

Katowice, dnia 15 stycznia 2021 roku

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

Wnioskodawca: Fiberlink spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Tadeusza Ważewskiego 17, 30-499 Kraków
reprezentowany przez radcę prawnego Ewelinę Grabiec
z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.
ul. Graniczna 29/215, 40-005 Katowice

Uczestnik
postępowania: Wspólnota Mieszkaniowa Nieruchomości
przy ul. Lipowej 5b, 5c, 5d w Skawinie
ul. Lipowa 5b, 5c, 5d, 32-050 Skawina

Sygn. akt: DR.WWM.6171.70.2020.

Dotyczy: projektu decyzji

**PISMO WNIOSKODAWCY – STANOWISKO KONSULTACYJNE
DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI W SPRAWIE DR.WWM.6171.70.2020.**

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 położonej w Skawinie przy ul. Lipowej 5B, 5C, 5D dla której Sąd Rejonowy w Wieliczce, V Zamiejscowy Wydział Ksiąg Wieczystych z siedzibą w Skawinie, prowadzi księgę wieczystą o numerze KR3I/00008657/8 (zwanej dalej **Nieruchomością**) oraz do posadowionych na tej Nieruchomości budynków należącego do Udostępniającego (zwane dalej łącznie jako **Budynki** a każdy z osobna jako **Budynek**), w celu zapewnienia telekomunikacji w tych 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 Operatorowi dostępu do Nieruchomości i Budynków, z jednoczesnym zabezpieczeniem interesów Udostępniającego i mieszkańców Budynków. Za nieuzasadnione należy uznać określenie warunków dostępu w sposób uciążliwy dla Operatora – w szczególności nakładający na niego obowiązki związane z obowiązkiem wykorzystania kanalizacji kablowej posadowionej na nieruchomości (KK) a 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.

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 oraz okolicznościami danej sprawy. Prymat woli stron wynika wprost z przepisu art. 22 ust. 5 i 8 oraz art. 21 ust. 2a Ustawy. 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, iż zasada proporcjonalności oznacza, że obowiązki ustalone w ramach decyzji administracyjnej muszą być odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Zasada proporcjonalności jest zawsze związana ze specyficznymi i konkurencyjnymi interesami. Ustalając warunki Dostępu Prezes UKE dobrał takie środki, które z jednej strony będą gwarantowały realizację uprawnień przysługujących Operatorowi, z drugiej zaś będą możliwie najmniej uciążliwe dla Udostępniającego.

II. Zastępcze usunięcie szkody – § 2 ust. 11

Omawiane postanowienie ustala sposób usuwania ewentualnych szkód, przewidując możliwość wykonania zastępczego, o ile Operator nie usunie szkody w terminie 14 dni. Zdaniem Operatora, proponowany termin jest za krótki – często usunięcie szkody będzie wiązało się z konsultacjami nie tylko z Udostępniającym ale również z podmiotami trzecimi (co potwierdza choćby treść § 4 projektu decyzji). Oznacza to, że brak naprawienia szkody we wskazanym terminie może wynikać nie z braku staranności Operatora, ale z przyczyn

od niego niezależnych. Operator nie powinien zatem ponosić w takim przypadku negatywnych konsekwencji.

Możliwość zastępczego usunięcia szkody powinna odnosić się wyłącznie do „udokumentowanych” szkód – tak aby Operator mógł zweryfikować, czy szkody, które nastąpiły lub zostały naprawione przez Udostępniającego, zostały wyrządzone przez niego lub inne osoby, za które ponosi on odpowiedzialność.

Wnoszę o zmianę postanowienia § 2 ust. 11 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 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, chyba że brak usunięcia szkody we wskazanym terminie nastąpił z przyczyn niezależnych przez Operatora.***

W razie nieuwzględnienia powyższej propozycji, Operator wnosi o wskazanie na końcu § 2 ust. 11 projektu decyzji w obecnym brzmieniu zastrzeżenia o treści *chyba że brak usunięcia szkody we wskazanym terminie nastąpił z przyczyn niezależnych przez Operatora.*

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 i awariach mogących mieć wpływ na Przyłącza, natomiast ust. 3 odnosi się do powinności Udostępniającego dotyczącej informowania Operatora o przypadkach naruszenia integralności Przyłączy przez osoby nieuprawnione.

