

Warszawa, dnia 2 stycznia 2019 roku

6/PIKE/2019

- Organ**            **Prezes Urzędu Komunikacji Elektroniczej**  
ul. Giełdowa 7/9  
01-211 Warszawa
- Uczestnik**       **Polska Izba Komunikacji Elektroniczej**  
ul. Przemysłowa 30  
00-450 Warszawa
- Strona**           **EmiTel S.A.**  
ul. Klimczaka 1  
02-797 Warszawa
- Uczestnicy**     **Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji**  
Al. Jerozolimskie 136  
02-305 Warszawa
- Krajowa Izba Gospodarcza Elektroniki i Telekomunikacji**  
ul. Stępińska 22/30  
00-739 Warszawa
- Polska Izba Radiodiffuzji Cyfrowej**  
ul. Grunwaldzka 104  
60-307 Poznań

**Stanowisko konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w sprawie  
DHRT.WORK.6082.2.2018**

Wobec rozpoczęcia przez Prezesa UKE konsultacji projektu decyzji dotyczącej zatwierdzenia projektu oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w celu świadczenia usługi transmisji telewizyjnych oraz radiofonicznych (sprawa DHRT.WORK.6082.2.2018), przedstawiam stanowisko Polskiej Izby Komunikacji Elektronicznej (PIKE, Izba) w tej sprawie.

PIKE podkreśla, iż argumentacja przedstawiona w niniejszym Stanowisku konsultacyjnym dotyczy wyłącznie zagadnień stanowiących przedmiot niniejszego postępowania. Nie podlega zatem wykorzystaniu w celu oceny praw i obowiązków, które są nałożone lub mogą być nałożone w toku innych postępowań, w szczególności związanych z wykonywaniem zadań z zakresu obronności. Argumentacja zawarta w niniejszym stanowisku nie może być zatem wykorzystana w związku z aktywnością Strony i Uczestników postępowania niezwiązaną bezpośrednio z przedmiotem niniejszego postępowania.

## I. Połączenie postępowań

1. W pierwszej kolejności należy odnieść się do kwestii formalnej, czyli samego kształtu projektowanego rozstrzygnięcia. Projekt decyzji, którą planuje wydać Prezes UKE, zawiera jedno rozstrzygnięcie – jedną ofertę ramową dotyczącą świadczenia przez Emitel usługi transmisji telewizyjnych oraz radiofonicznych. Tymczasem na Emitel spoczywają obowiązki przygotowania i przedstawienia dwóch ofert ramowych o dostępie telekomunikacyjnym (które powinny być zatwierdzone lub zmienione przez Prezesa UKE w ramach niniejszego postępowania), na podstawie dwóch odrębnych decyzji Prezesa UKE (DHRT.SMP.6040.3.2017.166 i DHRT.SMP.6040.2.2017.177).
2. Jedynym przepisem KPA<sup>1</sup>, który przewiduje możliwość połączenia spraw do wspólnego rozpoznania, jest art. 62. Podstawowym zastrzeżeniem, które należy podnieść na gruncie tego przepisu, jest brak tożsamości przedmiotu postępowań administracyjnych, które Prezes UKE postanowił zakończyć jednym rozstrzygnięciem.
3. Decyzja DHRT.SMP.6040.3.2017.166 (decyzja SMP TV) dotyczyła krajowego hurtowego rynku świadczenia usługi transmisji programów telewizyjnych w celu dostarczania treści telewizyjnych użytkownikom końcowym, a decyzja DHRT.SMP.6040.2.2017.177 (decyzja SMP RTV) – usługi transmisji programów radiofonicznych w celu dostarczania treści radiofonicznych użytkownikom końcowym. Są to dwa odrębne rynki (telewizyjny i radiofoniczny), na których świadczone są inne usługi (transmisji programów telewizyjnych i transmisji programów radiofonicznych), z wykorzystaniem innych urządzeń i – przynajmniej częściowo – z wykorzystaniem różnych obiektów wysokościowych (wież, masztów).
4. W przypadku obu ww. decyzji nie zachodzi zatem tożsamość stanu faktycznego (dlatego też w postępowaniach ustalających Prezes UKE wydał dwie różne decyzje). Także i na gruncie niniejszego postępowania, które dotyczy realizacji obowiązków nałożonych mocą tych dwóch różnych decyzji, należy wydać dwa odrębne rozstrzygnięcia – zatwierdzające lub zmieniające dwie odrębne oferty ramowe.
5. Nie sposób zgodzić się z argumentacją przedstawioną w uzasadnieniu projektowanej decyzji, jakoby o jednorodności spraw połączonych do rozpoznania w niniejszym postępowaniu przesądzała jednorodność obowiązku nałożonego decyzjami – obowiązku sporządzenia oferty ramowej. **Rodzaj nałożonego obowiązku może co najwyżej świadczyć o jednakowej podstawie prawnej spraw, lecz nie o jednorodności stanów faktycznych leżących u podstaw rozstrzygnięcia.**

