



Warszawa, 7 sierpnia 2018 r.

**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Marcin Cichy

Orange Polska S.A.

Al. Jerozolimskie 160

02-326 Warszawa

(dalej „OPL”)

**Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki
i Telekomunikacji**

ul. Stępińska 22/30

00-739 Warszawa

(dalej „KIGEIT”)

**Polska Izba Komunikacji
Elektronicznej**

ul. Przemysłowa 30

00-450 Warszawa

(dalej „PIKE”)

**Polska Izba Informatyki
i Telekomunikacji**

Al. Jerozolimskie 136, IX piętro

02-305 Warszawa

(dalej „PIIT”)

DECYZJA DHRT.WIT.7114.2.2017.44

(dotychczasowa sygn. sprawy nr: DHRT-WWM-6060-1/10)

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 ze zm., 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 2017 r., poz. 1907 ze 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 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-WWM-6060-1/10(110) (dalej „Decyzja USO”) o przyznanie dopłaty za rok 2009 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 7 stycznia 2015 r., sygn. akt VI SA/Wa 3878/14, uchylającym decyzję Prezesa UKE z dnia 6 września 2011 r., nr DHRT-WWM-6060-1/10(131), w części utrzymującej w mocy pkt III Decyzji USO,

uchylam Decyzję USO w części - pkt III 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 2009 w wysokości 18 430 152,00 zł (słownie: osiemnaście milionów czterysta trzydzieści tysięcy sto pięćdziesiąt dwa złote 00/100);

II. odmawiam przyznania za rok 2009 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 abonenta, 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 niniejszej 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 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 30 czerwca 2010 r. nr KRKD/MT/4/06/10, (wpływ do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, dalej „Urząd”, dnia 1 lipca 2010 r.), OPL złożyła wniosek o przyznanie dopłaty do kosztu netto świadczenia usługi powszechnej za rok 2009 (dalej „Wniosek”).

Odrębnym pismem z dnia 30 czerwca 2010 r. nr KRKD/MT/TP-57/10, OPL przekazała siedem załączników do Wniosku, stanowiących integralną część Wniosku. Wszystkie załączniki zostały objęte klauzulą „Tajemnica TP”, na podstawie art. 9 i art. 207 Pt.

Odrębnym pismem z dnia 30 czerwca 2010 r. nr SRKD-070/Z-93/10, OPL przekazała trzy załączniki do Wniosku, objęte klauzulą „Zastrzeżone”, stanowiące integralną część Wniosku.

¹ <http://www.bip.uke.gov.pl/gallery/25/62/2562.pdf>.

Pismem z dnia 5 lipca 2010 r., Prezes UKE zawiadomił OPL o wszczęciu postępowania administracyjnego w przedmiocie dopłaty do kosztu netto świadczenia usługi powszechnej w roku 2009.

Pismem z dnia 5 lipca 2010 r. Prezes UKE zawiadomił KIGeIT, PIIT oraz PIKE o wszczęciu 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.

Pismem z dnia 14 lipca 2010 r. (wpływ do Urzędu dnia 14 lipca 2010 r.), PIIT złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Pismem z dnia 8 lipca 2010 r. (wpływ do Urzędu dnia 15 lipca 2010 r.), KIGeIT złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Postanowieniem z dnia 19 lipca 2010 r. nr DHRT-WWM-6060-1/10(13), Prezes UKE dopuścił KIGeIT do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Postanowieniem z dnia 19 lipca 2010 r. nr DHRT-WWM-6060-1/10(16), Prezes UKE dopuścił PIIT do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Pismem z dnia 27 lipca 2010 r. (wpływ do Urzędu dnia 29 lipca 2010 r.), PIKE złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2010 r., Urząd wezwał PIKE do uzupełnienia braków formalnych wniosku z dnia 27 lipca 2010 r.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2010 r. (wpływ do Urzędu dnia 12 sierpnia 2010 r.) PIKE uzupełniła braki formalne wniosku z dnia 27 lipca 2010 r.

Postanowieniem z dnia 17 sierpnia 2010 r. nr DHRT-WWM-6060-1/10(23), Prezes UKE dopuścił PIKE do udziału w postępowaniu na prawach strony.

W dniu 28 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 2009, 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 rozporządzeniem 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”) oraz rozporządzeniem 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”), zmienionego rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 31 marca 2009 r. (Dz. U. Nr. 58, poz. 480, dalej „Nowelizacja Rozporządzenia Kosztowego”).

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 tym także wskazanie na postanowienia Dyrektywy z dnia 7 marca 2002 r. nr 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dalej „Dyrektywa z 7 marca 2002 r.”).

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

- Kopii „Opinii niezależnego biegłego rewidenta” (dalej „Opinia”),
- „Raportu z badania składowych kosztu netto za rok zakończony dnia 31 grudnia 2009 r.” (dalej „Raport”),
- kopii „Wyników kalkulacji składowych kosztu netto usługi powszechnej za rok 2009”, przekazanych Prezesowi UKE pismem z dnia 9 grudnia 2010 r. oraz
- kopii pisma z dnia 20 grudnia 2010 r. stanowiącego uzupełnienie pisma z dnia 9 grudnia 2010 r. (dalej „Raport uzupełniający”),
- Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2009 r., Urząd Komunikacji Elektronicznej, czerwiec 2010 r. (dalej „RSRT”),
- kopii decyzji Prezesa UKE z dnia 5 maja 2006 r. nr DRTD-WUD-6070-1/06(4),
- 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 (dalej „Raport Indicator”),
- 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.
- dokumentu „Zaspokojenie potrzeb konsumentów, w tym konsumentów będących niepełnosprawnymi, na usługi realizowane za pomocą publicznych aparatów samoinkasujących. Raport z badania dla Urzędu Komunikacji Elektronicznej”, Pentor Research International, Warszawa, sierpień 2009 r. (dalej „Raport Pentor”).

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 21 stycznia 2011 r. OPL złożyła wniosek o ograniczenie prawa wglądu do:

- „Wyników kalkulacji składowych kosztu netto usługi powszechnej za rok 2009”,
- Raportu oraz
- Raportu uzupełniającego,

jako dokumentów zawierających dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a także przedstawiła wersję jawną dokumentu „Wyniki kalkulacji składowych kosztu netto usługi powszechnej za rok 2009”.

Pismem z dnia 2 lutego 2011 r., Prezes UKE powiadomił pozostałe strony postępowania o włączeniu do materiału dowodowego dokumentów wskazanych w piśmie z dnia 21 stycznia 2011 r. oraz dodatkowo:

- RSRT,
- „Raportu o realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej przez Telekomunikację Polską S.A. za okres 8 maja 2006 r. – 31 grudnia 2009 r.”, Urząd Komunikacji Elektronicznej, Warszawa, kwiecień 2010 r. (dalej „Raport USO”),
- „Opracowania 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”, konsorcjum Ernst & Young Business Advisory sp. z o.o. i Wspólnicy s.k. oraz Ernst & Young Audit sp. z o.o., grudzień 2008 r. (dalej „Opracowanie Korzyści Pośrednich”),
- Dokumentu „Ekspertyzy i wytyczne dla kosztu netto usługi powszechnej”, KPMG sp. z o.o., Warszawa, lipiec 2005 r.,
- „Wytycznych do rozporządzenia w sprawie kalkulacji kosztu netto usługi powszechnej”, KPMG, Warszawa, 2005 r.

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 2009”,
- Raportu,
- Raportu uzupełniającego,

a także następujących dokumentów przekazanych pismem z dnia 30 czerwca 2010 r. nr KRKD/MT/TP-57/10, opatrzonych klauzulą „tajemnica TP” tj.:

1. Załącznik nr 1. „Opis kalkulacji kosztów świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w zakresie połączenia sieci na rok 2008 i 2009 Telekomunikacji Polskiej S.A.”,
2. Załącznik nr 2. „Tabele wyników kalkulacji kosztów”,
3. Załącznik nr 3. „Nośniki”,
4. Załącznik nr 4. „Macierz alokacji kosztów procesów specjalnych (HCC) na modelowe elementy sieci”,

5. Załącznik nr 5. „Macierz alokacji kosztów procesów modelowych na usługi”,
6. Załącznik nr 6. „Opis kalkulacji kosztów bezpośrednio związanych ze świadczeniem usług, których Telekomunikacja Polska S.A. nie poniosłaby, gdyby nie miała obowiązku świadczenia usługi powszechnej na 2009 rok”,
7. Załącznik nr 7. „Nośniki” stanowiącego załącznik nr 2 do dokumentu „Opis kalkulacji kosztów bezpośrednio związanych ze świadczeniem usług, których Telekomunikacja Polska S.A. nie poniosłaby, gdyby nie miała obowiązku świadczenia usługi powszechnej na 2009 rok” oraz

dokumentów przekazanych pismem z dnia 30 czerwca 2010 r. nr SRKD-070/Z-93/10 opatrzonych klauzulą „Zastrzeżone” tj.:

1. Załącznik nr 1. „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 od 1 stycznia do 31 grudnia 2009 roku” (dalej „Opis Kalkulacji”),
2. Załącznik nr 2. „Alokacje kosztów procesów specjalnych (HCC) na modelowe elementy sieci”,
3. Załącznik nr 3. „Dane dotyczące świadczenia usług za pomocą publicznych aparatów samoinkasujących w 2009 roku” (dalej „Dane PAS”)

oraz informacji zawartych w dokumencie Opracowanie Korzyści Pośrednich.

