itB legal
BAZAŃSKI GRABIEC KANCELARIA
Radców Prawnych Spółka Partnerska

Katowice, dnia 26 czerwca 2018 roku

Do: **Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej**
Urząd Komunikacji Elektronicznej
ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa

Wnioskodawca: **Damian Murzynowski**
prowadzący działalność gospodarczą
pod firmą **„DAMIAN MURZYNOWSKI NASZASIEC.NET KRAKÓW"**
ul. Fatimska 18 lok. 12, 31-831 Kraków

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

Uczestnik postępowania: **Wspólnota Mieszkaniowa Budynku nr 1**
os. Szklane Domy 1 w Krakowie Nowej Hucie
os. Szklane Domy 1, 31-972 Kraków

administrator nieruchomości:
Izabela Moskalik prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą I Izabela Moskalik Lorien – Zarządzanie Nieruchomościami
os. Słoneczne 1/1, 31-956 Kraków

reprezentowana przez:
adwokata Aleksandrę Cempurę
Kancelaria Adwokacka
os. Centrum B 1/126, 31-926 Kraków

Sygn. UKE: DHRT.WWM.6171.21.2017
Dotyczy: Projektu decyzji

Stanowisko dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalającej warunki dostępu dla Damiana Murzynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą „DAMIAN MURZYNOWSKI NASZASIEC.NET KRAKÓW" (dalej: Operator) do nieruchomości położonej w Krakowie przy os. Szklane Domy 1,

zwanej dalej „**Nieruchomością**" w tym do posadowionego na nieruchomości budynku (dalej „**Budynek**"), znajdującego się w zasobach Wspólnota Mieszkaniowa Budynku nr 1 os. Szklane Domy 1 w Krakowie Nowej Hucie (dalej „**Wspólnota**" lub „**Udostępniający**"), w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku.

Działając w imieniu i na rzecz Wnioskodawcy – Damiana Murzynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą **„DAMIAN MURZYNOWSKI NASZASIEC.NET KRAKÓW"** (dalej również **„Operator"**), na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa */w aktach sprawy/*, niniejszym przedstawiam stanowisko mojego Mocodawcy dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie dostępu do ww. Nieruchomość.

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 Budynku oraz Stron.

I. Proporcjonalne warunki dostępu

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 Budynku. Nieuzasadnione należy uznać określenie warunków dostępu w sposób uciążliwy dla Wnioskodawcy (konieczność uiszczania kaucji). Żadna ze stron nie wnosiła o stosowanie kaucji w niniejszej sprawie. Ponadto, Wnioskodawca zaproponował zabezpieczenie wykonywanej inwestycji polisą ubezpieczeniową (na sumę nie mniejszą niż 50.000,00 zł), a zaproponowany przez Prezesa UKE środek jest uciążliwy dla Operatora, ograniczając środki pieniężne jakimi może on dysponować w trakcie wykonywania sieci. Jednocześnie kaucja w przeciwieństwie do polisy nie zabezpiecza pełnej wysokości potencjalnej szkody.

W związku z powyższym, określając warunki dostępu Organ powinien stosować środki najmniej uciążliwe dla Stron. Jeżeli wnioskowany przez Strony środek zabezpiecza wykonanie umowy, to nie ma potrzeby określenia alternatywnych narzędzi (w tym m. in. kaucji).

II. 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 jakiekolwiek 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.

III. Zabezpieczenie szkód - § 4 ust. 12-15

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

Wskazuję, że zabezpieczenie ewentualnych roszczeń obowiązkiem posiadania polisy zamiast kaucją jest korzystniejsze zarówno dla Uczestnika, mieszkańców Budynku oraz Operatora z następujących względów:

1) 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).
2) wniesienie kaucji czasowo pozbawia Operatora znacznych środków finansowych, które mógłby przeznaczyć na szybszą rozbudowę swojej sieci i świadczenie usług użytkownikom końcowym.
3) wypłata niezbędnego odszkodowania przez ubezpieczyciela umożliwia szybkie, sprawne i całkowite naprawnienie szkody.
4) zabezpieczenie umowy polisą jest mniej kosztowne, nie rodzi dodatkowych obowiązków fiskalnych po stronie żadnej ze stron oraz znacząco usprawnia i przyśpiesza realizację inwestycji Wnioskodawcy.