## II. Infrastruktura objęta decyzją

6. Należy przypomnieć, że regulacja rynku hurtowego, w myśl zalecenia z 2014 r.<sup>2</sup>, jest możliwa, jeżeli analizowany rynek hurtowy spełnia tzw. test trzech kryteriów. Zgodnie z motywem 11 zalecenia, ww. trzy kryteria są następujące: 1) obecność trudnych do przezwyciężenia i trwałych barier w dostępie do rynku; 2) czy struktura rynku sprzyja osiągnięciu skutecznej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym; 3) zastosowanie wyłącznie przepisów prawa

---

<sup>1</sup> Ustawa – Kodeks postępowania administracyjnego.

<sup>2</sup> Zalecenie Komisji z dnia 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (2014/710/UE) (Dz.U. L 295 z 11.10.2014, str. 79).

konkurencji jest niewystarczające, by wyeliminować konkretne nieprawidłowości w funkcjonowaniu rynku.

7. Punktem wyjścia do analizy i regulacji rynku jest pierwsze kryterium, które dotyczy w istocie sytuacji na rynku w czasie analizy. Kryterium drugie i trzecie dotyczą w istocie tego, czy można oczekiwać skutecznej konkurencji na rynku bez ingerencji *ex ante* – czy to w efekcie „naturalnej” zmiany, wynikającej ze struktury rynku, czy to w wyniku zastosowania wyłącznie przepisów prawa konkurencji.
8. Biorąc pod uwagę, że bariery w dostępie do rynku są pierwszym kryterium testu trzech kryteriów i zarazem punktem wyjścia do przeprowadzenia całego testu trzech kryteriów, należy zwrócić uwagę, w jaki sposób w decyzjach SMP TV i RTV Prezes UKE przeanalizował bariery w dostępie do rynku.
9. Zarówno w decyzji SMP TV (pkt 3.2.1. akapit pierwszy), jak i w decyzji SMP RTV (pkt 3.2.2. akapit drugi) Prezes UKE uznał 55 obiektów nadawczych „za praktycznie niemożliwe do zduplikowania – są one jednocześnie najatrakcyjniejsze z punktu widzenia transmisji sygnału” telewizyjnego i radiofonicznego. Dodatkowo, w decyzji SMP RTV (pkt 3.2.2. akapit szósty) Prezes UKE dodał, że „[n]ie do zastąpienia jest 55 obiektów, z których EmiTel sp. z o.o., na ok. 140 częstotliwościach, prowadzi emisje radiowe wysokiej mocy (od 10kW ERP)”. Obiekty te zostały ujęte w tabeli nr 4 w decyzji SMP TV oraz w tabeli nr 6 w decyzji SMP RTV.
10. W związku z powyższym należy przyjąć, że z decyzji SMP TV i RTV wynika, że bariery na analizowanych rynkach dotyczą ww. 55 obiektów nadawczych. Z tego też powodu Izba pragnie zwrócić uwagę, że projektowana decyzja nie powinna dotyczyć całej infrastruktury masztowej Emitel, lecz **wyłącznie 55 obiektów nadawczych** („Obiektów” – zgodnie z terminologią projektu decyzji), **które Prezes UKE uznał za trudne do powielenia** i zarazem najbardziej atrakcyjne.

### III. Definicje i konsekwencje ich zmiany lub usunięcia

11. Prezes UKE dokonał wielu zmian w projektach ofert ramowych przedstawionych przez Emitel. Izba pragnie zwrócić szczególną uwagę na kilka wybranych definicji: „Informacje Ogólne”, „Wolny Zasób” i „Oświadczenia Usługobiorców Obiektu”.

