itB legal
BAZAŃSKI GRABIEC KANCELARIA
Radców Prawnych Spółka Partnerska

Katowice, dnia 16 marca 2020 roku

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

Wnioskodawca: **Paweł Karnowski**
prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „EAST & WEST" IMPORT EXPORT Paweł Karnowski
ul. Edwarda Raczyńskiego 60, 60-465 Poznań
reprezentowany przez **radcę prawnego Ewelinę Grabiec**
z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice

Uczestnik postępowania: **Spółdzielnia Mieszkaniowa Lokatorsko – Własnościowa „Jeżyce"**
ul. Bonin 8, 60-658 Poznań
KRS: 0000087307

Sygn. akt*: *DHRT.WWM.6171.75.2018
Dotyczy*: *projektu decyzji dostępowej

STANOWISKO KONSULTACYJNE WNIOSKODAWCY DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI W SPRAWIE DHRT.WWM.6171.75.2018

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 położonych w Poznaniu, wskazanych w projekcie decyzji, zarządzanych przez Uczestnika (dalej również zwany jako **Spółdzielnia** lub **Udostępniający**), zwanych dalej **Nieruchomościami**, w tym do posadowionych na Nieruchomościach budynków (dalej łącznie **Budynki**) w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynkach.

W niniejszej sprawie były już przez Prezesa UKE wszczynane konsultacje społeczne, które trwały od 9 września 2019 roku do 9 października 2019 roku. Oznacza to, że decyzja dostępowa w niniejszej sprawie **powinna zostać już wydana**.

Z uwagi na to, że Prezes UKE w poprzednim projekcie decyzji także odmówił Operatorowi dostępu do części Budynków, oznaczonych w treści projektu decyzji jako Budynki II, Operator pismem z dnia 30 września 2019 roku wniósł stanowisko konsultacyjne, do którego załączył kalkulację wraz z załącznikami. Potwierdziła ona, że warunki współkorzystania z infrastruktury

wewnątrzbudynkowej należącej do INEA S.A. są ekonomicznie nieopłacalne dla Operatora, co uniemożliwia Operatorowi świadczenie usług mieszkańcom Budynków II na konkurencyjnych warunkach.

Prezes UKE w projekcie decyzji, która została udostępniona na stronie BIP UKE w dniu 24 lutego 2020 roku Prezes UKE **nie odniósł się do treści kalkulacji oraz załączonych do niej dokumentów.**

Z tych względów, Operator ponownie przedkłada sporządzoną przez siebie kalkulację wraz z załącznikami, która potwierdza, że warunki współkorzystania z infrastruktury wewnątrzbudynkowej należącej do INEA S.A., znajdującej się w Budynkach II, uniemożliwiają wnioskodawcy świadczenie usług mieszkańcom Budynków II na konkurencyjnych warunkach. **Ponownie wnoszę o zaliczenie kalkulacji wraz z załącznikami do materiału dowodowego i uwzględnienie wykazanych okoliczności w treści decyzji.**

Z uwagi na poufny charakter kalkulacji, Operator zastrzega, iż załączniki do 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 załączników do niniejszego pisma**).

W kalkulacji i załączonych do niej dokumentach znajdują się bowiem informacje dotyczące m.in. organizacji przedsiębiorstwa wnioskodawcy.

Operator wskazuje, że **podtrzymuje w całości stanowisko konsultacyjne, jakie zostało wniesione w niniejszej sprawie w dniu 30 września 2019 roku**.

W treści projektu decyzji opublikowanego w dniu 24 lutego 2020 roku, Prezes UKE nie wskazał nieruchomości i budynków położonych przy ulicy Bukowskiej 134 E, Lodowej 19 oraz Płomiennej 7B i 7C, w związku z tym wnioskodawca **wnosi o określenie przez Prezesa UKE warunków dostępu także do ww. nieruchomości i budynków**, gdyż wnioskodawca wskazał je w załączniku do wniosku o wydanie decyzji dostępowej z dnia 4 kwietnia 2018 roku.

