

Katowice, dnia 20 lutego 2020 roku

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

Wnioskodawca: DG-NET spółka akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej
ul. Graniczna 34, 41-300 Dąbrowa Górnicza
KRS: 0000664968
- dalej **Operator**
reprezentowana przez **radcę prawnego Łukasza Bazańskiego**
z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice

Uczestnik postępowania: Spółdzielnia Mieszkaniowa „**PODLESIE**”
ul. Kasprzaka 38, 41-303 Dąbrowa Górnicza
KRS: 0000117877
- dalej **Udostępniający**

Sygn. akt: DR.WWM.6171.89.2019.

Dotyczy: Projektu decyzji

**PISMO WNIOSKODAWCY – STANOWISKO KONSULTACYJNE
DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI W SPRAWIE DR.WWM.6171.89.2019.**

Działając w imieniu i na rzecz wnioskodawcy (dalej także zwanego jako **Operator**) /pełnomocnictwo w aktach sprawy/, niniejszym przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji ustalającej warunki dostępu do nieruchomości gruntowych położonych w Dąbrowie Górniczej przy ul. Kasprzaka 30, 34, 38, dla której Sąd Rejonowy w Dąbrowie Górniczej prowadzi księgę wieczystą o numerze: KA1D/0009502/7 i przy ul. Tysiąclecia 17, 19, 21, 29, dla której Sąd Rejonowy w Dąbrowie Górniczej prowadzi księgę wieczystą o numerze: KA1D/00010750/0 oraz do posadowionych na tych nieruchomościach budynków, znajdujących się w zasobach Spółdzielni Mieszkaniowej „**PODLESIE**” (zwane dalej **Nieruchomość i Budynki**, a każde z osobna jako: **Nieruchomość i Budynek**), w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynkach.

Wnioskodawca przedstawia swoje zastrzeżenia oraz zgłasza propozycje zmian warunków dostępu określonych w projekcie decyzji. Uwzględnienie uwag wnioskodawcy umożliwi wydanie zgodnej z prawem decyzji, uwzględniającej wolę stron i zapewniającej

niedyskryminujące i proporcjonalne warunki dostępu, zabezpieczające interesy użytkowników końcowych oraz stron.

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 wnioskodawcy dostępu do Nieruchomości i Budynków, z jednoczesnym zabezpieczeniem interesów udostępniającego i przyszłych mieszkańców Budynków. Za nieuzasadnione należy uznać określenie warunków dostępu w sposób uciążliwy dla wnioskodawcy – w szczególności, nakładający na niego dodatkowe obowiązki, przedłużające chwilę, w której rozpocznie się świadczenie usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców Budynków, a także obowiązek uiszczenia kaucji.

Prezes UKE w decyzji powinien przede wszystkim ustalić i rozstrzygnąć kwestie sporne pomiędzy wnioskodawcą 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 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.

II. Zastępcze usunięcie szkody – § 2 ust. 12

Wskazane 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, ponieważ często usunięcie szkody będzie wiązało się z konsultacjami z Udostępniającym oraz podmiotami trzecimi¹.

Wnoszę o zmianę postanowienia § 2 ust. 12 w decyzji, poprzez nadanie mu brzmienia:

*Operator jest zobowiązany do usunięcia szkód wynikających bezpośrednio z wykonywania uprawnień określonych w ust. 1 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***

¹ Dotyczy to zwłaszcza Posiadacza KTB lub KK, o którym mowa w § 4 ust. 3 projektu decyzji.

Operatora, z wyznaczeniem dodatkowego, co najmniej 14-dniowego terminu, może je usunąć we własnym zakresie na koszt Operatora.

III. Informowanie o przypadkach naruszenia integralności przyłączy – § 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 projektu decyzji), doprecyzowano, że Udostępniający ma obowiązek poinformowania Operatora co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia.

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 i 3 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 7 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. Postanowienia dotyczące wykorzystania infrastruktury technicznej - § 4 decyzji

W projekcie decyzji, w § 4 zatytułowanym „wykorzystanie infrastruktury technicznej” znajdują się postanowienia dotyczące umieszczenia okablowania w kanalizacji telekomunikacyjnej Budynków (w skrócie: KTB) oraz dotyczące umieszczenia linii kablowych, stanowiących przyłącza telekomunikacyjne, w istniejącej kanalizacji kablowej (w skrócie: KK),

a także przewiduje przypadki, w których możliwa będzie realizacja własnej kanalizacji – KTB lub KK.

