

Katowice, dnia 29 września 2022 r.

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

- Wnioskodawca:** „E-CHO” sp. z o.o., adres w aktach sprawy, zastępowana przez radcę prawnego **Kamile 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:** **Spółdzielnia Mieszkaniowa „PIAST” w Barlinku**, adres w aktach sprawy
– dalej również jako „Udostępniający”
- Znak sprawy:** DR.WWM.6171.3.2022

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 Wnioskodawcy dotyczące projektu decyzji - opublikowanego na stronie internetowej tut. Organu w dniu 31 sierpnia 2022 r. - ustalającej warunki dostępu Operatora do części wspólnych nieruchomości określonych szczegółowo w projekcie decyzji (dalej łącznie jako „**Nieruchomości**”) oraz do części wspólnych posadowionych na tych Nieruchomościach budynków (dalej łącznie jako „**Budynki**”), znajdujących się w zasobach Udostępniającego, w celu zapewnienia telekomunikacji w tych Budynkach.

Operator przedstawia swoje zastrzeżenia oraz zgłasza propozycje zmian do warunków dostępu określonych w projekcie decyzji. Uwzględnienie uwag Operatora umożliwi wydanie decyzji zgodnej z prawem, respektującej 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

Na wstępie przypomnienia wymaga, że w przedmiotowej sprawie strony od 2016 r. działały zgodnie na podstawie ustnych ustaleń. Do marca 2021 r., a zatem przez prawie pięć lat, współpraca stron układała się bezproblemowo, pomimo tego, że nie doszło do kompleksowego ustalenia warunków współpracy na piśmie. Wszelkie kwestie uzgadniane były

na bieżąco w ramach stałego kontaktu, zwykle w formie ustnej. W marcu 2021 r. Uczestnik postępowania zdecydował o przebudowie klatek schodowych w Budynkach i budowie szachtów teletechnicznych, wymagając w związku z planowanymi pracami przebudowy sieci światłowodowej należącej do Wnioskodawcy. W pismach z dnia 1 kwietnia 2021 r. oraz z dnia 13 kwietnia 2021 r. Uczestnik postępowania poinformował Wnioskodawcę o zamiarze obciążenia go kosztami budowy szachtów teletechnicznych w Budynkach (za wyjątkiem kosztów robocizny) oraz przeniesienia sieci Wnioskodawcy do tych szachtów – miało to dotyczyć także tych Budynków, w których Wnioskodawca dopiero co wykonał nowe instalacje. Jak wskazał Uczestnik postępowania w piśmie z dnia 1 kwietnia 2021 r., które znajduje się w aktach sprawy:

- ❖ Wnioskodawca miał pokryć koszty materiałów potrzebnych do wykonania szachtów teletechnicznych w Budynkach oraz na własny koszt przenieść swoją sieć do tych szachtów;
- ❖ prace te motywowane były wyłącznie uporządkowaniem przebiegu istniejących w Budynkach instalacji, poprawą estetyki i porządku w Budynkach.

Wnioskodawca zdecydował się wystąpić do tut. Organu o uregulowanie zasad dostępu do Nieruchomości i Budynków w formie decyzji administracyjnej przede wszystkim z uwagi na powyższe okoliczności – tj. spór co do tego, kto ma w takim stanie faktycznym ponieść koszty, którymi Uczestnik postępowania chciał obciążyć Wnioskodawcę.

Pismem z dnia 28 września 2022 r. (a więc już po opublikowaniu projektu decyzji na stronie internetowej tut. Organu) Wnioskodawca poinformował tut. Organ o tym, że:

- ❖ po dniu 25 kwietnia 2022 r. (data ostatniego pisma Wnioskodawcy, jakie zostało złożone przed opublikowaniem projektu decyzji w tej sprawie) strony dalej prowadziły negocjacje dotyczące projektu umowy;
- ❖ strony uzgodniły zasadniczą część brzmienia umowy;
- ❖ strony zgadzają się co do tego, że jedynie w częściach (w kwestiach), co do których nie doszły do porozumienia, tut. Organ winien zaproponować odpowiednie postanowienia;
- ❖ sporne pomiędzy stronami pozostają wyłącznie niżej wskazane części projektu umowy:
 - 1) punkt 4 preambuły – w zakresie wyraźnego zapisania w umowie, że infrastrukturę wybudowano za wiedzą i zgodą Uczestnika postępowania;
 - 2) § 1 ust. 2 pkt 1 – w zakresie prawa Wnioskodawcy do budowy instalacji abonenckich od istniejących punktów dystrybucyjnych (podłączania i odłączania abonentów) w przypadku, gdy przebieg takich instalacji nie był przewidziany w bliżej nieokreślonym *projekcie*;