Pismem z dnia 4 lutego 2011 r. (wpływ do Urzędu dnia 7 lutego 2011 r.) PIIT przedstawiła stanowisko w sprawie. W stanowisku tym zawarte zostały dwa stanowiska: OA oraz OPL. OA oraz OPL odnieśli się w szczególności do Raportu USO.

Pismem z dnia 4 lutego 2011 r. (wpływ do Urzędu dnia 4 lutego 2011 r.) OPL wniosła o włączenie do materiału dowodowego pisma Prezesa UKE z dnia 26 listopada 2011 r. nr DHRT-WWM-6060-2/10(21).

Pismem z dnia 8 lutego 2011 r. Prezes UKE powiadomił Strony o włączeniu do akt postępowania pisma Prezesa UKE z dnia 26 listopada 2011 r. nr DHRT-WWM-6060-2/10(21).

Pismem z dnia 16 lutego 2011 r. (wpływ do Urzędu dnia 17 lutego 2011 r.) KIGEiT przedstawiła stanowisko, w którym podtrzymała kwestie zgłoszone w stanowisku z dnia 15 listopada 2010 r.

Pismem z dnia 18 lutego 2011 r. (wpływ do Urzędu dnia 24 lutego 2011 r.) Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Polkomtel”) wystąpił do Prezesa UKE z wnioskiem o umożliwienie przeglądania akt sprawy 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.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego Prezes UKE w dniu 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 2009 w kwocie 1 826 517 zł;
2. przyznał dopłatę w wysokości kosztu netto świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 6 Pt – świadczenie usługi publicznych aparatów samoinkasujących za rok 2009 w kwocie 61 324 043,64 zł;
3. w pozostałym zakresie odmówił przyznania dopłaty do kosztów świadczonych przez TP usług wchodzących w skład usługi powszechnej za rok 2009.

Pismem z dnia 6 czerwca 2011 r. (doręczonym do Urzędu w dniu 9 czerwca 2011 r.) OPL wystąpiła z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji USO (dalej „Wniosek OPL o ponowne rozpatrzenie sprawy”). 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) naruszenie przepisu prawa procesowego, to jest art. 7, 77 i 107 § 3 kpa, poprzez niewyjaśnienie przez Prezesa UKE wszystkich okoliczności stanu faktycznego, niezebrań 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 o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji USO (dalej „Wniosek KIGEiT o ponowne rozpatrzenie sprawy”). KIGEiT przedstawiła następujące zarzuty:

- 1) naruszenie art. 95 ust. 2 Pt poprzez uznanie, że koszty związane ze świadczeniem usług udogodnień dla niepełnosprawnych z wyłączeniem 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 TP 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 TP;
- 5) naruszenie § 4 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 ze zm.,

dalej „rkk”), 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 o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz Wniosku KIGEiT o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz o możliwości zapoznania się z aktami sprawy i 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 o ponowne rozpatrzenie sprawy.

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 Wniosku KIGEiT o ponowne rozpatrzenie sprawy 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 19 czerwca 2012 r. (sygn. akt VI SA/Wa 2167/11) WSA oddalił skargę OPL na decyzję utrzymującą w mocy Decyzję USO.

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 13 maja 2014 r. (sygn. akt II GSK 1936/12) Naczelny Sąd Administracyjny (dalej „NSA”), po rozpatrzeniu skargi kasacyjnej OPL, uchylił wyrok WSA z dnia 19 czerwca 2012 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania WSA.

Wyrokiem z dnia 7 stycznia 2015 r. (sygn. akt VI SA/Wa 3878/14) 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 III Decyzji USO oraz stwierdził, iż decyzja utrzymująca w mocy Decyzję USO w uchylonej części nie podlega wykonaniu (dalej „Wyrok WSA”).

Wyrokiem z dnia 9 listopada 2016 r. (sygn. akt II GSK 1157/15) NSA, po rozpoznaniu skarg kasacyjnych KIGEiT oraz Prezesa UKE od Wyroku WSA, oddalił skargi kasacyjne (dalej „Wyrok NSA”).

W dniu 3 marca 2017 r. akta sprawy zostały zwrócone do Urzędu.

Pismem z dnia 19 czerwca 2017 r. (wpływ do Urzędu 24 czerwca 2017 r.), uzupełnionym pismem z dnia 22 czerwca 2017 r. (wpływ do Urzędu 23 czerwca 2017 r.) Francusko – Polska Izba Gospodarcza z siedzibą w Warszawie (dalej „FPIG”) złożyła wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony.

Pismem z dnia 12 lipca 2017 r. PIKE zgłosiła do sprawy pełnomocnika.

Pismem z dnia 17 lipca 2017 r. (wpływ do Urzędu dnia 4 sierpnia 2017 r.) OPL złożyła stanowisko w sprawie, w którym wniosła o przyznanie OPL dopłaty do usługi powszechnej za rok 2009.

Postanowieniem z dnia 25 maja 2018 r. Prezes UKE odmówił FPIG dopuszczenia do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. 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. Prezes UKE ponadto poinformował Strony o włączeniu do materiału dowodowego następujących dokumentów:

1. Roczne sprawozdanie finansowe OPL za rok 2009, (dalej „SFTP²”);
2. Skonsolidowany raport roczny Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Netia”) za rok 2009³, (dalej „SFN”);
3. Wyniki finansowe Dialog S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Dialog”) za 2009 r. - wyciąg ze sprawozdania finansowego Dialog za rok 2009⁴, (dalej „SFD”);
4. Raport końcowy Audytel z realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej (USO) przez Telekomunikację Polską S.A. w okresie od 8 maja 2006 r. do 8 maja 2011 r. wraz z analizą zasadności i zakresu wyznaczenia przedsiębiorcy/ów do świadczenia usługi powszechnej (USO) w kolejnym okresie (dalej „Raport Audytel”).

Wydając niniejszą 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 2017 r. poz. 1369, ze zm., 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,

² <https://www.bankier.pl/wiadomosc/TPSA-roczne-skonsolidowane-sprawozdanie-finansowe-2096842.html>.

³ https://static1.money.pl/d/gielda/raporty/2009/1758_Skonsolidowany_raport_roczny.pdf.

⁴ <http://www.telepolis.pl/wiadomosci/wyniki-finansowe-operatorow-w-2009-roku,2,3,17440.html?cp=1>.

*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. Odmienne 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/GI 73/16, Lex nr 2136951). Powyższe potwierdza również doktryna: „W razie uchylecia (stwierdzenia nieważności) aktu administracyjnego przestaje on obowiązywać. Jeśli akt ten ma być wydany 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. Należy przy tym wskazać, że brzmienie przepisu art. 96 ust. 4 Pt, którego naruszenie wskazał NSA i WSA, nie uległo zmianie. Zgodnie zaś z poglądami doktryny: „Ocena prawna wyrażona w orzeczeniu sądu administracyjnego traci moc wiążącą w przypadku zmiany stanu prawnego, jeżeli to spowoduje, że pogląd sądu stanie się nieaktualny. Podobny skutek, czyli ustanie mocy wiążącej wspomnianej oceny, może spowodować zaistniała po wydaniu orzeczenia sądowego zmiana istotnych okoliczności faktycznych oraz wzruszenie orzeczenia. Zmieniające się okoliczności sprawy powodują nieaktualność w części lub w całości oceny sprawy dokonanej na podstawie [art. 154 PrPostSAdm](#) i jednocześnie konieczność dokonania jej weryfikacji na podstawie stanu aktualnego (por. wyr. NSA z 15.4.2005 r., [OSK 1403/04](#), *Legalis*; podobnie wyr. NSA z 6.7.2011 r., [IFSK 1042/10](#), *Legalis*)” – R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*. Wyd. 4, Warszawa 2017.*

Mając na uwadze powyższe rozważania wskazać należy, iż Wyrokiem WSA sąd uchylił decyzję utrzymującą w mocy Decyzję USO w części utrzymującej w mocy pkt III Decyzji USO oraz stwierdził, iż decyzja utrzymująca w mocy Decyzję USO w uchylonej części nie podlega wykonaniu. Oznacza to zatem, iż aktualnie 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 i pkt II 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 o ponowne rozpatrzenie sprawy i tylko w części, której dotyczyło rozstrzygnięcie zawarte w pkt III Decyzji USO, a więc w części, w jakiej Prezes UKE odmówił przyznania dopłaty do kosztów świadczonych przez OPL usług wchodzących w skład usługi powszechnej za rok 2009, 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 2009 (tj. usługi, której dotyczyło rozstrzygnięcie – przyznanie dopłaty w kwocie 1 826 517,00 zł – zawarte w pkt I Decyzji USO),

- usługi, o której mowa w art. 81 ust 3 pkt 6 Pt – świadczenie usługi publicznych aparatów samoinkasujących za rok 2009 (tj. usługi, której dotyczyło rozstrzygnięcie – przyznanie dopłaty w kwocie 61 324 043,64 zł– zawarte w pkt II 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 i pkt II sentencji 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, Prezes UKE powinien ponownie rozpatrzyć wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy zakończonej wydaniem Decyzji USO złożony przez OPL w zakresie w jakim dotyczył on pkt III Decyzji USO.

