

Katowice, dnia 31 marca 2021 r.

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

Wnioskodawca: **Fiberlink sp. z o. o.**
ul. Tadeusza Ważewskiego 17, 30-499 Kraków
NIP: 9442245890
reprezentowany przez **radcę prawnego Ewelinę Grabiec**
z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice

Uczestnik
postępowania: **Wspólnota Mieszkaniowa Nieruchomości przy ul. Jagielnia 8DA – 10FC**
ul. Jagielnia 8DA, 32-050 Skawina
- w imieniu której działa zarządca
Eco Dom Nieruchomości sp. z o.o.
ul. Pychowicka 7/011, 30-364 Kraków

Dotyczy: projektu decyzji
Sygn: DR.WWM.6171.140.2019

Stanowisko konsultacyjne
dotyczące projektu decyzji w sprawie DR.WWM.6171.140.2019

Działając w imieniu i na rzecz Wnioskodawcy /dalej również jako **Operator** – pełnomocnictwo w aktach sprawy/, w związku z prowadzonymi konsultacjami projektu decyzji ustalającej warunki dostępu do nieruchomości położonej w Skawinie opisanej w księdze wieczystej nr KR31/00006622/0 (dalej „**Nieruchomość**”), w tym do posadowionych na Nieruchomości 37 budynków (dalej „**Budynek**”), przedstawiam uwagi Wnioskodawcy do projektu decyzji. Jednocześnie nadmieniam, że ilekroć w niniejszym stanowisku jest mowa o „**Budynku**”, należy przez to rozumieć każdy Budynek z osobną objęty postępowaniem.

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) 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 spowodować, iż świadczenie usług telekomunikacyjnych może okazać się nieopłacalne dla Wnioskodawcy (gdy 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, a 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 w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 roku *o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych* (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2410, dalej: **Ustawa**). Biorąc pod uwagę to, że Uczestnik postępowania pomimo wielokrotnych próśb Wnioskodawcy nie ustosunkował się do projektu umowy dostępowej co należy pochylić za niekwestionowanie jej zapisów, decyzja powinna w jak największym stopniu odzwierciedlać projekt umowy zaproponowany przez Wnioskodawcę.

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*. Zdaniem Operatora, zabezpieczenie interesów Udostępniającego nastąpiło jednak w sposób niewspółmierny do obowiązków nałożonych na wnioskodawców, co zostało opisane w dalszej części niniejszego stanowiska.

II. Możliwość zastępczego usunięcia 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 od ich zgłoszenia. Proponowany termin jest jednak za krótki – usunięcie szkody często 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, lecz z przyczyn od niego niezależnych. Zdaniem Operatora bardziej optymalnym rozwiązaniem jest przyjęcie, że Operator w terminie tym powinien przystąpić do usuwania szkody (tj. podjąć czynności faktyczne nastawione na usunięcie szkody, np. rozpocznie konsultowanie sposobu

usunięcia szkody z Udostępniającym czy też zamówi niezbędne materiały). Dopiero bierność ze strony Operatora powinna uprawniać Udostępniającego do usunięcia szkody we własnym zakresie i obciążenia Operatora kosztami z tego wynikłymi.

Nadto, 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 szkoda, która została naprawiona przez Udostępniającego, została wyrządzona przez niego lub inne osoby, za które ponosi on odpowiedzialność, jak również móc zweryfikować zakres takiej szkody. Udokumentowanie szkody będzie również potwierdzało sam fakt ich wystąpienia.

Wnoszę zatem, aby **§2 ust. 11** decyzji uzyskał następującą treść:

*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 **nieprzystąpienia przez Operatora do usuwania szkody w powyższym terminie, Udostępniający może usunąć we własnym zakresie udokumentowane szkody, za które odpowiedzialność ponosi Operator.***

W razie nieuwzględnienia propozycji, Operator wnosi o dodanie 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.*

Zastrzeżenie to pozwoli wyeliminować sytuację, w której Operator byłby obowiązany do ponoszenia negatywnych konsekwencji związanych z naprawieniem szkody, mimo że nie miał on nawet możliwości ich naprawienia lub gdy opóźnienie w usunięciu szkody jest spowodowane okolicznościami od Operatora niezależnymi. Jednocześnie nie można uznać aby zaproponowane rozwiązanie naruszało interesy Udostępniającego.

