

Katowice, dnia 19 lutego 2020 roku

**Do:** Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w Warszawie  
Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie  
ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa

**Wnioskodawcy:** **Marta Wykpsz**, ul. Ks. S. Opałki 18, 62-600 Koło, NIP: 6661962561  
i  
**Kinga Wolska**, ul. Ks. S. Opałki 18, 62-600 Koło, NIP: 6661921711  
- prowadzące wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki  
cywilnej pod nazwą **KOL-NET spółka cywilna Kinga Wolska Marta  
Wykpsz**  
ul. Ks. S. Opałki 18, 62-600 Koło, NIP: 6661990161  
- zwane dalej łącznie również jako **Operator**

reprezentowane przez **radcę prawnego Ewelinę Grabiec**  
z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p.  
ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice

**Uczestnik**  
**postępowania:** **Wspólnota Mieszkaniowa ul. Cegielniana 32A i 32B w Kole**  
ul. Cegielniana 32B/18, 62-600 Koło  
REGON: 367435400  
- zwana dalej również jako **Udostępniający**

**Sygn. akt: DR.WWM.6171.31.2019**

**Dotyczy: Projektu decyzji**

**PISMO WNIOSKODAWCÓW – STANOWISKO KONSULTACYJNE  
DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI W SPRAWIE DR.WWM.6171.31.2019.**

Działając w imieniu i na rzecz Operatora */pełnomocnictwo w aktach sprawy/*, niniejszym przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji ustalającej warunki dostępu do nieruchomości położonej w Kole przy ulicy Cegielnianej 32A i 32B, dla której Sąd Rejonowy w Kole, V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą numer KN1K/00046327/3, oraz do posadowionych na tej nieruchomości budynków (dalej **Nieruchomość i Budynki**, a każde z osobna jako: **Nieruchomość i Budynek**), w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynkach.

Operator kwestionuje treść decyzji w takim zakresie, w jakim Prezes UKE odmówił ustalenia warunków dostępu Operatora do Nieruchomości, w tym do posadowionych niej Budynków

w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynkach – z uwagi na istnienie w Budynkach światłowodowej instalacji wewnątrzbudynkowej należącej do Orange Polska S.A. (dalej: OPL).

W ocenie Operatora warunki współkorzystania z sieci OPL nie pozwalają mu na świadczenie usług na konkurencyjnych warunkach i powodują, że świadczenie usług dla mieszkańców Budynku może być nieopłacalne.

Z tego względu, Operator przedkłada korespondencję e-mail pomiędzy nim a OPL, w tym cennik „LLU FIBER” i wniosek o współkorzystanie z sieci OPL, jak również sporządzoną przez siebie kalkulację potwierdzającą, że oferowane warunki dostępu nie zapewniają wnioskodawcom możliwości świadczenia usług mieszkańcom Budynków w zasobach uczestnika na konkurencyjnych warunkach. **Wnoszę o zaliczenie wszystkich ww. dokumentów do materiału dowodowego i uwzględnienie wykazanych okoliczności w treści decyzji dostępowej.**

Z uwagi na poufny charakter korespondencji – w tym cennika „LLU FIBER” i wniosku o współkorzystanie z sieci OPL – oraz kalkulacji wraz z załącznikami **Operator zastrzega, że wszystkie załączniki do niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Operatora i nie powinny zostać opublikowane na stronie internetowej BIP UKE, a ich jawność powinna być wyłączona (zastrzegam objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załączniki do niniejszego pisma).**

Jednocześnie Operator wskazuje, iż infrastruktura znajdująca się w Budynkach nie stanowi infrastruktury telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów prawa. Oznacza to, że wnioskodawcy świadczą usługi w innej technologii niż instalacja telekomunikacyjna w budynku. Oznacza to, że stanowisko dotyczące dublowania sieci jest nieprawidłowe. Z tego względu, **Operator wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin Budynków w celu wykazania faktu, że OPL nie posiada w Budynkach infrastruktury telekomunikacyjnej odpowiadającej wymogom wynikających z przepisów prawa.**

Operator przedstawia także swoje zastrzeżenia oraz zgłasza propozycje zmian warunków dostępu określonych w projekcie decyzji w zakresie dostępu do istniejącej infrastruktury należącej do KOL-NET. Uwzględnienie uwag Operatora umożliwi wydanie zgodnej z prawem decyzji, uwzględniającej wolę stron i zapewniającej niedyskryminujące i proporcjonalne warunki dostępu, zabezpieczające interesy użytkowników końcowych oraz stron.

#### **A. BRAK MOŻLIWOŚCI REALIZACJI INFRASTRUKTURY ŚWIATŁOWODOWEJ – ROZSTRZYGNIĘCIE ZAWARTE W PKT II SENTENCJI DECYZJI**

Wyjaśniam, że w związku z pismem OPL z dnia 2 grudnia 2019 roku, przedstawiciel Operatora – Łukasz Wykpisz – zwrócił się do OPL (za pośrednictwem elektronicznego formularza, zamieszonego na stronie internetowej: <http://www.hurt-orange.pl/>) z

zapytaniem o cennik oraz listę lokalizacji, w której OPL posiada sieć FTTH w promieniu 40 km od Koła (62-600) – dotyczył on również obszaru samego Koła, w tym nieruchomości i budynków położonych przy ulicy Cegielnianej 32A i 32B w Kole.

