

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

**Wnioskodawca:** „CITIVI sp. z o.o.”, adres w aktach sprawy, zastępowana przez radcę prawnego Ewelinę Grabiec z itB Legal Bazański, Grabiec Kancelaria Radców Prawnych spółka partnerska z siedzibą w Katowicach, ul. Graniczna 29/215, 40-017 Katowice

**Uczestnik postępowania:** Spółdzielnia Mieszkaniowa „Osiedle Młodych”, os. Piastowskie 16, 61-148 Poznań

**Znak sprawy:** DHRT.WWM.6171.129.2016.101

#### STANOWISKO KONSULTACYJNE

dotyczące projektu decyzji w sprawie warunków zapewnienia dostępu dla CITIVI sp. z o.o. do nieruchomości położonych w Poznaniu i posadowionych na nich budynków, zarządzanych przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Osiedle Młodych” w Poznaniu

Działając jako wspólnik spółki „CITIVI sp. z o.o.” i mając interes prawny w sprawie, niniejszym przedstawiam stanowisko odnoszące się do warunków zapewnienia dostępu dla wnioskodawcy do nieruchomości położonych w Poznaniu i posadowionych na nich budynków, zarządzanych przez uczestnika postępowania, w celu zapewnienia telekomunikacji w budynkach, opublikowanych na stronie internetowej tut. Urzędu w dniu 10 lipca 2018 r.

#### I. Ad punkt I projektu decyzji

##### 1. § 2 ust. 11

W ocenie wnioskodawcy przedmiotowe postanowienie decyzji nakłada na wnioskodawcę nieuzasadnione obowiązki, a uczestnikowi postępowania nadaje nieuzasadnione uprawnienia. Odpowiedzialność wnioskodawcy za powstałe szkody powinna zostać ograniczona do szkód, które powstaną z winy wnioskodawcy. Z kolei zaś uprawnienie uczestnika postępowania do usunięcia szkód powstałych z winy wnioskodawcy powinno zostać uzależnione od uprzedniego wyznaczenia wnioskodawcy dodatkowego terminu na usunięcie szkód. Przedmiotowe postanowienie powinno zatem brzmieć następująco:

*Operator jest zobowiązany do usunięcia szkód **powstałych z jego winy**, wynikających bezpośrednio z wykonywania uprawnień Operatora, o których mowa w § 2 ust. 1 decyzji,*

*niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia ich stwierdzenia przez Operatora lub od dnia ich zgłoszenia Operatorowi przez Udostępniającego. W przypadku nieusunięcia szkód w terminie, o którym mowa w zdaniu poprzednim, Udostępniający – po uprzednim wyznaczeniu Operatorowi na piśmie dodatkowego 7-dniowego terminu do usunięcia szkód – może je usunąć na koszt Operatora.*

## **2. § 2 ust. 12 pkt 2)**

Przedmiotowe postanowienie stanowi m.in. o obowiązku wnioskodawcy zwrotu uczestnikowi postępowania kosztów energii elektrycznej zużytej przez wnioskodawcę. Nie zostało jednak uregulowane to, w jaki sposób ma zostać określona wielkość zużytej przez wnioskodawcę energii elektrycznej. W ocenie wnioskodawcy doprecyzowania wymaga zatem to, czy zużycie energii ma zostać określone na podstawie mocy znamionowej urządzeń, czy też na podstawie podlicznika. W przypadku wprowadzenia regulacji stanowiącej o obowiązku zwrotu kosztów zużytej energii w oparciu o wskazania podlicznika, konieczne jest zobowiązanie uczestnika postępowania do wyrażenia zgody na montaż podlicznika.

