

Katowice, dnia 20 lipca 2018 roku

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

Wnioskodawca: Systemia.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Błażeja 6 F/45, 61-608 Poznań
KRS: 0000295282

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

Uczestnik postępowania: Własnościowa Spółdzielnia Mieszkaniowa Naramowice
ul. Sarmacka 3, 61-616 Poznań
KRS: 0000169645

Sygn. UKE: DHRT.6171.334.2017

PISMO WNIOSKODAWCY – STANOWISKO KONSULTACYJNE

dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalającej warunki dostępu dla Systemia sp. z o.o.

do nieruchomości położonych w Poznaniu

przy ul. Naramowickiej 146, 149A, 149B, 149C, 151-155, 157, 159, 161, 169

ul. Sarmackiej 1, 3, 3A, 3B, 5B, 5C, 5D, 5E, 5F, 8, 10, 12, 14, 16, 18,

- zwanych dalej **Nieruchomościami** w tym do posadowionych na nieruchomościach budynków (dalej **Budynki**), znajdujących się w zasobach Własnościowej Spółdzielni Mieszkaniowej Naramowice (dalej **Spółdzielnia** lub **Udostępniający**), w celu zapewnienia telekomunikacji w Budynku.

Działając w imieniu i na rzecz Wnioskodawcy (dalej także jako **Operator**) /pełnomocnictwo w aktach sprawy/, niniejszym przedstawiam stanowisko dotyczące projektu decyzji dostępowej. Do pisma Wnioskodawca ponownie załącza dokumenty potwierdzające opisane niżej okoliczności oraz wnosi o dołączenie ich do materiału dowodowego. Z uwagi na poufny charakter Wnioskodawca dołącza dokumenty wyłącznie do pisma skierowanego drogą tradycyjną oraz zastrzega, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Wnioskodawcy.

I. Odmowa określenia warunków budowy instalacji światłowodowych w Budynkach II.

Projekt decyzji w części, w jakiej Prezes UKE odmawia wykonania instalacji telekomunikacyjnej w Budynkach II narusza w sposób rażący przepis art. 30 ust. 1a pkt 2 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 3 lit b) Ustawy, a w tym zakresie Prezes UKE całkowicie pomija zebrany w sprawie materiał dowodowy.

W pierwszej kolejności zwracam uwagę, że Prezes UKE pominął okoliczność, iż Wnioskodawca w dniu 2 listopada 2017 r., skierował do Orange Polska S.A. wniosek o możliwość wykorzystania instalacji wewnątrzbudynkowych znajdujących się w zasobach Uczestnika postępowania, a Orange Polska S.A. pismem z dnia 7 grudnia 2017 r. odmówiła dostępu do sieci FTTH z przyczyn technicznych.

Dowód:

- 1) *Wniosek do Orange Polska S.A. z dnia 2 listopada 2017 r. /w aktach sprawy/*
- 2) *Pismo Orange Polska S.A. z dnia 7 grudnia 2017 r. /w aktach sprawy/*

Przyczyna odmowy podjęcia negocjacji czy też zapewnienia dostępu jest nieistotna z punktu widzenia przepisu art. 30 ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (dalej **Ustawa**). Jeżeli przedsiębiorca telekomunikacyjny nie podejmie negocjacji w sprawie udostępnienia swojej infrastruktury lub odmówi zapewnienia takiego dostępu to **ustawowo jest to równoznaczne z brakiem możliwości wykorzystania istniejącej instalacji wewnątrzbudynkowej**.

Na dzień wszczęcia postępowania przez Prezesa UKE, spełniona była przesłanka budowy nowej (równoległej) instalacji wewnątrzbudynkowej, określona w art. 30 ust. 1a pkt 4 (różnice technologiczne). Od dnia 7 grudnia 2017 r. spełniona jest natomiast przesłanka określona w art. 30 ust. 1a pkt 2 Ustawy (odmowa udostępnienia istniejących instalacji przez Orange Polska).