W odpowiedzi przedstawiciel OPL nie wskazał konkretnych lokalizacji, lecz poinformował Operatora o możliwości skorzystania z bezpłatnego systemu informatycznego – ISI.

OPL nie udzielił żadnych informacji dotyczących przepustowości posiadanych sieci.

Do wiadomości przedstawiciela OPL został załączony dokument – cennik „LLU FIBER”, którego dokładne omówienie znajduje się w kalkulacji.

Operator pismem z dnia 24 stycznia 2020 roku ponownie zwrócił się do OPL z wnioskiem o współkorzystanie z sieci, wnosząc o udzielenie dalszych informacji. Jednocześnie, zaproponował on obniżenie cen zawartych w cenniku „LLU FIBER”, przedstawiając stosowne obliczenia.

Do dnia wniesienia niniejszego stanowiska konsultacyjnego, OPL nie udzielił na nie żadnej odpowiedzi.

**Dowód:** *Korespondencja e-mail pomiędzy OPL a Operatorem, w tym: Cennik „LLU FIBER” oraz wniosek Operatora o współkorzystanie z sieci OPL*

### **1. Dyskryminujące warunki dostępu (ekonomiczna nieopłacalność współkorzystania z infrastruktury Orange Polska S.A.)**

Prezes UKE uznał, że na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie jest możliwe ustalenie warunków Dostępu Operatora do Budynków polegającego na umożliwieniu wykonania przez Operatora światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych w Budynkach.

*Zdaniem Prezesa UKE, udzielenie zgody na wykonanie instalacji telekomunikacyjnej dublującej już istniejącą infrastrukturę nie stanowi realizacji Dostępu, o którym mowa w art. 30 ust. 1 pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju, i nie jest obowiązkiem właściciela, użytkownika wieczystego czy zarządcy nieruchomości. Pełne wykorzystanie dostępnej infrastruktury telekomunikacyjnej jest korzystne zarówno dla podmiotów udostępniających nieruchomości, jak i dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy mogą uniknąć zbędnego przeznaczania znacznych środków na inwestycje infrastrukturalne.*

W ocenie Operatora, stanowisko to jest nieuzasadnione.

Zgodnie z treścią art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej: **Ustawa**), istnieją przypadki, w których Operator ma możliwość realizacji własnej sieci wewnątrzbudynkowej mimo istnienia odpowiedniej infrastruktury. Ma to miejsce gdy istniejąca instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co

najmniej 30 Mb/s nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Przepis art. 30 ust. 1a Ustawy precyzuje, że warunek ten jest spełniony w szczególności w przypadku, w którym oferowane warunki dostępu do instalacji są dyskryminujące lub uniemożliwiają przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych (art. 30 ust. 1a pkt 3 Ustawy), albo sieć określonego przedsiębiorcy nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego z innych uzasadnionych przyczyn (w tym ekonomicznych), możliwa jest budowa własnej telekomunikacyjnej instalacji wewnątrzbudynkowej. Nie ma wątpliwości, że przesłanka ta została spełniona w niniejszej sprawie.

Powyższe świadczy o tym, że Prezes UKE zaniechał badania czy oferowane warunki dostępu do instalacji są dyskryminujące lub uniemożliwiają przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, **w tym cenowych** i jakościowych.

Oznacza to, że projekt decyzji w części, w jakiej Prezes UKE odmawia umożliwienia wykonania instalacji telekomunikacyjnej w Budynkach narusza w sposób rażący przepis art. 30 ust. 1a pkt 3 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit b) Ustawy.

Projekt decyzji jest więc wadliwy i powinien ulec zmianie – Operator powinien mieć możliwość wybudowania światłowodowej instalacji wewnątrzbudynkowej w Budynkach. W szczególności, z uwagi na przedłożone przez Operatora wraz z niniejszym pismem dokumenty, **Prezes UKE powinien dokonać ponownej analizy stanu faktycznego i zbadać, czy współkorzystanie z sieci OPL jest opłacalne dla Operatora w danej sprawie oraz odpowiednio dostosować postanowienia decyzji.**

**Operator załącza nie tylko korespondencję e-mail, ale również sporządzoną przez siebie kalkulację wraz z załącznikami.** Zawarte w niej obliczenia potwierdzają, że współkorzystanie z sieci OPL jest ekonomicznie nieopłacalne dla Operatora, którego ze względu na stosowane ceny usług nie byłoby stać na uiszczanie tak wysokich opłat na rzecz OPL – Operator nie byłoby w stanie zaoferować usług telekomunikacyjnych na konkurencyjnych warunkach. Dodatkowo, korzystanie z infrastruktury OPL jest kosztowniejsze niż budowa własnej infrastruktury przez Operatora, co potwierdza, iż ekonomicznie nieuzasadnione jest współkorzystanie z instalacji OPL.

W niniejszej sprawie z spełniony jest więc warunek z art. 30 ust. 1a pkt 3 Ustawy ora samodzielny określony w art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b Ustawy (istniejąca infrastruktura nie odpowiada Operatorowi z uwagi na to, że zaproponowane warunki dostępu – w tym cenowe – są dyskryminujące).

