

Katowice, dnia 30 maja 2022 r.

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

- Wnioskodawca:** **Fiberway sp. z o.o. z siedzibą w Niepołomicach**, adres w aktach sprawy, zastępowana przez **radcę prawnego Kamilę Mizerę-Płaczek** z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych sp. p., ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice – dalej również jako **Operator**
- Uczestnik postępowania:** **Wspólnota Mieszkaniowa Nieruchomości przy ul. Młyńskiej 18**, adres w aktach sprawy – dalej również jako **Udostępniający**
- Znak sprawy:** DR.WWM.6171.242.2021

PISMO WNIOSKODAWCY

– STANOWISKO KONSULTACYJNE DOTYCZĄCE PROJEKTU DECYZJI

Działając w imieniu i na rzecz Operatora na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, którego odpis znajduje się w aktach sprawy, niniejszym przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji ustalającej warunki dostępu Operatora do części wspólnych nieruchomości położonej w Niepołomicach przy ulicy Młyńskiej 18, dla której Sąd Rejonowy w Wieliczce, VII Zamiejscowy Wydział Ksiąg Wieczystych z siedzibą w Niepołomicach prowadzi księgę wieczystą nr KR21/00003493/8 (dalej jako „**Nieruchomość**”) oraz do części wspólnych posadowionego na Nieruchomości budynku (dalej jako „**Budynek**”), należących do Udostępniającego, w celu zapewnienia telekomunikacji w tym Budynku. Operator przedstawia swoje zastrzeżenia oraz zgłasza propozycje zmian warunków dostępu określonych w projekcie decyzji. Uwzględnienie uwag Operatora umożliwi wydanie decyzji zgodnej z prawem, uwzględniającej wolę stron i zapewniającej niedyskryminujące oraz proporcjonalne warunki dostępu, zabezpieczające interesy użytkowników końcowych oraz stron.

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

Zasada określania proporcjonalnych warunków dostępu zobowiązuje Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej „**Prezes UKE**”) do wyboru środków najmniej uciążliwych dla stron, a koniecznych do realizacji celu, jakim jest zapewnienie Operatorowi dostępu do Nieruchomości i Budynku, z jednoczesnym zabezpieczeniem interesów Udostępniającego i mieszkańców Budynku. Za nieuzasadnione należy uznać określenie warunków dostępu

w sposób uciążliwy dla Operatora, w szczególności nałożenie na niego obowiązków związanych z wykorzystaniem kanalizacji kablowej posadowionej na nieruchomości (dalej jako „KK”), a należącej do osoby trzeciej, która to osoba nie brała udziału w toczącym się postępowaniu (§ 4 projektu decyzji), co może znacząco wydłużyć proces dostarczenia sygnału telekomunikacyjnego do Budynku oraz powodować, iż świadczenie usług telekomunikacyjnych w Budynku będzie nieoptymalne dla Operatora.

Prezes UKE w decyzji powinien przede wszystkim ustalić i rozstrzygnąć kwestie sporne pomiędzy Wnioskodawcą i Uczestnikiem postępowania, nie ingerując w te części dostępu, co do których spór nie zaistniał i stosując jakiegokolwiek rozwiązania alternatywne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych przepisami prawa oraz okolicznościami danej sprawy. Prymat woli stron wynika wprost z przepisu art. 22 ust. 5 i 8 oraz art. 21 ust. 2a ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, t.j. z dnia 23 marca 2022 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 884, zwanej dalej „Ustawą”. Strony mogą podpisać umowę, a w zakresie objętym porozumieniem stron, decyzja dostępowa wygaśnie.

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

W uzasadnieniu projektu decyzji Prezes UKE wskazał, iż:

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

– nie wydaje się jednak, aby projekt decyzji w aktualnym kształcie odzwierciedlał te twierdzenia.

II. Odłączanie abonentów - § 2 ust. 1 pkt 3 lit. b

Projekt stanowi o prawie Wnioskodawcy do instalowania elementów służących przyłączeniu abonentów do instalacji w Budynku. Decyzja powinna także uprawniać Wnioskodawcę wprost do wykonywania czynności związanych z odłączaniem abonentów od instalacji.

III. Przywrócenie do stanu poprzedniego - § 2 ust. 4

Zgodnie z przywołanym postanowieniem, Operator jest obowiązany – po zakończeniu prac – do przywrócenia stanu poprzedniego (z uwzględnieniem zmian związanych z realizacją Infrastruktury) niezwłocznie, nie później jednak niż 14 dni od ich zakończenia. W ocenie Operatora, termin ten jest jednak zbyt krótki - nie uwzględnia sytuacji, w której brak możliwości przywrócenia stanu poprzedniego w takim czasie wynikałby z okoliczności, na które Wnioskodawca nie ma wpływu, np. związanych z brakiem na rynku określonych

towarów bądź istniejącymi, znaczącymi trudnościami w ich dostępności. Tym samym, Operator może być narażony na zarzuty ze strony Udostępniającego związane z niedotrzymaniem ww. terminu, nawet jeśli nastąpi to z przyczyn niezależnych od niego. Konieczne jest zatem wydłużenie tego terminu do 30 dni oraz dodanie zastrzeżenia o treści *chyba że nie będzie to możliwe z przyczyn niezależnych od Operatora* - co należy zabezpieczyć interesy obu stron. Oznacza to, że § 2 ust. 4 powinien otrzymać brzmienie:

Niezwłocznie po zakończeniu prac, nie później niż 30 dni od ich zakończenia – chyba że nie będzie to możliwe z przyczyn niezależnych od Operatora – Operator zobowiązany jest do przywrócenia Budynku oraz Nieruchomości do stanu poprzedniego, z uwzględnieniem zmian związanych z wykonaniem Infrastruktury.

W celu usunięcia ewentualnych wątpliwości i mając na uwadze konfliktową postawę Uczestnika postępowania, czego wyrazem była chociażby treść pisma tego podmiotu z dnia 25 listopada 2021 r., tut. Organ powinien przybliżyć w uzasadnieniu decyzji, jak rozumieć *przywrócenie stanu poprzedniego, z uwzględnieniem zmian związanych z wykonaniem Infrastruktury*.

IV. Kwestia certyfikatów - § 2 ust. 6

Projekt decyzji powinien wskazywać, że posiadanie certyfikatów przez Operatora odnośnie do używanych urządzeń dotyczy wyłącznie tych z nich, co do których takowe certyfikaty są wydawane. W przeciwnym razie Uczestnik postępowania może domagać się od Operatora wykazywania stosownych certyfikatów także odnośnie do tych urządzeń, których nie dotyczy kwestia certyfikacji.

