

Jan Siudecki\*

## Test zawężania marży w praktyce regulacyjnej Prezesa UKE

### Spis treści

- I. Uwagi wstępne
- II. Kontrowersje związane z metodyką oraz sposobem uregulowania procesu testów zawężania marży
- III. Próba podważenia legalności Stanowiska
- IV. Podstawa prawna reżimu testów zawężania marży
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Autor analizuje prawne i regulacyjne uwarunkowania procesu testu zawężania marży. Omówiono sposób uregulowania zasad analizowanego środka regulacyjnego przyjęty przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej oraz kontrowersje z tym sposobem związane. Poddano analizie odnośne przepisy prawa Unii Europejskiej i stanowiska instytucji unijnych. Ustalenia w tym zakresie stają się podstawą do krytycznej oceny rozwiązań przyjętych przez regulatora.

**Słowa kluczowe:** zawężanie marży; zawężanie ceny; test zawężania marży; test zawężania ceny; obowiązek niedyskryminacji; obowiązek kontroli cen; prawne formy działania organu administracji publicznej.

### I. Uwagi wstępne

Zawężanie marży jest praktyką antykonkurencyjną, która występuje, gdy operator zintegrowany wertykalnie, udostępniający urządzenia kluczowe dla przedsiębiorców działających na rynku niższego szczebla, ustala swoje ceny detaliczne lub hurtowe w sposób, który nie pozostawia konkurentowi działającemu na tym rynku niższego szczebla przestrzeni do osiągnięcia rozsądnego zysku<sup>1</sup>. Analizie i eliminowaniu wspomnianej praktyki służy test zawężania marży. Narzędzie to stosowane jest także w praktyce regulacyjnej Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezesa UKE) od czasu zawarcia porozumienia z Telekomunikacją Polską S.A. (obecnie Orange Polska S.A.) z 22 października 2009 r.<sup>2</sup> (dalej: Porozumienie). W Porozumieniu operator zasiedziały zobowiązał się należycie wypełniać ciężące na nim obowiązki regulacyjne oraz podjął szereg innych zobowiązań mających na celu zahamowanie jego antykonkurencyjnych zachowań, w tym także zawężania marży. Praktyka regulacyjna Prezesa UKE w zakresie przeprowadzania

\* Urząd Komunikacji Elektronicznej, Departament Prawny; e-mail: j.siudecki@uke.gov.pl. Przedstawione w artykule poglądy autora nie mogą być utożsamiane z oficjalnym stanowiskiem UKE.

<sup>1</sup> G. Gaudiny, C. Saavedra Valenzuela, *Ex ante margin squeeze tests in the telecommunications industry: What is a reasonable efficient operator?*, 12.2012s. 2. Pobrano z: <http://hdl.handle.net/10419/67955>.

<sup>2</sup> Dokument dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/porozumienie-pomiedzy-tp-sa-a-prezesem-uke-5144>.

testów zawężania marży<sup>3</sup> ma doniosłe znaczenie, jeżeli chodzi o funkcjonowanie krajowego rynku telekomunikacyjnego, w dużej mierze przesądza bowiem o atrakcyjności regulowanej oferty hurtowej operatora zasiedziałego i w ten sposób przekłada się na pozycję konkurencyjną operatorów alternatywnych. Dyskusyjny sposób uregulowania procedury przeprowadzania omawianych testów przyjęty przez Prezesa UKE, w połączeniu z zasadniczym znaczeniem, jakie dla rynku telekomunikacyjnego ma omawiana problematyka, doprowadził do konfliktu pomiędzy regulatorem a operatorami alternatywnymi, który warto rozpatrzyć także z punktu widzenia prawnych form i podstaw działania administracji publicznej.

## II. Kontrowersje związane z metodyką oraz sposobem uregulowania procesu testów zawężania marży

Jak już wspomniano, testy zawężania marży, jako instrument polityki regulacyjnej Prezesa UKE, początkowo realizowane były na podstawie Porozumienia, które w Załączniku nr 9 zawierało „Ogólne zasady przeprowadzania testu zawężania marży (MS) i testu zawężania ceny (PS)”. Niedługo po zawarciu Porozumienia (22 października 2009 r.) Prezes UKE wydał „Stanowisko w sprawie szczegółowych metod przeprowadzania testu zawężania marży i testu zawężania ceny”<sup>4</sup> (dalej: Stanowisko), które miało stanowić uszczegółowienie procedury zawartej w Załączniku nr 9 do Porozumienia. Rozwiązanie, zgodnie z którym szczegółowe postanowienia dotyczące procedury testów zawężania marży zawarte zostały w odrębnym od Porozumienia dokumencie okazało się niezwykle korzystne dla Prezesa UKE. Wszystkie kolejne zmiany w procedurze testów zawężania marży odbywały się bowiem poprzez zmianę Stanowiska, a nie poprzez zmianę Porozumienia. Podczas gdy zmiany procedury testów zawężania marży w sytuacji ich całościowego uregulowania w Porozumieniu wymagałyby zgody Orange Polska, to zmiany w Stanowisku, chociaż konsultowane z rynkiem, wprowadzane były według uznania Prezesa UKE. Podkreślić także należy, że nieco później część procesu przeprowadzania testów zawężania marży uregulowana została w ofercie ramowej, do stosowania której Orange Polska została zobowiązana na podstawie art. 42 ustawy z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jednolity: Dz.U. 2004, poz. 243, dalej: Pt). Procedura przeprowadzania testów zawężania marży wprowadzona została w decyzji z 12 kwietnia 2010 r.<sup>5</sup>, zmieniającej ofertę Orange Polska określającą ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie usług dostępu szerokopasmowego, w tym usługi szerokopasmowej transmisji danych, zatwierdzoną decyzją Prezesa UKE z 6 maja 2008 r.<sup>6</sup>, a następnie została powtórzona w Części I Ogólnej w Rozdziale 8 kolejnej oferty ramowej, do stosowania której Orange Polska została zobowiązana. Była to oferta ramowa określająca ramowe warunki dostępu telekomunikacyjnego w zakresie rozpoczynania i zakańczania połączeń, hurtowego dostępu do sieci Orange Polska, dostępu do łączy abonenckich w sposób zapewniający dostęp pełny

<sup>3</sup> Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Prezes UKE w swojej praktyce wyróżnia testy zawężania marży i testy zawężania ceny. Rozróżnienie to wprowadzone zostało przez Prezesa UKE jedynie ze względu na pewne odrębności proceduralne, o których jeszcze będzie mowa. Wydaje się natomiast, że w nauce przedmiotu podobne rozróżnienie wiąże się z raczej z tym czy mowa jest o rynku podlegającym regulacji *ex ante* (wówczas mówi się o zawężaniu marży), czy *ex post* (wówczas mówi się o zawężaniu ceny czy o nożycach kosztowo-cenowych). Niekiedy oba pojęcia używane są zamiennie (por. ERG(06)33 Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, 5.2006, s. 37). Z tych przyczyn rozróżnienie wprowadzone przez Prezesa UKE będzie w niniejszym artykule stosowane jedynie wtedy, kiedy będzie to konieczne, aby oddać istotę wyводу, natomiast w pozostałych przypadkach stosowane będzie pojęcie testu zawężania marży (obejmujące zarówno test zawężania marży, jak i test zawężania ceny w rozumieniu przyjętym przez Prezesa UKE).