III. Informowanie o przypadkach naruszenia integralności infrastruktury i awariach (§ 3 ust. 2 lit. a)

Zgodnie z treścią §3 ust. 2 projektu decyzji, obowiązkiem Udostępniającego jest niezwłoczne poinformowanie Operatora o **(a)** przypadkach naruszenia integralności Przyłącza przez osoby nieuprawnione oraz wszelkich pracach inwestycyjnych lub remontowych oraz awariach mogących mieć wpływ na Przyłączy – w ciągu 24 godzin od powzięcia informacji o tych zdarzeniach; jak również **(b)** o wszelkich pracach inwestycyjnych lub remontowych mogących mieć wpływ na Przyłączy – co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia.

Zdaniem Wnioskodawcy, termin określony w § 3 ust. 2 lit. a) w przypadku naruszenia integralności Przyłącza bądź wystąpienia awarii jest zbyt długi. Konieczne jest jak najszybsze podjęcie przez Operatora czynności, które by pomogły ustalić sprawców naruszenia i jego skutki bądź przywrócić zwykłe funkcjonowanie Przyłącza (tj. wznowić świadczenie usług

telekomunikacyjnych). W ocenie Operatora, termin ten powinien być skrócony do maksymalnie 6 godzin – zwłaszcza, że początkiem jego biegu jest chwila powzięcia przez Udostępniającego informacji o tych okolicznościach, a nie chwila zdarzenia. Termin 24 godzin nie zapewnia Operatorowi możliwości zareagowania w odpowiednim czasie i jednocześnie pozwala Udostępniającemu niepotrzebnie zwlekać z zawiadomieniem Operatora o powstałej sytuacji.

Zmiana ta pozwoli na zabezpieczenie nie tylko interesów Operatora, ale przede wszystkim użytkowników końcowych, którzy będą korzystać z usług telekomunikacyjnych.

IV. Postanowienia dotyczące wykorzystania infrastruktury technicznej (§4)

W § 4 projektu decyzji zatytułowanym „wykorzystanie infrastruktury technicznej” znajdują się postanowienia dotyczące umieszczenia linii kablowej, stanowiącej przyłącze telekomunikacyjne, w istniejącej kanalizacji kablowej (w skrócie: **KK**). Regulacja ta przewiduje także przewiduje przypadki, w których możliwa będzie realizacja własnej **KK**, co znacznie ogranicza prawa Operatora.

W ocenie Operatora nie istnieją żadne powody, które przemawiałyby za nałożeniem na Operatora obowiązku skorzystania z **KK należącej do Udostępniającego lub innego podmiotu – a zwłaszcza w przypadku, gdy **KK** należy do osoby trzeciej, niebędącej stroną postępowania prowadzonego przez Prezesa UKE i adresatem decyzji.**

Stosownie do treści art. 2 pkt 27b ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. *prawo telekomunikacyjne* (tj. 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.*

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 przyłącza, pozwalając Operatorowi na realizację wyłącznie jej części, tj. linii kablowej (kabli i przewodów umieszczonych w kanalizacji Udostępniającego albo osoby trzeciej) a nie całego przyłącza.** Decyzja będzie uprawniała Operatora do budowy części przyłącza zdefiniowanego w art. 2 pkt. 27b **PT**. Operator powinien mieć zatem możliwość realizacji całego przyłącza (bez żadnych ograniczeń, a nie poszczególnych jej elementów).

Również z §3 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 nie składa się wyłącznie z linii kablowej, lecz stanowi odcinek kanalizacji kablowej. Z kolei, art. 30 ust. 1 pkt. 2 Ustawy wskazuje, że dostęp do nieruchomości i budynku może polegać na *umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku*. Zatem realizacja 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 nie wprowadziła w tym zakresie żadnych zmian).

Powyższe potwierdził także Prezes UKE, który w uzasadnieniu projektu 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 istniejącego przyłącza telekomunikacyjnego doprowadzonego do Budynku (art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju). **W konsekwencji Prezes UKE zobowiązany był uwzględnić Wniosek w tym zakresie.***

Z tego względu, nałożenie na Wnioskodawcę obowiązku wykorzystania istniejącej kanalizacji kablowej (KK) w celu umiejscowienia w niej linii kablowej stanowiącej przyłącze, jest nieuzasadnione – **kanalizacja kablowa stanowi część (element) przyłącza.**

W ocenie Wnioskodawcy, zaproponowane przez Prezesa UKE rozwiązanie uzależniające możliwość wybudowania własnej kanalizacji od istnienia odpowiedniej kanalizacji, jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Z art. 30 Ustawy (także z art. 30 ust. 5 pkt 3 Ustawy w brzmieniu nadanym od 25 października 2019 roku) nie wynika, aby celem ustawodawcy było zawężenie definicji przyłącza określonej w PT, wyłącznie do linii kablowej. Wniosek ten jest oczywiście sprzeczny z literalnym brzmieniem przepisów.