1.2. Podstawy formalno-prawne ponownego rozpatrzenia sprawy

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 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, niestuszna) (...) 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 wnioski 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 tj. w zakresie pkt III Decyzji USO 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

Biorąc pod uwagę, iż, jak zostało omówione powyżej, Prezes UKE jest związany oceną prawną i wskazaniami wyrażonymi w orzeczeniach sądu, odwołać należy się bezpośrednio do treści uzasadnienia Wyroku NSA, w którym sąd ten wskazał, iż:

„W wyroku z dnia 13 maja 2014 r. II GSK 1936/12, NSA stwierdził, że niespełnienie w całości wymagań decyzji wydanej na podstawie art. 82 ust. 4 pt, zatem wyznaczającej do świadczenia usługi powszechnej, nie może stanowić podstawy do odmowy przyznania dopłaty. Naruszenie obowiązków wynikających z takiej decyzji może skutkować podjęciem przez organ określonych kroków przewidzianych pt zmierzających do wykonywania usługi zgodnie z decyzją, ale nie może stanowić podstawy odmowy przyznania dopłaty, bo ta musi być wiązana z aspektem ekonomicznym świadczenia usługi powszechnej i koniecznie ma odnosić się do zweryfikowanego kosztu netto usługi odniesionego do niezasadnego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego. Wskazując na ten aspekt sprawy, NSA stwierdził, że Sąd I instancji dokona oceny poprawności stosowania przez Prezesa UKE treści art. 96 ust. 4 pt przy uwzględnieniu poglądu, że sposób wykonywania decyzji o wyznaczeniu przedsiębiorcy do świadczenia usługi powszechnej nie może być przesłanką odmowy przyznania dopłaty. Wykonując powyższe zalecenie, Sąd I instancji uchylił decyzję Prezesa UKE, ze względu na naruszenie przez organ treści art. 96 ust. 4 pt, 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.” NSA wskazał ponadto, że: „Sąd II instancji potwierdza trafność stanowiska prezentowanego przez WSA w Warszawie oraz uznaje, że wypełnia ono treść art. 190 ppsa. 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 pt 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 pt 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 przesądzać tylko względy ekonomiczne, a nie formalny sposób wykonywania decyzji o wyznaczeniu przedsiębiorcy. Z tej perspektywy argumentacja Sądu I instancji odpowiada prawu i stanowisku NSA z wyroku z dnia 13 maja 2014 r. 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. Z tego powodu Sąd II instancji przyjął niezasadność zarzutów materialnych podniesionych w skargach kasacyjnych.”

Natomiast w Wyroku WSA wskazane zostało również, iż:

„W tych warunkach uchylenie zaskarżonej decyzji nastąpiło ze względu na naruszenie przez organ przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 96 ust. 4 p.t. W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania mające na celu zapewnienie prawidłowego wykonywania przez przedsiębiorcę wyznaczonego decyzji zobowiązującej 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 świadczonej usługi powszechnej powinno nastąpić z wykorzystaniem omówionych już mechanizmów kontrolnych oraz działań wymuszających wykonanie decyzji nakładającej na skarżącą obowiązek świadczenia usługi powszechnej.

W tej sytuacji ponownie rozpoznając sprawę organ powinien uwzględnić w wydawanej decyzji wskazówki interpretacyjne w zakresie rozumienia i wykładni pojęcia "uzasadnione obciążenie", wynikających z wyroku TSUE z dnia 6 października 2010 r. C-222/08. Organ winien dokonać analizy tego zagadnienia z punktu widzenia szeroko rozumianych przesłanek o charakterze ekonomicznym.”

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 niezyskowość 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. powtórzone 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

Decyzją Wyznaczającą OPL została wyznaczona na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego świadczącego usługę powszechną na terenie całego kraju.

Zestaw usług wchodzących w skład usługi powszechnej, określony został w art. 81 ust. 3 Pt i obejmuje swoim zakresem następujące usługi:

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 marcu 2009 r. weszła w życie Nowelizacja Rozporządzenia Kosztowego. W związku z tym Prezes UKE wydając niniejszą decyzję rozważył wpływ zmiany Rozporządzenia Kosztowego na przedstawioną przez OPL kalkulację. Przepis przejściowy nie określa, czy kalkulacja kosztu netto za rok 2009 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 niniejszej 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) regułę 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 stojący 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. za rok 2009) jak i w chwili składania Wniosku (tj. w dniu 30 czerwca 2010 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 ze zmianami wynikającymi z Noweli Rozporządzenia Kosztowego.

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 2009 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 2009, Prezes UKE kierował się treścią odpowiednich przepisów Pt w brzmieniu sprzed wejścia w życie Ustawy Nowelizującej, a także brzmieniem Rozporządzenia Kosztowego, uwzględniając zmiany wprowadzone 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 uwzględniającym zmiany wprowadzone Nowelizacją Rozporządzenia Kosztowego.

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 2009 wyniosła 236 166 485,33 zł.

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

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej 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 niniejszej 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.”⁵

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 również wtedy, gdy zgodnie z art. 96 ust. 4 Pt po przeprowadzeniu weryfikacji kosztu netto, Prezes UKE stwierdzi, że zweryfikowany koszt netto nie stanowi uzasadnionego obciążenia przedsiębiorcy wyznaczonego.

W niniejszym 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:

„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.”

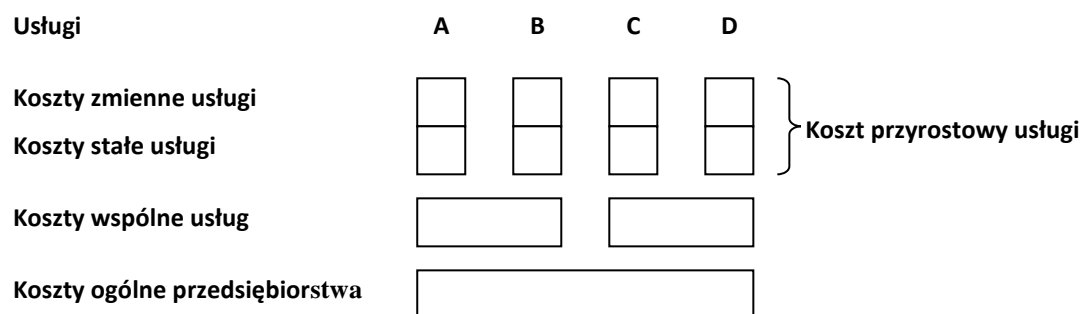
Zgodnie z powyższym oraz zgodnie z metodologią długookresowych kosztów przyrostowych (LRIC – ang. *Long Run Incremental Costs*), kalkulacja kosztu netto powinna uwzględniać koszty składnika lub grupy usług równe ich kosztom przyrostowym, tj. kosztom, które nie

⁵ Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 566, komentarz do art. 96 Pt.

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.⁶

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



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 odpowiednia 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.

Jak wskazano wcześniej w uzasadnieniu niniejszej decyzji, 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 bezpośrednio 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

⁶ 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.*

abonentów niezyskowych.

Powyższe podważa kalkulację kosztów składnika lub grupy usług, dokonaną przez OPL na potrzeby wyznaczone wielkości kosztu netto świadczenia usługi powszechnej za rok 2009.

Należy ponadto wskazać, że OPL przeprowadzając kalkulację kosztu netto uznała, że abonentami niezyskowymi są abonenci planu tp socjalny i tp przyjazny. Jednocześnie nie poczyniła żadnych analiz mających na celu wykazanie, że wytypowana przez nią grupa abonentów niezyskowych 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 niezyskowych. 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 Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 8 maja 2006 r., OPL zaprzestanie świadczenia usługi powszechnej temu abonentowi a abonent zostanie odłączony. Identyfikacja abonentów niezyskowych 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 niezyskowego 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 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 wskazuje OPL może się odbyć jedynie poprzez wypowiedzenie w terminie umownym lub ustawowym. W Raporcie uzupełniającym (s. 22) wskazano ponadto, że:

„Odłączenie abonenta od sieci może nastąpić dopiero wówczas, gdy umowa zostanie skutecznie rozwiązana, a abonent nie zawrze z TP 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 poniosłby 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 zyskowności 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 tp 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 niezyskownych wynika z faktu wykorzystywania przez OPL ekonomii skali. W stanowisku KIGEiT z dnia 15 listopada 2010 r. wskazał, że OPL, podobnie jak inni operatorzy, podłącza abonentów niezyskownych celemapełnienia 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 niezyskownych 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 niezyskownych, 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 niniejszą 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 wynikające 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 zakończony 31 grudnia 2009 r., stanowiącym załącznikiem 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 niniejszej decyzji, pkt 2 ~~☒~~).

