

Katowice, dnia 23 listopada 2017 roku

Do: **Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej w Warszawie**

Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie
ul. Kasprzaka 18/20, 01-211 Warszawa

Wnioskodawca: **Barbara Janikowska**

prowadząca działalność gospodarczą
pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe
„GECKONET” Barbara Janikowska
ul. Wojska Polskiego 3, 86-170 Nowe

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

Uczestnik

postępowania: **Spółdzielnia Mieszkaniowa w Grudziądzu**

ul. Moniuszki 13, 86-300 Grudziądz

Sygn. akt UKE: DHRT.WWM.6171.292.2016

STANOWISKO KONSULTACYJNE

Działając w imieniu i na rzecz Wnioskodawcy (dalej zwanego również jako **Operator**), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa */w aktach sprawy/*, niniejszym przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie ustalenia warunków dostępu dla Barbary Janikowskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Geckonet” Barbara Janikowska do nieruchomości zarządzanych przez Spółdzielnię Mieszkaniową w Grudziądzu, w tym do posadowionych na tych nieruchomościach budynków (dalej **Nieruchomości i Budynki**).

Wnioskodawca przedstawia swoje zastrzeżenia oraz zgłasza propozycje zmian warunków dostępu określonych w projekcie decyzji. Uwzględnienie uwag Wnioskodawcy umożliwi wydanie zgodnej z prawem decyzji, uwzględniającej wolę Stron i zapewniającej niedyskryminujące i proporcjonalne warunki dostępu, zabezpieczające interesy użytkowników końcowych, mieszkańców Budynków oraz Stron.

I. Prymat woli stron i ograniczone prawo do zastosowania rozwiązań alternatywnych

Prezes UKE w decyzji powinien przede wszystkim ustalić i rozstrzygnąć kwestie sporne pomiędzy Wnioskodawcą i Uczestnikiem, a jakiegokolwiek rozwiązania alternatywne mogą być

zastosowane wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych przepisami prawa. **Na skutek nowelizacji Ustawy, prymat woli stron wynika wprost z przepisu art. 22 ust. 5 i 8 oraz art. 21 ust. 2a Ustawy. W przypadku zastosowania przez Prezesa UKE rozwiązań alternatywnych strony mogą podpisać umowę, a w zakresie objętym porozumieniem stron decyzja dostępowa wygaśnie (Prezes UKE stwierdzi wygaśnięcie decyzji). Do wniosku do Prezesa UKE załącza się projekt umowy z zaznaczonymi postanowieniami spornymi.**

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

II. Proporcjonalne warunki dostępu – wysokość i rodzaj kaucji § 4 ust. 12-15

Zasada określania proporcjonalnych warunków dostępu zobowiązuje Prezesa UKE do wyboru środków najmniej uciążliwych dla stron, a koniecznych do realizacji celu, jakim jest zapewnienie Wnioskodawcy dostępu do Nieruchomości, z jednoczesnym zabezpieczeniem interesów Udostępniającego i mieszkańców Budynków. Za nieuzasadnione należy uznać określenie warunków dostępu w sposób uciążliwy dla Wnioskodawcy (np. konieczność uiszczania kaucji w nadmiernej wysokości). Wprawdzie zarówno Udostępniający jak i Operator zgadzają się co do możliwości zabezpieczenia decyzji kaucją to jednak sporna jest ich wysokość i rodzaje.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w decyzji z dnia 2 listopada 2010 r. w sprawie sygn. akt RPZ-411/1/10/JM, (źródło: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=9207) przedstawił wytyczne w określaniu wysokości kaucji oraz okoliczności jej zastrzegania w umowach, które zdaniem mojego mocodawcy powinny zostać uwzględnione w decyzji. Prezes UOKiK uznał, że praktyką ograniczającą konkurencję, tj. praktyką polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku udostępniania nieruchomości, może być w pewnych okolicznościach ustalenie kaucji zabezpieczającej.

Prezes UOKiK stwierdził, że:

- 1) kaucja stanowi skuteczną barierę finansową, gdy czyni inwestycję polegającą na budowie sieci w budynku mało opłacalną - powyższe musi być kalkulowane indywidualnie,
- 2) kaucja jest uzasadniona, jeżeli dotyczy tylko takich sytuacji, w których rzeczywiście (realnie) może dojść do wyrządzenia szkody,
- 3) kaucja nie może być w rzeczywistości dodatkową opłatą za korzystanie z nieruchomości, np. ukrytą opłatą z tytułu najmu.

