczęciu postępowania z Wniosku OPL oraz Wniosku KIGeIT oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy, robienia z nich odpisów.

Pismem z dnia 27 lipca 2011 r. (wpływ do Urzędu w dniu 28 lipca 2011 r.) KIGeIT przedstawiła stanowisko odnośnie Wniosku OPL. W stanowisku tym, KIGeIT podniosła, że wbrew twierdzeniom OPL, art. 96 ust. 4 Pt ma decydujące znaczenie dla postępowania w sprawie przyznania dopłaty w wysokości kosztu netto. Art. 95 i 96 Pt transponują do polskiego prawa postanowienia Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r., a więc ich wykładnia powinna być dokonywana zgodnie z treścią postanowień tej dyrektywy. W ocenie KIGeIT z Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. jasno wynika, że procedura wyznaczenia kosztu netto powinna obejmować zbadanie, czy świadczenie usługi powszechnej stanowi niesprawiedliwe obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego, oraz obliczenia kosztu netto świadczenia tej usługi. Zdaniem KIGeIT wykazanie, że usługa powszechna nie stanowi niesprawiedliwego obciążenia, zwalnia Prezesa UKE z konieczności kalkulacji wysokości kosztu netto. Zdaniem KIGeIT sposób weryfikacji kosztu netto dokonany przez Prezesa UKE jest prawidłowy. KIGeIT nie zgodziła się również z twierdzeniem OPL jakoby Prezes UKE nie miał prawa odmówić przyznania dopłaty w wysokości kosztu netto, zgodnie bowiem z treścią Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r., Prezes UKE mógł przyjąć jedno z trzech rozstrzygnięć: przyznać dopłatę w wysokości wnioskowanej kwoty, przyznać dopłatę w wysokości niższej niż wnioskowana przez OPL, bądź też odmówić przyznania dopłaty, pomimo wystąpienia kosztu netto, jeśli realizacja usługi powszechnej nie stanowi niesprawiedliwego obciążenia.

KIGeIT odniosła się również do podniesionego przez OPL zarzutu naruszenia art. 7, 77 i 107 § 3 kpa. KIGeIT wskazała, że Pt nie określa przesłanek, jakimi powinien kierować się Prezes UKE do oceny wystąpienia uzasadnionego obciążenia. W związku z tym, Prezes UKE do oceny zasadności obciążenia OPL, słusznie w ocenie KIGeIT przyjął kryterium oceny należytego wypełnienia przez OPL obowiązku świadczenia usługi powszechnej oraz wpływu decyzji biznesowych na niezyskowność abonentów.

W ocenie KIGeIT nieosiągnięcie przez OPL wskaźników jakości poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej powinno być podstawą uznania, iż poniesione przez OPL koszty na ich świadczenie nie stanowią uzasadnionego obciążenia i tym samym brak jest podstaw do uznania, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni powinni pokrywać w całości koszty związane ze świadczeniem usługi powszechnej poniżej wymaganego poziomu jakości. KIGeIT podniosła również, że na jakość usługi powszechnej wskazuje

również art. 11 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. Tym samym w opinii KIGeIT o faktycznym świadczeniu usługi powszechnej można mówić jedynie wówczas, gdy jest ona świadczona zgodnie z określonymi parametrami jakości. Brak wypełnienia tych parametrów oznacza brak wypełnienia obowiązku świadczenia usługi powszechnej. KIGeIT podniosła również, że OPL w okresie objętym dopłatą nie wywiązała się z obowiązku świadczenia usługi powszechnej, ponieważ art. 8 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. wskazuje, że „*Fundamentalnym wymogiem usługi powszechnej jest zapewnienie użytkownikom, na życzenie, podłączenia do publicznej sieci telefonicznej w oznaczonym miejscu, po przystępnej cenie*”. Oznacza to, że parametr dostępności określa czy usługa rzeczywiście została zapewniona. Z kolei, jak wskazała KIGeIT, OPL nie realizowała tego obowiązku niejednokrotnie odmawiając przyłączenia nowych użytkowników do sieci. Tym samym zdaniem KIGeIT brak jest podstaw do przyznania OPL dopłaty.

Kolejną kwestią, jaką podniosła KIGeIT, była kwestia traktowania dopłaty z tytułu świadczenia usługi powszechnej w kategoriach kary (odmowa przyznania dopłaty), bądź też nagrody (przyznanie dopłaty w wysokości wnioskowanej przez OPL). KIGeIT wskazała, że Prezes UKE ma prawo nałożyć na OPL karę za niedochowanie określonych wskaźników wykonanie obowiązku świadczenia usługi powszechnej, jednakże odmowa przyznania dopłaty nie jest sankcją a realizacją przez Prezesa UKE ustawowego obowiązku. Konstrukcja art. 96 ust. 4 Pt wskazuje bowiem na występowanie takiego obowiązku w przypadku wystąpienia zweryfikowanego uprzednio (na mocy art. 96 ust. 3 Pt) kosztu netto. KIGeIT wskazała, że wystąpienie kosztu netto (poniesienie przez OPL nakładów na realizację usługi powszechnej) nie jest jednoznaczne z zapewnieniem tej usługi, podając jako przykład aparat samoinkasujący, na budowę którego OPL przeznaczyła środki, jednak nie uruchomiła go w badanym okresie. Tym samym koszt PAS nie stanowi uzasadnionego obciążenia.

W ocenie KIGeIT jakość świadczenia usługi powszechnej w kontekście oceny zasadności przyznania bądź też odmowy przyznania dopłaty jest fundamentalną przesłanką, jaką powinien kierować się Prezes UKE przy podejmowaniu decyzji o przyznaniu dopłaty.

KIGeIT nie podzieliła stanowiska OPL odnośnie realizacji usługi Ogólnokrajowego Biura Numerów (dalej „OBN”) i Ogólnokrajowego Spisu Abonentów (dalej „OSA”). W ocenie KIGeIT odmowa przyznania dopłaty z tego tytułu była w pełni uzasadniona, a Decyzja USO jednoznacznie wskazała, że OPL w roku 2006 i 2007 nie realizowała usługi OBN, a docelowy model świadczenia został wdrożony dopiero w latach 2008 i 2009. W ocenie KIGeIT nie było przeszkód aby OPL samodzielnie zawarła umowy z klientami detalicznymi i wystawiała im faktury z tytułu realizacji OSA (przy czym OPL miałyby wówczas gwarancję, że cena detaliczna za realizację tej usługi byłaby taka sama dla wszystkich użytkowników końcowych).

KIGeIT nie odniosła się do uzasadnienia odmowy przyznania dopłaty z tytułu usługi OSA, ponieważ uzasadnienie decyzji zostało w pełni zastrzeżone przez Prezesa UKE, przez co KIGeIT nie mogła się z nim zapoznać.

Odnosząc się do kwestii planu socjalnego, KIGeIT wskazała, że na państwach członkowskich ciąży obowiązek zapewnienia usługi powszechnej. Przepisy Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. nie wskazują jednak, że usługę powszechną, czy też usługi wchodzące w skład usługi powszechnej obligatoryjnie świadczy przedsiębiorca wyznaczony, a art. 8 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. wskazuje, że do świadczenia usługi powszechnej może zostać powołany więcej niż jeden przedsiębiorca. O tym, czy dana usługa wchodzi w skład usługi powszechnej świadczonej przez przedsiębiorcę wyznaczonego nie decydują, zdaniem KIGeIT ani parametry biznesowe tej usługi, ani jej cena, ani jej przedmiot, ale wyłącznym kryterium

pozwalającym przyjąć, że przedsiębiorca wyznaczony świadczy daną usługę w ramach usługi powszechnej jest nałożenie na niego takiego obowiązku na mocy decyzji organu regulacyjnego. Tymczasem obowiązek świadczenia planu socjalnego nie został nałożony na OPL ani decyzją z dnia 6 maja 2006 r. ani żadną inną, co zdaniem KIGeIT potwierdziła OPL we Wniosku OPL, wskazując, że: „Plan *tp socjalny* został wprowadzony do oferty OPL w roku 2003 jako plan niezorientowany kosztowo, a uwzględniający opisaną powyżej zmianę w przepisach oraz istniejące w tym czasie oczekiwania społeczne. Plan ten był uzgodniony i akceptowany przez ówczesnego Regulatora (URTiP).” Powyższe nie pozostawia wątpliwości, że plan socjalny nie jest planem o którym mowa w art. 9 ust. 2 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r., a tym samym jego świadczenie nie stanowi obowiązku realizacji usługi powszechnej, a koszty z tym związane nie mogą być uznane za koszt netto podlegający dopłacie.

KIGeIT wskazała także, że wprowadzicie Prezes UKE weryfikował każdy z planów taryfowych OPL przed jego wprowadzeniem na rynek bądź też przed dokonaniem jego zmiany, jednak w opinii KIGeIT OPL nie podjęła żadnej próby konsultacji z Prezesem UKE w sprawie ustalenia zasad i warunków szczegółowych względem Pt, które mogłyby stanowić wypracowany mechanizm uznania danego planu taryfowego za plan świadczony w ramach usługi powszechnej.

KIGeIT nie zgodziła się również ze stwierdzeniem OPL, że brak rentowności abonentów planu socjalnego spowodowały działania Prezesa UKE a nie decyzje biznesowe OPL. KIGeIT wskazała, że klienci planu socjalnego z dniem 1 września 2011 r. zostaną przeniesieni do planu podstawowego a nie do planu przyjaznego OPL, który według OPL miał zastępować pierwszy z nich. Przeniesienie abonentów wiązać się będzie ze zwiększeniem opłaty abonamentowej oraz umożliwieniem dostępu do usługi Neostrada TP wraz z telewizją. W ocenie KIGeIT z powyższego wynika, że plan socjalny nie spełnia warunków określonych w art. 91 ust. 1 Pt i tym samym plan ten powinien zostać wykluczony z planów taryfowych świadczonych w ramach usługi powszechnej.

KIGeIT wskazała również, że OPL nie prowadziła żadnej weryfikacji wysokości dochodów potencjalnych użytkowników planu socjalnego, tym samym nie sposób wskazać, czy plan ten był rzeczywiście oferowany osobom o niskich dochodach. W ocenie KIGeIT plan socjalny nie spełnia również kryterium w zakresie opłat za połączenia telefoniczne, które w ramach planu socjalnego były dwukrotnie wyższe niż w innych planach komercyjnych. KIGeIT wskazała ponadto, że migracja abonentów planu socjalnego do planu zapewniającego dostęp do Neostrady TP wraz z telewizją nie oznacza grona użytkowników o niskich dochodach ani tym bardziej „o szczególnych potrzebach”. Tym samym KIGeIT zakwestionowała zasadność uznania planu socjalnego za plan realizowany w ramach świadczenia usługi powszechnej.

KIGeIT wskazała, że brak jest podstaw do uznania, że z planu socjalnego korzystały jedynie osoby o niskich dochodach. Brak jest również dowodów przemawiających za tym, że plan socjalny jest planem nierentownym ze względu na konieczność realizacji przez OPL usługi powszechnej (w ocenie KIGeIT każdy plan taryfowy może być planem nierentownym). Argumentem podważającym zasadność uznania planu socjalnego za plan realizowany w ramach usługi powszechnej jest również fakt, że cena planu socjalnego nie odbiega od ceny innych pakietów oferowanych przez OPL. W ocenie KIGeIT kryterium ceny nie stanowi przesłanki realizacji obowiązku usługi powszechnej, a tym samym nie przesądza o zasadności przyznania OPL dopłaty.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2011 r. Prezes UKE powiadomił strony o możliwości zapoznania się z aktami sprawy, robienia z nich odpisów i notatek oraz wypowiedzenia się co do zebranego materiału dowodowego oraz zgłoszonych żądań, zgodnie z art. 10 § 1 kpa.

Decyzją z dnia 6 września 2011 r., po rozpatrzeniu Wniosków KIGEiT oraz Wniosku OPL o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji USO, Prezes UKE utrzymał Decyzję USO w mocy (dalej „decyzja utrzymująca w mocy Decyzję USO”).

Wyrokiem z dnia 3 lutego 2012 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2164/11) WSA oddalił skargę OPL na decyzję utrzymującą w mocy Decyzję USO.

Wyrokiem z dnia 5 grudnia 2013 r. (sygn. akt II GSK 1168/12) Naczelny Sąd Administracyjny (dalej „NSA”), po rozpatrzeniu skargi kasacyjnej OPL, uchylił wyrok WSA z dnia 3 lutego 2012 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania WSA.

W dniu 31 grudnia 2013 r. w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem KRS: 0000010681 dokonano wpisu, z którego wynika m.in., że spółka Telekomunikacja Polska S.A. dokonała zmiany nazwy firmy na Orange Polska S.A. Zmianie uległ również adres siedziby spółki z: Warszawa (kod pocztowy: 00-105), ul. Twarda 18 na: Warszawa (kod pocztowy: 02-326), Al. Jerozolimskie 160.

Wyrokiem z dnia 17 lipca 2014 r. (sygn. akt VI SA/Wa 1545/14) WSA, po rozpoznaniu skargi OPL na decyzję utrzymującą w mocy Decyzję USO, uchylił decyzję utrzymującą w mocy Decyzję USO w części utrzymującej w mocy pkt II Decyzji USO oraz stwierdził, iż decyzja utrzymująca w mocy Decyzję USO w uchylonej części nie podlega wykonaniu (dalej „Wyrok WSA”).

Wyrokiem z dnia 13 lipca 2016 r. (sygn. akt II GSK 2948/14) NSA, po rozpoznaniu skarg kasacyjnych OPL, KIGEiT oraz Prezesa UKE od Wyroku WSA, oddalił skargi kasacyjne (dalej „Wyrok NSA”).

Pismem z dnia 16 stycznia 2017 r. (wpływ do Urzędu dnia 20 stycznia 2017 r.) KIGEiT złożyła stanowisko w sprawie, w którym wniosła o odmowę przyznania OPL dopłaty do usługi powszechnej za rok 2007.

Pismem z dnia 30 marca 2017 r. (wpływ do Urzędu dnia 5 kwietnia 2017 r.) OPL złożyła stanowisko w sprawie, w którym wniosła o przyznanie OPL dopłaty do usługi powszechnej za rok 2007.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2017 r. Prezes UKE poinformował strony o włączeniu do materiału dowodowego następujących dokumentów:

- Rynek telekomunikacyjny w Polsce w latach 2007-2009³;
- Skonsolidowany raport roczny SA-RS za 2007 rok⁴;
- Roczne sprawozdanie finansowe Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Netia”) za rok 2007⁵;
- Wyniki finansowe Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Dialog”) za 2007 r. - wyciąg ze sprawozdania finansowego Dialog za rok 2007⁶;
- Sprawozdanie z rachunkowości regulacyjnej TP 2007⁷.

³ http://www.uke.gov.pl/files/?id_plik=6895.

⁴ <http://www.bankier.pl/wiadomosc/TPSA-Skonsolidowany-raport-roczny-SA-RS-za-2007-rok-1710202.html>.

⁵ https://www.netia.pl/files/inwestorzy/raporty_finansowe/2009/skonsolidowany_raport_roczny.pdf.

⁶ <http://gsmonline.pl/artykuly/dialog-wyniki-w-2007-r>.

Jednocześnie Prezes UKE zawiadomił strony, że zgodnie z art. 10 § 1 kpa mogą zapoznać się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także wypowiedzieć się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Pismem z dnia 19 czerwca 2017 r. uzupełnionym następnie pismem z dnia 22 czerwca 2017 r. Francusko-Polska Izba Gospodarcza z siedzibą w Warszawie (dalej „FPIG”) złożyła na podstawie art. 31 § 1 kpa wnioski o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu na prawach strony.

Postanowieniem z dnia 4 września 2017 r. Prezes UKE odmówił FPIG dopuszczenia do udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Wydając decyzję Prezes UKE zważył co następuje.

1. Stan formalno-prawny

1.1. Zakres ponownego rozpatrzenia sprawy

Zgodnie z art. 153 ustawy z dnia 30 sierpnia 2012 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 718, dalej „ppsa”), ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w orzeczeniu sądu wiążą w sprawie organy, których działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania było przedmiotem zaskarżenia, a także sądy, chyba że przepisy prawa uległy zmianie. W orzecznictwie wskazuje się, iż „Przepis art. 153 p.p.s.a. ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że ani organ administracji publicznej, ani sądy, orzekając ponownie w tej samej sprawie, nie mogą nie uwzględnić oceny prawnej i wskazań wyrażonych wcześniej w orzeczeniu sądu, gdyż są nimi związane. Pojęcie "ocena prawna" w rozumieniu art. 153 p.p.s.a. oznacza wyjaśnienie istotnej treści przepisów prawnych i sposobu ich zastosowania w związku z rozpoznawaną sprawą. Ocena ta może się odnosić zarówno do przepisów prawa materialnego jak i procesowego. Musi ponadto pozostawać w logicznym związku z treścią orzeczenia sądu administracyjnego, w którym została sformułowana. Wskazania co do dalszego postępowania stanowią z reguły konsekwencje oceny prawnej. Dotyczą one sposobu działania w toku ponownego rozpoznania sprawy i mają na celu uniknięcie błędów już popełnionych oraz wskazanie kierunku, w którym powinno zmierzać przyszłe postępowanie dla uniknięcia wadliwości w postaci np. braków w materiale dowodowym lub innych uchybień procesowych” (tak wyrok NSA z dnia 1 września 2016 r., sygn. akt II FSK 2971/14, Lex nr 2118970). Ponadto, „W pojęciu "ocena prawna" mieści się, przede wszystkim wykładnia przepisów prawa materialnego i prawa procesowego, a także sposób ich zastosowania w rozpoznawanej sprawie. Może ona dotyczyć ujawnionych w postępowaniu administracyjnym istotnych okoliczności stanu faktycznego, w szczególności kwestii zastosowania do nich określonych regulacji prawnych. Wskazania co do dalszego postępowania zasadniczo stanowią konsekwencję oceny prawnej, określając sposób i kierunek działania przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Związanie oceną prawną, jak i zawartymi w orzeczeniu wskazaniami, co do dalszego postępowania, powoduje, że determinują one działania każdego organu w postępowaniu administracyjnym, podejmowane w sprawie, której dotyczy postępowanie sądownoadministracyjne, aż do czasu jej rozstrzygnięcia. Odmierna ocena materiału dowodowego stanowi natomiast prawnie niedopuszczalną polemikę z prawomocnym wyrokiem Sądu” (tak Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 20 września 2016 r., sygn. akt IV SA/Gl 73/16, Lex nr 2136951). Powyższe potwierdza również doktryna: „W razie uchylenia (stwierdzenia nieważności) aktu administracyjnego przestaje on obowiązywać. Jeśli akt ten ma być wydany

⁷ https://uke.gov.pl/files/?id_plik=12682.

na skutek odwołania lub na wniosek, organ administracji publicznej jest obowiązany wydać ponownie dany akt, przy czym jest on w przyszłości związany oceną prawną oraz wskazaniem co do dalszego postępowania, wyrażonymi w orzeczeniu sądu (art. 153 ppsa)” (Jagoda J., Skarga na decyzję lub inny akt z zakresu administracji publicznej. Skutki zaskarżenia, [w:] Sądowa ochrona samodzielności jednostek samorządu terytorialnego, LEX/el. 2011). Powyższe oznacza, iż Prezes UKE jest bezwzględnie związany nie tylko rozstrzygnięciem wynikającym z Wyroku WSA, utrzymanym następnie Wyrokiem NSA, ale jest również bezwzględnie związany oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w obu orzeczeniach.

Mając na uwadze powyższe rozważania wskazać należy, iż Wyrokiem WSA sąd uchylił decyzję utrzymującą w mocy Decyzję USO w części utrzymującej w mocy pkt II Decyzji USO oraz stwierdził, iż decyzja utrzymująca w mocy Decyzję USO w uchylonej części nie podlega wykonaniu. Uchylenie decyzji utrzymującej w mocy Decyzję USO w części utrzymującej w mocy pkt II Decyzji USO oznacza zatem, iż w chwili obecnej Prezes UKE powinien ponownie ocenić złożone przez strony (podmioty na prawach stron) wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji USO jedynie w uchylonym zakresie. Należy bowiem wskazać, że rozstrzygnięcie zawarte w pkt I Decyzji USO nie zostało uchylone, co oznacza, że jest ostateczne, prawomocne i podlega wykonaniu.

Powyższe oznacza, iż Prezes UKE w zaistniałym stanie faktycznym zobowiązany jest do ponownego rozpatrzenia tylko Wniosku OPL i tylko w części, której dotyczyło rozstrzygnięcie zawarte w pkt II Decyzji USO, a więc w części, w której Prezes UKE odmówił przyznania dopłaty do kosztów świadczonych przez OPL usług wchodzących w skład usługi powszechnej za rok 2007 za wyjątkiem usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 5 Pt – świadczenie udogodnień dla osób niepełnosprawnych, z wyłączeniem aparatów publicznych przystosowanych dla osób niepełnosprawnych za rok 2007 (tj. usługi, której dotyczyło rozstrzygnięcie – przyznanie dopłaty w kwocie 1 269 111,00 zł – zawarte w pkt 1 Decyzji USO, które nie podległo uchyleniu w wyniku prawomocnego Wyroku WSA). Wspomnieć w tym miejscu także należy, że również KIGeIT pismem z dnia 7 czerwca 2011 r., złożyła w terminie wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem przez Prezesa UKE Decyzji USO. Należy jednak wskazać, że KIGeIT wniosła o „*uchylenie Decyzji USO w części obejmującej pkt I sentencji oraz orzeczenie w tym zakresie co do istoty sprawy poprzez odmowę przyznania dopłaty do kosztu netto świadczenia udogodnień dla osób niepełnosprawnych z wyłączeniem PAS*”, tj. w części, w której Decyzja USO stała się prawomocna, zatem Wniosek KIGeIT nie może zostać rozpatrzony w postępowaniu podjętym na skutek Wyroku WSA i Wyroku NSA.

W związku z zaistniałą sytuacją, w chwili obecnej, Prezes UKE powinien ponownie rozpatrzyć wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji USO złożony przez OPL.

1.2 Podstawy formalno-prawne ponownego rozpatrzenia sprawy

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r., poz. 935), do postępowań administracyjnych wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia niniejszej ustawy ostateczną decyzją lub postanowieniem tj. przed dniem 1 czerwca 2017 r., stosuje się przepisy kpa w brzmieniu dotychczasowym.

Dokonując ponownego rozpatrzenia sprawy w wyżej ustalonym zakresie wskazać należy, iż na podstawie art. 127 § 3 kpa od decyzji wydanej w pierwszej instancji przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze nie służy odwołanie, jednakże strona niezadowolona

z decyzji może zwrócić się do tego organu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy; do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji. Zgodnie z art. 129 § 2 kpa odwołanie wnosi się w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie - od dnia jej ogłoszenia stronie.

Odnosząc brzmienie przywołanych wyżej przepisów do sprawy należy wskazać, że Decyzja USO została doręczona OPL w dniu 24 maja 2011 r. OPL skorzystała z przysługującego jej prawa i zachowując ustawowy czternastodniowy termin określony w przepisie art. 129 § 2 kpa, pismem z dnia 6 czerwca 2011 r. złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem przez Prezesa UKE Decyzji USO. Formalne przesłanki złożonego wniosku należy zatem uznać za spełnione.

Zgodnie z poglądem ugruntowanym w doktrynie prawa i orzecznictwie, istotą postępowania odwoławczego jest ponowne merytoryczne rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, która była już przedmiotem rozstrzygnięcia organu pierwszej instancji, a nie jedynie kontrola decyzji organu pierwszej instancji, czy też rozpatrzenie zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu (tak: Adamiak/Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2001 r., Art. 138 Nb 1 oraz wyrok NSA z dnia 9 października 1992 r., V S.A. 137/92; opubl. ONSA z. 1/1992, poz. 22). Organ administracji publicznej jest zobowiązany zatem do ponownego rozważenia wszystkich istotnych dla sprawy okoliczności faktycznych i prawnych, a w razie konieczności, do przeprowadzenia uzupełniającego postępowania dowodowego (art. 136 kpa), co w efekcie ma doprowadzić do wydania nowego rozstrzygnięcia w sprawie, które wyeliminuje ewentualne wady decyzji wydanej przez organ pierwszej instancji. Tak ukształtowany zakres postępowania odwoławczego jest wyrazem realizacji zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego, wyrażonej w art. 15 kpa, zgodnie z którą obywatel ma prawo do dwukrotnego rozpoznania i rozstrzygnięcia jego sprawy przez kompetentny organ władzy państwowej (tak: Adamiak/Borkowski jw., op. cit., Art. 15 Nb 1).

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 „*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 Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego 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 lub w części, albo

3) umarza postępowanie odwoławcze.

Jak wskazuje się w literaturze w odniesieniu do decyzji, o której mowa w art. 138 § 1 pkt 2 kpa, „*Organ odwoławczy uchyla zaskarżoną decyzję w całości lub w części i rozstrzyga sprawę co do istoty, jeżeli dojdzie do przekonania, że zaskarżona decyzja jest nieprawidłowa. Decyzja jest nieprawidłowa, gdy postępowanie wyjaśniające lub tylko sama ocena zaskarżonej decyzji wykazały, że narusza ona przepisy prawa materialnego albo jest niezasadna (niecelowa, niesłuszna) (...) W przypadku gdy organ odwoławczy uchylił zaskarżoną decyzję w części, może orzec co do istoty sprawy tylko w tej części, jeżeli zaś uchylił zaskarżoną decyzję w całości, to nie może orzec co do istoty sprawy w części, a w pozostałej przekazać sprawę do rozpoznania organowi pierwszej instancji. Organ odwoławczy nie jest natomiast obowiązany do stwierdzenia w sentencji decyzji, że w pozostałej części utrzymuje zaskarżoną decyzję w mocy. W konsekwencji należy stwierdzić, że sytuacja prawna strony jest określona decyzją organu odwoławczego w części, w której uchylił on zaskarżoną decyzję i w tym zakresie orzekł co do istoty sprawy, oraz decyzją organu pierwszej instancji w części nieuchylonej przez organ odwoławczy. Organ odwoławczy, który uchyla zaskarżoną decyzję w części i orzeka w tym zakresie co do istoty sprawy, jest zatem obowiązany do szczególnie starannego i niebudzącego wątpliwości oznaczenia, w jakim zakresie uchyla zaskarżoną decyzję*” (tak: A. Wróbel w: Komentarz aktualizowany do art.138 Kodeksu postępowania administracyjnego, LEX/el. 2016).

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, iż organ jest obowiązany ponownie merytorycznie rozpatrzyć 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. W tym celu Prezes UKE ponownie wyczerpująco zbadał wszystkie okoliczności faktyczne związane z niniejszą sprawą, zgodnie z zasadami prawdy obiektywnej i oficjalności (art. 7 kpa i art. 77 kpa) oraz zasady 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 rozpatrując wniosek o ponowne rozpatrzenie 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.

Po dokonaniu ponownego rozpatrzenia sprawy we wskazanym uprzednio zakresie, z uwzględnieniem przedstawionej w Wyroku WSA i Wyroku NSA oceny prawnej i wskazania co do dalszego prowadzenia postępowania, kierując się jednocześnie opisanymi powyżej zasadami postępowania administracyjnego, Prezes UKE postanowił uchylić Decyzję USO w części i w uchylonej części orzec co do istoty sprawy w sposób opisany w sentencji decyzji. Szczegółowe uzasadnienie podjętego rozstrzygnięcia przedstawione zostało w dalszych fragmentach decyzji.

1.3 Ocena prawna i wskazania co do dalszego prowadzenia postępowania zawarte w Wyroku WSA i Wyroku NSA

Jednocześnie, biorąc pod uwagę, iż, jak zostało omówione powyżej, Prezes UKE jest związany oceną prawną i wskazaniem wyrażonymi w orzeczeniach sądu, odwołać należy się bezpośrednio do treści uzasadnienia Wyroku NSA, w którym sąd ten wskazał, iż (podkreślenia własne – przyp. aut.):

„Sąd I instancji uchylił decyzję Prezesa UKE, ze względu na naruszenie przez organ art. 96 ust. 4 p.t., gdyż podstawą odmowy przyznania dopłaty było niewykonanie decyzji wyznaczającej Spółkę do świadczenia usługi powszechnej w zakresie poziomu dostępności i jakości jej świadczenia, bez odniesienia się organu do przesłanki „uzasadnionego obciążenia”, bo tylko na gruncie poprawnego rozważenia wniosku w kontekście tego warunku można dokonać poprawnej oceny zasadności wniosku o dopłatę. (...) Sąd II instancji potwierdza trafność stanowiska prezentowanego przez WSA w Warszawie oraz uznaje, że wypełnia ono treść art. 190 p.p.s.a., chociaż w sposób lakoniczny przyjmuje, że Prezes UKE błędnie przyjął, że niespełnienie w całości wymagań decyzji z art. 82 ust. 4 p.t. uzasadnia odmowę dopłaty. Rozwijając ten aspekt przyjętej przez WSA w Warszawie argumentacji na rzecz uchylenia decyzji stwierdzić należy, że realizacja decyzji Prezesa UKE wyznaczającej przedsiębiorcę do świadczenia usługi powszechnej na podstawie art. 82 ust. 4 p.t. m.in. w zakresie poziomu dostępności tej usługi i jej jakości, nie może być jedyną podstawą odmowy przyznania dopłaty o jakiej stanowi art. 95 ust. 1 i ust. 2 p.t. w związku z art. 96 ust. 4 tej ustawy, co nie oznacza, że dostępność usługi oraz jej jakość nie mają wpływu na przyznanie tej dopłaty, jednak by to miało miejsce organ jest obowiązany wykazać, że dostępność i jakość usługi powszechnej, pomimo że wpływa na koszt netto, to nie stanowi on uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego. Dopiero takie odniesienie kosztu świadczenia usługi do jej dostępności i jakości pozwala przyjąć, że dostępność i jakość jest szeroko rozumianą przesłanką ekonomiczną, a o odmowie dopłaty mogą przesądzić tylko względy ekonomiczne, a nie formalny sposób wykonywania decyzji o wyznaczeniu przedsiębiorcy. (...) Oznacza to, że niepełna dostępność usługi powszechnej lub zła jakość może być podstawą do odmowy dopłaty tylko wtedy, gdy koszt netto jej świadczenia zostanie uznany za uzasadnione obciążenie przedsiębiorcy, a nie tylko dlatego, że przedsiębiorca nie wykonuje treści decyzji o wyznaczeniu”.

Natomiast w Wyroku WSA wskazane zostało również, iż (podkreślenia własne – przyp. aut.):

„Uchylenie skarżonej decyzji nastąpiło ze względu na naruszenie przez organ przepisów prawa materialnego art. 96 ust. 4 P.t. W ocenie WSA, zgodnie z wytycznymi NSA w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt II GSK 1167/12, przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania, mające na celu zapewnienie prawidłowego wykonania przez przedsiębiorcę wyznaczonego decyzji o wyznaczeniu przedsiębiorcy do świadczenia usługi powszechnej, prowadzi do wniosku, że ewentualne naruszenia w tym zakresie nie mogą stanowić podstawy odmowy przyznania dopłaty. Osiągnięcie właściwego poziomu dostępności i jakości świadczenia usługi powszechnej powinno nastąpić z wykorzystaniem omówionych już mechanizmów kontrolnych oraz wymuszających wykonanie decyzji nakładającej na T.P S.A. obowiązek świadczenia usługi powszechnej. W świetle stanowiska TSUE przedstawionego w wyroku C-222/08, o tym czy świadczenie usługi powszechnej stanowi niesprawiedliwe (nieuzasadnione) obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego powinny decydować szeroko rozumiane przesłanki o charakterze ekonomicznym. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że odmowa przyznania dopłaty przez organ nastąpiła z przyczyn, które nie powinny mieć wpływu na ocenę czy zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego. W skarżonej decyzji Prezes UKE, błędnie uznał, że niespełnienie w całości wymagań decyzji, o której mowa w art. 82 ust. 4 P.t. uzasadnia odmowę przyznania dopłaty. Stanowisko organu zostało sformułowane bez uwzględnienia

istotnych wskazówek interpretacyjnych zwrotu „uzasadnione obciążenie” wynikających z powołanego wyroku w sprawie C-222/08.

Ponownie rozpatrując sprawę organ powinien uwzględnić w wydanej decyzji wskazówki interpretacyjne w zakresie rozumienia i wykładni zwrotu „uzasadnione obciążenie”, wynikających z wyroku TSUE z 6 października 2010 r., „C-222/08”.

Podsumowując ocenę prawną i wskazania co do dalszego postępowania zawarte w Wyroku NSA i Wyroku WSA należy zatem wskazać, iż po pierwsze sądy te uznały za nieuprawnioną odmowę przyznania dopłaty do kosztów świadczonych przez OPL usług wchodzących w skład usługi powszechnej wyłącznie z uwagi na sposób realizacji decyzji wydanej na podstawie art. 82 ust. 4 Pt w zakresie poziomu dostępności i jakości świadczenia poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej. Ponadto, Prezes UKE, dokonując oceny kwestii poniesienia przez OPL nadmiernego kosztu świadczenia usługi powszechnej powinien także ustalić, czy przedsiębiorca nie ponosi w tym przypadku nadmiernego obciążenia, jako kosztu świadczenia usługi powszechnej, w rozumieniu orzecznictwa unijnego, które to wskazuje wprost na przesłanki ekonomiczne, pod względem których powinna być oceniona zdolność wyznaczonego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do udźwignięcia ciężaru świadczenia usługi powszechnej, w szczególności takie jak: jakość urządzeń, sytuacja gospodarcza i finansowa oraz udział w rynku. Dokonując pod tym kątem analizy organ administracji powinien mieć na uwadze także poglądy doktryny, co do znaczenia pojęcia nadmiernego obciążenia przedsiębiorcy w aspekcie praktycznym, tj. ustalenia relacji pomiędzy kosztem netto, a zakresem i charakterem działalności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zobowiązanego do świadczenia usługi powszechnej.

Z drugiej strony, odnosząc się do rozstrzygnięcia zawartego w Wyroku WSA, utrzymanego następnie Wyrokiem NSA oraz do zawartych w tych orzeczeniach oceny prawnej i wskazań co do dalszego postępowania podkreślić należy, iż sądy te nie zakwestionowały w żadnym zakresie rozstrzygnięcia zawartego w Decyzji USO w zakresie:

- analizy dokumentacji stanowiącej podstawę obliczania kosztu netto (art. 96 ust. 2 Pt) – pkt 2 uzasadnienia Decyzji USO oraz jednocześnie pkt 2 uzasadnienia decyzji,
- weryfikacji kosztu netto (art. 96 ust. 3 Pt) - pkt 3 uzasadnienia Decyzji USO oraz jednocześnie pkt 3 uzasadnienia decyzji,
- korzyści pośrednich – w tym sposobu i wartości korzyści pośrednich wyznaczonych przez Prezesa UKE - pkt 4 uzasadnienia Decyzji USO oraz jednocześnie pkt 4 uzasadnienia decyzji,
- wartości kosztu netto wyznaczonej przez Prezesa UKE na podstawie art. 96 ust. 3 Pt - pkt 5 uzasadnienia Decyzji USO oraz jednocześnie pkt 5 uzasadnienia decyzji,
- argumentacji dotyczącej wpływu decyzji biznesowych OPL na niezyskowność abonentów – pkt 6.3. Decyzji USO oraz jednocześnie pkt 6.2.1. uzasadnienia decyzji.