V. Zabezpieczenie Infrastruktury przed ingerencją osób nieuprawnionych – § 2 ust. 10

Zaproponowane brzmienie § 2 ust. 10 projektu decyzji jest nieprecyzyjne. W ocenie Operatora, nie ma potrzeby wskazywać, że zabezpieczenie Infrastruktury ma nastąpić przed ingerencją *osób nieuprawnionych*, gdyż mogą pojawić się wątpliwości co do wykładni pojęcia *osoby nieuprawnione*, zwłaszcza że pojęcie to nie zostało nigdzie zdefiniowane.

Z tego względu, wystarczające będzie nałożenie na Operatora obowiązku należytego zabezpieczenia Infrastruktury (tj. bez wskazywania, że ma to nastąpić *przed ingerencją osób nieuprawnionych*).

VI. Zastępcze usunięcie szkody – § 2 ust. 12

Omawiane postanowienie ustala sposób usuwania ewentualnych szkód, przewidując możliwość wykonania zastępczych czynności naprawczych przez Udostępniającego, o ile Operator nie usunie szkody w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia.

Po pierwsze, proponowany termin jest za krótki – często usunięcie szkody będzie wiązało się z konsultacjami, nie tylko z Udostępniającym, ale również z podmiotami trzecimi (co potwierdza choćby treść § 4 projektu decyzji). Oznacza to, że brak naprawienia szkody we wskazanym terminie może wynikać nie z braku staranności Operatora, ale z przyczyn od niego niezależnych. W takim przypadku Operator nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji związanych z brakiem usunięcia szkody w tak krótkim terminie. Termin na usunięcie szkód powinien zatem wynosić co najmniej 30 dni. Co więcej, przy proponowanym terminie powinno zostać zastrzeżone, że niekiedy z przyczyn technicznych nie będzie możliwe usunięcie szkody w tym czasie, a wówczas strony ustalą inny termin realizacji odpowiednich czynności, adekwatny do zakresu wymaganych prac. Operator wnosi o zmianę omawianego postanowienia w analogiczny sposób, jak w przypadku § 2 ust. 4.

Po drugie, możliwość zastępczego usunięcia szkody powinna odnosić się wyłącznie do udokumentowanych szkód – tak, aby Operator mógł zweryfikować, czy szkody, które nastąpiły lub zostały naprawione przez Udostępniającego, zostały wyrządzone przez Operatora lub inne osoby, za które ponosi on odpowiedzialność, a także, jakie koszty czynności naprawczych poniósł Udostępniający. W przeciwnych wypadkach, może dochodzić do nadużyć ze strony Udostępniającego.

Po trzecie, należy doprecyzować, że chodzi o szkody wyrządzone w Nieruchomości bądź Budynku, z wyłączeniem szkód na osobach, jak również na mieniu, które nie stanowi części wspólnych.

Po czwarte, odnośnie do omawianych kosztów powinien znaleźć zastosowanie ust. 14, określający sposób zwrotu kosztów.

Po piąte, brak jest wyłączenia odpowiedzialności w przypadku, gdy szkoda wynika z działań siły wyższej, postępowania Udostępniającego (lub osób, za które ponosi on odpowiedzialność) lub podmiotów trzecich. Podobne wyłączenie zostało natomiast przewidziane w stosunku do Udostępniającego w § 3 ust. 3 projektu decyzji. Należy dążyć do wyrównania poziomu ochrony interesów obu stron dostępu w projekcie decyzji.

Po szóste, Udostępniający powinien zostać zobowiązany do zachowania należytej staranności co do tego, aby koszty usunięcia szkody były jak najniższe.

Po siódme, możliwość zastępczego usunięcia szkody przez Udostępniającego powinna być uzależniona od uprzedniego wezwania Operatora – na piśmie pod rygorem nieważności – do wykonania obowiązków w tym zakresie w dodatkowym terminie oraz od bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego w takim wezwaniu.

Po ósme, nie jest jasna wykładnia pojęcia *szkody*, którym posługuje się to postanowienie. W praktyce na tym tle często dochodzi do sporów pomiędzy stronami dostępu. Należy zatem doprecyzować w szczególności to, czy obowiązek usunięcia szkody obejmuje odtworzenie

powłok tynkarskich i malarskich oraz w jakim dokładnie zakresie. Zdaniem Operatora, ten zakres prac powinien zostać wyłączony z czynności określonych jako usuwanie szkód, bowiem w innym przypadku Udostępniający będzie mógł swobodnie obciążać Operatora kosztami odnawiania tych powłok, pod pozorem usuwania szkód wyrządzonych przez Operatora np. w związku z eksploatacją Instalacji.

VII. Zwrot kosztów i wydatków - § 2 ust. 13 i 14

Zdaniem Operatora, decyzja powinna przewidywać procedurę, która umożliwi mu weryfikację dokumentów źródłowych, na podstawie których zostanie on obciążony kosztami lub wydatkami. Należy również określić, w jaki sposób Operator może przeciwstawić się niezasadnie nałożonemu przez Uczestnika postępowania obowiązkowi zapłaty należności.

W związku z budową sieci FTTH w zakresie kosztów energii elektrycznej można jedynie rozważać zużycie energii na potrzeby prac budowlanych lub instalacyjnych. Należy wyraźnie określić, jak w takim przypadku ma dojść do zwrotu kosztów. Oczywiście, nie można przy tych wykluczyć posłużenia się przez Wnioskodawcę własnymi źródłami prądu.

Omawiane postanowienie wymaga także doprecyzowania z tej przyczyny, że niezasadnie nie chroni Operatora przed obciążeniem go przez Uczestnika postępowania kosztami zatrudnienia pracowników/przedstawiciela Uczestnika postępowania, wykonującymi czynności refakturowania czy dokonującymi uzgodnień z Operatorem.

VIII. Informowanie o przypadkach naruszenia integralności sieci, awariach i zaplanowanych pracach oddziałujących na Infrastrukturę – § 3 ust. 2

Zgodnie z treścią § 3 ust. 2 pkt 1 projektu decyzji, obowiązkiem Udostępniającego jest niezwłoczne (w ciągu 24 godzin od powzięcia informacji o wydarzeniach) poinformowanie Operatora o przypadkach naruszenia integralności Infrastruktury przez osoby nieuprawnione oraz awariach mogących mieć wpływ na Infrastrukturę. Udostępniający ma także informować Operatora o wszelkich **zaplanowanych** pracach inwestycyjnych lub remontowych, mogących mieć wpływ na Infrastrukturę, na co najmniej 7 dni przed terminem ich planowanego rozpoczęcia (§ 3 ust. 2 pkt 2 projektu decyzji).