3) § 1 ust. 4 – co do:

- a) prawa Wnioskodawcy do budowy instalacji abonenckich od istniejących punktów dystrybucyjnych w zakresie wykraczającym poza budowę skrzynek, montowanych na trasie sieci w klatkach schodowych lub w korytarzach piwnicznych;
- b) prawa Wnioskodawcy do wykonania prac po upływie 7 dni od dnia powiadomienia o zamiarze ich wykonania, jeśli strony umowy nie dojdą do porozumienia co do terminu rozpoczęcia prac;

4) § 1 ust. 5 – co do terminu, do jakiego mają być stosowane zasady uregulowane w umowie w zakresie ponoszenia kosztów przeniesienia sieci w związku z remontem/modernizacją/przebudową budynków;

5) § 4 ust. 1 – co do zakresu czynności, jakie wykonywać może Wnioskodawca w celu pozyskiwania klientów;

6) § 6 ust. 1 – w zakresie zasad cesji praw i obowiązków Wnioskodawcy;

7) § 8 ust. 7 pkt 3 – w zakresie prawa Wnioskodawcy do odsprzedaży sieci wykonanej na nieruchomościach i w budynkach na rzecz innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego po rozwiązaniu umowy.

Powyższe powinno znaleźć odpowiednie odzwierciedlenie w decyzji wydanej w tej sprawie. Decyzja powinna uwzględniać te postanowienia, co do których strony doszły do porozumienia i wyłącznie proponować rozwiązanie tych kwestii, które pozostają sporne pomiędzy stronami – zgodnie z intencją i wolą stron.

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 Budynków, z jednoczesnym zabezpieczeniem interesów Udostępniającego i mieszkańców Budynków. Za nieuzasadnione należy uznać m.in. określenie warunków dostępu:

- ❖ w sposób uciążliwy dla Operatora;
- ❖ bez uwzględnienia indywidualnych okoliczności sprawy, w szczególności związanych z negocjacjami prowadzonymi przez strony i tym, co pozostaje sporne pomiędzy stronami.

Prezes UKE w decyzji powinien przede wszystkim ustalić i rozstrzygnąć kwestie sporne pomiędzy Wnioskodawcą i Udostępniającym, nie ingerując w te części dostępu, co do których spór nie zaistniał i stosując rozwiązania alternatywne (w stosunku do tych, które uzgodniły

strony) 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 zawrzeć umowę, a w zakresie objętym porozumieniem stron, decyzja dostępowa wygaśnie.

Tymczasem, jak wynika z projektu decyzji, Prezes UKE nie wziął pod uwagę:

- ❖ negocjacji prowadzonych przez strony i ich wyniku;
- ❖ stanu faktycznego tej sprawy – tj. konkretnego problemu, który wymaga w tym przypadku rozwiązania;
- ❖ poczynionych przez strony ustaleń.

Prezes UKE określił projekt decyzji w sposób ogólny i abstrakcyjny, tj. taki, jak w innych sprawach dotyczących dostępu do nieruchomości i budynku, gdzie strony w żadnym zakresie nie porozumiały się co do treści umowy i gdzie główną kością niezgody nie były koszty prac związanych z planami dysponenta nieruchomości co do poprawy estetyki Budynków. W treści uzasadnienia projektu decyzji Organ wprost wskazał, że warunki dostępu zostały określone w sposób analogiczny, jak w innych sprawach.

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.***

– jednakże projekt decyzji w aktualnym kształcie nie odzwierciedla tych twierdzeń.

W celu usunięcia ewentualnych wątpliwości wyjaśniam, że Wnioskodawca wnosi o to, aby w zakresie kwestii spornych w decyzji wprowadzone zostały takie postanowienia, jakie proponuje w projekcie umowy załączonym do wiadomości e-mail z dnia 18 lipca 2022 r. (przedłożone przy piśmie Wnioskodawcy z dnia 28 września 2022 r.).

