

Katowice, dnia 30 października 2018 roku

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

Wnioskodawca: Rafał Chmielewski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
MGK Rafał Chmielewski
ul. Kilińskiego 1B, 05-530 Góra Kalwaria

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

Uczestnik

postępowania: Spółdzielnia Mieszkaniowa w Górze Kalwarii
ul. Pijarska 44/2a, 05-530 Góra Kalwaria

Sygn. UKE: DHRT.WWM.6171.38.2018

Dotyczy: Projektu decyzji

Stanowisko dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej ustalającej warunki dostępu dla Rafała Chmielewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MGK Rafał Chmielewski, do nieruchomości będących w zasobach Spółdzielni Mieszkaniowej w Górze Kalwarii

Działając w imieniu i na rzecz Wnioskodawcy – **Rafała Chmielewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MGK Rafał Chmielewski**, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa */w aktach sprawy/*, niniejszym przedstawiam stanowisko mojego mocodawcy dotyczące projektu decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie dostępu do budynków położonych w Górze Kalwarii przy:

- 1) ulicy Skierniewickiej 1,
- 2) ulicy Skierniewickiej 3,
- 3) ulicy Skierniewickiej 5,
- 4) ulicy Skierniewickiej 7,
- 5) ulicy Skierniewickiej 9,
- 6) ulicy Skierniewickiej 11,

- 7) ulicy Skierniewickiej 13,
- 8) ulicy Skierniewickiej 15,
- 9) ulicy Skierniewickiej 17,
- 10) ulicy Pijarskiej 44/1,
- 11) ulicy Pijarskiej 44/2,
- 12) ulicy Pijarskiej 44/2a,
- 13) ulicy Pijarskiej 44/3,
- 14) ulicy Pijarskiej 44/4,
- 15) ulicy Pijarskiej 44/5,
- 16) ulicy Pijarskiej 44/6,
- 17) ulicy Pijarskiej 44/7,
- 18) ulicy Kardynała Stefana Wyszyńskiego 3/1,
- 19) ulicy Kardynała Stefana Wyszyńskiego 3/2,
- 20) ulicy Kardynała Stefana Wyszyńskiego 3/3,
- 21) ulicy Kardynała Stefana Wyszyńskiego 3/4,

będących w zasobach Spółdzielni Mieszkaniowej w Górze Kalwarii (ul. Pijarska 44/2a, 05-530 Góra Kalwaria) oraz do nieruchomości, na których budynki są posadowione (zwanymi dalej **Nieruchomościami i Budynkami**).

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. Za nieuzasadnione należy uznać określenie warunków dostępu w sposób uciążliwy dla Wnioskodawcy (konieczność uiszczenia kaucji), w sytuacji gdy istnieje alternatywny środek zabezpieczający wykonanie umowy i zapłatę odszkodowania w postaci konieczności posiadania polisy ubezpieczeniowej. Żadna ze Stron nie wniosła o stosowanie kaucji w niniejszej sprawie, 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 (lub przez jedną Stronę przy braku sprzeciwu drugiej) 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 jakiegokolwiek rozwiązania alternatywne mogą być zastosowane wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach uzasadnionych przepisami prawa (wskazanych w części wstępnej niniejszego pisma). **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 (trony) spełnia wymagania wskazane w art. 22 ust. 1 Ustawy to Prezes UKE nie ma podstawy do dowolnego wybrania rozwiązań alternatywnych.

III. Zasadnicze uwagi do projektu decyzji – zabezpieczenie szkód - § 4 ust. 6-7 oraz § 5 ust. 9-10

Zwracam uwagę, że Operator co do zasady nie sprzeciwia się zabezpieczeniom wykonania przez niego prac, ale chce, aby kaucja była rozwiązaniem alternatywnym – choćby obok znacznie popularniejszej na rynku polisy ubezpieczeniowej - a nie jedynym, naruszającym zasady uczciwej konkurencji.

W niniejszym postępowaniu Operator proponuje, aby szkody zabezpieczone zostały obowiązkiem posiadania przez niego oferty zawarcia polisy ubezpieczeniowej. Operator przedstawi ofertę polisy ubezpieczeniowej obejmującą naprawę szkód do wysokości: 100.000,00 zł. 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 (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).

- 2) wniesienie kaucji czasowo pozbawia Operatora znacznych środków finansowych, które mógłby przeznaczyć na szybszą rozbudowę swojej sieci i świadczenie usług Użytkownikom Końcowym. Składka ubezpieczeniowa jest znacznie mniej kosztowna dla Operatora, a bardziej zabezpiecza naprawienie potencjalnych szkód. Zwiększenie aktywów dostępnych po stronie Operatora pozytywnie wpływa na jakość świadczonych przez niego usług. Okoliczność, że jest to środek czasowy nie ma wpływu na brak możliwości korzystania z przedmiotowych środków w czasie przebudowy sieci.
- 3) wypłata niezbędnego odszkodowania przez ubezpieczyciela umożliwia szybkie, sprawne i całkowite naprawienie szkody.
- 4) zabezpieczenie umowy polisą jest mniej kosztowne, nie rodzi dodatkowych obowiązków fiskalnych u żadnej ze Stron oraz znacząco usprawnia i przyspiesza realizację inwestycji Wnioskodawcy.