#### III.1. Definicja „Informacji Ogólnych”

12. Zagadnienie definicji „Informacji Ogólnych” wiąże się nieodłącznie z rozważaniami na temat usuniętej przez Prezesa UKE procedury uzyskiwania dostępu do tych informacji. Zgodnie z projektami ofert złożonych przez Emitel, przedsiębiorca korzystający (PK) powinien złożyć wniosek o Informacje Ogólne, a następnie wniosek o wywiad techniczny. Prezes UKE planuje, oprócz znacznego poszerzenia i uszczegółowienia tej definicji, zobowiązać Emitel do umieszczania Informacji Ogólnych na stronie internetowej Emitel oraz do bieżącego ich aktualizowania.
13. O ile Prezes UKE nałożył na Emitel, mocą decyzji SMP TV i RTV, obowiązek ogłaszania lub udostępniania informacji dotyczących zapewniania dostępu telekomunikacyjnego, o tyle ani decyzja SMP TV, ani SMP RTV, nie zobowiązują Emitel do prowadzenia tak szczegółowego wykazu informacji na temat każdego obiektu, jak przewidziany w zaproponowanej przez Prezesa UKE definicji.
14. Obowiązek umieszczania na stronie internetowej Emitel Informacji Ogólnych w rozumieniu projektowanej decyzji daleko wykracza poza zasadę proporcjonalności. Prezes UKE planuje

zobowiązać Emitel nie tylko do stworzenia katalogu informacji na temat obiektów, których na własne potrzeby Emitel być może nigdy nie gromadził (np. możliwy zapas energii elektrycznej, rodzaj możliwego chłodzenia dla danego Obiektu), lecz przede wszystkim – do publikowania i bieżącej aktualizacji tych informacji, **nawet jeżeli żaden podmiot nie byłby zainteresowany skorzystaniem z dostępu do tych Obiektów.**

15. Należy również zwrócić uwagę na wprowadzenie przez Prezesa UKE instytucji „Wizji lokalnej”, która – zgodnie z uzasadnieniem projektu decyzji – miałyby służyć „potwierdzeni[em] danych zawartych w Informacjach Ogólnych. Pozwoli to na zminimalizowanie ryzyka oraz kosztów ponoszonych przez PK związanych z niedoszacowaniem inwestycji na Obiektach Emitel”. Jednocześnie „w wyniku przeprowadzenia Wizji Lokalnej [Emitel i PK – przyp. aut.] sporządzają protokół, który gwarantuje PK przez 30 DR warunki stwierdzone w tym protokole”.
16. W opinii PIKE sam Prezes UKE wątpi zatem w możliwość rzetelnego prowadzenia przez Emitel inwentaryzacji Obiektów na ogromną skalę – inwentaryzacji wszystkich obiektów, z których korzysta, a także bieżącej aktualizacji wszystkich informacji technicznych wskazanych w definicji „Informacji Ogólnych” zmienionej przez Prezesa UKE. Wizja Lokalna miałaby bowiem służyć potwierdzeniu danych zawartych w Informacjach Ogólnych. Takie potwierdzenie nie byłoby potrzebne, gdyby Informacje Ogólne były przygotowywane w odpowiedzi na rzeczywiste zapotrzebowanie w zakresie dostępu do danego obiektu, a następnie – były wiążące przez ogólnie wskazany okres, tak jak protokół z Wizji Lokalnej, który zaproponował Prezes UKE.
17. Gdyby Informacje Ogólne były udzielane na wniosek, a następnie były wiążące przez okres wskazany w ofercie, przeprowadzanie Wizji Lokalnej (a następie sporządzanie protokołu z Wizji Lokalnej, wiążącego przez określony czas) byłoby bezcelowe.
18. Obowiązek publikowania informacji, których Emitel być może do tej pory na własne potrzeby nie gromadził (albo nie gromadził w jednym wykazie), a przede wszystkim bieżącej aktualizacji tak szczegółowych informacji, jak np. konfiguracja systemu antenowego, w sytuacji, gdy żaden podmiot nie wyraził nawet zainteresowania dostępem do danego Obiektu, **nie służy żadnemu celowi regulacyjnemu, a stanowi wyłącznie nieadekwatne obciążenie Emitel.** Wprowadzenie instytucji Wizji Lokalnej oraz wiążącego protokołu sporządzonego po przeprowadzeniu takiej Wizji potwierdza nieadekwatność obowiązku publikowania na stronie internetowej Emitel Informacji Ogólnych rozumianych zgodnie z definicją przedstawioną przez Prezesa UKE.