II. Brak uwzględnienia w treści projektu decyzji ustaleń stron

Przed zainicjowaniem tego postępowania przez Wnioskodawcę Uczestnik postępowania nie zgłosił żadnych uwag do przesłanego mu projektu umowy. W późniejszym czasie sytuacja ta jednak uległa zmianie, o czym Prezes UKE był informowany przez obie strony – kwestia ta

została opisana szczegółowo powyżej. Prezes UKE nie może ustalać zasad dostępu w sposób odmienny niż ten uzgodniony przez strony, jeśli strony poczyniły w tym zakresie wzajemne ustalenia.

Mając na uwadze powyższe oraz projekt decyzji, przykładowo:

- ❖ nie było podstaw do nałożenia na Operatora obowiązku zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Uczestnika postępowania poprzez zapłatę kaucji, ponieważ Uczestnik postępowania w ogóle nie wnosił o ustanowienie jakiegokolwiek zabezpieczenia;
- ❖ Prezes UKE nie był uprawniony do określenia, że przegląd techniczny infrastruktury będzie odbywał się co najmniej raz w roku, skoro z ustaleń stron wynikało, że to Wnioskodawca będzie decydował, kiedy oraz z jaką częstotliwością będą dokonywane przeglądy techniczne infrastruktury telekomunikacyjnej;
- ❖ strony ustaliły, że dokumentacja powykonawcza zostanie przekazana Uczestnikowi postępowania w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przez co nie jest zasadne skrócenie przez Prezesa UKE tego terminu do 7 dni.

Potrzeba wydawania „analogicznych rozstrzygnięć w podobnych sprawach” nie może prowadzić do sytuacji, w której dochodzi do naruszenia Ustawy w zakresie obowiązku uwzględnienia woli stron przez Prezesa UKE przy wydawaniu decyzji.

III. Brak uregulowania w projekcie decyzji kwestii ponoszenia kosztów przeniesienia instalacji telekomunikacyjnej

Jak zostało podniesione powyżej, z wniosku stanowiącego podstawę wszczęcia postępowania w tej sprawie wyraźnie wynikało, jakie okoliczności wymagają rozstrzygnięcia w drodze decyzji tut. Organu. **Kwestią kluczową dla obu stron było ustalenie zasad poniesienia kosztów przebudowy infrastruktury telekomunikacyjnej i budowy szachtów teletechnicznych w Budynkach w związku z chęcią Uczestnika postępowania uporządkowania przebiegu istniejących w Budynkach instalacji, poprawy estetyki i porządku w Budynkach.** W projekcie decyzji brak jest natomiast postanowień regulujących to zagadnienie. Okoliczność ta jest niezrozumiała dla Wnioskodawcy. Projekt wymaga uzupełnienia o te regulacje. W ocenie Wnioskodawcy, jeśli ma on partycypować w kosztach powstałych z tych przyczyn, poziom tej partycypacji winien wynosić maksymalnie 50%.

Jak wynika z prowadzonej przez strony korespondencji, Uczestnik postępowania wręcz zażądał od Operatora, aby poniósł on koszty związane z budową szachtów teletechnicznych w Budynkach (z wyłączeniem kosztów robocizny) i przeniesieniem do nich infrastruktury Wnioskodawcy. W ocenie Wnioskodawcy takie działanie jest niezasadne – przed wybudowaniem infrastruktury telekomunikacyjnej nie informowano Wnioskodawcy o tym, że Udostępniający w najbliższym czasie planuje prace w Budynkach, których realizacja

wymagałyby zmiany posadowienia infrastruktury, jak i nie wskazano na potrzebę/zamiar wykonania szachtów.