Operator, oprócz uiszczania opłat na rzecz OPL, nadal będzie obowiązany do pokrycia opłaty jednorazowej oraz stałych opłat miesięcznych, a także do pokrycia innych opłat, jak choćby związanych z korzystaniem z energii elektrycznej (wynika to z postanowień projektu decyzji), co również potwierdza, że współkorzystanie z sieci OPL jest nieopłacalne.

Warunki dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej są ekonomicznie opłacalne jedynie w sytuacji, gdy stanowią one taką część opłaty abonentowej, która pozwala Operatorowi na uzyskiwanie zarobku. Standardowo, umowy z abonentami zawierane są na okres 12 lub 24 miesięcy. Opłaty wskazane w cenniku „LLU FIBER” są okresowe i jednorazowe – muszą być uiszczane od każdego abonenta. Gdyby Operator korzystał z sieci OPL na warunkach wskazanych w cenniku „LLU FIBER”, praktycznie przez cały okres trwania umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych nie uzyskiwałby żadnego zysku – musiałby w pierwszej kolejności „uzyskać zwrot” tego, co uiszczył na rzecz OPL.

Przy ustalaniu, że warunki dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej są ekonomicznie nieopłacalne dla Operatora, powinny być brane pod uwagę jedynie ceny świadczenia usług stosowane przez operatora wnioskującego o dostęp do infrastruktury oraz wysokość opłaty stosowanej za zapewnienie dostępu do infrastruktury przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, do którego skierowano wniosek. Jeżeli adresat wniosku żąda zbyt wysokich opłat i mimo prowadzonych negocjacji nie zgodzi się na ich obniżenie, nie można zmuszać przedsiębiorcy wnioskującego do podwyższenia stosowanych przez siebie cen. W takim przypadku należy uznać, że oferowane warunki dostępu do instalacji są dyskryminujące lub uniemożliwiają przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych, a tym samym, że przesłanka z art. 30 ust. 1a pkt 3 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit b) Ustawy została spełniona.

Operator nie ma obowiązku korzystania z istniejącej infrastruktury, jeżeli nie odpowiada ona jego zapotrzebowaniu (art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b Ustawy). Przykładowe sytuacje, gdy warunek ten jest spełniony określone są w przepisie art. 30 ust. 1a Ustawy, przy czym nie jest to katalog zamknięty. Infrastruktura może nie odpowiadać przedsiębiorcy również ze względów ekonomicznych, jeżeli taniej jest mu wybudować własną instalację, a korzystanie z istniejącej uniemożliwia generowania zysku i wymaga zmiany stosowanej oferty (zatem uniemożliwia konkurowanie na rynku właściwym).

Wykluczone jest, aby Operator był zmuszony do stworzenia nowej oferty detalicznej jedynie dla mieszkańców Budynków. W takiej sytuacji, Operator naraziłby się na zarzut nierównego traktowania klientów. Ceny usług wskazane w treści umów zawartych z mieszkańcami Budynków byłyby inne niż te zamieszczone na stronie internetowej, określające standardowe ceny za świadczenie usług przez Operatora. Niedorzeczne byłoby także wymaganie, aby wnioskodawcy zmienili ceny świadczenia usług wobec wszystkich klientów,



gdyż oznaczałoby, że ceny usług stosowane przez wnioskodawców nie są konkurencyjne. Oznacza to, że zmiana ceny świadczenia usług uniemożliwiłaby dalsze funkcjonowanie wnioskodawców na rynku właściwym.

Powyższe potwierdza, że możliwość wydania decyzji określającej warunki budowy sieci równoległej nie jest wyłączona, a powielanie sieci uzależnione jest od spełnienia wymienionych przesłanek. Ze spełnieniem jednej z nich mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Oznacza to, że warunki dostępu oferowane przez OPL są dyskryminujące i ekonomicznie nieopłacalne, zatem nie odpowiadają potrzebą Operatora.

## 2. Tajemnica przedsiębiorstwa

Jak wskazano w początkowej części pisma, korespondencja e-mail (w tym cennik „LLU FIBER” i wniosek o współkorzystanie z sieci skierowany do OPL) oraz kalkulacja wraz z załącznikami została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, w związku z czym nie jest możliwe jej udostępnienie na stronie BIP UKE wraz z treścią niniejszego stanowiska (jawność korespondencji między Operatorem a OPL oraz jawność kalkulacji wraz z załącznikami została wyłączona).

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 z późn. zm., dalej: ZNK). Zgodnie z przywołanym przepisem, *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*. Wszelkie dane znajdujące się w kalkulacji sporządzonej przez Operatora i w załączonych do niej dokumentach, takich jak umowy, faktury, rachunki etc., spełniają powyższe wymagania. Dotyczy to także korespondencji e-mail wraz z cennikiem „LLU FIBER”, która zawiera informacje na temat negocjacji prowadzonych pomiędzy stronami.

Powszechnie przyjmuje się, że określenia *"informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa"* należy interpretować szeroko (zob. S. Sołtysiński, Sz. Gogulski, *Komentarz do art. 11 ZNK* (w:) J. Szwaja (red.) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Legalis).