Zdaniem Wnioskodawcy, termin określony w § 3 ust. 2 pkt 1 jest zbyt długi, biorąc pod uwagę skutki dla użytkowników końcowych związane z naruszeniem integralności tych elementów – w przypadku naruszenia integralności Infrastruktury bądź wystąpienia awarii, prawdopodobnie nastąpią utrudnienia związane z dostępem do usług telekomunikacyjnych lub całkowity brak dostępu do tych usług. Konieczne jest zatem jak najszybsze podjęcie przez Operatora czynności, które by pomogły ustalić sprawców naruszenia i jego skutki bądź przywrócić zwykłe funkcjonowanie Infrastruktury (tj. wznowić świadczenie usług telekomunikacyjnych).

W ocenie Operatora, **termin ten powinien być skrócony maksymalnie do 2 godzin od chwili dowiedzenia się o tych wydarzeniach przez Udostępniającego**. Warto przy tym podkreślić, że skoro termin ten nie jest liczony od chwili zdarzenia, lecz od chwili powzięcia informacji przez Udostępniającego, termin 2 godzin powinien być wystarczający dla Udostępniającego na skontaktowanie się z Operatorem (choćby wysyłkę „alarmowej” wiadomości e-mail) i nie może zostać uznany za zbyt uciążliwy – zwłaszcza, że w praktyce powiadomienie to będzie następowało telefonicznie czy za pośrednictwem poczty e-mail. Termin 24 godzin nie zapewnia Operatorowi możliwości zareagowania w odpowiednim czasie i jednocześnie pozwala Udostępniającemu niepotrzebnie zwlekać z zawiadomieniem Operatora o powstałej sytuacji, co naraża Operatora na szkody.

Proponowana zmiana pozwoli na zabezpieczenie nie tylko interesów Operatora, ale przede wszystkim użytkowników końcowych, którzy będą zainteresowani świadczonymi przez niego usługami. Nie istnieją racjonalne powody, aby Udostępniający – pomimo powzięcia wiedzy w przedmiocie naruszenia integralności Infrastruktury czy jej awarii – miał nie informować o tym Operatora najszybciej, jak to możliwe.

Dodatkowo, w ocenie Operatora, zbędne jest zastrzeżenie, aby Udostępniający informował Operatora tylko o przypadkach naruszenia integralności Infrastruktury przez *osoby nieuprawnione*. Pojęcie to jest zbyt ogólne – nie do końca wiadomo, co należy przez nie rozumieć. Może ono wprowadzać w błąd co do ustalenia czy w danym przypadku Udostępniający ma obowiązek powiadomienia Operatora o zaistniałej sytuacji czy też nie – Udostępniający może mieć problem z ustaleniem, kim jest *osoba nieuprawniona* i w jaki sposób doszło do naruszenia integralności Infrastruktury. Tym samym, Udostępniający powinien informować Operatora o wszelkich przypadkach naruszenia integralności Infrastruktury, bez rozróżnienia w jaki sposób i przez kogo doszło do naruszenia.

Stanowczo nieprawidłowy jest termin, w którym Uczestnik postępowania ma informować Operatora o zaplanowanych pracach, oddziałujących na Infrastrukturę. W przypadku przewidzianych/zaplanowanych inwestycji, Udostępniający może bez żadnych uciążliwości zawiadomić Operatora z co najmniej 21-dniowym wyprzedzeniem o tym, że będzie wykonywał prace mogące wpływać na Infrastrukturę, zwłaszcza, że o swoich zamierzeniach zapewne będzie informował mieszkańców Budynku z większym wyprzedzeniem niż 7 dni. W przypadku terminu 7-dniowego w większości przypadków Operator nie będzie w stanie przygotować się do zamierzonych przez Uczestnika postępowania czynności w taki sposób, aby zapewnić w Budynku ciągłość świadczonych przez siebie usług. Za każdą przerwę w działaniu usługi Operator ponosi zaś odpowiedzialność wobec użytkowników końcowych.

IX. Obowiązki informacyjne względem Udostępniającego – § 3 ust. 4 i 5

Omawiany obowiązek powinien zostać doprecyzowany, gdyż został nałożony w zbyt szerokim zakresie. W aktualnym kształcie Udostępniający może żądać od Operatora dowolnych informacji, w tym objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Operatora, tajemnicą telekomunikacyjną czy ochroną danych osobowych. Brak jest przy tym uzasadnienia do tego, aby Operator miał przekazywać Udostępniającemu informacje na temat zapewnianego przez siebie dostępu telekomunikacyjnego, w tym przypadkach rozporządzenia własną infrastrukturą telekomunikacyjną. W szczególności omawiane postanowienie powinno zostać sformułowane w taki sposób, aby nie dawało Uczestnikowi postępowania żadnych podstaw do domagania się od Operatora wskazania lokali, w których świadczone są usługi bądź jeszcze bardziej szczegółowych informacji w zakresie zawartych umów abonenckich.

X. Postanowienia dotyczące wykorzystania infrastruktury technicznej – § 4 decyzji

W § 4 projektu decyzji, zatytułowanym *Wykorzystanie infrastruktury technicznej*, znajdują się postanowienia dotyczące umieszczenia okablowania w kanalizacji telekomunikacyjnej Budynku (dalej jako „KTB”) oraz dotyczące umieszczenia linii kablowych, stanowiących przyłącza telekomunikacyjne, w KK. Regulacja ta przewiduje także przypadki, w których możliwa będzie realizacja własnej kanalizacji - ma ona jednak charakter warunkowy, co wynika wprost z § 4 ust. 1 pkt 2 oraz § 4 ust. 2 pkt 2 projektu decyzji. Ogólnie rzecz ujmując, ma to miejsce w sytuacji, gdy w Budynku nie ma KTB / na Nieruchomości brak jest KK bądź uzyskanie dostępu do istniejącej KK lub KTB – należącej do Udostępniającego lub innego podmiotu – stanowi trudną do ominięcia przeszkodę (zdefiniowaną w ust. 4 omawianego paragrafu, w zamkniętym katalogu). W przypadku, w którym KK lub KTB nie należałyby do Udostępniającego, konieczne jest zawarcie odrębnej umowy bądź uzyskanie decyzji administracyjnej w tym zakresie (§ 4 ust. 3 projektu decyzji).

W ocenie Operatora nie istnieją żadne powody, które przemawiałyby za nałożeniem na Operatora obowiązku skorzystania z KTB lub KK należącej do Udostępniającego lub innego podmiotu – zwłaszcza w przypadku, gdy KK lub KTB należy do osoby trzeciej, niebędącej stroną postępowania prowadzonego przez Prezesa UKE. Nadto, skoro Prezes UKE ustalił, że w Budynku nie znajduje się sieć telekomunikacyjna odpowiadająca zapotrzebowaniu Operatora, nie będzie miał on możliwości wykorzystania istniejącej KTB/KK – z ustalenia tego jednoznacznie wynika, że nie istnieje KTB/KK, z której Operator mógłby skorzystać. Z tego względu, regulacja zawarta w § 4 projektu decyzji jest w całości zbędna.