Zrealizowana infrastruktura jest nowa (porozumienie co do możliwości budowy sieci zostało zawarte w 2016 r., natomiast jej realizacja następowała etapami w kolejnych latach). Wnioskodawca dopiero co poniósł określone nakłady finansowe związane z budową sieci i **nie powinien być przymuszany do ponoszenia kosztów związanych z jej przebudową i budową szachtów – tym bardziej w sytuacji, gdy ma to wynikać wyłącznie z chęci Uczestnika postępowania co do zmiany wyglądu klatek schodowych, w tym poprawy „estetyki”**. Nie ma potrzeby wykonania żadnych prac ze względów technicznych. Sposób posadowienia infrastruktury (w tym jej ułożenie metodą natynkową) był uzgadniany z Uczestnikiem postępowania. Przebudowa sieci Wnioskodawcy nie jest konieczna – co oznacza, że koszty, o których mowa, wynikają w całości z okoliczności leżących po stronie Udostępniającego. Tym samym, obciążenie Operatora tymi kosztami byłoby niezgodne z zasadami uczciwości kupieckiej. Nie ma zwłaszcza żadnych podstaw do tego, aby Wnioskodawca ponosił koszty budowy nowych szachtów – co najwyżej można byłoby rozważyć poniesienie przez Wnioskodawcę kosztów przeniesienia infrastruktury w szachty zrealizowane przez Udostępniającego i na jego koszt.

W ocenie Wnioskodawcy, z uwagi na opisane wyżej okoliczności, to Uczestnik postępowania powinien w całości ponosić koszty związane z planowanymi pracami. Biorąc jednak pod uwagę fakt prowadzenia negocjacji między stronami i pierwotne wyrażenie przez Udostępniającego zgody na to, aby koszty przebudowy sieci były ponoszone po połowie (§ 1 ust. 5 projektu umowy dołączonego do wiadomości e-mail z dnia 31 maja 2022 r.), zdaniem Operatora to rozwiązanie może zostać uwzględnione w treści decyzji Prezesa UKE. Ma ono charakter kompromisowy i nie może zostać uznane za naruszające prawa Udostępniającego, wręcz przeciwnie – chroni jego interesy, gdyż uwzględnia wyrażoną przez Uczestnika postępowania chęć przebudowy klatek schodowych. Ponadto, rozwiązanie to uwzględnia wolę Uczestnika postępowania, który w toku negocjacji wyraził na nie zgodę.

Warto przy tym zaznaczyć, że w wydawanych decyzjach dotyczących dostępu do nieruchomości i budynku, Prezes UKE dopuszcza realizację sieci w sposób natynkowy, tj. w taki, jak to nastąpiło na Nieruchomościach i w Budynkach znajdujących się w zasobach Uczestnika postępowania.

Brak zawarcia w treści decyzji postanowień odnoszących się do ponoszenia spornych kosztów skutkuje tym, że decyzja w zasadzie będzie zbędna – pod innymi względami, współpraca stron układała się prawidłowo, nawet bez zawarcia w tym zakresie umowy na piśmie. Tym samym, decyzja w takim kształcie nie będzie gwarantowała Wnioskodawcy realizacji uprawnień związanych z dostępem do Nieruchomości i Budynków – istnieje realna obawa, że Uczestnik postępowania będzie uniemożliwiał lub utrudniał Wnioskodawcy dostęp do Nieruchomości i

Budynków, a nawet uszkodzić sieć podczas prowadzonych prac, jeśli Wnioskodawca nie wyrazi zgody na pokrycie kosztów. Ważne jest również zapewnienie Operatorowi możliwości świadczenia usług w trakcie prac prowadzonych przez Udostępniającego na klatkach schodowych – obowiązek ten musi wprost wynikać z treści decyzji.

W związku z obowiązkiem ponoszenia przez Wnioskodawcę kosztów związanych z wykonywaniem uprawnień i obowiązków wynikających z decyzji, Uczestnik postępowania błędnie będzie mógł próbować twierdzić, iż Operator jest zobowiązany do poniesienia całości kosztów planowanych przez niego prac. Tymczasem, postanowienie § 2 ust. 11 pkt 1 projektu decyzji – które wprowadza ten obowiązek - ma jedynie gwarantować Uczestnikowi postępowania, że nie będzie on ponosił żadnych kosztów związanych z utrzymaniem infrastruktury telekomunikacyjnej na Nieruchomościach i w Budynkach oraz jej eksploatacją. Treść projektu decyzji w obecnym kształcie może zatem prowadzić do nieporozumień. Tym samym, Wnioskodawca wnosi o wprowadzenie w omawianym zakresie postanowienia o treści, jak § 1 ust. 5 projektu umowy załączonego do wiadomości e-mail Wnioskodawcy z dnia 18 lipca 2022 r. (przedłożone przy piśmie Wnioskodawcy z dnia 28 września 2022 r.).

