



Warszawa, 18 sierpnia 2017 r.

507/PIKE/2017

**Szanowny Pan Marcin Cichy**  
**Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej**

**Stanowisko**

**w sprawie projektu dokumentacji konkursowej na wybór podmiotu, który zapewni system pomiarowy do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi dostępu do internetu**

w imieniu Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (dalej PIKE) chciałbym zaprotestować przeciwko niesprawiedliwym warunkom określonym w projekcie dokumentacji konkursowej na wybór podmiotu, który zapewni system pomiarowy do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi dostępu do Internetu niniejszym przedstawiamy nasze stanowisko w sprawie. PIKE zwraca uwagę, iż **zaprojektowana dokumentacja konkursowa:**

- a. **dyskryminuje dostawców stacjonarnych sieci dostępu do Internetu,**
- b. **w swej punktacji w żaden sposób nie premiuje miarodajności uzyskiwanych wyników, skupiając się historycznych danych ilościowych, promując największego obecnego dostawcę tego typu usług,**
- c. **pomija wymagania stawiane w Wytycznych BEREC dla krajowych organów regulacyjnych w sprawie implementacji nowych zasad neutralności sieci (dalej Wytyczne BEREC).**

**1. Ograniczenie mechanizmu do dostępu stacjonarnego.**

W pierwszej kolejności pragniemy wyrazić swój sprzeciw wobec planowanego ograniczenia zastosowania certyfikowanego mechanizmu pomiaru wyłącznie do usług dostępu do Internetu w sieciach stacjonarnych. Ograniczenia takiego nie przewidują postanowienia Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniające dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii. Art. 4 ust. 4 tego Rozporządzenia stanowi przeciw, iż: „Wszelkie stałe lub regularnie powtarzające się istotne rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi dostępu do internetu pod względem prędkości lub innych

**Polska Izba Komunikacji Elektronicznej ul. Przemysłowa 30, 00-450 Warszawa**

tel.: (+48) 22 696 65 31, e-mail: [biuro@pike.org.pl](mailto:biuro@pike.org.pl), NIP: 973-06-12-134

parametrów jakości usługi, a wykonaniem opisanym przez dostawcę usług dostępu do internetu zgodnie z ust. 1 lit. a)–d) – w przypadku gdy odnośne fakty zostały ustalone przy pomocy mechanizmu monitorowania certyfikowanego przez krajowy organ regulacyjny – uznawane są za nienależyte wykonanie do celów uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentowi zgodnie z prawem krajowym”. W żadnym wypadku nie przewiduje się więc w tym zakresie zróżnicowania pomiędzy sieciami stacjonarnymi a ruchomymi. Byłoby to zresztą niezgodne z bazowymi celami rozporządzenia wyrażonymi w jego motywie (2): „Środki przewidziane w niniejszym rozporządzeniu są zgodne z zasadą neutralności technologicznej, to znaczy nie narzucają ani nie faworyzują wykorzystywania określonego rodzaju technologii”. Zasadę tę konkretyzują wytyczne BEREC - BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules. **Proponowane przez Prezesa UKE ograniczenie mechanizmu certyfikowania wyłącznie do sieci stacjonarnych jest więc z tą zasadą całkowicie sprzeczne.** Co więcej – wyrażamy wątpliwość czy takie założenia zapewnią należyłą ochronę użytkowników końcowych, kiedy to jedni dostawcy zobowiązani będą do stosowania określonej metody pomiaru, a pozostali mogą w tym zakresie postępować zupełnie dowolnie. W takim przypadku informacje handlowe przekazywane abonentom przez operatorów sieci ruchomych mogą nierzetelne i nieprzejrzyste. Na marginesie pragniemy zaznaczyć, że środowisko telekomunikacyjne zwróciło na to zagadnienie uwagę Ministra Cyfryzacji podczas konsultacji projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz o zmianie niektórych innych ustaw DP-WLI.0211.16.2017. Kwestia ta będzie najpewniej jeszcze przedmiotem dalszych konsultacji i analiz, w związku z czym nie widzimy na tę chwilę żadnych podstaw do samodzielnego różnicowania przez Prezesa UKE sytuacji prawnej dostawców usług dostępu do Internetu w sieciach stacjonarnych i ruchomych, w szczególności w sposób wprost sprzeczny z zapisami rozporządzenia 2015/2120. **Z uwagi na powyższe logicznym jest, iż Prezes UKE nie powinien certyfikować mechanizmu, który dyskryminuje dostawców stacjonarnych wobec mobilnych.**

## **2. Kwestia wiarygodności wyników pomiarów.**

Zgodnie z założeniami Opisu technicznego i funkcjonalnego systemu pomiarowego do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi aplikacja powinna dostarczać abonentowi wynik wiarygodny, gwarantujący określoną moc dowodową i nie będący w sposób oczywisty, łatwy i niewymagający kosztów falsyfikowany.