## **3. § 3 ust. 2**

Doprecyzowania wymaga termin, w którym uczestnik postępowania ma obowiązek zawiadomić wnioskodawcę o pracach inwestycyjnych lub remontowych oraz o awariach mogących mieć wpływ na urządzenia wnioskodawcy. Nie jest także zasadne ograniczenie obowiązku uczestnika postępowania zawiadomienia wnioskodawcy o czynnościach, które mogą mieć wpływ na Infrastrukturę, do prac inwestycyjnych, remontowych i awarii. Postanowienie to powinno brzmieć następująco:

*Udostępniający jest zobowiązany do poinformowania Operatora o wszelkich pracach lub awariach mogących mieć wpływ na Infrastrukturę, w szczególności o pracach inwestycyjnych i remontowych, niezwłocznie, ale nie później niż:*

- 1) w przypadku awarii - w ciągu 12 godzin od chwili stwierdzenia awarii;*
- 2) w pozostałych przypadkach – na 21 dni przed planowaną datą rozpoczęcia prac.*

## **4. § 4 ust. 15**

Przedmiotowe postanowienie odwołuje się w dwóch miejscach do błędnie oznaczonych ustępów decyzji. Postanowienie to powinno brzmieć następująco:

*Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w § 4 ust. 14 decyzji, na rachunek bankowy Operatora w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu przez Operatora dokumentacji, o której mowa w § 4 ust. 16 decyzji.*

## **II. Ad punkt II projektu decyzji**

Punkt II projektu decyzji dotyczy odmowy wnioskodawcy dostępu do nieruchomości, określonych w projekcie decyzji jako *Nieruchomości I* oraz posadowionych na tych nieruchomościach budynków, określonych w projekcie decyzji jako *Budynki I*, polegającego na wykonaniu światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych w tych budynkach. Odmowa dostępu miałaby w ocenie tutejszego Urzędu nastąpić na podstawie przepisu art. 22 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b w zw. z art. 30 ust. 5 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o

wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, tj. z dnia 13 października 2017 r., Dz.U. z 2017 r. poz. 2062 (dalej jako: **UstWsRoz**). W ocenie wnioskodawcy rozstrzygnięcie zawarte w tej części projektu decyzji nie jest zasadne, gdyż w niniejszej sprawie ziszczyły się ustawowe przesłanki do zobowiązania uczestnika postępowania do udostępniania wnioskodawcy Nieruchomości I oraz Budynków I w celu budowy instalacji telekomunikacyjnych.

Już w tym miejscu zaznaczenia wymaga, że co najmniej zastanawiające jest powołanie w podstawie prawnej projektu decyzji przepisu art. 22 ust. 1 UstWsRoz. Przepis ten stanowi, że *Prezes UKE wydaje decyzję w sprawie dostępu do infrastruktury technicznej w terminie 60 dni od dnia złożenia wniosku o jej wydanie, biorąc pod uwagę w szczególności konieczność zapewnienia niedyskryminacyjnych i proporcjonalnych warunków dostępu*. Nie sposób zaś pominąć tego, że w niniejszej sprawie wnioskodawca zwrócił się do tutejszego Urzędu o wydanie decyzji w sprawie dostępu wnioskiem z dnia 25 września 2015 r., który został doręczony tutejszemu Urzędowi w dniu 28 września 2015 r., zaś decyzja w sprawie dostępu (pomimo upływu prawie trzech lat od dnia złożenia wniosku) nie została wydana. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w odniesieniu do czasu trwania postępowania oraz jego przebiegu – o czym szczegółowo będzie mowa poniżej - powołanie w podstawie prawnej przedmiotowego przepisu wydaje się mieć wymiar karykaturalny.