### **III.2. Definicja „Wolnego Zasobu”**

19. Prezes UKE planuje zmodyfikować definicję „Wolnego Zasobu” m.in. w taki sposób, że do Wolnego Zasobu nie zaliczałaby się nie tyle infrastruktura Obiektu objęta planem wykorzystania w okresie najbliższych 12 miesięcy, ale infrastruktura Obiektu „objęta planem zatwierdzonym uchwałą Zarządu Emitel, podjętą najpóźniej do dnia 15 stycznia danego roku”, a plan ten musiałby dotyczyć danego roku kalendarzowego.
20. PIKE stoi na stanowisku, że nie jest rolą Prezesa UKE ingerencja w wewnętrzną organizację pracy regulowanych podmiotów, więc wprowadzenie wymogu, aby plany inwestycyjne były zatwierdzane uchwałą Zarządu nie znajduje żadnego uzasadnienia ani podstawy prawnej. Najbardziej istotny z punktu widzenia PK będzie bowiem czas obowiązywania takiego planu, a nie to, jakie podmioty będą odpowiedzialne za jego zatwierdzenie w strukturze organizacyjnej Emitel. Ponadto, czas obowiązywania planów nie jest przez Prezesa UKE istotnie skracany

w porównaniu z czasem obowiązywania planów zaproponowanym przez Emitel – w związku z tym proponowana zmiana w tym zakresie nie służy żadnym realnym potrzebom rynkowym.

### **III.3. Definicja „Oświadczeń Usługobiorców Obiektu” i inne formy ochrony przed działaniami PK które mogą narazić Emitel na szkodę lub konieczność zaspokajania roszczeń osób trzecich**

21. Usunięcie definicji oraz wszelkich odniesień do „Oświadczeń Usługobiorców Obiektu” miało, zgodnie z uzasadnieniem projektu decyzji, zapewnić sprawny dostęp do infrastruktury Emitel. Takie rozwiązanie w praktyce może doprowadzić do dużych komplikacji.
22. Przede wszystkim należy podkreślić, że wymóg złożenia ww. Oświadczeń miał dotyczyć wyłącznie sytuacji, gdy Usługobiorca Obiektu ma prawo żądania od podmiotu świadczącego mu usługę utrzymania określonego poziomu jej jakości, a na wypadek świadczenia tej usługi bez zachowania wymaganego poziomu jakości przysługuje Usługobiorcy Obiektu roszczenie majątkowe względem świadczącego usługę podmiotu, nawet gdy jego odpowiedzialność jest niezależna od dłożenia należytej staranności.
23. W związku z powyższym złożenie ww. oświadczenia przez PK wiązałoby się ze zwolnieniem Emitel z odpowiedzialności finansowej wobec Usługobiorców w przypadku, gdyby Emitel nie mógł dotrzymać poziomów jakości wymaganych przez Usługobiorcę ze względu na działalność PK. Takie **zwolnienie Emitel z odpowiedzialności za negatywne skutki działań PK** (zakłócenie świadczenia usług przez Emitel) **nie wykracza poza ochronę słusznym interesów Emitel ani poza rozwiązania stosowane standardowo na rynku**. Wymagałoby ono podjęcia odpowiednich działań przez PK i wejścia w relację z podmiotem trzecim, np. poprzez zawarcie z nim umowy.
24. Przy uwzględnieniu rozwiązania projektowanego przez Prezesa UKE, w razie zakłócenia przez PK świadczenia usług przez Emitel na rzecz podmiotów trzecich, podmioty te będą uprawnione do żądania odpowiednich świadczeń finansowych od Emitel, a następnie Emitel będzie musiał dopiero dochodzić odpowiedniego odszkodowania od PK. Wydłuża to znacznie czas dochodzenia słusznego odszkodowania od PK i może wiązać się z koniecznością wszczynania długotrwałych (a więc i kosztownych) procesów sądowych.
25. Powyższego rozumowania nie zmienia przewidziana w części „Zasady odpowiedzialności” powinność PK do podjęcia czynności zmierzających do zwolnienia Emitel od odpowiedzialności w stosunku do osób trzecich, jeżeli osoby te zgłaszają roszczenia stanowiące następstwo nienależytego wykonania Umowy o Dostęp przez PK. Zwolnienie to:
  - 1) w pierwszej kolejności wymaga przyznania przez PK, że nienależycie wykonywał Umowę o Dostęp, co w praktyce może być niemożliwe lub bardzo trudne do spełnienia,
  - 2) może być skuteczne wyłącznie w przypadku, gdy PK zaspokoi w pełni roszczenia finansowe osoby trzeciej, które mogą ewentualnie ulec miarkowaniu w wyniku negocjacji lub mediacji,
  - 3) w razie wystąpienia jakiegokolwiek sporu co do wysokości roszczenia osoby trzeciej Emitel będzie prawdopodobnie zaangażowany w spór sądowy – z osobą trzecią, a następnie z PK, podczas gdy Emitel nie powinien ponosić żadnej odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie umowy przez PK, do zawarcia umowy z którym jest zasadniczo zmuszony, i to niezależnie od rzetelności i wiarygodności tego PK.



