itB legal
BAZAŃSKI GRABIEC KANCELARIA
Radców Prawnych Spółka Partnerska

Katowice, dnia 8 lipca 2021r.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9
01-211 Warszawa

Wnioskodawca: **WDM sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu**, adres w aktach sprawy, zwana dalej również jako „**Operator**" lub „**OK**", zastępowana przez **radcę prawnego Ewelinę Grabiec** z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p., ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice

Uczestnik postępowania: **PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie**, adres w aktach sprawy, zwana dalej również jako „**OU**" lub „**Udostępniający**"

Znak sprawy: DR.WIT.6174.6.2020

STANOWISKO KONSULTACYJNE WNIOSKODAWCY
dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie zmiany umowy z dnia 2 stycznia 2007 r. dotyczącej dostępu do słupów elektroenergetycznych

Działając w imieniu wnioskodawcy na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, którego odpis znajduje się w aktach sprawy, przedstawiam szczegółowe stanowisko wnioskodawcy dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako „**Prezes UKE**") w niniejszej sprawie, opublikowanego na stronie internetowej tut. Urzędu w dniu 8 czerwca 2021 r.

I. Uwagi ogólne

1. Naruszenie ustawowych kompetencji Prezesa UKE i bezprawne działania Organu w niniejszej sprawie

W pierwszej kolejności, wnioskodawca zwraca uwagę na nieuprawnione działania tut. Organu przejawiające się w:

- zmianie tych postanowień umowy łączącej strony, które nie były objęte negocjacjami i zakresem wniosku wystosowanego przez wnioskodawcę w niniejszej sprawie, a przede wszystkim, których zmiana nie była przedmiotem niniejszego postępowania administracyjnego prowadzonego na wniosek wnioskodawcy (nie zaś z urzędu), albowiem żadna ze stron umowy i niniejszego postępowania nie wnosiła o ich modyfikację;

- uregulowaniu poszczególnych zasad i warunków dostępu w sposób odmienny od woli stron, tj. poprzez nadanie poszczególnym postanowieniom umowy treści, o którą żadna ze stron umowy i niniejszego postępowania nie wnosiła;
- zmianie części postanowień umowy na niekorzyść wnioskodawcy, pomimo tego, że nie wnosiła o to żadna ze stron umowy i niniejszego postępowania;
- zmianie sposobu naliczania opłat za dostęp do podbudowy słupowej poprzez wprowadzenie rozliczeń według liczby słupów oraz liczby kabli podwieszonych na słupach, pomimo tego, że nie wnosiła o to żadna ze stron umowy i niniejszego postępowania, a przede wszystkim pomimo tego, że taki system rozliczeń nie był przedmiotem negocjacji prowadzonych przez strony.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, t.j. z dnia 15 kwietnia 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 777, zwanej dalej „**Ustawą**":

- operator sieci jest zobowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do infrastruktury technicznej, w tym do podbudowy słupowej, w celu realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej;
- warunki dostępu do infrastruktury technicznej określa się w umowie o dostępie do infrastruktury technicznej, zawartej na piśmie pod rygorem nieważności;
- operator sieci jest obowiązany prowadzić negocjacje w sprawie zawarcia umowy o dostępie do infrastruktury technicznej, na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego;
- w przypadku odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury technicznej przez operatora sieci lub niezawarcia umowy o dostępie do infrastruktury technicznej w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o taki dostęp, każda ze stron może zwrócić się do Prezesa UKE z wnioskiem o wydanie decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej.

Jak stanowi przepis art. 24a ust. 1 Ustawy, **do zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej** stosuje się **odpowiednio przepisy art. 19 i art. 21-24**. Z przepisu tego wynika zatem m.in. to, że każda ze stron umowy może żądać zmiany umowy o dostępie do słupów, a w przypadku odmowy zmiany umowy lub niezawarcia aneksu w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku, każda ze stron może wystąpić do Prezesa UKE o wydanie decyzji **o zmianie umowy o dostępie do infrastruktury technicznej**. Postępowanie zainicjowane takim wnioskiem jest prowadzone na wniosek strony w zakresie wyznaczonym przez treść wniosku – na co *notabene* tut. Organ słusznie sam zwrócił uwagę, wskazując w uzasadnieniu projektu decyzji (str. 24), że:

> *Operator wyznaczył zakres prowadzonego postępowania administracyjnego w treści Wniosku* [wniosek Operatora z dnia 7 sierpnia 2020 r.]. *Następnie pismem z dnia 4 grudnia 2020 r. skierowanym do Prezesa UKE Operator rozszerzył zakres postępowania administracyjnego o kolejne postulaty dotyczące zmiany Umowy Ramowej z zakresu realizacji dostępu [...].*

W kontekście zacytowanych powyżej spostrzeżeń Organu, zupełnie niezrozumiałym są działania Organu opisane na wstępie niniejszego pisma, pozostające w oczywistej sprzeczności z tymi twierdzeniami.

Podkreślenia wymaga, że niezależnie od powyższych przepisów, Ustawa przewiduje podstawę prawną do zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej z urzędu, w drodze decyzji – w art. 20. Niemniej jednak, dokonanie takiej zmiany wymaga:

- wszczęcia odpowiedniego postępowania z urzędu (a nie na wniosek strony);
- wszczęcia i prowadzenia postępowania na odpowiedniej podstawie prawnej, tj. w oparciu o art. 20 Ustawy;
- wykazania przez Organ spełnienia przesłanek uzasadniających taką ingerencję w istniejący kontrakt, w postaci potrzeby zapewnienia ochrony interesów odbiorców usług świadczonych przez podmioty wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej oraz użytkowników końcowych. W sytuacji, gdy obie te przesłanki nie zostały spełnione, Prezes UKE nie jest w ogóle uprawniony do ingerowania z urzędu w treść umowy. Ponadto, jak słusznie wskazuje się w literaturze[1]:

  > *Zakres dopuszczalnych zmian na podstawie art. 20 WspRozwTelU wynikać będzie ze stwierdzonych w konkretnej sprawie przesłanek uzasadniających ingerencję organu regulacyjnego. Prezes UKE będzie mógł zmienić treść umowy lub zobowiązać strony do jej zmiany w takim zakresie, w jakim będzie to niezbędne do zapewnienia ochrony interesów odbiorców usług świadczonych przez podmioty wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej oraz użytkowników końcowych.*

  Co istotne, katalog wskazanych w art. 20 Ustawy przesłanek, jest zamknięty i nie podlega swobodnemu rozszerzaniu przez tut. Organ.

  W tym miejscu wnioskodawca podnosi, że Prezes UKE, na str. 28 uzasadnienia projektu decyzji, niezasadnie twierdzi, aby dokonanie w niniejszej sprawie z urzędu, w drodze decyzji, zmiany treści umowy łączącej strony, było zależne od spełnienia się innych przesłanek, a to jest od *konieczności zapewnienia niedyskryminujących i proporcjonalnych warunków Dostępu, o czym stanowi art. 22 ust. 1 Ustawy o wspieraniu rozwoju*.

Podkreślenia wymaga, że do zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej

---

[1] T. Grossmann, W. Knopkiewicz, J. Sebzda-Załuska, prof. nadzw. dr hab. M. Szydło, J. Wilczewski, *Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Komentarz*, Warszawa 2013.

w postępowaniu prowadzonym na wniosek strony, zgodnie z art. 24a ust. 1 Ustawy, nie stosuje się art. 20 Ustawy. Innymi słowy, nie ma takiej prawnej możliwości, aby w postępowaniu w przedmiocie wydania decyzji w sprawie zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej, wszczętym na wniosek strony, Prezes UKE w drodze decyzji dokonał zmiany umowy z urzędu - tym bardziej, bez wykazania spełnienia się przesłanek uzasadniających taką ingerencję. Skoro zatem, jak już była mowa wyżej, w projekcie decyzji tut. Organ z urzędu wprowadził, w umowie zawartej pomiędzy stronami, zmiany wykraczające poza zakres wniosku, to oczywistym pozostaje, iż działanie to było bezprawne.

Całkowicie niewłaściwe są twierdzenia Organu wyrażone w uzasadnieniu projektu decyzji (str. 28), jakby wniosek, wystosowany przez wnioskodawcę w niniejszej sprawie do Organu w celu zainicjowania przedmiotowego postępowania, był wnioskiem *o wydanie decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej, a nie wyłącznie wnioskiem o rozstrzygnięcie kwestii spornych*. Formułując te twierdzenia, Organ odwołuje się do literalnego brzmienia art. 21 ust. 2 Ustawy, pomijając całkowicie okoliczność, że przepis ten w niniejszej sprawie nie jest stosowany wprost, a jedynie przez odesłanie zapisane w art. 24a ust. 1 Ustawy, który to przepis nakazuje odpowiednie sięgnięcie do tej regulacji prawnej[2]. Tym samym, Organ nieprawidłowo przyjmuje, że wnioskodawca zainicjował postępowanie w sprawie wydania decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej, podczas gdy z okoliczności faktycznych i prawnych niniejszej sprawy wynika jasno i klarownie, że wnioskodawca zainicjował postępowanie w sprawie wydania decyzji o zmianie umowy o dostępie do infrastruktury technicznej. Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniami wyrażonym na str. 28 uzasadnienia projektu decyzji:

> *Na podstawie przepisów Ustawy o wspieraniu rozwoju Prezes UKE jest zatem uprawniony do ustalania warunków Dostępu w sposób całościowy, a nie wyłącznie ograniczając się do wskazanych przez Strony postępowania kwestiach spornych.*

Jak zaś wskazuje się w literaturze (T. Grossmann, W. Knopkiewicz, J. Sebzda-Załuska, prof. nadzw. dr hab. M. Szydło, J. Wilczewski, *Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych. Komentarz*, Warszawa 2013):

> *Nakaz „odpowiedniego stosowania" określonych przepisów oznacza, że należy je stosować z uwzględnieniem istniejących podobieństw oraz różnic jurydycznych pomiędzy instytucją prawną, której*

---

[2] Twierdzenia te są o tyle zastanawiające, że w innej części uzasadnienia projektu decyzji (str. 25), Organ dostrzega to, że art. 21 ust. 2 Ustawy ma w niniejszej sprawie jedynie odpowiednie zastosowanie, wskazując, że *Prezes UKE wziął pod uwagę stanowiska Stron, kierując się jednocześnie ogólnymi zasadami określonymi w art. 17 ust. 1 oraz kryteriami wskazanymi w art. 22 ust. 1 i 3 odpowiednio stosowanym do zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej na podstawie art. 24a ust. 1 Ustawy o wspieraniu rozwoju, tj. koniecznością zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu.*

dotyczy przepis odsyłający, a tą, do której unormowań następuje odesłanie. W rezultacie możliwe są trzy różne konsekwencje dotyczące „stosowalności" poszczególnych przepisów, do których odesłano. Możliwe mianowicie, że niektóre przepisy będzie można stosować wprost (bez żadnej zmiany), inne będą wymagały odpowiedniej modyfikacji, a jeszcze innych w ogóle nie da się zastosować [...].

Nie stanowi również wystarczającego uzasadnienia dla nieuprawnionej ingerencji Organu w umowę zawartą pomiędzy stronami, potrzeba zachowania spójności kontraktu w zakresie stosowanych pojęć czy redakcyjnej czytelności, na co Organ powołuje się na str. 28-29 uzasadnienia projektu decyzji. Okoliczności tego typu nie mogą bowiem sanować naruszeń przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Powyższy błąd tut. Organu w wykładni przepisów Ustawy, *notabene* kardynalny, ma zasadnicze znaczenie dla całego kształtu rozstrzygnięcia.