Jednocześnie Operator wskazuje, iż infrastruktura znajdująca się w Budynkach II nie stanowi infrastruktury telekomunikacyjnej w rozumieniu przepisów prawa. Oznacza to, że wnioskodawca świadczy usługi w innej technologii niż instalacja telekomunikacyjna w budynku, o której mowa w przepisach prawa, w tym rozporządzeniu budynkowym. Z tego względu, **Operator wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z oględzin Budynków w celu wykazania faktu, że *INEA nie posiada w Budynkach infrastruktury telekomunikacyjnej odpowiadającej wymaganiom wynikającym z przepisów prawa.***

Operator przedstawia także swoje zastrzeżenia oraz zgłasza propozycje zmian warunków dostępu określonych w projekcie decyzji w zakresie dotyczącym pozostałych postanowień decyzji. Uwzględnienie uwag Operatora umożliwi wydanie decyzji zgodnej z prawem,

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

I. **Brak podstaw do ponownego wszczęcia konsultacji społecznych. Konieczność dostosowania treści projektu decyzji do projektu decyzji z dnia 9 września 2019 roku.**

W ocenie Operatora, **brak jest podstaw do wszczynania kolejnych konsultacji społecznych w niniejszej sprawie. W ocenie powoda, było ono nieuzasadnione.**

Jak już wskazano wyżej, Prezes UKE w niniejszej sprawie wszczynał już wcześniej konsultacje społeczne, podczas których Operator przedłożył stanowisko konsultacyjne, do którego załączył kalkulację wraz z załącznikami (pismo z dnia 30 września 2019 roku). Wykazała ona, że oferta INEA S.A. jest dyskryminująca, w związku z czym doszło do spełnienia przesłanki określonej w art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b w zw. z ust. 1a pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2410, dalej **Ustawa**).

Część zmian w nowym projekcie decyzji wynika z tego, że Udostępniający poinformował pismem z dnia 4 października 2019 r. Prezesa UKE o tym, że część Budynków jest objęta ochroną konserwatorską – w ocenie Prezesa UKE, pojawiła się konieczność zmiany projektu decyzji w zakresie wynikającym z ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. *o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami* (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 282 z późn. zm., dalej **OZPZ**) oraz przepisów wykonawczych. Pismo to wpłynęło do Prezesa UKE najprawdopodobniej jeszcze w trakcie trwania konsultacji społecznych i – zgodnie z informacją wskazaną w uzasadnieniu projektu decyzji – zawierało wskazanie „potrzeby ponownych konsultacji" – mimo to nie zostało opublikowane na stronie internetowej BIP UKE jako stanowisko konsultacyjne. Uczestnik wiedział już wcześniej o tym, że część budynków znajdujących się w jego zasobach jest objęta ochroną konserwatorską, powinien więc poinformować o tym fakcie Prezesa UKE wcześniej, co umożliwiłoby mu wcześniejsze wydanie decyzji.

Modyfikacje postanowień projektu decyzji, nakładające na Operatora obowiązek przestrzegania OZPZ, powodują nałożenie na wnioskodawcę obowiązków wynikających wprost z przepisów prawa – nie mogą więc być przez strony zmienione. Nawet w sytuacji, w której Prezes UKE nie wprowadziłby zmian w projekcie decyzji, Operator w dalszym ciągu byłby zobowiązany do przestrzegania przepisów OZPZ jako prawa powszechnie obowiązującego. Sam Prezes UKE nie wskazał w treści uzasadnienia, aby modyfikacja postanowień projektu decyzji w zakresie przestrzegania OZPZ wymagała wszczęcia postępowania konsultacyjnego.

Jako przyczynę wszczęcia nowych konsultacji społecznych, Prezes UKE wprost wskazał nowelizację Megaustawy, która weszła w życie 25 października 2020 roku – w treści uzasadnienia projektu decyzji wskazano, że *Prezes UKE, z uwagi na wejście w życie Ustawy*

zmieniającej i szeregu zmian z niej wynikających, zdecydował się na przeprowadzanie ponownych konsultacji zmienionego projektu decyzji.

Nowelizacja Ustawy weszła w życie w dniu 25 października 2019 roku, a więc już po zakończeniu poprzednich konsultacji społecznych. **Wszczęcie ponownych konsultacji społecznych znacznie wydłużyło czas postępowania mającego na celu wydanie decyzji dostępowej i było zbędne** – nowelizacja nie nałożyła na Prezesa UKE obowiązku, aby w sprawach niezakończonych, co do których toczyły się konsultacje społeczne przed wejściem w życie nowelizacji, wszczynał na nowo konsultacje społeczne. Według wiedzy Operatora, w innych sprawach, w których wszczęto lub zakończono konsultacje społeczne przed wejściem w życie nowelizacji Megaustawy, Prezes UKE nie wszczynał postępowania na nowo.