<sup>4</sup> Dokument dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/szczegolowe-metody-przeprowadzenia-testu-zawezenia-marzy-i-testu-zawezenia-ceny-5344>.

<sup>5</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://www.uke.gov.pl/files/?id\\_plik=6924](http://www.uke.gov.pl/files/?id_plik=6924).

<sup>6</sup> Dokument dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/oferta-ramowa-bitstream-access-3355>.

lub współdzielony oraz dostępu do łączy abonenckich poprzez węzły sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych, zatwierdzona decyzją Prezesa UKE z 29 września 2010 r.<sup>7</sup> (dalej: Oferta SOR). Można przyjąć, że rozwiązanie to podyktowane zostało potrzebą ujęcia w bardziej formalne ramy rozwiązań wypracowanych w Porozumieniu, na potrzeby ewentualnej egzekucji podjętych w nim zobowiązań<sup>8</sup>.

Podkreślenia przy tym wymaga, że wprowadzenie do oferty ramowej zasad przeprowadzania testów zawężania marży nie oznaczało rezygnacji z ich regulowania w Stanowisku. W zamierzeniu, uregulowania ofert ramowych i Stanowiska miały się uzupełniać, jednakże w praktyce zarówno postanowienia Oferty SOR, jak i Stanowiska niejednokrotnie regulowały tę samą materię w różny sposób, o czym jeszcze będzie mowa.

Pierwsza zmiana Stanowiska nastąpiła 24 stycznia 2012 r.<sup>9</sup>, jednakże dopiero modyfikacje wprowadzone w procedurze testów zawężania marży w czerwcu tego samego roku (stanowisko Prezesa UKE z 22 czerwca 2012 r.)<sup>10</sup> wywołały konflikt między Prezesem UKE a operatorami alternatywnymi zrzeszonymi w Krajowej Izbie Gospodarczej Elektroniki i Telekomunikacji (dalej: KIGEiT). Przedmiotowe modyfikacje dotyczyły sposobu przeprowadzania testu zawężania ceny, będącego, jak to już wcześniej zaznaczono, elementem szeroko rozumianego reżimu testu zawężania marży.

Zgodnie ze Stanowiskiem, testy zawężania ceny przeprowadzane są co od zasady wówczas, gdy usługa detaliczna, której cena podlega badaniu pod kątem zjawiska zawężania ceny, nie znajduje swojego odpowiednika hurtowego w obowiązującej ofercie ramowej. Oznacza to, że brak jest w ofercie ramowej tzw. hurtowego odpowiednika, czyli usługi hurtowej, na bazie której konkurent Orange Polska mógłby skonstruować analogiczną do Orange Polska usługę detaliczną. Test zawężania ceny ma na celu ustalenie czy zaproponowana przez Orange Polska cena za nową usługę detaliczną, mając na względzie wysokość projektowanej opłaty za jej hurtowy odpowiednik, który zgodnie z zasadą niedyskryminacji Orange Polska jest zobowiązana świadczyć, jeżeli chce zaoferować daną usługę detaliczną, umożliwi przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu zamierzającemu skorzystać z odpowiednika hurtowego zaoferowanie konkurencyjnej wobec Orange Polska usługi detalicznej. Na marginesie jedynie dodać należy, że test zawężania marży, tak jak zdefiniowany został przez Prezesa UKE, przeprowadzany jest w sytuacji, gdy nowa usługa detaliczna Orange Polska znajduje w ofercie ramowej odpowiednik hurtowy.

Wspomniana modyfikacja w procedurze testów zawężania ceny, dokonana przez Prezesa UKE w czerwcu 2012 r., polegała na wprowadzeniu reguły, zgodnie z którą badanie zjawiska zawężania ceny odbywa się jedynie z wykorzystaniem danych kosztowych Orange Polska. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że do realizacji testów używany jest model analityczny, stanowiący zestaw algorytmów obrazujących zależności między opłatami a kosztami testowanych usług. Do uzupełnienia wzorów wspomnianych algorytmów wykorzystuje się odpowiednie dane kosztowe. Są to albo dane kosztowe Orange Polska, albo wartości średnie dla poszczególnych kategorii kosztowych stosowanych w algorytmach oraz wartości rozsądnej marży, ustalone przez Prezesa

<sup>7</sup> Dokument dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/zmiana-oferty-ramowej-dla-tp-6271>.

<sup>8</sup> Na niewiążący charakter Porozumienia i przez to brak gwarancji realizacji zawartych w nim zobowiązań zwróciła uwagę także Komisja Europejska; por. decyzja Komisji w sprawie PL/2012/1311: Rynek hurtowych usług dostępu szerokopasmowego w Polsce z 26.04.2012, C(2012)2967, s. 9.

<sup>9</sup> Dokument dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/zmiany-w-testach-msps-8074>.

<sup>10</sup> Dokument dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/stanowisko-dotyczace-metod-przeprowadzania-testow-ps-8427#>.

UKE na podstawie kwestionariuszy złożonych przez operatorów, którzy przekazali dane kosztowe (tzw. OPDK).

Przed zmianą z czerwca 2012 r. do testów zawężania ceny wykorzystywane były dane kosztowe zarówno Orange Polska, jak i operatorów alternatywnych (wspomniane wartości średnie), natomiast później Prezes UKE postanowił zasilać model analityczny jedynie danymi Orange Polska. Rozwiązanie to uzasadnione było przekonaniem, że skoro test zawężania ceny dotyczy usługi hurtowej niewprowadzonej jeszcze do oferty, operatorzy alternatywni nie mogą posiadać danych o rzeczywistych kosztach świadczenia usług detalicznych opartych na testowanych odpowiednikach hurtowych, niezbędnych do zasilania modelu analitycznego w sytuacji jego wykorzystania na potrzeby testu zawężania ceny. Prezes UKE uznał zatem, że model analityczny używany w odniesieniu do testów zawężania ceny zasilany będzie jedynie danymi Orange Polska. Jak wskazał Prezes UKE w stanowisku z 22 czerwca 2012 r., Orange Polska, podobnie jak operatorzy alternatywni, nie dysponuje w momencie przeprowadzenia testu, co następuje przed wdrożeniem usługi, historycznymi danymi kosztowymi. Dysponuje natomiast danymi pochodzącymi z prognoz dotyczących zmian zachowań konsumentów wynikających ze zmian parametrów świadczonej usługi (w szczególności w przypadku zmian przepływności), wpływających w konsekwencji na poziom kosztów sieciowych. Chodzi tu przykładowo o prognozowany parametr opisujący średnią obserwowaną przepływność wykorzystywaną przez abonenta usługi. Ma on bezpośrednie przełożenie na wysokość kosztów sieciowych związanych z dostarczeniem i utrzymaniem infrastruktury niezbędnej do zapewnienia odpowiedniego transferu danych. Prezes UKE uznał w konsekwencji, że operatorzy alternatywni nie dysponują danymi właściwymi do wykorzystania w teście zawężania ceny, do którego stosowane będą dane wynikające z prognoz Orange Polska.