Z ogłoszonego projektu decyzji wynika, że Prezes UKE pomija całkowicie treść przepisu art. 30 ust. 1a pkt 2 Ustawy, który jasno określa przypadek, kiedy możliwa jest budowa równoległej instalacji wewnątrzbudynkowej, pomimo istnienia infrastruktury innego przedsiębiorcy. Z tego względu wnoszę o ponowną, wnikliwą analizę stanu faktycznego, tj. uwzględnieniem następujących okoliczności:

- pismem z dnia 2 listopada 2017 r. /w aktach sprawy/, Systemia zwróciła się do Orange Polska z wnioskiem o zapewnienie dostępu do infrastruktury technicznej, tj. o możliwość współkorzystania infrastruktury światłowodowej, w tym światłowodowej instalacji wewnątrzbudynkowej oraz ewentualne wykorzystanie wolnych zasobów w kanalizacji kablowej,
- pismem z dnia 23 listopada 2017 r., Prezes Zarządu Spółdzielni Mieszkaniowej

Naramowice, poinformował wnioskodawcę, że „instalacja światłowodowa budowana przez firmę Orange Polska S.A. wraz z pionami do mieszkań została już wykonana”.

- pismem z dnia 7 grudnia 2017 r. /w aktach sprawy/, a więc pismem sporządzonym po zakończeniu inwestycji w zasobach spółdzielczych objętych wnioskiem (wedle oświadczenia jej Prezesa), Orange Polska poinformowała Operatora, że:
 - dokonano weryfikacji zasobów ewidencyjnych i technicznych budynków objętych wnioskiem,
 - **stwierdza się brak możliwości technicznych umożliwiających współkorzystanie z infrastruktury OPL przy zastosowaniu technologii światłowodowej mimo posiadania w części budynków sieci FTTH.**

Ponadto Orange Polska wskazała, że nie posiada w zasobach szachtów i kanałów, które mogłyby zostać wykorzystane przez wnioskodawcę.

- pismem z dnia 8 stycznia 2018 r. /w aktach sprawy/, wnioskodawca zawiadomił Prezesa UKE o treści korespondencji prowadzonej pomiędzy nim a Spółdzielnią oraz Orange Polska. Pismo to, nadane wraz z załącznikami, zostało doręczone na adres UKE w dniu 22 stycznia 2018 r.,
- dla pewności, oraz mając na względzie, iż uzasadnienie projektu decyzji całkowicie pomija istnienie przywołanej korespondencji, wnioskodawca ponownie przesyła pisma i wnosi o ich zaliczenie w poczet materiału dowodowego na okoliczność spełnienia przesłanki, o której mowa w przepisie art. 30 ust. 1a pkt 2 Ustawy.

Nie jest zatem prawdą twierdzenie Prezesa UKE, że:

- „Operator miał możliwość wykazania, że zachodzi jedna z okoliczności wskazanych w art. 30 ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy o wspieraniu rozwoju, jednak tego nie uczynił”

Operator dostarczył organowi w toku postępowania jednoznaczne dowody na ziszczenie się przesłanki z art. 30 ust. 1a pkt 2 Ustawy.

- *W toku postępowania nie zostały również ujawnione żadne okoliczności wskazujące na to, że warunki dostępu do światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych Budynków II są dyskryminujące lub uniemożliwiają Operatorowi oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług, w tym cenowych i jakościowych (art. 30 ust. 1a pkt 3 ustawy o wspieraniu rozwoju). W toku postępowania Operator miał możliwość przedstawienia okoliczności, które wskazywałyby na brak możliwości skonstruowania konkurencyjnej oferty skierowanej do Abonentów w przypadku skorzystania z istniejących światłowodowych instalacji telekomunikacyjnych Budynków II.*

Skoro Orange Polska stwierdziła „brak możliwości technicznych umożliwiających współkorzystanie z infrastruktury OPL przy zastosowaniu technologii światłowodowej”, niezrozumiałym i nielogicznym jest wywód Prezesa UKE o braku wykazania, iż zaproponowane warunki są dyskryminujące lub uniemożliwiają Operatorowi oferowanie użytkownikom końcowym konkurencyjnych warunków świadczenia usług. Orange Polska odmówiła dostępu, zatem nie doszło do zaoferowania jakichkolwiek warunków dostępu, które mogłyby podlegać ocenie Wnioskodawcy lub Prezesa UKE.

