

UWAGI

Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT]

do dokumentacji konkursowej na wybór podmiotu, który ma zapewnić system pomiarowy do celów certyfikowanego mechanizmu monitorowania usługi dostępu do Internetu

I. Niezrozumiała relacja mechanizmu certyfikowanego przez Prezesa UKE do metody pomiaru, którą ma wskazać minister właściwy ds. informatyzacji.

Możliwość certyfikowania przez krajowy organ regulacyjny mechanizmu monitorowania wynika bezpośrednio z art. 4 ust. 4 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu (dalej „Rozporządzenie UE”)¹. Jeśli abonent ustali, wykorzystując certyfikowany mechanizm, że występują stałe lub regularnie powtarzające się istotne rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi dostępu do Internetu pod względem prędkości lub innych parametrów jakości usługi, a wykonaniem opisanym przez dostawcę usług dostępu do Internetu w umowie, powstaje domniemanie, że usługa jest nienależycie wykonywana, na potrzeby uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentowi zgodnie z prawem krajowym. Zgodnie z Rozporządzeniem UE krajowy regulator może (a jednocześnie nie musi) certyfikować jeden lub więcej mechanizmów monitorowania, abonent może (ale nie musi) z mechanizmu certyfikowanego korzystać, a dostawca usług ma możliwość obalenia domniemania wynikającego z Rozporządzenia UE albo uwzględnienia roszczenia abonenta zawartego w reklamacji opartej na wynikach pomiarów dokonanych z wykorzystaniem certyfikowanego mechanizmu. Tym samym bezpośrednio stosowalne w krajowym porządku prawnym Rozporządzenie UE w sposób wyczerpujący reguluje problematykę certyfikowania mechanizmu i skutków prawnych związanych z korzystaniem z takiego mechanizmu.

W świetle powyższego niezrozumiały i nieuzasadniony jest zamiar dodania do ustawy Prawo telekomunikacyjne nowego art. 62b (art. 1 pkt 11 projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz o zmianie niektórych innych ustaw, obecnie w konsultacjach publicznych), który przewiduje w ust. 8, że *minister właściwy do spraw informatyzacji określi, w drodze rozporządzenia, metodę pomiaru prędkości pobierania i wysyłania danych w stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej, wykorzystywaną do określenia przez dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych obejmującej usługę dostępu do sieci Internet, prędkości pobierania i wysyłania danych, o których mowa w ust. 1, kierując się potrzebą zapewnienia użytkownikom końcowym dostępu do rzetelnych i przejrzystych informacji*. Cały art. 62b, wraz z narzucanym w drodze rozporządzenia mechanizmem pomiaru, którego stosowanie ma być obligatoryjne dla dostawców usług na potrzeby określania odpowiednich

¹ Pełna nazwa: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające 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.

prędkości Internetu stacjonarnego w umowach, przewidujący kary pieniężne za niewykonanie tych obowiązków, stanowią istotną modyfikację obowiązków wynikających z art. 4 i 5 Rozporządzenia UE, co jest niedopuszczalne biorąc pod uwagę bezpośredni charakter stosowania przepisów Rozporządzenia UE i cel, jakim jest zapewnienie obowiązywania identycznych dla wszystkich państw członkowskich UE przepisów w zakresie monitorowania prędkości Internetu. Ponadto, narzucenie sieci stacjonarnej konkretnych parametrów usługi, z użyciem progów i wskaźników procentowych, w żaden sposób niepodniesienie ani świadomości abonentów ani jakości usługi, w praktyce prowadząc do skomplikowanych obliczeń nie dających abonentom żadnej użytecznej wiedzy.

Powyższe nie jest co prawda uwagą wobec dokumentacji konkursowej (jest natomiast poważnym zastrzeżeniem wobec projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz o zmianie niektórych innych ustaw), niemniej jednak zwracamy uwagę na konieczność koordynacji działań Prezesa UKE oraz Ministra Cyfryzacji, gdyż obecnie organy państwa prowadzą prace nad mechanizmem monitorowania prędkości Internetu w sieciach stacjonarnych, przy czym UKE opiera swoje działania i mechanizm na przepisach Rozporządzenia UE, a Ministerstwo Cyfryzacji przewiduje rozwiązania poważnie modyfikujące (co jest niedopuszczalne) przepisy Rozporządzenia UE, tworząc mechanizm monitoringu o niejasnej i niezrozumiałej relacji do mechanizmu, który ma być certyfikowany przez Prezesa UKE.

