itB legal
BAZAŃSKI GRABIEC KANCELARIA
Radców Prawnych Spółka Partnerska

Katowice, dnia 25 listopada 2020 roku

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

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

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

Uczestnik postępowania: **Wspólnota Mieszkaniowa "CICHY KĄT"**
ul. Józefa Poniatowskiego 29, 62-600 Koło
REGON: 311600015, NIP: 6661961053
- dalej również jako **Udostępniający**

***Sygn. akt*: DR.WWM.6171.3.2020**
***Dotyczy*: projektu decyzji**

PISMO WNIOSKODAWCÓW – STANOWISKO KONSULTACYJNE DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI W SPRAWIE DR.WWM.6171.3.2020

Działając w imieniu i na rzecz Operatora */pełnomocnictwo w aktach sprawy/*, niniejszym przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji ustalającej warunki dostępu do nieruchomości położonej w Kole, dla której Sąd Rejonowy w Kole, V Wydział Ksiąg Wieczystych prowadzi księgę wieczystą nr KN1K/00047942/7 oraz do posadowionego na tej nieruchomości budynku należącego do Udostępniającego (zwane dalej łącznie jako **Nieruchomość i Budynek**), w celu zapewnienia telekomunikacji w tym Budynku.

Wnioskodawcy przedstawiają swoje zastrzeżenia oraz zgłaszają 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 Operatorowi dostępu do Nieruchomości i Budynku, z jednoczesnym zabezpieczeniem interesów Udostępniającego i mieszkańców Budynku. **Za nieuzasadnione należy uznać określenie warunków dostępu w sposób uciążliwy dla Operatora** – w szczególności nakładający na niego obowiązki związane z obowiązkiem wykorzystania kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (KTB) czy też kanalizacji kablowej posadowionej na nieruchomości (KK), należącej do osoby trzeciej, która nie brała udziału w toczącym się postępowaniu (§ 4 projektu decyzji), co może znacząco wydłużyć proces uzyskania możliwości współkorzystania z infrastruktury telekomunikacyjnej oraz powodować, iż świadczenie usług telekomunikacyjnych może okazać się nieopłacalne dla Operatora (będzie on musiał ponosić opłaty z tego tytułu, mimo że dostęp do nieruchomości i budynku powinien być nieodpłatny).

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 oraz okolicznościami danej sprawy. 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* (dalej: Ustawa). Strony mogą podpisać umowę a w zakresie objętym porozumieniem stron decyzja dostępowa wygaśnie (Prezes UKE stwierdzi w tym zakresie wygaśnięcie decyzji).

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

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

W ocenie Operatora, zabezpieczenie interesów Udostępniającego nastąpiło w sposób niewspółmierny do obowiązków nałożonych na wnioskodawców, co zostało opisane w dalszej części stanowiska.

II. Zastępcze usunięcie szkody – § 2 ust. 12

Omawiane postanowienie ustala sposób usuwania ewentualnych szkód, przewidując możliwość wykonania zastępczego, o ile Operator nie usunie szkody w terminie 14 dni. Proponowany termin jest jednak za krótki – często usunięcie szkody będzie wiązało się z konsultacjami z Udostępniającym oraz podmiotami trzecimi. Oznacza to, że brak naprawienia szkody we wskazanym terminie może wynikać nie z braku staranności Operatora, ale z przyczyn od niego niezależnych.

Możliwość zastępczego usunięcia szkody powinna odnosić się wyłącznie do **„udokumentowanych" szkód** – czyli takich, których rzeczywiste wyrządzenie może być stwierdzone. Operator powinien mieć możliwość zweryfikowania czy szkody, które zostały naprawione przez Udostępniającego, zostały wyrządzone przez niego lub inne osoby, za które ponosi on odpowiedzialność, jak również zakres tych szkód.