IV. Pozostałe uwagi

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności Wnioskodawca odnosi się do projektu decyzji, który nie uwzględnia postanowień, co do których strony doszły do porozumienia i nie rozstrzyga kwestii spornych pomiędzy stronami:

1. Kwestia modernizacji okablowania - § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a

W ocenie Operatora, uprawnienia Wnioskodawcy w zakresie dostępu do Nieruchomości i Budynków powinny obejmować także wprost możliwość modernizacji okablowania. W przeciwnym razie może potencjalnie zaistnieć w przyszłości spór pomiędzy stronami co do tego, czy dane prace dotyczą remontu czy modernizacji infrastruktury, a co za tym idzie – czy Operator jest do nich uprawniony w świetle postanowień decyzji.

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

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

3. Kwestia certyfikatów - § 2 ust. 4

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.

4. Zabezpieczenie Infrastruktury przed ingerencją osób nieuprawnionych – § 2 ust. 8

Zaproponowane brzmienie § 2 ust. 8 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*).

5. Zastępcze usunięcie szkody – § 2 ust. 10

Omawiane postanowienie ustala sposób usuwania ewentualnych szkód, przewidując możliwość wykonania zastępczego 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 (choćby mieszkańcami Budynków). 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.

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 Budynkach, z wyłączeniem szkód na osobach, jak również na mieniu, które nie stanowi części wspólnych.

Po czwarte, odnośnie do omawianych kosztów powinien znaleźć zastosowanie ust. 12 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. 4 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, co obejmuje obowiązek naprawienia szkody, 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.

6. Zwrot kosztów i wydatków - § 2 ust. 11 i 12

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 istnieniem sieci FTTH, w zakresie kosztów energii elektrycznej można jedynie rozważać zużycie energii na potrzeby ewentualnych prac budowlanych lub instalacyjnych. Należy wyraźnie określić, jak w takim przypadku ma dojść do zwrotu kosztów. Oczywiście, nie można przy tym 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.

7. Zakaz wykorzystania Infrastruktury do świadczenia usług na innych nieruchomościach - § 2 ust. 15

W ocenie Operatora proponowana regulacja jest bezzasadna. Wnioskodawca – na tą chwilę - nie zamierza wykorzystywać Infrastruktury do świadczenia usług na innych nieruchomościach

i zdaje sobie sprawę z tego, że ewentualna zmiana tego zamiaru skutkować będzie koniecznością zawarcia umowy, o której mowa w art. 33 Ustawy. Niemniej jednak, brak jest podstaw do ustanawiania takiego zakazu w projekcie decyzji.

8. Informowanie o zaplanowanych pracach oddziałujących na Infrastrukturę – § 3 ust. 2

Stanowczo nieprawidłowy jest termin, w którym Uczestnik postępowania ma informować Operatora o zaplanowanych pracach, oddziałujących na Infrastrukturę. W omawianym ustępie powinno znaleźć się odwołanie do odmiennego uregulowania tej kwestii w przypadku, gdy prace te będą powodowały zmianę posadowienia Infrastruktury.

Niezależnie od tego, wskazuję, że określony w tym postanowieniu termin 7 dni jest zbyt krótki. 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.

9. Informowanie o przypadkach naruszenia integralności Infrastruktury – § 3 ust. 3

Jak już wskazano w uwagach dot. § 2 ust. 8, pojęcie *osób nieuprawnionych* jest zbyt ogólne i może wprowadzać w błąd. Udostępniający powinien informować Wnioskodawcę o wszelkich przypadkach naruszenia integralności Infrastruktury. Ponadto, w projekcie decyzji brak jest wyraźnego postanowienia, który zobowiązywałby Udostępniającego do informowania Operatora o spostrzeżonych przez niego awariach Infrastruktury lub awariach w Budynkach, które mogą oddziaływać na Infrastrukturę.

W ocenie Wnioskodawcy, termin na poinformowanie go o tych okolicznościach powinien wynosić maksymalnie 2 godziny od dowiedzenia się o tych okolicznościach przez Uczestnika postępowania. Termin ten powinien być możliwie krótki, biorąc pod uwagę skutki dla użytkowników końcowych związane z naruszeniem integralności tych elementów – w przypadku naruszenia integralności Infrastruktury, 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).

10. Obowiązki informacyjne względem Udostępniającego – § 3 ust. 5 i 6

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 przedsiębiorstwa kontrahenta Operatora (innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego), 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 o 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.