Postanowienia § 4 są sprzeczne z celem Ustawy, która miała ułatwić i przyspieszyć realizację sieci telekomunikacyjnych – zwłaszcza w zakresie, w jakim postanowienia te odwołują się do obowiązku zwrócenia się do podmiotu trzeciego (innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, który nie był stroną postępowania, dotyczącego uzyskania dostępu do Nieruchomości

i Budynku) z wnioskiem o możliwość wykorzystania należącej do niego infrastruktury. **Decyzja wydawana na podstawie art. 30 Ustawy powinna regulować wyłącznie stosunki między Udostępniającym a Wnioskodawcą.** Nie może ona zatem odnosić się do działań osób trzecich, niebędących stronami postępowania (podmiotów, do których nie została skierowana decyzja) i *de facto* uzależniać realizacji Infrastruktury od braku zgody bądź nieporozumienia się z innym przedsiębiorcą. Nadto, w sprawie nie ustalono, czy na Nieruchomości i w Budynku istnieje odpowiednio KK lub KTB (inne niż obejmujące sieć telekomunikacyjną, bowiem takowej brak jest na Nieruchomości i w Budynku), z której Operator mógłby skorzystać – projekt decyzji dotyczy natomiast konkretnego stanu faktycznego, zaistniałego w danej sprawie (konkretnej Nieruchomości i Budynku).

Zgodnie z projektem decyzji, dostęp do Nieruchomości i Budynku będzie polegał m.in. na możliwości budowy infrastruktury (instalacji) wewnątrzbudynkowej przez Operatora. Skoro kanalizacja kablowa jest jednym z elementów infrastruktury telekomunikacyjnej, Operator powinien mieć **bezwarunkową możliwość realizacji całej infrastruktury, a nie tylko poszczególnych jej elementów.** Stosownie do treści art. 2 pkt 8a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 576 wraz z późn. zm., dalej „UstPT”), instalacja telekomunikacyjna budynku to:

elementy infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności kable i przewody wraz z osprzętem instalacyjnym i urządzeniami telekomunikacyjnymi, począwszy od punktu połączenia z publiczną siecią telekomunikacyjną (przełącznica kablowa) lub od urządzenia systemu radiowego do gniazda abonenckiego.

Przez *osprzęt* należy m.in. rozumieć KTB, która pozwala na umieszczenie w niej kabli i przewodów. KTB jest więc jednym z elementów instalacji wewnątrzbudynkowej, o której mowa w art. 30 Ustawy.

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

Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku realizacji przyłącza – propozycja zamieszczona w projekcie decyzji jest sprzeczna z definicją legalną przyłącza. Zgodnie z art. 2 pkt 27b UstPT, przyłącze telekomunikacyjne to:

- a) odcinek linii kablowej podziemnej, linii kablowej nadziemnej lub **kanalizacji kablowej**, zawarty między złączem rozgałęźnym a zakończeniem tych linii lub kanalizacji w obiekcie budowlanym,
 - b) system bezprzewodowy łączący instalację wewnętrzną obiektu budowlanego z węzłem publicznej sieci telekomunikacyjnej
- umożliwiający korzystanie w obiekcie budowlanym z publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych.

Również z § 3 pkt 11 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane i ich usytuowanie (Dz. U. z 2005 r., Nr 219, poz. 1864 wraz z późn. zm.) wynika, że przyłącze telekomunikacyjne do budynku to:

*odcinek linii kablowej podziemnej, linii kablowej nadziemnej lub **kanalizacji kablowej**, zawarty między złączem rozgałęźnym a zakończeniem tych linii lub kanalizacji w budynku.*

Z przywołanych definicji wynika zatem, że przyłącze telekomunikacyjne stanowi nie tylko linię kablową, ale także odcinek kanalizacji kablowej. Z kolei art. 30 ust. 1 pkt 2 Ustawy wskazuje, że dostęp do nieruchomości i budynku może polegać także na *umożliwieniu doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku*. Możliwość realizacji własnego przyłącza **nie była i nadal nie jest uwarunkowana spełnieniem żadnych dodatkowych przesłanek**, co podkreślił również Prezes UKE w treści projektu decyzji, w którym wskazał, że:

*W aktualnym stanie prawnym na Udostępniającym ciąży obowiązek zapewnienia Dostępu w zakresie umożliwienia doprowadzenia przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku bez konieczności badania, czy jest możliwe wykorzystanie istniejących przyłączy telekomunikacyjnych doprowadzonych do budynku (art. 30 ust. 1 pkt 2 ustawy o wspieraniu rozwoju). W konsekwencji **Prezes UKE zobowiązany był uwzględnić Wniosek w tym zakresie**.*

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

W ocenie Wnioskodawcy, zaproponowane przez Prezesa UKE postanowienie projektu decyzji jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Z art. 30 Ustawy nie wynika, aby celem ustawodawcy było zawężenie definicji przyłącza określonej w UstPT, wyłącznie do linii kablowej. Przywołany przepis nie uprawnia Prezesa UKE także do nałożenia na Operatora obowiązku skorzystania z KTB należącej do Udostępniającego, jeśli Prezes UKE zapewnił Operatorowi możliwość realizacji własnej sieci wewnątrzbudynkowej. Z tego względu, wskazanie w treści projektu decyzji, że postanowienia określone w § 4 projektu decyzji, służą *jak najefektywniejszemu wykorzystaniu istniejącej infrastruktury technicznej*, nie jest prawidłowe. Podjęte przez Prezesa UKE działania nie mogą w tym względzie naruszać zasady proporcjonalności oraz pozostałych przepisów prawa, w tym zawartych w UstPT i Ustawie.

Wątpliwości budzi także to, czy nałożenie przez Prezesa UKE obowiązku wykorzystania KTB lub KK należącej do podmiotu, który nie brał udziału w postępowaniu w przedmiocie wydania decyzji – *innego podmiotu* – stanowi realizację normy wynikającej z art. 30 ust. 5 pkt 3 Ustawy. *Inny podmiot* w rozumieniu projektu decyzji to taki, który został wskazany przez Udostępniającego, zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1 projektu decyzji, bądź deklaruje świadczenie usług zgodnie z danymi ujawnionymi w SIIS. Na Operatora nie powinien być nakładany obowiązek wykorzystania KK należącej do Udostępniającego, zwłaszcza jeżeli utrudniałoby to połączenie z pozostałą częścią sieci Operatora, znajdującą się poza Nieruchomością.