Wnoszę o zmianę postanowienia § 2 ust. 12 ww. 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 wymienionym wyżej terminie, Udostępniający, **za uprzednim wezwaniem Operatora, z wyznaczeniem dodatkowego, co najmniej 14- dniowego terminu,** może je usunąć we własnym zakresie na koszt Operatora.*

W razie nieuwzględnienia powyższej propozycji, Operator wnosi o wskazanie na końcu § 2 ust. 12 projektu decyzji w obecnym brzmieniu zastrzeżenia o treści *chyba że brak usunięcia szkody we wskazanym terminie nastąpił z przyczyn niezależnych przez Operatora*.

Zastrzeżenie to pozwoli wyeliminować sytuację, w której Operator byłby obowiązany do ponoszenia negatywnych konsekwencji związanych z naprawieniem szkód, mimo że nie miał on nawet możliwości ich naprawienia.

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

Zgodnie z treścią § 3 ust. 2 projektu decyzji, obowiązkiem Udostępniającego jest niezwłoczne poinformowanie Operatora o wszelkich pracach oraz awariach mogących mieć wpływ na Infrastrukturę. Nadto, jest on zobowiązany do niezwłocznego poinformowania Operatora o przypadkach naruszenia integralności Infrastruktury przez osoby nieuprawnione (§ 3 ust. 3 projektu decyzji).

Jednocześnie doprecyzowano, że *o zaplanowanych pracach inwestycyjnych lub remontowych mogących mieć wpływ na Infrastrukturę Udostępniający ma obowiązek poinformowania Operatora co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia*. Takiego

dookreślenia zabrakło jednak w odniesieniu do przypadków naruszenia integralności sieci oraz awarii.

W ocenie Operatora, należałoby określić w decyzji maksymalny okres czasu, w jakim powinien on być zawiadomiony **o fakcie naruszenia integralności sieci oraz wystąpieniu awarii**.

O sytuacjach tego rodzaju, Udostępniający powinien poinformować Operatora jak najszybciej, tj. w ciągu kilku, maksymalnie kilkunastu godzin, np. w ciągu 6 h od chwili powzięcia informacji o naruszeniu integralności infrastruktury lub awarii – tak aby Operator mógł możliwie najszybciej podjąć odpowiednie działania i tym samym zapewnił integralność sieci.

Co więcej, Operator powinien być informowany o wszystkich wypadkach naruszenia integralności sieci – niezależnie od tego, czy nastąpiło ono na skutek zachowania osób uprawnionych czy też nieuprawnionych – w każdym bowiem przypadku mogłoby to mieć wpływ na świadczenie usług telekomunikacyjnych przez Operatora.

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

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

a) naruszenia integralności Przyłącza oraz awariach mogących mieć wpływ na Przyłącze lub Instalację – w ciągu 6 godzin od powzięcia przez Udostępniającego informacji o takiej sytuacji;

b) wszelkich pracach inwestycyjnych i remontowych zaplanowanych pracach inwestycyjnych lub remontowych mogących mieć wpływ na Przyłącza lub Instalację – co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia.

- z jednoczesnym wykreśleniem ust. 3 (regulację w nim zawartą przeniesiono do ust. 2) oraz odpowiednią zmianą numeracji pozostałych postanowień, określonych w § 3 projektu decyzji.

IV. Postanowienia dotyczące wykorzystania infrastruktury technicznej - § 4 decyzji

W § 4 projektu decyzji zatytułowanym „wykorzystanie infrastruktury technicznej" znajdują się postanowienia dotyczące umieszczenia okablowania w kanalizacji telekomunikacyjnej budynku (**KTB**) oraz dotyczące umieszczenia linii kablowych, stanowiących przyłącza telekomunikacyjne, w istniejącej kanalizacji kablowej (w skrócie: **KK**). Regulacja ta przewiduje także przewiduje przypadki, w których możliwa będzie realizacja własnej kanalizacji – KTB lub KK.

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

lub innego podmiotu – a zwłaszcza w tym przypadku, gdy KK lub KTB należy do osoby trzeciej, niebędącej stroną postępowania prowadzonego przez Prezesa UKE.

Zgodnie z projektem decyzji, dostęp do nieruchomości i Budynku będzie polegał m.in. na możliwości budowy infrastruktury (instalacji) 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**. Stosownie do treści art. 2 pkt 8a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *prawo telekomunikacyjne* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2460 z późn. zm., dalej: **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.* Przez „osprzęt" należy m.in. rozumieć KTB, która pozwala na umieszczenie w niej kabli i przewodów. KTB jest więc jednym z elementów instalacji wewnątrzbudynkowej, o której mowa w art. 30 Ustawy.