Jak wykazała Analiza Dokumentacji, (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej 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 wyznaczył 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 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”.

W Opisie Kalkulacji OPL przedstawiła analizy związane z rentownością wyznaczonych obszarów dla 49 obszarów zdefiniowanych przez OPL, odpowiadających strefom numeracyjnym.⁷

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 zostało w § 2 pkt 4 rkn, które wskazuje, iż jest to abonent:

„(...) na obszarze rentownym, któremu przedsiębiorca wyznaczyłby 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 2009 r.

⁷ Opis Kalkulacji, s. 23-36.

W trakcie weryfikacji przedstawionej analizy, Prezes UKE zauważył, że analizie zyskowności nie poddane były grupy abonentów planów biznesowych, o czym świadczy ich brak w tabeli zawartej na s. 39-42 Opisu Kalkulacji.

Zdaniem Prezesa UKE, analizie rentowności powinni 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 uznaje za niezasadne wyeliminowanie klientów biznesowych z prowadzonych przez OPL analiz zyskowności abonentów. W tym kontekście, jak również dla celów dalszej weryfikacji kosztu netto, Prezes UKE stoi na stanowisku, że wszelkie analizy, obliczenia 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 taryfowego tp socjalny oraz tp przyjazny. 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”⁸*.

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 niniejszej decyzji, pkt 4 ~~☒~~).

3.2. Koszty i przychody ze świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt – OBN i OSA

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.

⁸ Raport uzupełniający, s. 14.

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 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 68, 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 Kalkulacji OPL wskazała jedynie krótką informację na temat kosztów i przychodów alokowanych do usługi OBN oraz OSA (s. 42-44) oraz tabelę wskazującą ich wartości. Różnica między kosztami i przychodami ze świadczenia usługi OBN i OSA została wyznaczona przez OPL w wysokości (✂ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej 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) urzędzeń 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.

W opisie Kalkulacji OPL wskazała, że koszty związane z realizacją udogodnień dla osób niepełnosprawnych wynoszą (✂ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 6 ✂). Prezes UKE uznał, że wyznaczona przez OPL wartość kosztów i przychodów związanych ze świadczeniem usługi udogodnień dla osób niepełnosprawnych jest prawidłowa, dlatego do dalszej kalkulacji przyjął wartość różnicy między kosztami i przychodami w wysokości wskazanej we Wniosku.

3.4. Koszty i przychody świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 6 Pt – 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) (dalej „Decyzja PAS”) 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 Kalkulacji (s. 47-52), natomiast szczegółowe dane zawarte są w Danych PAS. W Opisie Kalkulacji OPL wskazała, że wartość różnicy między kosztami i przychodami związanymi ze świadczeniem usług przy wykorzystaniu PAS wynosi (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 7 ~~☒~~).

Biorąc powyższe pod uwagę, 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 w Raporcie, tj. wartość kosztów przypisanych do usługi PAS w wysokości (~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 8 ~~☒~~).

4. Korzyści pośrednie

W kalkulacji kosztu netto, poza kosztami świadczenia usług wchodzących w skład usługi powszechnej oraz osiągniętych z nich przychodów, kalkuluje się również korzyści pośrednie osiągnięte 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 Kalkulacji 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 publicznych⁹.

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, Prezesi UKE przy weryfikacji skalkulowanych przez OPL korzyści pośrednich na potrzeby kalkulacji kosztu netto usługi powszechnej korzystał z informacji zawartych w Opracowaniu 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

⁹ Raport uzupełniający, s. 8-13.

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 niniejszej decyzji, pkt 9 ~~☒~~).

Dokonując weryfikacji metodologii wyznaczenia przez OPL przedmiotowej korzyści pośredniej, Prezes UKE wskazuje, że – tak jak zostało to wspomniane wcześniej – 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 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 niniejszej decyzji, pkt 10 ~~☒~~).

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 niniejszej decyzji, pkt 11 ~~☒~~).

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 nie przekracza wartości korzyści pośrednich z tytułu znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego, do kalkulacji korzyści pośrednich przyjęta została jedynie wartość korzyści pośrednich

z tytułu znajomości przedsiębiorcy wyznaczonego, wyznaczona przez Prezesa UKE w wysokości (☞ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 12 ☞).

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 Kalkulacji pośrednio wynika, że (☞ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 13 ☞).

4.3. Efekt „cyklu życia”

Rkn wskazuje, że efekt cyklu życia oznacza poprawę zyskowności niezyskownych abonentów lub rentowności obszarów nierentownych i nierentownych aparatów publicznych (§ 7 ust. 2 pkt 4). W kontekście analiz przedstawionych przez OPL w Opisie Kalkulacji, 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 Kalkulacji (s. 59) wskazała, że przychody ze świadczenia usług przez aparaty publiczne spadają, co OPL powiązała ze wzrostem powszechności wykorzystania telefonów komórkowych przez klientów. Stąd, zdaniem OPL, aparaty publiczne z czasem będą coraz bardziej nierentowne, wobec czego nie występuje korzyść pośrednia związana z „cyklem życia”. Weryfikując dane zaprezentowane przez OPL, Prezes UKE zgodził się z argumentacją OPL i uznał, że nie występuje korzyść pośrednia z tytułu efektu „cyklu życia” aparatów publicznych.

Kolejną kwestią jest poprawa rentowności abonentów niezyskownych. 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.”¹⁰

Prezes UKE, dokonując analizy kalkulacji przedstawionej przez OPL, brał pod uwagę fakt, że 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 abonentami OPL, a którzy wybraliby ofertę operatora alternatywnego, gdyby nie korzystali oni wcześniej z usługi powszechnej oferowanej przez OPL (X) oraz korzyści związane z wcześniejszym przyłączeniem abonentów nierentownych (K).

(☞ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 14 ☞).

¹⁰ Opracowanie Korzyści Pośrednich, s. 33.

Prezes UKE wyznaczając wartość korzyści pośrednich z tytułu „cyklu życia” wziął pod uwagę dane, stanowiące składowe korzyści pośrednich przedstawione w Wynikach oraz Raporcie, a także wykorzystał wzór przedstawiony powyżej. W wyniku tych działań, Prezes UKE wyznaczył wartość korzyści pośredniej z tytułu „cyklu życia” abonentów niezyskowych w wysokości (☒ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 15 ☒).

4.4. Dostęp do informacji o abonentach

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

(☒ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 16 ☒).

Prezes UKE uznał, że koncepcja wyznaczenia wartości tej korzyści pośredniej przyjęta przez OPL jest zasadna, gdyż określa *de facto* wartość pozyskania danych przez przedsiębiorcę, gdyby na skutek braku obowiązku świadczenia usługi powszechnej, nie posiadał on informacji o klientach i chciał je pozyskać z innych dostępnych źródeł rynkowych. Prezes UKE weryfikując wartość korzyści pośrednich wynikających z dostępu do informacji o abonentach wziął ponadto pod uwagę wskazane przez biegłego rewidenta korekty. (☒ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 17 ☒).

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 niniejszej decyzji, pkt 18 ☒).

W zakresie reklam na kartach telefonicznych, (☒ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 19 ☒).

Podobnie w zakresie dodatkowej możliwości reklamy, związanej z reklamą dołączaną do rachunku telefonicznego, Prezes UKE (☒ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 20 ☒).

W wyniku powyższych korekt ustalona sumaryczna wartość korzyści pośrednich z tytułu dodatkowych możliwości reklam za rok 2009 wyniosła

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

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

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 2009 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 łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pł)		

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 2009

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		
Wszegobecność		
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 niniejszej decyzji, pkt 22 ☒.

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 - 2009
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	-

Udogodnienia dla niepełnosprawnych (art. 81 ust. 3 pkt 5 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.

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 - 2009
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
Udogodnienia dla niepełnosprawnych (art. 81 ust. 3 pkt 5 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 23 ~~☒~~.)

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
Usługa przyłączenia, utrzymania łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt)	Odmowa przyznania dopłaty
OBN i OSA (art. 81 ust. 3 pkt 4 Pt)	18 430 152,00 zł
Udogodnienia dla niepełnosprawnych (art. 81 ust. 3 pkt 5 Pt)	Dopłata przyznana w Decyzji USO
Publiczne aparaty samoinkasujące (art. 81 ust. 1 pkt 6 Pt)	Dopłata przyznana w Decyzji USO
Suma	18 430 152,00 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 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 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.*”¹¹.

Powyższa interpretacja, nie budząca wątpliwości w oparciu o językowe reguły wykładni, znajduje również potwierdzenie na gruncie wykładni prowsólnotowej, odwołującej się do przepisów art. 12 ust. 1 i art. 13 ust. 1 Dyrektywy z 7 marca 2002 r. Na potrzebę odwołania się do przepisów wspólnotowych przy odczytywaniu art. 96 ust. 4 Pt wskazuje się w literaturze przedmiotu¹².

Art. 12 ust. 1 zdanie pierwsze Dyrektywy z 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

¹¹ Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 567, komentarz do art. 96 Pt.