II. Niejasny zakres stosowania certyfikowanego mechanizmu monitorowania – sieci stacjonarne a sieci mobilne.

Na stronie internetowej², gdzie UKE ogłosiło konsultacje społeczne oraz opublikowało dokumenty konkursowe, znajduje się informacja przypominająca, że zgodnie z Rozporządzeniem UE dostawcy usług dostępu do sieci Internet obowiązani są podawać w umowach określone parametry usługi zarówno dla sieci stacjonarnych jak i ruchomych oraz wskazująca na konsekwencje wykazania nieprawidłowości z użyciem certyfikowanego mechanizmu.

Następnie w dokumentach konkursowych znajduje się stwierdzenie, że *system pomiarowy będzie przeznaczony do pomiaru prędkości transmisji danych dla usług dostępu do internetu świadczonych w stacjonarnych publicznych sieciach telekomunikacyjnych* („Dokumentacja Konkursowa”, str. 4). Zastosowanie mechanizmu do pomiarów w sieciach stacjonarnych znajduje potwierdzenie w pozostałych punktach dokumentacji konkursowej.

Pomimo to, dokumentacja konkursowa w sposób niejasny przewiduje jednak, że mechanizm może zawierać funkcje (aplikacje) dodatkowe, obejmujące pomiar prędkości Internetu w sieciach mobilnych. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 (punkt 4.4. – *Funkcjonalności Dodatkowe*) oraz Dokumentacją Konkursową (punkt 5.4 *Ocena Ofert za Kryterium Funkcjonalności Dodatkowych* oraz punkt 5.5. – *Ocena Ofert za Kryterium Zakresu Danych Dodatkowo Udostępnianych Prezesowi UKE*) uczestnik konkursu może otrzymać dodatkowe punkty za zaoferowanie mechanizmu, który poza pomiarem prędkości w sieciach stacjonarnych będzie również zapewniał: i) dodatkowe aplikacje na systemy

² <http://uke.gov.pl/ruszaja-konsultacje-certyfikowanego-mechanizmu-monitorowania-jakosci-dostepu-do-internetu-22652#>

mobilne służące do pomiaru jakości usług dostępu do Internetu w sieciach ruchomych oraz będzie ii) wizualizował wyniki pomiarów w sieciach ruchomych w postaci mapy zasięgu i jakości publikowanej w serwisie. Analiza dokumentów konkursowych (Dokumentu Konkursowego wraz z Załącznikami) prowadzi zatem do wniosku, że objęty konkursem mechanizm może (ale nie musi) obejmować również sieci ruchome. **W związku z powyższym zwracamy uwagę na konieczność usunięcia z dokumentów odniesień do sieci mobilnych i objęcie konkursem mechanizmów mierzących prędkość usługi wyłącznie w sieciach stacjonarnych.**

Dokumentacja konkursowa w obecnym kształcie w zasadzie w żaden sposób nie odnosi się do warunków technicznych charakterystycznych dla świadczenia usług w sieciach mobilnych, ograniczając się (Załącznik nr 2 – *Opis Techniczny i Funkcjonalny*) do warunków typowych dla sieci stacjonarnych (choć i ten opis jest obarczony poważnymi błędami, o czym szerzej w dalszej części stanowiska). W efekcie, wobec braku jakichkolwiek warunków technicznych dla sieci mobilnych w dokumentacji konkursowej, w konkursie zwycięzcą może okazać się dowolny mechanizm obejmujący pomiary w sieciach mobilnych, oparty na najbardziej nawet nierealnych czy absurdalnych założeniach technicznych, a Prezes UKE nie będzie mógł w postępowaniu konkursowym odrzucić tych mechanizmów, które mają mierzyć prędkość w sieciach mobilnych opierając się na takich nierealnych lub absurdalnych założeniach technicznych. Co więcej, z dokumentacji konkursowej wynika, iż zwycięski mechanizm zostanie certyfikowany przez Prezesa UKE, bez żadnych ograniczeń, które wskazywałyby, że certyfikat dotyczy tylko pomiarów w sieciach stacjonarnych, co sugeruje objęcie certyfikatem również komponentu mobilnego całego mechanizmu (przyjęcie odmiennej koncepcji, mianowicie, że certyfikat Prezesa UKE obejmuje tylko pomiary w sieci stacjonarnej i nie obejmuje obecnych w aplikacji funkcjonalności pozwalających na pomiary sieci ruchomych, byłoby wysoce mylące i wprowadzające abonentów w błąd). W efekcie certyfikat Prezesa UKE może uzyskać - nawet wbrew intencjom UKE – mechanizm, który jako funkcję dodatkową będzie zawierał komponent przeznaczony do mierzenia prędkości w sieciach mobilnych, oparty na nierealistycznych założeniach technicznych, co biorąc pod uwagę wynikające z Rozporządzenia UE domniemanie nienależytego wykonania umowy, będzie miało katastrofalne skutki dla wszystkich dostawców Internetu w technologii mobilnej.