Po pierwsze – **kryteria przyjęte przez Prezesa UKE mające ograniczać podatność systemu na falsyfikowanie są dalece niedostateczne. Łatwość ich łącznego spełnienia nie stanowi praktycznie żadnej gwarancji odporności certyfikowanego systemu na manipulację.** Mając na uwadze konsekwencje funkcjonowania tego systemu, w postaci odpowiedzialności odszkodowawczej dostawców usług, wymagania te powinny być znacznie wyższe.

Po drugie – pojawia się także pytanie jakie czynniki będą decydowały o tym, że wynik pomiarów faktycznie będzie wiarygodny zgodnie z powyższym założeniem. Z uwagi na okoliczność, że wynik pomiaru ma stanowić dla użytkownika podstawę dochodzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych od dostawcy usługi kwestia ta powinna

znaleźć swoje odzwierciedlenie bezpośrednio w treści dokumentacji projektowej. **Dokumentacja ta powinna określać wymogi dla wykonawcy, których spełnienie będzie gwarantowało przymiot wiarygodności pomiaru zgodnie z powołaną wyżej definicją.** Z pewnością aplikacja powinna zapewniać co najmniej możliwość technicznego zweryfikowania prawidłowości dokonanego pomiaru, jak również możliwość zweryfikowania w jakim stopniu okoliczności wskazane w pkt 3.11 Opisu technicznego i funkcjonalnego systemu pomiarowego do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi miały wpływ na jego ostateczny wynik (co ma przecież kluczowe znaczenie dla ustalenia na ile ewentualne roszczenia podnoszone przez użytkownika są w ogóle uzasadnione).

Precyzując powyższe wskazania w kontekście Wytycznych BEREC, PIKE zwraca uwagę w szczególności na treść ich punktu 165, w którym wskazuje się, iż mechanizm certyfikacji powinien w szczególności:

- uwzględniać szczegółowe wytyczne opracowane przez BEREC podczas prac nad jakością usługi w kontekście neutralności sieci, w szczególności te zawarte w dokumentach: framework for Quality of Service in the scope of Net Neutrality z roku 2012 oraz Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality BEREC report z roku 2014;
- **wymogu jawności szczegółów metodologii** dokonywania pomiarów. Niewystarczającym jest wskazanie, zawarte w pkt 3.8 Opisu technicznego, iż wyłącznie wynik badania ma być zgodny z normą ETSI. Całe badanie powinno być prowadzone w sposób zgodny z tą normą a zainteresowani przedsiębiorcy telekomunikacyjni powinni mieć możliwość jednoznacznego zweryfikowania tej okoliczności w oparciu o dane posiadane przez dostawcę certyfikowanego mechanizmu.

PIKE oczekuje, iż opracowana aplikacja będzie zapewniać dostawcom usługi dostępu do Internetu nieodpłatny dostęp do raportów o pomiarach wygenerowanych przez ich użytkowników, analogicznych jak dla użytkownika, w tym również zapewnić taki dostęp dostawcy przez cały okres postępowania reklamacyjnego i dochodzenia roszczeń. Wskazujemy, że informacje te są potrzebne w równym stopniu zarówno dla użytkownika, jak i dla dostawcy usługi (choćby ze względu na konieczność przeprowadzenia procedury reklamacyjnej, ale również na potrzeby badania skali weryfikowania przez użytkowników parametrów jakości świadczonej usługi oraz stopnia, w jakim parametry te odpowiadają deklarowanym w umowie. Bieżąca informacja o wygenerowanych raportach z wyników pomiarów pozwoliłaby dostawcom na dodatkowo szybsze reagowanie na nieprawidłowości techniczne związane ze świadczoną usługą, a w konsekwencji przełożyłaby się na interes samych użytkowników końcowych).

PIKE zwraca ponadto uwagę, iż w obecnej formie dokumentacja konkursowa w żaden sposób nie promuje szczególnej dbałości o dokładność uzyskiwanych wyników. Punktacja skupia się w tym zakresie wyłącznie na historycznych danych ilościowych, pomijając całkowicie jakość metod mających prowadzić do uzyskania możliwie realnych wyników. Postulujemy, ażeby aplikacja zapewniała funkcjonalność,

zgodnie z którą **użytkownik przed dokonaniem pomiaru byłby każdorazowo informowany o czynnikach wpływających na wynik pomiarów, niezależnych od dostawcy usługi wskazanych w pkt. 3.11** Opisu technicznego i funkcjonalnego systemu pomiarowego do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi. Pozwoli to na ograniczenie niepotrzebnego i bezskutecznego dochodzenia przez użytkownika roszczeń w przypadku, w którym wynik pomiaru z przyczyn nie leżących po stronie dostawcy usługi (znanych użytkownikowi, np. przypadku cross traffic lub ograniczeń sprzętowych) będzie prezentował pomiary odbiegające od deklarowanych w umowie parametrów jakości świadczonej usługi.

