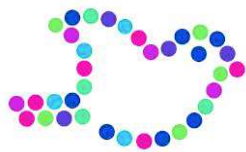


Warszawa, 17 lipca 2023 r.



**Tomasz Bator**  
**Dyrektor Departamentu Regulacji**  
**Urząd Komunikacji Elektronicznej**  
ul. Giełdowa 7/9  
01-211 Warszawa

*Sygn. akt DR.WWM.6171.161.2021*

### **Stanowisko do II konsultowanego projektu decyzji**

Działając w imieniu Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Udostępniający”), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa (w aktach sprawy), w odpowiedzi na rozpoczęte w dniu 16 czerwca 2023 r. - II konsultacje projektu decyzji ustalającej warunki dostępu dla T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Operator”), do nieruchomości położonej w Krakowie przy Al. Pokoju, w tym do budynków posadowionych na tej nieruchomości, oraz punktu styku i instalacji telekomunikacyjnej budynku, dalej „Infrastruktura”, w celu zapewnienia telekomunikacji w tych budynkach, na podstawie art. 30 ust. 1 w zw. z ust. 5e ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (tj. Dz.U. z 2022, poz. 884 z późn. zm. (dalej „Megaustawa” lub „ustawa szerokopasmowa”), przedstawiam poniższe stanowisko.

Rozstrzygnięcie i stanowisko Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „Prezes UKE”) zaprezentowane w II konsultowanym projekcie decyzji w pkt I jest sprzeczne z podstawową przesłanką warunkującą wydanie decyzji dostępowej z art. 30 Megaustawy, a ustalenia dotyczące stanu faktycznego, w tym zakresu Wniosku Operatora, dokonane w trakcie 9 dodatkowych miesięcy analizy akt postępowania, są błędne.

W dniu 5 lipca 2021 r. – wpłynął do Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniosek Operatora (dalej „Wniosek”). Po 14 miesiącach prowadzenia postępowania, w dniach 26 sierpnia 2022 r. – 26 września 2022 r. przeprowadził I postępowanie konsultacyjne projektu decyzji. W I konsultowanym projekcie decyzji Prezes UKE ustalił, że podstawą żądania Operatora są:

- art. 30 ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie umożliwienia wykorzystywania istniejących instalacji telekomunikacyjnych Budynków, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe),
- art. 30 ust. 1 pkt 4 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie umożliwienia korzystania z punktów styku w Budynkach),
- art. 30 ust. 1 pkt 6 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie, w jakim wykonanie powyższych uprawnień będzie wymagało wejścia na Nieruchomość i do Budynków).

I odpowiednio dokonał rozstrzygnięcia ww. żądania Operatora, w zakresie wykorzystania istniejącej instalacji i korzystania z punktów styku.

Pismem z dnia 25 września 2022 r. Udostępniający przedstawił stanowisko do I projektowanego projektu decyzji wskazując, że rozstrzygnięcie Prezesa UKE nie uwzględnia łączących strony umów. W konsekwencji Prezes wskazał „[...] na potrzebę ponownej analizy akt sprawy w świetle przedstawionego przez Udostępniającego w postępowaniu konsultacyjnym projektu decyzji stanowiska, w efekcie ewentualnie podjęcie dodatkowych czynności zmierzających do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy i podjęcia innych czynności zmierzających do wydania decyzji w sprawie. [...]” Nadmienić jedynie należy, że w ww. stanowisku, Udostępniający nie przedstawił żadnej nowej informacji, żadnego nowego dowodu, żadnego nowego faktu, ani okoliczności, która nie znajdowała się już w aktach sprawy i nie była znana organowi. Udostępniający zwrócił tylko uwagę na fakt, że łączące strony umowy, znajdujące się w aktach sprawy, nie zostały ani przeanalizowane ani wzięte pod uwagę przy projektowanym rozstrzygnięciu.

Po 9 miesiącach ponownej analizy akt, Prezes UKE przygotował II projekt rozstrzygnięcia, który poddał konsultacjom społecznym w dniu 16 czerwca 2023 r. Konkluzją tych 9 miesięcy było ustalenie, odmiennie niż w I projekcie decyzji, ale na podstawie tego samego pisma z dnia 5 lipca 2021 r. że „[...] Operator we Wniosku skierowanym do Prezesa UKE wskazał, że żądany przez niego Dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynków, ma polegać na:

- wykorzystywaniu, należących do właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy Budynków, światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych Budynków,
- wykonaniu światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych Budynków w celu ich dalszej eksploatacji z prawem przebudowy lub remontu, jeżeli nie istnieją instalacje telekomunikacyjne Budynków lub istniejące nie spełniają jego zapotrzebowania,
- zapewnieniu możliwości wykorzystania należących do właściciela, użytkownika wieczystego lub zarządcy budynku, punktów styku w Budynkach. [...]” (str. 8, pkt 9 projektu decyzji).

