

Katowice, dnia 30 marca 2020 roku

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

Wnioskodawca: Systemia.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Błażeja 6 F/45, 61-608 Poznań
KRS: 0000295282
zwana dalej również jako **Operator**
reprezentowana 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 Właścicieli Nieruchomości „Cztery Pory Roku” ul. Naramowicka 180 a, b, c, d, 61-611 Poznań
ul. Samuela Lindego 6, 60-573 Poznań
NIP: 9721146388 - dalej **Udostępniający**

Sygn. akt: DR.WWM.6171.1.2019.

Dotyczy: Projektu decyzji

**PISMO WNIOSKODAWCY – STANOWISKO KONSULTACYJNE
DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI W SPRAWIE NR DR.WWM.6171.1.2019.**

Działając w imieniu i na rzecz wnioskodawcy /pełnomocnictwo w aktach sprawy/, niniejszym przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji ustalającej warunki dostępu do nieruchomości położonej w Poznaniu, dla której Sąd Rejonowy Poznań – Stare Miasto w Poznaniu, V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą o numerze PO1P/00048120/9 oraz do posadowionych na tej nieruchomościach budynków, znajdujących ul. Naramowickiej 180 A-D (zwane dalej **Nieruchomość i Budynek**, 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 Operatora umożliwi wydanie zgodnej z prawem decyzji, uwzględniającej wolę stron i zapewniającej niedyskryminujące oraz 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 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 z dnia 7 maja 2010 roku o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2410, dalej: Ustawa).** 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 – w tym nakładania na Operatora obowiązku uiszczenia kaucji (żadna ze stron o to nie wnosiła).

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.

Z uwagi na to, że prawo usunięcia szkód przez udostępniającego na koszt wnioskodawcy powinno mieć charakter wyjątkowy, wnosimy o podkreślenie, że możliwość ta będzie dotyczyła jedynie udokumentowanych szkód – tak by możliwe było określenie czy szkoda została rzeczywiście wyrządzona przez Operatora a nie osobę trzecią.

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

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.*

III. Informowanie o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury – § 3 ust. 2 i 3

Zgodnie z treścią przywołanych postanowień, obowiązkiem Udostępniającego jest niezwłoczne poinformowanie Operatora o wszelkich pracach i awariach mogących mieć wpływ na infrastrukturę oraz o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury przez osoby nieuprawnione.

Pojęcie „niezwłocznie” jest nieostre, dlatego określenie czasu, w jakim Operator powinien być poinformowany o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury oraz o awariach, powinien być doprecyzowany – poprzez wskazanie maksymalnych ram czasowych, w których Udostępniający powinien informować wnioskodawcę o tych zdarzeniach.

Należałoby podkreślić, że o pracach mogących mieć wpływ na infrastrukturę, Operator powinien być informowany odpowiednio wcześniej – proponujemy, aby odbywało się to co najmniej na 7 dni przed planowanym rozpoczęciem prac.

W przypadku pozyskania informacji o awarii lub o naruszeniu integralności sieci, Udostępniający powinien poinformować Operatora jak najszybciej, tj. w ciągu kilkadziesiąt godzin – np. w ciągu 12 h od chwili powzięcia wiadomości o awarii lub 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 § 8 ust. 2 projektu decyzji.

Proponujemy, aby § 3 ust. 2 decyzji otrzymał następujące brzmienie (przy jednoczesnym usunięciu ust. 3 – regulacja ta została przeniesiona do ust. 2):

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

- a) zaplanowanych pracach, mogących mieć wpływ na infrastrukturę – co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia,*
- b) wystąpieniu awarii – nie później niż w ciągu 12 h od powzięcia informacji o awarii, informując o tym Operatora w sposób określony w § 8 ust. 2,*

c) przypadkach naruszenia integralności infrastruktury – nie później niż w ciągu 12 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 – a zwłaszcza tego drugiego. Z pozostałych postanowień projektu decyzji jednoznacznie wynika, że Operator – o ile zajdzie taka potrzeba – będzie mógł skorzystać z KTB lub KK znajdujących się w Budynkach i na Nieruchomości.

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** (art. 30 ust. 1 pkt 3 Ustawy nie ogranicza możliwości realizacji KTB). Natomiast realizacja przyłączy na gruncie art. 30 ust. 1 pkt 2 Ustawy ma charakter bezwarunkowy (w tym KK).

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 rozgałęzionym a zakończeniem tych linii lub kanalizacji w budynku.*

Z przywołanych definicji wynika, że przyłącze telekomunikacyjne stanowi także odcinek kanalizacji kablowej a nie tylko linię kablową. Z kolei art. 30 ust. 1 pkt 2 Ustawy 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 całkowicie nieuzasadnione – kanalizacja kablowa stanowi część (element) przyłącza, w związku z czym Operator powinien mieć możliwość jego samodzielnej realizacji. To samo dotyczy nałożenia na wnioskodawcę obowiązku skorzystania z istniejącej KTB.

