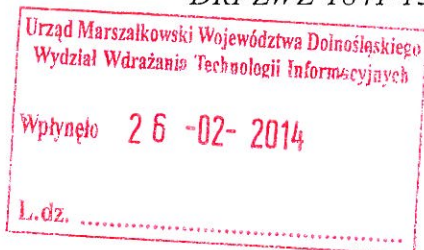




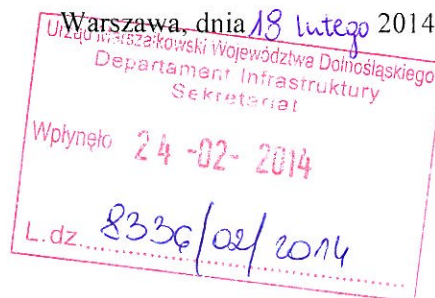
**PREZES
URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ**

Magdalena Gaj

DRI-ZWZ-1841-13/13(3)



**Pan
Adam Okniński
Dyrektor Wydziału Wdrażania Technologii
Informacyjnych
Departament Infrastruktury
Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego
ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14
50-411 Wrocław**



DT-W.I + DT-W.II
Do akt postępowania +
DW Kandydatów

26.02.14

A. Okniński

Szanowny Panie Dyrektorze!

W piśmie z dnia 5 grudnia 2013 r., znak: DT-W.I.272.1.2013 L.dz. 691/12/2013, Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego zwrócił się do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (zwanego dalej „Prezesem UKE”) o potwierdzenie poniższych tez:

1. ograniczenie wskazane w motywie 46 decyzji Komisji Europejskiej w sprawie pomocy państwa z dnia 14 grudnia 2012 r. nr SA.33386(2012/N) dotyczy wyłącznie możliwości świadczenia przez podmiot będący Operatorem Infrastruktury, usług detalicznych, przy których wykorzystana byłaby infrastruktura Dolnośląskiej Sieci Szerokopasmowej (zwana dalej „DSS”). Ww. ograniczenie nie dotyczy natomiast możliwości świadczenia przez Operatora Infrastruktury DSS usług detalicznych na terenie całego województwa dolnośląskiego czy całego kraju, przy którym nie będzie wykorzystana infrastruktura DSS;
2. podmiot, który obecnie świadczy usługi użytkownikom końcowym (usługi detaliczne) może zostać Operatorem Infrastruktury DSS i nadal może prowadzić swoją zwykłą działalność operatorską na terenie województwa dolnośląskiego na bazie własnej sieci (nie będzie prowadził usług detalicznych na bazie DSS);
3. spółki w jakikolwiek sposób powiązane z Operatorem Infrastruktury (grupa kapitałowa, spółka zależna) będą mogły świadczyć usługi detaliczne, w tym także z wykorzystaniem infrastruktury DSS.

Przywołany wcześniej motyw 46 ww. decyzji Komisji Europejskiej stanowi, iż „Oferent, który wygra przetarg na eksploatację infrastruktury jako operator infrastruktury, nie będzie

mógł świadczyć usług detalicznych w celu uniknięcia możliwości antykonkurencyjnego wykorzystania (tj. preferencyjnego traktowania własnej branży detalicznej w zakresie korzystania z sieci) korzyści wynikających z zarządzania siecią.” Wyjątek od tej zasady wskazany został w motywie 21 ww. decyzji, zgodnie z którym „Operator infrastruktury DSS może również wziąć udział w przetargu zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, w celu świadczenia usług transmisji danych dla administracji publicznej(....).”