„Na tej podstawie Prezes UKE stwierdził, że:

1) podstawą żądania Operatora są:

- art. 30 ust. 1 pkt 1 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie umożliwienia wykorzystywania istniejących światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych Budynków, jeżeli powielenie takiej infrastruktury byłoby ekonomicznie nieopłacalne lub technicznie niemożliwe),
- art. 30 ust. 1 pkt 3 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie umożliwienia wykonania światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych Budynków, jeżeli nie istnieją instalacje telekomunikacyjne Budynków lub istniejące nie spełniają jego zapotrzebowania),
- art. 30 ust. 1 pkt 4 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie umożliwienia korzystania z punktów styku w Budynkach),
- art. 30 ust. 1 pkt 6 w związku z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju (w zakresie, w jakim wykonanie powyższych uprawnień będzie wymagało wejścia na Nieruchomość i do Budynków). [...]

Na tej podstawie II konsultowany projekt decyzji:

- w pkt I – ustala dostęp Operatora do Nieruchomości oraz Budynków, w celu zapewnienia telekomunikacji, poprzez – umożliwienie wykorzystania przez Operatora

światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych Budynków oraz punktów styku w Budynkach a

- w pkt II – umarza postępowanie w zakresie – wykorzystania udostępnionych Operatorowi na podstawie zamówień instalacji, stanowiących własność Udostępniającego.

Przy czym brak jest rozstrzygnięcia, co do nowo ustalonego przez Prezesa UKE zakresu Wniosku, dotyczącego możliwości wykonania światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych Budynków, jeżeli nie istnieją instalacje telekomunikacyjne Budynków lub istniejące nie spełniają jego zapotrzebowania. Trudno ocenić czy to tylko błędne ustalenie zakresu żądania poprzez jego rozszerzenie, czy też ustalenie w ocenie Prezes UKE prawidłowe i konieczne jest uzupełnienie projektu decyzji o jego rozstrzygnięcie. Nadmienić należy, że ani Operator, ani Udostępniający nie kwestionował w I stanowisku konsultacyjnym – ustalonego przez Prezesa UKE zakresu żądania.

Oceniając zaś merytorycznie rozstrzygnięcia z pkt I projektowanego projektu decyzji wskazać należy, że dostęp z art. 30 ustawy szerokopasmowej, jest udzielany w celu zapewnienia operatorowi telekomunikacji w budynku, a więc w sytuacji gdy dany operator nie ma ustalonych warunków dostępu do budynków, tj. nie świadczy usług telekomunikacyjnych w budynkach. To pierwsza i najważniejsza przesłanka warunkująca wydanie tzw. decyzji dostępowej, i w tym zakresie nic, począwszy od wejścia w życie ustawy szerokopasmowej się nie zmieniło, ta przesłanka niezmiennie obowiązuje. Dostęp z art. 30 ust. 1 ustawy szerokopasmowej, ale też dostęp z art. 30 ust. 1 w zw. z ust. 5e ustawy szerokopasmowej jest udzielany – w celu dopiero zapewnienia telekomunikacji w budynku, gdy cel ten przez danego operatora nie jest zapewniony. Art. 30 ust. 5e ustawy szerokopasmowej, na który niezmiennie powołuje się Prezes UKE w projektowanym rozstrzygnięciu, stanowi jedynie kto jest podmiotem udostępniającym, ale podlega tym samym przesłankom warunkującym udzielenie dostępu – tj. ocenie czy cel telekomunikacyjny Operatora został już zapewniony. Można wnioskować z I projektu decyzji, że Prezes UKE też ma lub przynajmniej miał na etapie I projektu decyzji, tego świadomość. Na str. 12 I projektu decyzji Prezes UKE wskazał, że *„Podkreślić należy, że uprawnienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do żądania zapewnienia Dostępu w zakresie wynikającym z art. 30 ust. 1 ustawy o wspieraniu rozwoju, a jednocześnie obowiązek zapewnienia takiego Dostępu, aktualizują się w sytuacji, gdy cel wynikający z tego przepisu, tj. zapewnienie telekomunikacji w budynku znajdującym się na nieruchomości nie został zrealizowany.”* Przesłanka ta obowiązuje niezależnie od tego czy podmiotem zobowiązania do udzielenie dostępu jest właściciel, użytkownik wieczysty, zarządca nieruchomości czy też podmiot, na który wskazuje art. 30 ust. 5e ustawy szerokopasmowej.