Wobec nowego podejścia Prezesa UKE zdecydowany sprzeciw wyraziła KIGEiT, zrzeszająca operatorów alternatywnych. KIGEiT jeszcze w stanowisku z 11 maja 2012 r.<sup>11</sup> wskazywała, że wyniki testów zawężania ceny, realizowanych z wykorzystaniem danych Orange Polska, będą czysto teoretyczne i niedające prawdziwego obrazu zależności między opłatą hurtową i ceną detaliczną usługi. Zdaniem KIGEiT, Orange Polska nie może posiadać wiarygodnych i rzetelnych danych nadających się do zastosowania w teście zawężania ceny, ponieważ to nie Orange Polska korzysta z usług hurtowych i tym samym nie ma wiedzy na temat kosztów dostarczenia infrastruktury, jakie musi ponieść operator alternatywny, aby skorzystać z usługi hurtowej. KIGEiT zwracała uwagę, że operator alternatywny, konstruując własną ofertę detaliczną, nie będzie brał pod uwagę kosztów Orange Polska, ale raczej koszty własne, przede wszystkim związane z korzystaniem z usług hurtowych.

Przedmiotem krytyki KIGEiT, oprócz kwestii niestosowania wartości średnich w testach zawężania ceny, stała się także kwestia rozsądnej marży. KIGEiT stwierdziła, że testy zawężania marży w kształcie stosowanym przez Prezesa UKE nie obrazują czy istotnie Orange Polska stosuje praktykę zawężania marży. KIGEiT zwróciła bowiem uwagę, że konstrukcja testów przyjęta przez Prezesa UKE przewiduje różną marżę dla operatora korzystającego z usług regulowanych i różną dla Orange Polska. Może to doprowadzić do sytuacji, w której przy tej samej wysokości ceny detalicznej, operator alternatywny nie będzie osiągał zysku, a Orange Polska odnotuje zysk. Kategoria rozsądnej marży stosowana w algorytmach testów zawężania marży ujęta została

<sup>11</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://www.kigeit.org.pl/userfiles/file/SOT/pdf/120511\\_out\\_uke\\_stan\\_up10Mb.pdf](http://www.kigeit.org.pl/userfiles/file/SOT/pdf/120511_out_uke_stan_up10Mb.pdf).

bowiem jako równa kosztowi kapitału zaangażowanego w zapewnienie środków trwałych uczestniczących w obsłudze detalicznej abonentów oraz zaangażowanych w infrastrukturę sieciową operatora alternatywnego. KIGEiT zwróciła uwagę, że marża Orange Polska nie została w testach w podobny sposób wyodrębniona i zdefiniowana. Zdaniem KIGEiT, Orange Polska własną marżę przewiduje w danych zasilających kategorię sumy opłat za usługę detaliczną Orange Polska ( $P_d$ ) i nie ogranicza tej marży jedynie do kosztu kapitału zaangażowanego w zapewnienie środków trwałych służących obsłudze abonentów oraz zaangażowanych w infrastrukturę sieciową, ale przyjmuje, że koszt kapitału liczony jest dla całości kosztów ponoszonych przez Orange Polska. KIGEiT stwierdziła zatem, że rozsądna marża operatorów alternatywnych powinna być liczona przynajmniej jako całość kosztów kapitału zaangażowanego w świadczenie usługi detalicznej przez operatorów alternatywnych. Kolejne zmiany Stanowiska dokonane przez Prezesa UKE w dniu 22 marca 2013 r.<sup>12</sup> oraz 20 lutego 2014 r.<sup>13</sup> nie uwzględniały postulatów KIGEiT.

### III. Próba podważenia legalności Stanowiska

Należy zauważyć, że konstrukcja prawna przeprowadzania testów zawężania marży przyjęta przez Prezesa UKE mocno ograniczała możliwości wpływu stron trzecich na kształt całego procesu i w zasadzie wykluczała możliwości prawnego podważenia przyjętych rozwiązań. Należy bowiem przypomnieć, że źródłem mechanizmu testów zawężania marży było Porozumienie, które stanowiło akt prawny podjęty bez wyraźnej podstawy prawnej. W ocenie Prezesa UKE Stanowisko znajduje podstawę prawną jedynie w ogólnych normach kompetencyjnych Prezesa UKE – w szczególności art. 192 ust. 1 pkt 4 Pt<sup>14</sup>, który stanowi, że do zakresu działania Prezesa UKE należy analiza i ocena funkcjonowania rynków usług telekomunikacyjnych i pocztowych. Norma kompetencyjna nie mogła dla Prezesa UKE stanowić źródła uprawnienia do wydania decyzji administracyjnej. Stanowisko, wydane w konsekwencji zawarcia Porozumienia, nie było więc formalnie żadnym aktem stosowania prawa, co do którego prawo przewidywałoby środki zaskarżenia. Stanowisko miało mieć charakter informacyjny i nie było nakierowane na wywołanie jakichkolwiek skutków prawnych.

Odnosząc się do stanowiska Prezesa UKE, należy zgodzić się, że uprawnienie organu administracji publicznej do wydawania komunikatów o informacyjnym charakterze, odnoszących się do sposobu stosowania przepisów prawa przez ten organ, nie powinno być kwestionowane. Tego rodzaju komunikaty, zaliczane w doktrynie europejskiej do kategorii prawa miękkiego (*soft-law*), wydają się odgrywać ważną rolę, w szczególności w działalności organu, którego zadaniem jest regulacja rynku w formule *ex ante*. Ze względu na to, że regulacja w tej formule opiera się na analizie ekonomicznej i zorientowana jest przede wszystkim na osiągnięcie zamierzonych rezultatów w przyszłości, przy jej realizacji niezwykle ważna jest pewność regulacyjna i przewidywalność co do sposobu stosowania prawa, przejawiająca się także w dookreśleniu przez regulatora rynku

<sup>12</sup> Dokument dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/stanowiska-prezesa-uke-w-sprawie-procesu-time-to-market-oraz-metod-przeprowadzania-testow-msps-12215>.

<sup>13</sup> Dokument dostępny pod adresem: <http://www.uke.gov.pl/stanowisko-prezesa-uke-ws-szczegolowych-metod-przeprowadzania-testow-zawezenia-marzy-i-zawezania-ceny-13422>.