Takie działanie Prezesa UKE może być uznane za naruszające zasadę zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków dostępu – jedynie w niniejszej sprawie, Prezes UKE zdecydował się na wszczęcie nowych konsultacji społecznych. **Nowy projekt decyzji zawiera postanowienia mniej korzystne dla Operatora niż te, które Prezes UKE ustalił dla Operatora wcześniej**.

Z tego względu, wnoszę o to, aby decyzja wydana przez Prezesa UKE zawierała postanowienia jak te znajdujące się w Projekcie decyzji opublikowanym w dniu 9 września 2019 roku – z uwzględnieniem propozycji zmian zaproponowanych przez Operatora w stanowisku konsultacyjnym z dnia 30 września 2019 roku.

Prezes UKE miał więc możliwość wydania decyzji jeszcze przed wejściem w życie nowelizacji Ustawy. Operator nie powinien być więc obciążony negatywnymi skutkami związanymi z brakiem wydania tej decyzji w terminie. Wszczęcie nowych konsultacji społecznych znacznie wydłużyło czas rozpatrywania decyzji, mimo że postępowanie w tej sprawie zostało wszczęte w kwietniu 2018 roku (prawie dwa lata temu), mimo że zgodnie z postanowieniami Ustawy, decyzja powinna zostać wydana przez Prezesa UKE w ciągu 60 dni.

II. Brak możliwości realizacji sieci wewnątrzbudynkowej w Budynkach oznaczonych w projekcie decyzji jako Budynki II

1. Ekonomiczna nieopłacalność współkorzystania z sieci wewnątrzbudynkowej należącej do INEA S.A.

Projekt decyzji w części, w jakiej Prezes UKE odmawia dostępu do Nieruchomości i Budynków II, uniemożliwiając Operatorowi wykonanie instalacji telekomunikacyjnej w Budynkach II, narusza w sposób rażący przepis art. 30 ust. 1a pkt 3 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b) Ustawy – zwłaszcza, że **Prezes UKE w żadnym stopniu nie odniósł się do przedłożonej przedstawionej przez Operatora kalkulacji i załączników.**

Operator podtrzymuje stanowisko, zgodnie z którym warunki w oparciu o art. 30 ust. 1a pkt 3 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit b) Ustawy, 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), sieć określonego przedsiębiorcy nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Ustawodawca nie wyłączył więc możliwości budowania kolejnej sieci telekomunikacyjnej w Budynkach, lecz **znacząco ją ograniczył**.

Operator powinien uzyskać możliwość wybudowania własnej sieci wewnątrzbudynkowej w Budynkach II pomimo tego, że znajduje się w nich już inna sieć telekomunikacyjna.

Uzasadnienie obu projektów decyzji w zakresie, w jakim Operatorowi odmówiono możliwości realizacji własnej sieci wewnątrzbudynkowej w Budynkach II, jest praktycznie takie same – Prezes UKE w żadnym stopniu nie zbadał, czy argumentacja wnioskodawcy w zakresie dyskryminujących warunków dostępu do sieci INEA S.A.

Prezes UKE wskazał jedynie ogólnie, że *podnoszone przez Operatora we Wniosku oraz w stanowisku konsultacyjnym z dnia 30 września 2019 r. narzucenie przez INEĘ nieakceptowalnych warunków finansowych dostępu (w związku z art. 30 ust. 1a pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju), w ocenie Prezesa UKE należy uznać* ***za nieaktualne w świetle nowo zaistniałych okoliczności faktycznych.***

Tymi nowymi „okolicznościami faktycznymi" jest wydanie przez Prezesa UKE decyzji nr DHRT.WIT.6082.5.2018.140 i DHRT.WIT.6082.5.2018.84, która określała warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury telekomunikacyjnej Operatora w zakresie kabli telekomunikacyjnych w budynkach wielorodzinnych - w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1065).