Z uzasadnienia projektu decyzji poddanej konsultacjom wynika, iż Prezes UKE odmówił określenia warunków budowy instalacji światłowodowych w części budynków na skutek pisma Orange Polska z dnia 21 czerwca 2018 r. (!!!), będącego oświadczeniem skierowanym do urzędu, a nie do Operatora wnioskującego.

Nie ma żadnych wątpliwości, że w chwili złożenia pismem z dnia 7 grudnia 2018 r. oświadczenia o odmowie zapewnienia dostępu do światłowodowej instalacji wewnątrzbudynkowej, instalacja FTTH Orange Polska już istniała, o czym dobitnie świadczy oświadczenie Prezesa Spółdzielni.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy karze przyjąć, iż Orange Polska nie podjęła negocjacji w sprawie udostępnienia infrastruktury FTTH i odmówiła dostępu z „przyczyn technicznych”, zatem nie powinno być najmniejszych wątpliwości Prezesa UKE, co do konieczności określenia zasad budowy równoległej instalacji wewnątrzbudynkowej w Budynkach II.

W niniejszej sprawie, Orange Polska S.A. po 7 grudnia 2017 r. nie kierowała do Wnioskodawcy jakichkolwiek uzupełniających pism, zatem ciężko wymagać od Systemia.pl, aby z własnej inicjatywy miała weryfikować czy Orange Polska gotowa jest udostępnić swoje zasoby na każdym etapie powadzonego przed UKE postępowania, tj. czy przeszkody techniczne, na które powołała się spółka ustały.

Warto również zaznaczyć, że przesłankę z art. 30 ust. 1a pkt 2 należy uznać za spełnioną, gdy właściciel istniejącej infrastruktury odmawia operatorowi wnioskującemu. Jakikolwiek deklaracje czy oświadczenia o gotowości udostępnienia składane innym podmiotom, w tym oświadczenie złożone Prezesowi UKE w czerwcu 2018 r. nie mają żadnego znaczenia dla spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 30 ust. 1a pkt 2. Ustawy. Rolą Prezesa UKE nie jest zastępowanie przedsiębiorcy w roli wnioskującego, o którym mowa w art. 30 ust. 1 a pkt 2, lecz ocena zebranego w sprawie materiału dowodowego. Jakikolwiek deklaracje składane przez Orange Polska w czerwcu 2018 r. lub dane z SIIS nie zmieniają treści oświadczenia o odmowie zapewnienia dostępu skierowanej do Wnioskodawcy.

Abstrahując od powyższego, zdaniem Wnioskodawcy, pismo Orange Polska skierowane do

Prezesa UKE, miało na celu wyłącznie zapewnienie sobie pozycji monopolisty w zakresie świadczenie usług w technologii FTTH w zasobach spółdzielczych. Nie może ująć uwadze Prezesa UKE, iż Orange Polska, w zależności od adresata składa sprzeczne deklaracje, które nakierowane są wyłączenie na ochronę własnego interesu. Deklaracje Orange z jednej strony uniemożliwiają wykorzystanie technologii światłowodowej należącej do Orange Polska przez Wnioskodawcę, z drugiej strony uniemożliwiają mu budowę sieci równoległej. Potwierdzenie takiego stanu rzeczy przez Prezesa UKE w decyzji jest niedopuszczalne.

Prezes UKE w uzasadnieniu projektu decyzji poddanej konsultacjom (str. 18) wskazuje (słusznie), że treść art. 30 ust. 1 pkt 3 lit. a i b oraz ust. 1a ustawy o wspieraniu rozwoju jednoznacznie stanowi, że ustawowe uprawnienie do powielenia instalacji telekomunikacyjnej budynku jest warunkowe i nie przysługuje przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu bez względu na aktualny stan wyposażenia budynku w instalacje telekomunikacyjne.

Mając na względzie dostarczony materiał dowodowy, Prezes UKE zdaje się nie zauważać odmowy udostępnienia wyartykułowanej przez Orange Polska.

