



Warszawa, dnia 17 marca 2009 r.

**PREZES URZĘDU KOMUNIKACJI
ELEKTRONICZNEJ**

Anna Streżyńska

DRTH-WWM-60600-25/07(46)

GTS Energis Sp. z o.o.
Aleje Niepodległości 69
02-626 Warszawa

Polkomtel S.A.
ul. Postępu 3
02-676 Warszawa

DECYZJA

Na podstawie art. 28 ust. 1 w związku z art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm., zwanej dalej „Pt”) oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm. zwanej dalej „kpa”), po rozpatrzeniu wniosku GTS Energis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „GTS Energis” lub „Wnioskodawcą”) z dnia 8 marca 2007 r. o wydanie decyzji określającej warunki umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie dostępu do usług ruchomej wirtualnej sieci telekomunikacyjnej (MVNO) pomiędzy Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej „Polkomtel”) oraz GTS Energis

odmawiam

wydania decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie dostępu do usług ruchomej wirtualnej sieci telekomunikacyjnej (MVNO) pomiędzy Polkomtel oraz GTS Energis.

Na podstawie art. 206 ust. 2a Pt niniejsza decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

UZASADNIENIE

W dniu 9 marca 2007 r. do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE”) wpłynął wniosek GTS Energis z dnia 8 marca 2007 r. o wydanie decyzji określającej warunki umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie dostępu do usług ruchomej wirtualnej sieci telekomunikacyjnej (MVNO) pomiędzy Polkomtel oraz GTS Energis, zwanymi dalej łącznie „Stronami”.

Prezes UKE w tym miejscu wyjaśnia, że model pełnego wirtualnego operatora ruchomej sieci telekomunikacyjnej (Full MVNO - ang. *Full Mobile Virtual Network Operator*), wskazany w przedmiotowym wniosku GTS Energis, jest najbardziej zaawansowaną formą operatora wirtualnego. Tego typu operator posiada całą infrastrukturę telekomunikacyjną za wyjątkiem podsystemu radiowego BSS - *Base Station Subsystem*. Jest to związane z nieposiadaniem przez tego operatora zarówno stacji bazowych systemu GSM (BTS – ang. *Base Transceiver Station*) stanowiących interfejs pomiędzy infrastrukturą sieciową operatora a terminalami użytkowników, jak i kontrolerów tychże stacji bazowych (BSC – ang. *Base Station Controller*) sterujących stacjami bazowymi oraz możliwościami transmisji. Operator Full MVNO posiada natomiast pełną infrastrukturę szkieletową, realizującą funkcje komutacyjne w systemie komórkowym. W związku z powyższym Operator Full MVNO w pełni kontroluje dostęp do sieci swoich abonentów, posiadając własne rejestry HLR (ang. *Home Location Register*), które zawierają informacje o abonentach systemu zarejestrowanych w danej sieci telefonii komórkowej, niezależnie od ich aktualnego położenia, a ponadto zapisują aktualne położenie abonenta w sieci GSM z dokładnością do obszaru centralowego.

Zatem Full MVNO jest to operator wirtualnej sieci mobilnej, który prowadzi negocjacje z istniejącymi już operatorami, dysponującymi własnymi sieciami telekomunikacyjnymi i wykupuje u nich czas oraz prawo obsługi swoich przyszłych abonentów w sieciach telekomunikacyjnych operatorów infrastrukturalnych.

Natomiast usługa hostingu MVNO polega na zapewnieniu możliwości korzystania przez abonentów wirtualnego operatora ruchomej sieci telekomunikacyjnej z usług abonenckich, świadczonych w sieci operatora infrastrukturalnego sieci mobilnej tzw. operatora MNO (ang. *Mobile Network Operator*).

GTS Energis, uzasadniając przedmiotowy wniosek z dnia 8 marca 2007 r., podniosła, iż Polkomtel nie odpowiedział na jej propozycję negocjacji umowy MVNO z dnia 28 listopada 2006 r. (doręczoną w dniu 29 listopada 2006 r.) i nie przedstawił żadnego uzasadnienia braku ustosunkowania się do tej propozycji. Zgodnie z art. 27 ust. 3 Pt, GTS Energis załączyła do niniejszego wniosku kopię wniosku o rozpoczęcie negocjacji oraz projekt umowy MVNO.

Prezes UKE, wypełniając dyspozycję art. 61 § 4 kpa, pismem z dnia 15 marca 2007 r. zawiadomił Strony o wszczęciu w dniu 8 marca 2007 r. postępowania w sprawie wydania decyzji określającej warunki umowy o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie dostępu do usług ruchomej wirtualnej sieci telekomunikacyjnej (MVNO) pomiędzy Polkomtel oraz GTS Energis oraz zwrócił się do Polkomtel, na podstawie art. 27 ust. 4 Pt, o przedstawienie stanowiska w przedmiocie wniosku i propozycji zmian przedstawionych przez GTS Energis, w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o wszczęciu postępowania.