<sup>14</sup> Decyzja Prezesa UKE z 2.06.2014 nr DHRT-WORK-6082-3/11(448) w sprawie zmiany Oferty SOR, s. 319. Pobrano z: [http://www.uke.gov.pl/files/?id\\_plik=16496..](http://www.uke.gov.pl/files/?id_plik=16496..)



pojęć i mechanizmów zaczerpniętych z doktryny ekonomicznej<sup>15</sup>. Nie wymaga przy tym szerszego uzasadnienia, że komunikaty tego rodzaju nie mogą rozstrzygać spraw administracyjnych.

KIGEiT, dążąc do podważenia Stanowiska i poddania go kontroli sądu, uznała natomiast, że Stanowisko materialnie stanowi rozstrzygnięcie w przedmiocie zmiany oferty ramowej (art. 43 ust. 2 Pt), tyle że podjęte z naruszeniem (czy raczej z całkowitym pominięciem) przepisów postępowania administracyjnego. Aby podważyć legalność rozwiązania przyjętego przez Prezesa UKE, KIGEiT złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy od kolejnych zmian Stanowiska, licząc się z wydaniem przez Prezesa UKE postanowienia o stwierdzeniu niedopuszczalności odwołania na podstawie art. 134 k.p.a. Wydanie przedmiotowego, zaskarżalnego postanowienia otwierało KIGEiT drogę do złożenia skargi do sądu administracyjnego i sądowej weryfikacji Stanowiska.

Uzasadniając swój pogląd, że Stanowisko w istocie stanowiło decyzję administracyjną, KIGEiT zwróciła uwagę, że postanowienia Stanowiska zmieniały postanowienia Oferty SOR<sup>16</sup>. W tym zakresie KIGEiT wskazywała na omówioną już okoliczność, że Oferta SOR przewidywała wykorzystanie do testów zawężania ceny danych kosztowych zarówno operatorów alternatywnych, jak i Orange Polska, natomiast Stanowisko (po zmianie z 22 czerwca 2012 r.) przewidywało jedynie stosowanie danych kosztowych Orange Polska. Kolejną zmianą w procedurze przeprowadzania testów zawężania marży, jaką zidentyfikowała KIGEiT, było wprowadzenie w kolejnych zmianach Stanowska wyjątkowych przypadków, w których Orange Polska zwolniona była z obowiązku stosowania testów zawężania marży, których to przypadków Oferta SOR uprzednio w ogóle nie przewidywała. Chodzi tu przykładowo o przypadek, w którym Orange Polska, przy tych samych danych kosztowych i niezmiennym poziomie opłat hurtowych, zamierzała podnieść ceny detaliczne. Podobnie, zmianą procedury przeprowadzania testów zawężania marży miało być wprowadzenie 20 lutego 2014 r. postanowienia pkt IV ust. 17 Stanowiska, które rozszerzało procedurę o możliwość poinformowania przez Orange Polska Prezesa UKE o tym, iż w ocenie Orange Polska określona, nowa usługa detaliczna nie ma regulowanego odpowiednika hurtowego i z tej przyczyny nie powinna podlegać testom zawężania ceny. KIGEiT podkreślała przy tym, że zarówno Orange Polska, jak i Prezes UKE realizowali testy zawężania marży zgodnie ze Stanowiskiem (a nie z postanowieniami Oferty SOR), co przesądzało o tym, że Prezes UKE, publikując kolejne, niespójne z Ofertą SOR zmiany Stanowiska, w praktyce ofertę tę zmieniał. Skoro procedura testów zawężania marży była realizowana zgodnie ze Stanowiskiem (a nie z Ofertą SOR), w ocenie KIGEiT, przyjąć należało, że Stanowisko było przejawem konkretyzacji stosunku administracyjnoprawnego łączącego Prezesa UKE i Orange Polska. W konsekwencji uznać należało, że Stanowisko rozstrzyga konkretną sprawę, jaką jest zmiana decyzji oferty ramowej, w stosunku do konkretnego adresata – Orange Polska, a zatem, że stanowi akt administracyjny. KIGEiT zwracała przy tym uwagę, że o charakterze aktu administracyjnego rozstrzyga nie jego nazwa, ale treść merytoryczna, jaką ten akt zawiera. W rezultacie, zdaniem KIGEiT, należało przyjąć, że Stanowisko było decyzją wydaną na podstawie art. 43 ust. 2 Pt, której przedmiotem była zmiana Oferty SOR. Konsekwencją powyższego wniosku musiało być zakwalifikowanie Stanowiska jako decyzji obarczonej poważnymi wadami w świetle art. 107 k.p.a. – brakiem podania

<sup>15</sup> Więcej o roli *soft-law* w zapewnieniu pewności prawa: A. Tollenaar, *Soft law and policy rule in the Netherlands*, Netherlands Administrative Law Library. Pobrano z: <http://www.bjutijdschriften.nl/downloads/pdf/nall/NALL-D-12-00005.pdf>

<sup>16</sup> Streszczenie zarzutów KIGEiT przytoczone zostało przez WSA w wyr. z 22.02.2013, VI SA/Wa 2470/12 oraz w wyr. z 27.02.2014, VI SA/Wa 3051/13 (Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych).

podstawy prawnej, oznaczenia stron, pouczenia o środkach zaskarżenia. Za wadę Stanowiska, w przypadku jego kwalifikacji jako decyzji administracyjnej, uznać należało ponadto jego ogłoszenie bez przepisu szczególnego, który by do tego upoważniał zgodnie z art. 49 k.p.a., oraz nieprzeprowadzenie, obligatoryjnego w tego rodzaju sprawach, postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego (odpowiednio art. 15 i art. 18 Pt.)

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (dalej: WSA) w dwóch analogicznych wyrokach (z 22 lutego 2013, VI SA/Wa 2470/12 oraz z 27 lutego 2014, VI SA/Wa 3051/13) ze skarg na postanowienia o niedopuszczalności odwołania składanych przez KIGEiT nie uwzględnił argumentacji KIGEiT: „Argumenty strony wskazujące, iż przedmiotowym Komunikatem organ zmienił własną decyzję w sprawie oferty ramowej nie zasługują na uwzględnienie bowiem komunikat o charakterze informacyjnym nie jest wydawany ani w trybie, ani w formie przewidzianej dla zmiany decyzji. Komunikat ten nie został również wprowadzony do obrotu w sposób przewidziany prawem dla decyzji, nie ma konkretnego adresata. Wobec tego wszelkie zarzuty zmierzające do wykazania zmiany decyzji pozostają bezprzedmiotowe bowiem w ocenie Sądu nie doszło do zmiany decyzji w sprawie oferty ramowej, przedmiotowy Komunikat w żadnym razie nie może wywoływać skutków decyzji. Wobec powyższego również zarzuty dotyczące wydania decyzji zmieniającej ofertę ramową bez przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego i konsolidacyjnego są bezprzedmiotowe. [...] Zaskarżenie czynności materialno-technicznej zobowiązywało organ odwoławczy do stwierdzenia niedopuszczalności złożonego środka zaskarżenia”.