Wysokość głównej kaucji jest wygórowana jak na budowę sieci światłowodowej metodą natynkową i stanowi barierę finansową czyniącą inwestycję Operatora nieopłacalną. Wysokość kaucji stanowi istotne ograniczenie dla budowy sieci szerokopasmowej na

Nieruchomościach i tym samym jest niekorzystna dla mieszkańców Budynków – potencjalnych odbiorców usług Wnioskodawcy. Wnioskodawca wnosi, aby wysokość kaucji wynosiła 1.000,00 zł.

Jednocześnie w ocenie Wnioskodawcy całkowicie niezasadne jest żądanie wprowadzenia kaucji zabezpieczającej naprawienie szkody podczas przyłączania konkretnego lokalu do sieci Wnioskodawcy – takie szkody nie dotyczą nieruchomości wspólnej, a uregulowanie zasad ich zabezpieczenia leży w gestii Wnioskodawcy i konkretnego abonenta.

Jednocześnie należy zauważyć, że znacznie praktyczniejszym zabezpieczeniem, które równie dobrze będzie spełniać swoje zadanie, jest zobowiązanie Operatora do zawarcia umowy ubezpieczenia i przedstawienia polisy ubezpieczeniowej na czas budowy i eksploatacji sieci. Polisa zapewnia szerszą niż kaucja ochronę (wyższa suma ubezpieczenia oraz ciągłość obowiązywania przez cały czas eksploatacji sieci).

Dlatego mój mocodawca, jako zabezpieczenie prawidłowego wykonania prac, proponuje przedłożenie Udostępniającemu polisy, ewentualnie pozostawienie Operatorowi wyboru pomiędzy przedstawieniem polisy, a możliwością uiszczenia kaucji, ale tylko wtedy gdy jej wysokość zostanie ustalona w oparciu o jasne i niedyskryminujące kryteria.

Mając powyższe na uwadze, Wnioskodawca proponuje aby w § 4 ust. 12 zmienić wysokość kaucji na 1.000,00 zł oraz by dodać do umowy § 4 ust. 17 o następującej treści:

Operator jako zabezpieczenie roszczeń Udostępniającego wynikających ze szkód mogących powstać w związku z wykonywaniem przez Operatora prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1-2 i § 4 ust. 9 pkt 1 może według własnego wyboru wpłacić na rzecz Udostępniającego kaucję zabezpieczającą, o której mowa w § 4 ust. 12 lub przedstawić Udostępniającemu polisę na dowód zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością w zakresie telekomunikacji. Polisa powinna opiewać na sumę ubezpieczenia nie niższą niż kwota zastrzeżonej w § 4 ust. 12 kaucji.

III. Pozostałe zastrzeżenia do projektu decyzji

1) § 2 ust. 11 – zastępcze usunięcie szkody

Postanowienie to ustala sposób usuwania ewentualnych szkód, przewidując możliwość wykonania zastępczego, o ile Operator nie usunie szkody w terminie 14 dni. Zdaniem Operatora, proponowany termin jest za krótki, bowiem często usunięcie szkody będzie wiązało się z konsultacjami z Udostępnionymi oraz podmiotami trzecimi.

Wnosimy o zmianę postanowienia § 2 ust. 11 decyzji, poprzez nadanie mu brzmienia:

*Operator jest zobowiązany do usunięcia szkód wynikających bezpośrednio z wykonywania uprawnień określonych w ust. 1 niezwłocznie, nie później niż w terminie **30 dni** od dnia ich zgłoszenia. W przypadku nieusunięcia **udokumentowanych** szkód, za które odpowiedzialność*

ponosi Operator, w wyżej wymienionym terminie, Udostępniający, za uprzednim wezwaniem Operatora, z wyznaczeniem dodatkowego, co najmniej 14-dniowego terminu, może je usunąć we własnym zakresie na koszt Operatora.

2) § 2 ust. 13 – ponoszenie udokumentowanych kosztów

Decyzja nie określa precyzyjnie wysokości wydatków ponoszonych przez Udostępniającego, a niezbędnych dla realizacji decyzji.

Z tego względu wnosimy o doprecyzowanie § 2 ust. 13 w taki sposób, aby odpowiadał on dyspozycji przepisu art. 30 ust. 3b Ustawy, poprzez nadanie mu brzmienia:

*Zwrot Udostępniającemu przez Operatora **udokumentowanych kosztów**, o których mowa w ust. 12, nastąpi w oparciu o przedstawione przez Udostępniającego dokumenty księgowo **oraz dokumenty potwierdzające poniesienie kosztu/wydatku**, w terminie 14 dni od dnia otrzymania tych dokumentów przez Operatora.*

3) § 4 ust. 10 – uzgodnienie terminu przyłączenia nowego abonenta lub wymiany okablowania