Pismem z dnia 30 marca 2007 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 2 kwietnia 2007 r.) Polkomtel, w związku z otrzymanym

zawiadomieniem o wszczęciu postępowania i wezwaniem do przedstawienia stanowiska w 14-dniowym terminie, wniósł o przesunięcie ww. terminu na przedstawienie stanowiska w sprawie do dnia 12 kwietnia 2007 r.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2007 r. Prezes UKE odmówił przedłużenia terminu na przedstawienie przez Polkomtel stanowiska w sprawie z uwagi na fakt, że termin 14 dni jest terminem ustawowym i jako taki nie podlega przedłużeniu lub skróceniu przez organ.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2007 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej - 12 kwietnia 2007 r.) Polkomtel przedstawił swoje stanowisko w sprawie, wskazując iż wniosek GTS Energis jest niezasadny i powinien być negatywnie rozpatrzony przez Prezesa UKE. W swoim stanowisku Polkomtel odniósł się do zarzutów GTS Energis co do przebiegu negocjacji pomiędzy obiema spółkami w przedmiotowej sprawie. Polkomtel wskazał, iż negocjacje z GTS Energis dotyczące MVNO były prowadzone od końca 2005 r. do maja 2006 r. i nie doprowadziły do zawarcia umowy na skutek niejednoznacznego stanowiska GTS Energis co do pożądanego modelu oraz warunków współpracy. Ponadto, w opinii Polkomtel, sytuacja panująca na rynku telefonii komórkowej jednoznacznie wskazuje na brak podstaw faktycznych do podjęcia działań interwencyjnych przez Prezesa UKE. Zdaniem Polkomtel, jest to związane z faktem, iż taka interwencja Prezesa UKE wywarłaby niekorzystny wpływ na dynamicznie rozwijający się rynek usług telefonii komórkowej i spowodowała zahamowanie toczących się procesów negocjacyjnych. Polkomtel nie przedstawił jednak szczegółowych dowodów na poparcie swoich tez ograniczając się jedynie do wskazania ogólnych problemów związanych z działalnością MVNO i wpływu tej działalności na sieć operatora telefonii mobilnej z nim współpracującego. Odnosząc się do podstaw prawnych wniosku złożonego przez GTS Energis, Polkomtel wskazał, iż nie jest operatorem o znaczącej pozycji rynkowej na rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomej publicznej sieci telefonicznej i nie ciąży na nim w tym zakresie żadne obowiązki regulacyjne. Zdaniem Polkomtel, podejmowanie przez Prezesa UKE w tej sytuacji działań interwencyjnych na wniosek GTS Energis byłoby niezgodne z podstawowymi założeniami porządku regulacyjnego w telekomunikacji ustanowionego dyrektywami Parlamentu Europejskiego w 2002 r. Polkomtel wskazał, iż Prezes UKE, rozstrzygając spór pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, jest zobowiązany przede wszystkim do uwzględnienia obowiązków nałożonych na tych przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Zdaniem Polkomtel powyższe oznacza, iż w przypadku braku odpowiednich obowiązków wynikających z przepisów prawa lub nałożonych odrębnymi aktami administracyjnymi, Prezes UKE nie ma prawa do ich formułowania na podstawie art. 28 Pt. Ponadto, w odniesieniu do propozycji zawartych we wniosku GTS Energis, Polkomtel wskazał, że projekt umowy MVNO przedstawiony przez GTS Energis jest niekompletny i nie zawiera wszystkich postanowień na temat technicznych zasad realizacji usług dostępu do sieci ruchomej niezbędnych do jej sprawnego działania oraz modelu biznesowego współpracy pomiędzy Polkomtel a GTS Energis. Wobec powyższego, zdaniem Polkomtel konieczne byłoby wezwanie GTS Energis do uzupełnienia wniosku o postanowienia umowy MVNO niezbędne do realizacji współpracy. Ponadto w opinii Polkomtel projekt przedstawiony przez GTS Energis jest jednostronny i nie uwzględnia niezbędnego pod względem technicznym, jak i finansowym, zabezpieczenia Polkomtel jako operatora sieci

komórkowej zapewniającego dostęp do swojej infrastruktury telekomunikacyjnej. Następnie Polkomtel przedstawił szczegółowe uwagi do projektu umowy MVNO przedstawionego przez GTS Energis.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2007 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 18 kwietnia 2007 r.) Polkomtel przesłał do Prezesa UKE informację o próbie podjęcia negocjacji z GTS Energis. W piśmie tym Polkomtel wskazał swoją wolę prowadzenie negocjacji komercyjnych, bez ingerencji Prezesa UKE.