Mając powyższe na uwadze, Wnioskodawca proponuje więc nadanie postanowieniom § 4 ust. 12-13 decyzji treści wedle jednej z następujących propozycji:

Wariant I

12. Na czas prowadzenia prac zobowiązuje się Operatora do zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, łącznie na sumę nie mniejszą niż 50.000,00 zł.

13. Uwierzytelnione kopie umowy/polisy ubezpieczenia Operator przekaże Udostepniającemu najpóźniej w chwili przystąpienia do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a)-b). Operator

na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawiać do wglądu Udostepniającego oryginały dowodów zapłaty rat składki.

- z jednoczesnym usunięciem ust. 14-15 i oznaczeniem dotychczasowej treści ust. 16 jako ust. 14.

Wariant II

12. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a)-b) Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 4.000,00 zł PLN (słownie: cztery tysiące złotych). Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w ust. 9 pkt 1) Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 1.000,00 PLN (słownie: jeden tysiąc złotych). Obowiązek wpłacenia kaucji nie dotyczy instalacji, eksploatowania i wymiany instalacji telekomunikacyjnej do lokali i w lokalach w Budynku. Zwalnia się Operatora z obowiązku wpłacenia kaucji, o których mowa powyżej, w razie przedstawienia Udostępniającemu kopii umowy/polisy ubezpieczenia, jakie Operator zawarł z zakładem ubezpieczeniowym, obejmujących ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, łącznie na sumę nie mniejszą niż 50.000,00 zł. W ostatnim przypadku Operator na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawiać mu do wglądu oryginały dowodów zapłaty składki.

13. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a)-b) lub ust. 9 pkt 1) decyzji, w terminie 14 dni od dnia otrzymania od Operatora wniosku o zwrot kaucji, na rachunek bankowy Operatora. Wniosek o zwrot kaucji może zostać złożony wyłącznie w razie, gdy odpowiednie prace w Budynku, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 lit. a)-b) lub ust. 9 pkt 1) zostały zakończone podpisaniem protokołu odbioru prac, o którym mowa w ust. 7. W sytuacji, gdy Udostępniający nie podpisze protokołu odbiorczego, zobowiązany jest zwrócić kaucję w terminie 14 dni od dnia przedstawienia Udostępniającemu przez Operatora protokołu odbiorczego prac obejmującego Budynek, w którym została wykonana Infrastruktura. Zwrot kaucji wnoszonej przez Operatora z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac, o których mowa w ust. 9 pkt 1) decyzji nastąpi w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu przez Operatora dokumentacji, o której mowa w ust. 14. Wraz ze zwrotem kaucji, Udostępniający zwraca Operatorowi uzyskane przez Udostępniającego odsetki od wpłaconej kaucji.

- z jednoczesnym usunięciem ust. 14-15 i oznaczeniem dotychczasowej treści ust. 16 jako ust. 14.

Abstrahując od zaproponowanego przez Operatora sposobu zabezpieczenia ewentualnych roszczeń wskazać należy, iż wysokość kaucji określonej w projekcie decyzji jest wygórowana jak na budowę sieci światłowodowej metodą natynkową na terenie jednego budynku.

Wysokość kaucji określona została zupełnie dowolnie. Kaucja w wysokości 4.000,00 zł dotyczy prac polegających na budowie całej sieci, natomiast kaucja w wysokości 1.000,00 zł prac polegających na wymianie okablowania i pozostałych elementów infrastruktury. W ocenie Operatora maksymalna wysokość głównej kaucji powinna wynosić 2.000,00 zł, natomiast brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla wprowadzenia kaucji w celu zabezpieczenia prac związanych z wymianą okablowania i pozostałych elementów infrastruktury (a jej ewentualna wysokość nie powinna przekraczać 500,00 zł). Zabezpieczenie decyzji kaucjami określonymi w konsultowanym projekcie (rodzaje i wysokość kaucji) jest środkiem nieproporcjonalnymi i dyskryminującym Operatora, mając na uwadze zebrany materiał dowodowy.

IV. 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 Udostępniającym oraz podmiotami trzecimi.

Wnoszę 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) § 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 pkt 1), po uzgodnieniu z Udostępniającym terminu ich rozpoczęcia, a w przypadku nieuzgodnienia tego terminu, po upływie **1** dnia od dnia powiadomienia o planowanych pracach.*

V. 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 potrzeby 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.

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.