Patrząc na pkt I, II projektu decyzji, trudno nie odnieść wrażenia, że Prezes UKE nie tylko pominął ww. przesłankę i cel jakiemu służy dostęp z art. 30 ustawy szerokopasmowej, ale pominął też materiał dowodowy zgromadzony w tej sprawie. W pkt I par. 1 ust. 2 lit a i b II projektu decyzji Prezes UKE wyraził zgodę na umożliwienie wykorzystywania przez Operatora światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych wszystkich trzech Budynków (dalej „Instalacje”), oraz korzystania z punktów styku w trzech Budynkach, co prowadzi do wniosku, że Operator w dniu składania Wniosku i co najważniejsze w dniu przygotowywania II projektu decyzji nie ma zapewnionego dostępu do Nieruchomości, w tym do Budynków, przez co nie może świadczyć usług w Budynkach. Tymczasem ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i z uzasadnienia pkt II, II projektu decyzji wynika, bez żadnych

wątpliwości, że Prezes UKE ustalił, iż Operator ma zapewniony dostęp do Budynków i Instalacji i świadczy usługi swoim klientom „[...] W wyniku analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Prezes UKE stwierdził, że istniejące w Budynkach instalacje telekomunikacyjne, udostępnione Operatorowi przez Udostępniającego w Budynkach przy Al. Pokoju 18a i 18b w ramach Zamówienia [...]” str. 16 II projektu decyzji. Co więcej do takich ustaleń Prezes UKE doszedł przygotowując uzasadnienie I projektu decyzji, gdzie wskazał, że „[...] Operator wykorzystuje już infrastrukturę telekomunikacyjną w budynkach przy Al. Pokoju 18a i 18b, której dysponentem jest Udostępniający na podstawie Zamówień, tj. posiada już w części zapewniony Dostęp i korzysta z niego w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach przy Al. Pokoju 18a i 18b. W związku z powyższym, uwzględnienie żądania Operatora w tym zakresie nie było możliwe.” Fakty te potwierdzają znajdujące się w aktach sprawy umowy, które wskazują na to, że Operator ma zapewniony dostęp do Nieruchomości, Budynków i świadczy usługi telekomunikacyjne. Co więcej okoliczność ta nie była i nie jest kwestionowana ani przez Operatora ani przez Udostępniającego.

Trudo jednak w całym dokumencie znaleźć choćby jedno zdanie uzasadnienia dla tego w sytuacji, gdy Operator ma już zapewniony dostęp do Nieruchomości, Budynków (cel zapewnienia telekomunikacji został już spełniony) Prezes UKE udziela Operatorowi takiego samego dostępu, choć w innych porównywalnych sytuacjach, gdy wnioskodawca świadczy już usługi w budynku i jego celem nie jest zmiana technologii świadczenia usług – dostępu takiego odmawia. Choć nawet w przypadkach, gdy operator wnioskuje o dostęp poprzez inną technologię, to Prezes UKE dopytuje wielokrotnie na czym polega ta odmiennność technologii.

Finalnie więc w innej analogicznej sprawie, Prezes UKE odmówiłby dostępu wskazując, że mógłby ustalić dostęp do nieruchomości, budynków, infrastruktury, gdy operatora dosłownie „nie będzie” na Nieruchomości, w Budynkach, tj. nie będzie posiadał własnej infrastruktury, nie będzie korzystał z infrastruktury, a docelowo nie będzie świadczył usług w budynkach. W niniejszym stanie faktycznym, mimo spełnienia przez Operatora celu i świadczenia usług telekomunikacyjnych w Budynkach, Prezes UKE dokonał innej interpretacji. Nie wskazał, że dopóki Operator ma zapewniony dostęp w ramach łączących strony umów, nie może wydać decyzji ustalającej dostęp do Operatora do Budynków i infrastruktury, bo powieli tym, dostęp już posiadany przez Operatora. I to wszystko w duchu powtarzanej przez Prezes UKE zasady – niedyskryminacji.