26. Powyższa argumentacja wiąże się również z usunięciem przez Prezesa UKE możliwości skorzystania przez Emitel z Gwarancji Bankowej w przypadku pokrycia jakiegokolwiek roszczenia osoby trzeciej. W ten sposób Emitel zostanie pozbawiony jakiegokolwiek ochrony przed roszczeniami osób trzecich skierowanych do Emitel w wyniku działań PK. Ma to o tyle duże znaczenie, że Prezes UKE nie dopuścił również możliwości odmowy zawarcia umowy przez Emitel z PK, który w przeszłości okazał się niewiarygodny.
27. Z powyższych względów PIKE apeluje, aby **przywrócić Emitel jakąkolwiek formę ochrony przed działaniami PK, które mogą narazić Emitel na szkodę lub konieczność zaspokajania roszczeń osób trzecich** – możliwość żądania przez Emitel przedstawiania przez PK Oświadczeń Usługobiorców Obiektu, wykorzystania Gwarancji Bankowej, czy też odmowy zawierania umów z podmiotami, które w przeszłości okazały się nierzetelne i niewiarygodne.

#### **IV. Infrastruktura krytyczna i informacje niejawne**

28. Sam Prezes UKE w uzasadnieniu projektowanego rozstrzygnięcia przytacza § 2 ust. 6 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie planów ochrony infrastruktury krytycznej, zgodnie z którym „Do planu stosuje się przepisy o ochronie informacji niejawnych lub o ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa”. Plan ten obejmuje jednakże m.in., czego Prezes UKE nie rozważył w uzasadnieniu projektowanej decyzji, zasadnicze warianty zapewnienia ciągłości funkcjonowania infrastruktury krytycznej oraz odtwarzania infrastruktury krytycznej (§ 2 ust. 3 pkt 4 lit. b i c ww. rozporządzenia). W związku z powyższym **uzgodnienia dotyczące dostępności niektórych obiektów, w tym zasad usuwania ich awarii, które są przedmiotem oferty ramowej, mogą stanowić informacje niejawne.**
29. W przypadku obiektów, które stanowią element infrastruktury krytycznej, priorytetem powinno być ich funkcjonowanie. W związku z tym PIKE negatywnie ocenia usunięcie z projektu oferty możliwości odmowy udzielenia dostępu do infrastruktury w sytuacji, gdy realizacja Wniosku o dostęp może negatywnie wpłynąć na zachowanie ciągłości usług świadczonych z wykorzystaniem Infrastruktury Krytycznej.
30. Wyrazem priorytetowości funkcjonowania infrastruktury krytycznej jest m.in. art. 6 ust. 5 ustawy o zarządzaniu kryzysowym, który dotyczy m.in. konieczności odtworzenia elementów infrastruktury krytycznej i funkcjonowania przez ten czas systemów rezerwowych. **Samo istnienie systemów rezerwowych mogłoby być wskazówką przemawiającą za tym, że dany obiekt zalicza się do infrastruktury krytycznej.** Realizacja procedury dostępu oraz umowy o dostęp mogłaby wiązać się z ujawnieniem tej informacji, a przecież sam fakt, że dany element jest częścią infrastruktury krytycznej stanowi informację niejawną, o czym jest mowa w uzasadnieniu projektowanej decyzji.
31. W związku z powyższym usunięcie z projektu oferty ramowej wszystkich niemal odniesień do Infrastruktury Krytycznej i ochrony informacji niejawnych może w praktyce doprowadzić zarówno do trudności w jednoczesnej realizacji obowiązków nałożonych na Emitel przez Prezesa UKE z jednej strony oraz obowiązków z zakresu ochrony infrastruktury krytycznej z drugiej strony – jak i do potencjalnego naruszenia bezpieczeństwa narodowego.