Jednocześnie, w treści projektu decyzji wskazano, iż *o zaplanowanych pracach inwestycyjnych lub remontowych mogących mieć wpływ na Przyłącza Udostępniający ma obowiązek poinformowania Operatora co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia.* W odniesieniu do pozostałych prac, jak również przypadków naruszenia integralności sieci oraz wystąpieniu awarii mogących mieć wpływ na przyłącze, wskazano tylko iż, zawiadomienie o tym fakcie Operatora powinno nastąpić niezwłocznie, bez żadnego doprecyzowania terminu – jest on nieostry, zatem może budzić wątpliwości interpretacyjne. W ocenie Operatora, termin, w jakim Udostępniający ma informować Operatora o tego rodzaju przypadkach, powinien być doprecyzowany – konieczne jest bowiem zapewnienie mieszkańcom budynku stałego dostępu do usług telekomunikacyjnych.

Z tego względu, Operator proponuje aby Udostępniający informował Operatora możliwie najszybciej, w szczególności w razie naruszenia integralności przyłącza lub awarii, tj. w ciągu

kilku, maksymalnie kilkunastu godzin, np. w ciągu 6 h od chwili powzięcia informacji o ich wystąpieniu, tak aby Operator mógł możliwie najszybciej podjąć odpowiednie działania i tym samym zapewnić integralność sieci.

Zdaniem Operatora, powinien on być informowany o wszystkich wypadkach naruszenia integralności przyłączy, niezależnie od tego, czy nastąpiło ono na skutek zachowania osób uprawnionych czy też nieuprawnionych – w każdym przypadku, może to mieć wpływ na świadczenie usług telekomunikacyjnych przez Operatora.

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

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 mogących mieć wpływ na Przyłącza, w tym wszelkich zaplanowanych pracach inwestycyjnych lub remontowych mogących mieć wpływ na Przyłącze – co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia.*

- przy jednoczesnym wykreśleniu ust. 3 i odpowiedniej zmianie pozostałych postanowień decyzji.

IV. Postanowienia dotyczące wykorzystania infrastruktury technicznej - § 4 decyzji

W § 4 projektu decyzji, zatytułowanym „wykorzystanie infrastruktury technicznej”, znajdują się postanowienia dotyczące umieszczenia linii kablowych stanowiących przyłącza telekomunikacyjne w istniejącej kanalizacji kablowej (w skrócie: **KK**). Postanowienie to przewiduje również przypadki, w których możliwa będzie realizacja własnej kanalizacji, jednak w bardzo ograniczonym zakresie.

Zgodnie z § 4 ust. 1 projektu decyzji, możliwość realizacji własnej KK przez Operatora jest warunkowa. Jest ona dopuszczalna wyłącznie w sytuacji, w której: na Nieruchomości nie ma KK należącej do Udostępniającego bądź uzyskanie dostępu do istniejącej KK należącej do Udostępniającego bądź innemu podmiotowi, deklarującemu świadczenie usług w danym Budynku zgodnie z SIIS, stanowi trudną do ominięcia przeszkodę. Przypadki zaistnienia „trudnej do ominięcia przeszkody”, zostały określone w § 4 ust. 3 projektu decyzji w sposób enumeratywny (katalog zamknięty).

Postanowienie to jest jednak sprzeczne z celem Megaustawy, która miała ułatwić i przyspieszyć realizację sieci telekomunikacyjnych, zwłaszcza w zakresie, w jakim postanowienie to odwołuje się do obowiązku zwrócenia się z wnioskiem o możliwość wykorzystania infrastruktury należącej do innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, który nie był stroną postępowania dotyczącego uzyskania dostępu do Nieruchomości i Budynku.

Warto bowiem zaznaczyć, że decyzja wydawana na podstawie art. 30 Megaustawy powinna regulować wyłącznie stosunki między Udostępniającym a wnioskodawcą. Nie może ona zatem odnosić się do działania osób trzecich, niebędących stronami postępowania (podmiotów, do których nie została skierowana decyzja).

Propozycja ta jest również sprzeczna z definicją prawną przyłącza.

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 § 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) wskazuje, 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 przywołanych definicji wynika, że przyłącze telekomunikacyjne stanowi **nie tylko linię kablową, ale również odcinek kanalizacji kablowej**. 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, na co wskazuje również Prezes UKE w treści uzasadnienia projektu decyzji.

Nałożenie na wnioskodawcę obowiązku wykorzystania istniejącej kanalizacji kablowej (KK) w celu ułożenia w niej linii kablowej stanowiącej przyłącze, jest zatem całkowicie nieuzasadnione i pozbawione – kanalizacja kablowa stanowi część (element) przyłącza. Oznacza to, że **prawna możliwość realizacji przyłącza łączy się z pozwoleniem na realizację nie tylko linii kablowej, ale również kanalizacji kablowej, w której kabel zostanie umieszczony**.