Prezes UKE bezzasadnie przyjął także, że zakres kompetencji Organu w niniejszej sprawie jest tożsamy z tym, który Organowi przysługiwał w postępowaniu prowadzonym wobec uczestnika postępowania na podstawie art. 18 ust. 3 Ustawy, dotyczącym określenia z urzędu, w drodze decyzji, warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej uczestnika postępowania, a więc nie dotyczącym konkretnego sporu, tym bardziej sporu zaistniałego na gruncie zmiany umowy. Jedynym bowiem, co łączy oba te postępowania, jest art. 22 ust. 2 Ustawy, z czego w obu postępowaniach zakres zastosowania tej regulacji prawnej jest odmienny. W niniejszej sprawie art. 22 ust. 2 Ustawy jest stosowany jedynie odpowiednio, o czym stanowi art. 24a ust. 1 Ustawy:

Do zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej stosuje się odpowiednio przepisy art. 19 i art. 21-24.

W postępowaniu prowadzonym z urzędu przez Organ na podstawie art. 18 ust. 3 Ustawy, dotyczącym określenia z urzędu, w drodze decyzji, warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej uczestnika postępowania, przepis art. 22 ust. 2 Ustawy nie ma zastosowania wprost ani odpowiednio, a jedynie przy orzekaniu stosuje się kryteria wymienione w tej regulacji prawnej, o czym stanowi art. 18 ust. 3 Ustawy:

Po przedstawieniu przez operatora sieci informacji w sprawie warunków zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej Prezes UKE, kierując się kryteriami określonymi w art. 22 ust. 1-3, może, w drodze decyzji, określić warunki zapewnienia dostępu do infrastruktury technicznej. Przepis art. 22 ust. 4 stosuje się odpowiednio.

Organ ponownie powinien zatem przeanalizować zakres niniejszego postępowania i prowadzonych przez strony negocjacji, a także stanowiska obu stron i odpowiednio do tych ustaleń dostosować projekt rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, a przede wszystkim jego zakres. Organ w wydawanych rozstrzygnięciach, czy projektach takich rozstrzygnięć, a tym bardziej w całej swojej praktyce, nie powinien stawiać znaku równości pomiędzy – prowadzonym na wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego – postępowaniem o wydanie

decyzji w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej i postępowaniem o wydanie decyzji w sprawie zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej. Postawienie takiego znaku równości nie ma bowiem oparcia w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, a wręcz odwrotnie, można znaleźć szereg regulacji prawnych, z którymi takie działanie jest sprzeczne, zapisanych chociażby w przepisach Ustawy, ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. z dnia 16 września 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 wraz z późn. zm.)[3], Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.(Dz.U. Nr 78, poz. 483 wraz z późn. zm.) i ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. z dnia 16 marca 2021 r. Dz.U. z 2021 r. poz. 735), zwanej dalej „**KPA**",

Z aktualnego brzmienia projektu decyzji wprost wynika, że Prezes UKE zamierza wydać rozstrzygnięcie z przekroczeniem granic swoich kompetencji, wyznaczonych wnioskiem wnioskodawcy z dnia 7 sierpnia 2020 r. o wydanie decyzji administracyjnej w sprawie zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej. Treść projektu decyzji stanowi wyraz nadużycia przez Organ przysługujących mu uprawnień i wykorzystania postępowania wszczętego na wniosek strony umowy (tj. wnioskodawcy – przedsiębiorcy telekomunikacyjnego) do narzucenia z urzędu warunków dostępu, w tym do całkowitego zmodyfikowania sposobu naliczania opłat za dostęp, w taki sposób, aby umowa zawarta pomiędzy stronami zawierała te regulacje, które Prezes UKE zawarł w decyzji wydanej wobec uczestnika postępowania, określającej – w oderwaniu od indywidualnych spraw – warunki dostępu do słupów (tj. w decyzji z dnia 12 lutego 2021 r. o numerze DR.WIT.6082.3.2019.211)[4].

Zaakceptowanie opisanych powyżej działań tut. Organu powoduje całkowite wypaczenie instytucji prawnej, z której wnioskodawca skorzystał w celu ochrony swoich interesów. Oprócz okoliczności nakreślonych powyżej, potwierdzających zasadność stanowiska wnioskodawcy, wnioskodawca podnosi, że rozróżnienia wymagają kwestie prowadzenia postępowania administracyjnego z urzędu oraz na wniosek.

---

[3] Działanie Prezesa UKE polegające na wprowadzaniu do umowy zmian, które wychodzą poza zakres wniosku stron, a które *de facto* stanowi określanie nowych warunków dostępu, stanowi również naruszenie art. 353^1.

[4] Nie sposób pominąć, że w uzasadnieniu przywołanej decyzji Prezes UKE wskazał, że zawarte w niej warunki dostępu *nie regulują dostępu do konkretnych Słupów elektroenergetycznych PGE Dystrybucja (który realizowany jest na podstawie zawartych umów)* oraz, że *PT posiadający dostęp do Słupów elektroenergetycznych na podstawie umowy dostępowej, zawartej przed dniem wydania decyzji może wnosić do OU o zastąpienie dotychczasowych warunków współpracy Warunkami Dostępu w całości lub w części. A contrario* skoro w niniejszej sprawie wnioskodawca nie wnosił o zastąpienie dotychczasowych warunków współpracy warunkami określonymi w „ramowej" decyzji Prezesa UKE (w Warunkach Dostępu), to brak było podstaw do tego, aby te warunki zostały zastosowane w projekcie decyzji.

Dokonując zmiany tych postanowień umowy, o których modyfikację żadna ze stron nie wnioskowała bądź, dodając do umowy postanowienia, o których wprowadzenie żadna ze stron nie występowała, Prezes UKE zmienia treść umowy z urzędu, bez rozważenia tego, czy zmiany te są dopuszczalne z punktu widzenia art. 20 Ustawy oraz bez wszczynania w tym zakresie odpowiedniego postępowania.

Art. 61 § 1 KPA, stosowany w postępowaniach prowadzonych przez Prezesa UKE na podstawie art. 206 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, t.j. z dnia 23 lutego 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 576, stanowi, że:

> *Postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu.*

Wszczynając postępowanie na wniosek, organ związany jest zakresem takiego wniosku. Jak słusznie podnosi się w judykaturze[5]:

> *Przepis art. 61 § 1 KPA wyraźnie wskazuje, że postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu. Treść wniosku wyznacza zakres postępowania, w którym organy mogły rozpoznać sprawę. Nie jest dopuszczalne wykraczanie z urzędu poza ramy sprawy wszczętej na wniosek uprawnionej osoby.*

Powyższe twierdzenie aprobuje, zarówno doktryna, jak i aktualne orzecznictwo:

> *W przypadku wszczęcia postępowania przez stronę, to tylko i wyłącznie ta strona określa przedmiot tego żądania[6].*
>
> *Organ administracji publicznej nie jest uprawniony do swobodnego interpretowania żądania strony. O tym, jaka jest treść żądania strony w postępowaniu administracyjnym, decyduje strona, a nie organ, do którego żądanie zostało skierowane[7].*

Nie sposób zaś przyjąć, aby zakres tego związania ograniczał się wyłącznie do samej kwestii zmiany umowy jako takiej, a nie obejmował zakresu żądanych zmian. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny:

> *[...] organ może rozstrzygać sprawę wszczętą wnioskiem strony tylko w granicach żądania zawartego we wniosku, w przeciwnym przypadku będzie prowadził postępowanie z urzędu, co wymaga spełnienia szczególnych przesłanek określonych w art. 61 § 2 k.p.a.[8].*

---

[5]Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Poznaniu z dnia 3 kwietnia 2019 r. w sprawie II SAB/Po 4/19.

[6]Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lipca 1999 r. w sprawie IV SA 1632/96.

[7]Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z dnia 5 kwietnia 2007 r. w sprawie IV SA/Wa 300/07.

[8]Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 listopada 2019 r. w sprawie II GSK 894/19.

Zgodnie z art. 61 § 2 KPA:

> *Organ administracji publicznej może ze względu na szczególnie ważny interes strony wszcząć z urzędu postępowanie także w sprawie, w której przepis prawa wymaga wniosku strony. Organ obowiązany jest uzyskać na to zgodę strony w toku postępowania, a w razie nieuzyskania zgody - postępowanie umorzyć.*

Doktryna określenie *szczególnie ważny interes strony* rozumie jako:

> *[...] stosunkowo nieliczne przypadki, gdy np. w sposób niebudzący wątpliwości wiadomo, że strona sama nie będzie inicjowała postępowania (czy to ze względów zdrowotnych, czy też społecznych), a brak też podmiotu, który byłby uprawniony do działania zamiast strony*[9].

Równocześnie:

> *[...] w literaturze przedmiotu zasadniczy cel wprowadzenia tej regulacji do KPA upatruje się w przeciwdziałaniu sytuacjom, w których brak wniosku strony o wszczęcie postępowania wynikałby z nieznajomości przysługujących jej uprawnień, lub wręcz nieporadności życiowej*[10].

Mając na uwadze fakt, iż wnioskodawca w tym postępowaniu reprezentowany jest przez zawodowego pełnomocnika, nie sposób uznać, iż narażony jest on na negatywne skutki z uwagi na nieznajomość przysługujących mu uprawnień. Zatem wymieniona w art. 61 § 2 KPA przesłanka, warunkująca możliwość wszczęcia postępowania z urzędu przez organ administracji publicznej (z uwagi na szczególnie ważny interes strony), w przedmiotowej sprawie **nie ziściła się**.

Nadto, nawet gdyby hipotetycznie uznać, iż tut. Organowi przysługiwało, prawo do wszczęcia z urzędu np. postępowania w przedmiocie zmiany sposobu naliczania opłaty za dostęp, to - jak wynika z literalnej treści art. 61 § 2 KPA - powinnością Organu w takiej sytuacji byłoby uzyskanie w toku postępowania zgody strony na dalsze prowadzenie postępowania w tym przedmiocie. Tymczasem, w niniejszej sprawie Prezes UKE nie uzyskał, jak również nie podjął żadnych czynności zmierzających do uzyskania, w/w zgody wnioskodawcy.

<u>Z uwagi na powyższe, celem usunięcia jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, w tym miejscu wnioskodawca oświadcza, że nie wyraża zgody na wydanie przez Prezesa UKE decyzji, która wykracza poza granice wyznaczone we wniosku z dnia 7 sierpnia 2020 r., uzupełnionym pismem z dnia 4 grudnia 2020 r.</u>

Zgodnie zatem z dyspozycją art. 61 § 2 KPA, z uwagi na nieuzyskanie zgody strony na prowadzenie przez tut. Organ z urzędu postępowania w zakresie wykraczającym poza zakres zgłoszonych przez wnioskodawcę żądań, w szczególności zaś postępowania w przedmiocie

---

[9] R. Hauser, Wszczęcie postępowania administracyjnego [w:] RUCH PRAWNICZY, EKONOMICZNY I SOCJOLOGICZNY, Rok LX — zeszyt 1 — 1998, s. 3.

[10] R. Orzechowski, Nowelizacja kodeksu, s. 71–72; *J. Służewski*, Postępowanie administracyjne, 1982, s. 84; *A. Wróbel*, w: *Jaśkowska, Wróbel*, KPA. Komentarz, 2009, s. 349.

zmiany sposobu naliczania opłat za dostęp do podbudowy słupowej, w tym na wprowadzenie do umowy dodatkowych komponentów, Prezes UKE winien postępowanie **w tym zakresie** umorzyć oraz w pozostałym zakresie wydać decyzję odpowiadającą ramom żądań zgłoszonych przez wnioskodawcę.