Mając powyższe na uwadze, Wnioskodawca proponuje:

- a) nadanie postanowieniom § 4 ust. 6 -7 decyzji treści wedle jednej z następujących propozycji:

Wariant I

6. Na czas prowadzenia prac, o których mowa w ust. 3 pkt 1 i 3 zobowiązuje się Operatora do zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, łącznie na sumę nie mniejszą niż 100.000,00 zł.

7. Uwierzytelnione kopie umowy/polisy ubezpieczenia Operator przekazuje Udostępniającemu najpóźniej w chwili przystąpienia do prac, o których mowa w ust. 3 pkt 1 i 3. Operator na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawiać do wglądu Udostępniającego oryginały dowodów zapłaty rat składki.

Wariant II

6. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w ust. 3 pkt 1 i 3 Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 1.000,00 zł PLN (słownie: jeden tysiąc złotych). Obowiązek wpłacenia kaucji nie dotyczy instalacji, eksploatawania i wymiany instalacji telekomunikacyjnej do lokali i w lokalach w Budynku. Zwalnia się Operatora z obowiązku wpłacenia kaucji, o której 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 100.000,00 zł. W ostatnim przypadku Operator na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawiać mu do wglądu oryginały dowodów zapłaty składki.

7. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 6, na rachunek bankowy Operatora w terminie 7 dni od dnia przekazania Udostępniającemu informacji o zakończeniu prac instalacyjnych. Wraz ze zwrotem kaucji, Udostępniający zwraca Operatorowi uzyskane przez Udostępniającego odsetki od wpłaconej kaucji.

b) nadanie postanowieniom § 5 ust. 9-10 decyzji treści wedle jednej z następujących propozycji:

Wariant I

9. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 zobowiązuje się Operatora do zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, łącznie na sumę nie mniejszą niż 100.000,00 zł.

10. Uwierzytelnione kopie umowy/polisy ubezpieczenia Operator przekaze Udostępniającemu najpóźniej w chwili przystąpienia do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 4. Operator na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawiać do wglądu Udostępniającego oryginały dowodów zapłaty rat składki.

Wariant II

9. Przed przystąpieniem do prac, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 4 Operator wpłaci na rzecz Udostępniającego kaucję z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania prac w kwocie 8.000,00 zł PLN (słownie: osiem tysięcy złotych). Obowiązek wpłacenia kaucji nie dotyczy instalacji, eksploataowania i wymiany instalacji telekomunikacyjnej do lokali i w lokalach w Budynku. Zwalnia się Operatora z obowiązku wpłacenia kaucji, o której 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 100.000,00 zł. W ostatnim przypadku Operator na żądanie Udostępniającego powinien również przedstawiać mu do wglądu oryginały dowodów zapłaty składki.

10. Udostępniający zobowiązany jest zwrócić kaucję, o której mowa w ust. 10, na rachunek bankowy Operatora w terminie 14 dni od dnia podpisania przez Udostępniającego protokołu, o którym mowa ust. 7, a w przypadku, o którym mowa w ust. 8, w terminie 14 dni od dnia przedstawienia protokołu Udostępniającemu. Wraz ze zwrotem kaucji, Udostępniający zwraca Operatorowi uzyskane przez Udostępniającego odsetki od wpłaconej kaucji.

c) Wysokość kaucji

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

Odnosząc się do wysokości kaucji zabezpieczającej określonej w warunkach dostępu, zdaniem mojego mocodawcy, niedopuszczalne jest ustalenie wysokości kaucji w sposób dowolny, oderwany od jakichkolwiek wyliczeń i wskaźników. Kaucja w niniejszej sprawie została zaproponowana arbitralnie i bez żadnego uzasadnienia.

Wysokość kaucji określona została zupełnie dowolnie. Kaucja w wysokości 1.000,00 zł za każdy budynek objęty pracami dotyczy prac polegających na dokonywaniu bieżących napraw oraz odtworzenia zniszczonych lub uszkodzonych elementów Infrastruktury, natomiast kaucja w wysokości 8.000,00 zł dotyczy prac polegających na modernizacji elementów Infrastruktury do standardu FTTH. W ocenie Operatora maksymalna wysokość głównej kaucji powinna wynosić 1.000,00 zł.

Powyższe kwoty stanowią barierę finansową, na którą Operator nie zgodziłby się w toku negocjacji umowy bezpośrednio z Uczestnikiem.