Odnosząc się do przywołanych w podstawie prawnej projektu decyzji innych regulacji prawnych, trzeba wskazać, że zgodnie z przepisem art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b UstWsRoz, *właściciel, użytkownik wieczysty lub zarządca nieruchomości, niebędący przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, jest obowiązany zapewnić przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu dostęp do nieruchomości, w tym do budynku oraz punktu styku, polegający w szczególności na umożliwieniu wykonania instalacji telekomunikacyjnej budynku, jeżeli istniejąca instalacja telekomunikacyjna budynku przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s nie jest dostępna lub nie odpowiada zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego - w celu zapewnienia telekomunikacji w tym budynku*. Przepis ten określa zatem to, kiedy istnieje obowiązek udostępnienia nieruchomości przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu w celu budowy instalacji telekomunikacyjnej, pomimo istnienia takiej instalacji w budynku – jest to warunkowane niedostępnością instalacji lub nieodpowiednością instalacji do zamierzenia danego operatora. W ocenie wnioskodawcy przede wszystkim właśnie z uwagi na nieodstępność instalacji, o której mowa w tym przepisie, celowym jest uwzględnienie wniosku wnioskodawcy o zobowiązanie uczestnika postępowania do udostępnienia wnioskodawcy Nieruchomości I oraz Budynków I. Zasadność tego wniosku potwierdza także różnica w funkcjonalności oraz w sposobie wykonania instalacji znajdującej się w Budynkach I od tej, którą wnioskodawca chciałby w Budynkach I zbudować – co wyczerpująco wnioskodawca wyjaśnił w piśmie z dnia 19 kwietnia 2017 r.

Nadmienić trzeba, że wyżej wskazany przepis znajduje swoje rozwinięcie w przepisie art. 30 ust. 1a UstWsRoz, który nie został powołany w podstawie prawnej rozstrzygnięcia, a który stanowi, że *warunek, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 lit. b, uważa się za 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; (4) przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczy usługi w innej technologii niż instalacja telekomunikacyjna w budynku. Przepis ten zatem wprost wyjaśnia, jak należy rozumieć niedostępność instalacji telekomunikacyjnej oraz nieodpowiadanie przez instalację zapotrzebowaniu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. W ocenie wnioskodawcy w niniejszej sprawie ziściła się przesłanka nr 3, o której mowa w tym przepisie. Tut. Urząd pominał zaś ten przepis prawny w podstawie prawnej projektu decyzji oraz w zasadzie nie odniósł się do jego treści w uzasadnieniu projektu decyzji.

Z uzasadnienia projektu decyzji można wywnioskować, że tutejszy Urząd przyjął, że w Budynkach I na dzień sporządzenia projektu decyzji istnieje instalacja telekomunikacyjna przystosowana do dostarczania usług szerokopasmowego dostępu do Internetu o przepustowości co najmniej 30 Mb/s, stanowiąca własność INEA S.A. Okoliczności tej nie sposób aktualnie zaprzeczyć – wszak z całkowitą pewnością można stwierdzić, że prowadzenie postępowania w niniejszej sprawie z oczywistą przewlekłością (*notabene* stwierdzoną prawomocnym orzeczeniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 czerwca 2017 r. w sprawie o sygnaturze akt VI SAB/Wa 7/17 i potwierdzoną wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 czerwca 2018 r. w sprawie II GSK 4150/17) przez prawie trzy lata miało właśnie na celu umożliwienie porozumienia się INEA S.A. z uczestnikiem postępowania co do dostępu do Nieruchomości I i Budynków I oraz zbudowania przez INEA S.A. instalacji telekomunikacyjnych w Budynkach I. Zarówno bowiem wystąpienie przez INEA S.A. do uczestnika postępowania o udostępnienie Nieruchomości I i Budynków I, jak i budowa instalacji, nastąpiły po wystąpieniu przez wnioskodawcę do tut. Urzędu z wnioskiem o wydanie decyzji.

Co więcej – jak wynika z uzasadnienia projektu decyzji – w grudniu 2017 r. przeprowadzano oględziny Budynków I, które wykazały, że w Budynkach I nie zostały zbudowane instalacje telekomunikacyjne, zaś pomimo tych ustaleń nie została wówczas wydana na rzecz wnioskodawcy przez tut. Urząd decyzja w przedmiocie dostępu, która uwzględniałaby wniosek wnioskodawcy. Pomimo jednoznacznych wyników oględzin, INEA S.A. zaprzeczyła ustaleniom tut. Urzędu, przez co – jak wynika z uzasadnienia projektu decyzji – tut. Urząd *nie był w stanie wyciągnąć wiążących wniosków dotyczących stanu instalacji telekomunikacyjnych w Budynkach I*, polegając tylko i wyłącznie na oświadczeniu INEA S.A., postanowił poczekać cztery miesiące i ponownie przeprowadzić oględziny. W tym czasie (tj. czasie pomiędzy pierwszymi a drugimi oględzinami) udało się INEA S.A. zbudować instalacje telekomunikacyjne w Budynkach I. Toteż aktualne stwierdzenie tut. Urzędu, że Budynki I są wyposażone w instalacje telekomunikacyjne, rzeczywiście jest prawdziwe.