W opinii Prezesa UKE, określone w decyzji warunki dostępu są proporcjonalne i niedyskryminujące, a *dopiero po zawarciu umowy ramowej, na warunkach opartych na ww. decyzjach, Operator (a następnie, w razie sporu, Prezes UKE) będzie mógł realnie ocenić czy w jego przypadku zakreślone warunki są nieopłacalne.*

Stanowisko to jest nieracjonalne z następujących powodów:

a) ww. decyzje dot. INEA została wydana na długo po tym, jak zostały zakończone pierwsze konsultacje społeczne w niniejszej sprawie,

b) wykonalność ww. decyzji dot. INEA została wstrzymana – postanowienia decyzji nie mają więc zastosowania (nie jest prawdą, twierdzenie Prezesa UKE, że *decyzje są ostateczne i podlegają wykonaniu*),

c) koszty, jakie ponosi Operator w związku z budową nowej sieci telekomunikacyjnej, nie uległy zmianie,

d) nie uległy ceny świadczenia usług przez INEA i Operatora.

Oznacza to, że wyliczenia zawarte w kalkulacji zachowały aktualność mimo wydania przez Prezesa UKE decyzji nr DHRT.WIT.6082.5.2018.140 oraz DHRT.WIT.6082.5.2018.84. Operator spełnia więc ustawowe przesłanki warunkujące możliwość realizacji kolejnej sieci w budynku. Umożliwienie skorzystania z usług innego Operatora niż INEA byłoby korzystne dla mieszkańców Budynków II.

Zdaniem Operatora, to czy warunki są ekonomicznie nieopłacalne, powinny podlegać ocenie **jeszcze przed wydaniem decyzji dostępowej a nie później** – w przeciwnym razie, Prezes UKE zaniechałby oceny czy została spełniona przesłanka, o której mowa w art. 30 ust. 1a pkt 3 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit b) Ustawy, pozwalająca na realizację własnej sieci telekomunikacyjnej w budynku. Tym samym regulacja ta nie miałaby w praktyce zastosowania – Prezes UKE badałby to, czy warunki współkorzystania z sieci INEA są dyskryminujące dla Operatora jedynie w razie zaistnienia sporu powstałego już po wydaniu decyzji dostępowej, co jest sprzeczne z treścią i celem Ustawy.

Ponownie podkreślam, że brak wybudowania własnej sieci wewnątrzbudynkowej byłby równoznaczny z brakiem możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych na konkurencyjnych warunkach – warunki współpracy oferowane przez INEA miałyby charakter dyskryminujący, co potwierdza kalkulacja wraz z załącznikami sporządzona przez Operatora oraz korespondencja pomiędzy wnioskodawcą a INEA.

Stanowisko Prezesa UKE prowadziłoby do uznania, że przesłanka określona w art. 30 ust. 1a pkt 3 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit b) Ustawy ma jedynie charakter wtórny – byłaby badana tylko w razie wniesienia wniosku do UKE w zakresie zmiany zawartej umowy. Istnieje przy tym ryzyko, że nawet w przypadku złożenia takiego wniosku, Prezes UKE zaniechałby badania, czy współkorzystanie z infrastruktury INEA jest opłacalne dla wnioskodawcy, uznając, że Operator zgodził się na warunki cenowe z chwilą zawarcia Umowy.

Operator już w piśmie z dnia 20 grudnia 2017 roku wyraźnie wskazał, które postanowienia Umowy Ramowej, udostępnionej przez INEA w toku negocjacji, powinny zostać zmienione – INEA nie była jednak tym zainteresowana i nie wyraziła zmiany choćby części warunków umowy – nie podjęła nawet negocjacji mających na celu obniżenie cen przez Operatora. Już wtedy Operator przedstawił wstępne wyliczenia, z których wynikało, że współkorzystanie z sieci INEA jest dl niego nieopłacalne, jeśli INEA nie obniży proponowanych cen. Postawa INEA w trakcie prowadzonych negocjacji świadczy o tym, że sieć INEA jest dla Operatora niedostępna z uwagi na określone w niej warunki cenowe i prowadziła ona jedynie pozorne

negocjacje – gdyby rzeczywiście chciała zawrzeć umowę z Operatorem, zdecydowałaby się na choćby częściowe uwzględnienie propozycji wnioskodawcy.