W szczególności nie zostały zakwestionowane żadne wartości liczbowe związane z wysokością kosztu netto zweryfikowaną przez Prezesa UKE dla każdej z usług wchodzących w skład usługi powszechnej, a także wartości korzyści pośrednich wyznaczonych przez Prezesa UKE w odniesieniu do każdej z kategorii korzyści pośrednich oraz finalnie – wynikającego z powyższych wartości wysokości kosztu netto. Brak zakwestionowania rozstrzygnięcia zawartego w wyżej przywołanych częściach uzasadnienia Decyzji USO oznacza z jednej strony, iż Prezes UKE nie jest zobowiązany, zgodnie z art. 153 ppsa, do dokonywania w tym zakresie modyfikacji tego rozstrzygnięcia. W wyżej

wskazanym zakresie zarówno w Wyroku WSA jak i Wyroku NSA nie zostały bowiem sformułowane żadne oceny prawne i wskazania, które Prezes UKE byłby zobowiązany uwzględnić. Z drugiej strony, biorąc pod uwagę fakt, iż Prezes UKE nadal uznaje za w pełni prawidłowe rozstrzygnięcia oraz argumentację zawartą w tym zakresie w Decyzji USO, w zakresie wyżej przywołanych w pkt 2-5 i 6.3. Decyzji USO, w decyzji odpowiednio w pkt 2-5 oraz 6.2.1. powtórzono zostało rozstrzygnięcie i argumentacja dotycząca wyżej wymienionych zagadnień. Prezes UKE dokonał natomiast, z uwzględnieniem bezwzględnie wiążących wytycznych wynikających z Wyroku WSA oraz Wyroku NSA, ponownej oceny i rozstrzygnięcia w zakresie oceny, czy zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia (pkt 6 uzasadnienia Decyzji USO oraz jednocześnie pkt 6 uzasadnienia decyzji).

1.4 Podstawy prawne przyznania dopłaty

Prezes UKE, nakładając na OPL obowiązek świadczenia usługi powszechnej Decyzją Wyznaczającą przyjął następujący katalog usług wchodzących w skład usługi powszechnej, który wynikał z treści art. 81 ust. 3 Pt w brzmieniu obowiązującym do dnia 20 stycznia 2013 r.:

1. przyłączenie pojedynczego zakończenia sieci w głównej lokalizacji abonenta z wyłączeniem sieci cyfrowej z integracją usług,
2. utrzymanie łącza abonenckiego z zakończeniem sieci w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych,
3. połączenia telefoniczne krajowe, międzynarodowe, w tym do sieci ruchomych, obejmujące także zapewnienie transmisji dla faksu oraz transmisji danych, w tym połączenia do sieci Internet,
4. udzielanie informacji o numerach telefonicznych oraz udostępnianie spisów abonentów,
5. świadczenie udogodnień dla osób niepełnosprawnych,
6. świadczenie usług telefonicznych za pomocą aparatów publicznych.

W dniu 30 czerwca 2008 r., działając na podstawie art. 96 ust. 1 w związku z art. 95 ust. 1 Pt (w brzmieniu na dzień złożenia Wniosku) OPL wystąpiła do Prezesa UKE z wnioskiem o przyznanie dopłaty do kosztu netto za rok 2007. Do Wniosku OPL dołączyła kalkulację kosztu netto sporządzoną w oparciu o przepisy Pt oraz m.in. rkn, w brzmieniu na dzień złożenia Wniosku.

W marcu 2009 r. weszła w życie Nowelizacja Rozporządzenia Kosztowego. W związku z tym Prezes UKE wydając decyzję rozważył wpływ zmiany Rozporządzenia Kosztowego na przedstawioną przez OPL kalkulację. Przepis przejściowy nie określa, czy kalkulacja kosztu netto za lata 2006 i 2007 powinna być dostosowana do zmienionego Rozporządzenia Kosztowego, ponieważ § 2 Nowelizacji Rozporządzenia Kosztowego odnosi się bezpośrednio do instrukcji lub opisów kalkulacji kosztów, nie zaś do innych dokumentów, które zostały sporządzone w oparciu o przepisy Rozporządzenia Kosztowego w brzmieniu sprzed nowelizacji (w tym wypadku kalkulacji kosztu netto).

Ponadto, w dniu 16 listopada 2012 r. uchwalona została ustawa o zmianie ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2012 r., poz. 1445, dalej „Ustawa Nowelizująca”). Nowelizacja została opublikowana w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 21 grudnia 2012 r., a z datą obowiązywania zmian Pt m.in. w zakresie art. 81 ust. 3, art. 95 oraz art. 96 Pt od dnia 21 stycznia 2013 r.

Jedną ze zmian wprowadzonych Ustawą Nowelizującą była zmiana art. 81 ust. 3 Pt, zgodnie z którą w skład usługi powszechnej, począwszy od dnia 21 stycznia 2013 r. weszły następujące usługi:

1. przyłączenie zakończenia sieci w stałej lokalizacji umożliwiające komunikację głosową, faksową i przesyłanie danych, w tym funkcjonalny dostęp do sieci Internet, którego prędkość umożliwia korzystanie z aplikacji używanych powszechnie w drobnych bieżących sprawach życia codziennego, w szczególności korzystanie z poczty elektronicznej lub aplikacji umożliwiających dokonywanie płatności;
2. utrzymanie łącza abonenckiego z zakończeniem sieci, o którym mowa w pkt 1, w gotowości do realizacji połączeń telefonicznych krajowych i międzynarodowych;
3. połączenia telefoniczne krajowe i międzynarodowe;
4. ogólnokrajową informację o numerach telefonicznych, dostępną również dla użytkowników aparatów publicznych lub innych punktów dostępowych umożliwiających komunikację głosową;
5. udostępnianie ogólnokrajowego spisu abonentów;
6. świadczenie usług telefonicznych za pomocą aparatów publicznych lub innych punktów dostępowych umożliwiających komunikację głosową.

W zakresie rkn wskazać należy natomiast, iż w dniu 14 października 2014 r., na podstawie art. 95 ust. 4 Pt w brzmieniu nadanym Ustawą Nowelizującą zostało wydane Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji w sprawie sposobu obliczania kosztu netto usługi telekomunikacyjnej wchodzącej w skład usługi powszechnej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1496, dalej „rkn 2014”).

Biorąc pod uwagę wyżej opisane zmiany stanu prawnego, należy dokonać oceny, czy rozpatrując w chwili obecnej Wniosek Prezes UKE powinien brać pod uwagę stan prawny obowiązujący w chwili wydania decyzji, czy też powinien wziąć pod uwagę przepisy obowiązujące w momencie złożenia przez OPL Wniosku. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, iż zgodnie z ogólną zasadą postępowania administracyjnego organ rozstrzyga sprawę uwzględniając stan prawny i faktyczny istniejący w dniu wydawania rozstrzygnięcia. Jednakże powyższa zasada nie jest zasadą bezwzględnie obowiązującą. Przed wydaniem rozstrzygnięcia w sprawie organ administracyjny musi bowiem ustalić, czy i jakie zmiany zaszły w stanie prawnym, a także rozważyć jak zmiany te mogą wpłynąć na rozstrzygnięcie. Jak wskazał NSA w wyroku z dnia 24 kwietnia 2008 r. (syg. akt II OSK 487/07) „*jeżeli decyzja organu administracji publicznej jest wydawana po wejściu w życie zmiany odpowiedniego przepisu (...) to trzeba wziąć pod uwagę podstawową zasadę współczesnego prawa intertemporalnego, podkreślaną także w orzecznictwie (zob. np. wyrok SN z dnia 26 lipca 2001 r. PRN 34/91, Lex nr 10905) regułą tempus regit actum, oznaczającą, że zdarzenie prawne należy oceniać wedle stanu prawnego obowiązującego w dacie, gdy miało miejsce, a bezpośrednio działanie nowego prawa uzależnione jest od wykazania ważnego interesu publicznego (por. wyrok TK z dnia 2 marca 1993 r., sygn. akt K 9/92, OTK 1993). Sprawdzenia czy w danym wypadku taki ważny interes występuje dokonuje organ stający wobec wątpliwości intertemporalnej - Trybunał lub sąd (por. uchwała NSA z dnia 12 marca 2001 r. OPS 14/00, ONSA 2001, nr 3, poz. 101) (...) W konsekwencji należy opowiedzieć się za poglądem, według którego w razie braku wyraźnych regulacji co do czasu obowiązywania ustawy należy przyjąć, iż przepis normuje przyszłość, a nie przeszłość”.*

Biorąc pod uwagę powyższe, zauważyć należy, iż zarówno w dacie wyznaczającej koniec okresu, którego dotyczy Wniosek (tj. w dniu 31 grudnia 2007 r.) jak i w chwili składania

samego Wniosku (tj. w dniu 30 czerwca 2008 r.) katalog usług wchodzących w skład usługi powszechnej był różny od tego, który wynika z obecnej (na dzień wydania niniejszej decyzji) treści art. 81 ust. 3 Pt w brzmieniu wprowadzonym Ustawą Nowelizującą. Należy jednak mieć na uwadze, że OPL świadczyła usługę w okresie przed wprowadzeniem zmian wynikających z Ustawy Nowelizującej, dlatego też, dokonując oceny przedłożonego przez OPL Wniosku, konieczne było przyjęcie katalogu usług wchodzących w skład usługi powszechnej za okres, w którym usługi, których dotyczy Wniosek były świadczone.

Należy zatem wziąć pod uwagę, że, jak wynika z dokumentacji złożonej wraz z Wnioskiem, OPL dokonując kalkulacji kosztu netto prawidłowo kierowała się katalogiem usług wchodzących w skład usługi powszechnej, o jakich mowa była w wydanej w stosunku do OPL Decyzji Wyznaczającej, tj. usługami, o których była mowa w art. 81 ust. 3 Pt w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie Ustawy Nowelizującej, a także przepisami rkn w brzmieniu na dzień złożenia Wniosku do Prezesa UKE. Dodatkowo, zgodnie z treścią uchylonego Ustawą Nowelizującą art. 90 Pt (obowiązującego w dniu złożenia przez OPL Wniosku), OPL jako przedsiębiorca wyznaczony w kalkulacji kosztu netto przekazanej wraz z Wnioskiem ustaliła cenę poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej w oparciu o uzasadnione koszty ich świadczenia, obliczone w sposób określony w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 51 Pt, które w przedmiotowej sprawie stanowiło Rozporządzenie Kosztowe. Ponadto, Prezes UKE wydając decyzję rozważył wpływ zmiany Rozporządzenia Kosztowego na przedstawioną przez OPL kalkulację. Przepis przejściowy nie określa, czy kalkulacja kosztu netto za lata 2006 i 2007 powinna być dostosowana do zmienionego Rozporządzenia Kosztowego, ponieważ § 2 Nowelizacji Rozporządzenia Kosztowego odnosi się bezpośrednio do instrukcji lub opisów kalkulacji kosztów, nie zaś do innych dokumentów, które zostały sporządzone w oparciu o przepisy Rozporządzenia Kosztowego w brzmieniu sprzed nowelizacji (w tym wypadku kalkulacji kosztu netto).

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE dokonując oceny prawidłowości przedłożonej przez OPL kalkulacji kosztu netto, powinien uwzględnić zestaw usług wchodzących w skład usługi powszechnej, który określony został w Decyzji Wyznaczającej i na podstawie którego OPL dokonała kalkulacji kosztu netto świadczenia usługi powszechnej. Oznacza to, że Prezes UKE powinien oceniać kalkulację kosztów w zakresie wnioskowanej dopłaty w odniesieniu do tych usług, o których była mowa w Decyzji Wyznaczającej tj. usług, o których była mowa w art. 81 ust. 3 Pt w brzmieniu obowiązującym do dnia 20 stycznia 2013 r. Prezes UKE uznał zatem, że do ponownej oceny wniosku OPL o przyznanie dopłaty z tytułu kosztu netto za rok 2007 należy stosować przepisy prawa obowiązujące w dniu jego składania, nie zaś w chwili wydawania niniejszej decyzji. Zgodnie z powyższym, dokonując oceny wniosków OPL za rok 2007, Prezes UKE kierował się treścią odpowiednich przepisów Pt w brzmieniu sprzed wejścia w życie Ustawy Nowelizującej, a także brzmieniem Rozporządzenia Kosztowego, nie uwzględniającego zmian wprowadzonych Nowelizacją Rozporządzenia Kosztowego oraz uwzględniając treść rkn a nie rkn 2014.

Jak już wspomniano, zgodnie z uchylonym Ustawą Nowelizującą art. 90 Pt, przedsiębiorca wyznaczony ustala cenę poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej w oparciu o uzasadnione koszty ich świadczenia, obliczone w sposób określony w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 51 Pt, które w przedmiotowej sprawie stanowi Rozporządzenie Kosztowe.

Sposób obliczania kosztu netto określa rkn, wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 95 ust. 4 Pt. W myśl rkn, koszt netto oblicza się jako różnicę pomiędzy kosztami bezpośrednio związanymi ze świadczeniem tej usługi, których przedsiębiorca

wyznaczony nie poniósłby, a przychodami i korzyściami pośrednimi, których nie osiągnąłby – gdyby nie miał obowiązku jej świadczenia.

Wniosek o dopłatę obliczonego kosztu netto przedsiębiorca wyznaczony składa w terminie sześciu miesięcy od zakończenia roku, w którym zdaniem tego przedsiębiorcy koszt ten wystąpił (art. 96 ust. 1 Pt). Wraz z wnioskiem przedsiębiorca wyznaczony przedstawia Prezesowi UKE rachunki lub inne dokumenty zawierające dane lub informacje będące podstawą obliczenia kosztu netto. Do analizy tej dokumentacji Prezes UKE powołuje biegłego rewidenta (art. 96 ust. 2 Pt).

Prezes UKE weryfikuje koszt netto i przyznaje ustaloną kwotę lub odmawia przyznania dopłaty, w terminie sześćdziesięciu dni od dnia złożenia wniosku, zgodnie z art. 96 ust. 3 Pt. Prezes UKE odmawia przyznania dopłaty, jeżeli stwierdzi, że zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego (art. 96 ust. 4 Pt).

OPL, jako przedsiębiorca wyznaczony do świadczenia usługi powszechnej, złożyła Wniosek w terminie wskazanym w art. 96 ust. 1 Pt oraz wskazała we Wniosku, że jej zdaniem kwota kosztu netto w roku 2007 wyniosła 219 189 611,75 zł.

2 Analiza dokumentacji stanowiącej podstawę obliczania kosztu netto (art. 96 ust. 2 Pt)

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 1 ~~☒~~).

Biegły rewident, poza Opinią i Raportem, przedstawił również szczegółowe wyniki wyliczeń składowych kosztu netto w podziale na koszty, przychody i składniki korzyści pośrednich, które następnie posłużyły Prezesowi UKE do weryfikacji kosztu netto.

3 Weryfikacja kosztu netto (art. 96 ust. 3 Pt)

Analiza Dokumentacji, o której mowa we wcześniejszym fragmencie decyzji, stanowi tylko jeden z elementów składających się na weryfikację kosztu netto. Drugim elementem jest weryfikacja przeprowadzana przez samego Prezesa UKE. Słuszność powyższego potwierdza doktryna:

„Prezes URTiP weryfikuje zasadność wniosku o dopłatę. Analiza wykonana przez biegłego rewidenta stanowi jeden z dowodów stanowiących podstawę tej weryfikacji.”⁸

Zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 Pt, Prezes UKE weryfikuje zasadność wniosku o dopłatę do kosztów usług wchodzących w skład usługi powszechnej. Prezes UKE w drodze decyzji administracyjnej, przyznaje dopłatę w wysokości kosztu netto (w całości lub w części wnioskowanej kwoty), bądź odmawia przyznania dopłaty w sytuacji, gdy przeprowadzona analiza wykaże, że koszt taki nie wystąpił. Niezależnie od powyższego, Prezes UKE odmawia przyznania dopłaty, gdy zgodnie z art. 96 ust. 4 Pt po przeprowadzeniu weryfikacji kosztu netto, stwierdzi, że zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego.

W postępowaniu, na podstawie dokumentów przedstawionych przez OPL, Prezes UKE podjął wątpliwość, co do niektórych kategorii kosztów alokowanych przez OPL do usług wchodzących w skład usługi powszechnej.

Zgodnie z § 1 ust. 2 rkn:

⁸ Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 566, komentarz do art. 96 Pt.

„Koszt netto świadczenia usługi wchodzącej w skład usługi powszechnej (...) oblicza się jako różnicę pomiędzy kosztami bezpośrednio związanymi ze świadczeniem tej usługi, których przedsiębiorca wyznaczony (...) nie poniósłby, a przychodami i korzyściami pośrednimi, których nie osiągnąłby – gdyby nie miał obowiązku jej świadczenia.”

Natomiast w § 5 ust. 2 rkn wskazano, że:

„Koszty bezpośrednio związane ze świadczeniem składnika lub grupy usług obejmują wyłącznie koszty, których przedsiębiorca wyznaczony nie poniósłby, gdyby nie miał obowiązku świadczenia składnika lub grupy usług.

Z kolei według § 5 ust. 4 rkn:

„W kalkulacji kosztów bezpośrednio związanych ze świadczeniem składnika lub grupy usług uwzględnia się poniesione koszty środków trwałych, których przedsiębiorca wyznaczony mógłby uniknąć, gdyby zrezygnował ze świadczenia usług na określonych obszarach lub określonym abonentom.”

W kontekście powyższego istotne są również postanowienia § 5 ust. 3 rkn, który stanowi, iż:

„Do kalkulacji kosztów bezpośrednio związanych ze świadczeniem składnika lub grupy usług stosuje się zorientowany przyszłościowo długookresowy koszt przyrostowy określony w rozporządzeniu, o którym mowa w ust. 1.”

Zgodnie z powyższym oraz zgodnie z metodologią długookresowych kosztów przyrostowych (LRIC – ang. *Long Run Incremental Costs*), kalkulacja kosztu netto powinna uwzględniać koszty składnika lub grupy usług równe ich kosztom przyrostowym, tj. kosztom, które nie zostałyby poniesione, gdyby operator zaprzestał świadczenia danego składnika lub grupy usług.

W teorii ekonomii jednym z najistotniejszych kosztów branych pod uwagę w analizach jest tzw. koszt krańcowy (marginalny) usługi (ang. *Marginal Cost*), który wskazuje jak zmieni się koszt dostarczania usługi, gdy zwiększy się jego podaż (produkcję) o jedną jednostkę. Ze względu na krótki okres analiz, na koszt krańcowy składają się koszty zmienne dostarczania danej usługi. Odpowiednikiem powyższego w perspektywie długookresowej jest koszt przyrostowy (koszt inkrementalny; ang. *Incremental Cost*). Różnicą między powyższymi kategoriami kosztów jest rozpatrywany czas. Koszty przyrostowe usługi składają się z kosztów stałych i zmiennych, jednakże ze względu na długi horyzont czasowy analiz, koszty stałe (ujęte w kosztach marginalnych) wykazują specyfikę kosztów zmiennych. Koszt zmienny stanowi zatem koszt, który zmienia się wraz ze wzrostem wolumenu świadczonych usług, a kosztem stałym jest koszt, który pozostaje niezmienny przy zmianie wolumenu świadczonych usług.⁹

Dwie kolejne istotne kategorie kosztów, to koszty wspólne kilku usług oraz tzw. koszty ogólne przedsiębiorstwa. Powyższe ilustruje rysunek:

⁹ Zob. Gans J., King S., *TSLRIC a TELRIC – porównanie. Raport sporządzony w imieniu AAPT Ltd., Core Research Competition & Regulatory Economics, Melbourne, 23 lipca 2003, s.3-7.*

Usługi	A	B	C	D	
Koszty zmienne usługi	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	} Koszt przyrostowy usługi
Koszty stałe usługi	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	
Koszty wspólne usług	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>		
Koszty ogólne przedsiębiorstwa	<input type="checkbox"/>				

Źródło: Opracowanie własne UKE.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że koszty możliwe do uniknięcia w przypadku braku obowiązku świadczenia składnika lub grupy usług, stanowią koszty przyrostowe usługi oraz odpowiednią część kosztów wspólnych. Koszty te można również ująć jako różnicę pomiędzy kosztami świadczenia wszystkich usług a kosztami świadczenia usług z wyłączeniem danego składnika lub grupy usług *ceteris paribus*.

W związku z postanowieniami rkn przytoczonymi powyżej oraz specyfiką kategorii kosztowych metodologii LRIC, zdaniem Prezesa UKE, w kalkulacji nie mogą być ujmowane tzw. koszty ogólne, gdyż koszty te są ponoszone w związku z funkcjonowaniem całego przedsiębiorstwa, a zatem nie stanowią kosztów, które nie zostałyby poniesione, gdyby operator zaprzestał świadczenia usługi powszechnej.

OPL do oceny zyskowności poszczególnych grup abonentów, wyznaczyła koszty średnie danej usługi dla sieci telekomunikacyjnej na obszarze całego kraju. Oznacza to, że nie zostały wyznaczone koszty bezpośrednie danej usługi np. utrzymania łącza abonenckiego dla grupy abonentów planu socjalnego, tylko koszty uśrednione dla wszystkich świadczonych usług. Zdaniem Prezesa UKE, OPL powinna szczegółowo przeanalizować koszty generowane jedynie przez grupę abonentów niezyskownych.

Powyższe podważa kalkulację kosztów składnika lub grupy usług, dokonaną przez OPL na potrzeby wyznaczone wielkości kosztu netto świadczenia usługi powszechnej za rok 2007.

Należy ponadto wskazać, że OPL przeprowadzając kalkulację kosztu netto uznała, że abonentami niezyskownymi są abonenci planu tp socjalny. Z przedstawionych przez OPL danych w żaden sposób nie wynika, że wytypowana przez nią grupa abonentów niezyskownych generuje wysokie koszty ze względu np. na ich odległość od węzłów sieci telekomunikacyjnej oraz, że OPL nie poniosłaby kosztu ich utrzymania, gdyby nie miała ona obowiązku świadczenia usługi powszechnej. W związku z powyższym Prezes UKE w trakcie badania prowadzonego przez biegłego rewidenta zwrócił się z prośbą o przedstawienie dowodu, na podstawie którego możliwe byłoby zidentyfikowanie abonentów niezyskownych. Prezes UKE uznał, że takim dowodem mogłoby być:

1. oświadczenie podpisane przez Zarząd OPL we właściwej reprezentacji, w którym OPL wskaże, że natychmiast po ustaniu obowiązku świadczenia usługi powszechnej nałożonego na OPL Decyzją Wyznaczającą, OPL zaprzestanie świadczenia usługi powszechnej temu abonentowi a abonent zostanie odłączony. Identyfikacja abonentów niezyskownych zostanie dokonana w trakcie audytu w sposób pozwalający na ich identyfikację po ustaniu obowiązku lub
2. potwierdzenie przez biegłego rewidenta, że wydatki ponoszone na utrzymanie abonenta niezyskownego w ciągu roku po ustaniu obowiązku będą wyższe niż przychody z tej

linii. Wydatki mogą być estymowane wysokością kosztów operacyjnych, a wpływy - przychodami.

Z treści Raportu uzupełniającego wynika, że OPL zobowiązała się do przedłożenia oświadczenia, w którym wskazano, że OPL nie może przyjąć zobowiązania do natychmiastowego zaprzestania świadczenia usługi powszechnej. OPL powołując się na fakt, że świadczy abonentom usługi telekomunikacyjne na podstawie umów, wskazuje że nie ma możliwości zaprzestania świadczenia usługi w chwili ustania obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Rozwiązanie umowy, jak wskazała OPL może się odbyć jedynie poprzez wypowiedzenie w terminie umownym lub ustawowym. W Raporcie uzupełniającym (s. 22) wskazano ponadto, że:

”Odlączenie abonenta od sieci może nastąpić dopiero wówczas, gdy umowa zostanie skutecznie rozwiązana, a abonent nie zawrze z OPL w okresie wypowiedzenia nowej umowy na warunkach, które spowodują, że przestanie być abonentem niezyskowym”.

OPL wyraziła zgodę na podpisanie oświadczenia, zgodnie z którym OPL zobowiązuje się, że natychmiast po ustaniu obowiązku świadczenia usługi powszechnej, wystąpi do abonentów niezyskowych z propozycją zmiany umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych na warunkach, które spowodują, że abonent ten przestanie być niezyskowy.

W ocenie Prezesa UKE, OPL poza wykazaniem niezyskowości danej grupy abonentów, nie wykazała, że OPL faktycznie nie świadczyłaby im usług, gdyby nie była przedsiębiorcą wyznaczonym, co potwierdza treść Raportu uzupełniającego. W tym miejscu należy postawić pytanie: czy OPL, gdyby nie była wyznaczona do świadczenia usługi powszechnej, nie poniosłaby większości z kosztów przypisanych w kalkulacji kosztu netto? Można sobie wyobrazić, że istnieje centrala, do której podłączonych jest 100 abonentów, z czego 20 jest niezyskowych. Jakich zatem kosztów nie poniósłby przedsiębiorca wyznaczony, gdyby nie miał on obowiązku świadczenia usługi powszechnej? Jeżeli 80 ze 100 abonentów jest zyskowych, to czy operator działający w warunkach konkurencyjnych nie wybudowałby tam centrali? Zdaniem Prezesa UKE, centrala nadal by obsługiwała pozostałych abonentów do niej przyłączonych, nie można zatem twierdzić, że koszty tej centrali nie zostałyby poniesione, gdyby nie obowiązek świadczenia usługi powszechnej.

Zdaniem Prezesa UKE, analiza zyskowości abonentów wskazuje, że w przypadku zaistnienia sytuacji, w której inna grupa abonentów okazałaby się nierentowna, OPL także żądałaby dopłaty z tego tytułu. Ponadto przedstawione w Raporcie uzupełniającym wyjaśnienie OPL stanowi potwierdzenie, że pewna grupa abonentów OPL jest niezyskowa z powodu oferowania im planów taryfowych generujących wysokie koszty, a zmiana umowy może sprawić, że abonenci ci staną się zyskowni. Podejście prezentowane przez OPL wskazuje, że oferując abonentom plany taryfowe, OPL nie bierze pod uwagę ich możliwości ekonomicznych.

Co istotne, plan socjalny został wprowadzony przez OPL jako plan komercyjny, na długo przed wyznaczeniem OPL na operatora zobowiązanego do świadczenia usługi powszechnej.

W tym kontekście należy również pamiętać, że działalność przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nakierowana jest przede wszystkim na działalność detaliczną. Rozpoczynając działalność na rynku operator dokonuje inwestycji i rozbudowy sieci pod kątem świadczenia usług dla użytkowników końcowych, a nie celem realizacji innych obowiązków, które – z natury rzeczy – są nakładane ewentualnie w znacznie późniejszym terminie. Dlatego też należy mieć na uwadze fakt, że sieć telekomunikacyjna OPL budowana

i wymiarowana była przede wszystkim celem objęcia zasięgiem całego kraju oraz dostarczania usług możliwie największej liczbie użytkowników końcowych.

W związku z powyższym, jak wskazuje dokument „Alokacje kosztów procesów specjalnych (HCC na modelowe elementy sieci)” (objęty klauzulą „zastrzeżone”), znaczna ilość kategorii kosztowych wspólnych dla kilku lub wszystkich usług, została alokowana do kosztów usług powszechnych. Należy zatem stwierdzić, że niesłuszne jest wynikające z tego założenie, że OPL nie poniosłaby kosztów np. przełącznic głównych w danej lokalizacji. Koszt bezpośredni świadczenia usług abonentom niezyskowym, stanowiłaby w takim przypadku przełącznica główna dedykowana do obsługi takich abonentów, a nie przełącznicę, na której znajdują się pętle lokalne wszystkich abonentów na niej zagregowanych – nie tylko tych niezyskowych. Wynika to z faktu, że gdyby OPL nie świadczyła usługi powszechnej, to przełącznica ta nadal by tam stała, inaczej – OPL kupiłaby tę przełącznicę celem świadczenia usług abonentom do niej przyłączonych. Zatem, w ocenie Prezesa UKE, koszt ten nie powinien być alokowany do kosztu świadczenia składnika lub grupy usług i nie powinien być wykazany w koszcie netto usługi powszechnej. Jeżeli OPL wykazałaby, że na skutek braku obowiązku świadczenia usługi powszechnej, mogłaby zakupić mniejszą (przez co również tańszą) przełącznicę, to różnica w kosztach większej i mniejszej przełącznicy, byłaby kosztem, którego OPL mogłaby uniknąć, gdyby nie miała obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Powyższy przykład jest jednym z wielu, które można wskazać na podstawie alokacji zaprezentowanej przez OPL w przedmiotowym dokumencie.

Przedstawiona przez OPL kalkulacja budzi poważne wątpliwości. OPL wyznaczając grupę abonentów niezyskowych nie przeprowadziła żadnej analizy biznesowej, która potwierdziłaby, że OPL faktycznie nie świadczyłaby usług danej grupie abonentów, gdyby nie była przedsiębiorcą wyznaczonym. Co więcej, grupa abonentów jednego planu taryfowego nie jest podłączona do jednego tylko węzła komutacyjnego. W przeciwnym razie można by przypuszczać, że OPL nie wybudowałaby tego węzła, gdyby nie obowiązek usługi powszechnej. Nie istnieje jednak żaden dowód, który wskazywałby, że OPL nie wybudowałaby węzła, przy którym 10% abonentów stanowią ci niezyskowni. Można natomiast z łatwością dowodzić, iż OPL wybudowałaby taki węzeł nawet, gdyby nie świadczyła usługi powszechnej i nawet z pominięciem tych 10% abonentów, którzy są, zdaniem OPL, niezyskowni.

W związku z powyższym, zasadnym wydaje się uznanie, że przyłączenie abonentów niezyskowych wynika z faktu wykorzystywania przez OPL ekonomii skali. W swoim stanowisku KIGEiT z dnia 15 listopada 2010 r. wskazała, że OPL, podobnie jak inni operatorzy, podłącza abonentów niezyskowych celem zapewnienia wolnych zasobów infrastruktury. OPL przy decyzjach inwestycyjnych, zarówno w przeszłości jak i obecnie, sugeruje się biznesową opłacalnością inwestycji w danej lokalizacji węzła, a nie wynikiem narzuconego obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Ponadto fakt, że OPL jest zobowiązana podłączyć abonenta do sieci nie musi oznaczać, że abonent ten jest nierentowny.

Należy również mieć na uwadze, że OPL wyznaczając grupę abonentów niezyskowych nie brała pod uwagę ich położenia od węzłów sieci telekomunikacyjnej, a jedynie kierowała się kryterium niskiej opłaty abonamentowej. Wskazany przez OPL koszt netto z tytułu świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt, generowany był głównie przez niski poziom opłaty abonamentowej (w abonamencie „plan tp socjalny”). Należy uznać, że OPL nie może dowolnie kreować grupy abonentów niezyskowych, skoro nie istnieje dowód na generowanie przez nich wyższych kosztów niż pozostali abonenci oraz braku jakichkolwiek barier w dostępności danego planu taryfowego.

Prezes UKE, wydając decyzję wziął również pod uwagę kwestię podniesioną przez KIGEiT w stanowisku z dnia 15 listopada 2010 r. (s.11), tj. uwzględnienie w kalkulacji koncepcji tzw. efektywnego operatora, zgodnie z którą OPL powinna estymować koszty dla przedsiębiorstwa działającego w warunkach pełnej konkurencji. Tym samym, zdaniem KIGEiT, słuszne jest wprowadzenie koncepcji polegającej na implementacji tzw. korekt efektywności. Koncepcja miałaby polegać na ustaleniu bazy kosztów na ostatni dzień roku, za który OPL wnioskuje o dopłatę do kosztu netto, a następnie pomniejszenie tej bazy o odpowiednie koszty wynikającej z nieefektywności świadczenia usług np. topologii sieci. W związku z powyższym KIGEiT stoi na stanowisku, że konieczne jest zbadanie, czy OPL wyznaczając wartość kosztu netto dokonała korekt efektywności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE przeanalizował dokumenty złożone przez OPL wraz z Wnioskiem. Z informacji przedstawionych przez OPL w ramach niniejszego postępowania wynika, że OPL dokonując kalkulacji kosztu netto bazowała m.in. na opisie „Kalkulacji kosztów usług wchodzących w skład usługi powszechnej świadczonych przez Telekomunikację Polską S.A.” za rok 2007, stanowiącym załącznik do Wniosku. Tym samym OPL, dokonując kalkulacji kosztu netto, kierowała się zawartą w tym opisie definicją operatora efektywnego.

Jednocześnie Prezes UKE przeanalizował wyjaśnienia złożone przez biegłego rewidenta w Raporcie uzupełniającym, w którym biegły rewident wskazuje na korekty efektywności dokonane przez OPL w trakcie kalkulacji. Biegły rewident w Raporcie uzupełniającym wyszczególnił obszary działalności, dla których przeprowadzone zostały korekty mające wpływ na efektywność działania operatora:

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 2~~☒~~).

Ponadto, jak wykazała Analiza Dokumentacji, (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 3 ~~☒~~).

W związku z powyższym, Prezes UKE uznał, że wskazana przez OPL wartość dopłaty została wyznaczona w sposób nieprawidłowy. Dokonując weryfikacji kosztu netto, Prezes UKE brał pod uwagę zastrzeżenia wskazane powyżej, jak również uwagi wskazane w dokumentach przekazanych Prezesowi UKE przez biegłego rewidenta. Wartości liczbowe stanowiące wartość kosztów, przychodów i korzyści pośrednich Prezes UKE wyznaczył w oparciu o dane liczbowe zawarte w Raporcie. Wyniki weryfikacji, przeprowadzonej przez Prezesa UKE, przedstawiono poniżej.

3.1 Przychody i koszty świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt

Zgodnie z § 3 pkt 1-2 rkn, przedsiębiorca wyznaczony oblicza koszt netto odrębnie dla grupy usług świadczonych na obszarze nierentownym i odrębnie dla grupy usług świadczonych niezyskowym abonentom. Z brzmienia § 3 rkn wynika, że grupa usług, o której mowa w pkt 1 i 2, składa się z usług określonych w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 ustawy Pt i stanowi:

1. przyłączenie pojedynczego zakończenia sieci w głównej lokalizacji abonenta z wyłączeniem sieci cyfrowej z integracją usług,
2. utrzymanie łącza abonenckiego z zakończeniem sieci w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych,
3. połączenia telefoniczne krajowe, międzynarodowe, w tym do sieci ruchomych, obejmujące także zapewnienie transmisji dla faksu oraz transmisji danych, w tym połączenia do sieci Internet.

Biorąc pod uwagę powyższy zakres usług telekomunikacyjnych, definicja obszaru nierentownego określona została w § 2 pkt 5 lit. a rkn, a jest nim:

„obszar nie mniejszy niż obszar obsługiwany przez centralę lokalną, dla którego różnica pomiędzy kosztami bezpośrednio związanymi ze świadczeniem tych usług a przychodami z ich świadczenia przyjmuje wartość dodatnią”.

Na tej podstawie OPL zdefiniowała i przeanalizowała 49 obszarów odpowiadającym strefom numeracyjnym.¹⁰ W tym miejscu należy wskazać na Opinię SP, która stwierdza, że wybór tak dużego obszaru, którego OPL nie obsługiwałaby, gdyby nie miała obowiązku świadczenia usługi powszechnej, wymaga szerszego uzasadnienia¹¹, w przypadku stwierdzenia nierentowności co najmniej jednego ze zdefiniowanych obszarów. W wyniku powyższej analizy, OPL nie zidentyfikowała obszarów nierentownych, wobec czego, na wskazanym etapie analiz koszt netto nie występuje. Powyższe implikuje przeprowadzenie dalszych analiz, mających na celu określenie niezyskowych abonentów.

Definicja niezyskowego abonenta ujęta została w § 2 pkt 4 rkn, który wskazuje, iż jest to abonent:

„(...) na obszarze rentownym, któremu przedsiębiorca wyznaczony nie świadczyłby usług telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 ustawy, gdyby nie miał obowiązku ich świadczenia”.

W nawiązaniu do powyższej definicji niezyskowego abonenta, OPL objęła analizą rentowności grupy abonentów na obszarze rentownym, stanowiące użytkowników detalicznych (indywidualnych i biznesowych) planów taryfowych świadczonych przez OPL w 2007 r.