¹² Piątek St., tamże.

obciążenie (ang. *unfair burden*) przedsiębiorstwa wyznaczonego. Występowanie kosztu netto nie jest zatem równoznaczne z istnieniem niesprawiedliwego obciążenia.

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:

„W tych warunkach uchylenie zaskarżonej decyzji nastąpiło ze względu na naruszenie przez organ przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 96 ust. 4 p.t. W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania mające na celu zapewnienie prawidłowego wykonywania przez przedsiębiorcę wyznaczonego decyzji zobowiązującej 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 świadczonej usługi powszechnej powinno nastąpić z wykorzystaniem omówionych już mechanizmów kontrolnych oraz działań wymuszających wykonanie decyzji nakładającej na skarżącą obowiązek świadczenia usługi powszechnej.

W tej sytuacji ponownie rozpoznając sprawę organ powinien uwzględnić w wydawanej decyzji wskazówki interpretacyjne w zakresie rozumienia i wykładni pojęcia "uzasadnione obciążenie", wynikających z wyroku TSUE z dnia 6 października 2010 r. C-222/08. Organ winien dokonać analizy tego zagadnienia z punktu widzenia szeroko rozumianych przesłanek o charakterze ekonomicznym.”

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 zgodnie z art. 12 ust. 1 zdanie pierwsze Dyrektywy z 7 marca 2002 r. występowanie kosztu netto nie jest 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 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 7 marca 2002 r. nie zawiera zapisów określających kryteria oceny „niesprawiedliwego obciążenia”.

Jak wynika natomiast z Wyroku TSUE (motywy 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”¹³.

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

¹³ Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 611, komentarz do art. 96 Pt.

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 łączy oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt), Prezes UKE wziął pod uwagę okoliczności związane ze stanem rynku telekomunikacyjnego w 2009 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 2009 r. stanowili niemal 70,8 % wszystkich abonentów telefonii stacjonarnej, na drugim miejscu znalazła się Netia - posiadała 11,4%, Dialog - 5,1%, Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „PTC”) - 2,6%, UPC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „UPC”) - 2,1%, pozostali operatorzy - 8,0% użytkowników telefonii stacjonarnej (według RSRT¹⁴). Wskazuje to na niewątpliwie monopolistyczną pozycję na rynku usług telefonii stacjonarnej OPL w tamtym okresie. Ponadto, jak wynika z RSRT, OPL w 2009 r. była w posiadaniu 73,4 % łączy abonenckich, Netia w analogicznym okresie posiadała 11,0% łączy abonenckich, Dialog 3,2%, PTC 2,4%, UPC 1,9%. Pozostali OA byli w posiadaniu ok. 8,1% łączy abonenckich. OPL była zatem również zdecydowanym monopolistą w dostępie do infrastruktury związanej ze świadczeniem usług telefonii stacjonarnej. Natomiast pod względem przychodów (według RSRT) na rynku telefonii stacjonarnej OA w sumie osiągnęli udział 28,9%, podczas gdy OPL uzyskała prawie 71,1% łącznych przychodów z rynku. Najwięksi OA mieli odpowiednio: Netia – 9,1%, Dialog – 5,2%, PTC – 1,6% , UPC - 1,5% pozostali OA 11,5% przychodów z łącznego rynku, co również potwierdza dominującą pozycję OPL na rynku telefonii stacjonarnej.

Kolejne wskaźniki przychodowe, które także potwierdzają dominującą pozycję OPL pod względem przychodów, stanowią procentowe udziały OPL w segmencie poszczególnych rodzajów połączeń telefonicznych w sieci stacjonarnej. Należy wskazać, jak wynika z RSTR. Na koniec 2009 roku udział OPL pod względem przychodów z połączeń lokalnych i strefowych był niższy tylko o niecały punkt procentowy w porównaniu z rokiem 2008. Pod względem przychodów z połączeń lokalnych i strefowych bezapelacyjnie dominowała OPL z prawie 78% udziałem. Wśród OA w 2009 roku największy - 9% udział w przychodach posiadała Netia, na drugim miejscu uplasował się z 4,7% udziałem Dialog. Pozostali operatorzy osiągnęli około 8,5 % przychodów w segmencie połączeń lokalnych i strefowych.

Odnosząc się do przychodów z połączeń międzystrefowych, należy wskazać, iż udział OA pod względem przychodów z połączeń międzystrefowych był wyższy niż w przypadku połączeń lokalnych. Nie mniej jednak, podobnie jak w przypadku segmentu połączeń lokalnych dominujący udział na poziomie 67,4% (według RSTR) posiadała w 2009 r. OPL. W tym segmencie połączeń największym konkurentem operatora zasiedziałego była Netia, która na koniec 2009 r. posiadała 15,0% rynku. Dialog zanotował udział na poziomie 5,7%. Ponad jednoprocentowy próg w udziale przychodów z połączeń międzystrefowych uzyskały

¹⁴ https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=7222.

GTS Energis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „GTS Energis”) 1,8% oraz Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Exatel”) 1,1%. Pozostali OA posiadali blisko 9,1 % przychodów z rynku połączeń międzystrefowych.

W przypadku połączeń międzynarodowych udział OPL pod względem przychodów wynosił 58%. W porównaniu z połączeniami lokalnymi, strefowymi i międzystrefowymi operator ten posiadał gorszą sytuację, nie mniej także mając na uwadze udział w przychodach połączeń międzynarodowych pozycja OPL była dominująca. Według RSTR drugim operatorem, który osiągnął znaczące udziały w przychodach z usług międzynarodowych w 2009 r. była Netia 17,5%, zaś kolejnym był Dialog 5,7%. W 2009 r. udziały powyżej 1% pod względem przychodów z połączeń międzynarodowych uzyskali ponadto następujący operatorzy: GTS Energis 3,1%, Exatel 2,3%, Polkomtel 1,4% oraz Crowley Data Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 1,1%.

W zakresie okoliczności związanych z sytuacją finansową OPL i OA Prezes UKE wskazuje, iż OPL w 2009 r. uzyskała łączne przychody na poziomie ponad 16,5 mld zł, z czego ponad 9,8 mld zł było przychodami z działalności związanej z siecią stacjonarną (według SFTP). Netia w tym samym czasie uzyskała roczne przychody na poziomie ponad 1,5 mld zł (według SFN), a Dialog uzyskał roczne przychody na poziomie ponad 521 mln zł (według SFD). Pokazuje to na jeszcze większą dysproporcję w pozycji rynkowej OPL w porównaniu do największych konkurentów spółki na rynku telefonii stacjonarnej w roku 2009. Łączne przychody OPL w 2009 r. były ponad 8-krotnie wyższe niż skumulowane przychody pozostałych dwóch kolejnych największych uczestników rynku. OPL w 2009 r. osiągnęła zysk netto na poziomie około 1,3 mld zł (SFTP), podczas gdy Netia osiągnęła zysk netto na poziomie 88,6 mln zł (SFN), a Dialog osiągnął stratę na poziomie ponad 10,4 mln zł (według SFD).

Biorąc pod uwagę powyżej przedstawione wskaźniki, należy uznać, iż OPL w 2009 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 2009 r. liczba łączy abonenckich OPL spadła w porównaniu do 2008 r. o 3,5% i wynosiła 8,2 mln łączy¹⁵.

Biorąc pod uwagę powyższe wnioski 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 latach 2004-2009 cennikowa opłata za przyłączenie linii abonenckiej w OPL wynosiła niezmiennie 366 zł/netto, natomiast w latach 2004 - 2009 r. OPL oferowała niezmiennie, praktycznie od początku obowiązywania USO, promocyjną cenę za przyłączenie linii w stałej wysokości 8,20 zł/netto¹⁶ i niższym (od lutego 2009 r. – przy umowach na 12 i 24 miesiące). Wskazuje to 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.

¹⁵https://www.google.com/search?hl=pl&source=hp&ei=5KEOW8eqA6me6ASI9YDIDw&q=liczba+%C5%82%C4%85czy+stacjonarnych+TPSA+w+2009+r&oq=liczba+%C5%82%C4%85czy+stacjonarnych+TPSA+w+2009+r&gs_l=psy-ab.3...1845.22447.0.22943.43.43.0.0.0.400.7209.0j6j22j1j1.30.0....0...1c.1.64.psy-ab..13.13.3429...0j0i131k1j0i22i30k1j33i21k1j33i160k1j33i22i29i30k1.0.dKq6ivxaRZk

¹⁶ Raport końcowy z realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej (USO) przez Telekomunikację Polską S.A. w okresie od 8 maja 2006 r. do 8 maja 2011 r. wraz z analizą zasadności i zakresu wyznaczenia przedsiębiorcy/ow do świadczenia usługi powszechnej (USO) w kolejnym okresie.

Biorąc pod uwagę wszystkie wyżej przywołane okoliczności związane ze stanem rynku telekomunikacyjnego w 2009 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 łącza 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 łącza 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 łącza 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 łącza oraz połączeń telefonicznych (art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt).