Nie ma znaczenia, że INEA taką samą ofertę kieruje do innych przedsiębiorców nie ma znaczenia w niniejszej sprawie – strony powinny bowiem ustalić ostateczną treść umowy w toku negocjacji – Prezes UKE powinien wziąć pod uwagę sytuację Operatora, a nie ogółu przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Niniejsze postępowanie dotyczy bowiem konkretnego Operatora a nie wszystkich przedsiębiorców telekomunikacyjnych ogółem.

2. <u>Tajemnica przedsiębiorstwa</u>

Jak wskazano w początkowej części pisma, **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 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.

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 wątpienia sporządzona przez Operatora kalkulacja i załączone do niej załączniki posiadają **wartość gospodarczą – zawierają one informacje techniczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, związane z jego funkcjonowaniem. Są one ściśle związane z działalnością gospodarczą prowadzoną przez Operatora, związaną ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych oraz realizacją infrastruktury potrzebnej do świadczenia tych usług.** Dotyczy to m.in. informacji dotyczących kosztów budowy infrastruktury wewnątrzbudynkowej ponoszonych przez wnioskodawcę, kosztów współkorzystania z infrastruktury INEA S.A., kosztów przyłączenia jednego abonenta oraz wysokości opłat

abonamentowych wnoszonych przez abonenta. Co więcej, do kalkulacji zostały załączone stosowne dokumenty, takie jak faktury VAT.

Załączone do kalkulacji faktury VAT określają koszty budowy wewnątrzbudynkowej infrastruktury telekomunikacyjnej czy koszty przyłączenia jednego abonenta. Na fakturach VAT 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 Wnioskodawcy.

Powyższe świadczy o tym, że kalkulacja i załączone do niej dokumenty zawierają dane, które nie powinny być powszechnie znane, gdyż zagrażałoby to interesom wnioskodawcy. 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.*

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 wskazuję, że z uwagi na fakt, że cała kalkulacja wraz z załącznikami objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa, nie jest możliwe przygotowanie wersji jawnej kalkulacji – wszystkie zawarte w niej dane zostały utajnione.

3. **Przyczyny techniczne, świadczące o tym, iż infrastruktura INEA nie odpowiada zapotrzebowaniu wnioskodawcy (możliwość zrealizowania własnej infrastruktury przez Operatora).**

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 INEA w Budynkach II 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.*

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 II.**

Z informacji posiadanych przez wnioskodawcę wynika, że obecnie INEA nie dysponuje zrealizowaną infrastrukturą światłowodową, która spełniałaby wymogi z art. 2 pkt 8a PT, zatem obecnie w Budynkach II nie ma instalacji światłowodowej w rozumieniu przepisów prawa (taka instalacja musiałaby być dopiero zrealizowana w związku z zawarciem umowy pomiędzy INEA a Operatorem).

Istniejąca w Budynkach II instalacja telekomunikacyjna nie spełnia wymogów technologicznych (instalacji wewnątrzbudynkowej światłowodowej jeszcze nie ma). Innymi słowy, INEA 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 INEA Lokalnej Pętli Światłowodowej, konieczne będzie zrealizowanie nieistniejącego jeszcze odcinka 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 najprawdopodobniej będzie musiał ponieść Operator.

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), wnioskodawca może realizować na mocy zaskarżonej decyzji. **Powyższe oznacza, że nie można mówić o istnieniu sieci INEA, skoro brak jest instalacji do każdego abonenta.** Tym samym, infrastruktura INEA nie odpowiada potrzebom wnioskodawcy i nie spełnia wymogów instalacji telekomunikacyjnej budynku w rozumieniu PT. Brak jest istnienia przeszkody uniemożliwiającej Operatorowi zrealizowania instalacji światłowodowej w Budynkach II.

Podsumowując uznać należy, iż INEA nie zrealizowała pełnej instalacji FTTH w Budynkach II, lecz zapewniła sobie taką możliwość w razie zaistnienia takiej potrzeby. Taka praktyka nie jest równoznaczna z posiadaniem instalacji FTTH, którą już w chwili obecnej Operator mógłby korzystać.

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

Dowód: *oględziny 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 II oraz określił warunki jej budowy.

III. Pozostałe postanowienia decyzji

1. 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. 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 jakiekolwiek 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 – zwłaszcza pogarszających sytuację strony.