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.

Projekt decyzji budzi wątpliwości zwłaszcza w zakresie, w jakim obliguje do korzystania przez Operatora z KK **należącej do osób trzecich, niebędących stroną niniejszego postępowania** – *innego podmiotu*, o którym mowa którego § 4 ust. 1 pkt 1) i 2) projektu decyzji, wskazanego przez Udostępniającego zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1 projektu decyzji lub deklarującego świadczenie usług w Budynku zgodnie z aktualnymi danymi ujawnionymi w SIIS.

W takim przypadku, konieczne byłoby zawarcie umowy z właścicielem KK bądź uzyskanie przez Operatora zastępującej tę umowę decyzji administracyjnej – projekt decyzji nakłada zatem na Wnioskodawcę dodatkowe obowiązki, które muszą poprzedzać budowę własnego przyłącza telekomunikacyjnego. Brzmienie §4 projektu decyzji **może prowadzić do znacznego wydłużenia okresu realizacji przyłącza** (a więc rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych).

Operator – mimo uzyskania dostępu do Nieruchomości i Budynku na podstawie decyzji – w praktyce nie będzie mógł zrealizować przyłącza, a więc świadczyć usług w Budynku przez co najmniej 60 dni¹. 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 świadczenie usług telekomunikacyjnych, w tym przyspieszenie rozpoczęcia świadczenia tych usług i zapewnienie jak największej liczbie użytkowników końcowych możliwości korzystania z nowoczesnych usług telekomunikacyjnych. **Treść projektu decyzji podważa funkcje, jakie ma pełnić decyzja dostępowa.** Czas realizacji przez Operatora wynikających z decyzji uprawnień będzie uzależniony nie tylko od współpracy stron niniejszego postępowania, ale również od działań podejmowanych przez osoby trzecie – konkurentów na rynku usług telekomunikacyjnych, którym będzie zależało na tym, aby możliwie najbardziej opóźnić świadczenie usług przez Operatora.

Postanowienia nakazujące Operatorowi umieszczenie 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 KK należącej do innego podmiotu niż Udostępniający. Poprzez nałożenie na Operatora dodatkowych obowiązków, nadmiernie zabezpieczone zostały prawa Udostępniającego.

W §4 ust. 1 pkt 2 oraz w § 4 ust. 3 pkt 2 projektu decyzji przewidziano przypadki, w których będzie możliwa realizacja własnej KK w celu umieszczenia w niej przez Operatora linii kablowej stanowiącej przyłącze. Ma to mieć miejsce w sytuacji, gdy na Nieruchomości nie ma KK albo gdy uzyskanie dostępu do KK stanowi trudną do ominięcia przeszkodę. Za taką *trudną do ominięcia przeszkodę* decyzja przewiduje następujące sytuacje:

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 Posiadacz KK nie zawrze z Operatorem umowy dotyczącej udostępnienia KK w terminie 60 dni. Należy doliczyć do tego jeszcze czas realizacji samych robót budowlanych.

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

Wnioskodawca zdaje sobie sprawę, że we wskazanym powyżej pkt 1 i 2 uregulowano inaczej przypadki *trudnej do ominięcia przeszkody*, odnoszącej się do Udostępniającego i osób trzecich. Operator zaznacza jednak, że treść przywołanego postanowienia może budzić wątpliwości. Jedną z nich jest rozumienie pojęcia *niedostępności*. Treść postanowienia sugeruje, że *niedostępność* KK oraz *odmowa udostępnienia* KK, to dwa odrębne i niezależne od siebie pojęcia.

Prezes UKE w żaden sposób **nie doprecyzował znaczenia obu pojęć – nawet w uzasadnieniu projektu decyzji**. Wydaje się jednak, że przez pojęcie *niedostępności* należałoby rozumieć wszelkie sytuacje, w których współkorzystanie z KK byłoby niemożliwe lub nadmiernie utrudnione na skutek przejściowych lub trwałych przeszkód – niezależnie od tego, czy KK 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 Ustawy. Zgodnie z tą 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 KK w celu doprowadzenia przyłącza, zwłaszcza należącej do osoby trzeciej – przypadki odmowy udostępnienia KK przez ten podmiot oraz brak zawarcia umowy w terminie 60 dni, powinny zostać ujęte jako przykłady *niedostępności* KK należącej do innego podmiotu niż Udostępniający, a nie jako osobny przypadek *trudnej do ominięcia przeszkody*.