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

Z powyższych względów, obecne brzmienie § 4 projektu decyzji **może prowadzić do znacznego wydłużenia okresu realizacji całej infrastruktury wewnątrzbudynkowej oraz przyłącza** (a więc rozpoczęcia świadczenia usług telekomunikacyjnych), nawet o kilka miesięcy. Zgodnie z obecnym brzmieniem projektu decyzji, Prezes UKE nakłada na Operatora obowiązek, aby – mimo uzyskania na podstawie decyzji dostępowej dostępu do danej Nieruchomości i Budynku, porozumiał się on z podmiotem, który nie brał udziału w postępowaniu. Konieczne będzie zatem zwrócenie się o udostępnienie KK czy KTB, znajdującej się odpowiednio na Nieruchomości i w Budynku, do podmiotu trzeciego – często konkurenta Operatora, w interesie którego nie będzie leżało zapewnienie dostępu Operatorowi do własnej infrastruktury. Znacznie wydłuży to proces realizacji uprawnień Operatora wynikających z decyzji dostępowej, a tym samym opóźni rozpoczęcie świadczenia przez niego usług telekomunikacyjnych na rzecz użytkowników końcowych. Wydanie decyzji dostępowej powinno natomiast proces ten przyspieszyć.

Operator – mimo uzyskania dostępu do Nieruchomości i Budynku na podstawie decyzji – w praktyce nie będzie mógł zrealizować przyłącza ani okablowania, a więc świadczyć usług w Budynku, przez co najmniej 60 dni¹. Tym samym, Wnioskodawca, mimo posiadania tytułu prawnego do Nieruchomości i Budynku, w dalszym ciągu nie będzie mógł świadczyć usług telekomunikacyjnych na rzecz mieszkańców Budynku. Podjęcie przez niego jakichkolwiek

¹ Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 2 w zw. z § 4 ust. 4 pkt 2 lit. b projektu decyzji, Operator może zrealizować własną KK/KTB w przypadku, gdy w posiadacz KK/KTB nie zawrze z Operatorem umowy dotyczącej udostępnienia KTB/KK w terminie 60 dni. Należy doliczyć do tego jeszcze czas realizacji samych robót budowlanych.

działań związanych z realizacją infrastruktury (w tym przyłącza), będzie zależało od uzyskania zgody podmiotu trzeciego i zawarcia z nim odrębnego porozumienia w tym zakresie.

Powyższe jest zatem sprzeczne z wykładnią celowościową przepisów Ustawy, a zwłaszcza art. 30 Ustawy, której – jak już wskazano wyżej – celem jest ułatwienie przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym przyspieszenie rozpoczęcia świadczenia tych usług i zapewnienie jak największej liczbie użytkowników końcowych możliwości korzystania z nowoczesnych usług telekomunikacyjnych. **Podważa to funkcje, jakie ma pełnić decyzja dostępowa.** Czas realizacji przez Operatora wynikających z niej uprawnień jest uzależniony nie tylko od współpracy stron niniejszego postępowania, ale również od działań podejmowanych przez osoby trzecie – konkurentów na rynku usług telekomunikacyjnych, którym będzie zależało na tym, aby możliwie opóźnić świadczenie usług przez Operatora, a wręcz celowe dla nich będzie opóźnianie uzyskania tego dostępu, tak aby przez pewien czas byli oni jedynymi przedsiębiorcami świadczącymi usługi w Budynku.

Z brzmienia projektu decyzji wynika, że prawo do realizacji własnej KK/KTB będzie przysługiwało Operatorowi tylko wtedy, gdy oba alternatywne warunki zostaną spełnione – tj. brak jest KK/KTB odpowiednio na Nieruchomości i w Budynku, a w przypadku, gdy jest ona tam umieszczona – dostęp do niej stanowi trudną do ominięcia przeszkodę. Z tego względu, postanowienia nakazujące Operatorowi umieszczenie okablowania w KK/KTB należącej do Udostępniającego lub innego podmiotu, **powinny zostać w całości wykreślone** – przynajmniej w zakresie nałożenia na Operatora obowiązku uzyskiwania dostępu do kanalizacji należącej do innego podmiotu niż Udostępniający, prowadzącego do wydłużenia procesu świadczenia usług użytkownikom końcowym. Obowiązek ten jest bowiem zbyt daleko idący, nieproporcjonalny i może przyczynić się do opóźnienia realizacji praw i obowiązków wynikających z decyzji.

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

- 1) *na podstawie informacji zebranych na zasadach określonych w § 5 ust. 4 Operator ustali, że KK lub KTB, do której tytuł prawny przysługiwało Operatorowi lub Udostępniającemu, jest niedostępna,*
- 2) *pomimo wystąpienia do innego podmiotu, który został wskazany przez Udostępniającego zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1 lub deklaruje świadczenie usług w Budynkach zgodnie z aktualnymi danymi ujawnionymi w SIIŚ z wnioskiem o udostępnienie KK lub KTB na potrzeby realizacji niniejszej decyzji:*
 - a) *adresat wniosku w sposób wyraźny odmówił jej udostępnienia lub*
 - b) *w terminie 60 dni od dnia złożenia przez Operatora wniosku o jej udostępnienie umowa w tym zakresie nie została zawarta,*

3) stan prawny KK lub KTB jest przedmiotem sporu lub nie można go jednoznacznie ustalić w oparciu o oświadczenia:

- a) Udostępniającego, złożone zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1,
- b) podmiotów wskazanych przez Udostępniającego zgodnie z § 5 ust. 4 pkt 1 oraz
- c) podmiotów deklarujących świadczenie usług w Budynku zgodnie z aktualnymi danymi ujawnionymi w SIIS

bądź w związku z nieudzieleniem Operatorowi odpowiedzi przez te podmioty.

Wnioskodawca zdaje sobie sprawę z tego, że we wskazanym powyżej pkt 1 i 2 uregulowano inaczej przypadki *trudnej do ominięcia przeszkody*, odnoszące się do Udostępniającego i podmiotu trzeciego, do którego należy KK/KTB. Nie ma to jednak wpływu na fakt, iż **przywołane postanowienie projektu decyzji może budzić wątpliwości, zwłaszcza co do rozumienia pojęcia niedostępności.**

Treść postanowienia sugeruje, że *niedostępność* KK/KTB, o której mowa w odniesieniu do Udostępniającego oraz *odmowa udostępnienia* KK/KTB, która dotyczy podmiotu innego niż Udostępniający, to dwa odrębne pojęcia, przy czym ich znaczenie nie zostało nigdzie dookreślone, w szczególności uzasadnienie projektu decyzji nie odnosi się do znaczenia obu pojęć. Wydaje się jednak, że przez pojęcie *niedostępności* należałoby rozumieć wszelkie sytuacje, w których współkorzystanie z KK/KTB należącej do Udostępniającego byłoby niemożliwe lub nadmiernie utrudnione na skutek przejściowych lub trwałych przeszkód (np. w przypadku złego stanu technicznego KK/KTB) – niezależnie czy byłyby one zawinione przez Udostępniającego czy też nie.