Wydając decyzję w zakresie zmiany umowy o dostępie do infrastruktury technicznej, Prezes UKE powinien brać pod uwagę wyłącznie zakres zaistniałych kwestii spornych, w tym również osiągnięty między stronami wieloletni konsensus w zakresie kwestii nieobjętych wnioskiem o zmianę umowy. Prezes UKE, zmieniając umowę o dostępie do infrastruktury technicznej, powinien opierać się wyłącznie na propozycjach zmian złożonych przez strony w toku negocjacji oraz postępowania administracyjnego. Skoro żadna ze stron, zarówno w toku negocjacji, jak i później w toku postępowania, nie wnosiła o dokonanie zmian w pewnych zakresach, w tym co do sposobu naliczania opłaty za dostęp do podbudowy słupowej, to Prezes UKE w ogóle nie powinien ingerować w te części/postanowienia/zasady umowy, uznając je za bezsporne i nieobjęte przedmiotem postępowania.

2. **Naruszenie zasady pewności prawa, zasady praworządności i zasady pogłębiania zaufania**

Prezes UKE w projekcie decyzji naruszył również art. 14 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo Przedsiębiorców (t.j. z dnia 8 grudnia 2020 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 162), zwanej dalej „**UstPP**", zgodnie z którym:

> *Organ bez uzasadnionej przyczyny nie odstępuje od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym.*

Powyższy przepis oznacza, iż tut. Organ winien określić warunki dostępu w sposób analogiczny, jak w podobnych przypadkach, jak również sformułować poszczególne postanowienia umowy w sposób analogiczny, jak w funkcjonujących na rynku decyzjach Prezesa UKE. Tymczasem, Prezes UKE naruszył w/w zasadę w niniejszej sprawie, albowiem w decyzji numer DR.WIT.6174.6.2019.67 z dnia 7 czerwca 2021 r., wydanej w sprawie posiadającej analogiczny stan faktyczny, a więc w sprawie, w której przedsiębiorca telekomunikacyjny wniósł w zakresie opłat o zmianę wyłącznie wysokości zryczałtowanej miesięcznej stawki czynszu najmu, tut. Organ wydał decyzję zgodną z żądaniem wniosku. Innymi słowy, w przywołanej decyzji, wydanej po dniu 12 lutego 2021 r. (czyli po wydaniu przez Prezesa UKE decyzji o numerze DR.WIT.6082.3.2019.211) tut. Organ uwzględnił żądanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, zmieniając wysokość stawki opłaty za dostęp i nie zmieniając przy tym z urzędu sposobu rozliczeń. Treść DR.WIT.6174.6.2019.67 z dnia 7 czerwca 2021 r. stanowi okoliczność znaną tut. Organowi z urzędu.

W przedmiotowej sprawie nie został zatem zrealizowany wymóg zapewnienia zasady pewności prawa, albowiem Prezes UKE zmienił warunki dostępu w sposób zasadniczo

odmienny od tych, jakie są ustalone w analogicznych sprawach. Powyższe działanie jest sprzeczne z ideą wprowadzenia zasady pewności prawa w sferze jego stosowania. W uzasadnieniu projektu UstPP w zakresie art. 14 wskazane zostało iż:

> *[...] konstytucyjna zasada pewności prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa – którą na dłuższą metę trudno jest przecież osiągnąć, zwłaszcza w tak dynamicznym obszarze, jak działalność gospodarcza – co raczej możliwość przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Przewidywalność działań organów państwa gwarantuje zaufanie do prawodawcy i do stanowionego przez niego prawa oraz zaufanie do podmiotów stosujących prawo. Z drugiej wszakże strony bezpieczeństwo prawne jednostki może niekiedy pozostawać w kolizji z innymi wartościami, których realizacja wymaga wprowadzenia zmian do systemu prawnego lub wprowadzenia zmian w utrwalonej praktyce interpretacyjnej lub praktyce rozstrzygania spraw. Przy czym jednostka ma prawo oczekiwać, że powyższe zmiany wprowadzane przez władze publiczne nie zmienią sytuacji na jej niekorzyść w sposób arbitralny i całkowicie dowolny*[11].

Tym samym, legislator wprost wyłączył możliwość kształtowania przez organy administracji publicznej treści obowiązujących norm oraz praktyki ich stosowania w sposób dowolny, przez pryzmat celów własnych. Art. 14 UstPP nakłada na organy władzy publicznej obowiązek, zgodnie z którym, wszelkie odstępstwa organu od utrwalonej praktyki orzeczniczej w takim samym stanie faktycznym i prawnym muszą mieć swoją przyczynę, która jest obiektywnie, a nie - co istotne - subiektywnie zasadna.

Podsumowując, sformułowana w art. 14 UstPP zasada pewności prawa stanowi:

> *[...] realizację postulatu przewidywalności działań władzy publicznej i ma zapobiec działaniom organów administracji publicznej, które polegają na zmienności poglądów prawnych wyrażonych w rozstrzygnięciach, wydanych na tle takich samych stanów faktycznych, ze wskazaniem tej samej podstawy prawnej decyzji. Oznacza to, że organ administracji publicznej nie może odstąpić od dotychczasowej, utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw*[12].

Organ co prawda może dokonać zmiany oceny prawnej, niemniej jednak, zmiana ta nie może być wynikiem dowolności organu i naruszenia obowiązujących przepisów prawa.

Wykraczając w swoich rozstrzygnięciach poza zakres wniosków stron umowy, Prezes UKE narusza nie tylko art. 14 UstPP, ale również przepisy KPA, między innymi art. 6 (który stanowi, iż organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa) oraz art. 8 § 2 (zgodnie z którym organy administracji publicznej bez uzasadnionej przyczyny nie

---

[11] Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców, Druk sejmowy VIII kadencji Nr 2051, s. 31–32.

[12] K. Kokocińska, *Gwarancyjny charakter zasad prawa – rozważania na tle ustawy – Prawo przedsiębiorców* [w]: *Prawo przedsiębiorcy*, pod. red. R. Blicharz, A. Powałowski.

odstępują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym).

Prezes UKE na str. 27 uzasadnienia decyzji niewłaściwie odwołuje się do art. 8 § 2 KPA w kontekście wdrożenia, do łączącej strony umowy, rozwiązań przewidzianych w decyzji z dnia 12 lutego 2021 r. o numerze DR.WIT.6082.3.2019.211. Taka interpretacja byłaby zasadna, gdyby niniejsza sprawa nie dotyczyła zmiany umowy, a dotyczyła określenia warunków dostępu z uwagi na nie zawarcie/odmowę zawarcia umowy.

3. Naruszenie zasady proporcjonalności i niedyskryminacji

W uzasadnieniu projektu decyzji Prezes UKE wskazał, iż zasada proporcjonalności oznacza, że ustalone w ramach decyzji administracyjnej warunki dostępu do słupów elektroenergetycznych, muszą być konieczne i odpowiednie, a jednocześnie zastosowane środki muszą być jak najmniej dotkliwe. Prezes UKE, wydając projekt decyzji, w której orzekł ponad żądanie wniosku wnioskodawcy, naruszył wskazaną powyżej zasadę, albowiem zastosował wobec stron postępowania działanie władcze, ponad potrzebę.

W odniesieniu do zasady niedyskryminacji, przyjmuje się, iż:

> *[...] wymóg zapewnienia niedyskryminujących warunków dostępu oznacza w odniesieniu do przedsiębiorcy nakaz jednakowego traktowania przedsiębiorców znajdujących się w podobnych sytuacjach , przy ubieganiu się o dostęp do sieci objętej decyzją. W szczególności wymóg ten oznacza obowiązek oferowania warunków nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi (art. 36 [Pt]). [...] wymóg niedyskryminacji należy adresować raczej do Prezesa UKE, który nie powinien ustalać warunków dostępu w sposób zasadniczo odmienny od tych jakie są ustalone w innych, podobnych przypadkach*[13].

Prezes UKE w decyzji powinien przede wszystkim ustalić i rozstrzygnąć kwestie sporne pomiędzy wnioskodawcą a uczestnikiem postępowania, zaś jakiekolwiek rozwiązania alternatywne mogą być zastosowane wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych przepisami prawa oraz okolicznościami danej sprawy. Prymat woli stron wynika z przepisów art. 22 ust. 5 i 8 oraz art. 21 ust. 2a Ustawy, stosowanych tu odpowiednio na mocy art. 24a ust. 1 Ustawy. Jeżeli propozycja stron (strony) spełnia wymagania wskazane w art. 22 ust. 1 Ustawy, to Prezes UKE nie ma podstawy do dowolnego wybrania rozwiązań alternatywnych.

---

[13] S. Piątek, *Prawo Telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2019.

II. Odniesienie się do poszczególnych postanowień zaproponowanych w punkcie I projektu decyzji

Zważywszy na stanowisko wnioskodawcy wyrażone w punkcie I niniejszego pisma, wnioskodawca jedynie z daleko posuniętej ostrożności odnosi się poniżej do propozycji poszczególnych postanowień projektu decyzji:

1. Definicja pojęcia *kabel abonencki*

Operator wnosi o modyfikację definicji pojęcia *kabel abonencki*, albowiem jej aktualna treść nie uwzględnia możliwości, w której początek kabla uznawanego za kabel abonencki ma miejsce np. w studni (tj. w przypadku, w którym splitter optyczny lub mufa umieszczone są w studni lub w innymi miejscu niż na słupie). W praktyce, zaistnienie takiej sytuacji jest zaś wysoce prawdopodobne – kabel, który powinien być uznawany za abonencki, może „wchodzić" na słup z mufy znajdującej się np. w kanalizacji kablowej.

Omawiana definicja nie pozwala również na zakwalifikowanie jako kabla abonenckiego takiego kabla, który *de facto* będzie pełnił funkcję przyłącza abonenckiego do dwóch obiektów budowlanych w następującym układzie:

mufa – *kabel* - > słup oświetleniowy – *kabel* -> budynek – *kabel* -> budynek

Najprościej rzecz ujmując, chodzi o sytuacje występujące często w przypadku zabudowy mieszkaniowej, w których kabel (przyłącze) jest ze słupa doprowadzony do jednego budynku, a kolejno - bezpośrednio od tego budynku - jest prowadzony kabel (przyłącze) do innego budynku. *De facto* zatem kabel (przyłącze) pomiędzy mufą a pierwszym budynkiem nie spełnia kryterium wyznaczonego przez definicję zaproponowaną w projekcie decyzji, w postaci dostarczania usług telekomunikacyjnych do wyłącznie jednego obiektu budowlanego.

Operator sygnalizuje również, że przy aktualnym kształcie definicji jest nie do końca jasne to, do czego dokładnie odnosi się określenie *najbliższy*, a to jest, czy chodzi o najbliższy rozdzielacz, czy też o najbliższy słup[14]. Wątpliwość ta może doprowadzić do tego, że Udostępniający będzie uzależniał zakwalifikowanie danego kabla telekomunikacyjnego, jako kabla abonenckiego, od tego, czy jest on wyprowadzony z mufy umieszczonej na słupie położonym najbliżej budynku. Obawa zaś przyjęcia przez OU takiej interpretacji może wymuszać na Operatorze umieszczenie mufy na każdy słupie, co niewątpliwie wpłynie negatywnie na estetykę otoczenia oraz na zwiększenie kosztów realizacji inwestycji. Kwestia

[14] Twierdzenia te nie są gołosłowne, albowiem wynikają z informacji, będących w posiadaniu wnioskodawcy, dotyczących problemów interpretacyjnych zaistniałych w tym zakresie na tle decyzji tut. Organu z dnia 12 lutego 2021 r. o znaku DR.WIT.6082.3.2019.211.

ta powinna zostać przesądzona chociażby w uzasadnieniu decyzji.