11. Przekazanie dokumentacji technicznej dotyczącej Infrastruktury - § 4 ust. 1-3

Jak już wskazano wyżej, strony ustaliły, że dokumentacja powykonawcza zostanie przekazana Uczestnikowi postępowania w terminie 3 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Nie jest zatem zasadne skrócenie przez Prezesa UKE tego terminu do 7 dni (lub do ok. miesiąca w razie potrzeby weryfikacji stanu Infrastruktury przez Operatora). Nie ma podstaw do regulowania tej kwestii w sposób odmienny niż ustalony przez strony. W treści decyzji postanowienia w tym zakresie powinny odpowiadać uzgodnieniom stron.

Należy także doprecyzować, jak rozumieć pojęcie *projektu instalacji*. W ocenie obu stron wystarczające byłyby tu szkice techniczne.

12. Sposób zabezpieczenia roszczeń (kaucja) - § 4 ust. 6-7

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. Jak już wskazano wyżej, wprowadzenie takiego postanowienia jest wbrew woli stron, które nie wnosily o ustalenie zasad zabezpieczenia roszczeń, a ponadto Uczestnik postępowania w toku negocjacji nie domagał się wprowadzenia podobnych postanowień. Należy zatem wykreślić obowiązek wpłaty kaucji.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Operatora, wystarczające zabezpieczenie stanowiłoby tu 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 postępowania, mieszkańców Budynków, jak i Operatora, z następujących względów:

- ❖ kaucja zabezpiecza naprawę szkód wyłącznie do kwoty jej wysokości (1.000 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 i nie rodzi dodatkowych obowiązków fiskalnych po stronie żadnej ze stron.

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 UKE¹, w § 4 pkt 9 i nast. warunków dostępu przewidzianych w przywołanych decyzjach, 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.

¹ 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 28 września 2022 r.]

Abstrahując od zaproponowanego przez Operatora sposobu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń, wskazać należy, iż **wysokość kaucji określonej w projekcie decyzji jest nazbyt wygórowana**. Zdaniem Operatora, maksymalna wysokość kaucji powinna wynosić 500 zł.

Mając na uwadze zebrany materiał dowodowy, zabezpieczenie w postaci kaucji określonej w konsultowanym projekcie 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. W razie pozostawienia postanowień o kaucji – mimo wniosków Operatora – powinna ona zostać odpowiednio zmniejszona (tj. do kwoty 500 zł).

Projekt decyzji stanowi, że wpłata kaucji ma nastąpić przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1. Postanowienie to ma następujące brzmienie:

W oparciu o uzyskany mocą decyzji dostęp do Nieruchomości i do Budynków, Operator, zgodnie z przepisami prawa i na zasadach określonych decyzją, uprawniony jest do:

1) utrzymywania, eksploatacji, konserwacji, remontu i usuwania awarii elementów Infrastruktury, w zakresie niezbędnym do świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym do:

a) wymiany okablowania i pozostałych elementów Infrastruktury, o ile nie będzie to skutkowało zmianą technologii świadczenia usług telekomunikacyjnych,


b) instalowania elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów w miarę ich pozyskiwania przez Operatora; [...]

Proponowana regulacja jest zatem niemożliwa do zastosowania. Operator już utrzymuje i eksploatuje Infrastrukturę – przez co nie może wpłacić kaucji przed rozpoczęciem tych czynności. Co więcej, nie sposób przyjąć, dlaczego Prezes UKE twierdzi, że w związku z tymi czynnościami wymagane miałyby być wniesienie kaucji przez Wnioskodawcę.

V. Podsumowanie

Prezes UKE przy przygotowywaniu projektu decyzji nie zbadał wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności pominał znaczenie negocjacji prowadzonych pomiędzy stronami oraz ich uzgodnień, a także zakres kwestii spornych. Z okoliczności sprawy wyraźnie wynikało, że to z powodu braku porozumienia w konkretnym zakresie, konieczne było skierowanie sprawy do rozpatrzenia przez Prezesa UKE. Prezes UKE w projekcie decyzji zastosował rozwiązania, które będą utrudniać realizację praw i obowiązków z niej wynikających – np. obowiązek zapłaty kaucji.

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


Kamila Mizera-Płaczek
radca prawny