Pismem z dnia 9 lipca 2008 r. (data wpływu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej dnia 14 lipca 2008 r.) Polkomtel ponownie wniósł do Prezesa UKE o rozpatrzenie negatywne przedmiotowego wniosku GTS Energis i o wydanie decyzji o odmowie uwzględnienia powyższego wniosku z powołaniem się na stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w piśmie Komisji z dnia 7 czerwca 2007 r. dotyczące analogicznej sprawy prowadzonej na wniosek Tele2 Polska Sp. z o.o. W piśmie tym Komisja Europejska, w odpowiedzi na notyfikację Prezesa UKE dotyczącą konsultowanego projektu decyzji zastępującego umowę MVNO pomiędzy Tele2 Polska Sp. z o.o. a PTC, wskazała na brak podstaw prawnych do nałożenia na PTC obowiązku świadczenia dostępu do sieci ruchomej.

GTS Energis nie odniósł się do stanowiska Polkomtel.

W dniu 6 sierpnia 2008 r. Prezes UKE wydał postanowienie znak: DART-SMP-6043-12/07(38) dla rynku 15 tj. rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych (zwanego dalej „rynkem 15”), zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 25 października 2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Dz.U. z 2004 r., nr 242, poz. 2420), zwane dalej „rozporządzeniem”. Postanowieniem tym Prezes UKE zamknął prowadzone od dnia 21 września 2007 r. postępowanie w sprawie ustalenia, czy na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych występuje skuteczna konkurencja. W przedmiotowym postanowieniu Prezes UKE stwierdził, iż na rynku 15 występuje skuteczna konkurencja i żaden z operatorów w związku z tym nie ma nałożonych obowiązków w zakresie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego na rynku świadczenia usług dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych.

Pismem z dnia 11 grudnia 2008 r. Prezes UKE powiadomił strony, że do materiału dowodowego sprawy zostało dołączono stanowisko Komisji Europejskiej z dnia 26 marca 2008 r. (SG-Greffe (2008) D/201388), zwane dalej „stanowiskiem Komisji Europejskiej”, przedstawione w postępowaniu administracyjnym prowadzonym przed Prezesem UKE, wszczętym dnia 17 maja 2006 r. z wniosku Tele2 Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w przedmiocie wydania decyzji zastępującej umowę o połączeniu ruchomej publicznej sieci telefonicznej Tele2 (typu MVNO) oraz ruchomej publicznej sieci telefonicznej PTC z siedzibą w Warszawie, w przedmiocie świadczenia przez PTC na rzecz Tele2 usług hostingu MVNO, jako mające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W dniach od 5 stycznia 2009 r. do 4 lutego 2009 r. zgodnie z treścią art. 15 pkt 3 Pt, Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. W ramach postępowania konsultacyjnego do Prezesa UKE wpłynęło stanowisko Polkomtel z dnia 3 lutego 2009 r. (data wpływu do Urzędu dnia 4 lutego 2009 r.).

W ww. piśmie z dnia 3 lutego 2009 r. Polkomtel zgodził się z projektem konsultowanego rozstrzygnięcia oraz wskazał, że decyzja odmawiająca nałożenia na Polkomtel obowiązku zapewnienia dostępu MVNO na rzecz GTS Energis jest zgodna z postanowieniami prawa wspólnotowego, z powołaniem się na argumenty dotychczas przedstawiane w niniejszym postępowaniu.

Pismem z dnia 9 lutego 2009 r. Prezes UKE poinformował Strony o przysługującym im na podstawie art. 10 kpa prawie do zapoznania się z materiałem zgromadzonym w sprawie, a także do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w terminie siedmiu dni od otrzymania pisma.

Biorąc powyższe pod uwagę, Prezes UKE zważył, co następuje:

Podstawę do wystąpienia przez GTS Energis do Prezesa UKE z wnioskiem z dnia 8 marca 2007 r. o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie dostępu do usług ruchomej wirtualnej sieci telekomunikacyjnej pomiędzy Polkomtel oraz GTS Energis (typu MVNO), stanowi art. 27 ust. 2 Pt. Zgodnie z treścią tego przepisu, w przypadku niepodjęcia negocjacji, odmowy dostępu telekomunikacyjnego przez podmiot do tego obowiązany lub niezawarcia umowy w terminie określonym przez Prezesa UKE, każda ze stron negocjacji umowy o dostępie, może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostępie. W przedmiotowej sprawie GTS Energis złożył w dniu 29 listopada 2006 r. do Polkomtel wniosek o zawarcie umowy MVNO. W związku z powyższym Prezes UKE uznaje, że w dniu złożenia przez GTS Energis wniosku o wydanie decyzji zastępującej umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie dostępu do usług ruchomej wirtualnej sieci telekomunikacyjnej pomiędzy Polkomtel oraz GTS Energis (typu MVNO) spełniona była wynikająca z przepisu art. 27 ust. 2 Pt, przesłanka upływu dziewięćdziesięciodniowego terminu, co pozwala Prezesowi UKE na wydanie niniejszego rozstrzygnięcia.