6.2.1 Wpływ decyzji biznesowych OPL na niezyskowność abonentów

Niezależnie od uzasadnienia zawartego w pkt 6.2. powyżej, wskazać należy, iż na dzień 31 grudnia 2009 r. w ofercie taryfowej OPL znajdowało się 28 planów telefonicznych do wyboru dla klientów (indywidualnych i biznesowych) przyłączanych do sieci PSTN.

Z dniem 6 lipca 2009 r. weszła w życie ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., Nr 85, poz. 716 z późn. zm., dalej „nowelizacja Pt”) wprowadzająca zmiany do ustawy Pt. Jest to tzw. nowelizacja unijna, której głównym celem jest usprawnienie instytucji i mechanizmów związanych z rynkiem telekomunikacyjnym, w tym pełniejsze dostosowanie przepisów polskiej ustawy Pt do prawa obowiązującego w Unii Europejskiej.

Przed wprowadzeniem nowelizacji zasady ustalania cen były określone w art. 90 i 91 ust 1 Pt. 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 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 wprowadzić 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.

Nowelizacja Pt wprowadziła konkretyzację warunków świadczenia pakietów specjalnych dla abonentów. Od dnia 6 lipca 2009 r., tj. od dnia wejścia w życie zmienionych przepisów Pt, zgodnie z przepisami zmienionej ww. ustawą art. 91 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 Pt, Prezes UKE może w decyzji nałożyć na przedsiębiorcę wyznaczonego obowiązek świadczenia specjalnego pakietu cenowego w celu zapewnienia konsumentom o niskich dochodach i o szczególnych potrzebach społecznych dostępu i korzystania z publicznie dostępnych usług, który świadczony będzie na warunkach innych niż zwykłe warunki komercyjne.

W roku 2009 planem telefonicznym spełniającym wymogi pakietu specjalnego był wyłącznie plan tp przyjazny (wprowadzony do oferty OPL, po uzgodnieniach z Prezesem UKE 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.¹⁷ Z planu tego na dzień 31 grudnia 2009 r. korzystało 1897 osób.

Natomiast w kontekście świadczenia usługi planu socjalnego tp, który OPL przyjęła do wyznaczenia wartości kosztu netto, należy wskazać, że w roku 2009, 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 w dniu 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.

¹⁷ „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

Tabela nr 6. Ilość dostępów POTS w 2006 i 2009 r.

Plany PSTN (wg roku 2009)	Rok 2006	Rok 2009
	maj-06	stan na 31.12.2009
<i>w ofercie sprzedażowej - klienci indywidualni:</i>		
1. doMowy tp 60 - łącznie		
– opcja 1		
– opcja 2		
2. doMowy tp 300 - łącznie		
– opcja 1		
– opcja 2		
3. doMowy tp 1200 - łącznie		
– opcja 1		
– opcja 2		
4. tp startowy		
5. tp przyjazny		
– łącznie:		
<i>w ofercie sprzedażowej - klienci biznesowi</i>		
6. tp 2000		
7. tp 250		
8. tp 60		
9. tp socjalny		
10. tp weekendowy		
11. tp wieczory i weekendy		
12. standardowy		
13. niedrogi		
14. aktywny		
15. sekundowy tp podstawowy		
16. sekundowy tp dom		
– łącznie klienci indywidualni PSTN		
<i>w ofercie sprzedażowej - klienci biznesowi</i>		
17. plan startowy tp biznes		
18. plan tp biznes 100		
19. plan tp biznes 300		
20. plan tp biznes 500		
21. sekundowy jedna stawka tp biznes		
22. sekundowy uniwersalny tp biznes		
23. sekundowy jedna stawka tp biznes profit		
24. sekundowy uniwersalny tp biznes profit		
25. korzystny tp biznes		
26. efektywny tp biznes		
27. zyskowy tp biznes		
28. tylko rozmowy tp biznes		
– łącznie klienci biznesowi		
– łącznie klienci PSTN		

źródło: UKE - Raport o realizacji obowiązku świadczenia usługi powszechnej przez Telekomunikację Polską S.A. za okres 8 maja 2006 – 31 grudnia 2009 r., kwiecień 2010 r. – wersja niejawną Raportu

(~~☒~~ tajemnica przedsiębiorstwa – patrz: Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, pkt 24 ~~☒~~).

Wskazane stanowisko potwierdza także Raport USO, który wskazuje:

Pierwszym planem, który miał nawiązywać do charakteru pakietu specjalnego był plan tp socjalny, znajdujący się w ofercie sprzedażowej TP do dnia 1 grudnia 2008 r. Był to plan

o najniższej opłacie abonamentowej spośród wszystkich świadczonych w tamtym okresie przez Spółkę pakietów taryfowych.

Plan ten nie spełniał jednak prawnych wymogów określonych dla pakietu specjalnego. Była to bowiem oferta ogólnie dostępna – ponad 2,1 milionowa baza klientów, która w żaden sposób nie ograniczała się wyłącznie do tych, którzy wymagają uprzywilejowanego traktowania, biorąc pod uwagę ich status życiowy i finansowy. Wśród osób korzystających z tego planu znajdowali się również klienci, którzy posiadali dużo wyższe możliwości finansowe niż wskazywałby na to rodzaj planu taryfowego, z którego korzystali.

Plan ten obok niskiej opłaty abonamentowej zawiera wysokie opłaty za połączenia. Stosowane rozwiązanie taryfowe, jak wskazała sama TP, z rzeczywistym planem prospołecznym miała niewiele wspólnego. W efekcie powyższego, z planu tp socjalny skorzystać mógł każdy. Dużą część abonentów stanowiły osoby o wysokim statusie społecznym, utrzymujące linię stacjonarną z planem telefonicznym o najniższej, dostępnej na rynku opłacie abonamentowej jako rodzaj alternatywy dla telefonu komórkowego.”¹⁸

OPL kalkulując wartość kosztu netto z tytułu świadczenia usług, o których mowa w art. 81 ust. 3 pkt 1-3 Pt, przyjęła, że abonentami niezyskowymi są abonenci planu tp socjalny i tp przyjazny.

W kontekście ewentualnego przyznania dopłaty z tytułu kosztów związanych ze świadczeniem usług niezyskowymi abonentom planu socjalnego, powyższe jednoznacznie wskazuje, że plan ten jest 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. OPL założyła, że niższa opłata abonamentowa będzie rekompensowana z przychodów z wysokich – dwukrotnie wyższych w stosunku do planu tp standardowy - opłat za połączenia 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 rat. 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 planu¹⁹. *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 nie wynikało również z presji ze strony regulatora rynku telekomunikacyjnego, lecz było dobrowolnym działaniem OPL. W świetle powyższych okoliczności nie sposób dojść

¹⁸ Raport USO, s. 12.

¹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DOK - 112/06 z dnia 28 września 2006 r., s. 8, [http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/380E7CCDDA5BD20C12574F60028D5C4/\\$file/Decyzja_nr_DOK112_2006_z_dnia_28.09.2006.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/380E7CCDDA5BD20C12574F60028D5C4/$file/Decyzja_nr_DOK112_2006_z_dnia_28.09.2006.pdf).

do wniosku, że świadczenie usług wchodzących w zakres usługi powszechnej w oparciu o plan socjalny stanowiło nieuzasadnione obciążenie OPL.

W Opisie Kalkulacji przed korektą OPL zdefiniowała abonentów niezyskowych jako tych, którzy korzystają z planu tp socjalny i tp przyjazny. 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 Kalkulacji po korektach, OPL nie kierowała się tylko i wyłącznie przynależnością abonenta telefonicznego do planu socjalnego.²⁰ 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 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”²¹

oraz Dyrektywa 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.”

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 mogą 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 mogą być świadczone m.in. emerytom i rodzinom o przychodach niższych od minimalnej płacy.²²

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.”²³

²⁰ Raport uzupełniający, s. 14.

²¹ Gromski W., Kolasa J., Kozłowski A., Wójtowicz K., *Europejskie i polskie prawo telekomunikacyjne*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004, s. 158.

²² Patrz: Wytyczne KPMG, s. 29-30.

²³ Ekspertyza KPMG, s. 30.

Plan tp socjalny istniał w ofercie sprzedażowej OPL od 1 września 2003 r. do 30 listopada 2008 r. Został on zaproponowany w miejsce oferowanego od dnia 1 września 2001 r. – w ramach oferty komercyjnej - pakietu oszczędnego tp. Do planu tp socjalny zostały wprowadzone jedynie pewne modyfikacje względem warunków świadczenia pakietu oszczędnego, w szczególności:

- ograniczono dostępność planu tp socjalny wyłącznie do abonentów nie posiadających numeru REGON;
- wprowadzono warunek dotyczący możliwości korzystania wyłącznie z usług OPL.

Doświadczenia OPL z planem tp socjalny wskazywały na fakt, iż pomimo jego wycofania ze sprzedaży w 2008 r., dwukrotnie wyższych opłat za połączenia w stosunku do planu tp standardowy, jak również szeregu ograniczeń co do możliwości korzystania z usług operatorów innych niż OPL, plan ten nadal w 2009 r. cieszył się dużym powodzeniem na rynku (na koniec roku 2009 plan ten miał największą bazę abonentów spośród wszystkich planów telefonicznych OPL w dostępie POTS). Świadczyć mogą o tym dane dotyczące liczby abonentów tego planu i innych ofert.