W pełni podtrzymując powyższe uwagi należy jednocześnie zastrzec, iż nie ma potrzeby uzupełniania dokumentacji konkursowej o warunki techniczne dotyczące sieci mobilnych, gdyż **sieci ruchome nie powinny być objęte certyfikowanym mechanizmem**. Wynika to z faktu, że panująca na rynku mobilnym ostra konkurencja, napędzana stale rozwijającym zasięgiem sieci operatorów mobilnych oraz łatwością zmiany dostawcy usługi, powoduje, iż jakość usługi jest stale podnoszona, a abonenci są zadowoleni z otrzymywanych usług, ciesząc się możliwością korzystania z dużych przepustowości w dowolnym miejscu i czasie. Co więcej, sieci ruchome, opierające się o sygnał radiowy, charakteryzują się znacząco odmiennymi od technologii stacjonarnej uwarunkowaniami technicznymi, które w sposób obiektywny i powszechnie akceptowalny wpływają na realnie osiągnięte w danym miejscu i czasie parametry usługi, mieszcząc się w warunkach usługi określonych w umowach. Do najważniejszych czynników wpływających na osiągnięte w danym czasie i miejscu parametry usługi, na które dostawca usługi – co wymaga podkreślenia - nie ma żadnego albo jedynie

ograniczony wpływ, należą: i) rodzaj wykorzystywanego urządzenia telekomunikacyjnego, jego kategoria i oprogramowanie, w tym działające aplikacje; ii) odległość od stacji bazowej i związana z tym siła i jakość sygnału radiowego; technologia dostępna w danej lokalizacji; iii) liczne czynniki wpływających na propagację fal radiowych takie jak uwarunkowania geograficzne, urbanistyczne, atmosferyczne, struktura i tłumienność materiałów budowlanych użytych do konstrukcji budynku; iv) liczba i aktywność innych użytkowników końcowych obsługiwanych przez poszczególne stacje bazowe; v) rodzaj wykorzystywanej karty SIM. Tym samym faktycznie osiągnięte parametry Internetu w sieci ruchomej mogą być zróżnicowane w zależności od czasu i miejsca korzystania z usługi, a takie zmiany parametrów są wpisane w naturę i charakterystykę techniczną usługi mobilnej i nie wpływają na przeznaczenie i komfort korzystania z usługi. Tą cechą usług mobilnych dostrzega również prawodawca unijny, skoro Rozporządzenie UE dla sieci ruchomych wymaga podania tylko szacunkowych prędkości maksymalnych, podczas gdy dla sieci stacjonarnych wymagane jest podanie prędkości minimalnych, zwykle dostępnych oraz maksymalnych (pomijając prędkości deklarowane, gdyż w przypadku obu technologii odnoszą się one *de facto* do prędkości podawanych w reklamie). Zatem prawodawca unijny słusznie dostrzegł i uznał, że w przypadku sieci ruchomych nie ma żadnego uzasadnienia ani możliwości posługiwania się kategoriami prędkości minimalnych czy zwykle dostępnych, właśnie z uwagi na powszechnie akceptowaną i immanentnie związaną z technologią zmiennością parametrów usługi mobilnej.