Stosownie do art. 28 ust. 1 Pt Prezes UKE podejmuje decyzję o dostępie telekomunikacyjnym w terminie 90 dni od dnia złożenia wniosku o zawarcie umowy o dostępie telekomunikacyjnym, biorąc pod uwagę następujące kryteria:

- 1) interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych;
- 2) obowiązki nałożone na przedsiębiorców telekomunikacyjnych;
- 3) promocję nowoczesnych usług telekomunikacyjnych;
- 4) charakter zaistniałych kwestii spornych oraz praktyczną możliwość wdrożenia rozwiązań dotyczących technicznych i ekonomicznych aspektów dostępu telekomunikacyjnego, zarówno zaproponowanych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych będących stronami negocjacji, jak też mogących stanowić rozwiązania alternatywne;
- 5) zapewnienie:
 - a) integralności sieci oraz interoperacyjności usług,
 - b) niedyskryminujących warunków dostępu telekomunikacyjnego,
 - c) rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych;

- 6) pozycje rynkowe przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których sieci są łączone;
- 7) interes publiczny, w tym ochronę środowiska;
- 8) utrzymanie ciągłości świadczenia usługi powszechnej.

Zgodnie z art. 28 Pt, Prezes UKE posiada kompetencje do rozstrzygania spraw spornych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego. Postępowania przed Prezesem UKE mające za przedmiot rozstrzygnięcie kwestii spornych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, prowadzone są na podstawie przepisów kpa. Powyższe wynika z art. 206 ust. 1 Pt, zgodnie z którym postępowanie przed Prezesem UKE toczy się na podstawie przepisów kpa ze zmianami wynikającymi z Prawa telekomunikacyjnego. Dlatego też w postępowaniu, którego przedmiotem jest ustalenie warunków dostępu telekomunikacyjnego należy stosować postanowienia kpa z uwzględnieniem odmienności proceduralnych wynikających z Prawa telekomunikacyjnego (*Stanisław Piątek, Prawo telekomunikacyjne, Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005, str. 1120*).

Zakres niniejszego postępowania został określony przez Wnioskodawcę i dotyczy określenia warunków współpracy Stron w przedmiocie świadczenia przez Polkomtel na rzecz GTS Energis usług hostingu MVNO.

Prezes UKE rozstrzygając spór dotyczący dostępu telekomunikacyjnego opiera się na stanowiskach Stron, kierując się jednocześnie kryteriami określonymi w art. 28 ust. 1 Pt.

Prezes UKE, po zapoznaniu się z dokumentami zgromadzonymi w niniejszej sprawie stwierdził, że nie zachodzą przesłanki zawarte w art. 89 § 1 kpa, nakazujące przeprowadzenie rozprawy administracyjnej. Przeprowadzenie rozprawy administracyjnej, zdaniem Prezesa UKE, nie mogło wpłynąć na przyśpieszenie lub uproszczenie postępowania mającego na celu wydanie decyzji w przedmiotowej sprawie. Należy zaznaczyć, iż analiza materiałów sprawy wskazała brak konieczności uzgodnienia interesów Stron postępowania, wobec czego przeprowadzenie rozprawy administracyjnej zgodnie z art. 89 § 2 kpa także z tej przyczyny stało się niecelowe. Rozstrzygnięcie niniejszej decyzji związane jest bowiem z ustaleniem kompetencji Prezesa UKE w określonym stanie faktycznym i prawnym, a nie rozstrzygnięcie sporu Stron.

Prezes UKE rozstrzygając niniejszą sprawę, w szczególności wziął pod uwagę obowiązki regulacyjne nałożone na Strony, gdyż ta właśnie przesłanka, ze względu na charakter spornej sprawy, ma zasadnicze znaczenie dla niniejszego rozstrzygnięcia. Ponadto, rozstrzygając niniejszy spór, Prezes UKE uwzględnił również interes użytkowników sieci telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt) oraz zapewnienie rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c) Pt).