Bez wątplenia korespondencja e-mail pomiędzy Operatorem a OPL oraz sporządzona przez Operatora kalkulacja i załączone do niej dokumenty posiadają **wartość gospodarczą – zawierają one informacje techniczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, związane z jego funkcjonowaniem**. Są one ściśle związane z działalnością gospodarczą prowadzoną

przez wnioskodawców, polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych oraz realizacji infrastruktury potrzebnej do świadczenia tych usług. Dotyczy to m.in. informacji dotyczących kosztów budowy infrastruktury wewnątrzbudynkowej ponoszonych przez Operatora, kosztów przyłączenia jednego abonenta, kosztów współkorzystania z sieci, jakie byłyby opłatalne dla Operatora. Co więcej, do kalkulacji zostały załączone stosowne dokumenty, takie jak m.in. umowy, rachunki czy faktury VAT.

Mimo zachowania najwyższych standardów związanych z ochroną danych osobowych, umowy mogą zawierać dane pozwalające na zidentyfikowanie kręgu klientów korzystających z usług Operatora. Oznacza to, że ujawnienie treści umów może narazić Operatora na zarzut naruszenia przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. Mogą one także wskazywać w jakich miejscach wnioskodawcy posiadają już własną infrastrukturę.

Załączone do kalkulacji rachunki czy faktury VAT określają koszty budowy wewnątrzbudynkowej infrastruktury telekomunikacyjnej czy koszty przyłączenia jednego abonenta. Na fakturach i rachunkach znajdują się nazwy i poszczególne typy (rodzaje) elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym udostępnianych abonentom urządzeń końcowych. Co więcej, zawierają one dane dostawców Operatora, co pozwoliłoby poznać źródła zaopatrzenia wnioskodawców.

Korespondencja między Operatorem a OPL ma poufny charakter. Wniosek o współkorzystanie z sieci odnosi się do warunków współkorzystania z sieci, jakie zaproponował OPL oraz przedstawia koszty, jakie Operator byłby gotowy ponieść. Są to więc informacje ściśle związane z organizacją przedsiębiorstwa wnioskodawców.

Powyższe świadczy o tym, że korespondencja z OPL (w tym cennik „LLU FIBER” i wniosek o współkorzystanie z sieci OPL), a także kalkulacja i załączone do niej dokumenty zawierają dane, które nie powinny być powszechnie znane, gdyż zagrażałoby to interesom wnioskodawców. W szczególności, dostępu do tych informacji nie powinni mieć konkurenci na rynku.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 15 marca 2012 r. Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt: II SA/Wa 128/12, *informacja techniczna obejmuje całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez przedsiębiorcę*. Oznacza to, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są w szczególności dane dotyczące infrastruktury telekomunikacyjnej, która jest budowana, a następnie eksploatowana przez przedsiębiorcę. Dotyczy to także poszczególnych jej elementów.

Podkreślam, że zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 marca 2016 r., sygn. akt: II GSK 2499/14, ***nie ulega wątpliwości, że informacje zawarte w uzasadnieniu kosztowym opłat za usługę dostępu do Internetu rodzajowo mieszczą się w pojęciu informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Są to bowiem m.in.***

*informacje dotyczące podstaw i sposobów wyliczania kosztów działalności przedsiębiorstwa, w oparciu o które buduje się ofertę dostępu do świadczonych przez niego usług. Poza sporem jest również, że te informacje mają charakter poufny. Nie są udostępnione do wiadomości powszechnej.*

Jednocześnie podkreślam, że cała treść wszystkich załączonych dokumentów została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa – nie jest więc możliwe przygotowanie wersji jawnej ww. dokumentów. Wszystkie zawarte w nich dane zostały utajnione.

### **3. Przyczyny techniczne, świadczące o tym, iż infrastruktura OPL nie odpowiada zapotrzebowaniu wnioskodawców (brak dublowania sieci).**

Projekt decyzji jest także sprzeczny z art. 2 pkt 8a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *prawo telekomunikacyjne* (t.j. Dz.U. z 2019, poz. 2460 z późn. zm, dalej: **PT**) w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b i a w zw. z art. 30 ust. 1a pkt 4 Ustawy, z uwagi na to, iż posiadana przez OPL w Budynkach infrastruktura wewnątrzbudynkowa nie stanowi infrastruktury telekomunikacyjnej w rozumieniu obecnie obowiązujących regulacji prawnych.

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 8a PT, instalacja telekomunikacyjna budynku to *elementy infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności kable i przewody wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi, począwszy od punktu połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną (przełącznica kablowa) lub od urządzenia systemu radiowego do gniazda abonenckiego.*

Natomiast w myśl art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b Ustawy, możliwość budowy instalacji wewnątrzbudynkowej została uzależniona od tego, czy istniejąca instalacja nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Z art. 30 ust. 1a pkt 4 Ustawy wynika natomiast, że warunek jest spełniony zwłaszcza gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczy usługi **w innej technologii niż instalacja telekomunikacyjna w Budynkach.**

Z informacji posiadanych przez wnioskodawców wynika, że obecnie OPL nie dysponuje zrealizowaną infrastrukturą światłowodową, która spełniałaby wymogi z art. 2 pkt 8a PT, zatem obecnie w Budynkach nie ma instalacji światłowodowej w rozumieniu przepisów prawa (taka instalacja mogłaby być zrealizowana na zamówienie klienta OPL, który musiałby także ponieść koszty związane z jej budową). **Oznacza to, że OPL nie posiada infrastruktury od punktu połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną (przełącznica kablowa) lub od urządzenia systemu radiowego do gniazda abonenckiego.**

Istniejąca w Budynkach instalacja telekomunikacyjna nie spełnia wymogów technologicznych (instalacji wewnątrzbudynkowej światłowodowej jeszcze nie ma). Innymi słowy, OPL nie ma zbudowanej sieci dostępowej do każdego abonenta w zasobach Udostępniającego, tj. nie posiada wprowadzonego włókna światłowodowego do każdego mieszkania.