## V. Część 1 Oferty: „Zastrzeżenia”

### V.1. Kalkulacja konkurencyjnej oferty Emitel

32. Zgodnie z pkt 3 Zastrzeżeń ujętych w projekcie decyzji „Realizacja obowiązków określonych w Ofercie lub Umowie o Dostęp wobec PK nie może uniemożliwiać Emitel lub innemu PK złożenia Nadawcy oferty konkurencyjnej w stosunku do PK, pod warunkiem kalkulacji konkurencyjnej oferty Emitel w oparciu o warunki finansowe i proceduralne wynikające z Oferty”.
33. Warunek kalkulacji oferty Emitel w oparciu o warunki proceduralne wynikające z Oferty jest na tyle niejasny, że w praktyce może być trudny do spełnienia. Projekt decyzji zawiera bowiem, przykładowo, następujące procedury: procedura wspólnego korzystania z budynków i infrastruktury, postępowanie przy złożeniu wniosku o wizję lokalną. W przypadku choćby tych procedur, trudno sobie wyobrazić, żeby Emitel sam musiał ze sobą układać się w zakresie korzystania z budynków i infrastruktury, czy też przestrzegać terminów przeprowadzenia wizji lokalnych.
34. W związku z powyższym z pkt 3 Zastrzeżeń należy usunąć odniesienie do warunków proceduralnych wynikających z „Oferty”.

### V.2. Poddzierżawa

35. W pkt 10 Zastrzeżeń Prezes UKE dodał postanowienie, zgodnie z którym „Zgoda na poddzierżawę wymagana jest w przypadku braku odpowiedniego zapisu umownego pomiędzy osobą trzecią a Emitel”. Nie jest przy tym jasne, czym miałyby być „odpowiedni zapis umowny”, ponieważ:
- 1) domyślnie, na podstawie art. 698 § 1 KC<sup>3</sup>, bez zgody wydzierżawiającego dzierżawca nie może oddawać przedmiotu dzierżawy osobie trzeciej do bezpłatnego używania ani go poddzierżawiać,
  - 2) zgoda może zostać wyrażona w wielu różnych formach, w tym oczywiście w samej umowie dzierżawy,
  - 3) zgoda na poddzierżawę ujęta w umowie może być zgodą udzieloną pod warunkiem, czy też wskazywać kategorie podmiotów, których zgoda nie dotyczy, jak również dopuszczalny czas trwania dzierżawy<sup>4</sup>.
36. W związku z powyższym **dopuszczalnych jest więcej scenariuszy niż tylko udzielenie w umowie dzierżawy zgody na poddzierżawę lub brak jej udzielenia**. Izba postuluje zatem zrezygnować z dodania ww. zdania albo zmienić je i nadać mu następującą treść: „„Zgoda na poddzierżawę wymagana jest w przypadku braku **udzielenia odpowiedniego zapisu umownego w umowie** pomiędzy osobą trzecią a Emitel **zgody na poddzierżawę lub bezpłatne używanie bez żadnych warunków i dodatkowych zastrzeżeń**”.
37. Z powyższych przyczyn konieczne może także okazać się przeprowadzenie dodatkowych uzgodnień z właścicielem Obiektu. PIKE postuluje w związku z tym przywrócenie punktu usuniętego z części „Warunki dodatkowe Umowy o dostęp dotyczące Obiektów dzierżawionych przez Emitel”, zgodnie z którym „W przypadku, w którym EmiTel zobowiązany jest podjąć

<sup>3</sup> Ustawa – Kodeks cywilny.

<sup>4</sup> Por. komentarz do art. 698 KC w: K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, Wyd. 9, Warszawa 2018

dodatkowe uzgodnienia z właścicielem Obiektu, bieg terminów określonych w OR ulega zawieszeniu”.

## **VI. Część 2 Oferty: „Procedura zgłaszania wniosku o dostęp”**

### **VI.1. Korespondencja elektroniczna**

38. Prezes UKE usunął z projektu oferty postanowienia dotyczące korespondencji elektronicznej kierowanej do Emitel. W opinii PIKE postanowienia te są w pełni adekwatne i nie wykraczają poza wymogi wynikające z praktyki obrotu.
39. Przykładowo, regulamin prowadzenia każdej skrzynki poczty elektronicznej zawiera postanowienia dotyczące dopuszczalnej wielkości załącznika dołączonego do wiadomości elektronicznej. Podobnie stosowanie filtrów antyspamowych, czy też usuwanie wiadomości zawierających złośliwe oprogramowanie, także należy do standardowych i powszechnie stosowanych postanowień obowiązujących w relacjach z dostawcami usług poczty elektronicznej.
40. Przeniesienie do projektu Oferty takich postanowień może posłużyć tylko usprawnieniu wymiany wiadomości, a także uniknięciu ewentualnych nieporozumień, czy też sporów w zakresie terminowej realizacji przez Emitel obowiązków wynikających z decyzji Prezesa UKE.
41. PIKE wnosi zatem o przywrócenie do projektu oferty postanowień w powyższym zakresie.