Zatem wykładnia art. 30 § 1 pkt 3 Ustawy przyjęta przez Prezesa UKE – w przypadku określonym w § 4 ust. 1 projektu decyzji – **w sposób nieuprawniony zawęża definicję instalacji wewnątrzbudynkowej do możliwości realizacji wyłącznie okablowania (kabli i przewodów) a nie całej instalacji telekomunikacyjnej**. Operator zatem powinien mieć możliwość realizacji całej infrastruktury telekomunikacyjnej (bez wyjątków) a nie jedynie poszczególnych jej elementów. Postanowienia określone przez Prezesa UKE pozwalają Operatorowi na realizację infrastruktury telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie – tak naprawdę, decyzja będzie uprawniała Operatora do realizacji części instalacji wewnątrzbudynkowej, tj. obiektu budowlanego, który nie będzie mógł zostać uznany za instalację telekomunikacyjną budynku w rozumieniu art. 2 pkt 8a PT.

Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku realizacji przyłącza.

Zgodnie z art. 2 pkt 27b 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.*

Oznacza to, 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** (nowelizacja Ustawy, która weszła w życie w dniu 25 października 2019 roku nic w tym zakresie nie zmieniła).

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 wnioskodawców obowiązku wykorzystania istniejącej kanalizacji kablowej (KK) w celu umiejscowienia w niej linii kablowej stanowiącej przyłącze, jest więc nieuzasadnione – **kanalizacja kablowa stanowi część (element) przyłącza**.

W ocenie wnioskodawców, zaproponowane przez Prezesa UKE postanowienie decyzji jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Z art. 30 Ustawy (także z art. 30 ust. 5 pkt 3 Megaustawy w brzmieniu nadanym od 25 października 2019 roku) nie wynika, aby celem ustawodawcy było zawężenie definicji przyłącza, określonej w PT, wyłącznie do linii kablowej. Przywołany przepis nie uprawnia Prezesa UKE także do nałożenia na Operatora obowiązku skorzystania z KTB należącej do Udostępniającego, jeśli Prezes UKE zapewnił Operatorowi możliwość realizacji własnej sieci wewnątrzbudynkowej.

Z tego względu, wskazanie w treści projektu decyzji, że postanowienia określone w § 4 oraz § 6 ust. 3 projektu decyzji, służą „jak najefektywniejszemu wykorzystaniu istniejącej infrastruktury technicznej", nie jest prawidłowe.

Warto przy tym zaznaczyć, że skoro Prezes UKE ustalił, że w Budynku nie znajduje się sieć telekomunikacyjna odpowiadająca zapotrzebowaniu Operatora, nie będzie miał on możliwości wykorzystania istniejącej KTB/KK – z ustalenia tego jednoznacznie wynika, że nie istnieje KTB/KK, z której Operator mógłby skorzystać. Z tego względu, regulacja zawarta w § 4 Decyzji jest w całości zbędna.

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** – „innego podmiotu", o którym mowa którego § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz ust. 2 pkt 2 lit. b projektu decyzji, wskazanego przez Udostępniającego zgodnie z § 5 ust.4 pkt 1 projektu decyzji lub deklarującego świadczenie usług w danych Budynku zgodnie z aktualnymi danymi ujawnionymi w SIIS.

Jednocześnie, Prezes UKE zastrzega, że w tym przypadku konieczne będzie podpisanie umowy lub uzyskanie decyzji administracyjnej łączącej Operatora z Posiadaczem KK/KTB (§ 4 ust. 3 projektu decyzji).

Brzmienie § 4 projektu decyzji **może prowadzić do znacznego wydłużenia okresu realizacji całej infrastruktury wewnątrzbudynkowej oraz przyłącza** (a więc rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych).