W tym miejscu należy wskazać, że dla Prezesa UKE decydujące znaczenie ma stan prawny i faktyczny na dzień wydania niniejszej decyzji, co jest powszechnie przyjęte w doktrynie i orzecznictwie (por. M. Jaśkowska, A. Wróbel, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Zakamycze, 2005, wyd. II: „*W związku z tym należy przyjąć, że organ administracji publicznej ocenia stan faktyczny sprawy według chwili wydania decyzji administracyjnej. Reguła ta odnosi się także do oceny stanu prawnego sprawy, co oznacza, że organ administracji publicznej wydaje decyzję administracyjną na podstawie przepisów prawa obowiązujących w chwili jej*

wydania; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 października 2000 r., sygn. VSA 283/00, Lex nr 50110, w którym przyjęto, że przepisy kodeksu postępowania administracyjnego nie wiążą z datą wszczęcia postępowania podstawy faktycznej i prawnej rozpoznania sprawy. Miarodajny w tym zakresie jest stan obowiązujący w dacie wydania decyzji”).

W dniu 6 sierpnia 2008 r. Prezes UKE wydał postanowienie znak: DART-SMP-6043-12/07 (38), dla rynku 15, zgodnie z § 2 pkt 8 rozporządzenia, którym zamknął prowadzone od dnia 21 września 2007 r. postępowanie w sprawie ustalenia, czy na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych występuje skuteczna konkurencja. W przedmiotowym postanowieniu Prezes UKE stwierdził, iż na rynku 15 występuje skuteczna konkurencja.

W przedmiotowym postępowaniu prowadzonym na wniosek GTS Energis, spółka wniosła o określenie warunków współpracy Stron w przedmiocie świadczenia przez Polkomtel na rzecz GTS Energis usług hostingu MVNO.

W związku z powyższym, Prezes UKE stwierdza, że po analizie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz uwzględniając stan prawny na dzień wydania niniejszej decyzji, postanowił przychylić się do stanowiska Polkomtel z dnia 10 kwietnia 2007 r., w którym Polkomtel wyraził m.in. sprzeciw wobec możliwości świadczenia usług hostingu MVNO i odmówił ustalenia warunków współpracy Stron w zakresie wskazanym przez GTS Energis we wniosku z dnia 8 marca 2007 r.

Prezes UKE wskazuje, że takie rozstrzygnięcie jest zgodne z postanowieniami prawa wspólnotowego, a także uwzględnia stanowisko Komisji Europejskiej. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 3 dyrektywy o dostępie krajowe organy regulacyjne nie będą nakładały obowiązków regulacyjnych przewidzianych w art. 9-13 tej dyrektywy (w tym również obowiązków związanych z dostępem telekomunikacyjnym) na operatorów, którzy nie zostali wskazani w toku odpowiedniej procedury jako operatorzy posiadający znaczącą pozycję rynkową. Powyższe twierdzenia wspiera także motyw 27 preambuły dyrektywy o dostępie, który wyraźnie stanowi, że „ważne jest, by ustanowione obowiązki *ex ante* były nakładane w razie braku efektywnej konkurencji, tj. na rynkach, gdzie działa jedno lub więcej przedsiębiorstw o znaczącej pozycji rynkowej, oraz w razie, gdy środki podejmowane na mocy przepisów wspólnotowego lub krajowego prawa konkurencji okazały się niewystarczające dla rozwiązania problemu.” Należy podkreślić, iż kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie ma fakt, iż Polkomtel nie został wyznaczony jako przedsiębiorca zajmujący znaczącą pozycję rynkową na rynku 15 i wobec tego nie zostały na niego nałożone obowiązki regulacyjne. Fakt ten, zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, przesądza o braku podstaw do rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania zgodnie z wnioskiem GTS Energis, wobec sprzeciwu Polkomtel dotyczącego świadczenia na rzecz GTS Energis usług hostingu MVNO.

Należy bowiem wskazać, że hurtowy rynek świadczenia usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych jest dopiero na etapie kształtowania się, pomimo istnienia dojrzałego rynku usług detalicznych w sieciach ruchomych. Funkcjonuje on bowiem dopiero od grudnia 2006 r. (wtedy rozpoczął działalność pierwszy operator wirtualny mBank Mobile). Inni MVNO i przedsiębiorcy telekomunikacyjni typu Service Provider (zwani dalej „SP”) rozpoczęli działalność w roku 2007 lub 2008. Proces podpisywania umów

między przedsiębiorcami chcącymi rozpocząć działalność na tym rynku nie jest łatwy, negocjacje trwają zazwyczaj bardzo długo. Niewielka liczba zawartych do tej pory umów na rynku hurtowym powoduje, że brak jest jeszcze dobrych praktyk ułatwiających potencjalnym MVNO, czy SP rozpoczęcie działalności. Z tego też powodu w postanowieniu dla rynku 15 Prezes UKE wskazał na konieczność uważnego monitorowania procesów zachodzących na tym rynku właściwym w celu uniknięcia groźby pojawienia się na nim niekonkurencyjnych praktyk. Obecny stan tego rynku nie wskazuje wprost na istnienie na nim tego typu zachowań, jednak pewne sygnały zauważone podczas analizy rynku 15 wydają się być niepokojące i zasługują na szczególną uwagę Regulatora.