W trakcie weryfikacji przedstawionej analizy, Prezes UKE powziął wątpliwość, co do spójności Opisu kkn z analizą przedstawioną w tym dokumencie. Mianowicie na s. 37 Opisu kkn, OPL wskazała, że:

„(...) z przeprowadzonej analizy wyłączeni będą abonenci biznesowi, gdyż tym abonentom OPL nie zaprzestałaby świadczenia usług, gdyby nie miała obowiązku świadczenia usługi jako operator wyznaczony”.

Niemniej jednak, w tabeli na s. 40-43 OPL dokonała analizy grup abonentów biznesowych (np. plan „sekundowy TP biznes” czy „Plan sekundowy TP Biznes Jedna stawka”).

Zdaniem Prezesa UKE, analizie rentowności powinny być poddani wszyscy abonenci, zarówno indywidualni, jak również biznesowi. Wynika to m.in. z faktu wskazania w art. 81 ust. 1 Pt, iż:

„Zestaw usług telekomunikacyjnych, jakie powinny być dostępne dla wszystkich użytkowników stacjonarnych publicznych sieci telefonicznych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z zachowaniem wymaganej jakości i po przystępnej cenie, stanowi usługę powszechną.”

W świetle powyższego, klienci biznesowi nie zostali wykluczeni z obowiązku dostarczania im usługi powszechnej. Tym samym, Prezes UKE uznał za niezasadne wyeliminowanie klientów biznesowych z prowadzonych przez OPL analiz zyskowości abonentów (o ile eliminacja taka faktycznie miała miejsce). W tym kontekście, jak również dla celów dalszej weryfikacji kosztu netto, Prezes UKE stoi na stanowisku, że wszelkie analizy, obliczenia

¹⁰ Opis kkn, s. 22.

¹¹ Opinia SP, s. 2.

i wnioskowanie, powinny dotyczyć wszystkich użytkowników sieci OPL, którym świadczone są usługi telekomunikacyjne wchodzące w skład usługi powszechnej.

Powyższe potwierdził biegły rewident, który w Raporcie uzupełniającym wskazał, że OPL popełniła błędy w zakresie prawidłowości i spójności zastosowanych szczegółowych rozwiązań z ogólnymi zasadami kalkulacji kosztów usług według metodologii zorientowanych przyszłościowo długookresowych kosztów przyrostowych, w szczególności dotyczące wyznaczenia kosztów obowiązku świadczenia usług powszechnych abonentom niezyskownym. W wersji przed korektami kalkulacji składowych kosztu netto OPL zdefiniowała abonentów niezyskownych jako tylko tych, którzy korzystają z planu tp socjalny. Zgodnie ze wskazówkami biegłego rewidenta, OPL dokonała korekty podejścia w zakresie wyznaczania abonentów niezyskownych, która polegała na odniesieniu się do „grupy niezyskownych abonentów telefonicznych podłączonych do węzła sieci telekomunikacyjnej dla których Spółka wykazywała ujemny bilans przychodów i kosztów za dany rok”¹².

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE uznał, że przedstawione przez OPL wartości przychodów i kosztów związanych ze świadczeniem usług o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt zostały wyznaczone w sposób nieprawidłowy. W związku z tym do kalkulacji wysokości kosztu netto Prezes UKE przyjął wartości kosztów i przychodów wskazane w Raporcie. Biegły rewident ustalił, że koszt świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt, (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 4 ~~☒~~).

3.2 Koszty i przychody świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt – Ogólnokrajowe Biuro Numerów i Ogólnokrajowy Spis Abonentów

Zgodnie z art. 103 ust. 1 i 2 Pt:

„1. Przedsiębiorca wyznaczony, który obsługuje największą liczbę łączy abonenckich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest obowiązany do świadczenia wszystkim użytkownikom publicznych sieci telefonicznych, w tym użytkownikom aparatów publicznych, usługi ogólnokrajowego spisu abonentów i usługi ogólnokrajowej informacji o numerach telefonicznych.

2. Prezes UKE wyznacza, w drodze decyzji, przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, o którym mowa w ust. 1, i określa szczegółowe warunki świadczenia usługi ogólnokrajowego spisu abonentów i usługi ogólnokrajowej informacji o numerach telefonicznych, w tym dane dotyczące formy oraz zakresu świadczenia tych usług, a także stopnia szczegółowości danych abonentów, które będą objęte spisem i usługą informacji o numerach telefonicznych.”

Warunki, o których mowa w ust. 2 powyżej, Prezes UKE określił w decyzji z dnia 14 lipca 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-2/06(8) zmienionej w części decyzjami z dnia 25 września 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-2/06(16) oraz z dnia 12 listopada 2007 r. nr DRTD-WUD-6070-2/06(64). Z powyższych decyzji, w zakresie usługi OBN, wynikają m.in. następujące warunki jej świadczenia:

- usługa powinna być świadczona w sposób ciągły (nieprzerwany) tj. powinna być dostępna 24 godziny przez 7 dni w tygodniu (pkt 2.4. sentencji w/w decyzji),
- jedyną informacją, jaka powinna być udzielana użytkownikowi publicznej sieci telefonicznej, w tym użytkownikowi aparatów publicznych, są numery telefoniczne

¹² Raport uzupełniający, s. 12.

abonenta, pod warunkiem przekazania przez użytkownika danych osobowych pozwalających na jego identyfikację (pkt 2.5. sentencji w/w decyzji),

- usługa jest świadczona przy wykorzystaniu jednego numeru dostępowego i powinna być dostępna ze wszystkich publicznych sieci telefonicznych (pkt 2.8. sentencji w/w decyzji),
- realizacja usługi powinna być poprzedzana każdorazowo informacją głosową o wysokości opłaty za połączenie; za czas udzielenia tej informacji OPL nie powinna pobierać opłat (pkt 2.9. sentencji w/w decyzji),
- usługa powinna być dostępna użytkownikom wszystkich publicznych sieci telefonicznych za taką samą opłatą (pkt 2.11. sentencji w/w decyzji).

Część powyższych warunków stanowi ich przeniesienie z § 3 ust. 1-3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 marca 2005 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących świadczenia usługi powszechnej oraz wymagań dotyczących świadczenia usługi szerokopasmowego dostępu do Internetu dla jednostek uprawnionych (Dz. U. Nr 69, poz. 592, dalej „rsw”) do decyzji Prezesa UKE.

W zakresie usługi OSA, powyższe decyzje określiły m.in. następujące warunki jej świadczenia:

- usługa powinna być świadczona w formie drukowanej i elektronicznej (pkt 3.2.2. sentencji w/w decyzji),
- każdy użytkownik publicznej sieci telefonicznej ma prawo do otrzymania ogólnokrajowego spisu abonentów w formie drukowanej, na nośnikach elektronicznych lub w obu formach po cenie opartej na kosztach lub bezpłatnie w przypadku przyjęcia modelu finansowania, o którym mowa w pkt 3.7. (pkt 3.6.1. sentencji w/w decyzji),
- do ogólnokrajowego spisu abonentów w formie drukowanej i elektronicznej mogą być dołączane części zawierające komercyjny spis instytucji oraz przedsiębiorców i innych jednostek nie będących osobami fizycznymi; część taka powinna być wyraźnie oddzielona od części dotyczącej niekomercyjnych spisów abonentów. Część niekomercyjna jest pierwszą w kolejności częścią ogólnokrajowego spisu abonentów. W przypadku dołączania do spisu części komercyjnej, ogólnokrajowy spis abonentów jest finansowany z części komercyjnej i jest bezpłatny (pkt 3.7. sentencji w/w decyzji).

Ponadto, § 4 rsw stanowi, że spis abonentów powinien być udostępniany przez przedsiębiorcę wyznaczonego na żądanie użytkownika końcowego w placówce obsługującej użytkowników przedsiębiorcy wyznaczonego, co także zostało wskazane w przedmiotowych decyzjach Prezesa UKE.

W Opisie kkn OPL wskazała, że wartość przychodów alokowanych do usługi OBN oraz OSA wynosi (☞ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 5** ☞).

3.3 Koszty i przychody świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 5 Pt – udogodnienia dla niepełnosprawnych

Na mocy art. 89 Pt:

„Przedsiębiorca wyznaczony jest obowiązany zapewnić osobom niepełnosprawnym dostęp do świadczonej przez siebie usługi powszechnej przez oferowanie:

- 1) *urządzeń końcowych przystosowanych do używania przez osoby niepełnosprawne, jeżeli używanie takiego urządzenia jest niezbędne do zapewnienia im dostępu do usługi powszechnej,*
- 2) *udogodnień ułatwiających osobom niepełnosprawnym korzystanie z usługi powszechnej.”*

Konkretyzacja wymagań dotyczących świadczenia przez przedsiębiorcę wyznaczonego udogodnień dla osób niepełnosprawnych, zawarta została w § 5 i § 6 rsw. Zakres przystosowania urządzenia końcowego oraz aparatu publicznego określają Załącznik nr 4 i Załącznik nr 5 do rsw.

Jak wskazała OPL w Opisie kkn, (~~☒~~ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 6** ~~☒~~).

W opisie kkn OPL wskazała, że koszty związane z realizacją udogodnień dla osób niepełnosprawnych wynoszą (~~☒~~ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 7** ~~☒~~). Prezes UKE uznał, że wartości kosztów i przychodów przypisane do usługi, o której mowa w art. 81 ust 3 pkt 5 Pt, zostały wyznaczone przez OPL w sposób prawidłowy, w związku z tym wyznaczając wartość kosztu netto Prezes UKE przyjął, obie wartości w wysokości wskazanej we Wniosku.

3.4 Koszty i przychody świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 6 Pt – publiczne aparaty samoinkasujące (PAS)

Rkn definiuje nierentowne aparaty publiczne jako:

„aparat publiczny zlokalizowany na obszarze nierentownym, w tym aparat publiczny przystosowany dla osób niepełnosprawnych” (§ 2 pkt 3 rkn).

W kontekście świadczenia usług za pomocą PAS zastosowanie znajduje również § 2 pkt 5 lit. b rkn, który mówi, że pod pojęciem obszaru nierentownego należy rozumieć:

„(...) gminę, w której różnica pomiędzy kosztami bezpośrednio związanymi ze świadczeniem tej usługi a przychodami z jej świadczenia przyjmuje wartość dodatnią”.

Istotny dla kalkulacji kosztu netto z tytułu świadczenia usług za pomocą PAS jest także § 8, który wskazuje, że koszt ten oblicza się dla minimalnej liczby aparatów publicznych, dla której przyjmuje się średni koszt netto wszystkich aparatów publicznych zainstalowanych przez przedsiębiorcę wyznaczonego w danej gminie. Minimalna liczba aparatów publicznych określona została decyzją Prezesa UKE z dnia 15 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-3/06(6) i jest to jeden aparat publiczny na 950 mieszkańców, w tym 1 aparat publiczny przystosowany dla osób niepełnosprawnych na 2 tys. mieszkańców – na obszarze poszczególnych gmin.

Założenia i metodologię przyjęte przez OPL do obliczenia kosztu netto z tego tytułu, wskazuje Opis kkn (s. 47-52), natomiast szczegółowe dane zawarte są w Danych PAS.

Zgodnie z Opiszem kkn, (~~☒~~ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 8** ~~☒~~).

W związku z tym, że wartości wskazane przez OPL we Wniosku różniły się od wartości przedstawionych przez biegłego rewidenta, Prezes UKE uznał, że wartości przychodów i kosztów związanych ze świadczeniem usług z wykorzystaniem PAS, zostały wyznaczone przez OPL w sposób nieprawidłowy. Prezes UKE przyjął do kalkulacji kosztu netto wartości wskazane przez biegłego rewidenta w Raporcie (uznając je za wartości

wiarygodne), tj. wartość kosztów przypisanych do usługi PAS w wysokości (~~☒~~ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 9** ~~☒~~).

4 Korzyści pośrednie

W kalkulacji kosztu netto, poza kosztami świadczenia usług wchodzących w skład usługi powszechnej oraz osiąganymi z nich przychodami, kalkuluje się również korzyści pośrednie osiąmane przez przedsiębiorcę wyznaczonego. Zgodnie z § 7 ust. 1 rkn:

„Korzyści pośrednie ustala się, szacując korzyści niematerialne związane ze świadczeniem składnika lub grupy usług, które uzyskuje lub może uzyskać przedsiębiorca telekomunikacyjny z tytułu pozycji przedsiębiorcy wyznaczonego”.

W § 7 ust. 2 rkn wskazane są korzyści pośrednie, które przedsiębiorca wyznaczony powinien uwzględnić w kalkulacji kosztu netto i stanowią one:

- znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego,
- reputację przedsiębiorcy wyznaczonego,
- efekt wszechobecności,
- efekt „cyklu życia”,
- dostęp do danych o abonentach oraz
- dodatkowe możliwości reklamy.

Informacje dotyczące kalkulacji korzyści pośrednich wyznaczonych przez OPL znajdują się w Opisie kkn (s. 53-67) i zostały poddane zarówno badaniu przez biegłego rewidenta, jak i weryfikacji przez Prezesa UKE.

Prezes UKE, wyznaczając wartość korzyści pośrednich, brał pod uwagę zmiany, jakie w kalkulacji OPL spowodowało wprowadzenie korekt zalecanych przez biegłego rewidenta. W przypadku kalkulacji korzyści pośrednich Prezes UKE uwzględnił wpływ korekty w zakresie wyznaczenia abonentów niezyskowych oraz liczby nierentownych aparatów publicznych¹³.

Z uwagi na fakt, iż korzyści pośrednie są trudne do oszacowania ze względu na swą niematerialność, brak „najlepszych praktyk” oraz ograniczony dostęp do informacji niezbędnych do ich obliczenia, Prezes UKE przy weryfikacji skalkulowanych przez OPL korzyści pośrednich na potrzeby kalkulacji kosztu netto usługi powszechnej korzystał z informacji zawartych w dokumencie „Opracowanie Korzyści Pośrednich”. Opracowanie to zawiera zarówno przegląd praktyk stosowanych w krajach Unii Europejskiej, jak również proponowaną metodologię szacowania korzyści pośrednich.

4.1 Znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego oraz poprawa reputacji

Zgodnie z rkn, znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego mierzona jest kosztami jego kampanii promocyjnych i reklamowych, które nie dotyczą konkretnego składnika lub grupy usług, ale związane są z jego firmą, logo lub wizerunkiem.

Kalkulacja zaprezentowana przez OPL polega na (~~☒~~ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 10** ~~☒~~).

Na skutek zaistniałych ze strony Prezesa UKE wątpliwości dotyczących niektórych ze wskaźników przyjętych do kalkulacji przedstawionej przez OPL, Prezes UKE skierował

¹³ Raport uzupełniający, s. 2-6.

do OPL w Piątym Wezwaniu prośbę o wskazanie szczegółowych zestawień liczbowych wraz z opisem sposobu wyznaczenia udziału budżetu marketingowego przeznaczanego na reklamę ogólną oraz udział tego budżetu przypadający na wydatki dla klientów indywidualnych. Informacje takie OPL przedstawiła w Piątym Wyjaśnieniach, co stanowi uszczegółowienie informacji zawartych w Opisie kkn.

Na skutek dokonanych obliczeń, OPL oszacowała wartość korzyści pośredniej z tytułu znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego, na poziomie (⌘ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 11** ⌘).

Dokonując weryfikacji metodologii wyznaczenia przez OPL korzyści pośredniej z tytułu znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego, Prezes UKE wskazuje, że – tak jak zostało to wspomniane wcześniej – Prezes UKE nie znajduje uzasadnienia dla eliminacji z prowadzonych analiz oraz kalkulacji kosztu netto (w tym przypadku konkretnie kalkulacji korzyści pośrednich), dla eliminowania z nich abonentów planów biznesowych. Twierdzenie to jest o tyle słuszne, że w przypadku, gdyby wszystkie analizowane obszary były rentowne a wszyscy abonenci byli zyskowni, to OPL – mimo braku kosztu netto z tytułu świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt – i tak odnosiłaby korzyści pośrednie, związane ze świadczeniem usług.

Z tego też względu, zdaniem Prezesa UKE wydzielenie z marketingu ogólnego innych kategorii marketingu, a następnie na tej podstawie wyznaczanie wartości znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego, nie jest zasadne. Powyższe wynika z braku podstaw nieuwzględniania klientów biznesowych w analizach i szacunkach OPL, a także zapisów samego rkn. Jak wskazuje bowiem rkn, znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego kwantyfikowana jest po prostu kosztami marketingu ogólnego. Rkn nie wspomina o szacowaniu kosztów marketingu w odniesieniu do konkretnej grupy abonentów, czy też w kontekście zaprzestania świadczenia usługi. Zdaniem Prezesa UKE, postanowienia rkn jednoznacznie odnoszą się do miary znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego, jaką są koszty marketingu ogólnego. Powyższą interpretację potwierdza także dokument „Opracowanie Korzyści Pośrednich” (s. 25).

W związku z powyższym wartość korzyści pośrednich wynikająca ze znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego została wyznaczona w wysokości budżetu marketingowego OPL przypadającego na reklamę ogólną (⌘ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 12** ⌘).

Z kolei poprawa reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego rozumiana jest jako większa lojalność abonentów pozostających na obszarze rentownym (§ 7 ust. 2 pkt 2 rkn).

OPL prezentuje analizę, (⌘ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 13** ⌘).

Prezes UKE w niniejszym postępowaniu, po przeprowadzeniu szczegółowej analizy powyższej korzyści pośredniej, uznał, że jest ona silnie skorelowana z korzyścią pośrednią z tytułu znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego, co potwierdza również „Opracowanie Korzyści Pośrednich” (s. 31). Dodatkowo opracowanie to wskazuje, że w żadnym z analizowanych krajów UE (m. in. Austria, Belgia, Francja, Hiszpania, Wielka Brytania i Włochy), w których dokonano kwantyfikacji korzyści pośrednich, nie wyznaczono odrębnie wartości korzyści z tytułu poprawy reputacji (wyjątek stanowi Belgia). Co więcej, jak wskazuje „Opracowanie Korzyści Pośrednich” (s. 31) wyznaczenie obu w/w wartości mogłoby prowadzić do podwójnego naliczenia tych samych korzyści w kalkulacji kosztu netto.

W związku z tym, że wartość korzyści pośrednich wynikających z poprawy reputacji przekracza wartość korzyści pośrednich wynikających ze znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego, do kalkulacji korzyści pośrednich przyjęta została jedynie wartość korzyści pośrednich z tytułu poprawy reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego, wyznaczona przez Prezesa UKE w wysokości (☒ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 14 ☒**).

4.2 Efekt wszechobecności

Efekt wszechobecności związany jest z lojalnością abonenta przedsiębiorcy wyznaczonego, który zmieniając miejsce zamieszkania lub siedzibę z obszaru nierentownego na rentowny, nadal pozostaje abonentem przedsiębiorcy wyznaczonego, mimo występowania w nowej lokalizacji konkurencyjnej oferty innego przedsiębiorcy wyznaczonego (§ 7 ust. 2 pkt 3 rkn).

Z Opisu kkn pośrednio wynika, że (☒ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 15 ☒**).

4.3 Efekt „cyklu życia”

Rkn wskazuje, że efekt cyklu życia oznacza poprawę zyskowności niezyskowych abonentów lub rentowności obszarów nierentowych i nierentownych aparatów publicznych (§ 7 ust. 2 pkt 4). W kontekście analiz przedstawionych przez OPL w Opisie kkn, Prezes UKE uznał, że brak nierentownych obszarów skutkuje brakiem występowania korzyści pośredniej związanej z efektem „cyklu życia” w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do poprawy rentowności aparatów publicznych należy wskazać, iż OPL w Opisie kkn (s. 59) wskazała, że (☒ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 16 ☒**).

Kolejną kwestią jest poprawa rentowności abonentów niezyskowych. Analizując przedmiotową korzyść pośrednią, Prezes UKE podzielił stanowisko prezentowane w „Opracowaniu Korzyści Pośrednich”, które wskazuje, że:

„(...) dla celów wyznaczenia korzyści pośrednich z tytułu cyklu życia, operator wyznaczony powinien zsumować korzyści, jakie uzyskuje z linii stających się rentownymi dla tej ich części, która odpowiada swoją wielkością dodatkowej liczbie abonentów, którzy w momencie osiągnięcia rentowności pozostają w Telekomunikacji Polskiej, a którzy wybraliby ofertę operatora alternatywnego, gdyby nie korzystali oni wcześniej z usługi powszechnej oferowanej przez Telekomunikację Polską oraz korzyści związane z wcześniejszym przyłączeniem abonentów nierentownych”¹⁴.

Wyznaczenie wartości korzyści pośredniej z tytułu „cyklu życia” zaprezentowany przez OPL w Opisie kkn (s. 58-59), można sprowadzić do następującego wzoru:

(☒ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 17 ☒**).

Prezes UKE podzielił argumentację przedstawioną w „Opracowaniu Korzyści Pośrednich”, z której wynika, że dla celów wyznaczenia korzyści pośrednich z tytułu „cyklu życia”, należy zsumować korzyści, jakie operator wyznaczony uzyskuje z linii stających się rentownymi dla tej ich części, która odpowiada swoją wielkością dodatkowej liczbie abonentów, którzy wybraliby ofertę operatora alternatywnego, gdyby nie korzystali oni wcześniej z usługi powszechnej oferowanej przez OPL (X) oraz korzyści pośrednich związanych z wcześniejszym przyłączeniem abonentów nierentownych (K).

¹⁴ Opracowanie Korzyści Pośrednich, s. 33.

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 18 ~~☒~~).

4.4 Dostęp do informacji o abonentach

Zgodnie z rkn, przedsiębiorca wyznaczony osiąga korzyść pośrednią z tytułu dostępu do danych o abonentach, przejawiającego się lepszym zrozumieniem i przewidywaniem trendów rynkowych oraz lepszym wykorzystaniem kanałów dystrybucji przy sprzedaży innych usług.

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 19 ~~☒~~).

Prezes UKE wyznaczając wartość korzyści pośrednich wynikających z dostępu do informacji o abonentach wykorzystał następujący wzór wskazany w „Opracowaniu Korzyści Pośrednich” (s. 36) (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 20 ~~☒~~).

4.5 Dodatkowe możliwości reklamy

Rkn wskazuje, że dodatkowe możliwości reklamy przedsiębiorcy wyznaczonego dotyczą aparatów publicznych, kart telefonicznych oraz dostarczania reklam z rachunkami telefonicznymi (§ 7 ust. 2 pkt 6).

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 21 ~~☒~~).

W zakresie reklam na kartach telefonicznych, (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 22 ~~☒~~).

Podobnie w zakresie dodatkowej możliwości reklamy, związanej z reklamą dołączaną do rachunku telefonicznego, Prezes UKE, (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 23 ~~☒~~).

W wyniku powyższych korekt ustalona sumaryczna wartość korzyści pośrednich z tytułu dodatkowych możliwości reklam za rok 2007 wyniosła (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 24 ~~☒~~).

5 Wartość kosztu netto wyznaczona przez Prezesa UKE na podstawie art. 96 ust. 3 Pt

Zestawienie zweryfikowanego kosztu netto oraz osiągniętych przez OPL korzyści pośrednich przedstawiają poniższe tabele.

Tabela nr 1. Zweryfikowany koszt netto usługi powszechnej świadczonej przez OPL w 2007 r.

Składnik usługi powszechnej	Wysokość kosztu netto wg OPL (bez uwzględnienia korzyści pośrednich)	Wysokość kosztu netto zweryfikowana przez Prezesa UKE (bez uwzględnienia korzyści pośrednich)
Usługa przyłączenia, utrzymania łączy oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt)		
OBN i OSA(art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt)		
Udogodnienia dla niepełnosprawnych (art. 81 ust. 3 pkt 5 Pt)		
Publiczne aparaty samoinkasujące (art. 81 ust. 1 pkt 6 Pt)		
Suma		

Źródło: Opracowanie własne UKE.

Tabela nr 2. Wartość korzyści pośrednich uzyskanych przez OPL z tytułu świadczenia usługi powszechnej w roku 2007

Korzyść pośrednia	Wartość korzyści pośrednich wyznaczonych przez OPL	Wartość korzyści pośrednich wyznaczonych przez Prezesa UKE
Znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego		
Poprawa reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego		
Efekt „cyklu życia”, w tym: - niezyskowni abonenci - obszary nierentowne - aparaty publiczne		
Wszechobecność		
Dostęp do informacji o abonentach		
Dodatkowe możliwości reklamy, w tym: - reklama na aparatach publicznych - reklama na kartach telefonicznych - reklama dostarczana z rachunkiem telefonicznym		
Suma		

Źródło: Opracowanie własne UKE.

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 25 ~~☒~~.)

Dokonując przypisania poszczególnych korzyści pośrednich do poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej Prezes UKE kierował się następującym kluczem alokacji.

Należy wskazać, że rkn nie precyzuje sposobu alokacji poszczególnych korzyści pośrednich przy wyznaczaniu kosztu netto dla każdej z usług osobno. Ponadto także w przypadku korzyści pośrednich związanych z zagadnieniami ogólnymi, takimi jak np. rozpoznawalność marki, bardzo trudno jest dokonać ich bezpośredniego przypisania do konkretnej usługi bez pewnej uznaniowości. Sama konieczność alokacji poszczególnych korzyści pośrednich do poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej wynika natomiast z tego, iż zgodnie z rkn koszt netto oblicza się dla każdej z usług (grupy usług) odrębnie.

Trudność zastosowania odpowiedniego klucza alokacji pojawia się zwłaszcza w przypadku korzyści pośredniej związanej ze znajomością przedsiębiorcy wyznaczonego. Korzyść ta mogłaby być przypisana do każdej z usług wchodzących w skład usługi powszechnej, jako wartość skalkulowana w wysokości reklamy wizerunkowej. Niemniej jednak, w opinii Prezesa UKE arbitralne przydzielenie korzyści pośredniej z tytułu znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego niesie za sobą ryzyko przyjęcia błędnych alokacji, które mogą zniekształcać wynik poszczególnych komponentów lub grup usług.

Zatem aby uniknąć powyższych nieprawidłowości, a w szczególności podwójnego naliczania korzyści pośrednich, Prezes UKE wyznaczając wysokość dopłaty za usługę PAS wziął pod uwagę tylko te korzyści pośrednie, które są ściśle związane ze świadczeniem usługi PAS i mogą jednoznacznie zostać do niej przypisane.

Prezes UKE przeliczył wartość kosztu netto przypisanego do usługi PAS stanowiącego różnicę między kosztami i przychodami związanymi ze świadczeniem tej usługi, oraz wartością korzyści pośrednich związanych z usługą PAS, tj. korzyści pośrednich

wynikających z reklamy na aparatach samoinkasujących oraz reklamy na kartach telefonicznych.

W przypadku usługi OBN nie wystąpiły żadne korzyści pośrednie. Jak wynika z kalkulacji kosztu netto przedstawionej przez OPL w przypadku tej usługi OPL nie zidentyfikowała żadnych korzyści pośrednich. Prezes UKE przyznał zatem dopłatę za usługę OBN w wysokości bezpośredniej wysokości kosztu netto nie pomniejszonego o wartość korzyści pośrednich.

Jeśli chodzi o pozostałe korzyści pośrednie, w ocenie Prezesa UKE związane są one z zagadnieniami ogólnymi takimi jak rozpoznawalność czy wszechobecność co powoduje, iż niemożliwe jest dokonanie ich przypisania bez pewnej uznaniowości. W ocenie Prezesa UKE każda z korzyści pośrednich zawiera w sobie element związany z promocją, marketingiem reklamą przedsiębiorcy wyznaczonego. Jak zostało nadmienione powyżej przypisanie korzyści pośredniej, tj. Reklama na aparatach publicznych, Reklama na kartach telefonicznych, Reklama dostarczana z rachunkiem, ale także efekt cyklu życia czy dostęp do informacji o abonentach jest możliwe na zasadzie identyfikacji prostego związku przyczynowego pomiędzy tymi korzyściami i składnikami USO. W przypadku rozpoznawalności czy wszechobecności dokonanie przypisania korzyści na analogicznej zasadzie nie jest możliwe, aby uniknąć podwójnego zaliczenia korzyści powiązanych z reklamą Prezes UKE za najbardziej poprawne rozwiązanie uznał przypisanie tych korzyści do podstawowych usług (oferowanych abonentom), o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt. Sposób przypisania korzyści pośrednich obrazują tabele.

Tabela nr 3. Przypisanie korzyści pośrednich do poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej zostało przedstawione w tabeli (procentowo):

Składniki USO	Korzyści pośrednie	Przypisanie korzyści - 2007
Usługa przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt)	Znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego oraz Poprawa reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego	100%
	Efekt „cyklu życia”	100%
	Dostęp do informacji o abonentach	100%
	Reklama na aparatach publicznych	-
	Reklama na kartach telefonicznych	-
	Reklama dostarczana z rachunkiem	100%
OBN i OSA (art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt)	Znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego oraz Poprawa reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego	-
	Efekt „cyklu życia”	-
	Dostęp do informacji o abonentach	-
	Reklama na aparatach publicznych	-
	Reklama na kartach telefonicznych	-
	Reklama dostarczana z rachunkiem	-
Publiczne aparaty samoinkasujące (art. 81 ust. 1 pkt 6 Pt)	Znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego oraz Poprawa reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego	-
	Efekt „cyklu życia”	-
	Dostęp do informacji o abonentach	-
	Reklama na aparatach publicznych	100%
	Reklama na kartach telefonicznych	100%
	Reklama dostarczana z rachunkiem	-

Źródło: Opracowanie własne UKE.

Natomiast w ujęciu kwotowym alokację poszczególnych korzyści pośrednich do poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej obrazuje poniższa tabela:

Tabela nr 4. Przepisanie korzyści pośrednich do poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej zostało przedstawione w tabeli (kwotowo):

Składniki USO	Korzyści pośrednie	Przypisanie korzyści - 2007
Usługa przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt)	Znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego oraz Poprawa reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego	
	Efekt „cyklu życia”	
	Dostęp do informacji o abonentach	
	Reklama na aparatach publicznych	n/d
	Reklama na kartach telefonicznych	n/d
	Reklama dostarczana z rachunkiem	
OBN i OSA (art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt)	Znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego oraz Poprawa reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego	n/d
	Efekt „cyklu życia”	n/d
	Dostęp do informacji o abonentach	n/d
	Reklama na aparatach publicznych	n/d
	Reklama na kartach telefonicznych	n/d
	Reklama dostarczana z rachunkiem	n/d
Publiczne aparaty samoinkasujące (art. 81 ust. 1 pkt 6 Pt)	Znajomość przedsiębiorcy wyznaczonego oraz Poprawa reputacji przedsiębiorcy wyznaczonego	n/d
	Efekt „cyklu życia”	n/d
	Dostęp do informacji o abonentach	n/d
	Reklama na aparatach publicznych	
	Reklama na kartach telefonicznych	
	Reklama dostarczana z rachunkiem	n/d

Źródło: Opracowanie własne UKE.

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 26 ~~☒~~.)

Po uwzględnieniu wyżej opisanej alokacji korzyści pośrednich do poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej wysokość kosztu netto zweryfikowanego przez Prezesa UKE z uwzględnieniem odpowiednio alokowanych korzyści pośrednich przedstawia się następująco:

Tabela nr 5. Wysokość dopłaty po uwzględnieniu korzyści pośrednich z pominięciem usługi o charakterze czysto komercyjnym

Składnik usługi powszechnej	Wysokość kosztu netto po uwzględnieniu korzyści pośrednich
OBN i OSA (art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt)	11 529 324,00 zł
Publiczne aparaty samoinkasujące (art. 81 ust. 1 pkt 6 Pt)	35 736 835,32 zł
Suma	47 266 159,32 zł

Źródło: Opracowanie własne UKE.

6 Ocena, czy zweryfikowany koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie OPL (art. 96 ust. 4 Pt)

6.1 Wykładnia art. 96 ust. 4 Pt

Zgodnie z art. 96 ust. 4 Pt, Prezes UKE odmawia przyznania dopłaty, jeżeli stwierdzi, że zweryfikowany koszt netto nie stanowi nieuzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego. Ustalenie przez Prezesa UKE kosztu netto nie jest zatem jednoznaczne

z przyznaniem dopłaty przedsiębiorcy wyznaczonemu, lecz stanowi dopiero punkt wyjścia do dokonania kolejnej oceny przez Prezesa UKE, czy zweryfikowany koszt netto stanowi nieuzasadnione obciążenie tego przedsiębiorcy. Weryfikacja kosztu netto czyli stwierdzenie, że koszt ten występuje, oraz ustalenie, jaka jest wysokość tego kosztu, jest wcześniejszą czynnością w stosunku do oceny, czy koszt ten stanowi nieuzasadnione obciążenie. Powyższy pogląd nie budzi wątpliwości również w doktrynie, gdzie wskazuje się, że art. 96 ust. 4 Pt „*ma zastosowanie tylko w przypadku, gdy w procesie uregulowanym w ust. 1-3 ustalono koszt netto, będący konsekwencją nierentowności występującej przy świadczeniu usługi powszechnej. W takiej sytuacji przepis ust. 4 nakazuje Prezesowi URTiP dokonanie kolejnej oceny dotyczącej uzasadnienia obciążenia przedsiębiorcy takim kosztem*”¹⁵.

Powyższa interpretacja, nie budząca wątpliwości w oparciu o językowe reguły wykładni, znajduje również potwierdzenie na gruncie wykładni prowspólnotowej, odwołującej się do przepisów art. 12 ust. 1 i art. 13 ust. 1 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. Na potrzebę odwołania się do przepisów wspólnotowych przy odczytywaniu art. 96 ust. 4 Pt wskazuje się w literaturze przedmiotu¹⁶.

W zakresie wykładni art. 96 ust. 4 Pt należy się również odwołać do oceny prawnej i wskazań co do dalszego postępowania wyrażonych w Wyroku NSA oraz Wyroku WSA, jak już bowiem było wcześniej wyjaśnione, zgodnie z art. 153 ppsa, wiążą one Prezesa UKE w sprawie. W tym zakresie należy wskazać, iż w Wyroku NSA sąd ten skupił się przede wszystkim na kwestii uznania za nieuprawnioną odmowę przyznania dopłaty do kosztów świadczonych przez OPL usług wchodzących w skład usługi powszechnej wyłącznie z uwagi na sposób realizacji decyzji wydanej na podstawie art. 82 ust. 4 Pt w zakresie poziomu dostępności i jakości świadczenia poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej. W Wyroku NSA nie zostały natomiast zawarte inne wskazówki interpretacyjne, które byłyby pomocne w kontekście dokonania prawidłowej interpretacji art. 96 ust. 4 Pt. Szereg wskazówek interpretacyjnych w odniesieniu do powyższego zagadnienia zostało natomiast zawartych w Wyroku WSA. Za istotne w powyższym kontekście należy uznać wskazanie przez WSA, iż (podkreślenia własne – przyp. aut.) „*Uchylenie skarżonej decyzji nastąpiło ze względu na naruszenie przez organ przepisów prawa materialnego art. 96 ust. 4 P.t. W ocenie WSA, zgodnie z wytycznymi NSA w wyroku z dnia 5 grudnia 2013 r., sygn. akt II GSK 1167/12, przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania, mające na celu zapewnienie prawidłowego wykonania przez przedsiębiorcę wyznaczonego decyzji o wyznaczeniu przedsiębiorcy do świadczenia usługi powszechnej, prowadzi do wniosku, że ewentualne naruszenia w tym zakresie nie mogą stanowić podstawy odmowy przyznania dopłaty. Osiągnięcie właściwego poziomu dostępności i jakości świadczenia usługi powszechnej powinno nastąpić z wykorzystaniem omówionych już mechanizmów kontrolnych oraz wymuszających wykonanie decyzji nakładającej na T.P S.A. obowiązek świadczenia usługi powszechnej. W świetle stanowiska TSUE przedstawionego w wyroku C-222/08, o tym czy świadczenie usługi powszechnej stanowi niesprawiedliwe (nieuzasadnione) obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego powinny decydować szeroko rozumiane przesłanki o charakterze ekonomicznym. Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że odmowa przyznania dopłaty przez organ nastąpiła z przyczyn, które nie powinny mieć wpływu na ocenę czy zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego. W skarżonej decyzji Prezes UKE, błędnie uznał, że niespełnienie w całości wymagań decyzji, o której mowa w art. 82 ust. 4 P.t. uzasadnia odmowę przyznania dopłaty.*

¹⁵ Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 610, komentarz do art. 96 Pt.