Co najważniejsze, objęcie certyfikowanym mechanizmem również usług mobilnych mogłoby doprowadzić do niemożliwych do zaakceptowania, bardzo poważnych, negatywnych konsekwencji dla całego rynku usług mobilnych, ze szkodą również dla abonentów tych usług. Zgodnie z Rozporządzeniem UE w przypadku usług mobilnych jedynym punktem odniesienia (benchmarkiem) dla określenia, czy występują stałe lub regularnie powtarzające się istotne rozbieżności pomiędzy faktycznym wykonaniem usługi byłaby szacunkowa prędkość maksymalna. Jak już powyżej wykazano, w przypadku sieci mobilnych faktyczne parametry usługi zależą od wielu czynników znajdujących się poza kontrolą dostawcy usługi, a zmienność parametrów usługi jest wpisana w technologię mobilną. Przykładowo, dla technologii 4G/LTE szacunkowa maksymalna prędkość pobierania danych to – w zależności od sieci i dostawcy usługi – wielkości rzędu 150 albo 225 Mb/s, a dla LTE - Advanced nawet 300 Mb/s, z zastrzeżeniem, że są to wartości maksymalne, a faktyczne parametry usługi w danym miejscu i czasie zależą od bardzo wielu czynników. Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, iż prędkości rzędu 10, 20, czy 30 Mb/s pozwalają abonentom na komfortowe korzystanie ze wszystkich usług i treści dostępnych w Internecie, w tym na najbardziej wymagającą względem łącza konsumpcję treści wideo w wysokich rozdzielczościach³, pomimo, iż takie prędkości odbiegają od szacunkowych prędkości maksymalnych. W związku z powyższym, objęcie sieci ruchomych certyfikowanym mechanizmem monitorowania mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której abonenci korzystający z usługi na poziomie pozwalającym na komfortowe korzystanie ze wszystkich usług i treści dostępnych w Internecie, mogliby kwestionować – powołując się na domniemanie wynikające

³ Zgodnie z informacjami zawartymi w pomocy technicznej serwisu YouTube dla oglądania treści na żywo wystarcza już łącze o przepustowości zaczynającej się od 1 Mb/s (<https://support.google.com/youtube/answer/78358?hl=pl>) a dla oglądania treści w bardzo wysokich rozdzielczościach (4K UHD) wystarczy łącze o przepustowości zaczynającej się od 15 Mb/s (<https://support.google.com/youtube/answer/3306741?hl=pl>)

z Rozporządzenia EU - prawidłowość wykonywania umowy tylko ze względu na fakt, iż zazwyczaj osiągnięte prędkości są inne niż szacunkowa prędkość maksymalna. Takie podejście może doprowadzić do prób zakwestionowania prawidłowości wykonywania w zasadzie każdej umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych obejmujących usługę dostępu do Internetu w sieci ruchomej, dowolnego dostawcy usługi, co miałyby trudne do przewidzenia, negatywne konsekwencje zarówno dla dostawców usług jak i abonentów, stawiając pod znakiem zapytania rozwój całego segmentu rynku.

Podsumowując, należy usunąć z założeń i dokumentów konkursowych odniesienia do funkcjonalności dodatkowych mechanizmu, obejmujących pomiar prędkości w sieciach ruchomych, gdyż poziom konkurencji na rynku mobilnym czyni taki mechanizm zbędnym, a określenie właściwych dla sieci mobilnych warunków technicznych pomiaru byłoby w zasadzie niewykonalne biorąc pod uwagę ilość zmiennych czynników, z których zdecydowana większość pozostaje poza jakąkolwiek kontrolą czy wpływem dostawcy usługi. Pozostawienie w dokumentacji konkursowej odniesień do pomiarów w sieciach mobilnych w obecnym kształcie może natomiast doprowadzić do stworzenia i certyfikowania mechanizmu wysoce wadliwego i szkodliwego dla funkcjonowania i rozwoju całego rynku usług mobilnych.