2. **Definicja pojęcia *kabel telekomunikacyjny***

Doprecyzowania wymaga, czy przez kabel telekomunikacyjny należy rozumieć wyłącznie kabel zdolny do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s, czy też każdy kabel telekomunikacyjny, nawet jeśli nie spełnia tych parametrów. Wnioskodawca wyraża bowiem obawę, że uczestnik postępowania będzie uchylał się od stosowania postanowień decyzji do podwieszeń wykonanych przy użyciu kabli niezdolnych do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s, a przede wszystkim, iż będzie wymagał od wnioskodawcy przedkładania zestawień dotyczących parametrów kabli podwieszonych przez wnioskodawcę na słupach, np. uzależniając od tego stosowanie stawek opłat określonych w decyzji.

3. **Definicja pojęcia *siła wyższa***

Z uwagi na aktualne okoliczności, należy zastrzec, że za siłę wyższą uznaje się również epidemie oraz pandemie.

4. **Definicja *warunków technicznych***

Definicja jest na tyle ogólna, że w praktyce może stanowić źródło poważnych sporów pomiędzy OU a OK. Definicja wymaga dookreślenia poprzez wskazanie wprost, czego ten dokument nie może zawierać.

W objaśnieniu omawianego pojęcia nie został bowiem dookreślony minimalny zakres informacji, które mają zawierać *warunki techniczne*, ani to, o czym ten dokument stanowić nie powinien. Przy aktualnym brzmieniu projektu decyzji i omawianej definicji, OU może zatem zawrzeć w warunkach technicznych dowolne treści czy nałożyć na OK dowolne obowiązki, do których OK będzie się musiał zastosować w celu uzyskania akceptacji projektu (wszak OU może odmówić zaakceptowania projektu w przypadku jego niezgodności właśnie z warunkami technicznymi) i zdobycia dostępu do Słupów. Uzasadniona w tym zakresie jest przede wszystkim obawa co do tego, że OU w Warunkach Technicznych zobowiąże OK do stosowania norm dotyczących napowietrznych linii elektroenergetycznych, dowodzenia dysponowania tytułami prawnymi do nieruchomości lub zgodami/zezwoleniami administracyjnymi, uzyskania akceptacji kwalifikacji osób wykonujących podwieszenia, do wykonania projektu podwieszenia przez projektanta z uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, zastosowania nieuzasadnionych odstępów od

przewodów roboczych, wykonywania wszelkich czynności w technologii prac pod napięciem lub przy wyłączonym napięciu (bez względu na odległość czynności od najniżej zawieszonego przewodu roboczego)[15].

Nieprawidłowo zostało też określone w analizowanej definicji to, że warunki techniczne służą sporządzeniu projektu wykonawczego Infrastruktury, ponieważ mają one zostać wykorzystane do opracowania projektu wykonawczego podwieszenia Infrastruktury na Słupach.

5. Część I Rozdział 1

Przedmiot decyzji został nieprawidłowo ograniczony do dostępu polegającego na umożliwieniu OK podwieszenia Infrastruktury na Słupach, albowiem decyzja ma nie określać warunków wykonania jednorazowej czynności podwieszenia, a dotyczy zasad udostępniania Słupów w celu podwieszenia Infrastruktury i późniejszego korzystania z tej Infrastruktury, w szczególności eksploatacji, naprawy, przeglądów, pomiarów, konserwacji, modernizacji, rozbudowy, przebudowy, remontów, w tym wymiany zniszczonych lub zużytych elementów Infrastruktury oraz usuwania usterek lub awarii Infrastruktury.

6. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.1 Ustęp 1

Komentowane postanowienie nieprawidłowo sugeruje, że OK ma wykonywać jakiekolwiek prace planowe na Słupach w ramach zawartych Umów Szczegółowych. Tymczasem, znamiennym pozostaje, że OK może jedynie wykonywać prace planowe w zakresie Infrastruktury.

W postanowieniu użyto określenia *prawidłowe prowadzenie własnych prac planowych*. Brak jest zaś wyjaśnienia w odniesieniu do czego należy oceniać *prawidłowość prowadzenia prac*, przez co istnieje ryzyko, że strony będą wzajemnie oceniać czynności realizowane przez drugą stronę według subiektywnych kryteriów. Celowe jest dookreślenie, że chodzi o takie

---

[15] Obawa jest zasadna, bowiem takie wymogi przewiduje załącznik nr 7, objęty pojęciem *warunków technicznych* w przyjętym przez uczestnika postępowania do stosowania w ramach jego przedsiębiorstwa, opracowanym przez PTPiREE, wzorze umowy ramowej o dostępie do słupów. Źródło: http://ptpiree.pl/aktualnosci/2021-05-26-1 [dostęp w dniu 7 lipca 2021 r.] Operator we wniosku inicjującym postępowanie podniósł, że OU aktualnie narzuca odległość podwieszenia, wymagając zachowania nie mniejszej odległości niż 0,7 m – co także uzasadnia twierdzenie, że OU będzie ponownie forsować te odległości w wydawanych przez siebie warunkach technicznych, jeśli taka możliwość nie zostanie wprost wyłączona w decyzji. Operator we wniosku inicjującym postępowanie podniósł także, że OU aktualnie obligatoryjnie wymaga wykonywania przez niego podwieszeń przy wyłączonym napięciu – co także uzasadnia twierdzenie, że OU będzie ponownie narzucać tą technologię wykonywania podwieszeń w wydawanych przez siebie warunkach technicznych, jeśli taka możliwość nie zostanie wprost wyłączona w decyzji.

wykonywanie prac planowych, które będzie zgodne z postanowieniami decyzji Prezesa UKE i Umów Szczegółowych oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

7. **Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 1**

Należy uwzględnić w omawianej regulacji prawo OK do dostępu do Słupów w celu pomiarów Infrastruktury, odłączania Abonentów, świadczenia usług telekomunikacyjnych oraz usuwania usterek lub awarii Infrastruktury.

Zasygnalizowania wymaga również, że zdanie 2 omawianej części projektu decyzji może prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych. Zaproponowane postanowienie może nie być do końca jasne, przez co Operator wyraża obawę, iż jeśli zostanie ono utrzymane w takim kształcie, to Udostępniający może kwestionować decyzję tut. Organu, obawiając się tego, że na skutek tej regulacji Operator zostanie zwolniony z obowiązku pozyskania tytułów prawnych do nieruchomości, nad którymi będzie podwieszał swoje kable. Postanowienie to jest zrozumiałe dla Operatora, jednakże – jak pokazuje opinia publiczna – nie dla wszystkich. Tożsame postanowienie Prezes UKE zamieścił bowiem chociażby w załączniku nr 1 do decyzji z dnia 12 lutego 2021 r. nr DR.WIT.6082.3.2019.211 i aktualnie pojawiają się różne jego interpretacje - co stanowi dla tut. Organu okoliczność znaną z urzędu.

8. **Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 4 Zdanie 2**

Doprecyzowania wymaga, że prace planowane, jak i sama Infrastruktura, nie mogą uniemożliwiać korzystania ze Słupów przez OU w celu zapewnienia oświetlenia i dostarczania energii elektrycznej. Uszczegółowienie tej kwestii jest zasadne, albowiem znamiennym jest, że wykonana prawidłowo Infrastruktura – przez sam fakt jej umieszczenia na Słupie - może hipotetycznie np. uniemożliwiać skorzystanie ze Słupów przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego bądź wykorzystanie Słupów przez OU w innym celu.

9. **Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 4 Zdanie 3**

Omawiane postanowienie projektu decyzji stanowi o tym, że wszelkie prace mogą być wykonane tylko przez upoważnione przez OK osoby. Zdaniem Operatora, postanowienie to nieprawidłowo sugeruje, że:

- osoby wykonujące jakiekolwiek czynności dotyczące Infrastruktury powinny każdorazowo dysponować dokumentem umocowania i móc go okazać w każdej chwili OU (co jest w praktyce niewykonalne, albowiem, nawet jeśli Operator korzysta z usług podwykonawców, to zleca wykonanie prac danemu przedsiębiorstwu, a nie konkretnemu *Kowalskiemu*);
- OU ma prawo kontrolować osoby wykonujące jakiekolwiek czynności dotyczące Infrastruktury i wymagać od nich okazania dokumentu, z którego wynika upoważnienie do wykonania prac.

Podkreślenia wymaga, że OK będzie ponosił odpowiedzialność wobec OU za wykonywanie prac na Infrastrukturze przez jakiekolwiek podmioty bez względu na to, czy będą one posiadały dokument upoważnienia.

10. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 5

Projekt decyzji nakazuje OK użytkowanie Infrastruktury zgodnie z jej przeznaczeniem i wymogami prawidłowej eksploatacji, a także zakazuje OK dokonywania jakichkolwiek modyfikacji Słupów, na których zainstalowana jest Infrastruktura. Odnosząc się do tego postanowienia, Operator wskazuje, że nie sposób określić, z jakich przyczyn projekt decyzji ma odnosić się do sposobu użytkowania Infrastruktury przez OK, skoro nie jest ona przedmiotem udostępnienia i stanowi wyłączną własność OK.

Nie sposób też jednoznacznie określić, co należy rozumieć *przez wymogi prawidłowej eksploatacji* np. w odniesieniu do kabla światłowodowego i dlaczego OK ma przyjmować na siebie jakiekolwiek zobowiązania wobec OU z tytułu używania tego kabla, w tym wypełniania wymogów prawidłowej eksploatacji.

11. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 6

Zdaniem Operatora, obowiązek posiadania stosownych certyfikatów może dotyczyć tylko tych elementów Infrastruktury, co do których posiadanie certyfikatów jest wymagane przepisami powszechnie obowiązującego prawa – w zaproponowanym w projekcie decyzji postanowieniu brak jest zaś takiego zastrzeżenia.

Podkreślenia wymaga także, że projekt decyzji w ogóle nie powinien stanowić o wymogach dotyczących Infrastruktury, albowiem to wyłącznie OK ponosi odpowiedzialność za zainstalowane przez siebie elementy Infrastruktury, a Infrastruktura stanowi wyłączną własność OK. OU nie powinien zatem posiadać prawa do weryfikowania np. tego, czy Infrastruktura OK posiada certyfikaty oraz czy te certyfikaty są stosowne.

12. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 9

Omawiane postanowienie daje OU prawo do zastępczego usunięcia szkody wyrządzonej OU przez OK, na koszt OK, w sytuacji, gdy OK szkody tej nie usunie w terminie 7 dni od dnia uzyskania informacji o szkodzie. Zaproponowany termin na usunięcie szkody jest za krótki i powinien wynosić co najmniej 14 dni, ewentualnie, w przypadku utrzymania terminu 7-dniowego, należy zastrzec, że w tym przypadku chodzi o dni robocze, a nie o dni kalendarzowe. Obowiązek usunięcia szkody w tak krótkim terminie jest dla OK zbyt uciążliwy i może skutkować tym, że jego dochowanie w wielu przypadkach nie będzie możliwe.

Ponadto, w ocenie Operatora, możliwość skorzystania z tego prawa przez OU powinna być uzależniona od uprzedniego wezwania OK - i to <u>na piśmie pod rygorem nieważności</u> - do usunięcia szkody w dodatkowym, co najmniej 7-dniowym terminie i bezskutecznego upływu

terminu wyznaczonego w tym wezwaniu.