W związku z ww. pismem i przedstawionymi w nim poglądami Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego w zakresie dopuszczalności świadczenia przez Operatora Infrastruktury DSS detalicznych usług telekomunikacyjnych, wskazuję co następuje.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż zgodnie z pkt 27 *Wytycznych wspólnotowych w sprawie stosowania przepisów dotyczących pomocy państwa w odniesieniu do szybkiego wdrażania sieci szerokopasmowych* (Komunikat Komisji 2009/C 235/04), zakaz świadczenia detalicznych usług telekomunikacyjnych dotyczył jedynie przypadku sieci szerokopasmowych realizowanych w celu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Poza tym jednym przypadkiem, ww. Wytyczne nie zawierały innych postanowień zakazujących wykorzystywania infrastruktury telekomunikacyjnej, wybudowanej z udziałem środków publicznych, do świadczenia usług detalicznych przez Operatora Infrastruktury. Wytyczne te nie zakazywały również świadczenia usług detalicznych przez podmiot pełniący funkcję Operatora Infrastruktury z wykorzystaniem jego własnej infrastruktury telekomunikacyjnej. Natomiast obecnie obowiązujące *Wytyczne UE w sprawie stosowania reguł pomocy państwa w odniesieniu do szybkiej budowy/rozbudowy sieci szerokopasmowych* (Komunikat Komisji 2013/C 25/01) zawierają dwa postanowienia zakazujące świadczenia usług detalicznych, świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury telekomunikacyjnej zrealizowanej z udziałem środków publicznych. Pierwszy z tych zakazów dotyczy, tak jak w przypadku poprzednio obowiązujących Wytycznych, sieci szerokopasmowych wykorzystywanych w ogólnym interesie gospodarczym. Pkt 24 tychże Wytycznych wprost stanowi, iż „*Misja Świadczenia UOIG powinna zatem obejmować jedynie budowę/rozbudowę sieci szerokopasmowych zapewniających uniwersalną łączność oraz świadczenie powiązanych usług dostępu hurtowego, z wyłączeniem detalicznych usług łączności.*” Natomiast drugi zakaz świadczenia usług detalicznych dotyczy ultra szybkich sieci szerokopasmowych budowanych z udziałem środków publicznych. Pkt 84 lit. b) omawianych Wytycznych wskazuje, że „*W sytuacji opisanej w poprzednim punkcie wszelkie nowe dotowane sieci muszą spełniać warunki zgodności z rynkiem wewnętrznym określone w pkt 78 i 80. Ponadto organ przyznający pomoc musi również wykazać, że dotowana sieć będzie opierać się na otwartej architekturze i będzie obsługiwana jedynie jako sieć hurtowa.*” Poza tymi dwoma zakazami dla świadczenia usług detalicznych z wykorzystaniem infrastruktury zrealizowanej z udziałem środków publicznych, przedmiotowe Wytyczne nie zawierają pod tym względem innych ograniczeń.

Uszczegółowienie reguł stosowania pomocy publicznej w zakresie realizacji sieci szerokopasmowych wskazanych w obowiązujących Wytycznych UE, stanowią decyzje Komisji Europejskiej w sprawie pomocy państwa. W odniesieniu do projektu pn. „*Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej*” Komisja Europejska nałożyła na beneficjenta bardziej restrykcyjne warunki realizacji tego projektu niż przewidziane w ww. Wytycznych, a dotyczące ogólnie wskazanego zakazu świadczenia przez podmiot pełniący funkcję Operatora Infrastruktury DSS usług telekomunikacyjnych na poziomie detalicznym. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż sieć telekomunikacyjna

realizowana w ramach projektu pn. „*Likwidacja obszarów wykluczenia informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej*” będzie siecią szkieletowo – dystrybucyjną. Sieci szkieletowe są to te warstwy sieci telekomunikacyjnych, które łączą główne węzły sieci, pomiędzy którymi wymieniana jest największa ilość ruchu telekomunikacyjnego, natomiast sieci dystrybucyjne to te części sieci telekomunikacyjnych, które łączą węzły sieci szkieletowej z punktami agregującymi ruch od użytkowników końcowych. Funkcjami sieci szkieletowych jest retransmisja, agregacja, zwielokrotnienie ruchu w sieci, natomiast sieci dystrybucyjnej agregacja tego ruchu. Jak wynika z powyższego, sieci szkieletowo – dystrybucyjne nie są wykorzystywane do świadczenia detalicznych usług telekomunikacyjnych i tego typu usługi nie są na nich świadczone. Omawiane usługi detaliczne są natomiast świadczone z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnych w warstwie dostępowej, które mogą się łączyć z sieciami szkieletowo – dystrybucyjnymi w punktach styku.