III. Dokonywanie pomiarów w elementach sieci poza kontrolą dostawcy usługi.

Zgodnie z punktami 3.20 – 3.24 Załącznika nr 2 (*Opis Techniczny i Funkcjonalny*) certyfikowany mechanizm ma dokonywać pomiaru prędkości w elementach sieci znajdujących się poza siecią należącą lub zarządzaną przez dostawcę usługi dostępu do Internetu (IAS), którego usługa jest mierzona. Zgodnie z dokumentacją serwery testowe wykorzystywane przy działaniu aplikacji mają być zlokalizowane w największych krajowych punktach wymiany ruchu internetowego lub mają korzystać z bezpośredniego podłączenia do takich punktów, przy czym wykorzystanie serwerów zlokalizowanych na brzegu sieci operatora dopuszczone jest tylko „dodatkowo” wobec serwerów podstawowych.

Biorąc pod uwagę, że mechanizm ma dokonywać pomiaru prędkości usługi oferowanej przez konkretnego IAS, a Rozporządzenie UE wiąże odpowiedzialność prawną z wynikiem pomiaru, **prędkość usługi danego IAS powinna być mierzona wyłącznie w elementach sieci zarządzanych przez tego IAS.** W tym celu wymogi techniczne mechanizmu pomiaru powinny być tak skonstruowane, aby pomiar odbywał się z wykorzystaniem serwerów zlokalizowanych na brzegu sieci IAS, a wszelkie inne serwery (w tym serwery zlokalizowane w punktach wymiany ruchu) mogły być wykorzystywane dodatkowo.

Zachowanie konstrukcji, w której prędkość ma być mierzona poza siecią danego IAS spowoduje, że tak naprawdę mechanizm nie będzie mierzył usługi dostępu do sieci Internet oferowanej przez danego IAS, a będzie mierzył przepływność wszystkich elementów sieci znajdujących się pomiędzy abonentem a serwerem testowym, z których znaczna część znajduje się poza jakąkolwiek kontrolą dostawcy usługi. W połączeniu z domniemaniem z art. 4 ust. 4 Rozporządzenia UE tak skonstruowany mechanizm będzie skutkował nałożeniem na danego IAS odpowiedzialności za sprawność i przepływność wszystkich elementów sieci Internet pozostających poza jakąkolwiek kontrolą IAS.

Internet jest siecią sieci, a więc strukturą, na którą składa się – zarówno na poziomie globalnym jak i krajowym – olbrzymia ilość połączonych ze sobą sieci telekomunikacyjnych, działających w różnych technologiach i modelach, pomiędzy którymi odbywa się nieustanna wymiana ruchu (pakietów danych w ramach komunikacji pomiędzy adresami IP). Tym samym przepływność (prędkość) Internetu pomiędzy punktem A (abonent) i punktem B (serwer, z którego pobierane są dane / na który dane są wysyłane) zależy od przepływności i sprawności wszystkich elementów sieci występujących pomiędzy tymi punktami, a wiele z tych elementów może być elementami infrastruktury IAS innych niż ten, którego usługa jest mierzona. W obecnym kształcie mechanizm pomiaru *de facto* obciąża danego IAS odpowiedzialnością cywilno-prawną za wszelkie awarie i problemy z przepływnością elementów sieciowych pomiędzy punktem A i B, również tych leżących poza jakąkolwiek kontrolą IAS, którego usługa podlega pomiarom.