W ocenie Udostępniającego ustalony w sprawie stan faktyczny wskazujący na posiadany przez Operatora dostęp do Nieruchomości, Budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej sprawia, że Prezes UKE nie może dokonać innego rozstrzygnięcia jak – odmówić dostępu. Jak Prezes UKE wskazał, przedmiotem postępowania był i jest „[...] Dostęp do Budynków polegający na wykorzystaniu znajdujących się w nich Instalacji i punktów styku [...]”, czyli dostęp, który, w dniu składania Wniosku i przygotowywania projektu rozstrzygnięcia został już zapewniony, tj. Operator właśnie w poparciu o infrastrukturę telekomunikacyjną znajdującą się w budynkach świadczy usługi telekomunikacyjne. Niezależnie bowiem od brzmienia art. 30 ust. 5e ustawy szerokopasmowej, zobowiązanie do udostępnienia nieruchomości i budynków, na gruncie ust. 5e aktualizuje się tylko, gdy dostęp nie jest zapewniony, a w przedmiotowej sprawie dostęp z art. 30 ustawy szerokopasmowej jest zapewniony. I w tym kontekście jedyne możliwe rozstrzygnięcie – to odmowa dostępu.

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny sprawy, w którym Operator posiada dostęp do Budynków i świadczy w nich usługi telekomunikacyjne a Prezes UKE mimo to udziela dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach (bo dostęp jest ustalony do wszystkich trzech budynków) wskazać należy, że jeśli to rozstrzygnięcie zostanie utrzymane, to wszystkie

już wydane decyzje odmawiające dostępu ze względu na posiadany już dostęp lub możliwość skorzystania z wolnej instalacji telekomunikacyjnej innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, były błędne. A jeśli te wszystkie dotychczasowe decyzje były prawidłowe, to nie sposób zrozumieć, dlaczego, w duchu niedyskryminacji, Prezes UKE akurat w tej sprawie podejmuje odmienną decyzję.

Odnosząc się do argumentacji Prezesa UKE zaprezentowanej w pkt 4 uzasadnia II projektu decyzji, co do twierdzeń:

- „[...] Prezes UKE wyjaśnia, że zarzut dotyczący braku indywidualnego i jednostkowego podejścia przy rozstrzyganiu sprawy jest niesłuszny, bowiem Prezes UKE, ustalając warunki Dostępu do Nieruchomości i Budynków w zakresie wykorzystania infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach, tj. Instalacji i punktów styku, stosuje zasadę niedyskryminacji wynikającą z art. 22 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 1 i ust. 5 ustawy o wspieraniu rozwoju. Prezes UKE przypomina, że przedmiotem niniejszego postępowania jest Dostęp do Budynków polegający na wykorzystaniu znajdujących się w nich Instalacji i punktów styku będących w dyspozycji Udostępniającego, a należących do Właściciela. W przedmiotowej sprawie zasadniczą kwestią było ustalenie, zgodnie z art. 30 ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju, czy Udostępniający posiada względem Właściciela skuteczne prawo korzystania z punktów styku i Instalacji we wszystkich Budynkach, a w konsekwencji ustalenie, czy na Udostępniającym ciąży obowiązek określone w art. 30 ust. 1 pkt 1, 4 i 6 ustawy o wspieraniu rozwoju.”

Odpowiadając na powyższe wskazać należy, że stosowanie zasady niedyskryminacji nie polega na powielaniu identycznych rozstrzygnięć, ale na takim przygotowaniu rozstrzygnięcia, które będzie odpowiadało stanowi faktycznemu sprawy. A w przedmiotowej sprawie, w której organ rozstrzyga Wniosek z art. 30 ustawy szerokopasmowej, zasadniczą kwestią powinno być ustalenie w pierwszej kolejności, czy Operator nie ma już zapewnionego dostępu do Budynków, tj. czy Operator w chwili składania Wniosku świadczy czy nie usługi w Budynkach, a nie jakim uprawnieniem do Instalacji dysponuje Udostępniający. Bo niezależnie od tego jakim prawem do Instalacji dysponuje Udostępniający, jeśli Operator w chwili złożenia Wniosku posiada zapewniony dostęp do Budynków, to nie jest możliwe merytoryczne zakończenie tego postępowania poprzez wydanie decyzji dostępowej.