Tym samym, w przypadku chęci wynajęcia od OPL Lokalnej Pętli Światłowodowej, powinna ona wybudować („dobudować”) na skutek zamówienia (wniosku) Operatora, nieistniejący jeszcze odcinek LLU. W praktyce oznaczać to będzie położenie od kilku do kilkudziesięciu metrów kabla przyłączeniowego w szachcie teletechnicznym (bez konieczności naruszania struktury budynku), przy czym koszty realizacji dodatkowych elementów infrastruktury – zgodnie z kosztorysem – ponosić będą wyłącznie wnioskodawcy.

Na dzień dzisiejszy istnieje jedynie sieć dystrybucyjna, przygotowana do podłączenia abonentów a taką sieć światłowodową (przyłącze do budynku oraz umiejscowienie punktu rozdzielczego np. w piwnicy), wnioskodawcy mogą realizować już na mocy zaskarżonej decyzji. **Powyższe oznacza, że argument dublowania sieci jest nietrafny – nie można mówić o istnieniu sieci, skoro brak jest instalacji do każdego abonenta.** Tym samym infrastruktura OPL nie odpowiada potrzebom wnioskodawców i nie spełnia wymogów instalacji telekomunikacyjnej budynku w rozumieniu PT. Brak jest istnienia przeszkody uniemożliwiającej Operatorowi zrealizowania instalacji światłowodowej w Budynkach.

Podsumowując uznać należy, iż OPL nie zrealizowała pełnej instalacji FTTH w Budynkach, lecz zapewniła sobie taką możliwość w razie potrzeby. Zwykle OPL realizuje instalacje dopiero po pozyskaniu abonenta lub zgłoszenia zapotrzebowania przez współpracującego operatora, zgodnie z jego „zamówieniem” oraz żądając od niego poniesienia dodatkowych kosztów – kosztów realizacji nowych elementów sieci telekomunikacyjnej. Taka praktyka nie jest równoznaczna z posiadaniem instalacji FTTH, którą już w chwili obecnej Operator mógłby korzystać. Argument dublowania sieci jest nietrafny – nie można mówić o istnieniu sieci, skoro brak jest łącza do każdego abonenta – a tym samym sieć OPL nie odpowiada potrzebom Operatora.

**W celu potwierdzenia powyższych okoliczności, Operator wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin Budynków w celu wykazania faktu, że OPL nie posiada w Budynkach infrastruktury telekomunikacyjnej odpowiadającej wymaganiom wynikających z przepisów prawa.**

**Dowód:** *ogłędziny Budynków*

Katalog określony w art. 30 ust. 1a Ustawy jest otwarty, zatem uznać należy (szczególnie mając na uwadze treść ust. 4 tego przepisu), że brak pełnej instalacji wewnątrzbudynkowej w technologii za pomocą której świadczą usługi wnioskodawcy potwierdza brak możliwości wykorzystania istniejącej instalacji wewnątrzbudynkowej. Oznacza to, że Prezes UKE powinien zmienić projekt decyzji i wyrazić zgodę na wybudowanie przez Operatora własnej infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach oraz określić warunki jej budowy.

## **B. WARUNKI DOSTĘPU DO ISTNIEJĄCEJ INFRASTRUKTURY**

### **I. Proporcjonalne warunki dostępu. Prymat woli stron i ograniczone prawo do zastosowania rozwiązań alternatywnych**

Zasada określania proporcjonalnych warunków dostępu zobowiązuje Prezesa UKE do wyboru środków najmniej uciążliwych dla stron, a koniecznych do realizacji celu, jakim jest zapewnienie wnioskodawcom dostępu do Nieruchomości i Budynków, z jednoczesnym zabezpieczeniem interesów udostępniającego i mieszkańców Budynków. Za nieuzasadnione należy uznać określenie warunków dostępu w sposób uciążliwy dla Operatora – w szczególności nakładający na niego dodatkowe obowiązki, takie jak np. obowiązek uiszczenia kaucji mimo posiadanej polisy OC.

Prezes UKE w decyzji powinien przede wszystkim ustalić i rozstrzygnąć kwestie sporne pomiędzy wnioskodawcami i uczestnikiem, a jakiegokolwiek rozwiązania alternatywne mogą być zastosowane wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych przepisami prawa. Prymat woli stron wynika wprost z przepisu art. 22 ust. 5 i 8 oraz art. 21 ust. 2a Ustawy. W przypadku zastosowania przez Prezesa UKE rozwiązań alternatywnych strony mogą podpisać umowę, a w zakresie objętym porozumieniem stron decyzja dostępowa wygaśnie (Prezes UKE stwierdzi w tym zakresie wygaśnięcie decyzji).

Jeżeli propozycja stron (strony) spełnia wymagania wskazane w art. 22 ust. 1 Ustawy to Prezes UKE nie ma podstawy do dowolnego wybrania rozwiązań alternatywnych.