W ocenie Operatora, pojęcie *niedostępności* użyte w § 4 projektu decyzji, powinno być rozumiane analogicznie, jak pojęcie niedostępności instalacji, określone w art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b w zw. z art. 30 ust. 1a pkt 1-3 Ustawy. Zgodnie z powyższą regulacją, **warunek niedostępności** instalacji jest spełniony w szczególności gdy:

- 1) właściciel instalacji telekomunikacyjnej budynku nie podejmuje negocjacji z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym w sprawie dostępu do tej instalacji;
- 2) właściciel instalacji telekomunikacyjnej budynku odmawia przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostępu do tej instalacji;
- 3) oferowane warunki dostępu do instalacji są dyskryminujące lub uniemożliwiają przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych [...].

W przypadku przesłanek odnoszących się do podmiotu innego niż Udostępniający, określone one zostały znacznie węższy sposób, co nie ma żadnego uzasadnienia.

Po pierwsze, niezależnie od tego, że Operator kwestionuje zasadność nakładania na niego obowiązku uzyskania dostępu do istniejącej KK/KTB, zwłaszcza należącej do podmiotu innego

niż Udostępniający, w jego ocenie, wskazane w § 4 ust. 4 pkt 2 projektu decyzji przypadki odmowy udostępnienia KK/KTB przez podmiot trzeci oraz brak zawarcia umowy w terminie 60 dni, powinny zostać ujęte jako przykłady *niedostępności* KK należącej do podmiotu trzeciego. Nadto, sytuacja, w której **Udostępniający nie poinformuje Operatora o okolicznościach wskazanych w § 5 ust. 4 pkt 1 projektu decyzji** (tj. o tym, komu – według wiedzy Udostępniającego – przysługuje tytuł prawny do KK/KTB znajdującej się na Nieruchomości), powinna również zostać wskazana jako jeden z przykładów *niedostępności* KK/KTB.

Wątpliwości budzi także zaznaczenie, że odmowa udostępnienia KK/KTB przez podmiot inny niż Udostępniający musi być *wyraźna*. Istnieje ryzyko, że jeśli oświadczenie tego podmiotu będzie zbyt ogólne, Operator będzie musiał czekać z realizacją własnej KK/KTB (a zatem i całej infrastruktury, w tym przyłącza) do czasu, aż upłynie 60-dniowy termin. Jak już wcześniej podkreślano, wniosek będzie kierowany do konkurenta, któremu może zależeć na opóźnieniu świadczenia usług przez Operatora – istnieje ryzyko, że będzie on opóźniał świadczenie usług przez Operatora *w majestacie prawa*. Wprowadzony termin na zawarcie umowy (60 dni) pomiędzy podmiotem innym niż Udostępniający a Operatorem, jest stanowczo za długi. Stosownie do treści art. 30 ust. 5 pkt 1 Ustawy, termin na zawarcie umowy zapewniającej dostęp do nieruchomości i budynku wynosi 30 dni. Taki sam czas na zawarcie umowy został przewidziany choćby w art. 139 ust. 2 UstPT, który reguluje przypadki zawarcia umowy o współkorzystanie z sieci.

Powinno nastąpić skrócenie terminu na zawarcie umowy z podmiotem trzecim do maksymalnie 30 dni.

Termin 60-dniowy może mieć co do zasady oparcie w art. 21 ust. 2 Ustawy wyłącznie co do KK. Operator zdaje sobie sprawę z tego, że w art. 19 ust. 5 Ustawy określono 60-dniowy termin na zawarcie umowy, jednakże – ze względu na szczególne okoliczności związane z uzyskaniem przez Operatora dostępu do Nieruchomości i Budynku w trybie art. 30 Ustawy – termin ten, na potrzeby realizacji decyzji, powinien ulec skróceniu do 30 dni. Projekt decyzji reguluje warunki dostępu do określonego Budynku i Nieruchomości w zakresie stosunków prawnych pomiędzy Operatorem a Udostępniającym, a nie pomiędzy Operatorem i innym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Wspomniane art. 19 ust. 5 Ustawy i art. 21 ust. 2 Ustawy odnoszą się natomiast do ustanowienia terminu, po upływie którego Operator mógłby żądać wydania przez Prezesa UKE decyzji określającej warunki dostępu do infrastruktury innego operatora i zastępującej umowę pomiędzy nimi. **W projekcie decyzji jest więc możliwe wskazanie krótszego terminu niż 60 dni.**

Z tego względu, stanowisko Prezesa UKE, zgodnie z którym:

mając na względzie tę wytyczną, w § 4 oraz § 6 ust. 3 sentencji decyzji Prezes UKE określił przesłanki, które muszą być spełnione, by Operator mógł wykonać KK lub KTB. Przyjęte rozwiązanie sprzyja efektywnemu wykorzystaniu istniejącej na Nieruchomości i w Budynkach KK (...).

– jest nieprawidłowe.

Przyjęcie przez Prezesa UKE rozwiązań mających sprzyjać *efektywnemu wykorzystaniu istniejącej infrastruktury*, nie może być uciążliwe dla stron i ograniczać innych praw Wnioskodawcy, wynikających wprost z pozostałych postanowień art. 30 Ustawy, w szczególności opóźnić rozpoczęcia świadczenia usług i wykonywania innych praw oraz obowiązków wynikających z decyzji.

Ponadto, Prezes UKE nie uwzględnił, iż w przypadku uzyskania dostępu do KK/KTB należącej do podmiotu innego niż Udostępniający, Operator będzie obowiązany uiszczać opłaty związane z uzyskaniem dostępu do tej KK/KTB, **co stanowi zaprzeczenie idei bezpłatnego dostępu do Nieruchomości i Budynku, wyrażonej wprost w art. 30 ust. 3a Ustawy.** Przypomnieć należy, że art. 30 Ustawy gwarantuje bezpłatne wykonanie instalacji wewnątrzbudynkowej oraz doprowadzenie przyłącza aż do punktu styku. W skrajnych sytuacjach może okazać się, że opłaty żądane przez podmiot trzeci będą na tyle wysokie, że cała inwestycja stanie się nieopłacalna dla Operatora.