Wyżej przytoczone ustalenia WSA należy ocenić negatywnie. Należy bowiem zauważyć, że KIGEiT nie kwestionował samych okoliczności braku konkretnego adresata Stanowiska czy braku wprowadzenia Stanowiska do obrotu w sposób nieprzewidziany przepisami prawa (co zdaniem WSA przesądzało o tym, że Stanowisko nie stanowi decyzji administracyjnej). KIGEiT podnosiła natomiast, że Stanowisko, powinno było spełniać wszystkie wymogi, jakie przepisy przewidują dla decyzji administracyjnych, ponieważ zawierało (stanowiło) rozstrzygnięcie organu administracji publicznej w sprawie indywidualnej i konkretnej. Można zatem stwierdzić, że WSA nie odniósł się do istoty zarzutów KIGEiT, ponieważ to nie wady formalne Stanowiska traktowanego jako akt administracyjny były kwestią sporną w sprawie. Kwestią sporną było czy postanowienia Stanowiska, ze względu na swój przedmiot i charakter, powinny być zostać ujęte w formalne ramy władczego rozstrzygnięcia, zapadłego zgodnie z przepisami k.p.a., a inaczej ujmując, czy Stanowisko należało ująć jako rozstrzygnięcie w sprawie administracyjnej niezależnie od ewentualnych jego wad formalnych. W rezultacie argumenty podniesione przez KIGEiT należało rozpatrzyć w świetle koncepcji decyzji nieistniejącej (nieaktu) i przepisów dotyczących nieważności decyzji<sup>17</sup>. Podobne zapatrywania wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w ustnych motywach uzasadnienia wyroku ze skargi kasacyjnej KIGEiT z dnia 21 sierpnia 2014 r. (sygn. akt II GSK 1021/13), którym to wyrokiem Naczelny Sąd Administracyjny uchylił wyżej wymieniony wyrok WSA sygn. akt VI SA/Wa 2470/12 i przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia. Problematyka oceny Stanowiska jako nieaktu, ze względu na rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie oraz ze względu na skomplikowanie materii wymaga odrębnej, szerszej analizy. Przedmiot rozważań dalszej części niniejszego artykułu ograniczony zostanie zatem do rozpatrzenia sedna zarzutów KIGEiT, a zatem do oceny

<sup>17</sup> M. Kamiński, *Nieważność decyzji administracyjnej. Studium teoretyczne*, wyd. I, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2006; B. Adamiak, *Zagadnienie decyzji nie istniejących w postępowaniu administracyjnym*, Acta Universitatis Vratislaviensis nr 1022, Wrocław 1990.

istnienia ewentualnej sprawy administracyjnej, którą rozstrzygałoby Stanowisko. Od tego bowiem ustalenia zależy czy Stanowisko istotnie stanowi jedynie komunikat o informacyjnym charakterze, będący przykładem instrumentu prawa miękkiego, czy też, pod pozorem takowego, rozstrzyga sprawę administracyjną, naruszając przy tym przepisy dyrektyw o łączności elektronicznej w Unii Europejskiej oraz przepisy postępowania administracyjnego. Natomiast próba oceny, jakie konsekwencje procesowe dla wspomnianych postępowań sądowych powinny wynikać z powyższego rozstrzygnięcia, z wyżej wspomnianych względów, nie zostanie podjęta.

#### IV. Podstawa prawna reżimu testów zawężania marży

Analizując istnienie sprawy administracyjnej, której przedmiotem byłoby narzucenie reżimu testowania ofert pod względem zawężania marży oraz określenie zasad przeprowadzania tych testów, do czego sprowadzają się rozwiązania przyjęte w Stanowisku, po pierwsze wskazać należy, że żaden przepis prawa krajowego bądź unijnego nie przewiduje wprost kompetencji Prezesa UKE do zobowiązania określonego podmiotu do czynienia oferowanych usług przedmiotem testu zawężania marży, z czym wiązać by należało także określenie zasad realizacji takiego testu. Można więc z góry odrzucić tezę, że określenie zasad przeprowadzania testów zawężania marży jest samodzielną sprawą administracyjną. Wydaje się, że wskazówek co do podstawy prawnej do przeprowadzania testów zawężania marży (i określania ich metodyki) jako kluczowego instrumentu regulacyjnego w sektorze łączności elektronicznej należy poszukiwać w stanowiskach Komisji Europejskiej i Organu Europejskich Regulatorów Łączności Elektronicznej (dalej: BEREC), odpowiedzialnych za zapewnienie spójnego stosowania przepisów wspólnych ram łączności elektronicznej w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

European Regulatory Group (dalej: ERG, poprzednik BEREC) w dokumencie „Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework”<sup>18</sup> stwierdziła, że zasady przeprowadzania testów zawężania marży powinny zostać określone przy nakładaniu obowiązku w zakresie kontroli cen hurtowych, o którym mowa w art. 13 dyrektywy o dostępie. Transpozycją tego przepisu do prawa krajowego są obowiązki określone w art. 39 i art. 40 Pt. Do zapewnienia efektywności tego testu konieczne jest również nałożenie obowiązku rozdzielności księgowej, uregulowanego w art. 11 dyrektywy o dostępie, czyli obowiązku prowadzenia rachunkowości regulacyjnej, określonego w art. 38 Pt. W raporcie w sprawie zastosowania testów zawężania marży do ofert łączonych<sup>19</sup> ERG wprost odniosła się do omawianego problemu podstawy prawnej testów zawężania marży, wskazując, że wprawdzie ani dyrektywa o dostępie, ani dyrektywa o usłudze powszechnej nie wymieniają testów zawężania marży jako samodzielnego środka zaradczego, to art. 13 dyrektywy o dostępie stanowi, że obowiązek kontroli cen może być nałożony w celu zapobieżenia zawężeniu ceny ze szkodą dla użytkowników końcowych. Przy czym ERG podkreśliła, że testy zawężania marży są stosowane przez krajowe organy regulacyjne jako zarówno środek kontroli cen, jak i środek służący weryfikacji możliwości odtworzenia usługi detalicznej operatora o znaczącej pozycji rynkowej przez operatora korzystającego z jego usług hurtowych.

<sup>18</sup> ERG(06)33 Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework, 2006.