W ocenie wnioskodawcy zaproponowane przez Prezesa UKE postanowienie decyzji jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Z art. 30 Ustawy nie wynika, aby celem ustawodawcy było zawężenie definicji przyłącza, określonej w PT, wyłącznie do linii kablowej. Tak samo, nie ma podstaw do tego aby uznać, że Operator nie może samodzielnie zrealizować kanalizacji kablowej jako elementu realizowanej infrastruktury wewnątrzbudynkowej. 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 obliuguje 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. Problematyczne może być także ustalanie istnienia oraz danych właściciela istniejącej na Nieruchomości lub w Budynkach KK/KTB.

Wykorzystanie kanalizacji kablowej należącej do innego podmiotu niż Udostępniający jest rozwiązaniem nieproporcjonalnym, mogącym prowadzić do znacznego przesunięcia

terminu rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz uniemożliwi realizację postanowień decyzji w początkowym okresie. Operator w praktyce nie będzie więc mógł świadczyć usług telekomunikacyjnych, mimo uzyskania dostępu do Nieruchomości i Budynków.

Dotyczy to całej infrastruktury wewnątrzbudynkowej oraz przyłącza (a więc rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych), a nawet doprowadzić do nadużyć ze strony Udostępniającego, który najpierw zapewni Operatora o braku takiej KK/KTB, a dopiero na etapie uzgadniania Projektu, poinformuje Operatora że taka KK/KTB istnieje. Oznaczałoby to konieczność przygotowania nowego projektu wykonawczego i jego ponowne uzgodnienie. Istnieje też możliwość, że Udostępniający zapewni Operatora, że taka KK/KTB istnieje a następnie okaże się, że w rzeczywistości jej nie ma. Jeśli wnioskodawca sporządziłby projekt wykonawczy, zgodnie z oświadczeniem Udostępniającego, który nie przewidywałby alternatywnego wykonania własnej KK/KTB, konieczne będzie sporządzenie nowego projektu wykonawczego i jego uzgodnienie.

Jeśli okaże się, że na Nieruchomości będzie istniała kanalizacja kablowa (KTB lub KK), należąca wyłącznie do Posiadacza KK/KTB to – zgodnie z obecnym brzmieniem projektu decyzji – Prezes UKE nakłada na Operatora obowiązek, aby mimo uzyskania dostępu do danej Nieruchomości i Budynków na podstawie decyzji dostępowej, konieczne było zwrócenie się o udostępnienie KK/KTB, znajdującej się na tej nieruchomości lub w tym budynku, do podmiotu trzeciego, co może wydłużyć postępowanie o kolejne 30 dni.

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

Powyższe jest **sprzeczne z wykładnią celowościową przepisów Ustawy, a zwłaszcza art. 30 Ustawy, 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 (ma ona zastąpić umowę pomiędzy stronami, a nie nakładać na nie dodatkowe obowiązki).** Czas realizacji przez Operatora wynikających z niej uprawnień

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.

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 przyłączy 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.

Prezes UKE ustalił, że w Budynkach znajdują się sieci należące do INEA S.A. oraz do Orange Polska S.A., lecz nie są one zrealizowane w sieci światłowodowej. Najprawdopodobniej więc na Nieruchomości i w Budynkach znajduje się zrealizowana przez nich KK lub KTB, z której Operator będzie obowiązany korzystać. W związku z tym, Operator będzie obowiązany – przed rozpoczęciem świadczenia usług – zwrócić się do innego podmiotu niż Udostępniający z wnioskiem o możliwość wykorzystania istniejącej KK lub KTB, co będzie się wiązało z koniecznością uiszczenia na ich rzecz stosownych opłat – nieodpłatny dostęp, o którym mowa w art. 30 Ustawy stanie się iluzoryczny.

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 przyłączy 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 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.

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 Ustawy.

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 powinno wskazać się sytuację, w której Udostępniający nie poinformuje Operatora o okolicznościach wskazanych w § 5 ust. 4 pkt 1 projektu decyzji lub udzieli informacji niezgodnej z prawdą (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 Ustawy. 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 Ustawy, 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 – przynajmniej w przypadku obowiązku wykorzystania istniejącej KTB (dostęp do KTB następowałby do art. 139 ust. 2 PT, gdzie wskazano 30-dniowy termin na zawarcie umowy).