W świetle powyższego należy rozważyć w jakim stopniu ograniczenia w świadczeniu usług detalicznych przez Operatora Infrastruktury DSS narzucone w ww. decyzji Komisji Europejskiej dotyczą sieci telekomunikacyjnych, będących w posiadaniu Operatora Infrastruktury (z wyłączeniem infrastruktury DSS) i czy ograniczenia te są uzależnione od połączenia tychże sieci z siecią szkieletowo – dystrybucyjną DSS czy też nie. W ocenie Prezesa UKE przedmiotowy zakaz świadczenia usług detalicznych nie dotyczy świadczenia tychże usług z wykorzystaniem sieci telekomunikacyjnych, będących w posiadaniu Operatora Infrastruktury DSS (z wyłączeniem infrastruktury DSS), które nie są i nie będą przyłączone do sieci DSS. Powyższe wywieść można z faktu, iż ograniczenia wskazane w motywach 46, ale także w 102 i 105 omawianej decyzji Komisji Europejskiej nie precyzują, iż zakaz świadczenia usług detalicznych dotyczy własnej infrastruktury Operatora Infrastruktury. Dodatkowo należy wskazać, iż motyw 46 ww. decyzji wskazuje cel, jakim mają służyć omawiane ograniczenia, a mianowicie chodzi o „*uniknięcie możliwości antykonkurencyjnego wykorzystania (tj. preferencyjnego traktowania własnej branży detalicznej w zakresie korzystania z sieci) korzyści wynikających z zarządzania siecią.*” Jeszcze dobitniej cel ten został wyjaśniony w motywie 102 ww. decyzji: „*Środek zapobiega zakłóceniu konkurencji, które mogłyby pojawić się w wyniku konfliktu interesów, jeżeli wyłoniony operator sieci zapewniałby dostęp do hurtowej przepustowości na wyższym szczeblu, a równocześnie konkurowałby na rynku detalicznym na niższym szczeblu. Ponieważ operator nie może świadczyć usług na rynku niższego szczebla, nie będzie miał on strategicznej zachęty do odmowy dostępu do przepustowości hurtowej niektórym przedsiębiorcom detalicznym.*” Zdaniem Prezesa UKE w przypadku świadczenia usług detalicznych przez Operatora Infrastruktury DSS na sieciach telekomunikacyjnych, będących w posiadaniu Operatora Infrastruktury, które nie są połączone z siecią DSS, nie zachodzi niebezpieczeństwo podejmowania przez Operatora Infrastruktury takich „*antykonkurencyjnych*” działań. Takie obawy mogą jednak się pojawić w przypadku świadczenia przez Operatora Infrastruktury usług detalicznych z wykorzystaniem własnych sieci (sieci w warstwie dostępowej), które następnie zostaną przyłączone do sieci DSS. W opinii Prezesa UKE niebezpieczeństwa preferencyjnego traktowania przez Operatora Infrastruktury własnej branży detalicznej w omawianym wypadku można jednak uniknąć poprzez stosowanie tzw. zasady równoważności produktu (equivalence of input). Zatem, w świetle omawianych ograniczeń przewidzianych w decyzji Komisji Europejskiej, Operator Infrastruktury będzie mógł świadczyć detaliczne usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem własnych sieci, które zostały przyłączone do sieci szkieletowo – dystrybucyjnej DSS pod warunkiem, iż Operator

Infrastruktury będzie stosował takie same warunki zapewnienia dostępu do sieci DSS w stosunku do swojej branży detalicznej, jak i do podmiotów trzecich (a co najmniej nie mniej korzystne).

Dodatkowo należy zauważyć, iż motyw 105 decyzji Komisji Europejskiej wskazuje, iż usługi hurtowe i dostęp do subsydiowanej sieci (czyli DSS) będzie podstawowym modelem biznesowym Operatora Infrastruktury. Z powyższego wynika, iż nie została wykluczona możliwość prowadzenia przez Operatora Infrastruktury DSS jeszcze innej działalności telekomunikacyjnej poza wyżej wskazaną, pod warunkiem jednak, że będzie ona zgodna z warunkami wskazanymi w omawianej decyzji Komisji Europejskiej. W takim przypadku wydaje się, iż dopuszczalne jest świadczenie przez Operatora Infrastruktury usług detalicznych, jednak z uwzględnieniem ww. warunków.