<sup>19</sup> ERG(09)07 Report on the discussion on the application of margin squeeze tests to bundles, 03.2009



Komisja Europejska w Zaleceniu NGA<sup>20</sup> stwierdziła jednak, że „w razie braku orientacji kosztowej [w odniesieniu produktów hurtowych dostępu szerokopasmowego] krajowe organy regulacyjne powinny monitorować postępowanie operatora o znaczącej pozycji rynkowej w zakresie ustalania cen, stosując odpowiednio określony test zawężania marży” (pkt 36). Ponadto test zawężania marży został wprost wskazany jako środek monitorowania przestrzegania obowiązku niedyskryminacji w pkt 1 Załącznika I wspomnianego Zalecenia NGA. W zaleceniu w sprawie jednolitych obowiązków niedyskryminacji i metod kalkulacji kosztów w celu wspierania konkurencji i poprawienia otoczenia dla inwestycji w sieci szerokopasmowe<sup>21</sup> Komisja Europejska, rozwijając koncepcję zarysowaną w Zaleceniu NGA, wskazała, że organy regulacyjne mogą odstąpić od nałożenia obowiązku kontroli cen z art. 13 dyrektywy o dostępie, jeżeli obowiązek niedyskryminacji narzucony operatorowi o znaczącej pozycji rynkowej obejmuje m.in. test ekonomicznej odtwarzalności usługi (*economic replicability test*)<sup>22</sup>, który w istocie stanowi test zawężania marży. Określenie testu zawężania marży jako nowej koncepcji testu odtwarzalności usługi miało na celu odróżnienie tego testu przeprowadzanego w formule *ex ante* od jego wersji stosowanej w formule *ex post* przez organy ochrony konkurencji<sup>23</sup>.

Porównując dokumenty ERG i Komisji Europejskiej, można dojść do wniosku, że są one niespójne. Podczas gdy Komisja Europejska test zawężania marży uznaje za środek stosowany w ramach obowiązku niedyskryminacji, ERG uznaje, że zawężanie marży należy badać w ramach obowiązku kontroli cen. Sprzeczność ta jest jednak pozorna, zawężanie marży może być bowiem uznane zarówno za praktykę dyskryminacyjną, jak i praktykę drapieżnictwa cenowego<sup>24</sup> (a precyzyjniej ujmując – wertykalnego utrudniania wejścia do rynku – *vertical foreclosure*)<sup>25</sup>. Należy bowiem mieć na uwadze, że wertykalnie zintegrowany operator może dopuszczać się zawężania marży poprzez pobieranie od konkurentów działających na tym samym, co jego część detaliczna, rynku detalicznym opłat wyższych niż pobierane od własnej części detalicznej. Precyzyjniej ujmując, może się dopuszczać tej praktyki poprzez obciążanie konkurentów opłatami hurtowymi wyższymi niż uzasadniają to koszty zaangażowane w dostarczanie hurtowego „wkładu” do danej usługi. Zwalczeniu tak rozumianego zawężania marży ma służyć test ekonomicznej odtwarzalności usługi, zdefiniowany w zaleceniu w sprawie jednolitych obowiązków niedyskryminacji i metod kalkulacji kosztów w celu wspierania konkurencji i poprawienia otoczenia dla inwestycji w sieci szerokopasmowe, który przeprowadzany jest w braku obowiązków kosztowych. W sytuacji, gdy na wertykalnie zintegrowanym operatorze ciąży obowiązek kosztowej orientacji cen hurtowych wyżej opisana dyskryminacja nie może zaistnieć, wówczas bowiem ceny hurtowe podlegają regulacji *ex ante* i są kalkulowane w oparciu o koszty. Wertykalnie zintegrowany operator nie ma więc,

<sup>20</sup> Zalecenie Komisji z dnia 20.09.2010 w sprawie regulowanego dostępu do sieci dostępu nowej generacji, 2010/572/UE.

<sup>21</sup> Commission Recommendation of 11.9.2013 on consistent non-discrimination obligations and costing methodologies to promote competition and enhance the broadband investment environment, C(2013) 5761 final.

<sup>22</sup> Analogiczne stanowisko Komisja Europejska zajęła w toku konsolidacji decyzji irlandzkiego organu regulacyjnego (ComReg) w sprawie środków zaradczych na rynku 4 i 5. Por. decyzję Komisji z dnia 17.12.2012 w sprawie IE/2012/1404, C(2012) 9843. W przedmiotowej sprawie Komisja Europejska uznała, że ComReg słusznie zaniechał nałożenia na irlandzkiego operatora zasiedziałego obowiązku kontroli cen ze względu na zastosowanie surowego obowiązku niedyskryminacji, obejmującego m.in. test zawężania marży. Również w doktrynie wskazuje się, że testy MS/PS są właściwym środkiem zastępującym obowiązek kontroli cen w przypadku deregulacji rynku – por. S. Piątek, *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 169.

<sup>23</sup> Institut Luxembourgeois de Regulation, *Principles and methodology of the margin squeeze testing approach (economic replicability test) in Luxembourg*, 04.04.2014, s. 3.

<sup>24</sup> D. Kostecka-Jurczyk, *Test równie efektywnego konkurenta a test hipotetycznie dość efektywnego konkurenta w ocenie nożyc kosztowo-cenowych na rynku detalicznym*, „internetowy Kwartalnik Regulacyjny i Antymonopolowy” 2013, nr 8(2), s. 67.

<sup>25</sup> B. Julien, P. Rey, C. Saavedra, *The Economics of Margin Squeeze*, IDEI Report, 10.2013, s. 13.

co do zasady, zdolności do manipulowania opłatami hurtowymi w taki sposób, aby zróżnicować pozycję konkurentów i własnej części detalicznej.

W scenariuszu, w którym na wertykalnie zintegrowanym operatorze ciąży obowiązek kosztowej orientacji cen, może natomiast dojść do zawężania marży w postaci antykonkurencyjnej praktyki utrudniania dostępu do rynku, w szczególności utrudniania wejścia na rynek lub wypychania konkurentów z rynku<sup>26</sup>. Chodzi tu o sytuację, gdy część detaliczna wertykalnie zintegrowanego operatora oferuje usługi detaliczne po cenach tak niskich, że potencjalny konkurent na tym rynku detalicznym nie jest w stanie osiągnąć rozsądnej marży z konkurencyjnej usługi detalicznej. Wówczas przedsiębiorca ten albo rezygnuje z rozpoczęcia działalności konkurencyjnej wobec wertykalnie zintegrowanego operatora, albo porzuca działalność już podjętą. Zaznaczyć przy tym należy, że zawężanie marży skutkujące utrudnianiem dostępu do rynku nie zawsze jest wynikiem zamierzonych działań operatora wertykalnie zintegrowanego, a może wynikać np. z korzyści skali. Z reguły przedsiębiorca dopiero wchodzący na rynek (korzystający z usług hurtowych wertykalnie zintegrowanego konkurenta) nie jest w stanie osiągnąć takich korzyści (choćby ze względu na liczbę obsługiwanych abonentów), jak operator zasiedziały, prowadzący działalność telekomunikacyjną na znacznie większą skalę. Ze względu na korzyści skali operator zasiedziały w celu zapewnienia sobie zyskowności usługi stosuje mniejszą marżę na danej usłudze niż przedsiębiorca o niewielkiej skali działalności. Uwzględnieniu zjawisk, takich jak korzyści skali, w testach zawężania marży służy zastosowanie odpowiedniego standardu kosztowego – modelu operatora odpowiednio efektywnego (*reasonably efficient operator*) w miejsce, stosowanego przez organy ochrony konkurencji, modelu równie efektywnego operatora (*equally efficient operator*)<sup>27</sup>. Niemniej kwestia ta nie ma znaczenia dla omawianej w niniejszym artykule problematyki. zostaje zatem jedynie zasygnalizowana.