Fakt znikomego zainteresowania planem tp przyjazny potwierdza, że duża część abonentów ogólnodostępnego planu tp socjalny to osoby o statusie ekonomicznym pozwalającym im na utrzymywanie linii stacjonarnej z planem telefonicznym o najniższej, dostępnej na rynku opłacie abonamentowej jako rodzaj alternatywy dla telefonu komórkowego. Klienci ci nie wykonują żadnych lub wykonują niewiele połączeń z telefonu stacjonarnego, natomiast cały swój ruch wychodzący realizują z telefonu komórkowego.

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, z uwagi 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. W związku z tym, nie można uznać, iż uwzględnienia on możliwości ekonomiczne osób o niskich dochodach w ten sposób, aby nie powstrzymywały się przed korzystaniem z publicznie dostępnej usługi telefonicznej.

W przeciwieństwie do planu tp socjalny, w planie tp przyjazny, zarówno wysokość opłaty abonamentowej, jak i wysokości opłat za poszczególne rodzaje połączeń nie stanowią bariery w dostępie do usług telekomunikacyjnych, dla osób uprawnionych do korzystania z tego planu. Plan tp przyjazny spełnia warunki pakietu specjalnego określone decyzjami Prezesa UKE, o których mowa na wstępie. Jednakże, jak już wcześniej wskazano, wyznaczając wartość kosztu netto usług świadczonych niezyskownym abonentom, OPL nie ograniczyła kręgu niezyskownych abonentów do abonentów planu tp przyjazny. Należy podkreślić, iż abonenci planu tp przyjazny, w liczbie 1897, stanowili tylko nieznaczny odsetek abonentów określanych przez OPL jako niezyskowni. W związku z tym, nawet jeśli różnica między kosztem świadczenia usług abonentom planu tp przyjazny, a przychodem osiągniętym z tego tytułu jest wartością dodatnią, będzie to kwota bardzo niska, nieprzekraczająca wartości korzyści pośrednich uzyskanych przez OPL w związku ze świadczeniem usługi powszechnej.

Biorąc powyższe pod uwagę Prezes UKE uznał, że przyznanie dopłaty z tytułu kosztu netto jest bezzasadne. Wprawdzie OPL świadczyła różnorodne pakiety cenowe, jednakże tylko pakiet tp przyjazny, dostępny od dnia 1 czerwca 2008 r., posiadał cechy, które umożliwiłyby uznanie go za pakiet specjalny. Pomimo, iż wśród abonentów OPL można wyznaczyć abonentów niezyskowych tj. abonentów, którzy generują wyższe koszty niż przychody, to fakt, iż tylko nieznaczna ich część jest abonentami planu specjalnego 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, 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 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.²⁴ 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 w 2004, Prezes URTiP wydał ponownie decyzję, utrzymującą nałożone wcześniej obowiązki. Ze względu na uchylene 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 teleadresowych 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 CRM²⁵, przed wdrożeniem centralnego systemu CRM w OPL istniało 140 infolinii, korzystających z niemal 50 regionalnych punktów zbierania informacji²⁶. Praktycznie uniemożliwiało to zarządzanie informacją i prawidłowe świadczenie usług OBN.

²⁴ Ustawa z dnia 21 lipca 2000 roku - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2000 r., nr 73, poz. 852).

²⁵ ang. *Customer Relationship Management* - zarządzanie relacjami z klientami.

²⁶ <http://ceo.cxo.pl/artykuly/44266/Czarna.polewka.dla.Blekitnej.Linii.html>.

Przechodząc do zagadnienia kosztu netto z tytułu OBN i OSA jako nieuzasadnionego obciążenia na tle stanu rynku telekomunikacyjnego w 2009 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 2009 r. jako operator dominujący pod względem liczby łączą abonenckich posiadała 100% udział w segmencie OBN i OSA.

Od dnia wydania przez Prezesa UKE pierwszych decyzji dotyczących OBN i OSA oraz od dnia zawarcia umów przez OPL z dostawcami usług, zostały OPL przekazane dane około 98% abonentów wszystkich dostawców publicznie dostępnych usług telefonicznych.

Nie mniej należy wskazać, iż współpraca OPL z przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w zakresie przekazywania przez nich danych o swoich abonentach na potrzeby realizacji obowiązku OBN i OSA przez OPL była znacznie utrudniona i nacechowana brakiem chęci konstruktywnej współpracy ze strony dawców danych.

W wyniku przeprowadzonych postępowań administracyjnych, mających na celu określenie zakresu i warunków przekazywania przez operatorów telekomunikacyjnych niezbędnych danych do świadczenia usług: OBN i OSA, Prezes UKE, w okresie od dnia 16 sierpnia 2007 r. do dnia 31 grudnia 2009 r. wydał 43 decyzje określające ww. warunki dla poszczególnych operatorów telekomunikacyjnych (zarówno stacjonarnych, jak i komórkowych) w Polsce.

Tabela nr 7. Liczba decyzji Prezesa UKE określających warunki udostępnienia danych na potrzeby świadczenia przez OPL usług OBN i OSA

2007 r.	2008 r.	2009 r.	W sumie
12	30	1	43

Źródło: UKE

Ponadto, na skutek prowadzonych przed Prezesem UKE postępowań w tej kwestii do końca 2009 r. zawartych zostało 35 umów bezpośrednio pomiędzy OPL a operatorami, bez konieczności wydawania przez Prezesa UKE decyzji określających warunki współpracy, wobec czego prowadzone w tym zakresie postępowania zostały umorzone.

Tabela nr 8. Liczba decyzji Prezesa UKE umarzających postępowanie na skutek podpisania przez OPL i poszczególnych przedsiębiorców umów określających warunki udostępniania danych na potrzeby świadczenia przez OPL OBN i OSA

2007 r.	2008 r.	2009 r.	W sumie
15	18	2	35

Źródło: UKE

W pozostałych 23 sprawach prowadzonych przez Prezesa UKE od września 2006 r. do końca 2009 r. w zakresie warunków współpracy pomiędzy OPL a przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi na potrzeby świadczenia usług OBN i OSA, Prezes UKE umorzył postępowania (z powodu utraty przez stronę statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego – przy jednoczesnym przejściu jego abonentów przez innego przedsiębiorcę) lub odmawiał wydania decyzji (ze względu na świadczenie usługi telefonicznej w technologii VoIP, której nie można we wszystkich przypadkach uznać za publicznie dostępną usługę telefoniczną, z uwagi na zmianę zakresu prowadzonej działalności telekomunikacyjnej przez stronę postępowania, lub w związku z wykreśleniem strony postępowania z rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Niezależnie od powyższego, również bez udziału Prezesa UKE (niezależnie od wspomnianych powyżej 35 umorzonych na skutek podpisania umów postępowania prowadzonych przed Prezesem UKE), pomiędzy OPL a dostawcami

publicznie dostępnych usług telefonicznych sukcesywnie podpisywane były umowy przekazywania danych do OBN i OSA. Poniżej Prezes UKE przedstawia dane o liczbie podpisanych przez OPL z innymi przedsiębiorcami umów dotyczących udostępniania danych na potrzeby OBN i OSA na koniec 2006 r., 2007 r., 2008 r. i 2009 r.:

Tabela nr 9. Liczba podpisanych przez OPL umów na potrzeby świadczenia OBN/OSA

Liczba podpisanych przez OPL 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: UKE

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 w latach 2008 – 2009 (według Raportu USO) roku wydanie kompletnego OSA.

W odniesieniu do obowiązku, który nakłada na OPL wydawanie OSA, należy stwierdzić, iż w listopadzie 2007 r. OPL wydała OSA, jednakże był on niekompletny, ponieważ zawierał dane abonentów jedynie tych 49 przedsiębiorców, którzy do dnia 31 lipca 2007 r. przekazali OPL 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. Kolejny cykl wydawniczy obejmował lata 2008-2009. Cykl wydawniczy zarówno w 2008 jak i 2009 roku został zrealizowany zgodnie z harmonogramem przekazany Prezesowi UKE oraz opublikowany na stronie internetowej OPL. OPL wydała OSA w formie 3 rodzajów spisów, które obejmowały książkę, CD oraz DVD. Udostępnianie danych na potrzeby usługi OSA odbywa się przy użyciu opisanej powyżej metody wsadowej. Zgodnie z powyższym, należy stwierdzić, iż w 2008 r. i 2009 r., OPL wywiązała się z obowiązku wydania OSA.