Nie ulega wątpliwości, że w aktualnej sytuacji rynkowej podmioty zainteresowane rozpoczęciem działalności na zasadzie dostępu pośredniego, takie jak GTS Energis, mogą zwrócić się do PTC Sp. z o.o., Polkomtel lub PTK Centertel Sp. z o.o., ponieważ tylko te spółki dysponują siecią telekomunikacyjną niezbędną do świadczenia tego typu usług. Prawdą jest również fakt, iż odmowa przez te spółki podjęcia takiej współpracy spowoduje, iż podjęcie działalności przez MVNO na rynku detalicznym nie będzie możliwe. Jednakże pojawienie się nowych przedsiębiorców np. P4 Sp. z o.o. i zwiększająca się popularność usług telefonii mobilnej stanowią wyraźny sygnał, iż w perspektywie najbliższych 2-3 lat obraz rynku telekomunikacyjnego może ulec zmianom.

Mając powyższe na uwadze oraz przychylając się do stanowiska Polkomtel z dnia 10 kwietnia 2007 r. i z dnia 9 lipca 2008 r. należy podkreślić, że, jak wynika z postanowienia Prezesa UKE z dnia 6 sierpnia 2008 r. znak: DART-SMP-6043-12/07(38) dla rynku 15, sytuacja na rynku świadczenia usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, nie wskazuje na występowanie decydujących okoliczności, które mogłyby wskazywać na istnienie zarówno indywidualnej, jak i kolektywnej pozycji znaczącej przedsiębiorców na nim działających. Rynek ten jest w trakcie transformacji, co powoduje, iż podmioty wchodzące na rynek właściwy będą miały znaczący wpływ na istnienie bądź brak konkurencji na tym rynku. Obecnie brak jest jednak przesłanek co do jednoznacznego określenia kierunku rozwoju tego rynku, co skutkować będzie stałym monitorowaniem sytuacji przez Prezesa UKE. W przypadku niezadowolającej dynamiki zmian współpracy operatorów MVNO oraz MNO lub utrzymania się obecnych trendów co do ilości podmiotów i różnorodności przyjętych przez nich modeli, Prezes UKE dokona ponownej weryfikacji przesłanek przemawiających za istnieniem bądź brakiem występowania pozycji znaczącej.

Wydając niniejszą decyzję Prezes UKE uwzględnił także kryterium ochrony interesu użytkowników końcowych (art. 28 ust. 1 pkt 1 Pt). Dlatego też należy wskazać, że brak ustalenia warunków współpracy Stron w zakresie świadczenia przez Polkomtel na rzecz GTS Energis usług hostingu MVNO nie uniemożliwi użytkownikom końcowym Stron realizacji wzajemnych połączeń, gdyż współpraca GTS Energis i Polkomtel w tej kwestii wynika z postanowień umowy o połączeniu sieci z dnia 24 sierpnia 2004 r.

Uznając, że zmiany zachodzące obecnie na rynku 15 wskazują na dalszy, dynamiczny rozwój tego rynku, wydanie niniejszej decyzji nie stoi na przeszkodzie promocji nowoczesnych usług telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 3 Pt). Natomiast pojawienie się na rynku telefonii ruchomej nowych operatorów wirtualnych lub dostawców usług takich jak Mobilking, Snickers Mobile czy

Carrefour Mova, a co za tym idzie, także nowego zakresu świadczonych usług, wskazuje, że niniejszym rozstrzygnięciem Prezes UKE nie zahamuje rozwoju konkurencyjnego rynku usług telekomunikacyjnych (art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. c Pt). Choć obie Strony postępowania wskazały na możliwości techniczne wdrożenia usług hostingu MVNO, nie osiągnięto porozumienia co do ekonomicznych aspektów współpracy (art. 28 ust. 1 pkt 4 Pt). Za kluczowe do rozstrzygnięcia sprawy uznano przesłanki z art. 28 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pt, wskazujące na brak obowiązku Polkomtel do zapewnienia GTS Energis wnioskowanego dostępu telekomunikacyjnego, w związku z niezajmowaniem przez Polkomtel znaczącej pozycji rynkowej. Za niezwiązane ze sprawą uznano przesłanki z art. 28 ust. 1 pkt 5 lit. a i b, pkt 7 i pkt 8 Pt. Objęte wnioskiem GTS Energis usługi nie są bowiem związane z usługą powszechną, a jedynie dotyczą komercyjnego świadczenia usług telekomunikacyjnych. Z tego też względu kwestia świadczenia wnioskowanych usług nie jest związana z interesem publicznym, a ponadto nie wpłynie ona na ochronę środowiska. Niniejsza decyzja pozostaje bez wpływu na integralność sieci obu Stron, jak również na interoperacyjność usług przez nie świadczonych, gdyż zakres współpracy obu Stron pozostanie bez zmian. Odmowa zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego na warunkach zawartych we wniosku GTS Energis nie oznacza także dyskryminacji tego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego przez Polkomtel. Jest to związane z faktem, iż Polkomtel nie świadczy usług hostingu MVNO innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym w zakresie i na warunkach zaproponowanych przez GTS Energis.