Aplikacja **powinna zapewniać weryfikację rzeczywistych warunków, w których dokonywane są pomiary a także przechowywać informacje pozwalające na weryfikację tych okoliczności.** Punkt 164 Wytycznych BEREC jasno wskazuje, iż pomiary powinny ograniczać, w możliwym zakresie, czynniki środowiska użytkownika, takie jak inny ruch czy połączenia sieci przewodowych i bezprzewodowych (np. WiFi). PIKE oczekuje więc zawarcia w dokumentacji konkursowej jasnego wskazania w jaki sposób wytyczne te powinny być zrealizowane. W szczególności aplikacja powinna weryfikować:

- czy łącze abonenckie nie jest jednocześnie wykorzystywane przy pomocy innego urządzenia podłączonego do sieci Internet,
- czy połączenie realizowane jest faktycznie w sposób przewodowy aż do samego urządzenia abonenckiego, bez urządzeń lub połączeń pośrednich,
- czy urządzenie abonenckie jest w pełni sprawne, odpowiednio skonfigurowane i nieobciążone innymi procesami, w tym wykorzystującymi dostęp do internetu lub go ograniczającymi (np. firewall).

Pomiary winny być także realizowane przy pomocy serwera zlokalizowanego u brzegu sieci dostawcy mierzonej usługi. Okoliczność ta powinna jasno wynikać z komentowanej dokumentacji.

Apelujemy ponadto **wprowadzenie do dokumentacji konkursowej zapisów jednoznacznie określających ile pomiarów, o jakim czasie, robionych w jakich odstępstwach mogą być uznane za wiarygodne** w rozumieniu Opisu technicznego i funkcjonalnego systemu pomiarowego do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi. Wskazujemy, że przykładowo w niemieckim dokumencie Net Neutrality in Germany - Annual Report 2016/2017 str. 16 pkt. 46 wskazuje się, że: "requirements regarding the scope and type of measurements for the verification process using the broadband monitoring mechanism:

1. At least 20 measurements must be carried out.
2. The measurements must be carried out on at least two separate days.
3. The number of measurements should be spread equally over the two days, so that at least 10 measurements are carried out on a specific day.
4. The measurements must be carried out using a LAN connection.
5. The measurements are to be carried out using the installable version of Bundesnetzagentur's broadband monitoring mechanism."

### 3. Obligatoryjne badanie czynników.

Opis techniczny i funkcjonalny systemu pomiarowego do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi:

*„3.5. Aplikacja powinna mierzyć następujące parametry usługi dostępu do internetu:*

- prędkość pobierania i wysyłania danych (obowiązkowe)*
- opóźnienie (obowiązkowe)*
- zmienność opóźnienia (fakultatywne)*
- utrata pakietów (fakultatywne)”*.

PIKE stoi na stanowisku, iż parametry 3 i 4 nie powinny podlegać badaniu. Nie stanowią one standardowo elementu określającego treść umowy między abonentem a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a ich wartości nie posiadają wartości informacyjnej dla przeciętnego użytkownika.

### 4. Dodatkowe dane przekazywane Prezesowi UKE.

Wzór oferty:

*„4.5. ZAKRES DANYCH DODATKOWO UDOSTĘPNIANYCH PREZESOWI UKE*

*W tym miejscu uczestnik konkursu przedstawia zakres danych i raportów, które będzie przekazywał Prezesowi UKE, obejmujących:*

- 1) dane z wyników pomiarów usług dostępu do Internetu dokonanych w Polsce za pomocą aplikacji mobilnych*
- 2) dane z wyników pomiarów usług dostępu do Internetu dokonanych w Polsce za pomocą aplikacji WEB*
- 3) dane i raporty wykraczające poza dane określone w lit. a i b”***.

Dokumentacja konkursowa na wybór podmiotu, który zapewni system pomiarowy do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi dostępu do internetu:

*„5.5.2. Ocena punktowa ofert za kryterium danych dodatkowo udostępnianych Prezesowi UKE będzie dokonana poprzez zsumowanie punktów za:*

- a) Przekazywanie danych z wyników pomiarów usług dostępu do Internetu dokonanych w Polsce za pomocą aplikacji mobilnych (0-15 punktów)*
- b) Przekazywanie danych z wyników pomiarów usług dostępu do Internetu dokonanych w Polsce za pomocą aplikacji WEB (0-15 punktów)*
- c) Przekazywanie danych i raportów dodatkowych (0-10 punktów)”***.