W ocenie Operatora nie istnieją żadne racjonalne powody, które przemawiałyby za nałożeniem na Operatora obowiązku skorzystania z KTB lub KK należącej do Udostępniającego, lub innego podmiotu.

Podkreślić należy, że zgodnie z projektem decyzji, dostęp do Nieruchomości i Budynków będzie polegał m.in. na możliwości budowy infrastruktury wewnątrzbudynkowej przez Operatora. Skoro kanalizacja kablowa jest jednym z elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, Operator powinien mieć bezwarunkową możliwość realizacji całej infrastruktury, a nie tylko poszczególnych jej elementów.

Zgodnie z art. 2 pkt 27b ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *prawo telekomunikacyjne* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2460 z późn. zm., dalej: **PT**), przyłącze telekomunikacyjne to:

- a) *odcinek linii kablowej podziemnej, linii kablowej nadziemnej lub kanalizacji kablowej, zawarty między złączem rozgałęźnym a zakończeniem tych linii lub kanalizacji w obiekcie budowlanym,*
 - b) *system bezprzewodowy łączący instalację wewnętrzną obiektu budowlanego z węzłem publicznej sieci telekomunikacyjnej*
- *umożliwiający korzystanie w obiekcie budowlanym z publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.*

Z przywołanej definicji wynika, że przyłącze telekomunikacyjne stanowi także odcinek kanalizacji kablowej, a nie tylko linię kablową. Z kolei, art. 30 ust. 1 pkt 2 Megaustawy wskazuje, że dostęp do nieruchomości i budynku może polegać także na *umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku*. Możliwość realizacji własnego przyłącza nie była i nadal nie jest uwarunkowana spełnieniem żadnych dodatkowych przesłanek. Potwierdził to także Prezes UKE, który w projekcie decyzji wskazał, że *w aktualnym stanie prawnym na Udostępniającym ciąży obowiązek zapewnienia Dostępu w zakresie umożliwienia doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku bez konieczności badania, czy jest możliwe wykorzystanie istniejących przyłączy telekomunikacyjnych doprowadzonych do budynku (art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju).*

Nałożenie na wnioskodawcę obowiązku wykorzystania istniejącej kanalizacji kablowej (KK) w celu umiejscowienia w niej linii kablowej stanowiącej przyłącze, jest więc nieuzasadnione – kanalizacja kablowa stanowi część (element) przyłącza. To samo dotyczy nałożenia na wnioskodawcę obowiązku skorzystania z istniejącej KTB. Co prawda, od dnia 25 października 2019 roku, zgodnie z art. 30 ust. 5 pkt 3 Megaustawy, Prezes UKE jest

obowiązany określić warunki dostępu do nieruchomości i budynku, kierując się potrzebą jak najefektywniejszego wykorzystania istniejącej infrastruktury technicznej znajdującej się na nieruchomości, w tym w budynku, jednakże w ocenie wnioskodawcy zaproponowane przez Prezesa UKE postanowienie decyzji jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Z art. 30 Megaustawy nie wynika, aby celem ustawodawcy było zawężenie definicji przyłącza, określonej w PT, wyłącznie do linii kablowej. Przywołany przepis nie uprawnia Prezesa UKE do nałożenia na wnioskodawcę obowiązku skorzystania z KTB należącej do Udostępniającego, jeśli Prezes UKE zapewnił Operatorowi możliwość realizacji własnej sieci wewnątrzbudynkowej.

Projekt decyzji budzi wątpliwości zwłaszcza w zakresie, w jakim obliguje on do korzystania przez Operatora z KTB lub KK **należącej do osób trzecich, niebędących stroną niniejszego postępowania – Posiadacza KK/KTB**, którego § 4 ust. 3 projektu decyzji, definiuje jako podmiot inny niż Udostępniający, któremu przysługuje tytuł prawny do KK/KTB. Jednocześnie, Prezes UKE zastrzega, że w tym przypadku konieczne będzie podpisanie umowy lub uzyskanie decyzji administracyjnej łączącej Operatora z Posiadaczem KK/KTB.