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.

Wątpliwości budzi także to, czy nałożenie przez Prezesa UKE obowiązku wykorzystania kanalizacji kablowej należącej do podmiotu, który nie brał udziału w postępowaniu w przedmiocie wydania decyzji, stanowi realizację normy wynikającej z art. 30 ust. 5 pkt 3 Megaustawy. Potrzeba brania pod uwagę przez Prezesa UKE „jak najefektywniejszego wykorzystania istniejącej infrastruktury technicznej, znajdującej się na nieruchomości, w tym budynku”, tego nie uzasadnia. Podjęte przez Prezesa UKE działania nie mogą bowiem w tym względzie naruszać zasady proporcjonalności oraz pozostałych przepisów prawa, w tym zawartych w PT i Megaustawie. Na Operatora nie powinien być również nakładany obowiązek wykorzystania KK należącej do Udostępniającego, zwłaszcza jeżeli utrudniałoby to połączenie z pozostałą częścią sieci Operatora, znajdującą się poza Nieruchomością.

Jakiegokolwiek rozwiązania, które przyczyniają się do opóźnienia świadczenia usług telekomunikacyjnych przez Operatora nie mogą być uznane za przejaw „najefektywniejszego wykorzystania” istniejącej infrastruktury technicznej. Warto zaznaczyć, że w sytuacji, gdy KK będzie należała do innego podmiotu niż Udostępniający, konieczne będzie zawarcie przez Operatora umowy dotyczącej dostępu do KK lub uzyskanie decyzji administracyjnej w tym zakresie, tj. uzyskania odrębnego tytułu prawnego uprawniającego Operatora do współkorzystania z KK.

Z powyższych względów, obecne brzmienie § 4 projektu decyzji może prowadzić do znacznego wydłużenia okresu realizacji przyłącza (a więc rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych), nawet o kilka miesięcy. Może okazać się, że Operator będzie doprowadzał przyłączy dopiero po zakończeniu budowy Budynków a na nieruchomości będzie już wtedy istniała kanalizacja kablowa, należąca do podmiotu innego niż Udostępniający. W takim przypadku, 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 – porozumiał się on z podmiotem, który nie brał udziału w postępowaniu. Konieczne będzie więc zwrócenie się o udostępnienie KK, znajdującej się na tej nieruchomości, do podmiotu trzeciego. **Znacznie wydłuży to proces realizacji uprawnień Operatora wynikających z decyzji dostępowej**, a tym samym opóźni rozpoczęcie świadczenia przez niego usług telekomunikacyjnych na rzecz użytkowników końcowych. Wydanie decyzji dostępowej powinno natomiast proces ten przyspieszyć.

Wnioskodawca – mimo uzyskania dostępu do Nieruchomości i Budynków na podstawie decyzji – w praktyce nie będzie mógł zrealizować przyłącza, a więc świadczyć usług w określonym

Budynku przez co najmniej 60 dni¹. Tym samym Operator, mimo posiadania tytułu prawnego – w dalszym ciągu nie będzie mógł świadczyć usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców Budynków. Podjęcie przez niego jakichkolwiek działań związanych z realizacją przyłącza będzie zależało od uzyskania zgody podmiotu trzeciego i zawarcia z nim odrębnego porozumienia w tym zakresie.

Powyższe jest zatem **sprzeczne z wykładnią celowościową przepisów Megaustawy, a zwłaszcza art. 30 Megaustawy, której celem jest ułatwienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym przyspieszenie rozpoczęcia świadczenia tych usług i zapewnienie jak największej ilości użytkowników końcowych możliwości korzystania z tych nowoczesnych usług telekomunikacyjnych.** Podważa to funkcje, jakie ma pełnić decyzja dostępowa. Czas realizacji przez Operatora wynikających z niej uprawnień jest uzależniony nie tylko od współpracy stron niniejszego postępowania, ale również od działań podejmowanych przez osoby trzecie, którym – jako konkurentom na rynku – może zależeć na przedłużaniu czasu, w którym usługi nie będą świadczone przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego.

Warto przy tym zauważyć, że z brzmienia KK wynika, że możliwość realizacji własnej KK będzie przysługiwała wtedy, gdy oba warunki – tj. brak KK na Nieruchomości bądź w przypadku, gdy jest ona tam umieszczona, dostęp do niej stanowi trudną do ominięcia przeszkodę – zostaną spełnione.