Podkreślić należy, że w uzasadnieniu projektu decyzji, Prezes UKE (na stronie 11) wskazał, że *zasada proporcjonalności oznacza, że obowiązki ustalone w ramach decyzji administracyjnej muszą być odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Zasada proporcjonalności jest zawsze związana ze specyficznymi i konkurencyjnymi interesami. Ustalając warunki Dostępu Prezes UKE dobrał takie środki, które z jednej strony będą gwarantowały realizację uprawnień przysługujących Operatorowi, z drugiej zaś będą możliwie najmniej uciążliwe dla Udostępniającego.*

### **II. Zastępcze usunięcie szkody – § 2 ust. 12**

Omawiane postanowienie ustala sposób usuwania ewentualnych szkód, przewidując możliwość wykonania zastępczego, o ile Operator nie usunie szkody w terminie 14 dni. Zdaniem Operatora, proponowany termin jest za krótki – często usunięcie szkody będzie wiązało się z konsultacjami z Udostępniającym oraz podmiotami trzecimi.

Wnoszę o zmianę postanowienia § 2 ust. 1 ww. decyzji poprzez nadanie mu brzmienia:

*Operator jest zobowiązany do usunięcia szkód wynikających bezpośrednio z wykonywania uprawnień określonych w ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b niezwłocznie, nie później niż w terminie*

**30 dni od dnia ich zgłoszenia. W przypadku nieusunięcia udokumentowanych szkód, za które odpowiedzialność ponosi Operator, w wyżej wymienionym terminie, Udostępniający, za uprzednim wezwaniem Operatora, z wyznaczeniem dodatkowego, co najmniej 14-dniowego terminu, może je usunąć we własnym zakresie na koszt Operatora.**

### **III. Informowanie o przypadkach naruszenia integralności sieci i awariach – § 3 ust. 2 i 3**

Zgodnie z treścią przywołanego postanowienia, obowiązkiem Udostępniającego jest niezwłoczne poinformowanie Operatora o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury.

W przypadku nałożonego na Udostępniającego niezwłocznego informowania Operatora o wszelkich pracach inwestycyjnych i awariach mogących mieć wpływ na infrastrukturę (§ 3 ust. 2), doprecyzowano, że Udostępniający ma obowiązek poinformowania Operatora co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia. W naszej ocenie, wystarczający byłby termin 3 dni.

Pojęcie „niezwłocznie” jest nieostre, dlatego określenie czasu, w jakim Operator powinien być poinformowany o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury oraz o awariach, powinien być również doprecyzowany.

O sytuacjach tego rodzaju, Udostępniający powinien poinformować Operatora jak najszybciej, tj. w ciągu kilkudziesięciu godzin – np. w ciągu 24 h od chwili wystąpienia awarii lub powzięcia informacji o naruszeniu integralności infrastruktury – tak aby Operator mógł możliwie najszybciej powziąć odpowiednie działania i tym samym zapewnić integralność sieci.

Należy przy tym mieć na uwadze, że obowiązek informowania Operatora o wystąpieniu awarii i sposób komunikowania się stron wynika także z § 5 ust. 2 projektu decyzji.

Proponujemy, aby § 3 ust. 2 decyzji otrzymał następujące brzmienie:

*§ 3 ust. 2 – Udostępniający jest zobowiązany do niezwłocznego informowania Operatora o:*

- a) zaplanowanych pracach inwestycyjnych lub remontowych mogących mieć wpływ na infrastrukturę – co najmniej 3 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia,*
- b) wystąpieniu awarii – nie później niż w ciągu 24 h od wystąpienia awarii, z zastrzeżeniem § 5 ust. 2.*

*§ 3 ust. 3 – Udostępniający jest zobowiązany także do niezwłocznego informowania Operatora o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury – nie później niż w ciągu 24 h od powzięcia wiadomości o naruszeniu integralności infrastruktury.*

### **IV. Sporządzenie Schematu Infrastruktury - § 4 ust. 1, 2 i 3 decyzji**

W § 4 projektu decyzji znajdują się postanowienia dotyczące między innymi inwentaryzacji istniejącej infrastruktury należącej do Operatora, nakładającej na niego obowiązki w zakresie sporządzenia i przekazania Udostępniającemu Schematu Infrastruktury, tj. projektu instalacji telekomunikacyjnych Budynków oraz przyłączy telekomunikacyjnych, które przedstawiają rzeczywisty stan Infrastruktury Operatora posadowionej na Nieruchomości i w Budynkach.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 projektu decyzji, sporządzenie Schematu Infrastruktury przez Operatora i przekazanie go Udostępniającemu, powinno nastąpić w ciągu 7 dni od dnia doręczenia decyzji Udostępniającemu. Natomiast w sytuacji, w której Operator nie posiadałby Schematu Infrastruktury, powinien on być sporządzony i przekazany Udostępniającemu w terminie 21 dni od dnia zakończenia weryfikacji stanu infrastruktury przez Operatora.