Operator nie widzi żadnych podstaw, dla których miałby uzgadniać z Udostępniającym termin wykonania podłączenia konkretnego abonenta. Co więcej, nakładanie przez organ w decyzji takiego obowiązku stanowi nakłanianie do naruszenia przez Operatora chronionej prawem tajemnicy telekomunikacyjnej, co z kolei jest sprzeczne z fundamentalną dla organu zasadą pogłębiania zaufania i kultury prawnej (art. 8 KPA). Uzgadnianie terminu podłączenia abonenta prowadziłoby bowiem do uzyskania przez Udostępniającego informacji o korzystaniu przez abonenta z usług konkretnego operatora, a informacje takie Operator zobowiązany jest chronić! **Ponadto, zawarta w powołanych przepisach treść jest sprzeczna z uregulowaniem zawartym w § 4 ust. 6 in fine decyzji, gdzie za wystarczające uznaje się zawiadomienie, a nie uzgodnienie terminu rozpoczęcia prac. Takie rozwiązanie powinno być zdaniem Operatora zaaprobowane w decyzji, przy czym w odniesieniu do wykonywania instalacji w i do lokalu abonenta, termin na zawiadomienie powinien (z poniższych względów) ulec skróceniu do 24 godzin!**

Tym samym, należy wskazać, że **po pierwsze**, nakazanie uzgadniania z Udostępniającym terminu wykonania konkretnego abonenta stanowi naruszenie prawnie chronionej tajemnicy, **po drugie**, utrudnia abonentom szybsze skorzystanie z usług, a Operatorowi polepszenie wskaźników jakości świadczonych przez niego usług i polepszenie jego konkurencyjności, **po trzecie**, „uzgadnianie terminu” daje Udostępniającemu niczym nieuzasadnione możliwości blokowania i paraliżowania działalności Operatora, **po czwarte**, rodzi problemy organizacyjne związane z koordynacją terminów przez kilka osób/podmiotów (techników Operatora, abonenta i Udostępniającego), **po piąte**, rozwiązanie zawarte w § 4 ust. 10 jest sprzeczne z

treścią § 4 ust. 6 decyzji. **Maksymalny termin 7 dni na dokonanie uzgodnienia również jest stanowczo za długi mając na uwadze wyżej wskazane okoliczności.**

W związku z powyższym, wnosimy aby nadać postanowieniu § 4 ust. 10 decyzji następujące brzmienie:

Operator może wykonać prace, o których mowa w ust. 9, po uzgodnieniu z Udostępniającym terminu ich rozpoczęcia, a w przypadku nieuzgodnienia tego terminu, po upływie 1 dnia od dnia powiadomienia o planowanych pracach.

4) § 4 ust. 16 – dokumentacja związana z przyłączaniem nowych abonentów

Zgodnie z tym postanowieniem, Operator zobowiązany jest przekazywać Udostępniającemu dokumentację wprowadzanych zmian w Infrastrukturze zaistniałą na skutek przeprowadzenia prac, o których mowa w § 4 ust. 9 decyzji. Skoro prace polegające na przyłączeniu nowych abonentów nie wymagają zmiany projektu wykonawczego, to nie ma konieczności przekazywania wprowadzanych zmian.

Jednocześnie mając na uwadze treść postanowienia § 4 ust. 1 projektu decyzji brak jest potrzeby przekazywania dokumentów związanych z instalacjami w lokalach abonenckich.

Mając powyższe na uwadze wnoszę, aby postanowieniu § 4 ust. 16, nadać następujące brzmienie:

*Operator przekaze każdorazowo Udostępniającemu dokumentację wprowadzanych zmian w Infrastrukturze zaistniałą na skutek przeprowadzenia prac, o których mowa w ust. 9, **za wyjątkiem prac polegających na budowie nowych elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów**, w terminie 7 dni roboczych od dnia dokonania tychże zmian.*

IV. Podsumowanie

Jak zostało wskazane powyżej, Prezes UKE przy przygotowywaniu projektu decyzji nie tylko nie uwzględnił wszystkich kryteriów wskazanych w art. 22 ust. 1 Ustawy, ale jednocześnie zastosował niczym nieuzasadnione rozwiązania, wbrew stanowisku stron (kaucja) i bez podstawy prawnej.

Przy ustaleniu opisanych wyżej procedur Organ nie wziął pod uwagę interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz potrzebę rozwoju nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej i promowania nowoczesnych usług telekomunikacyjnych. Rozwój infrastruktury i związany z nim rozwój konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego jest korzystny dla użytkowników końcowych, wymaga jednak, aby Operator mógł na dogodnych warunkach korzystać z nieruchomości, w tym aby nie ponosił zbędnych kosztów.

Jednocześnie Prezes UKE nie ustalił na jakich warunkach inni operatorzy korzystają z Nieruchomości i Budynków i nie zapewnił Wnioskodawcy warunków podobnych (niedyskryminujących).

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/

Otrzymują:

- 1) Organ,
- 2) a/a.