Podsumowując, Operator wnioskuje o całkowite usunięcie § 4 projektu decyzji. Natomiast, jeśli Prezes UKE uzna to za nieuzasadnione i zbyt daleko idące, Operator wnosi o usunięcie z § 4 projektu decyzji obowiązku wykorzystania przez Operatora KK/KTB należącej do innego podmiotu niż Udostępniający, gdyż opóźni to rozpoczęcie świadczenia usług przez Operatora. W innym przypadku, konieczne jest wprowadzenie definicji *niedostępności* zgodnej z wytycznymi wskazanymi przez Operatora, a w szczególności uznanie za *trudną do ominięcia przeszkodę* sytuacji, gdy warunki współkorzystania z KK/KTB okażą się dyskryminujące dla Operatora lub nie pozwolą mu na świadczenie usług na konkurencyjnych warunkach, w tym jakościowych i cenowych. Skróceniu powinien także ulec termin wskazany w § 4 ust. 4 pkt 2 lit. b projektu decyzji z 60 dni do najwyżej 30 dni.

W razie uwzględnienia postulatów Operatora, usunięciu bądź odpowiedniej modyfikacji powinny ulec także inne postanowienia projektu decyzji w zakresie dotyczącym wykorzystania KK/KTB, w tym należącej do podmiotu innego niż Udostępniający – np. § 5 ust. 2 bądź § 6 ust. 4 projektu decyzji.

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

XI. Obowiązek przedstawienia Udostępniającemu dokumentów świadczących o braku możliwości skorzystania z KK/KTB należącej do innego podmiotu niż Udostępniający – § 5 ust. 2

Niezależnie od zastrzeżeń i uwag wskazanych powyżej, zdaniem Operatora, postanowienia projektu decyzji dotyczące obowiązku przedkładania Udostępniającemu dokumentacji potwierdzającej istnienie *trudnej do ominięcia przeszkody*, świadczącej o braku możliwości skorzystania z istniejącej KK/KTB, będą utrudniały realizację postanowień decyzji. Wystarczające w tym zakresie byłoby **powołanie się przez Operatora na zaistnienie takich okoliczności wraz ze wskazaniem faktów, z których one wynikają**. Z uwagi na to, że Operator (i) będzie pozostawał w stałym kontakcie z Udostępniającym (a przedłożony przez niego projekt realizacji przyłącza z ostrożności powinien przewidywać alternatywne wykonanie KK/KTB) oraz (ii) ze względu na konieczność uzgodnienia projektu (§ 5 ust. 3 i nast. projektu decyzji), Udostępniający będzie na bieżąco informowany o przebiegu negocjacji z innym podmiotem, do którego należy KK/KTB.

Wnioskodawca zdaje sobie sprawę z konieczności zapewnienia Udostępniającemu możliwości zbadania przesłanek świadczących o istnieniu *trudnej do ominięcia przeszkody*, uniemożliwiającej wykorzystanie KK/KTB należącej do innego podmiotu (w przypadku braku uwzględnienia wniosku o wykreślenie § 4). Wobec tego Operator proponuje, aby omawiana część projektu decyzji uzyskała brzmienie:

ust. 2. Jeżeli ze względu na brak możliwości skorzystania z KK lub KTB do której Udostępniającemu nie przysługuje tytuł prawny, Operator zamierza wykonać KK lub KTB, to przekazując Udostępniającemu Projekt do uzgodnienia, Operator jest obowiązany wskazać przyczyny potwierdzające spełnienie przesłanek, o których mowa w § 4 ust. 3, wraz z powołaniem się na konkretne okoliczności.

ust. 2a. W sytuacji, gdy Udostępniający poweźmie wątpliwości co do spełnienia przesłanek, o których mowa w § 4 ust. 3, Udostępniający może wezwać Operatora do przedstawienia dokumentów potwierdzających zaistnienie okoliczności wskazanych przez Operatora. Operator jest obowiązany niezwłocznie okazać Udostępniającemu te dokumenty, chyba że nie jest to możliwe. W takim przypadku Operator jest obowiązany poinformować Udostępniającego o przyczynach braku takiej możliwości.

Takie brzmienie decyzji przyspieszy jej realizację i jednocześnie zapewni poszanowanie interesów Udostępniającego, który – w razie wątpliwości – będzie mógł żądać od Operatora przedstawienia stosownych dokumentów.

XII. Termin akceptacji projektu - § 5 ust. 5

W ocenie Wnioskodawcy, termin, w którym Udostępniający ma wyrazić swoje stanowisko odnośnie do projektu, powinien być nie dłuższy niż 21 dni. Aktualnie termin ten wynosi 30 dni. Bez upływu tego terminu, jeśli Uczestnik postępowania nie wyrazi swojego stanowiska wobec projektu, Wnioskodawca nie będzie mógł wykonać prac na Nieruchomości i w Budynku.

XIII. Sposób zabezpieczenia roszczeń (kaucja) - § 6 ust. 2 i 6 oraz § 7 ust. 2 i 4

W projekcie decyzji dostępowej Prezes UKE, jako środek zabezpieczenia interesów Udostępniającego (w razie wystąpienia ewentualnych szkód wynikających z wykonywania praw i obowiązków przez Operatora, wynikających z decyzji dostępowej), zaproponował wpłatę kaucji. W ocenie Operatora, wystarczające zabezpieczenie wykonywanej inwestycji stanowiłoby przedstawienie przez niego **posiadanej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej (polisy OC)**.

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

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

Zabezpieczenie ewentualnych roszczeń obowiązkiem posiadania polisy zamiast kaucją jest korzystniejsze, zarówno dla Uczestnika, mieszkańców Budynków, jak i Operatora z następujących względów:

- ❖ kaucja zabezpiecza naprawę szkód wyłącznie do kwoty jej wysokości (4.000,00 zł lub 1.000,00 zł), natomiast posiadanie polisy zapewnia możliwość uzyskania odszkodowania w rzeczywistej wysokości szkody (praktycznie niemożliwe jest powstanie szkody przewyższającej wysokość ubezpieczenia objętego wyżej wskazaną polisą);
- ❖ wniesienie kaucji czasowo pozbawia Operatora znacznych środków finansowych, które mógłby przeznaczyć na rozbudowę swojej sieci i świadczenie usług użytkownikom końcowym;
- ❖ wypłata niezbędnego odszkodowania przez ubezpieczyciela umożliwia szybkie, sprawne i całkowite naprawienie szkody;
- ❖ zabezpieczenie umowy polisą jest mniej kosztowne, nie rodzi dodatkowych obowiązków fiskalnych po stronie żadnej ze stron oraz znacząco usprawnia i przyspiesza realizację elementów Infrastruktury przez Operatora.

Mając powyższe na uwadze, Operator proponuje rezygnację z kaucji na poczet obowiązku posiadania polisy OC. Jest to tym bardziej zasadne, że w projektach kilku decyzji dostępowych, przykładowo o numerze DHRT.WWM.6171.151.2017 oraz DHRT.WWM.6171.162.2018,

udostępnionych na stronie BIP UKE², w § 4 pkt 9 i nast. przywołanych decyzji, Prezes UKE pozwolił stronom na wybór zabezpieczenia pomiędzy zapłatą kaucji a przedłożeniem polisy ubezpieczeniowej. Nie ma znaczenia, że ww. decyzje dotyczyły realizacji infrastruktury w budynkach deweloperskich, tj. jeszcze przed oddaniem budynków do użytkowania. To, czy wobec danego budynku wydano decyzję pozwalającą na jego użytkowanie, jest nieistotne z punktu widzenia konieczności należytego zabezpieczenia wystąpienia ewentualnych szkód.