### **VI.2. Przekroczenia terminów**

42. Prezes UKE postanowił również usunąć postanowienia umożliwiające przekroczenie terminów realizacji wniosków z uwagi na ograniczone braki kadrowe i techniczne. W miejsce postanowień dotyczących przekroczenia terminów Prezes UKE nie zawarł jednakże innych postanowień, które mogłyby ochronić Emitel przed trudnościami w dotrzymaniu terminów w razie nagłego napływu wielu wniosków dotyczących dużej liczby obiektów.
43. W związku z usunięciem postanowień umożliwiających przekroczenie terminów realizacji wniosków, PIKE wnioskuje o dodanie do projektu decyzji **limitów liczby wniosków przypadających na jednego wnioskodawcę**, powyżej którego Emitel byłby uprawniony np. do wydłużenia terminu ich rozpatrywania o połowę standardowego czasu przewidzianego na rozpatrzenie wniosku.
44. Podobna uwaga dotyczy wniosków o wizję lokalną, która powinna być przeprowadzana w terminie wskazanym w projekcie decyzji, przy czym terminy te nie zostały zmodyfikowane w zależności od liczby obiektów, których wizja lokalna miałaby dotyczyć.

### **VI.3. Ekspertyza dotycząca infrastruktury Emitel**

45. W przypadku, gdy wydanie Warunków technicznych wymaga uprzedniego wykonania specjalistycznej ekspertyzy lub badań, Prezes UKE planuje zobowiązać Emitel do przekazania PK „wszystkich niezbędnych dokumentów”, a ekspertyza ta powinna być wykonana przez „niezależnego eksperta”.
46. W tym względzie należy wskazać, że zlecenie ekspertyzy przez PK nie gwarantuje bynajmniej, że ekspert wybrany przez PK będzie ekspertem niezależnym, w związku z czym należy rozważyć rezygnację z wprowadzania zmiany dotyczącej uzyskania ekspertyzy. Alternatywnie Prezes UKE powinien wskazać, że:



- 1) zakres ekspertyzy wskazuje Emitel,
- 2) Emitel może być zobowiązany do przekazania kopii niezbędnych dokumentów (przekazanie „wszystkich niezbędnych” dokumentów w oryginale mogłoby sparaliżować prowadzenie bieżącej kontroli nad obiektami budowlanymi sprawowanej przez Emitel),
- 3) ekspert powinien być zobowiązany przez PK do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji na temat kopii dokumentacji, którą uzyska, a także innych informacji związanych z wykonaniem ekspertyzy,
- 4) niezależnym ekspertem powinna być osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia budowlane w specjalności, której ekspertyza miałaby dotyczyć (co zapewniłoby rzetelność przeprowadzonej ekspertyzy).

#### **VI.4. Limity promieniowania elektromagnetycznego**

47. Prezes UKE zmienił jedną z przesłanek odmowy uwzględnienia Wniosku o Dostęp w taki sposób, że Emitel może odmówić uwzględnienia takiego Wniosku w przypadku, gdy limit promieniowania elektromagnetycznego do wypromieniowania z danego Obiektu byłby wyczerpany przez „realizowane w ramach Wolnego Zasobu oraz zaplanowane przez innych PK” emisje. Zmiana wprowadzona przez Prezesa UKE polega na tym, że Emitel mógłby odmówić uwzględnienia wniosku jedynie w przypadku realizowanych przez siebie emisji, lecz już nie emisji planowanych.
48. Tymczasem sama definicja Wolnego Zasobu obejmuje nie tylko infrastrukturę wykorzystywaną przez Emitel, lecz również infrastrukturę objętą planem wykorzystania przez Emitel.
49. W związku z powyższym Izba wnioskuje o odstąpienie od przedmiotowej zmiany, ponieważ byłaby ona źródłem niespójności i trudności interpretacyjnych.