Obecne brzmienie § 4 projektu decyzji może prowadzić do znacznego wydłużenia okresu realizacji całej infrastruktury wewnątrzbudynkowej oraz przyłącza (a więc rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych), a nawet doprowadzić do nadużyć ze strony Udostępniającego lub jego następców prawnych. Może okazać się, że na nieruchomości (już po zakończeniu budowy) będzie istniała kanalizacja kablowa (KTB lub KK), należąca wyłącznie do Posiadacza KK/KTB – w takim przypadku, zgodnie z obecnym brzmieniem projektu decyzji, Prezes UKE nakłada na Operatora obowiązek, aby mimo uzyskania dostępu do danej Nieruchomości i Budynku na podstawie decyzji dostępowej, konieczne było zwrócenie się o udostępnienie KK/KTB, znajdującej się na tej nieruchomości lub w tym budynku, do podmiotu trzeciego. Znacznie wydłuży to proces realizacji uprawnień Operatora wynikających z decyzji dostępowej, co opóźni rozpoczęcie świadczenia przez niego usług telekomunikacyjnych na rzecz użytkowników końcowych.

Wnioskodawca – mimo uzyskania dostępu do nieruchomości i budynku na podstawie decyzji – w praktyce nie będzie mógł zrealizować przyłącza ani okablowania, a więc świadczyć usług w określonym Budynku przez co najmniej 60 dni². Paradoksalnie, Operator, mimo posiadania tytułu prawnego – w dalszym ciągu nie będzie mógł świadczyć usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców Budynku.

² Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit b i § 4 ust. 2 pkt 2 lit b w zw. z § 4 ust. 3 pkt 2 lit. a projektu decyzji, Operator może zrealizować własną KK/KTB w przypadku, gdy w Posiadacz KK/KTB nie zawrze z Operatorem umowy dotyczącej udostępnienia KTB/KK w terminie 60 dni. Należy doliczyć do tego jeszcze czas realizacji samego przyłącza.

Powyższe jest **sprzeczne z wykładnią celowościową przepisów Megaustawy, a zwłaszcza art. 30 Megaustawy**, której celem jest **ułatwienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym przyspieszenie rozpoczęcia świadczenia tych usług i zapewnienie jak największej ilości użytkowników końcowych możliwości korzystania z tych nowoczesnych usług telekomunikacyjnych**. Podważa to funkcje, jakie ma pełnić decyzja dostępowa. Czas realizacji przez Operatora wynikających z niej uprawnień jest uzależniony nie tylko od współpracy stron niniejszego postępowania, ale również od działań podejmowanych przez osoby trzecie.

Z tego względu, postanowienia nakazujące Operatorowi umieszczenie okablowania w KTB oraz linii kablowej stanowiącej przyłącze w KK należącej do Udostępniającego lub innego podmiotu, powinny zostać wykreślone – przynajmniej w zakresie nałożenia na Operatora obowiązku uzyskania dostępu do kanalizacji (KTB/KK) należącej do innego podmiotu niż Udostępniający. Obowiązek ten jest zbyt daleko idący i wydłuży proces realizacji sieci.

W § 4 ust. 1 pkt 2 oraz w § 4 ust. 2 pkt 2 projektu decyzji przewidziano przypadki, w których realizacja własnej KTB/KK w celu umieszczenia w niej linii kablowej stanowiącej przyłącze przez Operatora będzie możliwa. Ma to mieć miejsce w sytuacji, gdy: na nieruchomości nie ma KTB/KK albo gdy uzyskanie dostępu do KK stanowi trudną do ominięcia przeszkodę.

Użycie spójnika „albo” nie jest przypadkowe – oznacza, że możliwość realizacji przez Operatora własnej KTB/KK jest uwarunkowana sytuacją, w której oba powyższe warunki zostaną jednocześnie spełnione.