Należałoby również doprecyzować, w jaki sposób zostanie ustalona wysokość kosztów, które OK będzie miał obowiązek zwrócić OU, a także przyznać OK prawo do ich weryfikacji, w tym do zakwestionowania kosztów nieuzasadnionych bądź wygórowanych.

Zasadnym jest także wyłączenie odpowiedzialności OK z tytułu szkody wyrządzonej OU bądź innym użytkownikom Słupów, jeśli szkoda ta wynika z tego, że OK zastosował się do Warunków Technicznych lub do innego polecenia OU.

13. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 10

Zdaniem Operatora, powinien tu zostać wprowadzony obowiązek niezwłocznego poinformowania OK przez OU o przystąpieniu do usuwania szkody w tym trybie. Wraz z tą informacją lub później, OK powinien mieć możliwość zapoznania się z konkretną przyczyną zastosowania tego trybu w danym przypadku.

Należałoby również doprecyzować, w jaki sposób zostanie ustalona wysokość kosztów, które OK będzie miał obowiązek zwrócić OU, a także przyznać OK prawo do ich weryfikacji, w tym do zakwestionowania kosztów nieuzasadnionych bądź wygórowanych.

Ponadto, Operator zaznacza, że z uwagi na to, iż:

- OK jest pozbawiony w omawianym przypadku jakiejkolwiek decyzyjności;
- OU nie ponosi żadnych sankcji za skorzystanie z analizowanego trybu usuwania szkód, pomimo braku spełnienia przesłanek wprowadzonych w Części I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 10

- OU może nadużywać przyznanych w tym ustępie uprawnień, w celu naprawienia szkód na koszt OK, bez oczekiwania na upływ 7 dni i obciążenia OK tymi kosztami w wysokości oderwanej od rzeczywistych kosztów czynności naprawczych.

14. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 11 i 12

W omawianym postanowieniu tut. Organ wprowadza obowiązek pokrycia przez OK kosztów poniesionych przez OU *z tytułu realizacji zamierzenia inwestycyjnego OK, w szczególności kosztów wywołanych kolizją techniczną między elementami Infrastruktury a elementami Infrastruktury OU*. Postanowienie to jest nieprawidłowe i stanowi pole – a wręcz zachętę - do oczywistych nadużyć ze strony OU.

Po pierwsze, nie zostało wyjaśnione, jakiego zamierzenia inwestycyjnego OK mają dotyczyć koszty poniesione przez OU, które zwrócić ma OK. Po drugie, nie zostało jasno wskazane, o jakie koszty chodzi i w jakim terminie ma nastąpić ich zwrot. W omawianym postanowieniu nie wprowadzono zamkniętego katalogu kosztów, które OK ma zwrócić, a jedynie przedstawiono ich przykładowe wyliczenie. Taki sposób regulacji może służyć OU do

obciążania OK kosztami swojej działalności (np. kosztami zatrudniania pracowników obsługujących Zapytania). Jeśli OK ma ponosić jakieś dodatkowe koszty z tytułu dostępu do Słupów, należy jednoznacznie wskazać te koszty, a także dookreślić to, w jakim terminie ma następować ich zwrot. Omawiane koszty powinny zostać opisane precyzyjnie (tj. w formie zamkniętego katalogu). Zdaniem Operatora, zaproponowana regulacja stanowić może podstawę dla OU do próby obciążenia OK tymi kosztami, które tut. Organ uznał za niezasadne na etapie wyliczeń opłat za dostęp.

Aktualnie zaproponowany sposób regulacji, nie spełnia kryterium precyzyjności. Nie tylko nie wyliczono kosztów enumeratywnie, ale i niejednoznacznie opisano te z nich, które zostały w tym zakresie wymienione dla przykładu. Nie jest bowiem chociażby jasne, co należy rozumieć przez *koszty wywołane kolizją techniczną między elementami Infrastruktury a elementami infrastruktury OU*.

Zaproponowane w projekcie decyzji zapisy są bardzo nieostre i będą wywoływały spory OU z OK. Omawiana regulacja stawia w zasadzie OK przed faktem dokonanym – wymaga od OK zapłaty każdej kwoty, którą OU przedstawi OK jako koszt poniesiony z tytułu realizacji zamierzenia inwestycyjnego. Co prawda, zastrzeżono, że OK jest uprawniony do żądania przedstawienia dokumentów potwierdzających poniesienie kosztów przez OU, ale nie wprowadzono obowiązków udostępnienia takich dokumentów przez OU na tak zgłoszone żądanie, terminu na ich udostępnienie oraz regulacji, która bez ryzyka naliczenia np. odsetek za nieterminową płatność, pozwalałaby OK wstrzymać się z zapłatą do czasu zapoznania się dokumentami przedłożonymi przez OU. Niezasadnie ograniczono prawo OK do żądania jedynie dokumentów, które potwierdzą, że OU dany koszt poniósł oraz wskazano, że prawo to przysługuje OK jedynie *w razie wątpliwości* (brak wyjaśnienia, o czyje wątpliwości chodzi). Nie została przewidziana żadna procedura, według której OK mógłby:

- brać udział w podjęciu decyzji co do tego, czy należy ponieść dany koszt (czy jest on naprawdę konieczny i uzasadniony w danym przypadku);
- wpływać na wysokość kosztów;
- sprawdzić, czy faktycznie chodzi o koszt <u>w całości</u> związany z zamierzeniem inwestycyjnym OK;
- zweryfikować to, czy OU nie próbuje dokonać subsydiowania skrośnego, czyli kosztem OK dofinansować swoją działalność w zakresie zapewnienia oświetlenia/przesyłu energii czy też poczynić nakłady celem umożliwienia zrealizowania inwestycji innemu OK;
- czy dany koszt jest na pewno związany z zamierzeniem inwestycyjnym danego OK, a nie został już zwrócony przez innego OK;

- zweryfikować to, czy OU zaksięgował dany koszt wyłącznie jako koszt poniesiony w celu udostępnienia Słupa na rzecz OK;
- zrezygnować z dostępu z uwagi na nieopłacalność inwestycji, powstałą na skutek szacowanych/zamierzonych kosztów OU.

15. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 14

Należy dodać zastrzeżenie, że OK nie ponosi odpowiedzialności za przestrzeganie przepisów w trakcie prac związanych z wykonaniem Umów Szczegółowych, jeśli są one realizowane przez OU bądź podmioty, za które OU ponosi odpowiedzialność.

16. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 15

Projekt decyzji stanowi o tym, że:

> *OK ponosi odpowiedzialność za utrzymywanie porządku, w tym sprzątanie w czasie prowadzenia prac i uprzątnięcie miejsca po ich wykonaniu.*

Biorąc pod uwagę, że przedmiotem decyzji nie jest dostęp do nieruchomości, obowiązek ten nie powinien być regulowany w projekcie decyzji. Nie dotyczy on bowiem kwestii korzystania z infrastruktury technicznej, a zasad korzystania z nieruchomości, na której ta infrastruktura techniczna jest posadowiona. Warunki i zasady korzystania przez OK z nieruchomości, na których posadowione są słupy, a nad którym OK będzie podwieszać własne kable, będą wyczerpująco regulowały właściwe oświadczenia/umowy/decyzje, z których wynikać będzie tytuł prawny OK do zajmowania danej nieruchomości. OK może omawiane obowiązki przyjmować na siebie wyłącznie wobec dysponenta nieruchomości.

17. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 16 Zdanie 1

Zdaniem Operatora, nieprawidłowe jest nałożenie na OK obowiązku każdorazowego informowania OU o przypadkach fizycznego udostępnienia przez OK innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym Infrastruktury podwieszonej na Słupach. Wprowadzenie takiego obowiązku nie ma racjonalnego uzasadnienia, albowiem nie wpływa na treść stosunku prawnego łączącego OK z OU, w tym na wysokość opłat uiszczanych przez OK na rzecz OU. W takiej sytuacji nie dochodzi bowiem do zmiany właściciela Infrastruktury bądź zakresu Infrastruktury podwieszonej na Słupach, korzystanie ze Słupów odbywa się na podstawie umowy zawartej pomiędzy OK a OU, a odpowiedzialność za Infrastrukturę spoczywa na OK. Operator wnosi zatem o usunięcie omawianego postanowienia.

Należy też zwrócić uwagę na to, że umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi są zwykle objęte poufnością, więc OK – przekazując informacje OU, zgodnie z projektowaną treścią decyzji – naruszałby kontrakt zawarty z innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym.

18. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.3 Punkt 3 Zdanie 2

Postanowienie nieprawidłowo pomija obwiązek udostępnienia Słupów w celu:

- odłączenia Abonentów;
- świadczenia przez OK usług telekomunikacyjnych za pośrednictwem Infrastruktury podwieszonej na Słupach;
- eksploatacji Infrastruktury;
- pomiarów Infrastruktury;
- usuwania usterek Infrastruktury innych niż Awarie;
- wymiany zniszczonych lub zużytych elementów Infrastruktury.

19. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.3 Punkt 4

Projekt decyzji przyznaje OU generalne prawo do kontroli tego, czy OK nie narusza postanowień decyzji lub Umowy Szczegółowej. Operator wnosi o usunięcie tego postanowienia.

Gdyby postanowienie miało się ostać w ostatecznej treści decyzji, należałoby dookreślić:

- czego dokładnie (tzn. których obowiązków umownych OK) kontrola może dotyczyć;
- jak kontrola ma być przeprowadzana;
- w jaki sposób i z jakim wyprzedzeniem OK będzie zawiadamiany o zamiarze przeprowadzenia kontroli;
- na jakich zasadach OK może w kontroli uczestniczyć;
- w jakiej formie i terminie OK może ustosunkować się do wyników kontroli.

OU nie powinien w ogóle posiadać prawa do kontroli wykonywania poszczególnych obowiązków przez OK, ponieważ jest wobec OK równoważną stroną kontraktu. W poszczególnych postanowieniach projektu decyzji przewidziano już szereg możliwości, w których w zasadzie OU ma prawo sprawdzać, czy OK należycie projektuje i wykonuje prace na Słupach. Omawiane postanowienie dawałoby zatem OU nieuzasadnione prawo do nadzorowania działalności OK – tym bardziej, że aktualna jego treść daje OU prawo do nieograniczonego nękania OK przez OU czynnościami kontrolnymi w nieograniczonym zakresie.

20. Część I Rozdział 3 Podrozdział 3.3 Punkt 5

Nie sposób przyjąć, dlaczego po stronie OU nie został przewidziany żaden obowiązek podjęcia działań mających na celu doprowadzenie do zaprzestania nieprawidłowego używania Słupów przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, który wyrządził OK

szkodę. Trzeba mieć bowiem na względzie, że jedynie OU – jako dysponent Słupów i strona umowy o dostępie do słupów, na podstawie której sprawca szkody tych Słupów używa – będzie posiadał instrumenty prawne do wymuszenia na tym sprawcy zaprzestania nieprawidłowego używania Słupów. Zasadne jest zatem zobowiązanie OU w omawianym ustępie do podjęcia odpowiednich czynności oraz określenie odpowiedzialności OU za zaniechanie w tym zakresie.