#### **VI.5. Utrata uprawnień z tytułu gwarancji lub rękojmi oraz przygotowanie pomieszczeń**

50. Prezes UKE usunął z projektu ofert postanowienia przewidujące, iż w przypadku gdy realizacja Wniosku o Dostęp mogłaby doprowadzić do utraty uprawnień z tytułu gwarancji lub rękojmi w zakresie budowy, przebudowy lub remontu, PK będzie musiał uzyskać oświadczenie wykonawcy, iż realizacja Wniosku o Dostęp nie pozbawi Emitel gwarancji lub rękojmi, a w przeciwnym wypadku PK przejmie zobowiązanie wynikające z gwarancji lub rękojmi udzielając dodatkowej Gwarancji Bankowej na zabezpieczenie takiego roszczenia.
51. PIKE stoi na stanowisku, że postanowienie to należy przywrócić, ponieważ Emitel został zobowiązany mocą decyzji SMP TV i RTV do świadczenia usługi dostępu w oparciu o koszty ich świadczenia, jednakże **nie powinny go obciążać dodatkowe nieuzasadnione obciążenia finansowe, takie jak konieczność ponoszenia kosztów napraw elementów infrastruktury, które w normalnym biegu spraw byłyby objęte gwarancją lub rękojmią.**
52. Podobna argumentacja uzasadnia usunięcie obowiązku, który miałby spoczywać na Emitel, w zakresie wskazywania PK miejsca pod instalację jego urządzeń w pełni przygotowane na przyjęcie (instalację) tych urządzeń. Emitel może wskazywać takie miejsca, o ile są one dostępne. Nie powinien być zobowiązany do ponoszenia dodatkowych kosztów po to, aby umożliwić PK instalowanie jego urządzeń.

#### VII. Pkt 9.4. Oferty: „Kary umowne”

53. Duży sprzeciw budzą ujęte w projekcie decyzji zmiany dotyczące kar umownych oraz ich uzasadnienie. W tym zakresie należy wskazać, że:
- 1) wprowadzenie nowych kar umownych mogących obciążyć Emitel nie powinno być uzasadnione dotychczasowym rzekomo przewlekłym prowadzeniem postępowań w sprawie Dostępu, ponieważ remedium na ten problem jest już samo wprowadzenie publicznie dostępnej Oferty ramowej, zawierającej procedurę zawierania umowy i określającej obowiązki stron,
  - 2) argumentem przeciwko zastrzeganiu kar umownych obciążających PK nie może być twierdzenie, że „Oferta nie może nakładać obowiązków na podmioty nieregulowane”, skoro Oferta nakłada szereg obowiązków zarówno na PK, jak i na Emitel, regulując ich obowiązki w trakcie czynności zmierzających do zawarcia umowy, jak i ich zobowiązania wynikające z Umowy o Dostęp,
  - 3) to przede wszystkim **Emitel jest narażony na powstanie szkód związanych z uszkodzeniem elementów Infrastruktury oraz z zakłóceniami w wykonywaniu umów wiążących Emitel z podmiotami trzecimi** – zatem Emitel powinien mieć ułatwione dochodzenie roszczeń o naprawienie takich szkód.
54. PIKE wnosi zatem o przywrócenie możliwości naliczania przez Emitel kar umownych w zakresie zaproponowanym przez Emitel.
55. Ponadto, kary umowne, które byłby uprawniony naliczać PK są niewspółmiernie wyższe od kar, jakie byłby uprawniony naliczać Emitel. Taka dysproporcja jest wysoce niesłuszna – **wszak kary umowne powinny mieć charakter dyscyplinujący, a nie represyjny.**

#### VIII. Prawa autorskie

56. W opinii PIKE przejście majątkowych praw autorskich na Emitel w odniesieniu do utworów takich, jak plany, projekty i rysunki jest w pełni uzasadnione.
57. W przeciwnym razie Emitel będzie **pozbawiony możliwości choćby tworzenia kopii przekazywanych mu planów, projektów i rysunków**, celem przekazania ich większej liczbie pracowników (przykładowo: technikowi i jednocześnie nadzorującemu go kierownikowi), jak również **nanoszenia na nich jakichkolwiek zmian.**
58. Izba stoi zatem na stanowisku, że przywrócenie postanowień dotyczących praw autorskich jest konieczne, aby było możliwe sprawne posługiwanie się utworami (m.in. projektami) przez Emitel zarówno w czasie procedury zawierania Umowy, jak i w czasie realizacji Umowy.

\* \* \*

Wyrażamy nadzieję, że przez nas stanowisko będzie pomocne.

Jerzy Straszewski  
Prezes Zarządu PIKE