Przypadki, w których uzyskanie dostępu do KTB/KK stanowi „trudną do ominięcia przeszkodę” przewiduje § 4 ust. 4 projektu decyzji – ma to mieć miejsce w sytuacji, gdy:

- 1) *na podstawie informacji zebranych na zasadach określonych w § 5 ust. 4 Operator ustali, że KK lub KTB, do której Udostępniającemu przysługuje tytuł prawny, jest niedostępna,*
- 2) *pomimo wystąpienia do Posiadacza KK/KTB z wnioskiem o udostępnienie KK lub KTB na potrzeby realizacji niniejszej decyzji:*
 - a) *Posiadacz KK/KTB w sposób wyraźny odmówił jej udostępnienia lub*
 - b) *w terminie 60 dni od dnia złożenia przez Operatora Posiadaczowi KK/KTB wniosku o jej udostępnienie umowa w tym zakresie nie została zawarta,*
- 3) *stan prawny KK lub KTB jest przedmiotem sporu lub nie można go jednoznacznie ustalić w oparciu o oświadczenia ani Udostępniającego, ani przedsiębiorców telekomunikacyjnych wskazanych przez Udostępniającego zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1 lub deklarujących świadczenie usług w Budynekach zgodnie z aktualnymi danymi ujawnionymi w Systemie Informacyjnym o Infrastrukturze Szerokopasmowej (dalej „SIIS”).*

Wnioskodawca zdaje sobie sprawę, że we wskazanym powyżej pkt 1 i 2 uregulowano inaczej przypadki „trudnej do ominięcia przeszkody”, odnoszącej się do Udostępniającego i Posiadacza KK/KTB. Nie ma to jednak wpływu na fakt, iż przywołane postanowienie projektu decyzji może budzić wątpliwości, zwłaszcza co do rozumienia pojęcia „niedostępności”. Treść postanowienia sugeruje, że „niedostępność” KK/KTB oraz „odmowa udostępnienia” KK/KTB, to dwa odrębne i niezależne od siebie pojęcia.

Uzasadnienie projektu decyzji w żadnym stopniu nie precyzuje znaczenia obu pojęć. Wydaje się jednak, że przez pojęcie „niedostępności” należałoby rozumieć wszelkie sytuacje, w których współkorzystanie z KK/KTB byłoby niemożliwe lub nadmiernie utrudnione na skutek przejściowych lub trwałych przeszkód – niezależnie od tego, czy KK/KTB stanowi własność udostępniającego czy też Posiadacza KK/KTB.

W ocenie Operatora, pojęcie „niedostępności”, o której mowa w § 4 projektu decyzji, powinno być rozumiane analogicznie jak pojęcie niedostępności sieci, określone w art. 30 ust. 1 lit. b w zw. z art. 30 ust. 1a pkt 1-3 Megaustawy.

Zgodnie z powyższą regulacją, warunek niedostępności sieci jest spełniony w szczególności gdy:

- *właściciel instalacji telekomunikacyjnej budynku nie podejmuje negocjacji z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym w sprawie dostępu do tej instalacji;*
- *właściciel instalacji telekomunikacyjnej budynku odmawia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu do tej instalacji;*
- *oferowane warunki dostępu do instalacji są dyskryminujące lub uniemożliwiają przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych.*

Niezależnie od tego, że Operator kwestionuje zasadność nakładania na niego obowiązku uzyskania dostępu do istniejącej KTB w celu umieszczenia w niej okablowania lub istniejącej KK w celu doprowadzenia przyłącza, zwłaszcza należącej do Posiadacza KK/KTB, w jego ocenie wskazane w § 4 ust. 4 pkt 2 przypadki odmowy udostępnienia KK/KTB przez Posiadacza KK/KTB oraz brak zawarcia umowy w terminie 60 dni, powinny zostać ujęte jako przykłady „niedostępności” KK/KTB należącej do Posiadacza KK/KTB.

Co więcej, jako jeden z przykładów „niedostępności” KK/KTB powinna zostać określona sytuacja, w której Udostępniający nie poinformuje Operatora o okolicznościach wskazanych w § 5 ust. 4 pkt 1 projektu decyzji (tj. o tym, komu według wiedzy Udostępniającego, przysługuje tytuł prawny do KK/KTB znajdującej się na Nieruchomości).