Już na podstawie przedmiotowych okoliczności oraz przebiegu postępowania można przyjąć, że odmowa wnioskodawcy udzielenia dostępu do Nieruchomości I oraz Budynków I w celu zbudowania instalacji telekomunikacyjnych pozostaje w sprzeczności z przywołanym przez tut. Urząd w podstawie prawnej projektu decyzji przepisem art. 22 ust. 1 UstWsRoz, gdyż

w niniejszej sprawie doszło do jaskrawego i preferencyjnego potraktowania INEA S.A., a zatem do dyskryminacji wnioskodawcy w zakresie dostępu.

Już w tym miejscu podkreślenia wymaga brak spójności w rozumowaniu tut. Urzędu oraz różnicowanie przedsiębiorców telekomunikacyjnych, skutkujące dyskryminowaniem wnioskodawcy. Jak wynika bowiem z twierdzeń zamieszczonych w uzasadnieniu projektu decyzji:

- z jednej strony tut. Urząd nie wydał dla wnioskodawcy decyzji dostępowej pomiędzy grudniem 2017 r. a kwietniem 2018 r., polegając wyłącznie na twierdzeniach INEA S.A. o budowie, a w zasadzie zbudowaniu (sic!) instalacji telekomunikacyjnych w Budynkach I – choć jednocześnie tut. Urząd dysponował dowodami zebranymi w sposób bezpośredni podczas oględzin, poświadczającymi nieistnienie takich instalacji;
- z drugiej strony tut. Urząd zamierza odmówić wnioskodawcy dostępu do Nieruchomości I oraz Budynku I, twierdząc, że wnioskodawca powinien udowodnić, że przedstawione mu przez INEA S.A. warunki dostępu do instalacji telekomunikacyjnej są dla niego dyskryminujące i nie pozwalają mu na oferowanie abonentom konkurencyjnych usług, gdyż samo oświadczenie wnioskodawcy uważa w tym zakresie za mało wiarygodne. W tym zakresie tut. Urząd ponownie zamierza dać wiarę twierdzeniom INEA S.A., jakoby przedstawione przez nią warunki dostępu nie były dyskryminujące, gdyż doszło do zawarcia pomiędzy INEA S.A. a Orange Polska S.A. umowy o dostępie.

W takim rozumowaniu dopatrzeć można by się było prawidłowości, jakoby wedle tut. Urzędu wiarygodność czy moc dowodowa twierdzeń przedsiębiorcy telekomunikacyjnego zależna była od wielkości jego przedsiębiorstwa lub od wysokości jego kapitału zakładowego. Taka prawidłowość stanowiłaby wypaczenie zasad, którymi tut. Urząd powinien się kierować, wydając decyzje dostępowe oraz bez względu na zasadność podnoszonych argumentów stawiałaby wnioskodawcę z góry na przegranej pozycji.