¹⁶ Piątek St., tamże.

Stanowisko organu zostało sformułowane bez uwzględnienia istotnych wskazówek interpretacyjnych zwrotu „uzasadnione obciążenie” wynikających z powołanego wyroku w sprawie C-222/08.

Ponownie rozpatrując sprawę organ powinien uwzględnić w wydanej decyzji wskazówki interpretacyjne w zakresie rozumienia i wykładni zwrotu „uzasadnione obciążenie”, wynikających z wyroku TSUE z 6 października 2010 r., „C-222/08”.

Dokonując zatem wykładni pojęcia niesprawiedliwego (nieuzasadnionego) obciążenia, Prezes UKE, zgodnie z oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wynikającymi z Wyroku WSA, wziął pod uwagę treść właściwych w tej kwestii dyrektyw, orzecznictwo unijne (przywołany w Wyroku WSA wyrok TSUE z dnia 6 października 2010 r. w sprawie C-222/08, dalej „Wyrok TSUE”) oraz poglądy doktryny co do znaczenia pojęcia nadmiernego obciążenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zobowiązanego do świadczenia usługi powszechnej. W związku z powyższym, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż art. 12 ust. 1 zdanie pierwsze Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. stanowi: „*W przypadku gdy krajowe organy regulacyjne uznają, że świadczenie usługi powszechnej określonej w art. 3-10 może stanowić niesprawiedliwe obciążenie przedsiębiorstw wyznaczonych do świadczenia usługi powszechnej, obliczają one koszty netto świadczenia tej usługi*”. Obowiązek obliczenia przez krajowe organy regulacyjne kosztu netto świadczenia usługi powszechnej jest zatem związany z faktem, iż świadczenie tej usługi „może stanowić” (potencjalnie) niesprawiedliwe obciążenie (ang. *unfair burden*) przedsiębiorstwa wyznaczonego. Występowanie kosztu netto nie jest zatem równoznaczne z istnieniem niesprawiedliwego obciążenia.

Dopiero jeśli krajowe organy regulacyjne stwierdzą, iż na danym przedsiębiorstwie spoczywają niesprawiedliwe obciążenia, obowiązane są zastosować jedno z dwóch rozwiązań pozwalających sfinansować koszt netto. Stanowi o tym art. 13 ust. 1 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. w brzmieniu:

„1. W przypadku gdy, na podstawie kalkulacji kosztu netto określonego w art. 12, krajowe organy regulacyjne stwierdzą, iż na danym przedsiębiorstwie spoczywają niesprawiedliwe obciążenia, Państwa Członkowskie, w odpowiedzi na wniosek wyznaczonego przedsiębiorstwa, decydują:

- a) wprowadzić mechanizm kompensowania temu przedsiębiorstwu określonego kosztu netto, na przejrzystych warunkach, z funduszy publicznych; lub*
- b) podzielić koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej pomiędzy dostawców sieci i usług łączności elektronicznej.”*

Pt nie precyzuje, co należy rozumieć pod sformułowaniem, że „zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia”. Również Dyrektywa z dnia 7 marca 2002 r. nie zawiera zapisów określających kryteria oceny „niesprawiedliwego obciążenia”.

Ja wynika natomiast z Wyroku TSUE (motyw 48 i 49):

„48. Ponieważ ustalenie, że świadczenie tej usługi stanowi niesprawiedliwe obciążenie dla jednego z tych przedsiębiorstw lub dla kilku z nich, jest niezbędnym warunkiem wstępnym pozwalającym na wprowadzenie przez państwa członkowskie mechanizmów służących rekompensowaniu kosztów ponoszonych przez rzeczony przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa, należy ustalić, w jaki sposób pojęcie „niesprawiedliwe obciążenie” winno być rozumiane, gdyż nie zostało ono zdefiniowane w dyrektywie 2002/22.

49. Z motywu 21 dyrektywy 2002/22 wynika w tym względzie, że prawodawca wspólnotowy zamierzał powiązać mechanizmy służące pokryciu kosztów netto, jakie mogą wynikać

ze świadczenia usługi powszechnej przez przedsiębiorstwo, z istnieniem po stronie tego przedsiębiorstwa nadmiernego obciążenia. W tej sytuacji, uznawszy, że koszt netto świadczenia usługi powszechnej nie stanowi koniecznie nadmiernego obciążenia dla wszystkich przedsiębiorstw świadczących tę usługę, postanowił on wykluczyć sytuację, w której każdy koszt netto świadczenia usługi powszechnej otwiera automatycznie prawo do rekompensaty. W tych okolicznościach niesprawiedliwe obciążenie, którego istnienie winno zostać stwierdzone przez krajowy organ regulacyjny przed wypłatą jakiegokolwiek rekompensaty, jest obciążeniem, które w przypadku każdego przedsiębiorstwa świadczącego usługę powszechną ma nadmierny charakter w świetle jego zdolności do udźwignięcia tego obciążenia, zważywszy na wszystkie jego swoiste cechy, a w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku.”.

Prezes UKE wziął również pod uwagę, odwołując się do poglądów doktryny, iż *„uruchomienie rekompensaty przez organ regulacyjny następuje, gdy poniesienie kosztu netto stanowiłoby nieuzasadnione obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego. Należy zatem zbadać stosunek pomiędzy kosztem netto a zakresem i charakterem działalności zobowiązanego przedsiębiorcy. Prezes UKE powinien odmówić przyznania dopłaty, jeżeli stwierdzi, że poniesienie przez przedsiębiorcę kosztu netto jest obciążeniem uzasadnionym. Prezes UKE nie ma możliwości częściowego obniżenia dopłaty jeżeli uzna, iż częściowe poniesienie kosztu netto przez przedsiębiorcę jest uzasadnione”*¹⁷.

Ocena, czy uzasadnione (sprawiedliwe) jest przyznanie dopłaty, pozostawiona została organowi regulacyjnemu, który dokonując tej oceny każdorazowo powinien wziąć pod uwagę okoliczności danej sprawy. Mając na uwadze powyższe Prezes UKE, dokonując oceny, czy zweryfikowany koszt netto stanowi nieuzasadnione (niesprawiedliwe) obciążenie OPL, wziął pod uwagę „*stosunek pomiędzy kosztem netto a zakresem i charakterem działalności zobowiązanego przedsiębiorcy*”, a w szczególności dokonał oceny, czy zweryfikowany koszt netto „*jest obciążeniem, które w przypadku każdego przedsiębiorstwa świadczącego usługę powszechną ma nadmierny charakter w świetle jego zdolności do udźwignięcia tego obciążenia, zważywszy na wszystkie jego swoiste cechy, a w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku*”.

6.2. Usługi, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt

Odnosząc się do zakresu i charakteru działalności OPL w zakresie usług przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt), Prezes UKE wziął pod uwagę okoliczności związane ze stanem rynku telekomunikacyjnego w 2007 r., sytuacją finansową OPL i OA, a także zmiany w działalności OPL po wprowadzeniu obowiązku świadczenia przez OPL usługi powszechnej, odwołując się do odpowiednich danych liczbowych.

W zakresie oceny stanu rynku telekomunikacyjnego wskazać należy, iż abonenci OPL w 2007 r. stanowili niemal 86,1% wszystkich abonentów telefonii stacjonarnej, na drugim miejscu znalazła się Netia - posiadała 3,3%, i Dialog - 3,3% użytkowników telefonii stacjonarnej (Rynek telekomunikacyjny w Polsce w latach 2007-2009¹⁸). Wskazuje to na niewątpliwie monopolistyczną pozycję na rynku usług telefonii stacjonarnej OPL w tamtym okresie. Ponadto, jak wynika (Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego za 2007 rok¹⁹, dalej „RSRT”), OPL w 2007 r. była w posiadaniu niemal 87% łączący

¹⁷ Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 611, komentarz do art. 96 Pt.

¹⁸ http://www.uke.gov.pl/files/?id_plik=6895.

¹⁹ https://uke.gov.pl/files/?id_plik=3233.

abonenckich, Netia w analogicznym okresie posiadała 3,78% łączy abonenckich, a Dialog 3,36%. Pozostali OA byli w posiadaniu ok. 6,12% łączy abonenckich. OPL była zatem również zdecydowanym monopolistą w dostępie do infrastruktury związanej ze świadczeniem usług telefonii stacjonarnej. Natomiast pod względem przychodów na rynku telefonii stacjonarnej OA w sumie osiągnęli udział niewiele przekraczający 22% (22,2%), podczas gdy OPL uzyskuje prawie 78% (77,8%) łącznych przychodów z rynku. Najwięksi OA mieli odpowiednio: Netia – 6,9%, Dialog – 3,8% i Tele2 Polska sp. z o.o. – 4,4% przychodów z łącznego rynku, co również potwierdza dominującą pozycję OPL na rynku telefonii stacjonarnej.

W zakresie okoliczności związanych z sytuacją finansową OPL i OA Prezes UKE wskazuje, iż OPL w 2007 r. uzyskała łączne przychody na poziomie ponad 18,6 mld zł, z czego ponad 10,3 mld zł było przychodami z działalności związanej z siecią stacjonarną (źródło: Roczne sprawozdanie finansowe OPL za rok 2007, dalej „SFTP²⁰”). Netia w tym samym czasie uzyskała roczne przychody na poziomie ponad 862 mln zł (źródło: Roczne sprawozdanie finansowe Netia za rok 2007²¹, dalej „SFN”), a Dialog uzyskał roczne przychody na poziomie ponad 496 mln zł (źródło: Wyniki finansowe Dialog za 2007 r. - wyciąg ze sprawozdania finansowego Dialog za rok 2007²², dalej „SFD”). Pokazuje to na jeszcze większą dysproporcję w pozycji rynkowej OPL w porównaniu do największych konkurentów spółki na rynku telefonii stacjonarnej w roku 2007. Łączne przychody OPL w 2007 r. były prawie 12-krotnie wyższe niż skumulowane przychody pozostałych dwóch kolejnych największych uczestników rynku. OPL w 2007 r. osiągnęła zysk netto na poziomie ponad 2 mld zł (SFTP), podczas gdy Netia osiągnęła stratę netto na poziomie 268 mln zł (SFN), a Dialog osiągnął zysk netto na poziomie ponad 66 mln zł (SFD).

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, iż OPL w 2007 r. prezentowała się jako nieproporcjonalnie dochodowa spółka w porównaniu do swoich głównych konkurentów na rynku telefonii stacjonarnej.

W kontekście zaobserwowanych zmian w działalności OPL po wprowadzeniu obowiązku świadczenia przez OPL usługi powszechnej zwrócić należy uwagę, iż w 2007 r. liczba łączy abonenckich OPL spadła w porównaniu do 2006 r. o ok. 13% i wynosiła ponad 9 mln łączy (RSRT). Biorąc pod uwagę powyższe wnioskować należy, iż nałożenie na OPL obowiązku świadczenia usługi powszechnej nie prowadziło zatem do wzrostu wydatków OPL na łącza abonenckie, a wręcz przeciwnie - obserwowane było rozpoczęcie zjawiska „zwijania” sieci dostępowej. Ponadto, w okresie lat 2004-2008 cennikowa opłata za przyłączenie linii abonenckiej w OPL wynosiła niezmiennie 366 zł, natomiast w okresie od lipca 2004 r. do stycznia 2008 r. OPL oferowała promocyjną cenę za przyłączenie w stałej wysokości 8,20 zł. Co więcej, w okresie 2006 - 2007 cena najtańszego abonamentu analogowego dla konsumentów się nie zmieniła i wynosiła 23 zł (Raport o realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej TP S.A., dalej „Raport USO”) – co wskazuje na brak zmian cennikowych OPL w reakcji na wprowadzenie obowiązku świadczenia usługi powszechnej w porównaniu do prowadzonej działalności przez spółkę w warunkach bez obowiązku jej świadczenia. Prezes UKE wskazuje również, iż wartość aktywów związanych z siecią dostępową (obejmująca wszystkie elementy sieci biorące udział w zapewnieniu użytkownikom dostępu do stacjonarnej sieci telekomunikacyjnej) pomiędzy latami 2005, a 2007 nie zmieniła się utrzymując wartość na poziomie 12,9 mld zł (w 2006 r. wartość aktywów spadła do poziomu

²⁰ <http://www.bankier.pl/wiadomosc/TPSA-Skonsolidowany-raport-roczny-SA-RS-za-2007-rok-1710202.html>.

²¹ https://www.netia.pl/files/inwestorzy/raporty_finansowe/2009/skonsolidowany_raport_roczny.pdf.

²² <http://gsmonline.pl/artykuly/dialog-wyniki-w-2007-r>.

12,2 mld, źródło: Sprawozdanie z rachunkowości regulacyjnej TP 2007²³, dalej „SRR”). OPL nie rozwijała zatem aktywów związanych z przyłączeniem zakończeń sieci i utrzymaniem łączy abonenckich na skutek wyznaczenia jej jako podmiotu świadczącego usługę powszechną od maja 2006 r. do 31 grudnia 2007 r. Wartość aktywów związanych z połączeniami lokalnymi, międzystrefowymi, międzynarodowymi i do sieci komórkowych pomiędzy latami 2005-2007 spadła z łącznej wartości 1,9 mld zł do wartości 0,8 mld zł (SRR) – co wskazuje, że wprowadzenie obowiązku świadczenia usługi powszechnej nie wymagało od OPL powiększenia swojej bazy aktywów w celu świadczenia usług przyłączenia, utrzymania łączy oraz połączeń telefonicznych.

Biorąc pod uwagę wszystkie wyżej przywołane okoliczności związane ze stanem rynku telekomunikacyjnego w 2007 r., sytuacją finansową OPL i OA, a także zmiany w działalności OPL po wprowadzeniu obowiązku świadczenia przez OPL usługi powszechnej, w ocenie Prezesa UKE (w zakresie usługi przyłączenia, utrzymania łączy i połączeń telefonicznych), należy uznać, iż były to usługi, które OPL i tak by świadczyła gdyby nie miała obowiązku realizacji usługi powszechnej. Usługi te stanowiły zwykłą działalność komercyjną OPL. W obliczu wyżej przywołanych faktów nie można zatem uznać, iż zweryfikowany koszt netto miał dla OPL (za Wyrokiem TSUE) „nadmierny charakter w świetle jego zdolności do udźwignięcia tego obciążenia, zważywszy na wszystkie jego swoiste cechy, a w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku”. W szczególności sytuacja finansowa OPL oraz udział OPL w rynku (znaczące dysproporcje w stosunku do OA w obu tych kategoriach) nie przemawiają za tym, aby zweryfikowany koszt netto w zakresie usług przyłączenia, utrzymania łączy oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt) stanowił nieuzasadnione (niesprawiedliwe) obciążenie OPL. Powyższe stanowi przesłankę prowadzącą do rozstrzygnięcia określonego w decyzji. Skoro bowiem Prezes UKE uznał, iż zweryfikowany koszt netto w zakresie usługi przyłączenia, utrzymania łączy i połączeń telefonicznych nie stanowi, w świetle przepisów krajowych (art. 96 ust. 4 Pt), orzecznictwa unijnego (Wyrok TSUE) oraz poglądów doktryny, uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, Prezes UKE obowiązany jest do odmowy przyznania dopłaty w wysokości kosztu netto w zakresie usług przyłączenia, utrzymania łączy oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt).

6.2.1. Wpływ decyzji biznesowych OPL na niezyskowość abonentów

Niezależnie od uzasadnienia zawartego w pkt 6.2. powyżej, wskazać należy, iż na dzień 31 grudnia 2007 r. w ofercie taryfowej OPL znajdowało się 16 planów telefonicznych do wyboru dla klientów przyłączanych do sieci PSTN.

Zgodnie z art. 90 i 91 ust. 1 Pt, przedsiębiorca wyznaczony do świadczenia usługi powszechnej ustala jej cenę w oparciu o uzasadnione koszty jej świadczenia, obliczone w sposób określony w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 51 Pt, pod warunkiem, że tak ustalona cena uwzględnia możliwości ekonomiczne użytkowników końcowych lub odpowiada ich potrzebom poprzez oferowanie różnych pakietów cenowych oraz sposoby korzystania z usług ze szczególnym uwzględnieniem konsumentów będących osobami niepełnosprawnymi.

Zasadą jest zatem ustalanie ceny usługi powszechnej w oparciu o uzasadnione koszty jej świadczenia. Taki sposób określenia ceny nie powinien prowadzić do występowania kosztu netto. Odstępstwa od tej zasady są możliwe, jednakże jeżeli mają prowadzić do uzyskania dopłaty do usługi powszechnej, nie mogą być one wynikiem arbitralnej decyzji

²³ https://uke.gov.pl/files/?id_plik=12682.

przedsiębiorcy wyznaczonego. Prowadziłoby to bowiem do trudnego do zaakceptowania wniosku, że decyzja biznesowa przedsiębiorcy wyznaczonego może powodować obowiązek dokonywania świadczeń pieniężnych na rzecz tego przedsiębiorcy ze strony jego konkurentów. Prezes UKE może wprawdzie zgłosić sprzeciw do projektu cennika, jednakże w przypadku cen usług składających się na usługę powszechną podstawowym kryterium oceny jest ich przystępność.

Decyzją Prezesa UKE z dnia 7 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(29), zmienioną decyzją Prezesa UKE z dnia 29 stycznia 2007 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(43), Prezes UKE nałożył na OPL obowiązek świadczenia osobom o niskich dochodach pakietu specjalnego uwzględniającego ich możliwości ekonomiczne. Oznacza to, że OPL, poza różnorodnymi pakietami cenowymi oferowanymi na zasadach komercyjnych, zobowiązana była udostępnić osobom o niskich dochodach i szczególnych potrzebach tzw. „pakiety specjalne”, zawierające szczególne warunki cenowe. Pakiety specjalne miały zapewnić osobom o niskich dochodach dostęp do podstawowych usług telekomunikacyjnych, przy założeniu, że ich ceny nie będą stanowiły bariery uniemożliwiającej korzystanie z tych usług. Tym samym pakiet specjalny musi uwzględniać możliwości ekonomiczne użytkowników, w związku z czym może być on świadczony poniżej kosztów.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na stwierdzenie, iż pakiet specjalny musi uwzględniać możliwości ekonomiczne użytkowników. W kontekście świadczenia usługi planu socjalnego tp, który OPL przyjęła do wyznaczenia wartości kosztu netto, należy wskazać, że w roku 2007, czyli w roku, w którym zdaniem OPL wystąpił koszt netto, nie istniały żadne ograniczenia związane z możliwością korzystania z tego planu, w szczególności w odniesieniu do abonentów indywidualnych. Korzystać z planu socjalnego tp mogli wszyscy abonenci nie posiadający numeru REGON, za wyjątkiem dotychczasowych abonentów planu oszczędnego, którzy w momencie zakwalifikowania do planu socjalnego posiadali numer REGON. Powyższe implikuje, że każdy klient indywidualny mógł być abonentem planu socjalnego, a także niektórzy z klientów biznesowych, zakwalifikowani do planu socjalnego (byli abonenci planu oszczędnego, posiadający numer REGON). Ponadto należy wskazać, że plan socjalny został wprowadzony do oferty OPL 1 września 2003 r., a więc przed nałożeniem na OPL obowiązku świadczenia osobom o niskich dochodach pakietu specjalnego uwzględniającego ich możliwości ekonomiczne. Oznacza to, że plan socjalny został wprowadzony do oferty OPL dobrowolnie, a nie w wyniku nałożonego na OPL obowiązku, co może sugerować, że przed jego wprowadzeniem OPL dokonała analizy biznesowej opłacalności tego planu, co dyskwalifikuje go jako plan specjalny.

Wskazane stanowisko potwierdza także Raport USO, który wskazuje:

„Aktualnie w ofercie TP istnieje tzw. plan tp socjalny. Jest to plan o najniższej opłacie abonamentowej spośród wszystkich świadczonych obecnie przez Spółkę pakietów taryfowych. Plan ten nie spełnia jednak prawnych wymogów, określonych dla pakietu specjalnego. Jest to bowiem oferta ogólnie dostępna (...) baza klientów tego rozwiązania nie ogranicza się wyłącznie do tych, którzy wymagają uprzywilejowanego traktowania, biorąc pod uwagę ich status życiowy i finansowy. Wśród osób korzystających z tego planu znajdują się również tacy klienci, którzy posiadają dużo wyższe możliwości finansowe niż wskazywałby to rodzaj planu taryfowego, z którego korzystają. Ponadto plan ten zawiera wysokie opłaty za połączenia. Stosowane rozwiązanie taryfowe, jak sama TP wskazuje, z rzeczywistym planem prospołecznym ma niewiele wspólnego – ze względu na otwarty charakter jego oferty, mogą z niej bowiem korzystać wszyscy abonenci nieposiadający numeru REGON (za wyjątkiem dotychczasowych abonentów pakietu oszczędnego, którzy w momencie zakwalifikowania do planu tp socjalnego posiadali numer REGON). W efekcie powyższego korzystają z niej nie

tylko ci, którzy rzeczywiście potrzebują materialnego wsparcia. Duża część abonentów tego planu to osoby o wysokim statusie społecznym, utrzymujące linię stacjonarną z planem telefonicznym o najniższej, dostępnej na rynku opłacie abonamentowej jako rodzaj alternatywy dla telefonu komórkowego.

Ponadto, plan tp socjalny nie spełnia warunków cenowych przewidzianych w prawie dla pakietu specjalnego.”²⁴

W uzupełnieniu powyższego należy wskazać, że plan socjalny posiadał bazę abonencką stanowiącą (⌘ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 27 ⌘).²⁵

Tabela nr 6. Ilość dostępow POTS w 2006 i 2007 roku

Plan tp	Maj 2006	Grudzień 2007
Klienci indywidualni (plany o ofercie i poza ofertą)		
Plan tp 60 (plan tp 60 minut za darmo)		
Plan tp weekendowy (Plan tp darmowe weekendy)		
Plan tp wieczory i weekendy (Plan tp darmowe wieczory i weekendy)		
Plan tp socjalny		
Plan tp startowy		
Plan tp 2000 (plan tp darmowe rozmowy)		
Plan tp 250 (Plan tp 250 minut za darmo)		
Plan sekundowy tp dom		
Plan sekundowy tp oferta podstawowa		
Plan tp standardowy		
Plan tp niedrogi		
Plan tp aktywny		
Plan startowy tp biznes (plan sekundowy tp biznes)		
Plan sekundowy jedna stawka tp biznes		
Plan sekundowy uniwersalny tp biznes		
Plan sekundowy jedna stawka tp biznes profit		
Plan sekundowy uniwersalny tp biznes profit		
Łącznie		

Źródło: Raport USO (wersja niejawna Raportu)

(⌘ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 28 ⌘)

Dalej w Raporcie USO wskazuje się, iż:

„(...) w badanym okresie, tj. od dnia wyznaczenia TP do świadczenia usługi powszechnej do dnia 31 grudnia 2007 r., TP nie świadczyła faktycznie pakietu specjalnego spełniającego ustawowe wymogi.”²⁶

W kontekście ewentualnego przyznania dopłaty z tytułu kosztów związanych ze świadczeniem usług niezyskowym abonentom planu socjalnego, powyższe jednoznacznie wskazuje, że plan ten był świadczony komercyjnie i nie stanowił realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej w zakresie oferowania pakietu specjalnego, uwzględniającego potrzeby ekonomiczne abonentów. Plan ten wszedł do oferty sprzedażowej OPL z dniem 1 września 2003 r. w miejsce innego komercyjnego planu – planu tp oszczędny. OPL założyła, że niższa opłata abonamentowa będzie rekompensowana z przychodów z wysokich – dwukrotnie wyższych w stosunku do planu tp standardowy - opłat za połączenia

²⁴ Raport USO, s. 29.

²⁵ Opis kkn, s. 40-41.

²⁶ Raport USO, s. 33.

telefoniczne. W ramach planu tp socjalnego abonenci mogli korzystać wyłącznie z usług OPL – nie mieli możliwości korzystania z uprawnienia do wyboru innego dostawcy usług telekomunikacyjnych, o którym mowa w art. 72 ust. 1 Pt. W związku z taką konstrukcją pakietu socjalnego przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów toczyło się postępowanie w sprawie stosowania przez OPL praktyki ograniczającej konkurencję. W postępowaniu tym, w piśmie z lipca 2005 r., OPL zaprezentowała stanowisko, iż rezygnacja z klauzuli wyłączności w planie tp socjalnym zmusi OPL do rezygnacji ze świadczenia tego planu²⁷. *A contrario* można przyjąć, że przy zachowaniu klauzuli wyłączności w planie socjalnym OPL nie musiała rezygnować z tego planu, w konsekwencji nie był on dla niej nadmiernym obciążeniem.

Wprowadzenie planu tp socjalnego miało miejsce niemal trzy lata przed wyznaczeniem OPL do świadczenia usługi powszechnej i ponad rok przed wejściem w życie Pt. Oznacza to, że wprowadzenie tego planu nie mogło się opierać na przekonaniu OPL, że świadczenie usług w oparciu o ten plan wiązać się będzie z dopłatą. Nie było bowiem wówczas w polskim systemie prawnym unormowań przewidujących dopłatę. Wprowadzenie planu socjalnego było zatem dobrowolnym działaniem OPL. W świetle powyższych okoliczności nie sposób dojść do wniosku, że świadczenie usług wchodzących w zakres usługi powszechnej w oparciu o plan socjalny stanowiło nieuzasadnione obciążenie OPL.

W Opisie kkn przed korektą OPL zdefiniowała abonentów niezyskowych jako tych, którzy korzystają z planu tp socjalny. Biegły rewident uznał to za błąd metodologiczny. W konsekwencji OPL dokonała korekty podejścia w zakresie wyznaczenia abonentów niezyskowych, polegającej na odniesieniu się do grupy niezyskowych abonentów telefonicznych podłączonych do węzła sieci telekomunikacyjnej, dla których OPL wykazała ujemny bilans przychodów i kosztów za dany rok. W wersji Opisu kkn po korektach, OPL nie kierowała się tylko i wyłącznie przynależnością abonenta telefonicznego do planu socjalnego.²⁸ W konsekwencji abonentami niezyskowymi, koszty świadczenia usług którym są zawarte w zweryfikowanym koszcie netto, są również abonenci planów, co do których nie ma najmniejszych wątpliwości, że mają charakter komercyjny. Niezyskowość związana ze świadczeniem usług tej grupie abonentów tym bardziej nie może być uznana za nieuzasadnione obciążenie OPL.

Powyższe implikuje, że przyznanie dopłaty z tego tytułu jest niezasadne. Przyznanie dopłaty z tytułu świadczenia planu tp socjalny i planów taryfowych z wyższą opłatą abonamentową oznaczałoby, że koszty błędnej decyzji biznesowej OPL ponosiliby inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni. Za słusznością powyższego wnioskowania przemawia również doktryna, która wskazuje, że:

„Odzyskiwanie lub finansowanie kosztów netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej wymaga, aby wyznaczone przedsiębiorstwa obowiązane do świadczenia usługi powszechnej otrzymywały rekompensatę ze świadczone usługi na warunkach niekomercyjnych”²⁹

oraz Dyrektywa z dnia 7 marca 2002 r., która w Załączniku IV w Części B stwierdza, że:

²⁷ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DOK - 112/06 z dnia 28 września 2006 r., s. 8.

[http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/380E7CCDDDA5BD20C12574F60028D5C4/\\$file/Decyzja_nr_DOK_112_2006_z_dnia_28.09.2006.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/380E7CCDDDA5BD20C12574F60028D5C4/$file/Decyzja_nr_DOK_112_2006_z_dnia_28.09.2006.pdf).

²⁸ Raport uzupełniający, s. 12.

²⁹ Gromski W., Kolasa J., Kozłowski A., Wójtowicz K., *Europejskie i polskie prawo telekomunikacyjne*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004, s. 158.

„Odzyskiwanie lub finansowanie wszelkich kosztów netto świadczenia usługi powszechnej oznacza dla przedsiębiorstw wyznaczonych do świadczenia usługi powszechnej prawo do rekompensaty za usługi, które świadczą na warunkach nierynkowych.”.

W kontekście planu tp socjalnego wskazać można, że w innych państwach członkowskich prawo precyzuje warunki świadczenia pakietów socjalnych i specjalnych taryf, np.:

- w Belgii usługi takie mogły być świadczone m.in. osobom powyżej 65 roku życia, osobom powyżej 18 roku życia ze stopniem niepełnosprawności powyżej 66%, osobom pobierającym zasiłek czy osobom po laryngektomii,
- w Hiszpanii usługi takie mogły być świadczone m.in. emerytom i rodzinom o przychodach niższych od minimalnej płacy.³⁰

Ponadto w Belgii:

„Koszt netto pakietu społecznego wynika z faktu, że element ten jest określony w ustawie, w której wskazano także osoby i podmioty uprawnione do korzystania z taryf społecznych i specjalnych.”³¹

W polskim prawie brak jest konkretyzacji warunków świadczenia pakietów specjalnych dla abonentów. Prezes UKE określił je decyzjami: z dnia 5 maja 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(5) oraz decyzją z dnia 7 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(9), poprzez nałożenie na OPL obowiązku świadczenia osobom o udokumentowanych niskich dochodach oraz osobom niepełnosprawnym pakietu specjalnego uwzględniającego ich możliwości ekonomiczne. Warunki świadczenia pakietów specjalnych OPL powinna określić w regulaminie świadczenia usług telekomunikacyjnych lub cennikach dla poszczególnych planów taryfowych, które jednoznacznie będą stanowiły realizację obowiązku usługi powszechnej. Rozszerzenie grupy abonentów niezyskowych do grupy abonentów, dla których OPL wykazywała ujemny bilans przychodów i kosztów za dany rok, jak zalecał biegły rewident, nie uzasadnia przyznania dopłaty z tytułu świadczenia usług powszechnych abonentom niezyskowym, ponieważ w roku 2007 żaden z planów taryfowych OPL nie spełniał kryteriów wskazanych powyżej. Pierwszym planem taryfowym, który mógłby zostać uznany za pakiet specjalny świadczony osobom o niskich dochodach jest „plan tp przyjazny” (wprowadzony do oferty OPL, po uzgodnieniach z Prezesem UKE, dopiero od dnia 1 czerwca 2008 r.). Pakiet ten może być świadczony jedynie dla abonentów, którzy otrzymują z Ośrodka Pomocy Społecznej świadczenie pieniężne w formie zasiłku stałego oraz złożyli otrzymany od OPL i potwierdzony przez Ośrodek Pomocy Społecznej bon.³²

W zakresie uwzględnienia przez plan tp socjalny możliwości ekonomicznych osób o niskich dochodach w ten sposób, aby nie powstrzymywały się przed korzystaniem z publicznie dostępnej usługi telefonicznej, należy zwrócić uwagę, że przy niskiej opłacie abonamentowej w planie tym stosuje się wysokie opłaty za połączenia telefoniczne (wyższe niż w innych planach). W związku z tym, że względu na niską opłatę abonamentową można by uznać, że plan tp socjalny zapewnia osobom o niskich dochodach na warunkach uwzględniających ich możliwości ekonomiczne dostęp do usług telefonicznych (niska opłata abonamentowa), ale poprzez wysokie opłaty za połączenia zniechęca (powstrzymuje) te osoby do realizacji połączeń telefonicznych.

³⁰ Patrz: Wytoczne KPMG, s. 29-30.

³¹ Ekspertyza KPMG, s. 30.

³² „Cennik usług telekomunikacyjnych tp” wg stanu na styczeń 2010 r., s. 114.
http://www.tp.pl/b/binaries/PL/358392/CUT_1_stycznia_2010_r_366994339.pdf.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes UKE uznał, że przyznanie dopłaty z tytułu kosztu netto jest bezzasadne. Wprawdzie OPL świadczyła różnorodne pakiety cenowe, jednakże żaden z oferowanych pakietów (w tym plan tp socjalny) nie posiadał cech, które umożliwiłyby uznanie go za pakiet specjalny. Wprawdzie wśród abonentów OPL można wyznaczyć abonentów niezyskowych tj. abonentów, którzy generują wyższe koszty niż przychody, jednakże brak w ofercie pakietu specjalnego (dedykowanego dla osób o udokumentowanych niskich dochodach) sprawia, że pomimo wystąpienia kosztu netto w odniesieniu do usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 Pt, OPL, niezależnie od argumentacji przedstawionej w pkt 6.2. powyżej, nie przysługuje dopłata, bowiem zweryfikowany koszt netto świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 Pt nie stanowi uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego.

6.3. Usługa, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 6 Pt - usługa PAS

Na podstawie art. 221 ust. 5 ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. poz. 852, z późn. zm.) w związku z § 8 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 22 stycznia 2004 r. w sprawie katalogu usług powszechnych oraz szczegółowych wymagań dotyczących świadczenia usług powszechnych (Dz. U. nr 16, poz. 158), OPL była zobowiązana do utrzymywania liczby PAS na poziomie ponad 76 tys., co niemal wprost odpowiadało liczbie PAS faktycznie posiadanych przez OPL w 2006 r. (tj. 75,9 tys.) w 2007 r. liczba PAS została nieznacznie zmniejszona przez OPL do 65,9 tys. Decyzją PAS, Prezes UKE ustalił dla OPL, jako przedsiębiorcy wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej na obszarze całego kraju, minimalną liczbę aparatów publicznych (około 40 tys.), w tym liczbę PAS przystosowanych dla osób niepełnosprawnych, jakie powinny być instalowane na obszarze objętym jej działalnością, czyli na obszarze całego kraju w następujący sposób: minimalna liczba aparatów publicznych, w tym liczba tych aparatów przystosowanych dla osób niepełnosprawnych, na obszarze poszczególnych gmin powinna wynosić 1 (słownie: jeden) aparat publiczny na 950 mieszkańców, w tym 1 (słownie: jeden) aparat publiczny przystosowany dla osób niepełnosprawnych na 2000 mieszkańców. Wskazać przy tym należy, iż jak wynika z danych zawartych w Raporcie USO, w 2007 r. OPL posiadała 65,9 tys. PAS na terenie całego kraju.

Podejmując ocenę kosztu netto z tytułu zapewnienia minimalnej liczby PAS, należy wskazać, iż w doktrynie wskazuje się że *„uruchomienie rekompensaty przez organ regulacyjny następuje, gdy poniesienie kosztu netto stanowiłoby nieuzasadnione obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego. Należy zatem zbadać stosunek pomiędzy kosztem netto a zakresem i charakterem działalności zobowiązanego przedsiębiorcy”*³³. Tak też zostało wskazane w Wyroku WSA i w Wyroku NSA.

Odnosząc się zatem do zakresu i charakteru działalności OPL w zakresie usługi PAS (art. 81 ust. 3 pkt 6 Pt), Prezes UKE wziął pod uwagę okoliczności związane ze stanem rynku telekomunikacyjnego w 2007 r., sytuacją finansową OPL i OA, a także zmiany w działalności OPL po wprowadzeniu obowiązku świadczenia przez OPL usługi powszechnej PAS, odwołując się do odpowiednich danych liczbowych.

Zgodnie z Raportem USO OPL na dzień 31 grudnia 2007 r. posiadała decydujący udział w rynku PAS, który wynosił (analogicznie jak w roku 2006) 94,5%, udział pozostałych przedsiębiorców telekomunikacyjnych wynosił jedynie 5,5%. Drugą spółką po OPL pod względem ilości PAS był Dialog z prawie 3% udziałem w rynku, a trzecia była Netia z 1%

³³ Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 611, komentarz do art. 96 Pt.

udziałem. Wskazuje to na niewątpliwie dominującą pozycję OPL na rynku usług PAS w tamtym okresie.