Wątpliwości budzi także zaznaczenie, że odmowa udostępnienia KK przez Posiadacza KK musi być „wyraźna” - takie zastrzeżenie nie znajduje się w treści art. 30 Megaustawy. Istnieje ryzyko,

że jeśli z oświadczenie Posiadacza KK/KTB będzie zbyt ogólne, Operator będzie musiał czekać na realizację własnej KK/KTB oraz okablowania i przyłącza do czasu, aż upłynie 60-dniowy termin.

Również wprowadzenie 60-dniowego terminu na zawarcie umowy pomiędzy Posiadaczem KK/KTB a Operatorem, jest niecelowe – jest on stanowczo za długi. Podkreślić przy tym należy, że stosownie do treści art. 30 ust. 5 pkt 1 Megaustawy, termin na zawarcie umowy zapewniającej dostęp do nieruchomości i budynku wynosi 30 dni. Taki sam czas na zawarcie umowy został przewidziany w art. 139 ust. 2 PT, który reguluje przypadki zawarcia umowy o współkorzystanie z sieci. Z tego względu, powinno nastąpić skrócenie terminu na zawarcie umowy z Posiadaczem KK/KTB do maksymalnie 30 dni.

Z tego względu, stanowisko Prezesa UKE, zgodnie z którym *mając na względzie tę wytyczną, w § 4 oraz § 6 ust. 3 sentencji decyzji Prezes UKE określił przesłanki, które muszą być spełnione, by Operator mógł wykonać KK lub KTB. Przyjęte rozwiązanie sprzyja efektywnemu wykorzystaniu istniejącej na Nieruchomościach i w Budynekach KK lub KTB i będzie skutkować tym, że Dostęp będzie jak najmniej dolegliwy dla Udostępniającego lub mieszkańców, gdyż pozwoli uniknąć dublowania KK lub KTB na Nieruchomościach i w Budynekach, jest błędne.*

Podsumowując, Operator wnioskuje o całkowite usunięcie § 4 projektu decyzji.

Natomiast jeśli Prezes UKE uzna to za nieuzasadnione, Operator wnosi o usunięcie z § 4 projektu decyzji obowiązku wykorzystania przez Operatora kanalizacji kablowej należącej do innego podmiotu (Posiadacza KK/KTB). Jednocześnie, w przypadku stwierdzenia że istniejąca KK należąca do Udostępniającego nie istnieje lub uzyskanie do niej dostępu stanowi trudną do ominięcia przeszkodę, Prezes UKE powinien dopuścić – wedle woli Operatora – realizację własnej KK/KTB o ile zostały one zrealizowane i należą do Udostępniającego.

Na marginesie wskazuję, że w razie uwzględnienia postulatów Operatora, usunięciu bądź odpowiedniej modyfikacji powinny ulec także inne postanowienia projektu decyzji, w zakresie dotyczącym wykorzystania KK/KTB należącej do Posiadacza KK/KTB.

V. Obowiązek przedstawienia udostępniającemu dokumentów świadczących o braku możliwości skorzystania z KK/KTB należącej do innego podmiotu niż Udostępniający (Posiadacza KK/KTB) - § 5 ust. 2

Niezależnie od zastrzeżeń i uwag wskazanych w pkt IV niniejszego stanowiska, zdaniem Operatora, postanowienia projektu decyzji dotyczące obowiązku przedkładania Udostępniającemu dokumentacji potwierdzającej istnienie „trudnej do ominięcia przeszkody”, świadczącej o braku możliwości skorzystania z istniejącej KK/KTB, jest niezasadne.

Wystarczające w tym zakresie byłoby powołanie się przez Operatora na zaistnienie takich okoliczności wraz ze wskazaniem faktów, z których one wynikają. Z uwagi na to, że Operator będzie pozostawał w stałym kontakcie z Udostępniającym, a przedłożony przez niego projekt z ostrożności powinien przewidywać alternatywne wykonanie KK/KTB i konieczność uzgodnienia projektu (§ 5 ust. 3 i nast. projektu decyzji), Udostępniający będzie na bieżąco informowany o przebiegu negocjacji z Posiadaczem KK/KTB. Jednocześnie wnioskodawca zdaje sobie sprawę o konieczności zapewnienia Udostępniającemu możliwości zbadania przesłanek świadczących o istnieniu „trudnej do ominięcia przeszkody”, uniemożliwiającej wykorzystanie KK/KTB należącej do Posiadacza KK/KTB.