Biorąc, zatem pod uwagę powyższe argumenty, w szczególności fakt, iż na Polkomtel nie zostały nałożone obowiązki regulacyjne z uwagi na brak wyznaczenia Polkomtel przedsiębiorcą o znaczącej pozycji rynkowej na rynku 15, Prezes UKE rozstrzygnął jak w sentencji decyzji. Należy podkreślić, że przeciwne rozumowanie doprowadziłoby bowiem do sytuacji, w której obowiązki regulacyjne wynikające z postanowień Rozdziału 2 Pt, byłyby nakładane na przedsiębiorców telekomunikacyjnych niezależnie od ich pozycji rynkowych oraz stanu konkurencji na danym rynku. Uwzględnienie i przychylenie się, przez Prezesa UKE, do wniosku GTS Energis z dnia 8 marca 2007 r. oznaczałoby, że zbędne stałyby się jakiegokolwiek postanowienia Pt dotyczące analizy i monitorowania sytuacji na rynku telekomunikacyjnym przez krajowy organ regulacyjny, jakim jest Prezes UKE. Niewątpliwie uregulowanie zasad współpracy pomiędzy Polkomtel i GTS Energis w zakresie świadczenia przez Polkomtel na rzecz GTS Energis usług hostingu MVNO stanowiłoby bezprecedensowe rozstrzygnięcie, które wymusiłoby na Prezesie UKE konieczność konsekwentnego i niedyskryminującego działania poprzez dopuszczenie możliwości nakładania obowiązków regulacyjnych na wniosek strony postępowania administracyjnego mającego na celu rozstrzygnięcie sporu międzyoperatorskiego w oderwaniu od pozycji rynkowej danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego i badania poziomu konkurencyjności danego rynku telekomunikacyjnego. Takie działanie Regulatora byłoby jednak sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym.

W nawiązaniu do przedstawianego przez Polkomtel argumentu przywołującego konieczność stwarzania warunków dla wspierania równoprawnej i skutecznej konkurencji w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych, Prezes UKE podkreśla, że cel ten realizują postanowienia łączącej Strony umowy o połączeniu sieci z dnia 24 sierpnia 2004 r. oraz obowiązujący na dzień wydania niniejszej

decyzji istniejący stan faktyczny na rynku świadczenia usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych.

Ponadto, analizując stan prawny obowiązujący w trakcie postępowania, Prezes UKE wziął pod uwagę wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (zwanego dalej „ETS”) w sprawie o numerze C-227/07 (zwany dalej „wyrokiem ETS”), dotyczący niewłaściwej transpozycji do polskiego porządku prawnego art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie. W ww. wyroku ETS wskazał, iż Rzeczpospolita Polska nieprawidłowo implementowała art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie dotyczący obowiązku negocjowania połączeń sieci. Rzeczpospolita Polska implementując ten przepis rozszerzyła go bowiem na obowiązek negocjowania całego dostępu telekomunikacyjnego zamiast wynikającego z dyrektywy o dostępie obowiązku negocjowania połączeń sieci. Biorąc pod uwagę fakt, iż połączenie sieci jest jednym z rodzajów dostępu telekomunikacyjnego (art. 2 pkt 25 Pt), zakres tego pojęcia jest węższy aniżeli pojęcie dostępu telekomunikacyjnego, ETS wskazał na konieczność dostosowania prawa polskiego do prawa unijnego poprzez zawężenie obowiązku negocjowania do kwestii związanych z połączeniem sieci.