IV. Prymat woli stron i ograniczone prawo do zastosowania rozwiązań alternatywnych

Prezes UKE w decyzji powinien przede wszystkim ustalić i rozstrzygnąć kwestie sporne pomiędzy Wnioskodawcą i Uczestnikiem, a jakiekolwiek rozwiązania alternatywne mogą być zastosowane wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych przepisami prawa. **Na skutek nowelizacji Ustawy, 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). Do wniosku do Prezesa UKE załącza się projekt umowy z zaznaczonymi postanowieniami spornymi.

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

1. 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 trzecimi.

Możliwe więc, że Operator nie będzie mógł usunąć szkód w terminie 14 dni z przyczyn od siebie niezależnych.

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

2. Informowanie o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury – § 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) oraz o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury przez osoby nieuprawnione.

Pojęcie „niezwłocznie" jest nieostre, dlatego należałoby określić czas, w jakim Operator powinien być poinformowany o wszelkich pracach prowadzonych przez Udostępniającego, jak również o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury oraz o awariach.

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. W przypadku planowanych prac przez Udostępniającego wystarczający powinien być termin 7 dni.

Należy przy tym mieć na uwadze, że obowiązek informowania Operatora o wystąpieniu awarii i sposób komunikowania się stron wynika także z § 8 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) wszelkich pracach 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 § 8 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.

3. 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.

Również z § 3 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 października 2005 r., *w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane i ich usytuowanie* (Dz. U. z 2005 r., Nr 219, poz. 1864) wynika, że przyłącze telekomunikacyjne do budynku *to odcinek linii kablowej podziemnej, linii kablowej nadziemnej lub* ***kanalizacji kablowej****, zawarty między złączem rozgałęźnym a zakończeniem tych linii lub kanalizacji w budynku.*

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). W konsekwencji* ***Prezes UKE zobowiązany był uwzględnić Wniosek w tym zakresie****.*

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). Może okazać się, że na nieruchomości 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. Opóźni to 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 dni[1].

Operator, mimo posiadania tytułu prawnego, w dalszym ciągu nie będzie mógł świadczyć usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców Budynku.

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**

[1] 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.

z 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. 3 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,*

   c) *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. 3 pkt 1 lub deklarujących świadczenie usług w Budynkach 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.

Prezes UKE w żaden sposób w treści uzasadnienia decyzji nie odniósł się do postanowień dotyczących udostępnienie KK lub KTB – **w żadnym stopniu nie precyzuje ono 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. 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.

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.

4. **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 III ppkt 3 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.

5. 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.

Operator wskazywał w poprzednim stanowisku konsultacyjnym argumentację dotyczącą niecelowości ustanowienia zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Udostępniającego kaucją, którą **podtrzymuje w pełnym zakresie**. Prezes UKE nie odniósł się jednak do argumentacji wskazanej przez Operatora.

Operator ponownie wnosi o ustanowienie w miejsce kaucji obowiązku posiadania przez wnioskodawcę polisy OC oraz wskazuje, że zabezpieczenie ewentualnych roszczeń Udostępniającego kaucją jest zbyt uciążliwe dla stron (powoduje m.in. czasowe zmniejszenie kapitału, jakim Operator może dysponować, trudności związane z wpłatą/zwrotem kaucji, ograniczenie zabezpieczenia do wysokości kwoty kaucji).

Operator zamierza realizować sieci lub wybudować przyłącza 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. W ocenie Operatora, wysokości kaucji zostały ustalone dowolnie i są zbyt wysokie jak na zakres szkód, które wnioskodawca mógłby ewentualnie wyrządzić podczas prowadzonych prac.

Niezależnie od wniosku dotyczącego ustanowienia zabezpieczenia poprzez polisę OC, w przypadku podtrzymania przez Prezesa UKE, że w przypadku Budynków II Operator będzie mógł realizować tylko przyłącze, Operator wnosi o ustanowienie kaucji w niższej wysokości.