W ocenie Operatora terminy wskazane w § 4 ust. 1 i 3 projektu decyzji są zbyt krótkie i powinny ulec wydłużeniu – w przypadku określonym w § 4 ust. 1 co najmniej do 30 dni a w przypadku określonym w § 4 ust. 3 projektu decyzji – co najmniej do 60 dni, zwłaszcza, że decyzja dostępowa dotyczy więcej niż jednego budynku. Czas, w jakim Operator ma przedłożyć Udostępniającemu Schemat Infrastruktury powinien być odpowiedni – tj. uwzględniać długość okresu, jaka jest wymagana do sporządzenia kopii posiadanego Schematu Infrastruktury bądź jego sporządzenia. Operator w trakcie wykonywania tych czynności będzie obowiązany także do wypełniania innych (bieżących) obowiązków wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej. Operator może więc z obiektywnych powodów nie móc przedstawić Udostępniającemu Schematu Infrastruktury w terminie określonym w projekcie decyzji.

Ponadto, mogą zdarzyć się przypadki, w których Operator, mimo posiadanego Schematu Infrastruktury, chciałby dokonać jego aktualizacji przed przekazaniem go Udostępniającemu, wynikającego m.in. z instalowania elementów Infrastruktury służących do przyłączania nowych Abonentów, które nastąpiły w miarę ich pozyskiwania przez Operatora. Operator powinien więc mieć możliwość dostępu do Budynków nie tylko w celu przygotowania Schematów Infrastruktury, ale także w celu ich weryfikacji bądź aktualizacji, jeżeli zostały one wcześniej sporządzone. Udostępniający powinien bowiem otrzymać aktualny Schemat Infrastruktury.

Proponujemy, aby § 4 ust. 2 decyzji uzyskał następujące brzemienne:

*§ 4 ust. 2 – W przypadku nieposiadania przez Operatora Schematów Infrastruktury lub istnienia innej uzasadnionej potrzeby Operatora, Udostępniający jest zobowiązany w terminie 3 dni roboczych od dnia zgłoszenia się z wnioskiem przez Operatora umożliwić Operatorowi dostęp do Nieruchomości, w tym do Budynków, celem przygotowania*

*Schematów Infrastruktury lub weryfikacji bądź aktualizacji sporządzonych Schematów Infrastruktury przed przekazaniem ich Udostępniającemu.*

#### **V. Zabezpieczenie szkód w drodze kaucji - § 4 ust. 13-14**

W projekcie decyzji dostępowej Prezes UKE jako środek zabezpieczenia interesów Udostępniającego (w razie wystąpienia ewentualnych szkód wynikających z wykonywania praw i obowiązków przez Operatora, wynikających z decyzji dostępowej) zaproponował zapłatę kaucji.

Zdaniem Operatora, wystarczające zabezpieczenie wykonywanej inwestycji stanowiłoby przedstawienie przez niego posiadanej polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej (polisy OC).

Zaproponowany przez Prezesa UKE środek jest zbyt uciążliwy dla Operatora i ogranicza środki pieniężne, jakimi może on dysponować. Nadto, kaucja w przeciwieństwie do polisy OC, nie zabezpiecza pełnej wysokości potencjalnej szkody.

Procedura dotycząca wpłaty/zwrotu kaucji jest uciążliwa zarówno dla Operatora, jak i Udostępniającego. Wpłata oraz zwrot kaucji jedynie niepotrzebnie wydłużają proces realizacji inwestycji, rodzą problemy fiskalne u obu stron (problem korzystania z cudzego kapitału, naliczania odsetek i ich zwrotu oraz opodatkowania) oraz realnie zwiększają koszty funkcjonowania wnioskodawcy, jak i Udostępniającego, związane z obsługą finansową rozliczeń kaucji (koszty pracowników dokonujących rozliczeń).

Podkreślam, że Operator zamierza realizować sieci w więcej niż jednym Budynku, a zgodnie z postanowieniami projektu decyzji kaucja w wysokości 1.000,00 zł (słownie: tysiąc złotych i 00/100 groszy) powinna być wniesiona za każdy budynek, w którym będą wykonywane prace.

Zabezpieczenie ewentualnych roszczeń obowiązkiem posiadania polisy zamiast kaucją jest korzystniejsze zarówno dla Uczestnika, jak i mieszkańców Budynków oraz Operatora z następujących względów:

- a) kaucja zabezpiecza naprawę szkód wyłącznie do kwoty jej wysokości (1.000,00 zł), natomiast posiadanie polisy zapewnia możliwość uzyskania odszkodowania w rzeczywistej wysokości szkody (praktycznie niemożliwe jest powstanie szkody przewyższającej wysokość ubezpieczenia objętego wyżej wskazaną polisą),
- b) wniesienie kaucji czasowo pozbawia Operatora znacznych środków finansowych, które mógłby przeznaczyć na rozbudowę swojej sieci i świadczenie usług użytkownikom końcowym,
- c) wypłata niezbędnego odszkodowania przez ubezpieczyciela umożliwia szybkie, sprawne i całkowite naprawienie szkody,



d) zabezpieczenie umowy polisą jest mniej kosztowne, nie rodzi dodatkowych obowiązków fiskalnych po stronie żadnej ze stron oraz znacząco usprawnia i przyspiesza realizację elementów Infrastruktury przez Operatora.