W tej sytuacji zachodzi konieczność bezpośredniego stosowania przez Prezesa UKE normy art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie przy rozstrzyganiu sporów międzyoperatorskich, na co wyraźnie wskazuje polskie orzecznictwo. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 27 lutego 2007 r., sygn. akt: I OSK 570/06, Lex nr 347989, wskazał bowiem na możliwość orzekania polskich sądów bezpośrednio na podstawie przepisów prawa wspólnotowego, jeżeli nadają się one „*do stosowania w drodze autorytatywnej konkretyzacji, a zatem muszą spełniać zasadnicze elementy struktury normy prawnej, a więc zawierać regułę, zachowania. Norma określa adresata, warunki na jakich ma stosować regułę postępowania (hipoteza), sposób postępowania (dyspozycja).*”

Podobne stanowisko zajmują sądy administracyjne wskazując ponadto, że od stosowania wiążących Polskę dyrektyw UE nie może również uchylić się organ administracji publicznej (np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2008 r., sygn. akt III SA/Wa 263/08, Lex nr 365285, M. Podat. 2008/6/6).

W ocenie Prezesa UKE art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie jest jasny, precyzyjny i bezwarunkowy, a co za tym idzie może być zastosowany bezpośrednio. Treść art. 4 ust. 1 dyrektywy o dostępie pozwala bowiem ustalić zakres podmiotowy i przedmiotowy zawartej w nim normy prawnej. Przepis ten stanowi bowiem, że „*Operatorzy publicznych sieci łączności mają prawo, a na wniosek innego uprawnionego przedsiębiorstwa obowiązek negocjowania wzajemnych połączeń celem świadczenia usługi łączności elektronicznej publicznie dostępnych, w sposób zapewniający świadczenie tych usług oraz ich interoperacyjność w obrębie Wspólnoty. Operatorzy zapewnią dostęp i wzajemne połączenia innym przedsiębiorstwom na zasadach i warunkach zgodnych z wymogami nałożonymi przez krajowy organ regulacyjny zgodnie z art. 5, 6, 7 oraz 8 [dyrektywy o dostępie]*”.

Powyższe oznacza, iż zgodnie z przytoczonym wyrokiem ETS, Prezes UKE nie może rozstrzygać sporów międzyoperatorskich dotyczących dostępu telekomunikacyjnego innego niż połączenie sieci.

Zakres współpracy międzyoperatorskiej wnioskowany przez GTS Energis nie mieści się w pojęciu „połączenia sieci”, o którym mowa w art. 2 pkt 25 Pt, zgodnie z którym

jest to „fizyczne i logiczne połączenie publicznych sieci telekomunikacyjnych użytkowanych przez tego samego lub różnych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, celem umożliwienia użytkownikom korzystającym z usług lub sieci jednego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego komunikowania się z użytkownikami korzystającymi z usług lub sieci tego samego lub innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego albo dostępu do usług dostarczanych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego”. Wyraźnie wskazuje na to art. 34 ust. 2 Pt, gdzie Ustawodawca rozróżnia dostęp telekomunikacyjny w zakresie połączenia sieci (pkt 10 tego ustępu) od dostępu telekomunikacyjnego związanego z sieciami wirtualnymi i podobnymi usługami (punkty 3, 4 i 7 tego ustępu). Podobne rozróżnienie tych dwóch typów współpracy wprowadza już definicja samego dostępu telekomunikacyjnego w art. 2 pkt 6 Pt, gdzie połączenie sieci zawarte jest pod literą a) tego punktu (łączenie urządzeń telekomunikacyjnych, w tym na dostępie do lokalnej pętli abonenckiej oraz urządzeń i usług niezbędnych do świadczenia usług w lokalnej pętli abonenckiej), natomiast wnioskowany przez GTS Energis dostęp do usług ruchomej wirtualnej sieci telekomunikacyjnej zawarty jest pod literą g) tego punktu (dostęp do usług sieci wirtualnych).

Prezes UKE ze względu na wynik postępowania w sprawie ustalenia, czy na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach telefonicznych występuje skuteczna konkurencja, omówione wyżej stanowisko Komisji Europejskiej, a także wnioski wynikające z wyroku ETS i konieczności bezpośredniego stosowania dyrektywy o dostępie, odmówił zapewnienia GTS Energis dostępu telekomunikacyjnego w zakresie świadczenia przez Polkomtel usług hostingu MVNO na rzecz GTS Energis.

Biorąc powyższe pod uwagę, postanowiono jak w sentencji.

Pouczenie

Na podstawie art. 206 ust. 2 Pt od niniejszej decyzji Prezesa UKE przysługuje Stronom odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Zgodnie z art. 479⁵⁸ § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r., nr 43, poz. 296 z późn. zm.) odwołanie wnosi się za pośrednictwem Prezesa UKE w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

z up. Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Krzysztof Dyl

Zastępca Prezesa

Otrzymują:

1. Jerzy Sadowski
Pełnomocnik Polkomtel S.A.
ul. Postępu 3
02-676 Warszawa
2. Marek Konior
Pełnomocnik GTS Energis Sp. z o.o.
Al. Niepodległości 69
02-626 Warszawa