IV. Stworzenie monopolu na rynku usług pomiaru prędkości Internetu.

Analiza punktów 6.1.2., 6.3.1. oraz 6.3.2. Dokumentacji Konkursowej prowadzi do wniosku, że efektem postępowania konkursowego ma być wyłonienie jednego zwycięzcy, z którym Prezes UKE zawrze porozumienie, w ramach którego ma zostać wykonany mechanizm pomiarowy, któremu następnie zostanie nadany certyfikat Prezesa UKE. Tym samym obecna konstrukcja dokumentacji konkursowej doprowadzi do tego, że na rynku usług pomiaru prędkości Internetu będzie istniał tylko jeden mechanizm pomiarowy legitymujący się certyfikatem Prezesa UKE. Biorąc pod uwagę, iż art. 4 ust. 4 Rozporządzenia UE wiąże domniemanie nienależytego wykonania umowy tylko z pomiarem wykonanym z wykorzystaniem mechanizmu certyfikowanego, efektem będzie stworzenie certyfikowanego przez Prezesa UKE monopolu na rynku usług pomiaru prędkości Internetu i eliminacja z tego rynku wszystkich przedsiębiorców świadczących tego typu usługi bez certyfikatu Prezesa UKE. Skoro bowiem jedynie skorzystanie z mechanizmu certyfikowanego jest związane z domniemaniem wynikającym z Rozporządzenia UE to należy przyjąć, że w krótkim czasie po nadaniu certyfikatu z rynku znikną inne mechanizmy, które certyfikatu Prezesa UKE nie posiadają, gdyż drastycznie spadnie zainteresowanie abonentów takimi niecertyfikowanymi mechanizmami. Nie ulega wątpliwości, że monopol i brak konkurencji na każdym rynku, w tym na rynku usług pomiaru prędkości Internetu, jest szkodliwy dla abonentów pozbawionych możliwości wyboru, obniżając motywację monopolisty do dbania o poziom usług i skłaniający do nadużyć. W związku z powyższym zachodzi potrzeba przekonstruowana postępowania konkursowego tak, aby istniała możliwość wyłonienia więcej niż jednego podmiotu i certyfikowanie przez Prezesa UKE więcej niż jednego mechanizmu monitorowania prędkości Internetu. Rozwiązanie takie jest dopuszczalne w świetle Rozporządzenia UE, zostało również przewidziane w wytycznych BEREC. A jednocześnie wielość certyfikowanych mechanizmów zapewniłaby korzystny dla abonentów wybór oraz zachęcałaby dostawców takich usług do stałego doskonalenia swoich mechanizmów.

Ponadto, Dokumentacja Konkursowa (punkt 2.3.3.) wyklucza z udziału w konkursie wszystkie podmioty powiązane osobowo albo kapitałowo z dostawcą usługi dostępu do Internetu, co jest podyktowane zrozumiałą troską o obiektywizm wyników pomiarów. Niemniej jednak wydaje się, że wykluczenie *a priori* wszystkich IAS czy podmiotów z nimi powiązanych z grona potencjalnych

uczestników konkursu jest zbyt daleko idące, a obiektywizm wyników można osiągnąć innymi metodami, w tym odpowiednim określeniem warunków konkursowych oraz kontrolowaniem przez Prezesa UKE stosowania się do warunków przyznania certyfikatu (włączając w to możliwość odebrania certyfikatu). Wykluczanie wszystkich IAS i podmiotów z nimi powiązanych ma tą fundamentalną wadę, iż wyklucza podmioty, które mają tak naprawdę największą wiedzę i doświadczenie w zakresie pomiarów prędkości i innych parametrów sieci, drastycznie ograniczając krąg podmiotów zdolnych wystartować i spełnić wymagania konkursowe, co nieuchronnie przełoży się na ograniczenie wyboru dostępnych narzędzi dla abonentów (nawet jeśli dokumentacja konkursowa zostanie zmieniona tak, aby uchylić ryzyko monopolizacji rynku).

V. Dostęp do danych stanowiących wynik pomiaru.

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 (*Opis Techniczny i Funkcjonalny*) pomiar powinien być wykonywany przez abonenta z wykorzystaniem aplikacji, pobieranej na jego urządzenie końcowe i dokonywany bezpłatnie, co nie oznacza braku jakichkolwiek kosztów po stronie abonenta (koszt transmisji danych przy pobraniu aplikacji, czy realizacji testów). Jednocześnie punkty 3.12 – 3.16 Załącznika nr 2 określają zasady przechowywania i udostępniania abonentom wyników pomiarów, przy czym brakuje tu jednoznacznego wskazania, że dane stanowiące wyniki pomiarów są dostępne dla abonenta bezpłatnie. Wyraźnego wskazania na bezpłatny charakter brakuje również w punkcie 3.17, który przewiduje, że aplikacja ma umożliwiać IAS dostęp do wyników pomiarów, w trakcie postępowania reklamacyjnego. Należy zatem uzupełnić dokumentację, że dostęp do danych będzie bezpłatny oraz o wymagania jak dostęp do tych danych będzie zapewniony IAS. Bez tych wymagań Wykonawca mechanizmu może żądać dowolnych opłat i wprowadzać różne warunki udostępniania tych danych dostawcom usługi. Jeśli certyfikowany przez Prezesa UKE mechanizm ma być powszechnie wykorzystywany, a jednocześnie zgodny z przepisami prawa UE oraz krajowymi zasadami prawnymi, to korzystanie z mechanizmu, w tym również dostęp do danych stanowiących wyniki pomiaru, powinno być całkowicie bezpłatne zarówno dla abonentów jak i dla dostawców usług dostępu do Internetu.