Wątpliwości budzi także zaznaczenie, że odmowa udostępnienia KK przez podmiot trzeci musi być **wyraźna** - analogiczne 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 i przyłącza do czasu aż upłynie 60-dniowy termin. Jak wskazano powyżej – podmiot ten jako konkurent będzie posiadał interes w celowym opóźnieniu rozpoczęcia świadczenia usług przez Operatora.

Również wprowadzenie 60-dniowego terminu na zawarcie umowy pomiędzy podmiotem trzecim, do którego należy KK, 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. **Z tego względu, powinno nastąpić skrócenie terminu na zawarcie umowy z „innymi podmiotem” do maksymalnie 30 dni.** Nie zmienia tego fakt, że negocjacje w zakresie KK 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 – **powinien 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 – decyzja kreuje prawa i obowiązki pomiędzy konkretnymi podmiotami: Operatorem i Udostępniającym.

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

Natomiast jeśli Prezes UKE uzna powyższe za nieuzasadnione, Operator wnosi o usunięcie z § 4 projektu decyzji **obowiązku wykorzystania przez Operatora kanalizacji kablowej należącej do innego podmiotu, niebędącego stroną postępowania.** Nie jest bowiem zasadne uzależnianie czasu rozpoczęcia świadczenia usług w Budynku 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 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 lub wykorzystanie jej, o ile została ona zrealizowana i należy do Udostępniającego. To Operator powinien decydować w jaki sposób należy wykonać infrastrukturę telekomunikacyjną.

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 należącej do innego podmiotu.

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

Niezależnie od zastrzeżeń i uwag wskazanych powyżej, postanowienia projektu decyzji dotyczące obowiązku przedłożenia Udostępniającemu dokumentacji potwierdzającej istnienie *trudnej do ominięcia przeszkody*, świadczącej o braku możliwości skorzystania z istniejącej KK, będzie utrudniało realizację 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 **(1)** będzie pozostawał w stałym kontakcie z Udostępniającym (a przedłożony przez niego projekt realizacji przyłącza z ostrożności powinien przewidywać alternatywne wykonanie KK) oraz **(2)** 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**. 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, jeśli obowiązek ten zostanie utrzymany.

Wobec tego wnoszę, aby omawiana część decyzji uzyskała brzmienie:

§5 ust. 2

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.

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 – zwłaszcza, że ma dotyczyć każdego z budynków z osobna (których jest 37). 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 polisa 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 (w przypadku budowy KK na kilku nieruchomościach, konieczne będzie zwielokrotnienie wysokości kaucji),
- 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, a następnie w treściach decyzji – przykładowo wydanych w sprawach 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 wykonywaniem instalacji telekomunikacyjnych budynku i wykonania przyłączy telekomunikacyjnych do budynków (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,

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>

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 inne projekty decyzji (w tym o numerach wyżej wskazanych). Z tego względu brak umożliwienia zabezpieczenia inwestycji polisą OC jest niezgodny z przepisem art. 22 ust. 1 Ustawy i dyskryminujący Wnioskodawcę w stosunku do innych operatorów, którzy uzyskali zgodę na taki sposób zabezpieczenia wykonywania prac.

Jeśli powyższa uwaga nie zostanie uwzględniona, wówczas Operator proponuje, aby Prezes UKE wprowadził do projektu decyzji postanowienie dotyczące możliwości „przesunięcia” raz zapłaconej kaucji na rzecz prac w kolejnym budynku. Pozwoli to na uniknięcie kilkukrotnych czynności, które polegałyby na uiszczeniu kaucji kilka razy przez Operatora i jej zwrocie przez Udostępniającego. Propozycja ta dotyczy nie tylko zabezpieczenia realizacji przyłączy ale także ich remontu. Co więcej, konieczne jest ujednoczenie terminu zwrotu kaucji do 7 dni (obecnie, w przypadku podpisania protokołu, termin na zwrot kaucji wynosi 7 dni a w przypadku braku jego podpisania – 14 dni).

Operator wnosi, aby obecny § 6 ust. 6 oraz § 7 ust. 4 - w przypadku utrzymania obowiązku uiszczenia kaucji – otrzymały 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 w ust. 4, a w przypadku, o którym mowa w ust. 5, w terminie 7 dni od dnia przedstawienia protokołu Udostępniającemu, 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.

§ 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.

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 bezpośrednio 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.

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,

Ewelina Grabiec

RADCA PRAWNY