21. Część I Rozdział 4 Punkt 3 Podpunkt a

Projekt decyzji przyznaje OU prawo do rozwiązania Umowy Szczegółowej w przypadku wykorzystywania przez OK Słupów w sposób powodujący szkody i niezaprzestania tego typu naruszeń w terminie 14 dni od dnia otrzymania od OU pisemnego żądania. Zdaniem Operatora, powinno zostać doprecyzowane, że w omawianym postanowieniu chodzi wyłącznie o szkody w infrastrukturze technicznej OU bądź w infrastrukturze technicznej innych niż OK przedsiębiorców telekomunikacyjnych podwieszonej na Słupach, który dotyczy ta Umowa Szczegółowa.

Ponadto, omawiane postanowienie powinno stanowić o tym, że żądanie do zaprzestania naruszeń powinno mieć formę pisemną pod rygorem nieważności. W aktualnym brzmieniu regulacji nie został zaś wprowadzony rygor dla zastrzeżonej formy pisemnej żądania.

22. Część I Rozdział 4 Punkt 3 Podpunkt b

W celu usunięcia ewentualnych wątpliwości powinno zostać jasno określone, że OK bez uzyskiwania odrębnych zgód OU może świadczyć usługi dostępu hurtowego do Infrastruktury podwieszonej na Słupach.

Ponadto, również w tym przypadku możliwość rozwiązania Umowy Szczegółowej powinna zostać uzależniona od uprzedniego wezwania OK na piśmie pod rygorem nieważności do zaprzestania naruszeń i braku zmiany postępowania OK.

23. Część I Rozdział 4 Punkt 3 Podpunkt c

Według aktualnej treści projektu decyzji, OU ma prawo do rozwiązania Umowy Szczegółowej w trybie natychmiastowym w przypadku stwierdzenia, że OK wykonał jakiekolwiek prace na Słupach bez ich zgłoszenia OU oraz niezgodnie z zaakceptowanym Projektem. Doprecyzowania wymaga, jakie kategorie zachowań OK mają uprawniać OU do skorzystania z omawianego prawa. Przykładowo, wykonanie bez zgłoszenia np. prac w zakresie usuwania niecierpiącej zwłoki Awarii Infrastruktury lub przeglądu Infrastruktury (np. po silnym wietrze) bez jakiegokolwiek oddziaływania na Słupy i bez wyrządzenia w nich szkody, nie powinno uprawniać OU do rozwiązania Umowy Szczegółowej w trybie natychmiastowym.

Rozwiązanie Umowy Szczegółowej powinno być w tym przypadku poprzedzone umożliwieniem OK usunięcia naruszeń.

24. Część I Rozdział 4 Punkt 4 Podpunkt a

Projekt decyzji uprawnia OU do rozwiązania Umowy Szczegółowej z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, jeśli OK trzykrotnie naruszy swoje obowiązki umowne w stosunku do danej umowy szczegółowej. Nie jest zasadne to, że nie zostały enumeratywnie wymienione obowiązki, których naruszenia może dotyczyć ta sankcja. Według projektu decyzji, OK przyjmuje bowiem na siebie szereg obowiązków, których naruszenie nie powinno być kontrolowane przez OU i nie powinno przyznawać OU żadnych uprawnień (np. naruszenie przepisów BHP przy wykonywaniu prac czy brak uprzątnięcia nieruchomości, na której wykonywano prace).

Ponadto, omawiane postanowienie powinno stanowić o tym, że żądanie do zaprzestania naruszeń powinno mieć formę pisemną pod rygorem nieważności. W aktualnym brzmieniu regulacji nie został zaś wprowadzony rygor dla formy pisemnej żądania.

25. Część I Rozdział 4 Punkt 4 Podpunkt b

Analizowane postanowienie powinno stanowić o tym, że wezwanie do zapłaty, wystosowane przed rozwiązaniem Umowy Szczegółowej, powinno mieć formę pisemną pod rygorem nieważności.

26. Część I Rozdział 4 Punkt 5

Operator wnosił o dodanie do łączącej strony umowy postanowienia, wedle którego:

> *W przypadku, gdy z wykorzystaniem słupów właściciel sieci światłowodowej świadczy usługi swoim abonentom Umowa nie może wygasnąć/ulec rozwiązaniu przed zakończeniem obowiązywania ostatniej umowy abonenckiej.*

Postanowienie to nie znalazło swojego odzwierciedlenia w projekcie decyzji, zaś Prezes UKE niewłaściwie wskazał w treści uzasadnienia projektu decyzji (str. 51), że postulat ten uwzględnił:

> *Prezes UKE uwzględnił postulat Operatora poprzez zastosowanie rozwiązania, że w przypadku rozwiązania Umowy Ramowej jej postanowienia pozostają w mocy w stosunku do pozostających w mocy Umów Szczegółowych, do czasu wygaśnięcia lub rozwiązania ostatniej z tych umów (Część I Rozdział 4 ust. 6 Umowy Ramowej w nowym brzmieniu). Omawiane rozwiązanie uwzględnia uzasadniony interes Operatora oraz jego abonentów, chroniąc odpowiednio Operatora - przed koniecznością nagłego zaprzestania świadczenia usług telekomunikacyjnych jego abonentom oraz abonentów Operatora – przed nagłą utratą usług telekomunikacyjnych.*

Omawiane żądanie Operatora zostałoby uwzględnione, gdyby projekt decyzji stanowił o tym, że umowa szczegółowa dotycząca konkretnej podbudowy słupowej nie może wygasnąć/ulec rozwiązaniu przed zakończeniem obowiązywania ostatniej umowy abonenckiej, na podstawie której świadczone są usługi telekomunikacyjne z wykorzystaniem kabla podwieszonego na słupach udostępnionych na podstawie danej umowy szczegółowej.

Aktualnie zaproponowane przez tut. Organ rozwiązanie, nie zapewnia Operatorowi możliwości utrzymania ciągłości świadczonych usług telekomunikacyjnych.

27. Część I Rozdział 4 Punkt 6

Zaproponowana regulacja jest nieprawidłowa, albowiem pozostaje w rażącej sprzeczności z przepisami Ustawy oraz regulacją innych postanowień projektu decyzji (w szczególności Częścią I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 11). Brak jest podstaw do tego, aby OK płacił za dostęp do Słupów w sytuacji gdy, z uwagi na rozwiązanie Umowy Szczegółowej przez OU, nie będzie z nich korzystał.

Ustawa nie stanowi o możliwości nakazania OK uiszczania jakichkolwiek innych opłat za dostęp niż opłaty pobierane tytułem zwrotu części kosztów, które ponosi OU w związku z utrzymaniem infrastruktury (a w zasadzie w związku ze wzrostem ogólnych kosztów utrzymania, wynikających z zapewnienia dostępu OK). Ustawa nie stanowi tym bardziej o możliwości nakazania OK uiszczania opłat za dostęp, którego nie ma. Niezgodne z tymi przepisami jest zatem zobowiązanie OK do zapłaty za okres jednorocznego dostępu bez zapewnienia OK możliwości korzystania w tym okresie z infrastruktury technicznej. W opisywanym przypadku, po rozwiązaniu Umowy Szczegółowej, OK nie będzie korzystał ze Słupów, więc OU nie będzie ponosił żadnych kosztów z tytułu korzystania z tej infrastruktury przez OK. W świetle regulacji Ustawy, brak jest zatem podstaw do zobowiązania OK do uiszczania opłat za dostęp w tym okresie. Tut. Organ – wbrew ustawowej regulacji - nieprawidłowo przyjmuje, że opłaty za dostęp do Słupów mają stanowić dla OU źródło przychodu, a nie jedynie służyć pokryciu kosztów generowanych przez udostępnienie infrastruktury przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu.

Co więcej, zgodnie z zaproponowaną regulacją, OU miałby w opisywanej sytuacji podwójnie się wzbogacić kosztem OK – albowiem mógłby obciążyć OK poniesionymi przez siebie kosztami na podstawie Części I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 11 projektu decyzji, a ponadto mógłby żądać od OK zapłaty swoistej kary umownej w postaci opłat za dostęp za okres pozostały do zakończenia pierwszego roku obowiązywania Umowy.

Tut. Organ pomija zupełnie to, że zwolnienie Słupów przez OK umożliwia OU udostępnienie tej infrastruktury technicznej innym przedsiębiorcom telekomunikacyjnym i pobieranie w związku z tym udostępnieniem opłat za dostęp czy za rezerwację.

Reasumując, w opisywanej sytuacji brak jest szkody po stronie OU, którą miałaby rekompensować kara umowna przewidziana w omawianym ustępie. Ponadto, niektóre zachowania OK tut. Organ bezzasadnie obwarował kilkoma sankcjami, albowiem z tych samych przyczyn OU może:

- naliczyć OK karę umowną;
- rozwiązać Umowę Szczegółową w trybie natychmiastowym;
- w przypadku rozwiązania Umowy Szczegółowej w ciągu jednego roku od dnia jej zawarcia - żądać od OK zapłaty dodatkowej kary umownej w postaci opłat za dostęp pozostałych do uiszczenia do zakończenia pierwszego roku obowiązywania Umowy Szczegółowej.

Niewątpliwe przewidziane przez tut. Organ rozwiązania są nazbyt dotkliwe dla OK, a przede wszystkim nieproporcjonalne. Projekt decyzji powinien wyraźnie stanowić o tym, że w odniesieniu do jednego zdarzenia OU może skorzystać tylko z jednej sankcji.

Nie sposób także pominąć tego, że w komentowanym postanowieniu zabrakło wyjaśnienia, w jakim terminie OK ma uiścić karę umowną opisaną w tej regulacji.

Nie jest także właściwe to, iż obowiązku, o którym mowa, nie ograniczono do sytuacji, w których wypowiedzenie Umowy Szczegółowej jest dokonywane przez OU.

28. Część I Rozdział 5 Punkt 1 Podpunkt a

Omawiana kara umowna stanowi środek nieadekwatny do ochrony interesów OU w przypadku wykonania podwieszenia Infrastruktury niezgodnie z Projektem. Nieistotna niezgodność wykonanego podwieszenia z Projektem nie powinna być kwalifikowana jako samowolne wykonanie prac (zwłaszcza w kontekście braku uregulowania tego, o czym nie powinny stanowić Warunki Techniczne, z którym ten Projekt ma być zgodny) – a przez to - nie powinna dawać OU prawa do naliczenia kary umownej.

Ponadto, z postanowienia wynika, że kara umowna ma być naliczana wówczas, gdy OK wykona prace bez zgody OU na wykonanie prac. Tymczasem, projekt decyzji zawiera braki w zakresie określenia procedury uzyskiwania takiej zgody (mowa jest o dokonywaniu zgłoszenia prac, a nie o uzyskiwaniu zgody na ich wykonanie), co skutkuje tym, że za brak uzyskania zgody nie powinna zostać przewidziana kara umowna.

Podkreślenia wymaga, że brak regulacji procedury uzyskiwania zgody może stanowić źródło poważnych konfliktów pomiędzy OU a OK. Projekt decyzji stanowi bowiem jedynie o tym, że OK ma przed rozpoczęciem prac zgłosić zamiar ich wykonania OU w określonym terminie na formularzu *Zgłoszenia dostępu do Słupów*. Nie zostało jednak określone:

- w jakim terminie OU ma na to zgłoszenie odpowiedzieć;
- w jakiej formie OU ma na to zgłoszenie odpowiedzieć;
- jakie są przesłanki odmowy udzielenia przez OU zgody na wykonanie zgłoszonych przez OK prac.

Co prawda, formularz Zgłoszenia przewiduje miejsce na potwierdzenie terminu dostępu, ale nie zawiera miejsca na udzielenie zgody przez OU i nie określa w tym zakresie procedury.