Zasady funkcjonowania certyfikowanego mechanizmu nie mogą w żadnym przypadku przewidywać obowiązku wniesienia przez dostawcę usługi dostępu do Internetu jakiegokolwiek opłaty za dostęp do danych stanowiących wynik pomiaru (ani za jakiegokolwiek inne korzystanie z mechanizmu, niezbędne do rozpatrzenia reklamacji abonenta). Odpłatność dostępu oznaczałaby, że przepisy prawa nakładają na IAS obowiązek prawny, którego zrealizowanie wymaga zakupu komercyjnej usługi od konkretnego, komercyjnego podmiotu wskazanego certyfikatem przez Prezesa UKE, przy czym sam obowiązek wniesienia opłaty nie miałby żadnego oparcia w przepisach rangi ustawy. Pomijając nawet oczywiście korupcyjny charakter takiego mechanizmu należy przypomnieć, że rozpatrzenie reklamacji usługi telekomunikacyjnej jest prawnym obowiązkiem dostawcy usługi. Zgodnie z art. 106 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych jest obowiązany do rozpatrzenia reklamacji usługi telekomunikacyjnej, a szczegółowe wymogi w tym zakresie określa rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 24 lutego 2014 r. w sprawie reklamacji usługi telekomunikacyjnej.

Biorąc pod uwagę, iż art. 4 ust. 4 Rozporządzenia UE ustanawia domniemanie nienależytego wykonania usługi dla celów uruchomienia środków ochrony prawnej przysługujących konsumentowi zgodnie z prawem krajowym, którym to środkiem w prawie krajowym jest w pierwszej kolejności złożenie reklamacji usługi, dostawca usługi, chcąc się wywiązać z obowiązku rozpatrzenia reklamacji (art. 106 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego), musi mieć dostęp do danych stanowiących wynik pomiaru dokonanego z wykorzystaniem certyfikowanego mechanizmu. System, który przewidywałby odpłatność za dostęp do takich danych, naruszałby wprost art. 4 ust. 4 Rozporządzenia UE, art. 106 ustawy Prawo telekomunikacyjne, jak również fundamentalną w demokratycznym państwie prawa zasadę, że obowiązki mogą być nakładane wyłącznie przepisem prawa rangi ustawy.

VI. Szczegółowe uwagi do warunków technicznych – Załącznik nr 2 (*Opis Techniczny i Funkcjonalny*).

W tej części zostały przedstawione szczegółowe uwagi do warunków technicznych i funkcjonalnych przedstawionych w Załączniku nr 2 do Dokumentacji Konkursowej.

1. PIIT wielokrotnie w dyskusji nad certyfikowanym mechanizmem monitorowania podkreślał, że algorytm pomiaru powinien być jawny, albo wręcz oparty o powszechnie uznawane standardy. Jednocześnie z dokumentacji konkursowej nie wynika, że zostanie udostępniony publicznie.

2. Zgodnie z punktem 3.5. aplikacja ma mierzyć obowiązkowo m.in. opóźnienie. Zwracamy uwagę, iż nie ma podstaw, aby ten parametr był mierzony obligatoryjnie, może być natomiast mierzony fakultatywnie. Zgodnie z art. 4 Rozporządzenia UE dostawca usługi dostępu do sieci Internet nie ma obowiązku podawania w umowach parametru usługi jakim jest opóźnienie, co jest zrozumiałe, gdyż parametr taki jest całkowicie niezrozumiały dla przeciętnego abonenta. Zgodnie z art. 4 ust. 4 Rozporządzenia UE mechanizm ma dotyczyć pomiarów parametrów wskazanych w umowie, a jak już wyżej wskazano, przepisy te nie zobowiązują do podawania w umowie parametru „opóźnienie”. Tym samym jego obligatoryjne mierzenie jest zbędne.