Przedstawiając informacje ogólne na temat PAS w skali całego kraju, należy wskazać, iż jak zostało wskazane w Raporcie USO, sytuacja na rynku PAS oraz trendy na nim występujące przedstawiały się w 2007 r. następująco. Według stanu na dzień 31 grudnia 2007 r., OPL jako jedyny przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczył usługę PAS wszystkim użytkownikom na terenie całego kraju. W Raporcie USO stwierdzono brak zainteresowania konkurentów OPL świadczeniem tej usługi, Dialog według stanu na dzień 31 grudnia 2007 r. świadczyła usługę PAS na terenie 6 województw obejmujących 8 stref numeracyjnych za pomocą 2140 aparatów samoinkasujących). Ponadto, w 2007 r. obserwowany i prognozowany wzrost penetracji jak i spadek cen telefonii ruchomej, spowodował dalszy spadek zainteresowania PAS, a utrzymanie dostępu do tej usługi wymagało ze strony OPL jej ciągłego uatrakcyjniania (np. możliwość wysyłania SMS z aparatu publicznego, wprowadzenie płatności monetami – w złotych i w euro), w tym poprzez promocje. Według Raportu USO liczba PAS innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych spadła w 2007 r. o 11% w stosunku do stanu w 2006 r. OPL zmniejszyła nadmiarową liczbę PAS w 2007 r. o około 13% w stosunku do 2006 r. (z 75,9 tys. do 65,9 tys.) według Raportu USO, ciągle utrzymując liczbę PAS na minimalnym poziomie zgodnie z postanowieniami Decyzji PAS oraz nadmiarową ilość PAS (przed wydaniem Decyzji PAS z mocy prawa OPL była zobowiązana do utrzymania około 76 tys. PAS).

Jeśli chodzi o przychody z usług PAS, według stanu na dzień 31 grudnia 2007 r. (Raport USO) wynika, że PAS tracił na znaczeniu. Pomimo tego, iż OPL była jedynym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym świadczącym usługę PAS wszystkim użytkownikom na terenie całego kraju, wzrost penetracji oraz spadek cen telefonii ruchomej powodował, że zapotrzebowanie użytkowników końcowych na usługi realizowane za pomocą PAS, zmniejszyło się. Potwierdza to drastyczny spadek przychodów OPL ze świadczenia PAS w latach 2006-2008 (ponad 30,5%), przy niewielkim spadku liczby PAS OPL w tym okresie (ok. 4%).

W związku z powyższym, Prezes UKE wskazuje, iż, mając na uwadze pozycję dominującą OPL w segmencie usług PAS, to niekorzystne zjawiska obserwowane w 2007 r. na całym rynku miały przede wszystkim wpływ na działalność OPL. Mając na uwadze skalę działalności OPL w segmencie PAS, w związku z niewielkim spadkiem liczby PAS w OPL w latach 2006-2007 i drastycznym spadkiem przychodów netto ze sprzedaży z tytułu PAS, nierentowność świadczenia usług za pomocą PAS pogłębiała się i charakteryzowała znaczną tendencją wzrostową. Jak wynika z Raportu USO, spadek przychodów (około 30 %) spowodowany był niskim zapotrzebowaniem abonentów na usługi telefoniczne świadczone za pomocą PAS.

Z badań konsumenckich wynika, że odsetek osób, które w okresie roku nie skorzystało z PAS w 2006 r. wynosił 83,1%, a w 2007 r. wzrósł do 91%. Niekorzystne zmiany zaszły również w zakresie częstotliwości korzystania z PAS, co miało związek z większą dostępnością telefonii komórkowej. Według danych UKE w 2006 r. ponad 96% osób w Polsce posiadało telefon komórkowy, w lipcu 2007 r. ponad 99% osób.

Należy zatem wyraźnie podkreślić, iż w związku z utrzymującymi się niekorzystnymi zjawiskami na rynku usług PAS, usługi te w 2007 r. były usługami mało popularnymi, wręcz schyłkowymi, a największe obciążenie z tytułu ich świadczenia ponosiła OPL, ze względu na jej dominujący udział w rynku i ciężący na niej obowiązek zapewnienia minimalnej liczby PAS (OPL musiała zapewnić - w ramach świadczenia usługi powszechnej - około 40 tysięcy PAS na terenie całego kraju).

Należy wskazać, iż OPL w stosunku do pozostałej części rynku posiadała niewspółmiernie większe możliwości do zapewnienia minimalnej liczby PAS (przy czym OPL realizowała PAS także przed obowiązkiem realizacji USO). Wymaganiom takim pozostała część rynku, jak wynika z przedstawionych danych liczbowych nie byłaby w stanie sprostać. Jednocześnie OPL w związku z realizacją PAS poniosła niewspółmierne w stosunku do pozostałej części rynku obciążenie. Utrzymywała usługę PAS w ramach świadczenia USO na terenie całego kraju, w okresie spadku jej popularności, gdy inni operatorzy o niewspółmiernie mniejszej skali działalności „zwijali PAS”, z uwagi na jej nierentowność. Mając zatem na uwadze tendencje na rynku telekomunikacyjnym według stanu na dzień 31 grudnia 2007 r., prawdopodobnie OPL, tak jak pozostała część rynku, dokonałaby likwidacji PAS na nierentownych obszarach i nierentownym abonentom (jak miało to miejsce w przypadku nadmiarowych PAS posiadanych przez OPL). Należy bowiem dodać, iż już po wydaniu Decyzji PAS ustalającej minimalną liczbę PAS w skali gmin składającą się łącznie na minimalną liczbę ok. 40 tys. PAS w skali kraju, OPL rzeczywiście rozpoczęła intensywną redukcję liczby nadmiarowych PAS. Jak wynika z Raportu USO, *„liczba aparatów publicznych TP sukcesywnie malała w kolejnych latach obowiązywania Decyzji PAS. Zaobserwowany został spadek liczby aparatów publicznych w 2007 r. o 13% w stosunku do 2006 r., natomiast w 2008 r. o 31,9 % w stosunku do roku poprzedniego. Należy stwierdzić, iż liczba aparatów publicznych TP pomiędzy rokiem 2006 a 2008 zmalała o 40,8 %. Należy przy tym zaznaczyć, że na powyższe miała wpływ wysokość minimalnej liczby aparatów publicznych określona w Decyzji PAS, która z poziomu ok. 70 tys. przed jej wydaniem została obniżona do ok. 40 tys. Liczba aparatów publicznych innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych spadła w 2007 r. o 11% w stosunku do stanu w 2006 r. Natomiast w 2008 r. nastąpił kolejny spadek o 10 % w stosunku do roku poprzedniego. Spadek liczby aparatów publicznych TP był znacznie wyższy niż w przypadku innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych pomiędzy rokiem 2006 a 2008 r. (odpowiednio o 40,8% i 20,5 %)”*.

Biorąc pod uwagę wszystkie wyżej przywołane okoliczności, w ocenie Prezesa UKE nie można uznać, aby fakt utrzymywania przez OPL większej ilości PAS niż minimalny poziom wynikający z Decyzji PAS mógł stanowić podstawę do uznania, iż koszt netto z tego tytułu nie stanowi nieuzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego.

Również okoliczność niezapewnienia w niektórych gminach wymaganej Decyzją PAS minimalnej liczby PAS, w ocenie Prezesa UKE nie może stanowić podstawy do odmowy przyznania OPL dopłaty z tytułu świadczenia usługi PAS. Należy bowiem wskazać, iż chodzi o znikomą liczbę przypadków, natomiast dla zdecydowanej większości gmin (na co wskazuje choćby łączna liczba PAS przewyższająca w skali kraju minimalnie wymaganą liczbę PAS wynikającą z Decyzji PAS) OPL utrzymywała co najmniej minimalnie wymaganą liczbę PAS.

Jednocześnie Prezes UKE zwraca uwagę, iż kwestia związana z dostępnością PAS nie może stanowić bezwzględnego argumentu, do odmowy przyznania dopłaty, z uwagi na zakwestionowanie tak skonstruowanego wniosku w Wyroku WSA i Wyroku NSA.

W myśl Wyroku WSA i Wyroku NSA *„niesprawiedliwe obciążenie, którego istnienie winno zostać stwierdzone przez krajowy organ regulacyjny przed wypłatą jakiegokolwiek rekompensaty, jest obciążeniem, które w przypadku każdego przedsiębiorstwa świadczącego usługę powszechną ma nadmierny charakter w świetle jego zdolności do udźwignięcia tego obciążenia, zważywszy na wszystkie jego swoiste cechy, a w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku”*.

Mając na uwadze powyższe Prezes UKE przeprowadził ponowną analizę całości materiału dowodowego, w tym w zakresie omawianej w niniejszym punkcie kwestii kosztu netto z tytułu PAS w odniesieniu do sytuacji gospodarczej i finansowej OPL w segmencie usługi PAS oraz udziału OPL w rynku PAS na tle pozostałych uczestników rynku w segmencie PAS. Informacje w tym zakresie wykazały znaczne i niewspółmierne na tle pozostałej części rynku obciążenie OPL w związku z realizacją obowiązku USO z tytułu PAS, co przyczyniło się do przyznania przez Prezesa UKE dopłaty z tytułu realizacji usługi PAS.

6.4 Usługi, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt – usługi OBN i OSA

Pierwsze polskie regulacje dotyczące usługi powszechnej zawarte zostały w Prawie telekomunikacyjnym z 2000 r.³⁴ Zgodnie z art. 49 tej ustawy zakres usługi powszechnej obejmował usługi telefoniczne, usługi faksowe, usługi transmisji danych w paśmie fonicznym za pomocą modemów oraz świadczenia dodatkowe takie jak biuro numerów, udogodnienia dla osób niepełnosprawnych oraz dostarczanie na żądanie abonenta szczegółowego wykazu wykonanych usług telekomunikacyjnych. Obowiązek świadczenia usługi OBN został nałożony na OPL decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty, (dalej „URTiP”) z dnia 30 września 2003 r. OPL wniosła o ponowne rozpatrzenie sprawy i o zmianę powyższej decyzji. Mając na uwadze przede wszystkim zmianę stanu prawnego spowodowaną wejściem w życie Pt 2004, Prezes URTiP wydał ponownie decyzję, utrzymującą nałożone wcześniej obowiązki. Ze względu na uchylenie w maju 2005 r. omawianej decyzji przez WSA, Prezes URTiP wydał w dniu 14 grudnia 2005 r. nową decyzję, którą ustalił, że OPL jest operatorem publicznej stacjonarnej sieci telefonicznej o największym udziale w rynku świadczenia usług powszechnych oraz określił szczegółowe warunki świadczenia usługi polegającej na udzielaniu informacji o numerach abonentów. Powyższa decyzja nie została przez OPL zaskarżona. OPL została zobowiązana do systematycznego przedstawiania informacji na temat postępów w negocjacjach z innymi przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, mających na celu zgromadzenie danych teled adresowych wszystkich abonentów publicznych sieci telefonicznych.

Pod koniec 2005 r. OPL prowadziła negocjacje z 31 przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Do dnia 30 czerwca 2006 r. odpowiednie dane przekazało 32 przedsiębiorców. Pomimo to, w maju 2006 r. OPL nie świadczyła kompletnego OBN, do którego była zobowiązana na podstawie Prawa telekomunikacyjnego z 2000 r. - operator nie stworzył do tego czasu pełnej bazy danych abonentów.

Od strony technicznej i organizacyjnej świadczenie usługi OBN było niezwykle utrudnione. Jak informował we wrześniu 2004 r. szef projektu CRM³⁵, przed wdrożeniem centralnego systemu CRM w OPL istniało 140 infolinii, korzystających z niemal 50 regionalnych punktów zbierania informacji³⁶. Praktycznie uniemożliwiało to zarządzanie informacją i prawidłowe świadczenie usług OBN.

Przechodząc do zagadnienia kosztu netto z tytułu OBN i OSA jako nieuzasadnionego obciążenia na tle stanu rynku telekomunikacyjnego w 2007 r., sytuacji finansowej OPL i OA, a także zmiany w działalności OPL po wprowadzeniu obowiązku świadczenia przez OPL usługi powszechnej OBN i OSA, należy w pierwszej kolejności wskazać, iż OPL w 2007 r. jako operator dominujący pod względem liczby łączów abonenckich posiadała 100% udział w segmencie OBN i OSA.

³⁴ Ustawa z dnia 21 lipca 2000 roku - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2000 r., nr 73, poz. 852).

³⁵ ang. *Customer Relationship Management* - zarządzanie relacjami z klientami.

³⁶ <http://ceo.cxo.pl/artykuly/44266/Czarna.polewka.dla.Blekitnej.Linii.html>.

Od dnia wydania przez Prezesa UKE pierwszych decyzji określających zakres i warunki przekazywania do OPL przez dostawców usług danych swoich abonentów na potrzeby świadczenia OBN i OSA przez dostawców usług objętych tymi decyzjami w wyniku tego procesu, jak również na podstawie wcześniej zawartych umów przez OPL z dostawcami usług, bez udziału Prezesa UKE, zostały do OPL przekazane dane około 98% abonentów wszystkich dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych. Z końcem 2007 r. uruchomiona została kompleksowa usługa OBN. W odniesieniu zaś do obowiązku, który nakłada na OPL świadczenie OSA, należy stwierdzić, iż OPL wydała w listopadzie 2007 r. niekompletne OSA, które obejmowało dane abonentów tych dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych działających na obszarze Polski, którzy do dnia 31 lipca 2007 r. przekazali te dane do OPL w celu publikacji.

Na dzień 30 czerwca 2006 r. liczba przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy przekazali dane teled adresowe na potrzeby świadczenia usługi polegającej na udzielaniu informacji o numerach abonentów obejmowała 32 podmioty. OPL nie zawarła odpowiednich umów niezbędnych dla celów świadczenia usługi polegającej na udzielaniu informacji o numerach abonentów wszystkich publicznych sieci telefonicznych. Według Raportu USO, OPL wskazywała na brak porozumienia w prowadzonych negocjacjach z dostawcami usług lub nie ustosunkowaniem się do propozycji OPL dotyczących zawarcia umowy przez poszczególnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

Według Raportu USO, na dzień 31 grudnia 2007 r., liczba przedsiębiorców telekomunikacyjnych, z którymi zostały zawarte umowy dotyczące udostępniania danych na potrzeby OBN obejmowała 57 podmiotów, natomiast na potrzeby świadczenia OSA, OPL zawarła z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi 45 umów. Dodatkowo OPL poinformowała, iż do dnia 31 grudnia 2007 r. 45 przedsiębiorców udostępniło OPL dane swoich abonentów na potrzeby OBN, a 31 na potrzeby OSA. Począwszy od dnia 16 sierpnia 2007 r., czyli od dnia wydania przez Prezesa UKE pierwszych decyzji określających zakres i warunki przekazywania do OPL przez dostawców usług danych swoich abonentów, rozpoczął się proces przekazywania danych na potrzeby świadczenia OBN i OSA przez dostawców usług objętych tymi decyzjami. W wyniku tego procesu, jak również na podstawie wcześniej zawartych umów przez OPL z dostawcami usług, bez udziału Prezesa UKE, zostały do OPL przekazane dane ok. 98% abonentów wszystkich dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych.

Według Raportu USO, w odniesieniu do obowiązku, który nakłada na OPL wydawanie OSA, należy stwierdzić, iż OPL co prawda wydała w listopadzie 2007 r. OSA, jednakże był on niekompletny, zawierał on dane abonentów jedynie tych dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych działających na obszarze Polski, którzy do dnia 31 lipca 2007 r. przekazali dane swoich abonentów do publikacji. Spis ten został wydany w formie elektronicznej na płytach CD i DVD i był udostępniany bezpłatnie abonentom, którzy złożyli stosowne zamówienie. Nie nastąpiła zatem pełna realizacja nałożonego obowiązku.

Liczba podpisanych przez OPL umów na potrzeby świadczenia OBN/OSA

Liczba podpisanych przez TP umów na potrzeby świadczenia OBN/OSA							
2006 r.		2007 r.		2008 r.		2009 r.	
OBN	OSA	OBN	OSA	OBN	OSA	OBN	OSA
32	brak	57	45	82	72	91	89

W konsekwencji braku kompleksowego wypełnienia w roku 2006 obowiązku OBN, w tym, w zakresie braku realizacji ww. obowiązku świadczenia usługi OBN za taką samą opłatę, decyzją z dnia 14 września 2006 r., Prezes UKE nałożył na OPL karę pieniężną w wysokości

3 000 000,00 zł za niezrealizowanie usługi OBN oraz decyzją z dnia 31 grudnia 2009 r. Prezes UKE nałożył na OPL karę pieniężną w wysokości 500 000,00 zł³⁷, stwierdzając, że w dalszym ciągu nie wszyscy użytkownicy mają dostęp do usługi OBN za taką samą opłatę.

Przekazanie przez ostatnich już dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych do bazy danych OBN i OSA danych swoich abonentów, jak również ich bieżące uaktualnianie, umożliwiło z końcem 2007 r. uruchomienie przez OPL kompletnego OBN, a od 2008 roku wydanie kompletnego OSA.

Mając na uwadze wszystko powyższe należy wyraźnie podkreślić, iż w związku z utrzymującymi się niekorzystnymi zjawiskami (ww.) na rynku usług OBN i OSA (utrudniona współpraca z innymi operatorami), obciążenia z tytułu ich świadczenia ponosiła jedynie OPL, ze względu na jej dominujący udział w rynku usług OBN i OSA (100%) i ciążący na niej obowiązek zapewnienia dostępu na terenie całego kraju.

Mając na uwadze stwierdzenia pochodzące z Raportu USO należy wskazać, iż na podstawie sprawozdawczości Prezesa UKE dokonanej w efekcie monitoringu realizacji obowiązków realizacji usługi OBN i OSA, OPL na dzień 31 grudnia 2007 r. wypełniła obowiązek OBN i częściowo obowiązek OSA. W związku z tym faktem OPL złożyła wniosek o dopłatę. Natomiast wobec braku kompleksowego wykonania usługi OSA, Prezes UKE podjął działania polegające na nałożeniu kar pieniężnych.

Jednocześnie Prezes UKE zwraca uwagę, iż kwestia związana z dostępnością OBN i OSA nie może stanowić bezwzględного argumentu, do odmowy przyznania dopłaty, z uwagi na zakwestionowanie tak skonstruowanego wniosku w Wyroku WSA i Wyroku NSA.

W myśl Wyroku WSA i Wyroku NSA „*niesprawiedliwe obciążenie, którego istnienie winno zostać stwierdzone przez krajowy organ regulacyjny przed wypłatą jakiegokolwiek rekompensaty, jest obciążeniem, które w przypadku każdego przedsiębiorstwa świadczącego usługę powszechną ma nadmierny charakter w świetle jego zdolności do udźwignięcia tego obciążenia, zważywszy na wszystkie jego swoiste cechy, a w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku*”.

Mając na uwadze powyższe Prezes UKE przeprowadził ponowną analizę całości materiału dowodowego, w tym w zakresie omawianej w niniejszym punkcie kwestii kosztu netto z tytułu OBN i OSA jako uzasadnionego obciążenia, a także dokonał analizy sytuacji OPL w segmencie usługi OBN i OSA, jak również udziału OPL w rynku OBN i OSA na tle pozostałych uczestników rynku w segmencie OBN i OSA. Informacje w tym zakresie wykazały znaczne i nie proporcjonalne na tle pozostałej części rynku obciążenie OPL w związku z realizacją obowiązku USO z tytułu OBN i OSA, co przyczyniło się do przyznania przez Prezesa UKE dopłaty z tytułu realizacji tej usługi.

Mając na uwadze stan faktyczny sprawy zakończonej uchyloną decyzją wyraźnego podkreślenia wymaga, iż uchylona decyzja rozstrzygała w zakresie postępowania administracyjnego w przedmiocie dopłaty do kosztu netto świadczenia usługi powszechnej w roku 2007 (za okres od dnia 1 stycznia 2007 r. do dnia 31 grudnia 2007 r.).

Zgodnie z § 5 ust. 2 rkn, OPL kalkulując koszt netto zobowiązana była uwzględnić zdarzenia jakie miały miejsce historycznie na przestrzeni zakończonego roku, w którym koszt ten wystąpił. Dodatkowo, doktryna prawa wskazuje, iż „Koszt netto jest ustalany w okresie roku kalendarzowego, przy czym jeśli działalność przedsiębiorcy była prowadzona przez część

³⁷ <http://uke.gov.pl/nalozone-kary-936>.

roku, nie stanowi to przeszkody do wystąpienia o dopłatę po zakończeniu tego roku, w którym działalność była prowadzona. Zgodnie z § 5 ust. 2 rkn, koszt netto oblicza się na dzień kończący rok kalendarzowy, w którym zgodnie z oświadczeniem przedsiębiorcy wyznaczonego ten koszt wystąpił”.

W świetle powyższego, także Prezes UKE przeprowadzając weryfikację i analizę kosztu netto USO, w omawianym przypadku usług OBN i OSA, oparł się na danych służących za podstawę obliczenia kosztu netto pochodzących z zakończonego roku obrotowego 2007. W postępowaniu zakończonym uchyloną decyzją, jak również w trakcie niniejszego postępowania, Prezes UKE wziął pod uwagę stan faktyczny obejmujący zdarzenia z zakończonego roku obrotowego 2007. Natomiast, Prezes UKE, w kontekście Wniosku, nie prowadził analizy mającej na celu ocenę sytuacji na rynku telekomunikacyjnym, z okresu innego niż ten, którego dotyczył Wniosek tj. zakończonego roku obrotowego 2007, a w szczególności sytuacji po wygaśnięciu obowiązku świadczenia USO 2006-2011. Okoliczności jakie miały miejsce w okresie innym niż zakres Wniosku nakreślony przepisami prawa, nie dotyczą przedmiotu niniejszego postępowania w związku z czym analiza taka wykracza poza wskazany przepisami prawa „czasokres” i nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Zdarzenia z okresu innego niż rok 2007 nie miały wpływu na wysokość kosztu netto za rok 2007.

Odnosząc zatem powyższe do kwestii usługi OBN i OSA Prezes UKE wskazuje, iż za bezpodstawne należałoby uznać zatem wszelkie ewentualne opinie (gdyby takowe się pojawiły), iż koszt netto poniesiony w roku 2006 nie jest nieuzasadnionym obciążeniem OPL, z uwagi na fakt, iż OPL nie zrezygnowała ze świadczenia OBN i OSA pomimo braku obowiązków USO po roku 2011. Argumentacja taka nie tylko byłaby sprzeczna z przepisami rkn, ale także pozbawiona byłaby jakiegokolwiek logiki w zaistniałej chronologii zdarzeń.

Odnosząc się natomiast do kwestii, realizacji przez OPL usługi OBN i OSA po roku 2011, pomimo braku obowiązku USO, (co jak zostało wskazane powyżej, nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy), Prezes UKE ocenia utrzymanie przez OPL oferty usług OBN i OSA (obejmujących swoim zakresem i abonentów będących osobami fizycznymi (konsumentów), i abonentów instytucjonalnych), jako bezpiecznik przed ryzykiem wzrostu wskaźnika CHURN OPL oraz utratą przychodu z usług komercyjnych takich jak połączenia telefoniczne, które jednak stanowią podstawową usługę względem usługi OBN i OSA (usługi dodatkowe).

Jak wynika z raportów rynkowych usługa OBN (i w mniejszym stopniu usługa OSA) jako usługi będące udogodnieniem w sieci stacjonarnej OPL, spotkały się z pewnym zainteresowaniem użytkowników końcowych. Zatem, mając na uwadze, użytkowników końcowych OPL wszelkie pogorszenie warunków, a za takie należałoby uznać podwyższenie cen za OBN i OSA czy też usunięcie z oferty tych udogodnień oznacza, rezygnację abonenta z umowy bez konieczności zwrotu jakichkolwiek ulg, a w konsekwencji wzrost wskaźnika CHURN³⁸ i spadek wskaźnika ARPU³⁹.

Pogorszenie warunków, jednego z elementów oferty telefonicznej (poprzez ograniczenie wachlarza popularnych usług lub wzrostu cen usług) oznacza potencjalnie dodatkową stratę dla OPL. Zatem utrzymanie przez OPL usług OBN i OSA, mimo braku obowiązku należy w ocenie Prezesa UKE oceniać jako ochrona przed ponoszeniem dalszych obciążeń w wyniku utraty przychodów niż jako osiągnięcie wartości dodanej na tych usługach.

³⁸ churn rate – wskaźnik migracji klientów; wskaźnik procentowy odnoszący się do liczby klientów, którzy rezygnują z usług danej firmy.

³⁹ skrót z ang. average revenue per user - średni przychód na użytkownika.

Ponadto, także Prezes UKE wskazuje, iż realizację przez OPL usługi OBN i OSA po roku 2011, pomimo braku obowiązku USO, należy interpretować jako konsekwencję ekonomicznej nieefektywności. OPL przeznaczyła znaczne środki na realizację usług, które mogą być zwrócone w perspektywie długookresowej. Zatem w celu odzyskania kosztów związanych z implementacją systemów do obsługi OBN i OSA, OPL realizuje USO pomimo braku zobowiązania w tym zakresie.

Mającą na uwadze wyżej wskazane okoliczności, a mianowicie iż OPL zrealizowała obowiązek OBN i częściowo OSA, wniosek o dopłatę w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie, zaś powstały z tego tytułu koszt netto 11 529 324 zł należy uznać za nieuzasadnione obciążenie.

7. Podsumowanie wysokości dopłaty do kosztu netto wynikającej z niniejszej decyzji oraz Decyzji USO

Biorąc pod uwagę powyższe, Prezes UKE uznał poniesione przez OPL koszty stanowią nieuzasadnione obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego i postanowił o przyznaniu dopłaty w tym zakresie. Jak już wskazano wcześniej, w odniesieniu do usług OBN i OSA wysokość kosztu netto zweryfikowanego przez Prezesa UKE (bez uwzględnienia korzyści pośrednich) wyniosła (~~☒~~ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 29** ~~☒~~), natomiast w przypadku usługi PAS (bez uwzględnienia korzyści pośrednich) wyniosła (~~☒~~ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 30** ~~☒~~). Prezes UKE przeliczył wartość kosztu netto przypisanego do usług OBN i OSA oraz usługi PAS stanowiącego różnicę między kosztami i przychodami związanymi ze świadczeniem tych usług, oraz wartością korzyści pośrednich związanych z usługami OBN i OSA oraz usługą PAS.

Natomiast biorąc pod uwagę fakt, iż jak zostało omówione w pkt 6.2. decyzji, Prezes UKE uznał, iż zweryfikowany koszt netto w zakresie usług przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt) nie stanowił nieuzasadnionego (niesprawiedliwego) obciążenia OPL i odmówił przyznania dopłaty w tym zakresie, wysokość dopłaty do kosztu netto zweryfikowanego przez Prezesa UKE z uwzględnieniem odpowiednio alokowanych korzyści pośrednich obrazuje poniższa tabela:

Tabela nr 7. Wysokość dopłaty do kosztu netto zweryfikowanego przez Prezesa UKE

Składnik usługi powszechnej	Dopłata po uwzględnieniu korzyści pośrednich
Usługa przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt)	0,00 zł
OBN i OSA (art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt)	11 529 324,00 zł
Publiczne aparaty samoinkasujące (art. 81 ust. 1 pkt 6 Pt)	35 736 835,32 zł
Suma	47 266 159,32 zł

Źródło: Opracowanie własne UKE.

Prezes UKE, uwzględniając przedstawione wyżej wartości stwierdził, iż dopłata do kosztu netto za okres od 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. z tytułu świadczenia usług OBN i OSA wynosi 11 529 324,00 zł, natomiast z tytułu świadczenia usługi PAS wynosi 35 736 835,32 zł, co daje łączną kwotę dopłaty przyznanej decyzją w wysokości 47 266 159,32 zł.

W związku z powyższym, w odniesieniu do usług wchodzących w skład usługi powszechnej, Prezes UKE decyzją:

- przyznał OPL dopłatę do kosztów świadczenia usługi udzielania informacji o numerach telefonicznych oraz udostępniania spisów abonentów, za okres od dnia od 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. w wysokości 11 529 324,00 zł,
- przyznał OPL dopłatę do kosztów świadczenia usługi świadczenie usługi publicznych aparatów samoinkasujących za okres od 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. w wysokości 35 736 835,32 zł
- odmówił przyznania dopłaty do kosztów świadczenia przez OPL usługi przyłączenia pojedynczego zakończenia sieci w głównej lokalizacji abonenta z wyłączeniem sieci cyfrowej z integracją usług, (ISDN), usługi utrzymania łącza abonenckiego z zakończeniem sieci w głównej lokalizacji w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz usługi połączenia telefoniczne krajowe i międzynarodowe, w tym do sieci ruchomych, obejmującej także zapewnienie transmisji dla faksu oraz transmisji danych, w tym połączenia do sieci Internet.

Natomiast w zakresie dopłaty do świadczenia usługi udogodnień dla osób niepełnosprawnych, z wyłączeniem aparatów publicznych przystosowanych dla osób niepełnosprawnych, mocą Decyzji USO w pkt 1 (rozstrzygnięcie to nie zostało uchylone w wyniku prawomocnego Wyroku WSA) OPL została przyznana dopłata w kwocie 1 269 111 zł.

8. Odpowiedź Prezesa UKE na argumenty wskazane w stanowiskach zgłaszanych w trakcie postępowania

Prezes UKE rozstrzygając w sprawie dokonał analizy wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 6 czerwca 2011 r. złożonego przez OPL, stanowiska OPL z dnia 30 marca 2017 r. oraz stanowisk PIIT (z dnia 22 listopada 2010 r. i z dnia 4 lutego 2011 r.), a także stanowiska KIGeiT (z dnia 15 listopada 2010 r., z dnia 16 lutego 2011 r. oraz z dnia 16 stycznia 2017 r.), które izby będące stronami postępowania przedstawiły w trakcie jego trwania.

W pierwszej kolejności Prezes UKE odnieść się do kwestii podniesionych w stanowisku KIGeiT z dnia 16 stycznia 2017 r. oraz stanowisku OPL z dnia 30 marca 2017 r., jako do stanowisk najnowszych i odnoszących się do aktualnego stanu faktycznego, a więc stanu faktycznego po prawomocnym Wyroku WSA.

KIGeiT wskazała, iż w świetle art. 153 ppsa, Prezes UKE jest związany Wyrokiem NSA. KIGeiT wskazała, iż art. 153 ppsa ma charakter bezwzględnie obowiązujący. KIGeiT przywołała treść Wyroku NSA w zakresie dotyczącym:

- wskazania, iż w sprawie nie ma zastosowania instytucja milczącego rozstrzygnięcia, o której mowa w art. 11 ust. 9 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1829 z późn. zm.);
- przesłanek stanowiących przyczynę odmowy przyznania dopłaty OPL w kontekście przesłanki niesprawiedliwego obciążenia;
- konieczności wzięcia pod uwagę przesłanek ustalonych w wyroku TSUE z dnia 6 października 2010 r. w sprawie C-222/08.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę fakt, iż pozostałe zarzuty kierowane przez OPL w toku postępowania odwoławczego okazały się bezpodstawne, KIGeiT wskazała, iż kluczowa pozostała kwestia zastosowania art. 96 ust. 4 Pt w kontekście jakości i dostępności usług wchodzących w skład usługi powszechnej oraz kwestie ekonomiczne, w szczególności zaś jakość urządzeń OPL, sytuacja gospodarcza i finansowa OPL oraz udział rynkowy OPL.

KIGEiT wskazała, iż Prezes UKE nie może stwierdzić, że świadczenie usługi powszechnej jest faktycznie niesprawiedliwym obciążeniem podlegającym rekompensacie, nie dokonawszy wcześniej obliczenia kosztu netto wynikającego z tego obciążenia oraz nie oceniwszy, czy ów koszt stanowi nadmierne obciążenie dla tego przedsiębiorstwa. Z kolei niesprawiedliwe obciążenie, którego istnienie winno zostać stwierdzone przez Prezesa UKE przed wypłatą jakiegokolwiek rekompensaty, jest obciążeniem, które w przypadku każdego przedsiębiorstwa świadczącego usługę powszechną ma nadmierny charakter w świetle jego zdolności do udźwignięcia tego obciążenia, zważywszy na wszystkie jego swoiste cechy, a w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku. Zdaniem KIGEiT, jedną z powyższych przesłanek jest również jakość usługi powszechnej.

W odniesieniu do podniesionej przez KIGEiT kwestii związania Prezesa UKE rozstrzygnięciem wynikającym z Wyroku WSA, utrzymanym następnie Wyrokiem NSA w świetle art. 153 ppsa, Prezes UKE wskazuje, iż w pkt 1.1. decyzji przedstawił szczegółową analizę stanu formalnoprawnego oraz skutków Wyroku WSA i Wyroku NSA, w których wskazał m.in., iż kwestia bezwzględного związania oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w obu orzeczeniach jest bezdyskusyjna. W decyzji Prezes UKE dokonał, z uwzględnieniem bezwzględnie wiążących wytycznych wynikających z Wyroku WSA oraz Wyroku NSA, ponownej oceny i rozstrzygnięcia w zakresie oceny, czy zweryfikowany koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie (pkt 6 uzasadnienia decyzji), a więc w pełni zrealizował dyspozycje wynikające z treści Wyroku WSA i Wyroku NSA.

Zgodzić się również należy z twierdzeniami KIGEiT, iż kluczowa w postępowaniu pozostała kwestia zastosowania art. 96 ust. 4 Pt w kontekście jakości i dostępności usług wchodzących w skład usługi powszechnej oraz kwestie ekonomiczne, w szczególności zaś jakość urządzeń OPL, sytuacja gospodarcza i finansowa OPL oraz udział rynkowy OPL, a także że Prezes UKE nie może stwierdzić, że świadczenie usługi powszechnej jest faktycznie niesprawiedliwym obciążeniem podlegającym rekompensacie, nie dokonawszy wcześniej obliczenia kosztu netto wynikającego z tego obciążenia oraz nie oceniwszy, czy ów koszt stanowi nadmierne obciążenie dla tego przedsiębiorstwa. W decyzji Prezes UKE dokonał zarówno analizy dokumentacji stanowiącej podstawę obliczenia kosztu netto (pkt 2 uzasadnienia decyzji), weryfikacji kosztu netto (pkt 3 uzasadnienia decyzji), analizy dotyczącej korzyści pośrednich (pkt 4 uzasadnienia decyzji) oraz finalnie wyznaczył wartość kosztu netto (pkt 5 uzasadnienia decyzji). Następnie, dla tak uzyskanej wartości kosztu netto, Prezes UKE dokonał w pkt 6 decyzji oceny, czy zweryfikowany koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie OPL (art. 96 ust. 4 Pt). Dokonując takiej oceny, Prezes UKE kierował się oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w Wyroku WSA i Wyroku NSA, w tym m.in. w zakresie przesłanek stanowiących przyczynę odmowy przyznania dopłaty OPL w kontekście przesłanki niesprawiedliwego obciążenia jak i w zakresie konieczności wzięcia pod uwagę przesłanek ustalonych w Wyroku TSUE, na co wskazywała KIGEiT w stanowisku z dnia 16 stycznia 2017 r.