Abstrahując od zaproponowanego przez Operatora sposobu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń, wskazać należy, iż **wysokość kaucji określonej w projekcie decyzji jest nazbyt wygórowana**, jak na wykonywanie przez Operatora uprawnień związanych z wykonaniem instalacji telekomunikacyjnej i przyłącza telekomunikacyjnego do Budynku (4.000zł) oraz, jak na wymianę okablowania i pozostałych elementów Infrastruktury (1.000 zł). Zdaniem Operatora, maksymalna wysokość kaucji powinna wynosić odpowiednio 1.000 zł i 500 zł. Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, zabezpieczenie decyzji kaucją określoną w konsultowanym projekcie (rodzaj zabezpieczenia i wysokość kaucji) jest środkiem nieproporcjonalnym i dyskryminującym Operatora. Prezes UKE podczas ustalania warunków dostępu do Nieruchomości i Budynku powinien brać pod uwagę zasadę proporcjonalności i niedyskryminacji. Ma on obowiązek zapewnić stronom równe warunki dostępu.

Z tego powodu, w przypadku nieuznania słuszności argumentacji Operatora co do możliwości zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Udostępniającego przedłożeniem polisy ubezpieczeniowej, Operator wnosi przynajmniej o określenie kaucji w wysokości nieprzekraczającej odpowiednio 1.000 zł (§ 6 ust. 2 projektu decyzji) i 500 zł (§ 7 ust. 2 projektu decyzji).

W razie nieuwzględnienia postulatów dotyczących zastąpienia kaucji zabezpieczeniem w postaci polisy OC, Operator wnosi o to, aby postanowienia dotyczące wniesienia i zwrotu kaucji były umieszczone **w jednym miejscu**, tj. następowały po sobie (obecnie są one „rozdzielone” przez postanowienia dotyczące innych kwestii, co sprawia, że postanowienia projektu decyzji nie są przejrzyste).

XIV. Dokumentacja powykonawcza - § 6 ust. 4 i § 7 ust. 3

W celu usunięcia ewentualnych sporów, należy wprost wskazać w decyzji, jak rozumieć pojęcie *dokumentacji powykonawczej*, użyte w tym postanowieniu.

² Źródło: <https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-prezesa-uke-dla-skynet-sp-z-o-o-,402.html> oraz <https://bip.uke.gov.pl/konsultacje-i-wyniki-konsultacji/konsultacje-projektu-decyzji-prezesa-uke-dla-naszasiec-net-krakow-damian-murzynowski,889.html> [dostęp w dniu 30 maja 2022 r.]

XV. Pozostałe kwestie związane z punktem styku

Zgodnie z zapisem zawartym w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 projektu decyzji, Operator ma prawo do wykonania instalacji telekomunikacyjnej – pomiędzy punktem styku w Budynku a lokalami Abonentów oraz wykonania przyłącza telekomunikacyjnego aż do punktu styku. Tym samym, należałoby przyjąć, że Operator może korzystać z istniejącego punktu styku bądź go wykonać. Projekt decyzji nie wskazuje jednak tego wprost – wynika to jednak z celu Ustawy, jakim było ułatwienie przedsiębiorcom telekomunikacyjnym dostępu do nieruchomości i budynku w celu rzeczywistego świadczenia usług telekomunikacyjnych. Z tego względu, postanowienia decyzji administracyjnej wydanej przez Prezesa UKE powinny odzwierciedlać te cele. Zatem mając na względzie treść art. 30 ust. 1 pkt 2 i 3 Ustawy, prawo Wnioskodawcy do wykonania własnego punktu styku wydaje się oczywiste. Przyjęcie przeciwstawnego stanowiska przeczyłoby celowi Ustawy, gdyż uniemożliwiłoby Operatorowi świadczenie usług określonych w § 9 projektu decyzji.

Należy jednak wziąć pod uwagę, że kwestia ta może nie być tak jednoznaczna dla Udostępniającego. Postawa Uczestnika postępowania świadczy o jego negatywnym stanowisku co do udzielenia dostępu do Nieruchomości i Budynku. Z tego względu, wnoszę o wyraźne wskazanie w uzasadnieniu decyzji, że Wnioskodawcy przysługuje uprawnienie do korzystania z istniejącego punktu styku bądź wykonania własnego punktu styku (zwłaszcza gdyby okazało się, że nie ma go w Budynku bądź będą istniały przeszkody, w tym techniczne, niepozwalające na skorzystanie z istniejącego punktu styku). Rozwiązanie to zapobiegnie ewentualnym sporom, które mogą pojawić się w przyszłości.

Nadto, należy uregulować w projekcie decyzji obowiązki Udostępniającego w zakresie utrzymania działania należącego do niego punktu styku, w tym usuwania ewentualnych awarii dotyczących punktu styku. Postanowienia te powinny przewidywać wykonawstwo zastępcze Operatora na wypadek zaniechania Udostępniającego, z obowiązkiem zwrotu kosztów przez Udostępniającego. Projekt decyzji zawiera braki w tym zakresie. Trzeba mieć zaś na względzie, że Operator będzie ponosił odpowiedzialność wobec swoich abonentów za jakość i dostępność usług, w szczególności w przypadku awarii dot. działania punktu styku.

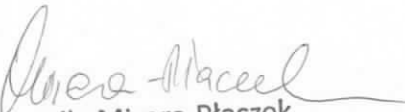
Podsumowanie

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

Przy ustaleniu opisanych wyżej procedur, Organ nie wziął pod uwagę interesu użytkowników sieci telekomunikacyjnych oraz potrzeby rozwoju nowoczesnej infrastruktury telekomunikacyjnej i promowania nowoczesnych usług telekomunikacyjnych, a przyjęte przez

niego rozwiązania mogą znacznie utrudnić i opóźnić realizację decyzji dostępowej. Rozwój infrastruktury i związany z nim rozwój konkurencyjnego rynku telekomunikacyjnego jest korzystny dla użytkowników końcowych, wymaga jednak, aby Operator mógł na dogodnych warunkach korzystać z nieruchomości, w tym aby nie ponosił zbędnych kosztów.

Z uwagi na powyższe, zaproponowane zmiany należy uznać za uzasadnione i konieczne, aby decyzja spełniała wymogi przewidziane przepisami Ustawy.



Kamila Mizera-Płaczek
radca prawny