Operator zdaje sobie sprawę, że w treści art. 19 ust. 5 Ustawy określono 60-dniowy termin na zawarcie umowy dostępowej, jednakże – ze względu na szczególne okoliczności związane z uzyskaniem przez Operatora dostępu do Nieruchomości i Budyńku w trybie art. 30 Ustawy, termin ten powinien ulec skróceniu do 30 dni – projekt decyzji reguluje warunki dostępu do określonego budynku i nieruchomości pomiędzy Udostępniającym a Operatorem a nie pomiędzy tym Operatorem i innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Wspomniany art. 19 ust. 5 Ustawy odnosi się natomiast do ustanowienia terminu, po upływie którego Operator mógłby żądać wydania przez Prezesa UKE decyzji dostępowej określającej warunki dostępu do infrastruktury innego operatora i zastępującej umowę pomiędzy nimi. W projekcie decyzji jest więc możliwe wskazanie krótszego terminu niż ten określony w art. 19 ust. 5 Ustawy.

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 Budyńkach 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 Budyńkach, jest nieprawidłowe. Przyjęcie przez Prezesa rozwiązań mających sprzyjać efektywnemu wykorzystaniu istniejącej infrastruktury nie może być uciążliwe dla stron i ograniczać inne prawa wnioskodawcy, wynikające wprost z pozostałych postanowień art. 30 Ustawy.*

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)**. Gdyby Prezes UKE zdecydował o pozostawieniu w treści decyzji postanowień dotyczących wykorzystania KK/KTB należącej do Udostępniającego, Operator powinien mieć wtedy alternatywnie możliwość wyboru realizacji własnej KK/KTB niezależnie od tego czy ona istnieje lub uzyskanie do niej dostępu stanowi trudną do ominięcia przeszkodę (skorzystanie z KK/KTB należącej do Udostępniającego nie powinno być obowiązkowe). W przypadku pozostawienia postanowień dotyczących obowiązku wykorzystania KK/KTB należących do Posiadacza KK, konieczne byłoby skrócenie terminu określonego w § 4 ust. 4 pkt 2 lit. b do 30 dni – przynajmniej w przypadku obowiązku wykorzystania KTB.

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 oraz ze względu na 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. Propozycja Operatora nie wyłącza więc możliwości uzyskania przez Udostępniającego określonych dokumentów o ile zajdzie taka potrzeba.

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. Jeśli Operator chciałby realizować sieci w kilku Budynkach jednocześnie, będzie to stanowiło znacznie ograniczenie środków pieniężnych (np. w przypadku realizacji infrastruktury w trzech budynkach jednocześnie, Operator będzie musiał zapłacić 24.000,00 zł tytułem kaucji).

Wskazuję, że 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 (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 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,

³ 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>

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 realizację prac we wszystkich Budynkach (a nie za każdy Budynek).

W razie nieuwzględnienia wniosku Operatora co do zastąpienia zabezpieczenia w postaci kaucji możliwością przedłożenia polisy OC lub postulatu, aby jednak kaucja obejmowała realizację prac we wszystkich Budynkach, Operator proponuje, aby w treści decyzji pojawiła się możliwość, aby po ukończeniu prac w określonym Budynku – na podstawie oświadczenia Operatora – możliwe było „przesunięcie” raz zapłaconej kaucji na poczet prac wykonywanych w kolejnym budynku.

Proponujemy, aby obecny § 6 ust. 6 oraz § 7 ust. 4 otrzymał następujące brzmienie:

§ 6 ust. 6 - Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 2, na rachunek bankowy Operatora w terminie 7 dni od dnia podpisania przez Udostępniającego protokołu, o którym mowa ust. 4, a w przypadku, o którym mowa w ust. 5, w terminie 14 dni od dnia przedstawienia protokołu Udostępniającemu, chyba że wraz z przekazaniem Udostępniającemu protokołu Operator oświadczy, że zwracana kwota winna być zaliczona na poczet kaucji za następny Budynek, w którym wykonywane będą prace.

§ 7 ust. 4 – Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 2, na rachunek bankowy Operatora w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu przez Operatora dokumentacji, o której mowa w ust. 3., chyba że wraz z przekazaniem Udostępniającemu dokumentacji Operator oświadczy, że zwracana kwota winna być zaliczona na poczet kaucji za następny Budynek, w którym wykonywane będą prace.

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).

Podkreślić również należy, że w projekcie decyzji nr DHRT.WWM.6171.218.2017., opublikowanym na stronie BIP UKE w dniu 10 marca bieżącego roku, Prezes UKE dopuścił możliwość, aby na podstawie oświadczenia Operatora uiszczona przez niego kaucja mogła zostać zaliczona na poczet prac prowadzonych w kolejnym budynku (§ 6 ust. 6 projektu decyzji).

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, tj. następowały po sobie (obecnie są one „rozdzielone” przez postanowienia dotyczące innych kwestii, co sprawia, że postanowienia projektu decyzji nie są przejrzyste).

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,

Ewelina Grabiec

RADCA PRAWNY