Z tego względu, postanowienia nakazujące Operatorowi umieszczenie linii kablowej stanowiącej przyłącze w KK należącej do Udostępniającego lub innego podmiotu, **powinny zostać wykreślone** – przynajmniej w zakresie nałożenia na Operatora obowiązku uzyskiwania dostępu do kanalizacji należącej do innego podmiotu niż Udostępniający. Obowiązek ten jest bowiem zbyt daleko idący i może przyczynić się do opóźnienia realizacji praw i obowiązków wynikających z decyzji.

Wątpliwości budzi również określenie przez Prezesa UKE w zamkniętym katalogu przypadków, w których uzyskanie dostępu do KK stanowi „trudną do ominięcia przeszkodę”, co nastąpiło w § 4 ust. 3 projektu decyzji. Zgodnie z przywołanym postanowieniem, trudna do ominięcia przeszkoda będzie miała miejsce, gdy:

- 1) *na podstawie informacji zebranych na zasadach określonych w § 5 ust. 4 Operator ustali, że KK, do której Udostępniającemu przysługuje tytuł prawny, jest niedostępna,*

¹ Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit b w zw. z § 4 ust. 3 pkt 2 lit. b projektu decyzji, Operator może zrealizować własną KK w przypadku, gdy w podmiot niebędący Udostępniającym, do którego należy KK nie zawarze z Operatorem umowy dotyczącej udostępnienia KK w terminie 60 dni. Należy doliczyć do tego jeszcze czas realizacji samego przyłącza.

- 2) *pomimo wystąpienia 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 z wnioskiem o udostępnienie KK na potrzeby na potrzeby realizacji niniejszej decyzji:*
- a) *adresat wniosku 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 jest przedmiotem sporu lub nie można 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.*

Wnioskodawca zdaje sobie sprawę, że we wskazanym powyżej pkt 1 i 2 uregulowano inaczej przypadki „trudnej do omińnięcia przeszkody”, odnoszącej się do Udostępniającego i podmiotu trzeciego, do którego należy KK znajdująca się na Nieruchomości. Nie ma to jednak wpływu na fakt, iż przywołane postanowienie projektu decyzji może budzić wątpliwości, zwłaszcza co do rozumienia pojęcia „niedostępności”.

Treść postanowienia sugeruje bowiem, że „niedostępność” KK, o której mowa w odniesieniu do Udostępniającego, oraz „odmowa udostępnienia” KK, o której mowa w odniesieniu do podmiotu innego niż Udostępniający, to dwa odrębne pojęcia, przy czym ich znaczenie nie zostało nigdzie dookreślone.

Uzasadnienie projektu decyzji nie odnosi się do znaczenia obu pojęć. Wydaje się jednak, że przez pojęcie „niedostępności” należałoby rozumieć wszelkie sytuacje, w których współkorzystanie z KK należącej do Udostępniającego byłoby niemożliwe lub nadmiernie utrudnione na skutek przejściowych lub trwałych przeszkód (np. w przypadku złego stanu technicznego KK) – niezależnie czy byłyby one zawinione przez Udostępniającego czy też nie.

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 Megaaustawy.

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.*

Tymczasem, w przypadku przesłanek odnoszących się do podmiotu innego niż Udostępniający, określone one zostały znacznie wężiej, co nie ma żadnego uzasadnienia.

Po pierwsze, niezależnie od tego, że Operator kwestionuje zasadność nakładania na niego obowiązku uzyskania dostępu do istniejącej KK w celu doprowadzenia przyłącza, zwłaszcza należącej do podmiotu innego niż Udostępniający, w jego ocenie wskazane w § 4 ust. 3 pkt 2 projektu decyzji przypadki odmowy udostępnienia KK przez podmiot trzeci oraz brak zawarcia umowy w terminie 60 dni, powinny zostać ujęte jako przykłady „niedostępności” KK należącej do podmiotu trzeciego.

Nadto, 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 znajdującej się na Nieruchomości), powinna zostać wskazana jako jeden z przykładów „niedostępności” KK.

Wątpliwości budzi także zaznaczenie, że odmowa udostępnienia KK przez podmiot inny niż Udostępniający, musi być „wyraźna”. Istnieje ryzyko, że jeśli oświadczenie tego podmiotu będzie zbyt ogólne, Operator będzie musiał czekać na realizację własnej KK i przyłącza do czasu, aż upłynie 60-dniowy termin. Warto zauważyć, że wniosek będzie kierowany do konkurenta, któremu może zależeć na opóźnieniu świadczenia usług przez Operatora.

Wprowadzony 60-dniowy termin na zawarcie umowy pomiędzy podmiotem innym niż Udostępniający a Operatorem, jest 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 choćby 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 podmiotem trzecim do maksymalnie 30 dni.