Wobec tego proponujemy, aby omawiana część decyzji uzyskała brzmienie:

ust. 2. Jeżeli ze względu na brak możliwości skorzystania z KK lub KTB, do której Udostępniającemu nie przysługuje tytuł prawny, Operator zamierza wykonać KK lub KTB, to przekazując Udostępniającemu Projekt do uzgodnienia Operator jest obowiązany wskazać przyczyny potwierdzające spełnienie przesłanek, o których mowa w § 4 ust. 3, wraz z powołaniem się na konkretne okoliczności.

ust. 2a. W sytuacji, gdy Udostępniający poweźmie wątpliwości co do spełnienia przesłanek, o których mowa w § 4 ust. 3, Udostępniający może wezwać Operatora do przedstawienia dokumentów potwierdzających zaistnienie okoliczności wskazanych przez Operatora. Operator jest obowiązany niezwłocznie okazać Udostępniającemu te dokumenty, chyba że nie jest to możliwe. W takim przypadku Operator jest obowiązany poinformować Udostępniającego o przyczynach braku takiej możliwości.

VI. Zabezpieczenie szkód w drodze kaucji - § 6 ust. 2 i 6 oraz § 7 ust. 2 i 4

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), na co wnioskodawca wskazywał we wcześniejszych pismach.

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 odpowiednio 4.000,00 zł lub 1.000,00 zł powinna być wniesiona za każdy budynek, w którym będą wykonywane prace.

Wskazuję, że zabezpieczenie ewentualnych roszczeń obowiązkiem posiadania polisy zamiast kaucją jest korzystniejsze zarówno dla Uczestnika, mieszkańców Budynków oraz Operatora z następujących względów:

- a) kaucja zabezpiecza naprawę szkód wyłącznie do kwoty jej wysokości (4.000,00 zł lub 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 UKE³, 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

³ Odpowiednio <https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-prezesa-uke-dla-skynet-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>

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 wykonywaniem instalacji telekomunikacyjnych Budynków poprzez wykonanie okablowania z kabli światłowodowych, wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi pomiędzy punktem styku w Budynkach a lokalem Abonenta i wykonania przyłączy telekomunikacyjnych do Budynków poprzez doprowadzenie do punktu styku linii kablowej światłowodowej (4.000,00 zł) oraz jak na wymianę okablowania i pozostałych elementów Infrastruktury (1.000,00 zł). Zdaniem Operatora, maksymalna wysokość kaucji powinna wynosić odpowiednio 1.000,00 zł i 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 Budynków 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 odpowiednio 1.000,00 zł (§ 6 ust. 2 projektu decyzji) i 500,00 zł (§ 7 ust. 2 projektu decyzji) za budowę sieci we wszystkich Budynkach.

Jednocześnie podkreślam, iż wprowadzenie obowiązku stosowania kaucji jest środkiem nieproporcjonalnym i dyskryminującym mając na uwadze projekt decyzji o numerze DHRT.WWM.6171.151.2017 oraz DHRT.WWM.6171.162.2018. Z tego względu brak umożliwienia zabezpieczenia inwestycji polisą OC jest niezgodny z przepisem art. 22 ust. 1 Ustawy i dyskryminujący wnioskodawcę 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).

W razie nieuwzględnienia postulatów dotyczących zastąpienia kaucji zabezpieczeniem w postaci polisy OC, Operator wnosi o to, aby postanowienia dotyczące wniesienia i zwrotu kaucji były umieszczone w jednym miejscu (obecnie są one „rozdzielone” przez postanowienia dotyczące innych kwestii).

VII. Podsumowanie

Jak zostało wskazane powyżej, Prezes UKE przy przygotowywaniu projektu decyzji nie tylko nie uwzględnił wszystkich kryteriów wskazanych w art. 22 ust. 1 Ustawy, ale jednocześnie zastosował niczym nieuzasadnione rozwiązania i bez podstawy prawnej (np. obowiązek wykorzystania istniejącej KK/KTB, zabezpieczenie ewentualnych roszczeń Udostępniającego w postaci 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,


Łukasz Bazański
RADCA PRAWNY