W odniesieniu do kwestii jakościowych, KIGEiT zwróciła uwagę, iż usługą powszechną jest zestaw usług oferowanych wszystkim użytkownikom o określonej jakości. KIGEiT zwróciła uwagę, iż OPL w jej ocenie nie zapewniła usług o takich cechach, tj. spełniających parametry jakościowe, nie zapewniła wystarczającej liczby PAS oraz nie świadczyła dla wszystkich użytkowników usług OBN i OSA. KIGEiT powołała się na dane jakościowe związane z wskaźnikiem dostępności usługi powszechnej w zakresie wskaźnika czasu oczekiwania na przyłączenie do sieci, liczby uszkodzeń na 100 łączy abonenckich oraz czasu oczekiwania na naprawę. KIGEiT podniosła również, iż „*obowiązek świadczenia usługi OBN i OSA zaczął*

być realizowany dopiero pod koniec 2007 roku”. W zakresie PAS, KIGEiT wskazała na okoliczność niezapewnienia przez OPL w niektórych gminach wymaganej liczby aparatów, utrzymując jednocześnie dużą liczbę aparatów nadmiarowych. W ocenie KIGEiT powyższe oznacza, iż OPL nie wypełniała warunków usługi powszechnej, przy czym brak jest podstaw do przyjęcia jakoby wyłącznym instrumentem w zakresie sankcjonowania należytej jakości lub dostępności usługi powszechnej była możliwość nałożenia kary pieniężnej.

W odniesieniu do podniesionych przez KIGEiT okoliczności związanych z parametrami jakościowymi świadczonych przez OPL usług wchodzących w skład usługi powszechnej, KIGEiT zwróciła uwagę, iż OPL w jej ocenie nie zapewniła usług o takich cechach, tj. spełniających parametry jakościowe, nie zapewniła wystarczającej liczby PAS oraz nie świadczyła dla wszystkich użytkowników usług OBN i OSA. KIGEiT powołała się na dane jakościowe związane z wskaźnikiem dostępności usługi powszechnej w zakresie wskaźnika czasu oczekiwania na przyłączenie do sieci, liczby uszkodzeń na 100 łączy abonenckich oraz czasu oczekiwania na naprawę. KIGEiT podniosła również, iż *„obowiązek świadczenia usługi OBN i OSA zaczął być realizowany dopiero pod koniec 2007 roku*”. W odniesieniu do powyższego, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż biorąc pod uwagę fakt, iż w decyzji Prezes UKE odmówił przyznania dopłaty do kosztów świadczenia przez OPL w zakresie usług przyłączenia, utrzymania łączy oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt), za bezprzedmiotową należy uznać argumentację KIGEiT odnoszącą się do wskaźników dostępności usługi powszechnej w zakresie wskaźnika czasu oczekiwania na przyłączenie do sieci, liczby uszkodzeń na 100 łączy abonenckich oraz czasu oczekiwania na naprawę. Wskaźniki te są bowiem związane z usługami przyłączenia, utrzymania łączy oraz połączeń telefonicznych, za które Prezes UKE, z przyczyn omówionych szczegółowo w pkt 6.2. decyzji, odmówił przyznania OPL dopłaty. Biorąc pod uwagę treść rozstrzygnięcia, zasadne jest odniesienie się jedynie do zarzutów KIGEiT odnoszących się do usług OBN/OSA oraz usługi PAS, tj. usług do których kosztów świadczenia Prezes UKE przyznał w decyzji dopłatę.

Zgodnie z § 3 pkt 3) rkn, koszt netto kalkuluje się dla usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt – usługi udzielania informacji o numerach telefonicznych oraz udostępniania spisów abonentów.

W dokumencie *„Kalkulacja kosztu netto usług wchodzących w skład usługi powszechnej, świadczonych przez TP” (dalej „Opis kkn”)*, Rozdział 5.2 *„Koszt netto świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 ustawy” str. 43-44*, OPL wskazała, iż zgodnie z § 3 pkt 3) rkn, koszt netto kalkuluje się dla usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt – usługi OBN oraz OSA.

OPL wyjaśniła, iż na podstawie § 5 ust. 2 rkn, do kosztu netto świadczenia usługi, OBN i OSA zaliczono koszty bezpośrednio związane ze świadczeniem usługi:

- połączeń przychodzących od abonentów OPL do usługi OBN OPL,
- połączeń przychodzących od innych operatorów do usługi OBN OPL,
- udostępniania spisów abonentów,

których OPL nie poniosłaby, gdyby nie świadczyła tych usług, jako przedsiębiorca wyznaczony w 2007 roku.

Dla połączeń przychodzących do OBN od abonentów OPL oraz od innych operatorów koszty te obliczono na podstawie:

- kosztów jednostkowych usług,
- liczby minut połączeń przychodzących od abonentów OPL do usługi OBN OPL w 2007 roku,
- liczby minut połączeń przychodzących od innych operatorów do usługi OBN OPL w 2007 roku.

Dla usługi udostępniania spisów abonentów koszt jest równy kosztowi modelowego elementu sieci „spisy abonentów”.

W Opisie kkn OPL, wyjaśniła, iż w okresie 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. OPL udostępniała abonentom spisy abonentów w ramach opłaty miesięcznej, dlatego koszt dostarczania spisów zawarty został w koszcie usługi abonament. Koszt ten, dla abonentów planu tp socjalny za okres 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. uwzględniono w koszcie świadczenia grupy usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt (czyli usługi przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych).

Ponadto, w Opisie kkn OPL wyjaśniła, iż usługę OSA OPL realizowała w przedmiotowym okresie, zlecając produkcję spisów firmie zewnętrznej. OPL wyjaśniła, iż nie osiągała żadnych przychodów ze sprzedaży reklam w spisach abonentów (przychody wyniosły zero), tego typu przychody nie są więc uwzględnione w kalkulacji kosztu netto usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt.

Podsumowując, w kalkulacji kosztu netto świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 ustawy, świadczonej przez OPL jako przedsiębiorcę wyznaczonego w okresie 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. uwzględniono przychody i koszty świadczenia usługi udzielania informacji o numerach telefonicznych, który to obowiązek OPL wypełniała w przedmiotowym okresie poprzez świadczenie usługi OBN OPL, oraz koszty świadczenia usługi OSA w 2007 r.

Tabela nr 8. Koszt netto świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt, w okresie 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. (dane w zł netto) OBN OPL

Usługa	Przychód w okresie 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. (zł/netto)	Koszt w okresie 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. (zł/netto)
Połączenia przychodzące od abonentów OPL do usługi OBN OPL		
Połączenia przychodzące od innych operatorów do usługi OBN OPL		
Sprzedaż, udostępnienie i publikacja OSA		
Suma		
Różnica pomiędzy kosztem a przychodem		-11 529 324
Korzyści pośrednie w okresie 1 stycznia 2007 r. - 31 grudnia 2007 r.		nie wystąpiły
KOSZT NETTO USŁUGI Biuro Numerów TP		- 11 529 324

Źródło: UKE na podstawie danych OPL

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 31 ~~☒~~.)

Tabela nr 9. Szczegółowa kalkulacja kosztu netto świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt, w okresie 1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r. (dane w zł netto) OBN OPL

OBN i OSA	1 stycznia 2007 r. – 31 grudnia 2007 r.
-----------	---

	[min.]
liczba minut połączeń przychodzących od abonentów TP	
liczba minut połączeń przychodzących od innych operatorów	
	[zł netto]
Połączenia przychodzące od abonentów OPL do usługi OBN OPL	
Połączenia przychodzące od innych operatorów do usługi OBN OPL	
Sprzedaż, udostępnienie i publikacja OSA	
PRZYCHODY RAZEM	
	[zł netto]
Połączenia przychodzące od abonentów OPL do usługi OBN OPL	
Połączenia przychodzące od innych operatorów do usługi OBN OPL	
Sprzedaż, udostępnienie i publikacja OSA	
KOSZTY RAZEM	
	[zł netto]
Wynik na połączeniach przychodzących od abonentów TP	
Wynik na połączeniach przychodzących od innych operatorów	
Wynik spisów abonentów	
W Y N I K I (przychody - koszty)	- 11 529 324

Źródło: UKE na podstawie danych OPL

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 32 ~~☒~~.)

W myśl wyjaśnień OPL na podstawie § 5 ust. 2 rkn, do kosztu netto świadczenia usługi, OBN i OSA zaliczono koszty bezpośrednio związane ze świadczeniem usługi.

W tym miejscu Prezes UKE wskazuje, iż w 2006 r. (w okresie od 8 maja 2006 r. do 31 grudnia 2006 r.) obowiązek OSA nie został wypełniony (nawet w części), OPL nie miała podstaw, aby wnioskować o dopłatę z tytułu kosztu netto świadczenia tej usługi.

Nastąpiło to w 2007 r. niekompletne OSA (udostępniane abonentom bezpłatnie) wydane zostało w listopadzie 2007 r. i obejmowało dane abonentów tych dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych działających na obszarze Polski, którzy do dnia 31 lipca 2007 r. przekazali te dane do TP (obecnie OPL) w celu publikacji.

W 2006 r. OPL nie realizowała także kompleksowego obowiązku OBN. W konsekwencji braku kompleksowego wypełnienia w roku 2006 obowiązku OBN, w tym, w zakresie braku realizacji ww. obowiązku świadczenia usługi OBN za taką samą opłatę, decyzją z dnia 14 września 2006 r., Prezes UKE nałożył na OPL karę pieniężną w wysokości 3 mln zł za niezrealizowanie usługi OBN oraz decyzją z dnia 31 grudnia 2009 r. Prezes UKE nałożył na OPL karę pieniężną w wysokości 0,5 mln zł⁴⁰, stwierdzając, że w dalszym ciągu nie wszyscy użytkownicy mają dostęp do usługi OBN za taką samą opłatę.

W odniesieniu natomiast do usługi OBN należy wskazać, iż od dnia wydania przez Prezesa UKE pierwszych decyzji określających zakres i warunki przekazywania do OPL przez dostawców usług danych swoich abonentów na potrzeby świadczenia OBN i OSA przez dostawców usług objętych tymi decyzjami w wyniku tego procesu, jak również na podstawie wcześniej zawartych umów przez OPL z dostawcami usług, bez udziału Prezesa UKE, zostały do OPL przekazane dane około 98% abonentów wszystkich dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych. Z końcem 2007 r. uruchomiona została kompleksowa usługa OBN.

⁴⁰ <http://uke.gov.pl/nalozone-kary-936>

Poniżej Prezes UKE przedstawia dane o liczbie podpisanych przez OPL z innymi przedsiębiorcami umów dotyczących udostępniania danych na potrzeby OBN i OSA:

Tabela nr 10. Liczba podpisanych przez OPL umów na potrzeby świadczenia OBN/OSA

Liczba podpisanych przez TP umów na potrzeby świadczenia OBN/OSA							
2006 r.		2007 r.		2008 r.		2009 r.	
OBN	OSA	OBN	OSA	OBN	OSA	OBN	OSA
32	brak	57	45	82	72	91	89

Źródło: Raport USO

Mając na uwadze dane za 2007 r. pochodzące z Raportu USO należy wskazać, iż na podstawie sprawozdawczości Prezesa UKE dokonanej w efekcie monitoringu realizacji obowiązków realizacji usługi OBN i OSA, nie można kategorycznie stwierdzić, iż OPL nie wypełniła obowiązku OSA w ogóle. OPL zrealizowała w 2007 r. obowiązek OBN w pełni oraz w części obowiązek OSA i w związku z tym faktem złożyła wniosek o dopłatę.

Odnosząc się do kwestii parametrów jakościowych i przywołanej przez KIGEiT argumentacji w tym zakresie, jako potwierdzenie nie osiągnięcia przez OPL wskaźników dostępności i jakości usługi OBN i OSA, należy wskazać, iż nie zasługuje ona na uwzględnienie. Wyjaśnienia bowiem wymaga, iż parametry przywołane przez KIGEiT, jako nie wykonane przez OPL odnoszą się do usług z art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt, nie zaś do usług o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt (tu: OBN i OSA). Należy wskazać, iż Raport USO, „Rozdział 4.3.1 Realizacja wskaźników jakości w latach 2006 – 2009” w odniesieniu do usługi OBN wskazuje, iż wskaźnik jakim jest „czas oczekiwania na zgłoszenie się informacji o numerach telefonicznych (średni czas oczekiwania) ujęciu krajowym osiągnął w 2006 - 23,50 sekundy, podczas gdy wymagany decyzjami Prezesa UKE wskaźnik wynosił nie więcej niż 30 sekund”. Zatem wskaźnik ten nie tylko został wykonany, w zakresie realizacji usługi OBN i OSA, ale przekroczył wymagania wynikające z decyzji Prezesa UKE.

W kontekście powyższego o ile, w odniesieniu do usług z art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt, argumentacja KIGEiT znajduje zastosowanie, faktycznie w odniesieniu do tej grupy usług wiele wskaźników nie zostało dostatecznie spełnionych, to w przypadku usług z art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt argumentacja KIGEiT jest nietrafiona.

W odniesieniu natomiast do usługi PAS i wskazania przez KIGEiT na okoliczność niezapewnienia przez OPL w niektórych gminach wymaganej liczby aparatów oraz utrzymywania jednocześnie dużej liczby aparatów nadmiarowych, w pierwszej kolejności należy wskazać, iż OPL została wyznaczona Decyzją Wyznaczającą m.in. do świadczenia „usługi świadczenia usług telefonicznych za pomocą aparatów publicznych”. Natomiast dopiero Decyzją PAS (wydaną w dniu 15 listopada 2006 r.) określiła szczegółowe wymagania ilościowe dotyczące ilości wymaganych PAS. Minimalna liczba aparatów publicznych określona została Decyzją PAS jako jeden aparat publiczny na 950 mieszkańców, w tym 1 aparat publiczny przystosowany dla osób niepełnosprawnych na 2 tys. mieszkańców – na obszarze poszczególnych gmin. Wskazać przy tym należy, iż jak wynika z danych zawartych w Raporcie USO, w 2007 r. OPL posiadała 65,9 tys. PAS na terenie całego kraju. Teoretycznie można by zatem uznać, iż OPL, zgodnie z twierdzeniem zawartym w stanowisku KIGEiT, „utrzymywała dużą liczbę aparatów nadmiarowych”. W ocenie Prezesa UKE trudno jednak z tego faktu czynić zarzut OPL w kontekście zasadności przyznania OPL przyznania kwoty dopłaty OPL z tego tytułu. Decyzją PAS określiła bowiem, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 88 Pt, jedynie „minimalną” liczbę PAS na obszarze poszczególnych gmin, co biorąc pod uwagę łączną ilość gmin, składało się na liczbę ok. 40 tys. PAS w skali kraju, przy czym decyzja ta, co zostało wskazane powyżej,

została wydana dopiero w listopadzie 2006 r., a więc już po nałożeniu na OPL Decyzją Wyznaczającą obowiązków świadczenia usługi PAS. Warto również dodać, iż ta „nadmiarowa” liczba PAS wynikała z wcześniejszych uregulowań i obowiązków ciążących na OPL. Zgodnie bowiem z art. 221 ust. 4 Pt, do czasu wyłonienia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej obowiązek świadczenia tej usługi wykonywał przedsiębiorca, który na podstawie dotychczasowych przepisów został uznany za operatora publicznego o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie świadczenia usług telefonicznych w stacjonarnych publicznych sieciach telefonicznych. Przedsiębiorcą takim była OPL, która w związku z powyższym faktem była również zobowiązana do stosowania art. 221 ust. 5 Pt, zgodnie z którym w okresie, o którym mowa w art. 221 ust. 4, przedsiębiorcy telekomunikacyjni wykonują obowiązki wymienione w tych przepisach, stosując akty wykonawcze wydane na podstawie ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. poz. 852, z późn. zm.). Pod rządami ww. ustawy wymagania dotyczące świadczenia usługi powszechnej w zakresie liczby PAS określało rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 22 stycznia 2004 r. w sprawie katalogu usług powszechnych oraz szczegółowych wymagań dotyczących świadczenia usług powszechnych (Dz. U. nr 16, poz. 158). Zgodnie z § 8 ust. 1 i 2 ww. rozporządzenia:

„1. Liczba aparatów publicznych, w tym przystosowanych dla osób niepełnosprawnych, przypadająca na określoną liczbę mieszkańców powinna uwzględniać występujące na danym obszarze zapotrzebowanie na usługi telekomunikacyjne oraz wynosić średnio w skali kraju:

1) 2 aparaty publiczne na 1000 mieszkańców;

2) 1 aparat publiczny przystosowany dla osób niepełnosprawnych na 2000 mieszkańców.

2. W każdej gminie powinien zostać uruchomiony co najmniej jeden aparat publiczny. W przypadku zainstalowania w danej gminie tylko jednego aparatu publicznego, powinien być to aparat publiczny przystosowany dla osób niepełnosprawnych, umieszczony w sposób i w miejscu umożliwiającym korzystanie z niego osobie niepełnosprawnej poruszającej się za pomocą wózka inwalidzkiego lub korzystającej z aparatu słuchowego”.

Powyższe oznacza, iż na podstawie wcześniej (tj. przed wydaniem Decyzji Wyznaczającej) obowiązujących przepisów, OPL z mocy prawa była zobowiązana do utrzymywania liczby PAS na poziomie ponad 76 tys. Warto także dodać, iż już po wydaniu Decyzji PAS ustalającej minimalną liczbę PAS w skali gmin składającą się łącznie na minimalną liczbę ok. 40 tys. PAS w skali kraju, OPL rzeczywiście rozpoczęła intensywną redukcję liczby PAS. Jak wynika z Raportu USO, „liczba aparatów publicznych TP sukcesywnie malała w kolejnych latach obowiązywania Decyzji PAS. Zaobserwowany został spadek liczby aparatów publicznych w 2007 r. o 13% w stosunku do 2006 r., natomiast w 2008 r. o 31,9 % w stosunku do roku poprzedniego. Należy stwierdzić, iż liczba aparatów publicznych TP pomiędzy rokiem 2006 a 2008 zmalała o 40,8 %. Należy przy tym zaznaczyć, że na powyższe miała wpływ wysokość minimalnej liczby aparatów publicznych określona w Decyzji PAS, która z poziomu ok. 70 tys. przed jej wydaniem została obniżona do ok. 40 tys. Liczba aparatów publicznych innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych spadła w 2007 r. o 11% w stosunku do stanu w 2006 r. Natomiast w 2008 r. nastąpił kolejny spadek o 10% w stosunku do roku poprzedniego. Spadek liczby aparatów publicznych TP był znacznie wyższy niż w przypadku innych przedsiębiorców telekomunikacyjnych pomiędzy rokiem 2006 a 2008 r. (odpowiednio o 40,8% i 20,5%). Zmniejszenie się liczby aparatów publicznych TP było konsekwencją określenia w Decyzji PAS minimalnej liczby aparatów publicznych, które Spółka miała obowiązek utrzymywać”.

Co istotne, mając, na uwadze wspomnianą na wstępie rzeczywistą liczbę PAS tj. 65,9 tys., posiadanych przez OPL w 2007 r., Prezes UKE dokonał analizy wartości przychodów i kosztów z 2007 r., które dały podstawę do wyznaczenia przez OPL kosztu netto z tytułu świadczenia usługi za pomocą PAS. OPL, wyznaczając wartość kosztu netto z tytułu świadczenia usługi za pomocą PAS, wzięła pod uwagę zarówno różnicę między przychodami i kosztami związanymi z obsługą ruchu, jak również koszt utrzymania PAS w każdej z gmin. Analiza wyników przedstawionych przez OPL w dokumencie Dane PAS wskazuje, że na wartość kosztu netto wyznaczonego przez OPL główny wpływ ma koszt utrzymania PAS (liczony jako koszt utrzymania wszystkich PAS na terenie danej gminy). Jak wskazano powyżej, OPL nie realizowała obowiązku minimalnej liczby PAS na terenie wszystkich gmin, jednak średnia liczba PAS (65,9 tys.) na terenie kraju przewyższała liczbę PAS, jaką OPL była zobowiązana utrzymywać. Z tego wynika, że poza gminami, gdzie rzeczywista liczba PAS była niższa niż minimalna, istniały gminy, w których liczba PAS utrzymywana przez OPL była znacznie wyższa niż wynikająca z obowiązków nałożonych przez Prezesa UKE.

Należy wskazać, iż w toku weryfikacji wysokości kosztu netto z tytułu PAS, Prezes UKE uznał, że wartości przychodów i kosztów związanych ze świadczeniem usług z wykorzystaniem PAS, zostały wyznaczone przez OPL w sposób nieprawidłowy. Prezes UKE przyjął do kalkulacji kosztu netto wartości wskazane przez biegłego rewidenta w Raporcie (uznając je za wartości wiarygodne), tj. wartość kosztów przypisanych do usługi PAS (~~☒~~ **tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do decyzji, pkt 33** ~~☒~~).

Zatem, Prezes UKE przyjął do kalkulacji kosztu netto liczbę PAS wskazaną przez biegłego rewidenta w Raporcie (inne) niż posiadana przez OPL rzeczywista, nadmiarowa liczba PAS.

Z tego też względu zdaniem Prezesa UKE, kwestia rzeczywistej liczby PAS OPL, nie ma znaczenia dla analizy czy zweryfikowany koszt netto z tytułu PAS stanowi niesprawiedliwe obciążenie. Prezes UKE wziął pod uwagę, jedynie koszt netto wyznaczony dla liczby PAS pochodzącej z Raportu biegłego rewidenta.

Natomiast, jak zostało wskazane w poprzednich sekcjach niniejszego punktu koszt netto z tytułu realizacji PAS stanowi w ocenie Prezesa UKE nieuzasadnione obciążenie OPL z uwagi na fakt, iż biorąc pod uwagę strukturę rynku jedynie OPL była w stanie zapewnić usługi PAS na terenie całego kraju. OPL spełniła ten warunek, w sytuacji gdy segment PAS stał się nieatrakcyjny dla konsumentów i w związku z tym nierentowny dla operatorów. Z tego też względu, OPL poniosła straty, niewspółmierne do pozostałej części rynku.

Biorąc pod uwagę wszystkie wyżej przywołane okoliczności, w ocenie Prezesa UKE nie można uznać, aby fakt utrzymywania przez OPL większej ilości PAS niż minimalny poziom wynikający z Decyzji PAS (w szczególności w początkowym okresie jej obowiązywania) mógł stanowić podstawę do uznania, za stanowiskiem KIGEiT, iż „OPL nie wypełniała warunków usługi powszechnej”. Również wskazywana przez KIGEiT okoliczność nie zapewnienia w niektórych gminach wymaganej Decyzją PAS minimalnej liczby PAS, w ocenie Prezesa UKE nie może stanowić podstawy do odmowy przyznania OPL dopłaty z tytułu świadczenia usługi PAS. Należy bowiem wskazać, iż chodzi o niewielką liczbę przypadków, natomiast dla zdecydowanej większości gmin (na co wskazuje choćby łączna liczba PAS przewyższająca w skali kraju niemal dwukrotnie minimalnie wymaganą liczbę PAS wynikającą z Decyzji PAS) OPL utrzymywała co najmniej minimalnie wymaganą liczbę PAS. Trudno również pominąć okoliczność, iż argumentacja KIGEiT w powyższym zakresie stanowi w praktyce powielenie argumentacji zawartej w tym zakresie w Decyzji USO, która to argumentacja, w zakresie niemożliwości oparcia odmowy przyznania dopłaty wyłącznie o kryteria jakościowe, została zakwestionowana w Wyroku WSA i Wyroku NSA.

W zakresie aspektów ekonomicznych, KIGEiT wskazała, iż należy odwołać się do danych wynikających ze sprawozdania finansowego OPL, raportu rocznego oraz decyzji regulacyjnych Prezesa UKE oraz innych źródeł (w tym informacji publikowanych przez OPL). KIGEiT, powołując się na powyższe źródła, wskazała na bardzo dobre wyniki finansowe OPL (m.in. wysoki zysk netto oraz przychód netto OPL, fakt wypłacenia przez OPL w 2007 r. rekordowej dywidendy, utrzymywanie przez OPL wysokiego udziału na rynku telefonii stacjonarnej, czy wyższy przychód grupy OPL niż zakładany). Reasumując, KIGEiT wskazała, iż *„sytuacja finansowa i gospodarcza OPL w roku 2007 była doskonała, o czym świadczy wysoki osiągnięty zysk netto, wycena spółki jak również rekordowa wysokość dywidendy. Dla porównania należy wskazać, że w tym samym okresie, największy konkurent OPL na rynku telefonii stacjonarnej osiągnął stratę w wysokości 313.567.000 złotych”*.

W odniesieniu do udziału w rynku, KIGEiT zwróciła uwagę, iż udział rynkowy OPL w przychodach na rynku telefonii stacjonarnej wyniósł blisko 80%, na koniec 2007 roku OPL posiadała 87% wszystkich łączy, a największy udział pośród pozostałych operatorów wyniósł 3,8%. KIGEiT wskazała, iż z powyższego wynika, iż w zakresie kluczowej usługi, tj. usługi abonamentowej, OPL pozostawała w tym okresie monopolistą, co pozwalało OPL na wykorzystywanie tej sytuacji.

W zakresie jakości urządzeń, KIGEiT odniosła się do danych dotyczących ilości łączy stacjonarnych OPL oraz inwestycji OPL w nowe elementy sieci. KIGEiT wskazała, iż *„w 2007 roku OPL posiadała ponad 90% wszystkich łączy stacjonarnych, z czego ponad połowa została wybudowana w ciągu 10 poprzednich lat”*. Zdaniem KIGEiT, z powyższych okoliczności wynika, że infrastrukturalna, potężna przewaga konkurencyjna OPL wynika przede wszystkim z utrzymywanego przez lata monopolu.

Podsumowując, KIGEiT wskazała, iż w 2007 r. usługi wchodzące w zakres usługi powszechnej świadczone były z licznymi naruszeniami wymagań wskaźników jakościowych i dostępnościowych, a sama OPL osiągnęła w tym czasie znakomite rezultaty finansowe, a jej sytuacja gospodarczo-finansowa na tle konkurencji była nieporównywalnie lepsza. Niezasadne zatem (i niesprawiedliwe), byłoby obciążenie kosztami tak świadczonej usługi powszechnej konkurentów OPL, pozostających w tym czasie w znacznie gorszej sytuacji konkurencyjnej, gospodarczej i finansowej.

W zakresie argumentacji KIGEiT odnoszącej się do aspektów ekonomicznych (sytuacja finansowa i gospodarcza OPL) oraz jakości urządzeń OPL, Prezes UKE wskazuje, iż co do zasady podzielił argumentację KIGEiT w tym zakresie. Szczegółowe uzasadnienie z uwzględnieniem powyższych aspektów zostało zawarte w pkt 6.2 decyzji, w którym Prezes UKE w sposób wyczerpujący odniósł się do m.in. do powyższych kwestii i co jednocześnie doprowadziło do wniosku, iż zweryfikowany koszt netto w zakresie usługi przyłączenia, utrzymania łącza i połączeń telefonicznych stanowi, w świetle przepisów krajowych (art. 96 ust. 4 Pt), orzecznictwa unijnego (Wyrok TSUE) oraz poglądów doktryny, uzasadnione obciążenie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Powyższe skutkowało odmową przyznania OPL dopłaty w wysokości kosztu netto w tym zakresie.

KIGEiT wskazała również, iż do kosztu netto nie mogą być wliczone koszty związane z zapewnieniem przez OPL usług w technologii NMT (GSM for Fix), a także, że Prezes UKE powinien dokonać analizy, czy cenniki detaliczne stosowane przez OPL w 2007 r. nie zostały

skonstruowane w taki sposób, że rozsądny zysk przekracza ustalony na ten okres wskaźnik WACC⁴¹.

W odniesieniu do argumentu KIGEiT, iż do kosztu netto nie mogą być wliczone koszty związane z zapewnieniem przez OPL usług w technologii NMT (GSM for Fix), Prezes UKE wskazuje, iż z analizy materiałów znajdujących się w posiadaniu Prezesa UKE wynika, iż koszty w technologii NMT (GSM for Fix), nie były uwzględniane w kalkulacji kosztu netto za rok 2007. Prezes UKE na podstawie analizy obszernej dokumentacji dostarczonej przez OPL w trakcie postępowania administracyjnego nie zidentyfikował przypadków kwalifikowania przez OPL w poczet kosztów USO kategorii kosztowych powiązanych z elementami sieci związanych z technologią NMT (GSM for Fix).

Odnosząc się natomiast do wskazania przez KIGEiT, iż Prezes UKE powinien dokonać analizy, czy cenniki detaliczne stosowane przez OPL w 2007 roku nie zostały skonstruowane w taki sposób, że rozsądny zysk przekracza ustalony na ten okres wskaźnik WACC, Prezes UKE wskazuje, iż biorąc pod uwagę fakt, iż w decyzji Prezes UKE odmówił przyznania dopłaty do kosztów świadczenia przez OPL w zakresie usług przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt), powyższa argumentacja stała się bezprzedmiotowa. Kwestia cenników detalicznych OPL związana jest bowiem z usługami przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych, za które Prezes UKE, z przyczyn omówionych szczegółowo w pkt 6.2. decyzji, odmówił przyznania OPL dopłaty.

OPL w stanowisku z dnia 30 marca 2017 r. wskazała, iż w świetle art. 153 ppsa Prezes UKE rozpoznając w chwili obecnej wniosek o przyznanie dopłaty jest związany Wyrokiem NSA i Wyrokiem WSA, a w istocie oceną prawną i wskazaniem sądu administracyjnego co do dalszego trybu postępowania. OPL powołała się na wykładnię pojęcia uzasadnionego (niesprawiedliwego) obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego zawartej w Wyroku NSA oraz Wyroku WSA, a także na wykładnię pojęcia uzasadnionego (niesprawiedliwego) obciążenia przyjętą w wyroku TSUE z dnia 6 października 2010 r. w sprawie C-222/08.

W odniesieniu do podniesionej przez OPL kwestii związania Prezesa UKE rozstrzygnięciem wynikającym z Wyroku WSA, utrzymanym następnie Wyrokiem NSA w świetle art. 153 ppsa, Prezes UKE ponownie wskazuje, iż w pkt 1.1. decyzji przedstawił szczegółową analizę stanu formalnoprawnego oraz skutków Wyroku WSA i Wyroku NSA, w których wskazał m.in., iż kwestia bezwzględnego związania oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w obu orzeczeniach jest bezdyskusyjna. W decyzji Prezes UKE dokonał, z uwzględnieniem bezwzględnie wiążących wytycznych wynikających z Wyroku WSA oraz Wyroku NSA (a także z uwzględnieniem przywoływanego w nich Wyroku TSUE), ponownej oceny i rozstrzygnięcia w zakresie oceny, czy zweryfikowany koszt netto stanowi uzasadnione (niesprawiedliwe) obciążenie (pkt 6 uzasadnienia decyzji), a więc w pełni zrealizował dyspozycje wynikające z treści Wyroku WSA i Wyroku NSA.

OPL wskazała również, iż usługa powszechna należy do grupy usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, a więc z zasady nie jest ona świadczona na warunkach rynkowych, a państwo, nakazując świadczenie usługi powszechnej przedsiębiorcy, w istocie narzuca mu obowiązek o charakterze publicznym. W związku z powyższym, wykładnia pojęcia uzasadnionego obciążenia musi być dokonana z uwzględnieniem powyższych okoliczności. W konsekwencji uznanie, że koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej nie stanowi uzasadnionego obciążenia jest ograniczone do szczególnych i oczywistych sytuacji. OPL podniosła, iż dopuszczalność narzucenia obowiązku świadczenia

⁴¹ (ang. *weighted average cost of capital*, WACC) – wskaźnik finansowy, informujący o przeciętnym koszcie względnym kapitału zaangażowanego w finansowanie inwestycji przez przedsiębiorstwo.

usługi powszechnej powoduje, że przedsiębiorca, na którego nałożono taki obowiązek, znajduje się w odmiennej sytuacji od innych podmiotów działających na rynku. Nałożenie w drodze administracyjnoprawnej obowiązku świadczenia usługi powszechnej wiąże się zatem z ingerencją w zasadę wolności gospodarczej (OPL odwołała się w tym zakresie do unormowań unijnych oraz prawa krajowego). Z powyższego wynika, w ocenie OPL, iż zasadą jest przyznanie dopłaty, jeżeli wystąpił koszt netto świadczenia usługi powszechnej. OPL wskazała również, iż nałożenie obowiązku świadczenia usługi powszechnej stanowi przerzucenie na podmiot prywatny (OPL) obowiązków o charakterze publicznym, co powinno się łączyć z rekompensatą za świadczone usługi. W konsekwencji, przepisy, które stanowią podstawę do odmowy przyznania dopłaty w sytuacji gdy wystąpił koszt netto ze względu na to, że nie stanowi on niesprawiedliwego obciążenia (zgodnie z Dyrektywą z dnia 7 marca 2002 r.) lub nieuzasadnionego obciążenia (zgodnie z Pt) nie mogą być interpretowane rozszerzająco. OPL wskazała również, iż dopłata została przez ustawodawcę ograniczona do wysokości kosztu netto, a więc nie może ona przekraczać kwoty kosztów poniesionych w związku z wypełnieniem obowiązków zapewnienia usługi powszechnej, a przy ustalaniu dopłaty uwzględnia się wyłącznie koszty jakie ponosiłoby przeciętne przedsiębiorstwo, prawidłowo zarządzane i odpowiednio wyposażone do tego, by móc czynić zadość wymogom stawianym usługom, do których świadczenia jest obowiązane. OPL podniosła, iż do obliczenia kosztu netto zastosowanie ma rkn.

W odniesieniu do powyższego stanowiska OPL, Prezes UKE wskazuje, iż zgadza się z twierdzeniem, iż usługa powszechna należy do grupy usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, a więc z zasady nie jest ona świadczona na warunkach rynkowych, a państwo, nakazując świadczenie usługi powszechnej przedsiębiorcy, w istocie narzuca mu obowiązek o charakterze publicznym, co wiąże się również z ingerencją w zasadę swobody działalności gospodarczej. Wskazać natomiast należy, iż procedura wyznaczania przedsiębiorcy do świadczenia usługi powszechnej, a następnie składania wniosku o dopłatę do kosztów usług wchodzących w skład usługi powszechnej oraz weryfikacji kosztu netto przez Prezesa UKE i w jej wyniku przyznania bądź odmowy przyznania dopłaty została uregulowana przez ustawodawcę (m.in. z uwzględnieniem wszystkich powyższych kryteriów na które wskazuje powyżej OPL) w przepisach Pt oraz aktów wykonawczych do tej ustawy (w tym rkn). Dokonując w postępowaniu oceny, czy zweryfikowany koszt netto stanowi uzasadnione (niesprawiedliwe) obciążenie OPL Prezes UKE dokonał szczegółowej analizy (przedstawionej w pkt 6 decyzji) przedmiotowego zagadnienia, co skutkowało odpowiednio przyznaniem dopłaty lub odmową przyznania dopłaty za poszczególne kategorie usług wchodzących w skład usługi powszechnej. Nie można natomiast zgodzić się z twierdzeniem OPL, iż zasadą jest przyznanie dopłaty, jeżeli wystąpił koszt netto świadczenia usługi powszechnej, albowiem przyznanie dopłaty jest wyłącznie skutkiem oceny przez Prezesa UKE czy zweryfikowany koszt netto stanowi (lub nie stanowi) nieuzasadnione obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego.

OPL przedstawiła również ocenę, czy koszt netto stanowi nieuzasadnione obciążenie OPL w świetle kryteriów ekonomicznych. W tym zakresie OPL powołała się na dane finansowe związane z jej podstawową działalnością. OPL wskazała na spadek przychodów i zysków z działalności operacyjnej OPL w latach 2001-2012. Zdaniem OPL przedstawione przez nią dane jednoznacznie pokazują, iż sytuacja ekonomiczna OPL ulegała pogorszeniu. OPL podniosła, iż przychody operacyjne OPL w okresie od końca 2005 r. do końca 2010 r. spadły o blisko 31%, w tym okresie następował również systematyczny spadek zysków operacyjnych. OPL podniosła, iż w dużej mierze na sytuację OPL wpływ miał rozwój telefonii ruchomej i wypieranie przez ten segment rynku telekomunikacyjnego rynku telefonii stacjonarnej. OPL powołała się na dane obrazujące wzrost liczby abonentów usług telefonii

ruchomej i wzrost wielkości penetracji rynku telefonii ruchomej. OPL wskazała, iż w okresie, na który OPL została wyznaczona do świadczenia usługi powszechnej nastąpił istotny spadek telefonii stacjonarnej. OPL zaznaczyła przy tym, iż kryterium ekonomiczne przy dokonywaniu oceny czy koszt netto stanowi nieuzasadnione obciążenie powinno być badane w odniesieniu do przedsiębiorcy wyznaczonego, a nie do grupy kapitałowej, do której on należy.