Apelujemy o dokładne doprecyzowanie **jakie konkretnie dodatkowe dane i raporty wykraczające poza wskazane w pkt. 4.5. ppkt 1)-2) wzoru oferty wykonawca mógłby pozyskiwać oraz przekazywać Prezesowi UKE**. W ocenie PIKE dane wskazane w pkt. 1-2) są całkowicie wystarczające dla celów komentowanego mechanizmu badania prędkości, w związku z czym wyrażamy wątpliwość czy zasadne jest **(w tym czy posiada jakąkolwiek podstawę prawną)** przekazywanie przez wykonawcę Prezesowi UKE innych danych.

## 5. Waga opinii eksperta.

Projekt porozumienia:

*„§ 4. 5. W przypadku pozytywnej opinii bez zastrzeżeń Eksperta Prezes UKE stwierdza odbiór Narzędzia w protokole podpisanym przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy i Prezesa UKE, którego wzór stanowi załącznik nr 2 do niniejszego porozumienia”.*

Apelujemy, ażeby pozytywna opinia eksperta nie była jedyną przesłanką stwierdzenia przez Prezesa UKE odbioru Narzędzia. Prezes UKE powinien dokonać weryfikacji prawidłowości przygotowanego narzędzia również przy pomocy **wiedzy i doświadczenia własnych pracowników** (własnych ekspertów). Opinia eksperta zewnętrznego powinna mieć w takim przypadku charakter **uzupełniający**, a nie wyłączny i decydujący.

## 6. Pozostałe postulaty

Dokumentacja konkursowa winna w sposób jednoznaczny umożliwiać operatorom, którzy wyrażą takie zainteresowanie, korzystanie z Narzędzia poprzez jego umieszczenie na ich stronach internetowych oraz na serwerach (w tym serwerach testowych), bez dodatkowej opłaty. Niezbędne byłyby więc zapisy upoważniające do tworzenia kopii oprogramowania.

PIKE zwraca uwagę, iż w przypadku pobierania przez dostawcę certyfikowanego Narzędzia opłat od użytkowników tego Narzędzia, porozumienie zawarte z Prezesem UKE może stanowić pomoc publiczną i wymagać przeprowadzenia procedury notyfikacyjnej. Nie wykluczając jednoznacznie takiego rozwiązania dokumentacja konkursowa narusza tym samym punkt 162 Wytycznych BEREC. Celowe jest zatem wyjaśnienie tej okoliczności w treści dokumentacji konkursowej. W obecnej formie **treść porozumienia rodzi bowiem wątpliwości odnośnie źródeł finansowania certyfikowanej usługi przez jej dostawcę, który będzie zapewne podmiotem o charakterze komercyjnym**. W przypadku, w którym podmiot dostarczający certyfikowane Narzędzie faktycznie zdecydowałby się pobierać opłaty od użytkowników końcowych nie może uniknąć uwadze Prezesa UKE silny interes ekonomiczny w zaniżaniu wyników prowadzonych analiz. Im niższe parametry usługi Narzędzie będzie wykazywać, tym większą popularnością będzie się cieszyć wśród użytkowników. Rozbieżność ta w sposób oczywisty zaś naruszałaby prawa dostawców usług dostępu do Internetu. W powyższym kontekście PIKE apeluje także, aby **treść porozumienia Prezesa UKE z wybranym dostawcą certyfikowanego Narzędzia jasno wskazywała na odpowiedzialność odszkodowawczą tego ostatniego wobec dostawców usług** (w szczególności z tytułu ewentualnych odszkodowań wypłaconych abonentom), w przypadku naruszenia przez otrzymywane wyniki wymagań wynikających z dokumentacji konkursowej i rzeczywistych parametrów usług.

PIKE zwraca uwagę na konieczność takiego sformułowania dokumentacji konkursowej, aby zapobiec dostawcy certyfikowanego rozwiązania:

- wykorzystywanie danych zebranych o abonencie w celach innych niż weryfikacja parametrów dostępu, w szczególności ich odsprzedaży podmiotom trzecim,

- wykorzystywania przywileju nadanego przez Prezesa UKE w celu tworzenia przymusowych sytuacji dla dostawców usług, takich jak wymuszanie nabywania reklam u certyfikowanego dostawcy.

\* \* \* \* \*

Wyrażamy nadzieję, że nasze uwagi oraz sugestie spotkają się z aprobatą Prezesa UKE i znajdą swoje odzwierciedlenie w ostatecznej treści dokumentacji konkursowej. W przypadku, w którym jakkolwiek część niniejszego stanowiska wymagałaby wyjaśnienia pozostajemy do dyspozycji. Informujemy, że elektroniczną wersję niniejszego stanowiska przekazujemy na adres e-mail [radoslaw.rosiak@uke.gov.pl](mailto:radoslaw.rosiak@uke.gov.pl).

Z uprzejmymi pozdrowieniami,

Jerzy Straszewski  
Prezes PIKE