Warto w tym miejscu powołać się na uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw¹, która w efekcie dalszego procesu legislacyjnego doprowadziła do uchwalenia art. 30 Ustawy w obecnym brzmieniu:

W art. 30 ust. 1 pkt 3 doprecyzowano, że umożliwienie wybudowania własnej instalacji telekomunikacyjnej budynku jest obowiązkiem nie tylko, gdy taka instalacja nie istnieje, ale również, gdy istniejąca instalacja nie jest dostępna dla wnioskodawcy lub nie spełnia jego potrzeb (przykładowo istniejąca instalacja telekomunikacyjna zapewniająca możliwość realizacji szybkiej sieci telekomunikacyjnej może nie spełniać potrzeb wnioskodawcy, który chce wybudować sieć w technologii FTTH).

W ust. 1a określono sytuacje, w których instalację telekomunikacyjną budynku uważa się za niedostępną dla przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, co ułatwi stosowanie przesłanki dostępu do budynku, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 3.

Powyższe oznacza, że możliwość wydania decyzji określającej warunki budowy sieci równoległej nie jest wyłączona, a powielanie sieci uzależnione jest od spełnienia enumeratywnie wymienionych przesłanek. Ze spełnieniem jednej z nich mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

¹ <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=323>,

II. Zastrzeżenia dotyczące warunków dostępu

1) 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 Budynków oraz Operatora z następujących względów:

- a) kaucja zabezpiecza naprawę szkód wyłącznie do kwoty jej wysokości (8.000,00 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).
- b) wniesienie kaucji czasowo pozbawia Operatora znacznych środków finansowych, które mógłby przeznaczyć na szybszą rozbudowę swojej sieci i świadczenie usług użytkownikom końcowym.
- c) wypłata niezbędnego odszkodowania przez ubezpieczyciela umożliwi szybkie, sprawne i całkowite naprawienie szkody.
- d) zabezpieczenie umowy polisą jest mniej kosztowne, nie rodzi dodatkowych obowiązków fiskalnych po stronie żadnej ze stron oraz znacząco usprawnia i przyspiesza realizację inwestycji Wnioskodawcy.

Mając powyższe na uwadze, Wnioskodawca proponuje rezygnację z kaucji na poczet obowiązku posiada polisy OC.

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 kilku budynków. Wysokość kaucji określona została zupełnie dowolnie. Kaucja w wysokości 8.000,00 zł dotyczy prac polegających na budowie całej sieci we wszystkich Budynkach, 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 4.000,00 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.

W przypadku nieuznania powyższych postulatów, Operator wnosi o podkreślenie w § 4 ust. 12 Decyzji, iż wskazana w niej wysokość kaucji dotyczy prac polegających na wykonaniu infrastruktury we wszystkich Budynkach, mimo że wnioszek ten wyływa z pozostałych postanowień projektu decyzji.

2) § 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.

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

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

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

ust. 10 jest sprzeczne z treścią § 4 ust. 6 decyzji. Maksymalny termin 7 dni na dokonanie uzgodnienia również jest stanowczo za długi mając na uwadze wyżej wskazane okoliczności.

III. Podsumowanie

Jak zostało wskazane powyżej, Prezes UKE pominął zebrany w sprawie materiał dowodowy (pisma wymienione w niniejszym stanowisku konsultacyjnym) oraz naruszył przepis art. 30 ust. 1a pkt 2 Ustawy, co skutkuje częściową wadliwością rozstrzygnięcia decyzji (pkt II).

Nadto w proponowanych warunkach dostępu Prezes UKE 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.

Z uwagi na powyższe, Prezes UKE powinien ponownie przeanalizować zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz wydać decyzję dostępową uwzględniającą przepis art. 30 ust. 1a pkt 2 Ustawy i określać zasady budowy instalacji we wszystkich Budynkach.

Z poważaniem,


Ewelina Grabiec
RADCA PRAWNY

Załączniki:

- 1) Wniosek do Orange Polska S.A. z dnia 2 listopada 2017 r.,
 - 2) Pismo Uczestnika z dnia 23 listopada 2017 r.
 - 3) Pismo Orange Polska S.A. z dnia 7 grudnia 2017 r.,
 - 4) Pismo Operatora do Prezesa UKE z dnia 8 stycznia 2018 r. wraz z potwierdzeniem nadania i odbioru.
- /z uwagi na poufny charakter Wnioskodawca dołącza dokumenty wyłącznie do pisma skierowanego drogą tradycyjną oraz zastrzega, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa Wnioskodawcy/

Otrzymują:

- organ,
- a/a.