Odnosząc dwa wyżej omówione przypadki zawężania marży do problematyki obowiązków regulacyjnych, w ramach których test zawężania marży powinien zostać przewidziany, należy wskazać, że w wariantcie pierwszym test zawężania marży będzie służył weryfikacji obowiązku niedyskryminacji. Zatem to w ramach tego właśnie obowiązku powinny być zdefiniowane zasady przeprowadzania tego testu. Jeżeli chodzi o wariant drugi, to podstawą prawną testu zawężania marży, którego celem jest ustalenie czy konkurent operatora wertykalnie zintegrowanego jest w stanie osiągnąć rozsądną marżę z usług detalicznych świadczonych na podstawie regulowanych usług hurtowych (pomimo braku dyskryminacji) powinien być obowiązek kontroli cen.

Pojawia się przy tym jednakże pewna wątpliwość. Mianowicie obowiązek kontroli cen służy określeniu wysokości opłat hurtowych pobieranych przez zobowiązanego operatora, czyli ma na celu oparcie tych opłat na kosztach. W ramach przedmiotowego obowiązku nie mieści się natomiast regulowanie cen detalicznych, co jest przedmiotem innych obowiązków regulacyjnych, a co z reguły, w razie rezygnacji z wprowadzenia na rynek testowanej usługi detalicznej, jest efektem testu zawężania marży w sytuacji, gdy opłaty hurtowe są ustalone w oparciu o ponoszone koszty (brak jest zatem możliwości ich „dostosowywania”). Niemniej podkreślić należy, że pomimo wspomnianego efektu, istotą testu zawężania marży nie jest ustalenie prawidłowości wysokości

<sup>26</sup> Przyjmując poczynione założenia, można wyodrębnić zawężanie marży na rynku wyższego szczebla i na rynku niższego szczebla; por. Raport Strategy and Policy Consultants Network Ltd., *Margin Squeeze Testing in an ex ante Regulatory Environment*, 23.03.2011, s. 5.

<sup>27</sup> C. Veljanovski, *Margin Squeeze: An overview of EU and national case law*, „e-Competitions Competition Laws Bulletin” 2012, nr 46442, s. 5.

ani cen hurtowych, ani cen detalicznych<sup>28</sup>. Test zawężania marży służy jedynie badaniu relacji ceny hurtowej do ceny detalicznej, co podkreślił Sąd Generalny w wyroku w sprawie *Telefonica*<sup>29</sup>: „Zaniżanie marży wynika zaś z różnicy między cenami usług hurtowych i cenami usług detalicznych, a nie z poziomu tych cen jako takich. W szczególności zaniżanie to może wynikać nie tylko z nienormalnie niskiej ceny na rynku detalicznym, lecz również z nienormalnie wysokiej ceny na rynku hurtowym (zob. podobnie ww. w pkt 146 wyrok w sprawie *TeliaSonera*, pkt 97, 98).” Celem testu zawężania marży (w omawianym wariantcie) jest zatem zapewnienie skuteczności obowiązku kosztowej orientacji cen. Skuteczność ta bowiem zostałaby zniweczona w sytuacji, gdy pomimo oparcia cen hurtowych na kosztach, operator o znaczącej pozycji rynkowej mógłby poprzez manipulowanie relacją ceny detalicznej do ceny hurtowej doprowadzić do tego, że jego usługi hurtowe stałyby się nieopłacalne.

Reasumując powyższe rozważania należy dojść do wniosku, że w zależności od celu, jakiemu ma służyć test zawężania marży, jego podstawą prawną powinien być albo art. 36 Pt (art. 10 dyrektywy o dostępie), albo obowiązki kosztowe – art. 39 lub 40 Pt (art. 13 dyrektywy o dostępie), przy czym należy mieć na uwadze, że dla zapewnienia efektywności tego obowiązku niezbędne jest także nałożenie obowiązku prowadzenia rachunkowości regulacyjnej.

Odnosząc powyższe ustalenia do praktyki Prezesa UKE w zakresie testów zawężania marży, rozwiązania przyjęte przez regulatora należy ocenić negatywnie. Należy bowiem zauważyć, że Prezes UKE zaniechał narzucenia obowiązku testowania ofert Orange Polska pod kątem zawężania marży w odpowiednich decyzjach SMP wydanych zgodnie z przepisami Działu II Pt i określenia zasad przeprowadzania omawianych testów czy to w ramach obowiązków kosztowych, czy to w ramach obowiązku niedyskryminacji. Jak już zaznaczono, o podległości operatora zasiedziałego reżimowi testów zawężania marży zadecydowano dopiero na poziomie oferty ramowej (obecnie Oferty SOR).

Rozwiązanie to jest niesłuszne, po pierwsze, ze względu na niezgodność z przepisami dotyczącymi zakresu oferty ramowej. Punkt wyjścia dla rozważań w przedmiocie zakresu oferty ramowej operatora zasiedziałego stanowi art. 42 ust. 2 Pt, który przewiduje, że oferta ramowa o dostępie telekomunikacyjnym powinna określać warunki i zasady współpracy z operatorem o znaczącej pozycji rynkowej oraz opłaty za usługi w zakresie dostępu telekomunikacyjnego. Dyspozycję art. 42 ust. 2 Pt uzupełnia rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 21 lipca 2008 r. w sprawie zakresu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym (Dz. U. nr 138 poz. 866). Wspomniane rozporządzenie zawiera zatem zamknięty katalog elementów, jakie powinny zawierać oferty ramowe dotyczące poszczególnych usług hurtowych (połączenia sieci, dzierżawy łączy, dostępu do lokalnej pętli abonenckiej i dostępu szerokopasmowego). Ponieważ testy zawężania marży dotyczą jedynie usługi dostępu szerokopasmowego i dostępu do lokalnej pętli abonenckiej należy rozpatrzyć czy rozporządzenie w sprawie zakresu oferty ramowej, definiując zakres oferty ramowej operatora, na którego nałożony został obowiązek stosowania oferty ramowej, zawiera postanowienia, które mogłyby stanowić podstawę do określenia w tym dokumencie zasad

<sup>28</sup> Odnotować przy tym należy, że Komisja Europejska wyraziła zastrzeżenia co do sposobu przeprowadzenia testu PS, który w kształcie przyjętym przez Prezesa UKE przewiduje de facto regulację cen detalicznych; por. decyzja Komisji dotycząca sprawy PL/2010/1098 (Oferty SOR) z dnia 30.07.2010, C(2010)5456, s. 6. Okoliczność tę należy jednakże ocenić jako wadę w konstrukcji przyjętej przez Prezesa UKE, nie powinna ona natomiast prowadzić do odmiennych wniosków co do podstawy prawnej testów.