- że, „[...] zawarty w stanowisku konsultacyjnym postulat Udostępniającego, aby pierwszeństwo przyznać postanowieniom Umów cywilnoprawnych, a przez to nie ograniczać Udostępniającego w wykonywaniu zobowiązań wobec Właściciela Instalacji i punktów styku, z powołaniem się na zasadę swobody umów nie zasługuje na uwzględnienie. Wypada bowiem zwrócić uwagę, że przywołana przez Udostępniającego zasada swobody umów nie może służyć zapewnieniu Udostępniającemu takiej sytuacji prawnej, która powstałaby poprzez obejście prawa, czy dokonanie czynności sprzecznej z zasadami współżycia społecznego [...]”

W odpowiedzi na powyższe Udostępniający wskazuje, że nigdzie w stanowisku konsultacyjnym nie wskazał, na to, że należy przyznać pierwszeństwo umowom cywilnym, zawartym w niniejszej sprawie tylko, że nie można projektować rozstrzygnięcia Wniosku, bez analizy tych umów i z ich pominięciem.

Za zupełnie chybioną należy uznać sugestię, Prezesa UKE wskazującą na to, że podpisanie umów cywilnych stanowi próbę obejścia przepisów prawa chociażby ze względu na brzmienie powtarzanego przez Prezesa UKE art. 30 ust. 5e ustawy szerokopasmowej, który dopuszcza przekazanie dysponowania infrastrukturą telekomunikacyjną innemu podmiotowi, niż ten

wymieniony w art. 30 ust. 1 ustawy szerokopasmowej. Co więcej żaden przepis prawa nie wskazuje, na niemożliwość przekazania dysponowania infrastrukturą albo, że stanowi to naruszenie prawa czy tym bardziej wskazanych przez Prezes UKE zasad współzycia społecznego. Zarzuty te byłyby prawdziwe tylko wówczas gdyby Udostępniający uchylał się od udostępnienia Operatorowi infrastruktury lub mu go uniemożliwił. Udostępniający zaś w żadnym przypadku nie uchyla się od udostępnienia instalacji telekomunikacyjnej. Wręcz przeciwnie - w chwili obecnej udostępnia w Budynkach instalację Operatorowi zgodnie z jego żądaniem skierowanym do Udostępniającego, czego potwierdzeniem jest świadczenie przez Operatora usług telekomunikacyjnych w Budynkach. Okoliczności te w toku postępowania zostały przez strony przyznane, udowodnione i potwierdzone przez Prezesa UKE.

Udostępniający wskazuje więc ponownie, że udostępnienie instalacji już nastąpiło w oparciu o umowę, w których posiadaniu jest Prezes UKE i które sprawiają, że dostęp z art. 30 ust. 1 ustawy szerokopasmowej został już zapewniony. Faktu tego Prezes UKE zdaje się nie zauważać, albo uznaje, że jest to bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, co jest wprost sprzeczne z celem dostępu regulowanego na podstawie art. 30 ustawy szerokopasmowej.

– że, [...] Prezes UKE wskazuje, że przedmiot postępowania wyznacza żądanie zawarte we Wniosku – w niniejszej sprawie Operator wnioskował wyłącznie o dostęp do Instalacji i punktów styku stanowiących własność Właściciela, wobec których Udostępniającemu przysługuje skuteczne względem Właściciela prawo korzystania z tych elementów infrastruktury (art. 30 ust. 1 w zw. z ust. 5e ustawy o wspieraniu rozwoju). Powyższe powoduje, że kwestia dostępu do infrastruktury stanowiącej własność Udostępniającego objętej Zamówieniem pozostaje poza przedmiotem niniejszego postępowania. [...]"

W ocenie Udostępniającego fakt, posiadania przez Operatora dostępu do infrastruktury stanowiącej własność Udostępniającego objętej Zamówieniem – nawet jeśli nie jest przedmiotem żądania to, ma kluczowe znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, bo jest dowodem na to, że Operator posiada już zapewniony dostęp do Nieruchomości, Budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej, a więc dla tego Operatora, cel z art. 30 ustawy szerokopasmowej, został już spełniony. I do momentu, w którym Operator ten dostęp posiada, świadczy usługi w Budynkach to organ nie może wydać decyzji dostępowej.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że rozstrzygnięcie wskazane w pkt I projektu decyzji powinno zostać zmienione na odmowę dostępu, ze względu na posiadanie przez Operatora dostępu do Nieruchomości, Budynków oraz infrastruktury telekomunikacyjnej.

Z poważaniem,

*Joanna Sikora - pełnomocnik*