Odnosząc się do przedstawionych przez OPL danych finansowych wskazać należy, iż jakkolwiek w latach 2005-2010 nastąpił systematyczny spadek zysków operacyjnych OPL, spółka ta w 2007 r. prezentowała się jako nieproporcjonalnie dochodowa spółka w porównaniu do swoich głównych konkurentów na rynku telefonii stacjonarnej, którzy w analogicznym okresie po zagregowaniu wyników ponosili straty. Jak już bowiem zostało szczegółowo omówione w pkt 6.2 decyzji, gdzie została dokonana analiza sytuacji finansowej OPL w 2007 r., OPL uzyskała w tym roku łączne przychody na poziomie ponad 18,6 mld zł, z czego ponad 10 mld zł było przychodami z działalności związanej z siecią stacjonarną (źródło: SFTP). Netia w tym samym czasie uzyskała roczne przychody na poziomie ponad 862 mln zł (źródło: SFN), a Dialog uzyskał roczne przychody na poziomie ponad 496 mln zł (źródło: SFD). Pokazuje to jeszcze większą dysproporcję w pozycji rynkowej OPL w porównaniu do największych konkurentów spółki na rynku telefonii stacjonarnej w roku 2007. Łączne przychody OPL w 2007 r. były prawie 12-krotnie wyższe niż skumulowane przychody pozostałych dwóch kolejnych największych uczestników rynku. OPL w 2007 r. osiągnęła zysk netto na poziomie ponad 2 mld zł (SFTP), podczas gdy Netia osiągnęła stratę netto na poziomie 268 mln zł (SFN), a Dialog osiągnął zysk netto na poziomie 66 mln zł (SFD). Niezależnie zatem od spadających przychodów operacyjnych OPL, a także przywoływanej przez OPL okoliczności rozwoju telefonii ruchomej i wypierania przez ten segment rynku telekomunikacyjnego rynku telefonii stacjonarnej, Prezes UKE uznał, iż sytuacja finansowa OPL oraz udział OPL w rynku (znaczące dysproporcje w stosunku do OA w obu tych kategoriach) nie przemawiają za tym, aby zweryfikowany koszt netto w zakresie usług przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt) stanowił nieuzasadnione (niesprawiedliwe) obciążenie OPL.

OPL wskazała również na fakt ciążących na OPL obowiązków przed wyznaczeniem do świadczenia usługi powszechnej, w tym realizację przez OPL obowiązku świadczenia usługi powszechnej także w okresie przed nałożeniem obowiązku przez Decyzję Wyznaczającą. W odniesieniu do powyższego OPL wskazała, iż od roku 2003 do 7 maja 2006 r., tj. do dnia poprzedzającego wyznaczenie OPL jako przedsiębiorcy obowiązanego do świadczenia usługi powszechnej, OPL zapewniała usługę powszechną bez żadnej rekompensaty, co również powinno zostać uwzględnione przy ocenie rzeczywistego ciężaru finansowego związanego z zapewnieniem przez OPL usługi powszechnej.

Odnosząc się do powyższego, Prezes UKE wskazuje, iż wziął pod uwagę fakt obowiązku świadczenia usługi powszechnej przez OPL także w okresie przed nałożeniem obowiązku przez Decyzję Wyznaczającą, w takim zakresie, w jakim miało to znaczenie dla rozstrzygnięcia przyjętego w decyzji. Powyższa okoliczność została wzięta pod uwagę m.in. w odniesieniu do omówionej już wcześniej kwestii wymagań dotyczących świadczenia usługi powszechnej w zakresie liczby PAS. Trudno natomiast uznać, aby sam fakt zapewniania przez OPL usługi powszechnej bez żadnej rekompensaty, co wynikało przecież z wcześniej obowiązujących przepisów, miał wpływ na ocenę ciężaru finansowego związanego z zapewnieniem przez OPL usługi powszechnej w stanie prawnym i faktycznym brnym pod uwagę przy wydawaniu decyzji.

W odniesieniu do wskazania przez OPL, iż Prezes UKE powinien rozpatrzyć sprawę jedynie w części, w jakiej prawomocnym Wyrokiem WSA uchylona została decyzja utrzymująca w mocy Decyzję USO, wskazać należy iż właśnie w takim zakresie rozstrzyga decyzja.

OPL podniosła również, iż oceniając zasadność przyznania dopłaty za jedną z usług wchodzących w skład usługi powszechnej (tj. usługę udogodnień dla osób niepełnosprawnych, z wyłączeniem aparatów publicznych przystosowanych dla osób niepełnosprawnych) organ nie miał wątpliwości, iż nie zachodzą żadne przesłanki o charakterze ekonomicznym, które uzasadniałyby odmowę jej przyznania. W takiej sytuacji, zdaniem OPL, Prezes UKE nie może rozstrzygać o dopłacie w pozostałej części z zastosowaniem innych kryteriów. Z tego powodu, tam gdzie nie występowały negatywne przesłanki jakościowe dopłata została przyznana, jako stanowiąca nieuzasadnione obciążenie dla OPL. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, zdaniem OPL, iż brak jest podstaw do odmowy przyznania dopłaty w wysokości obliczonego kosztu netto.

W odniesieniu do powyższego, Prezes UKE wskazuje, iż dokonując oceny czy zweryfikowany koszt netto określonej usługi wchodzącej w skład usługi powszechnej stanowi nieuzasadnione (niesprawiedliwe) obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego, bada przesłanki o charakterze ekonomicznym w odniesieniu do każdej z tych kategorii usług odrębnie. Natomiast przyjęcie wnioskowania zaproponowanego przez OPL w skrajnym przypadku prowadziłoby do wniosku, iż skoro przedsiębiorca wyznaczony realizował określoną z usług wchodzących w skład usługi powszechnej i zachodziły przesłanki ekonomiczne uzasadniające przyznanie dopłaty do zweryfikowanego kosztu netto świadczenia tej usługi, to niezależnie od faktu realizacji wszystkich pozostałych kategorii usług (i istnienia uzasadnienia ekonomicznego w odniesieniu do nich), dopłata przysługuje automatycznie do wszystkich z usług. Takie rozumowanie należy uznać za wadliwe i nie znajdujące odzwierciedlenia w przepisach Pt.

Odnosząc się do wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy z dnia 6 czerwca 2011 r. złożonego przez OPL, wskazać należy, iż OPL przedstawiła następujące zarzuty w odniesieniu do Decyzji USO:

- 1) naruszenie art. 96 ust. 4 Pt, polegające na:
 - błędnej wykładni przesłanki odmowy przyznania dopłaty oraz
 - błędnym przyjęciu, iż uznanie części kosztu netto poniesionego przez przedsiębiorcę wyznaczonego za nie stanowiącego uzasadnionego obciążenia, stanowi podstawę do odmowy przyznania dopłaty w zakresie całości kosztu netto związanego ze świadczeniem danej usługi powszechnej;
- 2) naruszeniu przepisu prawa procesowego, to jest art. 7, 77 i 107 § 3 kpa poprzez niewyjaśnienie przez Prezesa UKE wszystkich okoliczności stanu faktycznego, niezbranie i nierozpatrzenie całego materiału dowodowego oraz nieprawidłowe uzasadnienie Decyzji USO.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 96 ust. 4 Pt, OPL wskazała, że art. 95 ust. 1 Pt wprowadza „zasadę”, zgodnie z którą przedsiębiorcy wyznaczonemu przysługuje dopłata do kosztów świadczonych przez niego usług wchodzących w skład usługi powszechnej. Zdaniem OPL, treść powyższego przepisu uniemożliwia Prezesowi UKE orzekanie o zasadności przyznania dopłaty w oparciu o uznanie administracyjne. Zdaniem OPL, również na etapie ustalania wartości dopłaty Prezes UKE nie może podlegać uznaniu administracyjnemu. W ocenie OPL, jeśli usługa powszechna była nierentowna, to zgodnie z treścią art. 95 ust. 1 Pt, Prezes UKE nie może odmówić przyznania OPL dopłaty. W ocenie

OPL, Prezes UKE dokonał błędnej wykładni art. 96 ust. 4 Pt. Artykuł ten stanowi wyjątek od zasady przewidzianej w art. 95 ust. 1 Pt. Jak wskazała OPL, o przyznaniu dopłaty decyduje (zgodnie z wolą ustawodawcy) wynik przeprowadzonej przez Prezesa UKE weryfikacji kosztu netto, przy czym pozytywna weryfikacja, tj. uznanie, że koszt netto wystąpił, musi skutkować przyznaniem OPL dopłaty. Zgodnie bowiem z interpretacją wskazaną przez OPL, skoro w przypadku wykazania, że koszt netto nie stanowił uzasadnionego obciążenia – Prezes UKE może odmówić przyznania dopłaty, to w sytuacji odwrotnej, tj. kiedy wykazane zostanie, że koszt netto stanowił uzasadnione obciążenie – Prezes UKE musi przyznać OPL wnioskowaną dopłatę. OPL podniosła ponadto, że przesłanka przewidziana w art. 96 ust. 4 Pt nie może być utożsamiana ze sprawiedliwym/niesprawiedliwym obciążeniem. Zdaniem OPL ustawodawca określając treść art. 96 ust. 4 Pt chciał go powiązać z zasadnością poniesienia danego kosztu w świetle świadczonej usługi powszechnej. Jeśli bowiem dany koszt został poniesiony zasadnie podczas świadczenia usługi powszechnej, jego odzyskanie w ramach dopłaty byłoby uzasadnione i odwrotnie - jeśli koszt poniesiony byłby bezzasadny, wówczas bezzasadnym byłoby przyznanie dopłaty z tego tytułu.

W ocenie OPL, ustawodawca nie uzależnił przyznania dopłaty od ustalenia, iż poniesiony koszt został oceniony jako sprawiedliwy bądź też niesprawiedliwy. Zdaniem OPL, nieuzasadnionym obciążeniem jest taki koszt, którego poniesienie nie wiązało się ze świadczeniem usługi powszechnej, lub też wiązało się, lecz jego poniesienie okazało się zbędne.

OPL wskazała, że Prezes UKE jedynie w przypadku usługi PAS przedstawił argumentację wskazującą bezzasadne poniesienie przez OPL kosztów. Z kolei w przypadku innych usług Prezes UKE odmówił przyznania dopłaty ze względu na nieosiągnięcie przez OPL wymaganych wskaźników jakości i dostępności usług. Zdaniem OPL, nieosiągnięcie ww. wskaźników nie stanowi podstawy odmowy przyznania dopłaty. W ocenie OPL, przyjęta przez Prezesa UKE wykładnia art. 96 ust. 4 Pt może prowadzić do sytuacji, gdy złożenie przez OPL wniosku o przyznanie dopłaty mogłoby być traktowane (w kontekście przedstawionych przez Prezesa UKE wyjaśnień) jako nadużycie prawa. OPL podkreśliła ponadto, że ocena stopnia realizacji świadczonych przez OPL usług nie ma związku z oceną, czy dany koszt stanowi bądź nie stanowi uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego. Na dowód powyższego OPL wskazała, że gdyby OPL nie wykonywała spoczywającego na niej obowiązku świadczenia usługi powszechnej, Prezes UKE musiałby wykazać, że po stronie OPL koszt netto nie wystąpił. Z kolei, w ocenie OPL, wykonanie usługi powszechnej nawet w niepełnym wymiarze, musi się wiązać z ponoszeniem jakiegokolwiek kosztu, a koszt ten nie może zostać uznany za koszt poniesiony w sposób nieuzasadniony. Jedyną sytuacją, w jakiej OPL dopuszcza odmowę przyznania dopłaty, jest świadczenie usługi powszechnej na tak niskim poziomie, który w praktyce oznacza brak realizacji obowiązku.

Z kolei w przypadku nieprzestrzegania obowiązku realizacji obowiązku nałożonego na OPL, Prezes UKE może na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 7 i 8 Pt nałożyć na OPL karę pieniężną. Odmowa przyznania dopłaty, zdaniem OPL, byłaby jednoznaczna z przesunięciem ciężaru kontroli jakości świadczonej usługi powszechnej na inne postępowanie, tj. przeniesienie na postępowanie o przyznaniu dopłaty w wysokości kosztu netto sankcji przewidzianej w art. 209 ust. 1 pkt 8 Pt. Zdaniem OPL, nawet w sytuacji nałożenia na OPL kary za nienależyte wykonanie obowiązku, przysługuje dopłata w wysokości kosztu netto. Odmowa przyznania dopłaty oznaczałaby również postawienie znaku równości pomiędzy

sytuacją braku realizacji obowiązku oraz realizacji obowiązku poniżej jakości zdefiniowanej przez Prezesa UKE.

W opinii OPL, w treści art. 96 ust. 4 Pt brak jest również sankcji mobilizującej OPL do należytego wypełniania obowiązków, ponieważ takie rozwiązanie zostało przewidziane w art. 209 ust. 1 pkt 8 Pt. Przyjęcie rozwiązania, jakie zdaniem OPL forsuje Prezes UKE, prowadziłoby do nałożenia podwójnej kary za niedopełnienie jednego obowiązku: po pierwsze poprzez odmowę przyznania dopłaty, a po drugiej w formie kary pieniężnej, o której mowa w art. 209 Pt. W opinii OPL, nienależyte świadczenie usługi powszechnej i nieosiągnięcie wskaźników jakości i dostępności nie może skutkować odmową przyznania dopłaty, ponieważ oznaczałoby to nałożenie na OPL kary dodatkowej.

W odniesieniu do powyższych zarzutów OPL na wstępie należy wskazać, iż nie jest prawdą, jakoby Pt wskazywało na „zasadę”, która w każdym wypadku prowadzi do przyznania dopłaty przedsiębiorcy wyznaczonemu. Jak wskazała OPL, wyjątkiem od art. 96 ust. 3 Pt jest art. 96 ust. 4 Pt, zgodnie z którym Prezes UKE odmawia przyznania dopłaty, jeżeli stwierdzi, że zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego. Ustalenie przez Prezesa UKE kosztu netto nie jest zatem jednoznaczne z przyznaniem dopłaty przedsiębiorcy wyznaczonemu, lecz stanowi dopiero punkt wyjścia do dokonania oceny przez Prezesa UKE, czy zweryfikowany koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie tego przedsiębiorcy. Weryfikacja kosztu netto, czyli stwierdzenie, że koszt ten występuje, oraz ustalenie, jaka jest wysokość tego kosztu, jest wcześniejszą czynnością w stosunku do oceny, czy koszt ten stanowi uzasadnione obciążenie. Powyższy pogląd nie budzi wątpliwości również w doktrynie, gdzie wskazuje się, że art. 96 ust. 4 Pt *ma zastosowanie tylko w przypadku, gdy w procesie uregulowanym w ust. 1-3 ustalono koszt netto, będący konsekwencją nierentowności występującej przy świadczeniu usługi powszechnej. W takiej sytuacji przepis ust. 4 nakazuje Prezesowi URTiP dokonanie kolejnej oceny dotyczącej uzasadnienia obciążenia przedsiębiorcy takim kosztem.*⁴²

Powyższa interpretacja, znajduje również potwierdzenie na gruncie wykładni prowszólnotowej, odwołującej się do przepisów art. 12 ust. 1 i art. 13 ust. 1 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. Na potrzebę odwołania się do przepisów unijnych przy odczytywaniu art. 96 ust. 4 Pt wskazuje się w literaturze przedmiotu⁴³.

Art. 12 ust. 1 zdanie pierwsze Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. stanowi, że: *„W przypadku gdy krajowe organy regulacyjne uznają, że świadczenie usługi powszechnej określonej w art. 3-10 może stanowić niesprawiedliwe obciążenie przedsiębiorstw wyznaczonych do świadczenia usługi powszechnej, obliczają one koszty netto świadczenia tej usługi”*. Obowiązek obliczenia przez krajowe organy regulacyjne kosztu netto świadczenia usługi powszechnej jest zatem związany z faktem, iż świadczenie tej usługi „może stanowić” (potencjalnie) niesprawiedliwe obciążenie (ang. *unfair burden*) przedsiębiorstwa wyznaczonego. Występowanie kosztu netto nie jest zatem równoznaczne z istnieniem niesprawiedliwego obciążenia.

Dopiero jeśli krajowe organy regulacyjne stwierdzą, iż na danym przedsiębiorstwie spoczywają niesprawiedliwe obciążenia, obowiązane są zastosować jedno z dwóch rozwiązań pozwalających sfinansować koszt netto. Stanowi o tym art. 13 ust. 1 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r.:

⁴² Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 567, komentarz do art. 96 Pt.

⁴³ Piątek St., tamże.

„1. W przypadku gdy, na podstawie kalkulacji kosztu netto określonego w art. 12, krajowe organy regulacyjne stwierdzą, iż na danym przedsiębiorstwie spoczywają niesprawiedliwe obciążenia, Państwa Członkowskie, w odpowiedzi na wniosek wyznaczonego przedsiębiorstwa, decydują:

- a) wprowadzić mechanizm kompensowania temu przedsiębiorstwu określonego kosztu netto, na przejrzystych warunkach, z funduszy publicznych; lub*
- b) podzielić koszt netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej pomiędzy dostawców sieci i usług łączności elektronicznej.”*

Jak już obszernie wyjaśniono we wcześniejszych fragmentach decyzji, wskazane w art. 96 ust. 4 Pt sformułowanie, że „zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia” nie zostało sprecyzowane przez Pt. Również Dyrektywa z dnia 7 marca 2002 r. nie zawiera zapisów określających kryteria oceny „niesprawiedliwego obciążenia”. W ocenie Prezesa UKE, zamieszczenie w art. 96 ust. 4 Pt oraz w art. 13 ust. 1 Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. zwrotów niedookreślonych jest świadomym zabiegiem prawodawczym, wynikającym z przekonania, że nie da się precyzyjnie przesądzić w akcie normatywnym przesłanek przyznania dopłaty, w szczególności zaś nie jest wystarczającym uzasadnieniem przyznania dopłaty samo wystąpienie kosztu netto. Ocena, czy zweryfikowany koszt netto stanowi uzasadnione (sprawiedliwe) obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego, pozostawiona została organowi regulacyjnemu, który dokonując tej oceny każdorazowo powinien wziąć pod uwagę okoliczności danej sprawy.

W kontekście omawianego zarzutu warto również wskazać na przywołany w Wyroku WSA Wyrok TSUE, w którym (motyw 49) wskazano, iż *„Z motywu 21 dyrektywy 2002/22 wynika w tym względzie, że prawodawca wspólnotowy zamierzał powiązać mechanizmy służące pokryciu kosztów netto, jakie mogą wynikać ze świadczenia usługi powszechnej przez przedsiębiorstwo, z istnieniem po stronie tego przedsiębiorstwa nadmiernego obciążenia. W tej sytuacji, uznawszy, że koszt netto świadczenia usługi powszechnej nie stanowi koniecznie nadmiernego obciążenia dla wszystkich przedsiębiorstw świadczących tę usługę, postanowił on wykluczyć sytuację, w której każdy koszt netto świadczenia usługi powszechnej otwiera automatycznie prawo do rekompensaty. W tych okolicznościach niesprawiedliwe obciążenie, którego istnienie winno zostać stwierdzone przez krajowy organ regulacyjny przed wypłatą jakiegokolwiek rekompensaty, jest obciążeniem, które w przypadku każdego przedsiębiorstwa świadczącego usługę powszechną ma nadmierny charakter w świetle jego zdolności do udźwignięcia tego obciążenia, zważywszy na wszystkie jego swoiste cechy, a w szczególności jakość jego urządzeń, jego sytuację gospodarczą i finansową, jak również jego udział w rynku.”*

Powyższe w sposób jednoznaczny przesądza, iż twierdzenie OPL o istnieniu „zasady”, zgodnie z którą przedsiębiorcy wyznaczonemu przysługuje dopłata do kosztów świadczonych przez niego usług wchodzących w skład usługi powszechnej w każdym przypadku wystąpienia takiego kosztu nie znajduje potwierdzenia zarówno w przepisach Pt, treści Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r., jak i w orzecznictwie zarówno krajowym jak i unijnym.

Odnosząc się natomiast do argumentacji OPL związanej z kwestią wadliwej wykładni art. 96 ust. 4 Pt dokonanej przez Prezesa UKE w Decyzji USO, wskazać należy, iż w decyzji (w pkt 6.1) Prezes UKE dokonał szczegółowej wykładni art. 96 ust. 4 Pt zgodnej z oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w Wyroku NSA oraz Wyroku WSA, jak już bowiem było wcześniej wyjaśnione, zgodnie z art. 153 ppsa, wiążą one Prezesa UKE w sprawie. Wskazać również należy, iż w związku z faktem, iż w niniejszej decyzji Prezes UKE przyznał dopłatę do kosztów świadczenia przez OPL

w zakresie usługi udzielania informacji o numerach telefonicznych oraz udostępniania spisów abonentów oraz usługi świadczenia publicznych aparatów samoinkasujących, argumentacja OPL odnosząca się do kwestii błędnej wykładni przesłanki odmowy przyznania dopłaty oraz błędnego przyjęcia, iż uznanie części kosztu netto poniesionego przez przedsiębiorcę wyznaczonego za nie stanowiącego uzasadnionego obciążenia, stanowi podstawę do odmowy przyznania dopłaty w zakresie całości kosztu netto związanego ze świadczeniem danej usługi powszechnej, stała się bezprzedmiotowa. W szczególności, z uwagi na przyjęte w tym zakresie rozstrzygnięcie, nieaktualne stały się zarzuty OPL związane z kwestią odmowy przyznania OPL dopłaty do kosztu netto ze względu na nieosiągnięcie przez OPL wymaganych wskaźników jakości i dostępności usług (odnoszące się zarówno do naruszenia art. 96 ust. 4 Pt jak i naruszenia art. 7, 77 i 107 § 3 kpa). Natomiast same przyczyny, ze względu na które Prezes UKE, po ponownym rozpatrzeniu sprawy, uznał, iż z tytułu usług udzielania informacji o numerach telefonicznych oraz udostępniania spisów abonentów oraz usługi świadczenia publicznych aparatów samoinkasujących OPL należy się dopłata, zostały w sposób szczegółowy omówione w pkt 6.3 decyzji.

W zakresie zarzutów OPL wskazujących na naruszenie art. 7, 77 i 107 § 3 kpa OPL odniosła się do kwestii uznania planu socjalnego jako planu realizującego obowiązek świadczenia przez OPL osobom o niskich dochodach pakietu specjalnego uwzględniającego ich możliwości ekonomiczne. Tym samym odmowa przyznania dopłaty z tego tytułu miałyby oznaczać, że Prezes UKE uznał, że koszty ponoszone przez OPL w związku ze świadczeniem planu socjalnego są konsekwencją wyłącznie decyzji biznesowych OPL, nie zaś niezyskowości abonentów.

OPL wskazała, że w okresie świadczenia usługi powszechnej nie miała swobody w kształtowaniu cenników detalicznych. Każdy z planów detalicznych OPL w tym okresie był kontrolowany przez Prezesa UKE i tym samym, zdaniem OPL, brak jest możliwości zrzucania na OPL odpowiedzialności za nierentowny charakter poszczególnych planów. OPL wskazała również, że Prezes UKE nie tylko kontrolował poszczególne plany taryfowe, ale również uniemożliwiał OPL zmianę wysokości opłat detalicznych. OPL wskazała, że dwukrotnie próbowała się wycofać z planu socjalnego, jednak Prezes UKE nie wyrażał zgody na takie działanie. Z powyższego wynika, że plan socjalny był nierentowny nie w wyniku błędnych decyzji biznesowych OPL, ale w wyniku decyzji podejmowanych przez Prezesa UKE.

OPL wskazała, że plan socjalny został wprowadzony do oferty OPL jako plan „niezorientowany kosztowo”, który został uzgodniony i zaakceptowany przez regulatora i tym samym był zgodny z obowiązkami ciążącymi na OPL w momencie jego wprowadzenia. OPL wskazała również, że polski ustawodawca nie określił przepisów prawa ustalających warunki świadczenia pakietów socjalnych, dlatego też OPL nie miała możliwości wprowadzenia obwarowań dotyczących wysokości dochodów osób ubiegających się o możliwość korzystania z planu socjalnego.

OPL wskazała, że zasady dostępu do planu socjalnego zostały tak określone, aby pomimo braku ustawowych mechanizmów i uprawnień OPL do weryfikowania dochodów abonentów, wykorzystywany był on rzeczywiście przez osoby o najniższych dochodach. Mechanizmem, który miałyby to zapewniać było ustalenie wysokiej opłaty za minutę połączenia wychodzącego przy jednocześnie niskiej opłacie abonamentowej. Wprowadzenie takiego mechanizmu opłat miało na celu ograniczenie kręgu osób korzystających z planu socjalnego do osób o minimalnych dochodach poprzez zapewnienie im minimalnej, lecz wystarczającej funkcjonalności świadczonej przez OPL usługi powszechnej.

Zdaniem OPL plan socjalny spełniał wymogi planu specjalnego, czego dowodem miałyby być następujące fakty:

- Prezes UKE odmówił wprowadzenia do oferty planu socjalnego usługi Neostrady TP,
- w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 13 października 2006 r. podtrzymującego decyzję Prezesa UKE o odmowie wycofania przez OPL ze sprzedaży planu socjalnego, sąd wskazał, że wycofanie planu socjalnego będzie możliwe dopiero wówczas, gdy do oferty wprowadzony zostanie inny plan taryfowy uwzględniający możliwości finansowe i potrzeby abonentów,
- Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w uzasadnieniu decyzji z dnia 28 września 2006 r. wskazał, m.in. że opłata abonamentowa za plan socjalny jest najniższa na rynku i umożliwia osobom o niskich dochodach utrzymanie linii telefonicznych.

Powyższe, zdaniem OPL, uzasadnia brak możliwości odmowy przyznania dopłaty z tytułu poniesionego kosztu netto związanego ze świadczeniem usług, o których mowa w art. 91 ust. 3 Pt.

W odniesieniu zarzutu OPL dotyczącego naruszenia art. 7, 77 i 107 § 3 kpa, Prezes UKE na wstępie wskazuje, że zarówno Decyzja USO jak i decyzja utrzymująca USO zawierały szerokie uzasadnienie odnośnie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, na podstawie którego Prezes UKE rozstrzygnął przedmiotową sprawę, jak i co do motywów samego rozstrzygnięcia. Prezes UKE zbadał wszystkie okoliczności faktyczne związane ze sprawą, zgodnie z zasadami prawdy obiektywnej i oficjalności (art. 7 kpa i art. 77 kpa) oraz zasady pogłębiania zaufania obywateli do 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. Strony ponadto miały możliwość zapoznania się w toku postępowania z materiałem dowodowym, o czym były informowane na podstawie art. 10 § 1 kpa.

Przechodząc natomiast do poszczególnych zarzutów wskazanych powyżej, Prezes UKE za prawidłową uznał argumentację przedstawioną w tym zakresie w decyzji utrzymującej w mocy Decyzję USO (która to argumentacja – co należy podkreślić – nie została również zakwestionowana w Wyroku WSA i Wyroku NSA). W tym zakresie wskazać zatem należy, iż w dniu 8 maja 2006 r., tj. w dniu rozpoczęcia przez OPL świadczenia usług jako operator wyznaczony do świadczenia usługi powszechnej, w ofercie taryfowej OPL znajdowało się 15 planów telefonicznych do wyboru dla klientów przyłączanych do sieci PSTN. Jednym z tych planów był plan socjalny, który zdaniem OPL spełniał warunki planu specjalnego.

Decyzją Prezesa UKE z dnia 7 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(29), zmienioną decyzją Prezesa UKE z dnia 29 stycznia 2007 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(43), Prezes UKE nałożył na OPL obowiązek świadczenia osobom o niskich dochodach pakietu specjalnego uwzględniającego ich możliwości ekonomiczne. Oznacza to, że OPL, poza różnorodnymi pakietami cenowymi oferowanymi na zasadach komercyjnych, zobowiązana była udostępnić osobom o niskich dochodach i szczególnych potrzebach tzw. „pakiety specjalne”, zawierające szczególne warunki cenowe. Pakiety specjalne miały zapewnić osobom o niskich dochodach dostęp do podstawowych usług telekomunikacyjnych, przy założeniu, że ich ceny nie będą stanowiły bariery uniemożliwiającej korzystanie z tych usług. Tym samym pakiet specjalny musi uwzględniać możliwości ekonomiczne użytkowników, w związku z czym może być on świadczony poniżej kosztów.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na stwierdzenie, iż pakiet specjalny musi uwzględniać możliwości ekonomiczne użytkowników. W kontekście świadczenia usługi planu socjalnego tp, który OPL przyjęła do wyznaczenia wartości kosztu netto, należy ponownie wskazać, że w roku 2007, czyli w roku, w którym zdaniem OPL wystąpił koszt netto, nie istniały żadne ograniczenia związane z możliwością korzystania z tego planu, w szczególności w odniesieniu do abonentów indywidualnych. Korzystać z planu socjalnego tp mogli wszyscy abonenci nie posiadający numeru REGON, za wyjątkiem dotychczasowych abonentów planu oszczędnego, którzy w momencie zakwalifikowania do planu socjalnego posiadali numer REGON. Powyższe implikuje, że każdy klient indywidualny mógł być abonentem planu socjalnego, a także niektórzy z klientów biznesowych, zakwalifikowani do planu socjalnego (byli abonenci planu oszczędnego, posiadający numer REGON), niezależnie od ich możliwości ekonomicznych.

Ponadto należy wskazać, że plan socjalny został wprowadzony do oferty OPL w dniu 1 września 2003 r., a więc przed nałożeniem na OPL obowiązku świadczenia osobom o niskich dochodach pakietu specjalnego uwzględniającego ich możliwości ekonomiczne. Wprowadzenie do oferty planu socjalnego nie wynikało z nałożonego na OPL obowiązku. Może to oznaczać, że plan socjalny został wprowadzony do oferty OPL dobrowolnie, po dokonaniu przez OPL analizy biznesowej opłacalności tego planu, co dyskwalifikuje go jako plan specjalny. Powyższe stanowisko potwierdzone zostało w Raporcie USO, który wskazywał, że:

„Aktualnie w ofercie OPL istnieje tzw. plan tp socjalny. Jest to plan o najniższej opłacie abonamentowej spośród wszystkich świadczonych obecnie przez Spółkę pakietów taryfowych. Plan ten nie spełnia jednak prawnych wymogów, określonych dla pakietu specjalnego. Jest to bowiem oferta ogólnie dostępna (...) baza klientów tego rozwiązania nie ogranicza się wyłącznie do tych, którzy wymagają uprzywilejowanego traktowania, biorąc pod uwagę ich status życiowy i finansowy. Wśród osób korzystających z tego planu znajdują się również tacy klienci, którzy posiadają dużo wyższe możliwości finansowe niż wskazywałby to rodzaj planu taryfowego, z którego korzystają. Ponadto plan ten zawiera wysokie opłaty za połączenia. Stosowane rozwiązanie taryfowe, jak sama OPL wskazuje, z rzeczywistym planem prospołecznym ma niewiele wspólnego – ze względu na otwarty charakter jego oferty, mogą z niej bowiem korzystać wszyscy abonenci nieposiadający numeru REGON (za wyjątkiem dotychczasowych abonentów pakietu oszczędnego, którzy w momencie zakwalifikowania do planu tp socjalnego posiadali numer REGON). W efekcie powyższego korzystają z niej nie tylko ci, którzy rzeczywiście potrzebują materialnego wsparcia. Duża część abonentów tego planu to osoby o wysokim statusie społecznym, utrzymujące linię stacjonarną z planem telefonicznym o najniższej, dostępnej na rynku opłacie abonamentowej jako rodzaj alternatywy dla telefonu komórkowego. Ponadto, plan tp socjalny nie spełnia warunków cenowych przewidzianych w prawie dla pakietu specjalnego.”⁴⁴

W kontekście ewentualnego przyznania dopłaty z tytułu kosztów związanych ze świadczeniem usług niezyskowym abonentom planu socjalnego, powyższe jednoznacznie wskazuje, że plan ten był świadczony komercyjnie i nie stanowi realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej w zakresie oferowania pakietu specjalnego, uwzględniającego potrzeby ekonomiczne abonentów. Plan ten wszedł do oferty sprzedażowej OPL z dniem 1 września 2003 r. w miejsce innego komercyjnego planu – planu tp oszczędny. W opinii Prezesa UKE niższa opłata abonamentowa rekompensowała OPL przychody

⁴⁴ Raport USO, s. 29.

z wysokich - dwukrotnie wyższych w stosunku do planu tp standardowy - opłat za połączenia telefoniczne. Ponadto w ramach planu tp socjalnego abonenci mogli korzystać wyłącznie z usług OPL – nie mieli możliwości korzystania z uprawnienia do wyboru innego dostawcy usług telekomunikacyjnych, o którym mowa w art. 72 ust. 1 Pt. W związku z taką konstrukcją pakietu socjalnego przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów toczyło się postępowanie w sprawie stosowania przez OPL praktyki ograniczającej konkurencję. W postępowaniu tym, w piśmie z lipca 2005 r., OPL zaprezentowała stanowisko, iż rezygnacja z klauzuli wyłączności w planie tp socjalnym zmusi OPL do rezygnacji ze świadczenia tego planu⁴⁵. *A contrario* można przyjąć, że przy zachowaniu klauzuli wyłączności w planie socjalnym OPL nie musiała rezygnować z tego planu, w konsekwencji nie był on dla niej nadmiernym obciążeniem.

Wprowadzenie planu tp socjalnego miało miejsce niemal trzy lata przed wyznaczeniem OPL do świadczenia usługi powszechnej i ponad rok przed wejściem w życie Pt. Oznacza to, że wprowadzenie tego planu nie mogło się opierać na przekonaniu OPL, że świadczenie usług w oparciu o ten plan wiązać się będzie z dopłatą z tytułu świadczenia usługi powszechnej. Nie było bowiem wówczas w polskim systemie prawnym unormowań przewidujących dopłatę. Wprowadzenie planu socjalnego było zatem dobrowolnym działaniem OPL. W świetle powyższych okoliczności nie sposób dojść do wniosku, że świadczenie usług wchodzących w zakres usługi powszechnej w oparciu o plan socjalny stanowiło nieuzasadnione obciążenie OPL.

Rozstrzygając sprawę ponownie, Prezes UKE wskazuje, że przyjęte przez OPL założenie mówiące o tym, że abonentami niezyskowymi są abonenci planu socjalnego jest błędne. Potwierdził to również biegły rewident, który podczas Analizy Dokumentacji nakazał OPL wprowadzenie korekty podejścia w zakresie wyznaczenia abonentów niezyskowych, polegającej na odniesieniu się do grupy niezyskowych abonentów telefonicznych podłączonych do węzła sieci telekomunikacyjnej, dla których OPL wykazała ujemny bilans przychodów i kosztów za dany rok. Ostatecznie OPL wyznaczając wartość dopłaty po wprowadzeniu korekt nie kierowała się tylko i wyłącznie przynależnością abonenta telefonicznego do planu socjalnego.⁴⁶ W konsekwencji abonentami niezyskowymi przyjętymi przez OPL do kalkulacji byli również abonenci planów, co do których nie ma najmniejszych wątpliwości, że mają charakter komercyjny. Niezyskowość związana ze świadczeniem usług tej grupie abonentów tym bardziej nie może być uznana za nieuzasadnione obciążenie OPL.