<sup>29</sup> Orzeczenie w sprawie T-336/07 *Telefónica i Telefónica de España* (orzeczenie nie opublikowane w zbiorze orzeczeń, odwołanie: sprawa C-95/12 P.), pkt 187.

przeprowadzania testów zawężania marży. Załącznik 3 do omawianego rozporządzenia definiuje zakres oferty ramowej w zakresie usług dostępu szerokopasmowego i dostępu do lokalnej pętli abonenckiej. Załącznik ten nie przewiduje określania w ofercie ramowej zasad przeprowadzania omawianych testów. Wniosek ten nie może być zaskakujący, biorąc pod uwagę naturę zarówno oferty ramowej, jak i testów zawężania marży. Oferta ramowa zawierać powinna jedynie warunki dostępu do sieci operatora zobowiązanego do jej stosowania. Powinna więc określać wzajemne uprawnienia i obowiązki operatora świadczącego dostęp oraz przedsiębiorcy telekomunikacyjnego z dostępu korzystającego. Na marginesie, podkreślić należy, że jeżeli chodzi o obowiązki przedsiębiorcy telekomunikacyjnego korzystającego, to powinny one być ograniczone jedynie do tych, których realizacja jest niezbędna do zapewnienia dostępu przez operatora zobowiązanego, ponieważ to nie przedsiębiorca telekomunikacyjny korzystający z oferty ramowej jest zobowiązany do jej stosowania. Zasad przeprowadzania testów zawężania marży nie można natomiast uznać za warunki dostępu telekomunikacyjnego. Nie określają one bowiem, na jakich zasadach odbywa się współpraca stron w przedmiocie świadczenia usług hurtowych operatora o znaczącej pozycji rynkowej – nie określają sposobu korzystania z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących czy usług (w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, o czym stanowi art. 2 pkt 6 Pt).

Co więcej, procedura testów zawężania marży nie określa wzajemnych uprawnień i obowiązków stron umowy o dostępie telekomunikacyjnym, ale określa obowiązki operatora, na którego nałożony został obowiązek niedyskryminacji lub kosztowej orientacji cen, w relacji z Prezesem UKE. Jak już wspomniano procedura testów zawężania marży obejmuje głównie obowiązki operatora zobowiązanego dotyczące sposobu, formatu i terminów przekazywania Prezesowi UKE danych kosztowych, którymi zasilany jest model analityczny. Przedsiębiorca telekomunikacyjny z racji korzystania z oferty ramowej nie odgrywa żadnej roli w realizacji testów zawężania marży – udział przedsiębiorców telekomunikacyjnych w realizacji testów zawężania marży, w tym także przekazywanie danych kosztowych, są zupełnie niezależne od jakichkolwiek kwestii, których dotyczy oferta ramowa. Wniosek ten potwierdza praktyka Prezesa UKE, który w decyzjach o dostępie telekomunikacyjnym, o których mowa w art. 28 Pt (zastępujących bądź zmieniających umowę międzyoperatorską) i wydanych w oparciu o Ofertę SOR, nie zawiera postanowień dotyczących realizacji testów zawężania marży.

Reasumując, należy stwierdzić, że narzucenie reżimu testów zawężania marży poprzez zobowiązanie operatora o znaczącej pozycji rynkowej do przedstawiania ofert do badania pod kątem zawężania marży jest, w zależności od celu polegającego na weryfikacji niedyskryminacji albo ustaleniu kosztowej orientacji cen, elementem obowiązku niedyskryminacji (art. 36 Pt) bądź obowiązku kontroli cen (art. 39 lub art. 40 Pt), a zatem jest elementem stosunku administracyjno-prawnego łączącego Prezesa UKE z operatorem o znaczącej pozycji rynkowej w sprawie o nałożenie obowiązków regulacyjnych. Niezgodne natomiast z przepisami dotyczącymi zakresu oferty ramowej oraz w ogóle z istotą tego obowiązku, jako regulującego jedynie warunki dostępu do sieci operatora zobowiązanego, jest określanie procedury przeprowadzania testów zawężania marży w tej ofercie.



## V. Podsumowanie

Wydaje się, że źródłem kontrowersji związanych z realizacją testów zawężania marży przez Prezesa UKE było zawarcie zobowiązań dotyczących ich realizacji w Porozumieniu. Jego niejednoznaczny charakter prawny i brak możliwości egzekucji sprawiły, że Prezes UKE musiał poszukiwać sposobów na zinstytucjonalizowanie, podjętych przez ówczesną Telekomunikację Polską, dobrowolnych zobowiązań. Za błędną jednakże należy uznać decyzję Prezesa UKE, aby proces badania ofert operatora zasiedziałego pod kątem zawężania marży uregulować w ofercie ramowej, ponieważ możliwości takiej nie przewidują przepisy o zakresie oferty ramowej. Zawarcie zasad przeprowadzania testów zawężania marży w ofercie ramowej wydaje się także niesłuszne, zasady te bowiem trudno uznać za warunki dostępu do sieci operatora zasiedziałego. Ponieważ test zawężania marży ma służyć identyfikacji antykonkurencyjnych praktyk w postaci dyskryminacji cenowej lub utrudniania dostępu do rynku (poprzez ustalanie niekorzystnych warunków cenowych dostępu do kluczowej infrastruktury), podległość reżimowi testów zawężania marży powinna być narzucana odpowiednio w ramach obowiązku niedyskryminacji lub w ramach obowiązku kontroli cen. Przyjęty model przeprowadzania testów zawężania marży dodatkowo komplikuje niekonsekwencja Prezesa UKE w postaci przyjmowania różnych rozwiązań dotyczących testów zawężania marży w Stanowisku i w Ofercie SOR, co powoduje dodatkowe, uzasadnione wątpliwości co do prawnych podstaw działania regulatora w omawianej sferze. Stanowisko, zamiast przyczynić się do poprawy pewności regulacyjnej, stało się zasadniczą przyczyną osłabienia tej wartości. Biorąc pod uwagę doniosłe znaczenie, jakie dla rozwoju konkurencji na rynku telekomunikacyjnym ma konieczność wyeliminowania praktyki zawężania marży, narzędzie służące do jej eliminacji wymaga niebudzącego wątpliwości otoczenia regulacyjnego. Postulat ten niewątpliwie zostałby zrealizowany poprzez wprowadzenie reżimu testów zawężania marży w odpowiednich decyzjach SMP.