Należy również ocenić realnie, czy przy zobowiązaniu Operatora do naprawy wszelkich uszkodzeń przy przebudowie sieci mogą powstać uszkodzenia o wartości aż 8 tysięcy złotych. Nadto, czy konieczne jest stosowanie zabezpieczenia w formie kaucji w sytuacji, gdy polisa ubezpieczeniowa Operatora obejmuje szkody nawet w wyższych rozmiarach. **Jak już zostało wyżej wskazane brak jest potrzeby ustanowienia kaucji dla zabezpieczenia interesów Udostępniającego i mieszkańców Nieruchomości.**

Zabezpieczenie decyzji kaucjami określonymi w konsultowanym projekcie (rodzaje i wysokość kaucji) jest środkiem nieproporcjonalnym i dyskryminującym Operatora, mając na uwadze zebrany materiał dowodowy.

IV. Pozostałe zastrzeżenia do projektu decyzji

1) § 2 ust. 10 – 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 (np. z dysponentami uszkodzonej instalacji). Dlatego termin ten powinien wynosić co najmniej 30 dni, a Udostępniający zanim przystąpi do usunięcia szkody na koszt Operatora, powinien go wezwać do usunięcia szkody. Postanowienia decyzji powinny być niedyskryminujące, a stosowane środki proporcjonalne.

Wnosimy o zmianę postanowienia § 2 ust. 10 decyzji, poprzez nadanie mu brzmienia:

*Operator jest zobowiązany do usunięcia szkód wynikających bezpośrednio z wykonywania uprawnień określonych w ust. 1 pkt 1-4 oraz § 4 ust. 3 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) § 2 ust. 12 – zasady zwrotu kosztów

W decyzji nie została określona wysokość wszystkich kosztów, zatem samo przedstawienie dokumentu księgowego nie może rodzić po stronie Operatora obowiązku uiszczenia opłaty na rzecz Udostępniającego. Sama faktura czy też nota obciążeniowa wystawione dla Operatora nie stanowią potwierdzenia, że Udostępniający rzeczywiście poniósł jakiegokolwiek koszty dostępowe.

W związku z powyższym, wnosimy aby doprecyzować postanowienie § 2 ust. 12 decyzji poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*Zwrot Udostępniającemu przez Operatora kosztów, o których mowa w ust. 11, nastąpi w oparciu o przedstawione przez Udostępniającego dokumenty księgowe **wraz z dokumentami potwierdzającymi wysokość poniesionych kosztów**, w terminie 14 dni od dnia otrzymania **kompletu** tych dokumentów przez Operatora.*

3) § 4 ust. 8 – dokumentacja związana z przyłączaniem nowych abonentów

Zgodnie z tym postanowieniem, Operator zobowiązany jest przekazywać Udostępniającemu dokumentację wprowadzanych zmian w Infrastrukturze zaistniałą na skutek przeprowadzenia prac, o których mowa w § 4 ust. 3 decyzji. Skoro prace polegające na przyłączeniu nowych abonentów nie wymagają zmiany projektu wykonawczego, to nie ma konieczności przekazywania wprowadzanych zmian.

Jednocześnie mając na uwadze treść postanowienia § 4 ust. 1 projektu decyzji brak jest potrzeby przekazywania dokumentów związanych z instalacjami w lokalach abonenckich.

Mając powyższe na uwadze wnoszę, aby postanowieniu § 4 ust. 8 nadać następujące brzmienie:

*Operator przekaze każdorazowo Udostępniającemu dokumentację wprowadzanych zmian w Infrastrukturze zaistniałą na skutek przeprowadzenia prac, o których mowa w ust. 3, **za wyjątkiem prac polegających na budowie nowych elementów Infrastruktury służących do przyłączenia nowych Abonentów**, w terminie 7 dni roboczych od dnia dokonania tychże zmian.*

V. Podsumowanie

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. W procedurze zarówno budowy sieci, jak i jej późniejszej eksploatacji Organ pozostawił wiele miejsca na ewentualne spory Stron i możliwości nadużywania praw wynikających z przepisów Ustawy. Prezes UKE powinien mieć na uwadze, że warunki korzystania z nieruchomości są określone dla Stron pozostających w swoistym sporze (o czym świadczy całkowita ignorancja niniejszego postępowania ze strony przedstawicieli Udostępniającego). Postanowienia nie mogą zatem budzić jakichkolwiek wątpliwości i nie mogą pozostawać ze sobą w sprzeczności.

Ustalone warunki dostępu nie mogą być gorsze od warunków zapewnionych innym Operatorom Korzystającym z Nieruchomości, a stosowane przez Prezesa UKE środki powinny być jak najmniej uciążliwe dla Stron, w tym Wnioskodawcy (art. 22 ust. 1 Ustawy).

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. Skoro polisa ubezpieczeniowa zabezpiecza interesy Uczestnika i mieszkańców Budynku, to wprowadzenie kaucji jest niepotrzebne i nieproporcjonalne (środek władczy stosowany mimo braku potrzeby) oraz skutkuje brakiem możliwości zaangażowania większych środków finansowych w realizację inwestycji telekomunikacyjnych przez Operatora.

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

Z poważaniem,

Lukasz Bazański

Radca prawny