Na etapie wykonywania decyzji, może okazać się, że na nieruchomości będzie istniała kanalizacja kablowa (KTB lub KK), nienależąca do Udostępniającego – 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 opóźni to rozpoczęcie świadczenia przez niego usług telekomunikacyjnych na rzecz użytkowników końcowych.

Operator – mimo uzyskania dostępu do nieruchomości i budynku na podstawie decyzji – w praktyce nie będzie mógł zrealizować przyłącza ani okablowania, a więc świadczyć usług w 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 Ustawy, a zwłaszcza art. 30 Ustawy, której celem jest ułatwienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu świadczenie usług telekomunikacyjnych, w tym przyspieszenie rozpoczęcia świadczenia tych usług i zapewnienie jak największej ilości użytkowników końcowych możliwości korzystania 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

[1] Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 2 w zw. z § 4 ust. 4 pkt 2 lit. b 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 samych robót budowlanych.

podejmowanych przez osoby trzecie – konkurentów na rynku usług telekomunikacyjnych, którym będzie zależało na tym, aby możliwie opóźnić świadczenie usług przez Operatora.

Tym samym, Operator – mimo uzyskania tytułu prawnego do Nieruchomości i Budynku – nie będzie miał możliwości ich realizacji.

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 w całości 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. Nadmiernie zabezpiecza on prawa Udostępniającego, nakładając na Operatora dodatkowe obowiązki.

W § 4 ust. 1 pkt 2 oraz w § 4 ust. 2 pkt 2 projektu decyzji przewidziano przypadki, w których będzie możliwa realizacja własnej KTB/KK w celu umieszczenia w niej linii kablowej stanowiącej przyłącze przez Operatora. Ma to mieć miejsce w sytuacji, gdy: na nieruchomości nie ma KTB/KK albo gdy uzyskanie dostępu do KK stanowi trudną do ominięcia przeszkodę. 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 z wnioskiem o udostępnienie KK lub KTB na potrzeby realizacji niniejszej decyzji do podmiotu, który został wskazany przez Udostępniającego zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1 lub deklaruje świadczenie usług w Budynku zgodnie z aktualnymi danymi ujawnionymi w SIIS:*
   a) *podmiot ten w sposób wyraźny odmówił jej udostępnienia lub*
   b) *w terminie 60 dni od dnia złożenia przez Operatora 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:*
   a) *Udostępniającego, złożone zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1,*
   b) *podmiotów wskazanych przez Udostępniającego zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1 oraz*
   c) *podmiotów deklarujących świadczenie usług w Budynku zgodnie z aktualnymi danymi ujawnionymi w SIIS*

bądź w związku z nieudzieleniem Operatorowi odpowiedzi przez te podmioty.

Wnioskodawcy zdają sobie sprawę, że we wskazanym powyżej pkt 1 i 2 uregulowano inaczej przypadki „trudnej do ominięcia przeszkody", odnoszącej się do Udostępniającego i osób trzecich. 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 **nie doprecyzował 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 innej osoby.

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.*

Operator kwestionuje także zasadność nakładania na niego odrębnego obowiązku uzyskania dostępu do istniejącej KTB lub istniejącej KK w celu doprowadzenia przyłącza, zwłaszcza należącej do osoby trzeciej – w jego ocenie przypadki odmowy udostępnienia KK/KTB przez ten podmiot oraz brak zawarcia umowy w terminie 60 dni, powinny zostać ujęte jako przykłady „niedostępności" KK/KTB należącej do innego podmiotu niż Udostępniający.

Wątpliwości budzi także zaznaczenie, że odmowa udostępnienia KK/KTB przez podmiot trzeci musi być „**wyraźna**" - takie zastrzeżenie nie znajduje się w treści art. 30 Ustawy. Istnieje ryzyko, że jeśli z oświadczenie tego podmiotu będzie zbyt ogólne, Operator będzie musiał czekać na realizację własnej KK/KTB oraz okablowania i przyłącza do czasu aż upłynie 60-dniowy termin. Jak wskazano powyżej – podmiot ten będzie posiadał interes w opóźnianiu rozpoczęcia świadczenia usług przez Operatora.