W ocenie Operatora, w przypadku realizacji sieci wewnątrzbudynkowej, kwota kaucji, o której mowa w § 6 ust. 2 i 7, nie powinna przekraczać 1.000,00 zł, natomiast kwota kaucji, o której mowa w § 7 ust. 2 i 4 nie powinna przekraczać 500,00 zł. Natomiast w przypadku, w którym Operator doprowadziłby do Budynków II jedynie przyłącze i współkorzystał z infrastruktury wewnątrzbudynkowej należącej do innego podmiotu, kwota kaucji, o której mowa w § 6 ust. 2 i 7, nie powinna przekraczać 700,00 zł, natomiast kwota kaucji, o której mowa w § 7 ust. 2 i 4 nie powinna przekraczać 200,00 zł.

Wnioskodawca jeszcze raz zwraca uwagę, że Prezes UKE dopuszcza w niektórych **projektach decyzji dostępowych, pozwolił stronom projektowanej decyzji na wybór zabezpieczenia pomiędzy zapłatą kaucji, a przedłożeniem polisy ubezpieczeniowej.** Dotyczy to przywołanej już w poprzednim stanowisku konsultacyjnym decyzji dostępowej o numerze DHRT.WWM.6171.151.2017, a także decyzji dostępowej o numerze DHRT.WWM.6171.162.2018, (§ 4 pkt 9 i nast. przywołanych decyzji), udostępnionych na stronie BIP UKE[2].

Brak ustanowienia przez Prezesa UKE możliwości zabezpieczenia szkód poprzez przedłożenie polisy ubezpieczeniowej 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).

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.

W razie nieuwzględnienia postulatów dotyczących zastąpienia kaucji zabezpieczeniem w postaci polisy OC, Operator wnosi o to, aby postanowienia dotyczące wniesienia i zwrotu

---

[2] 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

kaucji były umieszczone w jednym miejscu (obecnie są one „rozdzielone" przez postanowienia dotyczące innych kwestii, przez co projekt decyzji jest mało przejrzysty).

V. Podsumowanie.

Prezes UKE w sposób nieuzasadniony wszczął ponownie konsultacje społeczne, mimo że w niniejszej sprawie nie było to konieczne – pierwsze konsultacje społeczne zakończyły się w dniu 9 października 2019 roku, a więc przed wejściem w życie nowelizacji Ustawy. Co więcej, ich przyczyną miało być wydanie przez Prezesa UKE decyzji dot. INEA, których wykonalność została wstrzymana.

Oznacza to, że Prezes UKE powinien był wydać decyzję dostępową jeszcze przed wejściem w życie nowelizacji Ustawy. Postanowienia znajdujące się w projekcie decyzji opublikowanym na stronie BIP UKE w dniu 24 lutego 2020 roku są mniej korzystne dla Operatora niż te, które znajdowały się w decyzji opublikowanej w dniu 9 września 2019 roku. Wnioskodawca nie powinien być obciążony negatywnymi skutkami, które wynikają z tego, że decyzja dostępowa nie została wydana przed nowelizacją Ustawy – zwłaszcza, że sprawa jest rozpatrywana przez Prezesa UKE prawie dwa lata.

Prezes UKE nie wskazał w treści projektu decyzji kilku nieruchomości i budynków wskazywanych przez Operatora jako przedmiot negocjacji prowadzonych z Uczestnikiem oraz prowadzonego postępowania. Możliwe, że Prezes UKE nie podjął żadnych czynności mających na celu ustalenie, czy wnioskodawca może uzyskać dostęp do nieruchomości położonych przy ulicy Bukowskiej 134 E, Lodowej 19 oraz Płomiennej 7B i 7C.

Prezes UKE nie zbadał również czy infrastruktura znajdująca się w Budynkach II stanowi infrastrukturę telekomunikacyjną w rozumieniu rozporządzenia budynkowego – w ocenie Operatora, konieczne jest przeprowadzenie oględzin Budynków II, gdyż INEA S.A. nie ma doprowadzonej infrastruktury do każdego lokalu znajdującego się w Budynku.

Prezes UKE błędnie odmówił Operatorowi dostępu do Budynków II w sposób uniemożliwiający wnioskodawcy realizację infrastruktury wewnątrzbudynkowej, mimo że Operator wykazał, że warunki dostępu do infrastruktury INEA są dyskryminujące i ekonomicznie nieopłacalne dla Operatora – nie pozwalają na świadczenie usług Operatorowi na konkurencyjnych warunkach.

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,

Ewelina Grabiec
RADCA PRAWNY

Załączniki:

a) Kalkulacja wraz z załącznikami.