Z uwagi na istnienie instalacji telekomunikacyjnych w Budynkach I w niniejszej sprawie tut. Urząd powinien był dokonać oceny tego czy zachodzą przesłanki określone w zacytowanym powyżej przepisie art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. b UstWsRoz, które czyniłyby zasadnym żądanie wnioskodawcy co do udostępnienia mu Nieruchomości I i Budynków I w celu budowy własnej instalacji telekomunikacyjnych. Z uzasadnienia projektu decyzji można wywnioskować, że tutejszy Urząd na podstawie drugich oględzin Budynków I oraz oświadczenia INEA S.A. z dnia 6 czerwca 2018 r. przyjął, że na uczestniku postępowania nie ciąży obowiązek udostępnienia wnioskodawcy Budynków I i Nieruchomości I w celu budowy instalacji telekomunikacyjnej, ponieważ wnioskodawca może skorzystać z istniejących instalacji stanowiących własność INEA S.A. Z kolei na podstawie tego, że pomiędzy INEA S.A. a Orange Polska S.A. doszło do zawarcia umowy, na podstawie której Orange Polska S.A. korzysta w celu świadczenia własnych usług z instalacji stanowiącej własność INEA S.A., tut. Urząd przyjął, że zaproponowane wnioskodawcy przez INEA S.A. warunki dostępu do instalacji nie są dyskryminujące.

Twierdzenia potwierdzające dyskryminujący charakter warunków dostępu do infrastruktury, przedstawionych wnioskodawcy przez INEA S.A., w sposób szczegółowy wnioskodawca przedstawił w piśmie z dnia 19 kwietnia 2018 r. Nie wydaje się, aby niniejsze stanowisko konsultacyjne było odpowiednim miejscem do ich ponownego przytoczenia. Niemniej jednak wnioskodawca podkreśla aktualność twierdzeń przedstawionych w piśmie wnioskodawcy z dnia 19 kwietnia 2018 r. co do braku możliwości wykorzystania przez wnioskodawcę infrastruktury stanowiącej własność INEA S.A. oraz świadczenia przez wnioskodawcę usług telekomunikacyjnych swoich abonentom na konkurencyjnych warunkach przy wykorzystaniu tej infrastruktury na określonych przez INEA S.A. zasadach.

Niezasadnym, nielogicznym i niemającym oparcia w przepisach prawa jest przyjęte przez tut. Urząd założenie, że skoro pomiędzy dwoma wiodącymi i potężnymi operatorami telekomunikacyjnymi doszło do zawarcia umowy o nieznaną treść i na nieznanych warunkach, to znaczy, że warunki dostępowe zaproponowane przez jednego z tych operatorów innemu, dużo mniejszemu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu, nie są dyskryminujące lub nie uniemożliwiają temu przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu oferowania użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych. Po pierwsze, na uwagę zasługuje, że nie jest znane tło zawarcia umowy pomiędzy INEA S.A. a Orange Polska S.A. – być może oba przedsiębiorstwa współpracują ze sobą na zasadzie barteru w taki sposób, że wzajemnie korzystają ze swoich instalacji lub usług. Po drugie, nie jest znana dokładna treść umowy zawartej pomiędzy INEA S.A. a Orange Polska S.A., toteż nie sposób dokładnie określić, na jakich warunkach umowa ta została zawarta. Po trzecie, znamienne jest to, że Orange Polska S.A. jest potężnym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który jest w stanie dokonać przemieszczenia kosztów pomiędzy swoim przedsiębiorstwem, tj. jest w stanie zaakceptować takie warunki dostępu do instalacji, które dla innych, mniejszych przedsiębiorców będą zupełnie nieopłacalne i które innym przedsiębiorcom w zasadzie uniemożliwią świadczenie usług.

Wreszcie nadmienić trzeba, że odmowa udzielenia wnioskodawcy dostępu do Nieruchomości I oraz Budynków I ograniczyłaby wnioskodawcy możliwość ekspansji rynkowej i wprowadziłaby bezzasadną barierę wejścia wnioskodawcy na rynek kontrolowany przez INEA S.A. Oczywiście jest, że taka decyzja przekładałaby się wprost na pogorszenie warunków konkurowania na rynku właściwym, uniemożliwiłaby abonentów swobodny wybór tego, z usług którego przedsiębiorcy chcą korzystać.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o reasumpcję przez tut. Urząd stanowiska wyrażonego w treści projektu decyzji, w szczególności poprzez zmianę projektowanego punktu II rozstrzygnięcia.

*Robert Dębowski*