Prezes UKE uznał, że przyznanie dopłaty z tytułu świadczenia usług niezyskowym abonentom jest więc niezasadne. Za niezyskowych zostali uznani również abonenci innych planów taryfowych niż plan tp socjalny. Przyznanie dopłaty z tytułu świadczenia planu tp socjalny i planów taryfowych z wyższą opłatą abonamentową oznaczałoby, że koszty decyzji biznesowej OPL ponosiliby inni przedsiębiorcy telekomunikacyjni. Za słusnością powyższego wnioskowania przemawia również doktryna, która wskazuje, że:

⁴⁵ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DOK - 112/06 z dnia 28 września 2006 r., s. 8, [http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/380E7CCDDDA5BD20C12574F60028D5C4/\\$file/Decyzja_nr_DOK_112_2006_z_dnia_28.09.2006.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/380E7CCDDDA5BD20C12574F60028D5C4/$file/Decyzja_nr_DOK_112_2006_z_dnia_28.09.2006.pdf).

⁴⁶ Raport uzupełniający, s. 12.

„Odzyskiwanie lub finansowanie kosztów netto obowiązku świadczenia usługi powszechnej wymaga, aby wyznaczone przedsiębiorstwa obowiązane do świadczenia usługi powszechnej otrzymywały rekompensatę za świadczone usługi na warunkach niekomercyjnych”⁴⁷

oraz Dyrektywa z dnia 7 marca 2002 r., która w Załączniku IV w Części B stwierdza, że:

„Odzyskiwanie lub finansowanie wszelkich kosztów netto świadczenia usługi powszechnej oznacza dla przedsiębiorstw wyznaczonych do świadczenia usługi powszechnej prawo do rekompensaty za usługi, które świadczą na warunkach nierynkowych.”

Prezes UKE przyznaje, że w polskim prawie brak jest konkretyzacji warunków świadczenia pakietów specjalnych dla abonentów. Jednakże warunki świadczenia pakietów specjalnych zostały określone decyzjami Prezesa UKE: z dnia 5 maja 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(5) oraz z dnia 7 listopada 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(9), poprzez nałożenie na OPL obowiązku świadczenia osobom o udokumentowanych niskich dochodach oraz osobom niepełnosprawnym pakietu specjalnego uwzględniającego ich możliwości ekonomiczne. Warunki świadczenia pakietów specjalnych OPL powinna określić w regulaminie świadczenia usług telekomunikacyjnych lub cennikach dla poszczególnych planów taryfowych, które jednoznacznie będą stanowiły realizację obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Rozszerzenie grupy abonentów niezyskowych do grupy abonentów, dla których OPL wykazywała ujemny bilans przychodów i kosztów za dany rok, jak zalecał biegły rewident, nie uzasadnia przyznania dopłaty z tytułu świadczenia usługi powszechnej abonentom niezyskowym, ponieważ w roku 2007 żaden z planów taryfowych OPL nie spełniał kryteriów wskazanych powyżej. Pierwszym planem taryfowym, który mógłby zostać uznany za pakiet specjalny świadczony osobom o niskich dochodach jest „plan tp przyjazny” (wprowadzony do oferty OPL, po uzgodnieniach z Prezesem UKE, dopiero od dnia 1 czerwca 2008 r.). Pakiet ten może być świadczony jedynie dla abonentów, którzy otrzymują z Ośrodka Pomocy Społecznej świadczenie pieniężne w formie zasiłku stałego oraz złożyli otrzymany od OPL i potwierdzony przez Ośrodek Pomocy Społecznej bon.⁴⁸

Prezes UKE wskazuje, że przy niskiej opłacie abonamentowej w planie socjalnym stosuje się wysokie opłaty za połączenia telefoniczne (wyższe niż w innych planach). W związku z tym, OPL uznała, że plan tp socjalny zapewnia osobom o niskich dochodach na warunkach uwzględniających ich możliwości ekonomiczne dostęp do usług telefonicznych (niska opłata abonamentowa), ale poprzez wysokie opłaty za połączenia zniechęca (powstrzymuje) te osoby do realizacji połączeń telefonicznych. Natomiast celem pakietu specjalnego jest zapewnienie osobom o niskich dochodach lub mającym szczególne potrzeby społeczne możliwości nie tylko dostępu do usług telekomunikacyjnych, ale swobodnego korzystania z tych usług. Ponadto, w opinii Prezesa UKE, konstrukcja planu socjalnego nie gwarantowała, że korzystały z niego jedynie osoby o niskich dochodach. Fakt, że dany abonent wybiera plan taryfowy o niskiej opłacie abonamentowej i wysokiej opłacie za minutę połączenia wychodzącego nie świadczy o poziomie jego zamożności, a jedynie wskazuje na fakt, że dana osoba rzadko inicjuje połączenia. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że plan socjalny był planem wykorzystywanym jedynie przez osoby o niskich dochodach. Pomimo, iż OPL świadczyła różnorodne pakiety cenowe, jednakże żaden z oferowanych pakietów (w tym plan tp socjalny) nie posiadał cech, które umożliwiłyby uznanie go za pakiet specjalny. Wprawdzie wśród abonentów OPL można wyznaczyć

⁴⁷ Gromski W., Kolasa J., Kozłowski A., Wójtowicz K., *Europejskie i polskie prawo telekomunikacyjne*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004, s. 158.

⁴⁸ „Cennik usług telekomunikacyjnych tp” wg stanu na styczeń 2010 r., s. 114.
http://www.tp.pl/b/binaries/PL/358392/CUT_1_stycznia_2010_r_366994339.pdf.

abonentów niezyskowych tj. abonentów, którzy generują wyższe koszty niż przychody, jednakże brak w ofercie pakietu specjalnego (dedykowanego dla osób o niskich dochodach) sprawia, że pomimo wystąpienia kosztu netto w odniesieniu do usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 Pt, OPL nie przysługuje dopłata.

Odnosząc się do pozostałych stanowisk zgłoszonych w toku postępowania, w pierwszej kolejności Prezes UKE odniesie się do kwestii sposobu przeprowadzenia weryfikacji przedstawionej przez OPL wartości kosztu netto, jak również przyjętych przez OPL założeń i zastosowanej przez OPL metodologii, na które wskazywały PIIT i KIGEiT w swoich stanowiskach.

Zdaniem KIGEiT, przedstawionym w stanowisku z dnia 15 listopada 2010 r., Prezes UKE rozstrzygając w sprawie powinien dokonać analizy założeń przyjętych przez OPL do analizy rentowności poszczególnej usługi oraz założeń przyjętych do szacowania korzyści pośrednich, a także zweryfikować źródła informacji i danych zawartych w kalkulacji OPL. W ocenie KIGEiT, Prezes UKE powinien dokonać również oceny zgodności przyjętej przez OPL metodologii z przepisami prawa (w szczególności z rkn oraz Rozporządzeniem Kosztowym, zmienionego Nowelizacją Rozporządzenia Kosztowego). Następnie, zdaniem KIGEiT, Prezes UKE powinien dokonać analizy opinii biegłego rewidenta, która według KIGEiT, stanowi jeden z dowodów przyznania bądź też odmowy przyznania dopłaty z tytułu kosztu netto, oraz dokonać weryfikacji wysokości kosztu netto oraz wartości korzyści pośrednich i dokonać rozstrzygnięcia czy stanowią one uzasadnione obciążenie OPL. Zdaniem KIGEiT, Prezes UKE powinien również zweryfikować czy OPL stosuje tzw. korekty efektywności.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że Prezes UKE dokonał analizy zarówno przedstawionej przez OPL kalkulacji (obejmującą analizę przedstawionych przez OPL danych, wyliczeń a także źródeł, na które powołuje się OPL), jak również opinii biegłego rewidenta. Przeprowadzona przez Prezesa UKE analiza została omówiona w decyzji w punkcie 2, 3 i 4. Prezes UKE przedstawił stan formalnoprawny na dzień wydania decyzji, w którym została zawarta kwestia oceny zgodności przedstawionej przez OPL kalkulacji z przepisami prawa. W związku z tym należy stwierdzić, iż Prezes UKE dokonał analizy wystąpienia kosztu netto w sposób zgodny z sugestiami KIGEiT.

W stanowisku PIIT z dnia 22 listopada 2010 r. OA podnieśli, że po weryfikacji kosztu netto Prezes UKE powinien dokonać analizy czy koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie dla przedsiębiorcy wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej. Prezes UKE, przyznając bądź odmawiając przyznania dopłaty z tytułu kosztu netto powinien, zdaniem OA, przeanalizować wszelkie aspekty związane ze świadczeniem usługi powszechnej. Jednym z dowodów jest opinia biegłego rewidenta, jednak nie przesądza ona, w opinii OA, o przyznaniu bądź odmowie przyznania dopłaty. Zdaniem OA, podstawą do przyznania opłaty jest wykazanie, że koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie, co powinno polegać na porównaniu zakresu świadczonych usług przed oraz po wyznaczeniu OPL do świadczenia usługi powszechnej.

Z kolei OPL w stanowisku PIIT z dnia 22 listopada 2010 r. wskazała, że zgodnie z Dyrektywą z dnia 7 marca 2002 r., jeśli świadczenie usługi powszechnej stanowi nieuzasadnione obciążenie przedsiębiorcy wyznaczonego, powinna zostać mu przyznana dopłata do kosztu netto usługi powszechnej. OPL wskazała, że jedynie korzyści pośrednie (które rozpatrywane są na etapie badania biegłego rewidenta) mogłyby stanowić czynnik, na podstawie którego OA uznają, że pomimo wystąpienia kosztu netto, przedsiębiorca wyznaczony ponosi z tego tytułu nieuzasadnione obciążenie. OPL wskazała, że zaproponowana przez OA metoda

weryfikacji czy koszt netto stanowi nieuzasadnione obciążenie poprzez porównanie zakresu działalności OPL przed i po zobowiązaniu OPL do świadczenia usługi powszechnej, jest błędna. Zgodnie bowiem z art. 221 ust. 4 Pt, jeszcze przed nałożeniem na OPL obowiązku świadczenia usługi powszechnej, OPL jako przedsiębiorca, który został uznany za operatora publicznego o znaczącej pozycji rynkowej, była zobowiązana do świadczenia usług wchodzących w skład usługi powszechnej, w takim samym zakresie, jak po wyznaczeniu.

Prezes UKE nie podziela stanowiska OPL jakoby jedynie korzyści pośrednie miały wskazywać na nieuzasadnione obciążenie. Korzyści pośrednie stanowią bowiem jedną z wielkości, na podstawie której wyznacza się wartość kosztu netto (zgodnie z rkn korzyści pośrednie pomniejszają wartość różnicy między kosztami i przychodami związanymi ze świadczeniem usługi powszechnej). Zgodnie z art. 96 ust. 4 Pt, Prezes UKE po wyznaczeniu wartości kosztu netto (a więc po uwzględnieniu korzyści pośrednich) przeprowadza dodatkową analizę, która ma pokazać, czy wyznaczony koszt netto stanowi uzasadnione obciążenie. Taka analiza została przeprowadzona i opisana w punkcie 6 uzasadnienia decyzji.

KIGEiT w stanowisku z dnia 16 lutego 2011 r. zgodziła się z interpretacją OPL wskazaną w piśmie PIIT, iż postanowienia Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. zostały błędnie implementowane do Pt. Zawarte w treści art. 13 ust. 1 Pt sformułowanie wskazuje bowiem na wystąpienie „nieuzasadnionego obciążenia”, podczas gdy angielski zwrot „unfair burden” należy tłumaczyć jako „niesprawiedliwe obciążenie”. Zdaniem KIGEiT w sprawie oba określenia mogą być stosowane zamiennie.

W odpowiedzi na powyższe Prezes UKE wskazuje, że przedmiotem rozstrzygnięcia nie jest dokonywanie oceny prawidłowości implementacji do Pt zapisów Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r., a jedynie ocena zebranego materiału dowodowego pod kątem obowiązujących przepisów prawa.

Kolejną kwestią, na jaką zwrócił uwagę KIGEiT w stanowisku z dnia 15 listopada 2010 r. była kwestia dokonania przez Prezesa UKE weryfikacji sposobu zdefiniowania przez OPL kosztu bezpośrednio związanego ze świadczeniem usługi powszechnej, analizę zyskowności abonentów OPL w podziale na grupy użytkowników poszczególnych planów taryfowych, analizę wielkości liczbowych stanowiących składowe korzyści pośrednich i ich odzwierciedlenia w systemach i dokumentach OPL. Zdaniem KIGEiT przyznanie bądź odmowa przyznania dopłaty dla OPL z tytułu kosztu netto powinna być poprzedzona analizą dostępności i jakości usługi powszechnej świadczonej przez OPL.

Ponadto zdaniem KIGEiT, OPL do kalkulacji kosztu netto powinna zastosować metodologię przyjętą przez Prezesa UKE w postępowaniu dotyczącym zatwierdzenia opisów kalkulacji kosztów. W związku z powyższym, w ocenie KIGEiT, konieczne jest włączenie do materiału dowodowego tekstu decyzji Prezesa UKE zatwierdzającej opis kalkulacji kosztów OPL, a także przeprowadzenie przez biegłego rewidenta analizy wpływu eliminacji z kalkulacji kosztu netto kosztów wspólnych, które w długim czasie nie posiadają charakterystyki kosztów zmiennych, oddzielnie dla każdego badanego okresu.

Prezes UKE wskazuje, że wskazane przez KIGEiT kwestie zostały rozpatrzone w trakcie analizy dokumentacji zgodnie z art. 96 ust. 3 Pt. Prezes UKE wskazuje, że koszty przyjęte do kalkulacji kosztu netto zostały przyjęte zgodnie z zapisami zawartymi w rkn (a więc przy założeniu, że wskazane przez OPL koszty to jedynie te koszty, których OPL nie mogła uniknąć w związku z koniecznością realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej). Natomiast w zakresie weryfikacji spełnienia przez OPL wymagań jakości i dostępności Prezes UKE zobowiązany był do wzięcia pod uwagę oceny

prawnej i wskazań co do dalszego postępowania zawartych w Wyroku NSA i Wyroku WSA, które to sądy te uznały za nieuprawnioną odmowę przyznania dopłaty do kosztów świadczonych przez OPL usług wchodzących w skład usługi powszechnej wyłącznie z uwagi na sposób realizacji decyzji wydanej na podstawie art. 82 ust. 4 Pt w zakresie poziomu dostępności i jakości świadczenia poszczególnych usług wchodzących w skład usługi powszechnej.

Prezes UKE wydając decyzję uwzględnił również uwagę KIGEiT dotyczącą przeprowadzenia analizy zastosowanej przez OPL metodologii. Należy bowiem wskazać, że badanie przeprowadzone przez biegłego rewidenta obejmowało sprawdzenie dowodów i zapisów księgowych, rachunków lub innych dokumentów zawierających dane lub informacje służące za podstawę obliczeń składowych kosztu netto. Rozstrzygając w sprawie Prezes UKE uwzględnił treść opinii biegłego rewidenta, z której wynika, że składowe kosztu netto, w tym wyliczenia kosztów, przychodów i korzyści pośrednich są wiarygodne, rzetelne i prawidłowe oraz sporządzone zostały zgodnie z przepisami rkn, Rozporządzenia Kosztowego oraz ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 ze zm.).

Z treści Opinii wynika, że biegły rewident w trakcie badania zidentyfikował błędy wymagające wprowadzenia korekt do kalkulacji składowych kosztu netto. Ostatecznie opinia biegłego rewidenta odnosi się do wyników kalkulacji składowych kosztu netto po uwzględnieniu wszystkich zidentyfikowanych korekt, nie zaś do wartości pierwotnie przedstawionych przez OPL we wniosku.

Zważywszy na fakt, że biegły rewident wydał pozytywną opinię z badania, wskazane w trakcie badania wartości składowych kosztu netto stanowiły podstawę do weryfikacji przeprowadzonej przez Prezesa UKE.

W stanowisku PIIT z dnia 22 listopada 2010 r. OPL wskazała, że wskazane przez OA argumenty sugerują, że opinia biegłego rewidenta powinna być opinią bez zastrzeżeń, aby mogła być uwzględniona w sprawie, co zdaniem OPL nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego. Ponadto OPL podniosła, że wydanie przez biegłego rewidenta opinii zawierającej zastrzeżenia wcale nie musi oznaczać, że kalkulacja została przeprowadzona w sposób nieprawidłowy, bowiem zastrzeżenia mogą dotyczyć kwestii czysto formalnych, jak np. braku podpisu na którymś z dokumentów. Opinia biegłego rewidenta, zdaniem OPL, może wskazywać inną niż podaną we wniosku kwotę kosztu netto i właśnie ta kwota powinna być brana pod uwagę przez Prezesa UKE przy wydawaniu ostatecznej decyzji w sprawie.

W odpowiedzi na powyższe Prezes UKE wskazał, że Pt nie precyzuje czy jedynie opinia bez zastrzeżeń może być brana pod uwagę w postępowaniu o przyznanie dopłaty. Zdaniem Prezesa UKE zarówno opinia bez zastrzeżeń, jak również opinia, do której zgłoszone zostały zastrzeżenia mają istotny wpływ na rozstrzygnięcie. Fakt, że w wyniku audytu biegły rewident dostrzeże pewne nieprawidłowości może mieć wpływ na wynik ostatecznej weryfikacji dokonywanej przez Prezesa UKE. W sprawie biegły rewident zidentyfikował szereg nieprawidłowości (w tym błędy metodologiczne, logiczne i rachunkowe), które miały wpływ na wartości składowych kosztu netto. Zidentyfikowanie przez biegłego rewidenta nieprawidłowości może skutkować wydaniem opinii z zastrzeżeniami, bądź podobnie jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie, wydaniem opinii bez zastrzeżeń (pod warunkiem uwzględnienia przez podmiot badany wskazanych przez biegłego rewidenta korekt). W takim przypadku wartościami, które stanowią podstawę do weryfikacji Prezesa UKE, są wartości uwzględniające korekty.

Kolejnym zagadnieniem przedstawionym przez strony jest kwestia zakresu usług świadczonych przez OPL i OA.

Zdaniem OA przedstawionym w stanowisku PIIT z dnia 22 listopada 2010 r. w chwili obecnej usługi wchodzące w skład usługi powszechnej (z wyjątkiem udogodnień dla osób niepełnosprawnych) są świadczone przez wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych działających na rynku. W ocenie OA, oznacza to, że konkurenci OPL, którzy świadczą takie same usługi jak OPL po niższych cenach niż OPL, mają obowiązek finansować działalność OPL. Ponadto OA wskazali na fakt, że nałożony na OPL obowiązek świadczenia usług wchodzących w skład usługi powszechnej nie jest realizowany prawidłowo, dlatego, zdaniem OA, brak jest podstaw do przyznania dopłaty dla OPL z tytułu kosztu netto.

W odpowiedzi na powyższe Prezes UKE wskazuje, że jedynie OPL była operatorem zobowiązanym do świadczenia usługi powszechnej na terenie całego kraju. Prezes UKE podzielił zdanie OPL (zawarte w drugiej części stanowiska PIIT), że OPL musiała świadczyć usługę powszechną na terenie całego kraju, każdemu abonentowi, z określoną jakością, bez względu na koszty ponoszone przy świadczeniu usługi oraz możliwy do uzyskania przychód. Prezes UKE wskazuje, że wprawdzie inni operatorzy świadczyli usługi, które mogą wydawać się zbliżone do usług wchodzących w skład usługi powszechnej, jednak decyzja o rozpoczęciu ich świadczenia określonej grupie abonentów nie wynika z nałożonego na tego operatora obowiązku. Decyzję o świadczeniu pewnych usług OA podejmują po przeprowadzeniu analiz biznesowych, co ostatecznie prowadzi do sytuacji, w której OA świadczą usługę na określonym terenie abonentom, którzy będą przynosić zyski. W związku z tym usługi świadczone przez OA nie mogą być uznawane za usługę powszechną, ponieważ nie są świadczone wszystkim abonentom na terenie całego kraju a jedynie tym grupom, dla których świadczenie danej usługi jest zyskowne.

W zakresie natomiast porównania działalności OPL przed i po zobowiązaniu (o co wnioskowali OA w stanowisku PIIT z dnia 22 listopada 2010 r.), Prezes UKE wskazuje, iż w pkt 6.2. dokonał m.in. analizy zmiany w działalności OPL po wprowadzeniu obowiązku świadczenia przez OPL usługi powszechnej, odwołując się do odpowiednich danych liczbowych, co zostało uznane za jeden z argumentów przemawiających za odmową przyznania OPL dopłaty z tytułu świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt.

Zdaniem OA przedstawionym w stanowisku PIIT z dnia 4 lutego 2011 r., podstawą do oceny zasadności przyznania dopłaty w wysokości kosztu netto, powinno być porównanie wskaźników rynku telekomunikacyjnego wskazujących na efektywność przedsiębiorcy wyznaczonego do świadczenia usługi powszechnej. OA podkreślili, że podstawowym celem usługi powszechnej jest jej dostępność na terenie całego kraju, dlatego też koszt świadczenia usługi powszechnej nie jest związany tylko z administrowaniem/utrzymywaniem określonego zestawu usług ale efektywnym inwestowaniem w zakresie zwiększenia dostępności usługi powszechnej. OA wskazali, że dane zaprezentowane w Raporcie USO dotyczące penetracji telefonii komórkowej i stacjonarnej pokazują, że OPL nie tylko nie inwestowała w rozwój sieci, ale wręcz zmniejszała liczbę łączy. Spadek penetracji telefonii stacjonarnej był wywołany rosnącym udziałem telefonii ruchomej wynikającym z istnienia zjawiska substytucji. W związku z tym OA wskazali, że cel określony w art. 81 Pt, tj. zapewnienie usług telekomunikacyjnych wszystkim użytkownikom końcowym na terenie całego kraju, w wymaganej jakości i po przystępnej cenie, został zrealizowany przez operatorów sieci komórkowych, którzy dokonując znaczących inwestycji i rozbudowując sieć, przejęli abonentów OPL.

W odpowiedzi na argumenty OA OPL wskazała w stanowisku PIIT z dnia 22 listopada 2010 r., że OA w stanowisku zakwestionowali w całości celowość istnienia usługi powszechnej. OPL nie zgadza się ze stwierdzeniem, że na efektywność przedsiębiorcy

wyznaczonego wpływa jedynie efektywność świadczenia usług wchodzących w skład usługi powszechnej. OPL podkreśla, że na efektywność przedsiębiorcy wyznaczonego wpływa szereg czynników. Czynniki te nie są ściśle związane z zagadnieniem usługi powszechnej, nie wynikają również z decyzji regulatora jak również decyzji podejmowanych przez przedsiębiorcę wyznaczonego. Takim czynnikiem, zdaniem OPL, mogą być chociażby zmieniające się potrzeby konsumentów, za którymi nie nadążają regulacje związane z usługą powszechną, jak również działania podejmowane przez przedsiębiorcę wyznaczonego.

OPL podniosła w stanowisku PIIT z dnia 22 listopada 2010 r., że słabszy rozwój telefonii stacjonarnej w porównaniu z siecią ruchomą nie wynika z braku inwestycji w sieć, lecz z malejącego zainteresowania usługami głosowymi sieci stacjonarnej. Zdaniem OPL łącza sieci stacjonarnej służą w znacznej mierze do świadczenia usługi transmisji danych, a usługa ta nie wchodzi w skład usługi powszechnej. OPL w chwili obecnej posiada większą liczbę łączy głównych niż wynika to z potrzeb użytkowników. OPL wskazała, że koszt przyłączenia użytkowników, którzy zamieszkują tereny, w których z przyczyn geograficznych inwestowanie w budowę sieci stacjonarnej jest trudne, bądź też tereny, na których nie ma infrastruktury, jest niezwykle wysoki, a jego odzyskanie możliwe jedynie w niewielkiej części (ze względu na obowiązek oferowania krótkoterminowych umów abonenckich). Mimo to OPL stara się realizować takie zamówienia oferując abonentom dostęp do usług głosowych świadczonych w innych technologiach, za które OPL nie może starać się o dopłatę.

OPL wskazała również, że substytucyjność usługi głosowej świadczonej na rynku telefonii stacjonarnej i ruchomej nie stanowi podstawy do odmowy przyznania dopłaty w wysokości kosztu netto. Wskazane przez OA uzasadnienie, zdaniem OPL dowodzi faktu, że usługa głosowa świadczona w technologii miedzianej jest na tyle schyłkowa, że nie warto domagać się świadczenia jej obowiązkowo. Nie przesądza to, wbrew temu co twierdzą OA, że przyznanie dopłaty w wysokości kosztu netto wynikającego z realizacji usługi głosowej nie stanowi uzasadnionego obciążenia OPL.

Ponadto, zdaniem OPL, z faktu świadczenia przez OPL usługi powszechnej, korzystają inni operatorzy. Abonenci przyłączeni do OPL, którzy są abonentami niezyskownymi, nawet jeśli nie inicjują połączeń, to takie połączenia odbierają. Tym samym generują wymianę ruchu pomiędzy OPL i OA. OA za połączenia z deficytowym abonentem OPL, do którego abonent OA wykonuje połączenie, pobiera opłatę. Z kolei, pewna część niezyskownych abonentów OPL inicjuje połączenia do abonentów OA, co z kolei generuje przychody dla OA z tytułu interkonektu. Gdyby OPL zrezygnowała ze świadczenia usługi powszechnej, część abonentów OPL zrezygnowałaby z usług głosowych – wówczas zniknęłaby część przychodów z obrotu zarówno po stronie OPL jak i OA.

OPL poruszyła również kwestię świadczenia usług za pomocą PAS oraz przystosowania ich do potrzeb osób niepełnosprawnych. OPL wskazała, że koszty dostosowania PAS do potrzeb osób niepełnosprawnych nie jest wysoki. Znacznie większym obciążeniem jest utrzymanie PAS w ogóle. Substytucja usług głosowych świadczonych na rynku telefonii stacjonarnej usługami świadczonymi na rynku telefonii ruchomej spowodowała zaprzestanie bądź ograniczenie korzystania z PAS. OPL podniosła, że zmniejszenie zapotrzebowania na PAS powinno skutkować ograniczeniem jej zakresu, o co OPL kilkakrotnie wnioskowała. OPL zakwestionowała nałożony przez Prezesa UKE obowiązek określania minimalnej liczby PAS w oparciu o liczbę mieszkańców. Zdaniem OPL bardziej zasadnym jest utrzymywanie większej liczby PAS w mniejszych miejscowościach zamieszkałych przez osoby starsze, które do tej pory nie korzystały z telefonii mobilnej, zamiast utrzymywania PAS w dużych miastach, w których znaczny odsetek mieszkańców korzysta z telefonii mobilnej.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes UKE ponownie wskazuje, iż w zakresie weryfikacji spełnienia przez OPL wymagań jakości i dostępności Prezes UKE zobowiązany był do wzięcia pod uwagę oceny prawnej i wskazań co do dalszego postępowania zawartych w Wyroku NSA i Wyroku WSA. Zdaniem Prezesa UKE prawdą jest natomiast, że szybki rozwój telefonii komórkowej wpłynął na spadek popytu na usługi realizowane przez telefonię stacjonarną, jednak nie można mówić o tym, że telefonia ruchoma stanowi substytut dla usługi powszechnej, tym samym nie jest prawdą, że to operatorzy telefonii ruchomej realizują w pełni cel określony w art. 81 Pt, tj. zapewnienia usług telekomunikacyjnych na terenie całego kraju, w wymaganej jakości i po przystępnej cenie.

Ponadto Prezes UKE, podobnie jak KIGEiT, twierdzi że powiązanie przez OPL malejącej liczby abonentów ze wzrostem kosztu netto, wskazuje na przyjęcie przez OPL błędnej metodologii. Zdaniem KIGEiT przedstawionym w stanowisku z dnia 16 lutego 2011 r., wszystkie centrale OPL obsługują zarówno abonentów niezyskowych, jak również abonentów komercyjnych. Spadek liczby abonentów korzystających z usługi powszechnej może jedynie wpłynąć na obniżenie kosztu netto dla OPL z tytułu utrzymania pętli lokalnej, natomiast koszty związane z utrzymaniem centrali nie ulegają zmianie. Powyższe prowadzi do wniosku, że gdyby OPL zrezygnowała ze świadczenia usługi powszechnej, to i tak poniosłaby koszt utrzymania central, który ponosi obecnie, w związku z tym koszty utrzymania centrali nie są kosztami możliwymi do uniknięcia i tym samym nie powinny być brane pod uwagę przy wyznaczaniu wartości kosztu netto.

Na błędność argumentacji OPL wskazuje również fakt, że pomimo spadku liczby abonentów sieci OPL, nie zmienia się cena usług oferowanych na warunkach komercyjnych. KIGEiT sugeruje, że OPL kalkuluje koszty elementów sieci, a następnie dokonuje uśrednienia nośnikiem „liczba abonentów” na poziomie całej sieci OPL, a nie na poziomie poszczególnych central. W ocenie KIGEiT takie działanie zniekształca rzeczywisty poziom kosztów ponoszonych przez OPL na świadczenie usługi powszechnej.

Prezes UKE rozstrzygając w sprawie dokonał oceny zastosowanej przez OPL metodologii wyznaczania kosztu netto, co zostało wskazane w punkcie 3 i 4 decyzji, przy czym Prezes UKE do kalkulacji kosztu netto przyjął wartości kosztów, przychodów i składowych korzyści pośrednich wskazane w opinii biegłego rewidenta.

KIGEiT odniósł się również w stanowisku z dnia 16 lutego 2011 r. do kwestii wskazówek, jakie Prezes UKE przedstawił biegłemu rewidentowi podczas badania. W piśmie skierowanym do biegłego rewidenta Prezes UKE wskazał, że abonent może zostać uznany za niezyskowego m.in. w przypadku, gdy OPL złoży oświadczenie, iż zaprzestanie świadczenia usług temu abonentowi w przypadku zniesienia obowiązku świadczenia usługi powszechnej. Identyfikacja abonentów miałaby nastąpić w toku analizy dokumentacji. W ocenie KIGEiT takie działanie Prezesa UKE stanowi próbę sformalizowania pewnej grupy abonentów OPL, którzy po oświadczeniu OPL mogliby zostać uznani za abonentów niezyskowych i z tego tytułu mogłaby zostać przyznana dopłata do kosztu netto. Zdaniem KIGEiT powyższe świadczy o tym, że Prezes UKE uznał argumenty KIGEiT wskazane w stanowisku z dnia 15 listopada 2010 r. w zakresie braku formalnego uznania abonentów planu socjalnego za abonentów niezyskowych i przyznania OPL dopłaty z tego tytułu, a także o chęci wykreowania przez Prezesa UKE dowodu na tę okoliczność. Potwierdzeniem powyższego ma być fakt, że wytyczne dla biegłego rewidenta zostały przekazane po zapoznaniu się przez Prezesa UKE z argumentacją KIGEiT. Ponadto zdaniem KIGEiT nie jest możliwe ustalenie czy abonent jest niezyskowy po ustaniu obowiązku świadczenia usługi powszechnej.

Zdaniem KIGEiT oświadczenie takie nie powinno działać wstecz, bowiem w latach 2006-2009 nie istniały żadne przesłanki formalnoprawne uznania planu socjalnego za plan świadczony w ramach wykonywanego obowiązku świadczenia usługi powszechnej. W związku z powyższym KIGEiT wskazała, że OPL był zobowiązany do przedstawienia Prezesowi UKE cenników usług. OPL przedstawia Prezesowi UKE nowe plany taryfowe oraz projekty zmian planów dotychczas obowiązujących. Taka sama procedura została przeprowadzona w przypadku planu socjalnego, dlatego brak jest podstaw by uznać, że plan socjalny stanowił ofertę świadczoną w ramach usługi powszechnej. Z drugiej strony jeśli wszystkie plany taryfowe OPL świadczone były jako usługa powszechna, to przy ocenie zyskowności należałoby rozpatrywać łączne koszty i przychody tych planów.

Zdaniem KIGEiT OPL uznaje abonentów za niezyskownych jedynie na podstawie rzekomej nierentowności tych abonentów, co w skrajnym przypadku może prowadzić do uznania, że abonentami niezyskownymi są wszyscy abonenci planów taryfowych OPL. Zdaniem KIGEiT takie podejście jest błędne. OPL nie może dowolnie kreować grupy abonentów niezyskownych. Zdaniem KIGEiT jedynie na etapie zatwierdzania cenników możliwe jest wskazanie, że abonenci określonych planów taryfowych, dla których dostępność jest ograniczona w sposób formalnoprawny, mogą zostać uznani za abonentów niezyskownych i z tytułu stosowania tego planu OPL będzie wnioskować o dopłatę. Nie może to jednak dotyczyć każdego planu taryfowego, oferowanego przez OPL.

Ponadto KIGEiT wskazała, że analizując zyskowność abonentów Prezes UKE do kategorii przychodów z tytułu utrzymania linii w stanie gotowości do świadczenia usług, powinien brać również przychody, jakie OPL osiąga z tytułu świadczenia na tych łączach usługi BSA. Można bowiem założyć, że abonent planu socjalnego OPL, który jednocześnie korzysta z usług szerokopasmowego dostępu do Internetu dostarczanej przez innego operatora, generuje pośrednio na rzecz OPL dodatkowy przychód w postaci miesięcznych stawek hurtowych odprowadzanych z tego tytułu przez operatora korzystającego z BSA.

W odpowiedzi na powyższe Prezes UKE wskazuje, że wydając decyzję, wziął pod uwagę cały materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, jak również dokonał rozstrzygnięcia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Definicja abonenta niezyskownego znajduje się w rkn i zgodnie z tą definicją Prezes UKE dokonywał analizy przedstawionych przez OPL wyjaśnień. Prezes UKE szczegółowo odniósł się do tej kwestii w punkcie 3.1 decyzji.

Biorąc pod uwagę kwestię ograniczenia wglądu do części materiału dowodowego (o czym mowa zarówno w stanowisku OA jak i stanowisku OPL) Prezes UKE wskazuje, że ograniczenie wglądu dotyczyło jedynie tych dokumentów, które zawierały dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ujawnienie takich informacji może negatywnie wpłynąć na konkurencyjność OPL. Szczegółowe uzasadnienie ograniczenia wglądu do części materiału dowodowego zostało przedstawione w postanowieniu wydanym przez Prezesa UKE w tym przedmiocie.

Prezes UKE wskazuje, że podnoszona przez OA w stanowisku PIIT z dnia 22 listopada 2010 r. kwestia sposobu finansowania usługi powszechnej w przypadku przyznania przez Prezesa UKE dopłaty z tytułu kosztu netto nie jest przedmiotem postępowania.

Ponadto, KIGEiT wniosła o ponowną analizę argumentów wskazanych w stanowisku z dnia 15 listopada 2010 r., co też Prezes UKE uczynił rozstrzygając w sprawie.

Prezes UKE odnosząc się do pisma OPL z dnia 27 kwietnia 2011 r. wskazuje, że włączenie do postępowania decyzji Prezesa UKE z dnia 28 stycznia 2010 r. nr DHRT-WKO-6090-2/09(56) w sprawie zatwierdzenia instrukcji za rok 2009 i opisu kalkulacji

kosztów za rok 2011 nie miało na celu porównywania obu postępowań, a jedynie porównanie zastosowanej w obu postępowaniach metodologii kalkulacji kosztów.

Biorąc wszystko powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

POUCZENIE

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, 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 2016 r., poz. 718 ze zm.).

Prezes

Marcin Cichy

Dokument podpisany elektronicznie

Otrzymują:

1. Jolanta Zbiorezyk
Pełnomocnik Orange Polska S.A.
ul. 23 Lutego 26
61-743 Poznań
2. Rafał Duczek
Pełnomocnik Krajowej Izby Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji
ul. Stępińska 22/30
00-739 Warszawa
3. Mirosława Kubica
Pełnomocnik Polskiej Izby Informatyki
i Telekomunikacji
Al. Jerozolimskie 136
02-305 Warszawa