3. Zgodnie z punktem 3.11. aplikacja powinna identyfikować oraz udostępniać wraz z wynikami pomiarów możliwie największą liczbę czynników wpływających na wynik pomiarów niezależnych od dostawcy usług, z czym należy się w pełni zgodzić. Natomiast drugie zdanie w tym punkcie przewiduje, że aplikacja „może” w szczególności identyfikować wymienione następnie czynniki. Bardzo ważne jest, aby narzędzie pomiarowe uwzględniało tzw. ruch w tle (cross-traffic). Wymagania Prezesa UKE powinny jasno opisywać, że narzędzie powinno rozróżniać sytuację, w której pomiar jest dokonywany przy jednoczesnym korzystaniu w lokalu abonenta ze kilku urządzeń korzystających w danym czasie z łącza (np. jednoczesny ruch z TV, tabletów, etc.). W przeciwnym razie wyniki będą niemiarodajne ze względu na możliwość wielodostępu.

Zwracamy więc uwagę, że punkt ten powinien stanowić, że aplikacja „musi” identyfikować wymienione tam czynniki, zapisywać je i przechowywać jako integralną część wyników pomiarów. W przeciwnym wypadku wyniki pomiarów nie będą miarodajne i nie pozwolą abonentowi i dostawcy

usługi na rzetelną ocenę wyników pomiaru, uniemożliwiając merytoryczne rozpatrzenie reklamacji opartej na takich wynikach.

4. System powinien zapewniać, że pomiary wykonywane przez poszczególnych użytkowników sieci (w tym także abonentów dostawców usług innych aniżeli dostawca, którego usługi są mierzone) nie będą miały wzajemnego wpływu na wyniki pomiarów. Specyfikacja nie wspomina o tym.

5. Punkt 3.14 opisuje wymagania, które dają możliwość eksportu raportu wygenerowanego przez użytkownika do pliku z możliwością zapisania przez użytkownika na własnym nośniku i późniejszego odczytu oraz udostępnienia. W opinii Izby, każdy wynik pomiaru oraz raport, musi mieć unikalny ID celem jego łatwej identyfikacji w systemie przez dostawcę za pomocą uzyskanego dostępu. W tym wypadku chodzi przed wszystkim o wyeliminowanie potencjalnych nadużyć, jak i ewentualnej lub celowej modyfikacji wyników pomiaru, czy raportów przez użytkowników, aby wyłudzić od dostawcy np. większe odszkodowania.

6. Specyfikacja powinna zapewniać umieszczenie serwerów pomiarowych na brzegach sieci poszczególnych dostawców usług dostępu do Internetu, w przeciwnym razie pomiar może obejmować fragmenty sieci będące poza kontrolą danego dostawcy i przez to mierzyć wielkości, na które dostawca usług nie ma wpływu. Tymczasem punkt 3.20 mówi o rozmieszczeniu serwerów pomiarowych w największych krajowych punktach wymiany ruchu nie podając ich z nazwy ani liczby.

7. Należy jednoznacznie podkreślić, że łącze serwerowe 1 Gbit/s (punkt 3.21) jest niewystarczające biorąc pod uwagę obecnie sprzedawane oferty dostawców usługi, ponieważ pojedynczy klient jest w stanie zutilizować >50% pojemności serwera. Powinno być zabezpieczenie na poziom utylizacji serwera, np. obciążenie >50%, serwer odrzuca wszystkie próby testów. Inaczej można doprowadzić do jego przeciążenia i wyniki będą niewiarygodne.

8. W opinii PIIT kwestia testów (o której mowa w Części 4) powinna być przejrzysta dla dostawców usług. Zarówno zakres testów, jak i wyniki z testów rozwiązywania przez eksperta powinny być jawne.

9. Infrastruktura testowa, jeżeli to możliwe powinna posiadać protekcję. Wszelkie uszkodzenia serwerów lub infrastruktury powinny być ewidencjonowane a informacja przekazywana operatorom. Testy wykonane w czasie awarii usuwane z systemu.

Na obecnym etapie dokumentacja konkursowa nie przewiduje jakichkolwiek możliwości rozbudowy, czy rekonfiguracji narzędzia. W opinii Izby, dokumentacja powinna przewidywać takie możliwości dla certyfikowanego mechanizmu monitorowania jakości dostępu do Internetu, w celu zapewnienia możliwości poprawy wymagań na bazie doświadczeń zebranych w czasie pomiarów oraz celem uniknięcia na późniejszym etapie zbędnych kosztów po stronie administracji.