Jedynie wprowadzenie ściśle określonych terminów odpowiedzi na zgłoszenie (i obwarowanie ich zachowania karami umownymi) oraz jednoznaczne określenie przesłanek odmowy wyrażenia zgody na wykonanie zgłoszonych prac, pozwoli na bezkonfliktową współpracę OU i OK, a przede wszystkim na sprawne wykonywanie prac przez OK.

W omawianym postanowieniu należy wyraźnie doprecyzować, że kara umowna jest naliczana w stosunku do tych Słupów, których dotyczy samowolne wykonanie prac, a nie zaś według liczby Słupów objętych tą samą czy też wszystkimi Umowami Szczegółowymi.

29. Część I Rozdział 5 Punkt 1 Podpunkt b

W celu usunięcia ewentualnych wątpliwości, powinno zostać jasno określone, że OK bez uzyskiwania odrębnych zgód OU może świadczyć usługi dostępu hurtowego do Infrastruktury podwieszonej na Słupach.

W omawianym postanowieniu należy również wyraźnie doprecyzować, że kara umowna jest naliczana w stosunku do tych Słupów, których dotyczy poddzierżawa/oddanie w inną formę korzystania podmiotom trzecim, a nie zaś według liczby Słupów objętych tą samą czy też wszystkimi Umowami Szczegółowymi.

30. Część I Rozdział 5 Punkt 2

Zgodnie z projektem decyzji, kara umowna przewidziana za:

> *samowolne wykonanie przez OK (tzn. bez zawarcia Umowy Szczegółowej, bez zgłoszenia prac do OU, bez zgody OU na dokonanie prac lub niezgodnie z zaakceptowanym Projektem) instalacji Infrastruktury, prac planowych na Infrastrukturze lub zmian na Słupach*

- ma być naliczana za każdy dzień od dnia poinformowania OK o stwierdzonych nieprawidłowościach do dnia usunięcia stanu niezgodnego z Decyzją lub Umową Szczegółową. Nie sposób jednak określić, co OK miałby uczynić, aby usunąć stan niezgodny z Umową Decyzją lub Umową Szczegółową w kontekście wykonania prac planowych na Infrastrukturze. Znamiennym pozostaje, że w odniesieniu do prac planowanych, które nie polegają na instalacji Infrastruktury (wszak zachowanie to zostało osobno – tj. obok prac planowych - wymienione w zacytowanej regulacji) kara umowna powinna być naliczana jednorazowo (tj. w określonej kwocie za stwierdzenie samowolnego wykonania prac planowych) – nie sposób bowiem określić, jak OK miałby usunąć prace planowe wykonane samowolnie.

Ponadto, ze zdarzeń obwarowanych karą umowną należałoby jasno wyłączyć te czynności OK wchodzące w zakres prac planowych, które w świetle projektu decyzji nie wymagają zgody OU.

31. Część I Rozdział 5 Punkt 3 Podpunkt a

Kara umowna powinna przysługiwać OK także w przypadku naruszenia przez OU terminu określonego w Części II Rozdział 1 Podrozdział 1.3 Punkt 4.

32. Część I Rozdział 5 Punkt 3 Podpunkt a i b

Zaproponowana regulacja jedynie w znikomym stopniu zabezpiecza interesy OK. Zaproponowana wysokość i sposób liczenia kary umownej nie uwzględnia zasadniczego problemu, polegającego na tym, że OU może zablokować całą inwestycję telekomunikacyjną OK poprzez brak udostępnienia poszczególnych Słupów w danej relacji, co uniemożliwia podwieszenie Kabli telekomunikacyjnych w jednym ciągu.

Wysokość kary w odniesieniu do jednego Słupa powinna być w tym przypadku znacznie wyższa niż 20,00 zł. Aktualna wysokość kary umownej stanowi zachętę dla OU do dokonywania naruszeń i nie pełni w ogóle roli represyjnej. Nie są to bowiem kwoty, które dla OU mogłyby być w jakimkolwiek stopniu dotkliwe i które OU mogłyby stymulować do tego, aby postępować zgodnie z ustalonymi zasadami.

33. Część I Rozdział 5 Punkt 3 Podpunkt b

Omawiana kara umowna została zapisana w taki sposób, że nie sposób określić, kiedy tak naprawdę OK mógłby z niej skorzystać. Projekt decyzji stanowi ogólnie o obowiązku OU w zakresie zapewnienia OK możliwości wykonania prac planowych na Infrastrukturze i usuwania Awarii Infrastruktury. W pozostałym zakresie dokument jest zaś wewnętrznie sprzeczny, albowiem w niektórych częściach stanowi o tym, że wykonanie przez OK prac na Infrastrukturze wymaga ich uprzedniego zgłoszenia OU, a w innych częściach wskazuje, że jest wymagane nie tylko zgłoszenie, ale i uzyskanie zgody OU na wykonanie prac. W przypadku prac planowych polegających na przeglądach Infrastruktury po zjawiskach atmosferycznych i Awariach, OK ma obowiązek powiadomienia OU w formie przyjętej przez strony.

Jednocześnie, jak zostało już wskazane powyżej, projekt decyzji jedynie reguluje procedurę dokonywania zgłoszenia prac przez OK, a nie stanowi w ogóle o procedurze udzielania zgody przez OU na ich wykonanie. Tut. Organ powinien zatem jednoznacznie określić, czy (i w odniesieniu do których zdarzeń/czynności) uznaje za wystarczające przeprowadzenie prac po ich zgłoszeniu (oraz jaka ma być forma zgłoszenia/powiadomienia/zawiadomienia), czy też w ocenie tut. Organu wymagane jest nie tylko zgłoszenie, ale i udzielenie przez OU zgody na wykonanie prac. W tym ostatnim przypadku niezbędne byłoby jednak uzupełnienie projektu decyzji o procedurę udzielania takiej zgody. Aktualnie wydaje się bowiem, że w zakresie używanych pojęć i wprowadzonych regulacji panuje chaos, co nie pozwoli OK na proste określenie, co w danej sytuacji ma uczynić, aby postąpić właściwie.

W kontekście aktualnej treści projektu decyzji nie sposób zaś określić, czy OU ma prawo odmówić wyrażenia zgody na wykonanie przez OK prac planowych lub na usunięcie Awarii, a także, na czym miałoby polegać nieudostępnienie OK Słupów przez OU w tym celu.

34. Część II Rozdział 1 Podrozdział 1.1 Punkt 7 Podpunkt a

Treść postanowienia błędnie sugeruje, że względy techniczne mogą oznaczać także coś innego niż stan techniczny Słupów – na co wskazuje użyty zwrot *w szczególności*. Postanowienie wymaga zmiany bądź doprecyzowania (poprzez wskazanie, jak inaczej rozumieć brak możliwości udostępnienia Słupów z uwagi na względy techniczne).

35. Część II Rozdział 1 Podrozdział 1.1 Punkt 7 Podpunkt e

W omawianej regulacji powinno zostać objaśnione, jak rozumieć pojęcie *odrębnej oferty*.

36. Część II Rozdział 1 Podrozdział 1.1 Punkt 11

Postanowienie w przeważającej części stanowi o karach umownych. Dla porządku, ta jego część, która dotyczy kar umownych, powinna zostać przeniesiona do Części I Rozdział 5.

37. Część II Rozdział 1 Podrozdział 1.1 Punkt 13

Zgodnie z formularzem *Wniosku o zawarcie Umowy Szczegółowej*, OK do wniosku ma załączyć:

> *Oświadczenie OK, podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji OK, że stan faktyczny i prawny ustalony na podstawie Zapytania nie uległ zmianie.*

Nie zostało jednak wyjaśnione, w jakim celu to oświadczenie ma zostać przez OK złożone oraz czego dotyczy stan faktyczny i prawny, do którego odnieść się ma OK (osoby OK? Słupów? zamiaru wykonania przez OK inwestycji telekomunikacyjnej?). Operator wnosi o usunięcie obowiązku przedkładania takiego oświadczenia, a jeśli ma ono zostać utrzymane, to o doprecyzowanie do czego ma się odnosić zacytowane powyżej oświadczenie.

38. Część II Rozdział 1 Podrozdział 1.1 Punkt 13-18 i Podrozdział 1.2 Ustęp 6

Wskazane postanowienia projektu decyzji są ze sobą sprzeczne. Wydaje się, że rezerwacja ma wygasnąć, gdy OU stwierdzi braki Wniosku i OK nie uzupełni Wniosku w terminie 3 dni od otrzymania wezwania. Z zaproponowanego brzmienia Części II Rozdział 1 Podrozdział 1.1 Punkt 18 projektu decyzji można by zaś wywieźć, że w takiej sytuacji OU utrzymuje ciągłość rezerwacji Słupów od dnia złożenia Wniosku zawierającego braki, jak się wydaje, oczekując w nieskończoność na wystąpienie przez OK z kompletnym wnioskiem. Jeśli ciągłość rezerwacji nie jest utrzymywana, nie ma podstaw do tego, aby okres nieodpłatnej rezerwacji był liczony od dnia złożenia Wniosku zawierającego braki, a nie dopiero od przedłożenia kompletnego Wniosku.

Brak jest wyjaśnienia, czy odpłatna rezerwacja jest obowiązkowa, czy też OK ma jedynie możliwość skorzystania z odpłatnej rezerwacji. Innymi słowy, nie zostało określone to, czy OU zawsze dokonuje rezerwacji zasobów na okres od dnia złożenia przez OK Wniosku o zawarcie Umowy Szczegółowej do dnia zawarcia Umowy Szczegółowej, a w określonych przypadkach po prostu OK musi płacić za tą rezerwację, czy też obowiązkowa jest zawsze nieodpłatna rezerwacja, a po upływie jej okresu OK ma zdecydować, czy chce płacić za rezerwację, czy z niej rezygnuje. Brak informacji, kiedy i w jakiej formie OK ma się wypowiadać co do odpłatnej rezerwacji.

39. Część II Rozdział 1 Podrozdział 1.2 Punkt 3

W omawianym postanowieniu oraz w dalszej części projektu decyzji należy ujednolicić wprowadzoną terminologię, bowiem nie sposób określić, czy poszczególne określenia zostały użyte przez tut. Organ na oznaczenie tożsamych czynności, czy też trzeba przyjąć, iż określenia te mają odmienne znaczenie. Odnosi się to do następujących określeń:

- zgłoszenie uwag do Projektu;
- żądanie od OK dodatkowych wyjaśnień lub zmian w Projekcie;
- niezaakceptowanie Projektu;
- odrzucenie Projektu.

Jeśli wskazane powyżej określenia mają znaczenie odmienne, należy wyraźnie wskazać skutki tych czynności (a raczej to, co OK ma uczynić po wykonaniu przez OU tych czynności) oraz przesłanki skorzystania z nich przez OU (aktualnie przesłanki zostały bowiem uregulowane jedynie odnośnie do odrzucenia Projektu).

40. Część II Rozdział 1 Podrozdział 1.3 Punkt 5

Umowa Szczegółowa nie powinna powielać informacji zawartych w decyzji. Aktualnie zaś we wzorze powielono część postanowień projektu decyzji.

41. Część II Rozdział 2 Punkt 5-6

Wyjaśnienia wymaga, jaki był zamysł tut. Organu co do procedury odbioru kwitowanej podpisaniem protokołu odbioru. Jeśli strony mają wspólnie przeprowadzić czynności odbiorowe, to nie wydaje się celowe umożliwienie OU *zakwestionowania* Protokołu Odbioru w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania od OK.