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 Budynków w trybie art. 30 Ustawy – termin ten, na potrzeby realizacji decyzji, powinien ulec skróceniu do 30 dni. Projekt decyzji reguluje bowiem warunki dostępu do określonych Budynków 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. Przyjęte rozwiązanie sprzyja efektywnemu wykorzystaniu istniejącej na Nieruchomości KK i będzie skutkowało tym, że Dostęp będzie jak najmniej dolegliwy dla Udostępniającego lub użytkowników, gdyż pozwoli uniknąć powielania KK na Nieruchomości, jest nieprawidłowe. Przyjęcie przez Prezesa UKE rozwiązań mających sprzyjać efektywnemu wykorzystaniu istniejącej infrastruktury nie może być uciążliwe dla stron i ograniczać innych praw wnioskodawcy, wynikających wprost z pozostałych postanowień art. 30 Ustawy, w szczególności opóźnić rozpoczęcie świadczenia usług i wykonywania innych praw i obowiązków wynikających z decyzji.*

Ponadto, Prezes UKE nie uwzględnił, iż w przypadku uzyskania dostępu do KK należącej do podmiotu innego niż Udostępniający, Operator będzie obowiązany uiszczać opłaty związane z uzyskaniem dostępu do tej KK, **co stanowi zaprzeczenie idei bezpłatnego dostępu do nieruchomości i budynku, wyrażonej wprost w treści art. 30 ust. 3a Megaustawy.** W skrajnych sytuacjach może okazać się, że opłaty żądane przez ten podmiot będą na tyle wysokie, że cała inwestycja stanie się nieopłacalna dla Operatora.

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

Natomiast jeśli Prezes UKE uzna to za nieuzasadnione i zbyt daleko idące, Operator wnosi o usunięcie z § 4 projektu decyzji obowiązku wykorzystania przez Operatora kanalizacji kablowej należącej do innego podmiotu niż Udostępniający, gdyż opóźni to rozpoczęcie świadczenia usług przez Operatora.

W razie uwzględnienia postulatów Operatora, usunięciu bądź odpowiedniej modyfikacji powinny ulec także inne postanowienia projektu decyzji, w zakresie dotyczącym wykorzystania KK, w tym należącej do podmiotu innego niż Udostępniający –

np. § 5 ust. 2 bądź § 6 ust. 4 projektu decyzji. Skróceniu powinien także ulec termin wskazany w § 4 ust. 3 pkt 2 lit. b z 60 do najwyżej 30 dni.

Obowiązek wykorzystania KK należącej do innego podmiotu niż Udostępniający będzie uciążliwy dla Operatora i utrudni realizację pozostałych praw i obowiązków wynikających z decyzji dostępowej.

V. Obowiązek przedstawienia Udostępniającemu dokumentów świadczących o braku możliwości skorzystania z KK należącej do innego podmiotu niż Udostępniający - § 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, 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) (iii) oraz ze względu na konieczność uzgodnienia projektu (§ 5 ust. 5 i nast. projektu decyzji), Udostępniający będzie na bieżąco informowany o przebiegu negocjacji z innym podmiotem, do którego należy KK. Jednocześnie wnioskodawca zdaje 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, 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.

Takie brzmienie decyzji przyspieszy jej realizację przy jednoczesnym poszanowaniu interesów Udostępniającego, który – w razie wątpliwości – będzie mógł żądać przedstawienia od Operatora stosownych dokumentów.

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 – zwłaszcza, że kaucja ma być płacona osobno za każde przyłącze,
- 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, 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 UKE², 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 doprowadzeniem przyłączy telekomunikacyjnych do Budynków (4.000,00 zł) oraz jak na remont przyłącza (1.000,00 zł), zwłaszcza że kaucja ma być uiszczana za każdy budynek, w którym będą prowadzone prace. Zdaniem Operatora, maksymalna wysokość kaucji powinna wynosić odpowiednio 1.000,00 zł i 500,00 zł – za wszystkie budynki, w których będą prowadzone prace łącznie (a nie osobno za każdy budynek). 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. 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

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>

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 adresatów 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 należącej do innego podmiotu niż Udostępniający czy obowiązek uiszczenia kaucji.

Przy ustaleniu opisanych wyżej procedur, organ nie wziął pod uwagę interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz potrzeby rozwoju nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej i promowania nowoczesnych usług telekomunikacyjnych, 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 Megaustawy.

Z poważaniem,


Ewelina Grabiec
RADCA PRAWNY