Zdaniem Prezesa UKE ww. warunki świadczenia usług detalicznych z wykorzystaniem infrastruktury DSS, dotyczą również spółek w jakikolwiek sposób powiązanych z Operatorem Infrastruktury DSS, w szczególności jeżeli Operator Infrastruktury DSS jest podmiotem dominującym w stosunku do ww. spółek. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 § 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1030), zwanej dalej „ksh”, za spółkę dominującą uważa się spółkę handlową w przypadku, gdy


- a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami lub
- b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami lub
- c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami lub
- d) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej),
- e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami lub
- f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7.

Konsekwencją powstania stosunku dominacji i zależności między spółkami sprawia, iż w świetle art. 6 § 2 ksh nabycie lub wykonywanie praw z akcji albo z udziałów przez spółkę lub spółdzielnię zależną (np. głosowanie na zgromadzeniu wspólników/walnym zgromadzeniu, głosowanie na zebraniu zarządu, udział w zysku spółki) uważa się za nabycie albo wykonywanie praw przez spółkę dominującą. Zatem, podejmowanie decyzji przez spółkę zależną w kluczowych dla niej sprawach, w tym w zakresie rodzaju prowadzonej działalności lub w zakresie podziału wypracowanego zysku, w istocie traktowane jest jako podejmowanie decyzji w tym zakresie przez spółkę dominującą. W takim razie decyzje w zakresie prowadzenia działalności przez spółki zależne od Operatora Infrastruktury DSS w zakresie świadczenia detalicznych usług telekomunikacyjnych w istocie są decyzjami samego Operatora, a zyski ww. spółek zależnych są również zyskami tego Operatora.

Podobne zależności występują między spółkami powiązаныmi, między którymi nie ma jednak stosunku dominacji. W tych wypadkach Operator Infrastruktury DSS również będzie czerpał zyski z działalności spółek z nim powiązanych, w tym ze świadczenia usług detalicznych z wykorzystaniem infrastruktury DSS. Dodatkowo należy wskazać, iż w takich wypadkach zachodziłaby obawa, iż Operator Infrastruktury DSS mógłby oferować korzystniejsze warunki w dostępie do sieci DSS podmiotom ze sobą powiązanyim w porównaniu z innymi podmiotami, co faktycznie mogłoby prowadzić pośrednio do „preferencyjnego traktowania własnej branży detalicznej w zakresie korzystania z sieci” (motyw 46 decyzji Komisji Europejskiej).

Podsumowując, w opinii Prezesa UKE ograniczenia w świadczeniu przez podmiot pełniący funkcję Operatora Infrastruktury DSS telekomunikacyjnych usług detalicznych, przewidziane w decyzji Komisji Europejskiej w sprawie pomocy państwa z dnia 14 grudnia 2012 r. nr SA.33386(2012/N); motyw 46, 102 i 105) nie mają zastosowania do działalności Operatora Infrastruktury DSS i podmiotów z nim powiązanych, prowadzonej z wykorzystaniem innych niż DSS sieci telekomunikacyjnych, będących w posiadaniu tego Operatora lub podmiotów z nim powiązanych, które nie są przyłączone do sieci DSS. Podmiot pełniący funkcję Operatora Infrastruktury DSS może również świadczyć usługi detaliczne z wykorzystaniem własnych sieci, przyłączonych do sieci DSS pod warunkiem jednak, że działalność ta będzie prowadzona zgodnie z zasadą równoważności produktu (equivalence of input). Powyższe dotyczy również podmiotów, które są w jakikolwiek sposób powiązane z ww. Operatorem Infrastruktury, w szczególności gdy pozostają z nim w stosunku zależności.

Z poważaniem,



PREZES
Magdalena Gaj