42. Część II Rozdział 2 Punkt 9

Projekt decyzji stanowi o tym, że, jeśli OK nie usunie, w terminie określonym przez OU, niezgodności podwieszenia Infrastruktury z Projektem, to OU może na jego koszt rozłączyć Infrastrukturę lub dokonać jej demontażu. Sankcja przewidziana w tym postanowieniu jest zbyt daleko idąca. Podjęcie przez OU jakichkolwiek działań powinno zostać poprzedzone

wezwaniem OK na piśmie pod rygorem nieważności do usunięcia niezgodności w określonym terminie, zaś ewentualne działania OU w omawianym zakresie powinny dotyczyć usunięcia niezgodności podwieszenia z Projektem, a nie demontażu Infrastruktury.

43. Część II Rozdział 3 Punkt 3

Wprowadza się szczególną procedurę modernizacji Infrastruktury, która może mieć zastosowanie, *o ile techniczne uwarunkowania dotyczące Słupów objętych przebiegiem modernizowanej Infrastruktury pozwalają na tymczasowe zawieszenie obu Kabli telekomunikacyjnych*. Należy doprecyzować, kto, kiedy i w jakiej formie ma decydować o tym, czy w danym przypadku ta przesłanka została spełniona, w szczególności istotne jest to, czy OK posiada uprawnienie do samodzielnej oceny tego, czy przesłanka ta ziściła się w danym przypadku.

Objaśnienia wymaga także, czy w takiej sytuacji OK ma płacić osobno za każdy kabel podwieszony na Słupie w czasie modernizacji.

44. Część II Rozdział 4 Podrozdział 4.1 Punkt 1

Pracami planowymi powinny być również pomiary Infrastruktury.

45. Część II Rozdział 4 Podrozdział 4.1 Punkt 2-6

Brak jest uzasadnienia do tego, aby OK zobowiązany był uzgadniać z OU terminy przeglądu czy pomiarów swojej Infrastruktury. Spostrzeżenie to jest tym bardziej zasadne, jeśli weźmie się pod uwagę, że OU nie musi uzgadniać z OU terminu jakichkolwiek czynności wykonywanych na Słupach, a w określonych przypadkach ma jedynie obowiązek uprzedniego poinformowania OK o zamiarze wykonania prac planowych.

Nie wyjaśniono, jak ma nastąpić zgłoszenie prac planowych innych niż określone w punkcie 1 podpunkt a – według punktu 3 nie obowiązuje w tym przypadku formularz zgłoszenia, zaś zgodnie z punktem 2 (sprzecznym z punktem 6) prace te wymagają zgłoszenia do OU.

Nie ma oparcia w przepisach prawa limitowanie tego, ile razy OK ma prawo przeprowadzać prace planowe na swojej Infrastrukturze – należy zatem usunąć punkt 4.

46. Część II Rozdział 4 Podrozdział 4.1 Punkt 7 i 8

Po wykonaniu prac planowych opisanych w Części II Rozdział 4 Podrozdział 4.1 Punkt 1 Podpunkt a, strony mają każdorazowo sporządzić protokół odbioru wykonanych prac. Nie zostało jednak określone, w jakim celu dokument ten ma zostać sporządzony, w tym, jakie jest uzasadnienie do angażowania stron w takim zakresie. Protokół jest tu zbędny. Tym bardziej, że w przypadku prac planowych wykonywanych przez OU, nie został wprowadzony obowiązek sporządzania protokołu.

Przewidziane zostało w tym zakresie to, że strona może odmówić podpisania protokołu, ale

nie został określony skutek takiej odmowy.

47. Część II Rozdział 4 Podrozdział 4.2 Punkt 5

Należy rozważyć dodanie postanowienia, że:

- jeśli OU w miejsce udostępnionych Słupów planuje wybudować nowe Słupy, to OK będzie miał pierwszeństwo skorzystania z tej infrastruktury technicznej, w zakresie wolnych zasobów, w celu podwieszenia Infrastruktury;
- OK przysługuje prawo pierwokupu Słupów, a OU może dokonać ich zbycia na rzecz innego podmiotu, jeśli OK np. w terminie 21 dni nie zdecyduje się na kupno Słupów.

48. Część II Rozdział 4 Podrozdział 4.3 Punkt 1

Należy określić alternatywną procedurę powiadomienia, z której strony będą mogły skorzystać, jeśli nie uda im się powiadomić telefonicznie drugiej strony o wystąpieniu Awarii.

49. Część II Rozdział 4 Podrozdział 4.3 Punkt 3

Zaproponowany termin, z wyprzedzeniem którego OK ma zgłosić OU potrzebę usunięcia Awarii, nie jest uzasadniony. OK powinien mieć prawo do przystąpienia do usuwania Awarii bezpośrednio po zgłoszeniu OU potrzeby wykonania prac. Co więcej, postanowienie to ujawnia znaczną dyskryminację pozycji OK, bowiem w przypadku, gdy OU usuwa Awarię swojej sieci, a prace te mogą mieć wpływ na Infrastrukturę, OU ma obowiązek poinformowania o tym fakcie OK, ale informacji tej nie musi przekazać w określonym terminie, a także nie został określony zakres informacji, które takie zgłoszenie powinno zawierać.

50. Część II Rozdział 4 Podrozdział 4.3 Punkt 8

Analogiczna zasada co do tej, która została uregulowana w tym postanowieniu, powinna zostać przewidziana odnośnie do kosztów usuwania Awarii Infrastruktury – albo w omawianym postanowieniu, albo w Części I Rozdział 3 Podrozdział 3.2 Punkt 8. Zasadne jest zatem tożsame uregulowanie odpowiedzialności OU poprzez wprowadzenie postanowienia o treści:

> *Awarie Infrastruktury będą usuwane przez OK na własny koszt, chyba że zdarzenie będące przyczyną Awarii będzie następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi OU.*

51. Część II Rozdział 4 Podrozdział 4.3 Punkt 10

Usunięcie Awarii, mogącej mieć wpływ na Infrastrukturę, zostanie potwierdzone przez Strony na formularzu *Protokół Awarii*. Nie zostało jednak określone, w jakim celu dokument ten ma być sporządzany, w tym, jakie jest uzasadnienie do angażowania stron w takim zakresie. Zdaniem Operatora, w tym przypadku protokół jest zbędny.

52. Część II Rozdział 5 Punkt 1

Przewidziano za krótkie terminy na usunięcie Infrastruktury. Ich dotrzymanie nie będzie możliwe. Terminy powinny wnosić co najmniej 14 dni. Operator wnosi o wprowadzenie dłuższych terminów.

53. Część II Rozdział 5 Punkt 3 lit. c

Termin usunięcia Infrastruktury, aktualnie opisany poprzez użycie pojęcia niedookreślonego *natychmiastowy*, powinien zostać zastąpiony wskazaniem konkretnego terminu, liczonego w dniach.

54. Część II Rozdział 5 Punkt 4

Przewidziane w tym postanowieniu sankcje są zbyt dotkliwe dla OK. Stanowi ono bowiem o tym, że jeśli OK nie usunie swojej Infrastruktury ze Słupów w terminie określonym w punkcie 1 lub 3, to OU ma prawo naliczyć karę umową oraz usunąć Infrastrukturę na koszt i ryzyko OK, w tym przeciąć Kable telekomunikacyjne podwieszone na Słupach.

W przypadku, gdy OU zdecyduje się na usunięcie Infrastruktury, możliwość naliczenia kary umownej powinna być wyłączona. Możliwość skorzystania przez OU z prawa do usunięcia na koszt i ryzyko OK Infrastruktury ze Słupów, powinna być uzależniona od uprzedniego wyznaczenia OK na piśmie pod rygorem nieważności dodatkowego terminu na usunięcie Infrastruktury.

Przede wszystkim jednak, brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby decyzja stanowiła o zrzeczeniu się roszczeń odszkodowawczych przez OK. Organ, określając warunki dostępu (a w zasadzie, zmieniając umowę o dostępie), nie jest uprawniony do składania takich oświadczeń w imieniu OK, czy też do nakazywania OK ich złożenia.

55. Część III Rozdział 1.2 Punkt 1

Opłaty za dostęp do Słupów OK powinien ponosić za każdy udostępniony Słup, bez względu na to, ile Kabli telekomunikacyjnych na tym Słupie podwiesi. Jedynym zasadnym sposobem rozliczeń dostępu do Słupów jest pobieranie opłat od każdej udostępnionej konstrukcji wsporczej. Zaznaczenia wymaga, że o zmianę systemu rozliczeń nie wnosiła żadna ze stron niniejszego postępowania, zaś umowa łącząca strony aktualnie przewiduje opłatę ryczałtową za dostęp do jednego słupa. W świetle twierdzeń nakreślonych na wstępie niniejszego pisma, tut. Organ nie był uprawniony do zmodyfikowania przyjętego w umowie, zgodnego z wolą stron, sposobu rozliczeń.

Należy wyraźnie wyłączyć pobieranie opłat za Kable abonenckie. Aktualnie nie jest jasne to, czy Operator ma płacić za Kabel abonencki podwieszony na Słupie, jeśli na danym Słupie podwieszony jest wyłącznie Kabel abonencki. Innymi słowy, decyzja powinna wprost przesądzać to, czy Operator ma płacić za dostęp do Słupa wówczas, gdy jest na nim

podwieszony tylko Kabel abonencki i nie został na nim podwieszony Kabel telekomunikacyjny niebędący Kablem abonenckim.

Ponadto, należy wyraźnie przesądzić w decyzji (chociażby w jej uzasadnieniu):

- czy brak ponoszenia opłat za Kable abonenckie jest zależny od tego, na ilu Słupach ten rodzaj Kabla został podwieszony. Zdaniem Operatora, brak jest bowiem podstaw do tego, aby opłaty za Kable abonenckie miały być naliczane np. wówczas, gdy Kable abonenckie będą podwieszone np. na większej liczbie słupów niż 4. W przypadku, gdy kwestia ta nie zostanie wprost określona w decyzji, istnieje prawdopodobieństwo, że OU będzie formułował takie twierdzenia[16];
- kto ma dostarczyć informację o tym, ile i jakich kabli Operator ma aktualnie podwieszone na podbudowie słupowej OU. Trzeba mieć na względzie, że ustalenie tych kwestii może być wysoce pracochłonne i wymagać znacznego nakładu czasu, zaś OU aktualnie jest w posiadaniu wszelkich informacji na temat wykonanych przez Operatora podwieszeń. Tym samym, OU nie powinien obciążać Operatora obowiązkiem dostarczenia jakichkolwiek dodatkowych informacji czy też posiadanych już informacji w nowej formie, np. uzależniając od tego naliczenie opłat według stawki określonej w decyzji;
- jak należy liczyć kable podwieszone na Słupie w przypadku, gdy dochodzi do rozgałęzienia kabla na Słupie. Np. w sytuacji, gdy kabel 48J, wchodzący na słup, zostaje na tym samym słupie rozdzielony na dwa kable 24J, wychodzące z tego słupa. Nie sposób bowiem aktualnie ustalić, czy wówczas należy osobno liczyć kable wychodzące ze Słupa po rozgałęzieniu.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie wyżej nakreślonego stanowiska Operatora i dokonanie odpowiednich zmian projektu decyzji poprzez uwzględnienie uwag Operatora w ostatecznej treści rozstrzygnięcia.

Ewelina Grabiec
RADCA PRAWNY

[16] Obawa jest zasadna, bowiem takie ograniczenie zostało przewidziane w przyjętym przez uczestnika postępowania do stosowania w ramach jego przedsiębiorstwa, opracowanym przez PTPiREE, wzorze umowy ramowej. Źródło: http://ptpiree.pl/aktualnosci/2021-05-26-1 [dostęp w dniu 7 lipca 2021 r.]