**Mając powyższe na uwadze, wnioskodawcy proponują rezygnację z kaucji na poczet obowiązku posiadania polisy OC, tym bardziej, że w projektach kilku decyzji dostępowych, przykładowo o numerze DHRT.WWM.6171.151.2017 oraz DHRT.WWM.6171.162.2018, udostępnionych na stronie BIP UKE<sup>1</sup>, w § 4 pkt 9 i nast. przywołanych decyzji, Prezes UKE pozwolił stronom projektowanej decyzji na wybór zabezpieczenia pomiędzy zapłatą kaucji, a przedłożeniem polisy ubezpieczeniowej.**

Nie ma znaczenia, że ww. decyzje dotyczyły realizacji infrastruktury w budynkach deweloperskich, tj. jeszcze przed oddaniem budynków do użytkowania. Takie postanowienia decyzji dostępowych stanowią przejaw nierównego traktowania Operatorów w zależności od tego, do jakiego rodzaju budynku uzyskują oni dostęp. To, czy wobec danego budynku wydano decyzję pozwalającą na jego użytkowanie, jest nieistotne z punktu widzenia konieczności należytego zabezpieczenia wystąpienia ewentualnych szkód.

Abstrahując od zaproponowanego przez Operatora sposobu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń wskazać należy, iż wysokość kaucji określonej w projekcie decyzji jest wygórowana jak na wykonywanie przez Operatora uprawnień związanych z wymianą okablowania i pozostałych elementów Infrastruktury, o ile nie będzie to skutkowało zmianą technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz wykonania nowych instalacji elektrycznych, które Operator będzie uprawniony i zobowiązany utrzymać, eksploatować, konserwować i remontować. Zdaniem Operatora, maksymalna wysokość głównej kaucji powinna wynosić 500,00 zł. Zabezpieczenie decyzji kaucją określoną w konsultowanym projekcie (rodzaj zabezpieczenia i wysokość kaucji) jest środkiem nieproporcjonalnym i dyskryminującym Operatora, mając na uwadze zebrany materiał dowodowy. Prezes UKE, podczas ustalania warunków dostępu do Nieruchomości i Budynku powinien brać pod uwagę zasadę proporcjonalności i niedyskryminacji. Powinien on zapewnić stronom równe warunki dostępu.

Z tego powodu, w przypadku nieuznania słuszności argumentacji Operatora co do możliwości zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Udostępniającego przedłożeniem polisy ubezpieczeniowej, Operator wnosi przynajmniej o określenie kaucji w wysokości nieprzekraczającej 500,00 zł za budowę sieci we wszystkich Budynkach.

---

<sup>1</sup> Odpowiednio <https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-prezesa-uke-dla-sky-net-sp-z-o-o-,402.html> oraz <https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-prezesa-uke-dla-naszasiec-net-krakow-damian-murzynowski,889.html>

Wprowadzenie obowiązku stosowania kaucji jest środkiem nieproporcjonalnym i dyskryminującym mając na uwadze projekty decyzji o numerze DHRT.WWM.6171.151.2017 oraz DHRT.WWM.6171.162.2018 oraz następnie wydane decyzje. Z tego względu, brak umożliwienia zabezpieczenia inwestycji polisą OC jest niezgodny z przepisem art. 22 ust. 1 Ustawy i dyskryminujący wnioskodawców w stosunku do Skynet sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Damiana Murzynowskiego prowadzącego działalność pod firmą NASZASIEC.NET KRAKÓW DAMIAN MURZYNOWSKI (strony decyzji o numerze DHRT.WWM.6171.151.2017 oraz DHRT.WWM.6171.162.2018).

## **VI. Podsumowanie**

Prezes UKE przy przygotowywaniu projektu decyzji nie zbadał wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności uznał, że Operator nie może zrealizować w Budynkach własnej sieci światłowodowej, mimo że z okoliczności sprawy wynika, że współkorzystanie z infrastruktury OPL jest nieopłacalne dla Operatora – warunki dostępu do infrastruktury są dyskryminujące, a ponadto OPL nie posiada infrastruktury telekomunikacyjnej w Budynkach, która spełniałaby wymagania wynikające z przepisów prawa. Przy określaniu postanowień dotyczących legalizacji sieci, Prezes UKE nie tylko nie uwzględnił wszystkich kryteriów wskazanych w art. 22 ust. 1 Ustawy, ale jednocześnie zastosował niczym nieuzasadnione rozwiązania (np. w przypadku nałożenia na Operatora obowiązku uiszczenia kaucji).

Przy ustaleniu opisanych wyżej procedur Organ nie wziął pod uwagę interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz potrzeby rozwoju nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej i promowania nowoczesnych usług telekomunikacyjnych. Rozwój infrastruktury i związany z nim rozwój konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego jest korzystny dla użytkowników końcowych, wymaga jednak, aby Operator mógł na dogodnych warunkach korzystać z nieruchomości, w tym aby nie ponosił zbędnych kosztów.

Z uwagi na powyższe, zaproponowane zmiany należy uznać za uzasadnione i konieczne, aby decyzja spełniała wymogi przewidziane przepisami Ustawy.

*Z poważaniem,*

  
Ewelina Grabiec  
RADCA PRAWNY

### Załączniki:

- a) Korespondencja e-mail pomiędzy OPL a Operatorem, w tym:
  - Cennik „LLU FIBER”,
  - Wniosek o współkorzystanie z sieci OPL,
- b) Kalkulacja wraz z załącznikami.