Prezes UKE prowadził stały monitoring realizacji obowiązków w zakresie realizacji usługi OBN. Jednym z nich jest wymóg realizacji usługi OBN za taką samą opłatę wszystkim użytkownikom publicznych sieci telefonicznych. Jest on ściśle związany z tym, że usługa ta jest świadczona w ramach usługi powszechnej i przede wszystkim dlatego powinna być dostępna wszystkim użytkownikom na niedyskryminujących (takich samych) warunkach, po przystępnej cenie. Z uwagi na brak realizacji ww. obowiązku świadczenia usługi OBN za taką samą opłatę, a w szczególności na niepodjęcie od lipca 2006 r. do maja 2009 r. przez OPL (pomimo wystąpień Prezesa UKE) działań mających na celu realizację tego obowiązku, Prezes UKE w dniu 17 czerwca 2009 r. wszczął postępowanie o nałożenie kary decyzją z dnia 31 grudnia 2009 r. Prezes UKE nałożył na OPL karę pieniężną w wysokości 500 000 zł²⁷, stwierdzając, że nie wszyscy użytkownicy mają dostęp do usługi OBN za taką samą opłatę a podjęte przez OPL działania (stosowany model rozliczeń międzyoperatorskich za zakańczanie w sieci OPL połączeń do OBN) nie doprowadziły do realizacji obowiązku.

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 ciężący na niej obowiązek zapewnienia dostępu na terenie całego kraju.

²⁷ <http://uke.gov.pl/nalozone-kary-936>.

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 2009 r. wypełniła obowiązek OBN i 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 wnioskowania 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 współmierne 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 2009 (za okres od dnia 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2009 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 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 2009.

W postępowaniu zakończonym uchyloną decyzją, jak również w trakcie niniejszego postępowania, Prezes UKE wziął pod uwagę stan faktyczny obejmujący zdarzenia z zakończonego roku obrotowego 2009. 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 2009, 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 2009 nie miały wpływu na wysokość kosztu netto za rok 2009.

Odnosząc zatem powyższe do kwestii usługi OBN i OSA Prezes UKE wskazuje, iż za bezpodstawne należałoby uznać zatem wszelkie ewentualne opinie uczestników postępowania (gdyby takowe się pojawiły), iż koszt netto poniesiony w roku 2009 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 zabezpieczanie na wypadek wzrostu wskaźnika odejść abonentów 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 CHURN²⁸ i spadek wskaźnika ARPU²⁹.

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 postrzegać bardziej jako ochronę przed ponoszeniem dalszych obciążeń w wyniku utraty przychodów niż jako chęć osiągnięcia dodatkowych przychodów na tych usługach.

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 dedykowanych obsłudze OBN i OSA, OPL realizuje USO pomimo braku zobowiązania w tym zakresie.

Mając na uwadze wyżej wskazane okoliczności, iż OPL zrealizowała obowiązek OBN i OSA, wniosek o dopłatę w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie, zaś powstały z tego tytułu koszt netto 18 430 152,00 zł należy uznać za nieuzasadnione obciążenie.

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

²⁸ churn rate – wskaźnik migracji klientów; wskaźnik procentowy odnoszący się do liczby klientów, którzy rezygnują z usług danej firmy.

²⁹ skrót z ang. average revenue per user - średni przychód na użytkownika.

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 25 ☒). Prezes UKE przeliczył wartość kosztu netto przypisanego do usług OBN i OSA stanowiącego różnicę między kosztami i przychodami związanymi ze świadczeniem tych usług, oraz wartością korzyści pośrednich związanych z usługami OBN i OSA.

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 10. 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)	18 430 152,00 zł
Suma	18 430 152,00 zł

Źródło: Opracowanie własne UKE.

Prezes UKE, uwzględniając przedstawione wyżej wartości stwierdził, iż dopłata do kosztu netto za okres od 1 stycznia 2009 r. – 31 grudnia 2009 r. z tytułu świadczenia usług OBN i OSA wynosi 18 430 152,00 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 2009 r. – 31 grudnia 2009 r. w wysokości 18 430 152,00 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 abonenta 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, o której mowa w art. 81 ust. 3 pkt 5 - udogodnień dla osób niepełnosprawnych, z wyłączeniem aparatów publicznych przystosowanych dla osób niepełnosprawnych, mocą Decyzji USO w pkt I (rozstrzygnięcie to nie zostało uchylone w wyniku prawomocnego Wyroku WSA) OPL została przyznana dopłata w kwocie 1 826 517,00 zł, oraz

- świadczenia usługi, o której mowa w art. 81 ust 3 pkt 6 Pt – świadczenie usług telefonicznych za pomocą aparatów publicznych za rok 2009, mocą Decyzji USO w pkt II (rozstrzygnięcie to nie zostało uchylone w wyniku prawomocnego Wyroku WSA) OPL została przyznana dopłata w kwocie 61 324 043,64 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 17 lipca 2011 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. i z dnia 27 lipca 2011 r.), które izby będące stronami postępowania przedstawiły w trakcie jego trwania.

OPL w stanowisku z dnia 17 lipca 2011 r. wskazała, iż w świetle art. 153 ppsa Prezes UKE rozpoznając 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 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 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 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 korzystania z usług 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 2009 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 2009 r., OPL uzyskała w tym roku łączne przychody na poziomie ponad 16,5 mld zł, z czego ponad 9,8 mld zł było przychodami z działalności związanej z siecią stacjonarną (źródło: SFTP). Netia w tym samym czasie uzyskała roczne przychody na poziomie ponad 1,5 mld zł (źródło: SFN), a Dialog uzyskał roczne przychody na poziomie ponad 521 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 2009. Łączne przychody OPL w 2009 r. były ponad 8-krotnie wyższe niż skumulowane przychody pozostałych dwóch kolejnych największych uczestników rynku. OPL w 2009 r. osiągnęła zysk netto na poziomie około 1,3 mld zł (SFTP), podczas gdy Netia osiągnęła zysk netto na poziomie 88,6 mln zł (SFN), a Dialog osiągnął stratę na poziomie ponad 10,4 mln zł (według SFD). Biorąc to pod uwagę 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 dnia 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 brany 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 (tj. pkt III Decyzji 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 wniosku zapropionowanego 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) naruszenie przepisu prawa procesowego, to jest art. 7, 77 i 107 § 3 kpa poprzez niewyjaśnienie przez Prezesa UKE wszystkich okoliczności stanu faktycznego, niezebrań 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 stanowi 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 drugie 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 (oraz stanowiska KIGEiT z dnia 27 lipca 2011 r. stanowiącego polemikę z twierdzeniami 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.*³⁰

Powyższa interpretacja, znajduje również potwierdzenie na gruncie wykładni prowspólnotowej, odwołującej się do przepisów art. 12 ust. 1 i art. 13 ust. 1 Dyrektywy z 7 marca 2002 r. Na potrzebę odwołania się do przepisów unijnych przy odczytywaniu art. 96 ust. 4 Pt wskazuje się w literaturze przedmiotu³¹.

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 7 marca 2002 r.:

„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

³⁰ Piątek St., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, wyd. 2, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 567, komentarz do art. 96 Pt.

³¹ Piątek St., tamże.

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 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 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 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 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 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 miałby 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 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 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 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. „pakiet specjalny”, 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 2009, 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 nieposiadający 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.”³²

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 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

³² Raport USO, s. 29.

stanowisko, iż rezygnacja z klauzuli wyłączności w planie tp socjalnym zmusi OPL do rezygnacji ze świadczenia tego planu³³. *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.³⁴ 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 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 za świadczone usługi na warunkach niekomercyjnych”³⁵

oraz Dyrektywa z 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.”

³³ 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_DOK112_2006_z_dnia_28.09.2006.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/dec_prez.nsf/0/380E7CCDDDA5BD20C12574F60028D5C4/$file/Decyzja_nr_DOK112_2006_z_dnia_28.09.2006.pdf).

³⁴ Raport uzupełniający, s. 12.

³⁵ Gromski W., Kolasa J., Kozłowski A., Wójtowicz K., *Europejskie i polskie prawo telekomunikacyjne*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004, s. 158.

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 mógł 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.³⁶ Jednakże należy podkreślić, iż pakiet ten w roku 2009 spotkał się z nieznacznym zainteresowaniem (szerzej w pkt. 6.2.1 uzasadnienia decyzji).

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 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

³⁶ „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.

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 zbieżny 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 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 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 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 zdefiniowana 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. 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 zyskowe.

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 łączy 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 niezyskowymi, 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 niezyskowych 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 stanowiła w 2009 r. substytut dla usługi powszechnej, tym samym nie jest prawdą, że to operatorzy telefonii ruchomej realizowali 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 centrali, 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 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 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. Ponadto mając na uwadze powyższe Prezes UKE, po dokonaniu szczegółowej analizy informacji przekazanych w dokumentach OPL złożonych w toku postępowania, w świetle przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 419, dalej „uznk”), uznał, iż ww. informacje opatrzone klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa OPL” spełniają wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 uznk, a tym samym udostępnienie tych informacji stanowiłoby ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa OPL. Z uwagi na powyższe Prezes UKE w sentencji decyzji wskazał w pkt III, że Załącznik nr 1 do niniejszej decyzji, zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa OPL zawarte we fragmentach niniejszej decyzji, stanowi integralną część niniejszej decyzji.

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.

Biorąc wszystko powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

POUCZENIE

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

Prezes

Marcin Cichy