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 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 – w tym KTB. **Z tego względu, powinno nastąpić skrócenie terminu na zawarcie umowy z Posiadaczem KTB/KK do maksymalnie 30 dni**. Nie zmienia tego fakt, że negocjacje w zakresie kanalizacji kablowej znajdującej się na nieruchomości, stosownie do treści art. 17 i nast. Megaustawy, powinny trwać maksymalnie 60 dni – w przypadku uzyskania decyzji dostępowej przez Operatora, termin ten – wyłącznie na potrzeby realizacji praw i obowiązków wynikających z decyzji dostępowej – **być skrócony do maksymalnie 30 dni**.

Postanowienia decyzji Prezesa UKE nie byłyby sprzeczne z Ustawą - decyzja dotyczy bowiem uzyskania przez Operatora dostępu do Nieruchomości i Budynku, a nie dostępu do infrastruktury należącej do podmiotów trzecich, kreując prawa i obowiązki pomiędzy konkretnymi podmiotami. Ponadto, zgodnie z Ustawą, upływ 60 dni **upoważnia wnioskodawców jedynie do wystąpienia z wnioskiem o wydanie decyzji dostępowej przez Prezesa UKE a nie daje uprawnienia do realizacji własnej kanalizacji**. Tym samym termin określony w § 4 ust. 4 pkt 2 lit. b projektu decyzji może być skrócony do 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.** Nie jest bowiem zasadne uzależnianie czasu rozpoczęcia świadczenia usług w Budynkach I od prowadzenia negocjacji z podmiotem trzecim i ich przebiegu – decyzja ma regulować wyłącznie prawa i obowiązki stron postępowania.

Jednocześnie, w przypadku stwierdzenia że istniejąca KK/KTB 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 lub wykorzystanie ich 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 innego podmiotu.

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 powyżej, 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, będzie utrudniało realizację postanowień decyzji.

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 (i) będzie pozostawał w stałym kontakcie z Udostępniającym (a przedłożony przez niego projekt realizacji przyłącza z ostrożności powinien przewidywać alternatywne wykonanie KK/KTB) (ii) oraz ze względu na konieczność uzgodnienia projektu (§ 5 ust. 3 i nast. projektu decyzji), Udostępniający będzie na bieżąco informowany o przebiegu negocjacji z innym podmiotem, do którego należy KK/KTB. Jednocześnie wnioskodawcy zdają sobie sprawę z konieczności zapewnienia Udostępniającemu możliwości zbadania przesłanek świadczących o istnieniu „trudnej do ominięcia przeszkody", uniemożliwiającej wykorzystanie KK należącej do innego podmiotu.

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, 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. Sposób zabezpieczenia roszczeń (kaucja) - § 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.

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

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

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

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 naprawnienie szkody,

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

Mając powyższe na uwadze, Operator proponuje rezygnację z kaucji na poczet obowiązku posiadania polisy OC, tym bardziej, że w projektach kilku decyzji dostępowych, przykładowo o numerze DHRT.WWM.6171.151.2017 oraz DHRT.WWM.6171.162.2018, udostępnionych na stronie BIP UKE[2], w § 4 pkt 9 i nast. przywołanych decyzji, Prezes UKE pozwolił stronom

[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

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 Budynku i wykonania przyłączy telekomunikacyjnej do Budynku (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 Budynku powinien brać pod uwagę zasadę proporcjonalności i niedyskryminacji. Ma on obowiązek 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).

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 wnioskodawców w stosunku do Skynet sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Damiana Murzynowskiego prowadzącego działalność pod firmą NASZASIEC.NET KRAKÓW DAMIAN MURZYNOWSKI (strony decyzji o numerze DHRT.WWM.6171.151.2017 oraz DHRT.WWM.6171.162.2018).

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

Prezes UKE przy przygotowywaniu projektu decyzji nie zbadał wszystkich okoliczności sprawy oraz zastosował rozwiązania, które będą utrudniać realizację praw i obowiązków wynikających z decyzji – np. obowiązek wykorzystania KK/KTB należącej do innego podmiotu niż Udostępniający.

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, a przyjęte przez niego rozwiązania mogą znacznie utrudnić i opóźnić realizację decyzji dostępowej. 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,